

# Optionales europäisches Privatrecht («28. Modell«)

Von HOLGER FLEISCHER, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| I. Einführung . . . . .  | 235 |
| 1. Gesetzgebungsmodelle im europäischen Privatrecht . . . . .                                | 236 |
| 2. Optionales Privatrecht in Europa . . . . .  | 237 |
| 3. Privatrechtliches Denken in Referenzgebieten . . . . .                                    | 239 |
| II. Bereichsübergreifende Grundfragen des 28. Modells im Unionsprivatrecht . . . . .         | 242 |
| 1. Unionsrechtliche Kompetenz . . . . .  | 243 |
| 2. Rechtspolitisches Bedürfnis . . . . .   | 244 |
| 3. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .  | 246 |
| 4. Verzahnung supranationaler und nationaler Vorschriften . . . . .                          | 247 |
| 5. Verhältnis zum Internationalen Privatrecht . . . . .                                      | 249 |
| 6. Vertikaler Regulierungswettbewerb . . . . .   | 249 |
| III. Schluss . . . . .   | 251 |
| Summary: <i>The Optional Instrument in European Private Law</i><br>(“28th Regime”) . . . . . | 252 |

## I. Einführung

Antrittsvorlesungen in Rotterdam wohnt zuweilen ein europäischer Zauber inne. Pieter Sanders, den wir als geistigen Vater der Societas Europaea zu feiern pflegen, hatte dort im Jahre 1959 für eine wahrhaft europäische Idee geworben: die Schaffung einer supplementären Form der Aktiengesellschaft, die – in vollem Ornat – neben die nationalen Rechtsformen treten sollte.<sup>1</sup> Ähnlich weitsichtig zeigte sich im Jahre 1993 Filip de Ly, der zu einer

\* Der Text beruht auf dem Einführungsvortrag zu dem Symposium »Optionales europäisches Privatrecht« des Vereins der Freunde und Förderer des Max-Planck-Instituts am 18. Juni 2011 in Hamburg. Er ist im Lichte der dort gehaltenen Referate ergänzt und vertieft worden.

<sup>1</sup> Vgl. Pieter Sanders, Auf dem Wege zu einer europäischen Aktiengesellschaft?: RIW/AWD 1960, 1; rückblickend Holger Fleischer, Das Recht der Internationalen Wirtschaft und die Europäische Aktiengesellschaft: RIW-Jubiläumsbeilage 2004, 9: »wahrhaft herausragendes Dokument der juristischen Zeitgeschichte«.

Zeit, da die Europäische Gemeinschaft nur zwölf Mitgliedstaaten zählte, in seiner Antrittsvorlesung den Begriff des »13. Modells« prägte.<sup>2</sup> Damit sind wesentliche Stichworte für unser heutiges Symposium genannt: Es geht um die Bereitstellung genuin europäischer Organisationsformen, Rechtstitel oder Regelungsregime, die das Rechtsangebot der 27 Mitgliedstaaten nicht *ersetzen*, sondern *ergänzen* sollen.<sup>3</sup> Bündig spricht man daher vom »28. Modell«, ohne seine Vorteile und Probleme indes zu vertiefen.<sup>4</sup> Was es mit diesem optionalen Modell im Unionsprivatrecht auf sich hat, sei hier in drei Einzelschritten erläutert:

### 1. Gesetzgebungsmodelle im europäischen Privatrecht

Mit der Reflexion über supranationale Regelungsmodelle widmen wir uns nicht der *Rechtsanwendung*, sondern der *Rechtsetzung* (»Better Regulation«) in Europa.<sup>5</sup> Diese Grundausrichtung der Privatrechtswissenschaft (auch) als Gesetzgebungswissenschaft<sup>6</sup> verdient vor allem deshalb Hervorhebung, weil man bei der Lektüre europarechtlicher Beiträge häufig den Eindruck gewinnt, die Aufgabe der Europarechtsdoktrin erschöpfe sich darin, zukünftige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) erfolgreich vorherzusagen. Es ist höchste Zeit, diese klassische *prediction theory*, wie sie Oliver Wendell Holmes dereinst für die US-amerikanische Jurisprudenz begründet hat<sup>7</sup>, zu überwinden. Die drängendste Aufgabe der Privatrechts-

<sup>2</sup> Vgl. *Filip de Ly*, *Europese Gemeenschap en Privaatrecht* (1993) 34 (»het dertiende model«); dazu die Besprechung von *Jürgen Basedow*, *ZEuP* 1996, 370; für eine Weiterentwicklung dieses Modells zu einem »slender concept of European Law« *Ulrich Drobnig*, *Private Law in the European Union* (1997) 20.

<sup>3</sup> Dazu etwa *Eva-Maria Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002) 378 ff. (»16. Modell«); *Oliver Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages* (2003) 97 ff.; *Jan Smits*, *Optional Law, A Plea for Multiple Choice in Private Law: Maastricht J. Eur. Comp. L.* 17 (2010) 347; *Jürgen Basedow*, *Fakultatives Unionsprivatrecht oder: Grundlagen des 28. Modells*, in: *FS Sacker* (2011) 29 (zitiert: *Fakultatives Unionsprivatrecht*).

<sup>4</sup> Treffender Befund in der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema »Das 28. Regime – eine Alternative für weniger Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene« vom 27. 5. 2010, *ABl.* 2011 C 21/26 Tz. 1.5: »Bisher wurde jedoch noch keine eingehende Diskussion über die Rechtsnatur, das Ziel, den Rechtsrahmen, die Anwendungsbereiche, Vorteile und Probleme eines solchen Instruments und dessen möglichen Beitrag zur Vollendung des Binnenmarktes geführt.«

<sup>5</sup> Zur Bedeutung der *legislativen* Rechtswissenschaft in Europa etwa *Holger Fleischer*, *Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven: RabelsZ* 75 (2011) 700 (726 ff.): »Methodenlehre der Gesetzgebung«.

<sup>6</sup> Dazu etwa *Horst Eidenmüller*, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: JZ* 1999, 53 (60); *Holger Fleischer*, *Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 36 (2007) 500 (502).

