

Europäisches Vertragsrecht: Stellungnahme zur Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11. Juli 2001 – KOM (2001) 398 endgültig -

In ihrer Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht vom 11. Juli 2001 bittet die Kommission um die Beteiligung interessierter Kreise. Der Deutsche Notarverein begrüßt die Möglichkeit, zu diesem für die fortschreitende Einigung Europas wichtigen Thema Stellung nehmen zu können. Er sieht seine Stellungnahme als Grundstein für eine konstruktive und sachbezogene Mitwirkung an dem ehrgeizigen Projekt einer Angleichung der europäischen Zivilrechtsordnungen.

Die Notare blicken auf eine lange europäische Tradition zurück. Sie haben die verschiedenen Phasen der Rechtsangleichung sowohl auf europäischer Ebene als auch auf nationaler Ebene aktiv begleitet und dienen als Mittler des allmählich neu entstehenden Rechts. In einer solchen Rolle sieht der Deutsche Notarverein die Notare aufgrund ihrer Nähe zum Rechtssuchenden und der damit einhergehenden Vertrautheit mit den Anliegen und Bedürfnissen der Rechtssuchenden auch heute. Dabei betont der Deutsche Notarverein die Wichtigkeit eines schrittweisen, der Größe des Projekts angemessenen und gründlichen Vorgehens. Die Gestalter der Rechtsangleichung dürfen sich nicht von vorgefassten Meinungen und nicht hinterfragten Zielen leiten lassen. Vielmehr ist der tatsächliche Bedarf an einer Rechtsangleichung zu ermitteln, sind die Erwartungen der Rechtssuchenden zu berücksichtigen und ist bei der Umsetzung der einzelnen Schritte Offenheit und Kreativität gefordert.

Vor diesem Hintergrund nimmt der Deutsche Notarverein wie folgt Stellung:

1 Die Notare als Teil der vorsorgenden Rechtspflege

Die Notare in Deutschland sind wie in vielen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Teil der vorsorgenden Rechtspflege. Ihre Einschaltung bei der Vertragsgestaltung wirkt streitvermeidend. Sie üben in bestimmten Gebieten des Privatrechts spiegelbildlich zum streitentscheidenden Richter eine vorbeugende staatliche Kontrolle der Rechtsausübung aus und dienen damit der Durchsetzung der vom Gesetz geschaffenen Rechtsordnung als solcher, dem Verbraucherschutz, dem Schutz besonderer Rechtsteilnehmer (Minderjährige, Ausländer, Behinderte) und anderen im Interesse der Allgemeinheit liegenden Zwecken, ohne dabei die Privatautonomie der Beteiligten zu beeinträchtigen. Die volkswirtschaftlichen

Kosten dieser vorsorgenden Rechtspflege sind weit geringer als die volkswirtschaftlichen Kosten allein streitiger Rechtspflege.

Diese Funktion erfüllt der kraft seines öffentlichen Amtes unabhängige und unparteiische Notar vor allem durch die Beurkundung von Willenserklärungen in den Bereichen Grundstücksrecht, Familien- und Erbrecht sowie Gesellschaftsrecht, die, wenn sie übereinstimmend von zwei oder mehreren Beteiligten abgegeben werden, zum Vertragsschluss führen. Die Notare sind somit im Bereich ihrer Kompetenzen Spezialisten für die Vertragsgestaltung und in besonderer Weise berufen, bei der Gestaltung eines europäischen Vertragsrechts mitzuwirken.

Die Notare wissen aus ihrer Tätigkeit, dass die Unterschiede der Rechtsordnungen in den genannten Bereichen, insbesondere im Grundstücks-, Familien-, Erb- aber auch im Gesellschaftsrecht noch stark ausgeprägt sind. Das allgemeine Vertragsrecht als zivilrechtlicher Kernbereich ist die Grundlage für alle diese Bereiche. Aus diesem Grunde sind bei der Angleichung des Vertragsrechts in besonderer Weise die Auswirkungen auf andere Bereiche des Zivilrechts zu beachten. Es muss vermieden werden, dass eine fehlende Abstimmung des allgemeinen Vertragsrechts mit den besonderen Zivilrechtsmaterien zu Systembrüchen innerhalb einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung führt. Besonders betroffen ist in diesem Zusammenhang das Sachenrecht mit seinen verschiedenen Modellen des Eigentumsübergangs.

Die Notare wissen aber auch, dass die in ihrem Tätigkeitsbereich anzutreffenden Unterschiede in den Rechtsordnungen nicht zu nennenswerten Behinderungen des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs führen. Vielmehr existieren Mechanismen, die den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr erleichtern, wie die vollstreckbare öffentliche Urkunde, die im gesamten Geltungsbereich des EuGVÜ verkehrsfähig ist (s. dazu unten 2.3.1). Von erheblicher Bedeutung vor allem im Gesellschafts- und Grundstücksrecht ist die internationale Vollmacht. Dazu hat die Kommission für Europäische Angelegenheiten (CAE) der Internationalen Union des Lateinischen Notariats (UINL) einen Band mit einheitlichen Formularen für Vollmachten zur Verwendung in europäischen Ländern herausgegeben.¹ Vollmachten dieser Art ermöglichen den ungehinderten Rechtsverkehr unter Einschaltung der notariellen Kompetenz zwischen verschiedenen europäischen Ländern.

Treten hingegen Schwierigkeiten nicht rechtlicher Natur auf, wie etwa Sprachprobleme, ist es gerade das notarielle Verfahren, das die Wahrung der Interessen aller Beteiligten sicherstellt.

¹ Union Internationale du Notariat Latin. Commission des Affaires Européennes. Texte Uniforme de Procurations, Mailand 1985.

Ist ein Beteiligter nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars der Urkundssprache nicht mächtig, so muss nach § 16 Beurkundungsgesetz (BeurkG) ein Dolmetscher hinzugezogen werden, falls der Notar nicht selber übersetzt. Versäumt der Notar die Hinzuziehung des Dolmetschers, begeht er eine Amtspflichtverletzung; in bestimmten Fällen ist die Beurkundung unwirksam.

Dieses Beispiel illustriert nur einen Aspekt der eingangs skizzierten Rolle des Notars als Teil der vorsorgenden Rechtspflege. Nicht nur in Deutschland sondern auch in den anderen Ländern des lateinischen Notariats hat sich der Gesetzgeber auf Grundlage einer langen historischen Tradition entschieden, durch die Einbindung des Notars bei besonderen Rechtsgeschäften die hohe Qualität der vorsorgenden Rechtspflege zu gewährleisten. Der Deutsche Notarverein plädiert nachdrücklich dafür, die vorsorgende Rechtspflege, deren qualitativ hochstehende Erbringung ohne das Zusammenspiel von hoheitlich tätigen Notaren und Registern (Handelsregister, Grundbuch) nicht denkbar ist, in eine Vertragsrechtsangleichung an vorderster Stelle einzubeziehen.

