

GPR

Grundlagen
Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht

Die Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht
werden herausgegeben von

Professor Dr. Martin Schmidt-Kessel, Osnabrück

Professor Dr. Christian Baldus, Heidelberg

Privatdozent Dr. Martin Gebauer, Heidelberg u. Frankfurt/Oder

Professor Dr. Brigitta Jud, Wien

Professor Dr. Peter Jung, Basel

Richter am OLG Dr. Jan Maifeld, Düsseldorf

Rechtsanwalt Dr. Eike Najork, LL.M., Köln

Notar Dr. Robert Schumacher, LL.M., Aachen

Der gemeinsame Referenzrahmen

Entstehung, Inhalte, Anwendung

herausgegeben von

Martin Schmidt-Kessel

in Zusammenarbeit mit

Tobias Dierks, Christina Kopp,
Silvan Schubmehl und Pia Ulrich

sellier. 
european law
publishers

Dieses Buch wurde produziert mit der finanziellen Unterstützung durch die Fritz Thyssen Stiftung.

ISBN 978-3-86653-099-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 by sellier. european law publishers GmbH, München.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gestaltung: Sandra Sellier, München. Herstellung: Karina Hack, München.
Druck und Bindung: AZ Druck und Datentechnik, Kempten im Allgäu.
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier. Printed in Germany.

Der Gemeinsame Referenzrahmen und die Frage einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht

Peter Jung

I. Einleitung	255
II. Formen der differenzierten Integration und ihre Bedeutung für das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens	258
1. Unterscheidung nach der Art der Beteiligten	260
a) Beteiligung allein von EU/EG-Mitgliedstaaten	260
b) Beteiligung von Drittstaaten	261
c) Beteiligung von nichtstaatlichen Rechtssubjekten	262
2. Unterscheidung nach der institutionellen Einbindung in die EU/EG	263
a) Differenzierung im institutionellen Rahmen der EU/EG	263
aa) Voraussetzungen	263
bb) Rechtsfolgen	265
b) Differenzierung außerhalb des institutionellen Rahmens der EU/EG	266
aa) Voraussetzungen	267
bb) Rechtsfolgen	267
3. Unterscheidung nach der Art der Ermächtigungsgrundlage	268
a) Primärrechtliche Ermächtigung	268
b) Sekundärrechtliche Ermächtigung	268
III. Mögliche Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens und ihre Realisierung mittels differenzierter Integration	270
1. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als sog. Werkzeugkasten für die Schaffung und Anwendung von Privatrecht	270
2. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als Vorstufe eines optionalen Instruments für grenzüberschreitende Sachverhalte	272
3. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als Vorstufe eines Europäischen Zivilgesetzbuchs	274
VI. Schlussbemerkung	277

1. Einleitung

Das Ideal einer einheitlichen und zeitgleichen politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Integration trifft in einer sich erweiternden Union von derzeit 27 Mitgliedstaaten mit gut 20 Sprachen auf eine sich mehr und mehr von ihm entfernende Wirklichkeit. Die unterschiedliche Prägung und Ausgangslage der Mitgliedstaaten bedingen unterschiedliche Fähigkeiten, Interessen und Integrationsvorstellungen. Dies verdeutlichen auch die Widerstände, die sich gegen das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens im Gemeinschaftsprivatrecht regen. So betrifft auch die Kritik am akademischen Vorentwurf zum *Common Frame of Reference* nicht allein Einzelfragen und behebbare inhaltliche oder formale Schwächen. Es geht auch um eine prinzipielle Ablehnung des eingeschlagenen Weges sowie um begrifflich-systematische, methodische und inhaltliche Grundfragen. Als jeweilige Beispiele sind hier nur die in Deutschland geäußerte begriffliche Kritik¹, die Probleme mit der Dominanz und fast schon Monopolstellung der englischen Sprache², die aus Sicht etwa des französischen Juristen bedenklliche, bedeutende Rolle weiträumiger Generalklauseln³ und der aus der Perspektive der naturrechtlich geprägten Rechtsordnungen problematische Verzicht auf eine Generalklausel zur Gefährdungshaftung⁴ zu nennen. Durch die rechtsvergleichenden Anmerkungen im definitiven Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen werden die Juristen der einzelnen Mitgliedstaaten zudem auf Abweichungen des Textes von ihren nationalen Rechten sogar noch ausdrück-

¹ Dazu jüngst *Eidenmüller/Faust/Jansen/Grigoleit/Wagner/Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529, 534 ff.

² Selbst wenn etwa der *Draft Common Frame of Reference* noch in andere Sprachen übersetzt werden sollte, bliebe hiervon der Umstand unberührt, dass er allein in englischer Sprache ausgearbeitet wurde. Ein Vorbild könnte stattdessen die traditionell gleichzeitig zweisprachige Ausarbeitung schweizerischer Gesetzesvorlagen – sog. Koredaktion – sein (dazu *Bundesamt für Justiz* (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden. Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl. 2007, Kap. 8522, abrufbar unter http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/legistik.Par.0005.File.tmp/gleitf-d.pdf).

³ Zur vergleichsweise geringen Bedeutung von Generalklauseln im französischen Vertragsrecht *Jung*, Die Generalklausel im französischen Vertragsrecht, in: *Baldus/Müller-Graff* (Hrsg.), Die Generalklausel im kontinentaleuropäischen Privatrecht, 2006, 37 ff.

⁴ Siehe dazu den Beitrag von *Koziol* in diesem Band.

lich hingewiesen werden⁵, was den Kritikern die ablehnende Argumentation erleichtern dürfte. Auf teils offene Ablehnung stieß schließlich die starke Dominanz deutscher und angelsächsisch geprägter Wissenschaftler in den an der Ausarbeitung beteiligten Gruppen⁶. Widerstände einzelner Mitgliedstaaten sind mithin gerade dann zu erwarten, wenn und soweit der Referenzrahmen in substantieller Weise inhaltlich verbindlich werden soll.

Die sich gegen den Gemeinsamen Referenzrahmen und das Projekt einer gemeinschaftsweiten Privatrechtsvereinheitlichung überhaupt richtenden Widerstände werden aller Voraussicht nach auch die Frage aufwerfen, ob das Projekt angesichts dieser Widerstände aufgegeben bzw. praktisch entwertet wird⁷ oder durch ein differenziertes Voranschreiten ganz bzw. in wesentlichen Teilen verwirklicht werden kann. Denn die differenzierte Integration hat insbesondere dort ihren Anwendungsbereich, wo die geschichtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in einer Frage so erheblich sind, dass diese sich zumindest vorübergehend nicht mit den erforderlichen Mehrheiten auf eine einheitliche oder angeglicheene Regelung einigen können oder wollen⁸. Differenzierte Integration lässt dann verschiedene inhaltliche Regelungen zu.

Im Folgenden soll daher einerseits skizziert werden, inwiefern die unterschiedlichen Konzepte einer differenzierten Integration auch bei der

⁵ Zur geplanten Bereitstellung des rechtsvergleichenden Materials siehe *v. Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke*, Introduction, in: *v. Bar u.a.* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference – Interim Outline Edition, N. 72.

⁶ Siehe dazu die durch einen Wortbeitrag von *Kramer*, der auf die verschiedentlich so empfundene Dominanz deutscher Wissenschaftler in den vorbereiteten Arbeitsgruppen und die damit möglicherweise verbundenen Probleme für die Akzeptanz eines optionalen Instruments hinwies, ausgelöste Diskussion auf dem ZEuP-Symposium 2006 in Graz, abgedruckt im Diskussionsbericht von *Kleinschmidt*, ZEuP 2007, 294 (296); in extremer Form auch *Lequette*, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D.2002.chron., 2202 ff.

⁷ Zumindest auf eine deutliche Einschränkung des Projekts deuten die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f. hin, wo dem Referenzrahmen lediglich die Funktion einer nicht bindenden Inspirationsquelle für die bessere Setzung von Gemeinschaftsrecht im Bereich des Vertragsrechts beigemessen wird.

