

**ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK**  
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

**ZERP**

**Aurelia Colombi Ciacchi,  
Tobias Pinkel, Michele Comenale Pinto,  
Christoph Ulrich Schmid, Giovanni Maria Uda**  
(Editori – Herausgeber)

**La Dimensione Sociale del Diritto Privato in  
Europa**

**Convegno Italo-Tedesco**

**Die gesellschaftliche Funktion des  
Privatrechts in Europa**

**Deutsch-Italienischer Workshop**

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi  
Vol. 1, 2010

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antonioli, Trento  
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen  
Prof. Michele Comenale, Sassari  
Prof. Francesca Fiorentini, Triest  
Prof. Christian Joerges, Bremen  
Prof. Luca Nogler, Trento  
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento  
Prof. Silvia Sonelli, Modena  
Prof. Gian Maria Uda, Sassari  
Prof. Dian Schefold, Bremen  
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen  
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an [cschmid@uni-bremen.de](mailto:cschmid@uni-bremen.de) erbeten.

## **Editorial**

Publisher &  
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Bremen  
Universitätsallee, GW 1  
28359 Bremen  
[www.zerp.eu](http://www.zerp.eu)

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, Februar 2010

## Inhaltsverzeichnis

Einführung.....	4
Introduzione .....	5
Intermediazione finanziaria e allarme sociale: quando la giurisprudenza predilige il fatto al diritto <i>Fabrizio Calisai</i> .....	7
L'informazione al passeggero nel trasporto aereo <i>Pierguido Carmagnani</i> .....	21
La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione Europea <i>Aurelia Colombi Ciacchi</i> .....	37
Entwicklungen im Bereich der Größenklassifizierung von Unternehmen für Zwecke der handelsrechtlichen auf europäischer und nationaler (Deutschland) Ebene <i>Dietrich Grashoff</i> .....	51
Europäische Handelsgerichte als soziale Institution <i>Hermann B. Hoffmann</i> .....	61
Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht: eine kollisionsrechtliche Betrachtung <i>Rike U. Krämer</i> .....	77
Grenzen des Schwächerenschutzes im Handelsrecht am Beispiel der AGB-Kontrolle <i>Andreas Maurer</i> .....	101
Der Verkäuferregress bei grenzüberschreitenden Lieferketten <i>Olaf Meyer</i> .....	135
Die „Umsetzung“ des europäischen Antidiskriminierungsrechts im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Ein gelungener Entwurf zur weiteren Rechtsangleichung des Antidiskriminierungsrechts in Europa? <i>Tobias Pinkel</i> .....	153

## **Einführung**

Das moderne Privatrecht hat sich vom liberalistischen Verständnis des Zeitalters der großen kontinentalen Zivilrechtskodifikationen emanzipiert. Es beschränkt sich nicht mehr auf eine gewissermaßen zeitlos gültige, vornehmlich dem ethischen Personalismus und der ausgleichenden Gerechtigkeit verpflichtete neutrale Rahmenordnung zur Regelung privater Rechtsbeziehungen. Vielmehr ist dem Privatrecht im modernen, supranational geöffneten Verfassungsstaat eine gesellschaftliche Dimension zugewachsen: Wie alles andere Recht ist es auf die Verwirklichung politischer, wirtschaftlicher und sozialer Ziele verpflichtet, um deretwillen es gesellschaftliche Verhältnisse aktiv zu steuern und zu gestalten hat. Diese Ziele reichen vom Schwächerenschutz im Arbeits-, Miet- und Verbraucherrecht über die Gewährleistung ökonomisch und ökologisch verträglichen Verhaltens von Handel, Gewerbe und Industrie bis zur Regulierung gesellschaftlicher Selbstorganisation. Die Gestaltung und Steuerung gesellschaftlicher Verhältnisse erfolgt dabei nicht nur durch direkte, materiale Inhalts- und Zivilvorgaben, sondern in letzter Zeit vermehrt auch durch indirekte, meist prozedurale Mechanismen. Diese dienen der rechtlichen Rahmensetzung und der Vermittlung von Anreizen zur Ermöglichung, Begleitung und Überwachung der Selbstorganisation privater Akteure oder gemischt öffentlich-privater Governance-Regime (wie z.B. public private partnerships) im nationalen, zunehmend aber auch im transnationalen Bereich.

Die vorliegenden Beiträge vom gemeinsamen Doktorandenkolloquium der Universitäten Bremen und Sassari, organisiert von der Scuola dottorale in diritto ed economia dei sistemi produttivi und dem Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) in Porto Conte vom 22.-25. Mai 2009, möchten Einzelbereiche des „gesellschaftlich geprägten“ modernen Privatrechts in der italienischen und deutschen Rechtsordnung rekonstruieren und bewerten. Behandelt werden Fragen der Konstitutionalisierung des Privatrechts (Colombi Ciacchi und Pinkel), des Handels-, Transport- und Steuerrechts (Hoffmann, Carmagnani, Maurer und Grashoff), des öffentlichen Vergaberechts (Kraemer) und des Rechts der Finanzdienstleistungen (Calisai). Gleichzeitig möchte der vorliegende Band den Beginn der Kooperation zwischen Bremen und Sassari im Rahmen der Doktorandenausbildung dokumentieren.

Aurelia Colombi Ciacchi,  
Tobias Pinkel, Michele Comenale Pinto,  
Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda      Bremen/Sassari, im Januar 2010

## Introduzione

Il diritto privato moderno si è emancipato dal concetto liberale dell'epoca delle grandi codificazioni continentali. Non si limita più a fornire un quadro – supposto come neutrale, atemporalmente valido e orientato soprattutto verso il "personalismo etico" e la giustizia commutativa – per l'organizzazione giuridica dei rapporti privati. Il diritto privato moderno si è, piuttosto, visto conferire una dimensione sociale: Come ogni altro ramo del diritto, deve contribuire alla realizzazione di obiettivi politici, economici e sociali, governando e formando attivamente i rapporti sociali. Questi obiettivi si estendono dalla protezione della parte debole nelle discipline del diritto di lavoro, delle locazioni e dei consumatori, passando per l'incentivazione di comportamenti economicamente ed ecologicamente sostenibili da parte del commercio e delle imprese, fino al sostegno di atti di autorganizzazione sociale (ad esempio codici di condotta). Il governo di rapporti sociali avviene non soltanto attraverso l'imposizione di contenuti e mete concreti e sostanziali, ma, nelle ultimi decenni, anche attraverso meccanismi indiretti e regole comportamentali e procedurali. Quest'ultime servono alla regolamentazione e la creazione di incentivi, per rendere possibile, accompagnare e sorvegliare l'autorganizzazione di attori privati, nonché di regimi di cooperazione tra soggetti privati e pubblici (come ad esempio i private public partnerships) nell'ambito nazionale e transnazionale.

I presenti contributi ad un colloquio congiunto tra dottorandi delle Università di Brema e Sassari, organizzato dalla Scuola dottorale in diritto ed economia dei sistemi produttivi di Sassari e dal Centro per la Politica del Diritto Europeo (ZERP) di Brema a Porto Conte dal 22 al 25 Maggio 2009, mira a ricostruire e valutare singoli settori del diritto privato moderno con impronta sociale. Si intende di proporre un percorso di riflessione che parte dalle questioni fondamentali del rapporto tra realtà sociale e diritto e del processo di europeizzazione del diritto privato, per arrivare ad affrontare problemi della costituzionalizzazione del diritto privato (Colombi Ciacchi e Pinkel), del diritto commerciale, economico e tributario (Hoffmann, Carmagnani, Maurer e Grashoff), degli appalti pubblici e dei servizi finanziari (Calisai). Allo stesso tempo, questo volume si è proposto di documentare l'inizio della cooperazione tra Brema e Sassari nella formazione di dottorandi.

Aurelia Colombi Ciacchi,

Tobias Pinkel, Michele Comenale Pinto,

Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda

Bremen/Sassari, Gennaio 2010



## **Intermediazione finanziaria e allarme sociale: quando la giurisprudenza predilige il fatto al diritto**

FABRIZIO CALISAI

Nel corso del dottorato, mi propongo di analizzare, studiare e sviluppare il tema del contratto di intermediazione finanziaria, con particolare attenzione alla natura giuridica dello stesso, al lato fisiologico e patologico, nonché alle applicazioni tipiche e alle forme che lo stesso può assumere nell'ambito delle operazioni finanziarie.

L'analisi del tema scelto si articolerà anche attraverso un'attenta disamina dell'*iter* che ha condotto alla formazione dell'attuale normativa di riferimento e delle più significative pronunce della giurisprudenza di merito e/o di legittimità in materia.

Recentemente la materia dell'intermediazione finanziaria è finita sotto la lente del legislatore comunitario ed è così diventata oggetto di una consistente opera di riforma.<sup>1</sup>

---

1 Proprio con riferimento alla su indicata normativa è utile in questa sede fare almeno un rapido *excursus* sulla evoluzione della stessa.

Il primo testo normativo di riferimento in tema di intermediazione finanziaria è rappresentato dalla Legge 2 gennaio 1991 n.1 (c.d. Legge SIM). Tutta la materia è confluita successivamente nel T.U.F. (Testo Unico Finanziario), ovvero il d.lgs. n° 58/1998, e nel regolamento intermediari n° 11522 emanato dalla Consob.

L'intera materia è stata recentemente riformata e rivoluzionata a seguito del recepimento della Direttiva 2004/39 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 e relativa ai mercati degli strumenti finanziari (*markets in Financial Instruments Directive*), la direttiva MIFID, avvenuta con le disposizioni del d.lgs. 17 settembre 2007 n° 164. Successivamente all'entrata in vigore della MIFID la Consob provvedeva altresì ad emanare il nuovo regolamento intermediari, adottato con delibera 20 ottobre 2007 n° 16190, che andava ad abrogare e a sostituire completamente il regolamento 11522/98.

La Direttiva MIFID può essere inserita in un quadro normativo comunitario dedicato ai mercati finanziari, che ha sempre quale punto di partenza e di riferimento importante il piano d'azione per i servizi finanziari (Financial Service Policy Group, FSPG), elaborato dalla Commissione Europea con la comunicazione dell'11 maggio 1999 che a sua volta fa seguito a quella del 28 ottobre 1998, in ottemperanza alla richiesta del consiglio europeo ed in conformità con le risultanze delle discussioni in seno al gruppo per le politiche in materia di servizi finanziari (Financial Service Policy Group FSPG). Cfr. F.S. COSTANTINO, *L'attuazione della direttiva Mifid in Italia: note minime sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese di investimento nella normativa secondaria*, in *Il Foro it.*, 2008, V. p. 57 e ss. Cfr. anche F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative*,

Proprio partendo dal lato patologico del contratto è possibile porre in evidenza gli aspetti socio-giuridici connessi al tema della intermediazione finan-

---

*tutele e prospettive MiFID*, in *Rivista di dir. Priv.*, 2008, p. 25 e ss.; V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contratti*, 2008, p. 173 e ss. Cfr. anche il sito [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), alla voce dizionario – lettera M – MIFID.

E' utile fare anche una rapida rassegna delle modifiche più significative, soprattutto per quanto riguarda le regole di comportamento degli intermediari finanziari, apportate dalla MIFID all'articolato del TUF, alle novità più rilevanti introdotte dalla direttiva in esame e dal nuovo regolamento intermediari, tenendo presente che sarebbe necessaria una trattazione a parte per dare conto effettivamente della portata dell'innovazione legislativa che ha interessato il settore dell'intermediazione finanziaria. Comunque andando ad analizzare le novità più importanti vediamo che tra i servizi e attività di investimento è stato inserito anche il servizio di consulenza; di conseguenza un investitore che instaurerà con un intermediario un rapporto volto ad ottenere una "semplice" consulenza, starà usufruendo di un servizio regolamentato a tutti gli effetti e starà ponendo in essere un contratto di consulenza. (art. 1, comma 5 septies TUF). Particolarmente rilevante è poi la divisione in classi dei clienti: si passa dai clienti al dettaglio, ai quali è riservato il massimo grado di tutela, ai clienti professionali, e quindi, in ordine sempre decrescente di tutela, alle controparti qualificate (art. 6, commi 2 *quinques* e 2 *sexies* TUF e all. 3 del reg. intermediari). Sono stati in parte modificati e specificati i criteri di comportamento degli intermediari di cui all'art. 21 TUF: è stato rafforzato l'obbligo di comportamento secondo diligenza, correttezza e trasparenza, che non deve essere più finalizzato genericamente all'interesse dei clienti, ma "per servire al meglio l'interesse dei clienti". Gli intermediari devono utilizzare altresì comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti. Infine per quanto riguarda la spinosa questione delle operazioni in conflitto di interessi è previsto che gli intermediari: adottino "ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero sorgere con il cliente o tra clienti" e li gestiscano "anche adottando idonee misure organizzative in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti", informino chiaramente i clienti prima di agire per loro conto della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interessi". Nella precedente versione dell'art. 21 Tuf si prevedeva semplicemente che l'intermediario dovesse "ridurre al minimo" il rischio di conflitto di interessi con il cliente e il successivo art. 27 vietava espressamente il compimento di operazioni in conflitto di interessi, salvo il consenso scritto del cliente stesso allo svolgimento dell'operazione, previa informazione.

Infine, l'art. 23 del TUF, modificato in modo solamente marginale, anch'esso citato in molte pronunce giurisprudenziali in quanto contenente prescrizioni relative alla forma dei contratti di intermediazione: "i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (...) sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti". la sanzione per l'inosservanza delle prescrizioni formali è rimasta la nullità. Il contenuto minimo dei contratti di investimento è invece previsto nelle disposizioni del nuovo regolamento intermediari, precisamente all'art. 37.

ziaria, anche e soprattutto alla luce del recente intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in materia di contratti di intermediazione<sup>2</sup>.

La gravissima quanto irreversibile situazione di insolvenza che ha coinvolto il Gruppo Cirio, il Gruppo Parmalat e il problema dei titoli argentini (cd tango bond), conseguente ai drammatici avvenimenti che si sono susseguiti nella Repubblica argentina, ha avuto come logica conseguenza la perdita pressoché totale di valore degli strumenti finanziari (titoli obbligazionari principalmente) immessi sul mercato mobiliare dagli stessi ed acquistati per mezzo degli intermediari (soprattutto banche) dai risparmiatori che hanno così subito un ingente danno patrimoniale, consistente in molti casi nella perdita pressoché totale del patrimonio investito nelle operazioni finanziarie.

In conseguenza di ciò i risparmiatori danneggiati hanno intrapreso delle azioni giudiziarie chiedendo la declaratoria di nullità dei contratti di acquisto delle obbligazioni, assumendo come causa di invalidità la presunta violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari finanziari, (con i quali avevano stipulato i suddetti contratti di acquisto), previsti dalla articolata nor-

---

2      Stiamo parlando della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, di cui si riporta integralmente la massima: “La violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative; se tali infrazioni avvengono nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ricorre una ipotesi di responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento; quando invece, le violazioni riguardano operazioni di investimento (o disinvestimento) compiute in esecuzione del contratto, si configura una responsabilità contrattuale che può eventualmente condurre alla risoluzione dello strumento negoziale.” Per alcuni esempi di commenti della pronuncia in esame cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Il Foro it.*, 2008, p. 783 e ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario e le sezioni unite*; Cass. Civ., sez. un. 19.12.2007, n. 26724, in *La nuova Giurisprudenza Civ.*, 2008, p. 432 e ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell’intermediazione e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; A) Cassazione Civile, Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725, B) Cassazione Civile, sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *I Contratti*, 2008, p. 221 e ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*. Cfr. anche A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 e ss.

mativa di settore, che possiamo riassumere nel dovere per l'intermediario di acquisire informazioni sull'investitore, sulla esperienza dello stesso in ambito finanziario, sulla sua propensione al rischio; dovere di informarsi anche sul grado di rischiosità dei prodotti finanziari, di operare in modo da tenere i clienti informati in ogni momento sulla natura, sui rischi e sull'andamento delle singole operazioni. Rispetto del principio di adeguatezza tra le operazioni consigliate ed il profilo di ciascun cliente. Dovere di evitare operazioni finanziarie in conflitto di interessi e, nel caso, informare il cliente e trattarlo con equità.<sup>3</sup>

La costruzione utilizzata dalla giurisprudenza di merito era basata sulla nullità c.d. virtuale, che afferma il principio per cui il contratto può essere dichiarato nullo anche nel caso in cui la nullità non sia prevista espressamente (da qui nullità inespressa o virtuale), nel caso in cui l'esistenza stessa dell'atto negoziale o il suo contenuto integri una violazione di norma considerata imperativa e non sia già stata approntata dal legislatore una sanzione di tenore diverso.<sup>4</sup>

Le norme imperative, dalla violazione delle quali discendeva la nullità dei contratti di intermediazione finanziaria, erano rappresentate proprio dalle regole di condotta destinate agli intermediari.

I Giudici di merito giungevano ad una tale conclusione in considerazione degli interessi tutelati (diligenza degli intermediari nonché tutela del risparmio) e della natura generale di siffatti interessi.<sup>5</sup>

---

3 Tali doveri di comportamento erano contenuti originariamente nella L. n. 1/1991 (c.d. Legge SIM), art. 6, successivamente trasfusi nel d. lgs. 58/1998 (TUF), art. 21, modificato ed integrato dalla MIFID, cfr. nota 1.

4 In dottrina, si rimanda a F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2 ed., Padova, 1914, p. 23 e ss.; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 64 e ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 148 e ss.; ID, *appunti sull'invalidità del contratto (dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942)*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 393 e ss.; G. DE NOVA, *il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 e ss.; A. DI MAJO, *Contatto in generale*, in *Tratt. del dir. priv.*, Bessone, XIII, Torino, 2001, p. 81 e ss.; F. GALGANO, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Roma – Bologna, 1998, p. 78 e ss.; G. VILLA, *contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

5 Merita di essere ricordata, in quanto costituisce la prima pronuncia in materia, la sentenza del Tribunale di Mantova, 18 marzo 2004, consultabile in forma integrale in *Giur. it.*, 2004, p. 2124 e ss., con nota di P. FIORIO, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento in bond argentini*. Per ulteriori esempi di declaratorie di nullità del contratto di intermediazione ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c. cfr. Trib. Firenze, 30 maggio 2004, Trib. Venezia, 22 novembre 2004, entrambe in

*Intermediazione finanziaria e allarme sociale: quando la giurisprudenza predilige il fatto al diritto*

Le norme violate, ovvero i precetti contenenti i doveri di comportamento degli intermediari finanziari, venivano considerate come baluardi, poste a tutela di interessi generali e a tutela dei risparmiatori, parte contrattualmente debole, e del risparmio in genere. Non si trattava più di vicende che vedevano coinvolti i risparmiatori *uti singoli*, ma di circostanze che si amplificavano fino a trascendere il singolo rapporto contrattuale.

Perciò, pur essendo le fattispecie in questione solamente delle norme di condotta, la loro violazione veniva ritenuta sufficiente per condurre alla nullità virtuale o inespressa del contratto di intermediazione stipulato.

Ma una tale serie di pronunce da parte della giurisprudenza di merito sembra abbia tratto origine da fattori e condizionamenti esterni, quasi extra giuridici, come soprattutto l'allarme sociale e la conseguente urgenza di tutela che hanno destato vicende come quelle di Cirio, Parmalat e della Repubblica argentina e possono essere sicuramente inquadrare in un'ottica garantista, volta a dare un segnale forte, fornendo la migliore tutela possibile agli investitori.

Al momento di pronunciarsi, optando senza riserve per sentenze dichiarative di nullità dei contratti di intermediazione finanziaria, la giurisprudenza di merito ha dato maggiore risalto alla dimensione fattuale, ovvero la perdita dei risparmi investiti subita da innumerevoli soggetti in conseguenza delle operazioni finanziarie intraprese e dei titoli acquistati e ha voluto, con le declaratorie di nullità, preoccuparsi più per la situazione dei risparmiatori favorendo il recupero delle somme perdute, piuttosto che decidere in armonia con principi giuridici vigenti nel nostro ordinamento in materia contrattuale.

La declaratoria di nullità dei contratti di intermediazione è stato così il rimedio più utilizzato dai giudici di merito perché il migliore dal punto di vista pratico per la tutela degli investitori.<sup>6</sup>

---

*Giur. it.*, 2005, p. 754 e ss. con nota di P. FIORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della Giurisprudenza di merito*.

6 In alcuni casi i giudici si sono pronunciati nel senso che la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari costituisce inadempimento contrattuale, quindi vizio funzionale, e non già genetico che non conduce quindi alla nullità dell'atto negoziale, ma al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale.

Un caso emblematico che merita di essere citato è quello del Tribunale di Taranto, sentenza 27 ottobre 2004, in cui si giunge a parificare l'istituto di credito intermedio con le proprie obbligazioni ad altre figure di professionisti come medici, avvocati o notai. La pronuncia si legge integralmente in *Giur. It.*, 2005, cit: "(...) si reputa che nella specie possa fondatamente parlarsi di inadempimento da parte della Banca convenuta di un contratto già perfezionatosi, piuttosto che della conclusione di un

Non sempre però la tutela migliore dal punto di vista pratico, corrisponde anche a quella migliore sotto il profilo giuridico.

Le sentenze declaratorie di nullità dei contratti di intermediazione finanziaria si pongono infatti in contrasto rispetto ai principi generali del nostro ordinamento, secondo i quali la contrarietà a norme imperative quale causa di nullità del contratto, postula che essa attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano cioè la struttura o il contenuto del contratto, mentre i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o nell'esecuzione del rapporto sinallagmatico rimangono estranei alla fattispecie negoziale.

La Suprema Corte ha riaffermato in modo perentorio l'esistenza di tale differenza sostanziale, o meglio, della "tradizionale distinzione"<sup>7</sup> tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto, come del resto

---

contratto nullo. Nel caso in esame non pare che si possa parlare di vizio genetico, relativo alla conclusione del contratto bensì di vizio funzionale, che inerisce al contratto ormai perfezionatosi, e cioè di difetto che riguarda le prestazioni che dovevano essere rese sulla base del negozio concluso. Al riguardo la posizione della banca e dei suoi dipendenti appare del tutto simile a quella di un qualsivoglia altro professionista, (medico, avvocato, notaio) che, ricevuto un incarico per la soluzione di un determinato caso sottoposto al suo vaglio, non fornisca al richiedente quelle informazioni grazie alle quali lo stesso può operare una scelta consapevole e dar seguito o meno ad ulteriori sviluppi anche negoziali, rispetto all'originaria prestazione di mera consulenza o diagnosi. Non pare qui fuorviante richiamare l'ipotesi del consenso informato che un paziente deve esprimere, dopo un primo approccio col medico che stabilisce di fargli seguire una determinata terapia o di sottoporlo ad un determinato intervento: infatti così come è senza dubbio inadempiente (e risponde delle conseguenze dell'intervento terapeutico o chirurgico non preventivate al paziente, pur se lo stesso sia stato tecnicamente ben eseguito) quel medico che omette di informare il paziente dei rischi che la terapia o l'intervento comportino (sì da averne un consenso privo di cognizione di causa in merito a dessi) analogamente non può che rispondere del suo comportamento quell'intermediario finanziario che richiesto di curare un investimento mobiliare, accetti l'incarico (e, quindi, concluda il relativo contratto professionale con il cliente), ma ometta, poi, di avvertire, in modo specifico, chi a lui si è rivolto, dei rischi cui va incontro con il determinato investimento prospettato." Dello stesso tenore anche Trib. Genova, Sez. I, 15 Marzo 2005, in *Danno e Responsabilità*, 2005 p. 613 e ss, con nota di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito Cirio bond e tango bond)* e Corte D'App. Milano, 13 ottobre 2004., in *Contratti*, 2005, p. 1085 e ss., con nota di M. AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*. Ancora cfr. V. ROPPO, *la tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 896 e ss; C.E. SALODINI, *Crack finanziari, risparmiatori e giudici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2006, p.175 e ss.

7 Così testualmente, Cass. Sez. Un. 17 dicembre 2007, n. 26724, cit.

ha costantemente fatto anche la dottrina dominante.<sup>8</sup>

La violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale, quanto in quella esecutiva o attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, è fonte di responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, nel caso in cui si concretizzi in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di protezione gravanti sul contraente, ma non può andare ad incidere sulla genesi o sulla struttura portante dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non può essere idonea a provocarne la nullità.

Dal dovere, che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede, riconducibile, attraverso una lettura costituzionalmente orientata<sup>9</sup>,

---

8 Cfr. per esempio F. SANTORO PASSARELLI, *Le dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità*, cit. p. 389 secondo il quale: "Il 1° comma dell'art. 1418 c.c disciplina il caso della contrarietà a norma imperativa di un negozio giuridico (cioè di un regolamento di interessi) non di un comportamento (...)"; G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 57 e ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p.104 e ss.; D'AMICO, *regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 245 e ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1382;

9 La normativa del TUF e del regolamento intermediari costituiscono un evidente ed indiscutibile specificazione del dovere di buona fede contenuto nell'art. 1375 c.c., il quale chiaramente sancisce che il contratto deve essere eseguito dalle parti secondo buona fede. Non si può fare a meno di notare che la clausola generale di buona fede, che chiaramente contiene un criterio generale utile per valutare il contegno delle parti nell'esecuzione del contratto, sembra aver acquisito con il tempo una *vis* espansiva notevole che l'ha portata a diventare innanzitutto fonte di integrazione del contratto, in base alla quale alle parti possono essere richieste anche prestazioni ulteriori, non specificate in origine, per la salvaguardia di interessi diversi da quelli contrattuali, in un'ottica solidaristica, frutto di una lettura costituzionalmente orientata, (art. 2 Cost) che porta a considerare meritevoli di tutela anche gli interessi della controparte. Si pensi agli obblighi informativi o di protezione. Successivamente la clausola di buona fede e di conseguenza i doveri comportamentali che di essa sono specificazione, compiono un ulteriore balzo in avanti e sembrano assumere il connotato di parametri di valutazione inerenti addirittura la validità del contratto, la cui violazione conduce alla nullità dell'atto negoziale. Costituirebbero un chiaro esempio di questa evoluzione alcune disposizioni contenute in normative specifiche che sanzionano con la nullità il mancato rispetto di norme di condotta. Si veda a questo proposito l'art. 36 del d.lgs. 206/2005 che sanziona con la nullità di protezione le clausole abusive che comportano uno squilibrio significativo tra i contraenti. Ancora, l'art. 3 della l. 287/1990 (c.d. legge antitrust ), che sanziona con la nullità il patto o il negozio che

al dovere di solidarietà che permea pressoché tutti i precetti legali di comportamento delle parti in un rapporto sinallagmatico, il legislatore fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto negoziale: infatti il contratto può essere annullato per dolo o per violenza, è rescindibile per lesione *ultra dimidium* e può essere risolto per inadempimento, ma mai in nessun caso è prevista la sanzione radicale della nullità.

Ancora, la declaratoria di nullità del contratto derivante dalla violazione di norme di comportamento può essere demolita anche a seguito di un'analisi logico – sistematica della normativa di settore: l'unico caso in cui il legislatore ha previsto la sanzione di nullità nella disciplina del contratto di intermediazione è quello del mancato rispetto della forma scritta per la redazione dei contratti tra intermediario ed investitore.<sup>10</sup>

---

comporta violazione dell'abuso di posizione dominante. La Giurisprudenza di merito ha sicuramente tenuto conto di questa *vis* espansiva e ha dichiarato la nullità dei contratti di intermediazione a seguito della violazione di obblighi di condotta degli intermediari, ignorando, di fatto, il discrimine esistente tra precetti comportamentali e norme di validità. Di fatto in questo modo si attribuisce però alla clausola di buona fede e agli obblighi comportamentali che di essa sono esplicazione, una portata invalidante che può veramente diventare illimitata. In questo senso C. MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e Impresa*, 2008, p. 285 e ss. Bisogna dire, seppur brevemente, che alcuni richiami di normative contenenti sanzioni di nullità, ricollegate a violazione di norme di comportamento, sono contenuti nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, impregnata di un forte *favor* per la tesi della nullità virtuale. Secondo le Sezioni Unite, in base ad un ragionamento logico-sistematico che pare, allo stato, condivisibile, le normative speciali e settoriali che prevedono effettivamente sanzioni di nullità ricollegate a violazione di norme di condotta citate in ordinanza, costituirebbero esempi di disposizioni speciali, pensate e costruite per la disciplina di fattispecie *ad hoc* e volte alla tutela di particolari situazioni giuridiche e perciò stesso insuscettibili di estensione analogica. Sarebbero per di più chiaro esempio del carattere frammentario, stratificato e poco sistematico del nostro ordinamento. Non basterebbero comunque, allo stato, gli esempi delle suddette fattispecie normative, per giungere alla conclusione della completa sparizione del discrimine tra norme di condotta e norma di validità. Per di più, vi è da dire che, i richiami contenuti nell'ordinanza di rimessione, non sempre appaiono pertinenti. Cfr. Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Il Foro It.*, 2007, p. 2093 e ss., con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la parola alle sezioni unite*. Si veda anche, per una compiuta analisi della ordinanza *de quo* V. MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 635 e ss.

10 Si veda l'art. 23 TUF ( modificato solamente marginalmente dalla MIFID, ma nella sostanza rimasto invariato ), in cui è richiesta la forma scritta per la redazione dei con-

Ebbene, in nessun'altra disposizione della normativa di riferimento viene prevista la sanzione di nullità e meno che mai nella parte relativa ai doveri di condotta degli intermediari.

Quando il legislatore ha voluto sanzionare con la nullità gli aspetti patologici, in questo caso formali, del contratto di intermediazione, lo ha fatto chiaramente, senza la minima esitazione.

A questo punto sorge spontanea una domanda: come mai il legislatore, pur avendo la possibilità di introdurre altri motivi di nullità nella disciplina normativa del contratto di intermediazione, con disposizioni simili a quella sulla prescrizione formale magari rivolti ai casi di violazione di obblighi di condotta dell'intermediario, non ha mai operato in questo senso?

Semplicemente il legislatore, cosa per la Corte "significativa"<sup>11</sup> non ha mai sentito il bisogno di farlo, nonostante le numerose modifiche della normativa di settore che si sono succedute nel corso degli anni.

La norma contenente la prescrizione formale di cui sopra è norma di validità, il mancato rispetto della quale conduce alla nullità (espressa perché prevista dal legislatore) del contratto; tutto l'articolato sui doveri comportamentali degli intermediari rappresenta un esempio di regole di condotta, per la cui violazione non è prevista nullità; la distinzione su cui si basa la sentenza delle Sezioni Unite è evidentemente presente anche nella normativa di settore.

Il chiaro scopo delle declaratorie di nullità era come detto quello di consentire il recupero per il risparmiatore di quanto perduto nelle operazioni di investimento.

Dalla declaratoria di nullità infatti discende fisiologicamente l'esperibilità della *condictio indebiti*, ovvero dell'azione di ripetizione, così l'investitore che aveva impiegato le proprie somme per operazioni di acquisto di strumenti finanziari, poi rivelatesi fallimentari, una volta dichiarato nullo il sinallagma per violazione da parte degli intermediari delle regole di condotta, avrebbe avuto il diritto di ripetere quanto versato per il contratto, oltre naturalmente agli interessi maturati.

Se poi si considera che l'azione per la dichiarazione di nullità è imprescrittibile, che il contratto nullo è *tamquam non esset* e quindi improduttivo di effetti per una carenza strutturale insanabile, insuscettibile di convalida e che per di più la nullità in materia contrattuale può essere rilevata d'ufficio dal Giudice, è davvero agevole capire come mai attaccare il sinallagma sul piano della validità costituisse

---

tratti tra intermediario ed investitore. In mancanza il contratto è da considerarsi nullo.

11 Testualmente Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2007, n. 26724, cit.

per i risparmiatori il rimedio migliore, il più incisivo e il più conveniente.

In realtà la soluzione corretta dal punto di vista giuridico, adottabile in caso di presunta violazione delle norme di condotta da parte degli intermediari, in conformità ai principi generali del nostro ordinamento, deve necessariamente essere ricercata nell'ambito delle norme che regolano la responsabilità civile, non già in quelle in materia di invalidità contrattuale: la Corte opta infatti per la responsabilità precontrattuale e contrattuale; il discrimine è l'avvenuta stipulazione o meno del contratto di intermediazione finanziaria con il cliente, un unico contratto, rientrante nel *genus* del mandato, quello che solitamente si chiama quadro, a cui seguono i singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente, che hanno natura negoziale e sono fundamentalmente assimilabili alle istruzioni che il mandante fornisce al mandatario.<sup>12</sup>

---

12 In dottrina si veda F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 2008, p. 1 e ss: "I contratti di investimento non sono una invenzione del testo Unico della intermediazione (...) riproducono lo schema del conto corrente bancario, detto anche conto corrente di corrispondenza, che la cassazione da tempo qualifica come un contratto misto di conto corrente e di mandato, in forza del quale la banca si obbliga a dare esecuzione alle disposizioni del cliente, utilizzando la provvista da questo fornita con un deposito o un'apertura di credito. (...) il contratto è un mandato ad acquistare o a vendere strumenti finanziari. Gli ordini del cliente sono, nel senso dell'art. 1711, istruzioni del mandante al mandatario. La banca, quale mandatario, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, suo mandante, acquistando o vendendo a seconda degli ordini ad essa impartiti. Si tratta, in particolare, di mandato senza rappresentanza (...)." L'autore tuttavia ritiene "fuorviante la costruzione della dottrina del cosiddetto contratto quadro secondo la quale i singoli ordini dell'investitore all'intermediario darebbero luogo ad altrettanti contratti di investimento preceduti da un asserito, e non meglio qualificato, contratto quadro. (...) la verità è che l'ordine del cliente alla banca è atto unilaterale esecutivo del mandato, non già una proposta contrattuale del cliente alla banca, e non richiede alcuna accettazione della banca diretta a perfezionare una asserita compravendita."; ID, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 889 e ss.; Cfr. G. GOBBO, *La disciplina dell'informazione nei contratti di investimento: tra responsabilità (pre)contrattuale e vizi del consenso*, in *Giur. Comm.*, 2007, p. 103/I e ss: "Il termine generico di contratti di investimento, quindi può essere utilizzato a condizione di tenere presente che la relazione tra intermediario e cliente si snoda in due " fasi ", distinte ( quella di " cornice " e quella di attuazione ), e che ciascuna di esse prende vita da un distinto negozio. Di questi il secondo ( l'ordine di esecuzione ) dipende logicamente dal primo, ( il contratto quadro ), e , insieme possono dar vita al fenomeno dei contratti collegati o connessi; essi vanno tuttavia valutati autonomamente sotto il profilo della validità, dell'invalidità, dell'adempimento" ; Cfr. anche F. MESSINEO, *Contratto collegato* in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p.52 e ss.

*Intermediazione finanziaria e allarme sociale: quando la giurisprudenza predilige il fatto al diritto*

Sarà quindi responsabilità precontrattuale nel caso in cui le violazioni degli obblighi di comportamento avvengano in una fase precedente la stipulazione del contratto di intermediazione, responsabilità contrattuale nel caso inverso, ovvero nel caso di contratto già perfezionato.

Per fare un esempio pratico, nella fase prenegoziale, ovvero precedente alla stipula del contratto di intermediazione, sarà situato l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo e il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente stesso, così da poter poi operare in modo adeguato alla stessa.

La differenza rispetto all'ipotesi di dichiarazione di nullità è lampante se solo si pensa al caso della responsabilità precontrattuale, una delle soluzioni individuate dalla Corte, che continua a rientrare, secondo dottrina e giurisprudenza dominati, nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, sia per quanto attiene l'onere probatorio in capo all'attore, che per il termine di prescrizione.

Ma gli effetti dell'allarme sociale di cui si è parlato, dell'urgenza di tutela in favore di una categoria di soggetti, continuano a produrre una distorta applicazione del diritto, talvolta, e questo sicuramente è l'aspetto più inquietante e preoccupante della vicenda, anche attraverso la pedissequa applicazione della soluzione individuata dalle Sezioni unite, portando in determinati casi, a risultati aberranti anche dal punto di vista del diritto processuale attraverso sentenze che solo apparentemente si uniformano a quanto affermato dalla Corte.

Si rinvengono infatti recenti pronunce di merito della fase post-Sezioni unite in cui le domande di nullità contrattuale proposte, ormai chiaramente da escludere alla luce dell'intervento della Corte, sono state reinterprete e riqualificate dal Giudice come domande di risoluzione per inadempimento, in apparenza per uniformità con il *dictat* della Corte, ma in realtà al solo fine di porre nel nulla il contratto a tutti i costi, venendo incontro alle esigenze del risparmiatore e rendendo così accoglibile una domanda giudiziale che altrimenti non lo sarebbe stata.<sup>13</sup>

---

13 Si veda in proposito Trib. Milano, Sez. VI, 15 ottobre 2008, consultabile integralmente sul sito <<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1413.htm>>: "(...) ritiene il tribunale di dover qualificare la domanda dell'attrice come domanda di risoluzione del contratto di Irs, piuttosto che di nullità e ciò in considerazione dei fatti allegati in atto di citazione che consistono nella contestazione alla banca, quale intermediario nella prestazione di servizi di investimento, di specifici inadempimenti di obbligazioni di informazione poste dalla legge agli intermediari finanziari quando stipulano contratti per la prestazione di servizi di investimento. All'inadempimento delle obbligazioni di informazione discende, come rimedio rescindente l'atto negoziale, non la nullità ma la risoluzione.

A questo proposito giova ricordare che il potere di qualificazione giuridica delle eccezioni (come delle domande) riservato al Giudice non è sconfinato, in quanto la libertà a lui attribuita, per individuare ed interpretare la norma da applicare al caso concreto, trova un limite in relazione agli effetti giuridici che la parte vuol conseguire dai fatti dedotti; nel senso che la prospettazione giuridica di parte vincola il Giudice a trarre dai fatti esposti l'effetto giuridico domandato.<sup>14</sup>

In questo caso la violazione del principio tra chiesto e pronunciato è palese: l'effetto pratico ai fini di tutela può essere il medesimo, ma certo non si può dire che gli effetti giuridici, delle due azioni, nullità e risoluzione, collimino.

Nel caso di risoluzione ciò che viene turbato è il sinallagma, cioè l'equilibrio delle prestazioni; il contratto non è più in grado di soddisfare gli interessi delle parti per un difetto funzionale, sopravvenuto. Il rimedio risolutorio mira ad eliminare non l'atto negoziale in sé, ma i suoi effetti e incide quindi sul rapporto, cioè sulla situazione giuridica conseguente alla stipula del contratto, che nasce perfettamente valido e produttivo di effetti fino al configurarsi di una delle cause tipiche di risoluzione.

Nel caso di nullità il difetto è genetico, dovuto ad un difetto strutturale insanabile o ad una contrarietà tale all'ordinamento da rendere l'atto negoziale *tamquam non esset*.

La nullità incide sull'atto, la risoluzione sugli effetti dell'atto. L'unica cosa che le azioni hanno in comune, sono la produzione di effetti *ex tunc*.

Inoltre la natura della sentenza emessa dal Giudice è differente: dichiarativa in caso di nullità, costitutiva in caso di risoluzione giudiziale.

---

Al giudice spetta il potere di dare qualificazione giuridica alle azioni proposte, potere che trova limite in relazione agli effetti giuridici che la parte vuole conseguire deducendo un certo fatto; in riferimento al principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato può dirsi che la prospettazione di parte vincola il Giudice a trarre dai fatti esposti l'effetto giuridico domandato. Nel caso di specie, poiché l'attore ha dedotto l'inadempimento di obbligazioni poste dalle legge all'intermediario finanziario in relazione alla sua attività contrattuale di prestazione di servizi di investimento e poiché la domanda formulata, qualificata di nullità, è finalizzata ad invalidare il contratto, rientra nel potere del tribunale qualificarla più correttamente, considerando anche la recente giurisprudenza di legittimità sulle conseguenze della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario finanziario, come azione di risoluzione. La risoluzione del contratto è, infatti, il tipico rimedio all'inadempimento di specifiche obbligazioni contrattuali, come sono quelle denunciate in citazione; l'azione di risoluzione è inoltre azione il cui risultato è di tipo rescindente con effetto *ex tunc*, come l'azione di nullità.”

14 In questo senso Cass. 12 ottobre 2007, n. 21484, inedita.

*Intermediazione finanziaria e allarme sociale: quando la giurisprudenza predilige il fatto al diritto*

Estremizzando un tale *modus procedendi* dovuto, ancora una volta, all'urgenza di tutelare una determinata categoria di soggetti come i risparmiatori (spesso addirittura risparmiatori professionali) e al decidere secondo il fatto piuttosto che secondo il diritto, si potrebbe giungere a risultati ancora più estremi e paradossali.

L'attore potrebbe infatti concentrarsi sul fatto, esporre solo degli avvenimenti, ovvero la violazione delle norme di condotta da parte dell'intermediario, formulando delle conclusioni magari ambigue ed ottenere comunque il risultato di porre nel nulla, in un modo o nell'altro, il contratto, con buona pace del diritto di difesa del convenuto, che, in una situazione del genere, non sarebbe in grado di controdedurre.

Concludendo si può affermare che le vicende del Gruppo Cirio e Parmalat hanno fornito e continuano a fornire un esempio di come l'allarme sociale, l'urgenza di tutela di una categoria di soggetti "deboli" come i risparmiatori, posti di fronte ad un sistema come il nostro, che alcuni autori hanno definito, con un singolare ma incisivo neologismo "bancocentrico", in cui gli intermediari finanziari, ovvero soprattutto le banche, venivano visti come parte contraente forte, possano portare ad una distorta applicazione del diritto, non in armonia con i principi dell'ordinamento.

In un tale panorama merita comunque attenzione il carattere nomofilattico dell'intervento della Suprema Corte, che ha cercato, e per certi versi sicuramente ha avuto successo, di mettere dei punti fermi sulla materia del contratto di intermediazione e sui doveri dell'intermediario finanziario oltreché sul diritto dei contratti in generale, sulla base di un importante principio generale del diritto civile, ovvero la distinzione tra norme di validità, il mancato rispetto delle quali inficia l'atto negoziale determinando l'invalidità dello stesso, e regole di condotta che viceversa non possono in nessun caso condurre alla declaratoria di invalidità.<sup>15</sup>

Si attendono ovviamente ulteriori sviluppi in materia anche alla luce dell'introduzione della riforma che ha interessato l'intermediazione finanziaria.

---

15 Differenza ribadita, come detto, anche dalla dottrina dominante, cfr. nota 7.



## L'informazione al passeggero nel trasporto aereo

PIERGUIDO CARMAGNANI

La diffusione del trasporto aereo, non più mezzo d'*élite* ma servizio “di massa”, e il progresso tecnologico, hanno reso obsoleta la visione degli equilibri che avevano accompagnato l'evoluzione dell'industria aeronautica fin dai suoi esordi. Infatti, nella fase pionieristica del volo era indispensabile proteggere una *infant industry* dalle conseguenze negative di sinistri abbastanza probabili: il ragionamento era lineare, se il passeggero sceglieva un mezzo che presentava livelli di rischio superiori agli altri, egli, acquistando il biglietto, accettava tali rischi, non potendo lagnarsene in sede di risarcimento del danno. Dunque si vedeva nel passeggero una specie di compartecipe consapevole dell'alea della nuova industria,<sup>1</sup> facendogliene parzialmente sopportare anche le eventuali negative conseguenze.<sup>2</sup>

Lo sviluppo dei mezzi e del mercato, la necessità sempre maggiore di collegamenti rapidi su lunga distanza, hanno reso l'aereo un mezzo di trasporto quotidiano, accessibile a fasce sociali sempre più ampie. Anche su tali premesse riposano le ragioni della lacerazione del tessuto del Sistema di Varsavia, che

---

1 Si è sostenuto che i passeggeri «di propria iniziativa scelgono questo nuovo mezzo di trasporto ben conoscendo l'alea e il rischio che possono correre» (TAVOLACCINI, *La responsabilità del vettore aereo*, in *Dir. comm.* 1929, I, 137).

2 «Il cuore che pulsa, che dà i suoi battiti, le sue vibrazioni al Diritto Aeronautico è la “responsabilità” e dal modo con cui essa è regolata deriva la floridezza dei traffici aerei...» (TAVOLACCINI, *La responsabilità del vettore aereo*, cit.).

«Esigenze di politica economica stanno pertanto alla base della sopravvivenza attuale dell'istituto. Esigenze identiche stanno alla base dell'introduzione dell'istituto stesso nel campo della navigazione aerea e della tendenza che si va determinando verso la sua diffusione.» (E. SPASIANO, *Il fondamento logico del principio limitativo della responsabilità amatoriale*, in *Riv. dir. navig.* 1943-1948, I, 157, cui si rimanda anche per una esaustiva analisi delle teorie a sostegno dell'istituto del limite risarcitorio in genere, del suo carattere protezionistico e delle relative critiche).

La prima sentenza della Corte di Cassazione riguardo un caso di responsabilità aeronautica risale al 1926 (sentenza della I Sezione, Corte Suprema, 16 gennaio 1926, Burzio *estensore*, Società Sviluppo Aviazione c. Cipriani, pubblicata in *Giur. it.* 1926, I, 1, 286). Il caso riguardava l'infuato esito del raid aviatorio Milano-Venezia, organizzato dalla Società per lo Sviluppo dell'Aviazione, che ebbe luogo il 2 agosto 1919, allo scopo di pubblicizzare il biplano Caproni 600 HP; durante il rientro a Milano, sopra i cieli di Verona, l'aeroplano cadde, provocando la morte per asfissia di tutti gli occupanti. La corte nella sentenza affrontava la questione se fosse o meno configurabile un contratto di trasporto tra la Società e i giornalisti, e a che titolo l'organizzatore avrebbe dovuto rispondere in sede civile.

sarebbe riduttivo circoscrivere ad una mera questione quantitativa riguardante il limite risarcitorio.<sup>3</sup> Si andava facendo strada un nuovo concetto attorno cui

- 
- 3 Per una analisi dell'evoluzione del regime di responsabilità del vettore si rinvia a A. Antonini, La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario, in *Dir. Trasp.* 2000, 615; A. Antonini, La tutela assicurativa del passeggero nel trasporto aereo di persone, in *Resp.civ. prev.* 1990, 337; Baby, Le projet de modernisation de la Convention de Varsovie : l'évolution souhaitée des limites de réparation du transporteur aérien résistera-t-elle à la cinquième juridiction ?, in *Rev. fr. dr. aé.* 1999, 5; T. Ballarino – S. Busti, La responsabilità del vettore aereo internazionale dal punto di vista italiano, in *Dir. Trasp.* 1989, (2), 7; T. Ballarino, I limiti pecuniari della responsabilità del vettore aereo dopo gli interventi del legislatore e della Corte Costituzionale: da un estremo all'altro, in *Dir. com. scambi internaz.* 1985, 719; T. Ballarino, La Corte Costituzionale interviene sui limiti della responsabilità del vettore aereo – Il disordine diviene totale (C.Cost 132/85), in *Foro pad.* 1985, I, 157; T. Ballarino, I limiti pecuniari della responsabilità del vettore aereo dopo gli interventi del legislatore e della Corte Costituzionale: da un estremo all'altro, in *Dir. com. scambi internaz.* 1985, 719; T. Ballarino, La Corte Costituzionale interviene sui limiti della responsabilità del vettore aereo – Il disordine diviene totale (C.Cost 132/85), in *Foro pad.* 1985, I, 157; M. M. Comenale Pinto, La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999, in *Riv. comm.* 2002, I, 67; M. M. Comenale Pinto, Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo, in *Dir. mar.* 2000, 798; Delebecque, *Transport aérien. Convention de Montreal. Entrée en vigueur*, in *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Economique* 2004, (3), 641; E. Fogliani, La limitazione di responsabilità del vettore aereo internazionale di persone nel giudizio della Corte Costituzionale, in *Dir. mar.* 1985, 752; E. Fogliani, Recenti vicende del limite di responsabilità del vettore internazionale aereo nella legislazione italiana (nota a C.Cost 323/1989), in *Dir. trasp.* 1990, 212; M.G. Folliot, La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur, in *Rev. fr. dr. aé.* 1999, 409; C. Leffers, Conséquences jurisprudentielles probables de l'évolution du régime de responsabilité du transporteur aérien en Allemagne, in *Rev. fr. dr. aé.* 1999, 457; L. Pierallini, Un nuovo intervento normativo verso l'omogeneizzazione della responsabilità del vettore aereo, in *N.L.C.C.* 2002, 699; Rinaldi Baccelli G., Analisi critica del protocollo di Guatemala 1971, in *Dir. aer.* 1971, 181; G. Rinaldi Baccelli, Imputazione obiettiva e limite di risarcimento del danno nel trasporto aereo internazionale, in *Riv. dir. civ.* 1989, 391; G. Rinaldi Baccelli, In tema di responsabilità del vettore aereo, in *Riv. navig.* 1966, II, 189; G. Rinaldi Baccelli, Limite di risarcimento ed equilibrio della tutela delle vittime nel trasporto aereo di persone, in *Studi Lefebvre*, Milano, 1995, 1015; G. Romanelli, Il regime di responsabilità del vettore aereo per infortunio al passeggero in base al Reg CE 2027/97, in *Studi in memoria di M.L.Corbino*, Milano 1999, 749; G. Romanelli, Il regime di responsabilità del vettore, in *Dir. maritt.* 2001, 549; G. Romanelli, Principi comuni nelle convenzioni internazionali in materia di trasporto, in *Dir. maritt.* 1999, 197; E.G. Rosa-

fondare la responsabilità vettoriale, una nuova visione dell'utente: non più passeggero, ma *consumatore*.<sup>4</sup> È così che viene chiamato nella relazione di presentazione del Regolamento CE 2027/97, che introdusse, sostanzialmente, il nuovo regime risarcitorio basato sul *two-tier system*, anticipando le scelte della Convenzione di Montreal del 1999. Al consumatore si riferiscono anche i considerando dei Regolamenti Europei n. 261 del 2004 e n. 2111 del 2005, di cui ci occuperemo nel presente intervento.

La presente relazione, tenuto anche conto del tempo a disposizione, si concentrerà su una sintetica analisi del ruolo dell'informazione al passeggero nel trasporto aereo di persone, evidenziandone i profili evolutivi e, in ultima, cercando anche di sottolinearne i punti critici.

È opinione condivisa, infatti, che la figura del fruitore del servizio si sia evoluta, al pari di quanto è successo in molti altri ambiti del diritto, dovendosi riconoscere al passeggero una serie di diritti ulteriori rispetto a quelli connotati al mero trasporto, in primo luogo il diritto ad un'informazione chiara e completa,<sup>5</sup> che gli permetta scelte consapevoli volte a garantire, da un lato, la corretta scelta della controparte contrattuale e, dall'altro, di poter essere infor-

---

fio, Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999: problemi applicativi, in *Dir. turismo* 2004, 10; G. Silingardi, L'istituto del limite risarcitorio nella disciplina uniforme sul trasporto di cose aereo, su strada e per ferrovia, in *Dir. trasp.* 1989, (1), 45; G. Silingardi, L'istituto del limite risarcitorio: controlli di costituzionalità e autonomia delle parti, in *Dir. Trasp.* 1992, 345; G. Silingardi, La nuova disciplina della responsabilità del vettore aereo di persone, in *Riv. giur. circ. trasp.* 1998, 6, 831; G. Silingardi, Regolamento CE n.2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone, in *N.G.C.C.* 1999, II, 26; G. Silingardi, Trasporto aereo, in *Enc. Dir.* XLIV/1992; M. Smirnoff, La crise de la Convention de Varsovie, Le point de vue des pays en voie de développement, in *Rev. fr. dr. aér.* 1967, 259.

4 Parte della dottrina francese sostiene che oramai si sta imponendo, anche grazie agli interventi della Comunità Europea, l'idea di un "*droits des consommateurs de transport*" (questa l'espressione usata da J. TOSI, *Droit des transports et droits des consommateurs de transport*, in *Études de droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, 1122).

5 A proposito della Carta dei Diritti del Passeggero, è stato espressamente definito il diritto all'informazione come «diritto ad un bene della vita autonomo», che va tutelato in quanto finalità autonoma da perseguire con ogni strumento. (G. MASTRANDREA, *La Carta dei diritti del Passeggero*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano 2002, 738).

Nella Risoluzione del Consiglio del 02.10.2000 (in *G.U.C.E.* C293 del 14.10.2000) vengono evidenziate la carenza dell'informazione fornita ai passeggeri aerei circa i loro diritti e la necessità di un chiarimento dei contratti, che dovrebbero essere facilmente accessibili e comprensibili.

mato sul contenuto dei propri diritti e sulle modalità del loro esercizio (è di palmare evidenza, infatti, che l'assenza di informazioni su un diritto rende assai difficile, se non improbabile, che il titolare dello stesso lo possa azionare a propria tutela).

Secondo il testo originario della Convenzione di Varsavia del 1929 vi era, fra le altre, una peculiare ipotesi di decadenza del vettore dal beneficio del limite risarcitorio e dalla possibilità di offrire la prova liberatoria: l'omessa o irregolare emissione del biglietto (art. 3, §2), che ciononostante non costituiva una forma *ad substantiam* di conclusione del contratto. Le modifiche apportate dal Protocollo dell'Aja del 1955 hanno ulteriormente chiarito che l'espresso riferimento al principio della limitazione doveva essere considerato un elemento obbligatorio del biglietto. Se la menzione del principio della limitazione diviene condizione di opponibilità della stessa, allora si deve dedurre che lo scopo dell'informazione non sia quello della sicurezza della documentazione del traffico aereo internazionale, come da alcuni sostenuto,<sup>6</sup> bensì quello di consentire al passeggero una scelta consapevole sull'opportunità di forme integrative di tutela.

Si fa qui riferimento alla "dottrina della *fair opportunity*",<sup>7</sup> elaborata dalla giurisprudenza statunitense, la quale aveva comunque escluso l'applicabilità dei limiti laddove le condizioni di trasporto fossero state richiamate nel biglietto con caratteri illeggibili o il passeggero non fosse stato posto in grado di co-

---

6 Il Rinaldi Baccelli, ad esempio, sosteneva che *ratio* delle sanzioni previste nell'art. 3 della Convenzione di Varsavia consistesse nel «garantire che il vettore emetta i documenti del traffico [...] in vista di un interesse generale corrispondente ad una esigenza di certezza dei rapporti giuridici» (G. RINALDI BACCELLI, *In tema di responsabilità del vettore aereo*, in *Riv. dir. navig.* 1966, II, 189).

7 La "dottrina della *fair opportunity*" si rifà all'esigenza di offrire all'utente del trasporto un'effettiva possibilità di conoscere il regime di responsabilità applicato allo stesso ed eventualmente di rendere una dichiarazione di valore (per merci e bagagli registrati), ovvero di stipulare un'assicurazione.

Tullio, in merito alla valutazione di costituzionalità dell'art. 423 c. nav., ma con ragionamento che può essere ripetuto anche in tema di trasporto aereo di persone, ha evidenziato che è preciso onere del vettore mettere l'altro soggetto contraente nella condizione di potersi tutelare nei confronti di una limitazione risarcitoria prevista *ex lege* (nel caso in esame si trattava della dichiarazione di valore nell'ambito di un trasporto marittimo di merci), condizione peraltro posta a fondamento della costituzionalità della limitazione stessa. (L. TULLIO, *L'agevole esplicazione della dichiarazione di valore come presupposto della valutazione di costituzionalità dell'art. 423 c. nav.*, in *Dir. trasp.* 1992, 485).

Per considerazioni in tema di *fair opportunity* si veda anche M. M. COMENALE PINTO, *Ripensamenti del quarto Circuito in tema di fair opportunity* (nota United states court of Appeals, Fourth Circuit, 16 gennaio 1992), in *Dir. trasp.* 1993, 170.

noscerle per stipulare tempestivamente un'assicurazione per il rischio del volo,<sup>8</sup> ponendo così sostanzialmente in capo alla compagnia aerea un obbligo di informazione non solamente formale.

Sempre la giurisprudenza statunitense aveva statuito, nella sentenza di appello del caso *Lisi vs Alitalia - Linee Aeree Italiane*<sup>9</sup>, che il biglietto dovesse

---

8 In U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 25 ottobre 1965, *Warren vs Flying Tiger Line*, in 9 *Avi*, 17, 948, venne escluso il diritto del vettore ad avvalersi della limitazione, perché il biglietto era stato consegnato al passeggero solamente al momento dell'imbarco, non lasciandogli quindi alcuna possibilità di stipulare un'assicurazione per il rischio del volo, tale da consentirgli di ottenere comunque un indennizzo (e comunque l'avviso sulla limitazione della responsabilità era riportato sul biglietto in caratteri troppo piccoli).

9 U.S. Court of Appeals 16 dicembre 1966, Secondo Circuito, giudice Kaufman. Nel febbraio del 1966 un DC7 dell'Alitalia, in volo da Roma a New York, si schiantò subito dopo lo scalo irlandese di Shannon, provocando la morte o il ferimento dei passeggeri imbarcati. Cinque cittadini americani convennero il vettore dinanzi al tribunale di New York.

Sull'applicazione della Convenzione di Varsavia, al contratto di trasporto concluso, non vi erano dubbi. Discordia vi fu, invece, se la Compagnia Alitalia avesse o meno adempiuto agli obblighi previsti nell'art. 3 della Convenzione, che imponeva al vettore di emettere un biglietto contenente tra l'altro, l'avviso della limitazione del debito prevista dall'art. 22 al. 1 della Convenzione stessa.

Sostenevano Lisi e altri che la prescritta menzione fosse stata fatta sul biglietto in caratteri impercettibili e illeggibili, impedendo loro in definitiva di conoscerla e prendere tempestive misure protettive (rinunciando al viaggio, stipulando un'assicurazione integrativa, negoziando col vettore un limite superiore ex art. 23). Si rifacevano, in definitiva, gli attori alla dottrina della *fair opportunity*, accolta dai giudici sia in prima istanza che in appello.

Nella sentenza in parola, vi fu comunque l'opinione dissenziente del giudice Moore, che sottolineò l'incompatibilità della decisione con la disciplina internazionale della Convenzione.

Per comprendere appieno le basi della motivazione si deve ricordare che, nei sistemi di *common law*, a differenza di quelli continentali europei, il contratto di trasporto non prevede un obbligo di protezione in capo al vettore, e quindi l'incolumità del passeggero costituisce oggetto di un generico dovere di diligenza, con rilevanza extracontrattuale (salvo che non sia stato oggetto di espressa pattuizione), quindi una responsabilità basata sulla colpa per la quale non è ammessa, dal sistema, nessuna limitazione; logico quindi dedurre la ritrosia della giurisprudenza americana nell'accettare il limite risarcitorio, anzi in più occasioni essa ebbe modo di definirlo arbitrario ed unilaterale. La giurisprudenza apparve indulgere nell'ampliare il canone di diligenza richiesta al vettore, e così nell'applicare le disposizioni che permettevano di evitare l'applicazione del limite.

Si permetta di sottolineare una "bizzarria": il biglietto rilasciato era conforme allo

standard I.A.T.A., lo stesso con cui milioni di viaggiatori si spostavano in aereo. Quindi perché colpirlo questa volta? Solo ai fini di giustizia, oppure per infliggere un ulteriore colpo al Sistema di Varsavia?

Si deve evidenziare, comunque, che la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza *Chan et al. V. Korean Air Lines* (relativa al caso dell'aeromobile KAL in servizio di linea da New York e Seul abbattuto il 1° settembre 1983 dall'aeronautica militare sovietica) ha disatteso l'orientamento seguito dai giudici nei casi *Warren* e *Lisi*, oltre che in numerose altre pronunce, optando, invece, per una lettura più stringente dell'art. 3 della Convenzione di Varsavia, riconoscendo che solo l'omissione del biglietto determinava la decadenza dal limite e dalla possibilità di fornire la prova liberatoria, mentre nessuna sanzione veniva espressamente comminata per l'omessa indicazione che il vettore era soggetto al regime di responsabilità della Convenzione di Varsavia (dovendosi applicare la versione originale della Convenzione, in quanto gli Stati Uniti non avevano aderito al Protocollo dell'Aja del 1955). Nonostante la Convenzione di Varsavia prevedesse la decadenza dal beneficio del limite anche qualora il vettore, relativamente al trasporto di cose, non avesse inserito nel bollettino bagagli o nella l.t.a. il richiamo al regime di responsabilità previsto dall'art. 3, dai lavori preparatori e dal testo uniforme non emergeva, a detta dei supremi giudici, nessun dato che potesse legittimare l'estensione di tale sanzione anche all'ipotesi dell'omessa indicazione del richiamo nel biglietto consegnato al passeggero. E ciò nonostante l'osservazione, adottata dalle parti attrici, che nel trasporto aereo di persone venissero in gioco interessi meritevoli di tutela superiore rispetto a quelli rientranti negli equilibri contrattuali del trasporto di merci. Anche la *concurring opinion* emersa in seno al collegio, che aveva fra l'altro toccato il tema della validità del *Montreal Agreement* del 1966, aveva concluso per l'applicabilità del limite risarcitorio. È stato osservato che «bene ha fatto la Corte Suprema [...] a confermare l'interruzione di una linea interpretativa della giurisprudenza statunitense prevalentemente fondata sulla costante insofferenza degli Stati Uniti nei confronti dello stesso principio della limitazione del debito del vettore e su di una contraddittoria elaborazione della norma convenzionale. La chiara lettera di quest'ultima, infatti, pure a fronte di una lodevole esigenza di tutela degli interessi dell'utenza del trasporto aereo, non ne consente un'interpretazione eccessivamente elastica che si risolva in una forzatura dell'effettivo significato del testo» (C. COLETTA, *In tema di adeguatezza della clausola di richiamo alla Convenzione di Varsavia del 1929 inserita nel biglietto di passaggio*, nota a Supreme Court of the United States, 18 aprile 1989, in *Dir. trasp.* 1991, 327).