2 Der Stand der Rechtsangleichung im europäischen Privatrecht

2.1 Die Rechtssetzungsakte der EU – die sektorale Rechtsangleichung durch Richtlinien

2.1.1 Probleme bei der Umsetzung einheitlichen europäischen Rechts in nationales Recht

Die europäische Angleichung im Zivilrecht vollzog sich bisher nach folgendem Muster: In bestimmten Rechtsgebieten wie dem Handelsvertreterrecht oder dem Produkthaftungsrecht oder für bestimmte Sachverhalte wie dem Vertragsschluss durch Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen wurde ein Angleichungsbedarf gesehen. Die Angleichung sollte in erster Linie Mängel im Verbraucherschutz beheben. Der europäische Normgeber wählte die Richtlinie als Instrument der Rechtsetzung. Die entsprechenden Richtlinien enthielten nicht nur Regelungsziele allgemeiner Art, sondern detaillierte Regelungen, die in das nationale Recht umzusetzen waren.

Die Kommission möchte erkunden, inwieweit der bisher verfolgte Ansatz den erwünschten Erfolg gebracht hat. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Initiativen des europäischen Normgebers wichtige Impulse im Bereich des Verbraucherrechts gegeben und so in einigen Bereichen gemeinschaftsweit gesehen zu einer Erhöhung des Verbraucherschutzes geführt haben.

Mit Blick auf das Angleichungsziel der Binnenmarktförderung sind jedoch strukturelle Mängel des bisherigen Ansatzes zu verzeichnen. Die Richtlinien mit ihrer hohen Regelungsdichte

sind nicht von einem einheitlichen System rechtlicher Grundentscheidungen getragen². Bei ihrer Umsetzung in nationales Recht stießen die Richtlinien auf ausdifferenzierte, historisch gewachsene und auf verschiedenen rechtlichen Konstruktionen basierende Rechtsordnungen. Dies führte teilweise zu einer Integration fremder Elemente in die nationalen Rechtsordnungen. Diese Elemente gefährden die systematische Geschlossenheit und den inneren Zusammenhang der jeweiligen Rechtsordnung. Das umgesetzte Recht ist nicht selten ein Fremdkörper in der aufnehmenden Rechtsordnung. Damit wurde zum Teil nicht eine Rechtsangleichung im Sinne einer Rechtsvereinfachung, sondern vielmehr eine größere Komplexität der jeweiligen Rechtsordnung erreicht.

Nationales und europäisches – freilich in nationales Recht umgesetztes – Recht überlappen sich in einer Weise, die es dem Rechtsanwender erschwert, die für seinen Fall passende rechtliche Lösung zu finden. Es entsteht ein missliches Nebeneinander ähnlicher Regelungen mit demselben Regelungsziel.

Im deutschen Recht ergibt sich bei der Produkthaftung etwa folgendes Bild: Die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG wurde in das deutsche Recht durch das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG) umgesetzt. Dieses gilt nun nicht für alle Sachverhalte, bei denen durch ein fehlerhaftes Produkt ein Schaden entsteht. Wer Schmerzensgeld beansprucht, geht weiterhin nach § 847 BGB vor. Ebenso sind die Grundsätze der §§ 823 ff. BGB anwendbar, wenn es um den Schaden an einer gewerblich genutzten Sache geht. Wer sich an den Importeur einer Sache halten will, muss nach dem ProdHaftG vorgehen. Soll die Liquidation eines Schadens an dem Produkt selber erreicht werden, muss die „Schwimmschalter“-Rechtsprechung des BGH genau analysiert werden. Die Rechtsangleichung hat zu Unklarheit und Intransparenz geführt. Statt einer Rechtsangleichung ist eine Rechtszersplitterung entstanden.

Diese teilweise Rechtszersplitterung ist nicht alleine die Folge des sektoralen Ansatzes. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr, dass die notwendigen gemeinsamen Grundlagen für die Schaffung einheitlichen europäischen Rechts noch nicht vorhanden sind – ein Problem,

² Limmer in: MittBayNot 1999, 325 (329).

dass sich sowohl bei einer sektoralen als auch bei einer umfassenden Kodifizierung auswirkt. Es fehlt derzeit noch an einem Fundament überall akzeptierter rechtlicher Grundbegriffe und Prinzipien und an einer gemeinsamen Rechtssprache. Auch die sozio-kulturellen und historischen Unterschiede als Basis der nationalen Rechtsordnungen sind noch zu stark ausgeprägt. Sie verhindern derzeit eine systemgerechte Implementierung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts unabhängig davon, ob dabei ein sektoraler oder ein umfassender Ansatz gewählt wird.

Dies ist im übrigen der wesentliche Unterschied zur Rezeption des römischen Rechts im Europa des 11. bis 18. Jahrhunderts. Der Rezeptionsvorgang war ein über Jahrhunderte andauernder Prozess, der sich nicht mittels Implementierung einer fertig ausgearbeiteten Kodifikation vollzog, sondern durch die allmähliche Verbreitung der Prinzipien des römischen Rechts im Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis. Und zwar einer „europäischen“ Wissenschaft und Praxis, die auf einem gemeinsamen Vorverständnis aufbauen konnte. Das römische Recht übte eine Sogwirkung aus und konnte sich im einheitlich ausgebildeten Juristenstand aufgrund seiner inhaltlichen Vorzüge durchsetzen.

2.1.2 Die Richtlinie als Instrument der Rechtsangleichung

Die jeweils notwendige Umsetzung der Richtlinien mit hoher Regelungsdichte in nationales Recht birgt eine Fehlerquelle infolge falscher Umsetzung in sich. Wir möchten an dieser Stelle ein Beispiel aus dem Versicherungsrecht herausgreifen – ein Bereich, den viele Autoren als besonders angleichungsbedürftig ansehen und den auch die Kommission unter dem Stichwort Finanzdienstleistungen anspricht.

