

Einführung

von

Dr. Heribert Hirte, LL. M. (Berkeley), Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

I. Einleitung	XI
II. Das Bürgerliche Gesetzbuch	XII
1. Entwicklung	XII
2. Leitbild des BGB	XIII
3. Systematik und Inhalt	XV
4. Das BGB im System des Zivilrechts	XX
III. Europäisches Zivilrecht	XXII
1. Entwicklung	XXII
2. Inhalt	XXIII
a) Erste segmentbezogene Angleichungsmaßnahmen des Schuldrechts	XXIII
b) Vereinheitlichung von Kernbereichen des Vertragsrechts	XXVI
c) Arbeitsrechtliche Angleichung	XXXI
d) Weitere Planungen: Ein Europäisches Zivilgesetzbuch?	XXXII
3. Zwang zu (korrekter) Richtlinienumsetzung durch den nationalen Gesetzgeber	XXXII
4. Einheitliche Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof	XXXV

I. Einleitung

Am 1. Januar 2000 war das BGB einhundert Jahre in Kraft. Das ist sicher Grund zum Feiern, hat das BGB doch in einer relativ schnelllebigen Zeit seine Identität ohne große Veränderungen bewahren können. Diese Kontinuität verdanken wir aber auch einer Rechtsprechung, die mit Mut und Augenmaß zugleich Widersprüche beseitigte, neue Entwicklungen aufgriff und damit nicht selten Anstöße für die zahlreichen mehr oder weniger umfangreichen Änderungen des BGB gab. Diese gesetzgeberischen Reformen hatten in vielen Fällen zu einer Auslagerung von Vorschriften aus dem BGB in *Nebengesetze* geführt; in manchen Fällen war die Integration neuer Normen in das BGB demgegenüber – wie etwa beim AGB-Gesetz – sogar bewusst vermieden worden, um keinen Bruch mit dem historischen Ansatz des BGB herbeizuführen. Mit dem am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ vom 26. November 2001 („Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“; BGBl. I S. 3138) wurde diese Entscheidung teilweise und überzeugend revidiert (dazu näher unten II.2.). Andererseits wurden die Regelungen über die auf europäisches Recht zurückgehenden vertraglichen Informationspflichten ganz bewusst in einer gesonderten „Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht“ (BGB-InfoV; Nr. 5) zusammengefasst, um sie leichter anpassen und ändern zu können. Eine weitere Verordnungsermächtigung enthält Art. 245 EGBGB: Sie erlaubt nähere Regelungen zur Belehrung über

Einführung

ein eventuelles Widerrufs- und Rückgaberecht. Der systematische Zusammenhang der genannten Nebengesetze und -vorschriften mit dem BGB war schon immer Grund, sie in dieser Textausgabe gemeinsam mit dem BGB wiederzugeben.

In der jüngeren Zeit hat sich daneben mit der *Europäisierung des BGB* eine zweite Entwicklung vollzogen, die das „Geburtskind“ zwar äußerlich unbeschadet überstanden, aber zugleich – zumindest partiell – seiner Autonomie als nationales Gesetz beraubt hat. Im Laufe der fortschreitenden Integration der (ursprünglich) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben zahlreiche Richtlinien der Gemeinschaft die Mitgliedstaaten gezwungen, ihre nationalen Normen entsprechend den europäischen Vorgaben zu ändern und neue zu schaffen. Im Bereich des Internationalen Privatrechts sind zudem mit den Verordnungen „Rom I“ und „Rom II“ (Nrn. 3 und 4; dazu unten II 3) auch (unmittelbar geltende) europäische Verordnungen hinzugekommen. Bei den durch Richtlinien harmonisierten mitgliedstaatlichen Regelungen wirkt sich ihr europäischer Ursprung in vielfältiger Weise auf die nur noch der Form nach nationalen Normen aus. Auf einen Überblick über diese Regelungen (III.2.) und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht (III.3. und 4.) legt diese Einführung daher einen besonderen Akzent; eine Auseinandersetzung mit der (rechts-) politischen Wünschbarkeit einer solchen Europäisierung innerstaatlichen Rechts soll hier unterbleiben. Zuvor aber wird ein knapper Überblick über das hier nach wie vor im Mittelpunkt stehende BGB selbst gegeben (II.).

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch

1. Entwicklung

Das am 1. Januar 1900 in Kraft getretene „Bürgerliche Gesetzbuch“ (Nr. 1) ist als Nationalgesetzbuch eine Frucht der nach Einheit und Freiheit strebenden Kodifikationsbewegung des 19. Jahrhunderts. Es löste neben dem Gemeinen Recht die noch aus der Zeit vor der Reichsgründung stammenden Privatrechtskodifikationen der früheren Einzelstaaten ab, die vom Preußischen Allgemeinen Landrecht über das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch bis hin zum – im Rheinland und Baden geltenden – französischen *Code civil* reichten. Anders als heute bei der Angleichung des Privatrechts auf europäischer Ebene stand bei der Vereinheitlichung das materielle Recht zunächst nicht im Mittelpunkt. Denn schon in Form der am 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen „Reichsjustizgesetze“ (GVG, ZPO, KO, StPO) ist das Prozessrecht im Deutschen Reich einheitlich ausgestaltet worden, weil man Gerichtsverfassung und Prozess mehr als das materielle Recht nach dem Vorbild des Napoleonischen *Code de procédure civile* zu den wichtigsten Garantien des Rechtsstaats zählte, in denen sich politisches Einheits- und Freiheitsstreben vereinigten.

Das BGB steht neben dem Handelsgesetzbuch, dessen Neufassung am selben Tag in Kraft trat, und mehreren weiteren Nebengesetzen, die sich – ebenfalls zu diesem Datum in Kraft gesetzt oder revidiert – auf diese zentralen Regelwerke des deutschen Privatrechts beziehen. Anders als im allgemeinen Privatrecht hatte die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts auf dem Gebiet des Handelsrechts schon früher eingesetzt. Hier war in Form des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) von 1861 bereits vor der Reichs-

Einführung

gründung im Wege der „Parallelgesetzgebung“ durch die deutschen Länder einheitliches Recht geschaffen worden; gleiches gilt für das Wechselrecht. Damit war also – im Gegensatz zum BGB – Recht sogar vereinheitlicht worden, ohne dass ein einheitlicher Staat vorlag. Die unterschiedlichen historischen Wurzeln von BGB und HGB sowie die – trotz gleichzeitigen Inkrafttretens – nur unvollständig aufeinander abgestimmte Gesetzgebungsarbeit an beiden Projekten führen auch heute noch zu Auslegungsdivergenzen.

In der Zeit des *Nationalsozialismus* blieb das BGB formell im Wesentlichen unangetastet. Änderungen, die später durch Alliierte Kontrollratsgesetze rückgängig gemacht wurden, waren vor allem im Familienrecht zu verzeichnen. Durch Rückgriff auf die Generalklauseln (vor allem §§ 138, 242 BGB) konnte das BGB aber außerdem in beträchtlichem Umfang im Sinne der herrschenden Ideologie instrumentalisiert werden. Auch in der *Deutschen Demokratischen Republik* galt das BGB zunächst unverändert fort, bis es mit Wirkung vom 1. Januar 1976 durch das Zivilgesetzbuch der DDR ersetzt wurde. Zuvor waren schon das Familienrecht (im Familiengesetzbuch [FGB]) und – soweit im BGB geregelt – das Arbeitsrecht (zuletzt im Arbeitsgesetzbuch [AGB]) einer Neuregelung zugeführt worden. In bewusster Abkehr von der Systematik des BGB orientierte sich das ZGB-DDR an zusammengehörigen Lebenssachverhalten. Mit der Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 trat auch in den neuen Bundesländern das BGB wieder in Kraft. Insbesondere für sachen- und familienrechtliche Verhältnisse, die schon zu DDR-Zeiten begründet wurden, gilt das ZGB-DDR aber auch heute noch teilweise fort (vgl. im einzelnen Art. 230–236 EGBGB).

Die umfassendste Reform seit seinem ursprünglichen Inkrafttreten hat das BGB durch das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* erfahren. Auf den wesentlichen Inhalt des Reformgesetzes wird im Rahmen dieser Einleitung im jeweiligen Zusammenhang hingewiesen.

2. Leitbild des BGB

Das BGB war in seiner ursprünglichen Konzeption geprägt vom Leitbild des seine Verhältnisse selbständig regelnden „*Bürgers*“. Das kommt schon in der Bezeichnung als „*Bürgerliches*“ Gesetzbuch deutlich zum Ausdruck; es weist hier Parallelen auf zu früheren Kodifikationen wie dem französischen *Code civil* von 1804 und späteren Gesetzgebungswerken wie dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (einschließlich OR) von 1907 (in Kraft getreten am 1. Januar 1912) und dem italienischen *Codice civile* von 1942. Weitgehende Vertrags- (§ 311 Abs. 1 BGB n. F., früher § 305 BGB), Eigentums- (§ 903 BGB) und Testierfreiheit (§ 1937 BGB) sind – ganz im Sinne einer (freien) Marktwirtschaft – Ausdruck dieses Verständnisses. Dass mit der Anknüpfung an den durch Besitz und Bildung zur eigenverantwortlichen und vernunftgeprägten Entscheidung fähigen Bürger nur ein Teil der wirtschaftlichen und sozialen Realität des Privatrechts erfasst wurde, war von den Vätern des BGB im Gesetzgebungsverfahren erst teilweise erkannt worden; eine (weitergehende) Regelung des Arbeitsrechts innerhalb des BGB wurde jedenfalls bewusst ausgeklammert, so dass es in der Behandlung der mit der unselbständigen Lohnarbeit verbundenen Probleme hinter dem durch *Bismarck* mit der Einführung der Sozialversicherung erreichten Stand zurückblieb.

Spätestens seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs änderte sich freilich das Vorverständnis. Neben dem öffentlichen Recht (etwa in Form des Gewerbe-

Einführung

rechts) wurde auch das Zivilrecht in die Pflicht genommen, um den sozial Schwächeren zu schützen. Ein Ausbau zwingender Regelungen und Einschränkungen der Abschluss- und Inhaltsfreiheit von Verträgen waren für diese Entwicklung kennzeichnend. Vor allem die Begrenzungen der Vertragsfreiheit wurden zunächst durch Rückgriff auf die Generalklauseln der §§ 134, 138, 242 BGB vorgenommen. Gefördert wurde diese Entwicklung durch das Grundgesetz, das etwa in seinem Art. 14 Abs. 2 die Sozialpflichtigkeit des Eigentums statuiert und aus dem inzwischen auch eine Pflicht zur Inhaltskontrolle bei gestörter „Vertragsparität“ abgeleitet wird. Diese Entwicklung wird außerdem teils ergänzt, teils überlagert durch die Rechtsetzungstätigkeit der Europäischen Union (dazu unten III.), auf die auch einige der diesen Bereich heute prägenden gesetzlichen Regelungen zurückgehen. Die entsprechenden Normen haben entweder – wie die §§ 491 ff. BGB (früher im Verbraucherkreditgesetz [VerbrKrG] geregelt) oder die §§ 312, 312a BGB (früher im Haustürwiderrufgesetz [HTWG] geregelt), §§ 312b ff., jeweils i.V.m. §§ 355 ff. BGB – einen situationsbezogenen Verbraucherschutz im Auge, reduzieren also die Abschlussfreiheit von Verträgen, oder sie schränken – wie das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) oder das Pauschalreiserecht (§§ 651a ff. BGB) – den zulässigen Inhalt von Verträgen ein.

Die Tatsache, dass vor allem das AGB-Recht in Form des früheren AGB-Gesetzes ursprünglich nicht in das BGB integriert wurde, zeigt den darin liegenden Bruch mit dem historischen Konzept. Durch das bereits angesprochene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und die damit verbundene Integration des AGB-Rechts in das BGB selbst wurde der Bruch zwar beseitigt, allerdings um den Preis eines in seinen Auswirkungen ungewissen vollständigen Konzeptwechsels. Am geringsten ist der Schutz vor einer Benachteiligung durch unangemessene Preise ausgestaltet, denn diese lassen sich relativ leicht erkennen (vgl. ausdrücklich § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB: Inhaltskontrolle nur von „Regelungen“). Abgesehen von segmentspezifischen Sonderregelungen für Bereiche nicht oder nur begrenzt funktionierender Märkte wie im Wohnungsmietrecht (§§ 557 ff. BGB, § 5 WiStG) oder im (Abzahlungs-)Kreditrecht (§§ 491 ff. BGB) bleibt hier nur der Rückgriff auf einen freilich heute gegenüber dem Wortlaut erweiternd ausgelegten Wuchertatbestand (§ 138 Abs. 2 BGB). Kartell- und Lauterkeitsrecht flankieren diesen Schutz, allerdings mangels normalerweise fehlender eigener Anspruchsberechtigung der benachteiligten Vertragspartner regelmäßig nur indirekt.

Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2002 wurde im Vertragsrecht ein vollständiger Wechsel im Ansatzpunkt vollzogen. An die Stelle des frei zwischen gleich starken Partnern ausgehandelten Vertrages als Leitbild ist der Verbrauchervertrag getreten, der zwischen dem „überlegenen“ Unternehmer (§ 14 BGB) und dem „unterlegenen“ Verbraucher (§ 13 BGB) geschlossen wird. Das entspricht zwar dem Anknüpfungspunkt des europäischen Rechts (dazu näher unten III.1.). Doch zwang dies nicht dazu, dessen auf den Verbrauchervertrag bezogene Regelungen auch für die übrigen vertraglichen Beziehungen – also etwa die zwischen Unternehmern oder die zwischen Verbrauchern geschlossenen Verträge – zum Leitbild zu erheben. Aus diesem Grund hat auch die im Herbst 2001 von der rot-grünen Koalition beschlossene „große Lösung“ zur BGB-Reform im Gesetzgebungsverfahren heftigen Widerspruch erfahren. Vor allem war sie kein zwingender Grund dafür, auch die jenseits der europäischen Vorgaben liegenden Reformen mit derselben Eile zu verwirklichen. Andererseits: ohne

diesen äußeren Zwang wäre die Reform wahrscheinlich nicht zustande gekommen.

3. Systematik und Inhalt

Das BGB gliedert sich in fünf „Bücher“, von denen vor allem die ersten drei in vielfältiger Weise miteinander verzahnt sind. Das gilt besonders für das „*Erste Buch*“, den „*Allgemeine[n] Teil*“, der neben den Normen über die natürlichen und juristischen Personen als Beteiligte des Privatrechtsverkehrs (§§ 1–89 BGB; insoweit ergänzt durch das Verschollenheitsgesetz) und über Sachen (§§ 90–103 BGB) eine Reihe von Vorschriften enthält, die für das gesamte BGB von Bedeutung sind. Dazu zählen die allgemeinen Regelungen in Bezug auf Rechtsgeschäfte (§§ 104–185 BGB) mit den Normen betreffend die Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB), die Willenserklärungen (§§ 116–144 BGB), den Vertragsschluss (§§ 145–157 BGB) und die Vertretung (§§ 164–181 BGB). Hier ist vor allem auf die Regelungen hinzuweisen, mit denen der Gesetzgeber durch das „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr“ vom 13. Juli 2001 (BGBl. I S. 1542) die Möglichkeit der Abgabe elektronischer Willenserklärungen erleichtert hat; die neu eingeführte „elektronische Form“ – die qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz (§ 126 a BGB n. F.) –, steht dabei der Schriftform im Grundsatz gleich (§ 126 Abs. 3 BGB n. F.), während die „Textform“ (§ 126 b BGB n. F.) eine gesetzliche Anerkennung der E-Mail bildet. Die BGB-Regelungen über die Formvorschriften werden ergänzt durch das Beurkundungsgesetz. Von allgemeiner Bedeutung im BGB sind im Übrigen die Vorschriften über Fristen und Termine (§§ 186–193 BGB) und zur Verjährung (§§ 194–218 BGB). Letztere ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vollständig neu geregelt worden: an die Stelle der früheren allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB a. F.) ist heute eine dreijährige Frist getreten (§ 195 BGB n. F.), die aber im Allgemeinen erst mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers von Anspruch und Schuldner zu laufen beginnt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Durch das „Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts“ vom 24. September 2009 (BGBl. I S. 3142) wurde die Verjährung der erb- und familienrechtlichen Ansprüche in das System der Regelverjährung des BGB integriert.

Das „*Zweite Buch. Recht der Schuldverhältnisse*“ enthält die wesentlichen Regelungen für das gesamte vertragliche und gesetzliche Schuldrecht. Es ist seinerseits in eine Art allgemeinen (§§ 241–432 BGB) und einen besonderen Teil (§§ 433–853 BGB) gegliedert. Das „allgemeine Schuldrecht“ macht in Ergänzung des „Allgemeinen Teils“ des BGB zahlreiche Vorgaben zu Schuldverhältnissen im Allgemeinen und regelt insbesondere die Rechtsfolgen einer Verletzung von Pflichten aus dem Schuldverhältnis (§§ 280–304 BGB). Diese Normen des „Leistungsstörungenrechts“ werden ergänzt durch die nur die „gegenseitigen Verträge“ erfassenden Vorschriften der §§ 320–326 BGB. Weiter regelt das allgemeine Schuldrecht auch die besonderen inhaltlichen Schranken für Schuldverhältnisse bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), die aber im Falle eines „Verbrauchervertrages“ auch ohne Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Tragen kommen können (!) (§ 310 Abs. 3 BGB), und die Möglichkeiten eines Widerrufs von Verträgen, die in besonderen Vertriebsformen (Haustürgeschäfte,

Einführung

Fernabsatz) zustande kommen (§§ 312 ff. BGB); das war früher im AGB-Gesetz und in den sonstigen schon angesprochenen Nebengesetzen geregelt. Kürzlich wurde darüber hinaus der Verbraucherschutz im Bereich der Telefonwerbung durch das „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“ vom 29. Juli 2009 (BGBl. I 2009 S. 2413) verbessert. Zu den Fortentwicklungen des Verbraucherschutzrechts durch europäische Rechtsentwicklungen siehe im Übrigen unten III.

Das Leistungsstörungenrecht war einer der Kernpunkte der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Reform. Vor allem früher richterrechtlich entwickelte und geprägte Rechtsinstitute wie die positive Forderungs- bzw. Vertragsverletzung (heute § 241 Abs. 2, §§ 280 ff. BGB), die *culpa in contrahendo* (heute § 311 Abs. 2 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB), der Wegfall der Geschäftsgrundlage (heute § 313 BGB) und die Möglichkeit einer Kündigung sämtlicher Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund (heute § 314 BGB) sind einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden. Bei der Reform des Leistungsstörungenrechts und der damit zusammenhängenden Normen des Kauf- und des Verjährungsrechts konnte angeknüpft werden an die im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstatteten „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“ (1981–1983) und den *Abschlußbericht* der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992).

Das „besondere Schuldrecht“ konkretisiert zunächst die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien bei einer ganzen Reihe enumerativ genannter *vertraglicher Schuldverhältnisse*. Im Mittelpunkt der Vorschriften über die „Einzelnen Schuldverhältnisse“ steht das Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB). Die Betonung dieses Vertragstyps entspricht der lange Zeit üblichen zentralen Stellung auch des Warenhandels im Handelsrecht (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB a. F.), wie sie kaum sinnfälliger als in der Bezeichnung *Kaufmann* zum Ausdruck kommen könnte. Der Herausstellung des Kaufs entspricht auf der anderen Seite eine geradezu stiefmütterliche Behandlung der Dienstleistungsverträge. Sieht man von der – auch aus den unter 2. angeführten Gründen – unvollständigen Regelung des Arbeitsvertrages ab, fällt vor allem die nur sehr indirekte Normierung des Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 Abs. 1 BGB) ins Auge, der heute einen der wichtigsten Vertragstypen überhaupt bildet. Nachdem das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) mit Wirkung vom 1. Juli 1998 zwar nicht den Begriff des „Kaufmanns“, wohl aber dessen Inhalt durch den umfassenderen Begriff des „Gewerbetreibenden“ ersetzt hat (§ 1 HGB n. F.), steht zu hoffen, dass diese Entwicklung auch im BGB nachvollzogen wird, indem dem Recht der Dienstleistungen stärkere Aufmerksamkeit zuteil wird.

Durch die große BGB-Reform zum 1. Januar 2002 wurde vor allem das Kaufrecht (und im Zusammenhang damit das Werkvertragsrecht) vollständig umgestaltet. Der Gesetzgeber nahm die Pflicht zur (rechtzeitigen) Umsetzung der europarechtlich nur auf Verbraucherkaufverträge beschränkten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Anlass, das gesamte Kaufrecht – vor allem in Bezug auf die mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht in Zusammenhang stehenden Gewährleistungsvorschriften – neu zu gestalten. Zentral ist hier, dass der Käufer heute im Falle eines Mangels immer zunächst einen Nacherfüllungsanspruch (Nachbesserung, Nachlieferung) hat (§ 437 Nr. 1, § 439 BGB), und er nur bei dessen Scheitern mindern (§ 441 BGB), vom Vertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2, § 323 BGB) oder Schadenersatz verlangen kann (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1, 3 i. V. m. § 281 BGB). Diese Rechte können

Einführung

zudem deutlich länger (zwei Jahre) als nach dem früheren Recht geltend gemacht werden (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Für Verbraucherkauferträge, also zwischen Verbrauchern (§ 13 BGB) und Unternehmern (§ 14 BGB) geschlossene Kaufverträge über bewegliche Sachen (§ 474 Abs. 1 BGB), ist nur spezifisch, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte hier zugunsten des Verbrauchers zwingend sind (§ 475 Abs. 1 BGB), und bei einem Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigt, vermutet wird, dass er schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei (§ 476 BGB). In das BGB verlagert wurde das Recht der Teilzeit-Wohnrechteverträge (§§ 481 ff. BGB), das zuvor im Teilzeit-Wohnrechtegesetz (TzWrG) geregelt war (dazu auch unten III.2.). Zudem wurde das Kreditrecht aufgespalten in das Recht des Gelddarlehens (§§ 488 ff. BGB) und das des Sachdarlehens (§§ 607 ff. BGB). Kurz zuvor hatte der Gesetzgeber bereits durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) das Mietrecht reformiert und auch hier Nebengesetze in das BGB integriert. Schon früher waren durch das Überweisungsrecht vom 21. Juli 1999 (BGBl. I S. 1642) der Überweisungsvertrag und mit ihm zusammenhängende Vertragstypen in das BGB eingestellt worden (§§ 676 a ff. BGB). Ein Nebengesetz das v. a. die Baubranche betrifft, ist das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFG) vom 1. Juni 1909 (RGBl. S. 449) (Nr. 13), welches sicherstellen soll, dass Baugeld, das zur Befriedigung der an der Erstellung eines Baus Beteiligten zur Verfügung gestellt wurde, auch tatsächlich zu deren Befriedigung verwandt wird. Das BauFG wurde insbesondere durch das „Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen“ vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2022) neben einigen baurechtlich relevanten Normen des BGB mit dem Ziel geändert, das insolvenzrechtliche Ausfallrisiko der Werkunternehmer zu begrenzen.

Bei allen diesen Normen des „allgemeinen“ und des „besonderen Schuldrechts“ darf nicht übersehen werden, dass sie wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, wie er in §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, durch abweichende vertragliche Regelungen der Parteien typischerweise überlagert werden. Die meisten dieser Regelungen gelten damit für die vertraglichen Beziehungen der Parteien nur bei Fehlen oder Unwirksamkeit konkreterer Vertragsabsprachen zwischen den Beteiligten. Zumindest in der Judikatur entfalten die Vorschriften eine erhebliche indirekte Bedeutung: sie können im Rahmen der Inhaltskontrolle von Verträgen nach §§ 138, 242 BGB oder §§ 305 ff. BGB als Anhaltspunkt für das dienen, was „angemessen“ (vgl. § 307 Abs. 1 und 2 BGB) ist. Der beschriebene Paradigmenwechsel vom „liberalen“ zum „Verbrauchergesetzbuch“ beeinflusst damit auch den Maßstab der Inhaltskontrolle. Schließlich finden sich im „besonderen Schuldrecht“ mit dem Deliktsrecht (§§ 823–853 BGB), der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812–822 BGB) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677–687 BGB) Regelungen über *gesetzliche Schuldverhältnisse*, von denen das letztgenannte als vertragsähnlich zu qualifizieren ist. Vor allem das Deliktsrecht wurde dabei durch verschiedene Sondergesetze, von denen hier das Umweltaftungs- (Nr. 11), das Straßenverkehrs- (Nr. 12), das Haftpflicht- (Nr. 10) und das Produkthaftungsgesetz (Nr. 9) wiedergegeben sind, der technischen Entwicklung angepasst; in ihnen wurde die „klassische“ Verschuldenshaftung der §§ 823 ff. BGB durch eine (strengere) Gefährdungshaftung ersetzt. Darüber hinaus wurde durch das „Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften“ vom 18. April 2002 (BGBl. I S. 2674) die haftungs-

Einführung

rechtliche Verantwortung von Kindern im Alter zwischen sieben und zehn Jahren im Straßenverkehr mit Wirkung seit 1. August 2002 (§ 828 Abs. 2 BGB n. F.) reduziert.