⁸ Näher *Jung*, Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht – Eine Einführung in die Thematik, in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, 1 ff.

Realisierung des Gemeinsamen Referenzrahmens zum Tragen kommen könnten (A.), und andererseits aufgezeigt werden, wie der Gemeinsame Referenzrahmen in seinen derzeit denkbaren unterschiedlichen Funktionen einer differenzierten Integration zugänglich wäre (B.).

II. Formen der differenzierten Integration und ihre Bedeutung für das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens

Der Begriff der differenzierten Integration ist ein Oberbegriff für ganz unterschiedliche europapolitische Konzepte, die auf einer Differenzierung bzw. Flexibilisierung beruhen. Sie verbinden sich mit Schlagworten wie Kerneuropa⁹, Europa à la carte¹⁰, Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten¹¹, der variablen Geometrie¹², der konzentrischen Kreise¹³, der Pioniergruppen¹⁴, der Gravitätszentren¹⁵ oder auch der Avantgarde¹⁶. So

⁹ Siehe dazu etwa *Schäuble/Lamers*, Überlegungen zur europäischen Politik – Vorschläge zu einer Reform der Europäischen Union, abrufbar unter <http://www.cducus.de/upload/schaeublelamers94.pdf> (besucht am 31.7.2008); *Habermas/Derrida*, Nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas, FAZ vom 31.5.2003 (Auszüge unter: <http://www.faz.net/s/Rub117C535CDF414415BB243B181B8B60AE/Doc~ECBE3F8FCE2D049AE808A3C8DBD3B2763~ATpl~Ecomm on~Scontent.html>; besucht am 31.7.2008); *Frankenberger*, Europäische Union – Ein Rettungsanker?, FAZ vom 16.12.2003, 10.

¹⁰ Siehe dazu etwa *Forgó*, Zwischen „Europa à la carte“ und Einheit: Modelle differenzierter Integration, in: *Breuss/Griller* (Hrsg.), *Flexible Integration in Europa – Einheit oder „Europa à la carte“?*, 1998, 41 ff.

¹¹ Siehe dazu etwa *Ehlermann*, Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip? *EuR* 1997, 362 (363).

¹² Dazu etwa *Maillet/Velo* (Hrsg.), *L'Europe à Géométrie variable – Transition vers l'intégration*, 1994; *H. G. Fischer*, Die verstärkte Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag – Option für eine differenzierte Integration in der Europäischen Union, in: *Loth* (Hrsg.), *Das Europäische Projekt zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2001, 203 (205).

¹³ Siehe dazu etwa *De Michelis*, EG als Gravitationszentrum: Europa der vier Kreise, *Integration* 1990, 143 ff.

¹⁴ *Chirac*, Rede vor dem Deutschen Bundestag am 27.6.2000, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/geschichte/gastredner/chirac/chirac1.html> (besucht am 31.7.2008): „Avantgarde-Gruppen“; *de Villepin*, FAZ vom 20.12.2003, 9.

¹⁵ Siehe dazu etwa *De Michelis* (Fn. 13), *Integration* 1990, 143 ff. und *J. Fischer*, Vom Staatenbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, *Integration* 2000, 149 ff.

vielfältig wie ihre Erscheinungsformen ist auch die Diskussion um die charakteristischen Merkmale der differenzierten Integration¹⁷. Von einer differenzierten Integration sollte jedenfalls nur dann gesprochen werden, wenn mit ihr ein zusätzlicher Integrationsschritt vollzogen und die Differenzierung gezielt innerhalb des betroffenen Regelungsbereichs angestrebt wird. Ausgenommen sind mithin Differenzierungen, die sich lediglich mittelbar und ungewollt, teilweise vielleicht sogar unbewusst aus einer sachlichen Regelung ergeben, wie dies etwa hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Kapitalrichtlinie der Fall ist, die zwar für die deutsche kleine Aktiengesellschaft, nicht jedoch für die französische *société par actions simplifiée* gilt¹⁸. Auch die nicht ausdrücklich zugelassene und damit vertragswidrige, verzögerte Umsetzung von Richtlinien ist aus diesem Grund kein Fall der zeitlich abgestuften Integration. Wird ein Integrationsschritt von vornherein durch eine sachliche und/oder statusrechtliche Differenzierung auf einen bestimmten Anwendungsbereich wie etwa das Verbrauchervertragsrecht beschränkt, so handelt es sich ebenfalls nicht mehr um eine differenzierte Integration, auch wenn sich die Herausgeber der *Interim Outline Edition* des *Draft Common Frame of Reference* im Bewusstsein der politischen Realitäten¹⁹ gerade insoweit flexibel zeigen. Sie verfolgen nämlich nach eigener Aussage gerade kein „Alles-oder-nichts-Prinzip“, sodass auch einzelne in sich geschlossene Teile des Referenzrahmens sinnvoll verwendet werden könnten²⁰.

¹⁶ *Delors*, Die Europäische Avantgarde – Für eine neue Dynamik im Integrationsprozess, Rede von Jacques Delors am 29. Juni 2000 vor der Friedrich-Ebert-Stiftung in Paris, <http://www.europa-reden.de/delors/rede02.htm> (besucht am 31.7.2008).; *Chirac* (Fn. 14); *Bribosia*, Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne – Bilan et perspective du Traité d'Amsterdam, CDE 2000, 57 ff.

¹⁷ Dazu näher die Beiträge von *Jung*, *Müller-Graff* und *Remien* in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, 1 ff., 109 ff. und 129 ff.

¹⁸ Art. 1 Abs. 1 RL 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 30.1.1977, 1 ff.

¹⁹ Siehe zu diesen aktuell die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f.

²⁰ *v. Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke* (Fn. 5), N. 75, wo auch als Beispiel die zu erwartende Beschränkung auf vertragliche Schuldverhältnisse genannt wird.

Im Hinblick auf die hier interessierenden Möglichkeiten einer differenzierten Realisierung des Projekts eines Gemeinsamen Referenzrahmens ist es im Übrigen hilfreich, sich die folgenden Unterscheidungen bewusst zu machen²¹:

1. Unterscheidung nach der Art der Beteiligten

a) Beteiligung allein von EU/EG-Mitgliedstaaten

In einem engen Sinne ist nur dann von differenzierter Integration im Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht die Rede, wenn ein zusätzlicher Integrationsschritt vorübergehend oder dauerhaft von einzelnen voranschreitenden Mitgliedstaaten der EU bzw. EG unternommen wird. Die bislang insoweit verwirklichten Beispiele sind namentlich die Art. 61 ff. EGV vor allem mit den Vorschriften zur Justiziellen Zusammenarbeit²², die Währungsunion²³, das Protokoll und das Abkommen über die Sozialpolitik²⁴ sowie die Schengen-Abkommen²⁵. Sie beruhen auf primärrechtlichen Sonderregelungen²⁶. Die seit 1997 bestehenden primärrechtlichen Generalklauseln zur verstärkten Zusammenarbeit (Art. 43 ff. EUV, 11 f. EGV) sind wegen ihrer strengen Voraussetzungen hingegen bislang ungenutzt geblieben. Sie stellen aktuell nur eine „fleet in being“ dar. Hieran wurde auch der Vertrag von Lissabon nichts ändern, der die verstärkte Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten künftig in Art. 10 EUV und in Art. 280a ff. AEUV verorten und im Wesentlichen wie bisher regeln möchte. Ein Rückgriff auf die primärrechtlichen Generalklauseln zur Rea-

²¹ Dazu auch und zu weiteren hier nicht interessierenden Unterscheidungen Jung (Fn. 8), 6 ff.

²² Siehe dazu etwa den Tagungsband Gottwald (Hrsg.), Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, 2004.

²³ Siehe dazu etwa Linke, Das Instrument der verstärkten Zusammenarbeit im Vertrag von Nizza, Frankfurt/M. 2006, 50 ff. und 54 ff. m.w.N. sowie Häde, Währungsintegration mit abgestufter Geschwindigkeit, in: Weber (Hrsg.), Währung und Wirtschaft: Das Geld im Recht, Festschrift für Hugo Hahn zum 70. Geburtstag, 1997, 141 ff.