Es handelt sich um die ursprüngliche Umsetzung des Art. 8 Abs. 1 b der Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung 73/239/EWG. Dort heißt es:

„Jeder Mitgliedstaat verlangt, dass Unternehmen, die in seinem Gebiet gegründet werden und um Zulassung nachsuchen:

- a) ...
- b) ihren Gesellschaftszweck auf die unter diese Richtlinien fallenden Tätigkeiten und auf solche Geschäfte begrenzen, die unmittelbar hiermit im Zusammenhang stehen, unter Ausschluss jeder anderen Geschäftstätigkeit.“

Umgesetzt wurde diese Klausel durch den deutschen Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 VAG wie folgt:

„Versicherungsunternehmen dürfen neben Versicherungsgeschäften nur solche Geschäfte betreiben, die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.“

Durch die Umsetzung der Richtlinie wird die Beschränkung des Unternehmens auf bestimmte Geschäfte von der Ebene einer Zulassungsvoraussetzung auf die Ebene eines absoluten Betätigungsverbots gehoben. Dies führte dazu, dass in der umgesetzten Regelung in Abkehr des Wortlauts der Richtlinie ein gesetzliches Verbot aller sonstigen Geschäfte gesehen wurde mit der Folge, dass die Vornahme solcher Geschäfte die Nichtigkeit nach § 134 BGB nach sich zog.

Dieses Beispiel illustriert die Gefahr der Schaffung von Rechtsunsicherheit durch Rechtsangleichung mittels des Instruments der Richtlinie. Diese Gefahr wird nicht zuletzt durch das

Fehlen einheitlicher rechtstechnischer Konstruktionen und einer einheitlichen Rechtssprache noch erhöht.

Für die aus unterschiedlicher Rechtssprache resultierenden Schwierigkeiten folgendes Beispiel: Art. 1382 CC arbeitet mit der *responsabilité pour faute* als Prototyp der außervertraglichen Verschuldenshaftung. Es stellt sich die Frage, ob *faute* mit dem Verschulden nach deutschem Verständnis gleichzusetzen ist. Während Verschulden vorliegt, wenn dem Schädiger ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann, geht das Konzept der *faute* eher in Richtung einer objektiven Pflicht- oder Rechtswidrigkeit. Eine einfache Übersetzung kann also in die Irre führen.

Eine detaillierte Richtlinienregelung unter Verwendung bestimmter Rechtsbegriffe kann also in besonderem Maße eine divergierende Auslegung und Umsetzung begünstigen.

Ein besondere Problematik ergibt sich auch daraus, dass vor allem die Verbraucherschützenden Richtlinien nur Mindeststandards auf einem mittleren Niveau setzen. Indem einzelne Mitgliedstaaten ihre Rechtsetzung auf einem – meist schon tradierten – höheren Niveau ansiedeln, führen diese Richtlinien nicht zur Rechtsvereinheitlichung, sondern im Gegenteil zu weiterer Rechtszersplitterung.

Die Richtlinie ist außerdem geeignet, eine gespaltene Auslegung der nationalen Kodifikation zu fördern. Durch Richtlinien harmonisierte Teile des nationalen Rechts wären letztlich vom EuGH, die übrigen von den obersten nationalen Gerichten zu interpretieren³.

Schließlich ist die Richtlinie ein starres Rechtssetzungsinstrument. Eine einmal verabschiedete und umgesetzte Richtlinie lässt sich aus rechtlichen und politischen Gründen nur noch äußerst schwierig grundsätzlich ändern.

2.1.3 Fazit

Rechtsangleichung durch detaillierte Regelungsvorgaben mittels des Instruments der Richtlinie führt ohne ein System gemeinsamer rechtlicher Grundentscheidungen nicht zu Klarheit und Transparenz; sie kann vielmehr zu einer Rechtszersplitterung und somit zu einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes führen.

³ Rittner in: Festschrift für Mestmäcker, 449 (457) spricht von einem „Dualismus von nationaler und europäischer Textauslegung.“

2.2 Die wissenschaftlichen Bemühungen um die europäische Rechtsangleichung

Die unabdingbar erforderlichen wissenschaftlichen Bemühungen um die europäische Rechtsangleichung sind vielfältig und beachtenswert. Die wissenschaftliche Erarbeitung gemeinsamer Grundprinzipien und deren Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber und die Rechtsprechung ist die Basis für weitere Rechtsangleichung. Die Kommission hat solche wissenschaftlichen Vorhaben teilweise selbst angestoßen.

Es existieren auch aus den Reihen der Notare hervorragende Zusammenstellungen der bisherigen wissenschaftlichen Projekte⁴, so dass an dieser Stelle lediglich zwei Aspekte erwähnt werden sollen:

2.2.1 Einbeziehung praktischer Erfahrungen

Es muss der Gefahr begegnet werden, dass sich die wissenschaftliche Konzeption von den Bedürfnissen der täglichen Praxis entfernt. Es ist daher erforderlich, dass auf der Grundlage der wissenschaftlichen Vorarbeiten die juristischen Praktiker in den weiteren Angleichungsprozess einbezogen werden. Sie können aus ihrer Erfahrung wertvolle Hinweise zur Abrundung der wissenschaftlichen Ergebnisse geben. Diese Hinweise sollten unbedingt in eine wie immer geartete Erarbeitung einheitlicher Regelungen Eingang finden. Hierzu stehen auch und insbesondere die Notare zur Verfügung, die aufgrund ihrer Nähe zu den rechtssuchenden Unternehmern und Verbrauchern in besonderer Weise geeignet sind, die Bemühungen um die Rechtsangleichung zu bereichern.

2.2.2 Europäisierung der Rechtswissenschaft

Vergleicht man die Rechtsangleichung in der Europäischen Union mit der Rezeption des römischen Rechts im Europa des 11. bis 18. Jahrhundert, ist ein gravierender Unterschied festzustellen. Es mangelt heute an einer dieser Zeit vergleichbaren Europäisierung der Rechtswissenschaft. Es fehlt trotz der umfassenden wissenschaftlichen Bemühungen noch an einem Fundament überall akzeptierter Grundbegriffe und Prinzipien, an einheitlicher Behandlung und Darstellung des juristischen Stoffs, an einheitlicher Rechtsliteratur und an einheitlichen Methoden des juristischen Unterrichts. Kurz: Es fehlt der Wissenschaft an einem

⁴ Union Internationale du Notariat Latin – Commission des Affaires de l'Union Européenne (CAUE) : Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union verfasst von Wehrens/Strycker.

europäischen Fundament. Wäre ein solches Fundament eines Tages vorhanden, könnte man möglicherweise auch mit verschiedenen Zivilrechtsordnungen, zusammengehalten durch eine europäische Zivilrechtswissenschaft, gut leben. Eine Rechtsangleichung durch Kodifizierung würde sich erübrigen.

Das Beispiel der USA lehrt in diesem Zusammenhang folgendes: Dort existiert ein einheitliches wissenschaftliches Fundament. Dieses führt dazu, dass der amerikanische Binnenmarkt auch mit der Koexistenz unterschiedlicher Privatrechtsordnungen bestens funktioniert. Ähnliches gilt für die Rechtsordnungen Großbritanniens. Auch sie werden von einer einheitlichen Rechtswissenschaft verklammert.