<sup>7</sup> Vgl. *Oliver Wendell Holmes*, *The Path of the Law: Harv. L. Rev.* 10 (1896/97) 457 (461):

wissenschaft in Europa liegt heute nicht mehr in der Beschreibung und Prognose der *richterlichen* Spruchpraxis, sondern im Vordenken neuer *gesetzlicher* Problemlösungen. Ein solcher Forschungsansatz verspricht gerade unter den Knappheitsbedingungen wissenschaftlicher Ressourcen eine attraktive Rendite: Der Grenznutzen einer rechtsetzungsorientierten Privatrechtswissenschaft, die sich z. B. der Zukunft des Gläubiger- oder Verbraucherschutzes in Europa annimmt, ist weitaus größer als jener einer systemimmanenten Verfeinerung der Rechtsprechungsregeln zur verdeckten Sacheinlage oder zum Einwendungsdurchgriff beim Verbraucherdarlehen.<sup>8</sup>

## 2. Optionales Privatrecht in Europa

Im Titel unserer diesjährigen Veranstaltung ist von *optionalem* Privatrecht die Rede. Man kann auch sagen: Es geht um *Wahlmodelle*. Solche gesetzlichen Options- oder Wahlmöglichkeiten erfreuen sich im In- und Ausland wachsender Beliebtheit.<sup>9</sup> Ihre Befürworter betonen, dass sie die Vorteile dispositiver Normen mit jenen des zwingenden Rechts verbinden: Einerseits bieten sie den Marktakteuren eine gewisse Auswahl, andererseits bleiben Rechtssicherheit und Transparenz durch die Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten weiterhin gewährleistet.<sup>10</sup> Systematisch kann man unionsprivatrechtliche Optionsmodelle nach verschiedenen Gesichtspunkten ordnen, die sich nicht ausschließen, sondern miteinander kombiniert werden können:

(1) *Wahlentscheidung über Einzelregeln oder Regelungsbündel*: Eine erste Einteilung knüpft daran an, ob sich die Wahlentscheidung auf einzelne Regelungselemente oder auf ganze Regelungsbündel bezieht. Jenes trifft etwa auf das in Art. 12 der Übernahmerichtlinie<sup>11</sup> verankerte Optionsmodell zur

---

»The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.«

<sup>8</sup> Vgl. *Holger Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. von *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (2007) 50 (62).

<sup>9</sup> Grundlegend aus deutscher Sicht *Gregor Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht: JZ 2008, 11; vertiefend *Stefan Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts (2010) 121 ff.; vorbereitend *Holger Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht: ZHR 168 (2004) 673 (696:). »Eine übergreifende Studie zu Optionsmodellen im Gesellschaftsrecht bleibt ein rechtswissenschaftliches Desiderat«; aus dem internationalen Schrifttum etwa *Gerard Hertig/Joseph A. McCahery*, Optional rather than Mandatory EU Company Law: *European Company and Financial Law Review* (ECFR) 2006, 341.

<sup>10</sup> Vgl. *Bachmann* 16 f.; *Bechtold* 127 (beide vorige Note); aus der ausländischen Literatur *Brett McDonnell*, Sticky Defaults and Altering Rules in Corporate Law: *SMU L. Rev.* 60 (2007) 383 (385 f.); *Smits* (oben N. 3) 351.

<sup>11</sup> Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. 2004 L 142/12.

Nichtanwendung von Neutralitätspflicht und Durchbrechungsregel zu, dieses auf die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom Oktober 2011<sup>12</sup>.

(2) *Wahlrecht der Mitgliedstaaten oder der Marktakteure*: Zweitens kann man danach differenzieren, ob das Wahlrecht den Mitgliedstaaten oder den Marktakteuren selbst zusteht. Während etwa die zahlreichen Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte in der Jahresabschlussrichtlinie<sup>13</sup> von den Mitgliedstaaten ausgeübt werden, bleibt die Wahl zwischen monistischer oder dualistischer Verwaltungsstruktur nach Art. 38 lit. b der SE-Verordnung<sup>14</sup> und Art. 36 lit. b der SCE-Verordnung<sup>15</sup> den Anteilseignern vorbehalten.<sup>16</sup>

(3) *Opt-in- oder opt-out-Modell*: Eine dritte Grenzziehung unterscheidet Regelungen, die gelten, wenn sich die Wahlberechtigten nicht gegen sie entscheiden (»opt-out« oder Widerspruchslösung), und solche, denen man ausdrücklich zustimmen muss (»opt-in« oder Zustimmungslösung). Als *Hineinwahl* ist z. B. die Entscheidung für eine supranationale Gesellschaftsform oder für die Gemeinschaftsmarke konzipiert; Gleiches gilt für die freiwillige Prospekterstellung nach Art. 1 III der Prospektrichtlinie<sup>17</sup>, um als Emittent in den Genuss eines »Europäischen Passes« zu kommen.<sup>18</sup> Eine *Herauswahl* sieht etwa Art. 12 I der Übernahmerichtlinie vor, nach dem jeder Mitgliedstaat aus dem Grundregime von Neutralitätspflicht und/oder Durchbrechungsregel ausscheren kann.<sup>19</sup> Darüber hinaus gibt es zahlreiche Zwischenformen, unter anderem die gesetzliche Vorgabe eines Auffangmodells für den Fall des Scheiterns von Verhandlungen über die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats oder über die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft. Die Strukturierung des gesetzlichen Optionsmodells

<sup>12</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. vom 11. Oktober 2011.

<sup>13</sup> Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrags über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsform, ABl. 1978 L 222/11 (mit späteren Änderungen).

<sup>14</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294/1.

<sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. 2003 L 207/1.

<sup>16</sup> Vgl. *Holger Fleischer*, Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts: AcP 204 (2004) 502 (521 ff.) (zitiert: Societas Europaea).

<sup>17</sup> Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. 2003 L 345/64.

<sup>18</sup> Näher *Volker Wiegell*, Die Prospektrichtlinie und die Prospektverordnung (2008) 160 ff.

<sup>19</sup> Näher *Marcus Lutter/Walter Bayer/Jessica Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht<sup>5</sup> (2012) § 30 Rz. 90 ff. mit weiteren Hinweisen zum »opt-in«-Recht der Gesellschaften bei einem »opt-out« der Mitgliedstaaten nach Art. 12 II der Übernahmerichtlinie.

kann privatautonome Wahlentscheidungen beeinflussen: »Menus Matter«, wie Ian Ayres dies einmal auf den Punkt gebracht hat.<sup>20</sup> Aus der theoretischen und empirischen Forschung wissen wir, dass manche »Menü-Vorschläge« verlockender erscheinen als andere: Wahrnehmungsverzerrungen und Persistenzneigungen infolge von Netzwerk- oder Lerneffekten sind geeignet, die tatsächliche »Menü-Auswahl« der Normadressaten zu beeinflussen. So kann sich der Gesetzgeber zur Förderung seiner Regelungsziele etwa den sog. Ausstattungseffekt (*endowment effect*) zunutze machen, der dazu führt, dass Marktakteure eine dispositive Standardregelung in der Rechtswirklichkeit seltener abbedingen.<sup>21</sup> Optionales Privatrecht nähert sich dann in seinen Wirkungen dem zwingenden Privatrecht an.<sup>22</sup>

(4) *Opt-down oder opt-up-Modell*: Viertens kann der Gesetzgeber den Marktakteuren wahlweise eine Herab- oder Heraufsetzung des gesetzlichen Schutzniveaus gestatten. Das Paradebeispiel bildet die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente<sup>23</sup>, nach deren Anhang II professionelle Kunden eine Behandlung als nichtprofessionelle Kunden beantragen können (»opt-down«) und private Anleger umgekehrt auf Antrag als professionelle Kunden behandelt werden (»opt-up«).<sup>24</sup>

### 3. Privatrechtliches Denken in Referenzgebieten

Ein Blick auf das Tagungsprogramm zeigt, dass wir uns dem heutigen Generalthema nach einem kompetenzrechtlichen Grundsatzreferat (Jörn Axel Kämmerer<sup>25</sup>) über Einzelvorträge zu verschiedenen Rechtsgebieten nähern: Gesellschaftsrecht (Lars Klöhn<sup>26</sup>), Kaufvertragsrecht (Hans Schulte-

<sup>20</sup> Vgl. Ian Ayres, *Menus Matter*: U. Chi. L. Rev. 73 (2006) 3.

