

Jahresheft

der

Internationalen Juristenvereinigung

Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück

Süsterstraße 28, D-49069 Osnabrück

Telefon: 0541/969-6053 – Telefax: 0541/969-6059

E-Mail: IJVO@web.de

Internet: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo>

Präsident: Dipl. Jur. Raphael Beermann (Präsident)

Dipl. Jur. Thorsten Tepass (Vizepräsident)

Dipl. Jur. Christoph Fischer LL.M. (Paris I) MJur (Oxon) (Quaestor)

Zitierweise: IJVO 17 (2011/12), S. ...

ISSN: 1866-3931

Bandpreis: € 8,- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2013 Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: www.viaprinto.de

Vorwort

Mit dem Jahresheft 2011/2012 gibt die IJVO bereits zum 17. Mal in ihrer Geschichte eine Sammlung wissenschaftlicher Schriften heraus. Von dieser Ausgabe umfasst sind neben allen Vorträgen, die in den Jahren 2011 und 2012 im Rahmen der IJVO-Vortragsreihe gehalten wurden, ein weiterer Fachaufsatz sowie eine besonders gelungene studentische Leistung in Form einer Studienarbeit. Traditionell bilden das Internationale sowie das Europäische Privatrecht den thematischen Schwerpunkt des Jahresheftes. Darüber hinaus gibt der Jahresbericht 2011/2012 des European Legal Studies Institute (ELSI) Auskunft über die in diesem Zeitraum stattgefundenen Aktivitäten an dieser Institution der Universität Osnabrück.

Bereits an dieser Stelle möchten wir uns bei allen Autoren für ihre gelungenen und interessanten Beiträge bedanken. Ebenso dankbar sind wir einmal mehr unseren Sponsoren bestehend aus der „Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft“ aus Osnabrück und dem neu gewonnenen „Seltner-Verlag“ aus München. Es freut uns sehr, dass durch ihre Unterstützung die Arbeit und das Engagement vor allem auch jüngerer Rechtswissenschaftler gefördert werden kann. Ein Dank gilt auch der Unterstützung durch den Direktor des ELSI, Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Christian von Bar, mit dem die IJVO seit vielen Jahren eng und vertrauensvoll zusammenarbeitet.

Den ersten Beitrag liefert der Vortrag von Frau Prof. Dr. Giesela Rühl, LL.M. (Berkeley), Berlin/Jena zum Thema „Der Schutz des ‚Schwächeren‘ im Europäischen Kollisionsrecht“. Der anschauliche Vortrag beleuchtet vor allem die Vorschriften der Rom I-VO und Rom II-VO, die dem Schutz des „Schwächeren“ dienen und untersucht diese auf ihre Kohärenz; schließlich werden Vorschläge zu einer Reform des Kollisionsrechts in diesem Bereich unterbreitet. Wir bedanken uns an dieser Stelle noch einmal für die kurzfristige Bereitschaft von Professorin Rühl, ihren Beitrag in Osnabrück zu präsentieren.

Darauf folgt der aufschlussreiche Vortrag unseres türkischen Autors Ass. Prof. Dr. Serdar Nart von der Dokuz Eylül Universität Izmir (Turkei) mit dem Titel „Die allgemeine Gefährdungshaftung nach Art. 71 des neuen türkischen Obligationenrechts“. Der Beitrag befasst sich mit dem türkischen Deliktsrecht und der Generalklausel des Art. 71, die innerhalb des neuen Obligationenrechts geregelt ist. Letzteres ist 2012 in Kraft getreten und hat sich dabei stark am schweizerischen Zivilgesetzbuch orientiert. Die Generalklausel des Art. 71 weicht jedoch im Hinblick auf das Haftungsobjekt und beim Ersatz für Schäden, die durch erlaubte, gefährliche Tätigkeiten entstanden sind, vom schweizerischen System ab.

Einen sehr interessanten Einblick in die jüngeren Entwicklungen des rumänischen Zivilrechts bot Univ.-Doz. Dr. Christian Alunaru von der Universität Vasile Goldiș, aus dem rumänischen Arad, der zum Thema „Das rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern“ vortrug. Der Beitrag offenbart neben einem Einblick in das neue rumänische Sachenrecht auch die unterschiedlichen Einflüsse, denen das rumänische Zivilrecht im Laufe der Jahre unterlag; insbesondere erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Einflüsse der französischen und österreichischen Rechtsordnungen. Nicht zuletzt werden auch die Auswirkungen der kommunistischen Diktatur auf das Zivilrecht in Rumänien dargestellt.

Für einen weiteren Fachaufsatz konnten wir Frau Galatea (Tina) Kalouta, LL.M. (LMU München) gewinnen. Frau Kalouta ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Referentin für das griechische und zypriische Recht am ELSI in Osnabrück. In ihrem Aufsatz „Die künstliche Befruchtung und die daraus entstehenden Gleichheitsfragen“ beschäftigt sie sich mit juristischen Fragestellungen rund um das hochaktuelle Thema der künstlichen Befruchtung und analysiert und vergleicht die Rechtslage in Griechenland und Deutschland.

Der studentische Beitrag besteht in dieser Ausgabe in der Studienarbeit von Herrn Dipl. Jur. Jan Ph. Meyer mit dem Thema „Das Widerrufsrecht im DCFR und in den Acquis Principles im Verhältnis zum geltenden EU Recht“. Diese Arbeit auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechtes berücksichtigt das gesamte diesen Bereich betreffende und teils sehr unübersichtliche Unionsrecht und stellt es den entsprechenden Regelungen des DCFR und der Acquis Principles gegenüber. Der DCFR erweist sich dabei trotz mangelnder Verbindlichkeit und gelegentlichen Ungenauigkeiten als möglicher Grundstein für zukünftige Überlegungen im Hinblick auf homogenere Regelungen für den europäischen Binnenmarkt – in diesem Fall freilich vor allem im Hinblick auf das Widerrufsrecht.

Mit dem Abschluss des Jahres 2012 endet auch die Tätigkeit des bisherigen Vorstandes bestehend aus Dipl. Jur. Raphael Beermann (Präsident), Dipl. Jur. Thorsten Teppe (Vizepräsident) und Dipl. Jur. Christoph Fischer, LL.M. (Paris), MJur (Oxon) (Quaestor). Wir wünschen dem neuen Vorstand, namentlich José Carlos Nóbrega (LL.M. Osnabrück) (Präsident), Dr. Geo Magri (Vizepräsident) sowie Dipl. Jur. Christian Dankert (Quaestor) eine erfolgreiche Zeit mit vielen interessanten Vorträgen!

Osnabrück, im Juni 2013,

für das Präsidium 2012

Dipl. Jur. Raphael Beermann

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	I
<i>Giesela Rühl</i> Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht	1
<i>Serdar Nart</i> Die allgemeine Gefährdungshaftung nach Art. 71 des neuen türkischen Obligationenrechts.....	15
<i>Christian Alunaru</i> Das Rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern	29
<i>Galatea (Tina) Kalouta</i> Die künstliche Befruchtung und die daraus entstehenden Gleichheitsfragen – Griechenland und Deutschland im Vergleich.....	60
<i>Jan Ph. Meyer</i> Das Widerrufsrecht im DCFR und in den Acquis-Principles im Verhältnis zum geltenden EU-Recht.....	94
Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2010/2011 Laufende Forschungsprojekte; Auszeichnungen.....	132

Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht¹

von

Prof. Dr. Giesela Rühl, LL.M. (Berkeley), Berlin/Jena

I. Einleitung

Der Schutz des „Schwächeren“ kann heute mit Fug und Recht als „Klassiker“ des Internationalen Privatrechts bezeichnet werden – und das, obwohl sich die entsprechenden Überlegungen vor dem Hintergrund der mehr als 800-jährigen Geschichte des Internationalen Privatrechts als eher jüngere „Erfindung“ darstellen. Tatsächlich betreten Überlegungen zum Schutz einer als „schwächer“ empfundenen Partei erst verhältnismäßig spät, nämlich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die Bühne des Internationalen Privatrechts. Wegbereiter war dabei das materielle Recht. Hier gab die Zunahme von Massengeschäften im Gefolge von Industrialisierung und Kommerzialisierung bereits im 19. Jahrhundert Anlass für erste punktuelle Regelungen zum Schutz des „Schwächeren“, insbesondere des Verbrauchers und des Arbeitnehmers. Diese weiteten sich im Laufe des 20. Jahrhunderts zu einem nahezu umfassenden Schutz aus und drangen langsam in das Internationale Privatrecht vor.² Erste – punktuelle – kollisionsrechtliche Regelungen zum Schutz des „Schwächeren“, insbesondere des Verbrauchers, wurden in den siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts in Österreich³ und der Schweiz⁴ erlassen. Auf europäischer Ebene folgte ebenfalls in den achtziger Jahren das Europäische Schuldvertragsbereinkommen.⁵

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 7. Februar 2011 bei der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) gehalten hat. Er ist erstmalig erschienen in *Herbert Kronke/Karsten Thonn* (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Gieseking, Bielefeld (2011), S. 364-377 und wurde für die Zwecke dieser Veröffentlichung aktualisiert. Die Verfasserin dankt den Herausgebern der Festschrift und dem Verlag für die freundliche Genehmigung zum Nachdruck.

² *Kroeger*, Der Schutz der „marktschwächeren“ Partei im Internationalen Vertragsrecht (1984) 1; *Landau*, Contracts, in: *Lipstein* (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 24 (1976) 3, 134-135; *Leible*, Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, in: *Leible* (Hrsg.), Das Granbuch zum Internationalen Vertragsrecht (2004) 133, 133-134; *Nygh*, Autonomy in International Contracts (1999) 143-145; *Rudisch*, Grenzüberschreitender Schutz bei Verbraucherverträgen im Gefolge von internationalem Privat- und internationalem Verfahrensrecht, in: *Schwab/Helss/Rudisch* (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 191, 195-197. Siehe zur Entwicklung in Deutschland *Schäfer*, Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht (2006) 18-25.

³ § 41 (a) des österreichischen Bundesgesetzes Nr. 304/1978 über das Internationale Privatrecht vom 15. Juni 1978 in der Fassung vom 21.6.2004, deutsche Fassung abgedruckt in *Riering* (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa (1997) 82-92.

⁴ § 120 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, deutsche Fassung abgedruckt in *IPRax* 1988, 376-388 und in *Riering* (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa (1997) 210-262.

⁵ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19. Juni 1980 (konsolidierte Fassung), *Abl. EG* 1998, C 27/3.

Heute besteht nicht zuletzt wegen der zunehmenden internationalen Verflechtung im Gefolge von Globalisierung und Europäisierung weitgehend Einigkeit darüber, dass der „Schwächerer“ im Internationalen Privatrecht ebenso umfassenden Schutzes bedarf wie im materiellen Recht. In nahezu allen nationalen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken kommen deshalb insbesondere Verbraucher und Arbeitnehmer in den Genuss besonderer Vorschriften. Dies gilt auch für das entstehende europäische Kollisionsrecht. Sowohl die Rom I-VO⁶ als auch die Rom II-VO⁷ halten Vorschriften zum Schutz einer als schwächer empfundenen Partei bereit. Bei einem Blick auf die einschlägigen Vorschriften zeigt sich allerdings, dass der „Schwächerer“ vom europäischen Gesetzgeber in unterschiedlichen Zusammenhängen auf sehr unterschiedliche Weise geschützt wird. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob es einen kollisionsrechtlichen validen Grund für die Wahl unterschiedlicher Regelungsmodelle gibt.

Im folgenden Beitrag möchte ich dieser Frage nachgehen und die Vorschriften, die im europäischen Kollisionsrecht dem Schutz des „Schwächeren“ dienen, auf ihre Kohärenz hin untersuchen. Im ersten Abschnitt werde ich dabei auf den Hintergrund der Vorschriften (*infra* II.). Insbesondere werde ich die Gründe darlegen, die für den Schutz des „Schwächeren“ im Internationalen Privatrecht streiten. Im zweiten Abschnitt werde ich mich den Regelungsmodellen zuwenden, die zum Schutz des „Schwächeren“ zum Einsatz kommen (*infra* III.). Im dritten Abschnitt werde ich die verschiedenen Regelungsmodelle einer kritischen Würdigung unterziehen (*infra* IV.). Im vierten Abschnitt werde ich schließlich einen Reformvorschlag unterbreiten (*infra* V.).

II. Hintergrund

Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Betrachtung ist im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht der Europäischen Union nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Rom I-VO und nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 der Rom II-VO die Rechtswahlfreiheit.⁸ Sie lässt sich in beiden Rechtsgebieten im Wesentlichen mit zwei Überlegungen rechtfertigen. Zunächst einmal gewährleistet sie Anknüpfungsgerechtigkeit.⁹ Sie stellt nämlich sicher, dass das Recht zur Anwendung kommt, das sich für die betroffenen Parteien im Einzelfall bei einer Gesamtbetrachtung als das Beste darstellt. Die Gründe, aus denen sich ein Recht als das Beste

⁶ 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. EU 2008, L 17/16.

⁷ 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. EU 2007, L 19/40.

⁸ Siehe allgemein zur Rechtswahlfreiheit im (europäischen) Kollisionsrecht *Leible*, Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, in: *Reichel* (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* (2007) 31, 45-46; *Rühl*, *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Kollisionsrecht*, in: *Baetge/von Hein/von Hinden* (Hrsg.), *FS Kropholler* (2008) 187-209; *Rühl*, *Rechtswahl*, in: *Basedow/Hopfl/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Privatrecht (2011) 323-342; *Weber*, *Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts zum Internationalen Privatrecht* (2011) 323-342; *Weber*, *Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts* (2004) 241-242. Siehe außerdem die kürzlich erschienene Monographie von *Kathrin Kroll-Ludwig*, *Die Rolle der Parteienautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (2012).

⁹ Siehe dazu nur *Leible*, *Parteiautonomie im IPR*, in: *Manseil/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann* (Hrsg.), *FS Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Fn. 8, 1270. Ebenso von *Hoffmann*, *Rabelsz* 38 (1974) 396; *397-398*; von *Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 366.

darstellt, können dabei durchaus unterschiedlich sein.¹⁰ So mag es den Parteien auf die Qualität des gewählten Rechts ankommen. Dieses mag ihren Bedürfnissen besonders gut entsprechen, für bestimmte Fragen besonders anerkannte Regelungen bereithalten oder aber einfach weit verbreitet sein. Daneben kann es den Parteien um die Anwendung eines vertrauten oder eines neutralen Rechts gehen. Ausschlaggebend für die Rechtswahl ist in diesem Fall nicht die Qualität des gewählten Rechts, sondern der Umstand, dass beide Parteien das gewählte Recht kennen oder dass es keiner Partei näher steht als der anderen. Neben der Gewährleistung von Anknüpfungsgerechtigkeit lässt sich die Rechtswahlfreiheit sowohl im Internationalen Vertragsrecht als auch im Internationalen Deliktsrecht aber auch mit der Förderung von Rechtssicherheit rechtfertigen.¹¹ Sie erlaubt den betroffenen Parteien nämlich, ihre Rechtsbeziehung einer bestimmten Rechtsordnung zu unterstellen, und beseitigt damit alle Unklarheiten, die sich aus der objektiven Anknüpfung ergeben können. Die Wahl eines Rechts trägt in diesem Fall in erster Linie dazu bei, die Unwägbarkeiten, die sich aus dem Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen ergeben, mit wenig Aufwand, insbesondere ohne ausführende vertragliche Spezifikation, in den Griff zu bekommen.

Die Rechtswahlfreiheit stellt sich vor diesem Hintergrund sowohl im Internationalen Vertragsrecht als auch im Internationalen Deliktsrecht als überzeugender Anknüpfungspunkt dar. Trotzdem besteht Einigkeit darüber, dass sie gewissen Grenzen unterliegen muss, und zwar insbesondere dann, wenn eine Partei „schwächer“ ist als die andere Partei.¹² In den Worten von *Paul Neuhans*: „Die Parteienautonomie verliert ihren Sinn, ... wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.“¹³ In den meisten nationalen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken – und auch im europäischen Kollisionsrecht – wird die Rechtswahlfreiheit deshalb zum Schutz einer als „schwächer“ empfundenen Partei eingeschränkt. In moderner, ökonomisch geprägter Terminologie lässt sich dieser Schutz im Wesentlichen mit Informationsasymmetrien begründen.¹⁴ Solche Asymmetrien treten auf, wenn eine Partei besser über das anwendbare

¹⁰ Siehe dazu ausführlich *Ribstein*, *J. Corp. L.* 18 (1993) 245, 247-255; *Rühl*, *Rechtswahl*, in: *Basedow/Hopfl/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Fn. 8, 1270; *Rühl*, *Statut und Effizienz*, Fn. 8, 347-349; von *Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band 1 (2003) 597-599. Siehe zur Rechtswahl im Internationalen Vertragsrecht *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002) 286-308.

¹¹ Siehe dazu nur *Leible*, Fn. 9, 487; *Nygh*, Fn. 2, 2-3; *Rühl*, *Rechtswahl*, in: *Basedow/Hopfl/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Fn. 8, 1270. Ebenso von *Hoffmann*, *Rabelsz* 38 (1974) 396, 397; von *Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 366.

¹² Siehe nur die Formulierungen bei *Kentzack*, *J. Dr. Int.* 136 (2009) 3, 30-39 („parties faibles“); *Kropholler*, *Rabelsz* 42 (1978) 634; *Lando*, Fn. 2, 37 („weaker party“); *Leible*, *Jb. J. ZWiss.* 1995, 245, 249-252, 267; *Niboyet/De Geoffre/de La Pradelle*, *Droit international privé* (2007) 25 („partie faible“); *Pocar*, *Protection of weaker Parties in the Rome Convention and the Rome I Proposal*, in: *Basedow/Baum/Nishitani* (Hrsg.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective* (2008) 127; *Shiny-Cyermann*, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in: *Ancel* (Hrsg.), *Le droit international privé: esprit et méthodes* (2005) 737; *Solomon*, *Tul. L. Rev.* 82 (2008) 1709, 1716-1719 („weaker party“); von *Hoffmann*, *Rabelsz* 38 (1974) 396; von *Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 368 („weak party“).

¹³ *Neuhans*, *Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* (1976) 257. Ebenso von *Hoffmann*, *Rabelsz* 38 (1974) 396; von *Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 365.

¹⁴ Neben Informationsasymmetrien kann der Schutz einer als schwächer empfundenen Partei aus ökonomischer Sicht auch mit Abweichungen vom Modell rationalen Verhaltens (Quasi-Rationalitäten) begründet werden. Diese treten auf, wenn sich eine Partei zur Bestimmung von Wahrscheinlichkeiten und zur Verarbeitung von Informationen bestimmter, verzerrter Daumenregeln bedient. Sie haben zur Folge, dass

Recht informiert ist als die andere und die schlechter informierte Partei gleichzeitig keine Möglichkeit hat, sich die fehlenden Informationen zu besorgen.¹⁵ Sie finden sich insbesondere bei Verbraucherverträgen und stellen die Gerechtigkeitsvermutung, die eine Rechtswahl nach den obigen Ausführungen grundsätzlich für sich in Anspruch nehmen kann, in Frage. Die besser informierte Partei kann nämlich ihren Informationsvorsprung zum Nachteil der schlechter informierten Partei ausnutzen, indem sie sich bewusst für die Anwendung eines Rechts entscheidet, das ihr einen möglichst großen Vorteil verschafft. Ein Risiko geht sie damit nicht ein. Da sich das anwendbare Recht nicht als Such- oder Inspektionsgut, sondern als Erfahrungsgut oder Vertrauensgut darstellt, dessen Qualität – wenn überhaupt – erst nach Durchführung des Vertrags zu erkennen ist,¹⁷ haben es Anbieter, die sich für die Wahl eines ausgewogeneren Rechts entscheiden, im Vorfeld schwer, den damit einhergehenden höheren Preis zu erzielen. Sie werden gezwungen, ihre Preise zu senken und laufen deshalb Gefahr, aus dem Markt gedrängt zu werden. Langfristig kann es deshalb passieren, dass nur die Anbieter überleben, die sich für ein Recht entscheiden, das die schlechter informierte Partei systematisch benachteiligt.¹⁸

III. Bestandsaufnahme

Der Schutz der „schwächeren“ Partei vor den damit beschriebenen Gefahren einer Rechtswahl kann regelungstechnisch auf zwei verschiedene Arten bewirkt werden: Er kann entweder vom Gesetzgeber – *ex ante* – für bestimmte Personengruppen typisiert festgelegt werden. Oder er kann vom Richter mit Hilfe von Generalklauseln – *ex post* – in die betroffene Partei die Vor- und Nachteile einer rechtlichen Regelung – unabhängig von den zur Verfügung stehenden Informationen – systematisch falsch einschätzt und lassen sich in verschiedenen Situationen allerdings noch an einschlägigen empirischen Studien. Da außerdem die aus den empirischen Befunden zu ziehenden normativen Schlussfolgerungen bislang noch unklar sind, wird im folgenden auf Quasirationalität als Grund für den kollisionsrechtlichen Schutz des Schwächeren nicht weiter eingegangen. Siehe dazu aber ausführlich *Rühl, Connell* Int'l L. J. 44 (2011) 569, 582-584; *Rühl, Statut und Effizienz*, Fn. 8, 460-463 und 559-562.

¹⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005) 108-109; *Trebbelcock*, The Limits of Freedom of Contract (1993) 58; *Vejanowski*, Economic Principles of Law (2007) 40-41.

¹⁶ Siehe zu den Problemen von Informationsasymmetrien im Internationalen Privatrecht ausführlich *Garcimartin Alferez*, Harmonization, State of origin or State of destination, in: *Audi/Muir Watt/Patant 521; Parisi/Bibstein*, Choice of Law, in: *Newman* (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Volume 1 (1998) 236, 240; *Rühl, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts and Genschik/Niechoj/Rühl/von Hein* (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World (2007) 153, 180-182; *Rühl, Connell* Int'l L. J. 44 (2011) 569, 573-581; *Rühl, Statut und Effizienz*, Fn. 8, 447-460; *Schäfer/Ott*, Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002) 203, 215-216. Ebenso im Ergebnis wenn auch nicht unter Verwendung der ökonomischen Terminologie.

¹⁷ Siehe zur Unterscheidung von Suchgütern, Erfahrungsgütern und Vertrauensgütern *Darby/Kami*, J. L. & Econ. 16 (1973) 67, 68-72 und *Nelson*, J. Pol. Econ. 78 (1970) 311, 312-318. Siehe außerdem *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organization (2006) 443-446, 475-476; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001) 118-120.

¹⁸ Siehe zum Ganzen ausführlich *Rühl*, Fn. 16, 180-181; *Rühl, Connell* Int'l L. J. 44 (2011) 569, 573-581; von Informationsasymmetrien *Akerlof*, Quart. J. Econ. 84 (1970) 488-500; *Carlton/Perloff*, Fn. 17, 443-446; in: *Ebers/Janssen/Meyer* (Hrsg.), European Perspectives on Producer's Liability (2009) 125, 126-127; *Vejanowski*, Fn. 15, 40-41, 117.

jedem Fall individuell bestimmt werden. Der europäische Gesetzgeber hat sich für den ersten Weg, den der Typisierung, entschieden. Anders als beispielsweise das US-amerikanische Kollisionsrecht, das die schwächere Partei unter Rückgriff auf die allgemeine *fundamental public policy*-Doktrin schützt,¹⁹ enthält das europäische Kollisionsrecht zahlreiche spezielle Vorschriften, die die Rechtswahlfreiheit zum Schutz einzelner als „schwächer“ empfundenen Personengruppen einschränken. Zu diesen Personengruppen gehören im Internationalen Vertragsrecht in erster Linie Verbraucher und Arbeitnehmer. Für sie finden sich in Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 der Rom I-VO besondere Vorschriften zum Schutz vor den Gefahren einer Rechtswahl. Hinzutreten mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rom I-VO besondere Vorschriften zum Schutz von Reisenden sowie zum Schutz von Versicherungsnehmern. Im Internationalen Deliktsrecht werden der Rechtswahlfreiheit darüber hinaus im Interesse des Geschädigten in Art. 14 Abs. 1 S. 1 der Rom II-VO Grenzen gesetzt. Insgesamt schützt das europäische Kollisionsrecht damit in typisierter Form fünf verschiedene Personengruppen vor den Gefahren einer Rechtswahl. Bewirkt wird der Schutz jeweils durch die Einschränkung der Rechtswahlfreiheit. Unterschiede ergeben sich allerdings im Hinblick auf die Art und Weise, mit der die Einschränkung erfolgt. Tatsächlich lassen sich nicht weniger als drei verschiedene Regelungsmodelle unterscheiden.

1. Erstes Regelungsmodell: „Überlagerte Rechtswahl“

Das erste Modell zum Schutz des „Schwächeren“ vor den Gefahren einer Rechtswahl kann als „überlagerte“ Rechtswahl bezeichnet werden. Es findet sich in Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 der Rom I-VO und dient dem Schutz des Verbrauchers²⁰ und des Arbeitnehmers.²¹ Es zeichnet sich dadurch aus, dass es eine Rechtswahl im Hinblick auf ihre Wirkung beschränkt. Im Einzelnen darf eine Rechtswahl der „schwächeren“ Partei, also dem Verbraucher oder dem Arbeitnehmer, nicht den Schutz der zwingenden Normen entziehen,

¹⁹ Siehe dazu *Delisle/Trujillo*, Am. J. Comp. L. 58 (2010 Supp.) 135, 145; *Healy*, Duke Int'l & Comp. L. J. 19 (2009) 535, 536-546; *Rühl*, Fn. 16, 167-171; *Rühl*, Rechtswahl, in: *Baszardow/Hopfl/Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Fn. 8, 1270, 1274; *Rühl, Connell* Int'l L. J. 44 (2011) 569, 586; *Rühl*, Statut und Effizienz, Fn. 8, 550-551. Siehe allgemein zum Schutz des Schwächeren im US-amerikanischen Internationalen Privatrecht *Borchers*, Tul. L. Rev. 82 (2008) 1645, 1647-1648, 1657-1659; *Landu*, Fn. 2, 25-26; *Purcell*, UCLA L. Rev. 40 (1992) 423, 459-571.

²⁰ Siehe zur Einschränkung der Rechtswahlfreiheit zum Schutz des Verbrauchers *De Meyer*, Eur. J. Consum. L./R.E.D.C. 2009, 631, 655-656; *López-Tarruella Martínez*, AEDIP 8 (2008) 511, 524-528; *López-Tarruella Martínez*, Eur. J. Consum. L./R.E.D.C. 2009, 345, 360-362; *Markowski*, Consumer Contracts under the Article 6 of the Rome I Regulation, in: *Cashin Rialme/Bonomi* (Hrsg.), Le nouveau règlement européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles (2009) 1211, 140-141; *Ragno*, The Law Applicable to The European Private International Law of Obligations (2009) 248-251; *Plender/Wilderspin*, Consumer Contracts under the Rome I Regulation, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I) (2009) 299, 313-322; *Solomon*, Tul. L. Rev. 82 (2008) 1709, 1717-1719, 1730-1734.

²¹ Siehe zur Einschränkung der Rechtswahlfreiheit zum Schutz des Arbeitnehmers *Deinert*, Rda 2009, 144, 149-150; *Gardesès Santiga*, AEDIP 8 (2008) 387, 397-407; *Grasat*, ICLQ 2012, 91-126; *Markowski*, Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.), Rome I Regulation (2009) 171, 211-215; *Plender/Wilderspin*, Fn. 20, 310-314; *Seznin*, La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento „Roma I“, in: *Boschero* (Hrsg.), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I) (2009) 337, 348-351; *Wimmerst*, EuZA 2 (2009) 481, 486-487.

die in Ermangelung einer Rechtswahl anwendbar wären. Eine Rechtswahl wird folglich von den zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts „überlagert“, soweit diese für den Verbraucher oder den Arbeitnehmer günstiger sind als die entsprechenden Normen des gewählten Rechts. Im Wege eines Günstigkeitsvergleichs ist deshalb zu ermitteln, ob das gewählte Recht den Verbraucher oder Arbeitnehmer insoweit besser oder schlechter stellt. Ergibt dieser Vergleich, dass das gewählte Recht den Verbraucher oder Arbeitnehmer schlechter stellt, als die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts, findet das gewählte Recht insoweit keine Anwendung. An seine Stelle treten die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts mit der Folge, dass der Vertrag einem *law mix* bestehend aus dem gewählten Recht und den zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts, unterliegt. Ergibt der Günstigkeitsvergleich als die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts, findet das gewählte Recht vollumfänglich Anwendung. Die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts stellen damit das Minimum an Schutz dar, das dem Verbraucher oder dem Arbeitnehmer gewährt wird. Unterschreitet das gewählte Recht dieses Minimum, wird die Rechtswahl in ihrer Wirkung beschränkt. Im Ergebnis kann eine Rechtswahl den Verbraucher oder den Arbeitnehmer damit nur besser, aber nicht schlechter stellen.

2. Zweites Regelungsmodell: „Beschränkte“ Rechtswahl

Das zweite Regelungsmodell zum Schutz des Schwächeren vor den Gefahren einer Rechtswahl lässt sich als „beschränkte“ Rechtswahl bezeichnen.²² Es findet sich in Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 der Rom I-VO und dient damit dem Schutz des Reisenden bei Personerbeförderungsverträgen²³ sowie dem Schutz des Versicherungsnehmers bei Versicherungsverträgen über Massensitiken, die innerhalb der Europäischen Union belegen sind.²⁴ Es zeichnet sich dadurch aus, dass es die Rechtswahl auf bestimmte, von Anfang an festgelegte Rechtsordnungen und damit im Hinblick auf ihren Gegenstand,

²² So auch Heiss, *Versicherungsverträge in „Rom I“: Neuerliches Versagen des europäischen Gesetzgebers*, in: *Beitz/von Heim/von Hinden* (Hrsg.), FS Kropholler (2008) 459, 465; *Manikowski*, IHR 2008, 133, 140; *Manikowski*, *Transportr* 2008, 339, 349.

²³ Stiehe zur Einschränkung der Rechtswahl zum Schutz des Reisenden *Contaldi*, *Il contratto internazionale di trasporto di persone*, in: *Boschiero* (Hrsg.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (Roma I) 349, 363-366 (2009); *De Meyer*, *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.* 2009, 631, 658; *Manikowski*, *Transportr* 2008, 339, 349-350; *Nielsen*, *The Rome I Regulation and Contracts of Carriage*, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.), *Rome I Regulation* (2009) 99, 107-108; *Plender/Wilderspin*, *Fr. 20*, 216; *Wagner*, *Transportr* 2009, 282, 287; *Tonolo*, *Riv. DIPP* 45 (2009) 309, 317-319.

²⁴ Stiehe zur Einschränkung der Rechtswahl zum Schutz des Versicherungsnehmers *Fricke*, *VersK* 2008, 443, 448; *Gruber*, *Insurance Contracts*, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.), *Rome I Regulation* (2009) 109, 118-120; *Looschelders/Smarowos*, *VersK* 2010, 1, 5-7; *Heinze*, *NIPR* 2009, 445, 449; *Heiss*, *Yb. Priv. Int'l L.* 10 (2008) 261, 268-271; *Heiss*, *Insurance Contracts in „Rome I“: Another recent failure of the European legislator*, in: *Cathin Riatine/Bonomi* (Hrsg.), *Le nouveau règlement européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* (2008) 97, 104-106; *Heiss*, *Fr. 22*, 465-473; *Méret*, *J. Priv. Int'l L.* 5 (2009) 49-67; *Mignat Sada*, *AEDIP* 8 (2008) 425, 436-438; *Plender/Wilderspin*, *Fr. 20*, 280-283; *Perrin*, *JPRax* 2009, 218, 221; *Proddi*, *I contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato*, in: *Boschiero* (Hrsg.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (Roma I) (2009) 247, 281-291; *Van Schoubroeck*, *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.* 2009, 729, 762-763.

beschränkt.²⁵ So kann bei Beförderungsverträgen nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Rom I-VO nur das Recht des Staates gewählt werden, in dem der Reisende oder der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, in dem der Beförderer seine Hauptverwaltung hat oder in dem sich der Abgangs- oder Bestimmungsort befindet. Bei Versicherungsverträgen steht nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 der Rom I-VO insbesondere das Recht des Staates zur Wahl, in dem das versicherte Risiko belegen ist und in dem der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wird eines dieser Rechte gewählt, findet es vollumfänglich auf den Vertrag Anwendung. Anders als bei Verbraucher- oder Arbeitsverträgen wird das gewählte Recht folglich nicht durch die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts überlagert. Zudem gibt es keinen Günstigkeitsvergleich, der die Rechtswahl in ihrer Wirkung beschränken würde. Vielmehr findet das gewählte Recht auch dann Anwendung, wenn es der „schwächeren“ Partei den Schutz der zwingenden Normen entzieht, die in Ermangelung einer Rechtswahl anwendbar wären, wenn es die „schwächere“ Partei insofern also schlechter stellt als das objektiv anwendbare Recht.

3. Drittes Regelungsmodell: „Bedingte“ Rechtswahl

Das dritte Regelungsmodell, das als „bedingte Rechtswahl“ bezeichnet werden kann, ist in Art. 14 Abs. 1 der Rom II-VO und dient dementsprechend dem Schutz des Geschädigten.²⁶ Es schränkt die Rechtswahl – anders als im Internationalen Vertragsrecht – weder im Hinblick auf ihre Wirkung noch im Hinblick auf ihren Gegenstand ein. Stattdessen wird sie zum Schutz des Geschädigten an bestimmte Bedingungen geknüpft, die sich auf den

²⁵ Ähnliche Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit finden sich in Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III-VO), *Abt. EU* 2010, L 343/10, und Art. 8 des Protokolls zum Haager Übereinkommen, das über Art. 15 der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, *Abt. EU* 2009, L 7/1 in Europa Anwendung findet. Beide Bestimmungen bleiben hier allerdings außen vor: Art. 5 der Rom III-VO dient nicht dem Schutz einer als schwächer empfundenen Partei, sondern soll den Ehegatten nach Erwägungsgrund 16 der Rom III-VO lediglich ermöglichen, als auf die Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendendes Recht das Recht eines Landes zu wählen, „zu dem sie einen besonderen Bezug haben“, Art. 8 des Protokolls zum Haager Übereinkommen stellt sich in Geflecht des europäischen Kollisionsrechts als Sonderfall dar, weil die Vorschrift nicht originär europäischen Ursprungs ist.

²⁶ Stiehe zur Einschränkung der Rechtswahlfreiheit zum Schutz des Geschädigten *Dickinson*, *The Rome II Regulation* (2008) 539-565; *Kahner/Graziano*, *Freedom to Choose the Applicable Law in Tort*, in: *Ahern/Binehy* (Hrsg.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (2009) 113, 120-123; *Leible*, *Transportr* 2008, 257-265; Stiehe außerdem *Brière*, *J. Dr. Int.* 135 (2008) 31, 58-60; *de Lima Pinheiro*, *Riv. DIPP* 44 (2008) 5, 12-15; *Duroit*, *Le droit international privé des obligations non contractuelles à thèse européenne*, in: *Venturini/Bartati* (Hrsg.), *Libro Fausto Pocar*, Band 2 (2009) 309, 312-314; *Fremsted de Aguiar/Fernandez Atrovo*, *Yb. Priv. Int'l L.* 9 (2007) 193, 195-196; *Garcimartín Alférez*, *Eul.F-17* (2007) 77, 82; *Hoy*, *Eul.F-17* (2007) 137, 150-151; *Heiss/Laacker*, *JBl.* 2007, 613, 622-624; *Junker*, *NJW* 2007, 3675, 3677; *Junker*, *JZ* 63 (2008) 169, 173-174; *Kahner/Graziano*, *Rev. crit. DIP* 97 (2008) 445, 450-456; *Kahner/Graziano*, *Rebelsz* 73 (2009) 1, 5-13; *Kromer*, *NIPR* 2008, 414, 422-423; *Loquin*, *La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007* (Rome II), in: *Corneloup/Loubert* (Hrsg.), *Le règlement communautaire „Rome II“ sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (2008) 35, 49-53; *Offner*, *ZfRv* 2008, 13, 21-22; *Plender/Wilderspin*, *Fr. 20*, 766-772; *Ruggilés*, *JPRax* 2008, 319, 321-323; *Rushworth/Scott*, *LMCLO* 2008, 274, 291-293; *Stone*, *Ankara L. Rev.* 4 (2007) 95, 115-116; *Symeonides*, *Yb. Priv. Int'l L.* 9 (2007) 149, 170-171; *Symeonides*, *Tul. L. Rev.* 82 (2008) 1741, 1769-1773; *Symeonides*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008) 173, 215-216; *von Heim*, *Tul. L. Rev.* 82 (2008) 1663, 1687-1692; *von Heim*, *ZEuP* 17 (2009) 6, 19-23; *Wagner*, *JPRax* 2008, 1, 13-14.

Zeitpunkt, die Parteien und die Form der Rechtswahl bezeichnen. Im Einzelnen darf eine Rechtswahl grundsätzlich nur nach Eintritt des schädigenden Ereignisses getroffen werden. Vor Eintritt des schädigenden Ereignisses ist eine Rechtswahl nach Art. 14 Abs. 1 der Rom II-VO demgegenüber nur kommerziell tätigen Parteien gestattet.²⁷ Und auch diese dürfen eine Rechtswahl – wie sich nach überwiegender vertretener Meinung aus der Formulierung „frei ausgehandelt“ ergibt – nur individualvertraglich und nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen treffen.²⁸ Günstiger eine Rechtswahl diesen Anforderungen – wird sie also entweder nachträglich getroffen oder anfänglich von kommerziell tätigen Parteien in Form einer Individualvereinbarung – ist sie vollumfänglich wirksam. Weiteren Einschränkungen unterliegt sie nicht. Weder wird der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen – wie bei Personenbeförderungs- und Versicherungsverträgen – beschränkt, noch wird die Rechtswahl – wie bei Verbraucher- und Arbeitsverträgen – durch die zwingenden Schutznormen des objektiv anwendbaren Rechts überlagert. Das gewählte Recht findet vollumfänglich Anwendung, und zwar auch dann, wenn es den Geschädigten im Ergebnis schlechter stellt als das objektiv anwendbare Recht.

IV. Würdigung

Das Bild, das sich damit im europäischen Kollisionsrecht bietet, kann inhaltlich kaum überzeugen. Der Schutz des „Schwächeren“ wird durch ein Konvolut von Regelungen erreicht, denen weder ein einheitliches noch ein erkennbares Konzept zugrunde liegt.²⁹ Warum kann bei Verbraucher- und Arbeitsverträgen jede denkbare Rechtsordnung gewählt werden, während bei Personenbeförderungs- und Versicherungsverträgen die Wahl auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkt ist? Warum darf eine Rechtswahl bei Personenbeförderungsverträgen und bei Versicherungsverträgen den Reisenden und den Versicherungsnehmer schlechter stellen als das in Ermangelung einer Rechtswahl anwendbare Recht, während sie den Verbraucher und den Arbeitnehmer nur besser stellen darf? Warum ist eine anfängliche Rechtswahl bei nicht-kommerziell tätigen Parteien im Internationalen

²⁷ Der Begriff der „kommerziell“ tätigen Partei ist in der Literatur stark kritisiert worden, weil er dem europäischen Recht fremd ist. Siehe nur *Dickinson*, Fn. 26, 561; *Dutoit*, Fn. 26, 309, 313; *Leible*, RfW 2008, 257, 259; *Leible*, AEDIPr 7 (2007) 219, 227; *Leible/Lehmann*, RfW 2007, 721, 726-727; *Symeonides*, Yb. Priv. Int'l L. 9 (2007) 149, 171; *Symeonides*, Am. J. Comp. L. 56 (2008) 173, 215-216; *Symeonides*, Yb. Rev. 82 (2008) 1741, 1771-1773; von *Hein*, ZEuP 17 (2009) 6, 20; *Wagner*, IPRax 2008, 1, 13. ²⁸ *de Lima Pinheiro*, Riv. DIPP 44 (2008) 5, 12; *Dutoit*, Fn. 26, 309, 313; *Frangy*, Eur. J. Consum. L./R.E.D.C. 2008, 319, 334; *Garcimartin Alferez*, *Diario La Ley* Nr. 6811 (2007) 981, 982; *Garcimartin Alferez*, *Eul.F.-I* 7 (2007) 77, 82; *Heiss/Laockner*, *JBl* 2007, 613, 623; *Kahner Graziano*, Rev. crit. DIP 97 (2008) 445, 454; *Kahner Graziano*, *RabelsZ* 73 (2009) 1, 8; *Kahner Graziano*, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, Fn. 26, 121; *Leible*, RfW 2008, 257, 260; *Loquiti*, Fn. 26, 52; *Rugulis*, IPRax 2008, 319, 322; *Rushworth/Scott*, LMCLQ (2008) 274, 293; von *Hein*, ZEuP 17 (2009) 6, 20. ²⁹ *Andere* Ansicht *Dickinson*, Fn. 26, 562-563; *Wagner*, IPRax 2008, 1, 13-14 und wohl auch *Pleider/Wilderspin*, Fn. 20, 770-772.

³⁰ Ähnlich im Ergebnis zu einzelnen Aspekten des europäischen Kollisionsrechts *Heiss*, Fn. 24, 100, 106-108; *Heiss*, Fn. 22, 462, 468-470; *Heiss*, Internationales Privatrechts- und Versicherungsrecht, in: *Basew/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II (2009) 1664, 1667-351 (im Hinblick auf das Internationale Versicherungsvertragsrecht); *Mankowski*, *TranspOrt* 2008, 339, 350-nationale (Transportrecht); *Fricke*, *VersR* 2008, 443, 447-448 (im Hinblick auf das Internationale Versicherungsvertragsrecht); *Symeonides*, NIPR 2010, 198-200 (im Hinblick auf das gesamte Internationale Vertragsrecht).

Deliktsrecht vollständig ausgeschlossen, während sie im Internationalen Vertragsrecht auch im Verhältnis zu Verbrauchern, Arbeitnehmern, Reisenden und Versicherungsnehmern zulässig ist? Warum muss eine anfängliche Rechtswahl im Internationalen Deliktsrecht unter kommerziell tätigen Parteien individualvertraglich vereinbart werden, während sie im Internationalen Vertragsrecht selbst im Verhältnis zu Verbrauchern, Arbeitnehmern, Reisenden und Versicherungsnehmern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein kann?

Antworten auf diese Fragen bleibt der europäische Gesetzgeber schuldig. Bedeckt halten sich insbesondere die Erwägungsgründe der Rom I-VO und der Rom II-VO. Ihnen lässt sich nicht entnehmen, warum zum Schutz einer als „schwächer“ empfundenen Partei verschiedene Regelungsmodelle zum Einsatz kommen. Erwägungsgrund 23 der Rom I-VO spricht lediglich davon, dass bei Verträgen, bei denen eine Partei als schwächer angesehen wird, die schwächere Partei durch Kollisionsnormen geschützt werden soll, die für sie günstiger sind als die allgemeinen Regeln. Warum diese besonderen Kollisionsnormen bei Verbraucher- und Arbeitsverträgen andere sein müssen als bei Beförderungs- und Versicherungsverträgen, bleibt offen. Erwägungsgrund 32 der Rom I-VO stellt zwar fest, dass wegen der „Besonderheit“ von Personenbeförderungs- und Versicherungsverträgen „besondere Vorschriften“ ein angemessenes Schutzniveau für zu befördernde Personen und Versicherungsnehmer gewährleisten müssen und die Vorschriften über Verbraucher- und Versicherungsverträgen im Verhältnis zu Verbraucherverträgen ist, bleibt allerdings im Dunkeln. Im Dunkeln bleibt schließlich auch, warum der „Schwächerer“ im Internationalen Deliktsrecht anders geschützt wird als im Internationalen Vertragsrecht. Erwägungsgrund 31 der Rom II-VO verweist lediglich darauf, dass die Möglichkeit der Rechtswahl zum Schutz der schwächeren Partei mit bestimmten Bedingungen versehen werden sollte. Warum diese Bedingungen andere sein müssen als im Internationalen Vertragsrecht, bleibt das Geheimnis des europäischen Gesetzgebers.

V. Reformvorschlag

Der Zustand des europäischen Kollisionsrecht ist damit kurz nach Verabschiedung der Rom I-VO und der Rom II-VO alles andere als befriedigend. Allerdings ist nicht aller Tage Abend. Auf der Grundlage der Berichte über die Anwendung beider Verordnungen, die die Europäische Kommission nach Art. 27 Abs. 1 der Rom I-VO bis zum Jahr 2013 vorlegen muss und nach Art. 30 Abs. 1 der Rom II-VO im Jahr 2011 bereits hätte vorgelegen müssen, werden nämlich beide Verordnungen in den nächsten Jahren einer kritischen Überprüfung unterzogen werden. Vor diesem Hintergrund möchte ich im Folgenden einen Vorschlag zur Reform der Vorschriften unterbreiten, die dem Schutz des Schwächeren dienen. Im Einzelnen möchte ich mich für die Anwendung eines einheitlichen Regelungsmodells aussprechen, das sowohl im Internationalen Vertragsrecht als auch im Internationalen Deliktsrecht – aber auch darüber hinaus – immer dann Anwendung finden soll, wenn eine als „schwächer“ empfundene Partei vor den aus Informationsasymmetrien entstehenden Gefahren einer Rechtswahl geschützt werden muss. Inhaltlich soll sich das vorgeschlagene Regelungsmodell das im Internationalen Vertragsrecht anzutreffende

Regelungsmodell der „überlagerten“ Rechtswahl zu eigen machen und lediglich die Wirkung einer Rechtswahl beschränken, und zwar indem eine Rechtswahl dem „Schwächeren“ nicht den Schutz der zwingenden Normen des objektiv anwendbaren Rechts entziehen darf.

1. Die Vorteile des Günstigkeitsprinzips

Für die Übernahme dieses Regelungsmodells lassen sich im Wesentlichen die folgenden Argumente anführen: *Erstens*, das Modell ist ausgewogen. Es erhält die grundsätzliche Möglichkeit einer Rechtswahl aufrecht und beschränkt sie nur soweit, wie es zum Schutz des „Schwächeren“ tatsächlich nötig ist, nämlich soweit er durch eine Rechtswahl schlechter gestellt wird. Soweit eine Rechtswahl ihn besser stellt, gelten die für ihn günstigeren Vorschriften des gewählten Rechts. Eine systematische Benachteiligung des „Schwächeren“, die aufgrund von Informationsasymmetrien zu befürchten ist, wird auf diese Weise vermieden.

Zweitens, das Modell ist den anderen im europäischen Kollisionsrecht anzutreffenden Regelungsmodellen überlegen. Dies gilt zunächst für das Modell der beschränkten Rechtswahl, das der europäische Gesetzgeber bei Personenbeförderungs- und Versicherungsverträgen zum Einsatz bringt. Dieses schränkt die Möglichkeit der Rechtswahl über Gebühr ein, ohne dem „Schwächeren“ ausreichend Schutz zu bieten. Da durch eine Rechtswahl ein Recht zur Anwendung gelangen kann, das er nicht kennt und dessen Ermittlung sich für ihn nicht lohnt, hat die andere Partei die Möglichkeit, sich das Recht auszusuchen, das ihr die größtmöglichen Vorteile bringt. Alleine die Einschränkung der wählbaren Rechtsordnungen kann dabei nicht sicherstellen, dass der „Schwächere“ vor den Gefahren einer Rechtswahl geschützt wird. Denn da eine inhaltliche Kontrolle der Rechtswahl nicht stattfindet, ist nicht auszuschließen, dass der „Schwächere“ systematisch benachteiligt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn das wählbare Recht von der anderen Partei beeinflusst werden kann, wie es beispielsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. b) und c) der Rom I-VO bei Beförderungsverträgen der Fall ist. Hier ist die Wahl des Rechts gestattet, an dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Hauptverwaltung hat.

Überlegen ist das Modell der überlagerten Rechtswahl aber auch dem Modell der bedingten Rechtswahl, das sich im Internationalen Deliktsrecht findet. Dieses gewährt dem Geschädigten im Vergleich zum Modell der überlagerten Rechtswahl nämlich sowohl zu viel als auch zu wenig Schutz. Zu viel Schutz gewährt es, soweit es eine anfängliche Rechtswahl zwischen nicht-kommerziell tätigen – und damit privaten – Parteien vollständig ausschließt.³⁰ Denn da es in diesem Fall an Informationsasymmetrien fehlt, ist eine Einschränkung der Rechtswahlfreiheit nicht erforderlich. Sie nimmt den beteiligten Parteien lediglich die Möglichkeit, ihr Rechtsverhältnis der Rechtsordnung zu unterstellen, die ihren Bedürfnissen besser entspricht als das objektiv anwendbare Recht. Ebenfalls zu viel Schutz gewährt das Modell der überlagerten Rechtswahl, soweit es eine anfängliche Rechtswahl zwischen einer kommerziell und einer nicht-kommerziell tätigen Partei vollständig ausschließt. Zwar fehlt es in diesen Fällen nicht an Informationsasymmetrien.

³⁰ Ebenso *Leible*, Fn. 8, 45; *Leible*, RfW 2008, 257, 259; *Leible*, AEDIPr 7 (2007) 219, 227. Ähnlich zum Entwurf einer Rom II-VO außerdem bereits *Sommerlag*, ZVglRWiss (2006) 256, 275-278.

Der nicht-kommerziell tätigen Parteien wird durch den vollständigen Ausschluss der Rechtswahlfreiheit – anders als auf Grundlage des Regelungsmodells der überlagerten Rechtswahl – aber die Möglichkeit genommen, sich auf ein Recht einzulassen, das ihr einen besseren Schutz und weitergehende Ansprüche gewährt als das objektiv anwendbare Recht. Aus dem gleichen Grund gewährt das Modell der überlagerten Rechtswahl schließlich auch insoweit zu viel Schutz, als es eine anfängliche Rechtswahl zwischen kommerziell tätigen Parteien in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vollständig ausschließt. Zwar sind Allgemeine Geschäftsbedingungen – auch im unternehmerischen Verkehr – Ursache für Informationsasymmetrien, da die Partei, die die Bedingungen stellt, ihren Inhalt regelmäßig besser kennt als die andere Partei. Ein vollständiger Ausschluss einer formalmäßigen Rechtswahl entzieht der schlechter informierten Partei allerdings – anders als das Modell der überlagerten Rechtswahl – auch die mit ihr einhergehenden Vorteile.

Das Modell der bedingten Rechtswahl gewährt aber nicht nur in vielen Fällen zu viel Schutz. Es gewährt außerdem zu wenig Schutz, und zwar soweit eine nachträgliche Rechtswahl zwischen kommerziell und nicht-kommerziell tätigen Parteien ohne Einschränkung zulässig ist. Zwar ist die Gefahr einer Benachteiligung bei einer vor Eintritt des schädigenden Ereignisses getroffenen Rechtswahl deutlich größer als bei einer nachträglichen Rechtswahl. Schließlich hat der Geschädigte einen sehr viel größeren Anreiz, sich über das anwendbare Recht zu informieren als vor Eintritt des schädigenden Ereignisses, weil er weiß, dass er tatsächlich einen Schaden erlitten hat. Gänzlich zu vernachlässigen sind die Gefahren einer nachträglichen Rechtswahl allerdings zumindest dann nicht, wenn der Schädiger einer potentiell haftungsgerechten Tätigkeit nachgeht und mit der wiederholten deliktischen Handlung rechnen muss. Denn in diesem Fall sind die Anreize des Schädigers, sich über das anwendbare Recht zu informieren, deutlich größer als die des einmalig Geschädigten. Er wird deshalb mehr in die Ermittlung des anwendbaren Rechts investieren mit der Folge, dass auch nach Eintritt des schädigenden Ereignisses Informationsasymmetrien vorliegen, die zu einer systematischen Benachteiligung des Geschädigten führen können.

2. Die Übertragbarkeit des Günstigkeitsprinzips

Das Modell der „überlagerten“ Rechtswahl stellt sich damit als das relativ gesehen beste Modell dar, um den „Schwächeren“ vor den Gefahren einer Rechtswahl zu schützen und gleichzeitig die Vorteile einer Rechtswahl zu erhalten. Es sollte deshalb grundsätzlich zur Anwendung kommen, wenn das europäische Kollisionsrecht die Rechtswahlfreiheit zum Schutz des „Schwächeren“ vor Informationsasymmetrien einschränken möchte.³¹ Mögliche Argumente, die sich gegen die Übertragung des im Internationalen Verbraucher- und Arbeitsvertragsrecht anzutreffenden Regelungsmodells richten, können nicht verfangen.

³¹ Ähnlich im Ergebnis auch *de Boer*, Yb. Priv. Int'l L. 9 (2007) 19, 27-28 und *Wagner*, IPRax 2006, 372, 387 f. (... richtigweise müssen sich die Schranken der Rechtswahlfreiheit im Deliktsrecht nach denselben Prinzipien richten, die auch im Vertragsrecht gelten. ...). Ähnlich zum Entwurf einer Rom II-VO außerdem bereits *Sommerlag*, ZVglRWiss (2006) 256, 277-278.

a) Komplexität des Günstigkeitsprinzips

Dies gilt zunächst für den nahe liegenden Einwand, dass das Modell der überlagerten Rechtswahl für eine flächendeckende Anwendung zu komplex ist. Zwar ist es zutreffend, dass der geforderte Günstigkeitsvergleich und die damit möglicherweise einhergehende Anwendung eines *law mix* Parteien und Gerichten Einiges abverlangt. Allerdings hat sich das Modell im Internationalen Verbraucher- und Arbeitsvertragsrecht bewährt. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass der Vorschlag für eine Rom I-VO aus dem Jahr 2005, der das Modell für Verbraucherverträge zu Gunsten eines vollständigen Ausschlusses der Rechtswahlfreiheit aufgeben wollte, auf heftigen Protest,³² insbesondere von den betroffenen Parteien,³³ stieß. Die Schwierigkeiten, die die Komplexität des Modells bereitet, scheinen deshalb überschaubar zu sein.

b) Besonderheiten anderer Vertragsarten und Rechtsgebiete

Nicht verfangen kann darüber hinaus das Argument, dass sich das Modell der „überlagerten“ Rechtswahl für eine Anwendung außerhalb von Verbraucher- und Arbeitsverträgen wegen der Besonderheiten anderer Vertragsarten und Rechtsgebiete nicht eignet. Dies gilt zunächst einmal, soweit behauptet wird, dass das Günstigkeitsprinzip auf Versicherungsverträge keine Anwendung finden kann, weil diese „Rechtsprodukte“ seien, die zum einen durch die jeweils maßgeblichen Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen und zum anderen durch die große Anzahl halbzwingender gesetzlicher Vorschriften zum Schutz des Versicherungsnehmers geprägt würden.³⁴ Zwar ist es richtig, dass Versicherungen im Gegensatz zu anderen Produkten rein rechtliche Gebilde sind, die nicht unabhängig vom Recht bestehen, sondern erst durch Gesetz und Vertrag, insbesondere durch Allgemeine und Besondere Versicherungsbedingungen definiert werden. Allerdings sind auch Arbeitsverträge Rechtsprodukte, die nicht unabhängig von Gesetz und Vertrag bestehen. Und auch bei Arbeitsverträgen finden sich eine große Zahl halbzwingender Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers. Gleiches gilt für Verbraucherverträge. Trotzdem ist die Geltung des Günstigkeitsprinzips bei beiden Vertragsarten seit langem anerkannt und weitgehend unbestritten. Darüber hinaus findet das Günstigkeitsprinzip bereits heute auf

Versicherungsverträge Anwendung, und zwar soweit es um Versicherungsverträge über Massensitiken geht, die außerhalb der Europäischen Union belegen sind. Diese unterfallen nämlich nach Art. 7 Abs. 1 der Rom I-VO nicht den besonderen Kollisionsregeln über Versicherungsverträge mit der Folge, dass sie von den allgemeinen Regeln erfasst werden, zu denen auch Art. 6 der Rom I-VO gehört.³⁵

Aus ähnlichen Gründen kann das Argument, dass das Günstigkeitsprinzip auf Beförderungsverträge nicht übertragen werden kann, nicht überzeugen.³⁶ Hier wird zwar eingewandt, dass Beförderungsverträge Massenvträge seien, bei denen der Beförderer gegenüber einer Vielzahl von Passagieren eine einheitliche Leistung erbringe, die sich nicht aufspalten lasse und deshalb einer einheitlichen rechtlichen Behandlung bedürfe.³⁷ Dies gilt jedoch auch für Verbraucherverträge. Auch hier erbringt der Unternehmer – zumindest *de facto* – eine einheitliche Leistung an alle Verbraucher, die das gleiche Produkt erwerben.³⁸ Dass Problem, dass sich der Unternehmer im Streitfall mit verschiedenen Rechtsordnungen auseinandersetzen muss, stellt sich somit nicht nur bei Beförderungsverträgen. Vielmehr findet es sich bei jedem grenzüberschreitenden Verbrauchervertrag, ohne dass dadurch die Anwendung des Günstigkeitsprinzips erschaft in Frage gestellt würde. Dass das Argument des Massentrags die Übertragbarkeit des Günstigkeitsprinzips auf Beförderungsverträge nicht überzeugend anfechten kann, ergibt sich schließlich auch daraus, dass das Modell der überlagerten Rechtswahl auch hier bereits heute Anwendung findet: Nach Art. 6 Abs. 4 der Rom I-VO gilt das Günstigkeitsprinzip, soweit es um Pauschalreiseverträge geht. Die – vermeintlichen – Besonderheiten von Beförderungs- und Versicherungsverträgen, die unter den Schlagwörtern Rechtsprodukt und Massenvtrag diskutiert werden, können folglich die Anwendbarkeit des ansonten im Internationalen Vertragsrecht angewandten Regelungsmodells nicht überzeugend in Frage stellen.

Gleiches gilt, soweit die Eignung des Modells für andere Rechtsgebiete, insbesondere für das Internationale Deliktsrecht, angezweifelt wird. Denn auch hier findet das Modell der überlagerten Rechtswahl bereits heute Anwendung, und zwar wenn deliktische Ansprüche nach Art. 4 Abs. 3 der Rom II-VO im Wege der akzessorischen Anknüpfung dem Vertragsstatut unterstellt werden, weil die Parteien nicht nur deliktisch, sondern auch vertraglich verbunden sind. Unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass das einschlägige

³² Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (2008) 391-392; Heiss, *JBl.* 2006, 750, 764-765; Kleininger, *EuZ* 9 (2007) 22, 26-27; Lagarde, *Rev. crit. DIP* 95 (2006) 331, 341-342; Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome I), in: *Reichelt* (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* (2007) 13, 23; *Lando/Nelken*, *The Rome I Proposal*, in: *Fronzen/Giersten/Cordero/Mas* (Hrsg.), *FS Thue* (2007) 321, 330-331; *Lando/Nelken*, *J. Priv. Int'l L.* 3 (2007) 29, 39-40; *o.V.*, *C.M.L. Rev.* 43 (2006) 913, 918-919; *Staudinger*, *AnwBl.* 58 (2008) 8, 10-11. Zustimmung demgegenüber *Bittrich*, *RW* 2006, 262, 268; *De Meyer*, *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.* 2009, 631, 656; *Fricke*, *VersR* 2006, 745, 749-750; *Leible*, *IPRax* 2006, 365, 370; *Lein*, *Yb. Priv. Int'l L.* 7 (2005) 391, 405; *Mankowski*, *IPRax* 2006, 101, 106-107; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 106 (2006) 120, 151-159, 163; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *Rabelsz* 71 (2007) 225, 269-270; *Solomon*, *Verbraucherverträge*, in: *Ferrari/Leible* (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa* (2007) 89, 91-92.

³³ Siehe dazu *Dickinson*, *Butterworths J. Int'l Bank. & Finan. L.* 2006, 171; *Lando/Nelken*, *C. M. L. Rev.* 45 (2008), 1687, 1708-1709; *Wroopen*, *EuZW* 2007, 495, 496-497.

³⁴ So aber *Baselow/Scheppe*, *Das Internationale Versicherungsvertragsrecht* und „Rom I“, in: *Lorenz/Trunk/Eidemüller/Wendehorst/Idolff* (Hrsg.), *FS Heldrich* (2005) 511, 520-521; *Looschelders*, *Der Schutz von Verbrauchern und Versicherungsnehmern im Internationalen Privatrecht*, in: *Wandt/Reiffj/Looschelders/Bayer* (Hrsg.), *FS Lorenz* (2004) 441, 459. Ebenso wohl auch *Fricke*, *VersR* 2008, 443, 452.

³⁵ *Heintz*, *NIPR* 2009, 445, 448, 450; *Heiss*, *Fn. 24*, 100; *Heiss*, *Fn. 29*, 1666-1667; *Looschelders/Smarows*, *VersR* 2010, 1, 4; *Von Schobrock*, *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.* 2009, 729, 761. Anderer Ansicht *Fricke*, *VersR* 2008, 443, 447-448, der davon ausgeht, dass es sich bei Art. 7 Abs. 1 der Rom I-VO um ein Redaktionsversuchen handelt, und Art. 7 der Rom I-VO deshalb auch auf Versicherungsverträge über Massensitiken erstrecken möchte, die außerhalb der Europäischen Union belegen sind.

³⁶ Ebenso *Mankowski*, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht* (1995) 393-397; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 105 (2006) 120, 124; *Mankowski*, *IPRax* 2006, 101, 105; *Mankowski*, *TransportR* 2008, 339, 350-351; *Mankowski*, in: *Reihmann/Mariny* (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht* (2010) *Rn.* 2671; *von Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 375.

³⁷ *Ferid*, *Internationales Privatrecht* (1986) *Rn.* 6-30.2, 221; *Hohlloch*, in: *Erman*, *Bürgerliches Gesetzbuch* (2008) *Art.* 29 *Rn.* 26. Ebenso wohl auch *James*, *L. & Fin. Markets Rev.* 2 (2008) 113, 121. Siehe ausführlich zu diesem Argument *Mankowski*, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse*, *Fn.* 36, 394; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 105 (2006) 120, 124; *Mankowski*, in: *Internationales Vertragsrecht*, *Fn.* 36, *Rn.* 2671. Jeweils *m.W.N.*

³⁸ *Mankowski*, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse*, *Fn.* 36, 394; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 105 (2006) 120, 124; *Mankowski*, *IPRax* 2006, 101, 105; *Mankowski*, *TransportR* 2008, 339, 350-351; *Mankowski*, in: *Internationales Vertragsrecht*, *Fn.* 36, *Rn.* 2671; *von Hoffmann*, *J. Cons. Pol.* 15 (1992) 365, 375.

Vertragsstatut nach Art. 6 der Rom I-VO ermittelt wird, wird Art. 14 der Rom II-VO folglich vom Günstigkeitsprinzip verdrängt. Darüber hinaus kommt das Günstigkeitsprinzip aber auch nach Art. 14 Abs. 3 und 4 der Rom II-VO Anwendung, wenn ein Inlands- oder Unions Sachverhalt vorliegt. Beide Vorschriften zeigen damit, dass die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips nicht an den Besonderheiten des Internationalen Deliktsrechts scheitert.

VI. Schlussbetrachtung

Das Internationale Privatrecht befindet sich derzeit im Umbruch. Nachdem die einschlägigen Bestimmungen lange Zeit im Wesentlichen nationalen Ursprungs waren, lässt sich seit der Verabschiedung des Vertrags von Amsterdams³⁹ ein Trend zur Europäisierung beobachten. Da sich der europäische Gesetzgeber dagegen entschieden hat, das Internationale Privatrecht in einer einzigen Verordnung zusammenzufassen, und stattdessen den Weg der „vielen kleinen Schritte“ eingeschlagen hat, stellt sich allerdings die Frage, ob das im Werden begriffene europäische Kollisionsrecht kohärent ausgestaltet ist. Der vorstehende Beitrag ist dieser Frage am Beispiel der Vorschriften nachgegangen, die in der Rom I-VO und der Rom II-VO dem Schutz einer als „schwächer“ empfundenen Partei dienen. Das Ergebnis ist enttäuschend: Zum Schutz einer als „schwächer“ empfundenen Partei kommen ohne überzeugende Gründe unterschiedliche Regelungsmodelle zur Anwendung. An einem stimmigen, kohärenten System zum kollisionsrechtlichen Schutz des „Schwächeren“ fehlt es. Um die Akzeptanz des im Werden begriffenen europäischen Kollisionsrechts nicht zu gefährden und Rechtssicherheit zu fördern, sollten die einschlägigen Kollisionsnormen bei der anstehenden Überarbeitung der Rom I-VO und der Rom II-VO einheitlich ausgestaltet werden. Als Grundlage sollte dabei das im Internationalen Verbraucher- und Arbeitsvertragsrecht anzutreffende Modell der überlagerten Rechtswahl dienen, das die als „schwächer“ empfundene Partei mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips schützt. Es ist – trotz seiner Komplexität in der praktischen Anwendung – ausgewogen und den anderen im europäischen Kollisionsrecht anzutreffenden Regelungsmodellen überlegen.