2.2.3 Fazit

Die Schaffung einer einheitlichen Kodifikation ist allenfalls ein zweiter Schritt. Sie kann nur auf der Basis weiterer Vorarbeiten einer europäischen Rechtswissenschaft, unterstützt von den Beiträgen der juristischen Praktiker erfolgen.

2.3 Rechtsangleichung in anderen Rechtsgebieten

Ein Überblick über den Stand der Rechtsangleichung im europäischen Privatrecht wäre unvollständig ohne einen Blick auf die Rechtsangleichung im Verfahrensrecht und im Kollisionsrecht.

2.3.1 Verfahrensrecht

Für den Unternehmer und den Verbraucher in Europa ist die Rechtsdurchsetzung entscheidend. Unabhängig von dem zu Grunde liegenden materiellen Recht ist eine effiziente Rechtsdurchsetzung der Garant für rechtliche Binnenmarktverhältnisse. Wichtig ist nicht nur das „Recht haben“, entscheidend ist das „Recht bekommen“.

Unterschiedliches Zivilverfahrensrecht beruht auf der Unterschiedlichkeit der Streit- und Gerichtskultur. Es gibt Staaten, in denen die Bereitschaft, einen Konflikt mit Hilfe der Gerichte zu lösen, ausgeprägter ist als in anderen Staaten. Damit einher geht eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Gerichte. Weiter kann man Unterschiede in der Praxis der Gerichte, im Verhältnis von Richter und Gesetz oder in den Auslegungsgrundsätzen feststellen. Vergleicht man etwa Urteile englischer, französischer und deutscher Richter, so wird man sofort erhebliche Unterschiede in der Verarbeitung des Tatsachenstoffs und der damit verbundenen Rechtsfragen feststellen.

Partielle Rechtsangleichung im Zivilverfahrensrecht, die aus notarieller Sicht besonders erwähnenswert ist, existiert. Sie gründet auf der gegenseitigen Anerkennung. Mit Art. 50 stellt das EuGVÜ ein effizientes Instrumentarium europäischer Rechtsdurchsetzung zur Verfügung: die vollstreckbare Urkunde. Diese Vorschrift erweitert die Mobilität der öffentlichen Urkunde – also insbesondere der vor einem Notar errichteten Urkunde – auf den gesamten Geltungsbereich des EuGVÜ. Auf das der Urkunde zugrunde liegende materielle Recht kommt es bis zur Grenze des *ordre public* nicht an. Dem Einzelnen, dem es vor allem auf die Rechtsdurchsetzung ankommt, ist mit der öffentlichen Urkunde somit ein Instrument der effizienten Rechtsdurchsetzung in ganz Europa an die Hand gegeben. Solche Instrumente vermindern den Zwang, das materielle Recht anzugleichen.

2.3.2 Kollisionsrecht

Ähnliches gilt für das Kollisionsrecht. Solange es unterschiedliche Vertragsrechtsordnungen gibt, gibt es Kollisionsrecht. Das Kollisionsrecht ist in der Europäischen Union bisher nur fragmentarisch angeglichen. Eine sinnvolle Angleichung des Kollisionsrechts würde auf der Basis der bestehenden Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten.⁵ Forum shopping und hinkende Rechtsverhältnisse würden damit entfallen.

2.3.3 Fazit

Bei der Angleichung des materiellen Rechts darf man den Aspekt der Rechtsdurchsetzung als entscheidenden Faktor nicht aus den Augen verlieren. Bereits bestehende Instrumente der Rechtsdurchsetzung müssen berücksichtigt und das Verfahrensrecht weiter angeglichen werden. Das Kollisionsrecht ist auf sein Angleichungspotenzial zu untersuchen.

2.4 Ergebnis

Der derzeitige Stand der Rechtsangleichung im europäischen Vertragsrecht lässt folgende Schlüsse zu:

Europäische Normgebung mit Hilfe der sektoralen Richtlinie führt nicht zu der gewünschten Rechtsangleichung.

⁵ Eingehend Sonnenberger in: JZ 1998, 982 (983 f.).

Vor Schaffung einer einheitlichen europäischen Kodifikation sind durch Rechtswissenschaft und –praxis einheitliche Grundbegriffe und Prinzipien herauszuarbeiten.

Der entscheidende Faktor der Rechtsdurchsetzung mit Hilfe des Verfahrensrechts und das Kollisionsrecht dürfen bei der Angleichung des materiellen Rechts nicht aus den Augen verloren werden.

3 Erforderlichkeit einer weiteren Rechtsangleichung

Bevor der Deutsche Notarverein auf die Frage eingeht, wie der weitere Angleichungsprozess fortschreiten sollte, ist zu hinterfragen, ob eine weitere Rechtsangleichung erforderlich ist. Diese Frage ist soweit ersichtlich kaum jemals untersucht worden. Ohne eine solche Untersuchung besteht die Gefahr, dass die Angleichung zum Selbstzweck wird.

Art. 95 EGV erlaubt Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Im Rahmen der Anwendung des Art. 95 EGV sind auch das Subsidiaritätsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Ziel des Art. 95 EGV ist nicht abschließende und vollständige Uniformität. Durch die Rechtsangleichung sollen lediglich die rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse des Binnenmarktes abgebaut werden.

Dementsprechend wäre eine Rechtsangleichung im Vertragsrecht erforderlich

- wenn grenzüberschreitende Vertragsschlüsse in nennenswerter Zahl fehlen würden und dieser Befund auf die Unterschiedlichkeit der Vertragsrechtsordnungen zurück zu führen wäre oder
- wenn grenzüberschreitende Vertragsschlüsse in nennenswerter Zahl vorhanden wären, diese aber durch die Unterschiedlichkeit der Vertragsrechtsordnungen in ihrer Abwicklung nicht unerheblich behindert würden.

Es ist zu begrüßen, dass sich die Kommission durch Befragung der betroffenen Kreise ein Bild von etwaigen Behinderungen des Binnenmarkts machen will. Dies ist ein konstruktiv anderer Ansatz wie er noch für viele der sektoralen Richtlinien galt, in denen nicht selten die Behauptung aufgestellt wurde, dass Divergenzen in den nationalen Rechtsordnungen den Wettbewerb verfälschen und den freien Warenverkehr beeinträchtigen, ohne dass diese Be-

hauptung durch einen empirischen Hintergrund erhärtet worden wäre (s. etwa Erwägungsgründe 2 und 3 der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG).

Aus der notariellen Tätigkeit können Behinderungen des Binnenmarktes nicht berichtet werden. Es sollen daher die oben angesprochenen Fragen kritisch beleuchtet werden.