Die Beziehungen der am Rechtsverkehr beteiligten Personen zu den Sachen (= körperliche Gegenstände; § 90 BGB) sind geregelt im „*Dritte[n] Buch. Sachenrecht*“. Das BGB unterscheidet hier grundsätzlich zwischen den Regelungen über den Besitz an Sachen (§§ 854–872 BGB) und über Rechte an Sachen (§§ 873–1296 BGB), deren wichtigstes das Eigentum ist. Als Sonderformen sind das umfangmäßig beschränkte Wohnungseigentum im Wohnungseigentumsgesetz (Nr. 15) und das zeitlich beschränkte Erbbaurecht im Erbbaurechtsgesetz (Nr. 14) außerhalb des BGB geregelt. Das WEG wurde zuletzt durch das „Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze“ vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 370) umfassend geändert. Ziele waren unter anderen die Erleichterung der Willensbildung in der Gemeinschaft, die Harmonisierung der Gerichtsverfahren und die Regelung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Veränderungen von Rechten an Sachen – dies ist eines der Kernelemente des deutschen Zivilrechts – vollziehen sich nicht allein durch Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages (nach dem Zweiten Buch des BGB). Sie bedürfen vielmehr auch eines sachenrechtlichen Vollzugsvertrages, bei der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen nach §§ 929 ff. BGB. Beide Verträge sind dabei in ihren Wirkungen nach dem „*Abstraktionsprinzip*“ zunächst unabhängig voneinander; verknüpft sind sie aber insoweit, als die Unwirksamkeit des Schuldvertrages den „*Rechtsgrund*“ für den Vollzugsvertrag entfallen lässt und damit auf der Grundlage von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch begründet. Im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Bestimmungen ist das Sachenrecht einschließlich der sachenrechtlichen Verträge grundsätzlich zwingendes Recht. Auch die an Sachen begründbaren Rechte sind im Sachenrecht abschließend geregelt („*numerus clausus* der Sachenrechte“). Freilich hat das strenge sachenrechtliche Korsett zu schuldvertraglichen Umgehungsstrukturen ermuntert, von denen hier nur Sicherungsübereignung und -abtretung genannt seien. Kleinere Änderungen im Bereich des Sachenrechts sind in letzter Zeit u. a. durch das „Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken“ (Risikobegrenzungsgesetz) vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1666) erfolgt, durch welches insbesondere der Schuldnerschutz bei der Abtretung einer Sicherungsgrundschuld verbessert wurde. Durch das „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften“ (ERVGBG) vom 11. August 2009 (BGBl. I S. 2713) wurde das Grundbuchverfahren an die Entwicklung moderner Technologien angepasst.

In noch größerem Umfang zwingendes Recht enthalten die beiden letzten Bücher des BGB, das „*Erbrecht*“ (Fünftes Buch) und vor allem das „*Familienrecht*“ (Viertes Buch). Beide Bücher bilden darüber hinaus im Vergleich zu den übrigen Büchern des BGB relativ abgeschlossene Einheiten. Verselbständigungen in Sondergesetzen fanden sich vor allem für das Recht der Eheschließung, das – als Folge der Rücknahme nationalsozialistischer Änderungen des BGB – bis 1998 im Ehegesetz geregelt war. Es ist heute (§§ 1303 ff. BGB) ebenso wie das Scheidungsrecht (§§ 1564 ff. BGB) und die Rechtsverhältnisse unter Eheleuten (§§ 1353 ff. BGB) wieder im BGB normiert. Die Scheidungsregelun-

Einführung

gen werden ergänzt durch das Gesetz über den Versorgungsausgleich (Nr. 19). Im Familienrecht hat eine Abkehr vom Bild der patriarchalisch geprägten Familie hin zu einem auf Gleichberechtigung und Partnerschaft aufbauenden Recht stattgefunden. In diesem Rahmen war und ist das Familienrecht Gegenstand beständiger Reformen. Insbesondere in diesem Rahmen kam es zu Änderungen im Bereich des Unterhaltsrechtes, der Vaterschaft und des Zugewinnausgleichs. So sollte bspw. durch das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern“ vom 23. April 2004 (BGBl. I S. 598), die Rechtsposition des leiblichen Vaters gestärkt werden. Darüber hinaus gab es Änderungen im Vormundschaftsrecht. Ferner wurde durch das „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ vom 17. Dezember 2009 (BGBl. I S. 2586) das Verfahrensrecht umfassend reformiert. Hinzuweisen ist daneben auf die Regelungen über die Verwandtschaft (§§ 1589 ff. BGB), insbesondere die Kindschaft (§§ 1616 ff. BGB), und die Vormundschaft (§§ 1773 ff. BGB) mit der 1990 durch das (frühere) Betreuungsgesetz eingeführten Betreuung (§§ 1896 ff. BGB). Neu hinzugekommen sind jetzt durch das „Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts“ vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2286) Regelungen über Gültigkeit und Tragweite einer Patientenverfügung. Die Grenzen des elterlichen Erziehungsrechts in religiösen Fragen regelt das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (Nr. 18). Zuletzt wird durch das „Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft“ (Lebenspartnerschaftsgesetz; Nr. 17), welches durch Gesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266) eingefügt wurde, die rechtliche Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften geregelt.

Im Mittelpunkt des *Erbrechts* steht die Unterscheidung zwischen gesetzlicher (§§ 1922 ff. BGB) und freiwilliger Erbfolge (§§ 2064 ff. BGB). Bei letzterer kommt sowohl eine „Erbeinsetzung“ auf den ganzen Nachlass oder einen Teil davon in Betracht (§§ 2087 ff. BGB) als auch ein Vermächtnis, mit dem ein bloß schuldrechtlicher Anspruch des Bedachten gegen den oder die Erben begründet wird (§§ 2147 ff. BGB). In zeitlicher Hinsicht kann die Erbeinsetzung durch Anordnung einer Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB) modifiziert werden, hinsichtlich der Verfügungsmöglichkeit durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff. BGB). Eine Bindung des Erblasser zugunsten des Begünstigten wird durch Abschluss eines Erbvertrags ermöglicht (§§ 2274 ff. BGB). Unter den allgemeinen Regelungen seien noch die Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) und zur Beschränkung der Erbenhaftung genannt (§§ 1967 ff. BGB).

Fragen des zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereichs des BGB (intertemporales und Internationales Privatrecht), der Konkurrenz zum Landesrecht und zum Gewohnheitsrecht regelt das Einführungsgesetz zum BGB (Nr. 2). Es enthält darüber hinaus zahlreiche Verordnungsermächtigungen. Aus dem EGBGB ausgeklammert sind inzwischen allerdings die internationalprivatrechtlichen Fragen der vertraglichen und der außervertraglichen Schuldverhältnisse. Diese Aspekte werden nunmehr durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-VO) (Nr. 3) und die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche

Einführung

Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-II-VO) (Nr. 4) einheitlich durch Europarecht geregelt, so dass diese dem deutschen Gesetzgeber vollumfänglich entzogen sind. Die Rom-I-VO gilt für Schuldverhältnisse, die nach dem 17. Dezember 2009 begründet wurden, während die Rom-II-VO für Schuldverhältnisse gilt, bei denen das schadensbegründende Ereignis nach dem 11. Januar 2009 eingetreten ist. Außerhalb dieser Regelungsbereiche wird das Internationale Privatrecht auch weiterhin durch die Vorschriften der Art. 3 ff. EGBGB bestimmt.

4. Das BGB im System des Zivilrechts

Nach wie vor bildet das BGB den Dreh- und Angelpunkt des gesamten deutschen Zivilrechts – und auch einiger Teile des öffentlichen Rechts. Vor allem seine ersten drei Bücher dienen in vielfältiger Weise als „Basisrecht“ für Gesetze außerhalb des BGB, denn es regelt mit dem allgemeinen Privatrecht die rechtlichen Beziehungen, die jede Privatperson betreffen (können). Insofern wird es ergänzt durch einige aus dem BGB ausgegliederte Gesetze, die aber sachlich dem allgemeinen Privatrecht zuzurechnen sind (etwa WEG, früher AGBG, EheG). Vor allem aber stehen neben ihm die Normen des Sonderprivatrechts, die nur bestimmte Privatrechtsbeziehungen im Auge haben und deren Anwendbarkeit entweder vom Vorliegen bestimmter persönlicher Eigenschaften (etwa dem „Kaufmannsbegriff“ in § 1 HGB, der heute alle Gewerbetreibenden erfasst) oder bestimmter objektiv umrissener Geschäftstypen abhängt (so beim Scheck- und Wechselrecht). Die Vorschriften des BGB haben auch gegenüber diesen Regelwerken den Charakter eines „Allgemeinen Teils“ und können daher auch insoweit zur Lückenfüllung oder Auslegung herangezogen werden. Das gilt freilich für Normen außerhalb wie innerhalb des BGB nur noch eingeschränkt, soweit sie auf europäischen Richtlinien beruhen. Dann ist die Auslegung vor dem Hintergrund der Richtlinie einschließlich ihrer vom BGB möglicherweise abweichenden Begriffsbildung und der mit ihr verfolgten Ziele vorrangig (dazu unten III.4.).

Abgesehen davon kommt die beschriebene Stellung des BGB im Privatrechtssystem besonders sinnfällig im Verhältnis zum *Handelsgesetzbuch* zum Ausdruck, das in vielen Fällen nur Ergänzungen oder Abweichungen von BGB-Normen festschreibt und daher ohne das BGB-„Mutterrecht“ gar nicht angewandt werden könnte. Gleiches gilt für das *Versicherungsrecht*, historisch gesehen ein Teilbereich des Handelsrechts.

Mit dem Recht des (eingetragenen) Vereins (§§ 21 ff., 55 ff. BGB) enthält das BGB die Grundlagen für sämtliche *juristische Personen* des Privatrechts, insbesondere die Kapitalgesellschaften AG und GmbH, teilweise auch darüber hinaus; in der früher üblichen Bezeichnung der Aktiengesellschaft als *Aktienverein* kommt dies noch deutlich zum Ausdruck. Manche Normen wie etwa § 31 BGB entfallen ihre Hauptbedeutung sogar erst außerhalb des BGB. Mit dem „Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen“ vom 24. September 2009 (BGBl. I S. 314) sowie dem „Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen“ vom 28. September 2009 (BGBl. I S. 3161) wurden jüngst zahlreiche Vorschriften des Vereinsrechts geändert. Das Recht der BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) stellt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB) die Grundlage des gesamten *Personengesellschaftsrechts* wie auch über § 1 EWIV-AG des Rechts

Einführung

der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung und über § 1 Abs. 4 PartGG der Partnerschaft dar.

In anderen Bereichen des Privatrechts ist die Abkoppelung vom BGB noch deutlich weiter fortgeschritten, ohne dass die Grundlage im BGB damit aufgehoben wäre. Das gilt etwa für das *Arbeitsrecht*, das auf den §§ 611 ff. BGB aufbaut, dort aber bei Inkrafttreten des BGB (bewusst) nur unvollständig geregelt wurde (siehe inzwischen vor allem auch das ebenfalls nicht ins BGB integrierte Kündigungsschutzgesetz; Nr. 7). Insoweit ist es konsequent, wenn der Gesetzgeber die Ausgliederung genuin arbeitsrechtlicher Normen aus dem BGB weiter vorantreibt. Hier ist vor allem auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften vom 24. August 2002 (BGBl. I S. 3412) zum 1. Januar 2003 wirksam werdende Verlagerung arbeitsrechtlicher Normen in die §§ 105 ff. GewO zu verweisen; allerdings wäre es überzeugender, anstelle der Integration dieser Vorschriften in die Gewerbeordnung hierfür ein eigenständiges Arbeitsvertragsgesetz zu schaffen. Eine weitere bedeutende und bei ihrer Einführung sehr kritisch bewertete Änderung vor allem im Bereich des Arbeitsrechts, aber darüber hinaus auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr, ist durch die Einführung des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ (AGG) (Nr. 8) durch das „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) vorgenommen worden. Durch das Gesetz wurden die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22), die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16), die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15) und die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373 S. 37) umgesetzt. Ziel des Gesetzes ist es, einen umfassenden Schutz vor Diskriminierungen insbesondere im Bereich Beschäftigung und Beruf zu erreichen. Betroffen sind darüber hinaus aber auch allgemeine Teile des Zivilrechts. Das Gesetz hat zudem den Prozess der Verlagerung von BGB-arbeitsrechtlichen Normen auf Sondergesetze weiter fortgesetzt.