Il citato *Montreal Agreement* del 4 maggio 1966 è un accordo tra la I.A.T.A. e il Civil Aeronautics Board (C.A.B.), entrato in vigore il 16 maggio 1966, grazie al quale il governo degli Stati Uniti ritirò la propria denuncia della Convenzione di Varsavia (gli U.S.A. il 15 novembre 1965 avevano comunicato la loro denuncia della Convenzione di Varsavia al Governo della Repubblica Popolare di Polonia, annotando tra i motivi «solely because of the low limits of liability of dead or personal injury provided in the Warsaw Convention, even as those limits would be increased by the Protocol to amend the Convention done at The Hague on September 28, 1955»). L'Agreement, che si sarebbe applicato a tutti i voli in partenza, in arrivo, o con uno

essere «rilasciato al passeggero in modo da consentire a quest'ultimo una ragionevole possibilità di adottare delle autonome misure per proteggersi contro la limitazione della responsabilità».<sup>10</sup>

In più di un'occasione, dunque, la giurisprudenza ebbe a stigmatizzare la mancanza di indicazioni chiare e leggibili sul biglietto o la consegna delle stesse poco prima dell'imbarco, se non addirittura ai piedi della scaletta

---

scalo previsto negli Stati Uniti, prevedeva sostanzialmente l'innalzamento del limite a 75.000 \$ USA comprensivi delle spese legali (o 58.000 \$ escluse le spese); l'obbligo del vettore di avvisare, sul biglietto, il passeggero dell'esistenza e della natura della limitazione di responsabilità; la rinuncia del vettore ad avvalersi della prova liberatoria prevista all'art. 20, al. 1, della Convenzione di Varsavia, trasformando così il criterio di imputazione della responsabilità in un regime di "absolute liability", di responsabilità oggettiva. L'Agreement ebbe l'indubbio merito di mantenere, anche se provvisoriamente, in piedi il Sistema di Varsavia, ma scontava le pecche di una soluzione parziale e per di più imposta da una corsa contro il tempo (secondo l'art. 39, al. 2, della Convenzione la denuncia avrebbe prodotto i suoi effetti sei mesi dopo la notificazione, il 15 maggio 1966).

Molti dubbi sorsero sulla legittimità di tale accordo, il Governo statunitense comunicò, assieme al ritiro della denuncia, gli estremi dell' Agreement al Governo polacco, sicuramente per informarne gli Stati parte della Convenzione di Varsavia e della Convenzione di Varsavia emendata dal Protocollo dell'Aja del 1955, volendo così anche creare un collegamento tra l'Agreement e il Sistema di Varsavia. Secondo i firmatari dell'Agreement, questo sarebbe stato una "convenzione speciale" stipulata ai sensi dell'art. 22 del testo di Varsavia e dell'art. xi, par 1, del Protocollo dell'Aja, e tale accordo sarebbe stato ammissibile perché più favorevole al passeggero. Argomentando dall'art. 23 della Convenzione di Varsavia, che sanciva la nullità di tutte le clausole che toccavano il regime di responsabilità in senso più favorevole al vettore, si sostenne l'ammissibilità di deroghe pattizie poziori per il passeggero: se l'art. 23 nulla diceva, significava che la sanzione della nullità non si estendeva a queste ultime clausole. Ma così facendo si dimenticava lo spirito animatore del testo uniforme, e soprattutto lo scopo dei codificatori di Varsavia: creare un regime unico e uniforme. Forti dubbi sulla portata giuridica di tali "sotto-sistemi" furono avanzate da molti (Cfr. Varlaro Sinisi, Considerazioni sulla legittimità dell'Accordo di Montreal del 4 maggio 1966, in *Annali aeron.* 1969, 35), anche tenendo ben presente il rischio insito in tali pratiche: ogni ulteriore deroga, anche se limitata ad una determinata zona di traffico aereo, avrebbe assestato un ulteriore colpo all'uniformità invocata nel preambolo della Convenzione di Varsavia.

Resta comunque da vedere se, nonostante le dichiarazioni dei firmatari dell'Agreement, questo potesse essere, realmente, nella sostanza assimilabile ad una convenzione speciale secondo la lettera della Convenzione di Varsavia.

- 10 Un'assicurazione sulla vita, o contro gli infortuni, potrebbe rispondere per il semplice verificarsi del danno, prescindendo da considerazioni sull'imputabilità o meno del fatto lesivo all'autore.

dell'aeromobile, quando ormai era impossibile una qualsiasi misura correttiva o scelta alternativa. Si venivano, in pratica, delineando i primi caratteri dell'informazione da fornire al passeggero: chiara, tempestiva e intellegibile.

Si deve evidenziare che il vettore aveva un proprio primario interesse a fornire le informazioni richieste dal Sistema di Varsavia per poter poi opporre, in caso di sinistro, la limitazione della responsabilità.

Il lungo percorso evolutivo che ha trasformato il volto del trasporto aereo ha anche portato ad un mutamento del ruolo dell'informazione nell'equilibrio fra vettori e passeggero. Infatti, ora i vettori e gli altri contraenti del trasporto aereo (questa la dicitura utilizzata dal Reg. CE 2111/05) devono fornire al passeggero una serie di indicazioni nel primario interesse di quest'ultimo, ivi compresa la specifica enunciazione dei diritti che possono essere fatti valere nei confronti del vettore aereo effettivo in caso di *overbooking*, cancellazione o ritardo del volo.

Chiare indicazioni di questa nuova tendenza si ritrovano nei considerando dei Reg. CE 261 del 2004 (che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di mancato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato) e del Reg. CE 2111 del 2005 (che ha istituito un elenco comunitario di vettori aerei soggetti a divieto operativo). Il legislatore comunitario, infatti, espressamente mira ad istituire regole capaci di garantire un «*elevato livello di protezione per i passeggeri*» (1° considerando Reg. CE 261/204), anche assicurando «*una pubblicità efficace alle informazioni relative alla sicurezza*» (9° considerando del Reg. CE 2111/05). Il fine ultimo è quello di permettere ai passeggeri di «*efficacemente esercitare i propri diritti*» (20° considerando del Reg. CE 261/04) garantendo al contempo «*il loro diritto di fare una scelta informata*» raggiungendo «*un giusto equilibrio tra vitalità commerciale dei vettori aerei e l'accesso dei passeggeri all'informazione*» (14° considerando del Reg. CE 2111/05). La lettura sinottica dei considerando potrebbe continuare, evidenziando che, accanto alla tutela della trasparenza del mercato (e quindi di una corretta concorrenza) si pone, ormai in primo piano, la figura del passeggero quale soggetto debole che, tuttavia, in un mercato liberalizzato, ha diritto ad essere informato per poter effettuare scelte consapevoli ed oculate, premiando le politiche commerciali di alcune compagnie aeree sapendo che le stesse non vanno a elidere i livelli minimi di sicurezza e correttezza commerciale richiesti. In ultima, la trasparenza del mercato dovrebbe consentire la sopravvivenza dei vettori più virtuosi, favoriti dalle preferenze dei passeggeri, almeno in linea teorica.

Prima di analizzare, sinteticamente, le informazioni che, in base alla legislazione vigente, i vettori (ma non solo loro) sono tenuti a dare ai passeggeri,

occorre delineare il profilo di tale ultima categoria. Nei testi normativi comunitari in più di un'occasione si nota quasi una sovrapposizione fra i concetti di passeggero e quello di consumatore; una simile identificazione è, a nostro avviso, fuorviante. Non si vede, infatti, il motivo per cui si dovrebbe discriminare fra i passeggeri in virtù delle finalità del viaggio (professionali o private),<sup>11</sup> potendosi ritenere che i valori tutelati dalle norme in esame (al di là della valorizzazione di una concorrenza leale e paritaria fra i vettori) siano primari per qualsiasi passeggero: la libertà di scelta e la sicurezza del volo (o se si preferisce della persona del passeggero) devono essere garantiti a qualunque soggetto che stipuli un contratto di trasporto aereo. Sarebbe preferibile, pertanto, utilizzare una terminologia più neutra, come “*utente*” piuttosto che consumatore, anche se quest'ultima figura richiama una tutela calibrata sul soggetto debole, tenuta in particolare considerazione in ambito comunitario.

Una tale lettura può essere confermata indirettamente anche dal testo del Reg. CE 2111/05: l'articolo 10 (ambito di applicazione) circoscrive l'applicazione del regolamento «*al trasporto aereo di passeggeri ogniqualvolta il volo fa parte di un contratto di viaggio iniziato nella Comunità*» prevedendo poi che, in tale circostanza, perda rilevanza il Paese di ubicazione degli aeroporti di partenza e arrivo. La versione italiana parla, dunque, di “viaggio”, lasciando quasi intendere che le tutele previste dal testo comunitario vadano a vantaggio unicamente di passeggeri che utilizzino l'aereo per finalità ludico-ricreative. Tuttavia, nell'articolo 2 del regolamento non si fa riferimento alcuno al contratto di viaggio, e viene definito unicamente il contratto di trasporto; inoltre, come

---

11 La possibilità di riconoscere al passeggero la qualifica di “consumatore”, ai sensi della disciplina interna e comunitaria, ha destato un interessante dibattito dottrinale. Sul punto si rinvia a A. M. MANCALEONI, *La tutela del passeggero nel trasporto aereo e il codice del consumo (prime note al d.lgs.206/2005)*, in *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea* a cura di L. Masala e E. G. Rosafio, Milano, 2006, 179; e L. TULLIO, *I contratti di trasporto e di viaggio turistico nella disciplina di tutela dei consumatori*, in *Studi in memoria di M.L. Corbino*, Milano, 1999, 843, ove l'Autore osserva che non si deve confondere lo scopo del viaggio, in ipotesi attinente all'attività professionale, con lo scopo strettamente inerente alla conclusione del contratto di trasporto. Tullio giustamente conclude che «il passeggero non viaggia per viaggiare, ma viaggia per uno scopo ulteriore, rispetto al quale la stipulazione del contratto di trasporto assume una relazione non finale ma strumentale. La qualità di consumatore, insomma, potrebbe essere esclusa soltanto se si potesse configurare un passeggero professionale, cioè una persona la cui professione è quella di viaggiare». Si veda inoltre B. FRANCHI, *Blacklist e vettore di fatto*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 425.

osservato da parte della dottrina,<sup>12</sup> il raffronto con i testi inglese e francese (ove si parla di “*contrat de transport*” e “*carriage of passengers*”) appare risolutivo sul punto. Dunque titolare del diritto ad essere informato sarà semplicemente il passeggero *tout court*, senza nessun’altra specificazione o classificazione.

Ma quali sono le informazioni da fornire agli utenti? E quali sono le sanzioni per la mancata o inesatta comunicazione di tali informazioni?

Seguendo un ordine cronologico, partiremo da una sintetica analisi del Reg. Ce 2027 del 1997. In base all’art. 6 del regolamento in esame i vettori aerei che vendono servizi di trasporto all’interno del territorio comunitario devono provvedere a mettere a disposizione dei passeggeri, presso tutti i punti vendita, una sintesi delle principali disposizioni che disciplinano la responsabilità per il trasporto dei passeggeri e del loro bagaglio. Tale obbligo è applicabile anche in caso di vendite telefoniche o via internet. Oltre a tali informazioni, i vettori sono tenuti a fornire ai clienti un’indicazione scritta circa le limitazioni di responsabilità di cui può godere il vettore in caso di perdita o avaria del bagaglio (unitamente all’avvertenza della possibilità di dichiarare un eventuale valore superiore al momento della registrazione o della possibilità di assicurare autonomamente il bagaglio) o in caso di ritardo. Per quanto riguarda l’eventuale limite di responsabilità per lesioni o morte del passeggero, tale informazione andrà data solo ove tale limitazione esista<sup>13</sup>. Il vettore, tuttavia ha solo l’onere di rendere conoscibili le normative applicabili, senza poterne verificare l’effettiva conoscenza da parte del passeggero.

Il regolamento non si preoccupa di specificare la localizzazione dell’avviso sulle limitazioni di responsabilità, né di rendere coercibile l’eventuale inottemperanza delle compagnie aeree ai propri oneri di informazione. Tale lacuna è stata colmata, almeno in ambito nazionale, dal legislatore italiano, che con la riforma dell’art. 943 c. nav. ha previsto una grave sanzione a carico dei vettori inadempienti: il divieto di atterraggio e decollo da territorio nazionale per i

---

12 B. FRANCHI, *Blacklist e vettore di fatto*, cit. 425; S. VERNIZZI, *Lista nera comunitaria e controlli dell’aviazione civile sugli aeromobili degli Stati terzi: relative problematiche giuridiche*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto*, a cura di Rita Tranquilli-Leali ed Elisabetta G. Rosafio, Milano, 2008, 326.

13 In pratica solo nei casi di trasporti aerei internazionali che ricadono ancora sotto la normativa del Sistema di Varsavia, visto che nella Convenzione di Montreal del 1999 e nel Reg. CE 2027 del 1997 il limite dei 100.000 DSP non si pone più come un limite di debito quanto come un puro discrimine tra due sistemi di responsabilità differenti. Agli obblighi previsti dai paragrafi 1 e 2 dell’art. 6 Reg. Ce 2027/97 (come emendato dal Reg. Ce 889/2002) devono sottostare anche i vettori non comunitari, ovviamente «solo per quanto concerne il trasporto verso o dalla Comunità o all’interno di essa».

vettori aerei<sup>14</sup>. Appare ovvio che una sanzione così penalizzante (ben più persuasiva rispetto ad una semplice ammenda) è ulteriore riprova del ruolo che il legislatore nazionale, al pari di quello comunitario, vuole dare alla corretta informazione dell'utente.

Il dovere di informazione è andato intensificandosi con il successivo Reg. Ce 261/2004, che ha disciplinato gli obblighi del vettore in caso di *overbooking*, cancellazione del volo e ritardo prolungato nel trasporto aereo di persone, prevedendo doveri di informazione, di assistenza e di compensazione pecuniaria finalizzati a limitare il più possibile i disagi sofferti dai passeggeri lasciati a terra.

In questa sede non ci occuperemo di elencare le specifiche misure di compensazione previste<sup>15</sup>, limitandoci ad osservare quanto disposto dall'art. 14 del regolamento, ove si impone al vettore operativo (*actual carrier*, cioè il soggetto che materialmente esegue il trasporto) di esporre, nella zona di registrazione, «in modo chiaramente visibile e leggibile per i passeggeri» un avviso in cui si invitano i passeggeri a rivolgersi al banco di accettazione o alla porta di imbarco in caso di mancato imbarco o di ritardo superiore alle due ore per ottenere il testo che enumera i loro diritti, in particolare in materia di compensazione pecuniaria e assistenza.

La logica conseguenza di tale avviso si rinviene nel secondo comma dell'articolo in commento: in caso di mancato imbarco, cancellazione o ritardo del volo il vettore aereo operativo è tenuto a consegnare ad ogni passeggero il citato avviso scritto. Viene, inoltre, stabilito l'obbligo di ricorrere a mezzi alternativi per i passeggeri ipovedenti o non vedenti.

L'art. 15 prevede espressamente l'irrinunciabilità da parte del passeggero del

---

14 A norma dell'art. 943, comma 3 c. nav., «ai vettori aerei, che non adempiono agli obblighi di informazione di cui all'art. 6 del regolamento CE n. 2027/97 del Consiglio, del 9 ottobre 1997, come modificato dal regolamento CE n. 889/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 maggio 2002, sono vietati l'atterraggio e il decollo nel territorio nazionale». Comma così sostituito dall'art. 14 del d. lgs. 151/06, prima di tale intervento la sanzione era limitata ai vettori muniti di licenza rilasciata da uno Stato non comunitario.

15 Si vedano E. G. ROSAFIO, *Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone: il regolamento n. 261/2004 CE*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, 471; E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo: nuove regole per il trasporto aereo comunitario di persone*, in *Dir. turismo*, 2004, 205; S. VERNIZZI, *La cancellazione del volo: considerazioni generali e indicazioni emergenti dalle recenti innovazioni legislative*, nota a Cass. civ. 6 aprile 2006 n. 8075, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1654; C. POZZI, *La nuova disciplina dell'overbooking nel regolamento n.261/2004 e nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1353.

diritto all'assistenza e alla compensazione, riportando al centro degli equilibri la corretta informazione: infatti se il passeggero accetta una compensazione inferiore a causa di una informazione insufficiente sui suoi diritti, lo stesso avrà diritto di agire per ottenere una compensazione integrativa. Occorre, tuttavia, evidenziare che, anche qualora il passeggero venisse a conoscenza di aver accettato una compensazione inferiore, difficilmente adirà le vie giudiziarie per ottenere un'integrazione, anche in considerazione dell'entità della stessa. Ovviamente, salvo che lo stesso non voglia anche agire per ottenere un risarcimento supplementare, facoltà espressamente fatta salva dall'art. 12 del regolamento.

A garanzia di una effettiva applicazione delle norme regolamentari, il legislatore comunitario ha demandato agli Stati membri il compito di designare l'organismo responsabile dell'applicazione delle stesse e di individuare sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*».

Il Governo italiano ha emanato, in base alla legge delega n. 62/2005, il d.lgs. 27 gennaio 2006 n. 69 che ha individuato nell'ENAC l'organismo responsabile dell'applicazione del Regolamento e competente ad irrogare le sanzioni amministrative previste. L'ENAC a sua volta ha predisposto la Circolare 23 giugno 2006 per delineare «le modalità procedurali per la comminazione delle sanzioni». Senza addentrarci nel procedimento di accertamento delle violazioni e irrogazione delle sanzioni, si evidenzia, fra i punti critici, una certa fluidità dei parametri e la necessità che l'ENAC provveda «con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».<sup>16</sup>

Premesso che l'overbooking è considerato dalle compagnie aeree, prima di tutto, come un «insostituibile strumento di ottimizzazione dei costi e dei ricavi aziendali»,<sup>17</sup> come un semplice bilanciamento tra i ricavi derivanti da voli che viaggiano sempre al massimo della capienza, nonostante il fenomeno del *no show* all'imbarco, e i costi derivanti da assistenza e sanzioni pecuniarie per il mancato imbarco di alcuni passeggeri, un procedimento di accertamento che non sia tempestivo e non porti ad irrogare la sanzione nel minor tempo possibile dalla violazione vulnera, come detto, l'effetto dissuasivo della stessa, né si può pensare di elevarne i limiti edittali senza travalicare il limite della proporzionalità dettato dalla normativa comunitaria.

È questa una delle ragioni per cui delle semplici sanzioni pecuniarie rischiano di non essere efficaci, risolvendosi in un ulteriore fattore del bilanciamento complessivo costi-ricavi su cui i vettori fondano le proprie scelte

---

16     Così l'art. 10 d.lgs. 69/2006.

17     M. DEIANA, *Riflessioni sulla sovrapprenotazione nel trasporto aereo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari 2005, 27, 28

La liberalizzazione del mercato e la nascita di forme sempre nuove ed eterogenee di collaborazione fra i vettori aerei finalizzate ad un miglior sfruttamento delle risorse hanno portato ad avere strutture contrattuali poco chiare per il passeggero,<sup>18</sup> che spesso veniva a conoscere l'identità del soggetto che avrebbe materialmente svolto il servizio di trasporto, solo una volta giunto in aeroporto, se non addirittura al momento dell'imbarco. È ovvio che in un mercato ideale in cui agiscono soggetti virtuosi l'identità del vettore potrebbe non essere rilevante. Tuttavia, senza con ciò voler portare il contratto di trasporto nell'alveo dei contratti *intuitu personae*, si deve ritenere che al fine di una corretta concorrenza e di una scelta consapevole da parte del passeggero, la previa conoscenza del vettore effettivo sia un'informazione primaria, da fornire al momento della prenotazione o, comunque, appena lo stesso venga individuato.

Infatti, non tutti i vettori garantiscono gli stessi livelli qualitativi e, considerato che l'affidamento del passeggero è totale, una scelta basata solo sulle offerte tariffarie rischia di non tener conto degli standard di sicurezza dei voli di una compagnia.<sup>19</sup> In quest'ottica, volta a garantire sia l'utente che la trasparenza del mercato, l'Unione Europea, con il citato Reg. CE 2111/05, ha imposto da un lato ai contraenti del trasporto<sup>20</sup> di informare tempestivamente il passeggero dell'identità del vettore effettivo e, dall'altro, agli Stati di vigilare sul rispetto dei livelli minimi di sicurezza da parte dei vettori. A tal fine sono state pubblicate e vengono periodicamente aggiornate due liste nere, in cui vengono inseriti i vettori sottoposti a divieto operativo totale o parziale (ovvero limitatamente ad un aeromobile o tipo di aeromobile) che, pertanto, non possono operare con propri velivoli equipaggiati sul territorio comunitario. Il divieto può colpire qualunque vettore, anche se sprovvisto di diritti di traffico nella Comunità Europea.<sup>21</sup> Da ultimo, quale elemento che permette di misurare l'attenzione

---

18 Così B. FRANCHI, *Blacklist e vettore di fatto*, cit. 414.

19 Per considerazioni in merito alla legittimità della sostituzione del vettore e sui conseguenti effetti sulla sfera giuridica dell'utente si veda A. ZAMPONE, *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano 2002, 724, ove l'A. osserva che «è sotto il profilo della qualità del servizio offerto dal vettore sostituito, in termini di efficienza, sicurezza, affidabilità, che il problema si dimostra quanto mai di difficile soluzione».

20 Secondo l'art. 2 Reg. Ce 2111/2005, contraente di trasporto aereo è «il vettore che conclude un contratto di trasporto con un passeggero o, se il contratto comprende un servizio tutto compreso, il tour operator. Ogni venditore di biglietti è anch'esso considerato come contraente di trasporto aereo».

21 È stato osservato che «nell'elenco possono figurare altresì vettori sprovvisti di diritti di traffico all'interno della Comunità: ciò, in quanto i loro aeromobili ben potrebbero essere noleggiati da altre compagnie che godono di tali diritti, ed in tal modo “volare

del legislatore comunitario in tema di sicurezza, le disposizioni riguardanti le informazioni ai passeggeri contenute nel Capo III del regolamento spiegano i propri effetti anche in caso di voli nello spazio di Paesi terzi effettuati da vettori non comunitari (a condizione, ovviamente, che il volo sia parte di un contratto di trasporto e il trasporto sia iniziato nella Comunità). Anche in tali casi, qualora il vettore effettivo venisse inserito nella *blacklist*, il passeggero avrà diritto al rimborso o alla partenza su un volo alternativo.

La lista nera europea, al di là del suo carattere punitivo, dovrebbe incoraggiare tutti i vettori aerei che operano in Europa a rispettare pienamente le norme di sicurezza, evitando al contempo divergenze tra i divieti e le restrizioni operative decisi dai singoli Paesi.

L'art. 11 del Reg. CE 2111/05 obbliga i contraenti del trasporto aereo a comunicare l'identità del vettore effettivo al passeggero al momento della prenotazione, indipendentemente dai mezzi utilizzati per la vendita del biglietto. Qualora il vettore effettivo non fosse ancora stato individuato (circostanza tutt'altro che rara, almeno nella vendita dei pacchetti tutto compreso), il passeggero deve conoscere la rosa di vettori in cui probabilmente verrà scelto chi effettuerà il trasporto. In ogni caso, il passeggero avrà diritto di conoscere, non appena possibile, l'identità del soggetto che opererà il volo.

In caso di cambio del vettore operativo (rispetto a quello precedentemente comunicato) il contraente del trasporto dovrà attivarsi immediatamente, affinché il passeggero sia informato quanto prima, al massimo al *check-in* o, per i voli in coincidenza, al momento dell'imbarco. Tuttavia in tali ultime ipotesi ben difficilmente il passeggero potrà effettuare scelte consapevoli, obiettivo prefissato dal regolamento, tenuto conto che avrà diritto al rimborso del biglietto o all'imbarco su un volo alternativo solo a fronte dell'inserimento in una *blacklist* del vettore effettivo, circostanza che dovrebbe essere comunicata, a questo punto, da uno dei contraenti del trasporto.

Solo il venditore dei biglietti, quale mero intermediario, potrà esimersi da responsabilità per la mancata informazione al passeggero provando di non essere stato a sua volta informato dagli altri "contraenti del contratto di trasporto": sul vettore contrattuale e sul *tour operator* (in caso di viaggi tutto compre-

---

*da e verso la Comunità*" [4° considerando del Reg. (CE) n.2111/05]» (S. VERNIZZI, *Lista nera comunitaria e controlli dell'aviazione civile sugli aeromobili degli Stati terzi: relative problematiche giuridiche*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto*, cit., 232). Ad ogni modo, il Regolamento in esame pare non impedire ad un vettore colpito da divieto operativo di continuare ad esercitare i propri diritti di traffico avvalendosi di aeromobili (con relativi equipaggi, *wet lease*) di altro vettore in regola con le disposizioni comunitarie.

so) incombe, dunque, uno stringente obbligo di informazione, legato all'autonomia imprenditoriale di cui godono in merito alle scelte tecniche e organizzative relative al contratto di trasporto o di viaggio.

L'art. 13 demanda agli Stati membri il compito di garantire il rispetto del regolamento e di stabilire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di violazione.

Alla luce della sintetica panoramica sulla disciplina comunitaria, si può concludere che al passeggero debbano essere rese conoscibili ed accessibili le informazioni inerenti il contratto di trasporto aereo che intende stipulare, ovviamente prima della conclusione del contratto.<sup>22</sup> Tuttavia ci si deve chiedere in quale lingua debbano essere fornite le informazioni al passeggero: è evidente che il vettore non potrà predisporre gli avvisi in ogni lingua madre dei passeggeri.

Sul punto ci si permetta una piccola riflessione, con cui si conclude. Il vettore metterà a disposizione informazioni nella lingua ufficiale del Paese dell'aeroporto di partenza e, naturalmente, in una delle lingue internazionalmente più parlate (inglese, francese, tedesco, spagnolo...), ma questo non è garanzia che il passeggero effettivamente riesca a comprendere ciò che gli viene comunicato: l'apertura del mercato ad un bacino di utenza sempre più vasto ha statisticamente aumentato la percentuale di passeggeri che conoscono unicamente la propria lingua madre. Dunque che fare? La risposta va ricercata, a nostro avviso, nella miglior accessibilità alle informazioni da parte di tutti e in un dovere di auto informazione da parte del passeggero stesso.

Lo stesso art. 9 del Reg. CE 2111/05, ad esempio, prevede che le liste nere vengano rese note dall'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea, dalle autorità nazionali dell'aviazione civile e dagli aeroporti «attraverso i loro siti web» e solo eventualmente nei loro edifici, in forma cartacea. Un nuovo carattere dell'informazione dunque, che oltre ad essere chiara, trasparente, tempestiva ed esaustiva, dovrebbe essere anche liberamente accessibile ancor prima di recarsi in aeroporto.

---

22 Zeno-Zencovich sottolinea come «sul biglietto aereo sono normalmente riprodotte alcune generalissime condizioni, le quali rinviano però a regolamenti dettagliati, asseritamente disponibili presso le agenzie di viaggio, ma nella realtà sconosciuti a queste» (V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contratto di trasporto aereo e la tutela del consumatore*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano 2002, 735).

Come da alcuni evidenziato, inoltre, spesso la piena conoscenza dell'equilibrio degli interessi in gioco si ha a posteriori, ovvero quando l'utente che ha già subito un pregiudizio si attivi per ottenere un risarcimento (D. BOCCHESI, *La conoscibilità delle condizioni generali praticate nel trasporto aereo di persone*, in *Il diritto aeronautico a cent'anni dal primo volo*, a cura di A. ANTONINI e B. FRANCHI, Milano, 2005, 228).

Un utile strumento in tal senso potrebbe essere fornito dalla Carta dei Diritti del Passeggero<sup>23</sup> che, ben lungi dall'essere un testo vincolante o uno strumento in cui vengono fissati livelli minimi di qualità del servizio, si limita ad essere una raccolta delle principali normative a tutela del passeggero nel trasporto aereo. Il rischio, infatti, è che l'informazione sia più formale che reale, e che le informazioni vengano rese conoscibili solo a determinate categorie di passeggeri, magari le più capaci di provvedere a se stessi e a far valere i propri diritti.

Il problema della conoscibilità delle condizioni contrattuali e regolamentari nel trasporto aereo è annoso, anche per la frammentazione della normativa e l'elevata difficoltà tecnica della stessa.<sup>24</sup>

A fronte della oggettiva impossibilità di trasformare le biglietterie e gli aeroporti in biblioteche giuridiche multilingue, si dovrebbe puntare ad una migliore educazione del consumatore, rendendolo consapevole dei propri diritti e, ci si conceda, spingendolo ad auto-informarsi, per lo meno in linea generica, per poter efficacemente azionare le misure a propria tutela e richiedere, in caso di inadempimento del vettore operativo o del suo inserimento in una *blacklist*, l'assistenza e le compensazioni dovute.

---

23 La cui collocazione giuridica Zeno-Zencovich definisce "incerta" (V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contratto di trasporto aereo e la tutela del consumatore*, cit., pag.735).

Questo documento, predisposto dall'ENAC, si inserisce a pieno titolo nella campagna di sensibilizzazione e di capillare informazione sulle prerogative e sulle regole del servizio di trasporto aereo (come evidenziato da A. ZAMPONE, *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, cit., 708).

24 Come osserva D. BOCCHESI, *La conoscibilità delle condizioni generali praticate nel trasporto aereo di persone*, cit., 225.

# La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione Europea

AURELIA COLOMBI CIACCHI

## I. La libertà contrattuale in senso sostanziale

Tradizionalmente, libertà contrattuale e protezione della parte debole sono viste come due principi contrastanti, antagonisti.<sup>1</sup> I rimedi normativi volti a invalidare o correggere un contratto ingiustamente lesivo della parte debole sono considerati eccezioni al principio della libertà contrattuale. Essendo la libertà negoziale un'espressione della più generale libertà degli individui e dei gruppi sociali nei confronti dei pubblici poteri, ne consegue che le limitazioni della libertà contrattuale dovrebbero essere ridotte ad un minimo assolutamente indispensabile.

La prima tesi che intendo presentare è che il punto di partenza del ragionamento tradizionale è sbagliato. I principi di protezione della parte debole, giustizia e solidarietà nel diritto delle obbligazioni in realtà non sono confliggenti con la libertà contrattuale. Confliggono solo con una concezione meramente formale di tale libertà, concezione che già era difficilmente compatibile con il diritto privato del ventesimo secolo, e sicuramente non è più adatta al secolo ventunesimo.

La concezione moderna della libertà contrattuale è e dev'essere sostanziale.<sup>2</sup> La libertà contrattuale in senso sostanziale implica la necessità di prevenire

---

1 Si veda, ad es., M.W. Hesselink, 'The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission', in *Principles of European Contract Law* (Deventer: Kluwer, 2001) 7, 49; B. Lurger, 'The "Social" Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness', in A.S. Hartkamp, M. Veldman et al. (cur.), *Towards a European Civil Code*, 3a ed. (Nijmegen, The Hague: Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, 2004) 273 ss.; T. Wilhelmsson, 'Varieties of Welfareism in European Contract Law', (2004) 10 *European Law Journal* 712 ff. L'antagonismo tra libertà contrattuale e solidarietà sociale traspare anche dal Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti: Study Group on Social Justice in European Private Law, 'Social Justice in European Contract Law: a Manifesto', (2004) 10 *European Law Journal* 653. La traduzione italiana del Manifesto a cura di A. Colombi Ciacchi è pubblicata nella *Rivista critica di diritto privato* 2005, 99 et seq., con commento di A. Somma ('Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti', *ibid.*, 75 et seq.).

2 Cf. Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'', (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* 273; Grundmann, 'European Contract Law(s) of What Colour?', (2005) 1 *European Review of Contract Law*

ed eliminare i pregiudizi che un contratto iniquo arreca ad una parte contrattuale che solo formalmente era libera di concluderlo a quelle condizioni, mentre sostanzialmente non era affatto libera. La protezione della parte debole coincide dunque con la difesa della libertà contrattuale in senso sostanziale.

C'è un parallelismo evidente tra i principi di libertà ed uguaglianza. Oggi nessuno dubita che la realizzazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione richieda molto di più di una mera parità di trattamento formale. Prendere sul serio il principio di uguaglianza significa abbracciare una concezione di uguaglianza in senso sostanziale, che implica la necessità di controbilanciare esistenti ineguaglianze fattuali e sociali che rendono le persone drammaticamente disuguali. Del pari, prendere sul serio il principio di libertà contrattuale significa abbracciare una concezione sostanziale di tale libertà, che implica la necessità di controbilanciare esistenti costrizioni fattuali e sociali che rendono una parte contrattuale drammaticamente meno libera rispetto alla controparte.

## II. La giurisprudenza tedesca, greca e slovena

La seconda tesi di questo contributo è che la concezione sostanziale della libertà contrattuale ha ormai superato lo stadio teorico. È stata già abbracciata dalle Corti supreme in Germania e Slovenia, e dalla giurisprudenza di merito in Grecia.

In Germania, la Corte Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*), con due famose sentenze – una del 1990 sul contratto di agenzia,<sup>3</sup> e una del 1993 in materia di fideiussione<sup>4</sup> – stabilì il principio secondo cui l'autonomia

---

184; O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Munich: Sellier, 2007) 10-11 e *passim*.

3 BVerfG 7 febbraio 1990, BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*), *Juristenzeitung* 1990, 691 con nota di Wiedemann; AP Nr. 65 to Art. 12 GG con nota di Canaris. Per ulteriori commenti si veda, tra gli altri (in ordine cronologico), P. Derleder, 'Unterlegenenschutz im Vertragsrecht. Ein Modell für das Arbeitsrecht?', (1995) *Kritische Justiz* 320-339; C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht* (Berlin, New York: de Gruyter, 1999) 49; G. Brüggemeier, 'Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective', in T. Barkhuysen and S. D. Lindenbergh (eds), *Constitutionalisation of Private Law* (Leiden: Nijhoff, 2006) 59; O. Cherednychenko (*supra* n. 2) 245-246; C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008) 70-75, 281-282.

4 BVerfG 19 ottobre 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*). Cf. M. Habersack and R. Zimmermann, 'Legal Change in a Codified System: Recent Developments in Ger-

privata è fondata sul principio di autodeterminazione, e quindi richiede l'effettiva sussistenza delle condizioni per l'esercizio di tale autodeterminazione. Se il potere negoziale di una delle parti è così fortemente sproporzionato che il contratto viene in sostanza determinato unilateralmente, per la parte debole quel contratto non è più un atto di autonomia bensì di eteronomia. In tal caso, anche se il legislatore si astiene dal dettare norme imperative a tutela della parte debole, gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di intervenire e tutelare i diritti fondamentali della parte debole correggendo l'assetto contrattuale, mediante l'applicazione delle clausole generali del diritto civile (ad es. i principi di buona fede o buon costume). Nella sentenza del 1990 sul contratto di agenzia, il diritto fondamentale in questione era la libertà di professione dell'agente commerciale, che la Corte Costituzionale Federale considerò violato dal provvedimento della Corte suprema civile (*Bundesgerichtshof*) che non aveva invalidato una clausola contrattuale eccessivamente limitativa di tale libertà. Nella sentenza del 1993 sulla fideiussione, invece, la Corte Costituzionale Federale ritenne che il provvedimento della Corte suprema civile, che non aveva invalidato una fideiussione iniqua e rovinosa, violasse il diritto fondamentale del fideiussore all'autonomia privata e libertà contrattuale, diritto fondamentale che discende dalla libertà d'azione e dal libero sviluppo della personalità garantiti dall'art. 2 comma 1 della Costituzione tedesca (*Grundgesetz*, GG).<sup>5</sup> Nella sentenza del 1993 sulla fideiussione, la Corte Costituzionale Federale stabilì il principio generale secondo cui, qualora sussista un'"inferiorità strutturale" di una parte contrattuale, e le conseguenze del contratto siano "insolitamente gravose" per la medesima parte, il giudice civile è costituzionalmente obbligato a correggere l'assetto contrattuale applicando le clausole generali del diritto civile: tale obbligo deriva sia dalla tutela costituzionale dell'autonomia privata (art. 2 comma 1 GG), sia dal principio di Stato sociale (artt. 20 comma 1 e 28 comma 1 GG).<sup>6</sup>

---

man Suretyships Law', (1999) 3 *Edinburgh Law Review* 272; G. Brüggemeier (*supra* n. 3); P. Rott, 'German Law on Family Suretyships: An Overrated System', in A. Colombi Ciacchi (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity* (Baden-Baden: Nomos, 2007) 51-69; C.U. Schmid, 'Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Private Law', *ibid.*, 31-40; O. Cherednychenko (*supra* n. 2) 232-248, 256-257, 281-289, 306-331; C. Mak (*supra* n. 3) 75-82, 169, 180, 242-246, 276.

5 L'art. 2 (1) GG recita: 'Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.' (traduzione [http://pds.m.altervista.org/legge\\_fondamentale\\_grundgesetz\\_germania.html](http://pds.m.altervista.org/legge_fondamentale_grundgesetz_germania.html)).

6 Sulla dimensione costituzionale della libertà contrattuale in Germania si veda, anche

La Corte costituzionale tedesca, a partire dalla sentenza del 1993 sulla fideiussione, ha dunque risolto l'antinomia tra libertà contrattuale e tutela della parte debole, considerando la tutela della parte debole come tutela della libertà contrattuale in senso sostanziale.

I principi stabiliti dalla sentenza costituzionale tedesca del 1993 sulla fideiussione sono stati interamente recepiti, quasi alla lettera, dalla giurisprudenza greca. Si noti anzitutto che in Grecia non esiste una Corte Costituzionale. È stata la giurisprudenza di merito, e precisamente il Tribunale di Atene, ad adottare il ragionamento del *Bundesverfassungsgericht*. In una sentenza del 1999 riguardante un caso di fideiussione rovinosa molto simile a quelli noti alla giurisprudenza tedesca, il Tribunale di Atene<sup>7</sup> considerò la libertà contrattuale come un principio generale che governa sia la conclusione del contratto sia il contenuto del medesimo, e che deriva dal principio di autodeterminazione garantito dall'art. 5 comma 1 della Costituzione greca.<sup>8</sup> Poiché entrambe le parti contrattuali sono protette da tale norma costituzionale, la libertà contrattuale può compiere la sua missione solo qualora le parti agiscono su un piano di parità e in un assetto bilanciato dei loro opposti interessi. Se una delle parti è così potente che in pratica detta unilateralmente il contenuto del contratto, la controparte non è in grado di esercitare il proprio diritto all'autonomia privata. Se dunque sussiste un'inferiorità strutturale di una delle parti, e le obbligazioni contrattuali sono manifestamente sproporzionate e insolitamente onerose per quella parte, il giudice civile è obbligato a provvedere rimedio, applicando i principi generali del diritto privato quali la buona fede e il buon costume.<sup>9</sup>

---

per ulteriori riferimenti bibliografici, W. Höfling, *Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie* (Heidelberg: Müller, 1991); M. Bäuerle, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz: Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive* (Baden-Baden: Nomos, 2001).

7 Tribunale di Atene, 7241/1999, NoV 2000, 1146 ss. Cf. Y. Erifillidis, 'Greece', in A. Colombi Ciacchi e S. Weatherill (cur.), *Unfair Suretyships in Europe* (Oxford University Press, 2010, in corso di pubblicazione), 5.ii., 5.vi.

8 *Σύνταγμα (Syntagma)*, in vigore dal 1975. L'art. 5 (1) recita: 'Ognuno ha il diritto di sviluppare liberamente la propria personalità e partecipare alla vita sociale, economica e politica del Paese, sempre che non siano violati i diritti altrui, la Costituzione o i buoni costumi'. Cf. Y. Erifillidis (*supra* n. 7).

9 Per alcuni commenti in dottrina si veda Γ. Δέλλιο, *Ατομικά Δικαιώματα, Ιδιωτικό Δίκαιο, προστασία καταναλωτών και εγγυήσεις τραπεζικών δανείων* (G. Dellios, 'Diritti soggettivi, diritto privato, tutela del consumatore e garanzie per il credito bancario'), *Digesta* 2003, 382, 383 and Γ. Μεντή, *Όρια της ευθύνης του εγγυητή στις τραπεζικές καταναλωτικές συμβάσεις* (G. Mentis, 'Limiti alla responsabilità del prestatore di garanzia nei contratti bancari del consumatore'), *ChrID* 2004, 185,187.

Anche la giurisprudenza slovena abbraccia una concezione sostanziale della libertà contrattuale come fonte della necessità di correggere un contratto squilibrato. In Slovenia esiste una Corte Costituzionale, la cui giurisprudenza presenta una convergenza interessante con quella della Corte Costituzionale tedesca. Il punto di partenza è costituito da una sentenza costituzionale slovena del 1994,<sup>10</sup> successiva solo di pochi mesi alla sentenza costituzionale tedesca del 1993 sulla fideiussione. Il caso sottoposto all'esame della Corte Costituzionale slovena riguardava un mutuo ad interesse eccessivamente elevato. Di solito, tali casi vengono trattati nell'ambito della disciplina dell'usura. Tuttavia, è molto difficile provare la sussistenza di tutti i requisiti della fattispecie slovena di usura. In effetti, nel caso in questione tale fattispecie non era applicabile. Teoricamente, il contratto avrebbe potuto essere invalidato ugualmente, applicando la clausola generale di buon costume (che nel diritto sloveno è molto simile a quella del diritto tedesco). Però la giurisprudenza civile slovena era riluttante a dichiarare l'invalidità di un contratto soltanto in base alla contrarietà al buon costume. Essa preferiva ricorrere a fattispecie più specifiche, come appunto quella di usura.<sup>11</sup> Nel 1994, con la sentenza suddetta, la Corte Costituzionale slovena pose fine a questo atteggiamento restrittivo dei giudici civili. La Corte Costituzionale stabilì che l'autonomia di entrambe le parti contrattuali è protetta dalla Costituzione slovena (*Ustava Republike Slovenije*) del 1991, e precisamente dall'art. 35 che tutela i diritti della personalità,<sup>12</sup> e dall'art. 74 che tutela la libertà d'impresa.<sup>13</sup> Di conseguenza, il giudice civile è comunque obbligato a sindacare la validità di contratti manifestamente contrari a principi fondamentali del diritto contrattuale, quali il principio di buona fede e correttezza, il principio di parità tra le prestazioni, e il divieto dell'abuso del diritto, indipendentemente dalla ricorrenza dei presupposti dell'usura.

La dottrina slovena ha salutato con favore questa sentenza costituzionale,

---

10 U-I-202/93 (6 ottobre 1994), *Official Journal* n. 74/94. Cf. Š. Mežnar, 'Family Suretyships in Slovenia – an Underestimated Problem', in A. Colombi Ciacchi (cur.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity* (Baden Baden: Nomos, 2007) 247, 256-257.

11 Cf. Š. Mežnar (*supra* n. 10), 256.

12 L'art. 35 recita: 'L'inviolabilità dell'integrità fisica e mentale, la riservatezza e i diritti della personalità di ogni persona sono garantiti.'

13 L'art. 74 recita: La libera iniziativa economica è garantita. Le condizioni per la costituzione di organizzazioni commerciali devono essere stabilite dalla legge. Le attività commerciali non possono essere perseguite in un modo contrario all'interesse pubblico. Sono proibite le pratiche di concorrenza sleale e le pratiche restrittive della concorrenza in modo contrario alla legge.

riconoscendo come essa abbia introdotto un'esame sostanziale anziché formale dell'iniquità del contratto.<sup>14</sup> Anche la giurisprudenza della Corte suprema civile slovena si è conformata alla nuova giurisprudenza costituzionale. In una sentenza del 2005, la Corte suprema civile<sup>15</sup> ha finalmente riconosciuto che la norma sulla contrarietà ai buoni costumi può essere applicata direttamente al fine di dichiarare nullo un contratto manifestamente contrario a fondamentali principi morali, quali la buona fede o la parità tra le prestazioni contrattuali, indipendentemente dalla ricorrenza dei presupposti dell'usura.

### **III. La libertà contrattuale in senso sostanziale tra le Costituzioni nazionali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

Nelle costruzioni della giurisprudenza tedesca, greca e slovena sopra descritte, la libertà contrattuale in senso sostanziale è considerata come costituzionalmente garantita, e specificamente collegata al principio di autodeterminazione e libero sviluppo della personalità. Peraltro, tali principi non sono tutelati soltanto dalle costituzioni nazionali. Come ha ribadito più volte la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) non solo protegge la vita privata e familiare in senso stretto, ma anche l'identità e integrità personale, nonché l'autodeterminazione e il libero sviluppo della personalità di ogni individuo nei rapporti con altri esseri umani. Nella recente dottrina olandese, è stato proposto di applicare l'art. 8 CEDU per tutelare la parte debole la cui libertà contrattuale in senso sostanziale sia gravemente pregiudicata. A questo proposito, viene fatto proprio l'esempio della fideiussione rovinosa del familiare, in cui il fideiussore venga messo sotto pressione, da parte dell'impiegato di banca e del debitore principale, affinché firmi il contratto. In questo caso, secondo tale dottrina olandese, il contratto potrebbe essere invalidato in ragione della contrarietà all'art. 8 CEDU.<sup>16</sup>

In Olanda, già alla fine degli anni Sessanta la libertà contrattuale era stata considerata in dottrina come un diritto fondamentale non scritto.<sup>17</sup> È significati-

---

14 Š. Mežnar (*supra* n. 10) 256.

15 Caso II Ips 409/2004 (7 aprile 2005). Cf. Mežnar, *ibid.*

16 H.J. Snijders, 'Privacy of Contract', in K. Ziegler (cur.), *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy* (Oxford: Hart, 2007) 105.

17 A.G. Maris, 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civiel-

vo che la recente opinione dottrinale sopra accennata non riconduca tale diritto fondamentale alla Costituzione nazionale, bensì alla CEDU. Ciò può essere spiegato ricordando tre particolarità del diritto olandese. Anzitutto, in Olanda la CEDU è gerarchicamente sovraordinata alla Costituzione nazionale. In secondo luogo, in Olanda, come in Grecia, non esiste una Corte Costituzionale. In terzo luogo, in base all'art. 120 della Costituzione olandese, il giudice ordinario non è autorizzato a verificare la costituzionalità delle leggi ordinarie, però può verificare la loro conformità ai trattati internazionali. In effetti, in Olanda molto spesso le convenzioni internazionali, soprattutto la CEDU, vengono applicate dal giudice ordinario nella soluzione di controversie di diritto privato.<sup>18</sup>

In sostanza, la recente proposta dottrinale olandese di applicare l'art. 8 CEDU per tutelare la parte debole la cui libertà contrattuale in senso sostanziale sia gravemente pregiudicata, converge con i sopra descritti orientamenti giurisprudenziali tedeschi, sloveni e greci. Il diritto fondamentale in questione è sempre il medesimo: autodeterminazione e libero sviluppo della personalità, di cui la libertà contrattuale costituisce una specifica manifestazione. Entrambe le parti contrattuali devono ugualmente godere di tale diritto. Pertanto deve essere considerato illecito un contratto che rispetta solamente la libertà contrattuale sostanziale della parte forte, e mortifica la libertà contrattuale sostanziale della parte debole.

Sussiste tuttavia una significativa differenza tra la suddetta proposta dottrinale olandese e i principi stabiliti dalla giurisprudenza tedesca, slovena e greca. L'opinione olandese secondo cui il contratto concluso in manifesta violazione della libertà contrattuale sostanziale di una delle parti può essere invalidato per contrarietà all'art. 8 CEDU costituisce un esempio di *diretta* applicazione orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto dei contratti. Al contrario, i casi giurisprudenziali tedeschi, sloveni e greci sopra citati costituiscono esempi di *indiretta* applicazione orizzontale. Indiretta, nel senso che i diritti fondamentali non sono considerati come parametro immediato della validità dei negozi giuridici, bensì soltanto come criteri necessari di interpretazione e applicazione delle clausole generali del diritto civile, *mediante* le quali può essere sindacata la validità di tali negozi. Comunque, tale differenza è solo teorica. Dal punto di vista delle conseguenze pratiche, l'applicazione diretta o indiretta dei diritti fondamentali nel giudizio sulla validità dei contratti iniqui conduce ai medesi-

---

rechtelijke werking van grondrechten, en, zo ja, welke?' in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1969-I, first part* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1969) 12 ss. Cf. C. Mak (*supra* n. 3) 42.

18 Cf. C. Mak (*supra* n. 3) 17.

mi risultati.<sup>19</sup>

#### IV. La dimensione costituzionale della libertà contrattuale in Italia, Francia e Polonia

##### a) Italia

In Italia, il discorso costituzionale concernente la libertà contrattuale ha preso un percorso notevolmente diverso rispetto a quello tedesco, sloveno e greco. Negli anni Sessanta, la Corte Costituzionale<sup>20</sup> stabilì il principio secondo cui la libertà contrattuale non è di per sé un valore costituzionale, ma è indirettamente protetta dalla Costituzione in quanto funzionalmente collegata alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione italiana (Cost.).<sup>21</sup> Inoltre, la Corte Costituzionale precisò che la libertà di iniziativa economica e l'autonomia privata non sono illimitate e devono cedere il passo di fronte ad altri valori costituzionali di rango più elevato.<sup>22</sup> In effetti, nella Costituzione italiana la libertà di iniziativa economica non assume il rango di libertà fondamentale della persona, essendo disciplinata nel capitolo sulle relazioni economiche e sociali.<sup>23</sup> Alcune limitazioni alla libertà di iniziativa economica sono previste dallo stesso art. 41 Cost.: l'utilità sociale e la libertà, dignità e salute delle persone.

L'opinione prevalente in dottrina segue l'orientamento della Corte Costituzionale, e considera l'art. 41 Cost. come base costituzionale indiretta della libertà

---

19 Cf. A. Colombi Ciacchi, 'Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice', in K. Ziegler (ed.), *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy* (Oxford: Hart, 2007) 53; C. Mak (*supra* n. 3) 158 ss.

20 Corte cost. 20 febbraio 1962, n. 7; Corte cost. 8 aprile 1965, n. 30; Corte cost. 13 marzo 1969, n. 37, <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza>>. Per una conferma più recente di tali principi vedi Corte cost. 3-15 maggio 1990, n. 241; Corte cost. 22-30 giugno 1994, n. 268; Corte cost. 6-17 marzo 2000, n. 70, *ibid*.

21 L'art. 41 Cost. recita: L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

22 Corte cost. 13 marzo 1969, n. 37; Corte cost. 7 maggio 1976, <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza>>.

23 Cf. G. Alpa, 'Libertà contrattuale e tutela costituzionale', (1995) *Rivista critica di diritto privato* 35, 49-50.

contrattuale.<sup>24</sup> Alcuni studiosi invece preferiscono, come la dottrina e giurisprudenza tedesca, riferirsi al principio di autodeterminazione e libero sviluppo della personalità, e dunque all'art. 2 comma 1 Cost.<sup>25</sup> Tale orientamento, tuttavia, è criticato sia da quella parte della dottrina che nega all'art. 2 Cost. il carattere di fattispecie aperta,<sup>26</sup> sia da quella parte della dottrina che non considera la libertà contrattuale come libertà individuale della persona.<sup>27</sup> Peraltro, la Corte Costituzionale ha esplicitamente negato la possibilità di far rientrare l'autonomia contrattuale tra i diritti inviolabili dell'uomo ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>28</sup>

A mio avviso, comunque, la concezione sostanziale della libertà contrattuale è compatibile anche con la cultura giuridica italiana. Anzitutto, casi di restrizione contrattuale della libertà economica della parte debole, come quello a cui si riferiva la sentenza costituzionale tedesca del 1990 in materia di contratto di agenzia, potrebbero benissimo essere risolti dando applicazione orizzontale alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Peraltro, dai lavori preparatori alla Costituzione italiana risulta che con l'art. 41 si intendeva proteggere la libertà di iniziativa economica non solo nei confronti dei pubblici poteri, ma anche nei confronti di poteri economici privati.<sup>29</sup> Inoltre, la Corte Costituzionale ha riconosciuto espressamente che il limite dell'utilità sociale giustifica sia l'apposizione di condizioni restrittive all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sia la modificazione o eliminazione di clausole contrattuali in contrasto con l'utilità sociale.<sup>30</sup>

In secondo luogo, un'accezione sostanziale di tutte le libertà costituzionalmente protette è da ritenersi implicita nell'art. 3 comma 2 Cost., in base al quale è dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che limitano la *libertà ed* uguaglianza dei cittadini. Poiché l'art. 3 Cost. è intitolato "Uguaglianza", il comma 2 di tale articolo è generalmente visto come codificazione del principio di uguaglianza sostanziale. Tuttavia, a mio avviso la di-

---

24 Cf. P. Rescigno, 'L'autonomia dei privati', (1967) *Iustitia* 3; A. Pace, 'Libertà "del" mercato e "nel" mercato', (1993) *Politica del diritto* 327, 329; G. Alpa (*supra* n. 23).

25 G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, vol. I (Milan: Giuffrè, 1977) 134; id., 'Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie', (1992) *Quaderni costituzionali* 39.

26 A. Pace (*supra* n. 24) 327.

27 G. Alpa (*supra* n. 23) 45, 48.

28 Corte cost. 21 marzo 1968, n. 16, <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza>>.

29 Vedi l'intervento di Lucifero durante la seduta della prima sottocommissione del 10 settembre 1946: cf. A. Pace (*supra* n. 24) 330.

30 Corte cost. 20 febbraio 1962, n. 7 (*supra* n. 20).

sposizione in questione è ancora più ricca, perché menziona gli ostacoli economici e sociali che limitano la *libertà ed* uguaglianza dei cittadini. L'art. 3 comma 2 Cost. è dunque applicabile anche nei confronti degli ostacoli economici e sociali che limitano la libertà contrattuale sostanziale della parte debole. In effetti, la libertà contrattuale in senso sostanziale e l'uguaglianza sostanziale sono strettamente collegate: se una parte è sostanzialmente libera di determinare il contenuto del contratto, mentre la controparte non lo è, sussiste sia una disuguaglianza sostanziale tra le parti, sia una violazione della libertà contrattuale della parte debole.

b) *Francia*

In Francia, la tradizionale concezione illuministica della libertà contrattuale come libertà naturale dell'uomo perse popolarità nel ventesimo secolo, corrispondentemente allo sviluppo dello Stato sociale e interventista.<sup>31</sup> Non sorprende dunque che prima del 1997 il Consiglio costituzionale francese (*Conseil constitutionnel*) negasse la natura costituzionale del principio di libertà contrattuale.<sup>32</sup> Tuttavia, dal 1997 in poi si è assistito ad un graduale riconoscimento della dimensione costituzionale di tale principio,<sup>33</sup> riconoscimento divenuto esplicito nel 2000,<sup>34</sup> e che dal 2003 non sembra più essere messo in discussione. Nel 2003, il *Conseil* ha confermato infatti il rango costituzionale della libertà contrattuale,<sup>35</sup> argomentando in base agli art. 4 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.<sup>36</sup> Tale decisione è stata

---

31 Cf. G. Rouhette, 'Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France', in *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Jerusalem: Hamaccabi Press, 1994) 23.

32 Cons. const. 3 agosto 1994, n. 94-348, *La semaine juridique (JurisClasseur périodique)* 1995.II.22404 con nota di Y. Broussolle.

33 Cons. const. 20 marzo 1997, n. 97-388 DC, (1998) *Revue trimestrielle de droit civil* 99 con nota di N. Molfessis, JCP 1997.I.4039 con nota di M. Fabre-Magnan.

34 Cons. const. 19 dicembre 2000, n. 2000-437 DC, (2001) *Revue trimestrielle de droit civil* 229 con nota di N. Molfessis; (2001) *Revue du droit public et de la science politique* 267 con nota di J.-E. Spitz.

35 Cons. const. 13 gennaio 2003, n. 2002-465 DC.

36 L'art. 4 della *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* recita: 'La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri; così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun individuo non ha per limiti che quelli che assicurano ad altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati soltanto dalla Legge'. L'art. 16 recita: 'Ogni società nella quale non sia assicurata la ga-

accolta dalla dottrina francese come “rivalutazione della libertà contrattuale nell’ordinamento giuridico”.<sup>37</sup>

Il nuovo approccio del Consiglio costituzionale francese converge con quello della Corte Costituzionale tedesca, in quanto la libertà contrattuale è vista come manifestazione del generale principio costituzionale di libertà d’azione della persona umana. Non è escluso che in un prossimo futuro anche il *Conseil constitutionnel* abbracci una concezione sostanziale della libertà contrattuale. A mio avviso, tale concezione sostanziale potrebbe farsi discendere direttamente dall’art. 4 della Dichiarazione del 1789, secondo cui l’esercizio dei diritti di libertà di ogni persona non è soggetto ad altri limiti che quelli volti ad assicurare ad altri membri della società il godimento dei medesimi diritti. In altri termini: la libertà di una parte contrattuale di determinare il contenuto del contratto deve essere limitata qualora la controparte non sia effettivamente, ovvero sostanzialmente, in grado di godere della medesima libertà.

*c) Polonia*

La dimensione costituzionale della libertà contrattuale è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale polacca nel 2003, in un caso concernente una locazione ad uso abitativo.<sup>38</sup> In tale decisione, la Corte ha considerato la libertà contrattuale come corollario della tutela della generale libertà della persona di cui all’art. 31 della Costituzione polacca.<sup>39</sup> Il contenuto di quest’ultima norma è sostanzialmente corrispondente a quello dell’art. 4 della Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo. Secondo la Corte costituzionale polacca, in base all’art. 31 della Costituzione nessuno può essere impedito o costretto a concludere un accordo, né ad acconsentire a specifiche clausole contrattuali, a meno che la legge preveda diversamente.<sup>40</sup>

---

ranza dei diritti e determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione.’

37 B. Mathieu, ‘La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail’, (2003) *Dalloz* 641. Cf. C. Herrmann and C. Perfumi, ‘France’, in G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi e G. Comandé (cur.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview* (Cambridge University Press, 2010, in corso di pubblicazione).

38 *Trybunał konstytucyjny*, 29 aprile 2003, SK 24/02, (2003) 4A OTK ZU [33].

39 L’art. 31 della Costituzione polacca (*Konstytucja*), in vigore dal 1997, recita: La libertà della persona è protetta dalla legge. Ognuno deve rispettare le libertà e i diritti altrui. Nessuno può essere obbligato a fare ciò che non è richiesto dalla legge. ...

40 *Trybunał konstytucyjny*, 29 aprile 2003 (*supra* n. 38). Cf. A. Jańczuk e J. Krzeń-

L'orientamento della Corte Costituzionale polacca è diametralmente opposto a quello della Corte Costituzionale italiana. Infatti, con la medesima sentenza del 2003, la Corte Costituzionale polacca ha esplicitamente negato la possibilità di far discendere la libertà contrattuale dalla libertà di iniziativa economica, la quale è protetta dalla Costituzione polacca non diversamente che in Italia. La Corte costituzionale polacca ha sottolineato – a mio avviso giustamente – la diversità di ambito di applicazione della libertà contrattuale rispetto alla libertà di iniziativa economica.<sup>41</sup>

Riassumendo: la giurisprudenza tedesca, francese, greca, polacca e slovena, nonché parte della dottrina olandese, riconducono la libertà contrattuale ai diritti fondamentali di generale libertà d'azione, autodeterminazione e libero sviluppo della personalità. Solo in Italia l'opinione dominante è di opposto avviso. Inoltre, in Germania, Grecia e Slovenia, la libertà contrattuale è espressamente concepita in senso sostanziale. Ciò sarebbe possibile e logico, a mio avviso, anche in Italia, Francia e Polonia.

## V. Libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione Europea

Ritengo che gli sviluppi sopra descritti testimonino l'inizio di un'evoluzione paneuropea del modo di intendere la libertà contrattuale. Anzitutto, la dimensione costituzionale di tale libertà potrebbe teoricamente essere riconosciuta in tutti i Paesi in cui i principi di generale libertà d'azione, autodeterminazione, libero sviluppo della personalità e/o libera iniziativa economica trovano menzione nella Costituzione, ovvero la grande maggioranza dei Paesi europei. Nei Paesi che, come il Regno Unito, non prevedono una Costituzione scritta, o nei Paesi (come quelli scandinavi) alla cui cultura giuridica è comunque estranea l'applicazione della Costituzione in materia privatistica, la libertà contrattuale potrebbe essere considerata come diritto fondamentale di matrice internazionale. L'efficacia orizzontale dei diritti umani nel diritto privato è da tempo riconosciuta nel Regno Unito e nei Paesi scandinavi. In tali Paesi potrebbe essere adottata la teoria sopra citata,<sup>42</sup> secondo cui l'art. 8 CEDU protegge anche la libertà contrattuale come forma di autodeterminazione della persona.

---

ska, 'Poland', in G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi e G. Comandé (cur.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview* (Cambridge University Press, 2010, in corso di pubblicazione).

41 *Trybunał konstytucyjny*, 29 aprile 2003 (*supra* n. 38).

42 H.J. Snijders, 'Privacy of Contract' (*supra* n. 16); vedi *supra*, III.

## *La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale*

In secondo luogo, teoricamente in tutti i Paesi europei le suddette fonti costituzionali o internazionali potrebbero essere invocate a supporto di una nuova accezione della libertà contrattuale, com'è accaduto in Germania, Slovenia e Grecia. L'esperienza di molti sistemi giuridici europei dimostra che spesso, affinché tradizionali dottrine giusprivatistiche possano essere abbandonate e sostituite con nuove concezioni più moderne e più adatte ai tempi, è necessario riferirsi alla Costituzione o ad altre fonti del diritto sovraordinate alla legge ordinaria.<sup>43</sup>

In terzo luogo, in base all'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e alla giurisprudenza consolidata della Corte Europea di Giustizia, i diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU o dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono principi generali del diritto comunitario. Pertanto, estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU alla libertà contrattuale in senso sostanziale, tale principio può facilmente diventare un diritto fondamentale dell'Unione Europea.<sup>44</sup>

---

43 Cf. A. Colombi Ciacchi, 'The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice', (2006) *European Review of Contract Law*, 167-180.

44 Cf. A. Colombi Ciacchi, 'Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships', (2005) 13 *European Review of Private Law* 2005, 285-308; id., 'Jenseits der "Drittwirkung": Grundrechte, Privatrecht und Judicial Governance in Europa', in A. Furrer (cur.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs* (Bern: Stämpfli, 2006) 231-248; id., 'Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice', in K. Ziegler (cur.), *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy* (Oxford: Hart Publishing, 2007) 53-64.