<sup>21</sup> Vgl. Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*: Cornell L. Rev. 83 (1998) 608 (665).

<sup>22</sup> Vgl. Bechtold (oben N. 9) 127 und 237.

<sup>23</sup> Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. 2004 L 145/1.

<sup>24</sup> Näher dazu Holger Fleischer, *Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und das Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Entstehung – Grundkonzeption – Regelungsschwerpunkte*: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKRe) 2006, 389 (394).

<sup>25</sup> Jörn Axel Kämmerer, *Integrationsverantwortung: Ein neuer Topos aus Karlsruher Werkstatt*, in diesem Heft S. 253–275.

<sup>26</sup> Lars Klöhn, *Supranationale Rechtsformen und vertikaler Wettbewerb der Gesetzgeber im europäischen Gesellschaftsrecht, Plädoyer für ein marktimitierendes Rechtsformangebot der EU*, in diesem Heft S. 276–315.

Nölke<sup>27</sup>), Versicherungsvertragsrecht (Helmut Heiss<sup>28</sup>), »Geistiges Eigentum« (Reto M. Hilty<sup>29</sup>) und Kollisionsrecht (Stefan Leible<sup>30</sup>). Diese Herangehensweise spiegelt zum einen die Forschungswirklichkeit in Deutschland und Europa wider, die durch eine fortwährende Spezialisierung gekennzeichnet ist. Infolgedessen nimmt man von strukturverwandten Fragestellungen außerhalb des eigenen Fachs kaum mehr Notiz. So gerät z. B. bei der leidenschaftlich geführten Abwehrschlacht gegen die Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht<sup>31</sup> aus dem Blick, dass eine solche Regelungsstrategie in anderen Bereichen, etwa im europäischen Kapitalmarktrecht<sup>32</sup>, durchaus sinnvoll sein kann.<sup>33</sup> Zum anderen ist die bereichsspezifische Problemannäherung dem Umstand geschuldet, dass fakultatives Unionsprivatrecht in manchen Rechtsgebieten eher Fuß gefasst hat als in anderen. Einige Stichworte mögen dies erläutern:

(1) *Gesellschaftsrecht*: Eine Vorreiterrolle für das »28. Modell« spielte das Gesellschaftsrecht, das im Jahre 1985 mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)<sup>34</sup> eine erste supranationale Organisationsform hervorgebracht hat. Es folgten 2001 die schon von Pieter Sanders herbeigesehnte Europäische Aktiengesellschaft (SE)<sup>35</sup> und in ihrem Windschatten 2003 die Europäische Genossenschaft (SCE)<sup>36</sup>. Vor den Toren des Europäischen Gesellschaftsrechts wartet die Europäische Privatgesellschaft (SPE),

---

<sup>27</sup> Eine Schriftfassung seines Hamburger Vortrags fehlt; zu seinen Grundpositionen etwa *Hans Schulte-Nölke*, *Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt*: ZEuP 2011, 749 (zitiert: *Blue Button*); *ders.*, *Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer*: NJW 2009, 2161.

<sup>28</sup> *Helmut Heiss*, *Optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht*, in diesem Heft S. 316–338.

<sup>29</sup> *Reto M. Hilty*, *Optionales europäisches Vertragsrecht (»28. Modell«): »Geistiges Eigentum«*, in diesem Heft S. 339–373.

<sup>30</sup> *Stefan Leible*, *Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb*, in diesem Heft S. 374–400; siehe auch *Matteo Fornasier*, »28.« versus »2. Regime« – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, in diesem Heft S. 401–442.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Thomas Riehm*, *Grenzen der Vollharmonisierung – dargestellt am Beispiel des Verbrauchervertragsrechts*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009: Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz nationalen und europäischen Privatrechts* (2010) 159.

<sup>32</sup> Näher *Holger Fleischer/Klaus Ulrich Schmolke*, *Die Reform der Transparenzrichtlinie: Mindest- oder Vollharmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Beteiligungspublizität?*: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2010, 1241.

<sup>33</sup> Guter Überblick in dem Sammelband *Vollharmonisierung im Privatrecht*, hrsg. von *Beate Gsell/Carsten Herresthal* (2009).

<sup>34</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. 1985 L 199/1.

<sup>35</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 (oben N. 14).

<sup>36</sup> Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 (oben N. 15).

für die ein – nicht konsensfähiger – Entwurf der Europäischen Kommission vom Juni 2008 vorliegt.<sup>37</sup>

(2) *Recht des geistigen Eigentums*: Des Weiteren sind optionale Rechtsinstrumente aus dem europäischen Immaterialgüterrecht geläufig. Dort hat man im Jahre 1993 mit der Gemeinschaftsmarke<sup>38</sup> und im Jahre 2001 mit dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster<sup>39</sup> supranationale Schutztitel geschaffen, die *parallel* zu den nationalen Schutzrechten bestehen. Sie sollten vor allem dazu beitragen, die territoriale Beschränkung der nationalen Schutzrechte zu überwinden. Noch länger als das Ringen um die Europäische Aktiengesellschaft zieht sich der Kampf um das EU-Patent hin. Stein des Anstoßes ist hier nicht die Mitbestimmungs-, sondern die Sprachenregelung: Italien und Spanien wehren sich mit Händen und Füßen dagegen, dass ihre Sprachen nicht für das unionsweite Patent gelten sollen, so dass sich alle anderen Mitgliedstaaten zuletzt veranlasst sahen, ihr Heil in dem Instrument der verstärkten Zusammenarbeit nach Artt. 326 ff. AEUV zu suchen.<sup>40</sup>

(3) *Versicherungsvertragsrecht*: Die wissenschaftlichen Vorarbeiten für ein optionales Versicherungsvertragsrecht in Europa sind weit gediehen. Eine internationale Forschergruppe hat im Rahmen des *Draft Common Frame of Reference* einen Regelungsentwurf für allgemeine Fragen des Versicherungsvertragsrechts vorgelegt: die *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL).<sup>41</sup> Sie sind als voll entwickeltes Modell eines optionalen Instruments ausformuliert, das von den Marktakteuren nach Maßgabe von Art. 1:102 PEICL<sup>42</sup> gewählt werden kann.<sup>43</sup> Regeln für bestimmte Versicherungssparten stehen noch aus.

<sup>37</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008) 396 endg. vom 25. Juni 2008; zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (-*Christoph Teichmann*), hrsg. von *Stefan Leible/Jochem Reichert VI*<sup>3</sup> (2012) § 48 Rz. 1 ff.

<sup>38</sup> Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 1994 L 11/1, aufgehoben und ersetzt durch die Verordnung 207/2009/EG des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 2009 L 78/1.