²⁴ Siehe dazu etwa Falkner, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration in Europa – Einheit oder „Europa à la carte“?, 1998, 79 ff.

²⁵ Siehe dazu etwa Epiney, Schengen – ein Modell differenzierter Integration, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration in Europa – Einheit oder „Europa à la carte“?, 1998, 127 ff.

²⁶ Art. 17 EUV bzw. Art. 121 Abs. 4, 122 ff., 168 f. und 172 Abs. 2 EGV.

lisierung des Gemeinsamen Referenzrahmens erscheint daher sehr unwahrscheinlich²⁷.

Fraglich ist, ob sich eine Differenzierung auf der mitgliedstaatlichen Ebene auch daraus ergeben kann, dass sich Gemeinschaftsrechtsakte wie etwa eine den Gemeinsamen Referenzrahmen einführende Verordnung auch ohne primärrechtliche Ermächtigung nur an einzelne Staaten richten²⁸. Hiergegen dürfte allerdings nicht nur der Wortlaut von Art. 249 EGV (in „jedem“ Mitgliedstaat) sondern auch die Systematik der Verträge sprechen, die gerade hierfür mit den Art. 43 ff. EUV bzw. mit Art. 11 f. EGV sowie verschiedenen Sonderregelungen Ausnahmen vorsehen, die an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind. Das Prinzip der einheitlichen und zeitgleichen Integration sowie der Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangen ebenfalls nach einer grundsätzlichen Bindung aller Mitgliedstaaten als Adressaten eines Gemeinschaftsrechtsakts, selbst wenn diesen dann die Möglichkeit zum vollständigen *opting out* gegeben wird.

b) Beteiligung von Drittstaaten

An einem Akt differenzierter Integration können auf völkerrechtlicher Basis durchaus auch Drittstaaten mitwirken. Nicht ausgeschlossen wäre auf diese Weise etwa eine Geltung des Gemeinsamen Referenzrahmens in der Schweiz²⁹. Eine Einbeziehung der auf absehbare Zeit nicht zur Europäischen Union gehörenden Schweiz könnte attraktiv sein, weil die Schweiz über Erfahrungen mit einer mehrsprachigen Mischrechtsordnung verfügt. Das schweizerische ZGB wird zudem wegen seiner flexiblen Generalklauseln ohnehin als Modell für ein europäisches Zivilgesetzbuch empfohlen³⁰. Ähnliches gilt für die Türkei. Auch wenn man etwa aus politischen und religiösen Gründen ihren Beitritt in die Europäische Union

²⁷ Dazu näher unten unter A.II.1.

²⁸ Für eine derartige Möglichkeit *Müller-Graff*, Modelle einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, 110 (118 ff).

²⁹ Mit Prof. Dr. Andreas Furrer (Luzern) hat immerhin bereits ein mit Beobachterstatus versehener Schweizer an der Ausarbeitung des *Draft Common Frame of Reference* mitgewirkt; aktuell wird in der Schweiz zudem unter der Leitung von Prof. Dr. Claire Huguenin (Zürich) und Prof. Dr. Reto M. Hilty (Zürich) ein auch vom *Draft Common Frame of Reference* inspirierter professoraler Entwurf für eine grundlegende Revision des allgemeinen Teils des Obligationenrechts erarbeitet (siehe dazu auch den Beitrag von *Huguenin* in diesem Band).

³⁰ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 171 u. 175.

ablehnt, wäre im Privatrecht eine Einbeziehung der Türkei durchaus vorstellbar. Denn das türkische Privatrecht ist einerseits wegen seiner Anlehnung an das schweizerische Zivilgesetzbuch pandektistisch geprägt und andererseits hat der sog. autonome Nachvollzug von Gemeinschaftsprivatrecht bereits zu einer weitreichenden Angleichung an den *acquis communautaire* geführt³¹. Ein Vorbild für derartige Kooperationen könnte das im Rahmen von UNCITRAL geschaffene CISG sein, zu dessen derzeit gut 70 Vertragsstaaten auch 21 EU-Mitgliedstaaten gehören³².

c) *Beteiligung von nichtstaatlichen Rechtssubjekten*

Obwohl der Begriff der differenzierten Integration primär die Mitgliedstaaten und ihre Rechtsordnungen im Auge hat, werden hierunter bisweilen auch die zahlreichen Optionsmöglichkeiten zugunsten nichtstaatlicher Rechtssubjekte im EG-Sekundärrecht subsumiert³³. Denkbar ist dann auch eine Kombination aus einer Differenzierung auf der Ebene der Mitgliedstaaten und einer Differenzierung auf der Ebene der Privatrechtsakteure. So enthält etwa die Übernahmerrichtlinie³⁴ in Art. 12 eine doppelte Optionsregelung, nach der sich zunächst die Mitgliedstaaten durch „*opt out*“ gegen die Übernahme der Neutralitätspflicht des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans (Art. 9) und/oder der Durchgriffsregeln (Art. 11) aussprechen können. Dafür haben sie im Gegenzug dann aber den Gesellschaften mit Sitz in ihrem Staatsgebiet wiederum ein widerrufliches „*opt in*“ zu ermöglichen (Art. 12 Abs. 2). Diejenigen Gesellschaften, die sich aufgrund eines mit satzungsändernder Mehrheit getroffenen Hauptversammlungsbeschlusses prinzipiell für die Anwendung der Neutralitätspflicht und/oder der Durchgriffsregeln entschieden haben, können nun wiederum durch das Sitzstaatsrecht in die Lage versetzt werden, diese im Ein-

³¹ Siehe zum autonomen Nachvollzug des EG-Verbraucherschutzrechts in der Türkei etwa *Güney*, Die Umsetzung von Verbraucherschutz-Richtlinien in der Türkei, GPR 2006, 59 ff.

³² Vgl. zur Vorbildfunktion des CISG im Zusammenhang mit der Diskussion um verschiedene Optionsmodelle *Schroeter*, Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa – Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht, in: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück (Hrsg.), Jahresheft 2007, 35 ff.

³³ Siehe dazu etwa *Remien, Fages und Helms*, in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, 129 ff., 175 ff. bzw. 203 ff.

³⁴ RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABL L 142 vom 30.4.2004, 12 ff.

zelfall aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses unangewendet zu lassen. Diese Möglichkeit besteht allerdings nur, wenn sie sich einem Übernahmeangebot von Seiten einer Gesellschaft gegenübersehen, die ihrerseits die betreffende Regelung nicht anwendet (Art. 12 Abs. 3 und 5). Es handelt sich mithin um eine veritable Richtlinie *à la carte*³⁵, die in methodischer Hinsicht auch Vorbild für die Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens sein könnte.

2. Unterscheidung nach der institutionellen Einbindung in die EU/EG

a) Differenzierung im institutionellen Rahmen der EU/EG

Die Zusammenarbeit der voranschreitenden Mitgliedstaaten kann sich zum einen intern, d. h. im institutionellen Rahmen der Europäischen Union bzw. Gemeinschaft und in supranationaler Form vollziehen. Diese interne Zusammenarbeit unter Inanspruchnahme der Organe, Verfahren und Mechanismen der EU/EG wird außerhalb von Sonderbereichen durch Art. 43 ff. EUV und Art. 11 EGV an besondere Voraussetzungen geknüpft, die im Ergebnis eine prohibitive Wirkung entfalten³⁶.

aa) Voraussetzungen

Die ausschließlich auf Mitgliedstaaten beschränkte verstärkte Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Privatrechts müsste zunächst inhaltlich darauf ausgerichtet sein, die Ziele der Union und der Gemeinschaft zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozess zu stärken (Art. 43 lit. a EUV). Inhaltlich würden der Gemeinsame Referenzrahmen und ein (optionales) Europäisches Vertrags- bzw. Zivilgesetzbuch diese Voraussetzungen erfüllen. Es dürften zudem keine eigenen Institutionen der voranschreitenden Mitgliedstaaten geschaffen werden, was diese im Falle einer gemeinschaftsinternen Zusammenarbeit, die ihnen den Zugriff auf die Gemeinschaftsorgane wie den EuGH ermöglichte, aber ohnehin nicht vorhaben dürften. Das Voranschreiten im Privatrecht müsste ferner

³⁵ Krit. insoweit *Germain*, La directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition, GPR 2003/04, 150 ff.; zum Ganzen auch *Fages*, Das Unternehmensrecht als Objekt differenzierter Integrations-schritte, in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, 175 (181 ff).