# Entwicklungen im Bereich der Größenklassifizierung von Unternehmen für Zwecke der handelsrechtlichen auf europäischer und nationaler (Deutschland) Ebene

DIETRICH GRASHOFF\*

## I. Hintergrund

In der vierten Richtlinie des Rates vom 25.7.1978<sup>1</sup> werden in den Artikeln 11 und 27 erstmals Erleichterungen bei der für **kleine und mittlere Gesellschaften** festgelegt. Die Größenklassifizierungen werden anhand der Kennzahlen Bilanzsumme, Umsatzerlöse und durchschnittliche Anzahl der im Geschäftsjahr Beschäftigten vorgenommen, wobei zwei von drei Merkmalen während zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden dürfen.<sup>2</sup> Gemäß Art. 12 Absatz 2 der Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten bei den Kennzahlen nur um höchstens 10% nach oben abweichen. Die Kennzahlen wurden erstmalig wie folgt festgelegt:

	Kleine Gesellschaft	Mittelgroße Gesellschaft
Bilanzsumme TEUR	3.650	14.600
Umsatzerlöse TEUR	7.300	29.200
Arbeitnehmer	50	250

Nach Art. 6 der siebten Richtlinie des Rates vom 13.6.1983<sup>3</sup> können die Mitgliedstaaten Unternehmen von der Verpflichtung zur Konzern freistellen, sofern im Konzern auf der Grundlage einer Probekonsolidierung die Kennzahlen für mittelgroße Gesellschaften nicht überschritten werden.<sup>4</sup> Die gleiche

---

\* Der Verfasser ist Gesellschafter der FIDES Treuhandgesellschaft KG und Honorarprofessor für Steuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bremen. Er bedankt sich bei Thorben Feldhaus, ZERP Bremen, für die Unterstützung bei der Überarbeitung des Aufsatzes.

1 78/660/EWG, so genannte Bilanzrichtlinie; *Manfred A. Deuses*, Handbuch des Eu-Wirtschaftsrechts, 24. Ergänzungslieferung 2009, Rn. 168.

2 *Winfried Morck*, in: Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Auflage, 2007, § 264, Rn. 1 ff.

3 83/349/EWG, so genannte Konzernrichtlinie.

4 *Dauses* (Fn.1), Rn. 125.

Rechtsfolge gilt bei Addition aller Kennzahlen von Unternehmen, die in den Konzernabschluss einbezogen werden, wobei sich die Werte der Bilanzsumme und Umsatzerlöse um jeweils 20% erhöhen.

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments des Rates vom 14.6.2006<sup>5</sup> änderte die Kennzahlen wie folgt:

	Kleine Gesellschaft	Mittelgroße Gesellschaft
Bilanzsumme TEUR	4.400	17.500
Umsatzerlöse TEUR	8.800	35.000
Arbeitnehmer	50	250

Art. 12 Absatz 2 der Bilanzrichtlinie gestattet den Mitgliedstaaten eine **Abweichung** von höchstens **10% der Werte nach oben** „bei der Umrechnung in nationale Währungen“. Die Bundesrepublik Deutschland hat ungeachtet der Tatsache, dass das Erfordernis einer Umrechnung nicht besteht, weil der Euro die nationale Währung der Bundesrepublik Deutschland ist, dennoch das Wahlrecht der Erhöhung der Kennzahlen in Anspruch genommen und stets voll ausgeschöpft.

## II. Reformvorschläge

Seit 2007 bestehenden Bestrebungen innerhalb der EU, neben dem Klein-, Mittel- und Großformat eine weitere Größenklassifizierung für **Kleinst- oder Mikrounternehmen** einzuführen. Den Ausgang nahm die Mitteilung der Kommission über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, und Abschlussprüfung vom 10.7.2007.<sup>6</sup> Unter Anhang 4 wird die Einführung der Größenkategorie des „**Kleinstbetriebes**“ gefordert.

Bezug genommen wird auf die Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003<sup>7</sup>, welche die Einführung einheitlicher Definitionen von Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen fordert. Kleinstunternehmen sind hiernach solche, die weniger als 10 Personen beschäftigen und dessen Umsatzerlöse

---

5 2000/46/EG, so genannte Abänderungsrichtlinie; vgl. *Karl Petersen/Christian Zwirner*, Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG: Gesetze, Materialien, Erläuterungen, 1. Auflage, 2009, S. 172 f.

6 KOM(2007) 394 endgültig.

7 2003/361/EG, ABl. 2003 L 124/36.

und Bilanzsumme TEUR 2.000 nicht überschreiten. Abweichend von dieser Definition schlägt die Kommission in dem Papier vom 10.7.2007 vor, die Kennzahlen für Kleinstunternehmen bei die TEUR 500 Bilanzsumme, TEUR 1.000 Umsatzerlösen und 10 Beschäftigten festzulegen. Diese Unternehmen sollen von den Richtlinien zur gänzlich freigestellt werden.<sup>8</sup>

Es wird ferner empfohlen die bisherige **Zweijahresfrist**, die sowohl für das Überschreiten als auch das Unterschreiten von Größenmerkmalen gilt, auf eine Fünfjahresfrist für das Überschreiten und eine Einjahresfrist für das Unterschreiten zu modifizieren.<sup>9</sup> Zudem wird vorgeschlagen die **Änderung der Schwellenwerte** der Kommission überlassen, die dann eine turnusmäßige Anpassung der Schwellenwerte vornehmen kann. Kleine Unternehmen sollten von der **Offenlegungspflicht** gänzlich befreit werden. Die für kleine Unternehmen geltenden Befreiungen sollten auch bei mittleren Unternehmen anwendbar sein, wenn alle Geschäftsführer zugleich auch Inhaber der Gesellschaft sind.<sup>10</sup>

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat einen **Vorschlag für eine Richtlinie** des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Bilanzrichtlinie im Hinblick auf **Kleinstunternehmen** vom 26.2.2009 unterbreitet. Hiernach soll ein neuer Absatz 1a eingeführt werden, nach welchem Unternehmen, die am Bilanzstichtag zwei der drei oben genannten Schwellenwerte nicht überschreiten, von den Verpflichtungen der Bilanzrichtlinie ausgenommen werden können.<sup>11</sup>

### **III. Kritische Würdigung und deutsche Umsetzung**

Ein weiteres **Konsultationspapier** der Europäischen Kommission vom 26.2.2009<sup>12</sup> greift diese Gedanken erneut auf und stellt die **Anzahl der Größenklassifizierung** insgesamt in Frage. Basierend auf Quellen der Jahre 2005 bis 2008 wird die Anzahl der Unternehmen innerhalb der Europäischen Union in den einzelnen Größenklassen dort wie folgt zitiert:

---

8 KOM(2007) 394 endgültig, S. 8 f., 17 f.

9 KOM(2007) 394 endgültig, S. 18.

10 KOM(2007) 394 endgültig, S. 19.

11 KOM(2009) 83 endgültig, S. 8 f.

12 KOM(2009) 83 endgültig.

	Mikro	Klein	Mittel	Groß	Gelistet	Gesamt
Anzahl	5.369.738	1.477.882	206.419	96.562	7.608	7.158.209
In %	75%	21%	3%	1%	0%	100%

In Anbetracht der überwiegenden Anzahl von Kleinstunternehmen schlägt die Kommission vor, diese Unternehmen einer **eigenen Größenkategorie** zuzuweisen. Ferner wird angeregt, dass Mittelformat entweder dem Klein- oder dem Großformat zuzuschlagen.<sup>13</sup>

Auf **nationaler, deutscher Ebene** ist eine wesentliche Bilanzrechtsreform durch das Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (**BilMoG**)<sup>14</sup> umgesetzt worden. Das Gesetz findet bezogen auf die Veränderung von Schwellenwerten für Geschäftsjahre Anwendung, die nach dem 31.12.2007 beginnen, im Übrigen im wesentlichen für Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2009 beginnen. Das deutsche Handelsbilanzrecht ist seit jeher stark rechtsformbezogen. Regelungen zur fanden sich ursprünglich im Wesentlichen im **Aktiengesetz** und im **GmbH-Gesetz**. Mit dem **Bilanzrichtliniengesetz** von 1985<sup>15</sup> wurden besondere svorschriften für alle Kapitalgesellschaften geschaffen.<sup>16</sup> Die allgemeinen svorschriften waren für Kaufleute, die nicht Kapitalgesellschaften sind, anwendbar. Durch das **Kapitalgesellschaften & Co.-Richtliniengesetz**<sup>17</sup> wurden im Jahr 2000 die Vorschriften für Kapitalgesellschaften auf haftungsbeschränkte Personengesellschaften (so genannte KapCos) ausgedehnt.

Durch das **BilMoG** wurden zahlreiche Wahlrechte im Bereich der allgemeinen svorschriften abgeschafft, so dass die rechtsformgetriebene Differenzierung der Ausgestaltung der spflichten stark in den Hintergrund getreten ist. Statt dessen ist in Deutschland durch das BilMoG die Kategorie des **Kleinstunternehmens** eingeführt worden, welches keine besonderen svorschriften anzuwenden hat. Auf der anderen Seite hat das **Kapitalmarktrecht** Einfluss auf die kapitalmarktorientierter Unternehmen genommen. Zu nennen ist insbesondere die IAS-Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002<sup>18</sup>, welche die Anwendung internationaler sstandards für kapitalmarktorientierte Unternehmen vorschreibt.

13 KOM(2009) 83 endgültig, S. 4 ff.

14 G. v. 25.05.2009 BGBl. I S. 1102.

15 G. v. 19. 12. 1985 BGBl I 2355.

16 *Walther Busse von Colbe*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band IV, 2. Auflage, 2008, Vorbemerkungen v. § 290ff., Rn. 2 f.

17 G. v. 25.02.2000 BGBl. 2000 I, 154.

18 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002; Abl. 2002 L 243.

#### **IV. Zusammenfassende Würdigung**

Es werden folgende **Thesen** aufgestellt:

- **Kleinstunternehmen** sollen generell von den sverpflichtungen der Bilanzrichtlinie **ausgenommen** werden. Ein diesbezügliches Mitgliedstaatenwahlrecht geht im Sinne der erforderlichen Deregulierung nicht weit genug.
- Die **Zweijahresfrist** des Über- bzw. Unterschreitens der Kennzahlen hat sich bewährt und sollte nicht durch eine Fünf- oder Einjahresfrist abgelöst werden. Ausnahmen bestehen nach wie vor im Rahmen von Unternehmensgründungen sowie Umwandlungsvorgängen.
- Ein **kurzfristigeres Anpassen der Schwellenwerte** ist aus Gründen der Transparenz für sadressaten abzulehnen. Dementsprechend sollte eine turnusmäßige Anpassung der Schwellenwerte und Übertragung der Änderungsbefugnis auf die Kommission vermieden werden.
- Das Kleinformat setzt sich vom Mittelformat durch die Möglichkeit zahlreicher serleichterungen *de lege lata* deutlich ab. Die Erleichterungen des Mittelformats in Abgrenzung zum Großformat sind deutlich geringer. Das **Mittel- und Großformat** kann daher **zusammengefasst** werden.
- Die in Deutschland gegebene historisch bedingte **Unterscheidung** der sanforderungen **nach der Rechtsform** ist überholt. Die Kriterien der Unternehmensgröße und der Kapitalmarktorientierung sind relevante Unterscheidungsmerkmale von Unternehmen.
- Weil auch auf europäischer Ebene eine bestimmte **Rechtsform** für die Inanspruchnahme der Erleichterung von **Kleinstunternehmen** nicht vorausgesetzt wird, sollte dies auch in Deutschland keine Voraussetzung sein. Entgegen der bisherigen Regelung im BilMoG sollte das Format des Kleinstunternehmens daher auch Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften eröffnet werden.
- Unabhängig von der Rechtsform sollten zukünftig **folgende Unternehmensklassifizierungen** gelten:
  - Kleinstunternehmen
  - kleine Unternehmen
  - mittlere und große Unternehmen
  - kapitalmarktorientierte Unternehmen

## Riassunto Italiano

### La classificazione quantitativa delle imprese ai fini del controlling al livello tedesco ed europeo

DIETRICH GRASHOFF

Nella quarta direttiva del Consiglio del 25 luglio 1978 (78/660/CEE, c.d. **direttiva sui bilanci**) vengono stabilite per la prima volta, agli art. 11 e 27, agevolazioni riguardo alla contabilità di **società piccole e medie**. Le classificazioni quantitative vengono operate in base ai dati sul bilancio complessivo (*Bilanzsumme*), sul fatturato e sul numero medio di dipendenti durante l'anno di esercizio, tenendo però conto del fatto che due di questi tre limiti quantitativi non possono essere superati durante due consecutivi anni di esercizio. Secondo l'art. 12 comma 2 della direttiva, gli Stati membri possono derogare a questi limiti quantitativi eccedendovi per un massimo del 10%. Tali limiti quantitativi sono stati fissati per la prima volta nel modo seguente:

	<b>Società piccole</b>	<b>Società medie</b>
Bilancio complessivo	3,65 milioni di Euro	14,6 milioni di Euro
Fatturato	7,3 milioni di Euro	29,2 milioni di Euro
Dipendenti	50	250

Secondo l'art 6 della settima direttiva del Consiglio del 13 giugno 1983 (83/349/CEE, c.d. **direttiva sui gruppi di imprese**), gli Stati membri possono esonerare le imprese dall'obbligo di controlling, nella misura in cui nel gruppo di imprese, sulla base di un consolidamento di prova (*Probekonsolidierung*), non risultino superati i limiti quantitativi previsti per le società medie. La stessa conseguenza giuridica si applica ad una somma dei dati relativi a tutte le imprese del gruppo, ma i limiti quantitativi riguardanti il bilancio complessivo e il fatturato vengono aumentati del 20%.

La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006 (2000/46/CE, c.d. **direttiva di modifica**) modificò i limiti quantitativi nel modo seguente:

	<b>Società piccole</b>	<b>Società medie</b>
Bilancio complessivo	4,4 milioni di Euro	17,5 milioni di Euro
Fatturato	8,8 milioni di Euro	35 milioni di Euro
Dipendenti	50	250

*La classificazione quantitativa delle imprese ai fini del controlling al livello tedesco ed europeo*

L'art. 12 comma 2 della direttiva sui bilanci autorizza gli Stati membri a **derogare a tali limiti eccedendovi per un massimo del 10%** “nel cambio in valute nazionali”. La repubblica federale tedesca, malgrado il requisito del cambio non sussista in quanto la valuta nazionale tedesca è l'Euro, si è avvaluta sempre pienamente dell'opzione di aumentare i limiti quantitativi.

A partire dal 2007, all'interno dell'Unione Europea sussistono tendenze verso l'introduzione, accanto alle imprese di formato piccolo, medio e grande, un'ulteriore classificazione quantitativa per le **imprese piccolissime o micro**. Il punto di partenza è costituito da una Comunicazione della Commissione Europea del 10 luglio 2007 su una semplificazione del contesto in cui operano le società in materia di diritto societario, contabilità e revisione contabile. All'allegato n. 4 si richiede l'introduzione della categoria dell'”**impresa piccolissima**”. Viene fatto riferimento alla Raccomandazione della Commissione Europea del 6 maggio 2003 (2003/361/CE, GUCE L 124/36), che richiede l'introduzione di definizioni unitarie di impresa piccolissima, piccola e media. Piccolissime sarebbero le imprese con meno di 10 dipendenti, il cui fatturato e bilancio complessivo non superino i 2 milioni di Euro. In deroga a tale definizione, la Commissione Europea nella sua Comunicazione del 10 luglio 2007 propone di fissare i limiti quantitativi per le imprese piccolissime in 500 mila Euro di bilancio complessivo, 1 milione di Euro di fatturato, e 10 dipendenti. Tali imprese dovrebbero essere esonerate completamente dalle direttive sulla contabilità.

Inoltre, si raccomanda la modificazione dell'attuale **termine biennale**, che vale per il superamento dei limiti quantitativi sia per eccesso che per difetto, e la sua sostituzione con un termine quinquennale per il superamento per eccesso, e un termine annuale per il superamento per difetto. Poi si propone di demandare la **modifica dei valori limite** alla Commissione Europea, che può effettuare un adeguamento periodico. Le piccole imprese dovrebbero essere esonerate dagli obblighi di pubblicità. Gli esoneri validi per le piccole imprese dovrebbero essere applicabili anche alle medie imprese, nel caso in cui tutti gli amministratori siano al contempo anche titolari della società.

La Commissione Europea ha presentato il 26 febbraio 2009 una **proposta di direttiva** volta a modificare la direttiva sui bilanci riguardo alle **imprese piccolissime**. In base a tale proposta, dovrebbe essere introdotto un nuovo comma 1a, secondo cui possono venire esonerate dagli obblighi previsti dalla direttiva sui bilanci le imprese che alla data di chiusura del bilancio non superino per eccesso due dei tre suddetti valori limite.

Un ulteriore **documento consultativo** della Commissione Europea del 26

febbraio 2009 riprende le medesime idee e mette in discussione i **numeri della classificazione quantitativa** nel complesso. In base a fonti degli anni 2005-2008, il numero di imprese all'interno dell'Unione Europea nelle singole categorie quantitative viene citato come segue:

	Micro	Piccole	Medie	Grandi	Quotate in borsa	Totale
Numero	5.369.738	1.477.882	206.419	96.562	7.608	7.158.209
In %	75%	21%	3%	1%	0%	100%

Considerato il numero predominante di imprese piccolissime, la Commissione propone di far rientrare queste imprese in una **categoria quantitativa a sé stante**. Viene inoltre sollevata l'idea di ordinare le imprese medie o tra le piccole o tra le grandi.

Al livello **tedesco, nazionale** un'importante riforma della disciplina del bilancio è stata attuata con l'entrata in vigore della legge di ammodernamento della disciplina del bilancio (*Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, BilMoG*). Questa legge si applica, relativamente alla modifica dei valori limite, per gli anni di esercizio che iniziano dopo il 31 dicembre 2007, e per il resto, essenzialmente per gli anni di esercizio che iniziano dopo il 31 dicembre 2009. La disciplina tedesca del bilancio commerciale presenta da sempre un forte riferimento alla forma giuridica. Norme sulla contabilità si trovavano originariamente soprattutto nelle leggi sulla società per azioni (*Aktiengesetz*) e sulla s.r.l. (*GmbH-Gesetz*). Con la legge direttiva sul bilancio (*Bilanzrichtliniengesetz*) del 1985, particolari disposizioni sulla contabilità sono state introdotte per tutte le società di capitali. Le norme generali sul contabilità erano applicabili ai commercianti che non fossero società di capitali. Con la legge direttiva sulle società di capitali & Co. (*Kapitalgesellschaften & Co.-Richtliniengesetz*) del 2000, le norme sulle società di capitali sono state estese alle società di persone a responsabilità limitata (le c.d. *KapCos*).

Con il **BilMoG** sono stati abrogati diversi diritti d'opzione nell'ambito delle norme generali sulla contabilità, così che la differenziazione, che prendeva le mosse dalla forma giuridica, della configurazione degli obblighi di controlling è nettamente finita in secondo piano. Al suo posto, in Germania è stata introdotta dal *BilMoG* la categoria dell'**impresa piccolissima**, che non deve applicare alcuna disposizione particolare sulla contabilità. D'altra parte, la **disciplina del mercato di capitali** ha esercitato influenza sulla contabilità delle imprese orientate al mercato di capitali. Degno di menzione è in particolare il Regolamento IAS del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 luglio 2002,

che prescrive l'applicazione degli standard di controlling per le imprese orientate al mercato di capitali.

Questa relazione presenta le **tesi** seguenti:

- Le **imprese piccolissime** devono essere generalmente **esonerate** dagli obblighi di controlling previsti dalla direttiva sui bilanci. Un corrispondente diritto di opzione degli Stati membri non basta, ai fini della necessaria *deregulation*.
- Il **termine biennale** relativo al superamento dei valori limite per eccesso o per difetto si è affermato nella prassi, e non dovrebbe essere sostituito da un termine quinquennale o annuale. Eccezioni continuano a sussistere nell'ambito della fondazione di nuove imprese o dei processi di conversione.
- Un **adeguamento a più breve termine dei valori limite** va rifiutato, per ragioni di trasparenza per i destinatari del controlling. Di conseguenza andrebbero evitati l'adeguamento periodico dei valori limite e il trasferimento alla Commissione Europea della facoltà di modificarli.
- *De lege lata*, la categoria della piccola impresa si differenzia nettamente dalla categoria della media impresa attraverso la possibilità di diverse agevolazioni del controlling. Le agevolazioni delle medie imprese rispetto alle grandi imprese sono molto più limitate. Le categorie della **media e grande impresa** potrebbero dunque essere **riunite**.
- La **distinzione** tedesca, fondata su ragioni storiche, dei requisiti di controlling a seconda della **forma giuridica** è superata. I criteri delle dimensioni dell'impresa e dell'orientamento al mercato di capitali sono rilevanti caratteristiche distintive delle imprese.
- Poiché anche a livello europeo non si presuppone una certa **forma giuridica** per l'avvalersi delle agevolazioni alle **imprese piccolissime**, ciò non dovrebbe presupporre nemmeno in Germania. Contrariamente a quanto previsto finora dal *BilMoG*, la categoria dell'impresa piccolissima dovrebbe dunque essere aperta sia alle società di persone che alle società di capitali.
- Indipendentemente dalla forma giuridica, in futuro dovrebbero valere le seguenti classificazioni delle imprese:
  - imprese piccolissime
  - piccole imprese
  - imprese medie e grandi
  - imprese orientate al mercato di capitali.



# Europäische Handelsgerichte als soziale Institution

HERMANN B. HOFFMANN\*

## I. Einleitung

Wie erreicht man es, kleineren und mittleren Unternehmen den Handel im EU-Binnenmarkt zu erleichtern? Diese Frage stellt sich die EG-Kommission und hat hierzu einen Zehn-Punkte-Plan („*Small Business Act*“) erstellt.<sup>1</sup> Ziel des Konzepts ist es, bürokratische Hürden abzubauen, die gerade kleinere Unternehmen erheblich belasten. Auf dem Gebiet des Privatrechts soll diese Zielsetzung erreicht werden, indem die Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt weiter vorangetrieben wird, um so die bestehende Rechtsunsicherheit zu reduzieren. Die Kommission ist mit dieser Position in guter Gesellschaft; fast ganz (Privatrechts-) Europa diskutiert über Rechtsvereinheitlichung. Teilweise wird diese befürwortet oder man bevorzugt – als Gegenposition hierzu – einen Wettbewerb der Privatrechtsordnungen. Vereinheitlichung oder Diversität des Rechts<sup>2</sup> ist eine bedeutende Frage,<sup>3</sup> der mit Recht viel Aufmerksamkeit gewidmet wird. Für unsere Ausgangsfrage, wie mittelständische Unternehmen einfacher im Binnenmarkt Handel treiben können, stellt dies jedoch nur einen Teilaspekt dar. Denn „law in action“ setzt auch eine einfache, kostengünstige Möglichkeit der Rechtsanwendung voraus – der Zugang zum Recht darf in einer solchen Debatte nicht fehlen.

Der europäische Binnenmarkt ist von Beginn an auf den Abbau von Han-

---

\* Hermann B. Hoffmann ist wiss. Mitarbeiter am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“, Teilprojekt A 4 „Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen“ sowie am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, internationales Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie (Prof. Dr. Galf-Peter Calliess) an der Universität Bremen. Nähere Informationen unter: <<http://www.staat.uni-bremen.de>> oder <<http://www.handelsrecht.uni-bremen.de>>.

1 <[http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba\\_de.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_de.htm)> (letzter Zugriff am 24. April 2009).

2 Vgl. hierzu die Beiträge im gleichnamigen Sammelband von *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, 2002.

3 Eine Übersicht findet sich bei *Meinrad Dreher*, *Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?*, *JuristenZeitung (JZ)* 1999, 105-112.

delshemmnissen ausgerichtet,<sup>4</sup> insbesondere die Grundfreiheiten des EG-Vertrages gewährleisten einen freien Handelsverkehr. Zölle, Abgaben, mengenmäßige Beschränkungen können den freien Warenverkehr behindern. All diese *rechtlichen* Handelsbehinderungen sind heute jedem in Wissenschaft und Praxis wohlvertraut. Dass Rechtsunsicherheit so hohe Kosten verursachen kann, dass dies letztlich zum *faktischen* Handelshemmnis wird, bleibt in der juristischen Debatte weitgehend ausgeklammert.<sup>5</sup> Rechtssicherheit steht als Begriff für ganz unterschiedliche Aspekte; wenn im Folgenden von Rechtssicherheit die Rede ist, dann ist damit die Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche gemeint. Das Recht erfüllt dabei eine Sicherungsfunktion; es gibt ein Versprechen, um Erwartungen stabilisieren zu können, bzw., zivilrechtlich gesprochen, es wird dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zur Geltung verholfen. Rechtssicherheit wird hier mehr als Planungssicherheit verstanden, welche das Recht(-ssystem) zu gewährleisten hat. Ökonomen bezeichnen diese Konstellation daher auch als „Transaktionssicherheit“.<sup>6</sup>

Unsere empirischen Untersuchungen am Bremer Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ belegen,<sup>7</sup> dass eben jene „Transaktionssicherheit“ im internationalen Bereich durch Private und nicht durch den Staat erzeugt wird. Dies ist insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen eine unbefriedigende Situation, denn diese Unternehmen leiden am meisten, wenn es an staatlicher Rechtssicherheit fehlt. Während multinationale Konzerne gänzlich

---

4 Vgl. zur Historie statt vieler etwa *Fritz Rittner/Meinrad Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, 2008, 54-59.

5 Den Wirtschaftswissenschaften ist dieses juristische Problem hingegen bekannt: *James E. Anderson*, Why Do Nations Trade (so little)?, (2000) 5 (2) *Pacific Economic Review* (PER) 115-134, sowie *Helmut Wagner*, Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty, in: Jan Smits (Hrsg.), *The need for a European contract law*, Groningen 2005, 26-45; *ders.*, Rechtsunsicherheit und Wirtschaftswachstum, in: Sylke Behrends (Hrsg.), *Ordnungskonforme Wirtschaftspolitik in der Marktwirtschaft*, 1997, 227-253.

6 *Dieter Schmidtchen*, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – eine Lösung auf der Suche nach dem Problem? Die Sicht der Neuen Institutionenökonomik, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, 1-46 (8): „*Transaktionssicherheit ist gewährleistet, wenn gut begründete Erwartungen bestehen, dass die beim Transfer von Nutzungsrechten abgegebenen Versprechen eingehalten werden.*“.

7 *Graf-Peter Calliess/Thomas Dietz/Wioletta Konradi/Holger Nieswandt/Moritz Renner/Fabian Sosa*, Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, in: Achim Hurrelmann/Stephan Leibfried/Kerstin Martens/Peter Mayer (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, 2008, 143-175.

andere (finanzielle) Möglichkeiten zur Umgehung von Rechtsunsicherheit besitzen,<sup>8</sup> sind kleine Unternehmen und Existenzgründer auf eine möglichst effektive staatliche Unterstützung in diesem Bereich angewiesen. Gerade die Schwächeren benötigen die Hilfe des Rechts,<sup>9</sup> während der wirtschaftlich Starke im Zweifel gar nicht darauf angewiesen ist, sondern sich anderer Mittel bedient.<sup>10</sup> Trotz aller Bemühungen des europäischen Gesetzgebers durch Rechtsangleichung der Rechtsunsicherheit entgegenzutreten, bleibt es immer bei der Rechtsanwendung durch nationale Gerichte.<sup>11</sup> Internationale Rechtsstreitigkeiten in nationalen Gerichten ist eine Mischung, die nicht immer verträglich ist.<sup>12</sup>

Setzt man den Fokus der Analyse auf die Gerichte – so wie es dieser Beitrag versucht – dann wird schnell klar, dass Rechtsvereinheitlichung den kleineren und mittleren Unternehmen nur bedingt nützt. Auch mit dem nun gegebenen einheitlichen Kollisionsrecht im (europäischen)<sup>13</sup> internationalen Privatrecht bleibt es bei dem Problem, dass internationale Streitfälle vor nationalen Gerichten landen. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts ist eine Flucht aus den staatlichen Gerichten erkennbar,<sup>14</sup> wenn es um internationale

---

8 Multinationale Konzerne können grenzüberschreitenden Handel innerhalb des Konzerns betreiben, so dass sie auf diese Weise nicht auf staatliche Unterstützung angewiesen sind, vgl. *Oliver E. Williamson, The Economics of Governance*, (2005) 95 (2) *American Economic Review (AER)* 1-18 (9): *“Access to the courts being denied, the parties must resolve their differences internally, which is to say that the firm becomes its own court of ultimate appeal.”*

9 So auch die Grundidee eines “Sozialen Schuldrechts”, eine lehrbuchartige Darstellung hierzu geben *Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht AT*, Teilband I, 8. Auflage, 1995.

10 *David Charny, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, (1990) 104 *Harvard Law Review* 373.

11 Treffend: *Volkmar Gessner, The Institutional Framework*, in: Volkmar Gessner (Hrsg.), *Foreign courts*, Dartmouth 1996, 15-41 (40): *„But the basic pattern that courts are national institutions with virtually no knowledge of other legal system and other legal cultures remains unchanged [...]”*.

12 *Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, 2004, § 22 II, 1050: *„Wer im Ausland sein Recht suchen muss, braucht mehr Zeit, Kraft und Geld als im Inland; er muss unbekanntem Anwälten trauen, hat Sprachschwierigkeiten, findet sich im fremden Recht und Gerichtswesen nur mühsam zurecht. Oft ist er überhaupt nicht imstande im Ausland vorzugehen.“*

13 Ein europäisches IPR ist derzeit noch in der Entstehungsphase, vgl. hierzu jüngst *Christian Heinze, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts*, in: *Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, 2008, 105-127.

14 *Paul Hobeck, Flucht aus der deutschen Gerichtsbarkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten – warum?*, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 2005, 177.

Streitfälle geht.<sup>15</sup> Gefragt ist daher nach neuen Wegen: Die Idee, europäische Handelsgerichte einzurichten, soll zunächst auf Basis der Erkenntnisse der Theorie der Neuen Institutionenökonomik begründet werden, bevor dann eine Skizze zur Umsetzung dieser Idee gegeben wird.

## II. Handelsgerichte zur Schaffung (staatlicher) Rechtssicherheit aus Perspektive der Neuen Institutionenökonomik

Beginnen wir mit unserer Ausgangsfrage: Wie kann man einem Existenzgründer den Handel im Binnenmarkt erleichtern? Die Vertreter der Neuen Institutionenökonomik hätten hierzu eine klare Antwort parat: Es kommt auf die Institutionen an! Bestehen Institutionen, die wirksam und *kostengünstig* die Einhaltung vertraglicher Zusagen sicherstellen, dann ist dies ein bedeutender Eckpfeiler für wirtschaftliches Wachstum.<sup>16</sup> Unter einer Institution verstehen die Neoinstitutionalisten formelle oder informelle Regeln einschließlich eines Systems zur Durchsetzung dieser Regeln.<sup>17</sup> Der Zweck von Institutionen besteht darin, die grundsätzlich immer gegebene Unsicherheit<sup>18</sup> zu minimieren; sie strukturieren das Alltags- und Wirtschaftsleben.<sup>19</sup> Institutionen können staatlich bereitgestellt werden oder durch Private geschaffen werden. Insbesondere durch technischen Fortschritt entsteht institutioneller Wandel, der, über einen längeren Zeitraum betrachtet, die Institutionen unter Anpassungsdruck setzt.<sup>20</sup>

---

15 Don Peters, Can We Talk? Overcoming Barriers to Mediating Private Transborder Commercial Disputes in the Americas, (2008) 41 (5) Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1251 (1261): “*They [businesses] choose arbitration because they see no real litigation alternative*”; sowie Graf-Peter Calliess/Hermann B. Hoffmann, Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2009, 1 ; dies., Legal Services for International Commerce – Made in Germany?, (2009) 10 (2) German Law Journal 115-122.

16 Douglass C. North, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, 1992, 65: „...*die Unfähigkeit von Gesellschaften, wirksam und mit geringen Kosten die Erfüllung von Verträgen zu sichern, [ist] die wichtigste Ursache sowohl historischer Stagnation wie auch der Unterentwicklung der Dritten Welt der Gegenwart.*“.

17 Rudolf Richter/Eirik Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 3. Auflage, 2003, 582.

18 Grundlegend Frank H. Knight, Risk, Uncertainty and Profit, Boston 1921.

19 North, 1, 6 ff.

20 ders., 123: „*Technischer Wandel und institutioneller Wandel sind die entscheidenden Faktoren in der Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft, und beide weisen*

Der internationale Handelsverkehr der Moderne, aber auch der Historie<sup>21</sup>, führt seine Geschäfte weitgehend ohne Inanspruchnahme staatlicher Institutionen durch. In Abwesenheit eines Weltstaates mit Weltrecht und vor allem Weltgerichten waren international agierende Unternehmen schon immer auf private Selbsthilfe angewiesen.<sup>22</sup> Staatliches Recht kommt dabei zwar oft vor privaten Schiedsgerichten zur Anwendung,<sup>23</sup> aber nicht vor staatlichen Gerichten. Zum Teil wird jedoch auch gänzlich auf staatliches Recht verzichtet: Private Rechtssetzung und private Rechtsanwendung kann durchaus im internationalen Handelsverkehr beobachtet werden.<sup>24</sup> Jedoch darf nicht übersehen werden, dass eine solche Form privater Selbstregulierung – insbesondere innerhalb kleiner Branchen – zwar gut funktioniert,<sup>25</sup> aber letztlich nur für diejenigen, die es sich leisten können. Dem Kleingewerbetreibenden, der die Honorare spezialisierter Anwaltskanzleien<sup>26</sup> oder die Gebühren privater Schiedsrichter

---

*die Merkmale der Verlaufsabhängigkeit auf.“*

- 21 Vgl. zur institutionellen Organisation des Handels im Mittelalter *Avner Greif*, Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System, (2005) 5 *Chicago Journal of International Law (CJIL)* 109-138.
- 22 *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung - Band I, 1936, 47 „staatliche Gerichte werden von der Wirtschaft gemieden“; ähnlich *Hans Großmann-Doerth*, Das Recht des Überseekaufs Band I, 1930, 40: „Das staatliche Recht ist diejenige Rechtsquelle, welche für den Überseekauf die geringste Bedeutung hat“.
- 23 Vgl. mit empirischen Nachweis hierzu *Stefan Voigt*, Are International Merchants Stupid? – Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory, (2008) 5 *Journal of Empirical Legal Studies (JELS)* 1-20; *Christopher R. Drahozal*, Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant, (2005) 80 *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)* 523.
- 24 *Andreas Maurer/Anna Beckers*, Lex Maritima, in: Soziologische Jurisprudenz - Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, 2009, 811-825 und *Graf-Peter Calliess/Moritz Renner*, Rechtssicherheit ohne Staat? Eine empiriegestützte Theorie, in: Dieter Gosewinkel/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, 2008, 205-222.
- 25 Vgl. hierzu *Calliess/Dietz/Konradi/Nieswandt/Renner/Sosa*, S. 143-175, wo die Autoren eine Kurzzusammenfassung ihrer empirischen Forschungsarbeit geben, die u.a. in der Software- und Holzhandelsindustrie, am Bremer Sonderforschungsbereich 597 in den Jahren 2003-2006 durchgeführt wurde.
- 26 Vgl. zur Bedeutung von Großkanzleien für den internationalen Handel: *John Flood*, Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions, (2007) 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 35-66; *Hans-Jürgen Hellwig*, Zum Einfluss der Globalisierung auf das Recht und auf das Verhalten von Beratern und Organen von Unternehmen, in: Festschrift für Norbert Horn zum 70.

nicht zahlen kann, bleibt diese Tür verschlossen.<sup>27</sup> Von einem zu überschaubaren Kosten verfügbaren, adäquaten, staatlichen Angebot würden daher insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen profitieren.<sup>28</sup>

Zur Beantwortung der Frage, warum sich der internationale Handelsverkehr überwiegend privater Gerichte und teilweise auch privater Rechtsregelwerke bedient, könnte man eine Vielzahl von Aspekten anführen und diskutieren.<sup>29</sup> Auch könnte man mit guten Gründen argumentieren, die Wirtschaft scheue staatliche Eingriffe und favorisiere es generell, aufkommende Konflikte untereinander selbst zu regeln. Stimmt man dem zu, dann wäre es überhaupt gleichgültig, welche Struktur von Gerichten ein Staat vorhält, da es letztlich es darauf gar nicht ankäme. Zwar ist es zutreffend, dass Handel auch in „staatenlosen Gesellschaften“<sup>30</sup> funktioniert, jedoch lehrt die Wirtschaftshistorie, dass der wirtschaftliche Aufschwung einer Gesellschaft in hohem Maße davon abhängig ist, ob es dem Staat gelingt, einerseits private Eigentumsrechte zu bestimmen, zu schützen und – das ist hier von entscheidender Bedeutung – den Handel mit privaten Eigentumsrechten zu ermöglichen, indem die Durchsetz-

---

Geburtstag, 2006, 377-385 und bzgl. mittelständischer Anwaltskanzleien *Fabian Sosa*, Vertrag und Geschäftsbeziehung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, 2007.

27 Daneben kann unter einer Privatisierung der Rechtsprechung die Rechtsfortbildung leiden, sofern man davon ausgeht, dass private Schiedsgerichte überwiegend vertraulich verhandeln und Schiedssprüche nur sporadisch mit ausgewähltem Inhalt veröffentlicht werden, vgl. hierzu *Christian Duve/Moritz Keller*, Privatisierung der Justiz - bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke? – Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung in der Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2005, 169ff. und die Debatte „The vanishing trial“ in der US-amerikanischen Literatur: *Marc Galanter*, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, (2004) 1 (3) *JELS* 459-570; *John Lande*, Shifting the focus from the myth of the "vanishing trial" to complex conflict management systems, or I learned almost everything I need to know about conflict resolution from Marc Galanter, (2005) 6 *Cardozo Journal of Conflict Resolution (CJCR)* 191-212; sowie als Klassiker *William M. Landes/Richard A. Posner*, Adjudication as a Private Good, (1979) 8 (2) *The Journal of Legal Studies* 235-284.

28 Ähnlich auch *Roumeen Islam*, "Institutional Reform and the Judiciary", verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=636554>, 7: „...ineffective courts and weak legal systems prevent the growth of small firms...“.

29 Vgl. statt vieler die Übersicht bei *Christian Bühring-Uhle/Lars Kirchhoff/Gabriele Scherer*, Arbitration and mediation in international Business, 2. Auflage, 2006, 12 – 27.

30 *North*, 44; Eingehend *Avinash K. Dixit*, Lawlessness and economics, 2. Auflage, Princeton 2007.

barkeit vertraglicher Ansprüche gewährleistet wird.<sup>31</sup>

Von *Ronald Coase*<sup>32</sup> wissen wir, dass der Handel mit Eigentumsrechten eben nicht kostenfrei möglich ist, sondern Transaktionskosten verursacht. Zu den Transaktionskosten einer Markttransaktion zählen eine ganze Bandbreite von Handlungen, die mit dem Handelsgeschäft verbunden sind.<sup>33</sup> Unter anderem zählen hierzu auch die Überwachungs- und Durchsetzungskosten einer Transaktion; es muss kontrolliert werden, ob der Tauschpartner die richtige Qualität liefert, ob er tatsächlich bezahlt usw. Sind diese Kosten zu hoch, dann ist die Nichterfüllung von Verträgen bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich. Dazu ein Beispiel: Wenn ein Kaufmann von einem Kunden noch einen Betrag von 100 Euro zu bekommen hat und der Kunde nicht zahlt, dann sieht derjenige Kaufmann von einer Klage ab, der die Erfolgsaussichten des Rechtsstreits nicht richtig einschätzen kann oder wenn die Kosten der Rechtsverfolgung so hoch sind, dass schon im Vorfeld von einem Rechtsstreit Abstand zu nehmen ist. Ist es aber umgekehrt, besteht also die Möglichkeit, zu überschaubaren Kosten und unter einigermaßen sicherer Prognose einen Rechtsstreit zu führen, dann hat dies Signalwirkung für andere Tauschgeschäfte: Allen Vertragspartnern wird vermittelt, dass Zusagen einzuhalten sind und die Nichteinhaltung sanktioniert wird.<sup>34</sup> Somit besteht aus ökonomischer Perspektive die Funktion des Justizsystems darin, Erwartungen zu stabilisieren und die grundsätzlich immer gegebene Unsicherheit, dass ein Tauschpartner seine Zusagen nicht einhält, zu reduzieren.<sup>35</sup> Ist die Unsicherheit eines Tauschgeschäftes zu groß, unterbleibt es. Auch der Wirtschaftsnobelpreisträger *Douglass North* sieht gerade die Möglichkeit, *kostengünstig* vertragliche Ansprüche mit Hilfe

---

31 Grundlegend hierzu *Richard A. Posner*, *Economic analysis of law*, 7. Auflage, Austin 2007.

32 *Ronald Harry Coase*, *The Nature of the Firm*, (1937) 4 (16) *Economica* 386-405; *ders.*, *The Problem of Social Cost*, (1960) 3 *Journal of Law and Economics (JLE)* 1-44.

33 *Coase*, (1960) 3 *JLE* 1-44 (15): „*Um eine Markttransaktion durchzuführen, muß man herausfinden, wer derjenige ist, mit dem man zu tun haben will, Leute informieren, dass und unter welchen Bedingungen man mit ihnen zu tun haben will; Verhandlungen führen, die zu einem Abschluss führen; den Vertrag aufsetzen; die erforderlichen Kontrollen einbauen, um sicher zu sein zu können, dass die Vertragsbedingungen eingehalten werden; usw.*“ (Übersetzung nach *Richter/Furubotn*, 50).

34 *Dieter Schmidtchen/Christoph Bier*, „*Nutzen und Kosten der Justiz – aus volkswirtschaftlicher Sicht*“, verfügbar unter: <<http://www.bepress.com>>.

35 *Gillian K. Hadfield*, *The Many Legal Institutions that Support Contractual Commitments*, in: *Claude Ménard/Mary Shirley* (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2005, S. 175-203(181 ff.).

des Staates durchzusetzen als einen der Hauptgründe für den wirtschaftlichen Aufschwung einer Gesellschaft an.<sup>36</sup>

Was bedeutet dies für den europäischen Binnenmarkt? Will man den Handel von kleineren Unternehmen im Binnenmarkt erleichtern, dann muss das institutionelle Umfeld darauf ausgerichtet sein. Grenzüberschreitender Handel lässt ein Bedürfnis nach solchen Institutionen entstehen, die ihrerseits international ausgerichtet sind. Genau dieses internationale „Klima“ bietet die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit den global agierenden Unternehmen an. Somit kommt den internationalen Schiedsgerichten eine Art institutionelle Vorbildfunktion zu.<sup>37</sup> Die internationale Kaufmannschaft hat auch deswegen die „Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit“ angetreten, da sie kein adäquates staatliches Angebot zur Verfügung gestellt bekommen hat. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass auf diesem Gebiet durch Rechtsvereinheitlichung in den letzten Jahren in der Europäischen Union beachtliche Fortschritte erzielt worden sind. Dennoch bleibt die Frage, ob der institutionelle Bedarf des grenzüberschreitenden Handels durch ein Forum erfüllt werden könnte, welches – ganz in Sinne des europäischen Integrationsgedanken – mit Richtern aus verschiedenen EU-Staaten besetzt wird. Die Idee, europäische Zivilgerichte einzusetzen ist nicht neu,<sup>38</sup> steht jedoch aktuell nicht auf der Tagesordnung der europäischen Rechtspolitik. Im folgenden Abschnitt soll die Konzeption von europäischen Handelsgerichten näher skizziert werden.

### III. Europäische Handelsgerichte – eine Skizze

Im vorangegangenen Abschnitt wurde aufgezeigt, dass Institutionen die entscheidenden Eckpfeiler eines Marktes sind. Institutionelles Denken im Bereich des Rechts bedeutet konkret, dass nicht allein die Rechtsregeln, sondern auch und gerade die Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist. Die Anwendung des Zivilrechts ist im europäischen Binnenmarkt zunächst Aufgabe der nationalen Justiz. Ein Hauptgrund, warum internationale Streitfälle nur selten vor nationa-

---

36 North, 65: „...die Unfähigkeit von Gesellschaften, wirksam und mit geringen Kosten die Erfüllung von Verträgen zu sichern, [ist] die wichtigste Ursache sowohl historischer Stagnation wie auch der Unterentwicklung der Dritten Welt der Gegenwart.“

37 Sehr anschaulich aus soziologischer Perspektive beschrieben von Yves Dezalay/Briant G. Garth, *Dealing in virtue*, Chicago 1996.

38 Kritisch hierzu Oliver Remien, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, JZ 1992, 277ff.; anders jedoch Michaela Christina Schmitt, *Rechtssicherheit im Binnenmarkt*, 2006, die für die Einrichtung eines europäischen Schiedsgerichts plädiert.

len Gerichten ausgetragen werden, ist, dass die nationalen Richter Probleme haben, fremdes Recht anzuwenden und stattdessen versuchen, das ihnen bekannte, jeweils nationale Recht zur Anwendung zu bringen.<sup>39</sup> Dieses „Heimwärtsstreben“<sup>40</sup> ist weniger die Folge eines juristischen Chauvinismus, sondern „das Gros der deutschen Richter ist nach seiner Aus- und Fortbildung sowie nach der Ausstattung seiner Gerichtsbibliothek mit der Anwendung fremden Rechts schlichtweg überfordert“.<sup>41</sup>

Bestandteil des hier vorgestellten Konzepts ist es daher, dass *nationale* Richter *international* tätig werden und diese Erfahrung in die nationalen Gerichte einbringen. Die Richter könnten von den an den europäischen Handelsgerichten gewonnenen Erfahrungen nachhaltig profitieren. Um der Überforderung entgegenzutreten ist es wichtig, dass die europäischen Richter auf die Herausforderungen des Binnenmarktes eingestellt werden. Bisher ist dies versucht durch einen europaweiten Richteraustausch worden. Jedoch haben diese Besuche mehr den Charakter eines Praktikums, denn eine echte Mitwirkung an einer gerichtlichen Entscheidung ist den ausländischen Kollegen untersagt.<sup>42</sup> Etabliert man europäische Handelsgerichte, dann könnten und sollten diese gleichzeitig ein Gremium zur praktischen Richterfortbildung darstellen. Hier können die staatlichen Richter gemeinsam grenzüberschreitende Fälle beurteilen, um auf diese Weise den europäischen Gedanken in der Gerichtspraxis umzusetzen.

Die Kostenstruktur dieser Gerichte muss auf die Bedürfnisse der kleinen Unternehmen ausgerichtet sein. Das bedeutet, dass grundsätzlich jeder europäische Anwalt vor den europäischen Handelsgerichten vertretungsberechtigt sein soll, jedoch zu einem Gebührensatz, den dieser Anwalt entweder kraft nationaler Gebührenordnung oder üblicherweise in seinem Heimatland erhalten würde. Im Ergebnis sollten so nationaler Handelsrechtsstreit und europäischer Handelsrechtsstreit gleichgestellt werden. Was wäre der Vorteil für die Anwälte, für die solche Mandate mit Mehraufwand verbunden wären? Diese könnten Kompetenz als europäischer Handelsrechtsanwalt aufbauen und auf diese Weise eine Vielzahl von kleineren Unternehmen langfristig vor den europäischen Handelsgerichten vertreten, ggf. bietet es sich zudem an, einen entsprechenden Zusatztitel analog zum Fachanwaltstitel zu verleihen. Der Gebührensatz des

---

39 *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, 2006, § 7 I, 42 f.

40 Dieser inzwischen etablierte Ausdruck geht zurück auf *Arthur Nussbaum*, Deutsches internationales Privatrecht, 1932, 43.

41 *Kropholler*, 43.

42 Vgl. zur deutschen Rechtslage die §§ 1, 10 des Deutschen Richtergesetzes sowie dessen § 9 Nr. 1, wonach Richter nur derjenige sein darf, der deutscher Staatsbürger ist.

Gerichts darf ebenfalls nicht über den Betrag hinausgehen, den der Kleinunternehmer vor seinen nationalen Gerichten zu zahlen hätte. Dies würde eine Subvention aus europäischen Steuergeldern voraussetzen, die jedoch im Sinne des Binnenmarktes überaus sinnvoll wäre. Im Ergebnis würden die europäischen Handelsgerichte eine für jeden Unternehmer einfache Form der gerichtlichen Streitbeilegung speziell für europäische Fälle bieten.

Als Grundtypus der europäischen Handelsgerichte bietet es sich – schon allein aus europarechtlichen Kompetenzgründen – an, die Struktur eines privaten Schiedsgerichtes zu übernehmen. Allerdings ist es aus den bereits genannten Gründen wichtig, keine privaten Schiedsrichter einzusetzen,<sup>43</sup> sondern nationale Richter. Die Anlehnung an private Schiedsgerichte bringt es mit sich, dass die europäischen Handelsgerichte nur durch Zustimmung beider Vertragsparteien freiwillig angerufen werden können und nicht verbindlich in grenzüberschreitenden Fällen zuständig sind. Insofern weicht dieses Modell vom US-amerikanischen Konzept der „Federal Courts“ ab, denn diese sind in „diversity-cases“, also bei Sachverhalten, die Bezüge zu mehreren US-Bundesstaaten aufweisen, verbindlich zuständig.<sup>44</sup> Europarechtlich besteht eine Kompetenz zur Einrichtung von Handelsgerichten in der Form von privaten Schiedsgerichten; eine Änderung des EG-Vertrages wäre somit nicht erforderlich.

Eine Frage bleibt bislang offen: Welches Recht soll zur Anwendung vor den europäischen Handelsgerichten kommen? Vorab sei betont, dass dieser Punkt für eine institutionenökonomische Perspektive nicht von vorrangiger Bedeutung ist.<sup>45</sup> Aus Sicht der Institutionenökonomik ist allein maßgeblich, dass es eine wie auch immer geartete Form von Regeln gibt, gleich ob (national-)staatlicher oder privater Natur. Somit greift auch eine Analyse,<sup>46</sup> ob staatliches Privatrecht oder private Rechtsregeln besser für internationale Verträge

---

43 So jedoch *Schmitt*, 326f.

44 *Symeon Symeonides*, *American Private International Law*, Austin 2008, 34ff.; eingehend *Erwin Chemerinsky*, *Federal jurisdiction*, 5. Auflage, New York 2007.

45 *Kenneth W. Dam*, „The Judiciary and Economic Development“, verfügbar unter: [http://ssrn.com/abstract\\_id=892030](http://ssrn.com/abstract_id=892030), 3: „Where the legal institutions such as the judiciary are not effective, an improvement in substantive law may make very little difference“,

46 Eine solche pro privater Rechtsregeln bieten aus ökonomischer Perspektive *Hans-Jörg Schmidt-Trenz/Dieter Schmidtchen*, *Private International Trade in the Shadow of the Territoriality of Law: Why Does It Work?*, (1991) 58 (2) *Southern Economic Journal* 329; aus juristischer Sicht pro staatliches Recht argumentierend *Gisela Rühl*, „Effizienzprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten“, verfügbar unter: <<http://www.bepress.com/gwp>>.

geeignet sind, zu kurz, denn das zugehörige institutionelle Umfeld wird hierbei ausgeblendet. Als Baustein eines institutionellen Gesamtkonzepts sind Rechtsnormen freilich ein unbestritten wichtiger Bestandteil der kontinentaleuropäischen Rechtstradition. Daher werden einige erste Überlegungen zum anwendbaren Recht vor den europäischen Handelsgerichten angestellt.<sup>47</sup>

Zunächst wäre nach Prinzip der Parteiautonomie das von den Parteien gewählte Recht vorrangig. Geht man jedoch davon aus, dass die internationalen Vertragsparteien mehrheitlich ein nationales, staatliches Recht als Grundlage ihres Vertrages anwählen,<sup>48</sup> dann ergibt sich die Frage, welche Auswirkungen dies für die hier skizzierten europäischen Handelsgerichte hat. Wählen unsere Handelspartner aus Deutschland und Holland etwa Schweizer Recht, stellt dies die deutschen und holländischen Richter vor das Problem, ein Recht anwenden zu müssen, in dem keiner der Richter beheimatet ist.<sup>49</sup> Freilich können Europäische Handelsgerichte dieses Problem nicht schlagartig lösen, jedoch könnten sie von ihrer Organisationsstruktur so aufgebaut sein, dass sie zumindest bestmöglich auf derartige Konstellationen ausgerichtet sind.

Die Rechtswahl im IPR ist allein auf staatliches Recht beschränkt,<sup>50</sup> es wird somit versucht, einen internationalen Sachverhalt wiederum national zu erfassen. Anders ist es hingegen in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, wo sich ein transnationales Handelsrecht herausbilden konnte.<sup>51</sup> Nimmt man diese Ent-

---

47 Ein einheitliches europäisches Handelsrecht gibt es derzeit für den hier relevanten Bereich nicht, vgl. *Stefan Grundmann*, Europäisches Handelsrecht, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 163 (1999), 635-678.

48 Vor staatlichen Gerichten ist allein staatliches Recht wählbar, Art. 3 Abs. 1 der EG VO 593/2008 Abl. EG L 177/6 (Sog. Rom-I Verordnung); anders hingegen die Rechtswahlmöglichkeiten in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. *Rolf A. Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 4. Auflage, 2007, 105 (Rn. 202).

49 Vgl. zu den Gründen für die Wahl eines neutralen Rechts *Peter Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2003, 3 ff.

50 So auch die traditionelle Sichtweise, vgl. etwa *Peter Mankowski*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, Internationales Handelsrecht (IHR) 2008, 133ff. und *Gisela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, 187-209.

51 Grundlegend *Clive Schmitthoff*, Das neue Recht des Welthandels, *Rabels* Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 1964, 46 ff.; vgl. auch *Christian Joerges*, Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZHR 138 (1974), 549-568 und *Graff-Peter Calliess*, The Making of Transnational Contract Law, (2007) 14 (2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* (IJGLS) 469-483.

wicklung ernst, dann stellt sich insgesamt die Frage, inwieweit staatliches Recht internationalen Sachverhalten gerecht wird oder ob sich in einigen Konstellationen andere Rechtsregeln in der Praxis durchsetzen.<sup>52</sup> Zwar zeigen empirische Untersuchungen der internationalen Schiedsgerichte, dass auch dort die (gänzlich freie) Rechtswahl zumeist zugunsten von staatlichen Privatrechtsordnungen ausfällt,<sup>53</sup> jedoch legen diese oftmals staatliches Recht im Lichte der Internationalität des Sachverhalts aus. Die Bezugnahme auf bekanntes, staatliches Privatrecht dient dazu, den Schiedsrichtern einerseits eine anerkannte Begründung für ihre Entscheidung zu liefern und andererseits auf diese Weise reine Willkürentscheidungen der Schiedsrichter zu erschweren.<sup>54</sup>

Das hier vorgestellte Konzept von europäischen Handelsgerichten bedarf – dies kann offen zugestanden werden – noch weiterer Ausarbeitung im Detail. Klar ist, dass eine solche europäische Institution allein für europäische Sachverhalte in Betracht kommen sollte und nicht für reine Inlandsfälle. Während wohl Einigkeit darüber bestehen würde, dass die europäischen Sprachen als Verhandlungssprache zulässig sein sollten, ist die Frage, welche Verfahrensregeln zur Anwendung kommen nicht ohne weiteres zu beantworten. Hier könnte man analog zur Schiedsgerichtsbarkeit<sup>55</sup> andenken, dass das Gericht diese nach freiem Ermessen bestimmt.

Oft ist zu lesen, es sei gerade die Vertraulichkeit<sup>56</sup> des Schiedsverfahrens,

---

52 Vgl. hierzu am Beispiel des internationalen Seehandel Andreas Maurer/Anna Beckers, 811-825, sowie als Klassiker Lisa Bernstein, Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, (1992) 21 (1) The Journal of Legal Studies 115-157, oder auch ders., Private Commercial Law in the Cotton Industry, (2001) 99 Michigan Law Review 1724.

53 Einen empirischen Nachweis bietet Stefan Voigt, Are International Merchants Stupid? – Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory, (2008) 5 JELS 1-20 an; eine dogmatische Begründung liefert Gerhard Wagner, Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre, in: Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, 535-557.

54 Peer Zumbansen, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, *RabelsZ* 2003, 637 (649).

55 Schmitt, 321 ff.

56 Üblicherweise benennt die Standardliteratur zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit gerade die Vertraulichkeit als den entscheidenden Vorteil zur staatlichen Gerichtsbarkeit, vgl. statt vieler nur Schütze, 12; Rolf Schütze/Dieter Tschering/Walter Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Auflage, 1990, 10, Karl Heinz Schwab/Gerhard Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, 2005, 8; Menno Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC, DIS, Wiener Regeln, UNCITRAL, LCIA, 2. Auflage, 2003,

welche die Schiedsgerichte so attraktiv für Wirtschaftsstreitigkeiten macht. Ein umfassender Vertraulichkeitsschutz sollte keinesfalls für die europäischen Handelsgerichte übernommen werden. Entscheidungen sollten vielmehr anonymisiert veröffentlicht werden, um auf diese Weise Rechtssicherheit zu schaffen bzw. den gesellschaftlichen Mehrwert von Gerichtsentscheidungen zu nutzen.<sup>57</sup> Eine Anerkennung und Vollstreckung durch die nationale Justiz sollte dadurch ermöglicht werden, indem zu den Urteilen der europäischen Handelsgerichte nationale Anerkennungsverfahren nach den Vorschriften über die Anerkennung (ausländischer) Schiedssprüche durchgeführt werden.<sup>58</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Europäische Handelsgerichte sind ein wichtiger Baustein, um gerade kleineren und mittleren Unternehmen den Handel im Binnenmarkt zu erleichtern. Daneben könnten auf diese Weise nationale Richter für internationale Sachverhalte sensibilisiert werden, so dass der Aufbau europäischer Gerichte auch zu Kompetenzgewinnen in der nationalen Justiz führt. Die Kernaussage der „Neuen Institutionenökonomik“ ist, dass es auf Institutionen ankommt. Rechtsnormen sind ein Bestandteil von Institutionen, jedoch nicht der alleinige. Vielmehr muss auf europäischer Ebene nicht allein das Recht europäisiert werden, sondern auch die Justiz. Die Verantwortung des Nationalstaates für eine verbesserte Ausrichtung der nationalen Justiz auf internationale Heraus-

---

11; Anders hingegen die empirische Studie von *Richard W. Naimark/Stephanie E. Keer*, *International Private Commercial Arbitration - Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People*, (2002) 30 *International Business Lawyer* 203 (207): „...in overall rankings, privacy was next to last on the scale“; die jüngere Literatur zur Schiedsgerichtsbarkeit diskutiert daher Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgrundsatz aus öffentlichen Gründen („*Public Interest Exemption*“), vgl. hierzu *Andrew Tweeddale*, *Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*, (2005) 21 (1) *Arbitration International* 59-70 m.w.N.

57 *Posner*, 588 „...character of precedents as a by-product of the litigation process“; eingehend hierzu *Graf-Peter Calliess*, *Billigkeit und effektiver Rechtsschutz*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz)* 2005, 35 ff.; zum „gesellschaftlichen Mehrwert“ von Gerichtsentscheidungen siehe *Peer Zumbansen*, *Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels*, in: *Gunther Teubner* (Hrsg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels – Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000, 189-215.

58 So auch *Schmitt*, 348 f., die auf den S. 291-349 weitere Details eines europäischen Schiedsgerichts diskutiert.

forderungen bleibt dabei – nicht zuletzt auf Grund des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektive Justizgewähr – bestehen;<sup>59</sup> europäische Handelsgerichte könnten allerdings eine wichtige Ergänzung liefern. Wichtiger als die Details des hier vorgestellten Konzepts ist der damit verbundene Gesamtansatz: Ein einheitliches staatliches (Wirtschafts-)Recht in Europa wird entwertet, wenn nicht gleichzeitig staatliche Gerichte bereitgestellt werden, die den Anforderungen einer europäisierten Wirtschaftswelt gewachsen sind.

---

59 Vgl. hierzu *Graf-Peter Callies/Hermann Hoffmann*, Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2009, 52 f.

## **Riassunto Italiano**

### **Tribunali Commerciali Europei Come Istituzione Sociale**

HERMANN B. HOFFMANN

La costruzione di un mercato unico è uno degli obiettivi che hanno ispirato la costituzione dell'Unione Europea (UE): La collaborazione economica dovrebbe portare a un avvicinamento degli stati europei ed in questo modo garantire in modo continuativo stabilità e incremento economico nell'intera Europa. Mentre le grandi imprese e i complessi multinazionali sono presenti sul mercato unico e vi operano con successo già da diversi decenni, solo con l'epoca della globalizzazione si è assistito all'entrata in scena in ambito internazionale anche delle piccole e medie imprese. E proprio queste piccole imprese, secondo i risultati delle ricerche svolte dalla Commissione Europea, hanno fornito non solo 23 milioni di posti di lavoro, ma anche l'85% dei posti di formazione professionale presenti sul mercato comune. Per agevolare queste piccole imprese nel commercio europeo, la Commissione ha ideato un piano che si articola in dieci punti ("Small Business Act"), il cui obiettivo prevede in particolare l'abbattimento di ostacoli burocratici. Dal punto di vista giuridico questo dovrebbe essere sostenuto dall'uniformazione del diritto. Per quanto possa essere auspicabile per le piccole imprese la creazione di un quadro giuridico unitario nel mercato unico, nondimeno si deve travisare in questo contesto l'importanza dei tribunali civili. Ricerche storico-economiche (North 1990) mostrano che per l'organizzazione e il funzionamento del mercato unico, di decisiva importanza non sono solo le norme giuridiche, ma soprattutto le istituzioni. Se lo Stato riesce a tutelare, da un lato, i diritti di proprietà, e dall'altro, a garantire la trasferibilità di questi diritti, il che comprende in particolare l'attuazione di pretese contrattuali, allora questo rappresenta un fattore decisivo per la crescita economica di una società.