3.1 Häufigkeit grenzüberschreitender Vertragsschlüsse

An dieser Stelle können nur grundsätzliche Überlegungen beige-steuert werden, die eine empirische Untersuchung nicht ersetzen können.

Es wird vermutet, dass die Zahl der grenzüberschreitenden Vertragsschlüsse im Geschäft mit Verbrauchern geringer ist als angenommen. In der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG führt der Richtliniengeber in Erwägungsgrund (4) aus:

„Mit der Einführung neuer Technologien erhalten die Verbraucher einen immer besseren Überblick über das Angebot in der ganzen Gemeinschaft und zahlreiche neue Möglichkeiten, Bestellungen zu tätigen.“

Offenbar nutzen die Verbraucher diese Möglichkeiten aber gar nicht in einem relevanten Umfang. Nach Aussage von Vertretern des Versandhandels – ein, wie man meinen sollte, dem grenzüberschreitenden Vertragsschluss in besonderem Maße zugänglicher Wirtschaftsbe-reich -, gibt es praktisch keinen grenzüberschreitenden Versandhandel. Vielmehr entschei-den sich die Versandhändler, eigene Niederlassungen in anderen Ländern zu eröffnen. Be-fragt nach den Gründen wird angegeben, dass dies nicht etwa an den Hindernissen aufgrund der Existenz unterschiedlicher Vertragsrechtsordnungen liege, sondern vielmehr an den un-terschiedlichen Kaufgewohnheiten der Verbraucher, an den Sprachbarrieren und an weiteren im sozio-kulturellen Bereich liegenden Umständen. Es sind also vor allem kulturelle und ge-sellschaftliche Unterschiede, die für ein Fehlen des grenzüberschreitenden Versandhandels verantwortlich sind.

Dieser Befund könnte auch Auswirkungen auf die Bedeutung des elektronischen Geschäfts-verkehrs haben. Möglicherweise wird dessen Bedeutung – jedenfalls im Bereich des Waren-verkehrs – überschätzt.

Auch in anderen Bereichen ist davon auszugehen, dass ein relevanter grenzüberschreiten-der Wirtschafts- und Rechtsverkehr fehlt. Es ist etwa wenig wahrscheinlich, dass im Bereich der Verbraucherkredite abgesehen von grenznahen Gebieten ein grenzüberschreitender Markt existiert. Auch hier dürften die Gründe nicht primär in den Unterschieden der nationa-

len Vertragsrechtsordnungen liegen, sondern in den unterschiedlichen Gewohnheiten der Verbraucher und der Kreditinstitute.

Es liegt also die Vermutung nahe, dass ein grenzüberschreitender Verbrauchermarkt in weiten Teilen fehlt, dieses Fehlen aber nicht auf dem Unterschied in den Vertragsrechtsordnungen beruht, sondern vielmehr auf kulturellen Unterschieden. Trifft diese Vermutung zu, könnte die Rechtsangleichung im Vertragsrecht nicht wesentlich zu einem Fortschreiten der Vollendung des Binnenmarktes beitragen; zumindest käme der Herstellung eines einheitlichen Vertragsrechts keine führende Rolle zu.⁶

Das stellt sich anders dar im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten bzw. Unternehmern. Hier gibt es in vielen – freilich nicht allen - Wirtschaftsbereichen einen relevanten grenzüberschreitenden Markt.

3.2 Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs durch die Unterschiede der Vertragsrechtsordnungen

Sollten Behinderungen des grenzüberschreitenden Verkehrs festgestellt werden können, muss sich die Frage anschließen, ob dafür das Fehlen einer einheitlichen Rechtsordnung verantwortlich ist. Bei vordergründiger Betrachtung könnte man zu diesem Ergebnis gelangen. Unterschiedliche Rechtsordnungen können dazu führen, dass die Rechtsberatung in einer für den Teilnehmer am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr fremden Vertragsrechtsordnung zusätzliche Kosten verursacht. Das könnte den Betroffenen davon abhalten, das gewünschte Geschäft durchzuführen und auf den ersten Blick die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes beeinträchtigen. An dieser Stelle sollte die Betrachtung jedoch nicht enden. Möglicherweise werden diese erhöhten Kosten nämlich kompensiert – etwa durch höhere Rechtssicherheit. Es ist dem Einzelnen nämlich besser gedient, wenn er sich zunächst beraten lässt, dann aber in einer funktionierenden homogenen Rechtsordnung die gewünschte Sicherheit genießt als wenn er sich zwar in einer einheitlichen – europäischen - Rechtsordnung bewegt, diese aber aufgrund ihrer Abstraktheit und der durch sie verursachten Systembrüche zu mangelnder Transparenz und damit zu einem Weniger an Rechtssicherheit führt. Es gibt Unternehmen, die die Existenz unterschiedlicher, aber in sich geschlossener Rechtsordnungen als Garant für Rechtssicherheit und Effizienz begrüßen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass diese Rechtsordnungen auch von den Verbrauchern akzeptiert werden, was den Umgang der Unternehmer mit den Verbrauchern innerhalb der einzelnen Rechts-

⁶ Ähnlich Sonnenberger in: JZ 1998, 982 (983).

ordnung erleichtert. Die Nachteile, die unterschiedliche Rechtsordnungen mit sich bringen, treten dagegen in den Hintergrund.

Im internationalen Rechtsverkehr zwischen Kaufleuten lässt sich eine Beobachtung machen, die diesen Befund bestätigt: Die Anwendbarkeit des einheitlichen UN-Kaufrechts wird durch die Beteiligten in den überwiegenden Fällen abbedungen, weil vielfältige Unsicherheiten über dessen Auslegung bestehen und beide Vertragsparteien die Rechtssicherheit einer homogenen nationalen Rechtsordnung der Anwendung einer einheitlichen aber mit Unsicherheit behafteten UN-Kaufrechtsordnung vorziehen.

Dieser Befund wird sich nicht ändern, solange die bereits erwähnten gemeinsamen Grundlagen noch fehlen.

3.3 Fazit

Der europäische Normgeber darf bei der weiteren Angleichung des Vertragsrechts nicht wie in früheren Fällen apodiktisch von einer Behinderung des Binnenmarktes durch unterschiedliche Regelungen ausgehen. Er muss untersuchen, ob

- Behinderungen des Binnenmarktes festzustellen sind,
- etwaige Behinderungen auf den Unterschieden der Vertragsrechtsordnungen beruhen,
- etwaige Behinderungen durch Vorteile kompensiert werden,
- eine Angleichung die Behinderungen wirklich beheben würde oder ob dadurch neue Behinderungen entstehen.