<sup>39</sup> Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3/1.

<sup>40</sup> Beschluss 2011/167/EU des Rates vom 10. März 2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2011 L 76/93.

<sup>41</sup> Vgl. *Principles of European Insurance Contract Law*, hrsg. von *Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss* (2009).

<sup>42</sup> Art. 1:102 Optional Application: »The PEICL shall apply when the parties, notwithstanding any limitations of choice of law under private international law, have agreed that their contract shall be governed by them. Subject to Article 1:103, the PEICL shall apply as a whole and no exclusion of particular provisions shall be allowed.«

<sup>43</sup> Vgl. *Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht (oben N. 3) 30; *Helmut Heiss*, Optionales europäisches Vertragsrecht als »2. Regime«, in: *FS G. H. Roth* (2011) 237 (243).

(4) *Kaufvertragsrecht*: Jüngstes Beispiel für fakultatives Unionsprivatrecht ist der Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.<sup>44</sup> Er bildet den vorläufigen Höhepunkt einer jahrzehntelangen Diskussion über die Schaffung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts und darf sich daher besonderer Aufmerksamkeit von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sicher sein.<sup>45</sup> Konzeptionell folgt er dem Optionsmodell, indem er die nationalen Vertragsrechte unberührt lässt und nach Art. 1 I<sup>46</sup> nur Gültigkeit beansprucht, wenn die Parteien eines Vertrags es vereinbaren. Dieses Optionsmodell – etwas flapsig auch »blue button« genannt<sup>47</sup> – war bereits im Grünbuch der Europäischen Kommission vom Juli 2010 als denkbare Regelungsstrategie vorgestellt worden<sup>48</sup> und hatte im Konsultationsprozess gemischte Reaktionen hervorgerufen.<sup>49</sup>

## II. Bereichsübergreifende Grundfragen des 28. Modells im Unionsprivatrecht

So richtig das exemplarische Denken in Referenzgebieten ist, um den Besonderheiten der jeweiligen Regelungsmaterie Rechnung zu tragen, so wichtig ist eine systembildende Zusammenführung der gewonnenen Einzelergebnisse aus einer übergeordneten Perspektive. Insoweit könnte sich das

<sup>44</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (oben N. 12).

<sup>45</sup> Für erste Erläuterungen und Stellungnahmen *Dirk Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: NJW 2011, 3491; *Friedrich Graf von Westphalen*, Das optionale Europäische Kaufrecht – eine Chance für Verbraucher und Unternehmer?: ZIP 2011, 1985.

<sup>46</sup> Art. 1 I 2 VO-E: »Dieses Vertragsrecht kann bei grenzüberschreitenden Geschäften verwendet werden, die den Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte und die Erbringung verbundener Dienstleistungen betreffen, wenn die Parteien eines Vertrags dies vereinbaren.«

<sup>47</sup> Erläuternd dazu *Schulte-Nölke*, Blue Button (oben N. 27) 749f.

<sup>48</sup> Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg. vom 1. Juli 2010: Option 4; dazu auch die Justizkommissarin *Viviane Reding*, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt: ZEuP 2011, 1.

<sup>49</sup> Vgl. aus dem überreichen Schrifttum (Auswahl) *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission, RabelsZ 75 (2011) 371 (zitiert: *MPI*, Policy Options); *Walter Doralt*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts: AcP 211 (2011) 1; *Carsten Herresthal*, Die optionale Ausgestaltung des sog. Optionalen Instruments: ZIP 2011, 1347; *Norbert Reich/Hans-W. Micklitz*, Wie »optional« ist ein »optionales« EU-Vertragsrecht?, Einige Fragen zu einer etwas nebulösen Diskussion: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2011, 113.

Privatrecht von dem konzeptionellen Zugriff der modernen Verwaltungswissenschaft inspirieren lassen: Hinter dem Arbeiten mit Referenzgebieten steht dort die maßgeblich von Eberhardt Schmidt-Aßmann geprägte Ordnungsidee, das System des Verwaltungsrechts aus einer Wechselwirkung *allgemeiner* Prinzipien und ihrer Anwendung in den *besonderen* Teilen des Verwaltungsrechts zu gewinnen.<sup>50</sup> Für das hier verhandelte Thema des fakultativen Unionsprivatrechts lassen sich gleich eine Handvoll bereichsübergreifender Grundfragen identifizieren:

### 1. Unionsrechtliche Kompetenz

Am Anfang aller Reformdebatten über Optionsmodelle im europäischen Privatrecht steht die Frage nach einer unionsrechtlichen (Verbands-)Kompetenz.<sup>51</sup> Sie ist für das Gesellschaftsrecht geklärt, nachdem der EuGH in einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 2006 entschieden hat, dass die SCE-Verordnung keine Rechtsangleichung i. S. d. Art. 114 AEUV darstellt, weil sie eine *neue* Genossenschaftsform schafft, die *neben* die Genossenschaften nach nationalem Recht tritt.<sup>52</sup> Die Unionskompetenz für supranationale Gesellschaftsformen ergibt sich damit aus Art. 352 AEUV.<sup>53</sup> Auf diese Vertragsabrundungskompetenz (ex-Art. 235 EWGV, ex-Art. 308 EG) stützten sich in der jüngeren Vergangenheit auch die Verordnungen über die Gemeinschaftsmarke und das Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Durch den Vertrag von Lissabon ist in Art. 118 I AEUV eine spezielle Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union im Immaterialgüterrecht eingeführt worden: Danach erlassen das Europäische Parlament und der Rat im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Näher Eberhardt Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung<sup>2</sup> (2004) 8 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (oben N. 4) Tz. 3.3.1: »Bei der Erörterung der Rechtsnatur und Merkmale eines solchen Instruments ist nach wie vor die Zuständigkeit der EU für seine Annahme ein zentrales Thema.«

<sup>52</sup> Vgl. EuGH 2. 5. 2006, Rs. C-436/03 (*Parlament ./. Rat*), Slg. 2006, I-3733 Tz. 40 und 44.

<sup>53</sup> Näher dazu und zum wechselhaften Diskussionsverlauf im Schrifttum Holger Fleischer, Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union: ZHR 174 (2010) 385 (398 ff.) (zitiert: Supranationale Gesellschaftsformen).

<sup>54</sup> Näher dazu Streinz (-Bings), EUV/AEUV<sup>2</sup> (2012) Art. 118 Rz. 3 ff.