I risultati empirici delle ricerche condotte dall'unità di ricerca collettiva di Brema (Sonderforschungsbereich 597, vedasi Callies et al., 2008) dimostrano che il commercio transfrontaliero, anche nel mercato unico europeo, al fine di proteggere giuridicamente i contratti commerciali, attinge prevalentemente alle istituzioni private. I collegi arbitrali privati hanno dei vantaggi nei confronti della giustizia statale, in particolare rappresentano, al contrario di quest'ultima, un'istituzione internazionalizzata. Nella prospettiva delle piccole imprese, lo svantaggio dei collegi arbitrali privati risiede nell'ammontare dei costi: i giudici arbitri e i grandi studi di avvocati hanno un loro prezzo, che può essere a malapena sostenuto da un fondatore di una piccola impresa. La giustizia na-

zionale è bensì raggiungibile a costi moderati, ma tuttavia non rappresenta un'alternativa adeguata, poiché la sua struttura non è ancora orientata ad attività commerciali transfrontaliere. Per fare un esempio, nonostante oggi l'inglese sia considerato la lingua franca nel mondo dell'economia europea, davanti ai tribunali tedeschi è ammesso solo il tedesco come lingua dei negoziati e delle trattative. Le controversie internazionali in tribunali nazionali conducono ad una molteplicità di problemi, in particolare poiché ai giudici manca l'esperienza necessaria per affrontare questioni internazionali di diritto.

Per risolvere questi problemi, in questo intervento si propone l'istituzione di tribunali commerciali europei. Questi ultimi dovrebbero restare a disposizione in modo opzionale per diverbi commerciali transfrontalieri; le parti dovrebbero scegliere esplicitamente il tribunale speciale per mezzo di una clausola di elezione del foro competente. In parecchie regioni di confine si potrebbero istituire all'occorrenza tribunali speciali e internazionalizzati. Se per esempio venisse registrato un ampio commercio tra la Germania del nord e i Paesi Bassi, allora dovrebbe essere istituito a Groningen o a Emden un tribunale commerciale europeo per quella regione. Un valido modello è rappresentato dai tribunali commerciali europei del Medioevo: attraverso una formazione internazionale del tribunale, si garantiva già all'epoca che nessuna delle parti si trovasse interamente contrapposta a giudici stranieri. Giudici nazionali provenienti da entrambe le regioni di confine potrebbero anche oggi occupare in modo paritario le camere di questi tribunali commerciali europei. Per mezzo di questa istituzione, sovvenzionata dall'UE, i giudici nazionali potrebbero essere sensibilizzati per casi transfrontalieri, con il risultato che in questo modo anche la giustizia nazionale potrebbe usufruire della competenza supplementare dei suoi giudici. Se venisse garantito che questi tribunali siano raggiungibili in modo semplice e a costi moderati, allora questo rappresenterebbe un passo significativo sulla strada del sostegno innanzitutto alle piccole imprese.

# Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht: eine kollisionsrechtliche Betrachtung\*

RIKE U. KRÄMER

## I. Einleitung

*„Achieving a modus vivendi between liberalization of the economy and the achievement of other non-economic values has proven one of the most difficult issues of this decade in many industrialized countries. Whether it is the tensions between economic efficiency and environmental protection, or labor-market flexibility and fair labor standards, or deregulation and distributive justice, a resolution of this problem seems some way away.”<sup>1</sup>*

Durch die Privatisierung ehemals staatlicher Aufgaben hat das Vergaberecht in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. Da dem Staat die eigenen Sach- und Personalmittel fehlen, bedient er sich bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben privat organisierter Dritter. Er vergibt Aufträge an private Unternehmen z.B. für den Bau von Schulen, die Unterhaltung des öffentlichen Nahverkehrs und für die Erweiterung von großen Infrastrukturprojekten wie Flughäfen. Das Volumen dieser vom Staat vergebenen Aufträge beträgt in den Mitgliedstaaten der europäischen Union bis zu 20 % des Bruttoinlandsproduktes.<sup>2</sup> Der Staat ist also neben den Verbrauchern ein starker Akteur auf dem Markt. Er kann mit seinen Kaufentscheidungen die Nachfrage nach nachhaltig produzierten Gütern stark beeinflussen. All dies sind Gründe warum dieses

---

\* Für die hilfreichen Kommentare danke ich Christoph U. Schmid, Susanne K. Schmidt, Henning Deters sowie meinen Kollegen am Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“.

1 Christopher McCrudden, International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement, *Journal of International Economic Law (JIEL)* 1999, 3 ff.

2 Der Anteil öffentlicher Aufträge am BIP beträgt in der EU je nach Mitgliedstaat zwischen 11 und 20 % Europäische Kommission, Öffentliches Auftragswesen 2008, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm)>. (zuletzt überprüft am 21.09.2009).

wirtschaftlich geprägte Rechtsgebiet auch für andere Politikbereiche – wie den Umweltschutz – an Bedeutung gewonnen hat.

Diese nun an das Vergaberecht herangetragenen Belange, z.B. die Berücksichtigung von Umweltkriterien, stoßen zum Teil auf Hindernisse. Die Wichtigkeit einer funktionierenden Umwelt wird auch hier nicht bestritten, sehr wohl aber deren Passform in das Vergaberecht. So wird vorgetragen alle Belange neben wirtschaftlichen auf Effizienz ausgerichteten seien vergabefremd und hätten ihren Platz in der Umwelt- oder Gesundheitsregulierung. Sie würden das Vergabeverfahren überfordern oder überfrachten.<sup>3</sup>

Wie kommt es zu diesen Konflikten? Weshalb ist es so schwer, neben ökologischen andere Belange zu berücksichtigen? Und wie können diese Konflikte gelöst werden?

Der letzten Frage soll in dieser Ausarbeitung nachgegangen werden. Zu dem Konflikt zwischen ökologischen und wirtschaftlichen Belangen tritt im Vergaberecht noch ein weiteres Problemfeld hinzu. Das ist das Regieren im Mehrebenensystem.<sup>4</sup> Die nationalstaatliche Politik ist in diesem Bereich nicht nur den Interessen ihrer Wähler verpflichtet sondern an die europäischen und internationalen Vorgaben gebunden. Ferner sind die tatsächlichen Möglichkeiten umweltrechtliche Belange regulieren zu können (die Problemlösungsfähigkeit<sup>5</sup>) auf den verschiedenen Ebenen (WTO, EU und Deutschland) unterschiedlich stark ausgeprägt. Auf allen drei Ebenen finden sich allerdings vergaberechtlich Regelungen. Zur Lösung dieser zwei Problemlagen (der funktionalen und der vertikalen) bedarf es neuer Ansätze. Diese müssen insbesondere nach den Gestaltungsspielräumen innerhalb der Nationalstaaten fragen. Das bedeutet inwieweit unilaterale Maßnahmen zum Schutze der Umwelt im Vergaberecht zulässig sind. Es geht daher nicht nur um die Frage der Abwägung zwischen wirtschaftlichen und umweltpolitischen Interessen, sondern auch um die Frage, wie die unterschiedlichen Ebenen und Rechtsordnungen voneinander abzugrenzen sind.

Zur Beantwortung dieser Frage werden im folgenden Abschnitt (II.) abstrakt einige neuere Lösungsvorschläge dargestellt und geprüft inwieweit diese sich für die hier zu bearbeitende Fragestellung eignen. Dem schließt sich ein

---

3 So z.B. zu lesen in den Wünschen und Forderungen der nordrhein-westfälischen Wirtschaft an die neue Regierung, abrufbar unter: <<http://www.hwk-duesseldorf.de/nwht/dokumente/kurs/wuensche.pdf>> (zuletzt überprüft am 21.09.2009).

4 Michèle Knodt, *Regieren im erweiterten europäischen Mehrebenensystem*, 2005: 31 ff.

5 Fritz W. Scharpf, *Introduction: The Problem-Solving Capacity of Multilevel Governance*, (1997) *Journal of European Public Policy* (JEPP), 520-538.

Abschnitt (III) über das europäische Vergaberecht an. Dieser beginnt mit dem Beispielsfall Concordia Bus und die in diesem Fall gefundene Form der Konfliktlösung. Anschließend wird verglichen inwieweit die im Urteil gefundene Lösung in der neuen Richtlinie 2004/18 kodifiziert wurde. Im darauffolgenden Abschnitt (IV) wird die auf europäischer Ebene gefundene Lösungsmöglichkeit auf die internationale Ebene des WTO-Rechts übertragen. Abschließend (V) erfolgt ein Fazit.

## **II. Mechanismen zur Lösung des Konfliktes zwischen wirtschaftspolitischen und umweltpolitischen Belangen im Mehrebenensystem**

Das „klassische“ Kollisionsrecht für das Mehrebenensystem im Völkerrecht, der Dualismus und der Monismus, können Fragen nach der Lösung zwischen Regulierungskonflikten (Umwelt und Wirtschaft) nicht beantworten.<sup>6</sup> Sie greifen für das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem internationalen Recht zu kurz. Denn sie sind dem Prinzip des „Stufenbaus der Rechtsordnung“<sup>7</sup> verhaftet und verkennen die Pluralität des Rechts. Auch die für das Europarecht entwickelte Suprematie löst das Problem nicht. Dies wird besonders in den Fällen deutlich, in denen sich auf europäischer Ebene keine Regelung findet, der man einen Geltungsvorrang einräumen könnte – wenn also der Konsens zum Tätigwerden bei den Mitgliedstaaten fehlt. Darüber hinaus würde eine vollständige Detailharmonisierung in Bezug auf umweltpolitische Belange, angesiedelt auf der europäischen Ebene, möglicherweise den Weg für Vorreiter aus den Mitgliedstaaten versperren. Nationale Vorreiter spielen in der Entwicklung des europäischen und des internationalen Rechts eine wichtige Rolle, da sie die europäische und die internationale Rechtsordnung verändern und weiterentwickeln. Neue Regelungsvorschläge werden häufig nicht auf der europäischen oder internationalen Ebene vollständig ausgearbeitet, sondern sie

---

6 So auch Paulus, dieser stellt für den Dualismus und den Monismus fest, dass dieser „fails to grasp the (post)modern plurality of legal orders at the international level and the complicated inter-connectedness between ‘the international’ and ‘the domestic’“ Andreas L. Paulus, *The Emergence of the International Community and the Divide between International and Domestic Law*, in: Janne Nijman/André Nollkaemper (Hg.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, 2007, 1 ff.

7 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Auflage, Neudruck, 1985=1934, 83 ff.

bauen auf nationalen Regelungsvorschlägen auf, mit denen positive Ergebnisse erzielt wurden.

Die Anwendung der Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts oder der Kollisionsordnung des Verwaltungsrechts halten auch keine geeigneten Lösungsvorschläge vor.<sup>8</sup> Deshalb sollen im Folgenden drei<sup>9</sup> neuere Konfliktlösungsmechanismen für die hier zu untersuchende Frage dargestellt werden.

### 1. *Das Prinzip der Nachhaltigkeit als Gegenstand des jus cogens*

Eine Möglichkeit Kollisionen zwischen umweltpolitischen Anliegen und der Liberalisierung der internationalen Märkte zu koordinieren, wäre die Anwendung des Prinzips der Nachhaltigkeit und die Zuordnung dieses Prinzips zum Gegenstand des jus cogens des Völkerrechts. Rechtsfolge einer solchen Zuordnung des Prinzips der Nachhaltigkeit zum jus cogens Bereich des Völkerrechts wäre gemäß Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) die Nichtigkeit eines Vertrages, der im Widerspruch zu dieser Norm steht. Bei der Annahme es bestehe ein solches Prinzip, welches dem jus cogens zuzurechnen wäre und zur Vermeidung der Nichtigkeit eines diesem Prinzip teilweise widersprechenden Vertrages würde daher die Pflicht folgen, wirtschaftsrechtliche Verträge so auszulegen, dass diese dem Prinzip der Nachhaltigkeit gerecht werden. Auch der Dispute Settlement Body der WTO und die von ihm eingesetzten Panels sowie der Appellate Body wären an eine solche Auslegungsvorgabe gebunden.<sup>10</sup>

Die Überprüfung von Normen anhand von Vorschriften, die dem Bereich des jus cogens zugerechnet werden, ist Bestandteil der gerichtlichen Praxis. Das EuG sowie nationale Gerichte oder internationale Streitbeilegungsgremien praktizieren schon eine Rechtmäßigkeitskontrolle anhand von jus cogens

---

8 Karl-Heinz Ladeur, Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 795 ff: 806.

9 Dies soll keine abschließende Aufzählung aller in Betracht kommenden Lösungsmechanismen sein. Siehe nur für Kollision zwischen völkerrechtlichen Verträgen z.B. Nele Matz, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge: Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze, 2006 und Jan Neumann, Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen: Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung, 2002.

10 Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law, 2003, 467 ff.

Normen.<sup>11</sup> Sie benutzen also die Normen des jus cogens als Prüfungsmaßstab.

Zu fragen ist, ob ein Prinzip der Nachhaltigkeit als Gegenstand des ius cogens die angesprochenen Regulierungskonflikte auflösen könnte. Aus einem solchen Prinzip ließen sich keine detaillierten anwendbaren Regeln ableiten,<sup>12</sup> in welchem Umfang Umweltkriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden können oder müssen. Ferner würde ein solches Prinzip der Nachhaltigkeit nur solche Handlungen verbieten, die schwerwiegende Verletzungen der Ökologie zur Folge haben.<sup>13</sup> Paulus zählt zu den Geboten, die ein solches Prinzip umfassen könnte z.B. „a general duty not to severely and intentionally pollute the environment“<sup>14</sup>. Von einem solchen Prinzip würden nur essentielle Standards umfasst.<sup>15</sup> Die Frage, ob und insbesondere in welchem Umfang ökologische Zuschlagskriterien berücksichtigungsfähig sind, könnte damit nicht beantwortet werden. Inwieweit das Prinzip der Nachhaltigkeit dem jus cogens zuzurechnen ist, bedarf daher keiner Klärung. “In any event, ius cogens does not dispose of most ‘ordinary’ value conflicts, e.g. between the promotion of free trade and the protection of the environment.”<sup>16</sup>

Die oben aufgeworfene Frage ist daher zu verneinen. Eine Zuordnung des Prinzips der Nachhaltigkeit zum Gegenstand des jus cogens stellt kein Instrument dar, die Regulierungskonflikte zwischen wirtschaftlichen Belangen und dem Umweltschutz aufzulösen.

---

11 Für das EuG, Urteil des EuG vom 21.09.2005, Rs. T 315/01, Slg. II-03649, Rn 231. Für weitere Verfahren mit Bezug zum jus cogens siehe Andreas L. Paulus, *The Emergence of the International Community and the Divide between International and Domestic Law*, 14, Fn 67.

12 Eva Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht: Kriterien, Quellen und Rechtsfolgen zwingender Völkerrechtsnormen und deren Anwendung auf das Umweltvölkerrecht*, 1997, 158 ff. Neumann (Fn. 8) 71 ff, mit weiteren Nachweisen zu der Problematik.

13 Neumann (Fn. 8) 71 ff.

14 Andreas L. Paulus, *From Territoriality to Functionality? Towards a Legal Methodology of Globalization*, in: Igge F. Dekker/Wouter G. Werner (Hg.), *Governance and International Legal Theory*, 2004, 59 ff.: 73.

15 So auch der Internationale Gerichtshof (IGH) in seinem Urteil „Gabcikovi-Nagymaros“ vom 25.09.1997, Report 1997, 67, Rn 112.

16 Paulus (Fn. 13) 74.

## 2. Systematische Integration

Eine weitere in der Literatur vertretene Möglichkeit, Konflikte zwischen wirtschaftlichen und umweltpolitischen Regulierungszielen zu lösen und insbesondere das internationale Wirtschaftsrecht für Umweltaspekte zu öffnen, ist die systematische Integration.<sup>17</sup> Diese ist in Art.31.3 c WVK geregelt. Diese Norm lautet:

*ausser dem Zusammenhang sind [bei der Auslegung] in gleicher Weise zu berücksichtigen*

*c)jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.*

Die Anwendbarkeit des Art. 31.3 c WVK innerhalb des WTO-Rechts ist gemäß des Wortlautes in Art. 3.2<sup>18</sup> des Dispute Settlement Understanding (DSU) nicht umstritten.<sup>19</sup> Streitig ist in der Literatur allerdings, inwieweit neben der WVK anderes Völkerrecht durch die Streitbeilegungsgremien herangezogen werden darf.<sup>20</sup> Die Streitbeilegungsgremien selbst nehmen teilweise in ihren Entscheidungen Bezug auf anderes Völkerrecht.

Geht man von einer Anwendbarkeit anderen Völkerrechts durch die Streitbeilegungsgremien aus, so könnten diese gemäß Art. 31 Abs.3 c WVK andere Völkerrechtssätze bei ihren Entscheidungen einbeziehen. Das bedeutet für das hier zugrundeliegende Problem, dass es für die Einbeziehung von Umweltaspekten in das WTO-Vergaberecht Völkerrechtssätze bedarf, in denen die Einbeziehung von Umweltaspekten verbindlich geregelt sind. Eine solche findet

---

17 International Law Commission und Marti Koskeniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006: § 410-480; Paulus (Fn. 13) 79; Harro von Asselt, Francesco Sindico und Michael A. Mehling, Global Climate Change and the Fragmentation of International Law, Law & Policy, 2008, 423 ff.: 435

18 The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.

19 Joost Pauwelyn, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go, The American Journal of International Law (AJIL) 2001, 540 ff.

20 Ablehnend Trachtman, Joel P. Trachtman, Institutional Linkage: Transcending 'Trade and...', The American Journal of International Law (AJIL) 2002, 77 ff.: 88. Zustimmung Pauwelyn (Fn. 18) 540 ff.

*Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht*

sich z.B. in der auf der Rio-Konferenz 1992 angenommenen Agenda 21 in den Punkten 4.23<sup>21</sup> und 7.74.<sup>22</sup> In diesen beiden Punkten werden die Vergabestellen aufgefordert stärker als bisher bei der Nachfrage von Produkten auf die Nachhaltigkeit zu achten. Allerdings nur soweit, wie es die Prinzipien des Welthandelsrechtes zu lassen.

Für die Frage, ob sich diese zwei Erwähnungen in der Agenda 21 eignen den Konflikt zwischen Belangen des Umweltschutz und den rein wirtschaftlichen Belangen zu lösen, ist zum einen von Bedeutung, dass die Agenda 21 „nur“ soft law darstellt.<sup>23</sup> Ferner beinhaltet sie – wie oben genannt – eine Beschränkung auf Maßnahmen, die mit dem internationalen Handelsrecht vereinbar sind. Dennoch hat der Appellate Body die Agenda 21 herangezogen, um unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen.<sup>24</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass der Ansatz einer systematischen Integration keine Lösungen für das angesprochene Problem bereitstellt. Die systematische Integration bietet nur Lösungen für eine Koordinierung von Recht auf derselben Ebene. Sie umfasst keine Integration von unilateralen Maßnahmen der Nationalstaaten. In vielen Fällen lassen sich aber keine internationalen Normen finden auf die man Umweltschutzmaßnahmen stützen könnte. Auch die Agenda 21 beinhaltet keine konkreten Maßnahmen. Daher bleibt nur die

- 
- 21 Governments themselves also play a role in consumption, particularly in countries where the public sector plays a large role in the economy and can have a considerable influence on both corporate decisions and public perceptions. They should therefore review the purchasing policies of their agencies and departments so that they may improve, where possible, the environmental content of government procurement policies, without prejudice to international trade principles. Abrufbar unter <<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm>> (zuletzt abgerufen am 21.09.2009).
- 22 Local authorities are called upon to play a pioneering role in promoting the increased use of environmentally sound building materials and construction technologies, e.g., by pursuing an innovative procurement policy. Abrufbar unter <<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm>> (zuletzt abgerufen am 21.09.2009).
- 23 Christian Tietje und Sebastian Wolf, Das Welthandelsrecht als Grenze für Umweltbeihilfen und ökologisierte Auftragsvergabe, in: Jens-Peter Schneider (Hg.), Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik: Zehnte Osnabrücker Gespräche zum Deutschen und Europäischen Umweltrecht am 11./12. November 2004, 2005, 85 ff.: 88.
- 24 WTO, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Report of the Appellate Body vom 12.10.1998, WT/DS58/AB/R, paras. 130 ff.

Wahl zwischen der Untätigkeit oder einem unilateralen Vorgehen. Ein solches unilaterales Vorgehen kann zur Ausbildung einer neuen internationalen Norm führen,<sup>25</sup> Vorreiterrollen sind in der systematischen Integration aber nicht vorgesehen. Auf internationaler Ebene ermöglicht sie nur eine Integration dessen, worauf sich alle Staaten im Konsens einigen konnten.

### 3. *Prozeduralisierung*

Eine weitere Möglichkeit ökologische Belange in das Wirtschaftsrecht zu integrieren ist eine prozedurale Lösung.<sup>26</sup> Auf eine vollständige Darstellung der unterschiedlichen theoretischen Konzepte, die hinter dem Begriff der Prozeduralisierung stehen, soll hier aus Platzgründen verzichtet werden. Nur das in allen theoretischen Konzepten enthaltene Anliegen einer solchen prozeduralen Lösung wird kurz dargestellt.

Ein prozedurales WTO oder EU-Recht enthält keine materiellen Vorgaben, sondern ist so gestaltet, dass es die Mitgliedstaaten zwingt externe Wirkungen und Betroffenheiten, die von ihrem nationalstaatlichen Recht ausgehen, in dieses Recht mit einzubeziehen und zu rechtfertigen.<sup>27</sup>

Kurz umschrieben werden kann dieses Anliegen mit dem von Wiethölter entwickelten Begriff des Recht-Fertigungsrechtes.<sup>28</sup>

Das Besondere an diesem prozeduralen Recht ist daher, dass in ihm keine materiellen Vorgaben enthalten sind – wie z.B. die Festlegung von Grenzwerten. Es ist aber auch kein rein formales Recht, denn die vorgegebenen Krite-

---

25 Daniel Bodansky, What's so Bad About Unilateral Action to Protect the Environment?, *European Journal of International Law (EJIL)* 2000, 339 ff.: 344.

26 Zum prozeduralen Recht siehe Graf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999

27 Armin von Bogdandy, Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law, in: Stefan Griller (Hg.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, 2003, 103 ff; Christian Joerges, *Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann*, in: Martin Führ/Rainer Wahl/Peter von Wilmowsky (Hg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*, 2007, 719 ff.

28 Rudolf Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts* in: Joerges/Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, 2003, 13 ff.; ders., *Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1988, 1 ff.

rien stellen nicht lediglich Verfahrensanforderungen dar, sondern haben aufgrund ihrer Struktur die Aufgabe die Rechtfertigung auch gegenüber externen Betroffenen herbeizuführen und auch immer wieder neu zu überprüfen.

Ein Aspekt einer solchen prozeduralen Lösung, kann z.B. die Regelung der Beweislast sein. So schlägt z.B. Schmid vor, bei Entscheidungen, in denen es um nationale Regulierungsziele wie z.B. der Kulturpolitik gehe, dem Nationalstaat nicht die Beweislast aufzubürden. Vielmehr müssten bei non-liquet Entscheidungen die nationalen Entscheidungen bezüglich innerstaatlicher Fragen wie z.B. der Umweltpolitik aufrechterhalten bleiben.<sup>29</sup> Dieser Vorschlag hat besondere Relevanz für die Regulierung von ökologischen Belangen. In diesem Bereich kann die Schädlichkeit bestimmter Produkte zum Teil erst nach der Durchführung einer großen Anzahl von Studien festgelegt werden – wie man am neuen Verbot für Gen-Mais in der Bundesrepublik Deutschland vom 14. April 2009 anschaulich sehen kann. Die Lösung von Konflikten zwischen der Ökologie und der Wirtschaft könnte daher eine prozedurale sein.

So werden im Bereich der Risikoregulierung (z.B. im Bereich genetisch veränderter Lebensmittel) prozedurale Bearbeitungen von Konflikten zwischen Umweltaspekten und Belangen der Wirtschaft auch heute schon häufig als Lösung vorgeschlagen.<sup>30</sup> Diese neue Form der Konfliktbewältigung eignet sich aber nicht nur dort, wo endgültiges Wissen über die „richtige“ Lösung aufgrund von Unsicherheitsfaktoren nicht generiert werden kann,<sup>31</sup> sondern auch dort wo Regulierung sich über mehrere Ebenen hinweg vollzieht<sup>32</sup>. Ein Beispiel für eine solche ebenenübergreifende Lösung ist das Urteil *Concordia Bus* des EuGH auf das im Folgenden Abschnitt (3) näher eingegangen wird.

---

29 Christoph U. Schmid, *Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation - A Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price Fixing*, *European Review of Private Law (ERPL)* 2000, 153 ff.: 170.

30 Eine solche prozedurale Lösung wurde z.B. auch in dem Appellate Body-Bericht vom 16. Oktober 2008 WT/DS321/AB/R zu hormonbehandeltem Rindfleisch gewählt.

31 Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie : Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, 2, 1995.

32 Christian Joerges, *Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann*, in: Führ/Wahl/von Wilmowsky (Hg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*, 2007, 719 ff.

### III. Das europäische Vergaberecht

#### 1. Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts

Das unterschiedliche Vergaberecht der Mitgliedstaaten wurde schon früh von der Kommission als Behinderung des freien Warenverkehrs angesehen. Die Kommission nahm daher die Regulierung dieses Bereiches schon in den sechziger Jahren in Angriff, obwohl sich in dem EGV kein expliziter Kompetenztitel über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen findet<sup>33</sup>. Am 17. Dezember 1969 wurde die erste Richtlinie, die sog. Warenliberalisierungsrichtlinie 70/32/EWG, erlassen. Die Bestrebungen der Kommission, das Vergaberecht zu liberalisieren, führten allerdings nicht zum Erfolg. Daher änderte die Kommission ihre Vorgehensweise und erarbeitete stattdessen Koordinierungsrichtlinien. Die erste dieser Richtlinien war die Baukoordinierungsrichtlinie<sup>34</sup>, die auch als „Mutterrichtlinie“ der nachfolgenden Richtlinien bezeichnet wird.<sup>35</sup>

Nach weiteren Änderungen und Ausweitungen entstanden so die vier materiellen Vergaberichtlinien, die RL 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (DKR), die RL 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (LKR), die RL 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (BKR) und schließlich auch für die Sektoren die RL 93/38/EWG (SKR). Gemeinsam haben diese Richtlinien, wie auch die Regelungen auf internationaler Ebene, dass sie nicht jede Beschaffung von öffentlichen Stellen umfassen. Vielmehr gelten sie erst ab bestimmten Schwellenwerten. Die Höhe dieser Schwellenwerte ist auf europäischer und internationaler Ebene ungefähr gleich.<sup>36</sup> Sie beträgt zurzeit z.B. für Bauaufträge 5.150.000 €. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf Beschaffungsvorgänge oberhalb dieser Schwellenwerte.

Nach vereinzelt Änderungen der oben genannten Richtlinien schlug die Kommission im Mai 2000 das sog. „Legislativpaket“ vor. Dessen Neuerung bestand darin, dass die DKR, die BKR und die LKR zu einer Richtlinie zusammengefasst werden sollten. Aufgrund verschiedener Ansichten zu bestimmten

---

33 Bis auf Art. 183 Nr. 4 EGV.

34 RL 71/305/EWG.

35 Alexander Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2008, 34ff.

36 Kerstin Odendahl, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen – Rechtslage nach EG und WTO-Recht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2004, 647 ff: 648.

Punkten<sup>37</sup> insbesondere auch über die Einbeziehung von Umweltkriterien konnte das Paket nach einigen Änderungen erst im März 2004 angenommen werden.<sup>38</sup> Das Legislativpaket unterteilt sich in die RL 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (KRL)<sup>39</sup>, welche die DKR, BKR und LKR ersetzt (abgesehen von deren Art. 41) und die RL 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SRL). Diese sogenannte Sektorenrichtlinie wird in der folgenden Untersuchung nicht betrachtet.

## 2. *Die Umweltkriterien im europäischen Vergaberecht*

Der Aspekt der umweltfreundlichen Vergabe ist auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften erst spät thematisiert worden. Die Kommission nahm in ihrer Mitteilung vom März 1998 „Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union“ (KOM[1998] 143 endg.) auf Umweltkriterien Bezug. Eine Berücksichtigung bei der Zuschlagserteilung an das wirtschaftlich günstigste Angebot sollte jedoch nur dann erfolgen, „wenn sich aus dem Bezug auf diese Faktoren ein wirtschaftlicher Vorteil zum unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen des öffentlichen Auftraggebers nachweisen lasse“<sup>40</sup>. Hieran sieht man, dass die Kommission zu diesem Zeitpunkt noch sehr stark an der wirtschaftlichen Prägung des Vergaberechtes festhielt. Umfassender gelangte diese Frage dann erst 2001 auf die Agenda der Kommission. In ihrer interpretierenden Mitteilung „Über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ befasste sie sich ausführlicher mit dieser Problematik. Auch hier blieb es bezüglich der Zuschlagskriterien bei der engen Auslegung, dass diese zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen des Auftraggebers führen müssten. Einen großen Durchbruch und eine Abkehr von der reinen Kostenbetrachtung erhielt dieses Thema durch das Verfahren Concordia Bus<sup>41</sup> vor dem EuGH aus dem Jahre 2002. Dieses Urteil und die dort gefundene Lösung zur Beilegung von Regul-

---

37 Das Legislativpaket war im Mitentscheidungsverfahren zu verabschieden.

38 Egger (Fn. 34) 41 ff.

39 Durch die Richtlinie 2005/75/EG erfolgte eine Berichtigung in Art. 78 Abs. 2, b und c.

40 EuGH 17.09.2002, Rs. C 513/99 (Concordia Bus) Slg. I-07231, Rn 34.

41 EuGH (FN. 39).

ierungskonflikten im Mehrebenensystem werden im folgenden (3) besprochen. Inwieweit die Richtlinie 2004/18/EG den vom EuGH beschrittenen Weg kodifiziert oder weitere Änderungen beinhaltet, ist Gegenstand des 4. Abschnittes dieses Kapitels.

### 3. *Das Beispiel Concordia Bus*

Die erste Möglichkeit des EuGH über die Zulässigkeit von Umweltkriterien im Vergaberecht zu entscheiden bot sich ihm im Urteil *Concordia Bus*<sup>42</sup>. Gegenstand des Verfahrens war eine Ausschreibung der Stadt Helsinki für den innerstädtischen Busverkehr. Den Zuschlag sollte das Unternehmen mit dem gesamtwirtschaftlich günstigsten Angebot erhalten. Für diese Beurteilung sollten drei Gruppen von Kriterien herangezogen werden, zum einen der geforderte Gesamtpreis für den Betrieb des Busverkehrs, ferner die Qualität der Busse sowie das Umweltkonzept des Verkehrsbetriebes. Außerdem wurden zusätzliche Punkte für die Einhaltung bestimmter Grenzwerte bei der Stickoxidemission des Fuhrparks und für die Einhaltung bestimmter Lärmpegel verteilt. Das am Verfahren beteiligte Unternehmen Concordia erhielt solche Zusatzpunkte nicht und erreichte bei der Ausschreibung den zweiten Platz. Den Zuschlag erhielt das eigene Busunternehmen der Stadt Helsinki. Ferner stand fest, dass neben dem städtischen Busunternehmen nur ganz wenige Unternehmen über einen Fuhrpark verfügten, der bei der gegenständlichen Ausschreibung Zusatzpunkte erhalten hätte.

Bezüglich dieses Verfahrens wurden dem EuGH drei Fragen vorgelegt, von denen nur die letzten beiden hier von Interesse sind. Diese Fragen lauteten zum einen, ob Umweltkriterien wie hier die Stickoxidemission und der Lärmpegel bei den Kriterien für das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt werden könnten. Zum anderen wurde gefragt, ob solche Kriterien falls grundsätzlich zulässig im vorliegenden Fall vielleicht unzulässig seien, da hier von vornherein feststände, dass nur wenige Unternehmen diese Kriterien erfüllen könnten.

Zum ersten Punkt führt der EuGH aus, „dass – wie eindeutig aus dem Wortlaut dieser Vorschrift [Art 36 Absatz 1 a der Richtlinie 92/50] und insbesondere aus der Verwendung des Ausdrucks zum Beispiel<sup>43</sup>] hervorgeht – die

---

42 EuGH (Fn. 39)

43 Die Vorschrift auf die hier Bezug genommen wird ist Art. 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50, a. Sie lautet: „Der Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an: (a) Entwe-

*Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht*

Kriterien, die als Kriterien für die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt werden können, nicht abschließend aufgezählt sind (siehe in diesem Sinne auch das Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 35).<sup>44</sup> Ferner dürfe diese Vorschrift nicht so verstanden werden, „dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss.“<sup>45</sup> Außerdem legt er dar, dass aus dem Art. 6 EGV zu folgern sei, „dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 die Möglichkeit nicht ausschließt, dass der Auftraggeber im Rahmen der Beurteilung, welches Angebot wirtschaftlich am günstigsten ist, Umweltschutzkriterien anwendet“<sup>46</sup>. Art 6 EGV ist die sogenannte Querschnittsklausel für den Umweltschutz. Diese schreibt eine Einbeziehung des Umweltschutzes in die anderen Politikziele der Gemeinschaft – wie hier der Liberalisierung – vor.<sup>47</sup>

Diese Einbeziehung von Umweltkriterien hat laut dem EuGH jedoch Grenzen. Diese liegen darin, dass (1) die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen. Ferner darf (2) ein Zuschlagskriterium nicht so ausgestaltet sein, dass es einem Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt. Die Kriterien müssen daher so ausgewählt werden, dass die Entscheidung im Ergebnis aufgrund dieser Kriterien erfolgt. Der Willkür soll durch diese Anforderung Einhalt geboten werden.<sup>48</sup> Außerdem müssen diese Kriterien (3) „im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrages ausdrücklich angegeben sein“<sup>49</sup>. Schließlich (4) „müssen bei solchen Kriterien alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das

---

der – wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, z. B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis.“

44 EuGH (Fn. 39) Rn. 54.

45 EuGH (Fn. 39) Rn. 55.

46 EuGH (Fn. 39) Rn. 57.

47 Bungenberg wertet diese Entscheidung, als eine Entscheidung des EuGH in der dieser eine „praktische Konkordanz“ hergestellt hat. Marc Bungenberg, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2003, 314 ff.: 317.

48 So auch Ariane Wiedmann, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007, 52. Sie bezeichnet es als Willkürverbot.

49 EuGH (Fn. 39) Rn 62.

Diskriminierungsverbot [...] beachtet werden<sup>50</sup>.

Das erste Kriterium des Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand hat der EuGH in der nachfolgenden Entscheidung EVN und Wienstrom<sup>51</sup> wieder aufgegriffen. Gegenstand der Entscheidung war ein österreichisches Vergabeverfahren über einen Stromlieferungsvertrag. Ein Zuschlagskriterium war die Gesamtmenge an Strom aus erneuerbaren Energiequellen, die ein Unternehmen in den vergangenen zwei Jahren geliefert hat und/oder in den kommenden zwei Jahren zu liefern beabsichtigt. Hierzu stellte der EuGH fest, „dass sich das festgelegte Zuschlagskriterium nicht auf die Leistung bezieht, die Gegenstand des Auftrags ist, nämlich die Lieferung der Menge Strom des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauchs, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Ag. geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen“.<sup>52</sup> „Ein Zuschlagskriterium, das sich ausschließlich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauch übersteigt, kann jedoch nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden.“<sup>53</sup> Grundsätzlich bejahte der EuGH aber die Möglichkeit Strom aus erneuerbaren Energiequellen als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 45 % heranzuziehen.

Nach allem ist auf die erste Frage zu antworten, dass es die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehren, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags für die Lieferung von Strom ein mit 45% gewichtetes Zuschlagskriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt.<sup>54</sup>

Mit der Voraussetzung im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstandes stehen hat der EuGH daher keine Unterscheidung zwischen produktbezogenen oder prozessbezogenen Kriterien vornehmen wollen.<sup>55</sup> Das Endprodukt Strom, welches man der Steckdose entnimmt, unterscheidet sich, ob aus Kern- oder erneuerbaren Energien gewonnen, in seiner Produkteigenschaften nicht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass trotz des Erfordernisses „des Bezugs zum Auf-

---

50 EuGH (Fn. 39) Rn 63.

51 EuGH 4.12.2003. Rs. C 448/01, NZBau, 2004, 105-111.

52 EuGH (Fn. 50) Rn. 67.

53 EuGH (Fn. 50) Rn. 68.

54 EuGH (Fn. 50) Rn. 72.

55 Wiedmann (Fn. 47) 56.

## *Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht*

tragsgegenstand“ daher nach der Rechtsprechung des EuGH eine Vielzahl von Umweltkriterien berücksichtigungsfähig sind.

Im Verfahren Concordia wurde die weitere Frage bezüglich des kleinen Unternehmerkreises, welcher bei diesem Verfahren Zusatzpunkte holen konnte, vom EuGH dahingehend beantwortet, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung hier nicht verletzt sei.

Im Ergebnis kommt der EuGH hier also zu einer prozeduralen Lösung wie sie oben beschrieben worden ist. Es werden keine materiellen Anforderungen an das Umweltkriterium an sich gestellt. Bei der Zuschlagserteilung können Punkte für Strom aus erneuerbaren Energien oder schadstoffarme Produkte vergeben werden. Für die Gewichtung dieser Kriterien – bei dem oben beschriebenen Verfahren EVN Wienstrom waren es 45 % – hat der EuGH in seiner Rechtsprechung keine Restriktionen aufgestellt. Die Voraussetzung, dass alle Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftrag stehen müssen, ist keine materielle Anforderung. Vielmehr soll hierdurch eine Diskriminierung der Bieter verhindert werden.

#### *4. Die Richtlinie 2004/18 EG*

Das Verfahren zur Verabschiedung der Richtlinie 2004/18 EG<sup>56</sup> dauerte vier Jahre. Ein Grund für diese lange Dauer war die Uneinigkeit zwischen Kommission und Europäischem Parlament über die Berücksichtigung von Umweltkriterien im Vergaberecht. Besonders gestritten wurde um den Punkt der Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung.<sup>57</sup> Da dieser Hauptgegenstand der oben erläuterten Verfahren war, wird im Folgenden insbesondere auf diesen ausführlich eingegangen. Die weiteren Möglichkeiten der Richtlinie Umweltaspekte einzubeziehen werden am Ende des Abschnittes nur kurz dargestellt. Zusammenfassend lässt sich über die neue Richtlinie sagen, dass diese für den Bereich der Berücksichtigung von „vergabefremden“ Zwecken nicht viele Neuerungen gebracht hat.<sup>58</sup> Es handelt sich eher, um eine

---

56 Insgesamt zu den Änderungen im europäischen Vergaberecht durch diese Richtlinie siehe: Sue Arrowsmith, An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement, *Common Market Law Review* (CML Rev) 2004, 1277 ff.

57 Angela Dageförde/Miriam Dross, Reform des europäischen Vergaberichts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2005, 23 ff.

58 Joel Arnould, Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the

Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH.

a) *Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung*

Die Einbeziehung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung findet sich in der neuen Richtlinie 2004/18 EG in Art. 53 Abs. 1, a. Dieser lautet:

*(1) Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:*

*a) entweder - wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, **Umwelteigenschaften**, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist[Hervorhebung durch die Verfasserin]*

Die Aufnahme der Umwelteigenschaften ist im Gegensatz zur alten Regelung (siehe FN 42) neu. Was unter dem Begriff der Umwelteigenschaft zu verstehen ist bleibt unklar. Ob dieser auch die Einbeziehung von Produktionsmethoden – wie es beim Strom aus erneuerbaren Energien erforderlich wäre - umfasst, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht eindeutig. Allerdings findet sich im ersten Erwägungsgrund die Bezugnahme auf die oben dargelegten Urteile. Da heißt es:

*„...die vorliegende Richtlinie gründet sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen, sofern derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien entsprechen.“*

Wie oben erläutert, hat der EuGH in seiner EVN Wienstrom Entscheidung keine Unterscheidung zwischen Produkteigenschaften und prozessbezogenen Kriterien unternommen, sondern als Zuschlagskriterium Strom aus erneuerbaren Energien zugelassen. Hieran hat sich durch die Kodifizierung nichts

## *Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht*

geändert.<sup>59</sup> Die vom EuGH entwickelte prozedurale Lösung wurde damit in der Richtlinie übernommen.

### *b) Weitere Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltaspekten*

Die Richtlinie enthält neben der Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung noch weitere Optionen für eine Bezugnahme auf ökologische Kriterien. Einige davon sollen hier der Übersicht halber kurz dargestellt werden.

Zum einen können Umwelteigenschaften gemäß Art. 23 in der technischen Spezifikation festgelegt werden z.B. unter Bezugnahme auf Umweltgütezeichen wie den blauen Engel<sup>60</sup>. Auch hier kann z.B. bei der Vergabe eines Stromlieferungsvertrages festgelegt werden, dass nur Strom aus erneuerbaren Energien geliefert werden soll. Die Kommission hat diesbezüglich allerdings zum Ausdruck gebracht, dass eine Festlegung auf Strom nur aus Windenergie diskriminierende Wirkung entfaltet und daher eine solche Bestimmung unzulässig ist.<sup>61</sup> Wenn auf ein Umweltgütezeichen Bezug genommen wird, so ist diese Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen. Die Beweislast für diese Gleichwertigkeit liegt beim Bieter.<sup>62</sup> Hier wurde damit auch eine wie oben vorgeschlagene prozedurale Lösung gewählt.

Auch auf der Ebene der Auswahl der Kandidaten hat man einen Bezug zur Umwelt hergestellt. So können gemäß Art. 45 diejenigen Bieter ausgeschlossen werden, die wegen Verstoßes gegen das Umweltstrafrecht verurteilt worden sind. Ferner können gemäß Art. 26 auch zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages an den Bieter gestellt werden. Hierzu gehören gemäß Erwägungsgrund 33 auch umweltbezogene Anforderungen.

---

59 So auch Dageförde/Dross(Fn. 56) 24.

60 Eine solche Bezugnahme bedeutet nicht, dass nur Produkte die mit einem blauen Engel versehen sind verwendet werden sollen. Vielmehr umschreibt sie lediglich die technischen Anforderungen die ein Produkt erfüllen soll.

61 Arnould (Fn. 57) 190.

62 Art. 23 Abs. 4 der Rili 2004/18/EG. So auch Arrowsmith (Fn. 55) 1303.

## IV. Die internationale Ebene der WTO

### 1. Die Entwicklung des internationalen Vergaberechts

Auf der internationalen Ebene hat man sich – wie auf der europäischen Ebene – früh mit dem Thema Vergaberecht befasst. Schon bei den Verhandlungen zu einer International Trade Organisation (ITO) im Jahre 1947 wurde das Thema international verhandelt.<sup>63</sup> Zur Gründung der ITO ist es dann aufgrund von Präferenzänderungen in den USA allerdings nicht gekommen.<sup>64</sup> Das Vergaberecht wurde auch nicht zum Gegenstand des GATT gemacht, sondern erst wieder in den siebziger Jahren aufgegriffen. Im Jahre 1979 kam es dann zur Verabschiedung des Tokyo Round Agreement on Government Procurement, dem Vorläufer des heute gültigen General Procurement Agreement (GPA). Auch der Vorläufer war wie das GPA kein multilaterales<sup>65</sup>, sondern ein plurilaterales<sup>66</sup> Abkommen. Mit Gründung der WTO 1994 wurde dieser Status dann beibehalten. Mitglieder sind im jetzigen GPA neben der EU auch die USA und Japan.<sup>67</sup> Im sachlichen Anwendungsbereich des GPA finden sich vier Anknüpfungspunkte, die für die Frage der Einbeziehung von Umweltgesichtspunkten relevant sind, das Diskriminierungsverbot in Art. III GPA, die Vorgaben für bieterbezogene Auswahlbedingungen gemäß Art. VIII GPA, die Anforderungen an die Zuschlagskriterien in Art. XIII GPA sowie die Ausnahmebestimmung in Art. XXIII Abs. 2.<sup>68</sup>

Da der Schwerpunkt der Ausführungen im Kapitel über das europäische

---

63 Ausführlich zu der Entstehungsgeschichte Annet Blank/Marceau Gabrielle, A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO, Law and Policy in Public Purchasing : The WTO Agreement on Government Procurement 1997, 31 ff.

64 Sue Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, 2003, 26.

65 Ein solches Abkommen liegt innerhalb des WTO-Regimes vor, wenn das Abkommen für alle WTO-Mitglieder verbindlich ist. Siehe: Stephan Hobe/Otto Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 8, 2004, 374.

66 Diese Abkommen sind nur für die unterzeichnenden Staaten verbindlich, Siehe: Hobe/Kimminich (Fn. 64) 375.

67 Weitere Mitglieder sind Kanada, China, Island, Israel, Korea, Lichtenstein, Norwegen, Singapur und die Schweiz sowie die Niederlande bezüglich Aruba, <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/memobs\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm)> (zuletzt abgerufen am 21.09.2009).

68 Kristian Fischer, Erlaubt das WTO-Vergaberecht die Verfolgung politischer Ziele im öffentlichen Auftragswesen?, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2003, 347 ff.: 348.

Vergaberecht auf den Zuschlagskriterien lag, soll auch im folgenden Abschnitt das Hauptgewicht hierauf gelegt werden (2). Auf die weiteren Möglichkeiten der Einbeziehung von Umweltkriterien im GPA wird in diesem Abschnitt nicht eingegangen.

## 2. *Die Zuschlagskriterien*

Die einschlägige Norm für die zur Verfügung stehenden Zuschlagskriterien ist Art. XII Abs. 4 b GPA. Dieser lautet:

*„... unless in the public interest an entity decides not to issue the contract, the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, whether for domestic products or services, or products or services of other Parties, is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous.“<sup>69</sup>*

Für die Erteilung des Zuschlages kommt somit hiernach das niedrigste (lowest) oder das vorteilhafteste Angebot (most advantageous) in Betracht. Im GPA werden also, wie in der Richtlinie 2004/18 EG das „Billigstbieterprinzip“ und das „Bestpreisprinzip“ angewandt.<sup>70</sup>

Auch wenn der Wortlaut und die dahinter stehenden Prinzipien im GPA und in der Richtlinie gleich sind, herrscht bezüglich der Frage, welche Kriterien zur Bestimmung des vorteilhaftesten Angebotes herangezogen werden, in der Literatur Streit.<sup>71</sup> Zwar wird die Einbeziehung von bestimmten Umweltkriterien ins Vergaberecht von keinem Literaturstrang gänzlich verneint. Das Ausmaß der Kriterien, die einbezogen werden können, unterscheidet sich allerdings stark. Nach einer restriktiven Ansicht können bei der Bestimmung des vorteilhaftesten Angebotes nur solche Kriterien herangezogen werden, die ei-

---

69 Die englische Fassung ist die maßgebende Fassung.

70 Gerhard Kunnert, WTO-Vergaberecht: Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, 1998, 274.

71 Einschlägige gerichtsförmige Entscheidungen zum GPA gibt es bezüglich dieser Frage nicht. Der einzige Fall, der diesbezüglich an das DSB herangetragen und bei dem ein Panel eingerichtet wurde, war das Verfahren über das Massachusetts Burma Law. Dieses Verfahren wurde jedoch nicht zu Ende geführt, da das streitige Gesetz vorher vom US Supreme Court aufgehoben wurde. Ausführlicher zu diesem Fall. Siehe: Fischer (Fn. 67) 348.

nen wirtschaftlichen Bezug aufweisen.<sup>72</sup> Begründet wird dieses Argument damit, dass es nicht sinnvoll wäre, in einer Vorschrift zwei Zuschlagskriterien zu kodifizieren, welche auf fundamental unterschiedlichen Kriterien Bezug nehmen.<sup>73</sup> So stellen Prieß und Pitschas fest: „As the award criterion of the lowest tender is unequivocally based on pure economic considerations, the other award criterion, that is, the most advantageous tender, must be of the same nature.“ Nach dieser Ansicht könnten daher nur Kriterien einbezogen werden, die im Einkauf vielleicht teurer sind, deren Kauf sich aber durch z.B. ihren niedrigen Verbrauch auf längere Sicht rentiert. Die Festlegung eines Kriteriums für Strom aus erneuerbaren Energien, wie im Fall Wienstrom, wäre hiernach nur dann möglich, wenn der Strom günstiger wäre als herkömmlicher. Der Aspekt der nachhaltigen Gewinnung dieses Stroms könnte nicht einbezogen werden.

Der überwiegende Teil der Literatur vertritt eine weniger restriktive Ansicht für die berücksichtigungsfähigen Kriterien. Nach Gaedtke ist das vorteilhafteste Angebot subjektiv zu verstehen. Es ist dasjenige, welches den Kriterien des Auftraggebers seiner Ansicht nach am besten entspricht. Die Kriterien sind daher vom Auftraggeber frei wählbar<sup>74</sup> Eingeschränkt wird diese Freiheit durch (1) das Diskriminierungsverbot in Art. III GPA sowie durch die Publizitätsanforderungen (2) in den Verfahrensvorschriften. Im Ergebnis ist diese Lösung dem europäischen Recht sehr ähnlich und stellt daher auch eine prozedurale Lösung dar. An die Umweltkriterien werden keine materiellen Anforderungen gestellt. Insbesondere sind nicht nur Kriterien zulässig, die einen Bezug zu Wirtschaftlichkeitsaspekten aufweisen. Das GPA verzichtet sogar anders als die Richtlinie 2004/18/EG auf einen Auftragsbezug.<sup>75</sup>

## V. Fazit

Das europäische Vergaberecht hat sich für Umweltkriterien geöffnet. Der EuGH hat bei dieser Öffnung eine wichtige Rolle gespielt. Er hat durch sein

---

72 Christian Pitschas/Hans-Joachim Prieß, Secondary Policy Criteria and Their Compatibility With EC and WTO Procurement Law. The Case of the German Scientology Declaration, Public Procurement Law Review (PPLR) 2000, 171 ff.: 189. So auch Tietje/Wolf (Fn. 22) 99 ff.

73 Pitschas/Prieß (Fn. 71)189.

74 Jens-Christian Gaedtke, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, 2006, 123 ff. So auch Sue Arrowsmith, FN 58 Government Procurement in the WTO, 2003, 344.

75 Arrowsmith spricht dieses Problem kurz an, verneint dann aber eine solche Einschränkung. Arrowsmith (Fn. 72) 344.

*Die Berücksichtigung von Umweltkriterien im europäischen und internationalen Vergaberecht*

Urteil in der Rechtssache Concordia Bus für die Lösung des Konfliktes zwischen umweltrechtlichen Belangen und dem Effizienzkriterium einen prozeduralen Lösungsweg vorgeschlagen. Diesen Lösungsweg hat auch der Rat in seiner Richtlinie 2004/18/EG fortgeführt. Ferner hat die Richtlinie bei der technischen Spezifikation die Beweislast für die Gleichwertigkeit dem Bieter und nicht dem Nationalstaat aufgebürdet. Auch hierin liegt ein Fortschritt nicht nur für die ökologischen Standards, sondern auch für die Autonomie der Nationalstaaten. Sie werden durch diesen Schritt geschont.

Auch das GPA eröffnet nach der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung weitreichend zu berücksichtigen, solange dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot genüge getan wird. Es wird ebenso ein prozeduraler Ansatz verfolgt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, beide Regulierungen gehen davon aus, dass ein Einbezug von Umweltkriterien in der heutigen Zeit nicht dem Liberalisierungsgedanken zuwider läuft, sondern sehr wohl mit diesem vereinbar ist. Kritisch anzumerken ist, dass die Ausführungen zum GPA auf der reinen Textanalyse beruhen, da bis jetzt diese Frage noch nicht Gegenstand einer Empfehlung oder Entscheidung der Streitbeilegungsorgane war. Fraglich ist daher, ob ein eingesetztes Panel, das über diese Frage zu entscheiden hätte, auch den vorgeschlagenen Weg wählen würde. So sieht Paulus ein Problem darin, dass, „specialized judicial bodies have difficulty in balancing the values embodied in other institutions“<sup>76</sup> Dieses Ungleichgewicht oder einfach die Schwierigkeit, andere Belange zu berücksichtigen oder überhaupt erst mit in den Blick zu nehmen, wird auf WTO-Ebene noch dadurch verstärkt, dass keine unmittelbare Verknüpfung mit den anderen Zielen der WTO vorgenommen werden kann, wie es in der EG z.B. aufgrund Art. 6 EGV der Fall ist. Würde die Frage der Einbeziehung von Umweltkriterien an den DSB herangetragen, so sollte dieser bei seiner Entscheidung berücksichtigen, dass die Weiterentwicklung des internationalen Rechts auf Anstöße und damit auf Vorreiter aus den Nationalstaaten angewiesen ist.

---

76 Paulus (Fn. 13).

## Riassuno Italiano

### **La considerazione di criteri ambientali nel diritto degli appalti pubblici tedesco ed europeo: una prospettiva del diritto dei conflitti**

RIKE U. KRÄMER

Con la privatizzazione di funzioni che un tempo erano dello Stato, negli ultimi anni il diritto degli appalti pubblici ha assunto sempre più importanza. Poiché allo Stato mancano mezzi e personale, esso nell'assolvere pubbliche funzioni si serve di imprese private. Negli Stati membri dell'Unione europea, il volume degli appalti dello Stato ammonta in media a 16% del prodotto interno lordo. Accanto ai consumatori privati, lo Stato crea dunque una forte domanda di beni, e con le sue decisioni di acquisto è in grado di influenzare fortemente ad esempio la domanda di beni prodotti in modo ecologicamente sostenibile. Per questo motivo, il diritto degli appalti pubblici, economicamente caratterizzato, ha acquisito importanza anche per altri campi della politica, come ad esempio la tutela dell'ambiente.

La questione esaminata nella presente relazione è fino a che punto i criteri ambientali possano trovare considerazione nel diritto europeo ed internazionale degli appalti pubblici, e come i conflitti tra gli interessi economici e gli aspetti di tutela dell'ambiente possano essere risolti nel sistema multilivello. Per rispondere a queste domande, dapprima vengono presentate alcune nuove proposte di soluzione dei conflitti, verificando fino a che punto tali proposte siano adatte per la problematica in esame. Tra queste nuove proposte rientrano: la riconduzione di un principio di sostenibilità ecologica all'oggetto del *jus cogens*, l'integrazione sistematica ai sensi dell'art. 31.3 c della Convenzione sul diritto dei trattati di Vienna, e diverse soluzioni procedurali. A queste ultime viene data la preferenza in questa sede.

La prima parte principale di questa relazione è dedicata al diritto degli appalti *europeo*. Esso inizia con il caso esemplare *Concordia Bus*, deciso dalla Corte Europea di Giustizia il 17 settembre 2002 (C 513/99). Questo è stato il primo caso in cui la Corte di Giustizia ha potuto pronunciarsi sulla questione della considerazione di criteri ambientali. La forma di soluzione dei conflitti trovata in questo procedimento ha natura procedurale. La Corte di Giustizia chiarisce che la considerazione di criteri ambientali nell'assegnazione di un appalto in linea di principio è ammissibile. Tuttavia, tali criteri devono essere connessi all'oggetto dell'appalto. Inoltre, un criterio di assegnazione non può essere formulato in modo da concedere ad un offerente piena libertà decisiona-

le. Ancora, tali criteri devono essere inclusi nel capitolato dei costi o nel bando di pubblicazione dell' appalto. Infine, questi criteri devono rispettare tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, inanzitutto il divieto di discriminazione (...). Il primo criterio, la connessione con l'oggetto dell'appalto, è stato ripreso e concretizzato dalla Corte di Giustizia nella successiva decisione *EVN e Wienstrom* del 4 dicembre 2003 (C 448/01). L'oggetto della decisione era un procedimento austriaco di appalto pubblico di somministrazione di energia elettrica. Un criterio di assegnazione era la quantità totale di energia elettrica da fonti rinnovabili, che un'impresa aveva fornito negli ultimi due anni e/o intende fornire nei prossimi due anni. Nel caso in questione, la Corte di Giustizia riteneva che tale criterio non fosse soddisfatto. In linea di principio, l'utilizzo di energia elettrica da fonti rinnovabili è un criterio di assegnazione ammissibile, però il requisito non deve andare al di là dell'energia elettrica prevedibilmente da utilizzare per quell'appalto.

La relazione poi continua verificando fino a che punto queste soluzioni trovate nelle sentenze della Corte di Giustizia siano state codificate nella nuova direttiva 2004/18/CE. La norma rilevante si trova nell'art. 53 comma 1, a. Questa disposizione introduce le caratteristiche ambientali come nuovo criterio di assegnazione. Le restrizioni sviluppate dalla Corte di Giustizia si ritrovano nel primo considerando della direttiva. Quindi in sostanza la soluzione procedurale sviluppata dalla Corte di Giustizia è stata recepita nella direttiva.

Nella seconda parte principale di questa relazione, il diritto degli appalti pubblici è esaminato a livello internazionale e confrontato con la disciplina comunitaria. Anche qui vengono trattati in particolare, come nella parte della relazione dedicata al diritto europeo, i criteri di assegnazione. La disciplina del diritto degli appalti pubblici a livello della WTO si trova nel *General Procurement Agreement* (GPA). La norma rilevante per i criteri di assegnazione che stanno a disposizione è l'art. XII comma 4 b GPA. In base a tale norma, per l'assegnazione dell'appalto vengono in considerazione o l'offerta più bassa oppure quella più vantaggiosa (*most advantageous*). Dunque il "principio dell'offerta più economica" e il "principio del miglior prezzo" si applicano nel GPA così come nella direttiva 2004/18/CE. È controverso in dottrina quali criteri possano venire considerati nella determinazione della migliore offerta. Secondo una concezione restrittiva, nella determinazione dell'offerta più vantaggiosa potrebbero venire considerati soltanto criteri economici. Tale requisito sarebbe soddisfatto soltanto nel caso di acquisto di beni che fossero sì più costosi, ma che nel lungo periodo convenissero, ad esempio perché consumano poco. Secondo la concezione in esame, la fissazione di un criterio per l'energia

elettrica da fonti rinnovabili, come nel caso *Wienstrom*, sarebbe possibile soltanto se l'energia elettrica fosse più conveniente: l'aspetto della produzione ecologicamente sostenibile non potrebbe venire considerato.

Secondo una diversa opinione, l'offerta più conveniente dovrebbe essere intesa in senso soggettivo. Essa sarebbe quella che meglio corrisponde ai criteri dell'appaltatore dal punto di vista di quest'ultimo. Tale libertà verrebbe limitata soltanto mediante il divieto di discriminazione di cui all'art. III GPA, nonché mediante gli obblighi di pubblicità previsti dalle disposizioni procedurali. In fin dei conti, tale soluzione è molto simile a quella del diritto comunitario, ed è anch'essa una soluzione procedurale. Riguardo ai criteri ambientali, non viene stabilito nessun requisito materiale. In particolare sono ammissibili non soltanto criteri economici. Il GPA, a differenza dalla direttiva 2004/18/CE, rinuncia addirittura ad una connessione con l'appalto in questione.

Riassumendo: Entrambe le discipline non escludono esplicitamente una considerazione di criteri ambientali. Criticabile resta in particolare nell'ambito della regolamentazione ambientale la forte accentuazione dell'onere della prova nell'avvalersi di una regola eccezionale nella WTO. Se non si riesce a fornire la prova di rischi esistenti per gli esseri umani o per la natura, la disposizione nazionale deve cedere il passo di fronte all'obiettivo della liberalizzazione del mercato. Inoltre, a livello di WTO non può effettuarsi una connessione immediata con altri obiettivi della WTO, come invece è possibile in base Trattato della Comunità Europea, ad es. secondo l'art. 6. Ancora, le osservazioni concernenti il GPA si fondano esclusivamente sull'analisi testuale, poiché tale questione non è ancora stata oggetto di una raccomandazione o di una decisione degli organi di risoluzione delle controversie. Ci si chiede dunque se una commissione istituita per decidere tale questione sceglierebbe la soluzione qui proposta. Se la questione della considerazione di criteri ambientali fosse sottoposta al *Dispute Settlement Body*, esso nella sua decisione dovrebbe considerare che lo sviluppo ulteriore del diritto internazionale dipende da iniziative, e dunque precursori, provenienti dagli Stati nazionali. Tali precursori possono tuttavia operare soltanto se il ricorso a misure unilaterali rimane un'opzione.

# Grenzen des Schwächerenschutzes im Handelsrecht am Beispiel der AGB-Kontrolle

ANDREAS MAURER\*

## I. Einleitung

Das Handelsrecht ist das Recht der Kaufleute.<sup>1</sup> Es ist geprägt von dem Gedanken, dass Kaufleute in aller Regel einander mit gleichen Waffen gegenüberstehen und daher eines rechtlichen Schutzes nicht in dem Maße bedürfen, wie geschäftlich unerfahrene Verbraucher. Darauf nimmt auch außerhalb des Handelsrechts das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich Rücksicht. Gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB sind im Rahmen einer Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen zu berücksichtigen. Zudem sind gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Einbeziehungsvoraussetzungen von AGB gegenüber Unternehmern geringer als gegenüber Verbrauchern, und die Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB finden keine Anwendung. Trotz dieser Einschränkung aber ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im Handelsrecht ein Instrument des Schwächerenschutzes, durch das verhindert werden soll, dass ein Verwender unter Ausnutzung von strukturellen Ungleichgewichtslagen seine Interessen einseitig gegenüber dem Vertragspartner versucht zur Geltung zu bringen.<sup>2</sup> Hier soll es im Folgenden um Fälle gehen, in denen derartige Ungleichgewichtslagen gerade nicht vorherrschen und dennoch Inhaltskontrollen durchgeführt werden. Zur Verdeutlichung soll kurz die geschichtliche Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nachvollzogen werden. Danach wird exemplarisch an einem Fall dargestellt, dass Inhaltskontrollen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann durchgeführt werden, wenn Ungleichgewichtslagen nicht zu befürchten sind. Für das Fehlen einer solchen Ungleichgewichtslage soll hier das Beispiel von Charterverträgen aus dem Bereich des Seehandelsrechts herange-

---

\* Der Autor ist Doktorand an der Universität Bremen. Für hilfreiche Anmerkungen und Kommentare bin ich meinem Kollegen Hermann Hoffmann zu großem Dank verpflichtet.