Die allgemeine Gefährdungshaftung nach Art. 71 des neuen türkischen Obligationenrechts

von

Asst. Prof. Dr. Serdar Nart, Izmir/Türkei

Einleitung

Das türkische Obligationenrecht¹, abgekürzt OR, ist der fünfte Teil des türkischen Zivilgesetzbuchs² (ZGB), hat jedoch eine eigene Nummerierung der Artikel erhalten und ist im Umfang länger als die anderen vier Teile. Der Grund hierfür liegt darin, dass der türkische Gesetzgeber das schweizerische Zivilgesetzbuch als Vorbild genommen hat³.

Seit dem Inkrafttreten des OR aus dem Jahr 1926 reichen mit fortschreitender Zeit dessen Regelungen für die neuen rechtlichen Entwicklungen auf der Welt nicht mehr aus. Somit hat man jahrelang an einem neuen OR gearbeitet. Bei den Entwurfsarbeiten wurden auch die schweizerische Gesetzgebung und Literatur, etwa in Form des Entwurfs von Widmer/Wessner, für eine Vereinheitlichung eines Haftpflichtgesetzes, berücksichtigt.

Das Parlament stimmte dem türkischen OR nach vielen Diskussionen, zuletzt im letzten Jahr, schließlich zu, und es trat am 01.07.2012 in Kraft. Es beinhaltet viele neue Regelungen vom Vertragsrecht bis zum Haftpflichtrecht⁴. Einige neue Regelungen wurden heftig kritisiert, wobei sich die Kritik besonders auf Art. 21 konzentrierte, wonach eine Vertragsklausel, die im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht diskutiert wird, als nicht geschrieben gilt⁵. Zudem wurde die Verjährungsfrist bei Delikten sehr

¹ Türkisch: Türk Borçlar Kanunu, Gesetznummer 6098, erschienen im türkischen Amtsblatt (Resmî Gazete) am 04/02/2011, Nr.27836.

² Türkisch: Türk Medeni Kanunu, Gesetznummer 4721, erschienen im türkischen Amtsblatt (Resmî Gazete) am 08/12/2001, Nr.24607.

³ Bei dieser Rezeption wurde das schweizerische Recht wörtlich übernommen, wobei nur die Artikel des kantonalen Rechts ausgelassen wurden. Ayiter, Kudret: "Rechtsvergleichende Betrachtungen über wechselseitige Wirkungen der rechtskräftigen Straf- und Zivilurteile", in "Festschrift für Ernst Heinrich Zum 70. Geburtstag: Am 1. Januar 1972", S.752.

⁴ Im Allgemeinen wurde hauptsächlich die Sprache des Obligationenrechts kritisiert. Bei dem Entwurf wurden neue türkische Wörter an Stellen verwendet, wo das alte OR viele osmanische (arabisch-persische) Wörter beinhaltet. Es wurden dabei viele in der Rechtsprache sehr häufig benutzte Definitionen mit neuen türkischen Wörtern formuliert. Außerdem wurde die Begriffsduplikation sehr kritisiert, da im gleichen Gesetz gleiche Begriffe unter anderen Namen verwendet wurden. Başpınar, Vessel: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa İlişkin Degertendirmeler", in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayılı Türk Borçlar Kanununa İlişkin Degertendirmeler, Ozel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Degertendirmesi Sempozyumu, No:III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, S.24 ff.

⁵ Der Artikel 21 regelt die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Artikel 21 bestimmt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann ein Bestandteil eines Vertrags werden, falls alle Vertragsparteien von Verwender zur anderen Vertragspartei zum Verständnis gebracht werden. Stiele dazu Arıkan, Mustafa: "TBK'nda Genel İşlem Şartları", in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ozel Hukuk Sempozyumu Ozel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Degertendirmesi Sempozyumu, No:III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, S.69 ff.

³⁹ Art. 61 lit. c) und Art. 65 lit. b) des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (konsolidierte Fassung), Abl. EU 1997, C 340/3, jetzt Art. 81 Abs. 2 lit. b) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), Abl. EU 2008, C 115/47.

kritisiert, die der Gesetzgeber (der Entwurf hatte eine zwei und zwanzigjährige Verjährungsfrist vorgesehen) mit zwei und zehn Jahren festlegt hat.⁶ Außerdem wurde der Verjährungsbeginn mit dieser Regelung vermischt. Des Weiteren wurden die Regelungen vom Mietvertrag sehr kritisiert, weil sie zu viele Normen zum Nachteil des Vermieters beinhalten.⁷ Ein weiterer sehr kritischer Punkt waren die Bestimmungen zu der allgemeinen Gefährdungshaftung, welche im Rahmen dieses Artikels unser hauptsächlichliches Thema ist.

I. Die Deliktshaftung im neuen türkischen Obligationenrecht

Wie oben bereits erwähnt, ist das türkische OR dem schweizerischen Obligationenrecht nachgebildet, so dass die gleichen Entwicklungsperioden⁸ des schweizerischen Deliktsrechts auch im türkischen Recht gelten.⁹ Somit könnte man im Allgemeinen sagen, dass sich die Deliktshaftung vom „casum sentit dominus“ in die Verschuldenshaftung verwandelt hat. Natürlich wurde zuletzt wegen der sozialen Bedürfnisse und der technischen Entwicklungen im 20. Jahrhundert auf der Welt auch die objektive Haftung eingefügt.¹⁰

Das neue türkische OR sieht mit dem 49. Artikel als Grundprinzip die Deliktshaftung mit Verschulden vor. Jeder, der einem anderen widerrechtlich einen Schaden zufügt, sei es mit Absicht oder Fahrlässigkeit, ist dem anderen zum Ersatz verpflichtet. Damit sind die vier Voraussetzungen für eine Haftung, namentlich ein Schaden, eine rechtswidrige Tat, der Kausalzusammenhang und natürlich das Verschulden, im Gesetz aufgezählt. Somit gilt auch im türkischen Recht das Hauptprinzip, „keine Haftung ohne Verschulden“. Die Kausalhaftung ist somit nur eine Ausnahme und kann nur durch gesetzliche Bestimmungen vorgesehen werden. Das ZGB und das OR beinhalten die objektive Haftung, so z.B. die Haftung des Familienhauptes¹¹ (Art. 320 ZGB) und die

Haftung des Grundstückseigentümers (Art. 730 ZGB)¹². Im OR dagegen wird die Haftung des Geschäftsherrn¹³ (Art. 66 OR), des Tierhalters¹⁴ (Art. 67 OR) und des Werkzeigentümers¹⁵ (Art. 69 OR) sowie die Billigkeitshaftung von Urteilsunfähigen¹⁶ (Art.65) geregelt.

Die Gefährdungshaftung¹⁷ wurde dagegen in speziellen Gesetzen vorgesehen. Diese sind die Haftung des Motorfahrzeughalters im Verkehrsrecht (Art.85); die Haftung des Petroleumbesitzers im Petroleumgesetz (Art.5, 62, 63), die Haftung des Flugzeughalters im zivilen Luftfahrtrecht (Art.134)¹⁸, das Nationale Sicherheitspflichtrecht (Art.17); die Produkthaftung im Verbraucherschutz (Art.4) und das Biosicherheitsgesetz (Art.14)¹⁹.

Jedoch reichen diese speziellen Gesetze auf Grund der zunehmenden technischen Entwicklungen nicht mehr aus. Außerdem ist die Zahl der Betriebe, welche gefährliche Tätigkeiten ausüben, stetig angestiegen. Die Tätigkeiten wie Sucharbeiten nach Petroleum oder anderen Rohstoffen, der Betrieb von Kernreaktoren und Staudämmen, die Erdgas-Produktion und Distribution können durch ihre inhärenten Gefahren große Schäden anrichten. Bei einer derart schnellen Entwicklung war es nicht immer einfach, sofort ein Gesetz zu verabschieden.²⁰ Der Mangel an diesen Regelungen führte im türkischen Recht

¹² **Petek, Hasan:** Tasgımeaz Malikinin Hükuku Uygun Tasgımlıkların Sorumluluğu (TMK.md/730/II), Ankara 2005, S.162 ff.; **Eren Fikret:** Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2012, S.655 ff.

¹³ **Restoglu, Kemal:** İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958, S.55 ff.; **Eren, s.575;** **Oguzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2012, S.135; **Anıalya, Göbhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, S.548-549; **Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 16.Bası, Ankara 2012, S.320.

¹⁴ **auf** dazu siehe **Eren, S.631;** **Oguzman/Öz, S.150 ff.; Anıalya, S.568.**

¹⁵ **Tandoğan, Hâlık:** "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğundaki Düzeltimci Sorun", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, İstanbul 1981, s.8-9; **Eren, S.643 ff.; KOÇ, Nevzat:** Bina ve Yapı Eseni Maliklerinin Hükuku Sorumluluğu (BK.md/58), Ankara 1990, s.34-35.

¹⁶ **Nart, Serdar:** Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Hükuku Sorumluluğu, (Promotionsarbeit) Izmir 2007, S.75 ff.; **Kılıçoğlu, S.314; Anıalya, S.539.**

¹⁷ Die dritte Entwicklungslinie, die uns hier am meisten interessiert, ist jene der Gefährdungshaftungen. Ihre Anfänge gehen auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück, und dieser Einbruch in das Verschuldensdogma wurde häufig durch das Auftreten der Eisenbahn ausgelöst, wie es in der Schweiz der Fall war. Man erkannte, dass man auf die Dauer die qualitativ neuen Probleme nicht mehr anhand der Übertretung des Appellationsgerichts von München von 1861 meistern konnte. Dieses löste das Problem, indem es erklärte, dass eine Eisenbahn mit Lokomotiven zu betreiben in notwendigem und unrentabler Weise ein schuldhaftes Verhalten darstelle. Zu diesem ersten Tatbestand der Kausalhaftung ist mit dem technischen Fortschritt eine Reihe weiterer besonderer Haftungen hinzugekommen, von jener der Inhaber von Elektrizitätswerken (1902), über jene für Motorfahrzeuge (1932/198) bis zu jener für Betriebe oder Anlagen, mit denen besondere Gefahren für die Umwelt verbunden sind¹ (**Widmer/Wessner, S.136**).

¹⁸ Außerdem wurde zuletzt nach dem Paris Abkommen auch die Haftung des Atomkraftreaktors als Gefährdungshaftung anerkannt, siehe dazu ausf. **Aydoğdu, Murat:** Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletimi ve Nükleer Madde Tasgımanı Hükuku Sorumluluğu, S.165 ff., Izmir 2009.

¹⁹ Der schweizerische Gesetzgeber hat dagegen mit dem Elektrizitätsgesetz (Art. 27), Kernenergiehaftpflichtgesetz (Art. 3), Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe (Art.33); Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfseilfahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post (Art. 1 ff.); Sprengstoffgesetz (Art. 27); Umweltschutzgesetz (Art. 59a-b USG), Gemeinlichkeitsgesetz (Art. 30 ff.); dem Straßenverkehrsgesetz (Art.58) und dem Jagdgesetz (Art. 15) jeweils eine Gefährdungshaftung vorgesehen und bestimmte Gefahrenquellen definiert.

²⁰ **Tandoğan, Hâlık:** "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğundaki Düzeltimci Sorun", BATTİDER, C. X, S. 2, Aralık 1979, s.318; **Eren, S.503; Anıalya, S.643;**

⁶ dazu siehe, **Nart, Serdar:** Haksız Fillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümlün Degerlendirilmesi (TBK.md/72), in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Degerlendirilmesi Sempozyumu, No:III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, 226 ff.

⁷ **Başgarn, S.27-28.**
Dazu siehe **Widmer, Pierre/Wessner, Pierre:** Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, S.133

⁹ Ausführliche Informationen dazu siehe **Bucher, Eugen:** Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild. Vor 125 Jahren wurde das von Walter Muzinger geschaffene OR verabschiedet, in Zürcher Zeitung, 10/11 Juni 2006, Nr.132, S.314
http://www.augebucher.ch/pdf_files/96.pdf 05.01.2013.

¹⁰ Somit herrsche am Anfang die klassische Verschuldenshaftung. Am Ende des 19. Jahrhunderts dagegen wurden die Sorgfaltspflichten immer strenger beurteilt (wie bei vielen anderen vergleichbaren Rechtssystemen zu sehen ist), so dass der entscheidende Umstand in dieser Entwicklung die zunehmende Objektivierung des Verschuldensbegriffes war. Gestützt auf die Verschuldenshaftung, um soziale- und denkleinenden Ergebnisse zu erreichen, in einer Welt, die von der technischen Entwicklung geprägt ist und immer komplexer wird, versuchte man durch Beweislastumkehrungen, den Beweis zu erleichtern. Mit diesem Anlass kam es dann zuletzt zu einer Haftung ohne Verschulden. Somit wurden durch besondere Haftungsbestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts die objektive Haftung vorge-
Widmer/Wessner, S.136.
Unal, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Aile Başgarnının Sorumluluğu, Ankara 1979, S.93 ff.

zu vielen Problemen²¹, so dass die Rechtslehre in diesen Situationen durch verschiedene Auslegungen Lösungen suchte²². Zum Beispiel, da im türkischen Recht keine Haftung für Eisenbahnunternehmen vorgesehen ist, müsste eigentlich das Grundprinzip der Verschuldenshaftung angewendet werden, wonach der Geschädigte auch noch das Verschulden des Handelnden zu beweisen hat. Das Kassationsgericht dagegen hatte die Lösung darin gefunden, dass es einfach das Straßenverkehrsrecht in solchen Fällen anwende²³. Dies war aber wie oben erläutert mit den Haftungsrechtprinzipien nicht vereinbar. Dem eine Haftung ohne Verschulden kann sogar durch Auslegung nicht in ähnlichen Fällen angewendet werden. Auch wenn es der Gerechtigkeit entsprach, wurde diese Auslegung der Rechtsprechung kritisiert²⁴. So lässt sich auch erklären, dass das türkische Kassationsgericht bei einem Grobschaden, der von einem Flaschengasdepot ausging, einfach den Art. 58 OR (jetzt Art. 66 OR) anwendete, welcher eigentlich nur die Haftung des Werkzeugleiters regelt. Das Gericht war der Ansicht, dass der Gesetzgeber mit der Anordnung von

²¹ Kılıçoğlu, S.359; Erdem, Mehmet: "Türk Borçlar Kanunu Düzeyinde Tahlil Sorumluluğu", in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükmünün Degerlendirilmesi Sempozyumu, No:III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, S.218-219; Akkaya-Yıldırım, Ayca: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzeyinde Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğu Özel Bir Türü Olarak Tahlil Sorumluluğu" in "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası", Y12012, Cilt:70, Sayı:1, S.205.

²² Schäden von gefährlichen Tätigkeiten, die durch keine speziellen Gesetzes geregelt sind, führen zu ungerechten Folgen, siehe Honsel, Heinrich: „Die Reform der Gefährdungshaftung“, RDS 1997, S.308 ff.

²³ So hat das Kassationsgericht bei einem Unfall des Arbeitnehmers in der Mine, (obwohl es kein spezielles Gesetz gibt) den Arbeitgeber zum Schadenersatz wegen der Gefährdungshaftung verurteilt, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 22.5.2007 T. E. 2007/4504 K. 2007/8407 (www.kazanci.com.tr); auch bei einem Schaden eines Stromschlag, wurde der Art.58 OR angewendet, obwohl man bei einem Stromwerk nicht von einem Bau reden konnte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 12.3.2003 E. 2003/4-144 K. 2003/161 (www.kazanci.com.tr); beim Schaden einer GSM-Basisstation hatte das Kassationsgericht auch eine Gefährdungshaftung angenommen, obwohl hierfür kein spezielles Gesetz vorhanden war, siehe Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin T. 27.9.2004 E. 2004/2954 K. 2004/10516 (www.kazanci.com.tr); siehe auch Bilyükseng, Erdem: Tahlil Esasına Dayanarak Genel Sorumluluk Üzerine Eleştirel Değerlendirme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, İznir 2006, S.2-3. Die Rechtsprechung (vor allem jene zu Artikel 679 ZGB und den Artikeln 55 und 58 OR) bietet eine reiche Sammlung solcher Beispiele. In gewissen Fällen ist aber keine Wahlmöglichkeit gegeben. In diesen Fällen kommt die Ungleichheit und Ungerechtigkeit, die diesem System innewohnt, zum Vorschein, siehe dazu Widmer/Wessner, S.137; (BGGE 114 II 376: In diesem Fall hatte der Landwirt eine Wiese gemäht und hat dazu an einen landwirtschaftlichen Traktor fest angeschlossenes Schneidgerät mit zwei rotierenden Tellern, die durch den Motor des Fahrzeuges über eine Zapfwelle angetrieben war, benutzt. Während der Fahrt lösten sich an einem Teller zwei Messer, die weggeschleudert wurden, das eine durchschlagend an einem Nachbarhaus eine Fensterscheibe, das andere durchtrennte die Fahrleitung der MTHB. Diese Leitung fiel herunter und löste einen Kurzschluss aus. Dabei wurden insbesondere auch Kabel- und Signalanlagen beschädigt, der Bahnverkehr zudem erheblich gestört. Strengt war, ob ein Betriebsvorgang des Traktors als Ursache des Schadens anzusehen oder dieser bloß der besonderen Betriebsgefahr des Kreiselmähers zuzuschreiben und daher von der Kausalhaftung des Halters gemäß Art. 58 Abs. 1 SVG auszunehmen sei. Das Gericht war der Meinung, dass die mäßige Geschwindigkeit des Traktors, dessen Fahrweise dem Arbeitsvorgang angepasst werden musste, sich weder auf die Entstehung noch auf die Größe des Schadens auswirkte; den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ist dafür auch nichts zu entnehmen. Das Obergericht entschied, dass das streitige Messer sich wegen Materialnutzung aus der Halterung gelöst hat und fortgeschleudert worden ist. Daraus sollte erhellt sein, dass der Schaden der Klägerin nach den hier vor umschriebenen Grundsatzen nicht einer spezifischen Betriebsgefahr des Motorfahrzeuges, sondern ausschließlich einer bloßen Arbeitsvorgang zuzuschreiben ist. Damit war einer Haftung der Beklagten nach Art. 58 Abs. 1 SVG der Boden entzogen).

²⁴ 19. Hukuk Dairesi T. 6.6.1994 E. 1993/6578, K.1994/5749 (www.kazanci.com.tr).

²⁵ Havutçu, Ayşe/Gökyayla, K.Emre, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hükümlü Sorumluluk, Ankara 1999, S.24; Adal, Erhan: Trafik Kazalarında Aktif Dış Sorumluluk, İstanbul 1963, S.42.

Gefährdungshaftungen nicht schnell genug war, und dass somit in diesem Bereich eine Lücke entstand. Das Gericht war deshalb der Auffassung, dass mit Treu und Glauben (ZGB Art. 1) diese Lücke durch Auslegung des Art. 58 OR (jetzt Art. 66 OR) gefüllt werden könne und nahm daher in diesem Fall eine Gefährdungshaftung an²⁵.

Nach vielen Diskussionen der Gesetzkommission wurde nun eine Lösung mit einer Generalklausel für eine allgemeine Gefährdungshaftung gefunden²⁶. Es sollten nun die gemeinsamen Tatbestände der Gefährdungshaftungen, die in manchen Gesetzen geregelt sind, in Betracht gezogen werden und unter einem Grundsatz, namentlich unter der allgemeinen Gefährdungshaftungsklausel, also einer Generalklausel, geregelt werden²⁷. So ist mit dem neuen türkischen Obligationenrecht (Art. 71) die Gefährdungshaftung zu einer Generalklausel geworden und daher keine Ausnahme mehr²⁸.

II. Der Zweck der Generalklausel

Der Generalklausel der Gefährdungshaftung im türkischen OR liegt folgender Gedanke von Widmer/Wessner zu Grunde. Im Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (VE) wurde diese Haftung im Artikel 50 VE vorgesehen²⁹. Im erläuternden Bericht von Widmer/Wessner heißt es, dass mit der Einfügung der Generalklausel ins Obligationenrecht eine genügend weit gefasste und flexible Bestimmung erschaffen worden sei, die es dem Gericht ermögliche, die ungleiche

²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 25.09.1997 tarih ve E. 1997/4787, K. 1997/8679 sayılı karar (www.kazanci.com.tr).

²⁶ Trotz dieser Entwicklung und des Umstandes, dass im rechtlichen Alltag schon allein die Kausalhaftung im Straßenverkehr praktisch viel bedeutsamer als die Verschuldenshaftung ist, werden die Gefährdungshaftungsbestimmungen von Lehre und Rechtsprechung immer noch als streng abgegrenzte Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung betrachtet. Es ist nicht übertrieben zu sagen, dass diese Regel-Ausnahme-Konzeption im schweizerischen Recht - wie übrigens im deutschen (Vgl. Magnus U., Einheitliches Schadenersatzrecht - Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, in: Verhandlungen des zwölften Osterreichischen Juristentages, Bd. II/1, Wien 1994, S. 28) wirklich ein Axiom darstellt, bei dem man niemals das Bedürfnis empfindet, es zu revidieren, und das nie ernsthaft in Frage gestellt wurde. Von diesem unerschütterlichen Grundsatz beeinflusst, haben weder die Lehre noch die Rechtsprechung es je gewagt, den Weg der Analogie zu beschreiten (Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 294 ff.). In vielen Fällen musste man deshalb zu improvisierten Lösungen Zuflucht nehmen, wenn eine Tätigkeit Gefahren aufwies, die quantitativ oder qualitativ jenen gleichwertig waren, die zu einer Gefährdungshaftung in einem Spezialgesetz Anlass gaben, aber nicht unmittelbar durch diese Bestimmungen abgedeckt waren. Man wendet also Artikel 41 OR an, indem man ein objektiviertes Verschulden für den betreffenden Fall konstruiert. Oder man behilft sich mit einer gewöhnlichen Kausalhaftung, deren Tatbestand genügend weit ist, um den betreffenden Fall - mit mehr oder weniger Verrenkungen und Konstruktionen - zu erfassen, zitiert von Widmer/Wessner, S.136-137.

²⁷ Widmer/Wessner, S.136-137; Inre, ist der Ansicht, dass diese Regelung der Gerechtigkeit mehr entspricht als eine Lücke im Recht; solange es mit einem Gesetz nicht geregelt worden ist, ist eine Gefährdungshaftung in der Regel nicht möglich. Selbst hier besteht der Verbot einer weiten Auslegung, das sog. "singulata non sunt extendenda" Prinzip. Mit Art.71 des OR ist mit dieser neuen Regelung die Ausnahme zu einer Generalklausel geworden. Dazu Antalya, S.643; siehe auch Honsel, Heinrich: Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR/RDS 1997, S.308 (http://www.honsel.at/download/ZSR1997.pdf), Bilyükseng, S.2.

²⁸ Antalya, S.643.

²⁹ Für den Vorentwurf siehe <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-d.pdf>; 25.01.2013.

- und deswegen ungleichere - Behandlung von Fällen zu vermeiden, deren Merkmale mit jenen Situationen vergleichbar seien, welche nach geltendem Recht schon besonderen Bestimmungen der Kausalhaftung unterstellt seien. So sollte dem Gericht ein Weg für vernünftige Analogien freigemacht werden, der den Gerichten bis jetzt angeblich verwehrt gewesen sei.³⁰

Widmer/Wessner erklären schon am Anfang, dass eine Generalklausel die Rechtssicherheit nicht gefährde und widerlegen damit gleich zu Beginn eines der wichtigsten Gegenargumente³¹. Eine Generalklausel soll alle anderen Spezialbestimmungen nicht abschaffen, sondern nur deren Lücken füllen. Diese Normen sollen dagegen dem Gericht als Anhaltspunkte dienen, die im konkreten Fall über die geeignete Haftungsregelung angewendet werden können³². Mit der Einfügung dieser Norm in den allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts soll sie die gleiche Aufgabe gegenüber den anderen Spezialgesetzen erfüllen. Sie soll daher in Zukunft nur noch eine Beschreibung des Sachverhalts enthalten, der diesen besonderen Gefährdungshaftungsstatus rechtfertigt³³.

Diese Konzeption tritt in den Absätzen zwei und drei von Artikel 71 (50 VE) deutlich hervor: Am Ende des zweiten Absatzes werden die Spezialgesetze ausdrücklich als Vergleichspunkte genannt, während der dritte Absatz nur bei Vorliegen ihrer besonderen Voraussetzungen Anwendung findet. Bei Letzterem ist ersichtlich, dass die besonderen Bestimmungen der Generalklausel vorgehen³⁴.

³⁰ Er ist auch der Ansicht, dass der Umstand der Fortentwicklung der Kausalhaftung durch die Rechtsprechung für legitim erklärt wird und nicht als "Flucht" des Gesetzgebers vor seiner Verantwortung aufgefasst werden sollte. Er ist der Auffassung, dass dies eine logische Folge der Feststellung ist, dass dieser Gesetzgeber nicht instande sei, der Entwicklung zu folgen und ein einheitliches System sicherzustellen, wenn er von Fall zu Fall die Reihe der Spezialgesetze verlängere. Widmer/Wessner, S.137.

³¹ Die Rechtssicherheit ist in einem System nicht besser gewahrt, das aufgrund seiner Lücken das Gericht ständig zu verschiedenen Nothelfen und Konstruktionen zwingt, um ein angemessenes Ergebnis zu erreichen, ein System, bei dem der Verschuldensbegriff keinen greifbaren Sinn mehr hat und die Tatbestände der gewöhnlichen Kausalhaftungen aufgrund missträuchlicher Anwendung ihre Konturen verlieren, so Widmer/Wessner, S.138.

³² In der deutschen Diskussion zur Generalklausel wurde dies die "kleine Lösung" genannt, im Gegensatz zur "großen Lösung", die nur eine Generalklausel behält und ihre Konkretisierungen im positiven Recht als überflüssig ansieht. Nach ihrer Ausgestaltung im vorliegenden Vorentwurf und den Vorschlägen der Studienkommission ist die Generalklausel nur ein Mittel, um dem Gericht eine Befugnis zu gewährleisten, ohne die das Haftpflichtrecht seine Aufgaben nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann, siehe dazu Widmer/Wessner S.137 und die dort erwähnten.

³³ Widmer/Wessner, S.138.
³⁴ Widmer/Wessner, S.139: Eine ähnliche Generalklausel ist im italienischen Zivilgesetzbuch zu finden. In diesem Artikel handelt es sich um die Haftung wegen Ausübung gefährlicher Tätigkeiten. Demnach ist "wer in der Ausübung einer an und für sich oder wegen der eingesetzten Mittel gefährlichen Tätigkeit anderen Schaden zufügt, [...] zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er nicht nachweist, alle zur Vermeidung des Schadens geeigneten Maßnahmen getroffen zu haben.", siehe für die deutsche Übersetzung des italienischen Zivilgesetzbuchs: http://www.provinz.bz.it/amtswirtschaft/download/ProvBZ_ZGB_Fassung_Stand_24_11_2010_de.pdf (28.01.2013)

III. Die Voraussetzungen der Klausel

Gemäß Art. 71 Abs. 1 OR haften der Besitzer und/oder der Betreiber gesamtschuldnerisch, im Falle eines Schadens, der aufgrund einer besonders gefährlichen Tätigkeit eines Unternehmens entstand. In den folgenden Absätzen werden die Begriffe "ein Unternehmen, das eine besondere Gefahr bildet" definiert und die Voraussetzungen (Abs.2-3) sowie die Rechtsfolgen (Abs.4) der Haftung erklärt³⁵. Der Artikel kann wie folgt übersetzt werden:

"Die Gefährdungshaftung und der Ausgleich"

Artikel 71

⁴¹ Falls von einem besonders gefährlichen Betrieb ein Schaden entsteht, so haften dafür der Besitzer und/oder der Betreiber gesamtschuldnerisch.

² Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, falls sie in ihrem Wesen oder nach der Art der dabei verwendeten Materialien, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

³ Spezielle Haftungsbestimmungen für bestimmte Gefährdungsfälle sind vorbehalten.

⁴ Auch wenn die Tätigkeit eines besonders gefährlichen Betriebs durch die Rechtsordnung geduldet wurde, können die Geschädigten den Ausgleich des Schadens aufgrund dieser Tätigkeit mit einer billigen Entscheidung beantragen.⁴⁴

Wie im Artikel 71 ersichtlich, muss für die Haftung eine besonders gefährliche Tätigkeit ausgedeutet werden. Daher wird im folgenden Abschnitt näher darauf eingegangen, was unter "einer besonders gefährlichen Tätigkeit" zu verstehen ist und wer dafür haftet.

³⁵ Der Entwurf von Widmer/Wessner zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts in der Schweiz hat die Gefährdungsklausel im Artikel 50 beschrieben. Demnach lautet der Art.50: "Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit vermindert, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldeten Tätigkeit handelt. / ²Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet. / ³Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten."

A. Gefährliche Tätigkeit ausübender Betrieb

Der Artikel 71 des türkischen OR sieht vor, dass die Regelung nur Anwendung findet, falls die besonders gefährliche Tätigkeit in einem Betrieb ausgeübt wird³⁶. Somit ist eine Person, die nicht als Betreiber definiert wird – egal wie gefährlich die Tätigkeit ist – nicht aufgrund dieser Klausel haftbar. Dies führt zu dem Ergebnis, dass z.B. eine Person, die leichtentflammbare Stoffe ohne die erforderliche Sorgfalt auf dem Dachboden aufbewahrt, nur mit der Verschuldenshaftung rechnen müsste, wenn diese Stoffe wegen Hitze explodieren. Wenn dieser Schaden jedoch von einem Betrieb verursacht wird, würde der Betrieb nach der Generalklausel haften.

Der Betreiber und/oder der Besitzer des Betriebs können eine natürliche sowie eine juristische Person sein³⁷. Zudem ist der Begriff des Betriebes nicht nur im Sinne des Art. 11 türkisches Handelsgesetzbuch (HGB) zu verstehen. Demnach sind auch Betriebe, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, unter der Generalklausel zu subsumieren. Folglich werden auch die Geschäfte und Unternehmen der Kleinhandlärer, die im Sinne des HGB nicht als Betrieb gelten, von der Generalklausel umfasst. Dagegen werden Betriebe zur Ausübung der beruflichen Praxis, wie z.B. eine Arztpraxis, nicht als Betriebe im Sinne des Art. 71 verstanden³⁸.

³⁶ In dieser Hinsicht, weicht das türkische Recht von dem Entwurf von Widmer/Wessner ab, in dem er ausdrücklich nur von einem Betrieb ausgeht. Beim erläuternden Bericht erklärt Widmer/Wessner (S.146-147), dass der Begriff "Betriebe" und der zugrundeliegende Gedanke des Ausgleichs von Nutzen und Gefahr natürlich den Eindruck erweckt, dass die Gefährdungshaftung hauptsächlich eine "Unternehmungshaftung" ist. Er spricht davon, dass diese Annahme im deutschen Text dadurch verstärkt wird, dass die Begriffe "Unternehmung" und "Betrieb" praktisch gleichbedeutend sind und fast automatisch mit dem Begriff "Betriebsgefahr" in Verbindung gebracht werden kann. Es soll für die große Mehrheit der Fälle dies zutreffen. Aber beim VE sollte das Vorliegen eines Unternehmens, verstanden als eine Organisation mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten (hier fehlt ein Wort, so ist dieser Satz unverständlich), keine Voraussetzung der Gefährdungshaftung darstellen, im Gegensatz zur Haftungsorganisation (Art. 49a VE). Er meint das Minimum an wirtschaftlicher und intrastruktureller Hilfsorganisation, das beispielsweise die Verwendung eines Motorfahrzeuges bedingt - auch wenn der Halter es nur für Sonntagsausflüge oder Ferien benutzt -, und der Nutzen und die Befriedigung rein immaterieller Art, die man daraus zieht, genügen für eine kausale Zurechnung, entsprechend der Gefährdungshaftung ist. Dasselbe soll für die Ausübung der Jagd oder einer gefährlichen Sportart gelten; auch in der türkischen Rechtslehre wurde diese Regelung, also das eine -gefährliche Tätigkeit von einem Betrieb" ersucht wird, schon bei dem Entwurf kritisiert. Man war der Ansicht, dass die besonders gefährliche Tätigkeit nicht nur auf ein Betrieb begrenzt werden sollte; siehe dazu Erdemoglu, Deniz; Türk Ozel Hukukunda Tehlike Esasına Dayanan Sorumluluk. (Magisterarbeit) Istanbul 2007, S.101; Ataner, Yesim: "Revizé Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeye ve Teklifler", Hukuk Perspektifleri Dergisi, S. 6, Mayıs 2006, s. 22; anders dazu Yılmaz, Süleyman: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. Cilt:59, Sayı:13, Yıl:2010, S. 574.

³⁷ siehe Kılıçoğlu, S.361.
³⁸ Ullsasn, Ihsan: "Gefährdungshaftung im Entwurf des türkischen Obligationengesetzbuches", Rezeption und Autonomie: 80 Jahre türkisches ZGB, in "Journées turco-suisse", 2006, S.11; Ögürman/Öz, S.186; Erdem, S.222.

Betreiber³⁹ ist derjenige, der aus der gefährlichen Tätigkeit Gewinne erzielt⁴⁰. Die Gewinne können sowohl zu gewerblichen als auch zu nicht gewerblichen Zwecken gefährlicher werden. Hierbei ist entscheidend, dass die ausübende Tätigkeit von besonders gefährlicher Art ist. Außerdem ist Betreiber derjenige, der durch Anweisungen die Kontrolle über den Betrieb ausübt. Dies kann nach dem türkischen Gesetz der Besitzer oder auch der Betreiber (Unternehmer) sein.

Des weiteren hat der Gesetzgeber mit der Generalklausel den Besitzer und den Betreiber gesamtschuldnerisch in Haftung gesetzt. Folglich haftet der Besitzer, im Falle eines Mietvertrages oder Managementvertrages usw. mit dem Mieter oder Manager gemeinschaftlich. Somit kann der Geschädigte seine Ansprüche auch direkt gegen den Besitzer stellen. Dies entspricht eher der Gerechtigkeit⁴¹.

An dieser Stelle ist auch auf den vierten Absatz des 71. Artikel des OR hinzuweisen, der bei dem Entwurf von Widmer/Wessner nicht vorhanden war. Der vierte Absatz schreibt vor, dass die Gefährdungshaftung auch bei erlaubten (legalen) Ausübungen dieser Betriebe eine Haftung begründet. Anders als beim Entwurf von Widmer/Wessner besteht in diesen Fällen eine Ausgleichsentschädigung. Beim Entwurf von Widmer/Wessner steht schon im ersten Absatz die Regelung, dass auch für die von der Rechtsordnung zugelassene Tätigkeit eine Haftung besteht. Jedoch wurde im Art.50 VE hinsichtlich des Schadensersatzes keine Unterscheidung vorgenommen. Demnach sollte der Betreiber, unerheblich, ob die Tätigkeit zugelassen ist oder nicht, für den Schaden verantwortlich sein⁴².

B. Die gefährliche Tätigkeit

Damit die Generalklausel der Gefährdungshaftung angewendet werden kann, reicht lediglich das Vorliegen eines Betriebes nicht aus. Zusätzlich muss die Tätigkeit dieses Betriebes "besonders gefährlich" sein⁴³.

Die Definition einer besonders gefährlichen Tätigkeit wird dagegen durch einen subjektiven und einen objektiven Maßstab beschrieben. Das objektive Maß besteht darin, dass die Verwendung der Tätigkeit ein Risiko enthält, das besonders häufig zu Schäden führt oder besonders schwerwiegende Schäden herbeiführen kann⁴⁴. Mit anderen Worten: wenn

³⁹ Der Gesetzgeber entschied sich bewußt für den Begriff "Betreiber" und nicht für den Begriff "Halter", den man aus dem Verkehrsrecht als haftende Person kennt. Damit wollte der Gesetzgeber lediglich den Begriff "Betreiber" wegen dem Zurechnungskriterium stärker hervorheben. Siehe auch Widmer/Wessner, S.146.

⁴⁰ Erdem, S.225; Kılıçoğlu, S.355; Akkaya-Yıldırım, S.204.

⁴¹ vgl. Erdem, S.225; Kılıçoğlu, S.355; Akkaya-Yıldırım, S.204.

⁴² Siehe dazu unten "IV. Schlussfolgerung: Schadensersatz und Aufopferungsausgleich".

⁴³ Das türkische Recht bezieht sich (wie der schweizerische Entwurf) grundlegend (?) auf die gefährliche Tätigkeit und nicht auf gefährliche Sachen oder Stoffe; vgl. zum Entwurf von Widmer/Wessner, S.140; Kılıçoğlu, S.362.

⁴⁴ Korsunz, Rehm: Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Dikkatlenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu s. 2000; Yılmaz, Süleyman: Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, S.:59 (3), 2010, S.571; Büyüksaygı, s. 5-6.

die Gefahr, das "normale Risiko" klar übersteigt, das mit jeder menschlichen Tätigkeit verbunden ist, so ist der objektive Maßstab erreicht. Es kann dabei auf quantitativen oder qualitativen Faktoren oder deren Kombinationen beruhen⁴⁵, z.B. ist der Schaden im Straßenverkehr nicht immer erheblich, jedoch ist das Risiko eines Schadens sehr hoch. Dagegen ereignet sich ein Unfall eines Atomreaktors, einer Eisenbahn oder eines Flugzeugs nicht sehr oft, jedoch könnte der Schaden hier sehr schwerwiegend sein. Natürlich muss in jedem einzelnen Fall vom Richter bewertet werden, ob die Tätigkeit je nach den Umständen einen gefährlichen Charakter hat oder nicht⁴⁶.

Das subjektive Maß dagegen besteht darin, dass bei aller Sorgfalt, sogar von einer fachkundigen Person, die Gefahr nicht zu vermeiden ist. Auch hier wird der Begriff wieder in Relation gesetzt zu einem normalen Risiko. Doch diesmal achtet man auf die Fähigkeit des Menschen, ob die Gefahr beherrscht werden kann. Dieses subjektive Maß betrifft daher die körperlichen sowie psychischen und intellektuellen Fähigkeiten, die es normalerweise einer Person erlauben sollen, den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Somit sollte für eine Haftung die Gefahr mit der Tätigkeit eng verbunden und ganz unvermeidlich sein. Also darf keine Möglichkeit vorhanden sein, den Schaden zu verhindern. Jede zumutbare Sorgfalt und jede Sicherheitsmaßnahme müsste vergeblich sein⁴⁷. Wenn die Tätigkeit unter aller Sorgfalt der Person einen Schaden statistisch gesehen mehrmals oder höchstwahrscheinlich entstehen lässt, ist die Tätigkeit als besonders gefährlich zu qualifizieren und damit unter die Vorschriften der Gefährdungshaftung zu subsumieren⁴⁸. Ist die fachkundige Person in der Lage, mit einer objektiven Sorgfalt den Schaden zu verhindern, so liegt keine Haftung gem. Art.71 OR vor. In diesem Fall könnte bei einem Schaden nur eine Haftung wegen Verschuldens oder ggf. eine andere Haftung ohne Verschulden angenommen werden⁴⁹.

Hier sollte jedoch erwähnt werden, dass nicht jede Tätigkeit eines Betriebs unter diese Klausel fällt, sondern nur die Tätigkeiten, die besonders gefährlich sind. Obwohl der Wortlaut auch eine andere Auslegung zulässt, würde eine weite Auslegung zu einer

⁴⁵ Darauf weist der Wortlaut des Art.71/Abs.2 hin: "geeignet...häufige oder schwerwiegende Schaden herbeizuführen", siehe auch dazu Widmer/Wessner, S.140.

⁴⁶ "Der besonders gefährliche Charakter einer Tätigkeit muss freilich in generell-abstrakter Weise beurteilt werden. Es geht nicht um, eine an sich harmlose Tätigkeit für immer einer Kansaldhaftung zu unterstellen, weil sie - unter aussergewöhnlichen Umständen, die sich wahrscheinlich nicht wiederholen werden - einen beträchtlichen Schaden verursacht hat. Umgekehrt soll der Umstand, dass - dank einem glücklichen Zufall - eine an sich gefährliche Tätigkeit bis jetzt nur seltene und relativ glimpfliche Unfälle verursacht hat, den Richter nicht hindern, sie nach ihrem tatsächlichen Schadenpotential zu beurteilen" zitiert von Widmer/Wessner, S.141); z.B. Nuklearreaktoren, Standamme-, Gas- oder Elektrizitätsere, Sprengstofffabriken oder deren Lager, sowie Minen sind darunter zu fassen. Siehe dazu Akkaya-Yildirim, S. 210; Öguzman/Öz, S.186-187; Kılıçoğlu, S.363; Erdem, S.223.

⁴⁷ Widmer/Wessner, S.141.

⁴⁸ Bithyisagıs, s.6; Korkusuz, s.200; Yılmaz, s. 572; Antılyı, S.646; Kılıçoğlu, S.363; "Wir haben gesehen, dass die besondere und unvermeidliche Gefahr auf das Wesen einer Tätigkeit zurückzuführen sein kann (auf die Schnelligkeit, mit der sie ausgeführt wird, auf den Einsatz besonderer Kräfte, den sie notwendig macht, oder auf den Umstand, dass sie sich unter besonders schwierigen oder gefährlichen Bedingungen abspielt), oder auf gefährliche Eigenschaften von Stoffen (die giftig, entzündlich, explosiv, ätzend usw. sind) oder von Apparaten und Energien, deren Verwendung sie notwendig macht". Widmer/Wessner, S.141.

⁴⁹ Erdem, S.223.

grenzenlosen Haftung führen, welcher aber vom Gesetzgeber nicht gewollt ist⁵⁰. Das türkische OR weicht hier vom Entwurf von Widmer/Wessner insofern ab, in dem es den Begriff des "charakteristischen Risiko" nicht ins Gesetz eingefügt hat. Der erste Absatz des Artikel 71 OR bezeichnet nur die Schäden, die durch die Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit eines Betriebs entstehen. Doch es wäre hier zu betonen, dass der Begriff des charakteristischen Risikos, auch wie in Absatz zwei von Artikel 50 VE ins türkische übernommen worden wäre. Hiermit ist nach meiner Ansicht eine Lücke im Gesetz entstanden. Daher sollte auch in diesen Fällen im türkischen Recht stets das charakteristische Risiko des Betriebs vorausgesetzt werden, denn dieses Risiko grenzt die gefährliche Tätigkeit von anderen normalen Tätigkeiten ab. Erst wenn der Schaden durch die Ausübung dieser gefährlichen Tätigkeit entsteht, die aus dem charakteristischen Risiko des Betriebs hervorgeht, könnte dies zu einer Haftung nach der Generalklausel führen. Eine andere Auslegung würde - wie gesagt - dazu führen, dass bei jeder Tätigkeit des Betriebs eine Haftung vorliegen würde⁵¹, z.B. in einer Feuerwerksfabrik wird mit sehr explosiven Stoffen hantiert. Wenn aufgrund der Handhabung dieser gefährlichen Stoffe eine Explosion verwirklicht wird und dadurch ein Schaden entsteht, so ist dieser Schaden selbstverständlich aufgrund des charakteristischen Risikos der gefährlichen Tätigkeit des Betriebes entstanden. Doch wenn ein Arbeitnehmer während Reparaturarbeiten in der Fabrik seinen Hammer fährlässig auf ein Auto fallen lässt, so kann man diesen Schaden nicht auf das charakteristische Risiko des Betriebes zurückführen⁵².

Daher hat der Richter in jedem Fall gesondert zu prüfen, ob und in welchem Ausmaß der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, durch die Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer Tätigkeit verursacht wurde, die nach den oben genannten Kriterien als besonders gefährlich eingestuft werden⁵³.

C. Negative Voraussetzung: Mangel an einem Spezialgesetz

Mit dem dritten Absatz des Artikel 71 wird bestimmt, dass die Generalklausel nur in den Fällen angewendet werden kann, in denen keine Spezialgesetze vorhanden sind. Somit kann diese Klausel nicht bei Unfällen von Kraftfahrzeugen, Flugzeugen, Nuklearreaktoren usw. angewendet werden, da in diesen Bereichen ein Spezialgesetz besteht. In dieser Hinsicht scheint die Anwendung durch diese Regelung zwar begrenzt, doch ein Blick in das türkische Recht zeigt, dass diese Begrenzung, wie oben erläutert, nicht zu eng ist. Folglich kann man behaupten, dass diese Generalklausel im türkischen Recht einen sehr weiten Anwendungsbereich hat.

⁵⁰ auch Erdem, S.221.

⁵¹ So der Ansicht Korkusuz, s.199; Yılmaz, s.572; Bithyisagıs, s.6.; (er kritisiert, dass die Formulierung des Textes für alle gefährlichen Tätigkeiten anwendbar zu klingen mag); Korkusuz, s.199; Anner, Yegim; "Revize Editim; Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler", Hukukî Perspektifler Dergisi,22 vd.; Erdem, S.224; Akkaya-Yildirim, S.210-211.

⁵² siehe auch Erdem, S.224; Kılıçoğlu, S.362.

⁵³ Widmer/Wessner, S.142.

Bei Unternehmen mit leicht entflammbaren Stoffen oder Sprengstoffen, wie bei Tankstellen, kann die Generalklausel ohne Weiteres angewendet werden. Genauso kann sie bei einem Motorboot- oder gar bei einem Eisenbahnunfall⁵⁴ sowie bei Schäden, die durch eine Kohlenmine oder im Rahmen eines Betriebes zur Stromproduktion verursacht werden, angewendet werden⁵⁵, da in diesen Betrieben keine speziellen rechtlichen Bestimmungen vorliegen⁵⁶. Natürlich könnte man diese Beispiele um zahlreiche andere erweitern⁵⁷. In diesem Zusammenhang kann insbesondere hinsichtlich der Arbeitnehmer die Generalklausel angewendet werden. Man kann von der Vorstellung ausgehen, dass Tätigkeiten, die unter dem Gesichtspunkt der Arbeitssicherheit als besonders gefährlich angesehen werden, auch im Verhältnis zu Dritten als gefährlich betrachtet werden müssen⁵⁸.

IV. Die Schlussfolgerung: Schadensersatz und Ausgleichentschädigung

Wie oben bereits erwähnt, ist der vierte Absatz des 71. Artikel des OR in dem Entwurf von Widmer/Wessner nicht enthalten. Dieser Absatz beinhaltet, dass die Gefährdungshaftung auch bei erlaubten (legalen) Ausübungen dieser Betriebe eine Haftung begründet, doch anders als im Entwurf von Widmer/Wessner besteht in diesen Fällen eine Ausgleichentschädigung. Im Entwurf steht schon im ersten Absatz der Regelung, dass auch die von der Rechtsordnung zugelassene Tätigkeit eine Haftung begründet. Aber in Art.50 VE wurde beim Anspruch eines Schadensersatzes diesbezüglich kein Unterschied

gemacht. Folglich sollte der Betreiber, uneinheitlich ob die Ausübung der Tätigkeit zugelassen wurde oder nicht, für den Schaden verantwortlich sein.⁵⁹

Dieser Absatz führte daher zu vielen Diskussionen⁶⁰. Denn es spielt im Gefährdungshaftungsrecht weitgehend keine Rolle, ob die Tätigkeit eines Betriebs legal ist oder nicht. Wichtig ist hier, ob durch die Ausübung der Tätigkeit ein Schaden rechtswidrig entstanden ist oder nicht⁶¹. Außerdem sind die meisten Betriebe, die gefährliche Tätigkeiten ausüben, selbstverständlich von der Rechtsordnung zugelassen worden⁶², m.a.W. sind diese Betriebe durch verschiedene Genehmigungen und Erlaubnisse befugt, die Tätigkeiten auszuüben und stehen stets unter der staatlichen Kontrolle. Dies führt dazu, dass in den meisten Fällen der Schaden durch einen Ausgleich entschädigt wird, der im vierten Absatz geregelt ist. Die Ausgleichentschädigung ist dabei in jedem Fall vom Richter nach der Billigkeit zu bewerten⁶³.

Zusammenfassung

Das türkische Recht hat mit Art.71 OR eine allgemeine Gefährdungshaftung vorgesehen, so dass ein Betrieb, welcher wegen Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit einen Schaden auslöst, diesen zu ersetzen hat. Das türkische OR nimmt hauptsächlich den Entwurf von Widmer/Wessner an, doch weicht das OR beim Haftungssubjekt und beim Schadensersatz durch erlaubte gefährlichen Betriebe ab. Obwohl bei Widmer/Wessner die gefährliche Tätigkeit als Anknüpfungspunkt ausreicht, hat das türkische OR nur die gefährliche Tätigkeit eines Betriebs berücksichtigt. Somit können natürliche Personen, die keinen Betrieb betreiben, nicht unter die Haftung fallen.

Die Generalklausel ist nur dann anzuwenden, wenn für diesen Fall keine Spezialregelung besteht. Folglich findet die Generalklausel im türkischen Recht eine sehr weite Anwendung, da es im türkischen Recht nicht viele Spezialgesetze in Bezug auf die Gefährdungshaftung gibt.

Die Regelung wurde am meisten bezüglich der Implikationen für die Rechtssicherheit kritisiert. Dieser Ansicht nach sollte der Gesetzgeber nicht die Lösung in einer

⁵⁹ Siehe dazu unter "Schlussfolgerungen".

⁶⁰ In VE von Widmer/Wessner (S.146) wird definiert, dass der Art.50 auch bei gefährlichen Tätigkeiten, die von der Rechtsordnung zugelassen sind, angewendet werden muss. Doch es wird hier kein Unterschied zwischen Ausgleich oder ganzem Schadensersatz gemacht. Ahammer (S.28-29) ist der Meinung, dass in der Überschrift der Begriff "Ausgleich", sowie der ganze vierte Absatz abgeschafft werden müsste. Ahammer, S.28-29.

⁶¹ Widmer/Wessner (S.146) behaupten auch, dass auch bei unerlaubten Tätigkeiten die Gefährdungshaftung angewendet werden sollte. Eine Auslegung dahingehend, dass in diesen Fällen die Verschuldenshaftung anzuwenden ist, würde dazu führen, dass der Geschädigte das Verschulden zu beweisen hat. Darum betone man in Artikel 50 Absatz 1 VE ausführlich, dass die Generalklausel, "selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldeten Tätigkeit handelt", anzuwenden ist. Bei einer unerlaubten Tätigkeit soll ihre Anwendung erst recht gerechtfertigt sein.

⁶² Erdem, S.225-226.

⁶³ Erdem, S.225-226; Kılıçoğlu, S.363; Akkaya-Yıldırım, S.218-219; Oğuzman/Öz, S.188-189.

⁵⁴ So hat das türkische Kassationsgericht bei einem Eisenbahnunfall, obwohl es dem Verkehrsrecht nicht entspricht, diese Regeln angewendet. Siehe dazu Yargıtay 19. Hükuk Dairesi T. 17.5.1993 E. 1993/3224 K. 1993/3814 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁵ Das Kassationsgericht hat in diesem Urteil, in dem eine Person aufgrund der mangelnden Sorgfalt des Betreibers einen elektrischen Schock erlitt, entschieden, dass der Betreiber nach Art. 58 des OR haftet. Yargıtay 4. Hükuk Dairesi, 20.5.1998 harh ve. 1998/421 K. 1998/3622 sayılı karar.

⁵⁶ Widmer (S.144) verweist auf einige Rechtsprechungen, in denen die Generalklausel angewendet wurde und die auch im türkischen Recht zur Diskussion standen, etwa hinsichtlich der Haftung des Geschäftsführers (OR Art.55) oder des Werkzeugleiters (OR Art.58). Diese Urteile betreffen einen Schießstand (BGE 16 812; vgl. auch 70 II 215 und 71 II 107); die Verwendung von Dampfkesselein (BGE 63 II 143); von Bootchen oder Kesseln, in denen chemische Reaktionen stattfinden (BGE 72 II 311) oder Gasbädern (BGE 57 II 104, 117 II 50); allerlei Unfälle, die durch Maschinen verursacht wurden, die häufig nicht dem klassischen Begriff des "Werks" als "stabile mit der Erde verbundene Gegenstände" entsprechen, wie: Dreschmaschinen (BGE 47 II 425; 72 II 255); andere landwirtschaftliche Maschinen (BGE 57 II 61; 60 II 38; 77 II 308; StZ 1944 147 Nr. 88); Luftseilbahnen und Seilwinden (56 II 278; 60 II 218; ZBlV 1947 443); verschiedene Motoren und Geräte (BGE 27 II 578; 32 II 63; StZ 1981 96 Nr. 19); Aufzüge (BGE 32 II 63; 35 II 421; 41 II 687; 91 II 201; 32 II 63; StZ 1919/20 131 Nr. 27); Krane (BGE 96 II 277); Tankstelle (ZR 1955 26).

⁵⁷ In Italien wurden im Rahmen des Art.2050 des italienischen ZGB diese Beispiele genannt: Herstellung und Verwendung von Flaschen für flüssiges Gas; Betrieb von Luftseilbahnen, Sessel- und Skiliften; Bauplätze und Tiefbau-Arbeiten; gewisse landwirtschaftliche Tätigkeiten, namentlich jene, welche die Verwendung von Maschinen voraussetzen; der Betrieb gefährlicher Anlagen, wie Schwimmbäder, Stadien oder Vergnügungsparks; verschiedene Sportarten mit technischen Risiken (Reiten, Auto- und Kartrennen); der gefährliche Charakter von Rad- und Skirennen ist unstritten; eine Entscheidung aus dem Jahr 1951, die das Kegelispiel ("Bogeria") als gefährlich erachtete, wurde nicht mitbezogen, siehe dazu Widmer/Wessner, S.144-145.

⁵⁸ So auch die türkische Rechtsprechung, siehe dazu Yargıtay HGK, 18.03.1987 T., E. 1986/9-722, K. 1987/203 (www.kazanci.com.tr)

Generalklausel suchen, sondern durch die Einführung spezieller Gesetze. Überwiegend begrüßt man jedoch diese Regelung. Es wird sogar in der Begründung des Artikels bemerkt, dass das türkische Recht viele Lücken im Bereich der Gefährdungshaftung habe. Diese Generalklausel soll also dem Richter als ein Mittel dienen, diese Lücken zu füllen. Welche gefährlichen Tätigkeiten unter die Generalklausel gefasst werden, ist dem Richter überlassen worden. Der Richter wird je nach Fall bewerten, ob ein Schaden unter die Gefährdungshaftung fällt oder nicht.

Das Rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern

von

Univ.-Doz. Dr. Christian Alunaru, Arad/Rumänien

1. Einleitung. Kurze Geschichte der Entstehung des rumänischen Einheitsstaates und der rumänischen Zivilgesetzbücher.

1.1. Nach vielen Versuchen und drei großen gescheiterten Projekten (in den Jahren 1940, 1971 und 2004) ist es Rumänien gelungen, ein neues Zivilgesetzbuch zu erlassen: Durch das Gesetz Nr. 287/2009 (veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens I 24, 7. 2009/511) hat Rumänien ein neues Zivilgesetzbuch erhalten. Selbstverständlich hat das neue ZGB bedeutende, tiefgreifende nicht nur rechtliche sondern auch gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen. Doch die Entwicklung des ganzen rumänischen Zivilrechts und besonders des Sachenrechts erschöpft sich nicht in diesem Zivilgesetzbuch, da es erst seit kurzer Zeit in Kraft getreten ist und auf dessen Grund noch keine Rechtsprechung und auch sehr wenig Rechtsliteratur veröffentlicht wurde. Außerdem müssen, um die Zweckmäßigkeit und die Neuerungen des neuen Zivilgesetzbuches abschätzen zu können, zunächst die wichtigsten Grundsätze des rumänischen Zivilrechts und auch die wichtigsten Schritte, die in den letzten zwei Jahrzehnten auf dem Wege der Zivilrechtsreform gemacht wurden, erläutert werden.

Also werde ich sowohl die wichtigsten Grundsätze, die Entwicklung des rumänischen Sachenrechts und einige wichtige Aspekte der Zivilrechtsreform der vergangenen zwanzig Jahre nach der Wende darstellen, als auch die wichtigsten Neuerungen, die das Zivilgesetzbuch von 2009 mit sich gebracht hat, hervorheben.

Das heutige Rumänien entstand durch die im Laufe der Geschichte vereinigten drei großen Fürstentümer und einige kleinere Provinzen. Die 3 Fürstentümer Moldau (Moldova), Walachei (Muntenia) und Siebenbürgen (Transilvania) befanden sich bis zur ihrer Vereinigung unter einem Protektorat oder waren sogar Teile von drei benachbarten Kaiserreichen – dem Osmanischen Reich, Russland und Österreich-Ungarn. Diese politische Abhängigkeit bestimmte auch das Rechtssystem der drei rumänischen Fürstentümer und hatte zur Folge, dass zur Zeit der Vereinigung in den Provinzen des neu entstandenen Staates völlig verschiedene Zivilgesetzbücher anwendbar waren.

Erst vereinigten sich die Moldau und die Walachei 1859 unter dem Namen „Die vereinigten Fürstentümer“ und bildeten dann im Jahre 1881 das Königreich Rumänien.

Noch bevor sie ein einheitliches Königreich bildeten, wurde im Jahre 1864 in den vereinigten Fürstentümern ein gemeinsames Zivilgesetzbuch verabschiedet, das völlig unter dem Einfluss des *Code Napoléon* stand und zwar mit allen Folgen, die das französische, auf

dem Grundsatz des Konsensualismus (der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte) aufgebaute System, mit sich brachte.

1.2. Rumänien hätte auch ein Zivilgesetzbuch nach österreichischem Muster haben können Die internationalen Verhältnisse in Europa Mitte des 19. Jahrhunderts hatten eine Verschiebung der politischen Interessen der vereinigten rumänischen Fürstentümer von Österreich nach Frankreich zur Folge. So diente das französische Gesetzbuch statt des ABGB als Vorbild für das rumänische Zivilgesetzbuch. Viel mehr noch: Es wurde ein sehr wertvolles Gesetzbuch des moldauischen Fürsten Scarlat Calimach aufgehoben, das laut vieler Kommentatoren ein getreues Abbild des ABGB gewesen ist. Der "Code Callimaque"¹ oder "Codex civilis Moldaviae" war zwischen dem 1. Oktober 1817 und dem 1. Dezember 1865 in Kraft, bis es durch das rumänische Zivilgesetzbuch ("Codul civil român") aufgehoben wurde.

Der besondere Wert dieses Gesetzbuches wurde unter anderem von der Universität Oxford bestätigt, denn der Fürst Calimach sandte Kopien des Entwurfes vor der Verkündung des Gesetzbuches mehreren europäischen Gelehrten zu, um ihre Meinung zu erfragen.² Das Gesetzbuch von Calimach wurde in deutscher Sprache von E. K. Zachariae von Lingenthal übersetzt und im Vorwort zu der zweiten Auflage seines Werkes „Geschichte des griechisch-römischen Rechts“ veröffentlicht.³ Weiter wurde es auch im Werk von I. und P. Zepos „Jus Graeco-romanum“, Band VIII, Athen 1931, S. 1-355 veröffentlicht. Der Einfluss des ABGB auf das Gesetzbuch von Scarlat Calimach ist hinsichtlich der Planung und Methode auf den wichtigsten und gebildetsten Mitarbeiter⁴ des Fürsten Calimach bei der Verfassung des moldawischen Gesetzbuches zurückzuführen, dem Rechtsprofessor Christian Flechtenmacher. Er war seinerzeit der berühmteste Jurist des Fürstentums Moldau. Eigentlich war er ein Siebenbürger Sachse aus Kronstadt (Brasov), der seinen Dokortitel in Wien, als Student des Professors Franz von Zeilner, einem der wichtigsten Verfassers des ABGB (Nachfolger seines Meisters Karl Anton Freiherr von Martini), erworben hat. Er wurde vom Fürsten Calimach im Jahre 1813 in die Moldau gebracht und war auch an der rumänischen Übersetzung des Gesetzbuches beteiligt, (weil dieses Gesetzbuch ursprünglich in griechischer Sprache – der Amtssprache der Justiz in den rumänischen Fürstentümern – verfasst wurde). Flechtenmacher verwendete sogar den Kommentar seines Meisters Franz von Zeilner für seinen Kommentar zum neuen Gesetzbuch.

Laut einer weit verbreiteten Meinung ist der Codex Calimach abgesehen von einigen Abweichungen eine einfache Kopie des österreichischen ABGB. Der griechische Professor

¹ Den *Codex Calimach* werden wir später öfters erwähnen im Zusammenhang mit dem Einfluss der römischen Grundsätze auf das alte rumänische Zivilrecht.

² *All Papadopol Calimach*, Din istoria legislatiunii Moldovei, (Aus der Geschichte der Gesetzgebung in der Moldau) in "Arhiva Societati stiintifice si literare din Iasi" (Urkundensammlung der Wissenschaftlichen und Literarischen Gesellschaft Iassy) Band VII, 163-165.

³ Nach C. D. Triandaphylopoulos, Sur les sources du code Callimaque, in der Zeitschrift "Revisita Istorică Română" (Die rumänische Zeitschrift für Geschichte) I, 1931, 34 ff.

⁴ Manche halten Christian Flechtenmacher für den wahren Verfasser des Gesetzbuchentwurfs, selbstverständlich unter Anleitung des Fürsten. Siehe: *All Papadopol Calimach*, 160 ff.

Triandaphylopoulos behauptet in seinem Aufsatz „*Sur les sources du code Callimaque*“, dass dieses Gesetzbuch eine Kopie des ABGB sei (*une copie fidèle du code autrichien*)⁵ sei.

Viele rumänische Kommentatoren geben nicht zu, dass der Codex ein getreues Abbild des österreichischen ABGB ist und bauen ihre Theorie auf den Quellen des Codex auf sowie auf den Berichten einiger ausländischer Persönlichkeiten jener Zeit, welche das moldawische Gesetzbuch nicht als eine Kopie des ABGB beschreiben.

Diese Quellen sind in der Verkündungsverordnung des Fürsten angegeben: das römische und griechisch-römische Recht, insbesondere die Basiliken (ein Meisterwerk des byzantinischen Rechts, welches dem Kaiser Leon VI dem Philosophen, 886-911 zu verdanken ist).

Der griechische Professor C. A. Manziufas, behauptet jedoch in seiner Vorlesung an der Universität Innsbruck mit dem Titel „Zeilners Kommentar, das Vorbild des Codex Calimach“, dass die Verfasser des Gesetzbuches Calimach das ABGB und andere österreichische Gesetze nicht nur verwendet und unschöpferisch zusammengestellt haben, sondern in vielen Artikeln und Randnoten Franz von Zeillers Kommentar zum ABGB (also den Kommentar des Autors des ABGB und des Dekans der Rechtsfakultät in Wien) regelrecht kopiert haben.

Als Forscher des vom ABGB auf die Gesetzgebung in den rumänischen Fürstentümern ausgeübten Einflusses⁶ kann ich nur bedauern, dass dieses wertvolle Gesetzbuch aufgehoben wurde, auch wenn es durch ein anderes, zwar ebenfalls wertvolles Zivilgesetzbuch, nämlich vom rumänischen Zivilgesetzbuch von 1864, ersetzt wurde. Dieses erste Gesetzbuch der vereinigten rumänischen Fürstentümer ist noch heute in Kraft und war ein getreues Abbild des „Code Napoléon“.