³⁶ Krit. dazu *Jung* (Fn. 8), 14 f.

die primärrechtlichen Grundsätze, den einheitlichen institutionellen Rahmen der EU und EG sowie den ohnehin innerhalb der Verträge vorrangigen *acquis communautaire* beachten (Art. 43 lit. b und c EUV). Dies brächte nicht nur ein Verbot formaler Änderungen, sondern auch ein Verbot sonstiger tatsächlicher Auswirkungen, die einer solchen Änderung gleichkämen, mit sich³⁷. Daher dürften auch der Binnenmarkt als Kern des *acquis communautaire* sowie der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt ebenso wenig beeinträchtigt werden (Art. 43 lit. e EUV) wie es zu Diskriminierungen und Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten oder zu Verzerrungen der zwischenstaatlichen Wettbewerbsbedingungen kommen dürfte (Art. 43 lit. f EUV). Die getroffenen Maßnahmen müssten mit den Politiken der EU bzw. EG im Einklang stehen (Art. 45 EUV). Die verstärkte Zusammenarbeit dürfte weder die der Union bzw. Gemeinschaft zugewiesenen Kompetenzen überschreiten noch andererseits einen in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallenden Bereich betreffen (Art. 43 lit. d EUV). Da das Privatrecht nach h.M. nicht in die ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft fällt³⁸, wäre diese Voraussetzung gegeben. Die verstärkte Zusammenarbeit müsste zudem mindestens acht Mitgliedstaaten umfassen (Art. 43 lit. g EUV)³⁹ sowie die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beachten (Art. 43 lit. h EUV). Sie hätte nach Art. 43 lit. j und 43b EUV allen Mitgliedstaaten bei ihrer Begründung und später offen zu stehen, sofern diese dem Grundbeschluss und den zwischenzeitlich gefassten Beschlüssen nachkämen. Nach dem Vertrag von Lissabon soll der Nachzug der zunächst zurückbleibenden Mitgliedstaaten auch von der Kommission ausdrücklich gefördert werden⁴⁰. Die verstärkte Zusammenarbeit wäre schließlich nur eine vom Rat als solche zu billigende *ultima ratio* (Art. 43a EUV).

In verfahrensmäßiger Hinsicht müssten die zu einer verstärkten Zusammenarbeit entschlossenen Staaten nach Art. 11 EGV einen Antrag bei der Kommission stellen, die diesen mit Gründen zurückweisen oder an

³⁷ Dazu generell Linke (Fn. 23), 88.

³⁸ Ausdrücklich für eine Anwendung von Art. 5 Abs. 2 EG auf Art. 95 EG EuGH, Rs. 491/01, Slg. 2002, I-11453 ff. Tz. 179 ff. (Tabak II); in diesem Sinne etwa auch Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, RIDC 1998, 11 ff. und 25 ff.; a. A. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Subsidiaritätsprinzip vom 27.10.1992, SEK (92) 1990 endg., Bull. EG 10-1992, 122 ff.; Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, ZHR 159 (1995), 34 (66 ff).

³⁹ Die Neufassung von Art. 10 Abs. 2 EUV durch den Vertrag von Lissabon sieht eine Mindestbeteiligung von neun Mitgliedstaaten vor.

⁴⁰ Art. 280c Abs. 1 UAbs. 2 AEUV.

den Rat befürwortend weiterleiten könnte. Der Rat beschlösse mit qualifizierter Mehrheit⁴¹ nach Anhörung und in den Fällen des Art. 251 EGV mit Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ein Mitgliedstaat könnte zudem den Europäischen Rat mit der Frage befassen. Die Entscheidung der Kommission über die Weiterleitung und Befürwortung des Antrags auf verstärkte Zusammenarbeit sowie die Entscheidung des Rats über die Ermächtigung zu einer verstärkten Zusammenarbeit unterlägen der Kontrolle durch den EuGH, wobei der Kommission und dem Rat wegen des starken politischen Einschlags und der Unbestimmtheit der Voraussetzungen große Ermessensspielräume zustehen dürften⁴².

bb) Rechtsfolgen

Eine interne Zusammenarbeit, die die Voraussetzungen von Art. 11 EGV iVm Art. 43 ff. EUV erfüllt, ist ein von der Gemeinschaft insgesamt autorisiertes Vorhaben. Es handelt sich nicht um eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gemeinschaft in der Gemeinschaft⁴³. Für die Handlungsformen sowie die Annahme der Rechtsakte und die Beschlussfassungen zur Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit gelten die einschlägigen institutionellen Bestimmungen des Primärrechts (Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV, Art. 11 Abs. 3 EGV). Während alle Mitgliedstaaten an den Sitzungen des Rats teilnehmen können, haben nur die Vertreter der verstärkt zusammenarbeitenden Staaten ein bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen entsprechend Art. 205 Abs. 2 EGV gewichtetes Stimmrecht (Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 und 3 EUV). Auf eine entsprechende Regelung für die nicht auf eine Repräsentanz der Mitgliedstaaten ausgerichteten Organe, d. h. die EU-Kommission, den EuGH und insbesondere das Europäische Parlament, wurde verzichtet, sodass dort alle Mitglieder an den Beratungen und Entscheidungen mitwirken können.

Die im Zuge einer verstärkten Zusammenarbeit erlassenen Rechtsakte, wie insbesondere eine den Gemeinsamen Referenzrahmen oder ein Europäisches Zivilgesetzbuch einführende Verordnung, würden zwar zum Gemeinschaftsprivatrecht gehören, das vom EuGH zu überwachen und auszulegen wäre, nicht jedoch zum *acquis communautaire* (vgl. Art. 44 Abs. 1 UAbs. 2 EUV). Ein solcher Rechtsakt könnte zwar Vorrang vor

⁴¹ Nach dem Vertrag von Lissabon soll in Art. 280d Abs. 2 UAbs. 2 AEUV sogar eine einstimmige Beschlussfassung des Rates vorgesehen werden.

⁴² Dazu näher *v. Buttlar*, Rechtsprobleme der „verstärkten Zusammenarbeit“ nach dem Vertrag von Nizza, ZEuS 2001, 649 (676 ff).

⁴³ *Linke* (Fn. 23), 179 ff.

dem mitgliedstaatlichen Recht⁴⁴, nicht jedoch vor dem allen Mitgliedstaaten gemeinen EG-Sekundärrecht⁴⁵ beanspruchen. Im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit läge aus der Sicht der beteiligten Mitgliedstaaten eine sie am eigenen Tätigwerden hindernde Kompetenzausübung durch die Gemeinschaft vor, während dies aus der Sicht der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten nicht der Fall wäre⁴⁶.

Die Mitgliedstaaten, die sich an der verstärkten Zusammenarbeit nicht beteiligen würden, dürften deren Durchführung zumindest nicht behindern (sog. Interferenzverbot; Art. 44 Abs. 2 S. 3 EUV). Die besonderen Kosten der verstärkten Zusammenarbeit, d. h. nicht die allgemeinen Verwaltungskosten der Organe, würden von den beteiligten Staaten getragen, sofern der Rat nicht einstimmig etwas anderes beschlösse (Art. 44a EUV).

b) Differenzierung außerhalb des institutionellen Rahmens der EU/EG

Daneben kann sich die verstärkte Integration im Bereich der den Mitgliedstaaten verbliebenen privatrechtlichen Kompetenzen aber auch extern, d. h. in der Form einer einfachen intergouvernementalen Zusammenarbeit der beteiligten Staaten auf völkerrechtlicher Grundlage, vollziehen⁴⁷. Die Art. 11 f. EGV iVm. Art. 43 ff. EUV stehen dem nicht entgegen, da sie weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Normzweck eine abschließende Regelung enthalten⁴⁸. Die externe Zusammenarbeit wird nicht selten mit der Schaffung eigener Institutionen durch die voranschreitenden Mitgliedstaaten einhergehen. Zwingend ist der Rückgriff auf diese Form der Differenzierung, wenn der Referenzrahmen auch für Nichtmitgliedstaaten Bedeutung erlangen soll oder es an anderen Voraussetzungen der internen Differenzierung nach Art. 43 ff. EUV und Art. 11 EGV fehlt.