1 Hopt in Hopt/Merkt/Baumbach (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, München 2008, Einleitung vor § 1, Rn. 1.

2 Wolf/Horn/Lindacher (Hrsg.), *AGB-Gesetz*, München 1989, Einleitung, Rn. 3 f. BTDRs. 7/3919, 9 ff.

zogen werden. Hier führen Verfahren bei der Erstellung von allgemein verwendeten Vertragsmustern zu einer Vermittlung zwischen den beteiligten Vertragsparteien und damit zu einem Ausgleich eventuell bestehender Unterschiede zwischen den Vertragspartnern. Die hier vertretene These ist, dass die Partizipation der von der privaten Regelung Betroffenen zur Legitimation der Regel führt<sup>3</sup> und daher einer Inhaltskontrolle nicht unterzogen werden darf. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die durch Verhandlungen zwischen Vertretern und Verbänden der späteren Vertragsparteien zustande kommen, können vielmehr als privat erzeugtes Recht gelten, auf das staatliches Recht reagieren muss. Möglichkeiten einer solchen Reaktion durch ein rechtstheoretisch verstandenes Kollisionsrecht sollen am Ende der Überlegung aufgezeigt werden.

## II. Allgemeine Geschäftsbedingungen im Handel

### 1. Gefahren Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen spielen im Handel eine überragende Rolle. Der Hintergrund ihrer Verwendung ist vielfältig. Ursprünglich sind ihr Aufkommen und ihr unbestreitbarer Siegeszug die Reaktion auf den Übergang von Einzel- zur Massenproduktion im Zuge der industriellen Revolution ab der Mitte des 19. Jahrhunderts und dem damit verbundenen Massenabsatz von Produkten, der nach Standardisierung auch in der Vertragsgestaltung verlangte.<sup>4</sup> Während aber einerseits für den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine ganze Reihe von Vorteilen ihre Benutzung nahe legt, stehen für die andere Vertragspartei nicht unerhebliche Risiken an. Insbesondere können Allgemeine Geschäftsbedingungen dazu genutzt werden, dem Vertragspartner Risiken aufzuerlegen, die er nach der gesetzlichen Risikoverteilung nicht zu tragen hätte.<sup>5</sup> Dies wird insbesondere dann zum Problem, wenn es sich

---

3 Diesen Gedanken verfolgte jüngst *Köndgen*, Privatisierung des Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 2006 (206), S. 476-525, 522. Ähnlich zuvor auch *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1986, der die „Richtigkeit“ der AGB durch den demokratischen Akt der Setzung ableiten will, den er als Prozess des Aushandelns der AGB sieht, S. 297. Kritisch zur Frage, ob Beteiligung der Betroffenen auch zu gerechten Ergebnissen führe aber *Emmerich*, Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung 1972 (12), S. 361-369, 363, allerdings mit anderen Beispielen vor Augen.

4 Basedow, Einleitung vor §§ 305 ff., In K. Rebmann et. al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5 ed., vol. 2, (München 2006), Rn. 1 ff.

5 *Preis*, Privatautonomie und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, G.

um einen ‚take-it-or-leave-it Deal‘ handelt, ein Geschäft also, bei dem eine Verhandlung der Vertragsbedingungen nicht vorgesehen und wegen großer Verhandlungsmacht des Stellers der Bedingungen auch nicht möglich ist.<sup>6</sup>

## 2. *Historische Hintergründe der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

Aus diesen Gründen hat die Rechtsprechung in Deutschland bereits früh begonnen, Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Während das Reichsgericht im Jahr 1883 noch geurteilt hatte, dass eine Haftungsausschlussklausel trotz offensichtlicher Benachteiligung des Vertragspartner wirksam sein sollte, weil es an einer anderslautenden gesetzlichen Vorschrift fehlte<sup>7</sup>, zeichnete sich bereits fünf Jahre später eine Änderung dieser Rechtsprechung ab. Im Jahr 1888 begann das Reichsgericht eine Rechtsprechung, die sich als bahnbrechend erweisen sollte, indem es eine Haftungsfreizeichnungsklausel für gegen die Guten Sitten verstoßend und damit nichtig hielt, wenn der Verwender Monopolist sei und der andere Vertragspartner daher zum Abschluss des Vertrages gezwungen sei.<sup>8</sup> Diese Rechtsprechung wurde dann später ausgedehnt auf de-facto-Monopole.<sup>9</sup> Interessanterweise betreffen alle drei Entscheidungen transportrechtliche Fragen, die ersten beiden betreffen explizit seehandelsrechtliche Fragestellungen des Konnossementen-

---

*Annuss et. al.* (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007, S. 339-359, 340. Für eine frühe Diskussion dieser Problematik in den USA siehe *Isaacs*, *The Standardizing of Contracts*, *Yale Law Journal* 1917 (27), S. 34-48.

6 Basedow, Einleitung vor §§ 305 ff., In K. Rebmann et. al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5 ed., vol. 2, (München 2006), Rn. 4.

7 RGZE 11, 100 [1883] , 110 („So wenig billig und gerecht nun auch diese Abwälzung einer im Wesen der Seetransportübernahme begründeten Haftung vom Rheder sein und so sehr sie das natürliche Verhältnis verschieben mag, so fehlt es doch, mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit, in dieser Beziehung and der Möglichkeit, der betreffenden Vereinbarung die Gültigkeit zu versagen.“).

8 RGZE 20, 115 [1888], 117 („Umgekehrt kann in der Beschränkung der Haftung des Frachtführers dann ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen, wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweitigen Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen geboten wird, bzw. infolge besonderer Umstände (z.B. Bildung eines sog. Ringes nach amerikanischem Vorgange) die Absender gezwungen waren, sich dem Verlangen der Frachtführer zu fügen.“).

9 RGZE 103, 82 [1913], 83.

rechts und der Haftung des Schiffsfrachtführers. Den Maßstab der de facto Monopole behielt der Bundesgerichtshof bis in die 1950er Jahre hinein für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei<sup>10</sup>, bevor die Bundesrichter begannen den Maßstab zu ändern und zu einer so genannten ‚offenen Inhaltskontrolle‘ Allgemeiner Geschäftsbedingungen überzugehen.<sup>11</sup> Während die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs darauf beruhte, Allgemeine Geschäftsbedingungen am Maßstab der guten Sitten zu bewerten, eröffnete der Übergang zu einer offenen Inhaltskontrolle am Maßstab von Treu und Glauben eine viel weitergehende Kontrollmöglichkeit. Es kam nun nicht mehr darauf an, ob der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllte, sondern es genügte, wenn die Klauseln objektiv als für den anderen Vertragsteil benachteiligt angesehen werden konnten.<sup>12</sup> Auf dieser Grundlage wurde die Rechtsprechung fortgeführt und letztlich im Jahr 1977 durch Erlass des AGB-Gesetzes, das die bis dahin ergangene Rechtsprechung weitgehend aufgenommen und systematisiert hat, vom Gesetzgeber bestätigt. Durch das AGB-Gesetz bekam die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen deutlichen verbraucherschützenden Einschlag.<sup>13</sup> Zwar war die Inhaltskontrolle grundsätzlich auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen möglich, die gegenüber Kaufleuten gestellt wurden, jedoch waren einzelne Vorschriften des Gesetzes der Anwendung auf solche Allgemeine Geschäftsbedingungen entzogen.<sup>14</sup> Dennoch bleibt es bei einer Inhaltskontrolle auch von Handelsverträgen, wobei gemäß § 310 Abs. 1 S. 2, 2. HS BGB auf Handelsbräuche ausdrücklich Rücksicht zu nehmen sein soll. Die Inhaltskontrolle richtet sich gemäß § 307 Abs. 1 BGB an der Frage aus, ob der Vertragspartner vom Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entgegen

---

10 Schleppvertrag [1956] 9 Neue Juristische Wochenschrift 1065.

11 Als Beispiele hierfür vgl. BGHZ 33, 216 [1960] oder [1973] 26 NJW 1194.

12 BGHZ 33, 216 [1960] („Im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof (...) den Rechtsgrundsatz vertreten, dass für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht der Wille und die Absicht der Parteien des Einzelgeschäfts zu erforschen sind, vielmehr unabhängig von den Umständen des Streitfalles allein ihr Inhalt maßgebend ist; denn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht für einen bestimmten Einzelfall aufgestellt, sondern bilden die vertragliche Grundlage für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelfällen. Auszugehen ist von dem Willen verständiger und redlicher (gedachter) Vertragspartner, die ihrem Geschäftsverkehr eine Allgemeine Grundlage geben wollen.“)

13 BTDRs. 7/3919 („Das Gesetz bezweckt in erster Linie eine Verbesserung des Schutzes der Letztverbraucher gegenüber AGB.“, a.a.O., S. 43).

14 Bis zum 31.12.2001: § 12 AGBG; ab 01.01.2002: § 310 BGB.

der Gebote von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird. Hintergrund dieser Regelung ist ebenfalls der Gedanke, dass der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen mithilfe von großer Marktmacht seine Interessen vertraglich gegenüber dem anderen Vertragspartner durchsetzen kann, ohne dass dieser sich dagegen wehren könnte, wollte er nicht auf den Auftrag verzichten. Auch hier gilt also mit leicht veränderter Ausrichtung das Paradigma des Schwächerenschutzes.

Der Rückgriff auf Argumente des Schwächerenschutzes verliert aber in dem Maße an Überzeugungskraft, in dem die an späteren Transaktionen beteiligten Vertragspartner gleichberechtigt am Entwurf und der Aufstellung von Regeln mitwirken. Das zeigt sich auch in dem Rechtsgedanken des § 305b BGB, wonach die individualvertraglich ausgehandelte Vereinbarung Vorrang vor der Allgemeinen Geschäftsbedingung haben soll und einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht selbstverständlich nicht unterliegt.<sup>15</sup> So liegt es nahe, Allgemeine Geschäftsbedingungen, die für ganze Branchen verbindlich sein sollen, als privat gesetzte Normen zu verstehen.

### **III. Allgemeine Geschäftsbedingungen als private Normsetzung**

Während Hans Großmann-Doerth in seinem Vortrag über „Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft und das staatliche Recht“ in seiner Schlussfolgerung dabei blieb, dass dem staatlichen Rechts jedenfalls der rechtspolitische Vorrang vor privat erzeugten Normen gebühre und „Willkürrecht von Unternehmen“ nicht geduldet werden könne,<sup>16</sup> gelangt Helmut Rühl etwa zeitgleich mit einer rechtssoziologischen Untersuchung zu einem anderen Ergebnis. Er sieht insbesondere in der Rechtsschöpfungsfunktion der Verbände und in den Handelsbräuchen und allgemeinen Geschäftsbedingungen private Normsetzungen mit Gesetzescharakter.<sup>17</sup> Gerade bei allgemeinen Geschäftsbedin-

---

15 Zu der Regelung in § 4 AGBG siehe *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1977; S. 262 ff. Zu § 305b BGB siehe Basedow in *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2007, § 305b, Rn. 1 f.

16 *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933, 25 ff.

17 *Rühl*, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931, 17 ff.

gungen sei es falsch, von Vertragsabreden statt von Gesetzgebung ohne Gesetz zu sprechen. Rechtssoziologisch sei insbesondere beachtlich, dass verbandlich ausgehandelte allgemeine Geschäftsbedingungen die Mitglieder der Verbände durch die Möglichkeit des Ausschlusses im Falle der Nichtbefolgung der aufgestellten Normen bedroht seien.<sup>18</sup>

Auch die Rechtsprechung vor der Einführung des Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen ist regelmäßig davon ausgegangen, dass Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein normativer Charakter zukommen könne. Es ist da zum Beispiel die Rede von Normen<sup>19</sup>, normativen Vertragsbedingungen<sup>20</sup>, einer fertig bereitliegenden Rechtsordnung<sup>21</sup>, einer allgemeinen normativen Rechtsordnung<sup>22</sup> oder einer einheitlichen Vertragsordnung<sup>23</sup>. Die ordnende Funktion von Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt bereits in ihrer organisatorischen Wirkung die sich entfaltet, weil die Mehrzahl aller Transaktionen so abgewickelt wird, als wären die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechtsnormen.<sup>24</sup> Gegen eine dogmatisch reine Betrachtungsweise Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Vertrag und für eine soziologische Betrachtungsweise als Normen spricht sich Ulrich Meyer-Cording aus.<sup>25</sup> Dementsprechend qualifiziert er auch die richterliche Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als ‚Normenkontrolle‘.<sup>26</sup> Vorsichtiger ist in dieser Richtung Emmerich, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar keine Normen erblicken will, ihnen aber zubilligt, dass sie infolge ihrer Verbreitung und

---

18 Ebd., 20. Rühl weist zur Untermauerung für dieses Argument ausdrücklich darauf hin, dass die meisten der zu dieser Zeit in Deutschland abgeschlossenen Seeversicherungsverträge den allgemeinen deutschen Seeversicherungsbedingungen unterlägen.

19 RGZ 81, 119.

20 BGHZ 1, 83-86.

21 RGZ 170, 233; 171, 43; BGHZ 9, 3.

22 BGHZ 3, 200-203.

23 BGHZ 37, 98

24 *Helm*, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, Juristische Schulung 1965 (5), S. 121-129, 122; siehe auch *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, 102.

25 *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, 108. Auf die Zwitterstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft weist auch *Rehbinder*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972, S. 19 hin.

26 *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 111.

Allgemeingültigkeit durchaus zu einer Verkehrssitte erstarken könnten.<sup>27</sup> Die Gegenposition zog den Normcharakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere in Zweifel gezogen, weil sei keine Gerechtigkeitsgewähr beinhalteten<sup>28</sup> und weil sie rechtsgeschäftlich erst in den Vertrag einbezogen werden müssten. In Kritik Meyer-Cordings weist Manfred Wolf ebenfalls darauf hin, dass die Normsetzung als Akt der Aufstellung einer generellen und abstrakten Regelung dadurch gekennzeichnet sei, dass die Regelung ohne Mitwirkung der davon betroffenen Personen erfolge und dass der Regelungsbefugte an das Gleichbehandlungsgebot gebunden sei.<sup>29</sup> Dies sei bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht der Fall, weshalb sie auch nicht als Normen zu charakterisieren seien.<sup>30</sup>

Das Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) am 01.04.1977 änderte an der Debatte nur wenig. Zwar war nunmehr gesetzlich festgeschrieben, dass es sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen um Vertragsbedingungen handele (§ 1 AGBG). Jedoch ebte die Debatte um den Normcharakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ab. In seiner Habilitationsschrift hat Hans-Joachim Pflug mit umfangreicher Argumentation eine Lanze für die Normqualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gebrochen.<sup>31</sup> Für einen Normcharakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sprach sich kurz darauf auch Eike Schmidt aus. Die Absicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ökonomische Sachverhalte überindividuell zu regeln, führe dazu, dass sie generell-abstrakter Natur seien und ihnen daher der Charakter einer sachlichen Norm

---

27 *Emmerich*, Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung 1972 (12), S. 361-369, 363.

28 *Helm*, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, *Ibid.* 1965 (5), S. 121-129, 122; *Emmerich*, Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung 1972 (12), S. 361-369, 363 (zumindest für den Fall „fehlender inhaltlicher Ausrichtung an der Gerechtigkeitsidee“). Siehe ferner zu diesem Argument auch bereits *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1935 (Neudr. 1961), S. 21, 93, 277 ff.

29 *Wolf*, Normsetzung durch private Institutionen?, Juristenzeitung 1973 (28), S. 229-232, S. 230.

30 *Ebd.*

31 *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1986, S. 247ff. Siehe hierzu auch die kritische Besprechung von *Kramer*, Hans-Joachim Pflug: Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis 1988 (188), S. 423-427

zukomme.<sup>32</sup>

Die Debatte um die Frage, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen Norm oder Vertrag seien, greift allerdings letztlich zu kurz, soweit sie sich darauf beschränkt, die Perspektive auf das Recht ausschließlich vom Staat her einzunehmen. Dass es privat erzeugtes Recht überhaupt geben soll, wird von einer staatszentrierten und positivistisch beeinflussten Rechtswissenschaft vehement geleugnet. Wenn es privat erzeugtes Recht überhaupt gebe, könne es nur deshalb existieren, weil staatliche Rechtsordnungen entsprechende Freiräume ließen. Darüber hinaus seien aber privat erzeugte Normen für ihre Durchsetzung auf staatliche Institutionen angewiesen.<sup>33</sup> Letztlich sei es auch fraglich, ob ein autonomes nichtstaatliches Recht materielle Gerechtigkeit gewährleisten könne.<sup>34</sup> All diese Argumente legen jedoch ein Staatsverständnis zu Grunde, das gesellschaftliche Wirkungskräfte insbesondere der Selbstorganisation ignoriert. Es war insbesondere die liberale Gesellschaftsordnung des frühen 20. Jahrhunderts, die es ausreichend erscheinen ließ, die Rechtsordnung mit dem staatlichen Gesetz gleich zu stellen.<sup>35</sup>

Unter dem Eindruck wirtschaftlicher Globalisierung aber, die sich allenthalben auch auf das Recht auswirkt, erscheint es heute kaum mehr plausibel, die einzigen Quellen des Rechts in den Grenzen des Nationalstaats zu suchen. So erkannte auch Ludwig Raiser bereits, dass es aussichtslos ist, Allgemeine Geschäftsbedingungen in eine staatszentrierte Rechtsquellenlehre einzuordnen.<sup>36</sup> Dies gilt umso mehr, als es auch dem nationalstaatlichen Recht durchaus

---

32 *Schmidt*, Grundlagen und Grundzüge der Inzidenzkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung 1987 (27), S. 929-935, 931. Kritisch zur Normtheorie und für eine Qualifizierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteile *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1977, Einleitung, Rn. 27. Kritische hierzu wiederum *Schmidt*, AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1987 S. 1505-1509, 1506 in seiner Besprechung zur 5. Auflage des Werkes.

33 *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, München 2004, S. 127; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, 1 München 2003, § 2, Rn. 76: („Das staatliche Recht hat stets das letzte Wort; was es nicht autorisiert, das hat – gerade in einem demokratischen Rechtsstaat – keine Geltungschance.“).

34 *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, München 2007, 62.

35 *Strömholm*, Allgemeine Rechtslehre, Göttingen 1976, 107.

36 *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäfts-Bedingungen, Bad Homburg 1935 (Neudr. 1961), S. 62 („Wer darunter [unter den Quellen des objektiven Rechts] auf dem Gebiet des Privatrechts nur Gesetz und Gewohnheit verstanden wissen will, muss den Versuch [AGB als Rechtsquelle zu qualifizieren] gleich als aussichtslos

geläufig ist, privat erzeugte Regeln in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als einheitliche normative Ordnung aufzufassen. Besonders interessant wird dies dann, wenn der Grund für diese Sonderbehandlung im Zustandekommen solcher allgemeiner Geschäftsbedingungen gefunden wird. Gerade der Umstand nämlich, dass das Aushandeln von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht durch die Vertragspartner, sondern durch Verbände erfolgt, die eine Vielzahl von späteren Vertragspartnern vertreten, verdient hier Aufmerksamkeit, denn er führt dazu, dass staatliche Gerichte derart aufgestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen als einheitliche Ordnung anerkennen, die in ihrer Gesamtheit in der Lage ist, wirtschaftliche Zusammenhänge gerecht zu regeln.

### *1. Private Regeln innerhalb des staatlichen Rechts*

Tatsächlich ist es dem staatlichen Recht nicht fremd, privat gesetzte Normen zu respektieren. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen und Musterverträge einer Inhaltskontrolle nur ausnahmsweise und unter Einschränkungen unterzogen werden. Dabei werden vor allem die Entstehungsmodalitäten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen berücksichtigt, wenn es um deren Bewertung geht. So werden zum Beispiel Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) oder die Allgemeinen Deutschen Spediteur Bedingungen (ADSP) anders bewertet als gewöhnliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, die von einer Vertragspartei gestellt werden. In beiden Fällen begünstigen Gerichte die Verwender der Bedingungen, weil sie von verschiedenen Interessenträgern, die üblicherweise an Geschäften beteiligt sind, denen die Vertragsmuster zu Grunde gelegt werden, entworfen werden. Insbesondere diese Beteiligung von Interessenvertretern hat den Bundesgerichtshof dazu bewogen, sowohl die VOB/B als auch die ADSP als ausgewogene Vertragsordnungen anzusehen, die einen gerechten Interessenausgleich bereits beinhalteten.<sup>37</sup> Es handele sich bei diesen Ver-

---

bezeichnen.“). Siehe in dieser Richtung zuletzt auch *Köndgen*, Privatisierung des Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 2006 (206), S. 476-525, S. 479 ff.

37 Zur VOB/B siehe BGH NJW 1983, 816, 818. Kritisch dazu Hensen in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1977, Anh. 9-11, Rn. 904 ff. sowie Horn in: Wolf/Horn/Lindacher (Hrsg.), AGB-Gesetz, München 1989, § 23, Rn. 249. Zu den ADSP interessant BGH NJW 1995, 1490, 1491. Mit der kritischen Einschränkung, dass einzelne Klauseln zwar einer Inhaltskontrolle unterzogen werden dürfen, der Blick auf das wirtschaftliche Gesamtwerk aber nicht verloren gehen dür-

tragswerken um „allgemein geregelten Vertragsordnungen“ und umfassende „fertig bereit liegenden Rechtsordnungen“. <sup>38</sup> Auch hieraus ergibt sich, dass die Verfahren des Zustandekommens von Vertragswerken zu deren Legitimation führt, die wiederum eine Inhaltskontrolle verbietet.

## 2. *Private Regeln im grenzüberschreitenden Handel*

Anhand dieser beiden Beispiele lässt sich ersehen, dass privat erzeugte Regeln von staatlichem Recht insoweit berücksichtigt werden, als sie im Rahmen einer Inhaltskontrolle gegenüber einseitig aufgestellten Vertragsmustern privilegiert werden. Privaten Akteuren wird hier also zugestanden, in Eigenregie Teilregulierungen vorzunehmen. Insbesondere aber auch die Zunahme des grenzüberschreitenden Handels hat zu der Einsicht geführt, dass staatliches Recht allein in diesem Bereich die von ihm erhofften Steuerungsaufgaben nicht erfüllen kann. Zwar unterstehen grenzüberschreitende Wirtschaftsprozesse in aller Regel durch Rechtswahl oder Anknüpfung durch das Internationale Privatrecht einzelnen staatlichen Rechtsordnungen. <sup>39</sup> Jedoch werden inhaltliche Vertragsregeln im grenzüberschreitenden Handelsverkehr ebenso regelmäßig durch umfangreiche vertragliche Vereinbarungen festgelegt. <sup>40</sup> Erfolgt dann eine Rechtswahl, so wird diese auf eine Rechtsordnung fallen, von der feststeht, dass sie die vertraglich getroffenen Regelungen ohne Modifikation anwenden und durchsetzen wird. <sup>41</sup>

Dass im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr das Bedürfnis nach einheitlichen Normen besteht, und dass diese durchaus von privaten Akteuren erzeugt werden können, zeigen die Debatten über die so genannte neue Lex

---

fe Hensen in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1977, Anh. 9-11, Rn. 17.

38 BGH NJW 1983, 816ff.; BGH NJW 1995, 1490, 1491.

39 Wenn das auch mitunter mit Schwierigkeiten verbunden sein mag, *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, München 2004, S. 640ff.

40 *Sosa*, Vertrag und Geschäftsbeziehung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, Baden-Baden 2007, 47 ff; *Sosa*, Cross-Border Dispute Resolution from the Perspective of Mid-sized Law Firms: The Example of International Commercial Arbitration, *V. Gessner* (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade, Oxford/Portland 2009, S. 107-155.

41 Dieses Problem ist bei *Brachert/Dietzel*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2005 S. 441 eindrucksvoll beschrieben.

Mercatoria.<sup>42</sup> Sie können hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Es geht jedoch dabei im Wesentlichen um die Untersuchung von Phänomenen privater Selbstregulierung, die insbesondere im grenzüberschreitenden Handel Platz greifen.

Solche private Selbstregulierung soll im Folgenden an Hand des Beispiels des grenzüberschreitenden Seehandels erläutert werden. Denn private Selbstregulierung hat auf diesem Gebiet eine lange Tradition. Bereits im Jahr 1930 konstatierte Hans Großmann-Doerth: „Das staatliche Recht ist diejenige Rechtsquelle, welche für den Überseekauf die geringste Bedeutung hat.“ Vielmehr seien Gewohnheitsrecht und Vertragsmuster die einschlägigen Rechtsquellen.<sup>43</sup> Auch Hans Jürgen Abraham hat darauf hingewiesen, dass sich die grenzüberschreitende Rechtsangleichung vielfach auch im Wege der Schaffung international vereinheitlichter Allgemeiner Geschäftsbedingungen entstanden sei.<sup>44</sup> Und letztlich spricht auch Julius von Gierke an prominenter Stelle von dem Unterschied zwischen dem Gesetzesrecht, das dem „lebenden Recht“<sup>45</sup> im Bereich des Seehandelsrechts nicht Schritt halten könne.<sup>46</sup> Seit jeher scheint das Seehandelsrecht sich also unabhängig von staatlichem Recht entwickelt zu haben und dient aus diesem Grund als Musterbeispiel für Auto-

---

42 Die Literatur hierzu ist geradezu ausufernd. Statt vieler siehe nur einige grundlegende Arbeiten: *Schmitthoff*, *International Business Law: A New Law Merchant*, *Current Law and Social Problems* 1961 (129), S. 129-142; *Berman/Kaufmann*, *The Law of International Commercial Transactions*, *Harvard International Law Journal* 1978 (19), S. 221-277; *Goldmann*, *Lex Mercatoria*, *Forum Internationale* 1983 S. 3-23; *Lando*, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, *The International and Comparative Law Quarterly* 1985 (34), S. 747-768; *Teubner*, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *RJ* 1996 (15), S. 255-290; *Berger*, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, *The Hague et al.* 1999; *Stein*, *Lex Mercatoria*, Frankfurt 1995; *Zumbansen*, *Lex Mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und Transnationales Recht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003 (67), S. 637-682; *Zumbansen*, *Transnational Law*, *J. Smits* (Hrsg.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2006, S. 738-754.

43 *Großmann-Doerth*, *Das Recht des Überseekaufs*, Mannheim 1930, S. 40.

44 *Abraham*, *Das Seerecht*, Berlin 1960, S. 12.

45 Interessant ist hier von Gierkes Hinweis auf das lebende Recht, ist es doch ein impliziter Verweis auf die von Eugen Ehrlich begründete soziologische Sichtweise auf das Recht, vgl. *Ehrlich*, *Grundlegung zur Soziologie des Rechts*, Berlin 1929 (Neudruck der 1. Aufl. 1913), S. 393 ff.

46 *von Gierke*, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlin 1955, S. 572.

nomisierungstendenzen im grenzüberschreitenden Handel.

#### IV. Autonomisierungstendenzen im Seehandel

Die auf diesen Umstand zielende These von der ‚Entstaatlichung des Seehandelsrechts‘ hat Jürgen Basedow bereits im Jahr 1999 aufgestellt.<sup>47</sup> Er beobachtete in diesem Zusammenhang, dass eine Verringerung der Fälle, die im Bereich des Seehandelsrechts entschieden und veröffentlicht wurden parallel verläuft zu umfassenderen Debatten um das staatliche Recht und die staatliche Gerichtsbarkeit an sich.<sup>48</sup> Eine knappe empirische Überprüfung bestätigt diese These, wenn auch die Erhebung der Zahlen schwierig ist.<sup>49</sup> Der ohnehin geringe Bezug zu staatlichem Recht ergibt sich darüber hinaus aus der Materie selbst. In Deutschland ist das Seehandelsrecht zwar gesetzlich im fünften Buch des Handelsgesetzbuchs geregelt, und darauf wird in der seehandelsrechtlichen Literatur schnell verwiesen.<sup>50</sup> Dem grenzüberschreitenden Seehandel wird ein Verweis auf nationales Recht jedoch kaum gerecht. Ein Großteil der Konflikte im grenzüberschreitenden Seehandel kann gerade nicht von einem einzelnen nationalen Gesetzgeber geregelt werden, denn die Subjekte des Seehandels sind wegen dessen grenzüberschreitendem Charakter immer zugleich mehreren nationalen Gesetzgebern unterworfen.<sup>51</sup> Vielmehr sind es internationale Übereinkommen, internationale Modellgesetze, standardisierte Verträge, Standardklauseln, transnationale Handelsbräuche und schließlich die Literatur zum internationalen und transnationalen Seehandelsrecht, in denen dessen Regeln gebildet und fortgebildet werden.<sup>52</sup> Außerdem hat der grenzüberschreitenden Seehandel ein gut etabliertes Netzwerk für private Streitschlichtung herausge-

---

47 Basedow, Perspektiven des Seerechts, Juristenzeitung 1999 (54), S. 9-15, 12.

48 Ebd., 13

49 Die Durchführung einer Juris-Recherche zu Entscheidungen im Seehandelsrecht (§§ 476-900 HGB) ergab eine Gesamtzahl der entschiedenen Fälle in den Jahren 1950-2008 von 576. Auf den BGH entfallen dabei 171 Entscheidungen, 264 auf alle OLGs, 55 auf die Landgerichte und 8 auf Amtsgerichte. Der verbleibende Rest wurde vor Arbeits- oder Finanzgerichten verhandelt.

50 Herber, Seehandelsrecht: systematische Darstellung, Berlin, New York 1999, 20 („Im Mittelpunkt des Seehandelsrechts steht das 5. Buch des Handelsgesetzbuchs, ...“).

51 Puttfarken, Seehandelsrecht, Heidelberg 1997, 413.

52 Tetley, International Maritime Law, Tulane Maritime Law Journal 2000 (24), S. 775-856, 728ff. Siehe ebenfalls Puttfarken, Seehandelsrecht, Heidelberg 1997, 413.

bildet, das mittlerweile hochgradig institutionalisiert ist.<sup>53</sup> Im Lichte dieser Unabhängigkeit von staatlichem Recht soll die These von der Entstaatlichung des Seehandelsrechts im Folgenden durch eine Darstellung privater Regelung am Beispiel von Musterverträgen für Chartepartien dargestellt werden.

### *1. Die Entstehung seehandelsrechtlicher Vertragsmuster*

Was unterscheidet die Vertragsmuster des grenzüberschreitenden Seehandels von anderen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines bestimmten Verwenders und warum sollten sie rechtlich anders behandelt werden als Allgemeine Geschäftsbedingungen anderer Handelszweige? Diese Frage lässt sich am Beispiel der Gencon Charter Party (Gencon C/P) beschreiben, deren Entstehung paradigmatisch ist. Sie wurde im Jahr 1922 entworfen und 1976 sowie 1994 erweitert. Ihr Herausgeber ist die Baltic and International Maritime Conference (BIMCO), die eine ganze Reihe unterschiedlicher Standardverträge für den grenzüberschreitenden Seehandel zur Verfügung stellt. Während aber in der Regel Allgemeine Geschäftsbedingungen von einem Vertragspartner gestellt werden – und genau darin liegt die Gefahr der Benachteiligung des anderen Vertragspartners – ist das Besondere an den Formularverträgen der BIMCO, dass sie unter Beteiligung von Vertretern verschiedenster Interessen entworfen und herausgegeben werden. Es ist gerade nicht ein Verwender, der die Vertragsbedingungen stellt, sondern sie werden für eine Vielzahl von Fällen durch eine ganze Reihe von Interessenträgern unterschiedlichster Beteiligter entworfen. Eine entscheidende Rolle beim Entwurf solcher Vertragsformulare nimmt das so genannte Documentary Department der BIMCO ein. Das Documentary Department ist diejenige Stelle, die innerhalb der BIMCO Arbeitsgruppen und Ausschüsse koordiniert, die an der Entwicklung der standardisierten BIMCO Charterverträge, Klauseln und Vereinbarungen beteiligt sind.<sup>54</sup> An den Entwürfen sind Interessenvertreter beteiligt, darunter Vertreter verschiedener Staaten, Vertreter von Protection and Indemnity Versicherungen

---

53 Einen guten Überblick bieten *Marella*, Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration, *American University Law Review* 2005 (20), S. 1055-1100 und *Tassios*, Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York?, *Journal of International Arbitration* 2004 (21), S. 355-366.

54 *Hunter*, Standard Forms – The BIMCO Experience, *D. R. Thomas* (Hrsg.), *Legal Issues Relating to Time Charterparties*, London 2008, S. 1-15, 2 ff. Die folgenden Ausführungen beziehen sich hierauf.

(P&I), das sind Zusammenschlüsse von Schiffseignern und Charterern zur Selbstversicherung von Schiffen, Vertreter von Schiffshandelsvereinigungen, die Vertreter von internationalen Schifffahrtsvereinigungen wie der International Chamber of Shipping oder der Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents (FONASBA) sowie Vertreter des BIMCO Sekretariats. Diese Vertreter repräsentieren eine große Zahl der am Seehandel beteiligten Interessengruppen, für die die zu entwickelnden Regeln verbindlich sein sollen. Der eigentliche Entwicklungsprozess erfolgt in Arbeitsgruppen, in denen auf die gleichmäßige Vertretung dieser Interessengruppen geachtet wird und in denen Juristen die erzielten Ergebnisse in die späteren Formularverträge fassen.<sup>55</sup> Es handelt sich hierbei also nicht um ein „Willkürrecht der Unternehmen“<sup>56</sup>, das seinen Niederschlag in BIMCO-Formularen findet, sondern um ausgehandelte und ausgewogene Vereinbarungen, ein wahrhaft „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“<sup>57</sup>, an dessen Entstehung alle beteiligten Interessengruppen mitgewirkt haben. Hierin unterscheiden sie sich deutlich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von nur einer Partei aufgestellt werden.

## 2. *Inhaltskontrolle von Charterpartien*

Zur Erläuterung dieses Umstands zunächst kurz ein Fall, in dem der Bundesgerichtshof eine Inhaltskontrolle eines Gencon C/P Formulars vorgenommen hatte, das in dem zuvor beschriebenen Verfahren zustande gekommen war: Im Herbst 1977 transportierte das Schiff ‚Nordholm‘ etwa zwei Tonnen Profileisen. In der Biskaya geriet das Schiff in ein schweres Unwetter mit Windstärken von 7 bis 8. Es kam zu Verwindungen des Schiffskörpers, die wiederum dazu führten, dass die Luken undicht wurden und Seewasser in den Laderaum des Schiffes eindrang. Die transportierten Profileisen begannen nach dem Kontakt mit dem Seewasser zu rosten. Die Klägerin verlangte aus abgetretenem Recht der Befrachterin der Profileisen Schadensersatz von dem Reeder des Schiffes und dem Verfrachter gemäß § 485 S. 1 HGB, wonach der Reeder für den Schaden verantwortlich ist, den die Schiffsbesatzung einem anderen schuldhaft zufügt. Die Beklagten verteidigten sich unter Berufung auf eine Haftungsfreizeichnungsklausel zu ihren Gunsten im Chartervertrag. Der Bundesgerichtshof gab der Klage statt und befand, dass die Haftungsfreizeich-

---

55 Ebd., S.4.

56 *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933, 25-26.

57 Der Begriff stammt von Hans Großmann-Doerth, der ihn im Jahr 1933 prägte, ebd.

nungsklausel im Chartervertrag wegen eines Verstoßes gegen AGB-Recht unwirksam gewesen sei. Das als Chartervertrag verwendete Formular sei nämlich als Allgemeine Geschäftsbedingung zu werten und könne daher der Inhaltskontrolle unterzogen werden.<sup>58</sup>

### 3. *Die Reaktion der Literatur auf den Fall Nordholm*

Interessant erscheint vor allem die Kritik, die an dieser Entscheidung geübt wurde. Es wurde beanstandet, dass der BGH den Chartervertrag, dem das oben bereits kurz erwähnte Gencon C/P Einheitsformular zu Grunde lag, als Allgemeine Geschäftsbedingung qualifiziert hatte mit der Folge, dass eine Inhaltskontrolle durchgeführt und die streitgegenständliche Klausel letztlich für unwirksam erklärt wurde.<sup>59</sup> Über diesen Punkt wurde reichlich gestritten. Dabei interessierte die beteiligten Rechtswissenschaftler und Praktiker vor allem die Frage, ob ein Chartervertrag überhaupt eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellen könne, ob, wenn ja, ein Chartervertrag als eine Vertragsbedingung zu sehen ist, die eine Partei stellt und schließlich auch, ob eine einzelne Partei überhaupt als ‚Verwender‘ identifiziert werden könne.<sup>60</sup> Johannes Trappe zum Beispiel ist der Ansicht, dass es sich bei dem im Fall Nordholm streitgegenständlichen Vertrag nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt habe, weil die Parteien weite Teile des Vertrages ausgehandelt hätten.<sup>61</sup> Demgegenüber wendet Dieter Rabe ein, dass das AGB-Recht den Gedanken verfolge, dass auch im kaufmännischen Verkehr das vertragliche Gleichgewicht zu wahren und Ungleichgewichten Rechnung zu tragen sei.<sup>62</sup> Fischer-Zernin hingegen befasst sich ausführlich mit der Frage, ob die Vertragsbedingungen im Rahmen eines vorformulierten Chartervertrages im Sinne

---

58 BGH VersR 1983, 549-550.

59 Zu dieser Kritik siehe insbesondere, *Trappe*, Der Fall „MS Nordholm“, Versicherungsrecht 1985 S. 206-210, *Rabe*, Inhaltskontrolle von Charterverträgen, Betrachtungen zum „Nordholm“-Fall, Versicherungsrecht 1985 S. 1010-1017.

60 *Rabe*, Inhaltskontrolle von Charterverträgen, Betrachtungen zum „Nordholm“-Fall, Versicherungsrecht 1985 S. 1010-1017; *Trappe*, Der Fall „MS Nordholm“, Versicherungsrecht 1985 S. 206-210; *Fischer-Zernin*, Der Chartervertrag - Formularvertrag im Sinne von §1 Abs. 1 AGBG oder zwingende Individualvereinbarung, Versicherungsrecht 1986 S. 418-425.

61 *Trappe*, Der Fall „MS Nordholm“, Versicherungsrecht 1985 S. 206-210.

62 *Rabe*, Inhaltskontrolle von Charterverträgen, Betrachtungen zum „Nordholm“-Fall, Ibid.S. 1010-1017.

des AGB-Rechts ausgehandelt seien.<sup>63</sup> Diese rechtstechnischen Fragekomplexe, die den Schwerpunkt der Diskussion im Anschluss an die Nordholm-Entscheidung bilden, dürfen aber den Blick auf die tiefer liegende Fragestellung nicht verdecken. Vielmehr handelt es sich hier juristisch verfremdet um die Frage, inwieweit eine nationale Rechtsordnung zentrale Gepflogenheiten, Bräuche und etablierte Standardverträge und Formulare des grenzüberschreitenden Seehandels für ungültig erklären darf.<sup>64</sup> Oder abstrakter: In welche Maße enthält die transnationale Seehandelspraxis eigenständige Ordnungsmuster für die Lösung von Konflikten in diesem Bereich und in welchem Verhältnis stehen diese dann zu nationalem Recht?<sup>65</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es problematisch, dass der Bundesgerichtshof die oben kurz skizzierte Argumentationen, die für VOB/B ebenso wie für die ADSp gelten, nicht auch auf Charterverträge ausgedehnt hat, die ebenfalls unter der Beteiligung von Interessenvertretern der beteiligten Wirtschaftskreise ausgehandelt und entworfen worden sind. Auch hier handelt es sich um Verträge, die von einer ganzen Reihe von Interessenvertretern ausgehandelt werden.<sup>66</sup> Auch hier werden die Verträge regelmäßig überarbeitet, wenn sich Defizite zeigen. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu VOB/B und ADSp wäre es den Gerichten also ohne weiteres Möglich, eine Inhaltskontrolle einzelner Klauseln von Charterverträgen zu verweigern, weil es sich bei ihnen ebenso wie bei den ADSp und der VOB/B um eine „allgemein geregelte Vertragsordnung“ handelt.

Auch vor dem dogmatischen Hintergrund des AGB-Rechts ist eine Inhaltskontrolle von Charterverträgen nicht zwingend. Gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB (vormals § 24 AGBG) ist bei der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Ge-

---

63 *Fischer-Zernin*, Der Chartervertrag - Formularvertrag im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG oder zwingende Individualvereinbarung?, *Ibid.* 1986 S. 418-425.

64 Siehe hierzu ausführlich *Maurer/Beckers*, *Lex Maritima*, *G.-P. Calliess et. al.* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz - Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin 2009, S. 811-825.

65 Dies erkennt Trappe zwar wenn er dem BGH vorwirft, dieser habe statt der von den Parteien gewählte Anspruchsgrundlage aus dem Gencon CP Formular eine Anspruchsgrundlage aus dem HGB gewählt, nähert sich der Frage aber dann doch wieder auf dem rechtsdogmatischen Weg, indem er das Vorliegen der Voraussetzungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen untersucht, *Trappe*, Der Fall „MS Nordholm“, *Versicherungsrecht* 1985 S. 206-210.

66 *Hunter*, *Standard Forms - The BIMCO Experience*, *D. R. Thomas* (Hrsg.), *Legal Issues Relating to Time Charterparties*, London 2008, S. 1-15.

bräuche (...) angemessen Rücksicht zu nehmen“. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte in einem Fall, in dem es zwar um die Auslegung einer Chartervertragsklausel und nicht etwa um deren Inhaltskontrolle am Maßstab des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ging entschieden, dass Kaufleute, die sich im Handelsverkehr gebräuchlichen Klauseln bedienen, diese auch gegen sich gelten lassen müssen.<sup>67</sup> Übertragen auf das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedeutet dies, dass Formularverträge, deren Verwendung einem Handelsbrauch gleichkommt, einer Inhaltskontrolle nicht ohne weiteres unterzogen werden dürfen.

## **V. Herausforderungen des staatlichen Rechts im Umgang mit privat erzeugten Normen**

Der blinde Fleck der Rechtsprechung im Charterrecht ist nur ein Beispiel für den Umgang mit privat erzeugtem Recht. Die jüngste Debatte um die AGB-Kontrolle durch staatliche Gerichte zeigt, dass dies kein Einzelfall ist. Von Westphalen argumentierte zuletzt „wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr“<sup>68</sup>. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei, so heißt es in diesem Diskussionsbeitrag, ein wirksames Mittel, Vertragsfreiheit einerseits und den Schwächerenschutz andererseits zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>69</sup> Westphalen bezieht sich in seiner Kritik auf eine breit angelegte Offensive aus der Literatur und der wirtschaftsrechtlichen Praxis, die eine Lockerung der AGB-Kontrolle im Rahmen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs fordert.<sup>70</sup> Derlei Debatten sind indes nur Symptom einer viel tiefer liegenden Krankheit des staatlichen Rechts. Die wirtschaftliche Globalisierung des Handels verlangt nach effizien-

---

67 OLG Düsseldorf VersR 1982, 1139-1141. Hierzu auch *Trappe*, Maritime Schiedsgerichtsbarkeit, *A. Plantey* (Hrsg.), Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, S. 459-476, 467.

68 *Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009 S. 2977-2982

69 Ebd., 2982.

70 *Lischek/Mahnken*, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB - Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007 S. 158-163; *Berger/Kleine*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *Betriebs Berater* 2007 S. 2137-2141; *Kessel/Jüttner*, Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *Betriebs Berater* 2008 S. 1350-1355.

ten Koordinationsmöglichkeiten. Und auch wenn sich die Diskussionen um die Inhaltskontrolle von unternehmerischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bislang weitgehend im staatlichen Rahmen abgespielt haben, so stellen sich die Probleme gleichermaßen und noch drängender im grenzüberschreitenden Handel. Im transnationalen Handel, für den die Grenzen der Nationalstaaten keine rechtlichen Schranken setzen, verlassen sich Unternehmen ohnehin nicht mehr auf staatliches Recht, sondern koordinieren ihre Transaktionen mit umfangreichen Verträgen und durch relationale Vertragsstrukturen.<sup>71</sup> Ehemals rechtlich durchstrukturierte Geschäftsbeziehungen erfahren in zunehmendem Maße Tendenzen der Privatisierung. Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt in diesem Zusammenhang ein viel größerer Wert zu, als es die meisten Kritiker einer Inhaltskontrolle erkennen wollen. Sie sind nicht mehr nur Mittel zur Durchsetzung einseitiger Interessen des Verwenders, sondern stellen vielmehr ein Instrument zur Strukturierung immer wiederkehrender grenzüberschreitender Transaktionen dar. Diese Zusammenhänge verkennen die Verfechter einer staatszentrierten Rechtstheorie, die privat erzeugtes Recht nicht anerkennen wollen. Zwar sind die bereits angedeuteten Einwände der Bewahrer eines staatlichen Rechtsmonopols nicht in vollem Umfang unberechtigt. Danach – zur Erinnerung – könne privat erzeugtes Recht nur deshalb existieren, weil staatliche Rechtsordnungen entsprechende Freiräume ließen, die Durchsetzung privat erzeugter Normen sei letztlich auf staatliche Institutionen angewiesen und schließlich sei es fraglich, ob ein autonomes nichtstaatliches Recht materielle Gerechtigkeit gewährleisten könne.<sup>72</sup> Richtig ist sicherlich, dass einige Rechtsordnungen privat erzeugten Regeln Freiräume lassen. Dass diese staatlicherseits gewährten Freiräume aber zur wirksamen Strukturierung von Transaktionen erforderlich seien, ist als These kaum haltbar. Nicht nur die Regelung durch private Akteure hat bereits in einem Maße Platz gegriffen, das sich viele nicht vorstellen wollen. Auch auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung haben sich im grenzüberschreitenden Handelsverkehr funktionale Äquivalente herausgebildet, die eine vertragsgemäße Durchführung der Transaktion absichern können.<sup>73</sup> Gerade das Argument der ausschließlichen Durchsetzbarkeit

---

71 Siehe hierzu die empirische Studie von *Sosa*, Vertrag und Geschäftsbeziehung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, Baden-Baden 2007, S. 28.

72 *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, München 2004, S. 127; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, 1 München 2003, § 2, Rdn. 76. Siehe auch *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, München 2007, 62.

73 Siehe zum Beispiel *Calliess/Dietz/Konradi/Nieswandt/Renner/Sosa*, Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, *A. Hurrelmann et. al.* (Hrsg.), Zerfasert der Nationalstaat?, Frankfurt/New

von privaten Schiedssprüchen durch staatliches Recht erscheint angesichts der Wirtschaftspraxis zweifelhaft. Wenn nämlich die Parteien auch weiterhin zusammenarbeiten wollen, was innerhalb einer so eng begrenzten Branche wie dem Seehandel aber auch in einer ganzen Reihe von anderen Branchen sehr wahrscheinlich ist, wird eine Durchsetzung eines privaten Schiedsspruchs mit Hilfe staatlicher Organe gar nicht erforderlich sein. Eine Nennung auf einer ‚schwarzen Liste‘ oder der Abbruch von Geschäftsbeziehungen, fallendes Ansehen innerhalb von Reputationsnetzwerken und andere nichtrechtliche Sanktionen werden in den allermeisten Fällen die Parteien dazu bewegen, sich einem Schiedsspruch unterzuordnen und dessen Urteil zu akzeptieren.<sup>74</sup> Vor diesem Hintergrund verliert auch das Argument des willkürlichen staatlichen Freiraums für private Ordnungsleistungen an Überzeugungskraft. Freilich könnte staatliches Recht privat erzeugten Normen grundsätzlich die Wirksamkeit versagen. Das allerdings würde nur dann zu einer Eindämmung solcher Normen führen, wenn dies in Übereinstimmung mit anderen Staaten erfolgen würde. Kann ein Schiffseigentümer seine Ansprüche gegen einen Charterer nicht in Deutschland geltend machen, weil ein vertraglicher Anspruch von deutschen Gerichten nicht anerkannt wird, so verbleibt ihm der Weg vor ein Gericht in einem anderen Staat, der ihm die Durchsetzung der in Frage stehenden vertraglichen Vereinbarung ermöglicht.<sup>75</sup> Insoweit ist die oben aufge-

---

York 2008, S. 143-175; *Konradi*, The Role of Lex Mercatoria in Supporting Globalised Transactions: An Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry, *V. Gessner* (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade, Oxford/Portland 2009, S. 49-86; *Dietz/Nieswandt*, The Emergence of Transnational Cooperation in the Software Industry, *V. Gessner* (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade, Oxford/Portland 2009, S. 87-105.

74 Zu der Wirksamkeit sozialer Sanktionen in lang andauernden Geschäftsbeziehungen siehe insbesondere *Charny*, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships, *Harvard Law Review* 1990 (104), S. 373-467. Siehe auch *Macaulay*, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 1963 (28), S. 55-67; *MacNeil*, Contracts - Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law, *Northwestern University Law Review* 1978 (72), S. 854-905; *MacNeil*, Relational Contract: What We Know And Do Not Know, *Wisconsin Law Review* 1985 S. 483-525. Eine systematische Untersuchung von nichtrechtlichen Sanktionsmechanismen im grenzüberschreitenden Handel liefern *Calliess/ Dietz/ Konradi / Nieswandt/ Renner/ Sosa*, Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, *A. Hurrelmann et. al.* (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, Frankfurt/New York 2008, S. 143-175.

75 Zu einer solchen Flucht in fremdes Recht siehe *Brachert/Dietzel*, *Deutsche AGB-*

worfene Frage nach der Entwicklung eigenständiger Ordnungsmuster im grenzüberschreitenden Seehandel eindeutig zu bejahen.<sup>76</sup> Wenn im grenzüberschreitenden Seehandel Verfahren entwickelt werden, die eine Normsetzung unter Beteiligung der betroffenen Normadressaten ermöglichen und wenn diese Normen durch private Schiedsgerichte ausgelegt und angewendet werden, dann kann nicht nur von einer Entstaatlichung des Seehandelsrechts gesprochen werden, sondern vielmehr auch von einer Konstitutionalisierung des privaten transnationalen Seehandelsrechts. Einwände fehlender Gerechtigkeit in privat erzeugten Normen werden schließlich vor allem dann ins Leere laufen, wenn wie im Rahmen der oben geschilderter Verfahren des Zustandekommens von Vertragsmustern unter Beteiligung aller betroffener Interessentkreise die späteren Normadressaten selbst an der Normentstehung mitgewirkt haben. Wenn dies auch keine Gewähr für materiale Gerechtigkeit sein mag, so stellt doch die Etablierung solcher Verfahren zumindest die Gewähr prozeduraler Gerechtigkeit in Aussicht. Immer häufiger wird darauf hingewiesen, dass Partizipation auch für privat erzeugte Normen zum Legitimationsprinzip taugt<sup>77</sup> und dass die fehlende Zweckmäßigkeit staatlichen Rechts die Akzeptanz privater Rechtsordnungen befördert.<sup>78</sup> Alles was ein einzelner Nationalstaat erreichen kann, wenn er solchen privat erzeugten Normen systematisch die Geltung versagt ist, dass die Streitparteien in Zukunft ein anderes Forum wählen werden.<sup>79</sup> Vielmehr sollte das staatliche Recht gesellschaftliche Selbstorganisationskräfte vor allem dann berücksichtigen, wenn Einwände

---

Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2005 S. 441 oder *Eidenmüller*, *Recht als Produkt*, *Juristenzeitung* 2009 (64), S. 641-653, S. 646.

76 So auch *Maurer/Beckers*, *Lex Maritima*, *G.-P. Calliess et. al.* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz - Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin 2009, S. 811-825.

77 *Köndgen*, *Privatisierung des Rechts*, *Archiv für die civilistische Praxis* 2006 (206), S. 476-525, S. 522.

78 *Blaurock*, *Übernationales Recht des Internationalen Handels*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993 S. 247-267, S. 266.

79 Siehe zu dem Umstand, dass Unternehmen in ein anderes Forum ausweichen, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen von staatlichen Gerichten nicht anerkannt werden *Lischek/Mahnken*, *Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB - Anmerkungen aus der Sicht der Praxis*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007 S. 158-163, 162. Zu dieser Problematik im Speziellen im Seehandelsrecht siehe *Basedow*, *Perspektiven des Seerechts*, *Juristenzeitung* 1999 (54), S. 9-15, S. 14; siehe zur Abwanderung der Streitparteien hin zu privaten Schiedsgerichten auch *Maurer/Beckers*, *Lex Maritima*, *G.-P. Calliess et. al.* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin 2009, S. 811-825, S. 818 f.

gegen derart erzeugtes Recht nicht mehr überzeugen. Das so oft beklagte Gerechtigkeitsdefizit privat erzeugten Rechts kann jedenfalls in dem Maße nicht mehr als Argument gegen privat erzeugte Normen taugen, in dem diese durch die durch Partizipation geprägten Verfahren ihrer Entstehung ihrerseits Gerechtigkeit und damit Legitimität für sich beanspruchen können.

In der Literatur ist die Erkenntnis, dass eine Privatisierung des Rechts schon jetzt in weiten Bereichen des Handels stattfindet, bereits angekommen.<sup>80</sup> Nun muss sich dies auch in der Rechtsprechung durchsetzen. Das Seehandelsrecht bietet hier nur ein Beispiel unter vielen. Empirische Studien zeigen, dass staatliches Recht in vielen Wirtschaftsbereichen, die grenzüberschreitend handeln, an Einfluss deutlich verliert.<sup>81</sup> Das liegt nicht zuletzt auch daran, dass Phänomene privater Rechtssetzung vom staatlichen Recht nur unzureichend wahrgenommen werden. Es bedürfte hier einer viel stärkeren Beobachtung und Wahrnehmung solcher spontan entstehender Ordnungen<sup>82</sup> durch staatliche Gerichte.<sup>83</sup> Wenn privat erzeugtes Recht entsteht und staatlichem Recht zuwider läuft, dann stellt sich die Frage, wie mit diesem Problem umgegangen werden kann. Zwar könnte der Vorrang staatlichen Rechts gefordert werden, jedoch würde eine solche Forderung den gesellschaftlichen Selbstorganisationskräften, die sich in privat erzeugten Normordnungen zeigen, nicht gerecht.

---

80 Siehe zum Beispiel *Köndgen*, Privatisierung des Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 2006 (206), S. 476-525, der eine umfassende Bestandsaufnahme privater Normerzeugung vorlegt. Zweifelnd wiederum *Röthel*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, Juristenzeitung 2007 S. 755-763.

81 Siehe hierzu die empirischen Studien in Gessner (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade, Oxford/Portland 2009.

82 Zu solchen Phänomenen siehe insbesondere *Teubner*, Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft, D. Simon/M. Weiss (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums, Baden-Baden 2000, S. 437-453. Von spontaner Ordnung spricht auch Basedow, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen in einer ganz überwiegenden Zahl von Geschäften einbezogen werden und sich diese Einbeziehung bereits als Handelsbrauch darstellt, *Basedow*, Handelsbräuche und AGB-Gesetz, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1986 (150), S. 469-491, S. 487 f.

83 In dieser Richtung auch *Maurer/Beckers*, Lex Maritima, G.-P. Calliess et. al. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz - Festschrift für Gunther Teubner, Berlin 2009, S. 811-825.

## VI. Die Anerkennung eines Rechts-Kollisionsrechts als Kompatibilisierungsmöglichkeit von staatlichem und privatem Recht

Wenn staatliches Recht und Regeln einer privaten ‚Rechtsordnung‘ aufeinandertreffen, bedarf es daher einer übergeordneten Kollisionsnorm, um den Konflikt aufzulösen. Die begriffliche Nähe zum Internationalen Privatrecht ist dabei kein Zufall. Der Gedanke, dass Konflikte zwischen gesellschaftlichen Normen durch ein rechtstheoretisch gewendetes Kollisionsrecht bearbeitet werden können, ist von Rudolf Wiethölter bereits im Jahr 1977 entwickelt worden.<sup>84</sup> Gunther Teubner hat diese Idee aufgegriffen und präzisiert insbesondere in Bezug auf die Frage, wie ein solches Kollisionsrecht aussehen könnte.<sup>85</sup> Er identifiziert dabei drei Konfliktlinien: (1) Kollisionen zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Teilsystemen, (2) Kollisionen zwischen staatlichem Recht und pluralen gesellschaftlichen Quasi-Rechtsordnungen und (3) Kollisionen zwischen Teilrechtsordnungen innerhalb des staatlichen Rechts.<sup>86</sup> Im Rahmen der Frage, wie Allgemeine Geschäftsbedingungen auch des Seehandels, die außerhalb staatlichen Einflusses entstehen, von staatlichem Recht rezipiert werden können, interessiert insbesondere die Auflösung von Kollisionslagen zwischen staatlichem Recht und gesellschaftlichen Quasi-

---

84 *Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, *A. Lüderitz/J. Schröder* (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, S. 213-263. Siehe auch *Wiethölter*, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, *G. Brüggemeier/C. Joerges* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen 1982, S. 25-64. Instruktiv auch: *Becker*, Von Namen und Nummern. Kollisionen unverträglicher Rechtsmassen im Internet, Baden-Baden 2005, S.1ff. und *Fischer-Lescano/Teubner*, Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, *S. Buckel et. al.* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 79-96, 81ff.

85 Siehe nur exemplarisch: *Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, 123ff; *Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, *H.-M. Pawlowski/G. Roellecke* (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts. ARSP Beiheft Nr. 65, Stuttgart 1996, S. 199-220, 205 ff.; jüngst: *Teubner/Fischer-Lescano*, Regime-Kollisionen, Frankfurt 2006, insbesondere 57 ff.; in der Betrachtung dogmatischer Entscheidungen: *Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption – Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, *Kritische Vierteljahresschrift* 2000 S. 388-404.

86 *Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, 133 ff.

Rechtsordnungen. Hierarchische Konfliktlösungsansätze sind dabei wenig aussichtsreich. Sie berücksichtigen die Eigenrationalitäten privater Normsetzung nur unzureichend. Aus diesem Grund ist auch die zuvor angesprochene Nordholm-Entscheidung letztlich auf breite Ablehnung gestoßen. Es ging den Kritikern nicht um die Frage, ob in der GENCON C/P nun eine AGB zu sehen sei, die von einer Vertragspartei im Sinne des AGB-Rechts verwendet wurde, sondern es ging letztlich um den Schutz der Eigenrationalität eines autonom entstehenden und bestehenden transnationalen Seehandelsrechts. Ein Recht, das derartige Eigenrationalitäten pluraler Quasi-Rechtsordnungen (an-) erkennen soll, muss einige Voraussetzungen akzeptieren, die für die Vertreter einer staatszentrierten Rechtstheorie schmerzlich sein werden. Angesichts der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Globalisierung wird es aber kaum mehr möglich sein, die Wirkmächtigkeit gesellschaftlicher Selbstorganisationskräfte zu leugnen. Das Recht darf jedenfalls nicht mehr lediglich als Hierarchische Stufenordnung begriffen werden, sondern muss sich als ein Regelungsinstrument in einer pluralisierten Gesellschaft verstehen, die eine plurale Rechtsordnung hervorbringt.<sup>87</sup> Dabei bilden jeweils unterschiedlichen Teilbereich der Gesellschaft Konfliktlösungsnormen aus, die um ihren jeweils eigenen Absolutheitsanspruch kämpfen.<sup>88</sup> Aufgabe eines derart gewendeten Kollisionsrechts ist es dann, die Rationalitätenkonflikte unterschiedlicher Rechtsordnungen, seien sie staatlich oder private, auszugleichen. Das Privatrecht bietet mit seinen Generalklauseln und den Verweisen auf Verkehrssitten Institute zum Anschluss privater Rechtsordnungen und deren Eigenlogiken.<sup>89</sup> Die Unbestimmtheit der Normen bietet ein Einfallstor für Betrachtungen, Erwägungen und Argumente, die dem jeweiligen Sozialbereich gerecht werden – Billigkeit als Argument und Reaktion des Rechtssystems auf veränderte Gesellschafts-

---

87 Vgl. *Teubner*, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 1996 (15), S. 255-290; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006. Hierzu auch *Berman*, Global Legal Pluralism, *Southern California Law Review* 2007 (80), S. 1155-1237.

88 *Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, *H.-M. Pawlowski/G. Roellecke* (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts. ARSP Beiheft Nr. 65, Stuttgart 1996, S. 199-220, 204 f.

89 *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971, 61. Siehe hierzu auch die Teubnersche Kommentierung von §242 BGB: *Teubner*, §242, *R. Wassermann* (Hrsg.), Alternativkommentar zum BGB, Neuwied 1980, insbesondere Rn. 93ff.

bedingungen wird damit Bestandteil der Rechtsentscheidung.<sup>90</sup> Die Argumentation der Entscheidung bleibt den rechtlichen Kategorien treu und bewegt sich damit innerhalb des eigenen Systems, wahrt so seine Kontingenz.<sup>91</sup>

Aber auch die Auslegung erlaubt dem Richter, Kollisionsnormen in der Rechtsentscheidung zu berücksichtigen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass staatliches Recht die kollidierende Ordnung in einem ersten Schritt überhaupt erkennt und in einem zweiten Schritt als gleichwertiges Gegenüber anerkennt. Erst unter diesen Voraussetzungen können Rationalitätenkonflikte überhaupt ins Recht übersetzt und dort friedlich ausgetragen werden.<sup>92</sup> Bislang aber, und das zeigen die Statistiken über die Verteilung seehandelsrechtlicher Streitverfahren von privaten Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten deutlich, ist es staatlichem Recht nicht gelungen, eine Abwanderung zu privaten Gerichten wirksam zu verhindern. Das liegt nicht zuletzt auch an fehlender Rechtssicherheit im transnationalen Handelsverkehr. Die Entscheidung, welches Gericht nach welchen Maßstäben entscheidet, ist häufig zufällig<sup>93</sup> und die jeweiligen nationalen Handelsrechtsordnungen finden nur begrenzt Anwendung.<sup>94</sup> Hinzu kommen die oben im Zusammenhang mit dem Nordholm-Fall beschriebenen Unsicherheiten in Bezug auf nationale Sonderrechte, nationales zwingendes Recht und lange Verfahrensdauern vor nationalen Gerichten, die staatliche Gerichte im Wettbewerb mit privaten Gerichten deutlich benachteiligen, zumindest dann, wenn der Instanzenzug einbezogen wird. Letztlich verhilft die New York Convention über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen der obsiegenden Partei in 142 Ländern der Erde zu einer Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs<sup>95</sup>, wohingegen die Vollstreckung der Urteile staatli-

---

90 Hierzu ausführlich: *Calliess*, Billigkeit und effektiver Rechtsschutz, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2005 (26), S. 35-55, 50.