So wurde das Schicksal des rumänischen Zivilrechts für immer von dem Einfluss des französischen Rechts gezeichnet und der verblieben Einfluss des österreichischen ABGB beschränkte sich auf das Grundbuchsystem in Siebenbürgen.

2. Die Grundsätze des Zivilgesetzbuchs von 1864. Konsequenzen des kommunistischen Regimes für das Zivilrecht in Rumänien.

2.1. Das bis zum ersten Oktober 2011 anwendbare Rumänische Zivilgesetzbuch („*Codul civil român*“) wurde im Jahre 1864 verabschiedet und trat am 1. Dezember 1865 in Kraft. Es wurde trotz anderer Gesetze jener Zeit, die als Quellen verwendet wurden (so z.B. das belgische Hypothekengesetz vom 16. Dezember 1851, der Zivilgesetzbuchentwurf von Pisanelli und einige Vorschriften des alten rumänischen Rechts), als eine Nachahmung des französischen *Code Napoléon* betrachtet, ohne aber ein getreues Abbild seines französischen Vorbilds zu sein.

Dieses Gesetzbuch enthielt 3 Bücher: 1. Über Personen 2. Über Sachen und über die verschiedenen Änderungen des Eigentums (Despre bunuri și despre osebitele modificări

⁵ C. D. Triandaphylopoulos, Fussenote Nr. 20.

⁶ Siehe Christian Alunaru, Das ABGB in Rumänien (frühere Geltung und heutige Ausstrahlung), in "Rechtschrift 200 Jahre ABGB" Manz, Wien, 2011, 101 – 122.

ale proprietății) und 3. Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbs („Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea“). Dieses dritte Buch enthielt Vorschriften des Erbrechts (im I. Titel), Vorschriften bezüglich der Schenkung und des Testaments (im II. Titel) und regelte die Verträge als wichtigste Entstehungsgründe einer Obligation. Im III. Titel waren allgemeine Regeln für Verträge vorgesehen, dann wurden von IV. bis zum XVII. Titel verschiedene Sonderverträge geregelt. Titel XVIII regelte die Zwangsvollstreckung und Titel XIX die Verjährung (zusammen mit der Erstzung).

Was das Zivilgesetzbuch von 1865 und auch die Notwendigkeit der Einführung eines neuen Zivilgesetzbuches betrifft, sind zwei wichtige Bemerkungen zu machen:

a.) Zunächst ist das rumänische Zivilrecht von den Grundsätzen des französischen Zivilgesetzbuches geprägt; dies gilt vor allem im Bereich des Sachenrechts durch den Grundsatz des Konsensualismus.

Weil es wie im französischen Rechtssystem (vor der Reform der Publizität der Grundstücksrechte von 1955)⁷ auch im rumänischen System keine Grundbücher im österreichischen Sinne gab, war der Rechtsverkehr im Bereich des Grundstücksrechts dem Konsensualismus, also dem Grundsatz der Formfreiheit des Rechtsgeschäfts, unterworfen⁸. Die Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen erfolgte durch eine formfreie Willensvereinbarung (Angebot und Annahme) der Vertragsparteien. Erforderlich war weder eine zusätzliche sachenrechtliche Einigung noch die Beurkundung oder die Schriftform. Die Eintragung des allein durch diese Einigung erworbenen dinglichen Rechts im Liegenschaftsregister (ein Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte und kein Grundbuch im österreichischen Sinne) hatte nur die Drittwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.

Die Übergabe der Sache diente nur dazu, dem Käufer den Besitz der Sache zu verschaffen (§ 1314 rum. ZGB).

Der Grundsatz des Konsensualismus im rumänischen Recht bedeutet viel mehr als der Grundsatz der Formfreiheit (§ 883 ABGB), wonach der Abschluss des Rechtsgeschäfts an keine besondere Form gebunden ist.¹⁰ Aus dem Grundsatz, dass die Übertragung des Eigentumsrechtes beispielweise an einem Gebäude durch einfache mündliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers möglich ist, ergibt sich, dass ein solches Rechtsgeschäft gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft darstellt. Es fehlt also die

⁷ Da der damals gültige *Code Napoléon* dem rumänischen Zivilgesetzbuch als Vorbild diente, gab es sowohl im französischen als auch im rumänischen Recht dasselbe Publizitätssystem für Rechte an Grundstücken. Inzwischen hat sich aber die französische Gesetzgebung diesbezüglich in Richtung eines modernen, europäisches Publizitätssystems entwickelt, während das rumänische Zivilgesetzbuch unverändert blieb. Durch mehrere Gesetze zwischen 1935 und 1979, insbesondere durch die Verordnung Nr. 52-22 vom 4. Januar 1955 „Über die Reform der Publizität der Grundstücksgeschäfte“ (*Proiect reforme de la publicitate fonctivă*), hat der französische Gesetzgeber das Publizitätssystem wesentlich umgestaltet, so dass es dem deutschen System heute viel ähnlicher ist. Dazu ausführlich: I. Albu, *Noile cari funciare* (Die neuen Grundbücher) Verlag Lumina lex, Bukarest 1997, 12.

⁸ *Levin Pop*, *Dreptul de proprietate si dezmembraminte sale* (Das Eigentumsrecht und die beschränkten dinglichen Rechte), Verlag Lumina lex, 2001, 46 - 48.

⁹ Zur Formfreiheit des schuldrechtlichen Geschäftes, s. *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II, 2001, 12.

¹⁰ *Almanari*, *Aplicabilitatea, in dreptul civil roman, a principului abstractizarii din teoria germana a drepturilor reale* (Die Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips aus der deutschen Zivilrechtlehre im rumänischen Zivilrecht), in „*Dreptul*“ (Das Recht), 1/2000, 42-54.

„Zweikrigkeit“ des sachenrechtlichen Rechtsgeschäfts¹¹ (§ 380 ABGB), oder wie es in der deutschen Rechtslehre heißt, das *Trennungsprinzip* (die systematische Trennung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Rechtsänderung). Folglich fehlt auch die im deutschen BGB geltende Abstraktheit¹² der dinglichen Rechtsgeschäfte (Abstraktionsprinzip).¹²

b.) Die zweite wichtige Bemerkung ist, dass in Rumänien zur Zeit des kommunistischen Regimes trotz aller Versuche das alte Zivilgesetzbuch nicht aufgehoben wurde, um, wie in manch anderen osteuropäischen Ländern, ein neues, den Grundsätzen der kommunistischen Doktrin entsprechendes Zivilgesetzbuch einzuführen. Der wichtigste Entwurf eines neuen, kommunistischen Zivilgesetzbuches wurde im Jahre 1971 ausgearbeitet; doch glücklicherweise wurde er nie verabschiedet.

Die alte Nachahmung des *Code Napoléon* überlebte die mehr als vier Jahrzehnte dauernde kommunistische Diktatur fast unverändert. Das bedeutete einen großen Vorteil sowohl für die Rechtsprechung als auch für die Rechtswissenschaft insgesamt dar, weil diese trotz aller Einschränkungen und des von der Diktatur ausgeübten Drucks weiter ein Dokument, ein Arbeitsmittel zur Verfügung hatten, welches die Grundsätze eines normalen, unpolarisierten Zivilrechts bewahrte.

2.2. Einige Kapitel des Zivilgesetzbuches wurden trotzdem novelliert.

So, wurde z.B. das gesamte erste Buch (erster Teil) bezüglich der Personen durch das Einführungsgesetz zum Familiengesetzbuch und zur Verordnung über natürliche und juristische Personen (Verordnung – Dekret - Nr. 32 aus dem Jahre 1954) aufgehoben und durch Sondergesetze ersetzt. Die wichtigsten Vorschriften bezüglich der Personenrechte wurden in der Verordnung Nr. 31 aus dem Jahre 1954 über natürliche und juristische Personen, die Vorschriften bezüglich der Familienrechte (z.B. Verwandtschaft, eheliche und nichteheliche Abstammung, Adoption, Ehe, Scheidung, gesetzliche Unterhaltspflicht, usw.) wurden im neu geschaffenen Familiengesetzbuch aus demselben Jahre verankert.

Dies entsprach der neuen Auffassung, dass die Familie die Grundzelle der kommunistischen Gesellschaft sei, woraus folgte, dass das Familienrecht kein einfacher Bestandteil des Zivilrechts mehr sein könne, sondern einen selbständigen Rechtsbereich bilden müsse und sogar eines eigenen Gesetzbuches bedürfe. Diese Auffassung hat das Zivilrecht für viele Jahre geprägt. Heute noch ist das Familiengesetzbuch in Kraft und in den rechtswissenschaftlichen Fakultäten wird heute noch Familienrecht als selbständiges Lehrfach unterrichtet.

Eine andere wichtige Novellierung betrifft die Verjährung. Durch die Verordnung (Dekret) Nr. 167 aus dem Jahre 1958 über die Verjährung wurden alle die Verjährung betreffenden Vorschriften des Zivilgesetzbuches aufgehoben und in einem neuen Sondergesetz vorgesehen. Es war aber nicht nur eine einfache Novellierung des XX. Titels des III. Buches „Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbes“ (Cartea III „Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea“) im Sinne einer Abänderung der Verjährungsfristen. Viel mehr wurden zum ersten Mal die Vorschriften bezüglich der anspruchvermindernden

¹¹ *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II, 1996, 4, 62

¹² *Baum/Stühner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 5 Rn. 40 ff.

Verjährung von den Vorschriften bezüglich der Ersitzung getrennt. Gemäß dem rumänischen Zivilgesetzbuch (das der französischen Rechtslehre und dem *Code Napoléon* folgte) wurden die Rechtsfolgen des Zeitverlaufs einheitlich durch das Rechtsinstitut der Verjährung – „*prescription*“ – mit seinen zwei Teilen geregelt: „*la prescription acquiritive*“ (die Ersitzung), wo der Zeitverlauf den Erwerb eines dinglichen Rechts zur Folge hatte (durch qualifizierten Besitz) und „*la prescription extinctive*“ (die Verjährung, im Sinne des österreichischen Zivilrechts), die einen Rechtsverlust wegen Nichtausübung durch eine bestimmte Zeit zur Folge hatte. Die Fristen wurden gemeinsam geregelt. Ähnlich lautete § 2219 des Französischen Zivilgesetzbuches: „*La prescription est un moyen d'acquiescir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi*“.¹³ Durch die Verordnung Nr. 167/1958 wurde also die Verjährung von der Ersitzung (die weiter im Zivilgesetzbuch blieb) zum ersten Mal getrennt und mit viel kürzeren Fristen versehen (z.B. 3 statt 30 Jahre).

2.3. Scheinbar blieben die restlichen Vorschriften des Zivilgesetzbuches unberührt.

Aber die kommunistischen Verfassungen Rumäniens, angefangen mit der Verfassung aus dem Jahre 1948 sowie verschiedene Sondergesetze bezüglich der Nationalisierung, Enteignung oder Ersitzung zugunsten des Staates, ermöglichten einen brutalen Missbrauch des Privateigentums.

So auch unter anderem das Gesetz Nr. 119/1948 über die Nationalisierung der Industrie-, Bank-, Versicherungs-, Bergwerks- und Transportunternehmen, die Verordnung Nr. 92/1950 über die Nationalisierung von Bauwerken und die Verordnung Nr. 111/1951 für die Regelung von beschlagnahmten oder herrenlosen Sachen.

Gegen die Grundsätze des Zivilrechts und sogar gegen die Verfassung des kommunistischen Rumäniens verstieß die Verordnung (Dekret) Nr. 218/1960, welche eine schon vor der Bekanntmachung des Gesetzes abgelaufene Verjährungsfrist der Rückerstattungsklage gegen den Staat anordnete. Laut dieses Gesetzes begann die zweijährige Verjährungsfrist im Augenblick des widerrechtlichen Besitzerverwebes seitens des Staates. Die vom Staat widerrechtlich erworbenen Liegenschaften wurden diesem dann durch die Verordnung Nr. 712/1966, rückwirkend mit dem Datum des Besitzerverwebes zugesprochen.

Die Gesetze Nr. 58/1974 und 59/1974 untersagten die Veräußerung und den Erwerb von Privatgrundstücken. Falls der Eigentümer sein Grundstück (Haus und der dazu gehörige Grund und Boden) verkaufen wollte, konnte der Käufer nur das Bauwerk erwerben, die Bodenfläche wurde enteignet und dem Käufer wurde ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt. Das Gesetz Nr. 4/1973 schrieb die Pflicht vor, die zweite Wohnung binnen einer Frist von einem Jahr zu veräußern, andernfalls wurde diese vom Staat beschlagnahmt. Die Verordnung Nr. 223/1974 räumte dem Staat das Recht ein die Grundstücke jener Personen die Rumänien endgültig verlassen oder nicht rechtzeitig aus dem Ausland zurückkehrten, zu enteignen.

Das Grundgesetz und Sondergesetze schrieben den Vorrang des staatlichen und genossenschaftlichen Eigentums vor. Gegen den Staat oder die Genossenschaften gab es keine Ersitzung, keine Verjährung, keine Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten, keine Zwangsvollstreckung und auch keine freiwillige Veräußerung zugunsten Privateigentümer.

Zwischen den nationalisierten, volkseigenen Betrieben galten nicht die Regeln des Zivilgesetzbuches sondern Sonderregeln eines neuen Rechtsbereiches, des „Wirtschaftsrechts“ – einer Mischung von Handelsrecht und Verwaltungsrecht. Für die staatlichen Unternehmen wurden neue beschränkte dingliche Rechte erfunden wie das „Verwaltungsrecht“ oder ein „unentgeltliches dingliches Nutzungsrecht“.

2.4. Die bisher erwähnten Sondergesetze wirkten sich nur auf das Sachenrecht und in diesem Zusammenhang hauptsächlich auf das Eigentumsrecht aus. Im Bereich des Schuldrechts gab es fast keine Novellierungen, doch diesem Buch des ZGB wurde oft vorgeworfen, dass es nicht mehr zeitgemäß sei, dass es keinen allgemeinen Teil des Schuldrechts, keine Vorschriften bezüglich vieler in der Rechtspraxis sehr verbreiteten Verträge oder bezüglich der Gefährdungshaftung enthält.

2.5. Im Allgemeinen kann man behaupten, dass die Vorschriften des Zivilgesetzbuches nie ausdrücklich aufgehoben wurden (nicht einmal die Vorschriften des Sachenrechts); sie galten aber nur für natürliche Personen oder privatrechtliche juristische Personen. Wie ein berühmter Professor des Römischen Rechts (Constantin Stoiescu) gesagt hätte, handelte es sich um eine „träge Aufhebung“ der Vorschriften des Zivilgesetzbuches.¹³

Das stelle aber für den Zeitraum nach 1989 einen großen, doppelten Vorteil dar: Erstens standen, wie schon erwähnt, sowohl der Rechtsprechung als auch der Rechtswissenschaft insgesamt trotz aller Einschränkungen durch Sondergesetze, weiterhin ein wichtiges Dokument zur Verfügung: ein einheitliches Arbeitsmittel, welches die Grundsätze eines normalen, unpolitisierten Zivilrechts bewahrte. Glücklicherweise wurden die Grundregeln des Zivilrechts nicht durch neue, kommunistische Prinzipien durcheinander gebracht. Zweitens, war es viel leichter, nach dem Sturz der kommunistischen Diktatur auf ein normales, demokratisches Zivilrechtssystem überzugehen.

3. Die Einführung des französischen Systems im Alten Königreich Rumänien durch das Zivilgesetzbuch bedeutete im Vergleich zum Sachenrecht vor 1864 eine Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts und gleichzeitig vom österreichischen Rechtssystem.

Das alte rumänische Recht hat die römischen Grundsätze getreu übernommen (so, z.B. der schon erwähnte Codex des moldawischen Fürsten Calimach aus dem Jahre 1817, der als ein getreues Abbild des österreichischen ABGB galt).

Das heutige, in Rumänien noch anwendbare französische System bedeutet aber eine Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts. Dessen Grundsätzen gemäß, erfolgte die Eigentumsübertragung nur durch Übergabe und das nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber Dritten. „*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“. Dem Erwerber wurde kein *ius in re*, sondern nur ein *ius ad rem* eingeräumt.

¹³ Capriel, 70 de ani de proiecte de Cod civil (70 Jahre von Projekten des Zivilgesetzbuches) in Revista romana de drept privat (Rumänische Zeitschrift des Privatrechts) 1/2007, 77.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber war nur ein schuldrechtliches, kein dingliches und konnte dem Gläubiger bloß ein Forderungsgewehr gewähren, aus welchem eine Klage zur Übergabe der Sache folgte: „*Obligatum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitium nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*“.

Die Grundsätze des römischen Rechts, die auch vom alten französischen Zivilrecht in den Provinzen mit schriftlichem Recht¹⁴, vom österreichischen ABGB (§§ 425, 427, 1053, 1084), vom holländischen, spanischen, argentinischen Zivilgesetzbuch, vom schweizerischen Schuldrechtsgesetzbuch so wie vom deutschen BGB (§ 929 ff.) übernommen wurden, gingen auch in das alte rumänische Zivilrecht über“ schrieb D. Alexandresco¹⁵ im Jahre 1898.

Das Gesetzbuch des walachischen Fürsten *Caragea* (gedruckt 1818 in Bukarest in rumänischer und in Wien in griechischer Sprache) schreibt als Bedingung für die Erwerbung beweglicher Sachen durch den Kaufvertrag die Übergabe des Kaufgegenstandes vor (§ 12, 2. Kapitel, III. Teil). Für den Kauf von Liegenschaften wird aber die Übergabe der Urkunden, durch die das Eigentum beschreiben wird, verlangt (§ 13). Die Übergabe der Urkunden soll nichts anderes als eine Art der *traditio brevi manu* aus dem römischen Recht sein, die sowohl der Codex des moldawischen Fürsten *Calimach* (§ 576) als auch das Lehrbuch von *Andronache Domici* (1814) übernommen haben.

Der Codex *Calimach* übernimmt die römischen Grundsätze und bestimmt in mehreren Paragraphen (§§ 570, 1412, 1454) genau wie das ABGB (§§ 425, 1053, 1084), dass der Titel allein kein Eigentum gibt. Das Eigentum beweglicher und unbeweglicher Sachen kann nur durch Übergabe und Übernahme erworben werden. Genau wie im ABGB (§ 427), ist für bestimmte bewegliche Sachen eine *traditio brevi manu* vorgesehen (§ 527 Übergabe durch Zeichen).

Zwischen dem Codex *Calimach* (§ 576) und dem ABGB (§ 431) gibt es aber einen wichtigen Unterschied: Der Codex *Calimach* verlangt für die Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen die Übergabe der Urkunden, durch die das Eigentum dargelegt wird. Das ABGB, so wie auch das deutsche BGB (§ 873), verlangen für die Übertragung des Eigentumes *unbeweglicher* Sachen die Eintragung in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher¹⁶.

Demnach hat das alte rumänische Recht die römischen Grundsätze treu übernommen, wonach die Eigentumsübertragung nicht durch die Einigung (Willensübereinstimmung) der Vertragsparteien sondern nur durch die Übergabe der Sache erfolgt.

Im gegenwärtigen rumänischen Zivilrecht dagegen, obwohl § 644 rum. ZGB von 1864 die Übergabe im Zusammenhang mit den verschiedenen Erwerbarten des Eigentums vorschreibt, regeln § 971 als *lex generalis* und § 1295, Abs. 1, als *lex specialis* für den Kauf,

¹⁴ V. *Pothier*, *Traité du droit de domaine de propriété*, IX, 245

¹⁵ D. *Alexandresco*, *Explicatiunea teoretica si practica a Dreptului civil roman in comparatiune cu legile vechi si cu principalele legislatiuni straine* (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen), Band V, Verlag „Tipografia Nationala“, Jassy 1898, 162.

¹⁶ Dazu *Stübernack*, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, I, Verlag Schuster et Schreiber, 1902, 536-561.

dass der Erwerb des Eigentums (an beweglichen und unbeweglichen Sachen) formfrei und allein durch Einigung möglich ist.

Dem Käufer wird heute kein Forderungsrecht mehr eingeräumt, er wird nicht lediglich zum „Gläubiger der gekauften Sache“, sondern er wird durch die Wirkung der bloßen Einigung der Vertragsparteien zum Eigentümer. Die Übergabe dient nur, um ihm den Besitz an der Sache zu verschaffen (§ 1314 rum. ZGB von 1864).

Gemäß § 1138 des französischen Code civil („*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*“) war die Pflicht zur Übergabe der Sache allein durch die Einigung der Vertragsparteien rechtswirksam. Dieser Paragraph wurde jedoch als fehlerhaft betrachtet¹⁷, weil er die Ursache vieler theoretischer Auseinandersetzungen war.

Deshalb verließ der rumänische Gesetzgeber diesmal die französische Quelle, obwohl ihm der *Code Napoléon* als Muster gedient hatte und übersetzte im oben erwähnten § 971 (rum. ZGB von 1864) *ad litteram* § 1125 des italienischen Zivilgesetzbuches: „*Nei contratti che hanno de oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o el diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legitimamente manifestato*“.

Dem rumänischen Zivilgesetzbuch von 1864 gemäß erfolgte daher bei *unbeweglichen* Sachen die Übertragung des Eigentums nur durch die Einigung der Vertragsparteien. Dieser Erwerb wirkt jedoch nur *inter partes*. *Erga tertios* (*erga omnes*) wirkt das Erwerbsgeschäft nur durch Eintragung (Umschreibung) im *Register zur Eintragung und Bekannmachung der Grundstücksgeschäfte* (welches allerdings kein Grundbuch im deutschen und österreichischen Sinne ist).

Die Eintragung stammt aus dem Feudalrecht¹⁸ und besteht in der buchstäblichen Umschreibung der „*übertragenden*“ Rechtsgeschäfte, also jener Verträge, die gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sind, so wie auch jener dinglichen Rechte an Liegenschaften, die verpfändet werden können¹⁹.

Bei *beweglichen* Sachen beruht die Eigentumsübertragung nur auf der Willensübereinstimmung der Vertragsparteien, welche jedoch sowohl *inter partes* als auch *erga tertios* wirkt. Die Tradition (Übergabe) spielt überhaupt keine Rolle.

Im Vergleich zum österreichischen Recht ist also der für den Rechtservwerb erforderliche „*Modus*“ - die Übergabe für bewegliche Sachen und die Eintragung ins Grundbuch für Liegenschaften - nicht vorgeschrieben²⁰.

Veräußert ein Eigentümer dieselbe bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, gebührt sie, gemäß § 972 rum. ZGB von 1864 (bis auf die Gutgläubensforderungs, gleich dem Wortlaut des § 430 ABGB) demjenigen, dem sie zuerst übergeben worden ist, vorausgesetzt diese Person war gutgläubig. Die Verschaffung des Besitzes durch die Übergabe wird als sofort wirkende Einsetzung der Sache angesehen. Hierdurch erwirbt man gutgläubig Eigentum an einer beweglichen Sache.

¹⁷ Hezu ausführlich *Marcadé*, IV, 480

¹⁸ Dazu *Flandin*, *Transcription en matière hypothécaire*, I, 13 ff. (Résumé historique sur la transcription) 1861. Für das römische Recht, s. *Gr. Dimitrescu*, *Introducere la studiul transcripţiunei*. (Einführung in das Studium der Eintragung) Bucuresti 1908.

¹⁹ Dazu ausführlich: C. *Hanganu*, I. *Rosetti-Balanescu*, *Al Baticolani*, *Traité de drept civil roman*. (Rumänisches Zivilrecht, Traktat) Band II, Verlag „Nationala“, Bucuresti 1929, 173 ff.

²⁰ Dazu ausführlich, *Kozial/Welser*, *Bürgerliches Recht II*, 1996, 4, 107.

Wenn daher in Frankreich die wissenschaftliche Auseinandersetzung²¹ bezüglich der Begründung der im § 2279 des Code Napoléon vorgeschriebenen Regel *“en fait de meubles, la possession vaut titre”* möglich ist, so ist im rumänischen Zivilrecht diese Auseinandersetzung ausgeschlossen, weil der rumänische Gesetzgeber ausnahmsweise als Quelle nicht den Text des Code Napoléon sondern die Meinung einiger seiner Kritiker (Marcadé, Demolombe, u.a.) verwendete. So lautet § 1909 Abs. 1 des rumänischen Zivilgesetzbuches: *„Die Ersetzung beweglicher Sachen erfolgt ohne Zeitverlauf“*. Danach beruht der Eigentumserwerb auf einer *sofortigen Ersetzung* und nicht auf einer Tradition (Übergabe).

Betont werden muss, dass vor dem Inkrafttreten des rumänischen Zivilgesetzbuches von 1864, gemäß § 1923 des Codex Calimach (welchem § 1466 ABGB als Vorbild diente) für die Ersetzung des Eigentumsrechts, dessen Gegenstand eine bewegliche Sache war, im Gegensatz zu heute, ein Zeitraum von drei Jahren nötig war.

In den letzten Jahren wurden Sondervorschriften verabschiedet, aus denen sich die Tendenz einer Abweichung vom Grundsatz des Konsensualismus ergibt, wie z.B. Titel X des Gesetzespaketes Nr. 247/ 19 Juli 2005 *„bezüglich der Reform in den Bereichen Eigentum, Justiz und einiger dazugehörigen Maßnahmen“*- bekanntgemacht im Gesetzblatt Rumäniens Nr. 653/ 22 Juli 2005, welches das Gesetz Nr. 54/1994 über den Rechtsverkehr von Grund und Boden ersetzt hat. So gilt für die Veräußerung von *Grund und Boden* (§2 Abs. 1), nicht aber für die Veräußerung von *Bauwerken ohne Boden*, wie auch für die Einräumung jedes dinglichen Rechts an einem Grundstück (§ 2 Abs. 2), nicht mehr die absolute Formfreiheit; das Rechtsgeschäft kann nur mit Beteiligung eines Notars eingegangen werden.

Diese Regel wurde schon durch das Gesetz Nr. 18/1991 eingeführt, hier allerdings nur für die Veräußerung des vollständigen Eigentumsrechts.

Am Ende des Jahres 2008 kann noch die Dringlichkeitsverordnung der Rumänischen Regierung Nr. 210/2008 (Gesetzblatt, Erster Teil, Nr. 835 vom 11.12.2008) zur Ergänzung des Wohnungsgesetzes Nr.114/1996 hinzu. Durch § 3 dieser Dringlichkeitsverordnung wird das Gesetz mit dem neuen § 10/1 ergänzt, der für die Veräußerung von Eigentumswohnungen unter Lebenden den Beurkundungszwang einführt. Durch diese letzte Novellierung wurde der Grundsatz des Konsensualismus im Bereich des Liegenschaftsrechts wesentlich eingeschränkt. Die absolute Formfreiheit bleibt nur für die Veräußerung von Bauwerken ohne Boden, die aber nicht als Wohnung dienen, gültig. Dies ist der Fall, wenn der Eigentümer des Bauwerkes nicht auch Eigentümer des Bodens ist, ihm also ein Erbbaurecht, ein Konzessionsrecht oder ein Nutzungsrecht am Boden eingeräumt wurde.

4. Das Sachenrecht in Siebenbürgen (nach der Vereinigung mit Rumänien) – Eine einmalige Zusammenstellung von französischem materiellem Zivilrecht und österreichischen Grundbüchern

In den rumänischen Provinzen, die vor 1918 zu Österreich gehörten, wurde das Grundbuchsystem durch die österreichische Verwaltung schrittweise eingeführt²².

In *Siebenbürgen* (Transylvanien) wurde es bereits im Jahre 1794 eingeführt, erst in den Grenzgebieten (Landaifel Parenb), dann 1870 in den übrigen Gegenden, wo das „österreichische Recht“ galt. Im Jahr 1855 wurde das Grundbuchsystem in den Gebieten eingeführt, in denen das ungarische Gewohnheitsrecht galt.

Das Liegenschaftsrecht in *Siebenbürgen*²³ wurde also folgendermaßen geregelt: das materielle Recht durch das österreichische ABGB (mit Ausnahme jener Gebiete, in denen das ungarische Gewohnheitsrecht galt²⁴); das Verfahrensrecht durch die Verordnungen von 1794, vom 15. Dezember 1855 und 5. Februar 1870 so wie auch durch die Gesetze XXIX/1886, XXXV/1900, VII/909 und XI/1913. In der *Bukowina* war das Grundbuchsystem durch das Gesetz vom 8. März 1873 geregelt, das als Vorbild das österreichische Gesetz vom 23. Juni 1871 hatte; ein Gesetz das seinerseits vom deutschen System beeinflusst wurde.

Am 1. Dezember 1918 vereinigte sich Siebenbürgen mit dem Königreich Rumänien. Der Regierungsausschuss von Hermannstadt (Sibiu), der die Verwaltung Siebenbürgens zwischen dem 2. Dezember 1918 und dem 2. April 1920 übernahm, hat das Grundbuchsystem mit der oben gezeigten Rechtsordnung beibehalten. Nach der Übernahme der Verwaltung Siebenbürgens durch die rumänische Regierung, wurde das Grundbuchsystem weiter beibehalten, nicht nur weil der Regierungsausschuss Siebenbürgens es so verlangte, sondern auch, weil die rumänische Regierung die Überlegenheit des Grundbuchsystems gegenüber dem französischen Publizitätssystem mit seinen Registern zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte zugeben musste.²⁵

Die Grundbücher erhielten den rumänischen Namen *„carti funduare“*, die sich vom lateinischen *„fundus“* (Eigentumsrecht an Grundstücken) ableiten.

Die Vereinigung Siebenbürgens, zu einer Zeit, in der das ABGB und das österreichische Grundbuchsystem anwendbar waren, mit dem Königreich Rumänien führte nicht sofort zu einer einheitlichen Rechtsordnung im Bereich des Sachenrechts. Die Einführung des

²² Dazu ausführlicher: *V. Ventimîn, Drept fonciar comparat (Vergleichendes Liegenschaftsrecht)*, 133-135; *G. Lutescu, Teoria generala a drepturilor reale* (Allgemeine Lehre des Sachenrechts), Bucaresti, 1947, 803-804; *Elena Stoica, Publicitatea dobândirii drepturilor reale imobiliare* (Publizität des Liegenschaftserwerbes (I)), in: *Buletinul notarilor publici* (Notariatsblatt) 3/1999, 7-8.

²³ Für das alte Grundbuchsystem in Siebenbürgen, siehe: *St. Ladoy, Cartile funduare* (Die Grundbücher). II. Auflage. Verlag *„Cultura“*, Cluj, 1927; *I. Popa, P. Balasin, Cartea funduara. Colectie de legi, regulamente si formule referitoare la cartile funduare in Ardeal*, (Das Grundbuch. Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Formularen bezüglich der Grundbücher in Siebenbürgen) Band I., Cluj, 1922; *I. Anca, Cartea funduara* (Das Grundbuch), Verlag *„Tipografia Fondul cartilor funduare“*, Cluj, 1924; *I. Postulache, Noptuni de carte funduara* (Allgemeinbegriffe über das Grundbuch), Verlag *„Tipografia cartii Universitii“*, Bucaresti, 1938.

²⁴ Dazu: *Camil Negrea, Dreptul civil al finanturilor ardelene si ungarene in comparatie cu dreptul civil roman* (Das Zivilrecht in den siebenbürgischen und ungarischen Gebieten im Vergleich mit dem rumänischen Zivilrecht), Verlag G. Onisior, Klausenburg 1923.

²⁵ Dazu ausführlicher: *I. Albu, Noile carti funduare* (Die neuen Grundbücher) Verlag *Lumina lex*, Bucaresti 1997, 18.

²¹ Dazu *Baudry et Tissier, Prescription*, Paris, 1895, No. 830 ff.

rumänischen Zivilgesetzbuches war wegen der großen vorher erwähnten Unterschiede, keine einfache Aufgabe. Deshalb wurde diese Einführung bis 1943 verschoben.

Daraus kann man eine erste wichtige Schlussfolgerung ziehen: sowohl in Siebenbürgen, als auch in den anderen österreichischen Provinzen (Bukowina und Banat), blieben die alten österreichischen Grundbücher weiter gültig und sogar das österreichische materielle Recht blieb noch 25 Jahre nach der Vereinigung mit Rumänien bis zum 22. Juni 1943 in Kraft²⁶.

Die rumänische Verwaltung hatte die Absicht, das Grundbuchsystem in allen rumänischen Provinzen einzuführen und begann mit den Katasterarbeiten in der Hauptstadt Bukarest und der Umgebung.

Zu diesem Zweck wurde das Gesetz 93/1933 zur Organisation des Katasters und zur Einführung der Grundbücher im Alten Königreich und in Bessarabien verabschiedet. Dadurch versuchte man die Verwirklichung eines modernen Katasters in ganz Rumänien, das als technische Grundlage für die Einführung des Grundbuchsystems dienen sollte. Gleichzeitig behielt man die Gesetze und Verordnungen, die die Grundbücher in den ehemaligen österreichischen Provinzen regelten, bis zu einer neuen, einheitlichen Gesetzgebung in Rumänien bei.

Leider konnten die durch das Gesetz festgesetzten Ziele nicht erreicht werden, weil die Katasterarbeiten viel zu langsam und ineffektiv waren und dann noch durch den Zweiten Weltkrieg unterbrochen wurden. So blieben die übrigen Provinzen Rumäniens weiter ohne Grundbücher. Nach überwiegender Lehrmeinung hat Rumänien nicht einmal heute ein funktionierendes nationales Katastersystem und auch kein einheitliches Publizitätssystem für Liegenschaften.

Zwar wurde am 27. April 1938 eine rumänische Grundbuchordnung verabschiedet. Das Gesetz Nr. 115 „zur Vereinigung der Grundbuchvorschriften“ jedoch konnte wegen der Abwesenheit eines nationalen Katastersystems nur in jenen Provinzen Anwendung finden, in denen es die alten, österreichischen Grundbücher gab. Nur diese wurden dem neuen Gesetz unterworfen, denn in den anderen Provinzen des Königreichs Rumänien blieb das rumänische Zivilgesetzbuch, das keine Vorschriften für Grundbücher enthielt, weiter in Kraft.

Durch das Gesetz Nr. 389/22 Juni 1943 wurde auch in Siebenbürgen das rumänische Zivilgesetzbuch eingeführt und ersetzte das ABGB, doch die Grundbücher, und die Rechtsordnung, welcher diese unterworfen waren, wurden hier weiter beibehalten. Die rumänische Grundbuchordnung (das Gesetz Nr. 115/1938) wurde in Siebenbürgen erst durch das Gesetz 241/1947 eingeführt, hat aber dann alle Gesetze und Verordnungen, welche die Grundbücher regelten, aufgehoben.

In der Bukowina wurde die rumänische Grundbuchordnung durch das Gesetz 551/1938 eingeführt.

²⁶ Dazu: Ioan Corjescu, *Codul civil general austriac*. (Das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch), Staatsdruckerei, Bucuresti, 1921; Aurel Tarnanescu, *Ostarian Pimasesu, Anon Iliescu, George Alecsa, Codul civil in vigoare in Ardeal si Bucovina, cu trimiteri la legile si regulamentele speciale, alinate cu jurisprudenta Inaltei Curti de Casatie Romana*. (Das in Siebenbürgen und in der Bukowina geltende Bürgerliche Gesetzbuch mit den Sondergesetzen und -verordnungen wie auch der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes), Verlagsbuchhandlung „Universal“ Alcaley & Co., Bucuresti 1937.

Wie sich auch aus dem Titel des Gesetzes 115/1938 „zur Vereinigung der Grundbuchvorschriften“ ergibt, war diese rumänische Grundbuchordnung als ein allgemein anwendbares Gesetz gedacht, welches gleichzeitig die Vereinigung der Grundbuchvorschriften aus den verschiedenen rumänischen Provinzen verwirklichen und eine neue, vollständige und moderne Rechtsordnung einführen sollte.

Seine Verfasser, unter denen sich auch der bekannte Professor, siebenbürgischer Abtammung, Salvalor Brădeanu befand, behielten das siebenbürgische Grundbuchsystem bei. Sie beachteten jedoch auch die Fortschritte anderer europäischer Gesetzgebungen, hauptsächlich die Erfahrung, die sich aus der Anwendung des Grundbuchsystems in Elsass-Lothringen nach 1871 ergab²⁷. Diese Erfahrung hat nicht nur die Überlegenheit des Grundbuchsystems dem französischen Publizitätssystem gegenüber, sondern auch die harmonische Koexistenz der Grundsätze des französischen Rechts mit den Grundsätzen des Grundbuchsystems bewiesen.

Wie schon betont, konnte das Gesetz 115/1938 leider nicht in allen Provinzen Rumäniens eingeführt werden (und zwar nur dort, wo es die alten, österreichischen Grundbücher gab), so dass in den übrigen Provinzen des Alten Königreichs weiter das französische Publizitätssystem anwendbar blieb.

Von diesem Zeitpunkt an gab es also in Rumänien gleichzeitig zwei Publizitätssysteme: die österreichischen Grundbücher und die französischen Liegenschaftsregister (Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte).

Ganz außergewöhnlich war aber, dass in Siebenbürgen durch die Einführung des rumänischen Zivilgesetzbuches im Jahre 1943 eine einmalige Zusammenstellung von zwei verschiedenen Rechtssystemen entstand. Die Vorschriften des rumänischen Zivilgesetzbuches bildeten in Siebenbürgen und in ganz Rumänien das allgemeine Recht im Bereich des Sachenrechts. Dem rumänischen Zivilgesetzbuch gemäß war der Rechtsverkehr im Bereich der Liegenschaften dem Konsensualismus, also dem Grundsatz der Formfreiheit des Rechtsgeschäfts, unterworfen. Dieser Grundsatz widersprach aber dem Wesen des Grundbuchsystems. Deshalb mussten im Ausführungsgesetz der rumänischen Grundbuchordnung in Siebenbürgen (Gesetz Nr. 241/12 Juli 1947) Sondervorschriften für die Liegenschaften, die sich in den Grundbuchgebieten befanden, verankert werden.

Dies bedeutet, dass in Siebenbürgen (so wie in der Bukowina und im Banat – andere Provinzen, in denen die alten österreichischen Grundbücher erhalten blieben) zur rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung an Grundstücken neben der Einigung der Parteien auch die Eintragung in das Grundbuch notwendig ist²⁸.

Sondervorschriften gibt es auch für die Ersitzung unbeweglicher Sachen. Wie im ABGB gibt es auch hier sowohl die eigentliche als auch die unvollständige Ersitzung, nur die Ersitzungszeiten sind verschieden (10 bzw. 20 Jahre statt 30 Jahre).

Die Übergangsvorschriften des Ausführungsgesetzes der rumänischen Grundbuchordnung in Siebenbürgen (Gesetz Nr. 241/12 Juli 1947) erklären im Falle der Ersitzung unter bestimmten Umständen sogar heute noch das österreichische materielle Recht (§§ 1468,

²⁷ Salvalor Brădeanu, *Care o noua legislatie funciara* (Einem neuen Grundbuch entgegen), Bucuresti, 1938, 75-78.

²⁸ Paul Barbutiu, *Drepturile personale și sarcinile reale sub regimul cartilor fondatice*. (Die Forderungsrechte und die Reallasten im Grundbuchsystem), Verlag „Ardealul“, Cluj, 1937.

1470, 1477 ABGB) für anwendbar²⁹. Das ist z.B. der Fall, wenn die Ausübung des qualifizierten Besitzes vor dem 22. Juli 1943 begonnen hat; die Rechtswirkung der Ersitzung ist dem Gesetz unterworfen, das zu diesem Zeitpunkt in Kraft war (§ 6, Abs. 2), also dem österreichischen ABGB.

Es gibt also (jedenfalls bis das neue Katastergesetz vollständig in Kraft treten wird) zwei Rechtskollisionen im rumänischen Zivilrecht.

Erstens gibt es einen räumlichen Normenkonflikt zwischen den Provinzen bezüglich des Publizitätssystems. Zweitens, gibt es in Siebenbürgen, einen Normenkonflikt zwischen der gesetzlichen Regelung der dinglichen Rechte: für unbewegliche Sachen gilt der Grundsatz des Konsensualismus (der Formfreiheit des Rechtsgeschäfts), für Liegenschaften das Intabulationsprinzip.

Es ist eine Besonderheit, dass es in einem Einheitsstaat wie Rumänien, in dem die Grundsätze des französischen Rechts gelten (vor allem das Formfreiheitsprinzip) mehrere Provinzen gibt, in denen im Bereich des Liegenschaftsrechts, ausnahmsweise die Grundsätze eines anderen Rechtssystems anwendbar sind.

Diese zwei Rechtskollisionen wurden vorläufig durch das neue Kataster- und Grundbuchgesetz folgendermaßen gelöst:

Positiv ist die Beseitigung des *räumlichen Normenkonflikts* zwischen den Provinzen bezüglich des Publizitätssystems, durch die Verallgemeinerung des Grundbuchsystems. (Früher wurden *gleichzeitig zwei Publizitätssysteme* anerkannt: die österreichischen Grundbücher und die französischen Liegenschaftsregister - Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte).

Zu kritisieren ist aber, die Art und Weise, wie der Normenkonflikt zwischen der gesetzlichen Regelung der dinglichen Rechte in den ehemaligen österreichischen Provinzen gelöst wurde: Früher galt für Liegenschaften das Intabulationsprinzip; der Grundsatz des Konsensualismus galt nur für bewegliche Sachen. Durch das neue Gesetz wurde der Konsensualgrundsatz verallgemeinert.

Eine viel bessere Lösung für die zweite Rechtskollision bringt das neue Zivilgesetzbuch: für Liegenschaften wird das Intabulationsprinzip (statt des Konsensualismus) verallgemeinert.

Die große Bedeutung der erwähnten Sondervorschriften, die die Grundbücher in Siebenbürgen, im Banat und in der Bukowina acht Jahrzehnte lang regelten, bestand darin, dass sie die Rettung des Grundbuchsystems in einem Land mit einem Zivilgesetzbuch französischer Herkunft, dem das Grundbuchsystem fremd war, zur Folge hatten.

5. Die Einführung des Grundbuchsystems in ganz Rumänien, acht Jahrzehnte nach der Vereinigung Siebenbürgens mit dem Alten Königreich³⁰. Das Gesetz des Katasters und der Publizität der Liegenschaftsrechte Nr. 7 vom 26. März 1996, (Gesetzblatt 61/26 März 1996) versucht zum ersten Mal seit einem halben Jahrhun-

dert geschichtlicher Versuche und Projekte, ein einheitliches Katastersystem nach europäischem Standard und moderne Grundbücher für ganz Rumänien zu schaffen.

Das Inkrafttreten des Gesetzes bedeutet leider nicht die sofortige Realisierung des Katasters und der Grundbücher. Das wird erst in einer unbestimmten Zukunft, nach Abschluss der Katasterarbeiten und der Einrichtungen des Grundbuches bei den Amtsgerichten geschehen.

Weil die Inkraftsetzung des neuen Grundbuchsystems nur schrittweise vorgeschrieben ist, musste das Gesetz sowohl Vorschriften mit sofortiger Wirkung als auch Vorschriften mit allmählicher Wirkung enthalten. Zur ersten Kategorie gehört die Gründung der Grundbuchämter (§ 20), zu der zweiten die Anfertigung und das Funktionieren der Grundbücher (§ 72).

Was die Rechtswirkung der Eintragungen betrifft, muss festgestellt werden, dass das Gesetz 7/1996 den Eintragungsgesetz (Intabulationsprinzip), der für die siebenbürgischen (§ 17 des Gesetzes 115/1938) und österreichischen Grundbücher (§ 4 GBG und § 431 ABGB) kennzeichnend war, leider abgeschafft hat. Der Grundsatz, der besagt, dass die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung bürgerlicher Rechte nur durch die Eintragung im Grundbuch bewirkt werden kann, wurde durch dieses Gesetz in ganz Rumänien aufgehoben.

In § 27 bestätigt das neue Grundbuchgesetz den Grundsatz des Konsensualismus. Der Erwerb, die Übertragung und Aufhebung dinglicher Rechte an Liegenschaften kann durch die einfache Willensübereinstimmung der Vertragsparteien erreicht werden; die Grundbucheintragung ist nur für die Wirkung gegen alle (*erga omnes*) erforderlich. Zwar wurde durch eine Gesetzesnovelle (Dringlichkeitsverordnung Nr. 41/2004) der Beurkundungszwang für die Eintragung in das Grundbuch eingeführt (§ 22 Abs. 2), doch wurde diese Vorschrift durch das Gesetz Nr. 247/2005 (XII. Titel, § 1, Pkt. 35) wieder geändert: statt einer Beurkundung wird nunmehr ein rechtsgültiger Titel verlangt³¹. Dies alles ändert nicht viel, denn die Grundbucheintragung ist auch weiterhin nur für die Drittwirksamkeit erforderlich³².

Wie in dem vom rumänischen Zivilgesetzbuch eingeführten System erfolgt die Erwerbung dinglicher Rechte in zwei Schritten: Die Einigung zwischen den Vertragsparteien (*inter partes*) und die Etablierung der Drittwirksamkeit (*erga omnes*).

In den europäischen Gesetzgebungen, die das Grundbuchsystem eingeführt haben, kann die Erwerbung dinglicher Rechte an Liegenschaften sowohl *inter partes* als auch *erga omnes* nur durch die Eintragung im Grundbuch bewirkt werden.

Also stellt die Einführung des neuen Grundbuchsystems in Siebenbürgen mit seinem Formfreiheitsgrundsatz und allen anderen Nachteilen dieses Systems (z.B. *probatio diabolica*) einen großen Rückschritt für Siebenbürgen dar. Deshalb setzen sich die rumänischen Kommentatoren für die Wiedereinführung des Eintragungsgrundsatzes

²⁹ Dazu: *Liviu Pop*, Dreptul de proprietate si dezechinamintele sale (Das Eigentumsrecht und die Beschränkungen dinglichen Rechte), Verlag Lumina-lex, Bucuresti 2001, 235 ff.

³⁰ Dazu *Marian Nicolae*, Publicitatea imobiliara si noile carti funciare (Die Publizität der Liegenschaftsrechte und die neuen Grundbücher), Verlag Press-Mihaiela, Bucuresti 2000, 131-132.

³¹ *Cristina Ciucu*, Legislatia cadastrului si a publicitatii imobiliare. Comentarii si explicatii. Die Gesetze über das Kataster und die Liegenschaftspublizität. Kommentare und Erläuterungen) Verlag All Beck, Bucuresti, 2005, 82-84.

³² *Alunaru*, Consideratii privind momentul dobandirii dreptului de superficie (Erwägungen zum Zeitpunkt des Erwerbs des Erbbaurechts), in "Dreptul" (Das Recht), 12/2002, 50 - 52.

(Intabulationsprinzips) ein, um die Verkehrssicherheit in Zukunft zu gewährleisten³³. Glücklicherweise entspricht das neue Zivilgesetzbuch dieser Forderung.

Trotz dieser Nachteile, welche durch eine Novellierung des Gesetzes (oder durch die Inkraftsetzung des neuen ZGB) leicht entfernt werden könnten, ist es erfreulich, dass neun Jahrzehnte nach der Vereinigung Siebenbürgens mit Rumänien das österreichische Grundbuchsystem nicht ganz aufgehoben wurde, sondern seinen Einfluss weiter auf das Zivilrecht in den rumänischen Provinzen ausübte und zwar solehmmaßen, dass dieses System jetzt im ganzen Lande verallgemeinert werden soll³⁴.

6. Die wichtigsten Etappen der Zivilrechtsreform in den zwei Jahrzehnten nach der rumänischen Revolution.

Weil das Zivilgesetzbuch von 1864 fast unverändert geblieben ist, konnte es ganz einfach nach der Revolution von 1989 angewandt werden. Die Sondergesetze aus der Zeit der Diktatur wurden aufgehoben und das Zivilgesetzbuch trat wieder voll in Kraft.

6.1. Viel schwieriger war die Wiedergutmachung der durch die kommunistische Gesetzgebung verursachten Schäden durch Sondergesetze. Aus politischen aber auch praktischen Gründen kam es nach und nach zu verschiedenen Rückerstattungsgesetzen.

Exemplarisch genannt sei hier das Grund- und Bodengesetz Nr. 18/1991 (novelliert durch die Gesetze Nr. 169/1997, 1/2000 und 247/2005), das darauf zielte, die enteigneten Landwirtschafts- und Waldflächen schrittweise den Eigentümern oder deren Erben zurückzugewähren. Das Gesetz versuchte auch eine Art Bodenreform zu verwirklichen. Es wurden bis zu 10 ha landwirtschaftliche Flächen auch jenen Familien erteilt, die vor der Enteignung wenig (unter 5000 m²) oder gar keinen Boden besaßen, mit der Bedingung, sich in der betreffenden Ortschaft anzusiedeln und das erworbene Grundstück 10 Jahre lang nicht zu veräußern. Diese Mischung von Rückerstattung und Bodenreform stieß wenig überraschend auf Unverständnis unter den enteigneten Eigentümern und war die Ursache zahlreicher Rechtsstreitigkeiten.

Durch das Gesetz Nr. 112/1995 wurde erstmalig versucht, enteignete Gebäude zurück zu übergeben; es gewährte aber in den meisten Fällen lediglich Schadensersatz, weil die Rückerstattung der enteigneten Wohnungen nur in Sonderfällen erlaubt war. Dies war der Fall, wenn die Wohnung entweder frei war oder der Antragsteller (also der enteignete Eigentümer) diese weiter als Mieter bewohnte.

Das Gesetz Nr. 10/2001 (novelliert durch das Gesetz Nr. 247/2005) hat die Naturalrestitutions (*resstitutio in integrum*) verallgemeinert. In den wenigen Ausnahmefällen, in denen die Naturalrestitutions nicht mehr möglich ist, hat der enteignete Eigentümer ein Recht auf Schadensersatz.

³³ Darüber ausführlicher: *I. Albu*, *Noile carti funciare* (Die neuen Grundbücher) Verlag Lumina lex, Bucuresti 1997, 94.

³⁴ *Alunari*, Der Einfluss des ABGB auf das Sachenrecht in den rumänischen Provinzen, hauptsächlich in Siebenbürgen, in *Festschrift Rudolf Welser*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, 1-16.

6.2. Ein aktuelles und umstrittenes Problem im gegenwärtigen Zivilrecht Rumäniens betrifft die Fähigkeit der Ausländer und Heimatlosen Grund und Boden zu erwerben. Anfangs untersagte § 41 Abs. 2 des rumänischen Grundgesetzes von 1991 Ausländern und Heimatlosen den Erwerb von Grund und Boden in Rumänien³⁵. Dasselbe Verbot war auch im § 47 Abs. 1 (nach der Wiederverkündung § 68) des Grund- und Bodengesetzes Nr. 18/1991. Diese Vorschrift wurde später durch § 2 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 54/1998 für den Rechtsverkehr von Grund und Boden ersetzt. Ob diese Untersagung auch die rumänischen Handelsgesellschaften mit ausländischem Kapital (mit ausländischen Gesellschaftern) betrifft, war in der rumänischen Rechtslehre lange Zeit umstritten³⁶. Diese wissenschaftliche Auseinandersetzung wurde durch den Gesetzgeber (Dringlichkeitsverordnung Nr. 31/1997 über die rechtliche Regelung der ausländischen Investitionen in Rumänien) zugunsten der ausländischen Investoren entschieden³⁷.

Die Absicht des Gesetzgebers, alle Hindernisse schrittweise aufzuheben, ist spürbar. Das Gesetz Nr. 54/1998 wurde durch das Gesetz Nr. 247/2005 (§ 8 des Titels X über den "Rechtsverkehr von Grund und Boden") aufgehoben.

§ 41 Abs. 1 der novellierten Verfassung (22 Sept. 2003) erlaubt Ausländern und Heimatlosen den Eigentumserwerb an Grund und Boden nur unter den Bedingungen, die sich aus dem Eintritt Rumäniens in die EU, aus anderen internationalen Gegenseitigkeitsabkommen Rumäniens und aus dem Verfassungsergänzungsgesetz ergeben. Bedingungslos ist nur der Erwerb von Grund und Boden durch gesetzliche Erbfolge.

Von den drei erwähnten Bedingungen wurden schon zwei erfüllt: Das verfassungsergänzende Gesetz Nr. 312/2005 über den Erwerb des Privateigentums an Grund und Boden von Ausländern und Heimatlosen, wie auch von ausländischen juristischen Personen (Gesetzblatt Nr. 1008 vom 14 November 2005) wurde am 10. November 2005 verabschiedet. Laut § 9 tritt das Gesetz am Tag des Beitritts Rumäniens in die EU in Kraft. Auch diese zweite vom Grundgesetz gestellte Bedingung wurde am 1. Januar 2007 erfüllt. Das Gesetz Nr. 312/2005 unterscheidet zwischen Staatsbürgern (wie auch juristischen Personen) der EU-Staaten mit oder ohne Wohnsitz in Rumänien. Die erstgenannten haben dieselben Rechte wie die rumänischen Staatsbürger, die übrigen dürfen erst nach 5 Jahren nach dem Beitritt Rumäniens in die EU Grund und Boden erwerben. Wenn es um landwirtschaftliches Gelände oder um Wälder geht, tritt das Erwerbsrecht erst nach 7 Jahren ein.

Bis zum Ablauf dieser Frist wurde den Ausländern durch die Dringlichkeitsverordnung der Regierung Nr. 184/2002³⁸ ein dingliches „Sondernutzungsrecht“ eingeräumt, um die auf der Bodenoberfläche liegenden eigenen Gebäude nutzen zu können. Es ist ein

³⁵ *Pr. Decr.* *Traiat de drept civil*, *Contracte speciale*. Editia a III-a actualizata si completata. (Zivilrecht. Sonderverträge. 3-te aktualisierte und ergänzte Auflage). Verlag "Universul Juridic", Bucuresti, 2001, 43.

³⁶ *Alunari*, *Drepturi reale ale strainilor asupra imobilelor situate in Romania* (Dingliche Rechte der Ausländer auf Grundstücke in Rumänien), Verlag Cordial lex, Cluj, 1997, 26-79.

³⁷ *Alunari*, *Implicatii ale modificarii si ale abrogarii Legii nr. 35/1991 asupra regimului juridic al dobandirii de catre straini a terenurilor situate in Romania* (Rechtsfolgen der Abänderung und der Aufhebung des Gesetzes Nr. 35/1991 bezüglich der Erwerbsrechte von Ausländern an Grund und Boden in Rumänien), in "Dreptul" (Das Recht) 11/1997, 50-64.

³⁸ Dringlichkeitsverordnung der Regierung Nr. 184/2002 zur Abänderung und Ergänzung des Gesetzes Nr. 10/2001 und der Dringlichkeitsverordnung Nr. 94/2000, genehmigt und geändert durch das Gesetz Nr. 48/2004, bekanntgemacht im Gesetzblatt Rumäniens, I. Teil, Nr. 262 vom 25 März 2004, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 456/2006, bekanntgemacht im Gesetzblatt Rumäniens, I. Teil, Nr. 1019 vom 21 Dezember 2006.

merkwürdiges beschränktes dingliches Recht, das von der Rechtslehre viel kritisiert wurde, weil es Grundprinzipien des Zivilrechts verletzt.³⁹ So läuft es z. B. dem von Ulpian stammenden Grundsatz *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* zuwider, falls das Grundstück an einen rumänischen Staatsbürger veräußert wird; der Käufer erwirbt dann das volle Eigentumsrecht, also mehr als verkauft wurde.

6.3. Eine unstrittene Bedingung für den Erwerb von landwirtschaftlichen Flächen in Rumänien ist das gesetzlich vorgesehene Vorkaufrecht, das von der Rechtswissenschaft als eine Einschränkung der Befugnisse des Eigentumsrechts kritisiert wurde. Für den Verkauf von landwirtschaftlichen Geländen schrieb das Gesetz Nr. 18/1991 (und später das Gesetz Nr. 54/1998) ein Vorkaufrecht zugunsten der Mitigentümer, der Nachbarn und der Pächter (früher auch des Staates) vor⁴⁰. Diese Pflicht des Verkäufers wurde durch den Titel X des Gesetzes Nr. 247/2005 aufgehoben. Weiterhin blieb aber das vom § 52 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 26/1996 (Gesetzbuch über das Forstwirtschaftswesen) vorgeschriebene Vorkaufrecht des Staates für Gelände mit Forstvegetation, vom Walde eingeschlossene oder mit dem Walde benachbarte Gelände, in Kraft.

7. Das neue Zivilgesetzbuch Rumäniens.

7.1. Die Zweckmäßigkeit des neuen Zivilgesetzbuches

Am 1. Oktober 2011 wurde in Rumänien durch das Einführungsgesetz Nr. 71/2011 (veröffentlicht im Gesetzblatt Rumäniens Nr. 409/10 Juni 2011) das neue Zivilgesetzbuch (Gesetz Nr. 287/2009) in Kraft gesetzt. Diese Verwirklichung der rumänischen Regierung ist sicher lobenswert. Sie beweist die Absicht Rumäniens, die Reform im Bereich der Justiz durchzuführen, das Rechtssystem zu modernisieren und den EU-Vorschriften anzupassen.

Tatsächlich aber ist das neue Zivilgesetzbuch nicht allgemein akzeptiert und jedenfalls nicht über alle Kritik erhaben.

Vor allem ist das Zustandekommen im Parlament gibt Anlass zur Kritik. Die Gesetzesinitiative lag bei der Regierung, weil der Entwurf des Zivilgesetzbuches von einer Kommission unter der Leitung der Regierung ausgearbeitet worden war. Doch der gewählte Modus für die Verabschiedung des Gesetzes war nicht die Parlamentsdebatte in beiden Parlamentskammern Rumäniens, sondern die Haftungsübernahme seitens der Regierung. Es ist ein von § 113 des rumänischen Grundgesetzes vorgesehene Verfahren. Hiernach wird, falls das Gesetz nicht verabschiedet wird, die Regierung auf Grund eines Misstrauensantrags (Misstrauensvotums) binnen drei Tagen abgesetzt.

Also, gab es überhaupt keine Möglichkeit für die Abgeordneten, die Gesetzesvorlage mit seinen 2664 Paragraphen zur Disposition zu stellen. Darüber hinaus konnte von einer breiten öffentlichen Debatte mit den Juristen (Wissenschaftlern und Rechtspraktikern)

keine Rede sein. Das kann ich als Mitglied des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer Rumäniens und als Lehrkraft einer Siebenbürgischen Universität bestätigen.

Zwar gibt es in Rumänien den Juristentag als eingetragenen Verein der, u. a. die Zeitschrift „Dreptul“ (*Das Recht*) herausgibt und auch andere wissenschaftliche Tätigkeiten entfaltet; doch werden leider keine regelmäßige Juristentage wie z. B. in Österreich und Deutschland oder in anderen europäischen Ländern veranstaltet, wo über den Reformbedarf in verschiedenen Rechtsbereichen und auch über konkrete Novellierungen erst Diskussionen geführt und dann Beschlüsse gefasst werden.

So wie es die Begründung des Gesetzes ausdrücklich vorsieht, hat die Regierung den ursprünglichen Gesetzentwurf vom Jahre 2004 den Gerichten und Staatsanwälten im Lande übermittelt und von diesen praktische Bemerkungen und Vorschläge erwartet und auch erhalten. Dieses erste Projekt wurde von Lehrkräften der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten aus Bukarest und Klausenburg, wie auch von erfahrenen Rechtspraktikern ausgearbeitet.

Die Ausführung des neuen Projekts wurde auch vom Kanadischen Amt für Internationale Entwicklung (CIDA) durch die Gutachterkommission, die das Zivilgesetzbuch von Québec aus dem Jahre 1991 verfasst hat, unterstützt. Die kanadische Kommission bestand aus Professoren, Richtern, Rechtsanwältinnen, die sich durch regelmäßige Beratung, Übermittlung von dokumentarischem Material, von rechtsvergleichenden Abhandlungen oder auch durch die tatsächliche Teilnahme an den Arbeitskommissionen an diesem Prozess beteiligt haben.

Weil der erste Zivilgesetzbuchentwurf im Jahre 2004 nur im Senat, nicht aber in der Abgeordnetenkammer des rumänischen Parlaments abgestimmt wurde, hat die Regierung eine neue Kommission gebildet; diesmal aber nur aus Lehrkräften der Bukarester Universität und aus Rechtspraktikern, die gemäß den Vorschriften der Weltbank, die das Projekt finanziert hat, ausgewählt wurden.

Aus all diesen in der Begründung des Zivilgesetzbuches erhaltenen Bestimmungen ergibt sich, dass die Regierung dieses Verfahren als ausreichend erachtet hat.

Die rumänische Öffentlichkeit äußerte sich ebenso wie viele Praktiker ausdrücklich gegen die Vorgehensweise der Regierung. Kritisiert wurde die Eile, mit welcher zwei der wichtigsten Gesetzbücher eines Landes (das Zivilgesetzbuch und das Strafgesetzbuch) ohne Rücksicht auf deren so wichtige, tiefgreifende soziale (gesellschaftlichen) Auswirkungen durch den zu einfachen, sogar oberflächlichen Modus der Haftungsübernahme, ohne jede Parlamentsdebatten, verabschiedet wurde. Zum Glück hat die Regierung im letzten Augenblick darauf verzichtet, das Inkrafttreten aller vier wichtigsten Gesetzbücher (Zivilgesetzbuch, Strafgesetzbuch, Zivilprozessordnung und Strafprozessordnung) durch dasselbe Verfahren zu beschließen. Es besteht aber die Absicht, in kurzer Zeit auch die letzten zwei Gesetzbücher (also die Zivilprozessordnung und Strafprozessordnung) durch dasselbe Verfahren einzuführen.

³⁹ Alunaru, Un drept real care incalca principiul fundamentale ale dreptului civil (Ein dingliches Recht, das Grundprinzipien des Zivilrechts verletzt) in „Dreptul“ (Das Recht) 7/2007, 49–63.

⁴⁰ C. Toader, Manual de contracte civile speciale. I. (Lehrbuch der Zivilverträge I), Verlag All Beck, Bucuresti, 2000, 14–17.

getroffenen Maßnahmen (Bruxelles, 27.06.2007) wird erwähnt, dass Rumänien „im Hinblick auf die Justizreform und den Kampf gegen die Korruption seine Bemühungen fortsetzen muss, um die spezifischen Ziele zu erreichen und in erster Linie die Verabschiedung der neuen Zivilprozessordnung vorzubringen soll“.

Das ist auch selbstverständlich, weil dem rumänischen Rechtssystem, außer der Korruption, hauptsächlich die Langsamkeit des gerichtlichen Verfahrens vorgeworfen wurde. Vom materiellen Recht oder von einem neuen Zivilgesetzbuch war dagegen keine Rede.

Die Regierung begründet aber die gleichzeitige Verabschiedung des Zivilgesetzbuches (oder genauer gesagt die Verabschiedung des Zivilgesetzbuches noch vor der neuen Zivilprozessordnung) dadurch, dass das vielschichtige Reformwerk des Rechtssystems nur in einer einheitlichen Auffassung verwirklicht werden kann, was die Konsequenz der Gesetzgebung und eine enge Korrelation mit der substantiellen Reform des materiellen Rechts (die durch die Reform des Zivilrechts verwirklicht werden kann) voraussetzt.

Weiter kann gegen das neue Zivilgesetzbuch vorgebracht werden, dass im Unterschied zu anderen osteuropäischen Ländern, das alte Zivilgesetzbuch nicht aus der kommunistischen Zeit stammt, also nicht dringende an die neuen politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse Rumäniens, an die Verhältnisse der Marktwirtschaft angepasst werden muss. Es sind eher ähnliche Umstände wie in Deutschland, Österreich oder Frankreich. Also sollte das alte, etablierte Gesetzbuch novelliert, nicht aber unbedingte durch ein neues ersetzt werden. Wenn der *Code Napoléon* nicht ersetzt wurde, warum soll seine „Tochter“ ersetzt werden? Es sind dieselben Argumente die während des Wiener Symposiums „Das ABGB auf dem Weg ins 3. Jahrtausend“, 14-15 November 2002, im Palais Trautson ausgesprochen wurden.⁴¹

Die Vorträge wichtiger Persönlichkeiten, die am 10 November 2010 im Wiener Rathaus, anlässlich der 200 Jahre-Feier des ABGB gehalten wurden (so, zB Bundespräsident Univ.-Prof.Dr. Heinz Fischer, Univ.-Prof.Dr. Rudolf Welsch, Prof. Dr.-Dr.h.c.mult. Reinhard Zimmermann, Univ.-Prof.Dr. Martin Schauer, Bundesministerin der Justiz a.o. Univ.-Prof.Mag.Dr. Beatrix Karl) kamen zur selben Schlussfolgerung: Eine Novellierung, eine Modernisierung des ABGB ist erforderlich, doch ein völlig neues Zivilgesetzbuch kommt nicht in Frage.