⁴⁴ Siehe dazu nur *v. Buttlar* (Fn. 42), ZEuS 2001, 649 (682).

⁴⁵ Siehe dazu *Linke* (Fn. 23), 176 f.

⁴⁶ *Linke* (Fn. 23), 183 ff.

⁴⁷ Zur Möglichkeit intergouvernementaler Kooperation generell EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 ff. Tz. 3 (Hurd/Jones).

⁴⁸ Für die Zulässigkeit einer externen Kooperation etwa auch *v. Buttlar* (Fn. 42), ZEuS 2001, 649 (659 ff.) und *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zum EU/EG, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EU, Rn. 25; a. A. *Constantinesco*, Les clauses de „coopération renforcée“, RTDE 33 (1997), 751 (755).

aa) Voraussetzungen

Eine externe Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten auf dem Feld des Privatrechts würde die Kompetenzen der Gemeinschaft zumindest berühren, sodass insoweit die Prinzipien der Solidarität, der Kohärenz, der loyalen Zusammenarbeit und der Sicherung des institutionellen Gefüges der Union und ihrer Gemeinschaften zu beachten wäre. Aus dem Solidaritätsprinzip und dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit ergäbe sich eine verfahrensbezogene Pflicht der Mitgliedstaaten, die EU und EG mit ihren Institutionen funktionsfähig zu halten und die durch Privatrechtsakte allerdings kaum heraufbeschworene Gefahr ihrer Auflösung zu bannen. Die Kompetenzen und Interessen der Gemeinschaft dürften nicht durch die intergouvernementale Zusammenarbeit untergraben werden. Die nicht beteiligten Mitgliedstaaten wären vertrauensbildend durch Mitwirkungsrechte unterhalb des Stimmrechts (Information, Konsultation, Mitwirkung) zu beteiligen. Außerdem könnten die voranschreitenden Staaten verpflichtet sein, den anderen Staaten beim Nachzug finanziell und organisatorisch behilflich zu sein. Materiell dürfte durch das Voranschreiten weder der Bestand noch das Funktionieren des *acquis communautaire* beeinträchtigt werden. Das Erfordernis der Kohärenz würde eine Abstimmung der Einzelmaßnahmen auf die Ziele der EU/EG bedingen. Es müsste ferner ein für den jeweiligen Sachbereich zu bestimmendes Mindestmaß an Zusammenhalt zwischen dem *acquis communautaire* und den verschiedenen partikularen Gemeinschaftsrechten gewährleistet bleiben.

bb) Rechtsfolgen

Im Falle externer Integrationsschritte müssen die beteiligten Staaten die Modalitäten der Durchführung und insbesondere ihrer Beschlussfassung selbst regeln. Sie können dabei aber durchaus auf gemeinschaftsrechtliche Verfahrensweisen wie etwa eine bestimmte Stimmengewichtung Bezug nehmen. Organe und Finanzmittel der Gemeinschaft könnten nicht in Anspruch genommen werden. Allenfalls kann die Gemeinschaft nach dem Vorbild von Art. 168 f. EGV im Einvernehmen mit den betreffenden Staaten eine unterstützende Beteiligung vorsehen. Die Kosten der externen differenzierten Zusammenarbeit sind grundsätzlich allein von den beteiligten Mitgliedstaaten zu tragen. Eine finanzielle Beteiligung der Gemeinschaft ist allerdings nicht ausgeschlossen (vgl. auch Art. 168 Abs. 1 EGV). Die Solidarität unter den Mitgliedstaaten gebietet es auch hier, dass die nicht beteiligten Mitgliedstaaten die Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit nicht behindern.

Bei den im Rahmen einer externen Integration erlassenen Rechtsakten würde es sich nicht um Gemeinschaftsrecht, sondern allenfalls um durch

geltendes oder geplantes Gemeinschaftsprivatrecht inspiriertes und dieses seinerseits beeinflussendes Recht handeln. Der EuGH könnte daher nicht für die erforderliche, einheitliche Auslegung des geschaffenen Privatrechts sorgen. Das schränkt die Möglichkeiten der Differenzierung erheblich ein, da sich der ideelle und finanzielle Aufwand für die Schaffung von gemeinsamen Gerichtsinstanzen nur bei einer gewissen thematischen und regionalen Blockbildung lohnen würde.

3. Unterscheidung nach der Art der Ermächtigungsgrundlage

a) *Primärrechtliche Ermächtigung*

Die Ermächtigungsgrundlage für eine differenzierte Realisierung des Gemeinsamen Referenzrahmens könnte sich zunächst aus dem Primärrecht (EUV, EGV, Protokolle, Beitrittsabkommen) ergeben. Nach der Konkretisierungsbedürftigkeit kann man insoweit noch generalklauselartige und konkrete Ermächtigungen unterscheiden. Die generalklauselartigen Ermächtigungen, zu denen neben den Art. 11 f. EGV und Art. 43 ff. EUV auch die hier nicht interessierenden Art. 7 EUV und Art. 306 EGV sowie die sog. Schutzklauseln⁴⁹ gezählt werden können, begründen lediglich für die Zukunft eine generelle oder sehr allgemein gehaltene Handlungsmöglichkeit, die noch durch eine politische Initiative und Regelung konkretisiert werden muss. Die konkreten Differenzierungsregelungen (Art. 17 EUV, Art. 69, 121 Abs. 4, 122 ff., 168 f. und 172 Abs. 2 EGV) ermächtigen hingegen aktuell und in bestimmten Bereichen zu einer unmittelbar angeordneten bzw. durchführbaren positiven oder negativen Abweichung, die gegebenenfalls auch auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt wird. Da die differenzierte Einführung des Gemeinsamen Referenzrahmens auf keine der bestehenden konkreten Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden könnte, müsste eine solche Grundlage durch Vertragsänderung gesondert geschaffen werden.

b) *Sekundärrechtliche Ermächtigung*

Angesichts der strengen primärrechtlichen Voraussetzungen für eine verstärkte Zusammenarbeit dürfte ein anderer Weg leichter gangbar sein: Der Gemeinsame Referenzrahmen oder ein etwaiges Europäisches Zivilgesetzbuch könnten nach bewährtem Muster durch einen prinzipiell für alle Mitgliedstaaten geltenden Rechtsakt eingeführt werden, wobei dieser

⁴⁹ Art. 95 Abs. 4, 137 Abs. 4, 153 Abs. 5 und 176 EGV.

dann durch Verweisungen auf nationales Recht, Wahlrechte, die Zulassung strengerer oder weniger strenger Regelungen sowie durch Übergangsregelungen⁵⁰ Differenzierungen ermöglichen könnte. Denkbar wäre auch eine räumliche bzw. sachlich bedingte Beschränkung des Anwendungsbereichs einzelner Regelungen auf bestimmte Mitgliedstaaten. Aufgegriffen werden könnte auch der Mechanismus einer bedingten oder fakultativen Geltung von EG-Recht. Bei der hier als bedingt bezeichneten Geltung ist die nationale Maßgeblichkeit der Regelung von der Existenz eines entsprechenden Rechtsinstituts im jeweiligen Mitgliedstaat abhängig⁵¹. Von einer fakultativen Geltung kann man demgegenüber sprechen, wenn die Anwendbarkeit ganzer Rechtsakte oder maßgeblicher Bestandteile derselben unter den Vorbehalt ihrer Annahme durch die Mitgliedstaaten gestellt wird. Die Mitgliedstaaten erhalten hierdurch verschiedene Möglichkeiten zum direkten oder indirekten „*opting out*“⁵² bzw. „*opting in*“⁵³. Indem sie damit die Regelungen freiwillig übernehmen können oder

⁵⁰ Siehe dazu etwa Art. 43 Abs. 2 UAbs. 3 RL 77/91/EWG (Fn. 18) und Art. 32 Abs. 2 der RL 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295 vom 20.10.1978, 36 ff.