91 *Luhmann*, Juristische Argumentation. Eine Analyse ihrer Form, *G. Teubner* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, S. 19-37, 25f.

92 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, 170.

93 *Calliess*, Billigkeit und effektiver Rechtsschutz, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2005 (26), S. 35-55, 50.

94 *Calliess*, Transnationales Handelsrecht, *M. Zürn/B. Zangl* (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance, Bonn 2004, S. 160-178, 162 f., Grundlegend auch: *Stein*, *Lex Mercatoria. Theorie und Realität*, Frankfurt am Main 1995, 19, 215 ff. Aus der Perspektive der Wirtschaft: *Schmidtchen*, *Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts*, *C. Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Räumen, Tübingen 2002, S. 1-32, 13 f.

95 Siehe hierzu <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYCon](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYCon)

cher Gerichte unter dem Brüssel oder dem Lugano Abkommen allenfalls in Europa problemlos verläuft. Unter diesem Gesichtspunkt muss es aus Perspektive der Nationalstaaten auch darum gehen, ihr staatliches Recht wettbewerbsfähig mit privaten Rechtsprechungs- und Normsetzungsinstitutionen zu halten, wenn nationalstaatlicher Einfluss nicht vollständig verloren gehen soll.<sup>96</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es für das Recht erforderlich, sich auf bereichsspezifische Normordnungen seiner gesellschaftlichen Umwelten einzustellen, um einerseits kompatibel mit diesen zu bleiben, um aber andererseits auch seinen Einfluss nicht gänzlich einzubüßen, wenn diese Umstellung nicht gelingt. Derartige Aussichten dürfen nicht durch einen falsch verstandenen Schwächerenschutz invisibilisiert werden.

## **Literaturverzeichnis**

*Abraham*, Das Seerecht, Berlin 1960

*Basedow*, Handelsbräuche und AGB-Gesetz, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1986 (150), S. 469-491

*Basedow*, Perspektiven des Seerechts, Juristenzeitung 1999 (54), S. 9-15

*Basedow*, Einleitung vor §§ 305 ff., In K. Rebmann et. al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5 ed., vol. 2, (München 2006)

*Becker*, Von Namen und Nummern. Kollisionen unverträglicher Rechtsmassen im Internet, Baden-Baden 2005

*Berger*, The Creeping Codification of Lex Mercatoria, The Hague et al. 1999

*Berger/Kleine*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs Berater 2007 S. 2137-2141

---

vention\_status.html>.

96 *Calliess/Hoffmann*, Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, Zeitschrift für Rechtspolitik 2009 S. 1-5; *Calliess/Hoffmann*, Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, Anwaltsblatt 2009 S. 52-53.

*Maurer*

*Berman*, Global Legal Pluralism, *Southern California Law Review* 2007 (80), S. 1155-1237

*Berman/Kaufmann*, The Law of International Commercial Transactions, *Harvard International Law Journal* 1978 (19), S. 221-277

*Blaurock*, Übernationales Recht des Internationalen Handels, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993 S. 247-267

*Brachert/Dietzel*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2005 S. 441

*Calliess*, Transnationales Handelsrecht, *M. Zürn/B. Zangl* (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance, Bonn 2004, S. 160-178

*Calliess*, Billigkeit und effektiver Rechtsschutz, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2005 (26), S. 35-55

*Calliess/Dietz/Konradi/Nieswandt/Renner/Sosa*, Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, *A. Hurrelmann et. al.* (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, Frankfurt/New York 2008, S. 143-175

*Calliess/Hoffmann*, Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2009 S. 1-5

*Calliess/Hoffmann*, Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, *Anwaltsblatt* 2009 S. 52-53

*Charny*, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships, *Harvard Law Review* 1990 (104), S. 373-467

*Dietz/Nieswandt*, The Emergence of Transnational Cooperation in the Software Industry, *V. Gessner* (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade*, Oxford/Portland 2009, S. 87-105

*Ehrlich*, *Grundlegung zur Soziologie des Rechts*, Berlin 1929 (Neudruck der 1. Aufl. 1913)

*Eidenmüller*, Recht als Produkt, *Juristenzeitung* 2009 (64), S. 641-653

*Grenzen des Schwächerenschutzes im Handelsrecht am Beispiel der  
AGB-Kontrolle*

- Emmerich*, Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,  
Juristische Schulung 1972 (12), S. 361-369
- Fischer-Lescano/Teubner*, Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, S.  
*Buckel et. al.* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006,  
S. 79-96
- Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des  
globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006
- Fischer-Zernin*, Der Chartervertrag - Formularvertrag im Sinne von §1  
Abs. 1 AGBG oder zwingende Individualvereinbarung,  
Versicherungsrecht 1986 S. 418-425
- Fischer-Zernin*, Der Chartervertrag - Formularvertrag im Sinne von § 1  
Abs. 1 AGBG oder zwingende Individualvereinbarung?,  
Versicherungsrecht 1986 S. 418-425
- Gessner* (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade,  
Oxford/Portland 2009
- Goldmann*, Lex Mercatoria, Forum Internationale 1983 S. 3-23
- Großmann-Doerth*, Das Recht des Übersee Kaufs, Mannheim 1930
- Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und  
staatliches Recht, Freiburg 1933
- Helm*, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag,  
Juristische Schulung 1965 (5), S. 121-129
- Herber*, Seehandelsrecht: systematische Darstellung, Berlin, New York  
1999
- Hopt/Merkt/Baumbach* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, München 2008
- Hunter*, Standard Forms - The BIMCO Experience, *D. R. Thomas*  
(Hrsg.), Legal Issues Relating to Time Charterparties, London  
2008, S. 1-15
- Isaacs*, The Standardizing of Contracts, Yale Law Journal 1917 (27), S.  
34-48

*Maurer*

*Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, München 2004

*Kessel/Jüttner*, Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs Berater 2008 S. 1350-1355

*Köndgen*, Privatisierung des Rechts, Archiv für die civilistische Praxis 2006 (206), S. 476-525

*Konradi*, The Role of Lex Mercatoria in Supporting Globalised Transactions: An Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry, *V. Gessner* (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade, Oxford/Portland 2009, S. 49-86

*Kramer*, Hans-Joachim Plug: Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis 1988 (188), S. 423-427

*Lando*, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, The International and Comparative Law Quarterly 1985 (34), S. 747-768

*Lischek/Mahnken*, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB - Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007 S. 158-163

*Luhmann*, Juristische Argumentation. Eine Analyse ihrer Form, *G. Teubner* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, S. 19-37

*Macaulay*, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review 1963 (28), S. 55-67

*MacNeil*, Contracts - Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law, Northwestern University Law Review 1978 (72), S. 854-905

*MacNeil*, Relational Contract: What We Know And Do Not Know, Wisconsin Law Review 1985 S. 483-525

*Grenzen des Schwächerenschutzes im Handelsrecht am Beispiel der  
AGB-Kontrolle*

*Marella*, Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration, *American University Law Review* 2005 (20), S. 1055-1100

*Maurer/Beckers*, *Lex Maritima*, *G.-P. Calliess et. al.* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz - Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin 2009, S. 811-825

*Meyer-Cording*, *Die Rechtsnormen*, Tübingen 1971

*Pflug*, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München 1986

*Preis*, *Privatautonomie und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *G. Annuss et. al.* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Richardi*, München 2007, S. 339-359

*Puttfarken*, *Seehandelsrecht*, Heidelberg 1997

*Rabe*, *Inhaltskontrolle von Charterverträgen, Betrachtungen zum „Nordholm“-Fall*, *Versicherungsrecht* 1985 S. 1010-1017

*Raiser*, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, Bad Homburg 1935 (Neudr. 1961)

*Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2007

*Rehbinder*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, Berlin 1972

*Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?*, *Juristenzeitung* 2007 S. 755-763

*Rühl*, *Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931

*Schmidt*, *AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1987 S. 1505-1509

*Maurer*

*Schmidt*, Grundlagen und Grundzüge der Inzidenzkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, *Juristische Schulung* 1987 (27), S. 929-935

*Schmidtchen*, *Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts*, C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Räumen*, Tübingen 2002, S. 1-32

*Schmitthoff*, *International Business Law: A New Law Merchant*, *Current Law and Social Problems* 1961 (129), S. 129-142

*Sosa*, *Vertrag und Geschäftsbeziehung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Baden-Baden 2007

*Sosa*, *Cross-Border Dispute Resolution from the Perspective of Mid-sized Law Firms: The Example of International Commercial Arbitration*, V. Gessner (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade*, Oxford/Portland 2009, S. 107-155

*Stein*, *Lex Mercatoria*, Frankfurt 1995

*Stein*, *Lex Mercatoria. Theorie und Realität*, Frankfurt am Main 1995

*Strömholm*, *Allgemeine Rechtslehre*, Göttingen 1976

*Tassios*, *Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York?*, *Journal of International Arbitration* 2004 (21), S. 355-366

*Tetley*, *International Maritime Law*, *Tulane Maritime Law Journal* 2000 (24), S. 775-856

*Teubner*, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt 1971

*Teubner*, §242, R. Wassermann (Hrsg.), *Alternativkommentar zum BGB*, Neuwied 1980,

*Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989

*Teubner*, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, H.-M. Pawlowski/G. Roellecke (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*.

*Grenzen des Schwächerenschutzes im Handelsrecht am Beispiel der  
AGB-Kontrolle*

Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des  
Rechts. ARSP Beiheft Nr. 65, Stuttgart 1996, S. 199-220

*Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen  
Rechtspluralismus, RJ 1996 (15 ), S. 255-290

*Teubner*, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen  
Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 1996 (15), S.  
255-290

*Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption – Die Familienbürgschaft  
in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, Kritische  
Vierteljahresschrift 2000 S. 388-404

*Teubner*, Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale  
Sozialverfassung in der Weltgesellschaft, *D. Simon/M. Weiss*  
(Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums, Baden-Baden 2000,  
S. 437-453

*Teubner/Fischer-Lescano*, Regime-Kollisionen, Frankfurt 2006

*Trappe*, Der Fall "MS Nordholm", Versicherungsrecht 1985 S. 206-210

*Trappe*, Maritime Schiedsgerichtsbarkeit, *A. Plantey* (Hrsg.), Festschrift  
für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, S.  
459-476

*Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur  
Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,  
Köln 1977

*von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, 1 München 2003

*von Gierke*, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin 1955

*von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, München 2007

*Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im  
Unternehmerverkehr, Neue Juristische Wochenschrift 2009 S.  
2977-2982

*Maurer*

*Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, *A. Lüderitz/J. Schröder* (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, S. 213-263

*Wiethölter*, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, *G. Brüggemeier/C. Joerges* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen 1982, S. 25-64

*Wolf*, Normsetzung durch private Institutionen?, *Juristenzeitung* 1973 (28), S. 229-232

*Wolf/Horn/Lindacher* (Hrsg.), AGB-Gesetz, München 1989

*Zumbansen*, Lex Mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und Transnationales Recht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003 (67), S. 637-682

*Zumbansen*, Transnational Law, *J. Smits* (Hrsg.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2006, S. 738-754

## Riassunto Italiano

### **Il diritto commerciale sociale? Problemi di collisioni di logiche sociali ed economiche, esemplificate nel controllo di clausole in contratti di charter**

ANDREAS MAURER

Con la direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, sono state recepite nel diritto europeo norme sul controllo del contenuto delle condizioni generali di contratto, che in precedenza in Germania erano state sviluppate soprattutto dalla giurisprudenza, e poi codificate dal legislatore nella legge sulle condizioni generali di contratto. Con questa direttiva, la disciplina delle condizioni generali di contratto è stata nettamente improntata alla tutela del consumatore. Come già era usuale prima della normativa europea, in Germania anche i contratti standard tra imprenditori vengono sottoposti ad un controllo sul contenuto. Il parametro di tale controllo del contenuto di contratti commerciali è lo svantaggio di una parte contrattuale contrario alla buona fede. Anche qui, come nella tutela del consumatore nei confronti di condizioni generali di contratto, si tratta di una forma di tutela della parte debole. Il partner contrattuale con poco potere negoziale deve essere protetto nei confronti del partner contrattuale con grande potere negoziale.

Sullo sfondo di questo quadro della tutela della parte debole, la Suprema Corte (*Bundesgerichtshof, BGH*) decide di tanto in tanto casi la cui trattazione però avrebbe richiesto un fondamento più ampio. Ciò accadde ad esempio nel caso della nave “Nordholm”, che alla fine degli anni Settanta trasportava un carico che durante la traversata fu danneggiato. Nella controversia poi sorta in questa vicenda, il *BGH* ritenne inefficace una clausola contenuta nelle condizioni generali del contratto di charter, poiché tale clausola svantaggiava eccessivamente una delle parti ai sensi della disciplina delle condizioni generali di contratto.

Tuttavia, in molti casi questa immagine della parte debole bisognosa di tutela non descrive sufficientemente bene la situazione contrattuale in questione. Proprio nel diritto del commercio marittimo, in molti casi la creazione di condizioni di contratto preformulate non soggiace alla predisposizione unilaterale ad opera di una parte ritenuta più forte, bensì sorge da un processo in cui partecipano tutti i diretti rappresentanti di interessi. Istituzioni organizzate privatamente, come ad esempio la *Baltic and International Maritime Conference (BIMCO)*, coordinano la stesura di contratti standard di charter, ma anche relativi alle vendite di navi ed altri negozi per cui la standardizzazione è possibile.

Alla negoziazione di tali contratti partecipano i proprietari di navi, gli assicuratori, i gestori di servizi di charter, le associazioni commerciali e i rappresentanti di molti altri gruppi di interesse che partecipano al commercio marittimo. I contratti standard così negoziati tengono conto, sotto molti aspetti, degli interessi di tutte le parti e debbono quindi essere considerati come opera complessiva, dalla quale non possono venire estratte singole clausole per essere considerate isolatamente.

Piuttosto, nel diritto del commercio marittimo, il sorgere di clausole con la partecipazione di molti rappresentanti di interessi, ma anche l'istituzione di proprie organizzazioni arbitrali private, indica che il diritto del commercio marittimo è soggetto a tendenze autonomiste. Evidentemente, il carattere transfrontaliero del commercio marittimo comporta esigenze codificatorie, che lo Stato nazionale da solo non può soddisfare in misura sufficiente. Tali tendenze autonomiste conducono a proprie razionalità specifiche che si formano nel diritto del commercio marittimo, e alle quali i giudici e legislatori nazionali spesso prestano soltanto un'insufficiente considerazione.

La tesi qui sostenuta è che le razionalità proprie del diritto commerciale devono essere considerate, nei provvedimenti giurisdizionali e negli atti legislativi nazionali, in misura molto maggiore rispetto alla situazione attuale. La razionalità della tutela della parte debole, da sola, non è adatta a condurre a risultati equi e ad assicurare la certezza del diritto in aree come il diritto del commercio marittimo. Piuttosto, l'omessa considerazione di tali proprie razionalità da parte dello Stato comporta un'ulteriore spinta autonomista, che si manifesta in un ritiro del diritto del commercio marittimo nelle organizzazioni private. Se qui lo Stato non vuole rinunciare del tutto alla sua sfera di influenza, sono necessarie opere di adattamento, che riconoscono le razionalità degli Stati nazionali e le proprie razionalità del diritto commerciale come collisione di norme, e che – similmente al diritto internazionale privato – sviluppano norme di conflitto idonee a risolvere i conflitti di razionalità tra il diritto dello Stato nazionale e strutture organizzative in gran parte private.

# Der Verkäuferregress bei grenzüberschreitenden Lieferketten

OLAF MEYER\*

## A. Einführung

### I. Lieferketten und europäische Kaufrechtsharmonisierung

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>1</sup> hat die Verbraucherrechte in der Europäischen Gemeinschaft zu einem guten Teil harmonisiert und den Gemeinsamen Markt damit weiter vorangebracht. Jeder Verbraucher, der eine Sache in einem Mitgliedstaat der EU erwirbt, kann sich nun darauf verlassen, dass ihm gewisse Mindestrechte zustehen, sollte sich die Sache als nicht vertragsgemäß erweisen.<sup>2</sup> Zudem sind durch die Annäherung der rechtlichen Rahmenbedingungen die Angebote grenzüberschreitend vergleichbarer geworden.

Allerdings beschränkt sich die Richtlinie im Wesentlichen darauf, das Verhältnis zwischen dem Verbraucher und seinem unmittelbaren Vertragspartner, dem Letztverkäufer, zu regeln. Für Verträge zwischen Unternehmern gelten die Mindeststandards nicht. Das ist insoweit misslich, als dass im Zeitalter der Massenproduktion Produzent und Letztverkäufer der Ware in der Regel nicht dieselbe Person sind. Oft gelangt eine Ware erst über mehrere Stationen an den Verbraucher, ist also etwa vom Hersteller zuerst an einen Großhändler, sodann an den Einzelhändler und von diesem an den Verbraucher verkauft worden. Für die Kaufentscheidung des Endkunden spielt der Hersteller dabei häufig eine wichtigere Rolle als der Verkäufer; sein Name steht für eine bestimmte Qualität, man kauft „Marke“. Insbesondere aber ist in der Praxis der

---

\* Dr. Olaf Meyer, M.St. (Oxon) ist Research Fellow am Zentrum für Europäische Rechtspolitik und Habilitand bei Prof. Dr. Schmid.

1 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. Nr. L 171 vom 07. Juli 1999 S. 0012-0016.

2 Die Richtlinie hat die Rechte des Verbrauchers in mehrfacher Hinsicht deutlich erweitert: Der Letztverkäufer hat insbesondere auch für Werbeaussagen des Herstellers einzustehen (Art. 2 Abs. 2 (d) Verbrauchsgüterkauf-RL), muss ab der Lieferung der Sache für zwei Jahre mit der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten rechnen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL), und während der ersten sechs Monate dieser Frist wird sogar zugunsten des Verbrauchers vermutet, dass eventuell sich zeigende Mängel schon bei Vertragsschluss vorlagen (Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL).

Hersteller für einen Großteil der Mängel an neu hergestellten Sachen verantwortlich, wegen derer der Verbraucher seine Rechte gegenüber dem letzten Verkäufer in der Lieferkette geltend machen will.

An diese Verantwortungsverteilung knüpft sich in rechtlicher Hinsicht die Frage, wie ein Letztverkäufer, der von seinem Kunden wegen eines Sachmangels in Anspruch genommen wurde, seinerseits den dadurch entstandenen Schaden an den Verantwortlichen weiterreichen kann. Da die Richtlinie nur die Rechte des Verbrauchers regelt, besteht die Gefahr, dass der Verkäufer im Verhältnis zum Verbraucher haftet, dagegen nach dem strengeren Recht, was für den unternehmerischen Kaufvertrag im Verhältnis zu seinem Lieferanten gilt, keine Rechte geltend machen kann. Der Verbraucherschutz ginge dann zu Lasten des Einzelhandels, während der für den Mangel letztlich verantwortliche Hersteller seiner Haftung entkäme. Die Verfasser der Richtlinie haben dieses Problem gesehen, seine Lösung aber den nationalen Gesetzgebern überlassen.<sup>3</sup>

## II. *Verschiedene Regresslösungen*

Die Mitgliedstaaten haben die Regressrechte des Letztverkäufers auf ganz unterschiedliche Weise abgesichert. In der Mehrzahl der Mitgliedstaaten erfolgt der Regress entlang der Kette der Kaufverträge.<sup>4</sup> Der Letztverkäufer kann also (nur) seinen Zulieferer in Anspruch nehmen, dieser wiederum seinen Verkäufer und so weiter, bis die Sache an den Hersteller zurückgelangt ist. Die Regressrechte sind vom Gesetzgeber an die erweiterte Haftung des Letztverkäufers angepasst worden. Dennoch garantiert dieses Modell keineswegs, dass die Haftung tatsächlich bis zum Hersteller zurückreicht; die Regresskette kann nämlich reißen, so etwa bei Insolvenz eines Gliedes oder dort wo handelsrechtliche Rügepflichten bestehen.

Im alternativen Modell kann der Verkäufer sich direkt an das verantwortli-

---

3 Die Richtlinie sieht hierzu lediglich vor: Art. 4 Rückgriffsrechte  
Haftet der Letztverkäufer dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson, so kann der Letztverkäufer den oder die Haftenden innerhalb der Vertragskette in Regress nehmen. Das innerstaatliche Recht bestimmt den oder die Haftenden, den oder die der Letztverkäufer in Regress nehmen kann, sowie das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten.

4 So z.B. Deutschland in §§ 478, 479 BGB; vgl. auch die Übersicht bei *Ebers/Janssen/Meyer* in: dies. (Hrsg.), *European Perspectives on Producers' Liability*, München 2009, 3, 41 ff.

che Glied der Kette wenden, also etwa unmittelbar gegen den Hersteller vorgehen, auch wo kein Vertrag zwischen diesen Parteien besteht.<sup>5</sup> Dieser Sprungregress reduziert zwar die Probleme der Haftungsunterbrechung, vermag sie aber nicht völlig zu beseitigen. Eine Besonderheit besteht in Spanien, wo sogar ein Regress „nach unten“ bekannt ist: Der Hersteller kann für jeden Defekt der Ware ohne Nachweis seiner Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden. Kann er nachweisen, dass der Mangel erst auf einer späteren Handelsstufe, etwa beim Großhändler, verursacht wurde, so kann er bei diesem anschließend direkt Regress nehmen.<sup>6</sup>

Die größte Herausforderung für die Stabilität der Regresskette stellen grenzüberschreitende Verträge dar. Während die nationalen Regressmodelle bei Inlandsverträgen funktionieren mögen, kommen durch das Zusammenspiel mehrerer Rechtsordnungen neue Probleme dazu, die zum Abbruch des Regresses an der Grenze führen können. Dem Funktionieren des Binnenmarktes wäre damit ein Bärendienst erwiesen. Verkäufer würden sich die Waren entweder nur aus dem Inland beschaffen oder bei ausländischer Ware einen Risikozuschlag erheben. Der offene Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt wäre dadurch beeinträchtigt.

### *III. Direktansprüche des Endkunden gegen den Hersteller*

Die Probleme bei der Regresskette legen es zugleich nahe, nach Alternativen zu suchen, um die Mängelhaftung an den Hersteller heranzutragen. Eine Reihe von Mitgliedstaaten, vornehmlich solche aus dem französischen und skandinavischen Rechtskreis, erlaubt dem Käufer, neben seinem Verkäufer auch den Hersteller unmittelbar in Anspruch zu nehmen.<sup>7</sup> Diese Direkthaftung ist das legislatorische Gegenmodell zu einer mehraktigen Regresskette, um die Verantwortlichkeit für Produktmängel an der richtigen Stelle eintreten zu lassen.

Auch der Direktanspruch existiert in verschiedenen Ausprägungen. In Frankreich<sup>8</sup> ist mit der *action directe* ein Modell entwickelt worden, in dem

---

5 Dies entspricht etwa der Rechtslage in Italien, Art. 131 Codice del consumo. Zu weiteren Rechtsordnungen, die einen Sprungregress kennen, sh. *Ebers/Janssen/Meyer* (Fn. 4), 41 ff.

6 Art. 124 Abs. 3 des königlichen Erlasses 1/2007. Dazu *Navas Navarro* in: *Ebers/Janssen/Meyer* (Hrsg.), *European Perspectives on Producers' Liability*, München 2009, 515, 543 f.

7 Eine ausführliche Analyse geben *Ebers/Janssen/Meyer* (Fn. 4), 13 ff.

8 Sh. dazu *Cannarsa/Morétau* in: *Ebers/Janssen/Meyer* (Hrsg.), *European Perspectives*

Gewährleistungsansprüche quasi jeweils mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber übertragen werden. Der Käufer erwirbt also von seinem Verkäufer dessen Gewährleistungsansprüche gegen seinen Lieferanten, sowie wiederum auch dessen Gewährleistungsansprüche gegen vorherige Lieferanten. Da ihm somit alle Ansprüche in Verbindung mit der defekten Sache zustehen, kann er gegen jedes Glied der Kette bis hin zum Hersteller vorgehen. Die Unternehmer sind dadurch grundsätzlich nicht benachteiligt, da auch der Erwerber die Ansprüche nur in dem Umfang erwirbt, wie sie seinen Vorgängern zugestanden haben. Der Umfang der Haftung wird also nicht erweitert, sondern lediglich der Gläubiger durch einen gesetzlichen Forderungsübergang ausgetauscht.

Das Gegenmodell zum derivativen Anspruchserwerb bildet die gesetzliche Garantiehafung des Herstellers.<sup>9</sup> Hier entsteht der Gewährleistungsanspruch des letzten Käufers in der Kette unmittelbar gegen den Hersteller, ohne dass es auf eine Abtretung der Rechte früherer Käufer ankäme. Da es sich um einen originären Anspruch handelt, kann die Haftung des Herstellers hierdurch im Vergleich zum derivativen Erwerb weiter reichen.

Auch für die unmittelbare Herstellerhaftung bilden internationale Sachverhalte ein besonderes Problem. Je nach Qualifikation der Direkthaftung kann der Verbraucher auf fremde Rechtsordnungen verwiesen werden, die ihm ein solches Recht gerade nicht gewähren. Der vorliegende Beitrag vergleicht die verschiedenen Haftungsmodelle in Bezug auf grenzüberschreitende Kaufverträge.

## **B. Die unmittelbare Produzentenhaftung im grenzüberschreitenden Verkehr**

Fragen des Internationalen Privatrechts stellen sich für den Direktanspruch immer dann, wenn in dem Verhältnis zwischen dem letzten Käufer und dem Anspruchsverpflichteten ein internationales Element vorliegt, also besonders dann, wenn beide ihren Sitz in unterschiedlichen Staaten haben. Nicht notwendig ist, dass gerade der Vertrag zwischen dem Käufer und seinem Verkäufer grenzüberschreitend abgewickelt wurde.

---

on Producers' Liability, München 2009, 311 ff.

9 So z.B. in Spanien (Art. 124 Abs. 3 des königlichen Erlasses 1/2007) und Portugal (Art. 6 Verbrauchsgüterkaufgesetz); *Ebers/Janssen/Meyer* (Fn. 4), 32 ff.

## I. Vertragliche Direktansprüche

Der Direktanspruch gegen einen Schuldner, z.B. den Hersteller, unter Überspringung einzelner Glieder der Kette lässt sich nur schwer eindeutig in das Kollisionsrecht einordnen. Entweder handelt es sich um einen Anspruch aus einem vertraglichen Schuldverhältnis und er unterfällt damit künftig der Rom-I-VO,<sup>10</sup> oder er fällt als außervertragliches Schuldverhältnis in den Anwendungsbereich der Rom-II-VO.<sup>11</sup> Beide Begriffe sind autonom zu bestimmen, also ohne Rückgriff auf nationale Rechtsvorstellungen. Der Terminus des Direktanspruchs kann aber sehr unterschiedliche rechtliche Konstruktionen bezeichnen, die nicht notwendigerweise alle gleich qualifiziert werden müssen. Zum einen kann sich eine solche Direkthaftung nämlich aus dem übergegangenen Recht eines früheren Käufers der Sache ergeben, was eher für eine fortbestehende vertragliche Natur des Anspruches spricht. In Frankreich und Belgien ist die Idee der Direkthaftung auf einem solchen Übergang der Sachmängelansprüche des ersten Käufers auf spätere Erwerber der Sache aufgebaut. Die dogmatische Konstruktion ist dabei streitig, doch handelt es sich wohl um eine Rechtsübertragung, die akzessorisch an die Eigentumsübertragung angeknüpft ist.<sup>12</sup> Dagegen ist in vielen Ländern die Grundlage der Direkthaftung die (nicht-vertragliche) Verantwortlichkeit des Herstellers für die Qualität seiner Waren, so insbesondere in Spanien, Portugal und Lettland.<sup>13</sup>

Nichtsdestotrotz hat sich der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren zum EuGVÜ<sup>14</sup> für eine außervertragliche Qualifikation der französischen *ac-*

---

10 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. 2008 L 177/6. Nach Art. 28 gilt die Verordnung für alle Verträge, die nach dem 17. Dezember 2009 geschlossen wurden, und ersetzt damit ab diesem Datum das Römische Schuldvertragsübereinkommen (80/934/EWG) über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19. Juni 1980, ABl. 1980 L 266/1 (EVÜ). Die Rom-I-VO gilt nicht für Dänemark, wohl aber für Großbritannien und Irland.

11 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. 2007 L 199/40. Diese Verordnung, die erste gemeinschaftsrechtliche Regelung des außervertraglichen IPR, trat am 11. Januar 2009 in Kraft. Sie gilt ebenfalls nicht Dänemark, aber für Großbritannien und Irland.

12 Vgl. dazu *Cannarsa/Moréteau* (Fn. 8), 312 ff.; *Carette*, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale of Goods: Applicable Law and Applicability of the CISG, *European Review of Private Law (ERPL)* 2008, 583, 586 ff.

13 Dazu im Einzelnen *Ebers/Janssen/Meyer* (Fn. 4), 13 ff.

14 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gericht-

*tion directe* entschieden.<sup>15</sup> Als Grund führte er aus, dass die Haftung gegenüber späteren Abnehmern der Sache nicht freiwillig übernommen werde. Es sei für den Hersteller daher nicht erkennbar, welche späteren Erwerber gegen ihn einen Anspruch haben könnten, zumal in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten ein vertraglicher Direktanspruch gar nicht bekannt sei. Damit wäre der Gerichtsstand des Erfüllungsortes für ihn nicht vorhersehbar. Es ist allerdings nicht zwingend, dass der EuGH unter dem europäischen Internationalen Privatrecht zum gleichen Ergebnis kommen würde.<sup>16</sup> Zwar ist grundsätzlich ein Gleichlauf von international-privatrechtlicher und international-verfahrensrechtlicher Qualifikation wünschenswert; hier ging es jedoch im Prozessrecht um die Frage, ob neben dem allgemeinen Beklagtengerichtsstand (Art. 2 EuGVÜ) ein zusätzlicher Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Abs. 1 EuGVÜ) bestand, was der EuGH zu Recht restriktiv ausgelegt hat. Im Internationalen Privatrecht bestehen solche Gründe für eine restriktive Auslegung dagegen nicht. Die Haftung des Verkäufers aus einem übergegangenen Anspruch kann nie weiter reichen als ohne den Übergang des Anspruchs (*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*), er wird also durch die vertragliche Qualifikation des Anspruchs nicht benachteiligt.

Die Qualifikation des abgeleiteten Direktanspruchs muss daher zurzeit als ungeklärt gelten. Hält man eine vertragliche Einordnung des Direktanspruches nach wie vor für möglich, dann wäre zwischen dem vertraglichen Anspruch einerseits und der späteren Übertragung dieses Anspruchs auf den nächsten Erwerber der Sache zu trennen, und beide Vorgänge müssten gesondert angeknüpft werden.<sup>17</sup> Der Gewährleistungsanspruch wäre dann im Verhältnis zwischen dem Produzenten und seinem Käufer entstanden nach dem Recht, wel-

---

licher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968.

15 EuGH, Urteil vom 17.06.1992, C-26/91 (Jakob Handte & Co. GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA), Slg. 1992 I-3994.

16 Generalanwalt Jacobs äußerte sich bereits im Fall *Handte* dahingehend, dass das EuGVÜ sich nur auf Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit bezieht und keinerlei Einfluss auf die materiellrechtliche Qualifikation des dem Verfahren zugrunde liegenden Anspruchs hat, vgl. Slg. 1992, I-3967, Abs. 24. Demgegenüber wird im Schrifttum teils angenommen, dass die *Handte*-Entscheidung auch zur Bestimmung des anwendbaren Rechts herangezogen werden könne, so z.B. *Dutta*, Der europäische Letztverkäuferregress bei grenzüberschreitenden Absatzketten im Binnenmarkt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 171 (2007), 79, 95 ff.

17 Vgl. auch die Ausführungen von *Lilleholt* in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, München 2009, 461, 469 f.

ches nach der Rom-I-VO auf dieses Vertragsverhältnis anzuwenden ist.<sup>18</sup> Daran ändert sich auch durch eine spätere Übertragung des Anspruchs auf einen weiteren Käufer der Sache nichts mehr. Der Anspruch geht jeweils genau mit dem Inhalt über, den er ursprünglich hatte.

Die Übertragung des Anspruchs auf einen späteren Käufer könnte als Abtretung oder als gesetzlicher Forderungsübergang (*cessio legis*) anzusehen sein; wegen der engen Verknüpfung mit der Eigentumsübertragung wäre selbst eine akzessorische Anknüpfung an das Übereignungsstatut nicht ausgeschlossen. Ob ein solcher Rechtsübergang stattfindet, richtet sich alleine nach dem Recht, das auf das Verhältnis zwischen dem späteren Verkäufer und seinem Käufer anwendbar ist. Dies gilt auch dann, wenn auf den übertragenen Anspruch das CISG<sup>19</sup> Anwendung findet; letzteres enthält keine Vorschriften, die einer Übertragung von Ansprüchen entgegenstehen würden.<sup>20</sup>

## *II. Außervertragliche Direktansprüche*

Ob ein Direktanspruch auf außervertraglicher Grundlage besteht, richtet sich nach dem Recht, welches durch die Rom-II-VO bestimmt wird. Als Kollisionsnorm kommt dabei die allgemeine Regel in Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO in Betracht. Damit unterliegt der Direktanspruch, also insbesondere auch die Frage, ob ein solcher überhaupt besteht, dem Recht des Staates, in dem der Schaden eintritt. Die Vorschrift ist offensichtlich eher auf Personen- und Sachschäden zugeschnitten als auf Rechte wegen mangelhafter Waren. Der Schadenseintritt wird in der Regel am ehesten in dem Staat liegen, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, da sich hier die Mangelhaftigkeit der Kaufsache auswirkt. Eine Anknüpfung an das Recht des Landes, in welchem er die Sache gekauft hat, wäre demgegenüber weniger überzeugend. Das Interesse des Käufers, für den Kaufpreis eine mangelfreie Sache zu bekommen, ist eher dort zu lokalisieren, wo er diese nutzen möchte. Bestellt er die Sache etwa von zuhause über das Internet, hat er zum Ort, von dem aus

---

18 Nach Art. 3(1) Rome I Regulation gilt vorrangig das von den Parteien gewählte Recht. Haben die Parteien kein Recht gewählt, kommt nach Art. 4 Abs. 1 (a) Rom-I-VO das Recht des Verkäufers zur Anwendung.

19 United Nations Convention on the International Sale of Goods vom 11. April 1980.

20 *Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB – CISG, Berlin 2005, Art. 4 Rn. 57 ff.; *Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, München 2005, 212. Ebenso *Piltz*, Internationales Kaufrecht, 2. Aufl., München 2008, Anm. 2-138, unter der Voraussetzung, dass der Haftungsumfang durch die Abtretung nicht erweitert wird.

die Versendung erfolgt, überhaupt keine Beziehung.

Für den Hersteller kann dies allerdings zu unvorhersehbarer Haftung führen, wenn er sich vorab nicht darauf einstellen konnte, dass sein Produkt in ein Land verkauft wird, welches einen Direktanspruch kennt. Allerdings würde sich das gleiche Problem auch bei einer Anknüpfung an das Recht des Verkaufsortes stellen, da auch dann der Hersteller bei längeren Absatzketten ohne feste Vertriebssysteme in der Regel keinen Einfluss mehr darauf hat, wo sein Produkt überall angeboten werden kann.

Verbraucher werden vor einer Manipulation durch eine abweichende Rechtswahl durch Art. 14 Abs. 1 (b) Rom-II-VO geschützt. Danach können Personen vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses nur dann eine Vereinbarung zugunsten eines abweichenden Rechts treffen, wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen. Damit dürfte es bei außervertraglichen Direktansprüchen für den Hersteller unmöglich sein, eine Haftung gegenüber dem Verbraucher zu umgehen.

## **C. Regressansprüche im grenzüberschreitenden Verkehr**

Gegenüber den Direktansprüchen gegen den Hersteller sind Regressketten kollisionsrechtlich alleine dadurch schwieriger zu behandeln, als die Zahl der anzuknüpfenden Rechtshandlungen hier größer ist. Befinden sich die einzelnen Glieder der Absatzkette in verschiedenen Mitgliedstaaten, so ist zunächst das auf den Regress anwendbare Recht zu ermitteln. Dabei muss danach differenziert werden, ob es sich um einen Regress entlang der Kette oder aber um einen direkten Regressanspruch handelt.

### *I. Der Regress entlang der Kette*

Wo immer zwischen zwei Gliedern einer Regresskette ein internationaler Sachverhalt vorliegt, ist das auf den Regressanspruch anzuwendende Recht nach dem Internationalen Privatrecht des Forums festzustellen. Da es bei der Regresskette um jeweils selbständige rechtliche Ansprüche der beteiligten Handelsstufen geht, ist auch für jeden Anspruch gesondert das anwendbare Recht zu bestimmen. Erstreckt sich die Lieferkette vom für den Fehler allein verantwortlichen Produzenten bis zum Endabnehmer über mehrere Glieder, so ist es ohne weiteres denkbar, dass auf jeden einzelnen Anspruch entlang der Kette ein anderes Recht zur Anwendung kommt.

Besonders wahrscheinlich ist ein solches Auseinanderfallen der anwendbaren Rechte im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Verbraucher und Letztverkäufer auf der einen Seite und dem Regressanspruch des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten auf der anderen Seite. In beiden Fällen geht es um vertragsrechtliche Ansprüche. Das anwendbare Recht richtet sich also derzeit noch nach der römischen Vertragsrechtskonvention, bald jedoch in fast allen Mitgliedstaaten nur noch nach Artt. 3 ff. Rom-I-Verordnung. Im Verhältnis zwischen dem Letztverkäufer und seinem Lieferanten ist, vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl, somit das Recht des letzteren anzuwenden.<sup>21</sup> Für den Verbrauchervertrag trifft Art. 6 Abs. 1 Rom-I-VO dagegen eine Sonderregelung. Hier findet grundsätzlich das Recht des Staates des Verbrauchers Anwendung, vorausgesetzt der gewerbliche Verkäufer hat seine Tätigkeit auf diesen Staat ausgerichtet. Ein Auseinanderfallen von Verbraucher- und Regressstatut ist damit in all denjenigen Fällen vorprogrammiert, in denen nicht ausnahmsweise ein Reimport vorliegt. Aber auch entlang der Regresskette selbst besteht bei jedem grenzüberschreitenden Element in einer Vertragsbeziehung die Gefahr, dass zwei verschiedene Rechte zur Anwendung kommen.

Angesichts des weiten Spielraumes, den Art. 4 Verbrauchsgüterkauf-RL den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Regressanspruchs eingeräumt hat, unterscheiden sich die verschiedenen nationalen Rechte erheblich. Daraus können sich eine Reihe von kollisionsrechtlichen Problemen ergeben.

### *1. Inkongruenz der Regressansprüche*

Haben sowohl der Letztverkäufer als auch sein Lieferant ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU und haben beide nationalen Rechte in Umsetzung von Art. 4 Verbrauchsgüterkauf-RL Sonderregeln für den Regress getroffen, so können sich die verschiedenen Ausgestaltungen als inkongruent erweisen.<sup>22</sup> Art. 4 der Richtlinie überlässt die Ausgestaltung der Ansprüche dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber, die hiervon auch in sehr unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben. Diese Unterschiede bringen die Gefahr mit sich, dass der Verkäufer seinem Abnehmer nach den erweiterten Regeln der Richtlinie haftet, während ihm nach dem Regressstatut solche Ansprüche nicht zustehen. Dies kann sich z.B. ergeben durch eine ungün-

---

21 Vgl. Art. 4 Abs. 1 (a) Rom-I-VO; gleiches gilt unter Art. 4 Abs. 1 EVÜ.

22 Vgl. dazu auch *Magnus*, Der Regressanspruch des Letztverkäufers nach der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: Basedow et al. (Hrsg.), Festschrift Siehr, Den Haag 2000, 429, 434 ff.

stigere Regelung des Verjährungsbeginns oder der Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels,<sup>23</sup> oder auch aus unterschiedlichen Regeln über die Abdingbarkeit von Regressansprüchen.

So ist zum Beispiel nicht sichergestellt, dass, wo der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden haftet, sein Regressanspruch gegenüber seinem Zulieferer ebenfalls verschuldensunabhängig gewährt wird. Probleme können sich ferner ergeben, wo der Letztverkäufer vom Verbraucher auf Ersatzlieferung in Anspruch genommen wurde, ihm selbst aber ein solches Recht nicht zusteht. Er kann dann nur versuchen, die Kosten seiner Aufwendungen von seinem Lieferanten als Schadensersatz zu verlangen, wobei sein Anspruch natürlich den allgemeinen Grenzen für Schadensersatzansprüche (wie etwa der Bemessung der Höhe des Schadens oder der Frage eines Mitverschuldens) unterliegt.<sup>24</sup>

## 2. *Zusammentreffen von Regress entlang der Kette und Sprungregress*

Möglich ist aber auch, dass eine Regresslösung und ein Direktanspruch des Letztverkäufers gegen den Hersteller miteinander konkurrieren. Dies kann dann zu der Situation führen, dass das Regressstatut keine besonderen Vorschriften zum Schutz des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten bereithält, sondern diesen auf einen Direktanspruch gegenüber den Hersteller verweist. Der Direktanspruch ist allerdings zunächst erneut zu qualifizieren, um das auf ihn anwendbare Recht zu bestimmen. Handelt es sich also um einen außervertraglichen Haftungsanspruch, unterliegt er nach Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO dem Recht des Staates, in welchem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist.<sup>25</sup> Kennt dieses Recht nun wiederum keinen Direktanspruch, sondern nur einen Regress entlang der Kette, besteht die paradoxe Situation, dass zwar beide Rechtsordnungen einen Regress erreichen wollen, in der konkreten Situation jedoch keines der beiden Rechte dem Letztverkäufer

---

23 Vgl. Art. 5 Abs. 1, 3 Verbrauchsgüterkauf-RL.

24 Zu den verschiedenen Ausgestaltungen der Regressansprüche sh. *Ebers/Janssen/Meyer* (Fn. 4), 44 ff.

25 Siehe bereits oben unter B.I. zur Qualifikation von Direktansprüchen. Während es dort aber um das Interesse des Käufers an der Nutzung der Sache ging, sollen hier die Schäden geltend gemacht werden, die dem Letztverkäufer im Verhältnis zu seinem Käufer entstanden sind. Diese Schäden sind am Sitz des Letztverkäufers eingetreten, vgl. *Dutta* (Fn. 16), 99.

zur Seite steht. Im Internationalen Privatrecht sind für diese Fälle des Normenmangels komplizierte Anpassungen nötig.<sup>26</sup> Die Vorhersehbarkeit der Entscheidung wird dadurch aber verringert.

### *3. Der Regress bei Bezug der Ware außerhalb des Binnenmarktes*

Besonders problematisch sind diejenigen Fälle, in denen die Ware aus einem Nicht-Mitgliedstaat eingeführt wurde. Abgesehen von den europäischen Staaten, welche die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie freiwillig umgesetzt haben,<sup>27</sup> fehlt es hier an besonderen Vorschriften, die einen effektiven, auf die erweiterten Verbraucherrechte aus der Richtlinie abgestimmten Regress ermöglichen. Die Regresskette droht daher mit dem Import der Ware in die EU abubrechen. Dadurch entsteht für europäische Importeure ein Wettbewerbsnachteil auf dem Weltmarkt. Gegen das Haftungsrisiko können sie sich nur vertraglich absichern, sei es, dass sie ihr eigenes Recht als gewähltes Vertragsstatut durchsetzen, sei es, dass sie selber Regressregeln in den Vertrag einfügen. Da nach Internationalem Privatrecht ohne solche Vereinbarungen in der Regel das Recht des Verkäufers anwendbar sein wird, ist der Importeur in der schwächeren Verhandlungsposition. Er muss für ein Nachgeben seines außereuropäischen Vertragspartners seinerseits Zugeständnisse machen, in der Regel also einen höheren Preis bezahlen. Diese Kosten werden dann bei der Kalkulation regelmäßig an die nächsten Vertragsstufen weitergereicht werden.

### *4. Wahl einer nichtmitgliedstaatlichen Rechtsordnung*

Der Abbruch der Regresskette ist nicht nur bei echten Importgeschäften aus Nicht-EU-Staaten problematisch. Auch europäische Anbieter haben ihn mittlerweile als „Vermeidungsstrategie“<sup>28</sup> hinsichtlich ihrer möglichen Regresshaftung entdeckt. Die Anwendung einer nicht-mitgliedstaatlichen Rechtsordnung können sie zum einen durch eine Manipulation der Umstände des Vertragsschlusses erreichen, z.B. durch Zwischenschaltung einer außereu-

---

26 Für die Einzelheiten vgl. *Sendmeyer* in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), *European Perspectives on Producers' Liability*, München 2009, 151, 153 ff., sowie *Dutta* (Fn. 16), 99 ff.

27 Zum Beispiel Norwegen und die Türkei.

28 So *Lorenz*, *Unternehmerregress im Verbrauchsgüterkauf und Internationales Privatrecht – Zum internationalen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 BGB*, in: Mansel et al. (Hrsg.), *Festschrift Jayme*, München 2004, 533, 544.

europäischen Tochtergesellschaft oder eines Zwischenhändlers. In diesem Falle würde Art. 4 Abs. 1 Rom-I-VO hinsichtlich des Regresses auf ein außereuropäisches Recht verweisen. Ob dann dennoch das Recht des europäischen Verkäufers nach Art. 4 Abs. 3 Rom-I-VO zur Anwendung gebracht werden kann, erscheint zweifelhaft. Diese Ausweichklausel wurde gegenüber der Vorläufervorschrift Art. 4 Abs. 5 EVÜ sogar eingeschränkt und erlaubt im Interesse der Verkehrssicherheit ein Abweichen von der Grundregel nur noch, wo die engere Verbindung zum Recht eines anderen Staates offensichtlich ist. Dies dürfte nur selten gegeben sein.

Eine andere Möglichkeit, den Regress auszuschalten, besteht in der vertraglichen Vereinbarung einer nichtmitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Die Parteiautonomie nach Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO lässt dies grundsätzlich zu. In der Praxis wird hiervon anscheinend auch Gebrauch gemacht, etwa durch die Vereinbarung schweizerischen Rechts in den Verkäufer-AGB.<sup>29</sup> Auch in dieser Konstellation gibt es wohl kaum Möglichkeiten, den Regress durch eine Beschränkung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie doch noch zu ermöglichen.<sup>30</sup> Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verbietet in Art. 7 Abs. 2 Umgehungen nur zum Nachteil des Verbrauchers, lässt den Letztverkäufer also bewusst unerwähnt. Der Regressanspruch unterfällt auch nicht dem international zwingenden Verbraucherschutzrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO oder gar den zwingenden Eingriffsnormen der *lex fori* nach Art. 9 Abs. 2 Rom-I-VO.<sup>31</sup> Die Wahl des Rechts eines Mitgliedstaates wird man daher in der Regel als wirksam ansehen müssen. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Regress des Letztverkäufers nicht IPR-fest ist.

## 5. *Regressanspruch und CISG*

Schließlich kann das auf den Regressanspruch anwendbare Recht das CISG sein. Dieses hat derzeit 74 Vertragsstaaten.<sup>32</sup> Von den Mitgliedstaaten der EU sind nur vier nicht auch Vertragsstaaten des CISG.<sup>33</sup> Wo das CISG Ver-

---

29 Mankowski, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, Internationales Handelsrecht (IHR) 2008, 133, 136.

30 Siehe hierzu den Beitrag von Sendmeyer (Fn. 26), 157 ff., sowie Dutta (Fn. 16), 92 ff.

31 Dutta (Fn. 26), 93.

32 Eine aktuelle Liste der Vertragsstaaten findet sich unter <<http://www.uncitral.org>>.

33 Großbritannien, Irland, Portugal und Malta. Auch Verträge mit Angehörigen dieser Staaten können freilich dem CISG unterfallen, wenn nämlich die Regeln des Internationalen Privatrechts zum Recht eines Vertragsstaates führen, vgl. Art. 1 Abs. 1 (b)

tragsstatut ist, regelt es die vertraglichen Ansprüche der Vertragsparteien abschließend. Dabei setzt es sich auch gegenüber dem Richtlinienrecht der Europäischen Gemeinschaft durch.<sup>34</sup> Das CISG erlaubt den Mitgliedstaaten keine abweichenden nationalen Sonderregeln. Es wäre auch für den Erfolg der Rechtsvereinheitlichung misslich, wenn sich ein globales Instrument wie das CISG regionalen Vereinheitlichungsmaßnahmen beugen müsste.

Besondere Vorschriften zur Sicherung des Regresses des Letztverkäufers kennt das CISG nicht; im Gegenteil gilt dort ein strenger kaufmännischer Haftungs- und Sorgfaltsmaßstab. Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit ist nicht vorgesehen. Gemäß Art. 38 Abs. 1 CISG muss der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Dazu bestimmt Art. 39 Abs. 2 CISG, dass der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, spätestens zwei Jahre nach Übergabe der Ware an ihn verliert. Da aber nach Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL der Letztverkäufer dem Verbraucher gegenüber zudem für mindestens zwei Jahre haftet, kann sein Regress gegenüber seinem Verkäufer nach dem CISG bereits ausgeschlossen sein, während der Verbraucher ihn noch in Anspruch nehmen kann.

## *II. Der direkte Regressanspruch des Letztverkäufers gegen den Produzenten*

Für den direkten Regressanspruch des Verkäufers gilt im Wesentlichen dasselbe wie für die unmittelbare Haftung des Herstellers.<sup>35</sup> Handelt es sich um einen derivativen Erwerb der Ansprüche des ersten Käufers, so ist nach dem Urteil des EuGH in der Sache *Handte*<sup>36</sup> nicht sicher, ob eine Qualifikation als Vertragsrecht überhaupt noch in Betracht kommt. Bei Einordnung als deliktsrechtlicher Anspruch richtet sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO. Allerdings wäre auch denkbar, einen Regressanspruch als einen durch ein Produkt verursachten Schaden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Rom-II-VO zu verstehen. Jedoch wird der Regressschaden nicht unmittelbar durch die Fehlerhaftigkeit des Produktes verursacht, sondern erst durch die Entscheidung des Verbrauchers, seinen Verkäufer deswegen in Anspruch zu nehmen. Es ist nicht

---

CISG.

34 So die inzwischen ganz herrschende Meinung zum CISG, vgl. die Nachweise bei *Sendmeyer* (Fn. 26), 156 f.

35 Siehe dazu oben B.I.

36 Dazu oben bei Fn. 15.

anzunehmen, dass die Regel in Art. 5 Abs. 1 Rom-II-VO so einen weiten Anwendungsbereich haben soll.

Ein weiteres zusätzliches Problem des direkten Regressanspruchs stellt sein Verhältnis zum CISG dar. Grundsätzlich sollten sich keine Konflikte mit internationalem Einheitsrecht ergeben. Ist der Direktanspruch als Übertragung von Gewährleistungsansprüchen entlang der Erwerbsskette konstruiert, so wird auch ein dem CISG unterliegender Anspruch an die weiteren Käufer übertragen. Bei einem außervertraglichen Direktanspruch liegt dagegen bereits keine Überschneidung der Regelungsbereiche vor. Das CISG regelt lediglich das Verhältnis zwischen einem Käufer und seinem Verkäufer.<sup>37</sup> Über die Anspruchsberechtigung weiterer Personen sagt es nichts aus und kann diesen daher auch nicht entgegenstehen.<sup>38</sup> Dies wird teilweise bestritten unter Hinweis darauf, dass ein Direktanspruch wegen Fehlerhaftigkeit der Ware funktionsäquivalent zu dem Gewährleistungsrecht in Artt. 45 ff. CISG sei.<sup>39</sup> Grund der außervertraglichen direkten Haftung des Herstellers ist aber gerade nicht ein vertraglich gegebenes Versprechen, eine bestimmte Leistung zu erbringen; sie gründet sich vielmehr auf das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produktes und die daraus resultierende Verantwortlichkeit gegenüber späteren Abnehmern in der Kette. Funktionsäquivalenz besteht also nicht. Lediglich wo der Abnehmer gleichzeitig einen vertraglichen Anspruch gegen den Hersteller hat, also er die Ware direkt von diesem bezogen hat, muss man von einem Vorrang der vertraglichen Haftung nach dem CISG ausgehen, da dessen Wertungen sonst leerzulaufen drohten.<sup>40</sup>

## D. Vergleich der Modelle

Verglichen mit dem Regress entlang der Kette steht ein außervertraglich konstruierter Direktanspruch des letzten Abnehmers gegen den Verursacher des Mangels im Internationalen Privatrecht in mehrfacher Hinsicht besser. Zunächst kommt nur ein einziges Recht zur Anwendung, die Feststellung des anwendbaren Rechts ist damit wesentlich erleichtert. Zudem fällt die Umgehung des anwendbaren Rechts erheblich schwerer. Die Rechtswahlfreiheit zu Lasten von Verbrauchern ist stark eingeschränkt, da nicht gewerblich han-

---

37 Sh. Art. 4 Abs. 1 CISG. Staudinger-*Magnus* (Fn. 20), Art. 1 Rn. 14.

38 *Dutta* (Fn. 16), 96; *Piltz* (Fn. 20), Anm. 2-139.

39 *Schroeter* (Fn. 20), 212.

40 So zutreffend *Dutta* (Fn. 16), 97.

## *Der Verkäuferregress bei grenzüberschreitenden Lieferketten*

delnde Personen nach Art. 14 Abs. 1 (b) Rom-II VO vor Eintritt des schädigenden Ereignisses kein anderes Recht vereinbaren können, und selbst unter Kaufleuten kann der Hersteller nur dann ein für ihn günstiges Recht vorab durchsetzen wo er die späteren Abnehmer kennt und mit ihnen einen Rechtswahlvertrag aushandeln kann. Schließlich wäre die Kollision mit dem CISG entschärft, wenn man einen Direktanspruch in Form eines außervertraglichen Anspruchs anerkennt.

## Riassunto Italiano

### La responsabilità diretta del produttore per merci difettose

OLAF MEYER

La Commissione Europea, nella sua Comunicazione del 24 aprile 2007 (COM 2007, 210 def.), ha trattato la questione dell'introduzione di una generale responsabilità diretta del produttore. Se la Commissione Europea dovesse decidere di adottare tale responsabilità, ne conseguirebbero notevoli ripercussioni sul commercio nel suo complesso. In caso di prodotto difettoso il consumatore potrebbe rivolgersi direttamente al produttore. In Germania e in molti altri Paesi europei, finora tale azione diretta è preclusa al consumatore, tranne che in caso di determinati danni-conseguenza (*Mangelfolgeschäden*). A causa della relatività dei rapporti obbligatori, il consumatore deve sempre rivolgersi al venditore, cosa che può creare problemi al consumatore ad esempio in caso di insolvenza del venditore.

Problemi sorgono anche riguardo alle conseguenze delle patologie dei contratti di vendita. Nei sistemi di vendita odierni, non è raro trovare lunghe catene di distribuzione. La merce può viaggiare dal produttore al consumatore attraverso parecchie stazioni, ad esempio tramite un importatore, un grossista ed infine un dettagliante. Se il produttore restituisce la merce alla sua diretta controparte contrattuale, e se dunque le conseguenze della patologia contrattuale vengono regolate lungo la catena di distribuzione, sussiste il rischio che la catena del regresso si spezzi. In tal caso la responsabilità cade, anziché sul produttore a cui il difetto è imputabile, su un anello della catena che deve restituire il prezzo di vendita al proprio acquirente, senza però potersi rivalere nei confronti del proprio venditore. La direttiva comunitaria sulla vendita al consumo reagisce a questa situazione prescrivendo all'art. 4 che il regresso deve essere possibile anche tra i diversi anelli della catena. Ciò nonostante può accadere che la catena del regresso si spezzi, ad esempio quando il diritto applicabile è quello di un Paese extracomunitario oppure il diritto uniforme della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili.

L'art. 4 della direttiva comunitaria sulla vendita al consumo non contiene disposizioni vincolanti sul modo di configurare il diritto di regresso. Accanto alla regolazione della patologia contrattuale lungo la catena di distribuzione, vengono in considerazione diverse forme di azione diretta. Ad esempio, il regresso potrebbe essere configurato come diritto derivativo, come nel modello francese di *action directe*. In questo caso, mediante la rivendita della cosa, i diritti di garanzia del venditore vengono trasferiti al nuovo acquirente. Dal

punto di vista del contenuto, l'acquirente può far valere i diritti che gli sono stati trasferiti solo nella stessa misura in cui poteva farli valere il venditore prima di lui. Nel diritto spagnolo, l'azione diretta è configurata come responsabilità oggettiva del produttore nei confronti di successivi acquirenti. Alcuni Paesi concedono l'azione diretta solo contro il produttore, mentre in altri ordinamenti giuridici il creditore può rivalersi contro qualsiasi anello della catena; in questo caso si ha una responsabilità solidale delle singole persone lungo la catena di distribuzione. Diversi approcci vengono seguiti anche riguardo alla questione di chi abbia il diritto di far valere le azioni dirette. Mentre in alcuni Paesi solo il consumatore può agire direttamente nei confronti del produttore, in altri modelli normativi l'azione diretta è limitata al regresso tra imprenditori.

La Commissione Europea afferma (COM 2007, 210 def., pag. 14) di *non* avere ancora a sua disposizione conoscenze sufficientemente sicure riguardo alla problematica della responsabilità del produttore, in particolare concernenti una possibile introduzione di una responsabilità generale e diretta del produttore. Un progetto di ricerca comune delle università di Brema, Münster e Madrid cerca di far luce su questa problematica. Oggetto della ricerca sono stati i modelli di regresso di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, nonché di alcuni ordinamenti giuridici extracomunitari. In quella sede è stata formulata una prima proposta di *action directe* europea.



# Die „Umsetzung“ des europäischen Antidiskriminierungsrechts im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Ein gelungener Entwurf zur weiteren Rechtsangleichung des Antidiskriminierungsrechts in Europa?

TOBIAS PINKEL\*

## I. Einleitung

In Europa hat sich das moderne Vertragsrecht schon lange von dem Gedanken verabschiedet, eine neutrale Basis zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen zwischen Gleichen oder, besser gesagt, gleich mächtigen Vertragsparteien zu sein. Das Prinzip der Privatautonomie, das fast schrankenlos Gültigkeit besaß, verlor damit seine absolute und unangetastete Dominanz.<sup>1</sup> Heute ist ganz klar, dass auch die Verwirklichung von Grundrechten,<sup>2</sup> der Schutz von strukturell Schwächeren,<sup>3</sup> und hier besonders das Diskriminierungsverbot, im Zivilrecht

---

\* LL.M., LL.B. (Hanse Law School). Der Autor ist Doktorand an der Universität Bremen, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) bei Prof. Dr. Christoph U. Schmid und Wissenschaftlicher Koordinator der Hanse Law School Bremen. Er dankt ganz besonders Prof. Dr. Josef Falke und Franz Christian Ebert, LL.B. für ihre hilfreichen Kommentare und Anregungen sowie Björn Hoops für die Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Überarbeitung der Formalien.

1 Vgl. z.B. *Eike Schmidt/Gert Brüggemeier*, Grundkurs Zivilrecht, 7. Auflage, 2006, Rn. 94 ff. (S. 41 ff.).

2 In Deutschland und Italien entwickelte sich bereits kurz nach dem Zweiten Weltkrieg eine Konstitutionalisierung des Privatrechts. Verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte wurden bei der Interpretation des Privatrechts miteinbezogen. Eine ausführliche rechtsvergleichende Untersuchung zu Grundrechten im Privatrecht in Europa wurde durch das EG-finanzierte Graduiertenkolleg (*Research Training Network*) "Fundamental Rights and Private Law in the European Union" unter der Leitung von *Gert Brüggemeier* (Universität Bremen), *Giovanni Comandé* (Universität Pisa) und *Aurelia Columbi Chiacci* (Universität Bremen) vorgenommen. Vgl. insbesondere *Gert Brüggemeier/Giovanni Comandé/Aurelia Colombi Ciacchi* (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union Vol. I, A Comparative Overview* und *Vol. II, Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, 2009 (im Erscheinen). Zur Drittwirkung von europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten vgl. auch *Stefan Grundmann* (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008.

3 Hier ist insbesondere an den Verbraucherschutz sowie das Miet- und Arbeitsrecht zu denken. Vgl. *Victoria Berger*, *Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grund-*

eine zentrale Rolle spielen müssen. Trotzdem bildet das Prinzip der Privatautonomie insbesondere in Gestalt der Vertragsfreiheit nach wie vor den Ausgangspunkt des europäischen Privatrechts.<sup>4</sup>

In der modernen Privatrechtswissenschaft muss jedoch die soziale Dimension des Vertragsrechts, und hier insbesondere das Antidiskriminierungsrecht, eine besondere Rolle einnehmen. Während sich nämlich das allgemeine Vertragsrecht über Jahrtausende entwickelt hat und sich so eine sinnvolle dogmatische Struktur bilden konnte, ist das vertragsrechtliche Antidiskriminierungsrecht in den meisten Rechtsordnungen erst wenige Jahrzehnte alt<sup>5</sup> und be-

---

satz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht, ERPL 2008, 843, 850. Zum Verbraucherschutz, der in seiner heutigen Form in vielen Mitgliedstaaten großteils auf EG-Richtlinien zurückgeht und auch durch diese vorangetrieben wurde vgl. statt vieler nur *Wolfgang W. Mickel/Jan M. Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 3. Auflage, 2005, 742 ff. Zum Mietrecht vgl. statt vieler nur *Christoph U. Schmid*, Tenancy Law and Procedure, General Report, 2004, 12 ff., online verfügbar unter <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/TenancyLawProject/TenancyLawGeneralReport.pdf>.