Heillos umstritten ist die Kompetenzfrage für ein einheitliches Europäisches Vertragsrecht. Manche sprechen von einem wahren »Zahlenspiel«. <sup>55</sup> Die Kommission stützt ihren jüngsten Verordnungsvorschlag auf Art. 114 AEUV. Im Gegensatz zur Europäischen Genossenschaft, so die Begründung des zuständigen Referatsleiters, handle es sich beim Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht nicht um eine neue Rechtsform, sondern um ein zweites Kaufrecht, das über die unmittelbar anwendbare Kaufrechts-Verordnung in das jeweilige nationale Recht eingefügt werde und die bisher existierenden Kaufvertragsregeln ergänze. <sup>56</sup> Die Parteien würden nicht »einen europäischen Kaufvertrag« wählen, sondern ein zweites nationales Kaufrecht. Die Kaufrechts-Verordnung gleiche nationale Rechte an, da sie dieses zweite Kaufrecht in jedes nationale Recht einführe. Im Schrifttum gehen die Meinungen weit auseinander. Manche Stimmen machen geltend, dass es für ein *verbindliches* Vertragsrechtsgesetzbuch keine belastbare EU-Kompetenz gebe und dass die *optionale* Ausgestaltung des europäischen Kaufrechts dieses Kompetenzdefizit nicht behebe. <sup>57</sup> Andere Stellungnahmen erblicken zumindest in Art. 352 AEUV eine tragfähige Basis. <sup>58</sup> Die zutreffende Kompetenzgrundlage beeinflusst zugleich die Erfolgsaussichten des Kommissionsvorschlags, weil Art. 352 AEUV einen einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Parlaments voraussetzt und hierzulande das schwerfällige Prozedere nach dem Integrationsverantwortungsgesetz <sup>59</sup> auslöst, während für Art. 114 AEUV eine qualifizierte Mehrheit genügt. <sup>60</sup>

## 2. Rechtspolitisches Bedürfnis

Mit der Bejahung einer Unionskompetenz ist die Frage nach einem rechtspolitischen Bedürfnis nicht schon beantwortet, sondern erst gestellt. Man kann ihr auch nicht dadurch ausweichen, dass man in der Schaffung

<sup>55</sup> In diesem Sinne jüngst *Gary Low*, A Numbers Game, The Legal Basis for an Optional Instrument in European Contract Law (January 2012), <ssrn.com/abstract=1991070>.

<sup>56</sup> So *Staudenmayer* (oben N. 45) 3495.

<sup>57</sup> Deziiert in diesem Sinne *Hans Christoph Grigoleit*, Öffentliche Anhörung des BT-Rechtsausschusses vom 21. 11. 2011; außerdem Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8000, S. 4f.

<sup>58</sup> Vgl. *Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht (oben N. 3) 42; *Kathleen Gutmann*, The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options: Eur. Rev. Contr. L. 7 (2011) 151 (158ff.).

<sup>59</sup> Integrationsverantwortungsgesetz vom 22. 9. 2009, BGBl. I 3022.

<sup>60</sup> Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (oben N. 57) 5; ferner *Low* (oben N. 55) 2: »These may have influenced the Commission's choice of legal basis – selecting Art. 114 TFEU allows it to take the »path of least legislative resistance«, allowing a minority of political malcontents in Council to be overridden«; vertiefend *Stephen Weatherill*, The Limits of Legislative Harmonisation Ten Years After *Tobacco Advertising*: How the Court's Case Law Has Become a »Drafting Guide«: German L. J. 12 (2011) 827.

supranationaler Organisationsformen, Rechtstitel oder Regelungsregime einen »Wert an sich«<sup>61</sup> oder ein »Symbol auf dem Weg zur europäischen Integration«<sup>62</sup> erblickt.<sup>63</sup> Eine solche naive Europa-Euphorie verkennt, dass Rechtsvereinheitlichung beträchtliche Ressourcen verschlingt und sich daher wenigstens einer überschlägigen Kosten-Nutzen-Rechnung stellen muss. Infolgedessen darf sich die Triebfeder zur Ausarbeitung fakultativen Unionsprivatrechts nicht in der wissenschaftlichen Neugier einiger glänzender Rechtsvergleicher erschöpfen, sondern sollte in einem artikulierten Bedürfnis der beteiligten Verkehrskreise bestehen.<sup>64</sup>

Für die Europäische Privatgesellschaft (SPE) ist ein solches Bedürfnis verschiedentlich dargelegt worden.<sup>65</sup> Auch für ein fakultatives Versicherungsvertragsrecht hat man ein ähnliches Bedürfnis auf Unionsebene ausgemacht: Die *Principles of European Insurance Contract Law* seien ein notwendiger Beitrag zur Verwirklichung des Versicherungsbinnenmarktes.<sup>66</sup> Wie es um die Notwendigkeit eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts bestellt ist, wird dagegen höchst unterschiedlich beurteilt. Nach Ansicht der Kommission hindert das von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Vertragsrecht Unternehmer und Verbraucher an grenzüberschreitenden Geschäften im Binnenmarkt: Umfragen zeigten, dass vertragsrechtsbezogene Erschwernisse für den grenzüberschreitenden Handel aus Unternehmenssicht an vorderer Stelle rangierten.<sup>67</sup> Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen würden durch die Rechtsunterschiede und die damit verbundenen zusätzlichen Transaktionskosten davon abgehalten, in andere EU-Länder zu expandieren. Demgegenüber verweisen Kritiker des optionalen Kaufrechtsinstruments darauf, dass die Varianz der Vertragsrechtsordnungen

<sup>61</sup> Helmut Kollhosser/Anselm Raddatz, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung: Juristische Arbeitsblätter (JA) 1989, 10 (16); Günther Zettel, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, ihre Grundlagen und ihre Struktur: DRiZ 1990, 161 (168).

<sup>62</sup> Kollhosser/Raddatz 16; Zettel 169 (alle vorige Note).

<sup>63</sup> Kritisch auch Wolfgang Witz, Rechtsangleichung oder supranationale Rechtsform für die Unternehmensverfassung?, in: Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, hrsg. von Ingeborg Schwenzer (1999) 27 (30).

<sup>64</sup> Vgl. Fleischer, Supranationale Gesellschaftsformen (oben N. 53) 401 f.

<sup>65</sup> Vgl. zuletzt Christoph Teichmann, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft: RIW 2010, 120 m. w. N.; kritisch aber Jens Bormann/David König, Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft: ebd. 111 (112).

<sup>66</sup> Vgl. Jürgen Basedow, Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsrecht, in: Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, FS Egon Lorenz (2004) 93 ff.; Leander Loacker, Insurance soft law, Die Idee eines europäischen Versicherungsvertragsrechts zwischen akademischer Pionierleistung, Gemeinsamen Referenzrahmen und optionalem Instrument: VersR 2009, 289.

<sup>67</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (oben N. 12) 2.

für den grenzüberschreitenden Handelsverkehr nur von untergeordneter Bedeutung sei.<sup>68</sup> Dies zeigten die Erfahrungen mit dem UN-Kaufrecht.