Auch im *Wertpapierrecht* gelten die Regelungen des BGB über die Anweisung (§§ 783 ff. BGB) lediglich subsidiär, nachdem deren Sonderformen Wechsel und Scheck ausführliche gesetzliche Regelungen erfahren haben; für die Inhaberschuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB) und insbesondere deren zahlenmäßig wichtigste Ausformung des Inhaberzeichens (§ 807 BGB) liegen die Dinge jedoch anders.

Das vor allem im GWB geregelte (deutsche) *Kartellrecht* tritt neben das Vertrags- und Deliktsrecht des BGB und wird zugleich um öffentlich-rechtliche Elemente ergänzt. Das Deliktsrecht wird erweitert und modifiziert durch das Recht des *unlauteren Wettbewerbs* (geregelt im UWG). Das *Recht des geistigen*

Einführung

Eigentums (PatG, MarkenG, GeschmG, UrhG) regelt vor allem die Einräumung, Übertragung und Verteidigung absoluter Rechte außerhalb des Sachenrechts.

Schließlich sind auch Ausstrahlungswirkungen auf das *öffentliche Recht* zu verzeichnen, was angesichts der Tatsache nicht überrascht, dass die heutige – auch das Gerichtsverfahren erfassende – Trennung von Privat- und öffentlichem Recht keineswegs selbstverständlich ist. So können etwa die Normen des BGB über Vertragsschluss, Auslegung und Leistungsstörungen auch auf öffentlich-rechtliche Verträge angewandt werden (§§ 59, 62 VwVfG); ausdrücklich angeordnet ist die Geltung des BGB im öffentlichen Recht etwa in §§ 89, 839 BGB.

III. Europäisches Zivilrecht

1. Entwicklung

Kern der Rechtsangleichung im Zivilrecht war bislang das *Verbraucherschutzrecht* und damit in erster Linie ein Teilgebiet des allgemeinen Zivilrechts. Dabei hat sich die Abgrenzung des Verbrauchers vom Unternehmen insbesondere bei einer so genannten Mischstätigkeit bzw. einem Vertrag mit doppeltem Zweck als schwierig erwiesen. Jedenfalls für den Bereich des Europäischen Zivilprozessrechts hat der EuGH die Abgrenzung daran festgemacht, dass der gewerbliche Zweck für die Annahme der Verbrauchereigenschaft nur derart nebensächlich sein darf, dass er im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäfts nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt (EuGH v. 20. 1. 2005 – C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg. 2005, I-439 = NJW 2005, 653). Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für verbraucherpolitische Maßnahmen war allerdings im EG-Primärrecht bis zum Inkrafttreten des Unionsvertrages von Maastricht nicht vorhanden. Die Gemeinschaftsorgane mussten sich deshalb in den Jahren vor 1993 als Rechtsgrundlage vor allem auf die Regelungen über die Rechtsangleichung im Binnenmarkt (Art. 100 und – seit dessen Einfügung durch die Einheitliche Europäische Akte im Jahr 1986 – Art. 100 a EWG-Vertrag) berufen. Insbesondere Art. 100 a Abs. 3 EWG-Vertrag verpflichtete die Kommission bei der Erarbeitung von Vorschlägen auf ein „hohes Schutzniveau“ im Bereich des Verbraucherschutzes, was diesen Ansatz auch formell rechtfertigte. Der durch den Vertrag von Maastricht im Jahre 1992 eingefügte Art. 3 lit. s) EG-Vertrag (später Art. 3 lit. t) EG) fordert nicht nur die Gemeinschaft zu einem „Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“ auf. Vielmehr erhielt der EG-Vertrag in Art. 129 a EG-Vertrag auch eine ausdrückliche Rechtsgrundlage, über die dieser Beitrag zur Verwirklichung eines „hohen Verbraucherschutzniveaus“ Gestalt annehmen sollte; mit dem am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam wurde sie in Art. 153 EG-Vertrag nochmals beträchtlich erweitert. Als Ermächtigungsgrundlage wurde allerdings weiter überwiegend auf Art. 95 EG (= Art. 100 a EG-Vertrag) zurückgegriffen. Durch den Vertrag von Lissabon wurde Art. 153 Abs. 1, 3, 4 und 5 EG in Art. 169 AEUV und Art. 153 Abs. 2 EG in Art. 12 AEUV übernommen. Art. 95 EG wurde in umgestellter Form in Art. 114 AEUV übernommen. Die Einführung der besonderen Vorschriften zur Harmonisierung des Verbraucherschutzes ist ebenso wie die Schaffung einer eigenständigen für den Verbraucherschutz zuständigen Generaldirektion der

Kommission Ausdruck der zunehmenden Bedeutung des Verbraucherschutzes in der Europäischen Union – zunächst als Antwort auf den für die Gemeinschaft nicht gerade rühmlichen BSE-Skandal. Neben den verbraucherschutzrechtlichen Richtlinien wurde das BGB vor allem durch *arbeitsrechtliche* Richtlinien beeinflusst; Rechtsgrundlage waren insoweit die Art. 94 f., 136 ff., 308 EG, die nun z.T. in geänderter Form in Art. 114 f., 151 ff., 352 AEUV normiert sind.

Kennzeichnend für sämtliche Richtlinien ist, dass die durch sie den Verbrauchern gewährten Rechte zum Gegenstand von Unterlassungsklagen besonders dafür „qualifizierter Einrichtungen“ gemacht werden können. Um die Durchsetzung derartiger Ansprüche auch grenzüberschreitend zu erleichtern, haben Europäisches Parlament und Rat am 19. Mai 1998 auf der Grundlage von Art. 100a EG-Vertrag (heute Art. 114 AEUV) eine *Richtlinie über Unterlassungsklagen* zum Schutz der Verbraucherinteressen erlassen (98/27/EG; ABl. EG Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, S. 166 ff. mit späteren Änderungen). Europäisches Recht dokumentiert insoweit deutlich, dass es der Rechtsdurchsetzung einen besonders hohen Stellenwert beimisst. Die bis zum 1. Januar 2001 umzusetzende Richtlinie (Art. 8 Abs. 1) wurde zunächst vor allem durch §§ 22, 22a AGBG in deutsches Recht umgesetzt. Mit Wirkung vom 1. Januar 2002 wurde die Norm in das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG; Nr. 6) eingestellt, das zugleich die verfahrensrechtlichen Teile des früheren AGBG aufgenommen hat.

2. Inhalt

a) Erste segmentbezogene Angleichungsmaßnahmen des Schuldrechts

Das Ziel der Gemeinschaft zur Schaffung eines „Binnenmarktes für Lebensqualität“, zu der das Verbraucherschutzrecht gezählt wird, nahm erstmals in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts konkrete Formen an. Es mündete in die am 10. September 1984 recht überraschend erlassene *Richtlinie über irreführende Werbung* (Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung [84/450/EWG], ABl. EG Nr. L 250 vom 19. 9. 1984, S. 17 ff.). Sie wurde geändert durch die Richtlinie 97/55/EG vom 6. Oktober 1997 (ABl. EG Nr. L 290 vom 23. 10. 1997, S. 18 ff.), mit der ausdrücklich die vergleichende Werbung für zulässig erklärt wurde. Da sie aus deutscher Sicht dem Lauterkeitsrecht zuzurechnen ist, wird sie hier nicht weiter vorgestellt.

Nur wenige Monate nach der Verabschiedung dieser Richtlinie wurde mit der vom Ministerrat am 25. Juli 1985 erlassenen *Produkthaftungsrichtlinie* ein weiterer großer Schritt in der Verbrauchergesetzgebung der Gemeinschaft getan. Die auf Art. 100 EWG-Vertrag gestützte und überaus detaillierte Richtlinie stellt auch heute noch das – hinsichtlich der Artikelzahl – inhaltlich umfangreichste Regelwerk im Verbraucherschutz dar und hat aus diesem Grund auch wie kaum ein anderer Bestandteil des sekundären Gemeinschaftsrechts zu weitgehenden Änderungen im einschlägigen nationalen Recht der Mitgliedstaaten geführt. Sie ist gerade für den Bereich des gemeineuropäischen Zivilrechts von erheblicher Bedeutung, da sich die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft hier zum ersten Mal auf einen Kernbereich des allgemeinen Zivilrechts – das Haftungsrecht – erstreckt. Dieser erhebliche Einfluss dürfte andererseits auch mitursächlich dafür gewesen sein, dass der dem Ansatz

Einführung

der Produkthaftungsrichtlinie folgende und im Jahre 1990 vorgelegte „Vorschlag einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen“ bislang keine Verwirklichungschancen hat.

Umgesetzt wurde die Richtlinie durch das am 1. Januar 1990 in Kraft getretene Produkthaftungsgesetz (ProdHG; Nr. 9), das allerdings nach seinem § 15 Abs. 2 ganz bewusst die bislang auf der Grundlage von § 823 BGB entwickelten Grundsätze unberührt lässt. Das führt zu einem misslichen Nebeneinander ähnlicher Regelungen mit demselben Regelungsziel und trägt nicht gerade zur so oft geforderten Klarheit und Transparenz der Zivilrechtsordnung bei. Auch durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde daran nichts geändert. Umfassende Produktsicherheit wird inzwischen zusätzlich auch durch die allgemeine *Produktsicherheitsrichtlinie* 2001/95/EG vom 3. Dezember 2001 (ABl. EG Nr. L 11 vom 15. Januar 2002, S. 4; früher Richtlinie 92/59/EWG vom 29. Juli 1992, ABl. EG Nr. L 228 vom 11. August 1992, S. 24 ff.) und zahlreiche weitere Richtlinien, die (heute) durch das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) vom 6. Januar 2004 in deutsches Recht umgesetzt sind, mit öffentlich-rechtlichen Mitteln (Möglichkeit behördlicher Verbote, Warnungen oder Rückrufe) gewährleistet. Diese Normen treten neben zahlreiche schon ältere Spezialregelungen auf europäischer wie nationaler Ebene, die jeweils nur bestimmte Produkte betreffen.

Abgeschlossen wurde die erste Phase der verbraucherpolitischen Rechtsetzungstätigkeit der Europäischen Gemeinschaft mit der am 20. Dezember 1985 vom Ministerrat erlassenen „Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“ (*Haustürgeschäfte*richtlinie, 85/577/EWG, ABl. EG Nr. L 372 v. 31. Dezember 1985, S. 31). Die Richtlinie, die weitgehend auf Vorarbeiten des deutschen Gesetzgebers beruht und damit einen der seltenen Fälle „umgekehrter Harmonisierung“ darstellt, will die strukturell schwächere Verhandlungsposition des Verbrauchers bei den sehr unterschiedlich ausgestalteten – oftmals verallgemeinernd als „Haustürgeschäfte“ bezeichneten – Formen des Direktvertriebs durch die Einräumung eines zeitlich begrenzten Widerrufsrechts stärken. Sie nimmt dabei mit der Forderung nach mehr Gerechtigkeit und Ausgewogenheit bei der *inhaltlichen* Ausgestaltung von Verträgen erstmals eine der Kernfragen der rechtspolitischen Diskussion der siebziger und achtziger Jahre auch auf europäischer Ebene auf. Umgesetzt wurde die Richtlinie durch das Hauswiderrufgesetz vom 16. Januar 1986 (BGBl. I S. 122), das nahezu zeitgleich mit dem Erlass der Richtlinie selbst und in der Erwartung erlassen wurde, der angestrebten Rechtsangleichung Rechnung zu tragen. Das Gesetz trat am 1. Mai 1986 in Kraft. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde es zum 1. Januar 2002 aufgehoben und in die §§ 312, 312 a BGB n. F. verlagert. Von Bedeutung für die Richtlinie ist zunächst das *Dietzinger-Urteil* des EuGH (Rs. C-45/96, Slg. 1998, I-1214, I-1221 ff. = NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554), in dem dieser feststellte, dass auch eine Bürgschaft unter die Richtlinie fällt, aber nur, wenn sowohl der Bürge als auch der Hauptschuldner Verbraucher sind („doppelter Verbraucherbegriff“). In einer weiteren Entscheidung erstreckte der EuGH zudem den Anwendungsbereich der Richtlinie auf grundpfandrechtlich abgesicherte Realkredite (EuGH, Rs. C-481/99, *Heininger/Hypo Vereinsbank*, Slg. 2001, I-9945 ff. = ZIP 2002, 31 = NJW 2002, 281). Dem hat der deutsche Gesetzgeber durch eine Ergänzung von vor allem §§ 355 und 358 BGB im gerade zuvor reformierten BGB zum 1. August 2002 durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch

Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLG-Vertretungsänderungsgesetz – OLGVertrÄndG) vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) Rechnung getragen.