Allerdings spielt auch der Ausgleich von ungleichen Verhandlungspositionen in anderen Situationen eine wichtige Rolle. Im deutschen Recht ist hier z.B. an die verfassungsrechtlichen Entscheidungen zur materiellen Vertragsautonomie zu denken. Vgl. *Johannes Hager*, Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law, in: Stefan Grundmann (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, 21, 27; BVerfGE 89, 214, 231 ff.; 103, 89, 100; BVerfG NJW 2006, 596, 597. Die materielle Privatautonomie soll auch die tatsächliche Selbstbestimmung in Fällen unterschiedlicher Verhandlungsmacht sicherstellen, also in den Fällen, in denen das Festhalten an der strikten formellen Privatautonomie zu einer tatsächlichen Fremdbestimmung führen würde. Zu diesem Thema im Zusammenhang mit Bürgschaften von Familienangehörigen vgl. auch *Peter Rott*, German Law on Family Suretyships: An Overrated System, in: Aurelia Colombi Ciacchi (Hg.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, 2007, 51 ff.

4 In welchem Maße sich der privatrechtliche Grundrechts- und Schwächerenschutz durch eine „Konstitutionalisierung“ des Privatrechts oder durch privatrechtssystemimmanente Ansätze entwickelt, hängt von den Rechtstraditionen ab. Eine beginnende Konstitutionalisierung des Privatrechts lässt sich aber heute auf Grund der europäischen Einflüsse (EG, Europarat) auch in Ländern wie England beobachten, die lange auf einen ausdrücklichen Grundrechtsbezug im Privatrecht verzichtet haben. Vgl. hierzu *Stefan Grundmann*, *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*, in: Stefan Grundmann (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, 3, 4.

5 So bezeichnet auch *Berger*, ERPL 2008, 843, 844, den materiellen Diskriminierungsschutz als legislativen Grundsatz im allgemeinen europäischen Vertragsrecht

schränkte sich oftmals zunächst auf das Arbeitsrecht.<sup>6</sup>

Seit dem Jahre 2000 haben allerdings mehrere EG-Richtlinien die Entstehung eines allgemeinen privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes in den mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen erzwungen.<sup>7</sup> Die Richtlinien führten jedoch in vielen Ländern zu sehr kontrovers geführten Diskussionen, ob und wie sich die europäischen Vorgaben kohärent in eine vom Prinzip der Vertragsfreiheit dominierte Zivilrechtsordnung integrieren lassen.<sup>8</sup> Vor diesem Hintergrund ist es wohl eine zentrale Aufgabe einer modernen europäischen Privatrechtskodifikation, das Antidiskriminierungsrecht in die Strukturen des allgemeinen Privat- bzw. Vertragsrechts zu integrieren.

Allerdings stellt sich noch vor der Frage, wie das europäische Antidiskri-

---

als „relatives Novum“.

- 6 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 850; *Karl Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, 2006, § 16 Rn. 419. Einer Studie der Europäischen Kommission zufolge gab es im Jahre 2000, also vor dem Inkrafttreten der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im Bereich des allgemeinen Privatrechts in der damaligen EU-15 nur in den Niederlanden und England privatrechtliche Antidiskriminierungsvorschriften außerhalb des Arbeitsrechts. Vgl. *Europäische Kommission* (Hg.), Überblick über die gesetzlichen Antidiskriminierungsbestimmungen der Mitgliedstaaten, 2000, online verfügbar unter <[http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/arct/legalprovisions\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/legalprovisions_de.pdf)>.
- 7 Zu den Richtlinien noch ausführlich unter III.
- 8 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 844 f. m.w.N. in Fn. 6. Auch die politische Umsetzung der Richtlinien erwies sich teilweise als schwierig. Dabei verzögerte sich die Umsetzung der Richtlinien in Deutschland z.T. erheblich, da erste Entwürfe für Umsetzungsgesetze zunächst scheiterten. So wurde ein Umsetzungsentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, bekannt geworden als Antidiskriminierungsgesetz, ADG) vom 16.12.2004 (BT-Drs. 15/4538) in der rot-grünen Regierungszeit in abgeänderten Form (BT-Drs. 15/5717) vom BT in dritter Lesung beschlossen (Plenarprotokoll 15/182, 17201 ff.), scheiterte aber zunächst am Bundesrat (Protokoll der 813. Sitzung vom 08.07.2005, 275 ff.). Deshalb konnte das Gesetz in der 15. Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet werden. Auf Grund der Diskontinuität des Bundestages musste der Entwurf während der Regierungszeit der Großen Koalition (16. Legislaturperiode) erneut ins Parlament eingebracht werden. Dies erfolgte mit nur geringen Änderungen unter dem Namen Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (BT-Drs. 16/1780 vom 08.06.2006). Nach Annahme von kleineren Beschlussempfehlungen durch den Rechtsausschuss am 08.06.2006 wurde dieses Gesetz mit großer Mehrheit verabschiedet (Plenarprotokoll 16/43, 4027B ff.) und trat am 18.08.2006 (Verkündung am 17.08.2006) in Kraft. Das AGG (BGBl. I, 1897) war in Deutschland das erste Antidiskriminierungsgesetz, das sich auf Teile des allgemeinen Zivilrechts erstreckte.

minierungsrecht in das nationale Recht oder in den DCFR integriert werden kann, die Frage, ob die europäischen Vorgaben gelungen sind. Hierbei werden die Richtlinien von zwei Seiten angegriffen. Zum einen wird der teils gravierende Eingriff in die Privatautonomie, der möglicherweise zum Kontrahierungszwang führt, kritisiert, zum anderen wird in Frage gestellt, ob die Regelungen wirklich in der Lage sind, vor Diskriminierung zu schützen. Diese großenteils sicherlich gerechtfertigte Kritik<sup>9</sup> kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit allerdings nicht thematisiert werden. Nur der hier zu Grunde liegende Konflikt, nämlich die Frage nach einem gelungenen Ausgleich zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsschutz, d.h. zwischen Freiheit und Gleichheit im Privatrecht, wird zum Teil am Rande gestreift. Die EG-Richtlinien werden jedoch als derzeit wohl politisch nicht grundlegend änderbare, zwingende Vorgaben behandelt, deren Kritisierung zwar berechtigt sein mag, nicht aber zielführend ist.

Entsprechend konzentriert sich der vorliegende Artikel auf die Frage, wie das europäische, nur mindestharmonisierende Antidiskriminierungsrecht im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) umgesetzt wurde. Hierbei wird insbesondere untersucht, ob das Antidiskriminierungsrecht über die EG-rechtlichen Verpflichtungen hinausgeht und inwieweit sich Mitgliedstaaten bei der Reformierung ihres Antidiskriminierungsrechts an der Umsetzung im DCFR orientieren sollten. Dabei könnten vor allem die Bereiche, die in den Richtlinien nicht geregelt sind, durch den Gemeinsamen Referenzrahmen angeglichen werden, falls dieser dafür eine geeignete Grundlage bildet. Besondere Aufmerksamkeit verdienen in diesem Zusammenhang die Bestimmungen zu den vertragsrechtlichen Rechtsbehelfen gegen Diskriminierungen. Inwieweit der DCFR im Bereich des Antidiskriminierungsrechts auch als Vorlage für den europäischen Gesetzgeber dienen könnte und inwieweit das im DCFR enthaltene Diskriminierungsrecht an sich und im Verhältnis zu den anderen Bestimmungen des DCFR kohärent ist, wird ebenfalls in die Betrachtung miteinbezogen.

Zur Durchführung dieser Untersuchung ist die vorliegende Arbeit in fünf

---

9 Zur großteils zutreffenden Kritik an den Richtlinien, wenn auch zum Teil sehr polemisch vgl. z.B. *Tilman Reppen*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Josef Isensee (Hg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, 13 ff. m.w.N. in Fn. 16 (kritische Stimme) und Fn. 17 (Befürwortern der Richtlinie). Ausgeglichenener, aber ebenfalls überwiegend kritisch vgl. z.B. *Nuno Manuel Pinto Oliveria/Benedita MacCrorie*, Anti-discrimination Rules in European Contract Law, in: Stefan Grundmann (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, 111 ff.

Abschnitte gegliedert. Nach einer kursorischen Darstellung der historischen Entwicklung des DCFR und CFR sowie der Ziele, die mit dem DCFR verbunden werden, (II.) wird der derzeitige *Acquis* des privatrechtlichen Antidiskriminierungsrechts dargestellt (III.) und überprüft, inwieweit dieser Eingang in den DCFR gefunden hat (IV.). Anschließend werden die Rechtsbehelfe vorgestellt, die im DCFR bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot zur Verfügung stehen (V.). Die Arbeit endet mit einer kurzen zusammenfassenden Beurteilung (VI.).

## **II. Hintergrund des DCFR**

Hintergrund, Entstehung und mögliche Verwendung des Gemeinsamen Referenzrahmens (CFR) sowie dessen akademischen Entwurfs (DCFR) waren in den letzten Jahren Gegenstand ausführlicher wissenschaftlicher Abhandlungen, die an dieser Stelle nicht vollständig gewürdigt werden können.<sup>10</sup> Um jedoch eine sinnvolle und gerechte Bewertung der Antidiskriminierungsvorschriften im DCFR vornehmen zu können, werden im Folgenden kursorisch die politische Entwicklung bis zur Schaffung des Exzellenznetzwerkes im Jahre 2004 durch die Kommission (1.) sowie die Ziele, die die Wissenschaftler mit ihrem(n) Projekt(en) verbunden haben (2.), beschrieben. Abschließend wird auf die derzeitige und voraussichtlich zukünftige Verwendung des DCFR/CFR eingegangen (3.) und die besondere Rolle, die das Antidiskriminierungsrecht im DCFR spielen könnte, diskutiert (4.).

### *1. Die Entstehung des Exzellenznetzwerkes zur Schaffung des DCFR*

Schon seit Ende der 1980er Jahre forderte das Europäische Parlament, als Teil der europäischen Legislative allerdings ohne formelles Initiativrecht, immer

---

10     Statt aller vgl. nur *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, *JZ* 2008, 529 ff.; *Oliver Remien*, Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens: Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18.4.2008, *GPR* 2008, 124 ff.; *Hans W. Micklitz*, (Selbst-)Reflexionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation, *GPR* 2007, 2 ff.; *Margareth Prisching*, Der Gemeinsame Referenzrahmen (GRR) – ein Begriff in aller Munde, *ZfRV* 2007, 12 ff.

wieder die Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuches (EuZGB).<sup>11</sup> Einige Zeit später, im Oktober 1999, warf auch der Europäische Rat von Tampere die Frage auf, *ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren, die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden müssen*, und forderte hierzu eine Studie.<sup>12</sup> Daraufhin wurde die Kommission auch wenig später tätig.

Erstes Ergebnis dieses Prozesses war die Mitteilung der Kommission [...] zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.07.2001,<sup>13</sup> mit der sich die Kommission u.a. informieren wollte, inwieweit ein Bedarf an weitreichenderen [sic!] Maßnahmen der EG auf dem Gebiet des Vertragsrechts besteht.<sup>14</sup> Als Option IV zur Lösung möglicher Probleme, die durch Unterschiede zwischen den nationalen Vertragsrechtsordnungen entstehen könnten, schlug die Kommission die Schaffung eines umfangreichen Vertragsgesetzbuches vor.<sup>15</sup> Diese Option wurde zwar von der Kommission auf Grund überwiegend negativer Stellungnahmen als Reaktion auf den Vorschlag im Aktionsplan Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht<sup>16</sup> im Jahre 2003 vorerst aufgegeben, dennoch sollte „ein gemeinsamer Referenzrahmen“ (Common Frame of Reference, CFR), der die Grundsätze des europäischen Vertragsrechts kodifiziert, erarbeitet werden.<sup>17</sup> Die Vorbereitungsarbeiten an einem EuZGB liefen also ungemindert

---

11 Vgl. die Entschlüsse des Europäischen Parlaments „zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten“, A2-157/89 vom 26.05.1989 (ABl. 26.06.1989 C 158/400 f.) und „zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts der Mitgliedstaaten“, A3-0329/94 vom 06.05.1994 (ABl. 25.07.1994 C 205/518), die beide die Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuches fordern. Etwas zurückhaltender, aber in dieselbe Richtung vgl. auch die „Entschließung des Europäischen Parlaments zum Jahresgesetzgebungsprogramm der Kommission für 2000“, B5-0228, 0229 und 0230/2000 vom 16.03.2000 (ABl. 29.12.2000 C 377/323 ff.), in der nur noch von Vorschlägen für „eine verstärkte Harmonisierung im Bereich des bürgerlichen Rechts“ (Rn. 28 f.) die Rede ist, sowie noch zurückhaltender die „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten (KOM(2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS) )“, A5-0384/2001 vom 15.11.2001 (ABl. 13.06.2002 C 140 E/538 ff.).

12 Vgl. Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SI (1990) 800, Punkt 39.

13 KOM (2001) 398 endg. vom 11.07.2001.

14 KOM (2001) 398 endg., 7.

15 KOM (2001) 398 endg., 20 f.

16 KOM (2003) 68 endg., 6 vom 12.02.2003.

17 KOM (2003) 68 endg., 19.

weiter, ohne dieses Ziel jedoch politisch zu formulieren und damit möglichen Kritikern von vornherein den Wind aus den Segeln zu nehmen. Der CFR soll gemäß der Mitteilung als öffentlich zugängliches Dokument dem europäischen und nationalen Gesetzgeber als begriffliche Grundlage bei der Erarbeitung neuer Gesetze dienen und somit für mehr Kohärenz im europäischen Vertragsrecht sorgen.<sup>18</sup> Das Projekt zur Schaffung eines gemeinsamen Referenzrahmens trieb die Kommission im Jahre 2004 in der Mitteilung [...] Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen<sup>19</sup> weiter voran.

Die Erstellung des Gemeinsamen Referenzrahmens war dabei in zwei Stufen angedacht. Zunächst sollte durch wissenschaftliche Arbeitsgruppen unter Beteiligung von Experten der Mitgliedstaaten sowie von Stakeholdern ein Entwurf (*Draft Common Frame of Reference [DCFR]*), auch akademischer CFR genannt,<sup>20</sup> erstellt und anschließend auf Basis des DCFR der Gemeinsame Referenzrahmen, auch politischer CFR genannt, durch die politischen Institutionen der EU verabschiedet werden.<sup>21</sup>

Da das Projekt der Erarbeitung des Gemeinsamen Referenzrahmens zunächst in der Hand der relativ finanzschwachen *DG Sanco*<sup>22</sup> lag, wurde zur Finanzierung der wissenschaftlichen Vorarbeiten am Gemeinsamen Referenzrahmen der Umweg über das 6. Forschungsförderungsprogramm der EG gewählt und ein Exzellenznetzwerk geschmiedet.<sup>23</sup> Das Exzellenznetzwerk be-

---

18 KOM (2003) 68 endg., 19. Vgl. hierzu auch *Norbert Reich*, Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischen Vertragsrecht“, ZEuP 2007, 161, 162 f.

19 KOM (2004) 651 endg. vom 11.10.2004.

20 So z.B. die Kommission in SEC(2009) 767 final, 115 („academic CFR“). In der Literatur vgl. u.a. *Christian von Bar*, Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference, ERCL 2007, 350 ff.; *Stefan Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469, 1471.

21 Vgl. *Prisching*, ZfRV 2007/3, 12, 13 ff.; *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition, 2008, 29 ff.; wortgleich *dies.* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, 2009, 36 ff.

22 Heute liegt allerdings die Hauptverantwortlichkeit bei der Generaldirektion Justiz und Inneres (*DG JLS*). Der Schwerpunkt scheint also damit nicht mehr auf dem Verbraucherrecht zu liegen.

23 *Micklitz*, GPR 2007, 2, 6.

stand aus mehreren Teilgruppen.<sup>24</sup> Die beiden wichtigsten beteiligten Arbeitsgruppen waren die rechtsvergleichend arbeitende *Study Group on a European Civil Code (SGECC)* sowie die sich mit dem europäischen Recht beschäftigende *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Die anderen Arbeitsgruppen waren für die Gesamtstruktur des DCFR von geringerer Bedeutung.<sup>25</sup> Die Rechtswissenschaftler wurden zudem durch ein Netzwerk von Stakeholdern, bestehend aus 177 interessierten Experten aus verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen, und einem Netzwerk von Experten der Mitgliedstaaten unterstützt.<sup>26</sup> Diese Netzwerke hatten aber anscheinend eher geringeren Einfluss.

## 2. Die wissenschaftlichen Arbeitsgruppen und ihre Ziele

Noch vor Beginn des politischen Prozesses zur Schaffung eines CFR hatten sich Rechtsvergleichler zum Ziel gesetzt, Grundregeln des europäischen Privatrechts in Form von Modellregelungen herauszuarbeiten. Die hier wohl bedeutendste Arbeitsgruppe war die 1982 gegründete *Lando-Kommission*, die die *Principles of European Contract Law (PECL)* erarbeitete.<sup>27</sup> Die 1999 gegründete *SGECC* unter Leitung von *Christian von Bar* sieht sich selbst als Nachfolger der *Lando-Kommission* und setzt deren Arbeit fort.<sup>28</sup> Auch die *SGECC* wurde damit noch lange vor der politischen Schaffung des Kunstbegriffs *Gemeinsamer Referenzrahmen* gegründet. Gleiches gilt für die 2002 ge-

---

24 Eine Auflistung aller Teilgruppen ist bei *Leible*, BB 2008, 1469, 1471, zu finden

25 Ausführlich dazu *Christian von Bar*, Working Together Toward a Common Frame of Reference, *Juridica International* X/2005, 17, 19 f.; *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Fn. 21) 41 ff.

26 Vgl. KOM(2005) 456 endg., S. 3 f. vom 29.09.2005 (Erster Fortschrittsbericht); *von Bar*, *Juridica International* X/2005, 17, 21; *Hugh Beale*, The Future of the Common Frame of Reference, *ERCL* 2007, 257, 259; *Klaus-Heiner Lehne* (MEP), Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, *ZEuP* 2007, 1, 1.

27 Die *Commission on European Contract Law*, wie die *Lando-Kommission* eigentlich heißt, wurde 1982 mit Unterstützung der Europäischen Kommission gegründet. Vgl. hierzu auch: *Ole Lando*, Principles of European Contract Law. An Alternative of a Precursor of European Legislation, 56 *RabelsZ* 1992, 261 ff.; <[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/index.html](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html)>. Sie endete mit der Veröffentlichung ihres dritten und letzten Teils im Jahre 2003. Vgl. *Ole Lando* (Hg.), Principles of European Contract Law: Part 3, 2003.

28 Vgl. <<http://www.sgecc.net>>; *Christian von Bar*, Die Study Group on a European Civil Code, in: Peter Gottwald, Erik Jayme und Dieter Schwab (Hg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, 2000, 1 ff.

gründete *Acquis Group*.<sup>29</sup> Die Einbettung dieser Expertengruppen in einen politischen Rahmen hatte deren Arbeiten also nur gelenkt und beschleunigt, nicht aber initiiert. Entsprechend war es der Politik auch nicht möglich, den Arbeitsgruppen ihre Vorstellungen gänzlich aufzuzwingen.

Insbesondere die *SGECC* hatte und hat sich nämlich für ihr Projekt – den Entwurf eines EuZGB – sehr ehrgeizige Ziele gesetzt. So wünscht sie sich nämlich nichts Geringeres, als dass ihr Entwurf wirklich als Vorlage für ein EuZGB dienen wird.<sup>30</sup> Dessen endgültige Erarbeitung soll jedoch einem späteren politischen Kodifizierungsprozess überlassen bleiben. Deshalb beschäftigte sich die *SGECC* mit der viel diskutierten Frage, ob Art. 95 EG (Art. 114 AEUV) als Rechtsgrundlage zur Schaffung eines EuZGB ausreicht,<sup>31</sup> nur wenig.<sup>32</sup> Des Weiteren wird zum Teil auch die Bedeutung des wissenschaftlich erarbeiteten Modellgesetzes als *restatement* hervorgehoben,<sup>33</sup> auch wenn die Gruppe darüber hinaus wollte.<sup>34</sup>

Aber auch durch die Funktionen eines „Referenzrahmens im weiteren Sinne“ soll dem Modellgesetz Wirkung verliehen werden. So sollen sowohl die zukünftigen wissenschaftlichen Diskurse zum europäischen Privatrecht als

---

29 Vgl. <<http://www.acquis-group.org>; [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net)>.

30 Vgl. *von Bar* (Fn. 28) 3 ff.; <<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.html>>.

31 Vgl. z.B. *Jürgen Basedow*, Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid, *ERPL* 2001, 35, 43 ff.; *Ulrich Magnus*, Europa und sein Deliktsrecht – Gründe für und wider die Vereinheitlichung des außervertraglichen Haftungsrechts, in: Helmut Koziol und Jaap Spier (Hg.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, 2003, 221, 225 f.; *Peter Jung*, Die Kodifikation des Europäischen Zivilrechts im Spiegel historischer Texte – Vortrag im Rahmen der öffentlichen Abschiedsvorlesung am 7. Juli 2004, 12, online verfügbar unter <<http://www2.jura.uni-halle.de/download/allgemein/heft2.pdf>>.

32 Vgl. *von Bar* (Fn. 28) 5.

33 Die *Lando-Kommission*, die der Vorgänger der *SGECC* war, sah ihre Arbeit stets als eine Art *Restatement* des europäischen Vertragsrechts. Auch wurde in der rechtswissenschaftlichen Diskussion grundsätzlich die Bedeutung von rechtvergleichenden Prinzipienwerken als *Restatement* für das Europäische Privatrecht hervorgehoben. Vgl. z.B. *Peter-Christian Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 13, 23. Entsprechend waren auch die Befürworter einer *Restatement*-Funktion ihrer Arbeit in der *SGECC* vertreten. Vgl. *Ewoud Hondius*, European Private Law – Survey 2000-2002, *ERPL* 2002, 865 (867). Die *Restatement*-ähnliche Funktion der wissenschaftlich erarbeiteten Grundsätze wird auch von der Europäischen Kommission hervorgehoben. Vgl. KOM(2001) 398 endg., 6.

34 <<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.html>>.

auch gesetzgeberische Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene durch den DCFR beeinflusst werden. Zudem wird erhofft, dass europäische (und vielleicht auch nationale) Gerichte bei der Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf den Referenzrahmen zurückgreifen.<sup>35</sup>

Letztlich wünscht sich die *SGECC*, dass ihr Modellgesetz Vertragsparteien bei grenzüberschreitenden Verträgen als wählbare alternative Rechtsordnung (Optionales Instrument<sup>36</sup>, Stichwort: *Blue Button*<sup>37</sup>) zur Verfügung stehen wird, sofern bzw. solange ein EuZGB nicht zustande kommt.<sup>38</sup>

Betrachtet man diese Funktionsfülle, die der DCFR in Zukunft erfüllen können soll, ist es nicht verwunderlich, dass dieser nicht nur von seinen Schöpfern auch als ein *multifunktionales Instrument* bezeichnet wird.<sup>39</sup> Ob es aber überhaupt möglich sein kann, dass ein einzelner Text derart verschiedene Funktionen gleichzeitig optimal erfüllt, ist mehr als fraglich.<sup>40</sup>

Neben den abweichenden Zielvorgaben, beschränkte sich die *SGECC* auch inhaltlich nicht auf die Vorgaben der Kommission, einen Referenzrahmen für

---

35 Vgl. <<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.html>>; Wolfgang Wurmnest, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, 714, 732 f.

36 Ein optionales Instrument wurde erstmals 2001 von der Kommission ins Gespräch gebracht (vgl. KOM (2001) 398 endg.), Hierzu ist auch in der Wissenschaft viel geschrieben worden. Vgl. nur Hans Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’, ERCL 2007, 332, 348 f.; Beale, ERCL 2007, 257, 269 ff.; Leible, BB 2008, 1469 ff.; Aurelia Colombi Ciacchi, An Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU: Conflict of Laws and Conflict of Policies, in: Alessandro Somma (Hg.), The Politics of the Draft Common Frame of Reference, 2009, 3 ff.; Martijn W. Hesselink/Jacobien W. Rutgers/Tim de Booy, The legal basis for an optional instrument on European contract law, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series No. 2007/04.

37 Die Idee des *Blue Button*, also einer Schaltfläche, die in Online-Shops zur Verfügung stehen könnte und über die man mit einem Knopfdruck den CFR als anwendbares Recht wählen können sollte, wurde erstmals im November 2006 in der Anhörung im EP präsentiert. Vgl. hierzu auch, Hans Schulte-Nölke, Europäisches Vertragsrecht als blauer Button im Internet-Shop, ZGS 2007, 81; ders., Stellungnahme zum Hearing des Europäischen Parlaments, Rechtsausschuss, am 21.11.2006, verfügbar unter <[http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20061121/schultenolke\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20061121/schultenolke_de.pdf)>.

38 Vgl. Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 733.

39 So z.B. Schulte-Nölke, ERCL 2007, 332, 348.

40 Die möglichen Zielkonflikte werden im nächsten Abschnitt thematisiert.

das Vertragsrecht zu erarbeiten,<sup>41</sup> sondern erarbeitete ein Modellgesetz, das fast das gesamte Vermögensrecht umfasst. Lediglich das Erbrecht und das Immobiliarsachenrecht wurden vom Anwendungsbereich ausgenommen. Entsprechend umfasst der DCFR neben dem allgemeinen und dem Verbrauchervertragsrecht auch das besondere Vertragsrecht (Buch IV), das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (Buch V), das Deliktsrecht (Buch VI), das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (Buch VII), Rechte an beweglichen Sachen (Bücher VIII und IX) sowie das Recht der Treuhand (Buch X, *Trusts*).

### 3. Einfluss des DCFR und Rechtsnatur des CFR

Der politische gemeinsame Referenzrahmen wird voraussichtlich 2010 verabschiedet werden. Seine Rechtsqualität und sein genauer Inhalt sind allerdings noch vollkommen unklar, auch wenn sich jetzt schon abzeichnet, dass der CFR nur Teile des Vertragsrechts enthalten wird.<sup>42</sup> Zur Entscheidung über die Rechtsqualität des politischen CFR führt die Kommission derzeit informelle Gespräche mit Vertretern des Europäischen Parlaments und des Rates.<sup>43</sup> Klar ist aber schon jetzt, dass ein europäisches Zivil- oder Vertragsgesetzbuch in den nächsten Jahren nicht verabschiedet werden wird.<sup>44</sup> Ob der CFR als Op-

---

41 Vgl. KOM (2003) 68 endg., 19.

42 Nach dem Willen des Rates soll der politische CFR *einen umfassenden Gemeinsamen Referenzrahmen* darstellen, *der das allgemeine Vertragsrecht einschließlich des Verbrauchervertragsrechts erfasst* (vgl. Rat 8286/08 JUSTCIV 68 CONSOM 39, 11.04.2008, Rn. 10.), nicht aber das besondere Vertragsrecht oder weitere Gebiete des Vermögensrechts regelt. Auch das Europäische Parlament, das stets ein umfassendes Zivilgesetzbuch und entsprechend als Minimalforderung sicherlich auch einen umfassenden Referenzrahmen gefordert hat (vgl. Fn. 11), ist in letzter Zeit deutlich zurückhaltender und spricht nur noch vom Vertragsrecht (vgl. MEP *Diana Wallis*, *European Contract Law – The Way Forward: Political Context, Parliament's Preoccupations and Process*, ERA-Forum 2007, 8 ff.). Schützenhilfe für die Vertreter eines inhaltlich umfangreichen politischen CFR kommt hingegen von der niederländischen Regierung. Vgl. *Brief des Minister van Justitie* an den Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, „Onderwerp Gemeenschappelijk referentiekader voor Europees contractenrecht“ vom 23.06.2009, 3: *Het belang van consistente wetgeving beperkt zich niet tot het (algemeen) contractenrecht. Om die reden is de inzet van Nederland gericht op de totstandkoming van een gereedschapskist met een breed toepassingsgebied.*

43 Vgl. SEC(2009) 767 final vom 10.06.2009, 115.

44 Vgl. Alle Institutionen der EG sind derzeit gegen die Verabschiedung eines EuZGB. Vgl. in diese Richtung bereits *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Ge-

tionales Instrument in Kraft gesetzt wird, ist sehr zweifelhaft geworden.<sup>45</sup> Möglich wäre hingegen, dass der CFR als rechtlich unverbindlicher Text in Form einer *Interinstitutionellen Vereinbarung* (IiV) verabschiedet wird, obwohl auch hier Zweifel geäußert werden, da IiV eigentlich nur für Verfahrensabsprachen gebraucht werden und die Grenzen ihrer rechtlichen Zulässigkeit

---

meinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter, ZERP-DP 6/2008, 6 f., online verfügbar unter <<http://www.zerp.eu>>. Der Rat formulierte in einer Mitteilung an die Presse des Rates Justiz und Inneres (2946. Tagung), Dok. 10551/09 (Presse 164), S. 29 (Leitlinien des Rates „Gemeinsamer Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht“, Rn. 20) vom 04./05. Juni 2009 seine klare Ablehnung gegenüber einer Inkraftsetzung des DCFR wie folgt: *Der Ausschuss für Zivilrecht hält es in diesem Stadium für verfrüht, eine Entscheidung über die Form zu treffen, in der der Gemeinsame Referenzrahmen vorgelegt werden soll. Dieser muss allerdings so ausgestaltet sein, dass ein nicht bindendes Instrument mit Leitlinien ausgearbeitet werden kann, das die Gemeinschaftsgesetzgeber auf der Ebene des Rates, des Europäischen Parlaments und der Kommission als gemeinsame Inspirationsquelle bzw. Referenz im Rahmen der Rechtsetzung nutzen würden.* In diese Richtung bereits Standpunkt des Rates (Justiz und Inneres) zu grundlegenden Aspekten des künftigen Gemeinsamen Referenzrahmens, Dok. 8286/08 JUSTCIV 68 CONSOM 39, S. 4 (Rn. 12 f.) vom 11.04.2008 (Ausschuss), gebilligt am 18.04.2008; Schlussfolgerungen des Rates zu den Grundzügen des künftigen Gemeinsamen Referenzrahmens, Dok. 15306/08 JUSTCIV 236 CONSOM 167, S. 4 (Rn. 16) vom 07.11.2008 (Ausschuss), angenommen am 28.11.2008. Selbst das Europäische Parlament, das sich immer für die Einführung einer Privatrechtskodifikation ausgesprochen hat, ist vor dem Hintergrund der gescheiterten Referenden zum Verfassungsvertrag auch im Bereich des Privatrechts zurückhaltender geworden. Vgl. Wallis, ERA-Forum 2007, 8 ff. In diesem Beitrag schreibt die Parlamentarierin: *Add to this the 'no' votes to the constitutional treaty delivered by the public in Holland and France in the first part of 2005. In this context the EU mandate is weaker; it is hardly the time to be seen to be moving towards anything that remotely resembles a European Civil Code; if the voters of Europe did not want a constitution it is hardly the moment to force a civil code, even just a contract code on them.* Allerdings ist sie auch der Meinung, dass nach wie vor ein EuZGB wünschenswert sei und zu einem späteren Zeitpunkt auch politisch realisierbar werden könne.

45 Zwar wurde eine solche Möglichkeit bereits mehrfach von der Kommission in Betracht gezogen und auch vom Rat diskutiert, allerdings sind die Stellungnahmen des Rates in letzter Zeit klar ablehnend. Auch das Europäische Parlament, das sich früher ganz klar für ein EuZGB – dann aber doch wohl als Minimalforderung für ein optionales Instrument – eingesetzt hat, ist in letzter Zeit eher zurückhaltend geworden. Vgl. dazu bereits zum Teil Fn. 44. Vor diesem Hintergrund ist es wohl nur vorstellbar, dass, wenn überhaupt, in einem späteren Schritt und nicht notwendigerweise inhaltsgleich mit dem politischen CFR ein Optionales Instrument verabschiedet wird.

nicht klar sind. Sollte eine solche Vereinbarung jedoch trotzdem zustande kommen, könnten sich das Europäische Parlament, der Rat und die Europäische Kommission dazu verpflichten, bei zukünftigen Legislativmaßnahmen den politischen CFR zu berücksichtigen, auch wenn inhaltlich keinerlei Bindung an ihn erfolgen würde.<sup>46</sup>

Dreht sich also in nächster Zeit der politische Wind nicht erneut – wovon momentan allerdings keinesfalls ausgegangen werden kann – wird der gemeinsame Referenzrahmen wohl wirklich nur das sein, was sein Name suggeriert: ein in irgendeiner Form unverbindlich in Kraft gesetzter Bezugspunkt für Rechtsprechung, -setzung und -wissenschaft auf europäischer und nationaler Ebene. In welchem Umfang allerdings tatsächlich Bezug auf den Referenzrahmen genommen werden wird, ist mehr als unklar. Hierzu wurde die These vertreten, dass, wenn der politische CFR ständige Inspirationsquelle für europäische Legislativmaßnahmen würde, es quasi für die nationalen und europäischen Gerichte, die Rechtswissenschaft und -lehre sowie die nationalen Gesetzgeber unabdingbar würde, u.a. zur Lückenfüllung und zur Herstellung von

---

46 Die Idee wurde von Kommissar Kyprianou erstmals 2005 ins Gespräch gebracht. Ausführlich dazu auch *Hesselink/Rutgers/de Booy*s (Fn. 36) 66 ff. Die niederländische Regierung hat im Rahmen einer IiV sogar vorgeschlagen, noch einen Schritt weiter zu gehen und eine Begründungspflicht für Abweichungen vom DCFR in der gemeinschaftlichen Rechtssetzung einzuführen (*comply or explain*). Vgl. *Ministerie van Justitie* (Niederländisches Justizministerium), Rapport van het onderzoek naar de mogelijkheden en de wenselijkheid van een Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees Contractenrecht (Untersuchungsbericht über die möglichen und wünschenswerten Verwendungen und Einflüsse eines Gemeinsamen Referenzrahmens für Europäisches Vertragsrecht), vom 12.06.2009, 28, online verfügbar unter <[http://www.justitie.nl/images/2009-06-12%20CFR%20eindrapport%20definitief%20anoniem\\_15209\\_tcm34-199435.pdf](http://www.justitie.nl/images/2009-06-12%20CFR%20eindrapport%20definitief%20anoniem_15209_tcm34-199435.pdf)>.

*Na de totstandkoming van een gemeenschappelijk referentiekader moet naar het oordeel van Nederland de gemeenschapswetgever bij het opstellen van nieuwe wetgeving de definities en beginselen uit het gemeenschappelijk referentiekader hanteren, tenzij er gegronde redenen zijn daarvan af te wijken. In het laatste geval moet die afwijkende keuze worden uitgelegd (zgn. comply or explain). Dit geldt voor alle nieuwe regelgeving die onder het toepassingsgebied van het gemeenschappelijk referentiekader valt. Alleen op die manier kan consistente Europese regelgeving tot stand worden gebracht.*

In diesem Sinne auch, *Brief des Minister van Justitie* an den Vorsitzter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, „Onderwerp Gemeenschappelijk referentiekader voor Europees contractenrecht“ vom 23.06.2009, 3. Dass es aber wirklich zu einer solchen Vereinbarung kommt, ist so gut wie ausgeschlossen, da der Rat dem CFR keinerlei Bindungswirkung verleihen will.

mehr Kohärenz ebenfalls auf den politischen CFR zurückzugreifen.<sup>47</sup>

Diese These ist allerdings gewagt. Neue politische Ansätze zur Überarbeitung des europäischen Privatrechts, wie das „horizontales Instrument“ im Verbrauchervertragsrecht,<sup>48</sup> weichen nämlich stark vom Inhalt der entsprechenden Regelungen im DCFR ab. Entsprechend wurde oftmals vertreten, dass der (Vor)Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens bei der Erarbeitung der Reformvorschläge überhaupt nicht berücksichtigt wurde.<sup>49</sup> Diese These wird auch dadurch unterstützt, dass im Entwurf der entsprechenden Richtlinie der DCFR kein einziges Mal Erwähnung findet.<sup>50</sup> Trotzdem behauptet die Kom-

---

47 So z.B. *Martijn W. Hesselink*, CFR & Social Justice – A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/08, 12 ff. Online verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1270575>; auch veröffentlicht in Buchform in Sellier-Verlag, 2008, 9 ff. Ähnlich, wenn auch nicht ganz so weitreichend, auch die Europäische Kommission in KOM (2003) 68 endg. vom 12.02.2003 (Aktionsplan), 19: *Sollte ein gemeinsamer Referenzrahmen von weiten Kreisen als das den Bedürfnissen der Wirtschaftsteilnehmer am besten entsprechende Modell für das europäische Vertragsrecht akzeptiert werden, so ist damit zu rechnen, dass auch nationale Gesetzgeber in der EU und möglicherweise in Drittstaaten beim Erlass neuer vertragsrechtlicher Regelungen oder bei der Änderung geltender Regelungen darauf Bezug nehmen werden. Auf diese Weise könnte der Bezugsrahmen die Unterschiede in den Vertragsrechten der EU-Mitgliedstaaten verringern.*

48 Vgl. KOM(2008), 614 endg. („Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher“).

49 Vgl. *Martijn W. Hesselink*, The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart? – Briefing note prepared for the EP expert hearing on 2 March 2009, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/02, 7 und 13 mit einer Darstellung der Unterschiede auf S. 8 ff., online verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1346981> und wiederabgedruckt in ERCL 2009, 290 ff.; *Reinhard Zimmermann*, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, EuZW 2009, 319, 321 mit einer Darstellung der inhaltlichen Unterschiede in Fn. 34 der terminologischen Unterschied in Fn. 35 und der definitorischen Unterschiede in Fn. 36. Die grundsätzliche Kritik des Auseinanderlaufens zwischen dem CFR-Prozess und der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts durch Rechtsprechung und -setzung ist auch schon bei *Micklitz*, GPR 2007, 2, 12 ff. anzutreffen. Ähnliches gilt auch für die Reformvorschläge für das Antidiskriminierungsrecht, sodass die Bedeutung dieses Teils des DCFR natürlich noch fragwürdiger wird. Vgl. hierzu noch IV.

50 Das Gleiche gilt bereits für das Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“, KOM(2006) 744 endg. vom 08.02.2007. Hier wurde, so *Hesselink*, erstmals die Verbindung zwischen dem CFR-Prozess und der Überarbeitung des Verbraucherschutz-*Acquis* unterbrochen. Vgl. *Hesselink* (Fn. 49)

mission in einer kürzlich veröffentlichten Mitteilung, dass die Arbeiten am DCFR als Ausgangspunkt für den Entwurf der Richtlinie gedient haben sollen.<sup>51</sup> Sollte auch in Zukunft die Bezugnahme des europäischen Gesetzgebers auf den bald verabschiedeten politischen CFR so aussehen, würde eine interinstitutionelle Vereinbarung, die die europäischen Legislativorgane zur Bezugnahme auf den CFR verpflichtet, zur Farce verkommen. Die These, dass der CFR über den europäischen Gesetzgeber quasi zwingend zum breiten Referenzrahmen für alle Akteure auf nationaler und europäischer Ebene würde, wäre dann nicht mehr haltbar. Politisch scheint eine solche Entwicklung aber derzeit die realistischere Alternative zu sein.

Vor diesem Hintergrund muss der DCFR sich selbstständig als Bezugspunkt für jede einzelne Institution auf nationaler und europäischer Ebene empfehlen und bewähren. Dazu muss er verschiedene Aufgaben erfüllen. Um für den nationalen Gesetzgeber als Vorlage für Reformen dienen zu können, muss der DCFR alle gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vollständig umsetzen. Zudem muss sichergestellt sein, dass einzelne Bereiche des DCFR leicht im Rahmen der dogmatischen Struktur des nationalen Privatrechts umgesetzt werden können. Lösungen, die nur im größeren Kontext des Gesamtwerkes funktionieren (können), sind hingegen als Vorlage für nationale Reformen, die sich oft nur auf kleine Teile des Privatrechts beziehen, in aller Regel nicht geeignet.

Um für den europäischen Gesetzgeber ein geeigneter Referenzpunkt zu sein, müssen nicht nur die bereits verabschiedeten Richtlinien systematisiert werden, sondern auch innovative Verbesserungsvorschläge für den *Acquis* im DCFR enthalten sein, die die Kritik an den Richtlinien *de lege lata* zumindest zum Teil beseitigen. Diese sollten in einigen Fällen sicherlich vom *acquis communautaire* abweichen. Dabei müssen die Modellregelungen auch dazu geeignet sein, als Vorlage für den Übergang zu vollharmonisierenden Richtlinien, die die Kom-

---

4. Die Kommission sieht dies allerdings anders.

51 *The Common Frame of Reference (CFR) work on consumer contract law issues has, together with the results of other preparatory work, served as a starting point for the Green Paper on the review of the consumer acquis that the Commission adopted on 7 February 2007 (OJ C 71, 15.3.2007, p. 1.) and further for the Commission Proposal for Directive on Consumer Rights adopted on 8 October 2008 (COM(2008) 614 final).* Vgl. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Justice, freedom and security in Europe since 2005: an evaluation of The Hague program and action plan – General overview of instruments and deadlines provided in The Hague program and action plan in the fields of justice, freedom and security – Institutional Scoreboard, SEC(2009) 767 final, 114 f.

mission in immer mehr Bereichen vorschlägt,<sup>52</sup> zu dienen. Schon alleine anhand dieser Beispiele zeigt sich, dass Zielkonflikte programmiert sind und niemals alle Funktionen gleichzeitig optimal erfüllt werden können. Die Gefahr besteht, dass der DCFR bei dem Versuch, alle Funktionen zu erfüllen, für keine der Aufgaben optimal geeignet ist und deshalb von allen politischen und juristischen Akteuren nur halbherzig berücksichtigt werden wird.

Eine andere Entwicklung scheint hingegen die Bedeutung des DCFR und natürlich auch des zukünftigen politischen CFR zu stützen. So haben Generalanwälte des EuGH schon wiederholt als Rechtserkenntnisquelle auf den DCFR oder seine Vorgänger, die Principles of European Law (PEL), zurückgegriffen.<sup>53</sup> Relativiert wird dieser Erfolg des akademischen Gemeinsamen Referenzrahmens allerdings dadurch, dass die entsprechenden Normen in den EuGH-Urteilen selbst nicht mehr zitiert werden. Inwieweit Schlussanträge das Rechtsverständnis des EuGH widerspiegeln, ist jedoch mehr als fraglich.

Letztlich lässt sich aber auf jeden Fall uneingeschränkt sagen, dass der DCFR Ausgangspunkt eines neu entfachten intensiven Diskurses der europäischen Privatrechtswissenschaftler geworden ist und für diesen eine gemeinsame Grundlage bietet. Allein schon dieser Erfolg ist beachtlich und wird die Europäisierung des Privatrechts sicherlich weiter voranbringen.

#### 4. *Die Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts im DCFR*

Neben der Frage, welche Bedeutung der DCFR und der CFR im Allgemeinen haben werden, ist für die vorliegende Arbeit vor allem interessant, welche Bedeutung den Antidiskriminierungsbestimmungen im Besonderen zukommen wird. Hierfür ist zunächst festzustellen, dass ein ausdrückliches privatrecht-

---

52 Zum Übergang zur Vollharmonisierung durch die Kommission bei privatrechtlicher Rechtsetzung im Verbraucherrecht vgl. KOM(2007) 99 endg./2, S. 8 vom 13.03.2007 (Verbraucherpolitische Strategie der EU), *Marina Tamm*, Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, *EuZW* 2007, 756 ff. Der Übergang zur Vollharmonisierung wird aber auch in anderen Bereichen, z.B. dem Wettbewerbsrecht angestrebt und wurde hier z.T. auch bereits umgesetzt.

53 So hat z.B. Generalanwältin *Verica Trstenjak* in den Schlussanträgen in den Rechtsachen C-275/07 (vom 11.06.2008), C-108/06 (vom 11.09.2008), C-489/07 (vom 18.02.2009) und C-227/08 (vom 07.05.2009) ausdrücklich auf Normen des DCFR oder Generalanwalt *Paulo Mengozzi* im Schlussantrag zu C-282/05 (vom 11.01.2007) auf die PEL Liab. Dam., den Entwurf von Buch VI DCFR verwiesen.

liches Diskriminierungsverbot weder in den PECL der *Lando-Kommission*<sup>54</sup> noch in deren Nachfolgern, den PEL der *SGECC*<sup>55</sup> enthalten ist.<sup>56</sup> Die rechtsvergleichend arbeitenden Gruppen haben also keine Regelungen zum Antidiskriminierungsrecht herausgearbeitet. Nur die *Acquis Group*, die sich mit dem *acquis communautaire* (Gemeinsamen Besitzstand des Europarechts) beschäftigte, befasste sich intensiv mit der Materie.<sup>57</sup>

Dies ist zwar bedauerlich, nicht aber überraschend, wenn man sich vor Augen führt, dass zumindest in der alten EU-15 nur zwei Länder, namentlich die Niederlande und England, im Jahre 2000 bereits Diskriminierungsvorschriften in das allgemeine Privatrecht aufgenommen hatten.<sup>58</sup> Das Arbeitsrecht, in dem das privatrechtliche Antidiskriminierungsrecht in den meisten Mitgliedstaaten bereits weiterentwickelt war, wird hingegen im DCFR nicht thematisiert.

Nichtsdestotrotz wäre es auch eine spannende rechtsvergleichende Frage gewesen, wie die gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsregelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten umgesetzt wurden und welche praktischen und theoretischen Probleme in diesem Rahmen aufgetaucht sind. Eine solche

---

54 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 851. Eine entsprechende Regelung müsste im allgemeinen Teil des Vertragsrechts aufgenommen sein. Dieser ist in *Ole Lando* (Hg.), *Principles of European contract law Pt. 1/2*, 2000 und unter <[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm)> verfügbar. Eine offizielle deutsche Übersetzung von der *Commission on European Contract Law* ist unter <[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20tysk/pecl\\_part\\_1\\_II\\_III\\_German%20Version.doc](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20tysk/pecl_part_1_II_III_German%20Version.doc)> verfügbar.

55 Die PEL sind unter <[http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm)> verfügbar.

56 Dies gilt allerdings nicht für andere Regelungen, die einen Einfluss auf den Kampf gegen Diskriminierung haben können. So heißt es schon in Art. 2:201 III PECL: *Ein Vorschlag zur Lieferung von Gütern oder zur Leistung von Diensten zu festgesetzten Preisen, den ein professioneller Anbieter in einer öffentlichen Anzeige oder in einem Katalog, oder durch eine Auslage von Gütern unterbreitet, gilt im Zweifel als Angebot zum Verkauf oder zur Leistung zu diesem Preis, bis der Vorrat an Gütern oder die Kapazität des Anbieters zur Leistung der Dienste erschöpft ist.* Diese Regel ist weitgehend unverändert in die PEL und den DCFR übernommen worden und kann durchaus antidiskriminierende Wirkung haben. Vgl. hierzu noch IV. 2.

57 Ausführlich zum Antidiskriminierungsrecht in den *Acquis Principles* vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 862 ff.

58 Vgl. *Europäische Kommission* (Hg.), *Überblick über die gesetzlichen Antidiskriminierungsbestimmungen der Mitgliedstaaten*, 2000, online verfügbar unter <[http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/arct/legalprovisions\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/legalprovisions_de.pdf)>.

umfassende Untersuchung steht noch aus und hätte den Wert der entsprechenden Vorschriften im DCFR für nationale Überarbeitungsprojekte des privatrechtlichen Antidiskriminierungsrechts sowie den rechtswissenschaftlichen Diskurs sicherlich erhöht. Die ausschließliche Bezugnahme auf das EG-Sekundärrecht legt die Vermutung nahe, dass die Vorschriften im DCFR nicht deutlich über eine Zusammenfassung der relevanten Richtlinien hinaus gehen. Diese Befürchtung scheint sich größtenteils auch bewahrheitet zu haben.<sup>59</sup>

Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Bedeutung das Antidiskriminierungsrecht haben wird, sollte der DCFR über die reine Referenz-/Toolboxfunktion hinaus zum Optionalen Instrument werden. Auch hier ist wohl eine eher zurückhaltende Beurteilung angebracht. Sollte in nächster Zeit eine solche ca. 30. Privatrechtsordnung<sup>60</sup> auf EG-Ebene geschaffen werden, so ist es kaum vorstellbar, dass diese, wie z.B. das UN-Kaufrecht (CISG),<sup>61</sup> als Opt-Out-Lösung gestaltet wird. Wenn ein solches Gesetz überhaupt eine Chance haben soll, dann höchstens in Form einer Rechtsordnung, die ausdrücklich gewählt werden muss, um anwendbar zu sein (Opt-In-Lösung). Für die Anwendbarkeit des Optionalen Instruments muss dann aber zunächst klar sein, dass sich die Vertragsparteien auf die Wahl dieser Rechtsordnung auch wirklich geeinigt haben. Die Frage, ob man sich auf eine solche Rechtswahl geeinigt hat, stellt also eine Vorfrage dar, die nach den Bestimmungen der Rechtsordnung, die nach dem Regelungen des IPR zur Anwendung berufen ist, geklärt werden muss. Bei Diskriminierungsfällen geht es aber meistens um die Frage, ob unzulässigerweise ein Vertragsschluss verweigert wurde. Nur wenn man hier von einer Unabhängigkeit der Rechtswahlklausel ausginge, wie dies

---

59 Hierzu noch ausführlich unter IV. 1. und 4.

60 Häufig wird zwar von einer 28. Rechtsordnung (27 mitgliedstaatliche Rechtsordnungen + 1 Optionales Instrument) gesprochen; dies ist aber nicht ganz richtig. In mehreren EU-Mitgliedstaaten gibt es mehrere regionale Teilprivatrechtsordnungen. So gilt z.B. in GB kein einheitliches Privatrecht. Die Privatrechtsordnungen von England und Schottland unterscheiden sich zum Teil gravierend und auch Nordirland hat seine eigene *Common-Law*-Rechtsordnung, die nur, wie alle *Common-Law*-Rechtsordnungen weltweit, aus der englischen hervorgegangen ist. Vgl. zu den Rechtsordnungen in Großbritannien *Francis Lyall, An Introduction to British Law*, 2. Auflage, 2002, 21 ff., *Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, 1998, 177 ff.; Auch in Spanien gibt es z.T. unabhängige regionale Privatrechtsordnungen. Vgl. *Iván C. Ibán, Einführung in das spanische Recht*, 1995, 166 ff.

61 Vgl. zur Opt-Out-Lösung im Rahmen des UN-Kaufrechts statt vieler nur *Franco Ferrari* in: Ingeborg Schwenzer (Hg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 5. Auflage, 2008, Art. 6 Rn. 16 ff.

z.B. bei Schiedsklauseln oftmals der Fall ist,<sup>62</sup> wäre es überhaupt in einigen Fällen vorstellbar, dass ausnahmsweise das Optionale Instrument im Streitfall als anwendbares Recht zur Entscheidung berufen würde. Hierfür wäre aber auch Voraussetzung, dass die Vertragsparteien sich zumindest auf diese Rechtswahl geeinigt haben, also nicht von Anfang an jegliche Geschäftsbeziehung abgelehnt wurde, was aber in den meisten Fällen der Diskriminierung wohl kaum der Fall sein dürfte.

Abschließend könnte die Bedeutung der Antidiskriminierungsregeln auch noch dadurch gemindert werden, dass diese nie auf politischer Ebene verabschiedet werden. So weisen einige Autoren darauf hin, dass die wissenschaftlichen Arbeiten am DCFR thematisch die politischen Vorgaben deutlich überschritten haben. Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass alle Inhalte des DCFR auch in dem politischen CFR oder gar in einem Optionalen Instrument enthalten sein werden.<sup>63</sup> Demnach ist auch vorstellbar, dass große Teile des Antidiskriminierungsrechts auf Grund ihrer Bedeutungslosigkeit in einem Text, der als Optionales Instrument in Kraft gesetzt wird, überhaupt nicht enthalten sein werden.

Insgesamt kann man also festhalten, dass die Wirkung des Antidiskriminierungsrechts im DCFR eher beschränkt sein dürfte. In erster Linie wird es wohl Ausgangspunkt weiterer rechtswissenschaftlicher Debatten sein und vielleicht auch von den Legislativen auf nationaler und europäischer Ebene wahrgenommen werden.

### III. Der privatrechtliche Antidiskriminierungs-Acquis

Im gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht sind zwei verschiedene Ansätze zu unterscheiden. Der erste Typ des gemeinschaftlichen Antidiskriminierungsrechts verfolgt das Ziel, einen gemeinsamen Markt zu verwirklichen und verbietet deshalb – insbesondere durch die Grundfreiheiten – Diskriminierung auf Grund der (EU) Staatsangehörigkeit.<sup>64</sup> Der binnen-

---

62 Statt vieler vgl. nur *Peter Schlosser*, Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag, in: Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger und Jens Bredow (Hg.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 2th Century – Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, 697 ff.

63 *Schulte-Nölke*, ERCL 2007, 332, 349. Zur politischen Diskussion über den genauen Inhalt des politischen CFR vgl. bereits Fn. 42.

64 Zum binnenmarktbezogenen Antidiskriminierungsrecht vgl. *Jürgen Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230,

marktorientierte Aspekt des gemeinschaftlichen Antidiskriminierungsrechts ist aus rückwärtsgewandter Perspektive so alt wie die Gründungsverträge und in der Rechtsprechung des EuGH sowie im Sekundärrecht schon sehr weit entwickelt.<sup>65</sup> Dieses sowie andere rein wirtschaftlich motivierte Diskriminierungsverbote<sup>66</sup> sind aber für das allgemeine privatrechtliche Antidiskriminierungsrecht nicht von Bedeutung und werden deshalb auch im Folgenden nicht weiter behandelt. Nur der Vollständigkeit halber sollte darauf verwiesen werden.

Die zweite Art des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts hat eine persönlichkeitsrechtliche Komponente und ist damit ein *gesellschaftspolitisches Diskriminierungsverbot*<sup>67</sup>, auch wenn dies anfangs nicht unbedingt im Vordergrund stand.<sup>68</sup> Der gesellschaftspolitische Bereich des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts zerfällt seinerseits wiederum in Regelungen, die nur das Arbeitsrecht betreffen, und Regelungen, die sich auf das allgemeine Privatrecht beziehen – jedenfalls insoweit Güter und Dienstleistungen öffentlich angeboten werden. Diese Regelungen sollen nun kurzrassisch dargestellt werden.

---

234 ff.

65 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 847.

66 So z.B. Art. 30 2, 34 II 2, 70 ff., 90 ff. EG.

67 Der Begriff stammt von *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 236.

68 So z.B. Art. 141 I EGV. Dieser wurde auf Betreiben Frankreichs in die Gründungsverträge aufgenommen. In Frankreich galt zum Zeitpunkt der Gründung der EWG dieser Grundsatz schon im nationalen Recht. Die französische Regierung befürchtete jedoch Wettbewerbsnachteile für den Standort Frankreich im Gemeinsamen Markt, wenn hier, anders als in den anderen europäischen Ländern, Lohndiskriminierung auf Grund des Geschlechtes verboten ist. Vgl. *Ursula Rust*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zu Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band III, 6. Auflage, 2003, Art. 141 EG, Rn. 5 ff. Anders als z.B. das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit, das nur für EG-Staatsangehörige gilt – also seinerseits wieder ein diskriminierendes Antidiskriminierungsrecht ist –, hat jedoch dieses Diskriminierungsverbot durchaus auch einen starken grundrechtlichen Bezug und ist nicht in erster Linie auf die Grundfreiheiten ausgerichtet.

1. *Primärrechtliche Grundlagen des „persönlichkeitsrechtlichen“ Antidiskriminierungsrechts*

Die älteste Regelung, die auf Drängen Frankreichs bereits in die Gründungsverträge zur EWG aufgenommen wurde<sup>69</sup>, betrifft die Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht. Hier heißt es in Art. 141 I EG (Ex-Art. 119 I EWGV; Art. 157 I AEUV):

*„Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.“*

Diese Regelung, die sich dem Wortlaut nach eigentlich nur an die Mitgliedstaaten richtet, wurde jedoch durch den EuGH mit horizontaler Direktwirkung ausgestattet.<sup>70</sup> Somit gilt europaweit ein (privatrechtliches) Verbot der geschlechterspezifischen Lohndiskriminierung. Vergleichbar und ebenfalls, wenn auch nicht so weit reichend, mit horizontaler Wirkung ausgestattet wurde im Jahre 2005 durch den EuGH im Fall *Mangold*<sup>71</sup> das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsprimärrechts geschaffen, der allerdings auch in der damals in Deutschland noch nicht umgesetzten Richtlinie 2000/78/EG niedergelegt ist.<sup>72</sup>

Das Lohndiskriminierungsverbot und das arbeitsrechtliche Altersdiskriminierungsverbot sind aber die einzigen persönlichkeitsrechtlich relevanten Diskriminierungsverbote des Primärrechts. Allerdings gibt es darüber hinaus in den Gründungsverträgen Kompetenzgrundlagen, die die Rechtssetzung im Bereich des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes auch ohne Binnenmarktbezug durch die EG erlauben, selbst aber keine eigenständige Wertungsgrundlage darstellen. Diese wurden mit dem Vertrag von Amsterdam, durch Art. 13 I EG (in leicht geänderter Form<sup>73</sup> auch Art. 19 I AEUV) deutlich erweitert:

---

69 Diese Bestimmung hatte ursprünglich in erster Linie wettbewerbspolitische Hintergründe, hat aber auch eine grundrechtliche Komponente. Hierzu bereits ausführlich Fn. 68.

70 EuGH, 08.04.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne II*); Vgl. auch *Berger*, ERPL 2008, 843, 848 und 853 f.; *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 232.

71 EuGH, 22.11.2005, Rs. C-144/04 (*Mangold*).

72 Vgl. hierzu ablehnend und sehr ausführlich, *Lüdner Gerken/Volker Rieble/Günter H. Roth/Torsten Stein/Rudolf Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009. Ebenfalls kritisch dazu *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 242 f.

73 Gemäß Art. 19 I AEUV wird ein Zustimmungserfordernis des Europäischen Parlaments eingeführt. Die Voraussetzung der Einstimmigkeit im Rat bleibt allerdings er-

*„Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“<sup>74</sup>*

Vor Einführung dieser Kompetenzgrundlage gab es eine solche nur für die Bekämpfung von Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht in Art. 141 III und IV EG.<sup>75</sup>

Anders als das binnenmarktbezogene Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedsstaates aus Art. 12 I EG (Art. 18 I AEUV)<sup>76</sup> nicht direkt zum privatrechtlichen Diskriminierungsrecht gehörend,<sup>77</sup> der Vollständigkeit halber aber dennoch erwähnt sei das Diskriminierungsverbot in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

---

halten.

74 Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wird diese Bestimmung weitgehend unverändert in Art. 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) übernommen. Hier heißt es: *Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.*

75 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 848.

76 Hier wird eine unmittelbare Wirkung im Privatrecht zumindest teilweise angenommen, auch wenn die genauen Auswirkungen zwischen Privaten noch nicht endgültig geklärt sind. Vgl. *Stefan Leible*, Fundamental Freedoms and European Contract Law, in: Stefan Grundmann (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, 63, 73 ff.; *Arthur S. Hartkamp*, Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law, in: Stefan Grundmann (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, 85, 89 f.; *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 235.

77 Zur Frage der Auswirkungen der ChGEU für das Privatrecht vgl. ausführlich *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 247 ff. Unabhängig von einer theoretisch möglichen – wenn auch mit Sicherheit hochgradig unwahrscheinlichen – unmittelbaren Anwendung der Regelung auf Privatrechtsverhältnisse, ist eine Beeinflussung des Privatrechts im Rahmen der Drittwirkung von Grundrechten, auf die in Art. I.-1:102 II DCFR auch ausdrücklich verwiesen wird, in jedem Fall vorstellbar.

## Die „Umsetzung“ des europäischen Antidiskriminierungsrechts

(ChGEU)<sup>78</sup>. Die ChGEU wird mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon<sup>79</sup> gemäß Art. 6 I EUV den Rang von Primärrecht erlangen. Art. 21 ChGEU lautet:

*„Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“*

Die Bestimmung verbietet Diskriminierung aus den Gründen, die gemäß Art. 13 EG durch sekundärrechtliche Regelungen von der EG bekämpft werden dürfen, enthält aber noch weitere Diskriminierungsmerkmale, die, im Gegensatz zu Art. 13 EG, nicht abschließend sind.

Des Weiteren legt der Vertrag von Lissabon als eine Art Unionszielbestimmung in Art. 10 AEUV fest, dass die Union aktiv Diskriminierung bekämpft. Hier heißt es:

*„Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen zielt die Union darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“*

Diese als Querschnittsklausel ausgestaltete Zielbestimmung kann auch als Programm für die zivilrechtliche Unionsrechtsetzung verstanden werden. Entsprechend könnte die Union quasi darauf verpflichtet werden, im Rahmen von Art. 19 AEUV (jetzt Art. 13 EG) effektive Regelungen zur Bekämpfung aller hier genannten Diskriminierungsmerkmale anzustreben. Allerdings stellen Zielbestimmungen stets nur Bemühens- und keine Erfolgsverpflichtungen dar, sodass die Union nicht dazu verpflichtet werden kann, auch tatsächlich entsprechende Regelungen zu erlassen.

*De lege lata* ist seit dem Vertrag von Amsterdam eine solche Festlegung der EU nur für die Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau in Art. 2

---

78 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 18.12.2000 C 364/1 ff.

79 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. 17.12.2007 C 306/1 ff. Die konsolidierten Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon sind in ABl. 09.05.2008 C 115/1 ff. abgedruckt.

i.V.m. Art. 3 II EG vorgesehen;<sup>80</sup> eine Bestimmung, die sich wortgleich in Art. 8 AEUV wiederfindet.