### 3. Sachlicher Anwendungsbereich

Optionale Instrumente im europäischen Privatrecht weisen bisher stets eine grenzüberschreitende Dimension auf.<sup>69</sup> So verlangen die supranationalen Gesellschaftsstatute allesamt ein Element der Mehrstaatlichkeit.<sup>70</sup> Ob es ratsam ist, hieran festzuhalten, bildet im europäischen Gesellschaftsrecht neuerdings ein Politikum ersten Ranges. Der Meinungsstreit hat sich gleich an zwei verschiedenen Stellen entzündet: Zum einen mehrten sich die Stimmen, die bei der Europäischen Aktiengesellschaft für eine Abschaffung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses eintreten<sup>71</sup>; zum anderen hat die Kommission mit dem Verzicht auf ein *cross-border*-Element in ihrem SPE-Verordnungsvorschlag vom Juni 2008<sup>72</sup> neben verbreiteter Zustimmung auch unterschiedenen Widerspruch erfahren: Kompetenzrechtlich sind Zweifel laut geworden, ob Art. 352 AEUV als Ermächtigungsgrundlage noch trägt, wenn der Verordnungsgeber die Gründung supranationaler Gesellschaften nicht ausdrücklich auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt.<sup>73</sup> Ordnungspolitisch befürchten manche Mitgliedstaaten einen Verdrängungswettbewerb zu Lasten ihrer nationalen GmbH-Rechte.<sup>74</sup>

Im Versicherungsvertragsrecht sollen die *Principles of European Insurance Contract Law* nach den Vorschlägen ihrer Verfasser auch für rein innerstaatliche Verträge vereinbart werden können.<sup>75</sup> Zur Begründung heißt es unter

<sup>68</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (oben N. 57) 6.

<sup>69</sup> Vgl. *Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht (oben N. 3) 33.

<sup>70</sup> Näher *Fleischer*, Supranationale Gesellschaftsformen (oben N. 53) 419 ff.

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Matthias Casper*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge: ZHR 173 (2009) 181 (189 ff.).

<sup>72</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (oben N. 37).

<sup>73</sup> So etwa *Michael Martinek*, Die Europäische Privatgesellschaft ohne verbindliche Mehrstaatlichkeit?, Plädoyer für einen qualifizierten grenzüberschreitenden Bezug als Zulassungsvoraussetzung für die neue *Societas Privata Europaea*, in: FS Kreuzt (2010) 747 (760 f.); dagegen *Fleischer*, Supranationale Gesellschaftsformen (oben N. 53) 421.

<sup>74</sup> So etwa *Peter Hommelhoff*, Die Europäische Privatgesellschaft: Auswirkungen auf die nationale GmbH: Der Gesellschafter 2008, 337 (341 ff.); aus ministerialer Sicht auch *Hans-Werner Neye*, Die Europäische Privatgesellschaft, Uniformes Recht ohne Harmonisierungsgrundlage?, in: FS Hüffer (2010) 717 (720): »Aus rechtspolitischer Sicht gilt es zu verhindern, dass die gerade erst modifizierten Standards für die GmbH auf europäischer Ebene im Wege der Gründung einer EPG unterlaufen werden können«, dagegen *Fleischer*, Supranationale Gesellschaftsformen (oben N. 53) 421 f.

<sup>75</sup> Vgl. *Principles of European Insurance Contract Law* (oben N. 36) Art. 1:102 PEICL mit Comment C4, S. 33 f.

anderem, die Unternehmer könnten ohne große Probleme eine innerstaatliche in eine grenzüberschreitende Transaktion verwandeln, indem sie den Vertrag von einer ausländischen Filiale aus abschließen<sup>76</sup> – ein Argument, das in abgewandelter Form auch in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion aufscheint (Strohmanngründungen, Vorratsgesellschaften).<sup>77</sup> Der Verordnungsvorschlag des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts bietet den Mitgliedstaaten in Art. 13 die Möglichkeit, das optionale Instrument auch für reine Inlandsgeschäfte zur Verfügung zu stellen. Dies findet im Schrifttum verbreitet Zustimmung, weil die Unternehmen dann binnenmarktweit ein einheitliches Vertragsmuster verwenden können und die höhere Anwendungshäufigkeit des optionalen Instruments eine schnellere judikative Aufarbeitung erwarten lässt.<sup>78</sup> In die gleiche Richtung weist die allgemein angelegte Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum »28. Modell«.<sup>79</sup>

#### 4. Verzahnung supranationaler und nationaler Vorschriften

Konzeptionell verdient zudem die Verzahnung supranationaler und nationaler Vorschriften Aufmerksamkeit. Im europäischen Gesellschaftsrecht dominiert ein sog. Verweisungsmodell: So begnügt sich die EWIV-Verordnung<sup>80</sup> auf Unionsebene mit einer geringen Regelungstiefe (Gründung, Existenz und innere Verfassung) und verweist in Art. 2 I für alle anderen Fragen auf das innerstaatliche Recht des Sitzstaates. Auch die SE-Verordnung – und in ihrem Gefolge die SCE-Verordnung – operiert in Art. 9 I lit. c mit einer umfangreichen Verweisung auf das nationale Sitzstaatenrecht. Die in früheren Verordnungsentwürfen enthaltene Anweisung, das SE-Statut in erster Linie aus sich heraus auszulegen und fortzubilden<sup>81</sup>, wurde aus Sorge vor übergroßen Anwendungsschwierigkeiten fallen gelassen.<sup>82</sup> Demgegenüber ist der Kommissionsentwurf einer SPE-Verordnung als Vollstatut

<sup>76</sup> Vgl. *Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht (oben N. 3) 42.

<sup>77</sup> Vgl. für die SE *Casper* (oben N. 71) 190f.

<sup>78</sup> Vgl. *Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht (oben N. 3) 41; *Doralt* 18f.; *Herresthal* 1348; *MPI*, Policy Options Rz. 109 und 120 (alle oben N. 49).

<sup>79</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (oben N. 4) Tz. 3.1.8: »Da ein optionelles Instrument ein »2. Regime« des Vertragsrechts in der Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaates bedeuten würde, sollte die freie Wahl des optionellen Instruments selbst in reinen Inlandssachverhalten gewährt werden.«

<sup>80</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 (oben N. 34).

<sup>81</sup> Vgl. Art. 7 I 2 des Entwurfs 1970 und des Entwurfs 1975: »Ist eine Rechtsfrage nicht ausdrücklich geregelt, wird sie entschieden a) nach den allgemeinen Grundsätzen, auf denen dieses Statut beruht; b) falls diese allgemeinen Grundsätze keine Lösung der Rechtsfragen bieten, nach den gemeinsamen Regeln oder den gemeinsamen allgemeinen Grundsätzen der Rechte der Mitgliedstaaten.«

<sup>82</sup> Dazu etwa *Fleischer*, *Societas Europaea* (oben N. 16) 508f.

konzipiert: Nach Art. 4 I sollen für eine SPE die Bestimmungen der Verordnung und für die in Anhang I zur Verordnung genannten Punkte die Bestimmungen ihrer Satzung gelten. Nur wenn ein Punkt nicht durch Verordnung oder Satzung geregelt ist, soll das nationale Recht zur Anwendung kommen. Diese weitgehende Abschottung des Unionsrechts gegen ein Eindringen nationaler Vorschriften in Art. 4 I stellt hohe Anforderungen an die Lückenschlusstechniken, wobei man in Anlehnung an das internationale Einheitsrecht zwischen *externen* und *internen* Lücken unterscheidet.<sup>83</sup> Für interne Lücken wird erwogen, auf allgemeine Grundsätze des unionsrechtlichen Gesellschaftsrechts (*ius communitatis*) und/oder der nationalen Gesellschaftsrechte (*ius commune*) zu verweisen.<sup>84</sup> Angesichts des rudimentären Normenmaterials auf Unionsebene und in Ermangelung ausgearbeiteter *Principles of European Company Law* erscheint dies ambitioniert.