Der Deutsche Notarverein begrüßt die Tatsache, dass die Kommission mit ihrer Mitteilung vom 11. Juli 2001 diesen Weg eingeschlagen hat.

4 Optionen für künftige Initiativen der EG auf dem Gebiet des Vertragsrechts

4.1 Historische Parallelen

Als Parallelen zur europäischen Rechtsangleichung werden sowohl die Rezeption des römischen Rechts im Europa des 11. bis 18. Jahrhunderts als auch die Rechtsvereinheitlichung im deutschen Reich mit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder die Herausbildung anderer nationaler Privatrechtsordnungen herangezogen.

Die angeführten Parallelen bedürfen der Differenzierung. Jeder historische Ablauf ist singulär. Das verbietet eine maßstabgetreue Übertragung historischer Vorgänge in unsere Zeit.

Weiter oben (2.1.1) wurde bereits der Unterschied des heutigen europäischen Rechtsangleichungsprozesses zur Rezeption des römischen Rechts dargestellt.

Die Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung auf nationaler Ebene im 19. Jahrhundert spielten sich in einem anderen geistesgeschichtlichen Kontext ab. Es gab einen historischen Rekurs auf eine ursprüngliche Rechtsgestaltung, der sich mit der Vorstellung einer inneren Güte des ursprünglichen Rechts verband. Die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts war begleitet von einer politischen Lage, die die Kodifikation als großen qualitativen Schritt begünstigte. Zu berücksichtigen ist auch, dass das Ergebnis der Bemühungen des 19. Jahrhunderts die Entwicklung nationaler Rechtsordnungen aus im wesentlichen einem – dem römischen – Recht war, während der Weg bei der europäischen Rechtsangleichung gleichsam in die umgekehrte Richtung führt.

Umgekehrt gibt es historische Beispiele für die Fruchtbarkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Erinnerung sei etwa an die Geltung des code civil im Rheinland. Deutsche Juristen arbeiteten mit großer Selbstverständlichkeit ein Jahrhundert lang mit französischem Zivilrecht. Die so entstandene rheinische Ausprägung des französischen Zivilrechts war in vielerlei Hinsicht Vorbild für andere Teile Deutschlands. Auf der anderen Seite gingen durch französische Übersetzungen der rheinischen code civil-Kommentare Impulse vom Rheinland aus nach Frankreich.

Die Betrachtung historischer Vorgänge der Rechtsangleichung kann folglich wichtige Hinweise geben, ein Patentrezept zur heutigen europäischen Rechtsvereinheitlichung lässt sich ihnen nicht entnehmen.

4.2 Die von der Kommission genannten Optionen

Für den Fall, dass eine weitere Rechtsangleichung erforderlich ist, nennt die Kommission vier Optionen für künftige Initiativen auf dem Gebiet des Vertragsrechts.

4.2.1 Option I: Keine Ausarbeitung von EG-Maßnahmen

Die erste von der Kommission genannte Option vertraut auf Marktmechanismen. Sie versteht diesen Markt aber nicht im Sinne des Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Vielmehr sollen die wirtschaftlichen Entwicklungen Anreize für die nationalen Politiker schaffen, eine „sanfte Harmonisierung“ zu betreiben.

Das Vertrauen in wirtschaftliche Marktmechanismen zur Förderung der Rechtsangleichung könnte jedoch enttäuscht werden. Es besteht die Gefahr, dass sich einseitig die Vertragsrechtsordnung des Rechtskreises durchsetzt, der die stärkste Wirtschaftskraft besitzt oder dass sich die vertragsrechtlichen Mechanismen auf einem niedrigen Niveau einpendeln, weil dies im Interesse starker Marktteilnehmer liegt. Gleichzeitig bestünde keine Möglichkeit europäischer Institutionen oder der Mitgliedstaaten im Zusammenwirken, auf den Prozess der Rechtsangleichung Einfluss zu nehmen.

In einem ganz anderen Sinne sind Marktelemente jedoch nicht von vornherein abzulehnen. Unterschiedliche Angebote wirken marktbelebend. Diese Wirkung könnte man sich auch im Wettbewerb der Rechtsordnungen nutzbar machen. Auch auf dem Markt der Rechtsordnungen sollte man prüfen, ob die Vereinheitlichung der „Marktverhältnisse“ tatsächlich zu einer Verbesserung des Binnenmarktes führt oder ob dies nur ein vordergründiges Versprechen ist, dessen Folgenlosigkeit zur Enttäuschung der Rechtsuchenden führt.

Rechtsordnungen sind auch Folge von Lebensverhältnissen. Diese sind nach wie vor innerhalb der Europäischen Union unterschiedlich. Die Verschiedenheit der Lebensverhältnisse wird sich durch den Beitritt neuer Staaten noch vertiefen. Unterschiedlichen Lebensverhältnissen ist aber mit unterschiedlichen Rechtsordnungen zu begegnen nach dem Grundsatz, dass die Gleichbehandlung von Ungleichem gerade das Gegenteil des gewünschten Effekts erzielt.

4.2.2 Option II: Förderung der Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze des Vertragsrechts, die zu einer Annäherung der nationalen Rechtsordnungen führen

Diese Option zielt in die richtige Richtung. Ihr haftet zwar wenig Spektakuläres an, jedoch ist sie das Hauptelement einer behutsamen Rechtsangleichung, die die große Chance einer breiten Akzeptanz in sich birgt. Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, ist die Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze die Grundlage jeglicher weiterer Rechtsangleichung überhaupt. Zu späterer Zeit kann sie – soweit erforderlich - durch die Sogwirkung, die sie ausübt, in die Option IV (Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften auf EG-Ebene) münden.

Die europäischen Organe können dabei anknüpfend an die bisherigen wissenschaftlichen Vorarbeiten eine zentrale koordinierende Rolle übernehmen.

Im übrigen ermöglicht die Option II auch die Berücksichtigung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen wie unter Nr. 3.2.1 ausgeführt.

4.2.3 Option III: Verbesserung der Qualität bereits geltender Rechtsvorschriften

Die Verbesserung der Qualität bereits geltender Rechtsvorschriften beseitigt nicht die negativen Auswirkungen des bisherigen Ansatzes, wie sie oben geschildert wurden. Diese gehen weniger auf die mangelnde Qualität der einzelnen Vorschriften zurück als auf die dargelegten strukturellen Mängel.

Allerdings ist es begleitend zu der Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze selbstverständlich wünschenswert, dass der Bestand der geltenden Rechtsvorschriften auf Grundlage der bisherigen Erfahrungen auf seine Kohärenz untersucht und gegebenenfalls koordiniert wird.