## 2. *Privatrechtliches Antidiskriminierungsrecht im Sekundärrecht*

Das sekundärrechtliche Antidiskriminierungsrecht im (allgemeinen) Vertragsrecht ist, wie auch die Rechtsgrundlage dafür, relativ neu. Insgesamt wurden in der letzten Dekade vier Richtlinien verabschiedet, wobei eine auf einer früheren Richtlinie basierte. Im Einzelnen handelt es sich dabei um die Richtlinie 2000/43/EG in Bezug auf Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft, insbesondere im Zusammenhang mit öffentlich angebotenen Dienstleistungen und Waren und im beruflichen Kontext, die Richtlinie 2000/78/EG zur Festsetzung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Richtlinie 76/207/EWG, geändert durch Richtlinie 2002/73/EG,<sup>81</sup> zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen im beruflichen Kontext sowie die Richtlinie 2004/113/EG zum Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechtes beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit angeboten werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nur das Diskriminierungsverbot auf Grund der Rasse und ethnischen Herkunft sowie des Geschlechtes im allgemeinen Privatrecht gilt und hier auch nur, sofern Güter oder Dienstleistungen der Öffentlichkeit angeboten werden.<sup>82</sup> Weitere Diskriminierungsmerkmale finden nur im Bereich des Arbeitsrechtes Anwendung.

Die Europäische Kommission hat allerdings eine Erweiterung des allgemeinprivatrechtlichen Diskriminierungsverbots auf Diskriminierung wegen der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung<sup>83</sup> insbesondere<sup>84</sup> für *die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*

---

80 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 853; *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 236.

81 Diese Richtlinie umfasst die Diskriminierungsmerkmal Religion bzw. Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuellen Ausrichtung.

82 Art. 3 I (h) Richtlinie 2000/43/EG, Art. 3 I Richtlinie 2004/113/EG.

83 Art. 1 KOM (2008) 426 endg. (Kommissionsentwurf).

84 Wie auch die anderen Richtlinien umfasst auch der Richtlinienentwurf Diskriminierungsverbote für weitere Bereiche, die für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit allerdings von untergeordneter Bedeutung sind. Der Geltungsbereich des Richtlinienentwurfes erstreckt sich auch auf den Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, die sozialen Vergünstigungen sowie die Bildung (Vgl. Art. 3 I (a)-(c) Kommissionsentwurf, KOM (2008) 426 endg.).

gen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen<sup>85</sup> vorgeschlagen.<sup>86</sup>

Alle Richtlinien sowie der Richtlinienentwurf folgen dabei im Aufbau stets der gleichen Struktur<sup>87</sup> und verpflichten die Mitgliedstaaten zur Schaffung von Rechtsbehelfen, überlassen die Wahl der Rechtsbehelfe allerdings den nationalen Gesetzgebern.<sup>88</sup> Dabei bleiben die Rechtsfolgen einer diskriminierenden Handlung in den Richtlinien zudem sehr ungenau, sodass die nationalen Gesetzgeber bei der Festlegung der Sanktionen wegen Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot und bei der Ausgestaltung positiver Maßnahmen einen großen Gestaltungsspielraum haben. Die Richtlinien sprechen nicht etwa von einem Verbot der Diskriminierung oder gar von der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit diskriminierender Handlungen, sondern davon, dass es Diskriminierungen nicht geben dürfe, dass diese nicht erfolgen dürften oder dass sie besei-

---

Den derzeitigen Stand des Diskriminierungsrechts fasst die Kommission zutreffend in KOM (2008) 426 endg., 3 zusammen:

*Ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft besteht in Beschäftigung, Beruf und Berufsausbildung sowie in Bereichen, die sich nicht auf Beschäftigung beziehen, wie Sozialschutz, Gesundheitswesen, allgemeine Bildung und Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist ebenfalls in diesen Bereichen untersagt, mit Ausnahme der allgemeinen Bildung, der Medien und der Werbung. Diskriminierung aus Gründen des Alters, der Religion oder Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung oder einer Behinderung ist hingegen lediglich in Beschäftigung, Beruf und Berufsausbildung verboten.*

85 Vgl. Art. 3 I (d) Kommissionsentwurf, KOM (2008) 426 endg.

86 Vgl. KOM (2008) 426 endg.

87 Zunächst werden stets Diskriminierungen wegen relevanter Diskriminierungsmerkmale verboten, wobei Diskriminierung, direkte und indirekte Diskriminierung sowie unerwünschte Verhaltensweisen / Belästigung umfasst (z.B. Art. 2 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 i.V.m. Art. 4 I Richtlinie 2004/113/EG). Anschließend wird der sachliche Anwendungsbereich (Geltungsbereich) einer Richtlinie festgelegt (z.B. Art. 3 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 3 Richtlinie 2004/113/EG). Sodann folgen Bestimmungen über die Rechtfertigung von Diskriminierungen. Teilweise wird allerdings dogmatisch die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen als Voraussetzung des Vorliegens von Diskriminierung verstanden. So z.B. Art. 4 Richtlinie 2000/43/EG. Hier heißt es, dass eine Ungleichbehandlung *keine Diskriminierung darstellt, wenn sie gerechtfertigt ist*. Zudem sind stets Regelungen zur Beweislastumkehr in den Richtlinien aufgenommen (z.B. Art. 8 Richtlinie 2004/43/EG; Art. 9 Richtlinie 2004/113/EG).

88 Vgl. ausführlich zu den Richtlinien auch *Berger*, ERPL 2008, 843, 857 ff.; *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 237 ff.

tigt werden sollten.<sup>89</sup> Zudem wurden diese Richtlinien zum Teil scharf kritisiert, da sie zum einen das vertragsrechtliche Grundprinzip der Privatautonomie stark beschneiden, zum anderen aber nur bedingt dazu geeignet seien, Diskriminierungen zu verhindern.<sup>90</sup>

Konzeptionell unterscheidet sich auch der neue Richtlinienentwurf der Kommission nicht stark von den bereits verabschiedeten Antidiskriminierungsrichtlinien im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts. Entsprechend dürfte die Kritik insbesondere der deutschen Privatrechtswissenschaft an den verabschiedeten Richtlinien auch überwiegend, zum Teil auf Grund der Erweiterung des Anwendungsbereichs und des damit verbundenen stärkeren Eingriffs in die Privatautonomie, sogar noch verstärkt für den neuen Kommissionsentwurf Gültigkeit haben. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die europäischen Institutionen dem Entwurf durchweg positiv gegenüber stehen. Zum Teil wird sogar eine Erweiterung des Schutzbereichs des Richtlinienentwurfs, z.B. durch eine Einschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten, gefordert.<sup>91</sup> Entsprechend ist eine Verabschiedung der Richtlinie ohne nachhaltige Änderungen des Kommissionsentwurfs wahrscheinlich.<sup>92</sup>

---

89 So *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 238 f.

90 Vgl. hierzu bereits Fn. 9.

91 Vgl. z.B. Bericht des Rates (Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz), Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung – Sachstandsbericht, Dok. 16769/08 SOC 762 JAI 690 MI 519; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ ABl. 04.08.2009 C 182/19-23; Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)) P6\_TA(2009)0211 und Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres A6\_0149/2009; Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit und die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“, ABl. 04.09.2009 C 211/90-95.

92 Da die Verabschiedung der Richtlinie im Rat jedoch Einstimmigkeit voraussetzt (vgl. Art. 13 I EG, Art. 19 I AEUV) ist es durchaus vorstellbar, dass eine einzelne konservative Regierung eines Mitgliedstaates, die sich der Kritik der (deutschen) Privatrechtswissenschaft anschließt, dafür sorgt, dass die Richtlinie scheitert.

#### IV. Das vertragsrechtliche Antidiskriminierungsrecht im DCFR

Die Verfasser des DCFR sehen den Schutz von Menschen- und Grundrechten als eines der vorrangigen Prinzipien, die dem Privatrecht zu Grunde liegt, an. Deshalb wird u.a. auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Bestimmungen des DCFR im Lichte der Grund- und Menschenrechte sowie des anwendbaren Verfassungsrechts auszulegen sind.<sup>93</sup> Des Weiteren sollen auch einige Bestimmungen im DCFR, insbesondere das Antidiskriminierungsrecht in den Büchern II und III, helfen, Grundrechte wirkungsvoll im Privatrecht zu verankern.<sup>94</sup>

Um dieses Ziel im Bereich des Antidiskriminierungsrechts zu erreichen, sind im Vertragsrecht insbesondere drei Regelungen wichtig, die im Folgenden dargestellt werden sollen. Zunächst verbietet Buch II Kapitel 2 DCFR (Nichtdiskriminierung) Ungleichbehandlungen im Rahmen von Verträgen (1.). Ebenfalls in erster Linie im Rahmen des Vertragsschlusses wirkt sich Art. II.-4:201 III DCFR über die Auslegung von Werbung, Katalogen und Auslagen als privatrechtliche Waffe im Kampf gegen Diskriminierungen aus (2.). Abschließend ist parallel zu Buch II Kapitel 2 DCFR auch ein Diskriminierungsverbot bei Vertragserfüllung in Art. III.-1:105 DCFR aufgenommen (3.).

Die vertraglichen Antidiskriminierungsbestimmungen lassen dabei ausdrücklich mögliche deliktische Schadensersatzansprüche unberührt.<sup>95</sup> Vor allem vor dem Hintergrund der grundrechtskonformen Auslegung des DCFR<sup>96</sup> ist es wohl in vielen Fällen von Diskriminierung durch Private vorstellbar, dass auch Rechtsbehelfe aus Buch VI des Gemeinsamen Referenzrahmes (außervertragliche Haftung aus Schädigung Dritter) zur Verfügung stehen.<sup>97</sup> Diese

---

93 Vgl. Art. I.-1:102 II DCFR.

94 von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Fn. 21, 2008) 17. Noch deutlicher, *dieselben* (Fn. 21, 2009) 14.

95 Vgl. Art. II.-2:104 I DCFR.

96 Diese ist ausdrücklich in Art. I.-1:102 II DCFR niedergelegt.

97 Zum Buch VI DCFR ausführlich bereits *Gert Brüggemeier*, Gemeinsamer Referenzrahmen (Entwurf), Buch VI: „Außervertragliche Haftung für die Schädigung anderer“ – eine kritische Stellungnahme, in: Hans-Jürgen Ahrens/Christian von Bar/Gerfried Fischer/Andreas Spickhoff/Jochen Taupitz (Hg.), *Medizin und Haftung – Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, 2009, 749 ff.; *ders.*, Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: The Making of a Hybrid, in: Alessandro Somma (Hg.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, 2009, 179 ff.; *Pinkel* (Fn. 44).

Bestimmungen sollen aber im Rahmen der hier vorliegenden Untersuchung des vertragsrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes keine weitere Beachtung finden.

### *1. (Vor)Vertragliches Diskriminierungsverbot*

Das ausdrückliche Diskriminierungsverbot bei Vertragsschluss ist in den Art. II.-2:101 bis II.-2:105 DCFR geregelt. Entsprechend sind diese Antidiskriminierungsvorschriften an sehr früher und damit herausgehobener Stelle zu finden. Nur 19 Artikel<sup>98</sup> stehen im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens vor dem Antidiskriminierungsrecht. Die Grundnorm des Diskriminierungsverbots ist in Art. II-2:101 enthalten. Hier heißt es:

*„Eine Person hat ein Recht auf Grund des Geschlechtes, der Rasse oder ethnischen Herkunft im Zusammenhang mit einem Vertrag oder anderen Rechtsgeschäften, deren Zweck der Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern, anderen Einrichtungen oder Dienstleistungen, die öffentlich angeboten werden, ist, nicht diskriminiert zu werden.“<sup>99</sup>*

Das Diskriminierungsverbot wird demnach als ein Recht von jedermann, nicht diskriminiert zu werden, bezeichnet.<sup>100</sup> Die Idee, das Diskriminierungsverbot positiv als Recht und nicht negativ als Verbot zu formulieren, erscheint zwar aus Sicht der Diskriminierungsoffer theoretisch betrachtet positiv zu sein, dürfte allerdings keine praktischen Auswirkungen haben.

Auffällig ist auch, dass als verbotene Diskriminierungsmerkmale im DCFR lediglich das Geschlecht, die ethnische Herkunft und die Rasse aufgenommen sind. Dies entspricht genau den EG-rechtlichen Mindestanforderungen an das nationale Antidiskriminierungsrecht. Zwar gelten im Bereich des Arbeitsrechts weitergehende sekundärrechtliche Diskriminierungsverbote, Arbeitsverträge

---

98 Dabei handelt es sich um neun Artikel zu allgemeinen Vorschriften des DCFR in Buch I und zehn Artikel zu allgemeinen Vorschriften zu Verträgen und anderen Rechtsgeschäften in Kapitel 1 Buch II.

99 Originaltext: *A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public.*

100 Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 864. In den *Acquis Principles* war noch von einem Verbot der Diskriminierung die Rede. Die positive Formulierung als Recht ist erst im Rahmen des DCFR entstanden und unterscheidet sich auch von den Richtlinien.

sind aber ausdrücklich vom Anwendungsbereich des DCFR ausgenommen.<sup>101</sup>

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst Verträge oder andere Rechtsgeschäfte, deren Zweck der Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen, die öffentlich angeboten werden, ist. Zwar weicht die Formulierung im DCFR von den entsprechenden Regelungen in den Richtlinien und im Richtlinienentwurf<sup>102</sup> ab, doch dürfte sich der Anwendungsbereich im Vergleich zu der Formulierung des Anwendungsbereich als dem *Zugang zu und [der] Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen*<sup>103</sup> kaum verändern.<sup>104</sup>

In Art. II-2:102 DCFR wird der Begriff der Diskriminierung als direkte<sup>105</sup> und indirekte Diskriminierung,<sup>106</sup> unerwünschte Verhaltensweisen (*harassment*)<sup>107</sup> sowie die Anweisung zur Diskriminierung<sup>108</sup> definiert; in Art. II-2:105 DCFR werden Regelungen zur Beweislast niedergelegt. Diese Regelungen entsprechen weitestgehend der Regelung der Richtlinien, auch wenn die Formulierungen im DCFR großteils sprachlich und/oder regelungstechnisch schöner sind.

Die Rechtfertigungsgründe für Diskriminierungen sind in Art. II-2:103 DCFR geregelt. Hier heißt es:

---

101 Vgl. Art. I-1:101 II (e) DCFR.

102 KOM (2008) 426 endg.

103 Vgl. Art. 3 I (d) Kommissionsentwurf, KOM (2008) 426 endg.; Art. 3 I (h) Richtlinie 2000/43/EG. Die Formulierung in Art. 3 I 2004/113/EG [...] *für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, [...] dürfte auch zu keinem anderen Anwendungsbereich führen.*

104 Dies war in dem Vorentwurf, den *Acquis Principles*, noch anders. Hier war in Art. 3:101 die Rede von „in relation to a contract“. Damit wurde der Anwendungsbereich ganz klar erweitert. Vgl. *Berger*, ERPL 2008, 843, 862 f.

105 Vgl. Art. II-2:102 I (a) DCFR: *one person is treated less favourably than another person is, has been or would be treated in a comparable situation; or [...].*

106 Vgl. Art. II-2:102 I (b) DCFR: *an apparently neutral provision, criterion or practice would place one group of persons at a particular disadvantage when compared to a different group of persons.*

107 Vgl. Art. II-2:102 II DCFR: [...] *“Harassment” means unwanted conduct (including conduct of sexual nature) which violates a person’s dignity, particularly when such conduct creates an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment, or which aims to do so.*

108 Vgl. Art. II-2:102 III DCFR.

*„Eine ungleiche Behandlung, die durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, gilt nicht als Diskriminierung, wenn die Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, angemessen und erforderlich sind.“<sup>109</sup>*

Diese Norm entspricht fast wörtlich den Rechtfertigungsgründen in Art. 4 V der Richtlinie 2004/113/EG<sup>110</sup> zur Geschlechterdiskriminierung, ist aber weiter gefasst als die entsprechende Regelung in Art. 4 der Richtlinie 2000/43/EG<sup>111</sup> zur Rassendiskriminierung, die Ungleichbehandlung nur ausnahmsweise im beruflichen Kontext zulässt. Eine europarechtskonforme Anwendung des DCFR wäre also im Falle eines vorgebrachten Rechtfertigungsgrundes im Zusammenhang mit einer Diskriminierung wegen der Rasse oder ethischen Herkunft nur bei sehr restriktiver Auslegung des Art. II.-2:103 DCFR möglich. Somit könnte eine Übernahme dieser Regelung durch einen nationalen Gesetzgeber zu einer Vertragsverletzung führen, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung, nach Maßgabe der Auslegungsmethoden des nationalen Rechts, nicht möglich sein sollte. Dennoch dürfte die Regelung praktisch quasi keine Auswirkung haben. Es ist kaum vorstellbar, dass eine Ungleichbehandlung auf Grund der Rasse oder der ethischen Herkunft im Rahmen von öffentlich angebotenen Dienstleistungen und Waren auf Grund eines legitimen Zieles erforderlich ist. Sollte dies aber tatsächlich einmal der Fall sein, wäre es zwar *de lege lata* europarechtswidrig, *de lege ferenda* aber wünschenswert, dass es den Gerichten möglich ist, Ungleichbehandlungen zu erlauben.<sup>112</sup>

## 2. Bindung an Werbung, Kataloge und Auslagen

Eine weitere wichtige Bestimmung, die Einfluss auf den privatrechtlichen Kampf gegen Diskriminierung haben kann, enthält Art. II.-4:201 DCFR, der

---

109 Im Originaltext heißt es: *Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.*

110 Hier heißt es: *Diese Richtlinie schließt eine unterschiedliche Behandlung nicht aus, wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.*

111 Hiernach ist es nur zulässig, Ungleichbehandlungen zu ermöglichen *wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.*

112 In diesem Sinne auch *Berger*, ERPL 2008, 843, 868.

allgemeine Regelungen zum Angebot aufstellt. Hier heißt es in Absatz 3:

*Ein in Werbung, in einem Katalog oder in einer Auslage gemachter Vorschlag eines Unternehmers, zu einem festgelegten Preis Güter aus einem Warenbestand zu verkaufen oder Dienstleistungen zu erbringen, wird, sofern die Umstände nicht auf etwas anderes hinweisen, als Angebot behandelt, zu diesem Preis diese Güter zu verkaufen oder diese Dienstleistung zu erbringen, bis der Warenbestand oder die Kapazität des Unternehmens erschöpft ist.*<sup>113</sup>

Damit schließt sich der DCFR, wie schon die PECL, dem französischen Modell<sup>114</sup> an. Im englischen<sup>115</sup> und deutschen Recht<sup>116</sup> hingegen würden alle in Art. II.-4:201 III DCFR aufgeführten Situationen nur als *invitatio ad offerendum* (*invitation to treat*) behandelt, sodass erst der Kunde ein Angebot abgibt. Viele andere europäische Rechtsordnungen, unabhängig davon, ob sie dem romanischen oder germanischen Rechtskreis zugerechnet werden, folgen situationsabhängigen Mittelwegen.<sup>117</sup>

Die Entscheidung des DCFR, in solchen Situationen stets schon vom Vorliegen eines Angebots des Unternehmers auszugehen, hat große Bedeutung für das Diskriminierungsrecht, kann aber auch zu Problemen führen, wenn die Rechtsordnung nicht insgesamt darauf eingestellt ist. Ersteres soll an einem praktischen Beispiel aus der deutschen Tagespresse verdeutlicht werden: Vor Inkrafttreten des AGG hatte eine in vielen Städten führende Discount-Fitnessstudio-Kette systematisch ausländisch aussehenden Personen die Ge-

---

113 Der Originaltext, der sich nicht zwischen der Interim Outline Edition (2008) und der Outline Edition (2009) unterscheidet lautet: *A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted.*

114 Zum französischen Recht vgl. *Raymond Youngs*, English, French & German Comparative Law, 2. Auflage, 2006, 514.

115 Zum englischen Recht vgl. *Robert Duxbury*, Contract Law, 8. Auflage, 2009, 6 f., *Youngs* (Fn. 114) 513.

116 Zum deutschen Recht vgl. *Hans Brox* und *Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Auflage, 2008, Rn. 165a (S. 78), *Youngs* (Fn. 114) 514 f.

117 Ausführlich rechtsvergleichend zu diesen Konstellationen vgl. *Thomas Kadner Graziano*, Europäisches Vertragsrecht – Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts, 2008, 13 ff.; *ders.*, Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZvglRWiss) 2007, 248 ff.

währung von Dienstleistungen verweigert.<sup>118</sup> Nach deutschem Recht kam kein Vertrag zustande, da die Preisangaben im Katalog des Fitnessstudios lediglich als *invitatio ad offerendum* gewertet wurden und entsprechend die *Annahme* durch den ausländisch aussehenden Kunden nur ein Angebot darstellte, das durch das Fitnessstudio nie angenommen wurde. Außerhalb des AGG gab es in Diskriminierungsfällen auch keine Möglichkeit, einen Vertragsschluss zu erzwingen (Kontrahierungszwang). Somit war es für das Diskriminierungsopfer ausgeschlossen, eine Dienstleistungserbringung durch das Fitnessstudio gerichtlich einzuklagen. Lediglich Schadensersatzforderungen waren denkbar, wenn hier auch die Rechtslage nicht ganz eindeutig war.<sup>119</sup>

Wäre hingegen Art. II.-4:201 III DCFR anwendbar gewesen, wäre ein Vertrag durch Annahme des Kunden zustande gekommen. Hätte dann der Betreiber des Fitnessstudios den Zutritt zu seinen Anlagen verweigert, hätte der Kunde auf Vertragserfüllung und Schadensersatz klagen können. Dieses Ergebnis hat für die Verhinderung von Diskriminierungen durch Private eine sehr große Bedeutung, da in Marktsituationen Diskriminierungen, egal aus welchem Grund, in der Regel unterbunden werden, gleichzeitig aber kein tiefgreifender Eingriff in die Privatautonomie stattfindet. Schließlich werden Werbung, Kataloge oder Auslagen lediglich so verstanden, wie diese der Marktlogik nach gemeint sein müssten. Es findet also lediglich eine objektive Auslegung des Sachverhaltes statt. Nur wenn ein Gewerbetreibender mit Werbung kein bedingtes Angebot abgeben wollte, weil er sich das Recht zur wirtschaftlich zweckfremden Diskriminierung offen halten will, greift die Rege-

---

118 *Andrea Everwien*, „Fitness nur für Deutsche – Wie Sportstudios Ausländer diskriminieren“, ARD-Sendung Kontraste vom 10. Juni 2004, nachzulesen auf <[http://www.rbb-online.de/klartext/beitrag/2004/fitness\\_nur\\_fuer\\_deutsche.html](http://www.rbb-online.de/klartext/beitrag/2004/fitness_nur_fuer_deutsche.html)>.

119 Zur Frage des Schadensersatzes wegen erlittener Diskriminierungen durch Private in Bezug auf Gaststättenbesuche vor Inkrafttreten des AGG, großteils aber für alle öffentlich angebotene Dienstleistungen verallgemeinerbar vgl. *Remmert A Stock*, Zugang zu Gaststätten und Rassendiskriminierung, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1999, 118, 125 ff.; *Rolf Kühner*, Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, NJW 1986, 1397, 1401. Allgemeiner auch *Nicola Vennemann*, The German Draft Legislation On the Prevention of Discrimination in the Private Sector, German Law Journal 2002, Rn. 7-14, verfügbar unter <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=137>>. Vereinzelt wurde auch angedacht, aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz einen Kontrahierungszwang bei Diskriminierungen durch Private abzuleiten. Dies wurde aber in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ganz überwiegend abgelehnt. Vgl. *Franz Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, 1, 32 f.; *Rolf Kühner*, ebenda, 1401.

lung ein und unterbindet diese Möglichkeit, ohne jedoch eventuell verwaltungsintensive Dokumentations- oder Beweispflichten aufzuerlegen. Diskriminierendes, nicht marktrational begründetes Verhalten kann allerdings, vor allem in Fällen der (regionalen) Vermachtung, zu ineffektiven Allokationen von Gütern und Dienstleistungen führen, was wiederum einen gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlust zur Folge hätte.<sup>120</sup> Eine Regelung wie Art. II.-4:201 III DCFR, die das unterbindet, scheint nur dem allgemein anerkannten Geiste der (privatrechtlichen) Bekämpfung von Marktversagen zu folgen<sup>121</sup> und betrifft zu Recht nur Marktsituationen. Eine neuartige, diskriminierungsrechtsspezifische Einschränkung der Privatautonomie geht von dieser Regelung nicht aus, da die Bindung an ein öffentlich gemachtes Angebot auch die negative Vertragsfreiheit nicht beschränkt. Schließlich ist kein Gewerbetreibender rechtlich dazu verpflichtet, ein entsprechendes Angebot abzugeben. Im Zweifel steht ihm stets frei, in der Werbung oder in Katalogen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die hier gemachten Angaben nur unverbindlich sind, also kein Angebot darstellen, und auf Auslagen mit Preisangaben zu verzichten – auch wenn dies aus Marketinggründen wohl kaum eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung ist.

---

120 Wenn ein Diskriminierungsoffer unter seinem Vorbehaltspreis, also unter dem Preis, den er bereit ist dafür zu bezahlen, eine Dienstleistung in Anspruch nehmen könnte, hätte er einen Mehrnutzen, der in der Konsumentenrente ausgedrückt wird. Gleichzeitig liegt der Marktpreis meist über dem Vorbehaltspreis des Unternehmers, sodass dieser ebenfalls eine Produzentenrente erzielen würde. Kann das Diskriminierungsoffer die entsprechende Dienstleistung nun aber nicht in Anspruch nehmen, obwohl sie eigentlich zu einem Preis unterhalb des Vorbehaltspreises des Diskriminierungsoffers angeboten wird, gibt es sein Geld für etwas anderes aus, was ihm weniger Nutzen bringt. Die Summe aus Produzenten- und Konsumentenrente ist in diesem Fall wahrscheinlich geringer. Die Differenz zwischen den Summen der Renten aus beiden Transaktionen ist entsprechend der gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsverlust. Zu den ökonomischen Grundlagen vgl. *N. Gregory Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 3. Auflage, 2004, 151 ff.

121 Zur Bekämpfung von Marktversagen durch zivilrechtliche Maßnahmen ist z.B. im Bereich der Vermachtungen im Europäischen Kartellrecht der Missbrauch von Marktmacht nach Art. 82 EG verboten. Hiernach kann auch die Verweigerung eines Vertragsschlusses insgesamt oder zu fairen Bedingungen einen Missbrauch darstellen, sodass ein Eingriff in die Privatautonomie in Form des Kontrahierungszwangs notwendig wird. So z.B. im Fall einer *essential facility*. (Vgl. *Alison Jones und Brenda Sufrin*, EC Competition Law, 2. Auflage, 2004, 475 ff.). Aber auch im Bereich der externen Effekte wird z.B. durch Emissionshandel privatrechtlich in den Markt eingegriffen. Zu den ökonomischen Grundlagen, die den Eingriff bei Marktversagen rechtfertigen vgl. *Michael Fritsch, Thomas Wein und Hans-Jürgen Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, 2007; *Mankiw* (Fn. 120) 222 ff.

Allerdings wäre es durchaus vorstellbar, dass Art. II.-4:201 III DCFR zu Problemen führt. Er könnte nämlich missbraucht werden, wenn die Rechtsordnung nicht als Ganzes darauf abgestimmt ist. Als Beispiel könnte man sich einen Kunden vorstellen, der weiß, dass er im Moment kein Geld zur Verfügung hat. Trotzdem nimmt er in einem Geschäft das Angebot durch Auslage an, ein Notebook zu einem besonders günstigen Preis zu kaufen. Das Angebot gilt allerdings nur eine Woche. Danach würde das Notebook wieder mehr kosten. Der Kunde hat hingegen erst in 10 Tagen das notwendige Geld zur Erbringung der vertraglichen Gegenleistung zur Verfügung. Wenn es in solchen Fällen für den Unternehmer nicht möglich ist, umgehend von dem Vertrag zurückzutreten, oder das Angebot nur für den Fall gilt, dass die Gegenpartei bereit und befähigt ist, die vertraglichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen, steht Missbrauch Tür und Tor offen.

### 3. Diskriminierungsverbot bei der Ausführung von Verträgen

Der Formulierung nach ist das Diskriminierungsverbot des Art. II.-2:101 DCFR nicht nur auf den Vertragsschluss, sondern genauso auf die Ausführung von Verträgen anwendbar. Schließlich gilt es in Zusammenhang mit (*in relation to*) einem Vertrag oder anderen Rechtsgeschäften und nicht nur im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages. Dennoch findet sich in Buch III DCFR „Schuldverhältnisse und vergleichbare Rechte“ (*obligations and corresponding rights*) eine eigene Bestimmung zum Diskriminierungsverbot, die ihrerseits allerdings nur auf Buch II Kapitel 2, also die allgemeinen Bestimmungen zum Diskriminierungsverbot verweist. Dabei soll Buch II Kapitel 2 jedoch nur mit angemessenen Anpassungen<sup>122</sup> Anwendung finden.

Die Situationen, in denen eine angepasste Anwendung der Antidiskriminierungsvorschriften stattfinden soll, sind die Erfüllung eines Schuldverhältnisses<sup>123</sup>, die Ausübung eines Rechts auf Erfüllung eines Schuldverhältnisses<sup>124</sup> und die Ausübung eines Rechts zur Beendigung eines Schuldverhältnisses<sup>125</sup>, das den Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen, die

---

122 Im Original heißt es in Art. III.-1:105 DCFR *Chapter 2 (Non-discrimination) of Book II applies with appropriate adaptations to [...]*.

123 Art. III.-1:105 (a) DCFR.

124 Art. III.-1:105 (b) DCFR.

125 Art. III.-1:105 (c) DCFR.

„Mitgliedern“ der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, zum Gegenstand hat.<sup>126</sup>

Da es schwer vorstellbar ist, dass privatrechtliche, außervertragliche Schuldverhältnisse existieren, die auf die Versorgung mit Gütern, die öffentlich zur Verfügung stehen, abzielen, scheint sich diese Norm ganz eindeutig in erster Linie auf vertragliche Schuldverhältnisse zu beziehen. Entsprechend könnte man auch annehmen, dass Art. II.-2:101 ff. DCFR nicht schon selbst auf diese Situationen Anwendung findet, da sonst Art. III.-1:105 DCFR obsolet würde. Deshalb ist vorstellbar, dass die Formulierung in *relation to a contract* in Art. II.-2:101 DCFR restriktiv ausgelegt werden muss und sich in erster Linie auf den Vertragsschluss bezieht.

Was jedoch eine angemessene Anpassung der Antidiskriminierungsvorschriften in Fällen der Vertragserfüllung sein soll, wird nicht ganz klar. Ob überhaupt Anpassungen notwendig bzw. angemessen sind, ist mehr als fraglich. Insofern ist es gut möglich, dass es bedeutungslos ist, ob Art. II.-2:101 DCFR direkt einschlägig ist oder nur über Art. III.-1:105 DCFR als anwendbar erklärt wird.

## V. Rechtsbehelfe

Als Rechtsbehelfe gegen Diskriminierungen nach Art. II.-2:101 DCFR verweist Art. II.-2:104 I DCFR auf die allgemeinen Regeln bei Nichterfüllung eines Schuldverhältnisses, die in Buch III, Kapitel 3 DCFR enthalten sind. Dies macht deutlich, dass im Falle einer rechtswidrig diskriminierenden Vertragsverweigerung alle Rechtsmittel zur Verfügung stehen, die auch im Fall eines Vertragsschlusses zur Verfügung stünden. Dogmatisch scheint hierbei eine gesetzliche Leistungspflicht zu entstehen, sodass der Umweg über einen durch Kontrahierungszwang geschlossenen Vertrag nicht gegangen werden muss. Man könnte auch vertreten, dass im Falle einer Diskriminierung Artikel II.-2:104 I das Vorliegen einer verletzten (vertraglichen) Erfüllungsverpflichtung fingiert.<sup>127</sup> Dieser dogmatische Unterschied ist allerdings letztlich un-

---

126 Im Originaltext heißt es:

*Chapter 2 (Non-discrimination) of Book II applies with appropriate adaptation:*  
(a) *the performance of any obligation to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to members of the public;*  
(b) *the exercise of a right to performance of any such obligation or the pursuing or defending of any remedy for non-performance of any such obligation; and*  
(c) *the exercise of a right to terminate any such obligation.*

127 Vgl. *Hesselink* (Fn. 47) 37; auch veröffentlicht in Buchform im Sellier-Verlag, 2008,

beachtlich. Alle Pflichten, die im Fall eines Vertragsschlusses entstanden wären, entstehen im Fall eines Verstoßes gegen Art. II.-1:101 DCFR, auch ohne dass ein Vertrag vorliegt. Diese Lösung führt zu einem Gleichgang der Rechtsmittel, die zur Verfügung stehen, wenn auf Grund von Art. II.-4:201 III DCFR ein Vertrag geschlossen wurde, dies aber von der diskriminierenden Seite nicht anerkannt wird, mit den seltenen Fällen, in denen ein Verstoß gegen II.-1:101 DCFR vorliegt, ohne dass sowieso schon ein Vertrag geschlossen wurde.

Dies wird allerdings dadurch relativiert, dass Rechtsbehelfe im Fall einer Diskriminierung nur dann Anwendung finden, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zur Verletzung des Diskriminierungsopfers stehen, wobei die Abschreckungswirkung eines Rechtsbehelfes berücksichtigt werden darf.<sup>128</sup> Eine solche Einschränkung ist allerdings – besonders vor dem Hintergrund der Beweislastumkehr – durchaus gerechtfertigt. So mag es z.B. bei Bankgeschäften oder Dienstleistungsverträgen, die zu Dauerschuldverhältnissen führen, oftmals nicht mehr nachweisbar sein, weshalb letztlich ein Vertragsschluss verweigert wurde. Zudem ist es hier üblich, dass unternehmensinterne Richtlinien für den Vertragsschluss nicht öffentlich gemacht werden sollen. Zu denken wäre hier beispielsweise an die Vergabekriterien für Kreditkarten. Sprechen in einem solchen Fall nun Indizien für eine rechtswidrige Diskriminierung, kann es zu Problemen kommen, wenn den Gerichten kein Ermessensspielraum bei der Anwendung von Rechtsbehelfen zur Verfügung steht.

Wichtig ist dabei jedoch festzuhalten, dass die Einbeziehung der abschreckenden Wirkung von Rechtsbehelfen mitnichten ein Einfallstor für poenitive Schadensersatzansprüche darstellt. Vielmehr darf die Präventionsfunktion nur bei der Frage eine Rolle spielen, ob ein nach den allgemeinen Regeln zur Nichterfüllung zur Verfügung stehender Rechtsbehelf auch in Fällen der Diskriminierung angemessen ist. Im allgemeinen vertraglichen Schadensrecht sind aber, genau wie auch bei dem gesondert geregelten deliktischen Schadensrecht,<sup>129</sup> poenitive Schadensersatzforderungen ausdrücklich ausgeschlossen. Der Schadensersatz beschränkt sich auf den Ersatz des erlittenen Schadens,<sup>130</sup>

---

41; *ders.*, Common Frame of Reference & Social Justice, ERCL 2008, 248, 265.

128 Vgl. Art. II-2:104 II DCFR.

129 Vgl. VI. – 6:101 I DCFR (Aim and forms of reparation):  
*Reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred.*  
Vgl. hierzu auch *Brüggemeier* (Fn. 97) 749, 760; *Pinkel* (Fn. 44) 20 ff.

130 Art. III.-3:702 DCFR (General measure of damages):  
*The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in*

auch wenn immaterielle Schäden (Minderung der Lebensqualität und Schmerzensgeld) ersatzfähig sind.<sup>131</sup>

Die im Zusammenhang mit Diskriminierungen wichtigsten relevanten Rechtsmittel, die bei Vertragsverletzung zur Verfügung stehen, sind in erster Linie Erfüllung<sup>132</sup> und Schadensersatz.<sup>133</sup> Der Erfüllungsanspruch eines Gläubigers wird allerdings in der Praxis dadurch beschränkt, dass der Gläubiger seinen Anspruch auf zusätzlichen Schadensersatz statt oder neben der Leistung verliert, wenn er auf ein ihm zumutbares Deckungsgeschäft verzichtet.<sup>134</sup> Dies scheint ein Kompromiss zwischen der Civil-Law-Tradition und der Common-Law-Tradition zu sein.<sup>135</sup> Während im *civil law* der Hauptanspruch bei Vertragsverletzung die Erfüllung ist, kennen Common-Law-Länder im Bereich des *Common Law* im engeren Sinne nur Schadensersatz. Der Anspruch auf Erfüllung (*specific performance*) wird lediglich in *equity* gewährt und ist starken Beschränkungen unterworfen. Mit dieser gelungenen Kompromisslösung wird gleichzeitig ein vernünftiger Ausgleich zwischen dem Grundprinzip *pacta sunt servanda* und wirtschaftlichen Rationalitäten geschaffen.<sup>136</sup>

Auch im Bereich des Antidiskriminierungsrechts wirkt diese Regelung recht überzeugend. Selbst hier sollten grundsätzlich wirtschaftliche Erwägungen Platz haben. Gleichzeitig gibt die Bestimmung den Gerichten genug Raum, ein Deckungsgeschäft auf Grund einer Grundrechtsverletzung für unzumutbar zu erklären und somit vollen Schadensersatz neben der Leistung in besonders schweren Fällen der Diskriminierung zuzubilligen. Dennoch kommt eine Übernahme der Regelung des Art. II.-2:104 DCFR in den meisten Mitgliedstaaten der EU nicht oder zumindest nur bedingt in Betracht, da die Konsequenzen einer Vertragsverletzung in den verschiedenen Privatrechtsordnungen

---

*which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. [...]*

131 Vgl. III.-3:701 III (Right to damages):  
“Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

132 Vgl. Buch III Kapitel 3 DCFR.

133 Vgl. Buch III Kapitel 7 DCFR.

134 Vgl. Art. III.-3:302 V DCFR.

135 Vgl. *Ulrich Huber*, Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht, ZEuP 2008, 708, 714 ff.; *Martijn van Kogelenberg*, Art. III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-Monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Art. 9:102 PECL, Rotterdam Institute of Private Law Working Paper Series, 2009, 3 ff., verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1367516>.

136 Vgl. *Huber*, ZEuP 2008, 708, 720 ff.

gen ganz unterschiedlich sein können.

## **VI. Zusammenfassende Beurteilung**

Die anfänglichen Betrachtungen über die zukünftige Verwendung des akademischen DCFR und die Rechtsqualität des politischen CFR haben gezeigt, dass nicht davon auszugehen ist, dass der DCFR über den europäischen Gesetzgeber quasi automatisch zum breiten Referenzrahmen für alle europäischen und nationalen Akteure wird. Der politische CFR wird wohl kaum Rechtsverbindlichkeit erlangen, sondern reinen Empfehlungscharakter haben. Der europäische Gesetzgeber wird ihn sich dabei wahrscheinlich nur eingeschränkt bei neuen Gesetzgebungsvorhaben zu Eigen machen. Entsprechend muss sich der DCFR für jede Funktion einzeln empfehlen. Unter dieser Voraussetzung kann es für den DCFR gar nicht möglich sein, alle von seinen Verfassern angestrebten Ziele optimal zu verwirklichen.

Für das Antidiskriminierungsrecht ist dabei zunächst festzustellen, dass der DCFR sich weitgehend mit einer reinen Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts begnügt, wobei die Regelungen des Sekundärrechts überwiegend nur wörtlich oder leicht umformuliert übernommen werden.<sup>137</sup> Nicht einmal der bereits seit einiger Zeit vorliegende Kommissionsentwurf einer neuen, allgemeinen Antidiskriminierungsrichtlinie<sup>138</sup> wurde bei der Überarbeitung des (Vor-)Entwurfs des DCFR in der erst 2009 veröffentlichten Endversion (Outline Edition) berücksichtigt.

Entsprechend ist sehr fraglich, inwieweit die Antidiskriminierungsregelungen im DCFR Vorbild für neue Maßnahmen der europäischen Legislative sein können. Es fehlen schlichtweg die innovativen Elemente, die als Verbesserungsvorschläge vom europäischen Gesetzgeber umgesetzt werden könnten. Auch die allgemeine Kritik, die im europäischen und insbesondere im deutschen Privatrechtsdiskurs intensiv an den Antidiskriminierungsrichtlinien geäußert wird, scheint in keiner Weise Berücksichtigung gefunden zu haben. Lediglich drei Punkte könnten durchaus für zukünftige Gesetzgebungsmaßnahmen auf europäischer Ebene interessant sein. Zunächst könnten teilweise sprachliche oder regelungstechnische Elemente aus dem DCFR übernommen werden. Zweitens könnte die erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeit im Bereich der

---

137 Vgl. *Stefan Grundmann*, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract Law?, ERCL 2008, 225, 245.

138 KOM (2008) 426 endg.

Rassendiskriminierung, die einen Gleichgang mit der Geschlechterdiskriminierung schafft, vom europäischen Gesetzgeber berücksichtigt werden, da Art. II-2:103 DCFR in jedem Fall gerechtfertigt wirkt und den Gerichten ausreichend Spielraum für Einzelfallgerechtigkeit lässt.<sup>139</sup> Letztlich könnten die im Vergleich zur *Acquis-Gruppe* sehr zurückhaltenden Antidiskriminierungsvorschläge des DCFR auch für die europäischen Institutionen als Warnung verstanden werden, sich doch mit weiteren, die Privatautonomie stark einschränkenden Antidiskriminierungsregelungen zunächst zurückzuhalten und die Erfahrungen mit den derzeitigen Regelungen sowie die vorliegende Kritik zuvor ausführlich auszuwerten. All dies ist allerdings vor dem Hintergrund des neuen Richtlinienvorschlages der Kommission sehr unwahrscheinlich.

Gleichzeitig scheint das Beispiel des Diskriminierungsrechts noch eine weitere Schwäche des DCFR als Vorbild für die europäische Legislative aufzuzeigen. Ein wissenschaftliches Netzwerk mit Mitgliedern aus allen EU-Ländern scheint zumindest zum Teil noch stärker konsensgeprägt, schwerfälliger und langsamer zu sein, als dies die europäische Legislative ist. Entsprechend scheint der DCFR durch neue, progressivere und pragmatischere Gesetzgebungsmaßnahmen im Antidiskriminierungsbereich regelrecht überholt zu werden, die zudem, auf Grund von umfangreicheren öffentlichen Konsultationen,<sup>140</sup> bereits im Studium des Kommissionsentwurfs besser legitimiert sind, als dies für den akademischen CFR gilt.<sup>141</sup> Damit könnte zumindest in einigen Fällen die Bedeutung des DCFR als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber auf die System- und Kohärenzbildung z.B. im Rahmen der Zusammenfassung einzelner Gesetzgebungsmaßnahmen auf dem gleichen Gebiet beschränkt sein.

Wirken die Antidiskriminierungsregelungen des DCFR als Vorlage für den europäischen Gesetzgeber nur sehr eingeschränkt geeignet, so scheinen sie für den nationalen Gesetzgeber völlig unbrauchbar. Zunächst ist die bereits erwähnte Erweiterung der Rechtfertigungsgründe bei Rassendiskriminierung *de lege lata* an der Grenze zur Europarechtswidrigkeit und kann somit von den Mitgliedstaaten, ohne gegen ihre Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag zu verstoßen, wahrscheinlich gar nicht umgesetzt werden. Zudem sind viele Mit-

---

139 Diese Änderung im Vergleich zur Richtlinie wird u.a. auch von *Berger*, ERPL 2008, 843, 868 sehr positiv angemerkt.

140 Vgl. z.B. KOM(2008) 426 endg., 3 f.

141 Zwar war auch bei der Erarbeitung des DCFR ein Netzwerk aus Stakeholdern eingebunden, dies entkräftet jedoch nicht das Argument. Zum einen konnte nicht jeder Interessierte an diesem „Konsultationsprozess“ teilnehmen, zum anderen war der Einfluss des Netzwerkes eher gering und blieb damit wahrscheinlich hinter dem Einfluss, den die Konsultationen auf die Kommission haben, zurück.

gliedstaaten bemüht, ein kohärentes Antidiskriminierungsrecht zu schaffen, das auch das Arbeitsrecht berücksichtigt. Auf Grund der Ausklammerung des Arbeitsrechts aus dem Anwendungsbereich des DCFR sind hierfür aber keine sinnvollen Regelungen in dem Modellgesetz enthalten. Viele Länder, u.a. Deutschland und Großbritannien, haben aber bereits mit dem Single Equality Act, der im Entwurf vorliegt, dem Equality Act 2006 oder dem weniger umfangreichen, aber dennoch im Vergleich zum DCFR viel weiter reichenden Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz einheitliche Kodifikationen des privatrechtlichen Antidiskriminierungsrechts geschaffen, die sie wohl kaum zu Gunsten eines stärker sektorspezifischen privatrechtlichen Antidiskriminierungsrechts aufzugeben bereit sind.

Eine weiter reichende Harmonisierungsfunktion als die vorhandenen Richtlinien und damit auch Vorbildfunktion für die mitgliedstaatlichen Legislativen könnte der DCFR hingegen im Bereich der Rechtsbehelfe erfüllen, da diese in den Richtlinien nur dem Grundsatz nach geregelt sind und somit den nationalen Gesetzgebern zur näheren Ausgestaltung überlassen bleiben. Die Rechtsbehelfe gegen Diskriminierungen im DCFR können allerdings nur im Gesamtkontext verstanden werden. Der Verweis auf die im nationalen Recht bei Vertragsverletzungen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe hätte ganz andere Folgen als dies im Rahmen des DCFR der Fall ist. Ob diese angemessen wären, bleibt in einigen Ländern dabei mehr als fraglich.<sup>142</sup> Entsprechend kann

---

142 So wird z.B. in England nicht nur auf die Rechtsmittel des Deliktsrechts, sondern auch auf die Rechtsbehelfe der *judicial review procedure* verwiesen, also eines Verfahrenstyps, der eigentlich dem Verwaltungsrecht zugerechnet wird – obgleich natürlich im englischen Recht keine klare Trennung zwischen Verwaltungs- und Privatrecht stattfindet. So heißt es in s. 68 (2) Equality Act 2006: *A court may, in addition to any remedy available to it in proceedings for tort, grant any remedy that the High Court could grant in proceedings for judicial review.*

Ein Verweis auf die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung wäre jedoch wegen der sehr eingeschränkten Möglichkeit der Erfüllungsklage in England (*Vanessa Mak, Specific Performance in English Consumer Sales Law*, in: Jan Smits, Daniel Haas und Geerte Hesens (Hg.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, 2008, 121 ff.) nicht geeignet.

Im deutschen Recht stellt sich ebenfalls die Frage, ob die Rechtsbehelfe, die gegen Vertragsverletzungen zur Verfügung stehen, nicht ungeeignet wären, da diese zu „unwirtschaftlich“ sind. Es bestünde die Möglichkeit, sehr lange auf Erfüllung zu warten und damit zusätzliche Schadensersatzforderungen zu generieren (vgl. *Florian Faust und Volker Wiese, Specific Performance - a German Perspective*, in: Jan Smits, Daniel Haas und Geerte Hesens (Hg.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, 2008, 47, 48 ff.), die gerade vor dem Hintergrund der Beweislastumkehr und damit der nicht unbedingt nachgewiesenen „Schuld“ des

Art. II.-2:104 DCFR auch nicht ohne eine grundlegende Privatrechtsreform ins nationale Privatrecht übernommen werden. Die einzige Möglichkeit, die Regelungen aus dem DCFR zu übernehmen, wäre darin zu sehen, die allgemeinen Rechtsbehelfe aus dem DCFR als besondere Rechtsbehelfe bei Diskriminierungen ins nationale Recht zu übernehmen, was allerdings die Kohärenz der nationalen Privatrechtsordnung nicht erhöhen würde. Das hier zu Grunde liegende Problem wird einer Vorbildfunktion des DCFR für den nationalen Gesetzgeber bei Teilprivatrechtsreformen wohl oftmals entgegenstehen.

Anders als diese sehr kritische Beurteilung des DCFR als Vorbild für die Legislativorgane auf nationaler und europäischer Ebene im Bereich des Antidiskriminierungsrechts scheint eine Bewertung des Gesamtkonzeptes positiv auszufallen. Sollte der DCFR also entgegen der momentanen politischen Stimmung eines Tages als EuZGB in Kraft treten oder von einem Landesgesetzgeber insgesamt als neues nationales Zivilgesetzbuch übernommen werden, so sind die Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung durch Private überwiegend überzeugend. Zum einen setzen sie – zumindest weitest gehend – die europarechtlichen Vorgaben um, zum anderen bilden die Regelungen zur Bindung eines Unternehmers an Werbung, Kataloge und Auslage im Zusammenhang mit den besonderen Antidiskriminierungsregelungen wegen des Geschlechtes, der Rasse oder der ethnischen Herkunft einen recht weitreichenden und kohärenten Schutz vor Diskriminierungen aus jedem möglichen Grund und stellen stets die gleichen und vernünftigen Rechtsbehelfe zur Verfügung, ohne dabei die Privatautonomie über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus stark einzuschränken. Ob auch die Möglichkeiten zum Rücktritt von Verträgen oder andere geeignete Rechtsbehelfe bei rechtsmissbräuchlicher Nutzung dieser Vorschriften in den DCFR aufgenommen wurden und somit das Gesamtkonzept in allen Punkten als kohärent angesehen werden kann, konnte im Rahmen dieser Untersuchung nicht geklärt werden.

Dennoch wirken einige weitere Punkte kritikwürdig. Zunächst bleibt nämlich mehr als fraglich, ob die Diskussion über einen angemessenen Ausgleich zwischen Freiheit und Gleichheit, die im Kern einer „neuen“ Privatrechtsordnung stehen muss, im Rahmen der Erarbeitung des DCFR ausreichend geführt wurde,<sup>143</sup> auch wenn das Ergebnis akzeptabel erscheint. Eine ausführliche

---

Diskriminierenden nicht in jedem Fall gerechtfertigt sein werden. Allerdings wäre hier eine Übernahme des Art. II-2:104 DCFR noch eher vorstellbar, da die allgemeinen Rechtsbehelfe ja nur insoweit zur Verfügung stehen, als diese angemessen sind. Entsprechend hätten die Gerichte ein Korrektiv zur Verfügung.

143 So auch *Berger*, ERPL 2008, 843, 866, die fordert, dass „die Frage nach der Ausgewogenheit von Freiheit und Schutz bereits im Rahmen der Vorarbeiten mehr Beach-

Auseinandersetzung hätte vielleicht zu noch deutlich besseren Ergebnissen führen und den rechtswissenschaftlichen Diskurs zu diesem Thema in Europa weiter beflügeln können. Auch diese Funktion, die die Verfasser mit dem DCFR erreichen wollten, wurde entsprechend nicht optimal erfüllt.

Kritisch zu hinterfragen ist auch die diskriminierende Behandlung der Diskriminierungsgründe. Schließlich gilt das gesonderte Diskriminierungsrecht des Buch 2 Kapitel 2 DCFR nur für Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft. Diese Beschränkung ist auch nicht kohärent zu Art. 10 AEUV, der den Diskriminierungsschutz wegen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung als Ziel der EU festschreibt, sofern der Vertrag von Lissabon in Kraft treten wird. Durch diese Beschränkung könnte zudem in Kürze ein Konflikt zum EG-Sekundärrecht entstehen, da die Kommission gerade eine Erweiterung der Diskriminierungsgründe vorgeschlagen hat. Allerdings ist vor dem Hintergrund der Regelungen über die Auslegung von Werbung, Katalogen und Auslagen als Angebot eine solche Beschränkung der Diskriminierungsgründe gut vertretbar. Die besonderen Diskriminierungsvorschriften stellen nicht zuletzt wegen der weitreichenden Beweislastumkehr einen starken Eingriff in die Privatautonomie dar. Dies sollte nicht überstrapaziert werden.<sup>144</sup>

Andererseits kommt dem privatrechtlichen Antidiskriminierungsschutz auch eine Doppelfunktion zu. Neben der tatsächlichen Schutzfunktion, die zu ihrer Wirksamkeit u.a. auch eine Beweislastumkehr erfordert, kann eine Antidiskriminierungsvorschrift schlichtweg dazu dienen, deutlich zu machen, dass auch im privaten Verkehr diskriminierendes Verhalten gesellschaftlich missbilligt wird. Ein modernes, wertorientiertes Privatrecht hat also, genau wie das Strafrecht,<sup>145</sup> eine wertbildende Funktion. Insofern wäre es wünschenswert gewesen, das Recht auf Nichtdiskriminierung auch auf andere Bereiche zu erstrecken, um damit vielleicht langfristig einen kleinen Beitrag zu einer toleran-

---

tung finden“ solle.

144 Anders *Hesselink* (Fn. 47) 37; auch veröffentlicht in Buchform im Sellier-Verlag, 2008, 41; *ders.*, ERCL 2008, 248, 265 f.

*Berger*, ERPL 2008, 843, 866 f. fordert hingegen sogar eine Beschränkung auf nachgewiesenermaßen notwendige Diskriminierungsverbotstatbestände, was ihres Erachtens nach nur für den Tatbestand der Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft, nicht aber bei der Geschlechterdiskriminierung gegeben ist.

145 Vgl. *Peter-Alexis Albrecht*, Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht, 3. Auflage, 2005, 2 f. sowie *Karl-Ludwig Kunz*, Kriminologie – Eine Grundlegung, 4. Auflage, 2004, § 8 / § 9.

teren Gesellschaft in Europa zu leisten. Hierbei wäre allerdings durchaus zu überlegen, die Beweislastumkehr nicht auf alle Bereiche zu erstrecken und den faktischen Schutz vor Diskriminierungen aus anderen Gründen überwiegend Art. II.-4:201 III DCFR zu überlassen.

Letztlich können bei Diskriminierungsfällen im Privatrechtsverkehr auch Probleme mit dem Zugang zum Rechtsschutz (*access to justice*) entstehen. Einige Rechtsordnungen sehen gerade im Privatrecht sehr hohe Gerichtskosten oder sehr lange Klagezeiten vor. Ein Diskriminierungsopfer, das, gerade im Fall der Rassendiskriminierung, oftmals einer gesellschaftlich schlechter gestellten Minderheit angehört, wird hier häufig gar nicht in der Lage sein, den üblichen zivilrechtlichen Rechtsweg zu beschreiten. Entsprechend müsste für Diskriminierungsverstöße zumindest geprüft werden, inwieweit kollektive Rechtsbehelfe wie Verbandsklagen eingeführt werden könnten und sollten oder andere Anlaufstellen geschaffen werden müssten,<sup>146</sup> die dem Einzelnen Zugang zum Rechtsschutz einfacher ermöglichen. Auch eine solche Diskussion hätte im Rahmen der Erstellung des DCFR stattfinden können.

Alles in allem lassen sich zwar viele Kritikpunkte am Antidiskriminierungsrecht im akademischen Gemeinsamen Referenzrahmen finden, es wurde aber dennoch ein Schritt gemacht, das Diskriminierungsrecht weiter ins Privatrecht zu integrieren und den wissenschaftlichen Diskurs zu beflügeln. Hier kann und sollte angesetzt und weiter gearbeitet werden.

---

146 Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien sehen hierfür z.T. Regelungen vor und sind in diesem Sinne fortschrittlicher. Dem DCFR kann hier jedoch zu Gute gehalten werden, dass er als Privatrechtskodifikation nicht der richtige Platz ist, um entsprechende Vorschriften bereitzuhalten.

## Riassunto italiano

### **La trasposizione nel DCFR del diritto antidiscriminatorio: Un tentativo riuscito verso un'ulteriore armonizzazione del diritto antidiscriminatorio in Europa?**

TOBIAS PINKEL

Il presente contributo si articola in cinque parti. Dopo una rappresentazione dello sviluppo storico del Quadro Comune di Riferimento accademico (Draft Common Framework of Reference – DCFR) e di quello politico (Common Framework of Reference – CFR) e i loro obiettivi, sarà descritto lo stato attuale raggiunto nel diritto antidiscriminatorio. In seguito analizzeremo i ricorsi previsti nel DCFR in caso di violazione del diritto antidiscriminatorio, con particolare riferimento alla situazione tedesca. Il contributo si chiuderà con una breve conclusione.

Per iniziare, questo contributo presenta l'aspirazione del Parlamento Europeo e della Commissione Europea a creare un Codice Civile europeo, aspirazione culminata fin'ora nel progetto del CFR. L'elaborazione del DCFR è stata realizzata da vari gruppi accademici sotto l'egida della DG Sanco. In fin dei conti però, ad occuparsi del diritto antidiscriminatorio è stato solo il *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, che analizzò il diritto secondario europeo e lo sistematizzò. Negli ultimi anni si è potuto constatare addirittura che è diminuito in tutte le istituzioni europee il sostegno politico per una codificazione europea del diritto privato o anche solo per la creazione di un "optional instrument", cioè un ventottesimo regime che le parti di un contratto possono eleggere. Il CFR viene piuttosto percepito solo come una sorta di "toolbox" (cassetta degli attrezzi) che può servire da modello per il legislatore nazionale. Infatti, ciò era anche uno degli obiettivi che si prefissarono gli autori del DCFR. Il lavoro presentato qui di seguito mostrerà proprio quanto sia possibile realizzare questi obiettivi attraverso il DCFR nell'ambito del diritto antidiscriminatorio.

A questo scopo viene rappresentato in un primo passo lo stato attuale del diritto antidiscriminatorio europeo. In particolare si tratta della direttiva 2000/43/CE in attuazione del principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica nell'ambito di prestazioni pubbliche e vendita di merci, della direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni lavorative, della direttiva 76/207/CE, modificata dalla direttiva 2002/73/CE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alle promozioni pro-

fessionali, così come la direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

Ulteriori fattispecie contro la discriminazione trovano applicazione nel solo ambito del diritto del lavoro. Tuttavia, alla Commissione è stato attualmente proposto di estendere il divieto di discriminazione per motivi di pensiero o religiosi, di disabilità, età o di orientamento sessuale (Art 1), anche al settore dell'approvvigionamento di beni e prestazioni di servizi pubblici. Tutte le direttive già emanate, così come quelle ancora in progetto, osservano la stessa struttura e obbligano gli stati membri a legiferare in materia, lasciando però in mano ai legislatori nazionali la scelta tra essi.

Il diritto antidiscriminatorio è contenuto all'art. II-2: 101-II-2:105 del DCFR.

Le norme antidiscriminatorie sono precedute da soli 19 articoli ed occupano pertanto un posto importante all'inizio della compilazione. I profili discriminatori previsti sono solo quelli relativi al sesso, all'origine etnica ed alla razza. L'ambito di applicazione comprende *ratione materiae* "a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or to supply, goods, other assets or services which are available to the public". Nonostante la formulazione si discosti in questo caso dalle direttive, l'ambito di applicazione potrebbe nondimeno essere inteso allo stesso modo. Nell'art. II-2:105 DCFR viene proposta la definizione del concetto di discriminazione, e nell'art. II-2:105 DCFR sono stabilite alcune regole sull'onere della prova. Queste norme corrispondono quasi completamente alle direttive, anche se le formulazioni nel DCFR sono in gran parte meglio elaborate dal punto di vista linguistico e/o legistico. Le ipotesi di giustificabilità della discriminazione sono disciplinate nell'art. II-2:103 DCFR ed equivalgono quasi letteralmente all'art. 4 V 2004/113/EG ma sono formulate in modo più ampio rispetto all'art. 4 direttiva 2000/43/CE. Quindi, un'applicazione del DCFR conforme al diritto europeo sarebbe possibile solo attraverso un'interpretazione molto restrittiva dell'art. II-2:103.

Tenendo conto della proposta di direttiva sull'estensione di un divieto generale di discriminazione, appare poco probabile che il DCFR possa avere un grande impatto sul legislatore europeo. Soltanto linguisticamente lo stesso potrebbe assumere in alcuni punti la funzione di modello. Ai fini della creazione di un diritto antidiscriminatorio coerente da parte del legislatore nazionale, il DCFR risulta quindi poco produttivo.

Come ricorso giudiziario contro le forme di discriminazione previste, l'art. II-2:204 rinvia alle regole generali che riguardano l'inadempimento contrattuale, contenute nel libro III, cap. 3 DCFR. Tuttavia, i ricorsi si applicano solo

nella misura in cui gli stessi siano adeguati alla discriminazione avvenuta (ma considerazioni di prevenzione sono naturalmente lecite in questo contesto). In questo ambito, l'art. II.-2:104 I finge che esista un obbligo di adempimento contrattuale. I rimedi esperibili in questo caso sono in prima linea quello dell'adempimento (section 3) e del risarcimento dei danni (section 7). La pretesa di adempimento di un creditore viene nella prassi limitato dal fatto che quest'ultimo perde il diritto di chiedere il risarcimento danni, se rifiuta un "negozio sostitutivo" accettabile (Art. III.-3:302 V DCFR). Questo sembra rappresentare un compromesso tra la tradizione del diritto civile continentale che come soluzione principale nel caso di inadempimento prevede appunto la facoltà di chiedere l'adempimento e la tradizione del Common Law che, con l'eccezione del sistema di "equity", si incentra sul risarcimento dei danni limitando la pretesa di *specific performance*. Anche se i ricorsi legali previsti dal DCFR a tutela delle vittime della discriminazione si rivelano convincenti almeno nella maggior parte dei casi, l'attuazione della soluzione contenuta nell'art. II.-2:104 DCFR porterebbe a conseguenze decisamente differenti in paesi diversi, conseguenze che potrebbero ritenersi non necessariamente adatte.

Il contributo si chiude di conseguenza con la constatazione che il diritto antidiscriminatorio del DCFR non debba in generale assumere una funzione di modello per i provvedimenti legislativi del legislatore europeo o nazionale. Per il legislatore europeo mancano gli elementi innovativi che potrebbero sviluppare ulteriormente il diritto antidiscriminatorio e renderlo più coerente nel suo insieme. Il DCFR si limita anzi, come in molti altri campi, ad una riproduzione più o meno riformulata delle direttive europee già esistenti, senza considerare nuovi sviluppi, proposte di riforma a livello europeo o altre critiche alla situazione de lege lata. Il DCFR potrebbe estendere l'armonizzazione del diritto solo nel campo dei ricorsi legali, poiché questi non vengono disciplinati dalle direttive, ma lasciati nelle mani dei legislatori nazionali. In questo caso è comunque evidente che tutti i ricorsi possono essere compresi solo nel contesto generale del DCFR e che non possono essere integrati nel diritto nazionale senza una riforma fondamentale o l'abbandono di qualsiasi concetto di coerenza. Ciò costituisce un problema che si contrapporrà spesso alla funzione di modello del DCFR per i legislatori nazionali nell'ambito di riforme del diritto interno.