Die rumänische Rechtslehre zitiert die Worte von J. Portalis „*On ne fait pas un code, il se fait avec le temps*“. Demzufolge wird ein Gesetzbuch nicht „gemacht“, es entsteht von selbst mit der Zeit. Die Eile, mit welcher das neue ZGB verabschiedet wurde, widerspricht diesem Grundsatz.

Soviel aber über die Kritik am neuen Zivilgesetzbuch. Es gibt auch in Rumänien genug Stimmen, die sich für die Erneuerung des Zivilgesetzbuches ausgesprochen haben. Die rumänische Rechtslehre erwähnt oft, dass es eine so genannte Revolue der Tatsachen gegen das Gesetzbuch gibt, „*La révolue des faits contre le Code*“⁴².

Brevitatis causa, geben wir für Rumänien nur folgende Beispiele. Obwohl gemäß des Zivilgesetzbuches Verschulden Voraussetzung für die deliktische Haftung ist, (also der Codex nur die Verschuldenshaftung regelt), hat die Entwicklung des modernen Lebens die Begründung der Haftung auch auf objektive Umstände, wie Risiko, Profit oder Garantie durchgesetzt. Es wurde also auch die verschuldensunabhängige Haftpflicht, *responsabilité objective*, (Gefährdungshaftung, „strikte Haftung“) außerhalb des Zivilgesetzbuches anerkannt. Andererseits hat die Rechtslehre die viel zu kurze Regelung (nur 6 Paragraphen) der deliktischen Haftung mit zahlreichen Grundsätzen ergänzen müssen, die dann von der Rechtsprechung angewandt wurden.

Die Anhänger der Reform des Rumänischen Zivilgesetzbuches äußerten Meinungen, die auch von den Reformatoren des ABGB während des Wiener Symposiums „Das ABGB auf dem Weg ins 3. Jahrtausend“, 14-15 November 2002, im Palais Trautson angesprochen wurden. So sprach, z.B. Univ.-Prof. Dr. Georg Graf von der Universität Salzburg⁴³ von der „Antiquiertheit des ABGB“ und Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer (Wien) sagte, dass „die Geschichte des ABGB zugleich eine Geschichte seiner Erosion“ sei. „Ganze Bereiche des ABGB, darunter auch solche, die im Rechtsalltag eine überragende Rolle spielen, wie beispielsweise das Eherecht oder das Wohnungsmietrecht, wurden in Sondergesetze ausgelagert. Andere Materien, die den Verfassern des ABGB noch gar nicht bekannt waren, wie etwa die Gefährdungshaftung oder der Verbraucherschutz, fanden erst gar nicht den Weg in die Kodifikation und wurden von Anfang an überwiegend in Sondergesetzen geregelt.“⁴⁴

7.2. Die wichtigsten Neuigkeiten, die das vor kurzem verabschiedete Zivilgesetzbuch mit sich bringt.⁴⁵

7.2.1. In der Begründung des Zivilgesetzbuches wird vor allem behauptet, dass dieses Gesetzbuch eine moderne, der neuen juristischen Terminologie angepasste gesetzliche Regelung der sozialen Verhältnisse sei. Dem alten Gesetzbuch vom Jahre 1864 wurde oft vorgeworfen, dass es eine archaische, altertümliche Sprache mit Fachausdrücken verwendet, die schon lange nicht mehr verständlich sind.

Als Vorbild wurden nicht nur neue, moderne gesetzliche Regelungen anderer Länder genommen, sondern auch die rumänischen Projekte, mit denen zwischenzeitlich versucht wurde, das Zivilgesetzbuch zu novellieren. Das neue ZGB soll also eine Zusammenstellung zwischen der Tradition des Zivilgesetzbuches von 1864 und des französischen *Code Civil* von 1804 und den modernen gemeinschaftlichen Vorschriften und internationalen

⁴³ Graf, ABGB forever?, in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, 7 – 8.

⁴⁴ Schauer, Integration des Handels- und des Unternehmensrechts in das ABGB, in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, 137 - 138.

⁴⁵ Dazu: Noil cod civil. Legea nr. 287/2009 cu prefața de conf. univ. dr. Flavius-Antoniu Bănas (Das neue Zivilgesetzbuch. Gesetz Nr. 287/2009 mit Vorwort von Univ.-Doz.Dr. Flavius-Antoniu Bănas) C.H.Beck-Verlag, Bucerest, 2009; Pavel Perju Considerații generale asupra noului cod civil (titlul preliminar, persoane, familie, bunuri), (Allgemeine Erwägungen zum neuen Zivilgesetzbuch. Einleitungsstück), Personen, Familie, Sachen), in „Dreptul“ (Das Recht) Nr. 9/2009, 13 – 30.

⁴¹ Dazu ausführlich: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, Manz, Wien, 2003.

⁴² Portalis, La révolue des faits contre le Code, Paris, 1920

Abkommen sein, das aber gleichzeitig auch die Lösungen der Rechtsprechung und Rechtslehre berücksichtigt.

Von den ausländischen Regelungen, die in Betracht gezogen wurden, werden folgende zitiert: Das Zivilgesetzbuch von Québec, das französische, italienische, spanische, schweizerische und brasilianische Zivilgesetzbuch sowie auch das deutsche BGB und das schweizerische Gesetzbuch der Obligationen.

Das neue ZGB fördert die monistische Auffassung bezüglich der gesetzlichen Regelung der privaten Rechtsverhältnisse in einem einzigen Gesetzbuch. Deshalb vereinigt es alle Regelungen über Personen, Familienverhältnisse, handelsrechtliche Schuldverhältnisse und Vorschriften des internationalen Privatrechts in einem Werk.

Es führt zum ersten Mal in der Rechtsgeschichte Rumäniens im Bereich des Schuldrechts eine einheitliche Regelung der zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse ein. Nach 120 Jahren wird die Dualität Handelsrecht – Zivilrecht beseitigt. Dies setzt die Aufhebung des am 1. September 1887 in Kraft getretenen und vom italienischen Vorbild inspirierten Handelsgesetzbuches voraus. Es wird von nun an nur noch zivilrechtliche Schuldverhältnisse geben, unabhängig davon ob die Parteien des Rechtsverhältnisses Kaufläufe oder Nichtkaufläufe sind. Die Rechtslehre spricht von einer „Kommerzialisierung“ des Zivilrechtes (Umwandlung der zivilrechtlichen in handelsrechtlichen Verpflichtungen) und gleichzeitig von einer Verallgemeinerung des Handelsrechtes. Die Erhöhung des Kulturniveaus der Bevölkerung hat zur Folge, dass immer mehr Nichtkaufläufe von Handelsgeschäften Gebrauch machen. Die Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsrechtes soll die bisherigen Schwierigkeiten bezüglich der Bestimmung der Rechtsnatur verschiedener Rechtsverhältnisse, die für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften und für die Zuständigkeit der Gerichte von Bedeutung sind, beseitigen.

7.2.2. Das neue ZGB hat folgende Struktur:

Einen Einleitungstitel und sieben Bücher, insgesamt 2672 Paragraphen (im Vergleich zu den 1914 Paragraphen des alten ZGB und den 1980 Paragraphen des Projekts aus dem Jahre 2004)

- I. Das erste Buch „Über Personen“ umfasst die Vorschriften bezüglich der Personen, welche zur Zeit des Kommunismus aufgehoben und durch zahlreiche Sondergesetze⁴⁶ - von denen das wichtigste die Verordnung (Dekret) Nr. 31/1954 über natürliche und juristische Personen ist - ersetzt wurden, zutrifft ins ZGB.
- II. Das zweite Buch „Über die Familie“ beweist, dass der Gesetzgeber auf die separate Regelung der familienrechtlichen Verhältnisse durch ein selbständiges Gesetzbuch (das Familiengesetzbuch aus dem Jahre 1954) verzichtet hat und beabsichtigt hat, eine einheitliche Regelung der zivilrechtlichen Verhältnisse, selbst wenn diese den Familienbereich betreffen, einzuführen.
- III. Das dritte Buch „Über Sachen“ wird in der Folge näher untersucht.
- IV. Das vierte Buch „Über das Erbrecht und unentgeltliche Zuwendungen (*liberalités*)“ behandelt die Schenkungsverträge und Testamente nach französischem Vorbild wieder zusammen (wie auch im alten ZGB); dies folgt aus der Auffassung, dass

⁴⁶ Dazu : G. Boroi, Drept civil. Partea generala. Persoanele (Zivilrecht. Allgemeiner Teil. Die Personen), Verlag Hamangiu, Bucuresti 2008, 413, 515 – 516.

beide unentgeltliche Zuwendungen (*liberalités*) darstellen, selbst wenn erstere unter Lebenden und letztere von Todes wegen erfolgen. Vorschriften des Erbrechts gab es auch im alten ZGB, doch bildeten diese kein selbständiges Buch, sondern die ersten zwei Abschnitte (Titel) des dritten Buches „Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbes“ („Despre diferitele moduri prin care se dobândesc proprietatea“).

V. Das fünfte Buch „Über Obligationen“ führt, nach dem Vorbild der Rechtslehre, allgemeine Vorschriften des Schuldrechts ein und behandelt zum ersten Mal einheitlich alle Schuldverhältnisse, ohne zwischen zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Verhältnissen zu unterscheiden. Als Folge der Eingliederung der handelsrechtlichen Verhältnisse in das ZGB werden jetzt zahlreiche Verträge, die bis jetzt ausschließlich als Handelsverträge galten, geregelt. So z.B. der Kommissionsvertrag, der Konsignationsvertrag, der Frachtvertrag, der Agenturvertrag, der Werkvertrag, der Vermittlungsvertrag und verschiedene Bankverträge. Als Entstehungsgründe einer Obligation werden außer dem Vertrag, dem einseitigen Rechtsgeschäft, der Geschäftsführung ohne Auftrag, der ungerechtfertigten Bereicherung, der Rückgewähr der nichtgeschuldeten Leistung (*condictio indebiti*) und dem Delikt auch „jedes Rechtsgeschäft (*acte juridique*)“ und jede rechtswirksame Handlung (*fait juridique*), welcher das Gesetz die Entstehung einer Obligation zuerkennt“ aufgeführt. Dem Schadensersatzrecht werden statt den 6 Paragraphen des alten Gesetzbuches, nun 46 Paragraphen gewidmet.

VI. Das sechste Buch „Über die Verjährung, die Präklusion und die Fristberechnung“ stellt eine zweifache Novellierung des ZGB dar. Erstens wurden die Vorschriften der Regierungsverordnung (Dekret) Nr. 167/1958 über die Verjährung in das ZGB integriert.

Zweitens bedeutet die neue Regelung der Verjährung, im Vergleich zum alten ZGB, viel mehr als eine Änderung der Verjährungsfristen: Sie bringt eine Trennung der Verjährung und der Erstzung mit sich. Im alten ZGB herrschte noch die Auffassung, dass beide Rechtsinstitute Rechtsfolgen des Zeitverlaufs seien und wurden deshalb, nach französischem Vorbild, im XX-ten Titel des III-ten Buches „Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbes“ (Cartea III „Despre diferitele moduri prin care se dobândesc proprietatea“), unter dem Namen „prescriptie“ (*prescription, prescriptio*) einheitlich geregelt. „*La prescriptie*“ hatte aber zwei Teile: „*la prescriptie acquisitivă*“ (die Erstzung) wo der Zeitverlauf den Erwerb eines dinglichen Rechts zur Folge hatte (selbstverständlich durch qualifizierten Besitz) und „*la prescriptie extinctivă*“ (die Verjährung, im Sinne des deutschen und österreichischen Zivilrechts), die einen Rechtsverlust wegen Nichtausübung durch eine bestimmte Zeit zur Folge hatte. Die Trennung dieser beiden Rechtsinstitute stellt aber nur für das ZGB ein Novum dar; als Sondergesetz existiert sie, wie schon erwähnt, seit dem Jahre 1958.

VII. Das siebente Buch „Vorschriften des internationalen Privatrechts“ stellt die Eingliederung der Vorschriften des Gesetzes Nr. 105/1992 über das internationale Privatrecht in das ZGB dar, nachdem diese, so wie es in der Gesetzesbegründung steht, reformiert wurden, um sie der neuen Auffassung im Bereich Familienrecht und den europäischen und internationalen Vorschriften anzupassen.

Die Zweckmäßigkeit dieses siebenten Buches wurde von den Teilnehmern an der Internationalen Wissenschaftlichen Konferenz „X. Lubys Juristentage“ (17.-18. September 2009

in Smolnice) mit voller Berechtigung bestritten. Die neuen Zivilgesetzbücher anderer Staaten, die entweder jetzt ausgearbeitet werden (Slowakei) oder sogar schon verabschiedet wurden (Ungarn), enthalten dieses letzte Buch nicht. Die Begründung dafür hat der Vertreter Ungarns bei der Konferenz, Univ.-Prof.Dr.-Dr.h.c. Lajos Vékás, sehr ausdrucksvoll geäußert: „Mit dem Inkrafttreten der Rom I und Rom II Verordnung über das auf vertragliche bzw. nichtvertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in 2009 wurde ein sehr wesentlicher Teil des Kollisionsrechts innerhalb der Europäischen Union völlig vereinheitlicht. Das Verordnungsrecht bildet eine *loi uniforme* für die Mitgliedstaaten. Das heißt, dass die Gerichte das vereinheitlichte Kollisionsrecht auch hinsichtlich Drittstaaten anwenden müssen. So bleibt für das nationale Kollisionsrecht auf diesem Gebiet nur ein sehr begrenzter Spielraum. Diese Ersatzrolle benötigt keine ausführliche Regelung in der nationalen Kodifikation. Es ist außerdem bereits heute zu sehen, dass dieser Vereinheitlichungsprozess auch auf dem Gebiet des Familienrechts und des Erbrechts in absehbarer Zeit fortgesetzt werden wird“.

7.2.3. Das dritte Buch „Über Sachen“ beabsichtigt, eine Vereinheitlichung der bis heute in Sondergesetzen verteilten Vorschriften bezüglich des Eigentums und der anderen dinglichen Rechte mit Rücksicht auf die die Entscheidungen der Rechtsprechung und die wichtigsten Aufgaben der Rechtslehre, der Rechtsprechung und des Gesetzgebers die Wiederherstellung des Systems des Eigentumsrechts.

Die Beseitigung des sozialistischen Eigentums und die altnährliche Rückkehr zum Privateigentum wurde durch Sondergesetze in den Jahren 1990 -1991 verwirklicht. Die neue Verfassung Rumaniens hat die Grundsätze in diesem Bereich festgesetzt. Das Privateigentum und das öffentliche Eigentum wurden getrennt geregelt. Diese Grundsätze wurden dann durch verschiedene Sondergesetze ergänzt, die die gesetzliche Regelung der beiden Eigentumsarten bestimmt haben. Das neue ZGB vereinheitlicht diese Vorschriften und regelt in zwei verschiedenen Abschnitten das private und das öffentliche Eigentum mit den dazugehörigen beschränkten dinglichen Rechte: Nießbrauch, dingliches Nutzungsrecht, dingliches Wohnrecht, Grunddienstbarkeiten und Erbaurecht sowie Verwaltungsrecht, Konzession und unentgeltliches Nutzungsrecht.

Wichtige Neuigkeiten des dritten Buches sind folgende:

- Was die Einteilung der Sachen betrifft, werden zum ersten Mal zu den beweglichen Sachen auch die elektromagnetischen Wellen wie auch die Energie jedweder Art, die von jeder Person gesetzmäßig erzeugt, aufzufangen, oder übertragen und zu seinen Diensten gestellt worden sind, eingeordnet (§ 539, Abs. 2).
- Das vierte Kapitel (§§ 631 – 686) des zweiten Titels („Privateigentum“) bringen eine ausführliche Regelung des Miteigentums zuzüglich des Wohnungseigentums, die im alten Codex fehlte.
- Die bisher unbekannte Rechtsfigur „Teilzeiteigentum“ wurde eingeführt. Die Bezeichnung war in der Rechtsliteratur umstritten, es gab verschiedene Alternativen: Teilzeiteigentum, Teilzeitwohnrecht, time-sharing, time-property, interval ownership, multipropriété, droit de jouissance à temps partagé, propriété spatio-temporelle, propriété

saisonnière, etc.⁴⁷. Wichtig ist aber, dass dieser Begriff nicht ein zeitlich begrenztes Eigentumsrecht bezeichnet, sondern den Erwerb einiger Befugnisse des Eigentumsrechts, die für einen bestimmten Zeitraum des Jahres ein dingliches Recht oder ein sonstiges Nutzungsrecht an einer oder mehreren Immobilien bilden.⁴⁸ Hierdurch wurde auch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26 Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien (94/47/EG) umgesetzt.

- Zum ersten Mal wird das Erbaurecht ausdrücklich geregelt; im alten Gesetzbuch war dieses Recht nur mittels der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des künstlichen Zwanges gemäß § 492 abzuleiten. Das Erbaurecht wird zeitlich auf 99 Jahre begrenzt, was nicht der Ansicht der Rechtslehre entspricht, die das Erbaurecht als ein zeitlich unbegrenztes Recht betrachtet hat (weil es aus dem Eigentumsrecht an einem Gebäude das auf fremden Boden steht und aus dem Nutzungsrecht an diesem Boden besteht)⁴⁹.

- Bezüglich der Dienstbarkeiten ist eine völlig neue Auffassung zu erkennen. Im alten Gesetzbuch gab es nach französischem Modell drei Arten: 1. Natürliche Dienstbarkeiten („*servitude naturelle*“) – sich aus der Natur der Sache ergebende Dienstbarkeiten); 2. Gesetzliche Dienstbarkeiten („*servitude établie par la loi*“) und 3. Rechtsgeschäftliche Dienstbarkeiten („*servitude établie par le fait de l'homme*“).

Der Rechtslehre gemäß waren die ersten zwei genau genommen keine Dienstbarkeiten, sondern nur gesetzliche Einschränkungen der Befugnisse des Eigentümers im Interesse eines friedlichen Zusammenlebens der Nachbarn⁵⁰. Der neue Kodex folgt der Rechtslehre und zählt nun die ehemaligen „natürlichen“ und „gesetzlichen“ Dienstbarkeiten im Kapitel der Beschränkungen des Eigentumsrechts auf. Vorrang haben die gesetzlichen Beschränkungen zugunsten des Umweltschutzes und der guten Nachbarschaft.

- Das dritte Buch bringt zum ersten Mal auch die gesetzliche Anerkennung der Treuhands, einer schon im römischen Recht bekannten Rechtsfigur (*fiducia cum creditori contracta*). Als Vorbild diente das französische Gesetz Nr. 2007-211 vom 19. Februar 2007, durch welche der XIV. Titel „*De la fiducia*“ in den *Code Civile* eingeführt wurde.

⁴⁷ *Toder*, Contractul de time-sharing, acun regulamentat si in România (Der time-sharing Vertrag, jetzt auch in Rumänien geregelt), in *Revista de drept comercial* (Zeitschrift des Handelsrechts) 9/2004, 153.

⁴⁸ *Tereş-Simler*, Droit civil, Les Biens, 5e édition, Dalloz, Paris, 1998, 342.

⁴⁹ *Pop-Harasa*, Drept civil, Drepturile reale principale (Zivilrecht, Sachenrecht), Verlag Universul Juridic, Bucuresti, 2006, 217 – 218.

⁵⁰ *Stoica*, Drept civil, Drepturile reale principale, Vol. I, (Zivilrecht, Die hauptsächlichsten dinglichen Rechte, Band I) Verlag Humanitas, Bucuresti, 2004, 554; *Pop-Harasa*, 257 – 258.

⁵¹ Von dem Klassikern der rumänischen Rechtswissenschaft, zitierten wir: C. Nacu, Dreptul civil român, vol. I, (Rumänisches Zivilrecht, Band I), Editura (Verlag) Socec, Bucuresti 1901, 866. D. Alexandrescu, *Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman in comparatiune cu legile vechi si cu principalele legislatii straine*, Tomul III, Partea I, Editia a II-a, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band III, 2. Auflage) Atelierele grafice Socec & Co, Bucuresti 1909, 238; D. Alexandrescu, *Principiile dreptului civil*, vol. I (Die Grundsätze des Zivilrechts, Band I), Editura (Verlag) Socec Bucuresti, 1926, 542; M. B. Cambazino, *Elementele dreptului civil* (Die Elemente des Zivilrechts), Editura (Verlag) *Cartea romaneasca*, Bucuresti 1921, 153; C. Hanangiu, I. Rosetti-Balanescu, Al. Baicoianu, *Tratat de drept civil roman* (Rumänisches Zivilrecht, Traktat), Editura (Verlag) *Naftonada*, Bucuresti 1929, p. 55; Aurelian R. Ionescu, *Curs de drept civil roman*, Volumul III, Drepturile reale, Universitatea „Regele Ferdinand I“ din Cluj (Lehrbuch des rumänischen Zivilrechts, Band III, Sachenrecht, Universität „König Ferdinand“ Klausenburj) 1946, 33.

Um aber Geldwäsche und Steuerflucht zu vermeiden, können Treuhänder nur Kreditinstitute Investmentgesellschaften und Versicherungsgesellschaften sein. Während einer von der Universität Klausenburg (Cluj) mit den Autoren des neuen Zivilgesetzbuchs und von Professoren der Universität Bukarest am 4. und 5. November 2011 veranstalteten Konferenz wurde nicht die Zweckmäßigkeit dieser neuen Rechtsfigur, sondern nur der Regelungsort im dritten Buch „Über Sachen“ kritisiert, weil es sich um einen Vertrag handelt, der als solcher aus dem französischen Recht übernommen wurde.

- Nach dem Vorbild des Zivilgesetzbuches aus Québec wurden allgemeine Vorschriften bezüglich der Verwaltung des Vermögens eines anderen eingeführt. Es gibt zwei Arten der Verwaltung:

a. Die einfache Verwaltung, die dem Vermögensverwalter nur notwendige und nützliche Rechtsgeschäfte, die der Aufbewahrung und der Sicherung der Sachen dienen, gestattet.

b. Die vollkommene Verwaltung, die auch Verfügungsgeschäfte zulässt.

- Am wichtigsten in diesem dritten Buch ist aber der 5. Abschnitt „Cartea funciară“ (Das Grundbuch). Sogar der Begriff erscheint zum ersten Mal im rumänischen ZGB, ein Gesetzbuch, welches wie sein französisches Vorbild nur das System der Liegenschaftsregister (d.h. das Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte) gekannt hat.

Wie bereits erwähnt, ist schon der erste Versuch, das Grundbuchsystem in ganz Rumänien einzuführen, durch ein Sondergesetz (das Gesetz des Katasters und der Publizität der Liegenschaftsrechte Nr. 7/1996) unternommen worden. Im Gegensatz zu den Vorschriften dieser heute anwendbaren Grundbuchordnung, aber auch nach den Grundsätzen des alten Gesetzbuches, kann das Eigentum an Liegenschaften (mit einigen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen) nur durch Eintragung ins Grundbuch erworben werden. § 557 Abs. 4 führt also den Eintragungssatz (das Intabulationsprinzip) wie in der alten Grundbuchordnung Rumäniens (Gesetz Nr. 115/1938) und wie im deutschen und österreichischen Zivilrecht wieder ein. Derselbe Grundsatz wird auch in § 1676 bezüglich der Eigentumsübertragung durch den Kaufvertrag wiederholt; genauer gesagt ist vorgesehen, dass die Eigentumsübertragung im Bereich der Liegenschaften den Grundbuchvorschriften unterworfen ist.

Zwar ist der Grundsatz des Konsensualismus wieder als leitendes Prinzip des Eigentums-erwerbs vorgesehen, gemäß § 1273 Abs. 1 „erfolgt die Bestellung und der Erwerb von dinglichen Rechten durch die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien selbst dann, wenn die Sachen nicht übergeben worden sind und diese Einigung Spezies-Sachen betrifft“ (für Gattungssachen erfolgt die Eigentumsübertragung durch Individualisierung der Sachen).

Aber der Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken stellt die wichtigste, vom Zivilgesetzbuch vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz dar (§ 1273 Abs. 3).

Als *lex specialis* für den Kauf schreibt § 1674 vor, dass „Mit Ausnahme der vom Gesetz vorgesehenen Fälle und falls die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, das Eigentumsrecht im Augenblick des Vertragsabschlusses auf den Käufer übergeht, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde“. Eine der erwähnten Ausnahmen wird bereits in § 1676 geregelt: „Die Eigentumsübertragung im Bereich des Grundstückskaufs ist den Grundbuchvorschriften unterworfen“.

Diese Mischung von Vorschriften, welche die Eigentumsübertragung regeln hat eine eklektische Definition des Kaufvertrags in § 1650 Abs. 1 zur Folge gehabt: „Der Verkauf⁵¹ ist jener Vertrag, durch welchen der Verkäufer das Eigentum an einer Sache dem Käufer überträgt oder sich gegebenenfalls verpflichtet, es für einen Preis zu übertragen, den der Käufer sich zu bezahlen verpflichtet.“

Hervorgehoben werden muss der Unterschied zwischen dem Wesen des Kaufvertrags im deutschen (wie auch österreichischen) und rumänischen Rechtssystem. Laut § 433 BGB und §§ 1053, 1061-1063 ABGB verpflichtet sich der Verkäufer, das Eigentum an der Sache zu verschaffen und zur tatsächlichen Übergabe der Sache, wogegen der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist. Der Kaufvertrag ist ein rein schuldrechtlicher Vertrag⁵², ein bloßes Verpflichtungsgeschäft, also nur der Rechtsgrund für die Übergabe. Der Käufer erwirbt zunächst nur ein Forderungsrecht auf die Übergabe des Eigentums und des Besitzes. Die Übergabe selbst setzt die Übergabe der Sache (§ 929 BGB, §§ 380, 1053 ABGB) bei Liegenschaften die Eintragung - § 873 BGB - (Einverleibung, Intabulation - § 431 ABGB) im Grundbuch voraus. Der Abschluss des Kaufvertrags und seine Erfüllung sind also zu trennen. Beim „Handkauf“ (z.B. bei Ladenkauf) fallen allerdings Kaufvertrag und Erfüllung praktisch zusammen. Aber auch dann gilt gemäß der Rechtslehre⁵³, die genannte rechtliche Unterscheidung.

Was im deutschen und österreichischen Kaufrecht eine scheinbare Ausnahme für den Fall des Handkaufs darstellt, ist im rumänischen konsensualistischen System die Regel. Also ist der Kaufvertrag im rumänischen Recht gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

Unter diesen Umständen ist das in der neuen Definition des Kaufvertrags (§ 1650 des neuen ZGB) enthaltene Syntagma „verpflichtet sich dem Käufer zu übertragen“ schwer zu verstehen. Diese Formulierung ist merkwürdig, weil im rumänischen System, wie schon erläutert, die Eigentumsübertragung in der Regel schon im Zeitpunkt der Willensübereinstimmung erfolgt. So eine Formulierung bringt den Kaufvertrag dem Vorvertrag (der gegenseitigen Verpflichtung zum Abschluss des Kaufvertrags, wie es in § 1669 des neuen

⁵¹ Die rumänischen Gesetzgeber von 2009 wie auch von 1864 sprechen nicht von „Kaufvertrag“ wie in § 433 BGB und § 1053 ABGB, oder „Kauf“, wie in Buch 2, Abschnitt 8, Titel 1. BGB und § 1055 ABGB, sondern von „Verkauf“, was den Einfluss des französischen Zivilrechts noch einmal bestätigt (§ 1582 des *Code Napoléon* verwendet auch den Ausdruck „vente“). Die deutsche und österreichische Rechtslehre nennen den Kaufvertrag „Kauf“ und nicht „Verkauf“ wie der rumänische Gesetzgeber und die rumänische Literatur (dazu: *Schlechtriem*, Schuldrecht besonderer Teil, 4. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, 4; *Wesker*, Bürgerliches Recht³, II, 2007, 165). Die Erklärung dazu ist, dass im französischen Recht und in den von diesem beeinflussten Rechtssystemen (wie auch das rumänische Zivilrecht) ein besonderer Akzent auf die Leistung des Verkäufers, im deutschen und österreichischen Recht aber auf die Leistung des Käufers gelegt wird. Im italienischen Zivilgesetzbuch (§ 1470) werden beide Leistungen (des Verkäufers und des Käufers) in Betracht genommen, deshalb heißt der Vertrag „*la compra e vendita*“. Dazu: *Ivan Popa*, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență. Ediția a II-a revizuită și actualizată* (Der Kaufvertrag. Vergleichendes Studium der Rechtslehre und der Jurisprudenz. Zweite, neubearbeitete und ergänzte Auflage). *Universul Juridic*, București, 2008, 50.

⁵² *Jauernig/Berger*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11., neubearbeitete Auflage, Beck 2004, § 433 Rn 1-2.

⁵³ *Jauernig/Berger*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11., neubearbeitete Auflage, Beck 2004, § 433 Rn 2.

ZGB heißt) näher, obwohl sich in diesem Falle der Verkäufer verpflichtet, das Eigentumsrecht an einem späteren Zeitpunkt, nach der Willensübereinstimmung, zu übertragen. Die Absicht der Verfasser des neuen ZGB, eine Fusion der beiden Rechtsinstitute (Kaufvertrag und Vorvertrag) und folglich der beiden Definitionen zu verwirklichen, soll aus dem Inhalt des Unterkapitels § 4 (bezüglich des Optionspakts im Falle des Kaufvertrages und der Versprechung, einen Kaufvertrag abzuschließen) des Kapitels über den Kaufvertrag hervorgehen. Hier ist nämlich keine besondere Definition des Vorvertrages vorgesehen. Zwar ist der Vorvertrag im modernen rumänischen Recht eine fast unvermeidliche Phase im Falle des Liegenschaftskaufes geworden, trotzdem findet die Rechtslehre die Einschließung des Vorvertrages in einer Definition die ausschließlich den Kaufvertrag betrifft als unangemessen und unpassend, weil die Klarheit dieses Rechtsinstituts damit gestört wird.⁵⁴

-Der VIII. und letzte Abschnitt dieses Buches regelt den Besitz. Zum ersten Mal in der Rechtsgeschichte Rumäniens wird im ZGB die Ersetzung als Rechtsfolge des Besitzes geregelt (ein Grundsatz der für die Rechtslehre schon immer als selbstverständlich galt). Deshalb mussten die Vorschriften bezüglich der Verjährung von den Vorschriften bezüglich der Ersetzung getrennt werden. Gemäß dem alten Zivilgesetzbuch (das der französischen Rechtslehre und dem *Code Napoléon*⁵⁵ folgte) wurden die Rechtsfolgen des Zeitverlaufs einheitlich durch das Rechtsinstitut der Verjährung – „*prescription*“ – mit seinen zwei Teilen geregelt: „*la prescription acquisitive*“ (*prescription acquisitiva*, Acquisitivverjährung, erwerbende Verjährung, Ersetzung), wo der Zeitverlauf den Erwerb eines dinglichen Rechts zur Folge hatte (selbstverständlich durch qualifizierten Besitz) und „*la prescription extinctive*“ (*prescriptio extinctiva*, Extinktivverjährung, erlöschende oder eigentliche Verjährung, im Sinne des deutschen und österreichischen Zivilrechts), die einen Rechtsverlust wegen Nichtausübung durch eine bestimmte nach sich zog. Die Fristen wurden gemeinsam geregelt.

Wie schon erwähnt, erfolgte zum ersten Mal die Trennung der beiden Rechtsfolgen des Zeitverlaufs schon ein halbes Jahrhundert zuvor, allerdings durch ein Sondergesetz. Durch die Regierungsverordnung über die Verjährung Nr. 167 aus dem Jahre 1958 wurden alle die Verjährung betreffenden Vorschriften des alten Zivilgesetzbuches aufgehoben und im neuen Sondergesetz verankert. Die Ersetzung blieb weiter im ZGB geregelt.

Die Neuerung die das aktuelle ZGB bringt ist die Reintegration der Vorschriften über die Verjährung ins ZGB, diesmal aber getrennt von den Vorschriften über die Ersetzung, welche nun ausdrücklich als Rechtsfolge des Besitzes geregelt ist.

Die Einführung des Eintragungsgrundsatzes durch das neue ZGB hatte die Aufhebung der Ersetzungsformen aus dem alten ZGB, welchem das Grundbuchsystem fremd war, zur Folge. Das neue ZGB konnte keine generelle Ersetzung gegen das Grundbuch zulassen. Es mussten andere Arten der Ersetzung geregelt werden, welche die Grundsätze des Grundbuchsystems in Betracht ziehen. Diese Ersetzungsarten sind denen aus §§ 27 und 28 der

alten Grundbuchordnung Rumäniens (Gesetz Nr. 115/1938) ähnlich, nur die Fristen sind verschieden. Die vom neuen ZGB geregelten Ersetzungsarten sind den Vorschriften des deutschen BGB ähnlicher als jenen des österreichischen ABGB⁵⁶.

§ 930 regelt die Kontraktularerstattung („*Uzucapinena extratabulară*“). Es ähnelt dem in § 927 BGB geregelten Verfahren, ohne aber, dass der Erlass eines Ausschlussurteils (§§ 946-959, 977-981 ZPO), wodurch das Grundstück herrenlos wird und der klagende Eigenbesitzer ein Aneignungsrecht erwirbt⁵⁷, nötig ist. Der klagende Eigenbesitzer kann sein auf Grund der Ersetzung („*uzucapinena*“) erworbenes Eigentumsrecht im Grundbuch eintragen. Die Besetzzeit muss 10 Jahre betragen und die Eintragung des Eigentumsrechts zu Gunsten des Ersitzenden ist nur in drei Fällen zulässig:

- a) wenn der im Grundbuch eingetragene Eigentümer verstorben ist oder, im Falle einer juristischen Person, seine Tätigkeit beendet hat;
- b) wenn im Grundbuch eine Verzichtserklärung auf das Eigentum eingetragen wurde;
- c) wenn das Grundstück in keinem Grundbuch eingetragen ist (so etwas ist in Rumänien noch möglich, weil die Einführung des Grundbuchsystems in großen Provinzen wie z.B. in der Walachei erst durch das Gesetz Nr. 7/1996 begonnen hat und der Vorgang noch lange dauern wird).

Die Ersetzung ist nur dann möglich, wenn der Eigenbesitzer seinen Antrag eingetragen hat, bevor ein Dritter seinen eigenen Antrag, auf Grund eines gesetzmäßigen Rechtsgrunds während des Verlaufs oder sogar nach dem Ablauf der Ersetzungsfrist eingetragen hat (§ 931 Abs.2).

§ 931 regelt die Bucherstattung (Tabularerstattung – „*Uzucapinena tabulară*“). Wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne dass er das Eigentum erlangt hat (ohne einen gesetzmäßigen Rechtsgrund – „*cauza legitimă*“), erwirbt das Eigentum („kann kein Widerspruch mehr gegen die Eintragung erhoben werden“), wenn die Eintragung 5 Jahre bestanden hat und er während dieser Zeit das Grundstück im gutgläubigen Eigenbesitz gehabt hat. Es reicht, wenn die Gutgläubigkeit zum Zeitpunkt der Eintragung und des Erwerbs des Eigenbesitzes bestand (im deutschen Recht z.B. ist bei der Bucherstattung die Redlichkeit nicht erforderlich).⁵⁸

⁵⁶ Das österreichische ABGB kennt zwei Hauptarten der Ersetzung: a. Die eigenartige Ersetzung ist nur bei beweglichen Sachen einschlägig. Hier muss der Besitz des Ersitzenden auf einem objektiv gültigen Titel beruhen, der an sich ausgereicht hätte, um dem Erwerber das Eigentum zu verschaffen, wenn der Veräußerer Eigentümer gewesen wäre, wie etwa Kauf, Schenkung, Vermächtnis (§ 1461). Hingegen reicht ein Titel, der bloß zum Gebrauch berechtigt, wie etwa ein Mietvertrag, für die Ersetzung des Eigentumsrechtes nicht aus (§ 1462). Der Besitz muss rechtmäßig, redlich und echt sein; die Ersetzungszeit beträgt grundsätzlich drei Jahre (§ 1466 ABGB). b. Die uneigenartige Ersetzung kommt bei beweglichen und unbeweglichen Sachen vor und erfordert regelmäßig einen Zeitablauf von 30 Jahren (§§ 1468, 1471, 1477 ABGB). Eine uneigenartige Ersetzung wird auch durch einen abweichenden Grundbuchstand nicht gehindert. Sie stellt eine Durchbrechung des Eintragungsprinzips zu Gunsten des tatsächlichen (redlichen und echten) Besitzers dar, welcher die Richtigstellung des Grundbuches verlangen kann. Dazu ausführlich: *Kozdol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, 10. Auflage, Manz Wien, 1996, 87-88.

⁵⁷ *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1., neubearbeitete Auflage, Beck 2004, § 927 Rn. 2.

⁵⁸ *Baur/Stirner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 53 H. I, Rn 87; *Jauernig/Berger*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11., neubearbeitete Auflage, Beck 2004, § 900, Rn 1.

⁵⁴ Dazu *Dan Velicu*, *Reglementarea contractului de vânzare în noul Cod civil*, I. (Die Regelung des Kaufvertrages im neuen Zivilgesetzbuch, erster Teil), in *Revista de drept comercial*, Serie nouă, Anul XXX (Zeitschrift für Handelsrecht, Neue Serie, XX. Jahr), Nr. 2/2010, 108.

⁵⁵ § 2219 des französischen *Code civil* lautet: „La prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi“.

Die Vorschriften aus § 931 Abs. 1 des neuen ZGB finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes dingliches Recht im Grundbuch eingetragen ist (§ 931 Abs. 2).

Eine lang unstrittene Regel aus § 1909 des alten Gesetzbuches wurde endlich umformuliert. Gemäß dem alten Gesetzbuch führte der gutgläubige Besitz einer beweglichen Sache zur sofortigen Ersetzung, also zum sofortigen Erwerb des Eigentums. Es war eine fehlerhafte Übernahme des § 2279 Code Napoléon „*En fait de meubles la possession vaut titre*“. Die Absicht des rumänischen Gesetzgebers war es, zu verankern, dass der gutgläubige Besitz einer beweglichen Sache als Titel für den Erwerb des Eigentumsrechts an dieser Sache gilt, ohne dass noch zusätzlich eine gesetzlich bestimmte Zeit (wie im Falle der Liegenschaften) notwendig wäre. Im neuen Gesetzbuch, § 937 Abs. 1, lautet die Vorschrift folgendermaßen: „Die Person, welche guten Glaubens ein entgeltliches, eigentumsübertragendes Rechtsgeschäft mit einem Nichtigentümer geschlossen hat, wird zum Eigentümer der beweglichen Sache im Augenblick des tatsächlichen Besitzerwerbes.“

Zum ersten Mal ist die Ersetzung beweglicher Sachen auch ohne guten Glauben möglich, doch dann beträgt die Ersetzungsfrist 10 Jahre (§ 939).

7.3. Schlussfolgerung bezüglich des neuen Zivilgesetzbuches

Wie schon erwähnt, ist dieses neue Zivilgesetzbuch Rumäniens von 2009 leider nicht über jede Kritik erhaben. Es ist nicht sofort, sondern nach 2 Jahren in Kraft getreten, was der Rechtswissenschaft ausreichend Zeit gelassen hat, um Meinungen über die Neuerungen auszudrücken. Viele Vorschriften wurden heftig kritisiert. Beispielsweise nenne ich hier nur die eklektische Definition des Kaufvertrags (§ 1650 Abs. 1), der sowohl ein reines Verpflichtungsgeschäft, wie im deutschen und österreichischen Zivilrecht, als auch gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, wie im französischen konsualistischen System sein kann („Der Verkauf ist jener Vertrag, durch welchen der Verkäufer das Eigentum an einer Sache dem Käufer überträgt oder sich gegebenenfalls verpflichtet, es zu übertragen, für einen Preis, den der Käufer sich zu bezahlen verpflichtet.“).

Oder „der Notzustand“ (*“stareo de necesitate”* § 1218), der gleichzeitig sowohl ein Willensmangel, der die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, falls die Gegenpartei diesen Notzustand ausgenutzt hat, als auch ein Haftungsbeschränkungsgrund der deliktischen Haftung ist (§ 1361- „wer im Notzustand einem anderen einen Schaden verursacht hat, muss diesen den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß ersetzen“).

Es gibt noch viele andere Widersprüche zwischen den Vorschriften des neuen ZGB, so kann z.B. die einseitige Versprechung sowohl ein zweiseitiges als auch ein einseitiges Rechtsgeschäft sein. Wenn sie eine „einseitige Versprechung, einen Vertrag abzuschließen“ (§ 1279), oder als *lex specialis* für den Kauf, eine „einseitige Kaufversprechung“ (§ 1669 Abs. 3) darstellt, dann ist sie, laut der Rechtslehre, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, „eine Vereinbarung, durch welche eine Partei, Versprechender (*“promitent”*) genannt, sich gegenüber der anderen Partei, Begünstigter (*“beneficiare”*) genannt, verpflichtet, zukünftig auf Antrag des Begünstigten einen gewissen Vertrag abzuschließen, dessen Inhalt durch

diese Vereinbarung vorbestimmt wurde“⁵⁹. Aber nicht nur die Rechtslehre hat diese Rechtsnatur der Versprechung so definiert, sondern auch der Gesetzgeber der diese Versprechung im Abschnitt bezüglich der „Rechtsfolgen der Verträge“ eingegliedert hat.

Der Begriff „einseitige Versprechung“ (*“promisiunea unilaterală”*) erscheint aber gleichzeitig im Kapitel bezüglich der einseitigen Rechtsgeschäfte (*“Actul juridic unilateral”*), und ist in § 1327 geregelt. Solche Vorschriften sind irreführend und können z.B. die Verwechslung der einseitigen Versprechung (die ein regelrechter Vertrag, der aber eine einseitige Verpflichtung des Versprechers begründet) mit dem Angebot, das eine einseitige Willensklärung ist, zur Folge haben. Das bestätigt die Inkonsistenz der Verfasser des neuen ZGB.

Selbstverständlich wäre es viel besser gewesen, wenn diese Meinungen und Kritiken noch vor der Verabschiedung des ZGB ausgesprochen worden wären. Die Regierung hat versucht, im Einführungsgesetz Nr. 71 vom 10 Juni 2011 einige Widersprüche zu beseitigen und einige Vorschriften zu verbessern. Etwas deraartiges ist, wie auch der Umfang dieses Gesetzes (230 Paragraphen) für ein Einführungsgesetz ungewöhnlich.

Berechtigte Stimmen (wie z.B. die des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes, Univ. Prof. Dr. Nicoleta Popa) äußerten sich im Sinne einer Verlängerung der für die Einföhrsetzung vorgeschienenen Frist. In Abwesenheit der notwendigen Infrastruktur für die Einföhrung der vier neuen Gesetzblätter ist das Inkrafttreten dieser Gesetze nicht früher als nach fünf Jahren möglich.

Schon jetzt hat die Regierung einen Kompromiss eingehen müssen. Das neue ZGB ist am 1. Oktober 2011, ohne eine entsprechende Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Diese ist zwar schon 2010 verabschiedet worden, wird aber wahrscheinlich erst im Sommer 2012 in Kraft treten. Wenn die geplante, grobe und allgemeine Justizreform vorläufig geseheitert ist, muss man sich auch mit einer „kleinen Justizreform“ zufriedenstellen. Deshalb wurde erstmals das Gesetz bezüglich der „kleinen Justizreform“ (*“Mica reformă în justiție”*), also das Gesetz bezüglich einiger Maßnahmen zur Beschleunigung der gerichtlichen Verfahren (*Lege Nr. 202/2010 din 25/10/2010, Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 714 din 26/10/2010, privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor*) verabschiedet. Zweitens wurden durch das Einführungsgesetz des ZGB und das ganze Kapitel bezüglich der Beweise aus dem alten ZGB beibehalten, weil das neue ZGB diese Kapitel mit der Begründung, dass die Beweise in der neuen Zivilprozessordnung geregelt sein werden, ausgelassen hat. Diese neue Zivilprozessordnung ist aber noch nicht in Kraft getreten. Also bleibt die Zulässigkeit eines Beweismittels bezüglich eines auf Grund des neuen ZGB entstandenen Rechtsgeschäfts wie auch die Beweiswürdigung den Vorschriften des alten ZGB unterworfen.

⁵⁹ M. Costin, M. Mureșan, Y. Ursu, Dicționar de drept civil (Fachwörterbuch des Zivilrechts), Editura științifică și enciclopedică (Wissenschaftlicher und enzyklopädischer Verlag), București, 1988, 408–409.

Die künstliche Befruchtung und die daraus entstehenden Gleichheitsfragen – Griechenland und Deutschland im Vergleich

von

Galateia (Tina) Kalouta, LL.M. (LMU München), Osnabrück/Athen

Einführung

1978 wurde Louise Brown, das allererste durch künstliche Befruchtung erzeugte Kind überhaupt, in Bourn Hall in Großbritannien geboren. Seitdem haben in diesem Medizinsektor enorme Fortschritte stattgefunden. Bis heute haben tausende Paare auf der ganzen Welt diese Möglichkeit in Anspruch genommen, so dass sie eigene Kinder haben können, obwohl sie mit Fertilitätskomplikationen konfrontiert sind¹. In Zeiten, in denen die Geburtenraten fast in der ganzen westlichen Welt auffallend niedrig sind, ist es besonders interessant überblicken zu können, wie verschiedene Gesellschaften mit derselben problematischen Situation umgehen. In den Rechtsordnungen auf der ganzen Welt sind zwei Haupttendenzen zu bemerken; manche Rechtssysteme sind besonders restriktiv angesichts der verschiedenen Methoden zur künstlichen Befruchtung und andere erkennen sie als Tatsache an und versuchen sie zu regulieren. Sogar die Wortwahl in den bestimmten Gesetzestexten ist aufschlussreich; wo manche Rechtsordnungen schon von Embryonen sprechen, sehen andere Rechtsordnungen nur befruchtete Eizellen. Daher werden unterschiedliche juristische Herangehensweisen mit völlig unterschiedlichen Sachverhalten konfrontiert. Beispielsweise sind die eher restriktiv ausgeprägten Rechtsordnungen immer noch gezwungen die künstliche Befruchtung *de facto* anzuerkennen. Viele Paare reisen nämlich für die künstliche Befruchtung ins Ausland und machen dann ihre Ansprüche auf Kostenerstattung gegen ihre Versicherungen im Inland geltend. Aber auch Länder, die die Methoden künstlicher Befruchtung schon längst anerkannt haben, können nur schwer mit den ständigen Innovationen mithalten oder sie werden oft wegen Verstößen gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichstellung der Geschlechter kritisiert. Die zwei Länder, deren Vergleich Gegenstand dieses Aufsatzes ist, sind als Beispiele der zwei unterschiedlichen Haupttendenzen bezüglich dieser juristischen Angelegenheit anzusehen. Besonders bemerkenswert ist, dass sich zwei Rechtsordnungen mit demselben juristischen Ursprung² und vielen Ähnlichkeiten ihrer Zivilgesetzbücher, dennoch himmelsweit beim Thema „künstliche Befruchtung“ unterscheiden.

Die Reproduktionsmedizin kann heutzutage den Kinderwunsch vieler ermöglichen, die entweder auf natürlichem Weg kinderlos hätten bleiben müssen oder aufgrund einer schwerwiegenden Erbkrankheit mit einer solchen Gefahr hätten rechnen sollen. Ganz egal, ob die Daseinsberechtigung reproduktiver Maßnahmen an der zügig und ständig steigenden

den Anzahl der unfruchtbaren Paare liegt³ oder an der Verhinderung von Erbkrankheiten, sind die Rechtsordnungen weltweit gefordert sich mit dem Thema „künstliche Befruchtung“ auseinander zu setzen.

Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die künstliche Befruchtung im Allgemeinen, die Leihmutterschaft und die künstliche Befruchtung *post mortem* in Griechenland und in Deutschland. Abschließend wird eine Bewertung vorgenommen.

A. Die künstliche Befruchtung und daraus folgende familienrechtliche Aspekte in Griechenland

1. Die Gesetzeslage bzgl. der künstlichen Befruchtung

In Griechenland wurde am 10.12.2002 das Gesetz 3089/2002⁴ zum „medizinischen Assistenten bei der Humanreproduktion“ verabschiedet⁵. Materiellich enthält das Gesetz Vorschriften zur Anwendung der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Unter diesen Oberbegriff fallen die künstliche Befruchtung im Allgemeinen⁶, die Leihmutterschaft sowie die künstliche Befruchtung *post mortem*. Außerdem wurde durch das Gesetz das Schicksal überzähliger Gameten⁷ und befruchteter Eizellen geregelt sowie andere Themen, wie die Anonymität des Spenders.

Oberdrein wurde am 18.01.2005 ein weiteres, ausführlicheres Gesetz verabschiedet und zwar das Gesetz 3305/2005⁸ zur Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion⁹. Das Gesetzesziel war es diesmal, Maßnahmen zum Schutz der Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion zu treffen. Das neuere Gesetz konkretisiert und ergänzt die Bestimmungen des vorherigen Gesetzes 3089/2002 insbesondere in biomedizinischer Hinsicht.¹⁰

³ Die genaue Zahl wurde auf 70 Millionen weltweit eingeschätzt, *Myrto Antonopoulou*, Neue Methoden und bessere Ergebnisse (auf Griechisch), in www.vita.gr/html/ent/358/ent_1358.asp

⁴ Amtsblatt A 327/23.12.2002.

⁵ Der erste Artikel des Gesetzes 3089/2002 sieht vor, dass ein neues Kapitel VIII im vierten Buch des griechischen Zivilgesetzbuches zum Familienrecht eingefügt wird, das die durch den Art. 17 des Gesetzes 1329/1983 außer Kraft gesetzten Art. 1455 – 1460 gr.ZGB ersetzt. Das neue Kapitel VIII des gr.ZGBs trägt seitdem den fäktischen Titel - „Das ärztliche Assistenten bei der menschlichen Fortpflanzung“. Ein weiteres Ziel des Gesetzes ist, dass das vorhandene Recht der Verwandtschaft (was sich im Kapitel IX; Art. 1461 – 1484 gr.ZGB befindet) an die durch die Anwendung der modernen Fortpflanzungstechniken herbeigeführten Veränderungen anzupassen.

⁶ Was eigentlich die Verfahren In-vitro-Fertilisation (IVF) und den Intracytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) einschließt.

⁷ = Ei- und Samenzellen.

⁸ Amtsblatt A 17/27/01.2005. Zusammenfassend bestimmt das Gesetz 3305/2005 die besonderen Voraussetzungen für die Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion (Art. 4 – 5), die Zahl der zu transferierenden befruchteten und nicht befruchteten Eizellen (Art. 6), den Rahmen für die Kryokonservierung (Art. 7) und die Spende (Art. 8 – 9) sowie die Forschung mit Gameten und befruchteten Eizellen (Art. 11 – 12) und die Präimplantationsdiagnostik - PID (Art. 10). Darüber hinaus reglementiert es die Bedingungen für die Genehmigung und die Tätigkeit der Zentren medizinisch assistierter Reproduktion (Art. 16) und der Kryokonservierungsbanken (Art. 17) und zuweist die Errichtung und die Tätigkeitsbedingungen einer unabhängigen Nationalen Behörde zur medizinisch assistierten Reproduktion (Art. 19 – 25). Im Falle eines Verstoßes gegen die Gesetzesbestimmungen, wurden schließlich strafrechtliche sowie verwaltungsrechtliche Sanktionen vorgesehen.

⁹ Damit wurden die Grundbestimmungen des Gesetzes 3089/2002 zur prinzipiellen Zulässigkeit der Methoden zur medizinisch assistierten Reproduktion ausführlicher und technischer ergänzt.

¹⁰ *Tripi Kiriakaki*, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, Heft 3 S. 143 – 153 (144).

¹ Z.B. wenn die Eileiter der Frau blockiert sind oder wenn der Mann unter Oligospermie leidet.

² In beiden Ländern, Deutschland und Griechenland, entstammt das Zivilrecht dem Römischen Recht, wie es von den Pandektisten erarbeitet wurde.

II. Möglichkeiten der medizinisch assistierten Humanreproduktion im Einzelnen

Zusammenfassend wurde die künstliche Befruchtung in Griechenland ausführlich durch das Gesetz 3089/2002¹¹ geregelt. Nach diesem Gesetz wurde das 8. Kapitel ins Vierte Buch des gr.ZGB über das Familienrecht eingeführt, der seitdem den Titel „Ärztliche Unterstützung bei der menschlichen Fortpflanzung / Ιατρική Υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή“¹² trägt. Das oben genannte Gesetz wurde später durch die Vorschriften des Gesetzes 3305/2005¹³ mit dem Titel „Anwendung der Medizin im Bereich der unterstützten Fortpflanzung“ novelliert.

Das subjektive Recht auf Fortpflanzung stützt sich auf den Art. 5 Abs. 1 der griechischen Verfassung. Jeder hat das Recht seine Persönlichkeit zu entfalten und beliebig Nachwuchs zu bekommen. Darüber hinaus gehört das Zugreifen auf medizinische Methoden bei der Fortpflanzung zum Schutzbereich der Verfassung, sofern die Ausübung des subjektiven Rechts auf Fortpflanzung nicht gegen die Rechte Anderer verstößt, die Verfassung und die guten Sitten¹⁴ nicht verletzt werden¹⁵.

Der griechische Gesetzgeber hatte bei der Verarbeitung des Gesetzes 3089/2002 auf die griechische Verfassung aber ebenso auf das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde bei der Anwendung der Biologie und der Medizin, das sogenannte „Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin“ von Oviedo 1997, das in Griechenland mit dem Gesetz 2619/1998 ratifiziert wurde¹⁶, zu achten.

Infogedessen wurden im Art. 1 des Gesetzes 3302/2005 die Grundprinzipien geregelt, der die ärztlichen Methoden bei der unterstützten Reproduktion folgen müssen. Diese Grundprinzipien weisen auf den Art. 5 der griechischen Verfassung, wonach die freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützt wird. Ein spezieller Ausdruck dieses Grundrechts ist, wie oben erwähnt, das (subjektive) Recht auf Fortpflanzung. Insbesondere im Abs. II desselben Artikels wird betont, dass bei der Anwendung der medizinisch unterstützten Reproduktion die Auswertung des Interesses des künftigen Kindes besonders zu beachten sein soll. Das Interesse des Kindes, ein Kriterium, das eine entscheidende Rolle bei der Durchführung der künstlichen Befruchtung spielt, gilt als Äußerung des Grundprinzips über den Schutz der Kinderrechte, wie sie im Art. 3 der internationalen Kinderrechtskonvention¹⁷ sowie im Art. 24 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁸ dargestellt worden sind.

Die Art. 1455 – 1460 gr.ZGB¹⁹ legen die Zulässigkeitsvoraussetzungen für jegliche Art ärztlicher Unterstützung bei der menschlichen Fortpflanzung fest. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind folgende:

- a. die Unmöglichkeit auf natürlichem Wege Kinder zeugen zu können (Art. 1455 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB).
- b. Eine medizinische Unterstützung ist, nach dem Gesetzeswortlaut, nur heterosexuellen Paaren oder alleinstehenden Frauen erlaubt. Nach der noch heute h.M. in Griechenland sei wegen Art. 1455 gr.ZGB die ärztliche Unterstützung bei der Fortpflanzung für gleichgeschlechtliche Paare sowie bei alleinstehenden Männern völlig untersagt²⁰.

1. Die künstliche Befruchtung im Allgemeinen

Die Definition der medizinisch assistierten Reproduktion (m.a.R.²¹) steht im Art. 3, Nr. 1 des Gesetzes 3305/2005. Demnach ist eine medizinisch assistierte Reproduktion jede Art von Schwangerschaft, die nach anderen Techniken²², außer einer konventionellen Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau erfolgt und die in speziell organisierten Reproduktionszentren²³ angewendet wurde. Darüber hinaus umfasst Art. 1455 gr.ZGB alle

¹⁹ Art. 1455 gr.ZGB - Die künstliche Befruchtung – «Die ärztliche Assistenz bei der menschlichen Fortpflanzung (künstliche Befruchtung) ist nur erlaubt, um dadurch entweder die Unmöglichkeit Kinder auf natürliche Weise zu zeugen zu behandeln oder die Übertragung einer schweren Krankheit zu vermeiden. Eine solche Assistenz ist nur bis zu dem Alter erlaubt, währenddessen die assistierte Person sich natürlicherweise fortpflanzen kann. Die menschliche Fortpflanzung mit der Klonungstechnik ist ausgeschlossen.

Das Geschlecht zu bestimmen ist untersagt, es sei denn, dass somit eine mit dem Geschlecht verbundene, schwere erbliche Krankheit vermieden werden kann».

Art. 1456 gr.ZGB – «Jede medizinische Handlung, die gemäß den Bedingungen des vorigen Artikels auf Unterstützung der menschlichen Fortpflanzung abzielt, wird mit der schriftlichen Einwilligung der Person, die ein Nachwuchs bekommen wollen, durchgeführt. Im Falle einer ledigen Frau, muss ihre Einwilligung und falls sie sich in einer freien Beziehung befindet, muss ebenso die Einwilligung des Mannes notariell beurkundet werden.

Die Einwilligung kann mit derselben Form abgetreten werden bis die Gameten oder die befruchteten Eizellen in den weiblichen Körper eingeführt wurden. Unter dem Vorbehalt des Art. 1457 gr.ZGB, gilt die Einwilligung als ertösch, falls einer der Einwilligenden vor der Eimpflanzung gestorben ist».

Art. 1458 gr.ZGB – «Die Übertragung von fremden befruchteten Eizellen in den Körper einer anderen Frau und die folgende Schwangerschaft sind nur nach gerichtlicher Erlaubnis zugelassen, die vor der Eimpflanzung schon vorliegen muss und nur falls eine schriftliche Vereinbarung ohne Gegenleistung zwischen den Personen, die sich ein Kind wünschen, und der Leihmutter sowie der ihres Ehemannes, falls die Leihmutter verheiratet ist, vorliegt. Die gerichtliche Erlaubnis wird auf Antrag der Frau, die sich ein Kind wünscht, erteilt, sofern schon bewiesen wurde, dass es dieser Frau medizinisch unmöglich ist ein Kind austragen zu können und dass die Leihmutter gesundheitlich geeignet für die Schwangerschaft ist».

²⁰Thanasias Papachristou, Lehrbuch für das Familienrecht, 3. Aufl., Athen 2005, S. 203, *Thanasias Papachristou*, Die künstliche Fortpflanzung im gr.ZGB, Thessaloniki 2003, S. 55 – 56, *I.K. Vitalis*, Der Familienbehalt: Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, „medizinisches Assistenten bei der Humanreproduktion“ (auf Griechisch), NoB 51 (2003), S. 832 – 840, *Ioannis Spyridakis*, Familienrecht, 2006, S. 83 Fr. 6, *Georgios Darkarolis*, Anmerkungen bezüglich des Gesetzes über die unterstützte Fortpflanzung (G. 3089/2002), ChRD (2004) 4, S. 193 – 202, Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215.

²¹ Auf Griechisch: Ιατρικός Υποβοήθηση αναπαραγωγής (I.Y.A.).

²² In den griechischen Gesetzestexten wurden die Begriffe: „medizinisch assistierte Reproduktion / Fortpflanzung“ oder „künstliche Befruchtung“ als Oberbegriffe mit identischem Inhalt alternativ verwendet werden. Dazu siehe auch: *Irina Kiriakaki*, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, Heft 3, S. 143 – 153 (144).

²³ Auf Griechisch: Μονάδες Ιατρικού Υποβοήθησης αναπαραγωγής oder in Kürze (M.I.Y.A.).

¹¹ F.E.K. (= Amtsblatt) A' 327/2002.

¹² Art. 1455 – 1460 gr.ZGB

¹³ F.E.K. (= Amtsblatt) A' 17/2005.

¹⁴ Art. 178 gr.ZGB – Rechtsgeschäft das gegen die guten Sitten verstößt: «Ein gegen die guten Sitten verstößendes Rechtsgeschäft ist nichtig».

¹⁵ Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215 (1211), Landesgericht im Kammer in Chania 122/2008, NOMOS Datenbank.

¹⁶ Dazu siehe insbesondere die Gesetzesbegründung im KNoB 2002 S. 2623.

¹⁷ Die internationale Kinderrechtskonvention wurde durch das Gesetz 2101/1992, F.E.K. (= Amtsblatt) A' 192/2.12.1992.

¹⁸ Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215 (1211).

die Techniken medizinischer Unterstützung bei der menschlichen Reproduktion. Die künstliche Befruchtung wurde im Art. 1455 gr.ZGB im weichen Sinne verwendet. Lediglich das Klonen ist im Gesetz ausdrücklich und ausnahmslos untersagt²⁴.

Die allerwichtigste Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dem Art. 1455 gr.ZGB nach, die Unfähigkeit zur natürlichen Fortpflanzung²⁵. Wie vom Gesetzestext abzuleiten ist, steht die künstliche Befruchtung nicht als Alternative zur natürlichen Fortpflanzung zur Verfügung. Eine künstliche Befruchtung ist erst dann erlaubt, wenn entweder die Unfähigkeit bei der natürlichen Fortpflanzung medizinisch bewiesen ist²⁶ oder sie zur Verhinderung der Übertragung einer ernsten Krankheit auf das Kind eingesetzt wird²⁷ (Art. 1455 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB).

Die zwei ersten Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 1455 gr.ZGB, die alternativ zueinander stehen, sind nicht problemlos. Beide benötigen Konkretisierung. Als Erstes ist unter Fortpflanzungsfähigkeit nicht nur der Sterilitätsfall zu verstehen. Schon bei den Gesetzesvorbereitungen²⁸ wurde geklärt, dass auch in Fällen von verminderter Fruchtbarkeit die Anwendung der künstlichen Befruchtung offenstehen muss²⁹. Die zweite Zulässigkeitsvoraussetzung, nämlich die Übertragungsverhinderung einer ernsten Krankheit, wurde dagegen weder definiert noch durch eine Auflistung bestimmter Kriterien weiter geklärt.

Der Art. 1455 Abs. 1 Satz 2 gr.ZGB³⁰ setzt einen Altersrahmen fest, innerhalb dessen die künstliche Befruchtung erlaubt sein kann. Bei Erwachsenen³¹ kann sie nur innerhalb des Alters ihrer natürlichen³² Fortpflanzungsfähigkeit zugelassen werden. Trotzdem wurde der obere Altersrahmen im Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes 3305/2005 auf das 50. Lebensjahr festgesetzt³³.

Als negative Voraussetzung steht im Art. 1455 Abs. 1 gr.ZGB das Verbot, die künstlichen Befruchtungsmethoden bei der Auswahl des Geschlechts des Kindes anzuwenden. Dennoch steht im selben Artikel, dass die Geschlechtsauswahl ausnahmsweise erlaubt sein

²⁴ Das Verbot gegen das Klonen steht nicht nur im Art. 1455 Abs. 1 Satz 3 gr.ZGB sowohl im Art. 2 Abs. III Satz 2 des Gesetzes 3305/2005 zur „Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion“,
²⁵ Art. 1455 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB.

²⁶ Die Fortpflanzungsfähigkeit kann bspw. Empfängnisunfähigkeit oder Unfähigkeit Ausstrahlung sein. Die künstliche Befruchtung kann nicht wegen der Tatsache ausgeschlossen werden, dass das Paar schon andere Kinder hat, die natürlich empfangen und ausgetragen wurden: *Apostolos Georgiades – Michael Stathopoulos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1455 Rdnr. 8 und 11.