4.2.4 Option IV: Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften auf EG-Ebene

Die Kommission nennt als vierte Option die Möglichkeit, einen umfassenden Rechtstext zu erlassen, der sowohl Regelungen für allgemeine vertragsrechtliche Fragen als auch für spezifische Verträge enthält. Nach den vorgenannten Ausführungen dürfte sich herausgeschält haben, dass die Kodifikation eines europäischen Zivilgesetzbuches oder Obligationenrechts derzeit nicht sinnvoll ist. Dem auch schon im Rahmen der sektoralen Rechtsangleichung aufgetretenen Mangel, dass ein solcher umfassender Rechtstext, dem noch das Fundament überall akzeptierter Grundbegriffe und Prinzipien fehlt, auf unterschiedlichste, je eigen geprägte Rechtsordnungen stößt und gravierende Systembrüche auslöst, kann nicht dadurch abgeholfen werden, dass man nicht einen sektoralen, sondern einen umfassenden Ansatz wählt.

Im Rahmen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung kann der Entwurf eines umfassenden Rechtstextes natürlich den Diskurs fördern und als Grundlage für die Ausarbeitung gemeinsamer Prinzipien dienen.

4.3 Die weiteren Schritte aus Sicht des Deutschen Notarvereins

Nur für den Fall, dass nach Ermittlung der Kommission im Rahmen dieses Verfahrens eine weitere Angleichung des Vertragsrechts in Europa erforderlich ist, gilt folgendes:

Es hat sich gezeigt, dass jegliche Vertragsrechtsangleichung „von oben“ ohne das notwendige Fundament auf nationale Vertragsrechtsordnungen trifft, die ausdifferenziert sind, auf unterschiedlichen Traditionen beruhen und von unterschiedlichen kulturellen Grundansichten

geprägt sind.⁷ Die Umsetzung eines einheitlichen europäischen Rechts in die Rechte der Mitgliedstaaten führt zu Wertungswidersprüchen und Systemwidrigkeiten gegenüber den nicht harmonisierten Teilen der nationalen Rechtsordnungen. Denn Inhalt, Wertungen und Systematik des einheitlichen europäischen Rechts unterscheiden sich in wechselndem Umfang von den Inhalten, Wertungen und Systematiken der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen. Eine europäische Rechtsangleichung wäre sonst weder nötig noch gerechtfertigt.⁸

Das bedeutet nicht, dass von Angleichungsbemühungen Abstand genommen werden muss. Dieser Angleichung ist jedoch zunächst die Basis in den nationalen Rechtsordnungen zu bereiten. Durch Wissenschaft und Praxis sind gemeinsame Grundprinzipien des europäischen Vertragsrechts herauszuarbeiten. An bereits vorhandene Arbeiten kann angeknüpft werden. Die gemeinsamen Prinzipien müssen nach und nach durch Gesetzgebung und Rechtsprechung in die nationalen Rechtsordnungen aufgenommen werden.

Dabei ist ein behutsamer Weg zu wählen, der über die Anerkennung der Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen zu einer breiten Akzeptanz einer Angleichung bei den Betroffenen führt. Ein solches Vorgehen dürfte auch alleine den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Man könnte von einem föderalistischen Ansatz bei der europäischen Rechtsangleichung sprechen.

Dieser Weg ist keine Einbahnstraße. Vielmehr müssen die nationalen Vertragsrechtsordnungen und die gemeinsam herauszuarbeitenden Prinzipien gegenseitig fruchtbar gemacht werden, um so zu einer fortschreitenden Rechtsangleichung ohne Systembrüche zu gelangen. Dabei kann den europäischen Institutionen eine Schlüsselrolle zukommen, indem diese die Initiative für eine fortschreitende Rechtsangleichung durch die fortschreitende Erarbeitung von Gemeinsamkeiten geben und diese Aktivitäten koordinieren. Die Mitgliedstaaten in Gestalt der Gesetzgeber und der Rechtsprechung haben diese Impulse aufzunehmen und sie bei der Fortentwicklung des nationalen Vertragsrechts durch Gesetzgebung und Rechtsprechung zu berücksichtigen.

⁷ Zweigert schrieb bereits vor 50 Jahren: „Die Erfahrung lehrt, dass die Vereinheitlichung eines Teilrechtsgebietes – nur solche Vereinheitlichungen können ja ernsthaft angestrebt werden – nicht in Gestalt eines apriorisch geschaffenen Idealgesetzes Wirklichkeit wird, sondern nur dadurch, dass das jeweils Gleiche in den beteiligten Rechtsordnungen in das vereinheitlichte Normenwerk übernommen wird, während das Verschiedene dadurch gleichgemacht wird, dass man die beste Variation oder ein aus der Vergleichung geschöpftes Neues, das besser und praktikabler ist als alle existenten Lösungen in das vereinheitlichte Statut aufnimmt.“ Zitiert nach Neuhaus/Kropholler in: *RabelsZ* 1981, 73.

⁸ Drobniig in: *Notarius International* 1998, 98 (102).

Ein Beispiel für ein solches Vorgehen ist die Modernisierung des deutschen Schuldrechts. Diese ist maßgeblich durch europäisches Recht ausgelöst worden. Im Gesetzgebungsverfahren sind allgemeuropäische Prinzipien berücksichtigt worden in dem Bestreben, das deutsche Schuldrecht zu modernisieren und seine Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu erhalten.

Die europäische Rechtsangleichung wird fortschreiten über den Wettbewerb der Rechtsordnungen⁹ unter gleichzeitiger wissenschaftlicher Herausarbeitung gemeinsamer Prinzipien. Diese gemeinsamen Prinzipien sollten aber nicht zur Grundlage einer abstrakten unfundierten europäischen Vertragsrechtskodifikation gemacht werden. Vielmehr sollten sie als Grundlage bei der Anwendung – etwa durch die Rechtsprechung – und der Fortgestaltung der nationalen Rechte dienen. Die Fortentwicklung von Gemeinschaftsrecht und nationalen Rechten muss aufeinander abgestimmt werden, wobei den herausgearbeiteten gemeinsamen Rechtsprinzipien eine Sogwirkung zukommen wird. Dabei ist ein umfassender Ansatz zu wählen, der aus der Basis des Vertragsrechts heraus alle Bereiche des Zivilrechts mit berücksichtigt.