Einen weiteren wichtigen Schritt im Programm der privatrechtsvereinheitlichenden EG-Verbraucherschutzgesetzgebung stellte die vom Ministerrat am 22. Dezember 1986 erlassene *Verbraucherkreditrichtlinie* in ihrer ursprünglichen Fassung dar (87/102/EWG, ABl. EG Nr. L 42 v. 12. Februar 1987, S. 48). Sie wurde in erster Linie durch das Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2840) umgesetzt (heute §§ 491 ff. BGB). Die Änderungsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Verbraucherkredit [90/88/EWG]) wurde demgegenüber durch eine Änderung der Preisangabenverordnung in deutsches Recht integriert (Art. 1 der Ersten Verordnung zur Änderung der Preisangabenverordnung vom 3. April 1992, BGBl. I S. 846, und Art. 1 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Preisangabenverordnung vom 14. Oktober 1992, BGBl. I S. 1765, mit einer Neufassung insbesondere von § 4 der Preisangabenverordnung [Verordnung zur Regelung der Preisangaben vom 14. März 1985, BGBl. I S. 580]). Eine weitere Änderungsrichtlinie vom 16. Februar 1998 (98/7/EG), die bis April 2000 in deutsches Recht umzusetzen war, wurde erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in deutsches Recht umgesetzt. Eine erneute völlige Umgestaltung hat das Verbraucherkreditrecht durch die Umsetzung der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG und der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie [n.F.]) durch das „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“ vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2355) erfahren. Dabei sind die durch die Zahlungsdiensterichtlinie begründeten Änderungen bereits zum 31. Oktober 2009 wirksam geworden, während die Regelungen, die die Verbraucherkreditlinie betreffen, gerade erst (zum 11. Juni 2010) wirksam geworden sind (zu den Änderungen im Bereich der Zahlungsdienste unten III 2.b). Kernstück der Änderungen im Verbraucherdarlehensrecht ist ein Muster für die dem Verbraucher zu erteilenden Widerrufsinformationen, durch deren Verwendung eine Gesetzlichkeitsfiktion zu Gunsten des Verwenders geschaffen wird.

Als nächsten Schwerpunkt in ihrem Programm der Verbrauchergesetzgebung wählte die EG-Kommission Ende der achtziger Jahre das (Pauschal-) Reiserecht aus. Nach verschiedenen Vorarbeiten wurde am 13. Juni 1990 die „Richtlinie des Rates über Pauschalreisen“ (*Pauschalreiserichtlinie*; 90/314/EWG, ABl. EG Nr. L 158 v. 23. Juni 1990, S. 59) vom Ministerrat erlassen. In der Bundesrepublik erfolgte die Umsetzung der Richtlinie durch das „Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen“ vom 24. Juni 1994 (BGBl. I S. 1322). Die Regeln über die Informationspflichten wurden in Form einer auf der Grundlage von § 651 a Abs. 5 BGB erlassenen „Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern“ vom 14. November 1994 (BGBl. I S. 3436) umgesetzt (Nr. 5). Diese

Einführung

wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in „Verordnung über Informationspflichten nach bürgerlichem Recht“ umbenannt, die auf § 651 a Abs. 3 Satz 2 BGB i. V. m. Art. 238 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB als neuer Ermächtigungsgrundlage beruht; die reiseveranstaltungsspezifischen Informationspflichten befinden sich in deren §§ 4 ff. Die ursprünglichen Änderungen im BGB traten am 1. November 1994 in Kraft, während die Insolvenzsicherungspflicht bereits zum 1. Juli 1994 eingeführt wurde. In jedem Fall wurden von der Neuregelung erst die Reisen der Wintersaison 1994/95 erfasst. Das bedeutet, dass die Bundesrepublik ebenso wie eine Reihe anderer EG-Mitgliedstaaten die in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehene Umsetzungsfrist (31. Dezember 1992) nicht eingehalten hatte. Angesichts der zwischenzeitlichen Insolvenzen mehrerer kleiner Reiseveranstalter stellte sich daher die Frage, inwieweit Schäden, die einzelnen Pauschalreisenden im Zeitraum zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Inkrafttreten der jeweiligen nationalen Rechtsnormen entstanden sind, von den untätigen Mitgliedstaaten zu ersetzen sind. Der Europäische Gerichtshof bejahte dies in seinem Urteil *Dillenkofer* („MP Travel“; Rs. C-178, 179, 188, 189 und 190/94, Tz. 30 ff., Slg. 1996, I-1631 ff. = ZIP 1996, 1832 ff. = NJW 1996, 3141 ff.), mit dem er seine in der Sache *Franovich* (EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 ff.) begründete Rechtsprechung zur Haftung des Staates bei Nicht- bzw. fehlerhafter Umsetzung von EG-Richtlinien fortsetzte (zu den Voraussetzungen im Einzelnen unten III.3.).

b) Vereinheitlichung von Kernbereichen des Vertragsrechts

Den gemessen an der hierdurch ausgelösten intensiven Debatte in Wissenschaft und Rechtspraxis neben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wohl einschneidendsten Schritt zur verbraucherschutzorientierten Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts hat die Europäische Gemeinschaft mit der am 5. April 1993 vom Ministerrat erlassenen „Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“ (*Klauselrichtlinie*) getan (93/13/EWG, ABl. EG Nr. L 95 v. 21. April 1993, S. 29). Ebenso wie schon mit dem Haftungsrecht (durch die Produkthaftungsrichtlinie) ist mit dem *allgemeinen Vertragsrecht* auch in diesem Fall ein Kernbereich des Privatrechts betroffen, der zudem angesichts der erheblich voneinander abweichenden Regelungen über unzulässige Vertragsklauseln in den einzelnen Mitgliedstaaten der Union und der kaum zu übertreffenden Bedeutung des Vertragsrechts für das Funktionieren des Binnenmarktes auch einen klassischen Anwendungsfall der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsvorschrift des Art. 114 AEUV (vormals zunächst Art. 100 a EG-Vertrag und dann Art. 95 EG) darstellt. Die EG-Kommission hat hier schon sehr früh erkannt, dass insbesondere der durchschnittliche Endverbraucher allzu oft durch die Unkenntnis fremder Rechtssysteme sowie durch die Furcht vor einem unzureichenden Schutz vor für ihn nachteiligen Vertragsklauseln davon abgehalten wird, grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten zu beziehen. Hier mehr Rechtssicherheit zu schaffen und so den gemeinsamen Markt gerade auch im bürgernahen Bereich zu verwirklichen, ist das primäre Ziel der Klauselrichtlinie.

Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie schrieb vor, dass die Mitgliedstaaten die Richtlinie spätestens bis zum 31. Dezember 1994 in nationales Recht umzusetzen hatten. Dass diese Umsetzungsfrist von lediglich 21 Monaten für die Mehrzahl der Mitgliedstaaten nicht einzuhalten war, war angesichts der Kom-

Einführung

plexität der Materie wohl von Anfang an zu erwarten. Lediglich Frankreich hatte die Richtlinie am 1. Februar 1995 relativ fristgerecht umgesetzt. In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Richtlinie schließlich durch Gesetz vom 19. Juli 1996 (BGBl. I S. 1013), insbesondere durch Änderung von § 12 AGBG (heute Art. 29 a EGBGB) und Einfügung von § 24 a AGBG (heute § 310 Abs. 3 BGB) – was den deutlich weitergehenden Ansatz der Richtlinie eher verdunkelt (dazu auch oben II.3.). Die spätere Anpassung des Kaufmannsbegriffs in § 24 AGBG (heute § 310 Abs. 1 BGB) durch das am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) steht in sachlichem Zusammenhang damit, ohne aber durch die Richtlinie geboten gewesen zu sein.

Als nächste Maßnahme im Bereich des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes erließen Ministerrat und Europäisches Parlament am 26. Oktober 1994 die „*Time-Sharing-Richtlinie*“ (94/47/EG, ABl. EG Nr. L 280 v. 29. Oktober 1994, S. 83; inzwischen aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen [ABl. EG Nr. L 33 v. 3. Februar 2009, S. 10], deren Umsetzung bis zum 23. Februar 2011 zu erfolgen hat). Beim Time-Sharing, das von der Richtlinie in Art. 1 Abs. 1 als „Teilnutzungsrecht an einer oder mehreren Immobilien“ definiert wird, handelt es sich um eine in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten entwickelte und seitdem durch die Herausbildung verschiedener rechtlicher Ausgestaltungsmöglichkeiten immer mehr verfeinerte Form des Vertriebs von Nutzungsrechten an Immobilien. Man versteht hierunter grundsätzlich die Berechtigung, einen Gegenstand (zumeist ein Ferienhaus oder eine Ferienwohnung) über eine längere Zeit im jährlichen Turnus für eine im Vorhinein genau festgelegte Zeit zu nutzen. Die Vorteile einer solchen Vertragsgestaltung für den „Nutzer“ liegen auf der Hand. Sie bestehen vor allem darin, dass er nicht einen relativ hohen Kapitalbetrag für den Kauf einer Immobilie verwenden muss, die dann nur wenige Wochen im Jahr genutzt werden kann. Weniger offensichtlich, jedoch ebenfalls von erheblicher Bedeutung sind hingegen die Nachteile des Time-Sharing. Sie beginnen bei den vielfach überpreiserten Angeboten, deren Überprüfung dem Erwerber kaum möglich ist, und den aggressiven sowie oftmals undurchsichtigen Vertriebsmethoden der Anbieter, setzen sich fort in den aus dem regelmäßig grenzüberschreitenden Charakter derartiger Verträge erwachsenden rechtlichen und tatsächlichen Problemen und enden in nicht wenigen Fällen in einer deutlichen Benachteiligung des Verbrauchers, der als „Mieter zweiter Klasse“ schlechter gestellt ist, als wenn er jedes Jahr seinen Jahresurlaub in einer dem Time-Sharing-Objekt vergleichbaren Mietwohnung verbringen würde.

Mit dem Inkrafttreten des Teilzeit-Wohnrechtegesetzes (TzWrG) am 1. Januar 1997 war der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungsverpflichtung kurz vor Ablauf der nach Art. 12 der Richtlinie am 29. April 1997 endenden Umsetzungsfrist hier rechtzeitig nachgekommen. Er hat dabei ebenso wie die letzte Version der Richtlinie darauf verzichtet, eine Absicherung für den Fall der Insolvenz des Anbieters vorzusehen – eine gesetzgeberische Entscheidung, die auf die erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Garantievorschriften der Pauschalreiserichtlinie zurückzuführen gewesen sein dürfte. Mit Wirkung vom 1. Januar 2002 ist auch das TzWrG in Form der §§ 481 ff. BGB

Einführung

im BGB aufgegangen. Bezüglich der Informationspflichten wird die Richtlinie jetzt durch den auf Art. 242 EGBGB beruhenden § 2 BGB-InfoV (Nr. 5) umgesetzt.