Das europäische Immaterialgüterrecht arbeitet ebenfalls mit Verweisungen auf das nationale Recht, auch wenn sie dosierter eingesetzt werden als im Gesellschaftsrecht. Im Rahmen der Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Verordnung ergeben sich hieraus ähnlich schwierige Abgrenzungsfragen zwischen supranationalem und nationalem Recht wie bei der SE-Verordnung.<sup>85</sup> Im europäischen Versicherungsvertragsrecht soll der Rückgriff auf nationales Recht nach Art. 1:105 PEICL sowohl zum Zwecke der Beschränkung als auch der Ergänzung europäischer Prinzipien grundsätzlich verschlossen sein. Sofern die PEICL eine Frage nicht regeln, sollen lückenfüllend europäische Prinzipien – die *Principles of European Contract Law* – bzw. die gemeinsamen Prinzipien der Mitgliedstaaten herangezogen werden.<sup>86</sup> Im Rahmen des Verordnungsvorschlags zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gelten für Fragen, die in seinen Anwendungsbereich fallen, nur diese Bestimmungen. *Interne* Lücken sollten im Wege der Auslegung ohne Rückgriff auf ein anderes Rechtssystem geklärt werden.<sup>87</sup> Die Anwendung anderer einzelstaatlicher Vorschriften ist in diesem Fall ausgeschlossen. Für die im Verordnungsvorschlag nicht geregelten vertragsrechtlichen Aspekte

<sup>83</sup> Vgl. Ulrich Ehrlicke, Konzeptionelle Probleme der Europäischen Privatgesellschaft: Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht 1 (2010) 6 (9 ff.); monographisch Heike Völter, Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Privatgesellschaft (2000).

<sup>84</sup> Vgl. Gregor Bachmann, Die Societas Europaea und das Europäische Privatrecht: ZEuP 2008, 32 (48 ff.); Thomas Bücker, Die Organisationsverfassung der SPE: ZHR 173 (2009) 281.

<sup>85</sup> Näher Sibylle Zwanzger, Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, Zugleich ein Beitrag zur europäischen Zivilrechtsdogmatik (2010) 145 ff.

<sup>86</sup> Art. 1:105(2): »Questions arising from the insurance contract, which are not expressly settled in the PEICL, are to be settled in conformity with the Principles of European Contract Law (PECL) and, in the absence of relevant rules in that instrument, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States.«

<sup>87</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (oben N. 12) Erwägungsgrund 29.

(z.B. Rechtswidrigkeit von Verträgen, Stellvertretung), also die *externen* Lücken, soll weiterhin das geltende Vertragsrecht der Mitgliedstaaten maßgebend sein.<sup>88</sup>

## 5. Verhältnis zum Internationales Privatrecht

Die Bezüge des Internationalen Privatrechts zum fakultativen Unionsprivatrecht werden in jüngerer Zeit vor allem für das europäische Vertragsrecht diskutiert. Das supranationale Regelungsangebot kann dabei entweder mit Hilfe kollisionsrechtlicher Mechanismen oder über eine einheitsrechtliche Lösung nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts zur Anwendung gebracht werden.<sup>89</sup> Für das europäische Versicherungsvertragsrecht favorisiert man in der Wissenschaft das sog. »2. Modell« gegenüber dem »28. Modell«.<sup>90</sup> Der Verordnungsentwurf der Kommission zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht folgt ebenfalls diesem Modell.<sup>91</sup> Im europäischen Gesellschaftsrecht lässt sich etwa das Regelungsregime der Europäischen Aktiengesellschaft als ein dem jeweiligen nationalen Recht eingepflanztes »2. Regime« begreifen.<sup>92</sup>

## 6. Vertikaler Regulierungswettbewerb

Schließlich werfen Optionsmodelle die Frage nach dem Wettbewerb im europäischen Privatrecht auf – freilich aus einem bisher wenig beleuchteten Blickwinkel. Als Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen zur *Centros*-Entscheidung von einer »competition among rules« sprach<sup>93</sup>, stand ihm der Wettbewerb der Gliedstaaten im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht vor Augen, den der kleine Ostküstenstaat Delaware für sich entschied-

<sup>88</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (oben N. 12) Erwägungsgrund 27.

<sup>89</sup> Näher *Christoph Busch*, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht: EuZW 2011, 655; *Martin Gebauer*, Europäisches Vertragsrecht als Option: der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2011, 227; *Heiss* (oben N. 38) 238 ff.; *Michael Stürmer*, Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung: GPR 2011, 236.

<sup>90</sup> Vgl. *Heiss* (oben N. 43) 243 f.

<sup>91</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (oben N. 12) 6 f.

<sup>92</sup> Näher *Heiss* (oben N. 43) 242.

<sup>93</sup> EuGH 9. 3. 1999, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459 Tz. 20 mit N. 48: »Solange eine Harmonisierung fehlt, muss letztlich der Wettbewerb zwischen den normativen Systemen (»competition among rules«) ungehindert zum Zug kommen, selbst im Recht der Handelsgesellschaften.«

den hat. Einen in mancher Hinsicht vergleichbaren Wettbewerb zwischen den nationalen Gesetzgebern hat die neuere Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit entfacht (Stichwort: deutsche GmbH gegen englische *limited*).<sup>94</sup> Dieser *horizontale* Wettbewerb auf Mitgliedstaatenebene, den man im Schrifttum teils als echten Wettbewerb<sup>95</sup>, teils als bloßen Verteidigungswettbewerb<sup>96</sup> charakterisiert, wird durch supranationale Optionsmodelle um eine *vertikale* Dimension ergänzt. Rechtsökonomisch verbinden sich hiermit verschiedene Fragen: Welche Wettbewerbswirkungen zeitigt ein solches vertikales Rechtsformangebot? Handelt es sich nur um eine weitere Wahlmöglichkeit neben denen der 27 Mitgliedstaaten oder wohnt dem vertikalen Regulierungswettbewerb ein darüber hinausgehender »Mehrwert« inne? Ein Seitenblick auf die US-amerikanische Diskussion hilft nur begrenzt weiter: Dort greift der Bundesgesetzgeber nach einer bekannten These von Mark Roe korrigierend ein, wenn ihm das Gesellschaftsrecht in Delaware zu permissiv erscheint.<sup>97</sup> Diesseits des Atlantiks droht durch die Bereitstellung supranationaler Gesellschaftsformen keine *federal preemption*; EWIV, SE, SCE und SPE bilden als optionale Rechtsinstrumente nur ein korporatives *Zusatzangebot*.