Bei diesem Prozess sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

- 4.3.1 Der Vorgang muss begleitet werden von einer **Europäisierung der Rechtswissenschaft und der juristischen Ausbildung**. Nur auf diesem Wege lässt sich ein Fundament überall akzeptierter rechtlicher Grundbegriffe und Prinzipien und eine gemeinsame Rechtssprache schaffen.
- 4.3.2 Jede Rechtsangleichung muss Raum lassen für die **Berücksichtigung sozio-kultureller Unterschiede**. Sollte also etwa eine Richtlinie als Angleichungsinstrument gewählt werden, so sollte deren Regelungsdichte zurückgenommen werden, um lediglich Regelungsziele aufzustellen und nicht zu detaillierte Regeln, die keinen Raum für die Entfaltung unterschiedlicher Vorstellungen in den Mitgliedstaaten lassen.
- 4.3.3 Bei der Angleichung des Vertragsrechts als einem Kernbereich des Zivilrechts sind **die Auswirkungen der Angleichung auf andere (Zivil-)Rechtsmaterien** sorgfältig zu untersuchen. Eine fehlende Abstimmung darf nicht zu Systembrüchen in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung führen. So setzt sich etwa das deutsche System des Immobilienverkehrs zusammen aus Schuldrechtselementen (wozu insbesondere die notarielle Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung zählt), aus Sachenrechtselementen, aus Elementen gerichtlicher Daseinsvorsorge (Grundbuchämter) und aus verwaltungsrechtlichen Elementen (Lie-

⁹ Kötz in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der EG*, 149 (150), weist auf die komparativen Vorteile dezentraler Regelbildung hin.

genschaftskataster). Nur das Zusammenspiel dieser Elemente ergibt ein bestens funktionierendes System. Wird an irgendeiner Stelle störend eingegriffen (z. B. in die schuldrechtlichen Formvorschriften), verliert das Gesamtsystem seine Funktionsfähigkeit.

4.3.4 Nach Auffassung des Deutschen Notarvereins sind **Mindeststandards** zu berücksichtigen, damit aus dem Wettbewerb der Rechtsordnungen kein race to the bottom wird.

Dabei bedeuten Mindeststandards nicht niedrige Standards oder Durchschnittsstandards. Vielmehr muss sich eine Rechtsvereinheitlichung bemühen, aus den einzelnen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die jeweils höchst entwickelten Systeme zu entnehmen und sie europaweit umzusetzen. So ist beispielsweise das unter 4.3.3 beschriebene deutsche System des Immobilienverkehrs unbestritten europaweit das weitest entwickelte. Die Organe europäischer Gesetzgebung müssen bereit sein, in einer Art Bestenauswahl möglichst geschlossene Systeme nationalen Rechts zu europäisieren. Nur so lässt sich die Qualität europäischen Rechts insgesamt verbessern, während Gemengelagen zur Qualitätsverschlechterung führen.

Besonderes Augenmerk sollte dabei auch auf die vorsorgende Rechtspflege, deren Bestandteil die Notare sind, gelegt werden. Durch die bisherige sektorale Richtlinienggebung sind für den Verbraucher in unterschiedlicher Ausformung Widerrufs- oder Rücktrittsrechte begründet worden. Solche Rechte stellen durch die Unklarheit über das Schicksal des Vertrages bis zum Ablauf der Widerrufs- oder Rücktrittsfrist im Verhältnis der Vertragsparteien einen Unsicherheits- und Störfaktor dar. Stärker noch wiegen die Bedenken im Verhältnis zu dritten Personen, die direkt oder indirekt an dem Vertrag beteiligt sind. Zudem bergen Widerrufs- oder Rücktrittsrechte ihrerseits eigenes Konfliktpotential. Streitigkeiten über die Voraussetzung des Widerrufs- oder Rücktrittsrechts können entstehen.

Diese Nachteile können vermieden werden, wenn dem Verbraucher ein gleichwertiger, wenn nicht überlegener Schutz durch neutrale Beratung und Belehrung im Vorfeld des Vertragsschlusses angeboten wird, wie sie etwa im Rahmen der notariellen Beurkundung gewährleistet wird. Als Teil der vorsorgenden Rechtspflege ist auch das Registerwesen zu beachten, das in hohem Maße Rechtssicherheit garantiert.

Der Deutsche Notarverein empfiehlt daher, bei der weiteren Angleichung des europäischen Vertragsrechts die Vorteile der vorsorgenden Rechtspflege stärker zu beachten und zumindest Widerrufs- und Rücktrittsrechte dann auszuschließen, wenn und soweit Verträge durch eine unparteiische und unabhängige Urkundsperson öffentlich beurkundet werden. Weiter ist

eine Europäisierung des Registerwesens auf Basis der mitgliedstaatlichen Registereinrichtungen wünschenswert.

- 4.3.5 Die **nationalen Gesetzgeber** müssen in die Fortentwicklung ihres Vertragsrechts die europäischen gemeinsamen Rechtsprinzipien einbeziehen. Bereits heute berücksichtigen nationale Gesetzgeber auch ohne dazu vom europäischen Richtliniengeber gezwungen zu sein, solche Prinzipien. Dieser Prozess ist zu intensivieren. Von den europäischen Institutionen können hierzu Empfehlungen gegeben werden. Auch Modellregelungen könnten zu einer europäisch ausgerichteten nationalen Gesetzgebung beitragen. Amerikanische Erfahrungen mit Uniform-Acts oder Restatements können genutzt werden, ohne die Lösungen zu kopieren. Entscheidend ist der regelmäßige Kontakt zwischen den europäischen Institutionen und den Fachleuten in den nationalen Regierungen, deren profundes Fachwissen und deren Gesetzgebungserfahrung nicht ungenutzt bleiben sollte.
- 4.3.6 Die Entwicklung muss eingebettet sein in eine **Rechtsprechung**, die die Fortentwicklung an den bereits gefundenen gemeinsamen Prinzipien überprüft. Das Zusammenwirken zwischen europäischer und nationaler Gerichtsbarkeit zum Wohle einheitlicher Auslegung muss gefördert werden. Ein solches Zusammenwirken klingt in anderem Zusammenhang im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts an, wo das Gericht den Begriff des Kooperationsverhältnisses zur europäischen Gerichtsbarkeit begründet. Nachzudenken ist über die Einrichtung einer gemeinsamen Auslegungsinanz nach Vorbild etwa des Gemeinsamen Senats der obersten deutschen Gerichtshöfe.
- 4.3.7 Die Rechtsangleichung darf nicht losgelöst von bereits bestehenden **Angleichungen im Verfahrensrecht** und seiner weiteren Entwicklung gesehen werden. Die Rechtsdurchsetzung ist in den Augen der Unternehmer und Verbraucher ein entscheidender Faktor.
- 4.3.8 Die **Vereinheitlichung** des Kollisionsrechts ist ein weiterer Baustein im Rahmen der europäischen Rechtsangleichung. Kollisionsrechtliche Rechtszersplitterung führt nämlich zu einer Potenzierung der Rechtsunsicherheit und Intransparenz.

Dr. Stefan Zimmermann
(Präsident)