²⁷ Bspw. LG Athen 1320/2004, Arm. (2004) 58 S. 374 - 375.

²⁸ Dazu siehe z.B. auch Parlamentsprotokoll vom 27.11.2002.
²⁹ Der Zugang zur medizinisch assistierten Befruchtung soll auch dann gewährt sein, wenn die natürliche Fortpflanzung zwar theoretisch nicht ausgeschlossen ist, aus ärztlich festgestellten Gründen aber aufgrund verminderter Fruchtbarkeit als sehr schwierig oder unwahrscheinlich eingestuft wurde. Dazu siehe auch: *Irina Kizivaki*, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, Heft 3, S. 143 - 153 (145).

³⁰ Soweit im Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes 3305/2005, zur „Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion“.

³¹ Minderjährige dürfen nur ausnahmsweise die Vorschriften der künstlichen Befruchtung anwenden, wenn sie an einer solchen sehr schweren Krankheit leiden, die zur Unfruchtbarkeit führen kann (Art. 4 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes 3305/2005 zur „Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion“).

³² Im Parlamentsprotokoll vom 27.11.2002 steht, dass bei den Frauen bis das Aufhören ihrer Menstruation bedeutet.

³³ Dagegen trotzdem hat das LG Korinth 224/2006 (aus der Isokrates Datenbank = Rechtsprechungsdatenbank der Anwaltskammer Athen) die künstliche Befruchtung an einer Frau von 52 Jahren Alter genehmigt.

kann, wenn die eventuelle Weitergabe von ernsten geschlechtsgebundenen Erbkrankheiten durch die Geschlechtsauswahl verhindert werden kann³⁴. Eine abschließende Auflistung der ersten geschlechtsgebundenen Erbkrankheiten steht jedoch nicht zur Verfügung.

Außerdem, wird nach dem Art. 1456 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB das Vorliegen der Zustimmung³⁵ der daran Beteiligten vorausgesetzt. Wie es im Artikel explizit verdeutlicht wird, ist, wenn es sich um ein Ehepaar handelt, die schriftliche³⁶ Zustimmung beider Eheleute erforderlich. Bei nicht verheirateten Frauen muss dagegen ihre Zustimmung notariell beurkundet werden sowie falls die unverheiratete Frau sich in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft befindet, ist dann eben die Zustimmungserklärung ihres Lebenspartners ebenfalls notariell zu beurkunden³⁷.

Die Zustimmung ist aber, dem Art. 1456 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB nach, von beiden Teilen bis zum Zeitpunkt des Implantierens der Gameten oder der befruchteten Eizellen in den weiblichen Körper³⁸ widerrufbar. Der Widerruf soll bei Eheleuten schriftlich sein, bei alleinstehenden Frauen oder Lebenspartnern muss er gleich der Zustimmungserklärung, notariell beurkundet werden. Fälle der künstlichen Befruchtung *post mortem* ausgenommen, die im Art. 1457 gr.ZGB geregelt ist, gilt die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung als widerrufbar, falls eine der zustimmenden Personen vor dem Implantieren stirbt (Art. 1456 Abs. 1 Satz 2 gr.ZGB). Eine schon abgegebene Zustimmung ist frei zu widerrufen und darf nicht aufgrund des Rechtsmissbrauchs angefochten werden³⁹.

2. Die Fertilisation *post mortem* – Art. 1457 gr.ZGB

Die künstliche Befruchtung *post mortem* ist, wie es im Art. 1457 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB steht, entweder der Ehefrau oder im Falle einer nichtehelichen Lebensgemeinschafts der Lebenspartnerin des jeweils verstorbenen Ehemannes oder Lebenspartners erlaubt. Anders als im Art. 1456 gr.ZGB, ist die künstliche Befruchtung *post mortem* für eine alleinstehende Frau nicht zugelassen⁴⁰. Der Artikel 1457 gr.ZGB umfasst nicht nur die In-vitro-Fertilisation *post mortem*⁴¹ aber auch die Implantation *post mortem* von kryokonservierten befruchteten⁴² Eizellen, die schon während der Lebenszeit mit dem Sperma des Verstorbenen

³⁴ Darüber explizit in *Apostolos Georgiades – Michael Stathopoulos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1456 Rdnr. 41 ff.

³⁵ Der genaue Inhalt der Zustimmung steht im Art. 5 Abs. III Satz 2 des Gesetzes 3305/2005 zur „Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Humanreproduktion“.

³⁶ Eine private Urkunde zwischen den beiden Eheleuten reicht, *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1624 Rdnr. 3.

³⁷ Die notarielle Beurkundung der Beteiligten ist erforderlich, so dass sie als Anerkennung der Vaterschaft des zukünftigen Kindes dient; aus dem Gesetz 3089/2002, Teil II Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen, Nr. 1.

³⁸ LG Athen 1320/2004, Arm. (2004) 58 S. 374 - 375.

³⁹ *Apostolos Georgiades – Michael Stathopoulos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1456 Rdnr. 151 ff., *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1456 S. 1623 Rdnr. 5.

⁴⁰ *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1624 Rdnr. 3.

⁴¹ *Apostolos Georgiades – Michael Stathopoulos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1457 gr.ZGB Rdnr. 2, *Efi Kounougeri – Manolada*, Familienrecht, Band II, Athen – Thessaloniki, S. 17 ff., *Contra Marianos Korasis*, in Arm. (2005) 59 S. 829 - 838 (836), sowie *Kalivrot Panthidou*, Bemerkungen zum Gesetzesentwurf zur medizinischen Assistierung bei der Humanreproduktion (in Griechisch), in Chr:ID 2002 S. 586 - 590 (589).

⁴² Die Eizellen müssen mit Spermien des verstorbenen Ehemannes oder Lebenspartners befruchtet werden und nicht mit dem genetischen Material eines dritten Mannes; *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1624 Rdnr. 2.

nen gezeugt wurden⁴³. Eine solche medizinische Unterstützung bei der Reproduktion darf ebenso nur unter den Bedingungen des obengenannten Artikels gewährt werden.

Ein solcher Eingriff ist nur nach der Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung zur künstlichen Befruchtung *post mortem* möglich. Dafür müssen aber **kumulativ** die zwei folgenden Voraussetzungen vorliegen:

a. Der Ehemann oder der feste Lebenspartner der Frau hat an einer Krankheit⁴⁴ gelitten, die zur eventuellen Sterilität führt oder die mit Todesgefahr⁴⁵ verbunden ist (Art. 1457 Abs. 1 Buchst. b) gr.ZGB).

b. Der Ehemann oder der feste Lebenspartner der Frau hat zur künstlichen Befruchtung nach seinem Tod schon mit notarieller Urkunde zugestimmt (Art. 1457 Abs. 1 Buchst. a) gr.ZGB).

Ein bestimmter Zeitraum wurde außerdem im Art. 1457 Abs. II gr.ZGB festgesetzt, innerhalb dessen die künstliche Befruchtung *post mortem* durchgeführt werden muss⁴⁶. Sie soll frühestens sechs Monate und spätestens zwei Jahren nach dem Todespunkt des Mannes ausgeführt werden⁴⁷.

Der Art. 1457 gr.ZGB über die künstliche Befruchtung *post mortem* kann auch nach dem Tod der Frau analog angewendet werden⁴⁸. Das heißt, dass der Mann auf die kryokonservierten Eizellen seiner Ehefrau oder seiner Lebenspartnerin, oder alternativ auf die gemeinsamen befruchteten und kryokonservierten Eizellen Zugriff haben darf und dann durch Leihmuttertschaft seinen Kinderwunsch verwirklichen darf.

3. Die Leihmutterchaft – Art. 1458 gr.ZGB und Art. 2 Nr. 9 Gesetz 3305/2005

Gemäß den Vorschriften des Gesetzes 3305/2005⁴⁹ und des Art. 1458 gr.ZGB, wurde unter anderem auch die Leihmutterchaft als Methode der ärztlich unterstützten Reproduktion vorgesehen. Die Leihmutterchaft ist die Methode der künstlichen Fortpflanzung, indem eine Frau (=die Leihmutter) nach künstlicher Befruchtung und Einpflanzung nicht von ihr stammende befruchtete Eizellen austrägt und dann das Kind gebärt zugunsten einer anderen Frau (=die Wunschmutter), die sich eigentlich ein Kind wünscht aber aus medizinischen Gründen nicht in der Lage ist, es selber auszutragen.

⁴³ *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1623 Rdnr. 1.

⁴⁴ z.B. beim Hodenkrebs, der nach der Behandlung mit Radiotherapie zur Sterilität führen kann.

⁴⁵ Explizit darüber siehe *Apostolos Georgiades – Michailis Stathopoulos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1457 gr.ZGB Rdnr. 18 ff.

⁴⁶ Ziel dieser Vorschrift war es, die Frau davor zu schützen, dass sie die Entscheidung zur künstlichen Befruchtung zeitlich unmittelbar nach dem Tod des Mannes trifft, da es möglicherweise eine ziemlich emotionale Zeit für sie sein kann. Dazu siehe den Erläuternden Bericht zum Gesetz 3089/2002 zum „medizinischen Assistenten bei der Humanreproduktion“, Teil II Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen Nr. 1. Oder, dass die gewisse Unsicherheit eingeschränkt werden kann; so *Kalivrot Panellidou*, Die Gleichstellung der Geschlechter und die Leihmutterchaft (auf Griechisch), EFAD 4 (2001) S. 243 – 249 (247).

⁴⁷ Das heißt aber nicht, dass die künstliche Befruchtung innerhalb dieses Zeitraums vollendet sein muss. Es genügt auch, wenn das genetische Material schon in den Körper der Frau übertragen wurde oder die befruchtete Eizelle in ihren Körper implantiert wurde; *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1624 Rdnr. 6.

⁴⁸ Erläuternder Bericht zum Gesetz 3089/2002, Teil II Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen Nr. 1. Art. 2 Abs. 1b, Art. 3 Fall 8 und die Art. 9, 4 und 12 Gesetz 3305/2005.

Nach Art. 1458 gr.ZGB, geht es um eine Leihmutterchaft⁵⁰, wenn in den Körper der Leihmutter befruchtete Eizellen insaminiert wurden, die genetisch fremd⁵¹ zu ihr sind. Das wichtigste Merkmal bei der Leihmutterchaft ist die genetische Fremdheit der insaminierten befruchteten Eizellen der austragenden Leihmutter gegenüber.

Die Leihmutterchaft ist nur nach einer gerichtlichen Genehmigung erlaubt, die schon vor dem Transfer der imprägnierten Eizellen vorliegen muss (Art. 1458 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB). Eine solche gerichtliche Genehmigung zur Leihmutterchaft kann nur nach den folgenden Zulässigkeitsvoraussetzungen⁵² erteilt werden:

a. Ein schriftliches Einverständnis⁵³ zur Leihmutterchaft ohne Gegenleistung der beteiligten Personen, nämlich der Wunschmutter, der Leihmutter sowie ihres Ehemannes⁵⁴, falls sie verheiratet ist, muss schon vorhanden sein.

b. Eine Leihmutterchaft gegen jegliche Art von Gegenleistung ist im Art. 1458 Abs. 1 Satz 1 gr.ZGB verboten⁵⁵. Eine Einigung gegen das oben genannte Verbot ist dann gemäß dem Art. 174 gr.ZGB⁵⁶ nichtig. Bestimmte Kosten⁵⁷ der Leihmutter dürfen jedoch, gemäß dem Art. 13 Abs. IV des Gesetzes 3305/2005, erstattet werden. Demnach gehören zu den nicht verbotenen Gegenleistungen; i) die Kostenersatzung für die Herbeiführung der Schwangerschaft, die Austragung und für die Geburt⁵⁸ (Art. 13 Abs. IV Buchst. a) Gesetz 3305/2005) und ii) die Entschädigung jeglicher positiver Schäden der austragenden Frau aufgrund ihrer Abwesenheit von ihrer Arbeit wegen der Herbeiführung der Schwangerschaft, der Austragung und der Geburt⁵⁹ (Art. 13 Abs. IV Buchst. b) Gesetz 3305/2005). Falls aber bereits

⁵⁰ Anders ist aber die Ersatzmutterchaft, wobei die Ersatzmutter ihre eigenen befruchteten Eizellen für die Wunschmutter austrägt.

⁵¹ Das heißt, dass die befruchteten Eizellen entweder von der Wunschmutter selbst oder sogar von einer anderen, dritten Frau stammen müssen. *Efi Koumougeri – Manolada*, Familienrecht Band II, Athen-Thessaloniki 2008, S. 34, LG Heraklion 678/2003 mit Anmerkung von *Irini Kiriakaki*, NöB (2004) 52 S. 274 - 283, LG Thessaloniki 27035/2003 mit Anmerkung von *Georgios Marvonomatis*, Arm. (2004) S. 225 - 228.

⁵² Unter anderem auch *Achilles Katsourakis*, Die gerichtliche Erlaubnis zur unterstützten Fortpflanzung durch eine Leihmutter in Griechenland, FamRZ 2004, S. 1426 – 1427.

⁵³ Eine private Urkunde zwischen den Beteiligten reicht; *Thamassis Papachristou*, Die künstliche Befruchtung im gr.ZGB (in Griechisch), 2003, S. 50 und 52, *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1457 gr.ZGB S. 1625 Rdnr. 2.

⁵⁴ Die Zustimmung der Leihmutter sowie die ihres Ehemannes dürfen nicht Gegenstand einer finanziellen Vereinbarung sein. Mehr dazu siehe *Irini Kiriakaki*, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, Heft 3, S. 143 – 153 (150) und Fußnote Nr. 65.

⁵⁵ LG Katerinis 408/2006, Arm. (2007) 61 S. 863 - 865.

⁵⁶ Art. 174 gr.ZGB – Verbotenes Rechtsgeschäft; „Ein Rechtsgeschäft, welches gegen eine gesetzliche Verbotsvorschrift verstößt, ist nichtig, sofern nicht ein anderes anzunehmen ist.“

⁵⁷ Die genaue Höhe der zu ersetzenden Kosten und Entschädigungen sich durch Beschluss der Nationalen Behörde zur medizinische assistierten Reproduktion (Εθνική Αρχή Ιατρικός Υποβοήθησης Αναπαραγωγής – URL: <http://www.iaa.gr/>) zu bestimmen (Art. 13 Abs. IV S. 2 Gesetz 330/2005).

⁵⁸ LG Katerinis 408/2006, Arm. 61 (2007) S. 863 - 865.
⁵⁹ LG Katerinis 408/2006, Arm. 61 (2007) S. 863 - 865.

eine Gegenleistung der Leihmutter entgegengebracht wurde, kann diese Leistung vom Geber nicht zurückgefordert werden (Art. 907 gr.ZGB⁶⁹).

c. Es muss bewiesen werden, dass es der Wunschmutter⁶¹ aus medizinischen Gründen unmöglich⁶² ist, ein Kind selber auszutragen oder schwanger zu werden. Die Leihmutter darf nur dann in Betracht kommen, wenn sie die einzige zumutbare Möglichkeit zur Erfüllung des Kinderwunsches ist und nicht der Umgehung der eigenen Austragung und Geburt eines Kindes dient.

d. Die Leihmutter soll gesundheitlich zur Austragung geeignet⁶³ sein (Art. 1458 Abs. 1 S. 2 gr.ZGB).

e. Die den Antrag stellende Wunschmutter sowie die Leihmutter müssen ihren ständigen Wohnsitz in Griechenland haben (Art. 8 des Gesetzes 3089/2002⁶⁴). Ein nur vorübergehender Aufenthalt in Griechenland reicht nicht für die Erfüllung dieser Voraussetzung⁶⁵. Zweck dieser Einschränkung ist, das Phänomen des Fortpflanzungstourismus⁶⁶ zu unterbinden.

Wenn alle oben genannten Voraussetzungen kumulativ zutreffen, darf die Wunschmutter einen Antrag⁶⁷ zur Genehmigung⁶⁸ der Leihmutter beim Landgericht⁶⁹ stellen (Art. 1458 Abs. II gr.ZGB). Seit der Einführung des Art. 1458 gr.ZGB wurde die Mutterschafts-

vermutung geändert⁷⁰. Seitdem ist das Kind, im Falle einer Leihmutter, rechtlich mit der Frau verbunden, die sich es gewünscht hatte und die sich in der Gesellschaft aber auch emotional als seine Mutter verhält⁷¹. Den Antrag auf Durchführung der Leihmutterchaft darf der Ehemann der Wunschmutter nicht stellen. Ebensowenig darf er den Antrag mitunterzeichnen⁷².

Die Antragstellung sowie der Urteilserlass müssen schon vor der Einpflanzung der Eizellen stattgefunden haben, da Gegenstand⁷³ des Gerichtsverfahrens die Erlaubniserteilung ist, mit der die Antragstellerin zur künstlichen Befruchtung schreiten darf⁷⁴. Wenn der Antrag gegen keine bestimmte Vorschrift verstößt, gilt die Erlaubnis schon mit dem Gerichtsurtel als erteilt⁷⁵. Das Urteil, wonach die Erlaubnis erteilt wurde, kann eventuell entweder von den Parteien oder vom Staatsanwalt angefochten werden. Aber wenn das Urteil der ersten Instanz rechtskräftig wird, ist jeder Mangel oder jede Unterlassung bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen geheilt und somit kann die Mutterschaftsvermutung nicht mehr widerlegt werden. Falls dagegen eine Leihmutterchaft ohne das Vorliegen der benötigten gerichtlichen Genehmigung vor dem Eizellentransfer durchgeführt wird, gilt Art. 1463 Abs. I gr.ZGB. Das heißt, dass die austragende Frau rechtlich als Mutter anzuerkennen ist⁷⁶.

Aus den oben dargestellten geltenden Vorschriften über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung geht hervor, dass dieses Recht in allen drei Möglichkeiten⁷⁷ den Eheleuten aber auch Paaren in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusteht. Alleinlebende Frauen, die weder verheiratet sind noch in einer nichtehelichen Partnerschaft leben, sind aber auch in den Vorschriften über die künstliche Befruchtung und die Leihmutterchaft

⁶⁰ Art. 907 gr.ZGB – Anspruch auf Leistung aus unsittlichem Grund: „Eine Leistung, welche aus einem unsittlichen Grund erfolgte, kann nicht zurückgefordert werden, wenn der unsittliche Grund auch den Geber betrifft. Diese Vorschrift gilt nicht, wenn die Leistung in der Begründung einer Verbindlichkeit besteht. Was aber zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit geleistet wurde, kann nicht zurückgefordert werden.“

⁶¹ Zusätzlich muss die Wunschmutter erwachsen und im fortpflanzungsfähigen Alter bis 55 Jahre sein (Art. 4 Abs. I des Gesetzes 3305/2005 und analog nach dem Art. 1455 Abs. I S. 2 gr.ZGB).

⁶² Die Austragungsmöglichkeit ist dafür erforderlich und nicht eine Unmöglichkeit zu empfangen: LG Heraklion 678/2003 mit Anmerkung von *Iriti Kirrikaki*, NoB (2004) 52 S. 274 - 283. Oder Unmöglichkeit, die durch Komplikationen während einer vorherigen Schwangerschaft ausgelöst ist: LG Kavaia 125/2004, Isokrates – Datenbank der Rechtsanwaltskammer Athen).

⁶³ Die Leihmutter muss auf HIV, Hepatitis B und C und Syphilis untersucht werden und zudem muss sie sich einer Psychologischen Untersuchung unterziehen (Art. 13 Abs. II und III des Gesetzes 3305/2005). Dazu siehe auch LG Katerinis 408/2006, Arm. 61 (2007) S. 863 – 865 und LG Heraklion 678/2003 mit Anmerkung von *Iriti Kirrikaki*, NoB (2004) 52 S. 274 – 283.

⁶⁴ LG Athen 1320/2004, Arm. (2004) 58 S. 374 – 375.

⁶⁵ *Kalliroi Panellidou*, Themen aus der neuen Leihmutterchaftsinstitution (in Griechisch), Arm. 58 (2004) S. 977 - 986 (979).

⁶⁶ U.a. siehe auch *Iriti Kirrikaki*, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR (2005) 3 S. 143 – 153, *Achilles Koutsourakis*, Entwicklungen im griechischen Familienrecht 2007 – 2008, FamRZ (2008) 18 S. 1696 – 1697, *Rudolf Weidert*, Entwicklungsfähigkeit als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, MedR (2007) 25 S. 279 – 286 (280).

⁶⁷ Ihr Antrag wendet sich ans Gericht aber richtet sich gegen Niemanden: LG Thessaloniki 27035/2003 mit Anmerkung von *Georgios Marvomitis*, Arm. 58 (2004) S. 225 – 228.

⁶⁸ Die gerichtliche Genehmigung zur Leihmutterchaft muss unbedingt vor dem Transfer der befruchteten Eizellen vorliegen, *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1458 gr.ZGB S. 1626 Rdnr. 8.

⁶⁹ Das Landgericht im Bezirk, in dem die Antragstellerin – Wunschmutter oder wo die Leihmutter ihren ständigen Wohnsitz hat und das Gericht entscheidet nach dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nach dem Art. 739 ff gr.ZPO und 121 des Einführungsgesetzes zum gr.ZGB. *Nikolaos Triantos*, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1458 gr.ZGB S. 1626 Rdnr. 8.

⁷⁰ Nach der vorherigen Rechtslage, wurde die Frau, die das Kind gebärt hat sofort als die Mutter anerkannt. Nach der früher geltenden Rechtslage wurde, im Falle einer Leihmutterchaft, als Mutter nicht die Frau, die sich das Kind wünscht, anerkannt sondern die Leihmutter. Eine solche Unsinnglichkeit würde gegen das Prinzip der gesellschaftlichen und emotionalen Verwandtschaft (*αρχή της κοινωνικοψυχολογικής ονκότητας*) verstoßen. Der Gesetzgeber hat, im Falle einer Leihmutterchaft, das Interesse des Kindes als sein Hauptziel gesetzt. Mehr darüber siehe *Efi Konnougri-Manoladaki*, Die künstliche Befruchtung und das Familienrecht, Athen – Thessaloniki 2003, S. 43 und die Gesetzesbegründung, Art. 4.

⁷¹ Dies entspricht das sog. Prinzip der gesellschaftlichen und emotionalen Mutterschaft.
⁷² Rspr. dazu: Landgericht in Athen 1320/2004, Arm. (2004) 58 S. 374 – 375, Landgericht in Thessaloniki 678/2003 mit Anmerkung von *Iriti Kirrikaki*, NoB (2004) 52 S. 274 – 283, Landgericht in Thessaloniki 27035/2003 mit Anmerkung von *Georgios Marvomitis*, Arm. 58 (2004) S. 225 – 228.

⁷³ Das Gericht muss, gemäß den Art. 1458 gr.ZGB, Art. 4 Abs. I und Art. 13 des Gesetzes 3305/2005, bei diesem Erlaubnisverfahren folgendes prüfen: 1) Das Interesse des künftigen Kindes. 2) Dass eine schriftliche und ohne Gegenleistungen Vereinbarung zwischen den Personen, die sich ein Kind wünschen und der Leihmutter schon vorliegt. Falls die Leihmutter verheiratet ist, muss zusätzlich ihr Ehemann damit vereinbart sein. 3) Es soll bewiesen werden, dass der Antragstellerin medizinisch nicht möglich ist schwanger zu werden. 4) Die Antragstellerin, nämlich die unterstützte Frau, muss jünger als 50 Jahre alt sein. 5) Die Leihmutter soll gesundheitlich tauglich für eine Schwangerschaft sein und 6) Die Antragstellerin sowohl die Leihmutter müssen beide ihren Wohnsitz in Griechenland haben.

⁷⁴ Die künstliche Befruchtung darf nur in einer Einheit für die ärztlich unterstützte Reproduktion stattfinden (Art. 16 des Gesetzes 3305/2005).

⁷⁵ *Nikos Koumoutzis* in *Georgiades – Stathopoulos* Kommentar zum gr.ZGB, Band VII, 2007, S. 626, *Ioannis Spyridakis*, Familienrecht, 2006, S. 70, *Thanasios Papaeristov*, Lehrbuch für das Familienrecht, 3. Aufl., Athen 2005, S. 273, *Kalliroi Panellidou*, Themen aus der neuen Leihmutterchaftsinstitution, Arm. 58 (2004) S. 977 - 986.

⁷⁶ LG Thessaloniki 27035/2003, mit Anmerkung von *Georgios Marvomitis*, Arm. 58 (2004) S. 225 – 228.
⁷⁷ Künstliche Befruchtung, künstliche Befruchtung *post mortem* oder Leihmutterchaft.

ausdrücklich erwähnt⁷⁸ und demnach sind die beiden Möglichkeiten auch für alleinstehende Frauen zulässig.

III. Fallbeispiel

Die Rechtsprechung in Griechenland beschäftigt sich hauptsächlich mit Anträgen zur gerichtlichen Erlaubnis der Leihmutterchaft. Ein interessanter und bisher ziemlich einzigartiger Fall ist dabei erwähnenswert: Ein lediger, alleinstehender Mann beantragte die Erlaubnis des Gerichts zur künstlichen Befruchtung und Leihmutterchaft und erhielt diese auch. (LG Athen 2827/2008⁷⁹)

Konkret hatte sich das Landesgericht Athen im Urteil 2827/2008⁸⁰ mit dem folgenden Sachverhalt beschäftigt: Der Antragsteller war ein 43 Jahre alter Mann, dem es wegen einer Erkrankung⁸¹ unmöglich war, auf natürliche Weise Kinder zu zeugen. Er bat das Gericht um Erlaubnis zur Leihmutterchaft. Die Leihmutter, eine verheiratete und für die Schwangerschaft gesundheitlich geeignete Frau, hat zusammen mit dem Antragsteller und mit der Zustimmung ihres Ehemannes, die Vereinbarung zur Leihmutterchaft⁸² geschlossen. Das Gericht hat den Antrag gebilligt und die Erlaubnis erteilt.

Ob ein Mann eine ärztliche Unterstützung zur Fortpflanzung durch Leihmutterchaft beantragen darf, ist in der griechischen Lehre umstritten⁸³. Die herrschende Meinung entscheidet sich gegen eine solche Möglichkeit⁸⁴. Trotzdem, haben sich nicht wenige Autoren auch dafür geäußert⁸⁵. Aufgrund des Wortlauts im Art. 1456 gr.ZGB herrscht in Griechenland die Meinung vor, dass die vorübergehenden Lebenspartner, die gleichgeschlechtlichen Paare in Lebensgemeinschaft sowie die alleinstehenden Männer aus allen drei Möglichkeiten von medizinisch assistierter Reproduktion völlig ausgeschlossen

sein⁸⁶. Als Begründung dafür dient die Legaldefinition des Art. 1455 gr.ZGB. Darin steht, dass die künstliche Befruchtung nur dann in Betracht kommen darf, wenn eine *Unfähigkeit bei der natürlichen Fortpflanzung* eintritt.

Gerichtlich ist schon aber anerkannt, dass es einem alleinstehenden Mann ebenso erlaubt ist, solche in Anspruch zu nehmen, wenn er unter der Unfähigkeit zur natürlichen Fortpflanzung leidet. Das Gericht stützt sich auf den Art. 4 der griechischen Verfassung, wonach die Gleichheit geschützt wird⁸⁷. Da der Gesetzgeber aber im Art. 1455 gr.ZGB die Nutzung der von der Leihmutter stammenden Eizellen untersagt hat und nur die Leihmutterchaft bei der Einpflanzung von fremden Eizellen anerkennt, ist einem alleinstehenden Mann, der die künstliche Befruchtung nutzen will, nur eine Alternative möglich und zwar die künstliche Befruchtung durch Leihmutterchaft mit den Eizellen einer anderen Frau⁸⁸.

Die gerichtliche Genehmigung durch das Landesgericht Athen wurde aber genau mit der Begründung erteilt, dass das Gesetz 3089/2002 die Gleichstellung der Geschlechter⁸⁹ nicht berücksichtigt. Das Gesetz gesteht einer ledigen alleinstehenden Frau das Recht zur künstlichen Befruchtung zu aber nicht einem ledigen alleinstehenden Mann. Eine solche Diskriminierung ist gemäß dem Art. 4 Abs. 1 und II der griechischen Verfassung nicht gerechtfertigt. Nach dem Urteil sei die Regelungstücke in Bezug auf das (subjektive) Recht des ledigen alleinstehenden Mannes zur künstlichen Fortpflanzung durch allgemeine Analogie der Vorschriften 1455 – 1458 gr.ZGB zu heilen. Analog zur ledigen alleinstehenden Frau, die zur künstlichen Fortpflanzung auf die Schenkung von Spermien angewiesen ist, ist der ledige alleinstehende Mann zur künstlichen Fortpflanzung auf die Schenkung von Eizellen und einer Leihmutter angewiesen. Ferner musste der Mann nach Art. 1455 gr.ZGB zur Fortpflanzung unfähig sein, auch wenn er sich in einer Beziehung mit einer Person des anderen Geschlechts befinden würde⁹⁰.

Dazu waren die entscheidenden Fragen, wie genau die Vaterschaft aber auch die Mutterchaft für die geborenen Kinder in diesem Fall entstehen sollen. In diesem Fall kamen die folgenden Fragen zur Begutachtung:

- a. Ob in einem solchen Fall, überhaupt eine Mutterschaft zustande gekommen ist, entweder für die Eizellespenderin oder für die austragende Frau.

⁷⁸ Art. 1456 Abs. 1 und Art. 1458 gr.ZGB

⁷⁹ ChriD 2009 S. 817, Anmerkung dazu Thanasiss Papachristou.

⁸⁰ ChriD 2009 S. 817 ff., Anmerkung dazu Thanasiss Papachristou. Die Gesetzeslage: Art. 1463, 1464, 1455-1460, 1475, gr.ZGB, Art. 1-3 Gesetz 3089/2002, 13 Gesetzes 3305/2005, 4, 8, 12, 13, 20-22 Gesetzes 344/1976, 1-3, 6, 9, 11, 13 der präsidientellen Anordnung 497/1991, Art. 739, 782 gr.ZPO.

⁸¹ Oligospermien- und/oder Oligospermie.

⁸² Ohne Gegenleistung und mit für Fremden Eizellen.

⁸³ Teilweise wird die Meinung vertreten, dass das subjektive Recht eines alleinstehenden Mannes auf künstliche Fortpflanzung absichtlich keinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat und dass es um eine gewisse Lücke geht. So z.B.: Nikos Koumoutzis in Georgiades – Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Band VII, 2007, S. 606, 623; Thanasiss Papachristou, Lehrbuch für das Familienrecht, 3. Aufl., Athen 2005, S. 204; Athanasios Papachristou, Die künstliche Fortpflanzung im gr.ZGB, Thessaloniki 2003, S. 35, 36, 56; T.K. Triaditis, Der Familienbegriff: Die Verfassungsrechtlichkeit des Gesetzes, medizinisches Assistenten bei der Humannreproduktion (in Griechisch), NoB 51 (2003), S. 832 – 840, Kallitroi Panetidou, ChriD 2002 S. 586 – 590. Andererseits wird das Recht des alleinstehenden Mannes auf künstliche Fortpflanzung von manchen Autoren als Gesetzliche ausgelegt, die sich durch die analoge Anwendung der Vorschriften in den Art. 1455, 1456 und 1458 gr.ZGB füllen lässt. So z.B.: Ioannis Spyridakis, Familienrecht, 2006, S. 29 und 33.

⁸⁴ Thanasiss Papachristou, in Georgiades – Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Bände V-VI, Einführung in die Art. 1455 – 1460 S. 29, Demetra Papadopoulou, Die Verwandtschaft (in Griechisch), 2010, S. 214, Kallitroi Panetidou, ChriD 2002 S. 586 – 590, Kallitroi Panetidou, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterchaft (in Griechisch), in EFAD 4 (2011) S. 243 – 249.

⁸⁵ Ioannis Spyridakis, Die neue Regelung der künstlichen Befruchtung und der Verwandtschaft (in Griechisch), 2006, S. 29, Nikos Koumoutzis, in Georgiades – Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Bände V-VI, Art. 1457 – 1458, RdNr. 77 ff.

⁸⁶ Bspw. Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215, Demetra Papadopoulou – Klamari, Bemerkungen zum Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1214 – 1215, Nikolaos Triantafyllidis, Kommentar zum griechischen ZGB, 2009, Art. 1456 gr.ZGB S. 1622 RdNr. 1, sowohl Art. 1458 gr.ZGB S. 1625 RdNr. 2, Apostolos Georgiades – Michael Stathopoulos, Kommentar zum griechischen ZGB, 2007, Band 7, Art. 1457 – 1458 gr.ZGB insbesondere RdNr. 43, Efi Kononogeri – Manolietaki, Familienrecht Band II, Athen – Thessaloniki 2008, S. 34, Thanasiss Papachristou, Die künstliche Befruchtung im gr.ZGB (in Griechisch), Sakoulas A.E. Verlag 2003 S. 50 und 52, Irini Kiriakaki, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, Heft 3, S. 143 – 153 (146). Contra Kallitroi Panetidou, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterchaft (in Griechisch), in EFAD 4 (2011) S. 243 – 249 (243).

⁸⁷ Im Art. 4 Abs. II steht, dass die Griecheninnen und die Griechen dieselben Rechte und dieselben Pflichten haben.

⁸⁸ Nikos Koumoutzis in Georgiades – Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Band VII Sakoulas Verlag 2007, S. 624 – 625.

⁸⁹ die im Art. 4 der griechischen Verfassung geschützt ist.

⁹⁰ Nach der herrschenden Meinung in Griechenland, wurde diese Einschränkung durch die guten Sitten eingeschränkt.

b. Ob es juristisch richtig ist anzunehmen, dass die Vaterschaft zu diesen Kindern durch die gerichtliche Erlaubnis zur künstlichen Befruchtung entstehen kann.

Diese Fragen hat der juristische Rat des Staates⁹¹ einstimmig begutachtet. Er kam aber zu dem Ergebnis, dass eine solche gerichtliche Genehmigung gegen das Gesetz 3089/2002 verstößt, da eine solche gerichtliche Genehmigung nur bei der Antragstellung einer Frau vorgesehen ist. Nach dem Gesetz 3089/2002 kann die Frau entweder verheiratet sein oder zusammen mit einer Person des anderen Geschlechts leben oder sie darf sogar ledig und alleinehend sein.

Mit einer solchen gerichtlichen Genehmigung, wie die des Landgerichts Athen 2827/2008 ist es ebenso schwer festzustellen wer der Vater der so gezeugten Kinder ist. Nach dem Gesetz 3089/2002, worauf sich das Landesgericht Athen in seinem Urteil gestützt hat, lässt sich die **Vaterschaft**

- a. aus der Ehe der Mutter mit einem bestimmten Mann schließen.
- b. Alternativ kann die Vaterschaft i) nach einer freiwilligen⁹² oder ii) einer gerichtlichen Anerkennung zustande kommen.

Nichtesotrotz ist die notarielle Zustimmung des Mannes zur künstlichen Befruchtung, nach der herrschenden Meinung in Griechenland, für alleinstehende Männer oder für ein Paar von zwei Männern ausgeschlossen⁹³. Aus diesem Grund, kann ein Mann in einem solchen Fall die Vaterschaft nicht anerkennen.

Das staatliche juristische Gremium hat in diesem ersten und bis jetzt einzigen solchen Fall befunden, dass, da die Voraussetzungen des Art. 1455 gr.ZGB eingehalten wurden⁹⁴ und die gerichtliche Genehmigung schon vor der Einpflanzung vorlag, Art. 1464 Abs. 1 gr.ZGB seit der Geburt der Zwillinge eingreift. Das bedeutet, dass die Vaterschaftsvermutung sich analog aus dem Art. 1464 gr.ZGB ergibt. Daher gilt der Antragsteller als Vater der durch künstliche Befruchtung und Leihmutterschaft geborenen Kinder. Die Mutterschaft dagegen ergibt sich aus der Grundregel des Art. 1463 gr.ZGB, d.h. aus der biologischen Tatsache der Geburt. Das führt aber zur Rechtsfolge, dass als Mutter dieser Kinder die Leihmutter⁹⁵ anzusehen ist⁹⁶.

⁹¹ Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215, mit Anmerkung von Demetra Papadopoulou – Klamari.

⁹² Die notarielle Zustimmung des Mannes zur künstlichen Befruchtung im Art. 1456 Abs. 1 Satz 2 ist eigentlich nur eine freiwillige Anerkennung des Kindes und setzt die dazu entsprechende Zustimmung der Frau voraus, mit der er eine feste Beziehung führt.

⁹³ Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215.

⁹⁴ Auch das staatliche juristische Gremium bestätigt in seinem Gutachten 261/2010 EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215, dass die Voraussetzungen des Art. 1455 gr.ZGB in diesem Fall erfüllt sind. Der Antragsteller konnte sich in auf natürlichen Wege nicht fortpflanzen, ein Vertrag zur Leihmutterschaft ohne Gegenleistung bestand zwischen dem Antragsteller, der Leihmutter und ihrem Ehemann, die zukünftige Leihmutter wurde schon untersucht und war physisch und psychisch gesund und zur Schwangerschaft geeignet. Schließlich, befand sich der Antragsteller in einem Alter, indem die natürliche Fortpflanzung möglich ist und er hatte schon in jegliche Art ärztlicher Handlungen, die zur Unterstützung der menschlichen Fortpflanzung notwendig sind, eingewilligt. Die Leihmutter hat dazu zugestimmt, dass sie als Leihmutter befruchtete Eizellen, die fremd zu ihr sind, ohne jede Art von Gegenleistung austrägt.

⁹⁵ D.h. die Frau, der nach der gerichtlichen Erlaubnis an den Antragsteller Ch. M. die befruchteten Eizellen eingepflanzt worden waren.

⁹⁶ Der Name der Leihmutter soll, nach dem Gutachten des juristischen Gremiums des Staates, in diesem Fall als deren Mutter im Register eingetragen werden.

Im Gegensatz zum Gutachten des staatlichen juristischen Gremiums, bewerten einige Autoren⁹⁷ das Urteil des LG Athen 2827/2008⁹⁸ als positiv. Die Tatsache, dass das Gesetz einem nicht verheirateten und nicht in fester Beziehung stehenden Mann nicht die Möglichkeit zur künstlichen Fortpflanzung ermöglicht, dies dagegen einer unverheirateten Frau billigt, führt zu der Schlussfolgerung, dass diese bestimmte Einschränkung verfassungswidrig ist. Wegen der Gleichstellung der Geschlechter wird die Meinung vertreten⁹⁹, dass genau wie die Frau, der Mann zur künstlichen Befruchtung greifen darf und dass dies wegen der physischen Eigenschaften eines Mannes, nur durch eine Leihmutterschaft möglich sein kann.

Nach der herrschenden Meinung, ist es aber anders, wenn der alleinstehende Mann keinerlei Fruchtbarkeitsprobleme hat, sich aber trotzdem danach sehnt ein Kind nicht auf natürlichem Wege zu bekommen. Denn Personen, die nicht unfruchtbar sind, sind dem Gesetz nach von einer ärztlichen künstlichen Fortpflanzung ausgeschlossen. Ebenso ausgeschlossen sind Personen, denen es, obwohl sie fruchtbar sind, aus einem anderen objektiven Grund unmöglich ist auf natürliche Art und Weise Kinder zu bekommen¹⁰⁰.

Ähnliches soll bei der Befruchtung *post mortem* gelten. Wenn der Ehefrau oder der Lebenspartnerin des Verstorbenen die Befruchtung *post mortem* erlaubt ist, darf ein Mann auch in einer solchen Situation, eine gerichtliche Erlaubnis zur Befruchtung *post mortem* beantragen¹⁰¹. Die Begründung dafür ist, dass dies eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts wäre, falls er die kryokonservierten befruchteten Eizellen nicht benutzen dürfte.

⁹⁷ Bspw. *Thamassis Papachristou*, ChRID 2009 S. 818, *Kallirioi Pantelidou*, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterschaft (in Griechisch), in EFAD 4 (2011) S. 243 – 249 (243).

⁹⁸ ChRID 2009 S. 817 ff., Anmerkung dazu *Thamassis Papachristou*.

⁹⁹ *Thamassis Papachristou*, ChRID 2009 S. 818, *Kallirioi Pantelidou*, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterschaft (in Griechisch), EFAD 4 (2011) S. 243 – 249 (245).

¹⁰⁰ In dieser Kategorie gehören bspw. Leute, die eine lebenslange Strafe im Gefängnis verbüßen.

¹⁰¹ Im Urteil des LG Athen 2827/2008, ChRID 2009 S. 817 steht Folgendes: „Die Tatsache, dass nach dem Gesetz 3089/2002 einer Frau, die ihrem Ehemann oder die ihrem Lebenspartner überlebt, das Recht zur künstlichen Befruchtung *post mortem* zusteht (Art. 1457 gr.ZGB), wenn ein Mann dagegen, der seiner Ehefrau oder Lebenspartnerin überlebt, nicht das gleiche Recht hat, ist eine unverbotene Diskriminierung“.

IV. Familienrechtliche Aspekte

Die Vorschriften über die künstliche Befruchtung haben ferner zu Änderungen der Vorschriften über die Verwandtschaft¹⁰² geführt. Das Prinzip: *Mater semper certa est* bleibt, trotz all der Entwicklungen im Bereich der ärztlich unterstützten Fortpflanzung, das Grundprinzip des griechischen Familienrechts¹⁰³. Das bedeutet, dass die austragende Frau die Mutter des von ihr geborenen Kindes ist. Anders gesagt, gilt die Frau, die das Kind gebärt, grundsätzlich als die Mutter dieses Kindes. Der Art. 1463 Abs. 1 gr.ZGB legt die Mutterschaftsvermutung fest. Demnach war und ist die Mutterschaft im griechischen Recht von der biologischen Tatsache der Geburt abhängig. Anders ist es aber bei der Leihmutterschaft. Hier wird die Mutterschaft nach einer juristischen Tatsache begründet (Art. 1464 Abs. 1 gr.ZGB)¹⁰⁴. Die gerichtliche Genehmigung zur Leihmutterschaft hat die folgende Rechtsfolge: Die Mutterschaft wird für eine Frau begründet, die das Kind nicht geboren hat oder anders betrachtet gründet die Frau, die tatsächlich das Kind geboren hat (also die Leihmutter), keine Mutterschaft (Art. 1464 gr.ZGB).

In einem solchen Fall ist die Frau, der die gerichtliche Erlaubnis diesbezüglich erteilt wurde, als die Mutter anzuerkennen. Im Falle einer Leihmutterschaft gilt die Mutterschaftsvermutung zugunsten der Frau, die sich das Kind wünschte. Die Mutterschaftsvermutung stützt sich ausschließlich auf die gerichtliche Erlaubnis. Im Allgemeinen entsteht die Mutterschaft¹⁰⁵ mit der Geburt des Kindes oder im Falle einer

¹⁰² Die Art. 1461, 1463, 1464, 1475 gr.ZGB wurden durch den Art. 2 Abs. III des Gesetzes 3089/2002 wie Folgendes novelliert: Art. 1461 gr.ZGB – Der Begriff: «Personen sind miteinander blutsverwandt in gerader Linie, wenn die eine von der anderen abstammt (Verwandtschaft aufsteigend und Abstammende). Sie sind Blutsverwandte in Seitenlinie, wenn beide, ohne Verwandte in gerader Linie zu sein, von denselben dritten Person abstammen. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der die Personen vermittelnden Geburten».

Art. 1463 gr.ZGB – Begründung der Mutterschaft und der Vaterschaft: «Die Verwandtschaft einer Person mit der Mutter und ihren Verwandten ist aus der Tatsache der Geburt zu schließen. Die Verwandtschaft mit dem Vater und seinen Verwandten ist aus der Ehe der Mutter mit dem Vater herauszuschließen oder sie entsteht nach einer freiwilligen oder einer gerichtlichen Anerkennung».

Art. 1464 gr.ZGB – Die Mutterschaftsvermutung: «Im Falle einer künstlichen Befruchtung, falls die Schwangerschaft durch eine Leihmutter unter den Bedingungen des Art. 1458 gr.ZGB durchgeführt wurde, ist die Frau, an der die diesbezügliche gerichtliche Erlaubnis erteilt wurde, als Mutter anzusehen. Diese Vermutung darf durch Mutterschaftsanfechtung innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach der Geburt widerlegt werden. Die Mutterschaftsanfechtung darf entweder die als Mutter vermutete oder die Leihmutter erhoben werden, die Letztere aber nur falls es bewiesen wurde, dass das Kind biologisch von ihr stammt. Die Anfechtung darf entweder die berechnete Frau persönlich erheben oder von ihrem Einzelvollmachtinhaber / Spezialhandlungsvollmachtinhaber oder nach gerichtlicher Erlaubnis darf ihr rechtlicher Vertreter die Anfechtung erheben. Nach dem endgültigen gerichtlichen Beschluss, womit die Anfechtung gebilligt wurde, hat das Kind nachträglich seit seiner Geburt als Mutter die Leihmutter».

Art. 1475 gr.ZGB – Die freiwillige Anerkennung: «Der Vater kann das uneheliche Kind als sein eigenes anerkennen, wenn auch die Mutter dazu einwilligt. Falls die Mutter schon gestorben ist oder geschäftsunfähig ist, kommt die Anerkennung schon mit der Erklärung des Vaters zustande. Die notarielle Einwilligung des Mannes im Falle einer künstlichen Befruchtung, wie sie im Art. 1456 Abs. 1 Satz 2 vorgesehen wurde, ist an der Stelle einer freiwilligen Anerkennung. Die entsprechende Einwilligung der Frau gilt auch als ihre Einwilligung zur freiwilligen Anerkennung».

¹⁰³ Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215, mit Anmerkung von Demetra Papadopoulou – Klamari.

¹⁰⁴ Unter anderem siehe auch: *Achilles Koussouradis*, Entwicklungen im griechischen Familienrecht 2007 – 2008, FamRZ 2008 (Heft 18) S. 1696 – 1697.

¹⁰⁵ Dazu siehe die Art. 1463, 1464 und 1475 gr.ZGB, wie sie seit der Einführung des Gesetzes 3089/2002 novelliert wurden.

künstlichen Befruchtung ist die Frau, der die gerichtliche Erlaubnis zur künstlichen Befruchtung erteilt wurde, als Mutter des Kindes widerlegbar anzuerkennen¹⁰⁶.

Bei einer Leihmutterschaft ist jedoch die Mutterschaftsvermutung widerlegbar. Innerhalb von sechs Monaten seit der Geburt darf entweder die Mutter, die sich das Kind gewünscht hatte oder die Leihmutter¹⁰⁷ die Mutterschaft anfechten aber nur aus einem Grund, nämlich dass das Kind von der Leihmutter stammt (Art. 1464 Abs. II gr.ZGB). Wenn der gerichtliche Beschluss, der die Anfechtung gebilligt hatte, endgültig wird, ist die Leihmutter als die Mutter anzuerkennen (Art. 1464 Abs. III gr.ZGB).

Im Falle einer irregulären Leihmutter, d.h. wenn keine gerichtliche Erlaubnis vor der Einpflanzung der befruchteten Eizellen vorlag, greift wieder die Regel des Art. 1463 Abs. I gr.ZGB ein und demnach ist die Frau, die das Kind gebärt, als seine Mutter anzusehen. Bei irregulärer Leihmutterschaft wird die Leihmutter als Mutter betrachtet¹⁰⁸. Die Missachtung der Voraussetzungen aus dem Art. 1458 gr.ZGB hat zur Folge, dass die Mutterschaft und demnach die ganze Verwandtschaft nach der Grundregel des Art. 1464 gr.ZGB geregelt wird.

Nach der Meinung anderer Autoren¹⁰⁹, kann die dem Wunschvater erteilte gerichtliche Genehmigung keine Mutterschaft bei der Leihmutter gründen. Ziel der Vorschrift über die Leihmutterschaft ist im Prinzip, dass die Mutterschaft nicht bei der Frau, die das Kind gebärt begründet wird, sondern zugunsten einer anderen Frau. Die Zwillinge aus dem o.g. Fall des Landesgerichts Athen hatten, juristisch gesehen keine Mutter und jeder andere Eintrag im Standesamt wäre fehlerhaft und könnte zur Verwirrung und Ungewissheit hinsichtlich ihrer Mutter und deren Verwandten auf mütterlicher Seite führen. Besonders fehlerhaft ist die amtliche Eintragung des Namens der Leihmutter als Mutter dieser Kinder, was eigentlich in diesem Fall gesehah. Ein Kind ohne bekannte Mutter mag ziemlich sonderbar sein. Trotzdem, ist ein solcher Zustand dem griechischen Recht nicht völlig fremd¹¹⁰ und so sollte auch der Fall des Kindeserwerbs durch Leihmutterschaft von einem alleinstehenden Mann geregelt werden. Die Leihmutter darf juristisch nicht als deren Mutter anerkannt werden und auf keinen Fall darf ein solcher Eintrag im Register die Verwandtschaft zwischen den Kindern, der Leihmutter und ihren Verwandten erschaffen¹¹¹. Ein solcher Eintrag verstößt gegen die Grundsätze und den eigentlichen Kern der Vorschriften zur Leihmutterschaft.

¹⁰⁶ Die Wunschmutter wird gemäß diesen Vorschriften als Mutter in der Geburtsurkunde des Kindes eingetragen.

¹⁰⁷ Die Begründung zum Gesetz 3089/2002 in KNoB 2002 S. 2626 ff.

¹⁰⁸ Landesgericht in Chania 122/2008 NOMOS NOMOS Datenbank, Landesgericht in Thessaloniki 27035/2003 mit Anmerkung von *Georgios Marvomitis*, Arm. 58 (2004) S. 225 – 228.

¹⁰⁹ Bspw. *Demetra Papadopoulou – Klamari*, in ihren Bemerkungen aufgrund des Gutachtens des staatlichen juristischen Gremiums, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215 (1215).

¹¹⁰ Bspw. haben die verlassenen Kinder weder den Namen einer Mutter noch den Namen eines Vaters. Ebenso, wenn der Name einer Frau als Mutter eingetragen wurde und später nach einer Negatorischen Klage festgestellt wurde, dass die Eingetragene nicht die Mutter des Kindes ist, hat dieses Kind in einem solchen Fall auch keine bekannte Mutter. Kinder ohne eingetragene Mutter gibt es ebenfalls bei der Adoption, wenn sie von einem Mann durchgeführt wurde.

¹¹¹ Dazu siehe auch *Demetra Papadopoulou – Klamari*, in ihren Bemerkungen aufgrund des Gutachtens des staatlichen juristischen Gremiums, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215 (1215).

V. Die Vaterschaftsvermutung

Das Recht eines Mannes Vater zu werden, soll genauso wie das Recht einer Frau, Mutter zu werden geschützt werden¹¹². In der Regel, ist als Vater der Ehemann der rechtlich anerkannten Mutter anzusehen,¹¹³. Falls aber trotz des Verbots im Gesetz, ein Mann die Initiative zur künstlichen Befruchtung ergreift, kann die Vaterschaft nur durch analoge Anwendung des Art. 1464 Abs. II gr.ZGB begründet werden. Demnach wird der Mann juristisch genauso wie die Frau, die sich ein Kind wünscht, behandelt. D.h., dass er gemäß dem Art. 1458 gr.ZGB eine gerichtliche Erlaubnis zur Leihmutterschaft beantragen darf¹¹⁴. In einem solchen Fall, falls seine Ehefrau oder seine feste Lebenspartnerin dazu nicht zustimmt, hat die künstliche Befruchtung juristische Folgen nur für den Antragsteller und nicht für die dazu nicht zustimmende Frau¹¹⁵. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Vaterschaftsvermutung, gem. Art. 1463 Abs. II, aus einer juristischen Tatsache (und zwar entweder aus seiner Ehe mit der Frau, die das Kind geboren hat oder nach einer Anerkennung) ergibt.

VI. Gleichstellung und künstliche Befruchtung *post mortem* (Art. 1457 gr.ZGB)

Eine künstliche Befruchtung *post mortem* nach dem Tod des Ehemannes oder des Lebenspartners, ist nach dem griechischen Recht nach einer gerichtlichen Genehmigung erlaubt. Die überlebende Frau oder Lebenspartnerin kann einen Antrag zur gerichtlichen Erlaubnis stellen und wenn die Voraussetzungen des Art. 1457 gr.ZGB vorliegen, wird die gerichtliche Genehmigung erteilt.

Für den Fall, dass der Ehemann oder Lebenspartner, derjenige ist, der die Frau überlebt und eine kryokonservierte befruchtete Eizelle von ihr vorhanden ist, wurde aus Gleichstellungsgründen festgelegt, dass der überlebende Ehemann ebenso Zugang zur Kinderzeugung haben soll und zwar durch die Institution der Leihmutterschaft. Diese Lösung stützt sich auf die analoge Anwendung der Vorschriften 1457 und 1458 gr.ZGB¹¹⁶. Nach einer anderen Meinung, soll die Regelungslücke über das subjektive Recht des überlebenden Ehemannes / Lebenspartners durch Gesamtanalogie der Artt. 1455, 1456,

¹¹² 7-3/2006 EuGH, NoB 54 (2006) S. 1610 - 1619.

¹¹³ Falls die gerichtliche Genehmigung des Art. 1458 gr.ZGB den Wunschteilen erteilt wurde und die Mutterschaftsvermutung zugunsten der Antragstellerin schon vorliegt, ergibt sich dann der Ehemann der Wunschmutter als Vater dieses Kindes. Die Vaterschaftsvermutung steht dem Wunschvater zu und nicht dem Ehemann der Leihmutter (aus den Artt. 1465 - 1471 gr.ZGB). Falls aber die Vaterschaftsvermutung aus irgendeinem Grund widerlegt wird, ist der Ehemann der Leihmutter juristisch als Vater anzusehen, da die Artikel 1465 - 1471 gr.ZGB Anwendung finden. In einem solchen Fall, darf der biologische Vater (=der Wunschvater) zuerst die Vaterschaftsvermutung des Anderen, nämlich des Ehemannes der Leihmutter, widerlegen und erst dann darf er das Kind als sein eigenes anerkennen. Siehe dazu *Kallitri Pantelidou*, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterschaft (in Griechisch), in EIVAD 4 (2011) S. 243 - 249 (S. 247). Siehe dazu die Gesetzesbegründung für das Gesetz 3089/2002, KNob 2002 S. 2627, *Pinelopi Agalopoulou, Efi Kounnogi-Manolaidaki, Demetra Papadopoulou - Klamari etc.*, Herausgeber: Bibliothiki Kritik Epitheorisis. Das medizinische Assistenten bei der Humanteproduktion und das Zivilrecht, 2002, S. 139, *Apostolos Georgiades - Michael Stathopoulos*, Kommentar zum gr.ZGB, Band VII, 2007, S. 701 - 704 und 710 - 711, *Ioannis Spyridakis*, Die neue Regelung der künstlichen Befruchtung und der Verwandtschaft (in Griechisch), 2006, S. 419 - 425.

¹¹⁴ *Ioannis Spyridakis*, Familienrecht, 2006, S. 415 - 416.

¹¹⁵ *Ioannis Spyridakis*, Familienrecht, 2006, S. 407.

¹¹⁶ *Thomasis Papachristou*, Die künstliche Befruchtung im gr.ZGB, 2003 S. 59 ff., Eisigiki Ekasi N. 3089/2002, *Ioannis Spyridakis*, Die künstliche Befruchtung 2006 III 6.

1457 und 1458 gr.ZGB¹¹⁷ gefüllt werden. Dann ist eine **Doppel-Genehmigung** erforderlich; eine gerichtliche Genehmigung zur Leihmutterschaft und eine zur künstlichen Befruchtung *post mortem*.

Mit Hinweis auf die Gleichstellung der Geschlechter, wird überdies vertreten, dass der überlebende Mann die Erlaubnis zur künstlichen Befruchtung *post mortem* und zur Leihmutterschaft auch dann beantragen darf, wenn die kryokonservierten Eizellen der verstorbenen Ehefrau oder Lebenspartnerin schon vorhanden sind und *zwar gleich, ob er selber unter einer Schwäche bei der Kinderzeugung leidet oder nicht*¹¹⁸. Das Vorhandensein der kryokonservierten Eizellen ist dann die einzige Voraussetzung.

Alles in allem, erweist sich die Analogie bei der künstlichen Befruchtung *post mortem* als ziemlich problematisch. Nicht problematisch dagegen wäre, wenn eine kryokonservierte befruchtete Eizelle nach dem Tod der betroffenen Frau, Anderen, die sich ein Kind wünschen, ohne Gegenleistung gespendet würde (Art. 1459 Abs. I Fall 1). Die Eizelle-spende ergibt sich eigentlich aus dem Respekt dem menschlichen Leben gegenüber.

B. Die künstliche Befruchtung und daraus folgende familienrechtliche Aspekte in Deutschland

I. Die derzeitige Rechtslage

Beim Thema künstliche Befruchtung gehört Deutschland zu den strengsten Rechtsordnungen¹¹⁹. In einigen Themen der Fortpflanzungsmedizin herrscht in Deutschland seit mehr als einem Jahrzehnt eine heftige Debatte¹²⁰, deren Höhepunkt mit den unterschiedlichen Meinungen über die Präimplantationsdiagnostik (PID)¹²¹ erreicht wurde. Die Problematik liegt daran, dass das Verfahren einer künstlichen Befruchtung die Ausführung einer Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: PID)¹²² einschließt. Zweck dieses Diagnoseverfahrens ist es, schon vor der Eimplanzung in die Gebärmutter Informationen über den

¹¹⁷ *Nikos Kounnogi*, in Georgiades - Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Band VII, 2007, Art. 1457 - 1458 gr.ZGB, RdNr. 80, ohne Unterscheidung, ob es um eine kryokonservierte nicht befruchtete Eizelle (=Game) oder eine kryokonservierte schon befruchtete Eizelle geht.

¹¹⁸ *Kallitri Pantelidou*, S. 248, *Contra* aber *Demetra Papadopoulou - Klamari*, Die Verwandtschaft, S. 222 - 223, demnach kann eine analoge Anwendung der Artt. 1457 und 1458 gr.ZGB nur dann gelten, wenn der Frau vor ihrem Tod schon eine Erlaubnis zur Leihmutterschaft gewährt wurde und dass in einem solchen Fall, die Vaterschaft juristisch nicht begründet sei.

¹¹⁹ Dr. *Hartmut Kreyf*, Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus: Rechtspolitische Gesichtspunkte nach dem Urteil des BGH, ZPR 2010 S. 201 - 205 (201), Die gesetzlichen Vorgaben Deutschlands enthalten Verbotsnormen, auf die andere europäische Staaten verzichten.

¹²⁰ In *Berli Ruao* und *Magdalena Thöni*, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?, MedR (2010) 28 S. 74 - 78 (77) sieht Folgendes: „Kann eine bioethische Diskussion wird so kontrovers und emotional geführt wie die über die Frage, ob man die PID in Deutschland (beschränkt) zulassen soll.“

¹²¹ Auf Englisch: preimplantation genetic diagnosis (PGD).
¹²² Die PID besieht heutzutage aus der Entnahme von ein bis zwei Zellen von den befruchteten Eizellen innerhalb der ersten zwei bis drei Tage aus dem Zeitpunkt ihrer Befruchtung. Bei diesem Zeitpunkt sind die Zellteilungen (Mitosen) zum Achtzeller geteilt, der nämlich aus acht Einzelzellen (Blastomeren) besteht. Mehr dazu siehe auch *Rudolf Neiderl*, 'Entwicklungsfähigkeit' als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, MedR (2007) 25 S. 279 - 286 (280).

genetischen Stand der befruchteten Eizellen zu übermitteln¹²³. Das Erbgut der impregnierten Eizellen wird hinsichtlich bestimmter Krankheiten, Mutationen und Chromosomenanomalien¹²⁴ untersucht. Nach einer Qualitätsinsufung werden dann die implantationsgeeignetsten ausgewählt und in die Gebärmutter der Frau übertragen¹²⁵.

Die PID¹²⁶ ergibt die Indikationen für die Beurteilung der sog. 'Embryonenqualität'. Die Indikatoren¹²⁷ kommen aus der morphologischen und physiologischen Bewertung der befruchteten Eizelle. Das kann beispielsweise die verzögerte Zellteilung oder die ungerade Anzahl von Zellen usw. sein, die eine verminderte Entwicklungsfähigkeit der bestimmten befruchteten Eizelle mitnraßen lässt. Das wichtigste Kriterium bei diesem Verfahren ist die sog. Implantationsrate. Der Reproduktionsmediziner pflanzt in die Gebärmutter die impregnierte Eizelle ein, die bisher am besten sich entwickelt hat und die die besten Chancen auf eine Weiterentwicklung aufweist¹²⁸.

Trotz der heiklen Debatte gibt es bisher in Deutschland keine bestimmte Regelung über die PID¹²⁹. Als gesetzliche Grundlage gelten in der Lehre sowohl auch in der Rechtsprechung das Embryonenschutzgesetz¹³⁰ (ESchG)¹³¹ aus dem Jahr 1990 und das neuere Gendüngungsgesetz (GendG) aus dem Jahr 2010, obwohl in beiden von beiden die PID ausdrücklich erwähnt worden ist.

Aus dem Embryonenschutzgesetz ist dabei hauptsächlich § 1 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 ESchG einschlägig.

Zunächst ist dabei zu prüfen, ob die PID § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verletzt¹³². Zu den missbräuchlichen Anwendungen von Fortpflanzungstechniken und als solche zu den Techniken, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe strafbar sind, gehört gemäß dem Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, die künstliche Befruchtung einer Eizelle,

¹²³ Zur PID kann eine Blastozystenbiopsie erfolgen. Die entnommenen Zellen werden mittels Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH) untersucht. Die Untersuchung dient dem Zweck, nur Embryonen ohne genetische Anomalien übertragen zu können. So BGH im Urteil v. 6. Juli 2010 – 5 SR 386/09 S. 4.

¹²⁴ Wie z.B. die Trisomie 21, Trisomie 22 oder Monosomie 22.

¹²⁵ U.a. siehe dazu auch: *Rudolf Weidert, 'Entwicklungsfähigkeit' als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes*, MedR (2007) 25 S. 279 – 286 (280), *Berit Russo und Magdalena Thöni, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?*, MedR (2010) 28 S. 74 – 78 (74).

¹²⁶ Nach dem heutigen Fachwissenstand kann die PID in anderen Ländern bei der assistierten Reproduktion nicht nur bei der Ausschlebung von Chromosomenanomalien eingesetzt werden, sondern auch gezielt, so dass die Weitergabe von bestimmten Erbkrankheiten vermindert wird oder in manchen Ländern wie China, Indien oder den USA auch zur Geschlechtsbestimmung. In Frankreich oder in den USA ist es durch die PID möglich, die befruchtete Eizelle auszuwählen, die eine bestimmte Erbkrankheit nicht aufweist und genetisch die Geeignenste ist, um das erkrankte Geschwister durch Stammzellenspende retten zu können. U.a. siehe auch: *Berit Russo und Magdalena Thöni, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?*, MedR (2010) 28 S. 74 – 78 (74 – 75, Fn. 2 – 4).

¹²⁷ Trotzdem gibt es immer noch keinen weltweit anerkannten einheitlichen Kanon von standardisierten Indikatoren.

¹²⁸ Ausführlich dazu siehe: *Rudolf Weidert, 'Entwicklungsfähigkeit' als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes*, MedR (2007) 25 S. 279 – 286 (280) und Fn. 10).

¹²⁹ Dazu siehe auch BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09, Rdmr. 28 – 29, *Berit Russo und Magdalena Thöni, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?*, MedR (2010) 28 S. 74 – 78 (76).

¹³⁰ Wie es heute durch das Stammzellgesetz vom 21.08.2008 konkretisiert ist.

¹³¹ Die Vorschriften des ESchG finden Anwendung bei den sog. Keimbahnzellen, nämlich vom Eindringen oder Einbringen der Spermazelle zur Eizelle bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung; *Ferdinand Wollensschläger, 'Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellenspende nach dem Profstand der EMRK'*, MedR (2011) 29 S. 21 – 28 (S. 24 Fn. 59).