⁵¹ Dies gilt etwa für sämtliche Regelungen zur Spaltung (Art. 1 der RL 82/891/EWG des Rates v. 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378 v. 31.12.1982, 47 ff.) und zur Einpersonen-AG (Art. 6 der RL 89/667/EWG des Rates v. 21.12.1989 betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 395 v. 30.12.1989, 40 ff.).

⁵² Ein Beispiel bildet Art. 12 der RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. L 142 v. 30.4.2004, 12 ff., der die zentralen Durchbruchsregelungen der Richtlinie für die Mitgliedstaaten nur insoweit für verbindlich erklärt, als diese den Gesellschaften i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Übernahme-RL die Möglichkeit zu einer widerruflichen und gegebenenfalls nach Art. 12 Abs. 3 Übernahme-RL auszusetzenden Wahl zugunsten dieser Durchbruchsregelungen einzuräumen haben. Die Mitgliedstaaten erhalten mithin das Recht zum *opt out* unter der Voraussetzung, dass sie diese Abwahl nicht zwingend ausgestalten und den ihrem Gesellschaftsstatut sowie der Richtlinie unterworfenen Gesellschaften das Recht zum *opt in* gewähren; krit. *Germain* (Fn. 35), GPR 2003/04, 151 f.

⁵³ Ein Beispiel bildet Art. 10 der Richtlinie 68/151/EWG des Rates v. 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaftern im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65 v. 14.3.1968, 8 ff. (Wahlrecht der Mitgliedstaaten zwischen einer präventiven Kontrolle der Gesellschaftsgründung

nicht, besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Gruppenbildung. Einzelne Mitgliedstaaten können bestimmte neue Regelungen ausprobieren oder nationale Besonderheiten aufrechterhalten. Andererseits liegt es auf der Hand, dass die Einheitlichkeit und die Transparenz des Gemeinschaftsprivatrechts durch zahlreiche sekundärrechtliche Detaildifferenzierungen in besonderer Weise beeinträchtigt werden.

III. Mögliche Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens und ihre Realisierung mittels differenzierter Integration

Derzeit kann nicht abgesehen werden, in welcher Form der noch anpassungsfähige Gemeinsame Referenzrahmen genau realisiert werden wird bzw. ob er nur ein Durchgangsstadium auf dem gegebenenfalls langen Weg zu einem Europäischen (Verbraucher-)Vertrags- oder Zivilgesetzbuch darstellen wird⁵⁴. Im Folgenden sollen daher die Möglichkeiten einer differenzierten Integration für die verschiedenen Zukunftsperspektiven des Referenzrahmens als sog. Werkzeugkasten (I.) oder als Vorstufe eines optionalen Instruments für grenzüberschreitende Sachverhalte (II.) bzw. ein Europäisches Zivilgesetzbuch (III.) betrachtet werden. Die unterschiedliche denkbare Struktur des Gemeinsamen Referenzrahmens verdient hingegen keine weitere Beachtung, da grundsätzlich die Begriffsdefinitionen genauso wie die Prinzipien oder Regeln nur von einzelnen Mitgliedstaaten gar nicht oder nur mit Einschränkungen und Ausnahmen übernommen werden könnten.

1. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als sog. Werkzeugkasten für die Schaffung und Anwendung von Privatrecht

Der Gemeinsame Referenzrahmen könnte zunächst als Werkzeugkasten für die Schaffung und Anwendung von Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten dienen⁵⁵. Als solcher wäre er ein

durch Verwaltungsbehörden oder Gerichte und einer öffentlichen Beurkundung).

⁵⁴ Zu den widersprüchlichen Plänen von Rat und Parlament siehe die Nachweise in Fn. 83; in seiner Unbestimmtheit liegt für *Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen: ZEuP-Symposium in Graz, ZEuP 2007, 109 aber gerade der besondere Charme des Projekts.

⁵⁵ Dazu aktuell die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f. sowie etwa die Mitteilung der Kommission an das

Angebot, das sich an unterschiedliche Adressaten richtete. So könnte sich zum einen der Gemeinschaftsgesetzgeber des Referenzrahmens zur Vereinheitlichung, Reform und Ausweitung des *acquis communautaire* bedienen. Auch dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber könnte das Dokument zur europakompatiblen Ausgestaltung des eigenen Privatrechts ebenso nützlich sein wie einem Verband oder Unternehmen bei der Ausgestaltung grenzüberschreitend einsetzbarer AGB⁵⁶. Darüber hinaus würde er sich an die Behörden und Gerichte der Gemeinschaft bzw. der Mitgliedstaaten sowie an Schiedsgerichte richten.

Sofern die ggf. durch eine gemeinschaftsrechtliche Empfehlung geförderte Überzeugungskraft des Referenzrahmens einerseits den Gemeinschaftsgesetzgeber erfassen und andererseits auf den relevanten Widerstand einzelner Mitgliedstaaten stoßen würde, könnte der auf den Referenzrahmen gestützte und von allen Mitgliedstaaten prinzipiell getragene Gemeinschaftsrechtsakt den betreffenden Mitgliedstaaten oder zumindest den vom Rechtsakt betroffenen Personen abweichende Regelungsmöglichkeiten eröffnen. Nach dem Modell der Übernahmerichtlinie könnten auch Optionsmöglichkeiten auf Ebene der Mitgliedstaaten und auf Ebene der Parteien kombiniert werden.

Eine andere Möglichkeit bestünde darin, den Rechtsakt in seinem Anwendungsbereich zu beschränken bzw. auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner als Mindeststandard auszugestalten und der Avantgarde ausdrücklich die Möglichkeit zu einer sachlich, personell oder inhaltlich weiterreichenden Regelung im Sinne des Referenzrahmens zu ermöglichen. Ein Beispiel hierfür könnten etwa die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen bilden, die in einzelnen Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit einer überarbeiteten Klauselrichtlinie nur im Verhältnis von Gewerbetreibenden oder Unternehmern gegenüber Verbrauchern, in anderen aber in Übereinstimmung mit dem Referenzrahmen-Vorentwurf⁵⁷ grundsätzlich generell zur Anwendung gebracht werden könnten.

Auf der anderen Seite wären auch die Mitgliedstaaten im Falle der Untätigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers selbstverständlich nicht daran gehindert, sich avantgardistisch im Werkzeugkasten zu bedienen. Da fun-

Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Aktionsplan“ vom 12.2.2003 KOM(2003) 68 endg., Rn. 62; in der Literatur etwa *v. Bar*, Der Gemeinsame Referenzrahmen, GPR 2005, 1; *v. Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke* (Fn. 5), N. 76.

⁵⁶ Mitteilung der Kommission vom 11.10.2004 an das Europäische Parlament und den Rat – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651 endg., 5 f.

⁵⁷ Siehe II.-9:401 ff. der Interim Outline Edition des Draft Common Frame of Reference, abgedruckt in *v. Bar u. a.* (Fn. 5), 142 ff.

kelt etwa der Schraubenzieher der echten Geschäftsführung ohne Auftrag⁵⁸, den die Kommission wegen des aus ihrer Sicht fehlenden Regelungsbedürfnisses und der von ihm ausgehenden gefährlichen Strahlungen im Keller einmotten wird, mit dem einzelne Mitgliedstaaten aber vielleicht im Zuge von Privatrechtskodifikationen oder Schuldrechtsreformen etwas werden anfangen können.

2. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als Vorstufe eines optionalen Instruments für grenzüberschreitende Sachverhalte

Der Gemeinsame Referenzrahmen könnte zweitens die Vorstufe eines sog. optionalen Instruments für grenzüberschreitende Sachverhalte bilden⁵⁹. Insoweit käme ihm bzw. dem aus ihm hervorgehenden Gemeinschaftsrechtsakt bei internationalen vermögensrechtlichen Sachverhalten auch vor staatlichen Gerichten⁶⁰ die Funktion einer kollisionsrechtlich wählbaren (Teil-)Rechtsordnung zu. Es geht dabei um eine grundsätzlich auch das zwingende nationale Privatrecht verdrängende kollisionsrechtliche Rechtswahlmöglichkeit und nicht um eine im Rahmen des zwingenden nationalen Rechts stets mögliche schlichte materiellrechtliche Verweisung der Parteien⁶¹. Vorbehalten blieben bei einer kollisionsrechtlichen Verwei-

⁵⁸ Siehe V.-I:101 ff. der Interim Outline Edition des Draft Common Frame of Reference, abgedruckt in *v. Bar u. a.* (Fn. 5), 297 ff.

⁵⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Aktionsplan“ vom 12.2.2003 KOM(2003) 68 endg., Rn. 62; Mitteilung der Kommission vom 11.10.2004 an das Europäische Parlament und den Rat – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651 endg., 9; Europäisches Parlament vom 9.7.2003, A5-0256/2003, Ziff. 15 sowie die Entschließungen des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 7.9.2006, P6_TA(2006)0352, ABL. C 305 E vom 14.12.2006, 247, Ziff. 5 bzw. vom 12.12.2007, P6_TA(2007)0615, Ziff. 7 ff.; diese Option hingegen ignorierend die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f.

⁶⁰ Zu den erweiterten Wahlmöglichkeiten im Schiedsverfahren siehe den Beitrag von *Lehmann* in diesem Band.

⁶¹ Zur Möglichkeit einer materiellrechtlichen Verweisung nunmehr auch Art. 3 Abs. 3 (indirekt) und Erwägungsgrund 13 (direkt) der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Fn. 66); näher *Schinkels*, Die (Un-)Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl der UNIDROIT Principles nach Rom I: Wirklich nur eine Frage der Rechtspolitik?, GPR 2007, 106 ff.

sung nur – im Gegensatz zu einer einheitsrechtlichen Lösung aber auch immerhin – die rechtswahlfesten, international zwingenden Eingriffsnormen sowie die in den Mitgliedstaaten auch das Gemeinschaftsrecht mit einbeziehende *Ordre public*-Kontrolle des Forums. Naturgemäß könnte diese zweite Funktion des Referenzrahmens aber nur dann zum Tragen kommen, wenn es sich um einen internationalen Sachverhalt handeln würde und wenn sich die Parteien in einer auch ansonsten wirksamen Weise auf eine entsprechende Rechtswahl geeinigt hätten⁶².

Träte der Gemeinsame Referenzrahmen – und sei es auch nur vorbehaltenlich einer durch die Parteien ausgeübten Rechtswahl – als eine unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnung in Kraft, würde es sich um die Zulassung der Wahl eines Teils des mitgliedstaatlichen Rechts handeln. Die Möglichkeit der Wahl eines demgegenüber (noch) unverbindlichen Gemeinsamen Referenzrahmens ist zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs⁶³ für die inzwischen in anderer Form in Kraft getretene sog. Rom I-Verordnung⁶⁴ und der FIFA-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts⁶⁵ eingehend im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse diskutiert worden.

Differenzierungen wären hier sowohl in räumlicher wie in sachlicher Hinsicht denkbar: Geht man von dem in Kraft getretenen Text von Art. 3 der Rom-I-VO und den ihn betreffenden Erwägungsgründen aus, so ist die kollisionsrechtliche Wahl eines unverbindlichen Referenzrahmens vor dem Hintergrund des bislang vorherrschenden Verständnisses von wählbarem Recht und der Entstehungsgeschichte der Norm ausgeschlossen. Einzelne Mitgliedstaaten wären in Ermangelung einer ausdrücklich gegenteiligen Regelung und angesichts des offen formulierten Erwägungs-

⁶² Siehe zu den Anforderungen an eine Rechtswahl im außervertraglichen Bereich Art. 14 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. L 199 vom 31.7.2007, 40 ff.

⁶³ Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM(2005) 650 endg.

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 vom 4.7.2008, 6 ff.

⁶⁵ BGer vom 20.12.2005 (4C.1/2005) BGE 132 III 285 (Nichtwählbarkeit der FIFA-Rules als nichtstaatliches Recht); dazu näher und zur Problematik der Wählbarkeit generell Oser, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, 2008.

grundes 13 der Rom-I-VO⁶⁶ allerdings nicht daran gehindert, zumindest den Regelungsteil des Referenzrahmens oder ein aus ihm hervorgehendes optionales Zivilgesetzbuch als Gegenstand einer (Teil-)Rechtswahl zuzulassen. Schließlich könnten die voranschreitenden Mitgliedstaaten die Rechtswahl teils zugunsten des gesamten Instruments und teils nur zugunsten bestimmter Regelungsbereiche zulassen bzw. zeitlich, sachlich oder personell einschränken. Die Mitgliedstaaten, die zugleich Vertragsstaaten des CISG sind, könnten das wählbare Recht seinem Anwendungsbereich nach auch derart beschränken, dass es nur zur Ergänzung des CISG in den von diesem nicht geregelten Bereichen des allgemeinen Vertrags- und Schuldrechts herangezogen werden könnte⁶⁷.

Zu einem gänzlich anderen Szenario käme es, wenn der Referenzrahmen bzw. das sog. optionale Instrument als Gemeinschaftsrechtsakt in Kraft träte und in ihm selbst eine kollisionsrechtliche Rechtswahl speziell zugunsten der in ihm enthaltenen Regelungen zugelassen werden würde. Dies halten Art. 23⁶⁸ und Erwägungsgrund 14⁶⁹ der Rom-I-VO ausdrücklich für möglich. Den gegen eine solche Regelung im Referenzrahmen bzw. optionalen Instrument opponierenden Mitgliedstaaten könnte nun die Möglichkeit zum „*opt out*“ gegeben werden. Die Gerichte und Behörden dieser Mitgliedstaaten müssten dann die Rechtswahl als unbeachtlich ansehen und das anwendbare Recht objektiv anknüpfen.

3. Differenzierte Umsetzung des Gemeinsamen Referenzrahmens als Vorstufe eines Europäischen Zivilgesetzbuchs

Der Referenzrahmen könnte schließlich als Vorstufe eines Europäischen Zivilgesetzbuchs die Grundlage für eine auf das Vertragsrecht, das Ver-

⁶⁶ Dieser lautet: „Diese Verordnung hindert die Parteien nicht daran, in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen“.

⁶⁷ So der Vorschlag von *P. Huber*, *European Private International Law, Uniform Law and the Optional Instrument*, ERA-Forum 2003, 85 (94 ff.).

⁶⁸ Dieser lautet: „Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten: Mit Ausnahme von Art. 7 berührt diese Verordnung nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.“

⁶⁹ Dieser lautet: „Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen, festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden.“

mögensrecht oder das gesamte Privatrecht bezogene Verordnung bilden⁷⁰. Diese Verordnung könnte als unmittelbar geltendes Recht die nationalen Privatrechte zumindest für binnengrenzüberschreitende, gegebenenfalls aber auch rein nationale Sachverhalte verdrängen.

Eine Differenzierung wäre dabei zunächst insoweit vorstellbar, als sich realistischerweise nur einzelne Mitgliedstaaten an einem solchen Vorhaben beteiligen würden. Innerhalb des institutionellen Rahmens der Gemeinschaft und damit etwa auch in der Form einer Verordnung wäre ein solches Vorschreiten derzeit allerdings nur unter den nahezu prohibitiven Voraussetzungen der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 43 ff. EUV und Art. 11 f. EGV möglich⁷¹. Die sich hierfür interessierenden Mitgliedstaaten könnten ein gemeinsames Europäisches Vertrags- oder Privatrecht aber auch außerhalb des Gemeinschaftsrahmens unter den oben genannten Voraussetzungen einführen⁷².