Als nächste Richtlinie im Bereich des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes erließen Ministerrat und Europäisches Parlament auf der Grundlage von Art. 100 a EG-Vertrag (heute Art. 114 AEUV) am 20. Mai 1997 die *Fernabsatzrichtlinie* (97/7/EG; ABl. EG Nr. L 144 v. 4. Juni 1997, S. 19). Ihr Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass der „Fernabsatz“ von Waren und Dienstleistungen, also der Abschluss von Kauf-, Dienst- und Werkverträgen ohne gleichzeitige persönliche Anwesenheit der Vertragspartner, kontinuierlich wächst. Diese Entwicklung ist eine Konsequenz der zunehmenden Bedeutung der neuen, insbesondere elektronischen Kommunikationsmittel von Telefon über Fax bis hin zum Internet, die schon lange neben die klassischen Formen des Fernabsatzes in Form des Versandhandels durch Katalogbestellung getreten sind. Die Leichtigkeit, auf diese Weise auch grenzüberschreitend Verträge abzuschließen, und die daraus aufgrund unterschiedlicher Rechtsvorschriften resultierenden verschiedenen Schutzstandards stellten das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts in Frage. Das war Anlass für die Europäische Union, auf eine Angleichung der vorhandenen Schutzbestimmungen in diesem Bereich hinzuwirken; denn die vorhandenen Unterschiede führten zum einen zu Wettbewerbsnachteilen der Anbieter, zum anderen zu Schutzdifferenzen auf Seiten der Verbraucher. Schutzbedarf besteht dabei beim Verbraucher insoweit, als er nicht in der Lage ist, den zu kaufenden Gegenstand vor Vertragsabschluss in Augenschein zu nehmen oder bei Dienstleistungen entsprechende Informationen Dritter einzuholen; hinzu kommen die bekanntlich recht aggressiven Werbemethoden in diesem Bereich. Hier hatte das deutsche Recht zuvor vor allem das Lauterkeitsrecht bemüht. Wie bei der Klauselrichtlinie steht im Mittelpunkt der Richtlinie das Vertragsrecht, das sie – komplementär zur Haustürgeschäfte richtlinie – in bezug auf Vertragsanbahnung und -abschluss regelt. Nach Art. 15 Abs. 1 war die Richtlinie binnen drei Jahren nach ihrem Inkrafttreten – also bis zum 4. Juni 2000 – in nationales Recht umzusetzen.

Die Richtlinie wurde zunächst durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897, berichtigt S. 1139) in deutsches Recht umgesetzt, indem ein neues Fernabsatzgesetz geschaffen wurde. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde dieses Gesetz aufgehoben und ging vor allem in den §§ 312b BGB auf. Bezüglich der Informationspflichten wird die Richtlinie jetzt durch den auf Art. 240 EGBGB beruhenden § 1 BGB-InfoV (Nr. 5) umgesetzt.

Schließlich wurden durch das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen“ vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102), durch das die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271 S. 16) umgesetzt wurde, auch Finanzdienstleistungen den Verbraucherschutzvorschriften des Fernabsatzrechtes unterstellt. Diese waren in der ursprünglichen allgemeinen Fernabsatzrichtlinie aus dem Jahre 1997 noch ausgeklammert worden. Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines wirksamen Widerrufs hat der EuGH die Vorschriften der Fernabsatzrichtlinie dahingehend

Einführung

konkretisiert, dass dem Verbraucher beim Widerruf weder die Kosten der Zusendung der Waren (EuGH v. 15. 4. 2010 – Rs. C-511/08, *Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, noch nicht veröffentlicht) noch die Verpflichtung zur Leistung eines Nutzungersatzes (EuGH v. 3. 9. 2009 – Rs. C-489/07, *Messner/Krüger*, NJW 2009, 3015) auferlegt werden dürfen.

Mit der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über *grenzüberschreitende Überweisungen* (97/5/EG, ABl. EG Nr. L 43 v. 14. Februar 1997, S. 25), die aus europäischer Sicht dem Bankrecht zugeordnet wird, wollte der europäische Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 100 a EG-Vertrag (später Art. 95 EG, jetzt Art. 114 AEUV) die Abwicklung grenzüberschreitender Zahlungen durch klare und einheitliche Fristen- und Haftungsregeln im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr verbessern. Insoweit ergänzt sie die schon zuvor erlassenen vertraglichen Regelungen.

Die Richtlinie war bis zum 14. August 1999 in deutsches Recht umzusetzen (Art. 11 Abs. 1). Das ist durch das Überweisungsgesetz vom 21. Juli 1999 (BGBl. I S. 1642) insbesondere durch Einführung eines speziellen Überweisungsvertrags und weiterer ihn ergänzender Vertragstypen geschehen (§§ 676 a ff. BGB). Bezüglich der Informationspflichten wird die Richtlinie jetzt durch den auf Art. 239 EGBGB beruhenden § 10 BGB-InfoV (Nr. 5) umgesetzt. Schon aus praktischen Gründen ist der deutsche Gesetzgeber aber über die europäische Vorgabe, die nur eine Vereinheitlichung *grenzüberschreitender* Überweisungen erzwingt, hinausgegangen und hat die entsprechenden Regelungen auch für rein nationale Überweisungen für anwendbar erklärt, freilich insoweit erst ab 1. Januar 2002 (Art. 228 Abs. 2 EGBGB). Durch das Überweisungsgesetz wurden zudem Art. 3 und 5 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (98/26/EG, ABl. EG Nr. L 166 v. 11. Juni 1998, S. 45) in Teilaspekten (vgl. daneben §§ 96 Abs. 2, 147 Abs. 1 Satz 2 InsO) umgesetzt. Durch die Zahlungsdiensterichtlinie und deren Umsetzung zum 31. Oktober 2009 (dazu bereits oben III 2. a) wurde gerade in einem weiteren Schritt ein europaweit einheitlicher Rechtsrahmen für den bargeldlosen Zahlungsverkehr sowie ein einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum („Single Euro Payments Area [SEPA]“) geschaffen. Die bestehenden nationalen Zahlungssysteme werden daher mittelfristig abgelöst werden.

Drei weitere Richtlinien gaben den Anstoß zur oben schon vorgestellten Totalrevision des BGB: die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die Richtlinie zu Zahlungsfristen im Handelsverkehr und die E-Commerce-Richtlinie.

Die vom Europäischen Parlament und vom Rat der Europäischen Union auf der Grundlage von Art. 95 EG-Vertrag (heute Art. 114 AEUV) am 25. Mai 1999 erlassene *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie* (1999/44/EG, ABl. EG Nr. L 171 v. 7. Juli 1999 S. 12) will einen Mindestsockel von Verbraucherrechten beim Kauf beweglicher Sachen gewährleisten, um vor allem Wettbewerbsunterschiede beim grenzüberschreitenden Handel zu reduzieren. Damit betrifft sie ganz zentral das Vertragsrecht. Die Richtlinie erfasst Kaufverträge zwischen Verbrauchern und beruflichen oder gewerblichen Verkäufern über bewegliche Sachen unter Einschluss von Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen. Sie regelt zunächst den Begriff der Vertragsmäßigkeit (Art. 1; in Deutschland dem Sachmangelbegriff ent-

Einführung

sprechend); der Nachweis ihres Fehlens wird durch eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers für innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung auftretende Mängel gestärkt (Art. 5 Abs. 3). Sodann regelt sie die Rechte des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit (allerdings mit Ausnahme von Schadenersatzansprüchen); hier ist besonders bedeutsam der Nacherfüllungsanspruch des Käufers in Form eines Anspruchs auf Beseitigung des Mangels oder auf Lieferung einer neuen Sache (Art. 3). Vorgegeben werden die Gewährleistungsfristen mit mindestens zwei Jahren (Art. 5 Abs. 1) und die formellen Anforderungen an etwaige den Vertrag begleitende Garantien. Der dem deutschen Kaufrecht bis zur Schuldrechtsmodernisierung unbekannte Nacherfüllungsanspruch hat die deutsche Rechtsprechung bereits vor erheblichen Nachjustierungsbedarf gestellt, da es der deutsche Gesetzgeber versäumt hat, den Nacherfüllungsanspruch hinreichend in das Gesamtsystem des deutschen Kaufrechts zu integrieren. Für die Frage nach der Zulässigkeit einer Nutzungsentschädigung bei einer Ersatzlieferung hat dabei sogar der EuGH eingegriffen (EuGH v. 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06, *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Slg. 2008, I-2685 = NJW 2008, 1433) und den deutschen Gesetzgeber zur Schaffung von § 474 Abs. 2 BGB veranlasst. Die sich im Zusammenhang mit der Nacherfüllung ebenfalls stellende Frage der Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die Nacherfüllung und des damit verbundenen Verweigerungsrechts des Verkäufers bzw. des Umfangs des Nacherfüllungsanspruchs ist beim EuGH noch aufgrund einer Vorlage des BGH anhängig (BGH, Vorlagebeschluss v. 14. 1. 2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660).

Deutlich über den eigentlichen Verbrauchsgüterkauf hinaus strahlen die Vorgaben bezüglich des Rückgriffsrechts des Letztverkäufers (Art. 4), die auch einer der Gründe für die „große Lösung“ bei Umsetzung der Richtlinie waren (oben II.2.). Nach Art. 11 Abs. 1 war die Richtlinie bis zum 1. Januar 2002 in nationales Recht umzusetzen. Das ist – wie mehrfach erwähnt – durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz fristgerecht geschehen.

Mit der *Zahlungsverzugs-Richtlinie* (2000/35/EG, ABl. EG Nr. L 200 v. 8. August 2000, S. 35), die Europäisches Parlament und Rat am 29. Juni 2000 erließen, wollte die Europäische Union vor allem mit Blick auf kleine und mittlere Unternehmen die Verwaltungs- und Finanzlasten verringern, die diesen durch übermäßig lange Zahlungsfristen und Zahlungsverzug entstehen. Zugleich sollte eine Angleichung der sehr unterschiedlichen Fristen und Gepflogenheiten in der Union erreicht werden. Kern der auf Art. 95 EG-Vertrag (heute Art. 114 AEUV) beruhenden Richtlinie ist die Anordnung einer automatischen Zinszahlungspflicht 30 Tage nach Rechnungsstellung einschließlich der Festlegung der Höhe des Zinssatzes und der Modalitäten der Geltendmachung des Anspruchs (Art. 3). Wie schon die Klausel- und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie berührt sie zentral das Vertragsrecht. Sie war nach ihrem Art. 6 Abs. 1 bis zum 7. August 2002 in deutsches Recht umzusetzen.

Die Richtlinie war zunächst schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in das deutsche Recht umgesetzt worden; zahlreiche Defizite hierbei wurden durch eine erneute Überarbeitung der entsprechenden Vorschriften durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz behoben. Kern der Umsetzung ist heute § 286 Abs. 3 BGB. Die *Zahlungsverzugs-Richtlinie* hat dabei auch Einfluss auf ein außerhalb des Verzugs liegendes Grundproblem des

deutschen Schuldrechts genommen. Denn die im deutschen Schuldrecht tradierte Ansicht, dass es sich bei Geldschulden stets um so genannte qualifizierte Schickschulden handelt, hat durch den EuGH jedenfalls für den Fall der Banküberweisung eine Änderung dahingehend erfahren, dass das Verzögerungsrisiko nunmehr bei dem Schuldner und nicht wie bisher beim Gläubiger liegt (EuGH v. 3. 4. 2008 – Rs. C-306/06, *Telecom GmbH/Deutsche Telekom AG*, Slg. 2008, I-1923 = NJW 2008, 1935).

Mit dem Ziel, das Angebot elektronischer Dienste zu erleichtern und einen verlässlichen Rechtsrahmen für den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege zu schaffen, verabschiedeten Europäisches Parlament und Rat am 8. Juni 2000 auf der Grundlage von Art. 47 Abs. 2, 55 und 95 EG-Vertrag (heute Art. 53 Abs. 1, 62 und 114 AEUV) die „Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt“ („*E-Commerce-Richtlinie*“; 2000/31/EG, ABl. EG Nr. L 178 v. 17. Juli 2000, S. 1). Sie ergänzt in ihrem vertragsrechtlichen Teil vor allem die schon nach den früheren Verbraucherschutzrichtlinien bei Vertragsschlüssen zu gewährenden Informationen (Art. 10) und vereinheitlicht die Behandlung von „Bestellungen“ (Art. 11). Die Richtlinie war nach ihrem Art. 22 bis zum 16. Januar 2002 in deutsches Recht umzusetzen.

Im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde die Richtlinie vor allem durch § 312 e BGB umgesetzt. Bezüglich der Informationspflichten wurde sie zudem umgesetzt durch den auf Art. 241 EGBGB beruhenden § 3 BGB-InfoV (Nr. 5).