Im europäischen Gesellschaftsrecht wird ein vertikaler Regulierungswettbewerb überwiegend positiv beurteilt, und zwar sowohl von den Befürwortern als auch von den Kritikern eines horizontalen Wettbewerbs der Regelgeber: Manche begreifen ihn als ein Entdeckungsverfahren hinsichtlich der effizientesten Regulierungsebene<sup>98</sup>; andere betonen, ein supranationales Optionsmodell solle auf kreative Experimente verzichten und sich stattdessen am »besten Marktstandard« (im Sinne präsumtiv effizienter Lösungen) orientieren<sup>99</sup>; wieder andere wollen den vertikalen Wettbewerb aus staatstheoretischen Erwägungen nur (aber immerhin) in gezügelter Form zulassen<sup>100</sup>. Denkbar ist schließlich, die Schaffung eines supranationalen Regelungsmodells als eine Art *Joint Venture* zwischen den Mitgliedstaaten anzusehen<sup>101</sup>, was den Brückenschlag zur industrieökonomischen Diskussion

<sup>94</sup> Näher Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz (-Fleischer), hrsg. von Holger Fleischer/Wulf Goette I (2010) Einl. Rz. 217 ff.

<sup>95</sup> So Daniel Zimmer, Zwischen Theorie und Empirie, Zur Konkurrenz der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht, in: FS Karsten Schmidt (2009) 1791 (1795 ff.).

<sup>96</sup> So etwa Jan von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008) 590.

<sup>97</sup> Vgl. Mark Roe, Delaware's Competition: Harv. L. Rev. 117 (2003/04) 588; vertiefend ders., Delaware's Politics: Harv. L. Rev. 118 (2004/05) 2491.

<sup>98</sup> Vgl. Katarina Röpke/Klaus Heine, Vertikaler Regulierungswettbewerb und europäischer Binnenmarkt – die Europäische Aktiengesellschaft als supranationales Rechtsangebot: ORDO 56 (2005) 157 (173 f. und 179 f.).

<sup>99</sup> Vgl. Horst Eidenmüller, Recht als Produkt: JZ 2009, 641 (652).

<sup>100</sup> Vgl. Gregor Bachmann, Vertikaler Regulierungswettbewerb im Europäischen Gesellschaftsrecht, in einer demnächst erscheinenden Festschrift (2012).

<sup>101</sup> Diesen Hinweis verdanke ich meinem Mitarbeiter Dr. Eckart Bueren.

erlaubt, ob ein *Joint Venture* die Innovationstätigkeit der beteiligten Wettbewerber stärkt oder schwächt.<sup>102</sup> Im europäischen Vertragsrecht wird der Gedanke eines vertikalen Regulierungswettbewerbs zwischen dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und den nationalen Kaufrechten zwar gelegentlich erwogen<sup>103</sup>, aber letztlich verworfen, weil die Rahmenbedingungen für einen solchen Wettbewerb im Vertragsrecht andere seien als im Gesellschaftsrecht.<sup>104</sup> Insgesamt sind die Funktionsbedingungen und Störgrößen vertikaler Regelkonkurrenz im europäischen Privatrecht noch weithin Entdeckungsland, zumal die theoretischen Modelle der ökonomischen Theorie des Föderalismus für sie nur begrenzt hilfreich sind.

### III. Schluss

Fakultatives Unionsprivatrecht ist weiter auf dem Vormarsch. Nach einem Vorschlag aus den Reihen des Internationalen Währungsfonds soll das »28. Modell« sogar zur Krisenprävention im Bankenbereich eingesetzt werden.<sup>105</sup> Wie sinnvoll dies wäre, kann hier dahinstehen. Die Gründe für die wachsende Popularität eines optionalen Instruments im europäischen Privatrecht sind jedenfalls vielfältig: (1) Aus Sicht der *Unionsorgane* fügt es sich in die Initiativen zur »besseren Rechtsetzung« in Europa ein und bildet eine veritable Alternative zur traditionellen Harmonisierung.<sup>106</sup> (2) Aus Sicht der *Mitgliedstaaten* stellt es sich als vergleichsweise autonomieschonende Maßnahme dar, weil die nationalen Rechte grundsätzlich unberührt bleiben.<sup>107</sup> (3) Aus Sicht der *Marktbürger* eröffnet es zusätzliche Wahlmöglichkeiten und fördert so die Privatautonomie.<sup>108</sup> All dies entbindet den Unionsgesetzgeber

<sup>102</sup> Dazu etwa *Helmut Bester*, Theorie der Industrieökonomik<sup>3</sup> (2010) 199 ff.

<sup>103</sup> Grundlegend zuvor bereits *Wolfgang Kerber/Stefan Grundmann*, An optional European contract code: Advantages and disadvantages: Eur. J. L. Econ. 2006, 215.

<sup>104</sup> Vgl. *Karl Riesenhuber*, Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht: JZ 2011, 537 (542 ff.).

<sup>105</sup> Vgl. *Wim Fonteyne et al.*, Crisis Management and Resolution for a European Banking System, IMF Working Paper (March 2010) 55: »Establishing an integrated EU level framework for crisis prevention and resolution should follow a two-pronged approach: (i) a largely Regulation-based early intervention and resolution framework for all systemic cross-border EU banks (the »28th regime«), and (ii) a Directive-based framework for non-systemic cross-border banks and purely domestic banks.«

<sup>106</sup> Für eine rechtsökonomische Gegenüberstellung der verschiedenen Harmonisierungsinstrumente *Fernando Gomez/Juan Jose Ganuza*, An Economic Approach of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?: Eur. Rev. Contr. L. 7 (2011) 275.

<sup>107</sup> Vgl. *Smits* (oben N. 3) 351: »The final argument in favour of optional law is that it is less disruptive for the national legal order.«

<sup>108</sup> Abgewogen im Rahmen eines Gesamtpanoramas der politischen Philosophie des europäischen Vertragsrechts *Martijn W. Hesselink*, Five political ideas of European contract law:

freilich nicht von einer bereichsspezifischen und einzelfallbezogenen Überprüfung, ob, und wenn ja, in welcher Ausgestaltung, ein optionales Modell tatsächlich zur Vollendung des Binnenmarktes beitragen kann.

### Summary

#### THE OPTIONAL INSTRUMENT IN EUROPEAN PRIVATE LAW ("28TH REGIME")

This paper explores the "optional instrument" as a regulatory tool in European private law. The term "optional instrument" or "28th Regime" refers to supranational corporate forms, legal titles or legal instruments which provide an alternative model for doing business throughout the European Union while leaving national laws untouched. After distinguishing different modes of optional law, the paper provides an overview of optional instruments that already exist or are proposed in European company law, intellectual property law, insurance contract law and sales law. It then identifies common features and problems of the 28th Regime, from its appropriate legal basis and the need for an optional instrument, to its scope of application, its interface with national law and its relationship to private international law. Finally, the paper addresses the under-researched question of vertical regulatory competition triggered by optional instruments in European private law.

---

Eur. Rev. Contr. L. 7 (2011) 295 (299f. und 305); kritisch *John Cartwright*, ›Choice is good. Really?‹: ebd. 335.