In diesem Zusammenhang stellte sich dann die Frage, welche Staatengruppen überhaupt für eine interne oder externe differenzierte Integration in Betracht kämen. Bei der aktuellen Dominanz anglo-amerikanischer und germanischer Systemvorstellungen, Begriffe und Rechtsinstitute in der *Interim Outline Edition* des *Draft Common Frame of Reference* könnte an einen Verbund aus den Benelux-Staaten, Deutschland, Großbritannien und den skandinavischen Staaten gedacht werden. In Großbritannien dürfte der Wunsch nach einer Privatrechtskodifikation allerdings nicht nur auf Gemeinschaftsebene, sondern auch – das hat das in den 70er Jahren zwischen England und Wales sowie Schottland gescheiterte Projekt einer Kodifikation des Vertragsrechts⁷³ gezeigt – auch auf nationaler Ebene gering ausgebildet sein. Denkbar wäre dann auch ein allein auf die Benelux-Staaten beschränktes Vorschreiten. Diese könnten sich auf die sachlich generelle und lediglich auf den Benelux-Raum beschränkte Duldung differenzierter Integration in Art. 306 EGV berufen, wonach der EG-Vertrag dem Bestehen und der Durchführung der regionalen Zusammenschlüsse zwischen Belgien und Luxemburg sowie zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden nicht entgegensteht, soweit die Ziele

⁷⁰ Siehe dazu etwa Europäisches Parlament vom 9.7.2003, A5-0256/2003, Ziff. 15 sowie die Entschlüsse des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 7.9.2006, P6_TA(2006)0352, ABL. C 305 E vom 14.12.2006, S. 247, Ziff. 5 bzw. vom 12.12.2007, P6_TA(2007)0615, Ziff. 7 ff.; diese Option hingegen ignorierend die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f.

⁷¹ Zu diesen Voraussetzungen bereits oben unter A.II.1.

⁷² Siehe dazu oben unter A.II.2.

⁷³ Die damaligen Gesetzgebungsvorschläge sind abgedruckt in *McGregor*, Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission, 1993.

dieser Zusammenschlüsse durch die Anwendung des EG-Vertrags nicht erreicht sind⁷⁴. Sofern sich der Abbau der durch unterschiedliche nationale Privatrechte bedingten Handelshemmnisse⁷⁵ im Benelux-Binnenmarkt im Falle einer stockenden Vereinheitlichung des Privatrechts im EG-Binnenmarkt nicht realisieren ließe, wären die Voraussetzungen von Art. 306 EGV erfüllt.

Durchaus denkbar ist schließlich noch ein anderes Szenario, nämlich das einer Gegenbewegung zum Referenzrahmen in seiner derzeit vorliegenden Entwurfsfassung. So könnten die aktuell noch in einer Art Isolation verharrenden französischen Juristen ihre mit dem sog. *projet Catala*⁷⁶ dokumentierten Reformbestrebungen auf die europäische Ebene heben, wofür auch das Vertragsgrundsätze-Projekt der *Association Henri Capitant* und der *Société de Législation Comparée*⁷⁷ einen ersten Schritt darstellen könnte. Verbündete vermöchten die französischen Juristen etwa in Italien zu finden, wo mit dem sog. *Gandolfi*-Entwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch nicht nur ein mittelbar stark durch die romanische Tradition geprägter Vorentwurf vorliegt⁷⁸, sondern führende Juristen der *Interim Outline Edition des Draft Common Frame of Reference* aus dogmatischen Gründen offenbar auch ausgesprochen reserviert

⁷⁴ Generell zum Verhältnis zwischen den Benelux-Staaten und der EG *Oberesch*, Die wirtschaftliche Integration der Benelux-Staaten, 1983.

⁷⁵ Zum Bedürfnis eines Binnenmarkts nach Privatrechtseinheit zumindest im Bereich des Vertragsrechts siehe für die EG die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Aktionsplan“ v. 12.2.2003 KOM(2003) 68 endg., 8 ff.; ferner *Basedow* (Fn. 38), RIDC 1998, 11 ff.

⁷⁶ L'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, ausgearbeitet von einer ministeriellen Kommission unter der Leitung von *Pierre Catala* und abgedruckt in: *Catala*, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006; dazu auch *Ansel*, Die Reform des französischen Code Civil – Rapport Catala – Die Schuldrechtsreform in Frankreich, in: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück (Hrsg.), Jahresheft 2006, 43 ff.

⁷⁷ *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée*, Projet de cadre commun de Référence – Principes contractuels communs, 2008.

⁷⁸ Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Coordinateur : Giuseppe Gandolfi, Livre Premier, 2001 ; dazu *Sonnenberger*, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, 409 ff.

gegenüberstehen⁷⁹. Beide Länder könnten zudem an einen in den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts verworfenen gemeinsamen obligationenrechtlichen Gesetzentwurf aus dem Jahre 1927⁸⁰ anknüpfen. Diesem Projekt könnten sich dann möglicherweise auch noch weitere Mittelmeeranrainerstaaten im Rahmen einer sich außerhalb des Gemeinschaftsrahmens vollziehenden Kooperation⁸¹ anschließen.

Eine Differenzierung wäre aber auch noch in einer ganz anderen Hinsicht vorstellbar. So könnte die erforderliche Zustimmung der Mitgliedstaaten eher dann erzielt werden, wenn man den Anwendungsbereich des Zivilgesetzbuchs in allen oder einzelnen Staaten auf grenzüberschreitende Sachverhalte begrenzte und den Parteien nach dem Modell von Art. 6 CISG die Möglichkeit zu einer vollständigen oder teilweisen Abwahl auch der zwingenden Bestimmungen des Einheitsrechts gäbe. Dabei würde es sich dann um eine Differenzierung unter Einbeziehung nichtstaatlicher Privatrechtsakteure handeln⁸².

VI. Schlussbemerkung

Niemand weiß zur Stunde, wie der Gemeinsame Referenzrahmen genau aussehen und was aus ihm langfristig werden wird⁸³. Noch weniger weiß man es, wenn man die Dimension möglicher Differenzierungen berücksichtigt. Das Instrument der differenzierten Integration hat sich zwar in der Vergangenheit immer wieder gerade auch bei der Überwindung schwer aufzulösender politischer Blockaden der europäischen Integration bewährt. Es ist jedoch kein Allheilmittel und zudem mit einigen Nachtei-

⁷⁹ Siehe dazu den Beitrag von *Zaccaria* in diesem Band.

⁸⁰ Siehe dazu *Commissione reale per la Riforma dei Codici – Commission Française d'Etudes de l'Union Législative entre les Nations Alliées et Amies*, *Projet de Code des Obligations et des Contrats*, Rome 1928; *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. Aufl. 2003, S. 31 und Fn. 51 m.w.N. sowie *Alpa*, *Le Code civil en Italie*, RIDC 2005, 571 ff.

⁸¹ Dazu näher oben unter A.II.2.

⁸² Dazu oben unter A.I.3.

⁸³ Zu den aktuellen politischen Perspektiven siehe einerseits die Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres vom 18.4.2008 (8397/08), 18 f. (unverbindliche Inspirationsquelle für den Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich des Vertragsrechts) und andererseits die Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 12.12.2007, P6_TA(2007)0615, Ziff. 7 ff.; vgl. auch zu den widersprüchlichen Signalen aus Brüssel und Strassburg *Hirsch*, *Erwartungen der gerichtlichen Praxis an einen Gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht*, ZIP 2007, 937 (940).

len verbunden. In jedem Einzelfall sind daher die Chancen und Risiken einer Ermächtigung einzelner Mitgliedstaaten zum Voranschreiten oder Zurückbleiben genau gegeneinander abzuwägen⁸⁴.

⁸⁴ Zu den Vor- und Nachteilen bzw. Chancen und Risiken einer differenzierten Integration siehe die Beiträge von *Jung, Remien* und *Pfeiffer*, in: *Jung/Baldus* (Hrsg.), *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, 23 ff., 129 ff. und 145 ff.