Das oben I.3. erwähnte Signaturgesetz hat einen europarechtlichen Hintergrund in der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für *elektronische Signaturen* (1999/93/EG; ABl. EG Nr. L 13 v. 19. Januar 2000, S. 12 ff.).

c) Arbeitsrechtliche Angleichung

Außerhalb des Bereichs der verbraucherrechtlich induzierten Rechtsangleichung (und schon lange vor diesen) hatten sich vor allem zwei Richtlinien auf das BGB ausgewirkt. Zu nennen ist zum Einen die – auf Art. 235 EWG-Vertrag beruhende – Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 39 vom 14. Februar 1976, S. 40 ff.). Die Richtlinie, deren Umsetzung nach ihrem Art. 9 bis zum 3. März 1981 vorgeschrieben war, wurde in erster Linie durch die früheren §§ 611 a, 611 b BGB ins deutsche Recht integriert. Die Richtlinie wurde inzwischen mit Wirkung zum 15. August 2009 durch die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ersetzt, was in Deutschland angesichts der bereits erfolgten Umsetzung der früheren Richtlinien aber zu keinem Anpassungsbedarf geführt hat.

Zum Zweiten ist zu nennen die auf Art. 100 EWG-Vertrag beruhende Richtlinie 77/178/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen

Einführung

der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. EG Nr. L 61 vom 5. März 1977, S. 61 ff.). Die Richtlinie, die nach ihrem Art. 8 bis zum 25. März 1979 in deutsches Recht umzusetzen war, hat europarechtlich vor allem dadurch Aufmerksamkeit auf sich gezogen, dass der EuGH in der „Christel-Schmidt-Entscheidung“ im Jahr 1994 einen Betriebsübergang schon bei bloßer „Funktionsnachfolge“ (= Ausgliederung eines einzelnen Arbeitnehmers) angenommen hatte (EuGH, Rs. C-392/92, Slg. 1994, I-1311, I-1321 = ZIP 1994, 1036 [Hanau]). Ins deutsche Recht umgesetzt wurde die Richtlinie in erster Linie durch § 613 a BGB in seiner heutigen Fassung. Die ursprüngliche Richtlinie wurde zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ersetzt (ABl. EG Nr. L 82 vom 22. März 2001, S. 16 ff.).

d) Weitere Planungen: Ein Europäisches Zivilgesetzbuch?

Neben die zunehmende Harmonisierung des Zivilrechts der einzelnen Mitgliedstaaten ist inzwischen das Fernziel der Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuches hinzugetreten, wobei die Angleichung des Vertragsrechts der erste Schritt ist. Vorreiter dieser Überlegungen ist der Kopenhagener Rechtswissenschaftler *Ole Lando*, der im Jahre 1978 die Forderung nach einem *European Uniform Commercial Code* aufstellte. Sogar die Europäische Kommission nahm diese Vorstöße auf, nachdem sie zuvor schon vom Europäischen Parlament aufgegriffen worden waren (siehe hierzu die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht vom 11. Juli 2001, Dok. KOM (2001) 398 endg. = ABl. EG Nr. C 255 vom 13. September 2001, S. 1 ff. im Anschluss an Entschlüssen des Europäischen Parlaments in den Jahren 1989 und 1994). In einer Mitteilung der Kommission aus dem Jahre 2004 (Dok. KOM (2004) 651 endg.) wird diese Position dann aber – sicher vor allem vor dem Hintergrund politischer Vorbehalte (Subsidiaritätsprinzip) – deutlich relativiert: ein „europäisches Zivilgesetzbuch“ sei nicht geplant.

Weniger weit reichend, dafür aber mit möglicherweise größeren Verwirklichungschancen hat nunmehr die Arbeit an einem (*Draft*) *Common Frame of Reference* die Aufmerksamkeit erlangt. Ziel des seit dem Jahre 2009 vollständig im Entwurf vorgelegten Projekts ist die Schaffung eines nur optionalen Rechtsrahmens im Zivilrecht, der neben den Vorüberlegungen zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch im Vertragsrecht vor allem auch das Vermögensrecht mit einbezieht und andererseits versucht, den erreichten Stand des Gemeinschaftsprivatrechts (*acquis communautaire*) in seinen Überlegungen zu berücksichtigen. Die Europäische Kommission hatte in ihrer Mitteilung aus dem Jahre 2003 (Ein Kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.) Sympathie für das Projekt erkennen lassen.

Weitere *Planungen* auf Ebene der Europäischen Union, insbesondere hinsichtlich der Verbesserung der Durchsetzung des bereits bestehenden Rechts, ergeben sich aus dem Beschluss Nr. 1926/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich Verbraucherpolitik (2007–2013) (ABl. EG Nr. L 404 v. 30. Dezember 2006, S. 39 und der Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts-

und Sozialausschuss „Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007–2013)“ vom 13. Mai 2007 (Dok. KOM (2007) 99 endg.).

3. Zwang zu (korrekter) Richtlinienumsetzung durch den nationalen Gesetzgeber

Europäische Richtlinien sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und im Grundsatz auch nur für diese verbindlich (Art. 288 Abs. 3 AEUV [früher Art. 249 Abs. 3 EG]). Sie haben durch die Umsetzung in nationales Recht aus der Richtlinie einen für und gegen den Unionsbürger verbindlichen Normbefehl zu entwickeln. Den Mitgliedstaaten verbleibt freilich nur die Wahl der Form und Mittel, wie der europäische Rechtsakt in nationales Recht umgesetzt werden soll. Allerdings muss die Umsetzung ausdrücklich erfolgen; eine schon existierende nationale ständige Rechtsprechung, die dem Richtlinienziel entspricht, reicht daher nicht aus, wie der EuGH auch im Zusammenhang mit der Klauselrichtlinie entschied (EuGH, Urt. v. 10. 5. 2001, Rs. C-144/99, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2001, I-3541 = ZIP 2001, 1373 = NJW 2001, 2244). Das Rechtsangleichungsziel ist im Übrigen mit der Richtlinie vorgegeben und steht nicht (mehr) zur Disposition des nationalen Gesetzgebers. Mit dieser Normsetzungstechnik stehen die Richtlinien gleichwohl im Gegensatz zu Verordnungen, die unmittelbar mit ihrem Erlass Rechte und Pflichten des einzelnen Unionsbürgers begründen (können).

Die Inpflichtnahme des nationalen Gesetzgebers bei der Rechtsangleichung mittels Richtlinien birgt allerdings auch eine beträchtliche Gefahr in sich: denn der nationale Gesetzgeber kann durch schlichte Untätigkeit oder durch unvollständige oder unkorrekte Umsetzung den Angleichungserfolg – bewusst oder unbewusst – in Frage stellen. Erforderlich ist daher ein hinreichendes Sanktionsinstrumentarium, die (korrekte) Umsetzung von Richtlinien sicherzustellen.

Im Mittelpunkt der *gesetzlichen Regelungen* des (heute) Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) steht dabei das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Mitgliedstaaten (Art. 258 AEUV [früher Art. 226 EG]). Doch kann die Kommission angesichts des inzwischen großen Bestands an sekundärem Gemeinschaftsrecht und der beschränkten Ressourcen der Kommission nur eklatante Fälle der Missachtung oder Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrecht erfassen (Beispiel: EuGH, Rs. C-191/95, *Kommission/Deutschland*, Tz. 64 ff., Slg. 1998, I-5449 = ZIP 1998, 1716 [Schulze-Osterloh]: unzureichender Sanktionsmechanismus bei der Umsetzung der Ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie). Von größerer Bedeutung sind demgegenüber die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten *mittelbaren Sanktionen*. Zu nennen ist hier zunächst die Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung nicht (rechtzeitig) umgesetzter Richtlinien. Danach kann sich ein einzelner auf die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie in einem Mitgliedstaat berufen, wenn die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abgelaufen ist, wenn die Richtlinie den einzelnen begünstigt und der Inhalt der Richtlinie unbedingt sowie hinreichend genau die Rechte des einzelnen bestimmt (EuGH, Rs. 8/81, *Ursula Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt*, Tz. 25, Slg. 1982, 53, 70 f.). Abgesehen von der begrenzten Bedeutung dieser Rechtsprechung, die sich aus der Voraussetzung einer ausreichenden inhaltlichen Bestimmtheit ergibt, hat diese für die hier interessierenden Richtlinien zur Koordinierung des Privatrechts keine Wirkung entfalten können. Denn eine un-

Einführung

mittelbare Wirkung von EG-Richtlinien kann nach der herrschenden Auffassung nur gegenüber dem Staat angenommen werden; andernfalls würden EG-Richtlinien nämlich indirekt im Bereich der Beziehungen zwischen Privatpersonen unmittelbar verbindlich, in denen die EG nicht die Kompetenz zum Erlass von Verordnungen oder Entscheidungen hat (EuGH, Rs. C-91/92, *Paola Faccini Dori/Recreb Srl.*, Tz. 24, Slg. 1994, I-3325 ff., 3355 = ZIP 1994, 1187 ff. = JZ 1995, 149 [Heß]). Zudem kämen dann auf den einzelnen Unionsbürger nicht nur Rechte, sondern auch – im Einzelfall schwer erkennbare und mit dem nationalen Recht kollidierende – Pflichten zu.

Der Europäische Gerichtshof hat daher mit dem *Francovich*-Urteil im Jahre 1991 (Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 ff. = ZIP 1991, 1610) einen anderen Ansatz gewählt, um die Nicht-Umsetzung europäischen Richtlinienrechts vor allem im Privatrecht zu sanktionieren. Darin wurde eine *Haftung des Staates* – in diesem Fall war es die Italienische Republik – gegenüber dem Bürger angenommen, wenn dieser durch die Nicht-Umsetzung einer Richtlinie geschädigt wurde. Die durch die *Francovich*-Rechtsprechung im deutschen öffentlichen Recht ausgelöste Diskussion ist kaum noch zu übersehen, weil der Spruch des Europäischen Gerichtshofs eine Schadenersatzpflicht für legislatives Unterlassen schuf und damit einen Ersatzanspruch, der in Deutschland zuvor (fast) undenkbar war. Im Bereich des deutschen Zivilrechts hat dies vor allem zu einer Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die verspätete Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie gegenüber den Reisenden geführt, die durch die Insolvenz eines Reiseveranstalters geschädigt worden waren (vgl. oben III.2.). In der Zwischenzeit wurde dieser Ansatz mehrfach bestätigt, auf die unkorrekte Umsetzung von Richtlinien erstreckt und auch auf Verstöße gegen primäres Gemeinschaftsrecht erweitert (zur unkorrekten Umsetzung von Richtlinien EuGH, Rs. C-392/93, *The Queen/H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc.*, Slg. 1996, I-1631 ff. = EuZW 1996, 274 ff.; zum primären Gemeinschaftsrecht EuGH Rs. C-46/93 und Rs. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Slg. 1996, I-1029 ff. = ZIP 1996, 561 ff. = EuZW 1996, 205 ff.). Die Staatshaftung wurde schließlich auch in Bezug auf ihre rechtliche Grundlage insoweit weitergehend abgesichert, als sie (auch) auf eine Analogie zu Art. 288 Abs. 2 EG-Vertrag (heute Art. 340 Abs. 2 AEUV) gestützt wird, nach dem die Gemeinschaft außervertraglich für durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachte Schäden haftet (EuGH Rs. C-46/93 und Rs. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Tz. 28 f., 41 f., Slg. 1996, I-1029 ff. = ZIP 1996, 561 ff. = EuZW 1996, 205 ff.).

Danach besteht eine solche Staatshaftung für die aus einer unzulänglichen Umsetzung einer Richtlinie entstehenden Schäden unter drei Voraussetzungen: Ziel der Richtlinie muss es sein, Rechte an einzelne zu verleihen, deren Inhalt sich allein aus der Richtlinie bestimmen lässt; der Verstoß gegen die Richtlinie muss hinreichend qualifiziert sein, und zwischen dem Verstoß gegen die dem Mitgliedstaat auferlegte Umsetzungsverpflichtung und dem beim Geschädigten entstandenen Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen. Das Erfordernis eines „hinreichend qualifizierten“ Verstoßes hat dabei vor allem die Unterfälle nicht korrekter Umsetzung von Richtlinien und von Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht im Auge, in denen der Mitgliedstaat zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Handlungsalternativen wählen kann; bei verspäteter Umsetzung einer Richtlinie reicht die schlichte Verletzung von Gemeinschaftsrecht in Form der Umset-

zungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV (früher Art. 249 Abs. 3 i. V.m. Art. 10 EG), weil hier die Verpflichtung in einem bestimmten Erfolg, nämlich der Umsetzung der Richtlinie, besteht. Im Fall der verspäteten Umsetzung der Pauschalreiserrichtlinie hatte im Übrigen deren Art. 7 unmittelbar das Recht eines jeden Pauschalreiseturisten auf den Rücktransport in sein Herkunftsland und auf die Erstattung vorausgezahlter Reisekosten sicherstellen wollen; zudem waren die den Reisenden entstandenen Schäden auf die Untätigkeit der Bundesrepublik Deutschland bei der Umsetzung der Richtlinie zurückzuführen.

Etwas anders liegen die Dinge damit, wenn der Mitgliedstaat im Hinblick auf normative Entscheidungen über ein weites Regelungsermessen für die Rechtsetzung verfügt, also bei Verstößen gegen das primäre Gemeinschaftsrecht und bei der (bloß) unkorrekten Umsetzung von Richtlinien. Eine Staatshaftung kommt hier (nur) dann in Betracht, wenn die bei der Umsetzung verletzte Norm des europäischen Rechts ausreichend klar und bestimmt war und der nationale Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessensspielraums offenkundig und erheblich überschritten hat. Dabei kommt eine mitgliedstaatliche Haftung umso eher in Betracht, wenn der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorsätzlich begangen oder der daraus resultierende Schaden vorsätzlich zugefügt wurde.

Ein „Verschulden“ darf bei allen Ersatzansprüchen wegen europarechtswidriger Rechtsetzung jedenfalls nicht in dem Sinne verlangt werden, dass es eine über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgehende „subjektive“ Komponente hat, wie dies in Deutschland auch bei unternehmerischen Dienstleistungen nach wie vor – zu Unrecht – im Rahmen von §§ 823, 826, 839 BGB immer noch verlangt wird (EuGH Rs. C-46/93 und Rs. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Tz. 75 ff., Slg. 1996, I-1029 ff. = ZIP 1996, 561 ff. = EuZW 1996, 205 ff.; EuGH, Rs. C-178, 179, 188, 189 und 190/94, *Dillenkofer u. a. / Bundesrepublik Deutschland* [„MP Travel“], Tz. 28, Slg. 1996, I-4845 ff. = ZIP 1996, 1832 ff. = NJW 1996, 3141 ff.).

Ein Ersatzanspruch muss vor nationalen Gerichten und nach – im Übrigen – nationalem Schadenersatzrecht *gegen den Staat geltend gemacht* werden, der eine Richtlinie nicht oder nicht korrekt umgesetzt hat. Dabei sind auch die inzwischen zahlreichen Entscheidungen des EuGH zur Frage der rechtlichen Durchsetzung dieses Ersatzanspruchs von Bedeutung. Dieser Durchsetzungsmechanismus darf zunächst nicht so ausgestaltet sein, dass die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert ist; zudem dürfen die Anforderungen an die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs wegen gemeinschaftswidriger Rechtsetzung nicht ungünstiger als bei entsprechenden innerstaatlichen Ansprüchen sein. *Umfangmäßig* ist grundsätzlich auch Ersatz für entgangenen Gewinn zu leisten, und selbst Strafschadenersatz (*exemplary damages* – das Pendant zu den in den USA gebräuchlichen *punitive damages*) kommt in Betracht, wenn das nationale Recht diesen bei vergleichbaren Verstößen des Mitgliedstaats in anderen Bereichen gewährt; andererseits geht ein etwaiges Mitverschulden bei der Entstehung des Schadensumfangs zu Lasten des Geschädigten. Die *rückwirkende vollständige Anwendung* einer verspätet umgesetzten Richtlinie wird dem Erfordernis vollen Schadensausgleichs allerdings in aller Regel gerecht, so dass auch etwaige Einschränkungen der Richtlinie, die der nationale Gesetzgeber – wenn auch verspätet – übernommen hat, schadensmindernd oder -ausschließend wirken.

Einführung

Schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist hindert eine Richtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH schließlich die nationalen Gesetzgeber daran, ihrem Geist entgegenstehende neue nationale Regelungen zu schaffen (EuGH, Rs. 129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région Wallonie*, Tz. 45, 50, Slg. 1997, I-7411 ff. = NVwZ 1998, 385 = NJW 1998, 2809 [Ls.]). Darüber hinaus kann – und soll – sie auch schon vor ihrer Umsetzung die Auslegung nationalen Rechts beeinflussen.

4. Einheitliche Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof

Rechtsangleichung setzt in einem System kodifizierten Rechts aber nicht nur (möglichst) Identität der Normen, sondern auch eine einheitliche Auslegung durch die Gerichte voraus. Die zentrale Bedeutung einer *gemeinsamen Auslegungsinstanz* zeigt sich besonders im Vergleich zu den vereinheitlichten Wechsel- und Scheckgesetzen der Welt, wo sie nämlich fehlt. Auch vor dem Hintergrund dieser Erfahrung wurde in den Europäischen Gemeinschaften der Europäische Gerichtshof mit der Aufgabe betraut, das Gemeinschaftsrecht auszulegen (Art. 19 EUV = Art. 220 EG). Alle nationalen Gerichte sind daher berechtigt, letztinstanzliche sogar verpflichtet, bei Zweifelsfragen über die Auslegung europäischen Rechts eine Vorabentscheidung des Gerichts in Luxemburg einzuholen (Art. 267 Abs. 3 AEUV = Art. 234 Abs. 3 EG). Diese Vorlagepflicht tritt neben das Gebot zu *richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts*, das sich aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV = Art. 10 EG) ergibt: nationales Recht, das auf einer Richtlinie beruht, ist danach auch ohne eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof so auszulegen, dass der Zweck der Richtlinie nach Möglichkeit verwirklicht wird (dazu EuGH, Rs. 8/81, *Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt*, Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499; EuGH, Rs. 255/81, *Rendel GmbH/Finanzamt für Körperschaften in Hamburg*, Slg. 1982, 2301 und Rs. 70/83, *Kloppenburger/Finanzamt Leer*, Slg. 1984, 1075; EuGH, Rs. 14/83, *von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891 ff.; EuGH, Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, Slg. 1987, 3969, 3988; EuGH, Rs. C-165/91, *Simon J. M. van Munster/Rijksdienst voor Pensioenen*, Slg. 1994, I-4661). Das hat andererseits auch Rückwirkungen auf den Inhalt der Vorlagepflicht: denn die im Zweifelsfall vom Europäischen Gerichtshof zu klärenden Fragen der Auslegung europäischen Rechts stellen sich bei der Rechtsangleichung durch Richtlinien typischerweise im Rahmen der Auslegung nationaler Vorschriften; diese setzen nämlich das europäische Recht um und in ihnen setzen sich dessen Auslegungszweifel fort. Im Bereich angelegenen Rechts stellt die Auslegung nationalen Rechts daher mittelbar eine Auslegung der betreffenden Richtlinie dar. Wann ein – im Falle letztinstanzlicher Gerichte – zur Vorlage verpflichtender „Zweifel“ vorliegt, hat der Europäische Gerichtshof in der Sache *C. I. L. F. I. T.* erläutert (EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, 3430 f. = NJW 1983, 1257). Nach der in diesem Urteil entwickelten *Acte-clair*-Doktrin kann von einer Vorlage *nur dann abgesehen* werden, wenn die Frage bereits Gegenstand der Auslegung durch den Gerichtshof war, wenn die Auslegung der Richtlinie „offenkundig“ ist oder wenn die Frage – ähnlich Art. 100 GG – nicht entscheidungserheblich ist. „Offenkundigkeit“ einer bestimmten Auslegung kann dabei nur dann angenommen werden, wenn das innerstaatliche Gericht überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Europäischen Gerichtshof selbst die gleiche Gewissheit bezüglich dieser Auslegung bestünde. Ob

diese Möglichkeit besteht, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts und seiner besonderen Auslegungsschwierigkeiten zu beurteilen, unter anderem der Tatsache, dass die verschiedenen sprachlichen Fassungen der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts gleichermaßen Verbindlichkeit genießen.

Die immense rechtsvereinheitlichende Kraft, die dem so verstandenen Vorlagezwang – und als Spiegelbild dem Vorlagerecht – auf den ersten Blick innewohnt, verblasst allerdings deutlich, wenn man die Zahl der auf der Grundlage dieser Bestimmung durchgeführten Vorabentscheidungsverfahren betrachtet. Grund ist die Zurückhaltung der nationalen Zivilgerichte mit entsprechenden Vorlagen. Eine Auseinandersetzung mit dem Vorlageerfordernis scheint in vielen Fällen nur auf eine ausdrückliche „Rüge“ der Parteien hin erfolgt zu sein und bisweilen nur, um die vermeintliche „Eindeutigkeit“ des europäischen Rechts zu begründen, die die Notwendigkeit einer Vorlage ausschließt. Jedenfalls seit der Debatte über die nicht rechtzeitige Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie und der daraufhin ergangenen *Dillenkofer*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat sich aber im allgemeinen Zivilrecht das Bild gewandelt, nachdem zuvor schon in zivilrechtlichen Nebengebieten wie dem Gesellschafts- und dem Arbeitsrecht die Vorlagefreudigkeit zugenommen hatte. Inzwischen wird das Vorlageverfahren in Einzelfällen sogar – nach vergleichbaren Entwicklungen vor allem in der Arbeitsgerichtsbarkeit – auch dazu genutzt, um Meinungsunterschiede zwischen verschiedenen nationalen Gerichtsbarkeiten oder verschiedenen Senaten eines Gerichts auf dem Umweg über den Europäischen Gerichtshof zu lösen.

Ein Hauptgrund für die zumindest lange Zeit zu verzeichnende Zurückhaltung bei Vorlagebeschlüssen dürfte sicher in den fehlenden oder zu gering ausgestalteten Sanktionen für das Unterlassen einer Vorlage liegen. *Innerstaatlich* ist die Unterlassung einer Richtervorlage durch letztinstanzliche Gerichte und solche Gerichte, gegen deren Entscheidung kein Rechtsmittel mehr gegeben ist, bislang nur wegen des Verstoßes gegen das Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar (BVerfGE 73, 339, 366 ff. = NJW 1987, 577 = DB 1987, 272 [„Solange II“]; BVerfGE 75, 223, 233 ff. = NJW 1988, 1459); und derartige Verfassungsbeschwerden sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur bei willkürlicher Verletzung dieses Gebots erfolgreich. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar vor einiger Zeit zum ersten Mal einer Verfassungsbeschwerde stattgegeben, in der eine Nichtvorlage als Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters gerügt wurde (BVerfG ZIP 2001, 350, 351 f.). Doch stand hier zunächst weniger die korrekte Auslegung „normalen“ europäischen Rechts im Mittelpunkt als vielmehr die Tatsache, dass der Grundrechtsschutz im europäisch angelegenen Recht nach jetzt vorherrschender Auffassung des BVerfG primär durch den EuGH und nicht durch das BVerfG zu gewährleisten ist; allerdings macht die Wahrnehmung des Grundrechtsschutzes durch den EuGH in diesem Bereich eine deutlich striktere Überwachung der Vorlagepflicht erforderlich, da sonst eine Rechtsschutzlücke entstünde. In der Folge bejahte das Bundesverfassungsgericht dann aber auch einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters in Fällen der Nichtvorlage an den Europäischen Gerichtshof bei „gewöhnlichen Zivilrechtssachverhalten“ (BVerfG Beschl. v. 29. 7. 2004 – 2 BvR, 2248/03 NVwZ 2004, 1224 = WM 2004, 1933 [zum Vergaberecht]). Im Übrigen stellt die Nichtvorlage durch lediglich zur Vorlage berechnete nicht-letztinstanzliche Gerichte

Einführung

te nach wohl überwiegender Auffassung auch keinen Revisionsgrund dar. Der zweite Ansatzpunkt für eine Grundrechtsverletzung, nämlich ein Verstoß europarechtswidrigen nationalen Rechts gegen Art. 2 Abs. 1 GG, dessen Rüge durch die Verfassungsbeschwerde nicht nur Willkürmaßnahmen umfassen würde, wurde bislang vom Bundesverfassungsgericht nicht aufgegriffen. Abgesehen von dem erwähnten Fall mit Grundrechtsbezug war allerdings bislang keine unter Hinweis auf die Nicht-Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (= Art. 234 Abs. 3 EG) eingelegte Verfassungsbeschwerde mehr erfolgreich, insbesondere also nicht in den zahlreichen Verfahren mit privatrechtlichem Bezug. *Europarechtlich* ist die Lage nicht viel anders. Eine unmittelbare Beschwerdemöglichkeit zum Europäischen Gerichtshof gibt es nicht, und daran wird sich wohl – leider – auf absehbare Zeit nichts ändern (zum Ganzen ausführlich *Hirte*, *RabelsZ* 66 [2002], 553 ff. sowie jetzt *Hatje/Kindt*, *NJW* 2008, 1761, 1767).