¹³² Die Absicht des handelnden Arztes wird demnach geprüft.

wenn sie zu einem anderen Zweck als die Schwangerschaft der Frau, von der die Eizelle stammt, herbeizuführen vorgenommen wurde. Ob die PID tatsächlich unter dem Anwendungsbereich dieser Regel fällt, war in Deutschland besonders umstritten¹³³, jedenfalls bis ein Frauenarzt mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung am 2. Januar 2006 bei der Staatsanwaltschaft Berlin Selbstanzeige erstattete und im Endeffekt das Urteil des BGH vom 6.7.2010 erstritt.

Nach der heute h.M.¹³⁴, beabsichtigt der die PID durchführende Arzt die Herbeiführung der Schwangerschaft. Alle seine Handlungen dienen eigentlich nur diesem Ziel und aus diesem Grund soll eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG grundsätzlich ausgeschlossen sein. Nur aber steht dieses Ziel oder anders gesagt, die 'Primärabsicht' unter der objektiven Bedingung, dass die befruchtete Eizelle keine Gendefekte vorweist und daher als besonders entwicklungsfähig anzusehen ist. Diese Bedingung ist in der Tat unschädlich¹³⁵. Wie auch der BGH in seinem Urteil betont, wird § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nicht verletzt, wenn der handelnde Arzt eine Schwangerschaft bewirken will. Dass der Arzt die Schwangerschaft nur mit einem gesunden Embryo bewirken wollte, stellt den endgültig gefassten Handlungsschluss in Richtung auf Herbeiführung der Schwangerschaft nicht in Frage¹³⁶.

2. Die Anzahl der befruchteten Eizellen - § 1 Abs. 1 Nr. 3¹³⁷ und § 138 ESchG

Nach der § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG, macht sich strafbar, wer mehr Eizellen einer Frau befruchtet, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen.

¹³³ Nach einer Ansicht, genügt es, wenn der rechtlich relevante Erfolg auch ein Zwischenziel ist. Ganz unabhängig von der Tatsache, ob auch ein anderes Haupt- oder Endziel verfolgt wurde. Der Umstand, dass die Herbeiführung der Schwangerschaft das Endziel war, ändert nichts an der Strafbarkeit. Die künstliche Befruchtung einer Eizelle unter dem Vorbehalt der Tötung bei Qualitätsmängeln sei unzulässig, da diese nicht allein der Herbeiführung einer Schwangerschaft dient aber stattdessen dient sie einem anderen Zwischenziel, was die Früherkennung von Chromosomenanomalien ist und dementsprechend zur Entscheidung dient, wie mit dem Untersuchungsergebnis weiter umzugehen sein soll. Der die PID durchführende Arzt macht sich, nach dieser Ansicht, strafbar, da er für mehrere befruchteten Eizellen und zwar die, die einen pathologischen Befund aufweisen, die Absicht hat, sie zu verwerfen, statt sie zu kryoconservieren oder in die Gebärmutter einzupflanzen. So z.B. in KG, Beschluss vom 9.10.2008 – 3 Ws 139/08, MedR (2010) 28 S. 36 – 41 (36 und 37), sowie *Berit Russo und Magdalena Thöni, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?*, MedR (2010) 28 S. 74 – 78 (75). *Contra*: Gemäß dem BGH dagegen, v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdmr. 38; Aus dem Embryonenschutzgesetz lässt sich keine Pflicht zur unbegrenzten Kryokonservierung ableiten.

¹³⁴ *Rudolf Weidert, 'Entwicklungsfähigkeit' als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes*, MedR (2007) 25 S. 279 – 286 (282), sowohl *Tade M. Spranger, Anmerkung zum Urteil KG, Beschluss v. 9.10.2008*, MedR (2010) 28 S. 40 – 41, *Berit Russo und Magdalena Thöni, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?*, MedR (2010) 28 S. 74 – 78 (75) und *Hans-Georg Dedering, Zur Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik*, MedR (2010) 28 S. 819 – 822 (819).

¹³⁵ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdmr. 15 – 17.

¹³⁶ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdmr. 16 – 17.

¹³⁷ § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG – Missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken; Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es unternimmt, innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen auf eine Frau zu übertragen.

¹³⁸ § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG – Missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken; Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen.

Auf diese Vorschrift in Zusammenhang mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, wird die sog. Dreierregel¹³⁹ gestützt, wonach innerhalb eines Zyklus nur bis höchstens drei Eizellen befruchtet und später in die Gebärmutter eingepflanzt werden dürfen¹⁴⁰. Daraus folgt, dass der Arzt nicht mehr Befruchtungsversuche unternehmen darf, als er Übertragungen vorhat und die dürfen höchstens drei sein.

Die Gegenmeinung legt § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG liberaler aus, so dass die Gesetzeslage die Fortschritte im Bereich der Fortpflanzungsmedizin einholen kann. Demnach darf der Arzt so viele Befruchtungsversuche unternehmen, wie sie nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft nötig sind, so dass die entwicklungsfähigste imprägnierte Eizelle ausgewählt und danach eingepflanzt wird¹⁴¹.

3. Das Merkmal des ‚Verwendens‘ nach § 2 Abs. 1 ESchG¹⁴²

Auch in Bezug auf dieses Merkmal herrscht wieder Unstimmigkeit, die aus einer bestehenden Gesetzeslage entspringt¹⁴³. Teile der Literatur¹⁴⁴ sowie der Rechtsprechung¹⁴⁵ meinen, dass die Vernichtung der überzähligen befruchteten Eizellen eine missbräuchliche Verwendung ist und daher der Verstoß gegen die § 2 Abs. 1 ESchG erfüllt ist. Nach dieser Ansicht ist jede Verwendung eines menschlichen Embryos¹⁴⁶ zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck ausnahmslos strafrechtlich verboten. Dahinter stehe der Gedanke, dass menschliches Leben, auch im frühesten embryonalen Stadium, nicht zum Objekt fremdtätiger Zwecke werden dürfe¹⁴⁷. Weiterhin wird erörtert, ob die Strafbarkeit der Verwendung durch aktives Tun oder ebenso auch durch Unterlassung¹⁴⁸ anzunehmen

ist. Während die Vernichtung durch aktives Tun als strafbar beurteilt wurde, entsprechende hingegen das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen nicht der missbräuchlichen Anwendung des § 2 Abs. 1 ESchG.

Nach der Ansicht des BGH, fällt das Vernichten der imprägnierten Eizellen, die einen möglichen Defekt aufweisen und daher nicht besonders entwicklungsfähig sind, nicht unter den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 ESchG¹⁴⁹. Der BGH stützt sein Urteil auf den Willen des Gesetzgebers¹⁵⁰ und die gesetzliche Wertenscheidung des § 3 Abs. 1 S. 2 ESchG¹⁵¹. Demnach, sei die ‚Auswahl‘ einer gesunden imprägnierten Eizelle nach extrakorporaler Befruchtung und Durchführung der PID in solchen Fällen zulässig¹⁵², in denen aufgrund eines schwerwiegenden genetischen Schadens regelmäßig eine von der medizinisch-sozialen Indikation umfasste Konfliktsituation entstehe, die einen Abbruch der Schwangerschaft auch noch im späteren Stadium der Entwicklung des Fötus rechtfertige¹⁵³.

4. Die homologe künstliche Befruchtung

Weder das ESchG noch ein allgemeineres oder spezielleres Gesetz enthält eine Legaldefinition der künstlichen Befruchtung und daher ist auf den allgemeinen Wortlaut des künstlichen Befruchtens i.S.d. ESchG abzustellen. Demnach ist der Ablauf der künstlichen Befruchtung einer Eizelle ein ungefähr 24-Stunden andauernder Prozess. Er beginnt mit dem Zusammenreffen der Spermien und der Eizelle und endet mit der Vereinigung der Chromosomen der Vorkerne¹⁵⁴.

Im Gegensatz zur heterologen künstlichen Befruchtung, die eine künstliche Befruchtung unter Einsatz von Keimzellen¹⁵⁵ dritter und nicht von Keinzellen der künftigen Eltern ist¹⁵⁶, stammen bei der homologen In-vitro-Fertilisation die Gameten von derselben Frau, in die sie auch später transfertiert werden. Ein intrakörperlicher Gametentransfer mittels fremder Eizellen ist in Deutschland nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG verboten¹⁵⁷.

Dagegen erkennt die deutsche Rechtsprechung ohne Weiteres eine extrakorporale künstliche Befruchtung im Wege der homologen In-vitro-Fertilisation (IVF¹⁵⁸) mit

¹³⁹ U.a. in IVF-Richtlinie der BÄK von 1998 in DÄB von 4.12.1998, A-3166, *Rudolf Weidert*, ‚Entwicklungsfähigkeit‘ als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, *MedR* (2007) 25 S. 279 – 286 (282 – 284), *Berit Russo* und *Magdalena Thöni*, Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?, *MedR* (2010) 28 S. 74 – 78 (75).

¹⁴⁰ Die Nr. 5 erlaubt nur die Befruchtung von nicht mehr Eizellen, als übertragen werden sollen und die Nr. 3 erlaubt die Übertragung von nicht mehr als drei befruchteten Eizellen.

¹⁴¹ Ausführlich über die ‚Dreierregel‘ und die ‚Entwicklungsfähigkeit‘ als Begrenzung des Embryobegriffs, siehe u.a. *Rudolf Weidert*, ‚Entwicklungsfähigkeit‘ als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, *MedR* (2007) 25 S. 279 – 286 (282 – 285).

¹⁴² § 2 Abs. 1 ESchG – Missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen; Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluss seiner Einmistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

¹⁴³ K.G., Beschluss von 9.10.2008 – 3 Ws 139/08 (LG Berlin), *MedR* (2010) 28 S. 36 – 41 (38).

¹⁴⁴ Bspw. *Rudolf Weidert*, Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizinischer? *MedR* (1998) 08 S. 347 – 353 (352).

¹⁴⁵ U.a. siehe auch K.G., Beschluss von 9.10.2008 – 3 Ws 139/08 (LG Berlin), *MedR* (2010) 28 S. 36 – 41 (38 – 39).

¹⁴⁶ Nach dem deutschen Recht fängt das Leben in der Blastozyste an, § 8 ESchG formuliert es so: (1) Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag. (2) In den ersten vierundzwanzig Stunden nach der Kernverschmelzung gilt die befruchtete menschliche Eizelle als entwicklungsfähig, es sei denn, dass schon vor Ablauf dieses Zeitraums festgestellt wird, dass sich diese nicht über das Einstadium hinaus zu entwickeln vermag. (3) Keimbahnzellen im Sinne dieses Gesetzes sind alle Zellen, die in einer Zelllinie von der befruchteten Eizelle bis zu den Ei- und Samenzellen des aus ihr hervorgegangenen Menschen führen, ferner die Eizelle vom Einbringen oder Einbringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung.

¹⁴⁷ Regierungsentwurf BTDrucks. 11/5460 S. 10 und BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdnr. 34*.

¹⁴⁸ Das sog. ‚In-Vitro-Fertilisieren‘.

¹⁴⁹ BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdnr. 31 – 38*.

¹⁵⁰ BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdnr. 34 – 35*; Keiner der genannten Hauptzwecke des Gesetzesbegriffs trifft auf die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu.

¹⁵¹ *Tade M. Spranger*, Anmerkung zum Urteil KG, Beschluss v. 9.10.2008, *MedR* (2010) 28 S. 40 – 41 und BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – Rdnr. 25 – 29*.

¹⁵² Mit der Ausnahme des in § 3 Satz 2 ESchG normierten Verbots der Geschlechtswahl durch Verwendung ausgewählter Samenzellen; BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 Rdnr. 25*.

¹⁵³ BGH, *Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – MedR* (2010) 28 S. 844 – 851 (846) *Rdnr. 26*.

¹⁵⁴ Ausführlich dazu siehe OLG Rostock, *Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09* (LG Neubrandenburg), *MedR* (2010) 28 S. 874 – 879.

intracytoplasmatischer Spermien-Injektion (ICSI)¹⁵⁹ unter der Voraussetzung an, dass einer der Ehegatten an einer organisch bedingten Unfruchtbarkeit leidet¹⁶¹. Deshalb ist diese Person nur eingeschränkt zeugungsfähig und eine natürliche Empfängnis ist nicht mehr möglich. Anders als in Griechenland, kann eine homologe In-vitro-Fertilisation nur unter der oben genannten Bedingung als eine notwendige medizinische Heilbehandlung anerkannt werden und konsequent dazu dürfen nur dann die durch die IVF entstandenen Kosten erstattet werden. Eine andere Art von Fertilitätsstörung, die aber keine organische bedingte Sterilität ist, genügt nach der deutschen Rechtsprechung nicht, um eine homologe künstliche Befruchtung als zumutbar zu qualifizieren.

Außerdem darf nur eine schicksalhafte Unfruchtbarkeit und keine selbst hervorgerufene Unfruchtbarkeit als triftige Voraussetzung für die homologe IVF angesehen werden¹⁶².

Unter Umständen könnte trotzdem eine freiwillig herbeigeführte Sterilisation als genügende Voraussetzung für die homologe IVF dienen, wenn die Sterilität Folge eines medizinisch notwendigen Eingriffs war. Eine Möglichkeit, um nach einer freiwillig herbeigeführten Sterilisation eine homologe IVF durchführen zu dürfen, sei, wenn aufgrund der Sterilisation anderweitige gesundheitlichen Beschwerden mit Krankheitswert aufgetreten wären, wie z.B. psychische Störungen wegen des nicht mehr erfüllbaren Kinderwunsches¹⁶³.

Zu guter Letzt, schließen die Richtlinien der deutschen Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion¹⁶⁴ die Anwendung von Methoden der assistierten Reproduktion bei alleinstehenden Frauen aus.

5. Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung zum Thema künstliche Befruchtung hat sich hauptsächlich bisher zur Prüfung der Voraussetzungen und der Erforderlichkeit einer In-vitro-Fertilisation beschränkt und dazu ob und inwiefern die Kosten einer solchen extrakorporalen Befruchtung entweder von der gesetzlichen Krankenkasse oder der privaten Krankenversicherung¹⁶⁵ zu erstatten sind.

Es gehört zur ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die Kosten einer wegen Unfruchtbarkeit vorgenommenen homologen IVF (extrakorporale Befruchtung) zu den erstattungsfähigen Aufwendungen in der privaten Krankenversicherung gehören. Insoweit dient die Gesamtheit der ärztlichen Maßnahmen der Linderung der Krankheit des Versicherten und stellt daher eine Heilbehandlung i.S.d. §1 Abs. 2 S. 1 MB/KK 94 dar¹⁶⁶. Als

Erstes prüft der BGH jedes Mal, ob der jeweils bestimmte Sachverhalt überhaupt ein Versicherungsfall ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichts ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen ein Versicherungsfall gem. dem §1 Abs. 2 S. 1 MB/KK 94. Was den Versicherungsfall ausmacht, wird zum einen durch die Bezeichnung eines die Behandlung auslösenden Ereignisses oder Zustandes (Krankheit oder Unfallfolgen) ausgefüllt, zum anderen dadurch festgelegt, dass es sich bei der Behandlung um eine medizinisch notwendige Heilbehandlung handeln muss¹⁶⁷. Krankheit ist ein objektiv nach ärztlichem Urteil bestehender anomaler, regelwidriger Körper- oder Geisteszustand. Eine organisch bedingte ethische Einschränkung der Zeugungsfähigkeit ist eine Krankheit in diesem Sinne. Die Krankheit ist also die auf körperlichen Ursachen beruhende Unfähigkeit, auf natürlichem Wege Kinder zu zeugen¹⁶⁸. Der BGH urteilt stets, dass die homologe IVF als Heilbehandlung im Sinne der Versicherungsbedingungen anzusehen ist. Heilbehandlung ist jegliche ärztliche Tätigkeit, die durch die betreffende Krankheit verursacht worden ist, sofern die Leistung des Arztes von ihrer Art her in den Rahmen der medizinisch notwendigen Krankenpflege fällt und auf Heilung, Besserung oder auch *Linderung* der Krankheit abzielt¹⁶⁹. Eine Maßnahme kann auf die Linderung der Krankheit, Unfruchtbarkeit oder Sterilität zielen, auch wenn nicht bezweckt ist, deren Ursachen zu beseitigen oder Schmerzen und Beschwerden zu lindern. Auf jeden Fall entscheidend ist, dass von einer Linderung einer Krankheit schon dann gesprochen werden kann, wenn die ärztliche Tätigkeit auf die Abschwächung, eine partielle oder völlige Unterbindung oder Beseitigung von Krankheitsfolgen gerichtet ist oder eine Ersatzfunktion für ein ausgefallenes Organ bezweckt wird¹⁷⁰. Wird eine IVF in Kombination mit einer ICSI vorgenommen und zwar um die organisch bedingte Unfruchtbarkeit eines Mannes zu überwinden, so ist die Maßnahme eine insgesamt auf dieses Krankheitsbild abgestimmte Heilbehandlung, die darauf gerichtet ist, die Unfruchtbarkeit des Mannes zu lindern. Die Tatsache, dass einige der Behandlungsschritte am Körper der Frau vorgenommen werden, ändert gar nichts für die Frage der Kostenersatzung, auch wenn es medizinisch nicht bewiesen wurde, ob auch die Frau unfruchtbar sei. Der private Versicherungsgeber darf nicht zwischen Behandlungsschritten unterscheiden, die ausschließlich am Körper des Mannes oder der Frau vorgenommen werden und dementsprechend darf er nicht die Kostenersatzung nur auf die ICSI beschränken¹⁷¹. Anders gesagt, bildet die IVF zusammen mit der ICSI eine Gesamtbehandlung. Ohne die IVF kann die ICSI nicht durchgeführt werden. Erst die kombinierten Behandlungsmaßnahmen dienen insgesamt der Linderung der Unfruchtbarkeit des Mannes und die damit einhergehende Mitbehandlung der Frau ist dabei notwendiger Bestandteil der gesamten

¹⁵⁹ Im Wege der intracytoplasmatischen Spermien-Injektion (ICSI) werden Spermien zum Zwecke der Befruchtung in eine Eizelle injiziert.

¹⁶⁰ Bspw. OLG Nürnberg, Urt. v. 24.3.2005 – 8 U 3617/04 (LG Regensburg), BGH XII ZR 34/99 Urt. v. 21.2.2001, BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004, BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005, BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010.

¹⁶¹ Z.B. Oligo-Asthenio-Teratozoospermie (OAT-Syndrom), d.h. eine verminderte Spermienzahl bei gleichzeitig vermindelter Spermienbeweglichkeit und erhöhter Spermienformvarianz oder Karyozoospermie bei Männern. Ovarialdysfunktion oder Oligomenorrhoe bei den Frauen.

¹⁶² So z.B. in OLG Nürnberg, Urt. v. 24.3.2005 – 8 U 3617/04 (LG Regensburg), MedR (2005) 11 S. 663 – 664 (664).

¹⁶³ OLG Köln, Urt. v. 13.1.1994, VersR 1994 S. 1170.

¹⁶⁴ In DAB 1998, A-3166 ff.

¹⁶⁵ Bspw. OLG Bamberg, Urt. v. 3.2.2005 – 1 U 135/04 (LG Coburg), MedR (2005) 11 S. 664.

¹⁶⁶ BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004.

¹⁶⁷ BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004 S. 7, BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 S. 6, BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 5, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 5, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 5.

¹⁶⁸ So in BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004 S. 7, BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 S. 6, BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 5, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 6, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 5.

¹⁶⁹ BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004 S. 7, BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 S. 7, BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 6, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 6, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 9.

¹⁷⁰ BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004 S. 8, BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 S. 7, BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 6, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 6, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 9.

¹⁷¹ BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 9; Der private Versicherer durfte deshalb die Kostenersatzung nicht auf die Spermaaufbereitung im Rahmen der ICSI beschränken.

Behandlung. So begründet stets der BGH, dass die IVF ebenfalls darauf abzielt, die Krankheit des versicherten Mannes zu lindern und demnach steht dem Anspruch des versicherten Mannes gegen die private Versicherung eine etwaige Leistungsverpflichtung der gesetzlichen Krankenkasse der Ehefrau für die IVF nicht entgegen¹⁷².

Dabei meint der BGH stets, dass die Linderung der Kinderlosigkeit des Versicherten nicht etwa schon deshalb eingetreten sei, weil der Versicherte schon Kinder hat¹⁷³. Der BGH hat geprüft, ob der bisher erfüllte Kinderwunsch schon als Heilung gälte¹⁷⁴, oder ob die Person immer noch als unfruchtbar anzusehen sei. Er hat für Männer genauso wie für Frauen anerkannt, dass die Sterilität als Krankheit auch nach der Geburt eines ersten Kindes fortbesteht und sich deshalb die Frage der erneuten Anwendung der IVF weiter stellen kann¹⁷⁵. Andererseits, sind medizinische Behandlungsmaßnahmen erforderlich wegen der organisch bedingten Unfruchtbarkeit der Frau allein, ist die Heilbehandlung als ihre anzusehen und dementsprechend trägt ihre Krankenkasse die Kosten¹⁷⁶.

Treffen aber körperlich bedingte Fertilitäts Einschränkungen beider Eheleute zusammen, muss der Richter zunächst sachverständige Hilfe aufsuchen, um klären zu können, ob einzelne Behandlungsschritte der künstlichen Befruchtung ausschließlich wegen der Unfruchtbarkeit des einen oder des anderen Partners nötig sind¹⁷⁷. Die isolierbaren Behandlungsschritte gelten dann als Heilbehandlungsmaßnahmen ausschließlich des betroffenen Partners. Leistungspflichtig sind folglich die Versicherungen beider Eheleute für die jeweiligen Behandlungsschritte ihrer Versicherten. Sind beide Eheleute privat Krankenversichert, erwirbt jeder von ihnen einen Kostenerstattungsanspruch gegen seinen Krankenversicherer¹⁷⁸.

Ist es aber nicht möglich die einzelnen notwendigen Behandlungsschritte bei den Betroffenen nachzuweisen, wenn z.B. bei einem der Ehepartner nicht geklärt werden kann, ob bei ihm eine Fertilitätsstörung vorliegt, steht aber schon fest, dass eine Fertilitätsstörung bei dem anderen der Eheleute vorliegt, ist die Behandlung, auch wenn sie zugleich die körperlich bedingte Unfruchtbarkeit beider Ehepartner überwinden soll, als eine eigene Heilbehandlung desjenigen Ehepartners anzusehen bei dem die Fertilitätsstörung nachgewiesen ist¹⁷⁹. Der Versicherungsnehmer einer privaten Krankheitskostenversicherung für

¹⁷² BGH IV ZR 25/03 Urt. v. 3.3.2004 S. 10 - 13

¹⁷³ In den Fällen BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 und BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006, hatten die privaten Krankenversicherer argumentiert, dass die Krankheit des Versicherten bereits mit der Geburt des ersten Kindes, bzw. der ersten zwei Kinder, gelindert sei und dass sie demnach die Kosten für die künstliche Zeugung eines weiteren Kindes ohnehin nicht tragen müssten.

¹⁷⁴ So z.B. die ständige Rechtsprechung des Berufungsgerichts, das den privaten Versicherer für leistungsfrei hielt, da bei krankheitsbedingter 'Ehesterilität' als Versicherungsfall lediglich die medizinisch notwendige Behandlung zur Linderung der Krankheitsfolge 'Kinderlosigkeit' in Betracht komme. Eine solche Linderung sei aber schon wegen der Geburt des ersten Kindes nicht mehr erforderlich, so dass den geplanten weiteren Behandlungen kein Versicherungsfall mehr zugrunde liege. *Contra* BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005, BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 4 ff.

¹⁷⁵ In BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 sowie auch in BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 6 bestanden bei der jeweils Ehefrau keine körperlichen Einschränkungen der Fertilität.

¹⁷⁶ BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 6

¹⁷⁷ BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.9.2006 S. 6, BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 8

¹⁷⁸ KG, Beschluss von 9.10.2008 - 3 Ws 139/08 (LG Berlin), MedR (2010) 28 S. 36 - 41.

¹⁷⁹ BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010 S. 8 - 9

das Vorliegen einer bedingungsgemäßen Krankheit muss nur nachweisen, dass bei ihm eine Spermienanomalie vorliegt, die seine Fähigkeit, ein Kind zu zeugen, beeinträchtigt¹⁸⁰. Trotzdem kann es dazu kommen, dass die Kostenerstattung an mangelnder medizinischer Notwendigkeit scheitert. Insbesondere soll es geprüft werden, ob die ins Auge gefassten IVF/ICSI - Behandlungen ausreichend Erfolg versprechen¹⁸¹. Das Gericht kann die medizinische Notwendigkeit für weitere in Aussicht genommene extrakorporale Befruchtungsbearbeitungen ablehnen, beruhend auf dem ziemlich fortgeschrittenen Alter der Frau, demnach basierend auf objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen keine ausreichenden Erfolgsaussichten mehr bestünden¹⁸².

Da in Deutschland eine heterologe In-vitro-Befruchtung, im Gegensatz zu einer homologen In-vitro-Befruchtung, verboten ist, lassen sich die Reichweite und die Grenze des Gleichheitsgebots eher bei der Frage thematisieren, ob ein Kostenerstattungsanspruch für eine künstliche Befruchtung mit ICSI geltend gemacht werden kann, wenn nicht eine männliche, sondern eine weibliche Fertilitätsstörung vorliegt. Nach der ständigen Rechtsprechung darf eben die Versicherte unter Berücksichtigung des Art. 3 GG eine Kostenerstattung geltend machen.

Zusätzlich zur Strafbarkeit der PID selbst herrsche eine gewisse Rechtsunsicherheit über die Grenzen der Strafbarkeit der künstlichen Befruchtung selbst. Das wurde oft in der Literatur als Verstoß gegen das verfassungsrechtlich¹⁸³ verankerte strafrechtliche Bestimmtheitsgebot kritisiert. Demnach müssen der Arzt und die anderen betreffenden Personen im Wesentlichen vorhersehen können, welches Verhalten strafbar ist¹⁸⁴.

Der entscheidende Punkt bei der deutschen Rechtsprechung über die Durchführung der PID bei der künstlichen Befruchtung kam, als ein Arzt, der in Berlin eine Kinderwunschpraxis betrieben hatte, sich selbst angezeigt hatte, mit der Absicht, dass somit eine Grundsatzentscheidung veranlasst wurde. Nach dem KG Beschluss vom 9.10.2008¹⁸⁵ sollte die Erzeugung menschlicher Embryonen ausschließlich im Dienste menschlicher Fortpflanzung im Rahmen des ESchG erlaubt sein. Unzulässig sei hingegen die künstliche Befruchtung einer Eizelle unter dem Vorbehalt der Tötung bei Qualitätsmängeln, mit der Begründung, dass diese nicht allein der Herbeiführung der Schwangerschaft dient und daher eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zu bejahen sei. Nach der Ansicht des Gerichts diene die PID eher die Interessen der Ehepaare und nicht der jeweiligen Embryonen. Stattdessen, müsse sich nach dem ESchG die Absicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft auf den einzelnen künstlich erzeugten Embryo beziehen¹⁸⁶ und aus dessen Perspektive müsse geprüft werden, ob eine Methode zu seiner Erhaltung dient oder nicht. Der Durchbruch kam aber mit der Entscheidung des BGH¹⁸⁶, die seitdem als ein wegweisendes Urteil für die Reproduktionsmedizin in Deutschland gilt. Der BGH hat die PID in seiner Entscheidung für straflos gehalten, wenn der befruchteten Eizelle im Reagenzglas

¹⁸⁰ BGH IV ZR 187/07 Urt. v. 15.9.2010

¹⁸¹ BGH IV ZR 173/05 Urt. v. 12.7.2006 S. 6 - 7

¹⁸² BGH IV ZR 113/04 Urt. v. 21.9.2005 S. 8

¹⁸³ Im Art. 103 Abs. II GG.

¹⁸⁴ U.a. siehe dazu Rudolf Neldner, 'Entwicklungsfähigkeit' als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, MedR (2007) 25 S. 279 - 286 (282).

¹⁸⁵ KG, Beschluss von 9.10.2008 - 3 Ws 139/08 (LG Berlin), MedR (2010) 28 S. 36 - 41.

¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 6.7.2010 - 5 StR 386/09 - MedR (2010) 28 S. 844 - 851.

nach dem Acht-Zell-Stadium pluripotente¹⁸⁷ und nicht totipotente¹⁸⁸ Zellen entnommen und untersucht wurden und wenn eine der erlaubten PID-Indikationen¹⁸⁹ bei mindestens einem Elternteil vorliegt.

6. Aktuelle Entwicklungen

Am 1. Februar 2013 hat der Bundesrat nach langem Streit mit dem Bundesgesundheitsministerium der PID-Verordnung (PIDV) mit Veränderungen zugestimmt. Beide Seiten haben sich auf einen „vernünftigen Kompromiss“¹⁹⁰, geeinigt¹⁹¹, indem die Anzahl der durchführenden Zentren¹⁹² begrenzt wurde¹⁹³. Entscheidend bei der Zulassung eines Zentrums zur Durchführung der PID, soll unter anderem sein, dass es „dem öffentlichen Interesse“ und „dem Bedarf“ entspricht¹⁹⁴. Zudem hat der Bundesrat beschlossen, dass die Ethikkommissionen neben medizinischen Aspekten zwingend auch psychische, soziale und ethische Gesichtspunkte zu berücksichtigen hat und ihre Entscheidungen mit Zweidrittelmehrheit treffen muss¹⁹⁵.

Nachdem die Forderungen des Bundesrates vollständig eingearbeitet worden sind, soll der überarbeiteten Verordnung mit einem Beschluss des Bundeskabinetts noch einmal zugestimmt werden, so dass sie in Kraft treten kann. Nach der überarbeiteten Verordnung werden demnächst auch in Deutschland in Ausnahmefällen, nämlich bei Paaren mit einer Genanlage, die ein Risiko für den Nachwuchs darstellt, die künstlich befruchteten Eizellen in speziellen Zentren auf genetische Erkrankungen untersucht werden dürfen, bevor sie in den Mutterleib eingepflanzt werden. Die Vornahme der PID wird demnach nicht rechtswidrig, wenn aufgrund der genetischen Disposition der Eltern für den Embryo das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit besteht oder sie zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos vorgenommen wird¹⁹⁶. An dieser Stelle, ist es interessant anzumerken, dass ebenso wie im griechischen Recht, auch bei der neuen

deutschen PIDV eine Aufzistung oder eine andere Art von Erklärung, welche die 'schwerwiegenden Erbkrankheiten' sein sollen, fehlt.

Nach der neuen Rechtsverordnung, wurden mithin die grundsätzlichen Verfahrensvorgaben zur Durchführung der PID geregelt. Die PID sollen Paare vornehmen lassen können, die sich ihren Kinderwunsch nur mit Hilfe einer künstlichen Befruchtung erfüllen können, und deren Genanlagen aber eine Tot- oder Fehlgeburt oder eine schwere Krankheit des Kindes wahrscheinlich machen. Embryonen mit Schäden sollen der Mutter nicht eingepflanzt werden¹⁹⁷.

Wie der Bundesgesundheitsminister betont hat, betrifft die PID nur wenige Paare. Nach Schätzungen, ist die Rede von ungefähr 200 erblich vorbelasteten Paaren, die ohne künstliche Befruchtung kein Kind zeugen könnten und im Jahr für eine Behandlung in Frage kämen¹⁹⁸. Die gesetzlichen Vorgaben bewegen sich letztendlich in einem 'engen Spielraum'.

Außerdem regelt die PIDV, dass die Besetzung der Ethikkommissionen nach einem bundesweit einheitlichen Verfahren vorzunehmen sein soll¹⁹⁹. Bei der Vorgabe des Gesundheitsministeriums, sollen den Ethikkommissionen vier Mediziner, ein Ethiker oder Theologe und Vertreter der Patienten- und Behindertenverbände angehören. Immerhin, bleibt es, trotz der Teilnahme von medizinischen Laien, vorwiegend eine medizinische Entscheidung²⁰⁰. Außerdem, wurde entschieden, dass eine dreißigjährige Aufbewahrung von Unterlagen zur künstlichen Befruchtung gem. § 15 II TPg²⁰¹ zwingend vorzuschreiben ist²⁰².

¹⁸⁷ z.B. aus dem Trophoblasten.

¹⁸⁸ Die Entnahme von totopotenten Zellen ist hingegen nach §§ 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 ESchG strafbar.

¹⁸⁹ Solche sind chromosomale Defekte wie etwa 1) die Robertson'sche Translokation 45, XY der Chromosomen 13/14, 2) Translokation der Chromosomen 1/22 und 3) Translokation der Chromosomen 2/22.

¹⁹⁰ Nach Aussage des Bundesgesundheitsministers Daniel Bahr.

¹⁹¹ Heftige Kritik gegen die Rechtsverordnung hatten nicht nur der Länderkammer sondern auch die Kirchen, Behindertenvertreter, mehrere Parlamentarier, sogar auch der Deutsche Ethikrat vorgebracht. Für Gegner der PID, öffnete sich hiermit der Weg zu 'Designer-Babys'.

¹⁹² Die Zentren in denen die Tests an im Reagenzglas betrachteten Eizellen vorgenommen werden.

¹⁹³ Die Anzahlbeschränkung soll der Qualitätssicherung dienen (Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 2, sowie auch BRDrucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 2. Die Forderung einiger Länder nach einer Zahlbegrenzung der Ethikkommissionen und nach einer anderen Zusammensetzung der Gremien, die über die Zulassung zur PID bestimmen sollen, fand dagegen keine Mehrheit.

¹⁹⁴ Nach den Ländern wie etwa NRW, bestünde kein genereller Anspruch auf Zulassung eines PID-Zentrums; Antrag des Landes Nordrhein - Westfalen, BRDrucksache 71/72/12.

¹⁹⁵ Mehr dazu auch: Arztblatt vom 1.2.2013.

¹⁹⁶ abrufbar unter: <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/53274/Bundesrat-stimmt-PID-Verordnung-mit-einigen-Änderungen-zu>, sowie bei den Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 2, sowie auch BRDrucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 2-3.

¹⁹⁷ Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 4 - 5 und 8, sowie auch; BRDrucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 2.

¹⁹⁸ Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 3.

¹⁹⁷ BRDrucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 2.

¹⁹⁸ „Genests an Embryonen bald in Ausnahmefällen erlaubt“, FAZ vom 1.2.2013, abrufbar unter: <http://m.faz.net/aktuell/politik/inland/pid-verordnung-genests-an-embryonen-bald-in-ausnahmefaelen-erlaubt-12047228.html>

¹⁹⁹ BRDrucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 4. Somit wird ausgeschlossen, dass die Kommissionen, je nach Land, unterschiedlich stark mit Ärzten und Nicht-Ärzten besetzt sind und die Ärzte hätten überstimmt werden können. Dazu auch „Genests an Embryonen bald in Ausnahmefällen erlaubt“, FAZ vom 1.2.2013, URL s.o. Fn. 198 und Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 5-6.

²⁰⁰ Bundesrat stimmt der PID-Verordnung mit einigen Änderungen zu, Ärzteblatt vom 1.2.2013, URL s.o. Fn. 194.

²⁰¹ Transplantationsgesetz (TPG).

²⁰² „Eine dreißigjährige Aufbewahrungsfrist entspricht der Frist für die Aufbewahrung von Unterlagen zur künstlichen Befruchtung gem. § 15 II TPG. Der Sachzusammenhang gebietet es, auch im Bereich der PID eine dreißigjährige Aufbewahrung zwingend vorzuschreiben“, Empfehlungen der Ausschüsse, BRDrucksache 71/71/12, S. 9, sowie auch Drucksache 71/71/2 (Beschluss) S. 7.

II. Die Leihmutterchaft, die Ersatzmutterchaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, 7 und § 1 Abs. 2 ESchG²⁰³) und daraus folgende familienrechtliche Aspekte

Da die Leihmutterchaft im Grunde genommen eine heterologe künstliche Befruchtung ist, fällt sie unter das Verbot des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG. Der § 1591 BGB²⁰⁴ entspricht dem römischen Grundsatz, *mater semper certa est* und demzufolge ist die Gebärende, und nicht die Wunschmutter, rechtlich die Mutter des Kindes. Eine Anfechtung der Mutterschaft durch die Eispenderin oder sogar durch die Wunscheltern ist im Gesetz nicht vorgesehen. Im Falle, dass ein Vertrag über Leihmutterchaft und Heterologe Insemination schon vorliegt und unabhängig von seiner Nichtigkeit²⁰⁵, kann der Status des Kindes später durch Adoption geändert werden. Ist die Leihmutter verheiratet, so ist für die Adoption auch die Einwilligung ihres Ehemannes erforderlich²⁰⁶.

Eine solche Adoptionslösung kann allerdings schnell zu Problemen führen, nicht nur, weil das Kind zuerst als nichtehelich gilt und erst später vom Vater adoptiert wird, viel mehr aber, weil das Kind juristisch gesehen zwei Mütter hat; die juristisch anerkannte als die leibliche Mutter – Leihmutter und die adoptierende Mutter, die in Wirklichkeit aber die Wunschmutter ist. Eine solche Abspaltung kann zu großen Komplikationen führen, insbesondere wenn die Leihmutter das Kind nicht herausgeben möchte, was mit Sicherheit von langen Sorgerechtsstreitigkeiten gefolgt wird, die sich zu Lasten des Kindes auswirken.

Ähnlich wie im griechischen Recht, wird der Fall einer Ersatzmutterchaft ebenso im deutschen Recht geregelt. Eine Ersatzmutter ist die Frau, die genetisch angesehen ihr eigenes Kind austrägt aber für die Wunscheltern, da sie bereits erklärt hat, dass sie das Kind, nach seiner Geburt, den Wunscheltern auf Dauer überlassen wird. Die Institution der Ersatzmutterchaft ist im deutschen Recht nach den § 1 Abs. 1 Nr. 9, 7 und § 1 Abs. 11 ESchG verboten. Wieder greift mit der Geburt des Kindes der § 1591 BGB ein und ist die Gebärende, Ersatzmutter die rechtlich anerkannte Mutter des Kindes. Der Status des Kindes lässt sich nur später durch Adoption ändern²⁰⁷.

Für die Bestimmung der Vaterschaft gilt im deutschen Recht dieselbe Grundregel wie im griechischen Recht, die Vaterschaft ist grundsätzlich aus der Ehe dieses Mannes mit der juristisch anerkannten Mutter anzuerkennen. Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet, bestimmt der § 1592 Nr. 1 BGB ihren Ehemann zum Vater. Dasselbe gilt für den Fall der Leih- oder Ersatzmutterchaft. Da in diesen Fällen die austragende Frau juristisch gesehen die Mutter des Kindes ist, hat dies zur Folge, dass wegen des § 1592 Nr.

²⁰³ § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG – Missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer Frau ein Embryo vor Abschluss seiner Einmütigkeit in der Gebärmutter entnimmt, um diesen auf eine andere Frau zu übertragen oder ihn für einen nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden oder Nr. 7 es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu übernehmen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.

²⁰⁴ § 1 Abs. 11 ESchG – Missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken: Ebenso wird bestraft, wer 1) künstlich bewirkt, dass eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt, oder 2) eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle künstlich verbinde.

²⁰⁵ Demnach ist Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat.

²⁰⁶ Nach § 134 bzw. § 138 BGB.

²⁰⁷ *Frank Rainer*, in Staudinger, BGB (2007), § 1747 Rdnr. 29.

²⁰⁸ *Frank Rainer*, in Staudinger, BGB (2007), § 1747 Rdnr. 28.

1 BGB der Ehemann der Leih- oder Ersatzmutter juristisch als Vater dieses Kindes angesehen wird. Dies betrifft ebenso alle unterhalts- und erbrechtlichen Folgen. Erwähnenswert ist schließlich, dass eine Eizellepisode im Gegensatz zum geltenden griechischen Recht in Deutschland nach dem § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verboten ist²⁰⁸.

III. Die künstliche Befruchtung *post mortem*

Eine *post mortem* künstliche Befruchtung ist, nach dem deutschen Recht, ebenso verboten (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG²⁰⁹). Demnach ist die Verwendung des Spermias eines Mannes zum Zweck einer künstlichen Befruchtung nach dessen Tod verboten. Das umfasst Fälle, in denen der gesamte Befruchtungsprozess nach dem Tod des Spermenders durchgeführt wird, nämlich von der Imprägnation der Eizellen bis zur Kernverschmelzung und die daher Entstehung eines Embryos. Das Verbot des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG richtet sich nach der neuen Auslegungssicht gegen jede Art der Befruchtung, die *post mortem* begonnen wird²¹⁰.

Anders ist es aber bei der künstlichen Befruchtung nach dem Tod des Mannes, wenn eine Eizelle bereits mit dem Spermia des Verstorbenen imprägniert ist. Das ist der Fall, wenn der Spermender verstirbt, nachdem die Imprägnation vollzogen ist und die Eizelle im Vorkernstadium kryokonserviert wurde²¹¹. In einem solchen Fall, wurde das Spermia bereits während seiner Lebenszeit verwendet²¹² und daher liegt kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG vor, wenn die imprägnierte Eizelle nach seinem Tod aufgetaut und eingepflanzt wird, somit der Befruchtungsvorgang vollendet wird²¹³. Ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ist ebenso aus dem Grund zu vermeiden, da die Befruchtung der Eizellen noch nicht vollendet wurde. Das heißt, wenn die Kryokonservierung der Eizellen vor dem Zeitpunkt der Vereinigung der Chromosomen der Vorkerne stattgefunden hat. Nach der Auslegung²¹⁴ des OLG Rostock, ist die Vollendung einer künstlichen Befruch-

²⁰⁸ Dazu siehe auch: *Ferdinand Wollenschläger*, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellepisode auf dem Prüfstand der EMRK, MedR (2011) 29 S. 21 – 28 (24, 25).

²⁰⁹ § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG – Eigenmächtige Befruchtung, eigenmächtige Embryoübertragung und künstliche Befruchtung nach dem Tode: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod künstlich befruchtet.

²¹⁰ OLG Rostock, Urt. V. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), MedR (2010) 28 S. 874 – 879 (877).

²¹¹ Das entscheidende Kriterium ist, dass es sich zum Zeitpunkt der Imprägnation um das Spermia eines lebenden Mannes handelt.

²¹² Das der Samen bereits zu Lebzeiten des Mannes verwendet worden ist, ergibt sich auch daraus, dass der Samen mit der Eizelle eine „jüngere Verbindung“ eingeht. Weitere Spermien können nicht mehr eindringen aber das eingetragene Spermium kann ebenso nicht mehr isoliert werden; OLG Rostock, Urt. V. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), MedR (2010) 28 S. 874 – 879 (876).

²¹³ Herausgabe von imprägnierten Eizellen nach dem Tode des Mannes, OLG Rostock, Urt. V. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), MedR (2010) 28 S. 874 – 879. „Dass der Gesetzgeber (auch) die Weiterverwendung der imprägnierten Eizelle zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, hatte verbieten wollen, wenn der Ehemann verstirbt, ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch den Materialien, noch den Normen des ESchG in Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot (lediglich) verhindern, dass Spermien eines Verstorbenen verwendet werden. Der Schutz des Kindeswohls scheidet der Vollendung der Befruchtung nicht entgegen, wenn der zwischenzeitlich verstorbene „genetische“ Vater ausdrücklich den Kinderwunsch seiner Ehefrau geteilt hat“ (874).

²¹⁴ Das OLG Rostock hat in diesem Fall die Vorschrift nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Normzweck ausgelegt.

tung, nachdem die Eizelle mit dem Spermium des Mannes zu dessen Lebzeiten²¹⁵ bereits imprägniert wurde, vom Tatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG nicht erfasst. Mit anderen Worten, müssen die mit dem Spermium des verstorbenen Mannes imprägnierten Eizellen nicht vernichtet werden, falls der Mann, von dem der Samen stammt, mittlerweile verstorben ist. Daher macht sich die Klinik in einem solchen Fall auch nicht wegen Beihilfe strafbar. Unklar bleibt allerdings immer noch die gesamte Lagerungsdauer der kryokonservierten befruchteten Eizellen und ob sie befristet werden sollte²¹⁶.

Eine künstliche Befruchtung nach dem Tode der Frau ist hingegen aus den §§ 4 und 1 Abs. 1 Nr. 2 völlig ausgeschlossen. Demnach, darf die künstlich befruchtete und bereits kryokonservierte Eizelle nur zur Schwangerschaft der Frau herbeiführen, von der die Eizelle stammt. Das heißt, dass falls die Eizellespenderin verstirbt, dürfen ihre kryokonservierten Eizellen für nichts Weiteres verwendet werden und daher müssen sie vernichtet werden.

C. Schlussbemerkungen

Die griechische und deutsche Rechtsordnungen weisen beim Thema „künstliche Befruchtung“ gewisse Gemeinsamkeiten auf, wie etwa das absolute Verbot des Klonens zu reproduktiven Zwecken²¹⁷ oder das Verbot der Geschlechtsauswahl²¹⁸, das in beiden Ländern nur ausnahmsweise zur Verhinderung einer schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit erlaubt werden kann²¹⁹. Außerdem verbieten beide Rechtsordnungen die Institution der Ersatzmutterchaft²²⁰.

Es gibt aber auch Unterschiede, die im Rahmen dieser Thematik zwischen den beiden Rechtsordnungen überwiegen. Zuerst ist die Reichweite des Rechts auf Familiengründung und somit das Schutz des Kinderwunsches anders definiert²²¹. Die wichtigste Abweichung ist die Tatsache, dass in Griechenland beide Arten von In-vitro-Fertilisation, unter der Erhaltung von bestimmten Voraussetzungen, erlaubt sind, während dagegen in Deutschland nur die homologe In-vitro-Fertilisation zulässig ist und zwar nur wenn sie als eine notwendige medizinische Heilbehandlung *in casu* anerkannt wird²²². Die heterologe IVF ist in Deutschland hingegen völlig ausgeschlossen. An diesem schwerwiegenden Unterschied liegen auch die weiteren Differenzierungen zwischen der griechischen und der

deutschen Rechtsordnung wie z.B. die juristische Charakterisierung der Leihmutterchaft und die künstliche Befruchtung *post mortem*.

Ebenfalls aufgrund der oben genannten Kernabweichung, bewegen die zwei Rechtsordnungen unterschiedliche Rechtsfragen angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Gleichheitsgebots. Wie bereits oben gezeigt, entstand in Griechenland eine große juristische Diskussion darüber, ob ein alleinstehender Mann durch Analogie das Recht auf Fortpflanzung durch künstliche Befruchtung und Leihmutterchaft hat und wie in einem solchen Fall die Vorschriften über die Mutterschaft Anwendung finden sollen.

Verschiedene Meinungen wurden darüber geäußert, insbesondere auch der Hinweis, dass die künstliche Befruchtung die Ausnahme sei und es auch bleiben sollte. Ferner verstoße eine solche unverhältnismäßige Anwendung der Rechtsanalogie bei einer offensichtlichen Ungleichheit gegen die Regel *singularia non sunt extendenda* und dass ein solcher Missbrauch des Gleichheitsprinzips im Feld der künstlichen Befruchtung nur dazu führen kann, dass der römische Spruch sich zu *maior semper incerta est* umwandelte²²³.

Trotzdem bleibt die Tatsache, dass in der griechischen Rechtsordnung das Recht auf Fortpflanzung auf dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beruht²²⁴. Außerdem soll, wegen der Gleichstellung der Geschlechter, ebenso dem Mann dieselbe Möglichkeit verschafft werden, Kinder zu zeugen. Bei der Kinderzeugung braucht jedes Geschlecht die Mitwirkung des anderen Geschlechts. Entscheidend ist, dass das griechische Recht das Recht auf Fortpflanzung durch künstliche Befruchtung auch der alleinstehenden Frau und zwar auch, wenn nötig, durch die Schenkung einer Eizelle, gewährt. Der ledige Mann hingegen, aufgrund der unterschiedlichen biologischen Aufgabe, die die beiden Geschlechter bei der Kinderzeugung dienen, braucht zusätzlich zur Schenkung einer Eizelle auch eine Leihmutter²²⁵.

Im letzteren Fall ist es von großer Wichtigkeit die Mutterschaftsvermutung festzustellen. Das Dilemma lautet: Soll die grundsätzliche Mutterschaftsvermutung des Art. 1463 Abs. 1 gr.ZGB gelten, wonach die austragende Leihmutter juristisch als Mutter des Kindes anerkannt wird oder soll vielleicht die Eispenderin, als Mutter anerkannt werden, da sie die biologische Mutter ist? Beide Lösungen können zu neuen Problemen führen. Eine Leihmutter, die eine Mutterschaft nicht beabsichtigt hatte, wird ggf. wider ihren Willen als Mutter des geborenen Kindes anerkannt, was im Ergebnis auch bedeutet, dass sie die elterliche Sorge für dieses Kind trägt²²⁶. Dasselbe Argument gilt auch für die Eispenderin, die eventuell ebenso kein Kind gewollt hatte. Die Eispenderin ist im griechischen Recht immerhin genau wie der Samenspendender durch Geheimhaltung geschützt. Im Gegensatz zum jüngsten Gutachten des juristischen Gremiums des Staates 2611/2010²²⁷, der allein für die Anwendung der Grundregel votiert hat²²⁸, wäre es vielleicht doch besser, sich in einem

²¹⁵ Außerdem hatte der Mann im Fall des OLG Rostock schon seinen Willen ausgedrückt, dass seine Frau durch eine der mit seinem Samen bereits zu Lebzeiten imprägnierten Eizellen schwanger werden sollte: OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), MedR (2010) 28 S. 874 – 879 (877).

²¹⁶ OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), mit Anmerkung vom Tade Matthias Sprenger, MedR (2010) 28 S. 874 – 879.

²¹⁷ Art. 1455 gr.ZGB für Griechenland und § 6 ESchG für Deutschland.

²¹⁸ Art. 1455 Abs. 11 S. 1 gr.ZGB für Griechenland und § 3 Abs. 1 S. 1 für Deutschland.

²¹⁹ Art. 1455 Abs. 11 S. 2 gr.ZGB für Griechenland und § 3 Abs. 1 S. 2 für Deutschland.

²²⁰ Aus dem Art. 1458 gr.ZGB für Griechenland und nach § 1 Abs. 1 Nr. 6, 7 & § 1 Abs. 11 Nr. 1 ESchG für Deutschland.

²²¹ In Griechenland darf ein Antrag zur künstlichen Befruchtung gewährt werden, auch wenn der Antragsteller schon Kinder hat und zwar unabhängig davon, nach welcher Methode der Antragsteller seine Kinder erzeugt hat. Dagegen hat die BGH einen Antrag auf Kostenersatzung einer IVF mit der Begründung abgewiesen, dass der Antragsteller schon Kinder habe und so sein Kinderwunsch bedeckt. In BGH IV ZR 133/05 Urt. v. 13.09.2006.

²²² Bspw. BGH in VerR 1987 S. 278, OLG Nürnberg Urt. v. 24.3.2005 – 8 U 3617/2004 (LG Regensburg) in MedR (2005) 11 S. 663 – 664.

²²³ Bspw. *Kallitri Pantelidou*, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterchaft (in Griechisch), in EFAD 4 (2011) S. 243 – 249 (S. 247).

²²⁴ Art. 5 Abs. 1 der griechischen Verfassung.

²²⁵ *Nikou Kounoutzis*, in Georgiades – Stathopoulos Kommentar zum gr.ZGB, Band VII, 2007, Art. 1457 – 1458 gr.ZGB Rdnr. 79 und *Kallitri Pantelidou*, Gleichstellung der Geschlechter und Leihmutterchaft (in Griechisch), in EFAD 4 (2011) S. 243 – 249 (S. 248).

²²⁶ So dass ihr die elterliche Sorge überhaupt entfallen werden kann, muss es bewiesen werden, dass sie diese Funktion missbräuchlich ausübt (nach dem Art. 1532 gr.ZGB).

²²⁷ Das Gutachten des juristischen Gremiums des Staates (NSK) 261/2010, EFAD 3 (2010) S. 1205 – 1215.

²²⁸ Aufgrund der Gefahr einer möglichen Stigmatisierung des Kindes.

solchen Fall für keine von den beiden gegebenen Lösungen zu entscheiden. Nach Auffassung der Verfasserin kann eine zwingende juristisch anerkannte Mutterschaft möglicherweise zu mehr Komplikationen führen, als überhaupt keine juristisch anerkannte Mutterschaft. Nicht zuletzt entspricht in einem solchen Sachverhalt das Nichtvorhandensein einer juristischen Mutter eher der Wahrheit.

Die Probleme, die in Deutschland in Verbindung zum Diskriminierungsverbot auftreten könnten, sind anderer Art. Da die homologe und die heterologe IVF in Deutschland nicht gleich behandelt werden, da letztere verboten ist, könnte dies als eine methodenbedingte Ungleichbehandlung von Paaren betrachtet werden²²⁹. Eine weitere Ungleichbehandlung liegt im Bereich der künstlichen Befruchtung *post mortem*. Mittlerweile erkennt die deutsche Rechtsprechung an, dass die künstliche Befruchtung nach dem Tode des Mannes, wenn die Imprägnation der Eizellen schon vor seinem Tod stattgefunden hat, kein Verstoß gegen das ESchG ist. Trotzdem bleibt das Fortfahren einer künstlichen Befruchtung nach dem Tode der Frau gesetzlich völlig ausgeschlossen.

Das Verbot der heterologen IVF im deutschen Recht tangiert das verfassungsrechtlich gewählteste Recht auf Familiengründung²³⁰. Das ESchG aus dem Jahr 1990 kann den Fortschritten im Bereich der menschlichen Fortpflanzung kaum mehr folgen. Nach den allgemeinen Zielen des ESchG soll die extrakorporale Befruchtung auf Fortpflanzungszwecke beschränkt sein und die Entstehung überzähliger befruchteter Eizellen ebenso verhindert werden wie die Verwendung der extrakorporal verfügbaren imprägnierten Eizellen zu anderen als zu Fortpflanzungszwecken, ebenso der Einstieg in eugenische Maßnahmen und die gespaltene Mutterschaft.

Die jüngste Rechtsprechung²³¹ zeigt aber einen gewissen Trend zur extensiven Auslegung des ESchG und somit kumuliert sich noch mehr der Druck auf den Gesetzgeber hinsichtlich einer grundlegenden Revision des ESchG²³². Das ESchG dessen Ziel die Verhinderung von Missbräuchen im Bereich der Reproduktionsmedizin und Humangenetik ist, gehört heutzutage weltweit zu den strengsten Gesetzen angesichts der medizinisch assistierten Humannreproduktion. Trotzdem war der Wille des historischen Gesetzgebers anders. Schon bei der Verabschiedung des ESchG im Jahre 1990 bestand Konsens, dass dieses zu einem Fortpflanzungsmedizingesetz weiterentwickelt werden müsse²³³. Die Augen vor der wissenschaftlichen Entwicklung zu verschließen oder sie erst danach *de facto* anzuerkennen, ist weder ein Zeichen der Weisheit noch der Souveränität. Die neuen

²²⁹ Ausführlich siehe dazu: *Ferdinand Wollenschläger*, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK, MedR (2011) 29 S. 21 – 28 (24).

²³⁰ *Ferdinand Wollenschläger*, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK, MedR (2011) 29 S. 21 – 28 (24 Fn. 59). Sie steht auch nach Auffassung des EGMR der Erfüllung des Kinderwunsches entgegen. Der Art. 8 EMRK garantiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Nach der ständigen Rechtsprechung des EMRK sei der Begriff des Privatlebens i.S. des Art. 8 EMRK weit zu verstehen (z.B. in EGMR, NJW 2008 S. 2013-2014; urt. v. 1.4.2010 – Nr. 57813/00- Rdnr. 58) und somit umfasst es auch das Recht auf Fortpflanzung.

²³¹ Der BGH zum Thema PID, Urt. v. 6.7.2010 – 5 SR 386/09 – MedR (2010) 28 S. 844 – 851 und das OLG Neubrandenburg, mit Anmerkung vom *Tade Mathias Spranger*, MedR (2010) 28 S. 874 – 879.

²³² *Tade Mathias Spranger*, Anmerkung zum OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09 (LG Neubrandenburg), MedR (2010) 28 S. 878 – 879.

²³³ *Ferdinand Wollenschläger*, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK, MedR (2011) 29 S. 21 – 28 (28 Fn. 70).

Situationen erfordern vielmehr rechtliche Klarheit. Deutschland braucht ein eigenes Fortpflanzungsmedizingesetz.

Die Einstellung der beiden untersuchten Rechtsordnungen im Bereich der künstlichen Befruchtung ist völlig unterschiedlich. Das griechische Gesetz von 2002 war und bleibt immer noch beträchtlich progressiv^{IV}, während das deutsche Recht dagegen das Thema künstliche Befruchtung einigermaßen repressiv angeht. Trotz der verschiedenen Herangehensweise ist eine gemeinsame Konstante festzustellen: das Kindeswohl. Dies ist das wichtigste Kriterium, das die Gesetzgebung und die Rechtsprechung prägt und das soll auch so bleiben.

Das Widerrufsrecht im DCFR und in den Acquis-Principles im Verhältnis zum geltenden EU-Recht¹

von

Dipl.-Jur. Jan Ph. Meyer, Osnabrück/Wien

I. Einleitung

Das europäische Verbraucherschutzrecht, dem vor allem die Vermutung der strukturellen Unterlegenheit einer Partei zugrunde liegt², hat in den vergangenen Jahren beträchtlich an Bedeutung und Umfang gewonnen. Fundamentale Bedeutung kommt dabei vor allem dem Widerrufsrecht zu³. Dieses gleicht neben der möglicherweise gestörten Vertragsparität insbesondere auch die informativische Ungleichheit aus⁴. Solche Ungleichheiten resultieren beispielsweise aus mangelnder Marktübersicht oder fehlender Möglichkeit der Inangenscheinnahme angebotener Ware. Über diese verbraucherschützenden Gesichtspunkte hinaus soll gleichsam die Einheit und Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes verbessert werden⁵.

Dem Widerspruchsrecht im geltenden Unionsrecht entsprechende Vorschriften enthalten – zumindest im Wesentlichen – auch DCFR und Acquis Principles. Um Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausarbeiten zu können, wird zunächst festgestellt, wie das Widerrufsrecht im Unionsrecht ausgestaltet ist. Im Anschluss erfolgt eine Würdigung der einschlägigen Vorschriften des DCFR bzw. der Acquis Principles.

Die vorliegende Arbeit soll dem weit gefassten Thema gerecht werden, indem sie das gesamte Spektrum der Widerrufsrechte nach geltendem Unionsrecht berücksichtigt. Der schiere Regelungsumfang der unionsrechtlichen Grundlagen allein erfordert allerdings eine gewisse Schwerpunktsetzung, bei der einige Fragen nur in aller Kürze behandelt werden können. An diesen Stellen wird, soweit möglich, auf vertiefende Literatur verwiesen.

¹ Die vorliegende Arbeit ist inhaltlich auf dem Stand des Abgabedarums, dem 31. Mai 2011; zur Erleichterung der Durchsicht dieser Arbeit sind die relevanten Richtlinien, Entscheidungen und anderen Dokumente hier hinterlegt: <http://tinyurl.com/WiderrufJIVO>.

² *Kroll-Landjäger*, ZEuP 2010, 509, 511.

³ *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 335; das Widerrufsrecht sei gar notwendige Bedingung der Privatautonomie, *Mater*, VIR 2008, 401, 409.

⁴ *Terryn*, The Right of Withdrawal, S. 147.

⁵ *Hagueni/Hermann/Benhannou*, GPR 2009, 159, 163; *Ulisch*, GPR 2010, 54, 60; *Reich*, European Private Law, S. 88.

II. Das Widerrufsrecht nach geltendem EU Recht

Im folgenden Abschnitt werden die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Widerrufs nach den zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorgaben untersucht.

1. Wurzeln und Rechtsquellen des Widerrufsrechts

Die Wurzeln des Widerrufsrechts sind in den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu verorten, in denen bereits in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts verschiedenartige Widerrufsmechanismen eingeführt wurden⁶. Die Idee solcher Rechtsinstrumente wurde sogar bereits im 19. Jahrhundert diskutiert⁷.

Das Widerrufsrecht nach heutigem Verständnis, das zum Teil an Vertriebsmethoden, zum Teil an Vertragstypen anknüpft, soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich ohne nachteilige Folgen aus einem als belastend empfundenen Vertrag zu lösen⁸. Durch die eingeräumte Frist soll der Verbraucher Zeit bekommen, darüber nachzudenken, ob er an dem Vertragsschluss festhalten will⁹. Insbesondere soll er weitere Informationen einholen können. Teilweise spricht man daher bei dieser Durchbrechung des *pacta sunt servanda*-Grundsatzes¹⁰ von einer Abkühlungsphase bzw. „cooling-off period“¹¹.

Eine einheitliche Struktur und Systematik lassen die Regelungen der zugrunde liegenden Richtlinien leider in weiten Teilen vermissen¹². Das Widerrufsrecht wurde auf europäischer Ebene erstmals durch die Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG¹³ eingeführt. Später trat das Widerrufsrecht der Teilzeithome-Rechte-Richtlinie 94/47/EG¹⁴ hinzu, gefolgt von dem der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG¹⁵. Es folgten Widerrufsrechte durch die Finanzdienstleistungs-Richtlinie 2002/65/EG¹⁶, die Lebensversicherungs-

⁶ *Gsell*, in: *Staudinger/Eckpfeiler*, S. 559 f.

⁷ *Loos*, Rights of Withdrawal, S. 239; *Terryn*, The Right of Withdrawal, S. 143 f. mwN.

⁸ Zu den verschiedenen Anknüpfungspunkten und Funktionen eines Widerrufsrechts, *Loos*, Rights of Withdrawal, S. 244 mwN.

⁹ DCFR Full Edition, Art. II – 5:101, Comments, S. 347 zu allgemeinen Grundsätzen der Widerrufsrechte; *Terryn*, The Right of Withdrawal, S. 147.

¹⁰ *Gsell*, in: *Staudinger/Eckpfeiler*, S. 570; *Eidenmüller*, ERCL 2001 (im Druck), S. 1 f.

¹¹ Zu dieser Bedenkzeit *Vennemann*, Bedenkzeit vor und nach Vertragsschluss, S. 297 ff.

¹² *Schulze*, The right of withdrawal, S. 14; *Loos*, Review of the European Consumer Acquis, S. 14 – 18; mögliche Verbesserungen für die Zukunft verspricht der Vorschlag der Kommission vom 8. Oktober 2008 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg., welcher letztlich allerdings nur Haustürwiderrufs- und Fernabsatz-RL im Blick hat; kritisch auch *Schmid-Kessel*, GPR 2011, 79, 85.

¹³ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372/31 („Haustürwiderrufs-RL“).

¹⁴ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeithome-Rechten an Immobilien, ABl. L 280/83 („alte Teilzeit-wohnrechte-RL“).

¹⁵ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144/19 („Fernabsatz-RL“).

¹⁶ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. L 271/16 („Finanzdienstleistungs-RL“).

Richtlinie 2002/83/EG¹⁷ und schließlich durch die (neue) Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG¹⁸.

Diese Richtlinien sind in den vergangenen Jahren fast alle geändert oder zumindest berichtigt worden. Diese Änderungen betreffen den Gegenstand dieser Arbeit nur bedingt¹⁹. Die wohl bedeutendste Änderung brachte allerdings die Richtlinie 2008/122/EG²⁰ mit sich, die die bisherige Teilzeitwohnrechte-Richtlinie aufhebt und ersetzt. Im Wesentlichen betrifft diese Änderung eine Erweiterung des Anwendungsbereichs und einige Klarstellungen²¹, sodass es jedenfalls bei den groben Rahmenbedingungen des Widerrufsrechts bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen bleibt.

Die oben genannte Lebensversicherungsrichtlinie wird hingegen (erst) mit Wirkung vom 1. November 2012 aufgehoben und ersetzt werden²², weshalb die derzeit noch geltende Fassung berücksichtigt wird.

Bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen der Richtlinien und vor allem beim Vergleich zu DCFR und Acquis Principles ist oft die jeweilige englischsprachige Fassung hilfreich. Hier wurde jedoch, wie in den deutschen Fassungen, nicht stets die gleiche Terminologie für das Widerrufsrecht verwendet²³. Dieses lässt sich am besten mit dem Begriff des *“right of withdrawal“* beschreiben. Es finden sich allerdings ebenso *“right of cancellation“*²⁴, *“right to renounce“*²⁵, *“right of renunciation“*²⁶ und *“right to cancel or withdraw“*²⁷.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des jeweils einschlägigen Widerrufsrechts setzt regelmäßig einen Vertragsschluss oder dessen Anbahnung zwischen Unternehmer und Verbraucher voraus. Hierbei handelt es sich nicht um statische Begriffe, also permanente

¹⁷ Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. L 345/1 („Lebensversicherungs-RL“).

¹⁸ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133/66 („Verbraucherkredit-RL“).

¹⁹ Die für diese Arbeit bedeutendste Änderung in diesem Sinne war die Änderung der Informationspflichten der Finanzdienstleistungs-RL durch die Art. 31 und 90 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG.

²⁰ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitwohnungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubspakete sowie Wiederkauf- und Tauschverträgen („neue Teilzeitwohnrechte-RL“).

²¹ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie; *Geel*, in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 601.

²² vgl. Art. 310 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (Neufassung); das Widerrufsrecht bleibt dabei bestehen, Art. 186 der RL.

²³ *Ebers* in: EC Consumer Law Compendium, S. 471 f.

²⁴ Haustürwiderrufs-RL 85, Erwägungsgrund 5 sowie Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2; („Recht [...] zurückzutreten“).

²⁵ Haustürwiderrufs-RL, Art. 5 Abs. 1; („Recht [...] zurückzutreten“).

²⁶ Haustürwiderrufs-RL, Art. 7; („Rücktrittserklärung“).

²⁷ alle Teilzeitwohnrechte-RL, Art. 5, 7; („Recht auf Rücktritt“), jetzt in Art. 6 der neuen Teilzeitwohnrechte-RL; „Widerrufsrecht“ bzw. „Right of withdrawal“.

Zuordnungen einer Person als Verbraucher oder Unternehmer²⁸. Vielmehr bezieht sich die Einordnung stets auf die konkrete Vertragsbeziehung und den verfolgten Zweck²⁹.

Die zugrunde liegenden Richtlinien enthalten neben der im deutschen Recht gängigen Einordnung als „Verbraucher“ und „Unternehmer“ ähnliche Begriffe, die den persönlichen Anwendungsbereich betreffen. So sprach die alte Teilzeitwohnrechte-Richtlinie von „Erwerber“ und „Verkäufer“. Die neue verwendet dagegen die „modernere“ Paarung „Verbraucher“ und „Gewerbetreibender“. Die Fernabsatz-Richtlinie gebraucht den Begriff des „Liefers“. Im Rahmen der Finanzdienstleistungs-Richtlinie ist vom „Anbieter“ die Rede. Demgegenüber beschreibt die (neue) Verbraucherkredit-Richtlinie ihren persönlichen Anwendungsbereich auf Unternehmensseite mit „Kreditgeber“ und „Kreditvermittler“. Schließlich verwendet die Lebensversicherungs-Richtlinie die Terminologie „Versicherungsnehmer“ und „Versicherungsunternehmen“.

Weitere verbrauchrechtliche Begriffe wie beispielsweise die des „Nutzers“³⁰ oder „Vermittlers“ bzw. „Veranstalters“³¹ der e-commerce- und Pauschalreise-Richtlinie können hingegen vorliegend außer Betracht bleiben, da diese Richtlinien kein Widerrufsrecht beinhalten.

Sofern im Rahmen dieser Arbeit allgemeine Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich gemacht werden, die unabhängig von der genauen Bezeichnungen der Richtlinien gelten, werden die umfassenden Begriffe des „Berechtigten“ bzw. „Widerrufsgegners“ verwendet.

a) Verbraucherbegriff

Was aber ist eigentlich ein Verbraucher? Diese Definitionsfrage ist seit langem heiß diskutiert³² und lässt sich wohl nicht ohne Bezug auf das jeweilige (Rechts-)Gebiet beantworten. In Deutschland ist der Verbraucher als unterlegene Partei³³ einheitlich in § 13 BGB geregelt³⁴, es wird also nicht nach dem jeweiligen Widerrufsrecht unterschieden. Danach ist ein Verbraucher jede „natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft abschließt, dessen Zweck weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“.

Dieser Begriff deckt sich größten Teils – jedoch nicht in allen Punkten – mit dem der zugrunde liegenden Richtlinien³⁵, die durchaus unterschiedliche Definitionen verwenden, trifft aber den gemeinsamen Kern recht genau. Dieser Kern verlangt, dass es sich um eine

²⁸ *Schmidt*, Jus 2006, 1 f.

²⁹ *Kowalski/Tampel*, Jus 2005, 593, 596; *Piekenbrock/Ludwig*, GPR 2010, 114, 118.

³⁰ Art. 2 lit. d der Richtlinie 2000/31/EG EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178/1.

³¹ Art. 2 Nr. 2 bzw. 3 der Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. L 158/59.

³² Ein Überblick bietet *Reichert-Facilités*, Internationales Verbraucherschutzrecht, S. 1 f.

³³ *Neumann*, Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss, S. 35.

³⁴ zu der unglücklichen systematischen Stellung *Schmidt*, Jus 2006, 1.

³⁵ *Piekenbrock/Ludwig*, GPR 2010, 114, 121 f.

natürliche Person handelt, die das Rechtsgeschäft zu einem Zweck eingeht, der nicht ihrer beruflichen, gewerblichen oder sonst wie geschäftlichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.³⁶

Artikel 2 der Haustürwiderrufs-Richtlinie definiert in diesem Sinne den Verbraucher inhaltlich übereinstimmend als "natürliche Person, die [...] zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". Dem ähnelt der Verbraucherbegriff der Fernabsatz-Richtlinie stark.³⁷ Finanzdienstleistungs- und (neue) Verbraucherkredit-Richtlinie verwenden denselben Wortlaut.³⁸ Damit bleibt der persönliche Anwendungsbereich der neuen Teilzeitwohnrechte- sowie der Lebensversicherungs-Richtlinie zu klären. Im Unterschied zu ihrem Vorgänger³⁹ verwendet ersterer einen nahezu mit der obigen Verbraucherdefinition identischen Wortlaut, der lediglich ergänzt, dass der Zweck auch nicht der "handwerklichen [...] Tätigkeit" zurechenbar sein darf. Hinsichtlich des Widerrufsrechts bei Lebensversicherungen lässt sich der einschlägigen Richtlinie keine Definition entnehmen. Dass der Versicherungsnehmer bei individuellen Lebensversicherungsverträgen stets natürliche Person ist und diese aus privaten Zwecken abschließt, liegt allerdings auf der Hand.⁴⁰

In Literatur und Rechtsprechung besteht Unklarheit hinsichtlich einiger Punkte des Verbraucherbegriffs, auf die im Folgenden nur in aller Kürze hingewiesen wird. Zunächst spricht einiges dafür, einen Käufer, der beispielsweise einen gewerblichen Verwendungszweck der Kaufsache vorträgt, dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* zufolge nach dem jeweiligen nationalen Recht die Berufung auf seine Verbrauchereigenschaft zu verwehren.⁴¹ Ungeklärt ist ebenso die Behandlung von sog. Mischfällen (*sahai use*)⁴², bei denen jedenfalls der EuGH die Verbrauchereigenschaft nur in Fällen annimmt, in denen der gewerblich-unternehmerische Teil nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt.⁴³ Ferner umstritten ist die Behandlung von Existenzgründern⁴⁴ sowie die Behandlung von Arbeitnehmern als Verbraucher im Hinblick auf den Abschluss

³⁶ *Ekers* in: EC Consumer Law Compendium, S. 454, Grundlegend EuGH vom 14. März 1991, Rs. C-361/89 *Straßverfahren gegen Parice Di Pino*, Slg. 1991 S. I-01189.

³⁷ jede natürliche Person, die beim Abschluss von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können", Art. 2 Nr. 2 Fernabsatz-RL.

³⁸ Art. 2 lit. d Finanzdienstleistungs-RL; Art. 3 lit. a (neue) Verbraucher-kredit-RL.

³⁹ vgl. den Begriff des „Erwerbers“ in Art. 2 alte Teilzeitwohnrechte-RL.

⁴⁰ Kann haltbar daher die These *Eidemillers*, auch Nichtverbraucher seien umfasst, ERCL 2011, 1, 22.

⁴¹ so beispielsweise zum deutschen Recht BGH vom 22. Dezember 2004, NJW 2005, 1045 für §§ 474 ff. BGB beim Gebrauchtwagenkauf; die zugrunde liegenden Richtlinien enthalten hierzu allerdings keine Regelungen.

⁴² *Grell*, in: Staudinger/Eckpfeiler, S. 565 f.

⁴³ EuGH vom 20. Januar 2005, Rs. C-464/01 *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg. 2005, S. I-00439; ohne diese starke Einschränkung *Loos*, Review of the European Consumer Acquis, S. 10 und 12 sowie die Verbraucherverdefinition des DCFR, die „primarily“ verwendet, DCFR Full Edition, Definitions, S. 67.

⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber ist offensichtlich davon ausgegangen, dass Existenzgründer keine Verbraucher sind, vgl. §§ 512, 655e Abs. 2 BGB. So auch BGH vom 24. Februar 2005, NJW 2005, 1273; *Schmidt*, JUS 2006, 1, 3.

oder die Abwicklung von Arbeitsverträgen⁴⁵. Nicht zuletzt wird die grundsätzliche Weise des Verbraucherbegriffs diskutiert.⁴⁶

b) Unternehmerbegriff

In Deutschland ist der Begriff des Unternehmers in § 14 BGB geregelt. Unternehmer ist danach jede natürliche oder juristische Person bzw. eine rechtsfähige Personengesellschaft, die ein Rechtsgeschäft abschließt und dabei in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Die für das Widerrufsrecht entscheidenden Richtlinien verwenden größtenteils den Begriff des Gewerbetreibenden. Artikel 2 der Haustürwiderrufs-Richtlinie zufolge ist dies jede „natürliche oder juristische Person, die beim Abschluß des betreffenden Geschäfts im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, sowie eine Person, die im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden handelt“. Ebenso, wiederum mit der Ergänzung um die handwerkliche Tätigkeit, verhält es sich bei der neuen Teilzeitwohnrechte-Richtlinie⁴⁷. Unter dem Begriff des „Lieferers“ bzw. „Anbieters“ verwenden Finanzdienstleistungs-⁴⁸ und Fernabsatz-Richtlinie⁴⁹ sehr ähnliche Begriffe.

Ein Versicherungsunternehmen im Sinne der Lebensversicherungs-Richtlinie kann demgegenüber keine natürliche Person sein; Voraussetzung ist vielmehr eine gesonderte Zulassung⁵⁰. Kreditgeber im Sinne der (neuen) Verbraucher-kreditrichtlinie ist wiederum eine „natürliche oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt oder zu gewähren verspricht“⁵¹.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Neben den Voraussetzungen des persönlichen Anwendungsbereichs muss auch ein Widerrufsgrund des Berechtigten vorliegen, damit dieser sich im Wege des Widerrufs vom Vertrag lösen kann. In diesem Abschnitt werden daher die Anforderungen an den jeweiligen sachlichen Anwendungsbereich sowie die Rechtsfolgen des Widerrufs erläutert.

Neben der Regelung der Voraussetzungen sehen die Richtlinien weitestgehend Ausnahmefälle vor, welche dem Anwendungsbereich entzogen sind. Diese werden im Folgenden ebenfalls – in ihren Grundzügen – dargestellt. Soweit relevant, wird im zweiten Teil dieser Arbeit jeweils auf diese Ausnahmen nochmals Bezug genommen, sofern sie dort nicht mit denen der zugrunde liegenden Richtlinien übereinstimmen.

⁴⁵ Die wohl herrschende Meinung in Deutschland lehnt zumindest eine direkte Anwendbarkeit ab, *Schmidt*, JUS 2006, 1, 5; nach jüngerer BAG RspR, jedoch möglich, BAG vom 25. Mai 2005, NJW 2005, 3305.

⁴⁶ Insb. zur Idee der Erweiterung auf *SMES* vgl. *Reich*, in: *Understanding EU Consumer Law*, S. 47 f. sowie *Loos*, Review of the European Consumer Acquis, S. 10 f.

⁴⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. e.

⁴⁸ Art. 2 lit. c.

⁴⁹ Art. 2 Nr. 3.

⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 4 Lebensversicherungs-RL.

⁵¹ Art. 3 lit. b.

a) Haustürwiderrufs-Richtlinie

Die Haustürwiderrufs-Richtlinie gewährt dem Verbraucher ein Widerrufsrecht aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit in der konkreten Vertragsschlusssituation, in der er weder Produkte noch Preise vergleichen kann⁵². Hinzu kommt der Übertummelungscharakter⁵³, also die höhere Beeinflussbarkeit des Kunden durch aggressive Verkaufstaktiken in seiner Wohn-, Freizeit- oder Arbeitsumgebung⁵⁴.

aa) Voraussetzungen an den sachlichen Anwendungsbereich

Vertragsgegenstand müssen zunächst Waren oder Dienstleistungen sein, wobei – zumindest dem Grundsatz nach – auch Bürgschaften umfasst sein können⁵⁵.

Der Vertragsschluss – jedenfalls das Angebot des Verbrauchers⁵⁶ – muss in einer der zwei folgenden Situationen erfolgt sein: bei einem organisierten Ausflug⁵⁷ oder bei einem Besuch des Gewerbetreibenden in der Wohnung des Verbrauchers (bzw. eines anderen Verbrauchers) oder an dessen Arbeitsplatz⁵⁸. Der Besuch darf dabei nicht auf den ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers hin erfolgt sein⁵⁹, wobei dies nur für Produkte gilt, von denen der Verbraucher wusste, dass der Gewerbetreibende diese herufs- bzw. gewerbsmäßig anbietet⁶⁰. Klar vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind Vertragsschlüsse, die auf dem Betriebsgelände zustande kommen, auch wenn der Verbraucher vorher in einer Haustürsituation beeinflusst wurde⁶¹.

Dass neben dem sachlichen Anwendungsbereich der Haustürwiderrufs-Richtlinie der einer anderen Richtlinie eröffnet ist, schließt ein Widerrufsrecht im Sinne der der Haustürwiderrufs-Richtlinie grundsätzlich nicht aus⁶². Dies gilt allerdings nicht für die (neue) Verbraucherkreditrichtlinie, deren Widerrufsrecht dem der Haustürwiderrufs- sowie der Finanzdienstleistungs-Richtlinie vorgeht⁶³.

Eine Beeinflussung durch den Gewerbetreibenden muss der Verbraucher nicht nachweisen⁶⁴. War im Rahmen des Vertragsschlusses eine Mittelsperson auf

⁵² Haustürwiderrufs-RL, Erwägungsgrund 5.

⁵³ *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 26.

⁵⁴ vgl. Haustürwiderrufs-RL Erwägungsgrund 5 sowie *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 339.

⁵⁵ EuGH vom 7. März 1998, Rs. C-45/96, *Boyerische Hypothek- und Wechselbank/AG/Edgard Dietzinger*, Slg. 1998, S. I-01199.

⁵⁶ Art. 1 Abs. 3 und Abs. 4 Haustürwiderrufs-RL.

⁵⁷ Art. 1 Abs. 1 Spiegelstrich Haustürwiderrufs-RL; zB sog. „Kaffeefahrten“.

⁵⁸ Art. 1 Abs. 1, 2 Spiegelstrich Haustürwiderrufs-RL.

⁵⁹ Art. 1 Abs. 1 aE Haustürwiderrufs-RL.

⁶⁰ „nicht gewusst hat oder aus vertretbaren Gründen nicht wissen konnte[...] daß [...] zu den gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten [...] gehört“, Art. 1 Abs. 2 Haustürwiderrufs-RL, vgl. aber auch Art. 3 Abs. 3.

⁶¹ Art. 1 Abs. 1 Haustürwiderrufs-RL.

⁶² EuGH vom 22. April 1999, Rs. C-423/97, *Travel Vac SL/Mannel José Annelm Sanchez*, Slg. 1999, S. I-02195 („TravelVac“), Rz. 22 f. Im Hinblick auf die aufgeborene Teilzeitwohnweiche-Richtlinie 94/47/EG.

⁶³ Art. 14 Abs. 5 (neuen) Verbraucherkredit-RL.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-423/97 (Travel Vac), Rz. 43 f.

Unternehmense tätig, so ist ebenso wenig erforderlich, dass der Unternehmer Kenntnis von den Einzelheiten der Vertragsschlusssituation hatte⁶⁵.

bb) Ausnahmen

Die Haustürwiderrufs-Richtlinie umfasst eine Reihe von Situationen nicht, die allesamt in dessen Art. 3 Abs. 2 aufgeführt sind. Daneben können die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 Abs. 1 einen Mindestgegenwert festlegen, ab dessen Überschreitung das Widerrufsrecht erst bestehen soll. Ebenso besteht Entscheidungsspielraum dahingehend, das Widerrufsrecht gänzlich auszuschließen, sofern der Verbraucher um einen Besuch durch den Gewerbetreibenden gebeten hat. Abs. 3⁶⁶.

Im Einzelnen regelt Absatz 2 Ausnahmen für Verträge über „den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie [...] über andere Rechte an Immobilien“⁶⁷, wiederkehrende Lieferungen von Lebensmitteln oder anderen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs⁶⁸ sowie für Versicherungsverträge⁶⁹ und Verträge über Wertpapiere⁷⁰. Schließlich sind bestimmte Verträge ausgenommen, die anhand eines Kataloges geschlossen wurden, den der Verbraucher in Ruhe zur Kenntnis nehmen konnte⁷¹.

b) Fernabsatz-Richtlinie

Hintergrund des Widerrufsrechts nach der Fernabsatz-Richtlinie ist vor allem, dass dem Verbraucher Inaugenscheinnahme und Ausstellen der Sache unmöglich sind⁷². Darüber hinaus ist die Hemmschwelle des Bestellers oft gesenkt⁷³, wobei durchaus umstritten ist, ob tatsächlich vor voreiligen Entscheidungen geschützt werden soll⁷⁴. Aus volkswirtschaftlicher Hinsicht tritt neben die Belange des Verbraucherschutzes ebenso die Förderung des grenzüberschreitenden Binnenhandels⁷⁵.

aa) Voraussetzungen an den sachlichen Anwendungsbereich

Das Widerrufsrecht des Artikel 6 setzt voraus, dass der zugrunde liegende Vertrag im Fernabsatz geschlossen wurde. Vertragsgegenstand können sowohl Waren als auch Dienstleistungen sein.

⁶⁵ EuGH vom 25. November 2005, Rs. C-229/04, *Craibshheimer Volksbank eG/Klaus Conrads, Frank Schulte und Petra Schulte-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, S. I-09273 („Craibshheimer Volksbank“).

⁶⁶ Abweichung von der dargestellten Regelung des Art. 1 Abs. 2, die dem Verbraucher ein Widerrufsrecht für Verträge einräumt, für deren Abschluss er den Gewerbetreibenden nicht eingeladen hatte.

⁶⁷ lit. a.

⁶⁸ lit. b.

⁶⁹ lit. d.

⁷⁰ lit. e.

⁷¹ Art. 3 Abs. 2 lit. c Haustürwiderrufs-RL.

⁷² Fernabsatz-RL, Erwägungsgrund 14.

⁷³ so BGH vom 12. Juli 2007, BGHZ 173, 188, Tz. 25; Acquis Principles, Contract II, Art. 5:101, Rn. 4, S. 236.

⁷⁴ *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 27 f.

⁷⁵ Fernabsatz-RL, Erwägungsgründe 3 und 4; *Terry*, The Right of Withdrawal, S. 149; zur bis heute bestehenden Fragmentierung des Online-Binnenmarktes *Ulisch*, GPR 2010, 54, 57 und 60.

Ein Vertragsabschluss im Fernabsatz liegt vor, wenn dieser im Rahmen eines „für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems“ geschlossen wird und dabei ausschließlich Fernkommunikationstechniken verwendet werden⁷⁶. Damit ist der Anwendungsbereich nicht eröffnet für solche Fälle, in denen nur ausnahmsweise ein Fernkommunikationsmittel verwendet wird, der Verkäufer also z.B. nicht über ein derartig ausgestattetes Vertriebssystem verfügt. Der Begriff der „Fernkommunikationstechnik“ wird ebenfalls in Artikel 2 definiert. Eine solche ist jedes Kommunikationsmittel, „das zum Abschluss eines Vertrags [...] ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit [...] eingesetzt werden kann“⁷⁷.

bb) Ausnahmen

Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind gemäß Art. 3 Abs. 1 Verträge, die bestimmte Finanzdienstleistungen⁷⁸ betreffen, unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen⁷⁹ zustande gekommen sind oder mit Betreibern von Telekommunikationsnetzen aufgrund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern⁸⁰ geschlossen werden. Ähnlich der Haustürwiderrufs-Richtlinie sind Verträge, die Bau und Verkauf von Immobilien betreffen sowie sonstige Rechte an Immobilien ausgeschlossen; dem Anwendungsbereich unterfällt jedoch ausdrücklich die Vermietung⁸¹. Ferner besteht eine Ausnahme für Auktionen⁸². Nicht geklärt ist bislang, ob dem Begriff der Auktion auch Internetauktionen bei eBay oder ähnlichen Diensten unterfallen. Gegen die – alleinige – Anwendbarkeit auf traditionelle Auktionen spräche jedenfalls, dass dann ein telefonisch teilnehmender Bieter im Vergleich zu körperlich anwesenden Mitbietern ein Widerrufsrecht hätte⁸³ und damit besser stünde.

Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie zufolge entfällt das Widerrufsrecht⁸⁴ des Weiteren bei regelmäßigen Lieferungen von Lebensmitteln und anderen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs⁸⁵ sowie bei bestimmten Verträgen, die die Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung zum Gegenstand haben⁸⁶. Den Hintergrund dieser Ausnahmeregelung erläuterte der EuGH in seinem *easyCar*-Urteil⁸⁷. So seien Tätigkeitssektoren ausgenommen, die insbesondere durch kurzfristige Stornierungen unverhältnismäßig belastet werden könnten.

⁷⁶ Art. 2 Nr. 1 Fernabsatz-RL.

⁷⁷ im *Anhang* / der RL sind zB Kataloge, Hörfunk sowie Teleshopping genannt.

⁷⁸ Art. 3 Abs. 1. Spiegelstrich Fernabsatz-RL; dazu sogleich i.R.d. Finanzdienstleistungs-RL, S. 12.

⁷⁹ Art. 3 Abs. 1.2. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸⁰ vgl. Art. 3 Abs. 1.3. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸¹ Art. 3 Abs. 1.4. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸² Art. 3 Abs. 1.5. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸³ vgl. DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 391, wonach sich jedoch zumindest in den Mitgliedstaaten ein enger Aktionsbegriff durchsetzen scheint.

⁸⁴ sowie die Anwendbarkeit der Art. 4, 5 und 7 der Richtlinie.

⁸⁵ Art. 3 Abs. 2.1. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸⁶ Art. 3 Abs. 2.2. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁸⁷ EuGH vom 10. März 2005, Rs. C-336/03 „*easyCar (UK) Ltd./Office of Fair Trading*“, Slg. 2005, S. I-01947, Rz. 28.

Ausnahmen, die *allein* das Widerrufsrecht nach Art. 6 der Richtlinie entfallen lassen, sind schließlich in dessen Absatz 3 zu finden. Hierunter fallen Verträge über Dienstleistungen, die auf Wunsch des Verbrauchers schon vor Ablauf der Widerrufsfrist aufgenommen wurden, über Leistungen, die von Schwankungen der Finanzmärkte abhängen, sowie über Waren, die nach Wunsch des Verbrauchers angefertigt werden bzw. verderblich sind. Ebenso aufgelistet sind Verträge über die „Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher erstiegelt worden sind“, zur Lieferung von Printmedien sowie Wett- und Lotterieverträge.

c) Finanzdienstleistungs-Richtlinie

Im Fernabsatz besteht weiterhin ein Widerrufsrecht für Finanzdienstleistungen. Im Hintergrund des Widerrufsrechts ist nicht primär die Gefahr des Fernabsatzes sondern die Komplexität des Vertrages⁸⁸. Insofern ist die Begrenzung allein auf Finanzdienstleistungen im Fernabsatzgeschäft nicht ganz unumstritten⁸⁹, schließlich sind derartige Verträge ebenso komplex, wenn sie nicht im Rahmen des Fernabsatzes geschlossen werden.

aa) Voraussetzungen an den sachlichen Anwendungsbereich

Die grundsätzlichen Definitionen des Fernabsatzvertrages stimmen mit der Fernabsatz-Richtlinie überein⁹⁰. Vertragsgegenstand muss eine Finanzdienstleistung sein. Darunter fällt „jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung“⁹¹.

bb) Ausnahmen

Das Widerrufsrecht nach Art. 6 der Richtlinie ist in einer Reihe von Fällen ausgeschlossen⁹². Dies betrifft zunächst Verträge, die im Hinblick auf die Finanzmärkte besonders schwankungsanfällige Produkte umfassen⁹³. Ferner besteht kein Widerrufsrecht hinsichtlich kurzfristiger Versicherungspolice⁹⁴ und Verträgen, die auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers bereits voll erfüllt wurden, bevor das Widerrufsrecht ausgeübt wird⁹⁵. Es steht den Mitgliedstaaten darüber hinaus frei, weitere Ausnahmen einzuführen⁹⁶.

d) Lebensversicherungs-Richtlinie

Das Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers ist in Art. 35 Abs. 1 der Lebensversicherungs-Richtlinie als „Rücktrittsrecht“ geregelt. Voraussetzung ist der

⁸⁸ vgl. Finanzdienstleistungs-RL, Erwägungsgrund 21.

⁸⁹ *Terryn*, The Right of Withdrawal, S. 150. Als „harder to justify“ bezeichnet es der DCFR in DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 389.

⁹⁰ vgl. Art. 2 lit. a und e Finanzdienstleistungs-RL.

⁹¹ Art. 2 lit. b Finanzdienstleistungs-RL.

⁹² Art. 6 Abs. 2 Finanzdienstleistungs-RL.

⁹³ Eine Auflistung dieser Produkte findet sich in Art. 6 Abs. 2 lit. a der Richtlinie.

⁹⁴ inb. Reise- und Gepäckversicherungen, Art. 6 Abs. 2 lit. b Finanzdienstleistungs-RL.

⁹⁵ Art. 6 Abs. 2 lit. c Finanzdienstleistungs-RL.

⁹⁶ Art. 6 Absatz 3 Finanzdienstleistungs-RL.

Abschluss eines individuellen Lebensversicherungsvertrags. Es muss sich ferner um eine Direktversicherung durch Versicherungsunternehmen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a handeln⁹⁷.

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind gemäß Artikel 3 eine Reihe von Tätigkeiten und Körperchaften, die anscheinend für besonders vertrauenswürdig, sicher oder – aufgrund ihres satzungsmäßigen Tätigkeitsbereichs – für eher unbedeutend gehalten werden⁹⁸. Die Mitgliedsstaaten können darüber hinaus gemäß Artikel 35 Abs. 2 von der Einräumung eines Widerrufsrechts absehen, sofern der Vertrag nur eine sehr kurze Laufzeit hat⁹⁹ oder der Versicherungsnehmer aus anderen Gründen dieses Schutzes nicht bedarf¹⁰⁰.

Mit der bereits erwähnten Ablösung zum 1. November 2012, erweitert sich der Anwendungsbereich auf bestimmte Nichtlebensversicherungen¹⁰¹, das Widerrufsrecht besteht jedoch weiterhin nur für individuelle Lebensversicherungsverträge¹⁰².

e) (neue) Verbraucherkreditrichtlinie

Ein weiteres vertragsgegenstandsabhängiges Widerrufsrecht gilt für Verbraucherkreditverträge¹⁰³. Vom Anwendungsbereich der (neuen) Verbraucherkredit-Richtlinie werden alle Kreditverträge umfasst, die nicht in dessen Art. 2 Abs. 2 aufgeführt sind¹⁰⁴. Die folgenden Absätze der Vorschrift nennen weitere Fälle, für die jedenfalls ein Teil der Richtlinie – insbesondere aber der das Widerrufsrecht beinhaltende Artikel 14 – nicht anwendbar ist¹⁰⁵.

Kreditvertrag meint dabei einen „Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht“¹⁰⁶. Ausgenommen sind von dieser Definition „Verträge über die wiederkehrende Erbringung von Dienstleistungen oder über die Lieferung von Waren gleicher Art, bei denen der Verbraucher für die Dauer der Erbringung oder Lieferung Teilzahlungen für diese Dienstleistungen oder Waren leistet“¹⁰⁷. Den Mitgliedsstaaten bleibt es unbenommen, das Widerrufsrecht für Kreditverträge, die unter Mitwirkung eines Notars geschlossen werden müssen, auszuschließen¹⁰⁸.

⁹⁷ Art. 2 der der Richtlinie, der die umfassten Verträge auflistet.

⁹⁸ vgl. Lebensversicherungs-RL, Erwägungsgrund 15.

⁹⁹ „höchstens 6 Monate“, Art. 35 Abs. 2 S. 1 Alt. 1.

¹⁰⁰ „aufgrund seines Status oder wegen der Umstände, unter denen der Vertrag geschlossen wird“, Art. 35 Abs. 2 S. 1 Alt. 2.

¹⁰¹ Vgl. Art. 2 i. V. m. *Anhang I Teil A* der neuen Richtlinie.

¹⁰² Art. 186 Abs. 1 der neuen Richtlinie.

¹⁰³ *Neumann*, Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss, S. 137.

¹⁰⁴ Eine detailliertere Abhandlung sowie Vergleich zu vorherigen Regelungen stellt *Roß* an in: *Understanding EU Consumer Law*, S. 187 ff.

¹⁰⁵ Teilweise besteht insofern Regelungsplethora der Mitgliedsstaaten, vgl. Abs. 5 f.

¹⁰⁶ Art. 3 lit. c (neue) Verbraucherkredit-RL.

¹⁰⁷ Art. 3 lit. c a. E. (neue) Verbraucherkredit-RL.

¹⁰⁸ Art. 14 Abs. 6 (neue) Verbraucherkredit-RL; der Notar muss allerdings bestätigen, dass die Rechte des Verbrauchers gem. Art. 5 und 10 der Richtlinie gewahrt sind.

Wie bereits festgelegt, geht das Widerrufsrecht dieser Richtlinie dem der Haustürwiderrufs- und Finanzdienstleistungs-Richtlinie vor¹⁰⁹.

f) Neue Teilzeitwohnrechte-Richtlinie

Das Widerrufsrecht für Teilzeit-Wohnrechteverträge soll dem Erwerber die Möglichkeit geben, den Inhalt des Vertrages – der teilweise recht komplex ausgestaltet sein kann¹¹⁰ – zu überdenken¹¹¹. Außerdem werden solche Verträge oft im Hinblick auf im Ausland belegene Immobilien geschlossen, was die (rechtliche) Beurteilung des Vertrages weiter erschweren kann¹¹². Ebenso ist es möglich, dass Entscheidungen in Urlaubssituationen nicht mit der gewöhnlichen Umsicht und Bedächtigkeit getroffen werden¹¹³.

Dem Vorschlag der Kommission entsprechend¹¹⁴ wurde der Anwendungsbereich durch die neue Richtlinie auf weitere Vertragsgegenstände ausgedehnt. Nimmern sind neben Teilzeit-Wohnrechteverträgen „langfristige Urlaubsprodukte“ sowie Tausch- und Wiederkaufverträge umfasst¹¹⁵.

Ein Teilzeitzunanzugsvertrag im Sinne der Richtlinie räumt dem Verbraucher ein Recht ein, Übernachtungsunterkünfte wiederholt und über einen Zeitraum von mindestens einem Jahr zu nutzen¹¹⁶. Der neu eingefügte „Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt“ betrifft dagegen vor allem Fälle, in denen der Verbraucher ein Recht auf Preisnachlässe oder sonstige Vergünstigungen hinsichtlich einer Unterkunft erhält¹¹⁷. Wiederkaufvertrag meint entgeltliche Hilfeleistungen bei Erwerb oder Veräußerung der zuvor genannten Verträge¹¹⁸. Tauschverträge sind schließlich entgeltliche Rechtsgeschäfte, in denen ein aus den genannten Verträgen erwachsendes Recht gegen ähnliche oder andersartige Leistungen im Rahmen eines Tauschsystems getauscht wird. Ausdrückliche Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich enthält die Richtlinie nicht. Sie lässt allerdings eine Reihe nationaler Rechtsvorschriften unberührt¹¹⁹.

¹⁰⁹ Art. 14 Abs. 5.

¹¹⁰ Erwägungsgrund 17 der Richtlinie; DCFR Full Edition, Art. II – 5:202, Comments, S. 403, *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 30.

¹¹¹ vgl. neue Teilzeitwohnrechte-RL, Erwägungsgrund 11; so auch schon Teilzeitwohnrechte-RL 94/47, Erwägungsgrund 11.

¹¹² neue Teilzeitwohnrechte-RL, Erwägungsgrund 17; Erwägungsgrund 11 alle Richtlinie.

¹¹³ DCFR Full Edition, Art. II – 5:202, Comments, S. 403.

¹¹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitzunanzugsrechten, langfristigen Urlaubsprodukten sowie des Wiederkaufs und Tausches derselben, KOM(2007) 303 endg. vom 7. Juni 2007, zu Art. 1 u. 2 vgl. S. 9 ff.

¹¹⁵ Art. 1 Abs. 1 neue Lebensversicherungs-RL; Wiederkaufverträge sind ausdrücklich in Art. 6 Abs. 1 genannt.

¹¹⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. a; die Definition nach der alten Richtlinie dagegen war enger, insbesondere betrug die Mindestvertragslaufzeit 3 Jahre, Art. 2. 1. Spiegelstrich alte RL.

¹¹⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. b neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹¹⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. c neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹¹⁹ Art. 1 Abs. 2 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

g) Verbundene Verträge

Mit Ausnahme der Haustürwiderrufs-Richtlinie enthalten die jeweiligen Richtlinien, soweit dies in Frage kommt¹²⁰ allesamt Regelungen, die bestimmen, dass mit dem eigentlichen Vertrag verbundene Verträge mit Ausübung des Widerrufsrechts ebenfalls beendet bzw. aufgelöst werden¹²¹. Für den Bereich der Haustürwiderrufs-Richtlinie, in deren Anwendungsbereich durchaus verbundene Verträge geschlossen werden können, ist es mangels ausdrücklicher Regelung im Unionsrecht Sache der Mitgliedstaaten, diesem Problem zu begegnen¹²².

4. Ausübung des Widerrufsrechts

Der Widerruf muss insbesondere form- und fristgerecht ausgeübt werden. Daneben ist die Wirksamkeit des jeweiligen Vertrages nicht zwingend erforderlich¹²³.

a) Form

Die Richtlinien selbst enthalten, mit einer Ausnahme¹²⁴, keine zwingenden Formvorschriften bezüglich der Widerrufserklärung¹²⁵. Als Folge der sporadischen unionsrechtlichen Regelungen sind die nationalen Umsetzungen vielfältig ausgefallen¹²⁶. Der EuGH hat insoweit, jedenfalls für den Anwendungsbereich der Haustürwiderrufs-Richtlinie, entschieden, dass die Mitgliedstaaten in der Bestimmung und Ausgestaltung von Formerfordernissen über die Anforderungen der Richtlinie(n) hinaus frei sind¹²⁷.

Die Haustürwiderrufs-Richtlinie bestimmt allein, dass der Widerruf „angezeigt“ wird; die genaue Ausgestaltung der Formerfordernisse und des Widerrufsverfahrens wird ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen¹²⁸. Die Fernabsatz-Richtlinie enthält zwar keine ausdrückliche Regelung, welche die Mitgliedstaaten zur eigenständigen Regelung der Formvorstellungen auftrifft. Es ist jedoch weitestgehend anerkannt, dass aus Art. 5 Abs. 1 erster Spiegelstrich eine entsprechende Freiheit der Mitgliedstaaten abgeleitet werden kann¹²⁹.

¹²⁰ denkwürdig nicht bei individuellen Lebensversicherungen im Sinne der Lebensversicherungs-RL.

¹²¹ Art. 6 Abs. 4 Fernabsatz-RL, Art. 6 Abs. 7 UAbs. 2 Finanzdienstleistungs-RL, Art. 15 Verbraucherkredit-RL, Art. 11 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹²² EuGH vom 23. Oktober 2005, Rs. C-35/03 „*Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte/Deutsche Baugpark-Service Badenia AG*“, Slg. 2005, S. I-09215 („*Schulte*“), Rz. 76 und 80.

¹²³ im Hinblick auf nichtige Verträge EuGH vom 17. Dezember 2009, Rs. C-227/08 „*Eva Martin Martin/EDP Editores SL*“, EWS 2010, 57, Rz. 35.

¹²⁴ neue Teilzeitwohnrechte-RL, dazu sogleich.

¹²⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Note 1, S. 351f.

¹²⁶ Vgl. DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Notes 2–7, S. 352 f.

¹²⁷ EuGH, Rs. C-423/97 (*Travel Vaal*), Rz. 51 in Bezug auf ein Schriftformerfordernis.

¹²⁸ Art. 5 Abs. 1 Haustürwiderrufs-RL.

¹²⁹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Note 1, S. 352; *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 65.

Die frühere Teilzeitwohnrechte-Richtlinie verlangte allein eine Nachweisbarkeit der Widerrufserklärung in Art. 5 Abs. 2¹³⁰. Die aktuelle Fassung stipuliert dagegen, dass der Widerruf in „Papiertform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger“ zu erklären ist¹³¹ und enthält damit als einzige ein klares Formerfordernis.

Keine spezifischen Formerfordernisse enthält wiederum die Finanzdienstleistungs-Richtlinie. Genauso verhält es sich mit der Lebensversicherungs-Richtlinie, die hinsichtlich der Form¹³² auf das jeweils geltende nationale Recht verweist¹³³. Die (neue) Verbraucherkredit-Richtlinie erfordert bezüglich der Form der Widerrufserklärung „Nachweisbarkeit“¹³⁴.

Allen Richtlinien gemein ist jedoch, als Kerncharakteristikum des Widerrufs, dass keine Begründung erforderlich ist. In einigen Mitgliedstaaten ist es ferner möglich, den Widerruf konkludent durch Rücksendung der Ware auszuüben¹³⁵.

b) Frist

Zwar soll der berechtigten Partei ein Widerrufsrecht zugebilligt werden, um den Vertragsschluss bzw. -inhalt zu überdenken¹³⁶. Gleichzeitig hat aber auch die andere Partei ein berechtigtes Interesse zu wissen, ob der Vertrag besetzen bleibt oder nicht. Um dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, kann der Widerruf daher nur innerhalb einer bestimmten Frist erklärt werden.

aa) Länge der Frist

Die Länge der jeweiligen Widerrufsfrist und deren Berechnung ist nicht einheitlich vorgegeben und in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet¹³⁷. Die kürzeste Widerrufsfrist enthält die Haustürwiderrufs-Richtlinie („mindestens sieben Tage“¹³⁸).

In Art. 6 Abs. 1 der Fernabsatz-Richtlinie ist dagegen von „mindestens sieben Werktagen“ (*working days*) die Rede. Der Begriff der Arbeits- bzw. Werktage (*working days*) ist definiert in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung 1182/71/EWG-Euratom¹³⁹ als „alle Tage außer Feiertagen, Sonntagen und Sonnabenden“, sodass dies eine nicht ganz unethnisch längere Widerrufsfrist bedeutet.

¹³⁰ Allerdings war im Anhang der englischen Fassung von einem „*letter of withdrawal*“ die Rede, die deutsche Fassung sprach an dieser Stelle lediglich von einer „Person, der ein erzwungenes Rücktritt mitzuteilen ist“.

¹³¹ Art. 7, S. 1 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹³² und jegliche weitere für das Widerrufsrecht erforderliche Voraussetzungen.

¹³³ Art. 35 Abs. 1 UAbs. 3 Lebensversicherungs-RL.

¹³⁴ Art. 14 Abs. 3 lit. a (neue) Verbraucherkredit-RL.

¹³⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Note 4, S. 353; z.B. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹³⁶ Zur „*cooling-off period*“ bereits oben.

¹³⁷ DCFR Full Edition, S. 354 und 359 f.; *Loose*, Rights of Withdrawal, S. 242; Zur dem Bedürfnis einer Harmonisierung der Widerrufsfristen und deren Berechnung vgl. *Schulte-Nölke* in: EC Consumer Law Compendium, S. 477 mit Verweis auf die Erklärung des Rates und des Parlaments zu Art. 6 Abs. 1 im Anhang der Fernabsatz-RL.

¹³⁸ Art. 5 Abs. 1 Haustürwiderrufs-RL.

¹³⁹ Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 3. Juni 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. L 124/1.

Widerum eine andere Länge enthielt die alte Teilzeitwohnrechte-Richtlinie mit „10 Tagen“¹⁴⁰, wobei sich die Frist auf den jeweils nächsten Werktag verlängerte, sollte der zehnte Tag ein Sonn- oder Feiertag sein¹⁴¹.

Die Finanzdienstleistungs-Richtlinie hingegen sieht, ebenso wie die aktuelle Teilzeitwohnrechte- sowie Verbraucherkredit-Richtlinie, in Art. 6 Abs. 1 eine Frist von „14 Kalendertagen“ vor. Die gleiche Frist enthält die (neue) Verbraucherkreditrichtlinie in Art. 14 Abs. 1. Die Lebensversicherungsrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Frist in Art. 35 Abs. 1 einen Spielraum „zwischen 14 und 30 Tagen“. Für bestimmte Lebensversicherungen und die Altersversorgung von Einzelpersonen besteht gar eine 30-tägige Frist¹⁴².

bb) Fristbeginn und Informationspflichten

Gemeinsame Voraussetzung aller Richtlinien für den Fristbeginn ist der (rechtzeitige) Zugang einer Widerrufsbekleidung und gegebenenfalls die Erfüllung weitergehender Informationspflichten¹⁴³. Einige der Richtlinien erfordern dabei einen gewissen Grad an Klarheit und Verständlichkeit der Formulierung. Der EuGH zieht insoweit den Maßstab eines „durchschnittlich informierte[n], aufmerksame[n] und verständige[n] Durchschnittsverbraucher[s]“ heran¹⁴⁴. Die mit Nichterfüllung der Informationspflichten einhergehenden zwingenden Folgen berücksichtigen bedenkenlicherweise nicht, ob der Verbraucher – beispielsweise durch die der modernen Informationstechnologie geschuldete ständige Verfügbarkeit von Informationen – tatsächlich unzureichend über Ware und Widerrufsrecht informiert war¹⁴⁵.

Die Widerrufsfrist fängt grundsätzlich nicht vor dem Zeitpunkt des Vertragschlusses an zu laufen¹⁴⁶. Insofern spricht allerdings die Haustürwiderrufs-Richtlinie¹⁴⁷ von dem „Zeitpunkt der Abgabe des Angebots durch den Verbraucher“. Damit scheint, zumindest dem Wortlaut nach, auch ein Fristbeginn vor Vertragsabschluss, also Annahme durch die andere Partei, möglich.

¹⁴⁰ „nach Unterzeichnung des Vertrages durch beide Parteien oder nach Unterzeichnung eines verbindlichen Vorvertrags durch beide Parteien“, Art. 5 Abs. 1. Spiegelstrich S. 1 alte Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁴¹ Art. 5 Abs. 1. Spiegelstrich S. 2 wobei die englische Fassung nur von „*public holiday*“ spricht, worunter jedenfalls der Verordnung 1182/71/EWG-Euratom nach Sonntage gerade nicht fallen.

¹⁴² Art. 6 Abs. 1 Finanzdienstleistungs-RL.

¹⁴³ DCFR Full Edition, Art. II – 5:103 Note 6, S. 360 f. mit Verweis auf die einzelnen Vorschriften; Art. 14 Abs. 1 lit. b (neue) Verbraucherkredit-RL; Art. 6 Abs. 2 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁴⁴ EuGH vom 16. Juli 1998, Rs. C-210/96 „*Gut Springenheide GmbH und Rudolf Trusky/Oberkreisdirektor des Kreises Seifhrt - Amt für Lebensmittelüberwachung*“, Slg. 1998, S. I-04657 („*Gut Springenheide*“); Das Urteil ist dabei nicht auf die zugrunde liegende Verordnung beschränkt, sondern entfaltet allgemeine Geltung; vgl. A Casebook on European Consumer Law, S. 225.

¹⁴⁵ So auch *Kroll-Ludwigs*, ZEuP 2010, 509, 514.

¹⁴⁶ DCFR Full Edition, Art. II – 5:103 Note 6, S. 361. Für die (neue) Verbraucherkredit-Richtlinie findet sich die entsprechende Vorschrift in Art. 14 Abs. 1 lit. a.

¹⁴⁷ in Art. 4 S. 3 lit. c, also einem der gem. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie für den Fristbeginn relevanten Zeitpunkte.

Im Anwendungsbereich der Fernabsatz-Richtlinie tritt als dritter möglicher Anknüpfungspunkt der Erhalt der Ware hinzu¹⁴⁸. Im Rahmen der Haustürwiderrufs-Richtlinie ist der Erhalt der Ware hingegen nicht Voraussetzung.

Hinsichtlich des ersten Anknüpfungspunktes bleibt zu klären, wie die Anforderungen an Widerrufsbekleidung und weitergehende Informationspflichten ausgestaltet sind. Die Informationspflichten der einschlägigen Widerrufsrichtlinien betreffen als Mindestvoraussetzung zumindest die Aufklärung dahingehend, dass der berechtigten Partei überhaupt ein Widerrufsrecht zusteht¹⁴⁹. Im Einzelnen bestehen jedoch Unterschiede vor allem im Hinblick auf Form und Inhalt¹⁵⁰. Grundsätzlich hat die Widerrufsbekleidung schriftlich zu erfolgen; sofern die Parteien allein auf elektronischem Wege kommunizieren, kann jedoch auch eine elektronische Form ausreichen, sofern es sich um ein zur dauerhaften Speicherung geeignetes Medium handelt¹⁵¹.

(1) Haustürwiderrufs-Richtlinie

Die Haustürwiderrufs-Richtlinie enthält einige grundlegende Informationspflichten in Artikel 4. Die Belehrung ist dem Verbraucher gegenüber spätestens bei Vertragsabschluss schriftlich zu erklären. Anforderungen an sprachliche Klarheit der Belehrung bestehen nicht.

(2) Fernabsatz-Richtlinie

Die Fernabsatz-Richtlinie enthält Informationspflichten in Artikel 4 („Vorherige Unterrichtung“) und Artikel 5 („Schriftliche Bestätigung der Informationen“). Eine Vorgabe hinsichtlich besonderer Klarheit und Verständlichkeit der Informationen enthält Art. 4 Abs. 2¹⁵².

(3) Finanzdienstleistungs-Richtlinie

Sehr detaillierte Informationspflichten enthält außerdem die Finanzdienstleistungs-Richtlinie. Diese müssen vor Vertragschluss bzw. Abgabe eines verbindlichen Angebots erfüllt werden. Art. 3. Hinsichtlich Klarheit und Verständlichkeit der Information wird die Formulierung der Fernabsatz-Richtlinie verwendet¹⁵³.

¹⁴⁸ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2. 1. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

¹⁴⁹ Art. 4 Haustürwiderrufs-RL; Art. 4 Abs. 1 insb. lit. f Fernabsatz-RL; Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a Finanzdienstleistungs-RL; Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III lit. A Lebensversicherungs-RL; Art. 5 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 Verbraucherkredit-RL und Art. 4 Abs. 1 i.V.m. dem Anhang der neuen Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁵⁰ Dazu im Einzelnen sogleich, S. 20 f.

¹⁵¹ vgl. Art. 5 Abs. 1 Fernabsatz-RL und Art. 5 Abs. 1 Finanzdienstleistungs-RL, Art. 5 Abs. 1 Verbraucherkredit-RL, Art. 4 Abs. 2 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁵² „klar und verständlich“.

¹⁵³ Art. 3 Abs. 2 Finanzdienstleistungs-RL

(4) Lebensversicherungs-Richtlinie

Vor Abschluss einer Lebensversicherung im Sinne der Lebensversicherungs-Richtlinie sind dem Versicherungsnehmer eine Reihe von Informationen zukommen zu lassen¹⁵⁴. Über Änderungen der in Anhang III lit. B enthaltenen Angaben ist der Versicherungsnehmer darüber hinaus während der gesamten Vertragslaufzeit zu informieren¹⁵⁵. Diese Angaben sind jeweils schriftlich sowie „eindeutig und detailliert“ abzufassen¹⁵⁶.

(5) (neue) Verbraucherkreditrichtlinie

Die in der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie in Artikel 5 geregelten Informationspflichten werden mittels eines besonderen Formulars schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt. Die Informationen sollten in klarer, prägnant gefasster Form an optisch hervorgehobener Stelle, durch ein repräsentatives Beispiel erläutert, erteilt werden¹⁵⁷. Dieses Klarheitsfordernis gilt sogar bereits für Werbeaussagen¹⁵⁸.

(6) Neue Teilzeitwohnrechte-Richtlinie

Einen ausführlichen Katalog an vorvertraglichen Informationspflichten enthält schließlich die aktuelle Teilzeitwohnrechte-Richtlinie in Artikel 4 i.V.m. dem Anhang. Diese Informationen werden fester Vertragsbestandteil¹⁵⁹. Der Verbraucher ist vor Vertragsschluss neben den Modalitäten des Widerrufs ebenso auf das Anzahlungsverbot i.S.v. Art. 9 der Richtlinie hinzuweisen¹⁶⁰.

cc) Rechtzeitiges Absenden genügt

Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht grundsätzlich das rechtzeitige Absenden der Widerrufserklärung bzw. der Ware durch den Berechtigten aus¹⁶¹. Grund hierfür ist, dass der Berechtigte die volle Widerrufsfrist als Bedenkzeit nutzen können soll¹⁶². Auch soll ihm nicht zugemutet werden, den rechtzeitigen Zugang beim Empfänger später nachweisen zu müssen¹⁶³.

Das bedeutet allerdings nicht, dass es deshalb gar nicht auf den Zugang beim Empfänger ankommt. Erhält dieser überhaupt keine Widerrufserklärung, liegt kein wirksamer Widerruf

vor. Damit trägt der Berechtigte grundsätzlich das Verlustrisiko, während das Verzögerungsrisiko dem Widerrufsgegner aufgebürdet wird¹⁶⁴.

Fraglich ist jedoch, wie eine Situation zu behandeln ist, in der der Berechtigte nach Ablauf der Widerrufsfrist eine erneute Widerrufserklärung abschickt, den Empfänger darin von dem Verlust der eigentlichen Erklärung unterrichtet und beweisen kann, dass er diese rechtzeitig abgesendet hatte. Da die Übermittlung der Widerrufserklärung sich zumeist der Kontrolle beider Parteien entzieht, wäre es jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben – in ihren jeweiligen nationalen Ausprägungen – angemessen, in einem solchen Fall die Frist als gewahrt anzusehen¹⁶⁵.

dd) Höchstfrist

Sehr unterschiedlich, wenn überhaupt, regeln die zugrunde liegenden Richtlinien Höchstfristen, nach deren Ablauf die Widerrufsfrist auch trotz beispielsweise unterliegender Widerrufsbelehrung erlischt.

Die Haustürwiderrufs-, Finanzdienstleistungs- Lebensversicherungs- und Verbraucherkredit-Richtlinie enthalten hierzu keine Regelung. Demgegenüber wird jeweils eine dreimonatige Höchstfrist in der Fernabsatz¹⁶⁶, und der neuen Teilzeitwohnrechte-Richtlinie¹⁶⁷ vorgeschrieben, wobei die jeweilige reguläre Widerrufsfrist auch dann noch zu laufen beginnt, wenn der Vertragspartner am letzten Tag der Dreimonatsfrist seinen Pflichten nachkommt¹⁶⁸.

Soweit die Richtlinien eine Höchstfrist nicht vorsehen, dürfen die Mitgliedstaaten eine solche nicht einführen, tenorierte der EuGH¹⁶⁹ in Bezug auf das Fehlen einer solchen Frist in der Haustürwiderrufs-Richtlinie¹⁷⁰. In derselben Entscheidung wurde klargestellt, dass im Falle unterliegender Widerrufsbelehrung die Frist bis zur Erfüllung dieser Pflicht überhaupt nicht zu laufen beginnt¹⁷¹, sodass jedenfalls theoretisch eine unendliche Widerrufsfrist denkbar wäre¹⁷². Erfolgt die Belehrung schließlich, so können die Mitgliedstaaten eine zweite Frist vorsehen, innerhalb der widerrufen werden kann¹⁷³.

¹⁵⁴ Zur deutschen Rechtslage *Kessel/Wulf* in: Staudinger/VerbrKRG § 7 Rn. 61.

¹⁵⁵ Zur deutschen Rechtslage OLG Dresden vom 20. Oktober 1999, NJW 2000, 1203; *Kessel/Wulf* in: Staudinger/VerbrKRG § 7 Rn. 61; a.A. *Mankowski*, Besetzungsgrechte, S. 826 f.

¹⁵⁶ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 Fernabsatz-RL.

¹⁵⁷ Art. 6 Abs. 3 lit. b Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁵⁸ plus 7 Werktage, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 4 für die Fernabsatz- und „drei Monate und 14 Kalendertage“ für die neue Teilzeitwohnrechte-RL, Art. 6 Abs. 3 lit. b.

¹⁵⁹ EuGH vom 13. Dezember 2001, Rs. C-481/99, *Georg Heininger und Helga Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, S. I-69945 („Heininger“).

¹⁶⁰ Dies müsste auch für die Finanzdienstleistungs-RL gelten, da auch diese an die Widerrufsbelehrung anknüpft ohne eine Höchstfrist zu regeln, vgl. Art. 6.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-481/99 (Heininger), Rz. 47 f.

¹⁷² zu denken ist jedoch an eine Verwirkung oder verwandte Rechtsinstitute.

¹⁷³ EuGH vom 10. April 2008, Rs. C-412/06 „*Ametore Hamilton/Volkbank Filder eG*“, Slg. 2008, S. I-02383, hier 1 Monat.

¹⁵⁴ Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III lit. A Lebensversicherungs-RL.

¹⁵⁵ Art. 36 Abs. 2 Lebensversicherungs-RL.

¹⁵⁶ am Anfang des Anhang III der Lebensversicherungs-RL.

¹⁵⁷ vgl. (neue) Verbraucherkredit-RL, Erwägungsgrund 18.

¹⁵⁸ Artikel 4 Absatz 2 (neue) Verbraucherkredit-RL.

¹⁵⁹ Art. 5 Abs. 2 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁶⁰ Art. 5 Abs. 4 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

¹⁶¹ sog. „*haspach rülcs*“, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Haustürwiderrufs-RL, Art. 7 S. 3 neue Teilzeitwohnrechte-RL und Art. 6 Abs. 6 S. 2 Finanzdienstleistungs-RL. Entsprechende Regelungen fehlen jedoch in Fernabsatz-, Lebensversicherungs- und (neuer) Verbraucherkredit-RL.

¹⁶² DCFR Full Edition, Art. II. – 5:103, Comments, S. 358.

¹⁶³ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:103, Comments, S. 358.

5. Keine Abweichung zulasten des Berechtigten

Als verbraucherstützendes Instrument muss sichergestellt sein, dass der schwächeren Partei das Widerrufsrecht stets zu Verfügung steht. Ein Verzicht oder eine Abweichung zu Lasten des Verbrauchers wird deshalb durch die Richtlinien ausdrücklich verhindert¹⁷⁴.

6. Rechtsfolgen des Widerrufs

Hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufsrechts enthalten die einschlägigen Richtlinien nur wenige Vorschriften¹⁷⁵, sodass deren Regelung weitestgehend den Mitgliedstaaten überlassen bleibt¹⁷⁶. Dabei sind Zielsetzung der jeweiligen Richtlinie sowie das *effet utile*-Prinzip zu beachten, um die Wirksamkeit des Widerrufsrechts sicherzustellen¹⁷⁷.

Allen Widerrufsrechten gemeinsam ist jedenfalls, dass sie die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien beenden und diese von noch bestehenden Verpflichtungen befreien¹⁷⁸. Hinsichtlich der Wirksamkeit der Willenserklärungen während der Widerrufsfrist, enthalten die Richtlinien keine ausdrückliche Regelung. Auch hinsichtlich der Frage, ob während der Frist Zahlung verlangt werden kann, findet sich – mit Ausnahme von Art. 9 der neuen Teilzeitwohnrechte-Richtlinie¹⁷⁹, der Anzahlungen während der Widerrufsfrist¹⁸⁰ verbietet, – keine Regelung.

a) Rückgewähr empfangener Leistungen und Kostentragung

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass der Berechtigte im Falle eines Widerrufs die empfangenen Leistungen zurückgeben muss und den Gewerbetreibenden dieselbe Pflicht trifft¹⁸¹. Eine ausdrücklich festgelegte Regelung zur Rückgewähr empfangener Leistungen enthielt erstmals die Fernabsatz-Richtlinie¹⁸². Der Lieferer hat danach die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu ersetzen, Art. 6 Abs. 2, und der Verbraucher die empfangene Ware zurückzusenden. Der EuGH hat am 15 April 2010 entschieden, dass dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware nicht auferlegt werden dürfen, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt¹⁸³. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren¹⁸⁴.

¹⁷⁴ Haustürwiderrufs-RL, Art. 6; Fernabsatz- sowie Finanzdienstleistungs-RL, je Art. 12; Verbraucherkredit-RL, Art. 22 Abs. 2; neue Teilzeitwohnrechte-RL, Art. 12; im Rahmen der Lebensversicherungs-RL bestimmen sich die Modalitäten nach Art. 32.

¹⁷⁵ *Tetra*, Rz. 69.

¹⁷⁶ so ausdrücklich Art. 7 Haustürwiderrufs-RL sowie Art. 35 Abs. 1 UAbs. 3 Lebensversicherungs-RL.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-350/03 (Schulte), Rz. 69.

¹⁷⁸ vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 Haustürwiderrufs-RL und Art. 35 Abs. 1 UAbs. 2 Lebensversicherungs-RL.

¹⁷⁹ Möglich, aber nicht zwingend auch gem. Art. 14 Abs. 7 (neue) Verbraucherkredit-RL.

¹⁸⁰ vgl. dazu den Vorschlag der Kommission zur Revision der Teilzeitwohnrechte-RL, a.o., der diesbezüglich klargestellt, dass die längere (dreimonatige) Widerrufsfrist gemeint ist, Art. 6, S. 11, jetzt Teilzeitwohnrechte-RL (2008), Erwägungsgrund 14.

¹⁸¹ *Métké*, Europäisches Verbraucherschutz, S. 97.

¹⁸² Art. 7 der Haustürwiderrufs-RL überließ die Regelung komplett den Mitgliedstaaten.

¹⁸³ EuGH vom 15. April 2010, Rs. C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.*, NJW 2010, 1941; eine kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil sowie daraus resultierenden Fragen bietet *Cardano*, GPR 2010, 231, 233.

¹⁸⁴ Art. 6 Abs. 2 und Erwägungsgrund 14 Fernabsatz-RL.

b) Wert- und Nutzungersatz

Der Berechtigte soll im Falle eines Widerrufs zu keinen über die „Kosten des Rücktritts“ hinausgehenden Zahlungen verpflichtet sein¹⁸⁵. Insbesondere darf weder eine Pauschalzahlung¹⁸⁶ noch Vertragsstrafe¹⁸⁷ Folge des Widerrufs sein. Andernfalls wäre es möglich, die Ausübung des Widerrufsrechts mit unangenehmen Folgen zu verbinden, die den Berechtigten von der Ausübung abhalten könnten¹⁸⁸. Konsequente Folge der Entlastung des Verbrauchers ist dann jedoch eine Einpreissung der Risiken des Widerrufs durch die Wirtschaft¹⁸⁹.

Gleichzeitig soll das Widerrufsrecht den Berechtigten aber nicht über Gebühr begünstigen¹⁹⁰, sodass gegebenenfalls eine Zahlung für die Nutzung – beispielsweise über die Darlehensvaluta hinausgehende Zahlung des marktüblichen Zinses nach Widerruf eines Darlehensvertrages¹⁹¹ – zu entrichten ist. Es ist also eine Balance zwischen Attraktivität des Widerrufsrechts und den Belangen der Widerrißgegner zu finden¹⁹². Im Hinblick auf die stets betonte Notwendigkeit des effektiven Verbraucherschutzes durch die Institutionen der EU fällt diese wohl, in weiten Teilen, eher zugunsten der Verbraucher aus. Fest steht jedenfalls, dass für Inangenscheinahme und Ausprobieren des Vertragsgegenstandes, als einen der Grundgedanken der *cooling-off period*, keine Ersatzpflicht besteht¹⁹³. Es fragt sich jedoch ob bei darüber hinausgehender Benutzung, jedenfalls soweit der Berechtigte über sein Widerrufsrecht informiert wurde, eine Nutzungsersatzpflicht besteht¹⁹⁴.

Die Richtlinien schweigen diesbezüglich oder überlassen die Regelung den Mitgliedstaaten. Der EuGH hat insofern allerdings nach seiner *Quelle*-Entscheidung¹⁹⁵ auch für das Widerrufsrecht entschieden¹⁹⁶, dass eine generelle Wertersatzpflicht nicht zulässig ist. Eine solche Ersatzpflicht komme jedoch da in Betracht, wo ein Ausnutzen des Rechts den Grundsätzen von Treu und Glauben¹⁹⁷ zufolge es erfordert. Dies sei unabhängig davon ob eine ordnungsgemäße Widerrufsbekleidung erfolgt ist¹⁹⁸, sofern

¹⁸⁵ vgl. für die Fernabsatz-RL Art. 6 Abs. 2 S. 2.

¹⁸⁶ EuGH, Rs. C-423/97 (Travel Vao), Rz. 60.

¹⁸⁷ Art. 6 Abs. 1 S. 1 Fernabsatz-RL.

¹⁸⁸ *Kalis/Langer*, JBl 1998, 219, 225; „Verteilung“ der Rücktrittsmöglichkeit.

¹⁸⁹ *Loos*, Review of the European Consumer Acquis, S. 17.

¹⁹⁰ Teilweise wird die Existenzberichtigung des Widerrufsrecht in Ganze bezweifelt, vgl. *Métké*, Europäisches Verbraucherschutz, S. 86 mwN.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-350/03 (Schulte); EuGH, Rs. C-229/04 (Chailshheimer Volksbank).

¹⁹² *Kalis/Langer*, JBl 1998, 219, 225; bezüglich des Kommissionsvorschlages der Verbraucher-RL *Paschke/Husmann*, GPR 2010, 262, 267.

¹⁹³ EuGH vom 3. September 2009, Rs. C-489/07 „Pia Messner/Firma Stefan Krüger“, Slg. 2009, S. I-07315 („Messner“), Rz. 24; zu dem damit einhergehenden Problem der Beweislast hinsichtlich der Nutzung durch den Verbraucher im selben Urteil Rz. 27.

¹⁹⁴ beifügend *Métké*, Europäisches Verbraucherschutz, S. 86.

¹⁹⁵ EuGH vom 17. April 2008, Rs. C-404/06 „Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen“, Slg. 2008, S. I-02685.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-489/07 (Messner) zur Fernabsatz-RL; Anmerkung *Or* in: VbR 2009, 475f.

¹⁹⁷ Ein autonom-europäischer Grundsatz von Treu und Glauben existiert jedoch bislang nicht; daher kritisch *Stempel*, ZEuP 2010, S. 928, 932 f.; zur treuwidrigen Berührung auf die Verbrauchereigenschaft bereits oben „Verbraucherbegriff“.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-489/07 (Messner), Rz. 28; zustimmend *Stempel*, ZEuP 2010, 928, 936.

Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts dadurch nicht beeinträchtigt werden.¹⁹⁹ *Stempel* kommt in seiner Besprechung des zugrunde liegenden Urteils gar zu dem Ergebnis, dass eine Wertersatzpflicht stets insoweit europarechtlich unproblematisch ist, als sie an eine Nutzung anknüpft, die zur zweckdienlichen Ausübung des Widerrufsrechts nicht erforderlich ist.²⁰⁰

e) Weitergehende Ansprüche

Weitergehende Ansprüche des Berechtigten gegen den Widerrufseegner werden von der Ausübung des Widerrufsrechts nicht berührt. Hingegen scheiden weitergehende Ansprüche gegen den Verbraucher, wie gesehen, grundsätzlich aus. Die spezielle Regelung zur Tragung insbesondere der Kosten der notariellen Beurkundung der früheren Teilzeitwohnrechte-Richtlinie²⁰¹ wurde nicht übernommen. Der Verbraucher trägt nach der heutigen Regelung keinerlei Kosten mehr.²⁰²

Im Falle eines Missbrauchs durch den Verbraucher oder einer (vorsätzlichen) Schädigung, kommen nach teleologischer Reduktion der Vorschriften aber durchaus weitergehende Ansprüche in Betracht.²⁰³

d) Wirkung ex nunc oder ex tunc?

Ob als Rechtsfolge der Vertrag lediglich nach Ausübung des Widerrufsrechts wegfällt oder als von Anfang an nicht geschlossen gilt, kann unter Umständen von entscheidender Bedeutung sein. So hatte der EuGH kürzlich über die Frage zu entscheiden, ob sich im Falle eines Widerrufs eines in einer Haustürgeschichte geschlossenen Beitrittsvertrages zu einem Immobilienfonds der Anspruch auf das Auseinandersetzungs Guthaben nach der Vermögenslage der Gesellschaft bei Vertragsschluss oder am Tage der *Widerrufserklärung* beurteilt. Der EuGH hat sich insoweit für eine *ex nunc*-Wirkung entschieden.²⁰⁴ Trotz seiner Beschränkung auf dem Vorverfahren ähnliche Fälle, wird man dieses Urteil wohl als Grundsatzentscheidung dahingehend auffassen können, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs grundsätzlich *ex-nunc* eintreten sollen.²⁰⁵

III. Widerrufsrecht nach DCFR und ACQP

Nachdem somit der unionsrechtliche Rahmen der Widerrufsrechte abgesteckt ist, werden im Folgenden die Ausgestaltung sowie mögliche Unterschiede in DCFR und Acquis

Principles zum oben Dargestellten herausgearbeitet. Das Ergebnis ist, in weiten Teilen, auch tabellarisch zusammengefasst im *Anhang* am Ende dieser Arbeit zu finden.

Beim folgenden Vergleich wird aus verschiedenen Gründen ein verstärktes Augenmerk auf den DCFR geworfen. Zum einen ermöglicht es der Ursprung der Widerrufsregelungen des DCFR in den Arbeiten der Acquis-Group²⁰⁶, die fortentwickelte Form in einer Gesamtschau zu berücksichtigen. Zum anderen zeichnet sich mit den Ereignissen um das Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht²⁰⁷ und die damit verbundenen möglichen Entwicklungen in Richtung eines optionalen Instruments²⁰⁸ eine Zukunft ab, die diesen Regelungen tatsächliche Geltungskraft verleihen könnte.²⁰⁹

Gleichwohl ist der Aktualisierung der Principles aus dem Jahre 2009 gebührend Rechnung zu tragen²¹⁰, die im Vergleich zur Full Edition des DCFR z.B. schon die Lebensversicherungs- sowie die neue Teilzeitwohnrechte-Richtlinie berücksichtigt²¹¹. Insoweit genügt allerdings ein Vergleich zu den korrespondierenden Regelungen des DCFR, um mögliche Unterschiede herauszuarbeiten.

Durch die systematische Aufbauweise beider Regelwerke, die allgemeine Vorschriften jeweils vorangestellt haben, lassen sich in diesem Abschnitt in den bisherigen Ausführungen noch nicht geklärte Fragen übersichtlich für das Unionsrecht mit beantworten.

¹⁹⁹ *Terry*, The Right of Withdrawal, S. 162; *Schulze*, The right of withdrawal, S. 15; ob diese Integration überstet war, vgl. *Twigg-Flesner* auf in GPR 2011, 54, 60 ff.

²⁰⁰ Grünbuch der Europäischen Kommission vom 1. Juli 2010, „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“, KOM (2010) 348 endg.

²⁰¹ oder, freilich, einer anderen *Option* des Grünbuches; die Praktikabilität einzelner Optionen zeigt *Tamm* auf in GPR 2010, 281 ff.

²⁰² eine ausreichende Regelungsbreite vorausgesetzt, vgl. von *Bor*, in: European Private Law, S. 265, 266 und *Meyer*, Konsultationsbeitrag zum Grünbuch der Europäischen Kommission „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“, KOM (2010) 348 endg., S. 7, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/00352/contributions/251_de.pdf.

²⁰³ für zukünftig gar wichtiger als den DCFR hält sie *Twigg-Flesner*, GPR 2011, 54, 63.

²¹¹ Bislang jedoch nur in den Kommentierungen.

¹⁹⁹ EuGH, Rs. C-489/07 (Messner); ähnlich *Loos*, Rights of Withdrawal, S. 258 f.; *Oh*, VuR 2009, 475, 476.

²⁰⁰ *Stempel*, ZEuP 2010, 928, 937; ob dies auch in Fällen ohne ordnungsgemäßen Belehrung gelten kann, wird ausdrücklich angezweifelt.

²⁰¹ Artikel 5 Absatz 3 alte Teilzeitwohnrechte-RL; Sie bestand jedoch nur soweit diese im Vertrag festgehalten waren, Abs. 3 S. 2; weitere Begrenzung durch Absatz 4.

²⁰² neue Teilzeitwohnrechte-RL, Art. 8 Abs. 2 und Erwägungsgrund 12.

²⁰³ Zum deutschen Recht *Masuch* in MlKo-BGB, § 357 Rn. 54 und *Palandt/Grüneberg* § 357 Rn. 16.

²⁰⁴ EuGH vom 15. April 2010, Rs. C-215/08 *zE Fritz GmbH/Carsten von der Heyden*, NJW 2010, 1511 (*Fritz/von der Heyden*); Anders noch die Schlussanträge des Generalanwalts in Rs. C-229/04 (*Gralsheim*), Rz. 60 im Sinne einer *ex tunc*-Wirkung.

²⁰⁵ so auch § 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 346 BGB; *Grottel* in: Bamberg/Reh, § 357 Rn. 2; *Mankowski*, Besichtigungsrechte, S. 51 f.; *Masuch* in: MlKo-BGB, § 357 Rn. 10.

1. Das Widerrufsrecht nach DCFR

Der DCFR definiert den Widerruf im Anhang wie folgt:

A right to "withdraw" from a contract or other juridical act is a right, exercisable only within a limited period, to terminate the legal relationship arising from the contract or other juridical act, without having to give any reason for so doing and without incurring any liability for non-performance of the obligations arising from that contract or juridical act.

Eine in den *Definitions* der Interim Outline Edition²¹² enthaltene und in der Kommentierung der Full Edition verwendete²¹³ Version ergänzt diese Definition um zwei weitere Sätze:

The right is exercisable only within a limited period (in these rules, normally by 14 days) and is designed to give the entitled party [...] an additional time for reflection. The restitutionary and other effects of exercising the right are determined by the rules regulating it.

Diese Beschreibungen sind zwar abstrakt formuliert, lassen aber ihre Wurzeln im europäischen Verbraucherschutzrecht erkennen. Es gilt nun, Ausgestaltung und eventuelle Abweichungen zum Unionsrecht herauszuarbeiten.

a) Struktur und Inhalt der Regelungen

Die im Hinblick auf das Widerrufsrecht relevanten Vorschriften enthält der DCFR in *Book II, Chapter 5*. Dabei enthält *Section 1*²¹⁴ allgemeine Regelungen betreffend die Rechtsnatur, Ausübung, Auswirkungen, und Frist des Widerrufs sowie Informationspflichten und Regelungen für verbundene Verträge. Die einzelnen Widerrufsrechte sind vor allem in der darauf folgenden *Section 2* geregelt. Darüber hinausgehende Widerrufsrechte könnten in Zukunft in weiteren Büchern, insbesondere in möglichen Erweiterungen zu *Book IV*²¹⁵, enthalten sein. Bislang bestehen jedoch lediglich die in Art. II. – 5:201 f. geregelten Widerrufsrechte.

aa) Allgemeine Vorschriften, insb. Section 1: Exercise and effect

(1) Keine Abweichung zulasten der berechtigten Partei

Das Widerrufsrecht darf nicht zum Nachteil der berechtigten Partei abbedungen werden²¹⁶. Nicht zwingend sind die Vorschriften daher für den Verbraucher günstigere Gestaltungen – beispielsweise vertraglich vereinbarte Widerrufsrechte²¹⁷.

²¹² DCFR Outline Edition, S. 348.

²¹³ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 346.

²¹⁴ Art. II. – 5:101 bis II. – 5:105 DCFR.

²¹⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 345.

²¹⁶ Art. II. – 5:101 Abs. 2 DCFR.

²¹⁷ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 345 f.

Das Abweichungsverbot bezieht sich auf das gesamte, das Widerrufsrecht betreffende *Chapter 5*. Nicht umfasst, zumindest dem Wortlaut des Art. II. – 5:101 Abs. 2 nach, sind die über die Grenzen des *Chapter 5* hinausgehenden Widerrufsrechte. Bei Einführung weiterer Widerrufsrechte außerhalb des *Chapters* sollte daher über eine entsprechende Vorschrift zum Schutze der berechtigten Partei bzw. Erweiterung des Art. II. – 5:101 Abs. 2 nachgedacht werden.

(2) Persönlicher Anwendungsbereich

Im Unterschied zum geltenden Unionsrecht sind die Widerrufsregelungen des DCFR nicht auf B2C-Verträge (*business to consumer*) beschränkt. Sie sind vielmehr als allgemeines Vertragsrecht ausgestaltet und damit grundsätzlich auch auf C2C- und B2B-Verträge anwendbar²¹⁸. Obwohl das Widerrufsrecht auf europäischer Ebene aus dem Bereich des Verbraucherschutzrechts hervorgegangen ist, sei eine Beschränkung auf B2C-Verträge nicht zwingend²¹⁹. Immerhin sind auch außerhalb des Verbraucherschutzrechts Vertragsschlusssituationen *denkbar*, in denen sich eine Partei aufgrund struktureller (Informations- oder Paritäts-) Defizite überhastet bindet²²⁰. Der Hauptanwendungsbereich bleibt jedoch bei B2C-Verträgen²²¹. Dies ist vor dem Hintergrund, dass das Widerrufsrecht eine grundlose Vertragsaufsagung ermöglicht, im Hinblick auf strukturell ebenbürtige Vertragsparteien, die eines derart starken Schutzes nicht zwingend bedürfen²²², durchaus zu begründen.

(3) Ausübung und Form

Gemäß Art. II. – 5:102 Abs. 1 wird das Widerrufsrecht durch Mitteilung (*notice*) i.S.v. Art. I. – 1:109 der anderen Partei gegenüber ausgetübt, wobei eine Begründung ausdrücklich nicht erforderlich ist. Die Mitteilung muss dem Adressaten zugehen²²³. Zwar muss das Wort Widerruf nicht ausdrücklich verwendet werden, die Erklärung muss die Intention des Widerrufenden allerdings klar zum Ausdruck bringen²²⁴.

Absatz 2 zufolge genügt auch die Rücksendung des Vertragsgegenstandes, sofern sich aus den Umständen nicht ein anderes ergibt²²⁵. So ist es beispielsweise unmöglich, Dienstleistungen zurückzugeben.

Die Vorschriften des DCFR enthalten keine (Text-)Formerfordernisse, während einige Richtlinien den Mitgliedstaaten erlauben, solche Erfordernisse zu bestimmen²²⁶. Diese Entscheidung wird, trotz möglicher Vorteile eines Textformerfordernisses im Hinblick auf

²¹⁸ Der DCFR geht also nicht von dem Durchschnittsverbraucher aus, wie ihn der EnGH in der Rs. C-210/96 (*Gut Springenbeide*) annimmt.

²¹⁹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 345.

²²⁰ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 345.

²²¹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:101, Comments, S. 345; so sind die momentan enthaltenen Widerrufsrechte der Art. II. – 5:201 und 202 auf B2C-Verträge beschränkt.

²²² *Eickemüller*, ERCL 2011, 1, 22 f.

²²³ Art. I. – 1:109 Abs. 3.

²²⁴ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Comments, S. 350.

²²⁵ Zur Kritik derart vager Formulierungen wird später im Fazit Stellung genommen.

²²⁶ Wie gesehen ist nach der aktuellen Teilzeitwohnrechte-RL sogar eine bestimmte Form zwingend; siehe auch DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Comments, S. 351.

die Beweiskraft, mit Überwiegen der Nachteile begründet²²⁷. Denn eine zwingende Form bedeute gleichzeitig, dass bei Nichteinhaltung der Form der Berechtigte sein Widerrufsrecht verliere, jedenfalls aber die Widerrufserklärung formunwirksam wäre. Auch ist zu bezweifeln, dass eine Text- bzw. Schriftform zwingend zu einer prozessualen Verwertbarkeit führt²²⁸. Des Weiteren könne ein solches Formerfordernis neben der Möglichkeit der Rücksendung des Vertragsgegenstands möglicherweise als inkonsistent gewertet werden. Letztlich könnte ein Formerfordernis vor dem Hintergrund, dass für den Widerruf Formvorschriften gelten, die für den eigentlichen Vertragsschluss irrelevant waren, befallendlich erscheinen²²⁹. Ein Widerruf kann nach der Regelung des DCFR damit beispielsweise per Telefon, Fax²³⁰ oder gar SMS erklärt werden.

(4) Frist

Die Widerrufsfrist beträgt gem. Art. II. – 5:103 Abs. 2 vierzehn Tage. Diese beginnt nach dem jeweils spätesten der in Absatz 2 Buchstabe a - c genannten Zeitpunkte, also dem Vertragsschluss, dem Zugang der Widerrufsbelehrung oder – bei Verträgen, die die Lieferung von Waren zum Gegenstand haben, – dem Zeitpunkt des Eintreffens der Waren beim Erwerber. Für die Einhaltung der Widerrufsfrist kommt es nicht auf den Zugang sondern auf die rechtzeitige Absendung der Erklärung an, Absatz 4²³¹. Berechnet wird die Frist nach den allgemeinen Regeln des Art. I. – 1:110.

Sollte nach dem Vorbild der Lebensversicherungs-Richtlinie auch für derartige Verträge ein Widerrufsrecht eingeführt werden, müsste gegebenenfalls über eine Verlängerung nachgedacht werden²³². Ebenso könnte eine Verlängerung bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen in Betracht kommen, um der Komplexität und Vertragsschlussituation gerecht zu werden²³³. Demgegenüber wird auch für komplexe Verträge eine Frist von 14 Tagen teilweise als ausreichend angesehen²³⁴.

(a) Beginn ab Vertragsschluss, Abs. 2 lit. a

Die Gründe dafür, dass die Widerrufsfrist nicht vor Vertragsschluss beginnen soll, liegen auf der Hand. Wenn Zweck des Widerrufsrechts jedenfalls auch das Überdenken und Überprüfen eines Vertrags(inhalts) ist, darf dem Berechtigten diese Möglichkeit nicht genommen werden, indem man ihm 14 Tage vor Vertragsschluss behält, ohne dass der genaue Vertragsinhalt feststünde. So könnte der Vertragspartner mit der Annahme eines Angebotes warten, bis die Frist abgelaufen ist.

²²⁷ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Comments, S. 351.

²²⁸ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Comments, S. 351; beweiskräftig wäre allenfalls eine unterschriebene Erklärung durch Einschreiben.

²²⁹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:102, Comments, S. 351.

²³⁰ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 368.

²³¹ zur "dispatch rule" bereits oben.

²³² Insoweit bietet die Richtlinie, wie gesehen, einen Spielraum von 14 bis 30 Tagen, Art. 35 Abs. 1.

²³³ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:202, Comments, S. 404; Die neue Teilzeitwohnrechte-RL sieht hingegen in Art. 6 Abs. 1 lediglich – aber inwiefern im Vergleich zur Vorregelung – eine Verlängerung und Angleichung der mitgliedstaatlichen Regelungen auf 14 Tage vor.

²³⁴ *Loos*, Rights of Withdrawal, S. 250.

Dennzufolge wird eine weite Auslegung dieses ersten Anknüpfungspunktes gefordert, nach der Vertragsschluss im Sinne der Vorschrift erst dann vorliegen soll, wenn ein Vertrag auch endgültig wirksam ist²³⁵. Beispiel dafür wäre ein Kauf auf Probe, bei dem der Vertrag erst mit Billigung endgültig wirksam wäre²³⁶.

(b) Beginn ab Zugang der Widerrufsbelehrung, Abs. 2 lit. b

Auch soll die Frist nicht beginnen, bevor der Berechtigte ausreichend i. S. v. Art. II. – 5:104 belehrt worden ist. Dadurch wird der Berechtigte geschützt; für den Vertragspartner bedeutet dies gleichsam eine Sanktion²³⁷.

(c) Beginn ab Erhalt der Ware, Abs. 2 lit. c

Die Widerrufsfrist beginnt ebenso, sofern Waren (*goods*) Vertragsgegenstand sind, erst mit deren Erhalt. Diese Vorschrift basiert auf der Fernabsatz-Richtlinie²³⁸, beschränkt den Anwendungsbereich jedoch nicht auf den Fernabsatz²³⁹. Dabei wurde sich bewusst für den Zeitpunkt des Erhalts der Ware und gegen den Zeitpunkt deren Absendung entschieden²⁴⁰. Zum einen kann dazwischen eine nicht unerhebliche Zeitspanne liegen; vor allem aber ist mit dem *telos* des Widerrufsrechts – nicht nur, aber gerade bei Fernabsatzgeschäften –, der Möglichkeit der Inaugensceminahme der Ware, diese Entscheidung zwingend, da eine solche während des Versandvorganges unmöglich ist.

(d) Höchsthfrist, Abs. 3

Die in Absatz 3 geregelte Höchsthfrist beträgt ein Jahr. Wie im ersten Abschnitt dieser Arbeit festgesetzt, liegt hierin ein Unterschied zum Unionsrecht, welches die Höchsthfrist nur im Hinblick auf bestimmte Widerrufsrechte geregelt hat und die dortige Höchsthfrist, beispielsweise im Rahmen der Fernabsatz-Richtlinie, drei Monate beträgt²⁴¹.

Der DCFR vereinheitlicht damit das Widerrufsrecht in diesem Aspekt. Auch beendet dies die theoretisch endlosen Widerrufsfristen in den Bereichen, für welche die Richtlinien kein solches Limit enthalten, und löst damit das Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und schutzwürdigem Interesse des Berechtigten. Die Jahresfrist ist ein Kompromiss und gibt dem Berechtigten in jedem Fall genügend Zeit, sich über Produkt und Rechtslage zu informieren. Weiterhin läuft die Höchsthfrist des Absatz 3 mit der für vorvertragliche Informationspflichten geltenden Frist²⁴² gleich, sodass für den Anwendungsbereich beider Vorschriften eine einheitliche Höchsthfrist besteht. Dies erleichtert die Anwendung und zu

²³⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:103, Comments, S. 355.

²³⁶ zum deutschen Recht *Westermann* in: *MilKOBGB*, § 454 Rn. 6.

²³⁷ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:103, Comments, S. 355.

²³⁸ Art. 6 Abs. 1 S. 3 Fernabsatz-RL

²³⁹ Im Unterschied zur Haustürwiderrufs-RL ist das Erfordernis des Erhalts der Ware damit nach DCFR auch für Verträge in Haustürsituationen zwingend.

²⁴⁰ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:103, Comments, S. 356.

²⁴¹ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3.

²⁴² Art. II. – 3:109 Abs. 1 S. 2.

begrüßen. Anzumerken ist allerdings, dass der DCFR hier in Widerspruch zur *Heininger-*Entscheidung²⁴³ steht.

Voraussetzung dafür, dass die Jahresfrist zu laufen beginnt, ist jedoch stets, wie ausdrücklich in Absatz 3 festgelegt, ein Vertragsschluss.

(e) Abweichungen von Beginn und Länge der Frist

Abweichend von den in Art. II. – 5:103 genannten Zeitpunkten kann sich ein späterer Beginn der Frist vor allem aus Art. II. – 3:109 ergeben, sofern vorvertragliche Informationspflichten verletzt wurden. Auch könnte, wie bereits dargestellt, eine vertragliche Abweichung zugunsten der berechtigten Partei zu einer längeren Widerrufsfrist führen.

(5) Informationspflichten

Gemäß Art. II. – 5:104 ist die berechnete Partei auf das Bestehen des Widerrufsrechts hinzuweisen. Ihr sind hinreichende Informationen in Textform auf einen zur dauerhaften Speicherung geeigneten Medium²⁴⁴ und in klarer, verständlicher Sprache zukommen zu lassen. Die Erfüllung dieser Informationspflichten hat, wie bereits gesehen, schon Auswirkungen auf den Beginn der Widerrufsfrist, die erst ab Belehrung beginnen kann²⁴⁵.

(a) Voraussetzung für das Bestehen einer Informationspflicht

Art. II. – 5:104 bestimmt lediglich den Umfang der Informationspflicht, sagt aber nichts dazu, wann eine solche überhaupt entsteht. *Book II* enthält eine entsprechende Regelung bereits in *Section 3*, die wiederum auf Art. II. – 5:104 verweist. So besteht gem. Art. II. – 3:103 eine vorvertragliche Informationspflicht für B2C-Verträge, bei denen sich der Verbraucher in einer benachteiligten Position befindet. Diese Beschränkung erscheint vor dem Hintergrund, dass der Verbraucher nicht zwingend in einer schlechteren (Verhandlungs- oder Informations-)Position ist, gerechtfertigt. Voraussetzung ist ein beträchtliches Informationsdefizit auf Verbraucherseite. Dieses kann der Vorschrift zufolge in dem zum Vertragsabschluss genutzten Medium, in der geografischen Entfernung oder der „Natur der Transaktion“ begründet sein²⁴⁶. Gemäß Art. II. – 3:103 Abs. 1 S. 2 müssen die Angaben bereits eine angemessene Zeit vor Vertragsschluss gemacht werden. Satz 3 verweist wiederum auf Art. II. – 5:104. Die Beweislast der Erfüllung der Informationspflichten trifft das Unternehmen²⁴⁷. Die Vorschrift des Art. II. – 5:104 findet keine Anwendung auf solche Informationspflichten, die aus Art. II. – 3:102 (*Specific duties for businessess marketing to consumers*) resultieren; ausreichend ist dann der Hinweis, dass ein Widerrufsrecht überhaupt besteht²⁴⁸.

(b) Inhalt und Form der Informationspflicht

Sollte das geforderte Informationsdefizit bestehen, hat das Unternehmen Angaben zu den Hauptcharakteristika des Vertragsgegenstandes, zu Preis und Vertragsbedingungen, zu Adresse²⁴⁹ und Identität, zu jeweils bestehenden Rechten und Obligationen sowie zu bestehenden Widerrufsrechten²⁵⁰ und gegebenenfalls vorhanden Rechtsbehelfsverfahren (*redress procedures*)²⁵¹ zu machen. Bezüglich der Erfüllung der Informationspflichten sind Art. II. – 3:106-108 zu beachten. Insbesondere müssen die Anforderungen an Klarheit und Form der Belehrung gewahrt werden²⁵². Diese soll so deutlich erkennbar hervorgehoben werden, dass davon auszugehen ist, dass der Verbraucher bei Durchsicht der Unterlagen darauf aufmerksam wird²⁵³.

Sofern das Unternehmen den Verbraucher nicht ordnungsgemäß informiert hat, muss diese Belehrung nachgeholt werden²⁵⁴. Insofern kann man von einer „zweistufigen Informationspflicht“ sprechen²⁵⁵.

Die Informationspflichten des DCFR stellen einen gemeinsamen Nenner der in den Richtlinien enthaltenen Mindestangaben dar²⁵⁶. Die allgemeingültige Gestaltung des Art. II. – 5:104 ermöglicht es, darüber hinausgehende Informationspflichten für andere Bereiche in späteren Vorschriften zu implementieren. Soweit diese jedoch nicht dringend notwendig sind, verhindert die schlankere Ausgestaltung der Informationspflichten und Beschränkung auf das Wesentliche eine Informationsflut, die den Berechtigten möglicherweise eher überfordert denn tatsächlich informiert²⁵⁷.

(c) Folgen der Nichterfüllung der Informationspflichten

Sollte der Informationspflicht nicht nachgekommen werden, so beträgt – wie bereits gesehen – die Widerrufsfrist ein Jahr. Einen Wertverlust des Vertragsgegenstandes, der aufgrund bestimmungsmäßigen Gebrauchs eingetreten ist, hat die berechnete Partei bei unterliegender Widerrufsbelehrung nicht zu ersetzen, Art. II. – 5:105 Abs. 5. Außerdem besteht möglicherweise ein Schadensersatzanspruch gem. Art. II. – 3:109 Abs. 2.

(d) Formulierung der die Informationspflichten betreffenden Vorschriften

Kritisch anzumerken ist, dass die die Informationspflichten betreffenden Vorschriften recht vage formuliert sind²⁵⁸. So benutzen die Art. II. – 3:103 i.V.m. Art. II. – 5:104 die Formulierungen „*as appropriate in the circumstances*“, „*reasonable time*“, „*adequate*“ und

²⁴⁹ die Finanzdienstleistungs-RL ist insoweit genauer und spricht von der „Anschritt seiner Niederlassung“, Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a.

²⁵⁰ insb. Länge der Frist und Angaben zu den Ereignissen, die den Fristbeginn auslösen, DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 368.

²⁵¹ sofern solche bestehen, DCFR Full Edition, Art. II. – 3:103, Comments, S. 214.

²⁵² Art. II. – 3:106 DCFR.

²⁵³ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 367.

²⁵⁴ Art. II. – 3:106 Abs. 3 DCFR.

²⁵⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 365 f.

²⁵⁶ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 368.

²⁵⁷ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 368.

²⁵⁸ hinsichtlich derart vager Formulierungen kritisch *Twigg-Flesner*, GPR 2011, 54, 58.

²⁴³ EuGH, Rs. C-481/99 (Heininger), vgl. bereits oben.

²⁴⁴ z.B. in Papierform, Art. I. – 1:106 Abs. 2 und 3 DCFR.

²⁴⁵ Art. II. – 5:103 Abs. 2 lit. b DCFR.

²⁴⁶ Wann dies genau der Fall sein soll, lässt sich dem DCFR leider nicht klar entnehmen.

²⁴⁷ Art. II. – 3:103 Abs. 3 DCFR.

²⁴⁸ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 365.

abermals „*appropriate*“. Diese unbestimmte Terminologie ist zwar vor dem rechtsvergleichenden Hintergrund des DCFR sowie der zugrunde liegenden Richtlinien zu sehen, wodurch die Begriffe konkretisiert werden können. Eine eindeutigere Ausgestaltung wäre, wenn die Vorschriften einmal auf breiter Basis und gerade von Gerichten angewendet werden sollten, jedoch wünschenswert. Dem Ziel, durch Kohärenz mehr Klarheit für die Rechtsanwendung mit sich zu bringen²⁵⁹, wird der DCFR an dieser Stelle nicht gerecht.

(6) *Rechtsfolgen*

Die Rechtsfolgen des Widerrufs regelt Art. II. – 5:105. Danach wird durch wirksamen Widerruf die vertragliche Beziehung einschließlich noch bestehender Verpflichtungen – einheitlich für den Anwendungsbereich jeder der Richtlinien – *ex mure*²⁶⁰ beendet. Ebenso kann ein eigentlich verbindliches Angebot widerrufen werden²⁶¹. Die Rückabwicklung des Vertrages richtet sich nach den Vorschriften über *Restitutio*²⁶², sofern sich aus Art. II. – 5:105 nicht ein anderes ergibt²⁶³, Absatz 2.

Eine bereits geleistete Zahlung des Widerrufenden ist gemäß Absatz 3 ohne ungebilligte Verzögerung, spätestens aber nach 30 Tagen, zurückzuzahlen. Die Vorschrift orientiert sich an Art. 6 Abs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie und verhindert die Ausübung gegenseitiger Zurückbehaltungsrechte, welche die Grundgedanken des Widerrufsrechts gefährden könnten²⁶⁴.

Eine Zahlungspflicht des Widerrufenden besteht nach Absatz 4 lit. a nicht für etwaige Wertminderungen, die auf Begutachtung und Ausprobieren des Produkts zurückzuführen sind. Ebenso muss der Widerrufende nicht für Zerstörung, Verlust oder Beschädigung des Produkts haften, sofern er die angebrachte Vorsicht hat walten lassen, Absatz 4 lit. b. Sofern die berechnigte Partei rechtzeitig und ordnungsgemäß belehrt wurde, muss allerdings eine Wertminderung ausgeglichen werden, die auf den (bestimmungsmaßigen) Gebrauch zurückzuführen ist, Absatz 5. Der DCFR versucht damit einen Interessenausgleich von Berechtigtem und Widerrufsgegner zu finden²⁶⁵.

Gemäß Absatz 6 trifft den Widerrufenden keine über die in der vorliegenden Vorschrift enthaltenen Regelungen hinausgehende Verpflichtung. Schließlich regelt Absatz 7 die besondere Situation bei B2C-Verträgen, in welcher der Unternehmer einer wirksamen Vertragsabrede entsprechend ein Alitud liefert. Hier soll der Unternehmer die Kosten der Rücksendung der Lieferung tragen. Darüber hinaus regelt der DCFR die Verteilung von

²⁵⁹ *Twigge-Flesner*, GPR 2011, 54, 55.

²⁶⁰ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:105, Comments, S. 372 in Übereinstimmung mit dem späteren EuGH Urteil Rs. C-215/08 (Fritz/von der Heyden).

²⁶¹ Art. II. – 4:202 Abs. 4 S.1 DCFR.

²⁶² *Book III, Chapter 3, Section 5, Sub-section 4*.

²⁶³ Als problematisch wird teilweise angeführt, dass die einschlägige Vorschrift des DCFR (Art. III. – 3:512) im Fall von Dienstleistungen eine Vorteilsausgleichspflicht vorsieht, die sich an dem vertraglich festgelegten Preis orientiert, was die Effektivität des Widerrufs beeinträchtigen könnte, vgl. *Terry*, The Right of Withdrawal, S. 168 f.

²⁶⁴ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:105, Comments, S. 374.

²⁶⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:105, Comments, S. 375.

etwaigen Hin- oder Rücksendekosten nicht ausdrücklich. Allerdings führt Art. II. – 5:105 Abs. 2 letztlich dazu, dass die Hin- und Rücksendekosten von dem Widerrufsgegner und die Rücksendekosten vom Widerrufenden getragen werden müssen²⁶⁶.

(7) *Verbundene Verträge*

Die letzte in *Section 1* enthaltene Vorschrift betrifft verbundene Verträge. Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, so ist er auch an seine Willenserklärung hinsichtlich eines verbundenen Vertrages nicht mehr gebunden, Art. II. – 5:106 Abs. 1. Die folgenden Absätze regeln Einzelheiten zu bestimmten Formen verbundener Verträge und der entsprechenden Anwendbarkeit von Art. II. – 5:105. Eine eindeutige Vorgabe, die die wirtschaftliche (Mindest-)Verbindung der Verträge vorsähe, enthält der DCFR nicht²⁶⁷. Verwirrend erscheint die Regelung des Absatz 2, welche den Anschein erweckt, der Begriff der verbundenen Verträge im DCFR betreffe lediglich Kreditverträge²⁶⁸. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den Problemen dieser Vorschrift findet sich bei *Wendehorst*²⁶⁹.

bb) *Besondere Vorschriften, insb. Section 2: Particular rights of withdrawal*

Einzelne Widerrufsrechte sind in *Section 2* geregelt. Zunächst enthält Art. II. – 5:201 ein solches sowohl für Haustür- als auch Fernabsatzgeschäfte. Das Widerrufsrecht für Teilzeithomeerwerber ist sodann im folgenden Art. II. – 5:202 geregelt.

(1) *Vertragschlüsse außerhalb der Geschäftsräume, Art. II. – 5:201*

Ein recht weitgehendes²⁷⁰ Widerrufsrecht besteht gem. Art. II. – 5:201 für solche Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume bzw. des Betriebsgeländes des Gewerbetreibenden zustande gekommen sind. Als gemeinsamer Kern der Haustürwiderrufs-, Fernabsatz- und Finanzdienstleistungs-Richtlinie vereinigt der DCFR damit das Widerrufsrecht dreier Richtlinien²⁷¹. Diese Widerrufsrechte haben gemein, dass der Verbraucher in der jeweiligen Vertragsschlusssituation entweder den Abschluss eines verbindlichen Geschäfts gar nicht erwartet oder unsicher bzw. schlechter informiert ist als bei Verträgen, die direkt in den Geschäftsräumen der anderen Partei nach Begutachtung des Vertragsgegenstandes geschlossen werden²⁷².

Vertragsgegenstand kann die Lieferung von Waren²⁷³ bzw. die Erbringung von Dienstleistungen sein, wobei ausdrücklich auch Finanzdienstleistungen umfasst sind. Ebenfalls enthalten sind Verträge, in denen der Verbraucher dem Unternehmer gegenüber

²⁶⁶ soweit nicht ein anderes vertraglich vereinbart wurde oder die Rücksendung der Waren unbillig wäre, vgl. DCFR Full Edition, Art. II. – 5:105, Comments, S. 374.

²⁶⁷ anders Art. 5:106 Abs. 2 ACQP (*„economic unit“*), dazu unten.

²⁶⁸ so jedoch nicht beabsichtigt, DCFR Full Edition, Art. II. – 5:106, Comments, S. 383.

²⁶⁹ *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 346 ff.

²⁷⁰ *Herzschel*, Consumer Law in the DCFR, S. 179.

²⁷¹ Im Hinblick auf die jeweils unterschiedlichen Schutzzrichtungen jedoch kritisch *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 339.

²⁷² DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 389.

²⁷³ und „*other assets*“.

eine persönliche Sicherheit einräumt. Einschränkend regeln die folgenden Absätze Fälle, in denen das Widerrufsrecht nicht besteht.

(a) Grundsätzlich besteht ein Widerrufsrecht, Absatz 1

Art. II. – 5:201 Abs. 1 knüpft allein an den Ort des Vertragsschlusses an. Eine besondere Überraschungs- oder Bedrängungssituation ist nicht erforderlich²⁷⁴. Mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs sollen Lücken geschlossen werden, die entstehen, wenn eine Vertragsanbahnung in einer Haustürgesellschaft vorliegt, der Vertrag aber schließlich mittels Fernkommunikationsmitteln geschlossen wird²⁷⁵. Sollte auf Seiten des Unternehmers eine Mittelperson tätig geworden zu sein, besteht das Widerrufsrecht unabhängig davon, ob es dem Unternehmen bewusst war, dass der jeweilige Vertrag außerhalb der Geschäftsräume zustande gekommen ist²⁷⁶.

(b) Ausnahmen nach Absatz 2

Die zunächst in Absatz 2 geregelten Ausnahmen gelten für den gesamten Anwendungsbereich des ersten Absatzes, während die folgenden Absätze sich nur auf einzelne Teilbereiche wie Haustürgeschäfte beziehen. Die ersten zwei Ausnahmen – lit. a und b basieren auf den Vorgaben der Fernabsatz-Richtlinie²⁷⁷ und sind nahezu wortgleich. Insofern kann also auf die Ausführungen im ersten Teil verwiesen werden.

Nach der Regelung des Abs. 2 lit. c besteht, mit Ausnahme von Mietverhältnissen, kein Widerrufsrecht für Verträge, die den Bau oder Verkauf von Immobilien oder andere Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben. Grundlage hierfür sind die Vorgaben der Haustürwiderrufs-²⁷⁸ sowie die nahezu wortgleiche Formulierung der Fernabsatz-Richtlinie²⁷⁹. Die in lit. d enthaltene Ausnahme für die regelmäßige Belieferung mit Konsumgütern für den täglichen Bedarf wie das „Essen auf Rädern“ basiert auf selbigen Richtlinien²⁸⁰.

Die in Buchstabe (e) enthaltene Ausnahmeregelung betrifft Fälle, die der Definition „Vertragsabschluss im Fernabsatz“ im Sinne der Fernabsatz- und Finanzdienstleistungs-Richtlinie nicht unterfallen. Gemeint sind Fälle, in denen der Vertrag nur ausnahmsweise mittels Fernkommunikationsmitteln geschlossen wird. Buchstabe (f) enthält nach dem Vorbild der Finanzdienstleistungs-²⁸¹ und Fernabsatz-Richtlinie²⁸² eine Ausnahme für eine Reihe von Finanzdienstleistungen und andere Vertragsgegenstände, die typischerweise

²⁷⁴ Kritik zu Stellung und vor allem der von der Überraschungssituation unabhängigen Weite des Art. II. – 5:201 äußert Pfeiffer in ZEuP 2008, 679, 700.

²⁷⁵ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 388.

²⁷⁶ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 387 auf Basis der EnGH-Entscheidung C-229/04 (Gralisheimer Volksbank).

²⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 und 3.

²⁷⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a Haustürwiderrufs-RL; dort sind allerdings im Gegensatz zum DCFR ausdrücklich Mietverträge umfasst; zur Begründung DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 390.

²⁷⁹ Art. 3 Abs. 1.4. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

²⁸⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. b Haustürwiderrufs-RL und Art. 3 Abs. 2.1. Spiegelstrich Fernabsatz-RL; DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 390.

²⁸¹ Art. 6 Abs. 2 lit. a Finanzdienstleistungs-RL.

²⁸² Art. 6 Abs. 3.2. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

Preisschwankungen unterliegen. Die Ausnahme des lit. g für Auktionen ist wortgleich in der Fernabsatzrichtlinie zu finden²⁸³. Ebenso wortgleich übernommen wurde lit. h²⁸⁴.

(c) Ausnahme nach den Absätzen 3 und 4

Im Rahmen der nur auf Fernabsatzgeschäfte zugeschnittenen Ausnahmen des Absatzes 3 bestehen nur an wenigen Stellen Unterschiede zu den Richtlinien. So geht im Vergleich zur zugrunde liegenden Ausnahme der Fernabsatz-Richtlinie²⁸⁵ die Regelung hinsichtlich der Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen²⁸⁶ weiter. Diese enthält nun auch die Fälle der elektronischen Übermittlung, sofern die Daten kopiert bzw. weiterverbreitet werden können. Mit dieser Erweiterung sollen Missbrauchsmöglichkeiten durch den Verbraucher weiter eingeschränkt werden²⁸⁷.

Die in Absatz 4 der Vorschrift enthaltene Ausnahme stimmt inhaltlich mit der der Finanzdienstleistungs-Richtlinie²⁸⁸ überein²⁸⁹.

(d) Nicht enthaltene Ausnahmen

Der DCFR enthält an einigen Stellen allerdings Ausnahmen nicht, die in den Richtlinien vorgesehen sind. So besteht beispielsweise im Kontrast zur Haustürwiderrufs-Richtlinie²⁹⁰ ein Widerrufsrecht des Verbrauchers auch dann, wenn er den Verkäufer ausdrücklich zu sich bestellt. Berücksichtigt man die teils aggressiven Verkaufstaktiken der Händler, die oft nach Betreten der Wohnung auch noch eine Reihe weiterer Produkte anbieten, für die sich der Verbraucher zunächst gar nicht interessiert hatte, erscheint auch in solchen Situationen eine erhöhte Schutzbedürftigkeit zu bestehen²⁹¹. Die Regelung des DCFR ist deshalb zu begrüßen.

Ebenfalls existiert die in Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Haustürwiderrufsrichtlinie enthaltene, der Regelung durch die Mitgliedsstaaten vorbehaltene Wertgrenze nicht. Neben der durchwachsenen Akzeptanz bzw. Umsetzung dieser Regelung²⁹² besteht die Gefahr, dass der Verbraucher die Unterscheidung von kostenintensiven und -günstigen Geschäften eher verwirren würde. Gleichsam ist die so entstehende finanzielle (Mehr-)Belastung der Gewerbetreibenden begrenzt.

(2) Teilzeit-Wohnrechtverträge, Art. II. – 5:202

Ein Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen basierend auf der Teilzeitwohnrechte-Richtlinie (1994) enthält Art. II. – 5:202 Abs. 1. Eine Definition des

²⁸³ Art. 3 Abs. 1.5. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

²⁸⁴ Art. 6 Abs. 2 lit. b Finanzdienstleistungs-RL.

²⁸⁵ Art. 6 Abs. 3.4. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

²⁸⁶ Art. II. – 5:201 Abs. 3 lit. d DCFR.

²⁸⁷ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 393.

²⁸⁸ Art. 6 Abs. 2 lit. c Fernabsatz-RL.

²⁸⁹ Kritisch hierzu Egger-Lieber/Watson, GPR 2009, 7, 13.

²⁹⁰ Art. 1 Abs. 1.2. Spiegelstrich Haustürwiderrufs-RL.

²⁹¹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 394.

²⁹² DCFR Full Edition, Art. II. – 5:201, Comments, S. 394, Kritik durch Wendehorst, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 340.

Teilzeit-Wohnrechtevertrages ist – leider und im Gegensatz zu den Teilzeitwohnrechte-Richtlinien – allerdings nicht enthalten²⁹³.

Während der erste Absatz lediglich voraussetzt, dass ein Verbraucher ein Teilzeitwohnrecht von einem Unternehmen vertraglich eingeräumt bekommt, regelt Absatz 2 der Vorschrift mögliche Rückerstattungspflichten im Falle des Widerrufs. Genauer gesagt werden darin die Grenzen der vertraglichen Gestaltung solcher Rückerstattungspflichten festgelegt. So enthält Absatz 2 einen recht umfassenden Katalog an Voraussetzungen, die im Wesentlichen den Bestimmungen der alten Teilzeitwohnrechte-Richtlinie entsprechen²⁹⁴. Danach können zum Beispiel vom Verbraucher die Begleichung von Notarkosten oder Steuerverbindlichkeiten verlangt werden²⁹⁵. Abs. 2 S. 2 der Vorschrift gleicht inhaltlich Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie und lässt die Ausgleichspflicht nicht eintreten, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt wurde. Absatz 3 schließlich bestimmt, dass Anzahlungen des Verbrauchers während der Widerrufsfrist nicht gefordert²⁹⁶ und gegebenenfalls sofort zurückgezahlt²⁹⁷ werden müssen.

Anpassungsbedarf der Vorschrift im Hinblick auf die neue Teilzeitwohnrechte-Richtlinie besteht damit insbesondere bezüglich des Anwendungsbereichs sowie der Kostentragung. Die Regelungen der neuen Richtlinie sind dabei denen des DCFR vorzuziehen, da sie Verträge umfassen, die Verbraucher in ähnlicher Weise belasten²⁹⁸. Das Entfallen der mit dem Widerruf verbundenen Kosten bringt zwar eine Belastung der Gewerbetreibenden mit sich, die meist aus anderen Ländern kommenden Verbraucher sind m.E. allerdings schutzwürdiger.

(3) *Weitere Widerrufsrechte*

Darüber hinaus sind in der aktuellen Fassung des DCFR noch keine weiteren Widerrufsrechte enthalten. Das in der Lebensversicherungs-Richtlinie enthaltene Widerrufsrecht könnte jedoch in einem späteren Abschnitt zu Versicherungsverträgen in *Book IV* geregelt werden²⁹⁹. Ähnliches gilt für die (neue) Verbraucherkreditrichtlinie.

b) *Zwischenergebnis: Unterschiede zum geltenden EU Recht*

Der DCFR hat im Hinblick auf die Widerrufsrechte eine gute Balance zwischen Verbraucherschutz und Unternehmerinteressen gefunden³⁰⁰. Dass die sprachliche Ausgestaltung des DCFR von den Richtlinien abweicht und er inhaltlich teilweise über

diese hinausgeht, ist seinem Ziel als Referenzrahmen und der damit verbundenen Formulierung als direkt anwendbares Gesetz³⁰¹ geschuldet und durchaus positiv³⁰².

Im Einzelnen kann festgehalten werden, dass der DCFR nicht alle bestehenden Probleme lösen kann, vielfach die Rechtslage jedoch vereinheitlicht und damit greifbarer und vor allem verständlicher macht³⁰³. So bestehen auch nach den Regelungen des DCFR Defizite beispielsweise in Fällen, in denen im Rahmen einer Kaffeefahrt eine Verkaufsshow auf dem Betriebsgrundstück des Verkäufers stattfindet, bei der Verträge abgeschlossen werden. Insofern fällt der Vertrag weder in den Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie noch in den des DCFR³⁰⁴. Besserungen böte er gleichsam einem Verbraucher, der nach stundenlangen Verhandlungen im Geschäft die tatsächliche Bestellung über eine Hotline vornimmt³⁰⁵.

Die Neutralität des persönlichen Anwendungsbereiches in *Section 1* bedeutet effektiv keine bedeutende Abweichung vom Unionsrecht, da die besonderen Widerrufsrechte derzeit allesamt die Verbrauchereigenschaft voraussetzen. Damit bleibt als wohl größter Unterschied die einheitliche Frist inklusive der zwingenden Höchstfrist.

2. *Das Widerrufsrecht nach Acquis Principles*

Wie bereits festgestellt, basieren die Widerrufsregelungen des DCFR in weiten Teilen auf den Regelungen der Acquis Principles. Insofern soll im Folgenden vor allem auf die Unterschiede zum DCFR eingegangen werden.

a) *Struktur und Inhalt der Regelungen*

Die Acquis Principles regeln das Widerrufsrecht in der aktuellen Version in *Contract II, Chapter 5*.

aa) *Allgemeine Vorschriften*

(1) *Unabhängbarkeit, Art. 5:101*

Artikel 5:101 legt zunächst die Unabhängbarkeit der Regelungen der *Section* fest. Im Unterschied zu der korrespondierenden Vorschrift des DCFR ist eine Abweichung zugunsten der berechtigten Partei, dem Wortlaut zufolge, allerdings nicht möglich³⁰⁶.

²⁹³ *Zoll*, Der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Vollharmonisierung, S. 139.

²⁹⁴ Art. 5 Abs. 3 alte RL, so auch DCFR Full Edition, Art. II – 5:202, Comments, S. 405.

²⁹⁵ Dies ist, wg. Art. 8 Abs. 2 der neuen RL, unionsrechtlich nicht mehr möglich, s.o.

²⁹⁶ vgl. Art. 9 neue Teilzeitwohnrechte-RL.

²⁹⁷ Begründet wird das sowohl mit Verbraucher- als auch Unternehmensschutzsichtpunkten, DCFR Full Edition, Art. II – 5:202, Comments, S. 406.

²⁹⁸ beispielweise Ferienimmobilien-Tauschsysteme.

²⁹⁹ DCFR Full Edition, Art. II – 5:103, Comments, S. 354, s.o.

³⁰⁰ *Hesselink*, CFR & Social Justice, S. 34.

³⁰¹ *Zoll*, Der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Vollharmonisierung, S. 139.

³⁰² So können inefektive Regelungen des *acquis* überwunden werden, *Wigge-Flesner*, GPR 2011, 54, 55.

³⁰³ was wiederum positive Auswirkungen auf die Effektivität des Widerrufs hat, *Eidemüller*, ERCL 2011, 1, 24.

³⁰⁴ Beide setzen das Merkmal „*away from the business premises*“ voraus.

³⁰⁵ So bestünde gem. Art. II – 5:201 Abs. 1 DCFR ein Widerrufsrecht, das im Unionsrecht an Art. 2 Nr. 1 scheitert; Beispiel nach *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 340.

³⁰⁶ Acquis Principles, *Contract II*, Art. 5:101, Rn. 11, S. 238 zufolge soll die Abweichung zugunsten der berechtigten Partei allerdings doch möglich sein.

(2) *Ausübung, Art. 5:102*

Die Vorschrift des Art. 5:102 stimmt wortgleich mit der entsprechenden Vorschrift des DCFR überein, es ist also eine – unbegründete – Mitteilung (*notice*) erforderlich.³⁰⁷ Rücksendung des Vertragsgegenstandes genügt, sofern sich aus den Umständen nicht ein anderes ergibt.

(3) *Widerrufsfrist, Art. 5:103*

Die Vorschrift des Art. 5:103 steht neben einer ebenfalls 14-tägigen Widerrufsfrist ausdrücklich vor, dass hiervon – im Hinblick auf spezielle Widerrufsrechte – Abweichungen möglich sind.³⁰⁸ Darüber hinaus stimmen die Regelungen, trotz unterschiedlicher Reihenfolge jedenfalls inhaltlich überein.³⁰⁹

(4) *Informationspflichten, Art. 5:104*

Genauso basiert Art. II. – 5:104 DCFR auf der entsprechenden Bestimmung der Principles und ist inhaltlich identisch.³¹⁰ Statt der dort geforderten Belehrung in „*clear and comprehensible language*“, verwenden die Acquis Principles „*plain and intelligible*“, meinen allerdings letztlich dasselbe.³¹¹

(5) *Rechtsfolgen, Art. 5:105*

Gemäß Art. 5:105 Abs. 1 S. 1 entfallen aufgrund wirksamen Widerrufs die vertraglichen Pflichten.³¹² Eine Entscheidung, ob die Wirkung *ex tunc* bzw. *ex nunc* eintreten soll, enthält weder die Vorschrift selbst noch deren Kommentierung.

Satz 2 zufolge müssen die erhaltenen Leistungen jeweils auf Kosten der Parteien zurückgewährt werden.³¹³ Kosten, die über die Rücksendung der empfangenen Leistungen hinausgehen, dürfen der berechtigten Partei allerdings nicht entstehen, es sei denn, dass Wertminderungen durch den Gebrauch der Sache – außerhalb des Ausprobierens – eingetreten sind, obwohl die Partei über ihr Widerrufsrecht belehrt worden war. Insofern lauten die Regelungen abermals gleich. Hinsichtlich der Haftung für Beschädigungen der Sache, die nach der vorliegenden Vorschrift nicht eintritt, sofern der Widerrufende

³⁰⁷ Eine dem Art. I. – 1:109 DCFR entsprechende Vorschrift, die „*notice*“ klar definiert, fehlt hingegen *grey rule* in Art. I:301 ACQP; die vorherige Version (Contract I) enthielt den Begriff der „*notice*“ überhaupt nicht.
³⁰⁸ Obgleich nach dem DCFR auch möglich, schafft dies eine klare Grundlage für spätere, etwaig längere Fristen für z.B. Lebensversicherungen, vgl. bereits oben, S. 31.

³⁰⁹ Denn der Unterschied in der Formulierung, „*both the contract has been concluded and notice [...] has been given*“ soll wohl kaum bedeuten, wenn man es mit dem DCFR vergleicht („*any time after the conclusion*“), dass die berechnete Partei vor Belehrung überhaupt nicht widerrufen darf. In diesem Sinne auch Acquis Principles, Contract II, Art. 5:103, Rn. 8, S. 251; gemeint ist Rn. 9 zufolge allein der Beginn der Widerrufsfrist.

³¹⁰ Im Vergleich zur Vorversion in Contract I, wurde der vorliegende Artikel allerdings sprachlich an die Formulierung des DCFR angepasst („*adequate information*“ statt „*reasonable notice*“).

³¹¹ Acquis Principles, Contract II, Art. 5:104, Rn. 2, S. 257; DCFR Full Edition, Art. II. – 5:104, Comments, S. 367.

³¹² Art. II. – 5:105 Abs. 1 DCFR ist diesbezüglich etwas genauer, indem klargestellt wird, dass der Vertrag als solcher nicht mehr besteht.

³¹³ Dies folgt letztlich auch aus Art. II. – 5:105 Abs. 2 i. V. m. III. – 3:510 Abs. 1 DCFR.

angemessene Vorsicht hat walten lassen, geht der DCFR noch weiter.³¹⁴ Auch eine dem Art. II. – 5:105 Abs. 7 entsprechende Regelung für Allind-Lieferungen fehlt.³¹⁵

(6) *Verbundene Verträge, Art. 5:106*

Abgesehen davon, dass der DCFR, wie festgestellt, auch „*other assets*“ als mögliche Vertragsgegenstände umfasst, stimmt auch diese Vorschrift weitestgehend mit Art. 5:106 der Principles überein. Das Erfordernis der wirtschaftlichen Einheit berücksichtigend die Principles schon in Absatz 2, während der DCFR von einer wirtschaftlichen Verbindung erst im Auffangtatbestand des Art. II. – 5:106 Abs. 2 lit. d spricht. Die (wohl überflüssige) Ergänzung des Art. 5:106 Abs. 3 lit. c. a.E.³¹⁶, welche das Erfordernis der wirtschaftlichen Einheit nochmals betont, wurde nicht in den DCFR übernommen.

bb) *Besondere Vorschriften*

Die soeben dargestellten allgemeinen Vorschriften werden von den Artikeln 5:A-01 bis 5:C-02 gefolgt, die die weiteren Voraussetzungen für die einzelnen Widerrufsrechte betreffen.

(1) *Vertragsschlüsse außerhalb der Geschäftsräume, Art. 5:A-01*

Das Widerrufsrecht für Vertragsabschlüsse, die außerhalb der Geschäftsräume verhandelt wurden, gleicht in Absatz 1 weitestgehend den Regelungen des DCFR.³¹⁷ Der folgende Absatz betrifft eine nicht weiter spezifizierte Wertgrenze für Verträge, die nicht mit Fernkommunikationsmitteln geschlossen wurden. Eine solche Regelung ist mit geltendem Unionsrecht vereinbar, findet sich aber nicht in der entsprechenden DCFR Vorschrift.³¹⁸ Die weiteren Absätze sind wiederum inhaltlich gleichlaufend.³¹⁹

(2) *Teilzeit-Wohnrechtverträge, Art. 5:C-01 und Art. 5:C-02*

Interessanterweise³²⁰ gleicht auch Artikel 5:C-01 der korrespondierenden DCFR Vorschrift, die sich noch auf die alte Teilzeitwohnrechte-Richtlinie bezieht.³²¹ Insbesondere die Ausgleichspflichten im Falle des Widerrufs, die die Acquis Principles in Art. 5:C-02 festhalten³²², stehen im klaren Widerspruch zur neuen Richtlinie.³²³ Auch Anpassungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs fehlen bislang.

³¹⁴ Eingeschlossen sind neben „*damage*“ auch „*destruction* und vor allem „*loss*“.

³¹⁵ Dies findet sich allerdings in Art. 5:A-02 ACQP.

³¹⁶ Die auf Art. 3 lit. n der (neuen) Verbraucherkredit-RL basierende Formulierung entbringt sich hinsichtlich der vorausgesetzten wirtschaftlichen Einheit bzw. Verbindung in Art. 5:106 Abs. 2 ACQP bzw. Art. II. – 5:106 Abs. 2 lit. d DCFR.

³¹⁷ Hiernach sind freilich noch „*other assets*“ und persönliche Sicherheiten umfasst.

³¹⁸ Dazu schon im Rahmen der „nicht [im DCFR] enthaltene[n] Ausnahmen“, S. 40.

³¹⁹ Art. 5:A-01 Abs. 5 spricht allerdings, im Gegensatz zum DCFR, von „*express and informed request of the consumer*“. Dies bedeutet ggf. eine Besserstellung des Verbrauchers ggü. d. zugrunde liegenden Art. 6 Abs. 2 lit. c Finanzdienstleistungs-RL.

³²⁰ Schließlich wurde die neue Teilzeitwohnrechte-RL in den Kommentierungen bereits berücksichtigt.

³²¹ DCFR Full Edition, Art. II. – 5:202, Comments, S. 403.

³²² Inhaltlich identisch mit Art. II. – 5:202 Abs. 2 DCFR.

³²³ vgl. Acquis Principles, Contract II, Art. 5:C-02, Rn. 1, S. 294.

b) Zwischenergebnis: Unterschiede zum DCFR und geltenden EU Recht

Die Vorschriften von DCFR und Acquis Principles stimmen weitestgehend inhaltlich überein. Insofern kann in Bezug auf die Unterschiede zum Unionsrecht auf die Ausführungen zum DCFR verwiesen werden. Die bestehenden Diskrepanzen verstoßen jedenfalls nicht gegen die Vorgaben der Richtlinien.

IV. Fazit

Nachdem sich zahlreiche Expertengruppen mit dem *acquis communautaire* des europäischen Privatrechts über Jahre hinweg befasst haben, scheint die Zukunft in Richtung weiterer Harmonisierungen auf europäischer Ebene greifbarer denn je. Mit den seit 2009 vorliegenden, kommentierten Auflagen des DCFR und der Acquis Principles (*Contract II*) lässt sich ein Vergleich zum geltenden EU Recht anstellen sowie ein Ausblick wagen, ob und wieweit diese Instrumente für kommende Rechtssetzungsverfahren im Bereich des Widerrufsrechts genutzt werden könnten.

Ob die teilweise schon abgeschlossenen³²⁴, teilweise noch laufenden³²⁵ Überprüfungen der den Gegenstand dieser Arbeit betreffenden Richtlinien tatsächlich einen *bedeutsamen* Schritt zur Verbesserung der Rechtslage beitragen werden, lässt sich derzeit leider bezweifeln. Schon jetzt aber lässt sich feststellen, dass als Grundlage für darüber hinaus gehende, zukünftige Rechtsetzung auf diesem Gebiet die Regelungen des DCFR und der ACQP als brauchbare Grundlage dienen können³²⁶. Sie regeln das Widerrufsrecht in den wichtigsten Facetten einheitlich und harmonisieren damit das Wirrwarr der unterschiedlichen unionsrechtlichen Vorgaben. Ob die konkreten Ausgestaltungen beider Regelwerke in näherer Zukunft tatsächlich als *verbindliche* Grundlage für die Formulierung von Richtlinien dienen werden, ist jedoch in zweierlei Hinsicht fraglich. Erstens würde bei vorgegebenen Formulierungen die Grenze zur Verordnung verwischt oder gar überschritten³²⁷. Zweitens zeigt die aktuelle Entwicklung um die Verbraucherrichtlinie, dass die Regelungen nicht in dem Maß Eingang finden³²⁸, wie von der Kommission ursprünglich angekündigt³²⁹. Einen bedeutsamen Wert im Hinblick auf Zusammenfassung und Verbesserungsmöglichkeiten der geltenden Vorschriften, kann man den Werken allerdings auf keinen Fall absprechen.

Es wäre wünschenswert, wenn im Rahmen der Weiterentwicklung des Widerrufsrechts überdacht würde, ob nicht Finanzdienstleistungsverträge auch außerhalb des Fernabsatzes widerrufbar sein sollten. Schließlich sind diese ebenso komplex. Gleiches gilt für Verträge, die in Haustürsituationen ausgehandelt und später im Wege von

³²⁴ So im Falle der Teilzeitwohnrechte-RL 2008 und Lebensversicherungs-RL 2009.

³²⁵ Z.B. Vorschlag der Kommission für die Verbraucher-RL, KOM(2008) 614 endg., aao.

³²⁶ *Twigg Flesner* spricht gar von einem „*significant milestone*“ in Hinblick auf den DCFR, GPR 2011, 54.

³²⁷ *Zoll*, Der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Vollharmonisierung, S. 140.

³²⁸ Der Vorschlag der Kommission enthält insofern keinen Hinweis auf den DCFR.

³²⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht - Ein Aktionsplan vom 12. Februar 2003, KOM(2003) 68 endg. ABl. C 63/1, insbesondere S. 19.

Fernkommunikationsmitteln geschlossen wurden, da die Beeinflussung durch den Gewerbetreibenden insoweit noch fortwirkt.

1. Unterschiede zum Unionsrecht

Zwischen geltendem Unionsrecht und den damit verglichenen Werken bestehen Unterschiede, die bereits aufgezeigt worden sind. Bei diesem Vergleich konnten letztlich nur Haustür-, Fernabsatz- und Finanzdienstleistungs-Richtlinie herangezogen werden, da die anderen Richtlinien nicht oder jedenfalls nicht in der geltenden Fassung Eingang in die Regelwerke gefunden haben.

Zentraler Unterschied und gleichsam größte Verbesserung ist dabei im System der „vor die Kammer gezogenen“ allgemeinen Regelungen die einheitliche Widerrufsfrist sowie die Höchstfrist von einem Jahr. Weitere Vorteile birgt die einheitliche Regelung der Rechtsfolgen, die so auch ohne Kenntnis des jeweiligen nationalen Rechts verstanden werden können.

2. Kritik an DCFR und ACQP

Die von einigen Autoren geäußerte Kritik³³⁰ hinsichtlich der Widerrufsregelungen des DCFR³³¹ ist zwar in einigen Punkten gerechtfertigt. Insbesondere würde die streckenweise ungenaue Formulierung bei einer tatsächlichen Anwendung der Vorschriften Schwierigkeiten bereiten. Ebenso muss die Verweisung auf die Rechtsfolgen der *termination* hinterfragt werden, da sie in einigen Punkten für den Verbraucher weniger attraktiv sind.

Insgesamt bringt die Vereinheitlichung der verwirrenden und sehr unterschiedlichen Regelungslage beträchtliche Verbesserungen für den Verbraucherschutz sowie den Binnenmarkt³³² mit sich. Trotz der herausgearbeiteten Schwachstellen von DCFR und Acquis Principles, würde ohne diese Werke ein brauchbarer Grundstein für die Vereinheitlichung – nicht nur des Widerrufsrechts – und damit verbundene Diskussionen gänzlich fehlen...

³³⁰ beispielsweise *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, S. 350 f.

³³¹ und damit, letztlich, auch hinsichtlich der Acquis Principles.

³³² So auch *ATZ*, GPR 2009, 171 f.

Veröffentlichungen, laufende Forschungsprojekte

und Auszeichnungen aus dem

European Legal Studies Institute

Veröffentlichungen

Mateusz Badowski

2010

Implementation of the INSPIRE-Directive in Germany and Poland – Legal Point of View, in: Gartener G., Orttag F., Cartography in Central and Eastern Europe, Springer 2010, S. 107-117.

Polska ustawa o infrastruktury informacyjnej przestrzeżonej na nieumiejętnie doświadczeń, Tagungsband: XVI edycja konferencji GIS w praktyce, 9.06.2010, Warschau.

2011

Mitarbeit bei: Lipowicz, I., Schneider, J-P., Perspektiven des deutschen, polnischen und europäischen Informationsrecht, Göttingen 2011.

Prof. Dr. Christian von Bar

2010

Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code). Unjustified Enrichment (PEL Uni-Enr.) (zusammen mit Stephen Swann) München: Sellier European Publishers, Brüssel: Bruylant, Berner: Stämpfli, Oxford: Oxford University Press 2010 (xxxvi, 739 S.)

Ein „Werkzeugkasten“ für das Europäische Privatrecht?, in: Europäische Methodik. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (erschienen Stuttgart u.a. 2010) S. 11-25

Ersatz von Nichtvermögensschäden auch zugunsten von juristischen Personen?, in: *Ius est ars boni et aequi*. Festschrift für Stanisława Kalus (Frankfurt/Main 2010) S. 67-88

Europäische Techniken zur Begrenzung der Deliktshaftung unter Straftäter, in: Festschrift für Michael Stathopoulos (Athen 2010) Vol. 1, S. 143-157

Draft Common Frame of Reference and its Book VI „Non-contractual Liability“ as toolbox for European Private Law (in chinesischer Sprache), in: *Jurist (Renmin Law Review)* 2009 (erschienen 2010) 51-67.

To euronaičko iđotnao đikao se đivaikaota eđlađe. Oi ōemeaiđeug Kanōveg tou Euronaičou Akaaiou tan Souđaōeug (PECL), Oi Ipiōruoi Kanōveg (Model Rules) ġa ta Euronaičō Iđotnao Đikao kai to Konō Pliatno Avapopōg (CFR), in: *Digesta* 2009 (erschienen 2010), 107-117

Außervertragliche Haftung für den einem Anderen zugefügten Schaden, in: *ERPL* 2010, 205-225

Die Rolle der juristischen Zeitschriftenliteratur bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa, in: *Iuridica International* 2010 S. 4-10

Desde el proyecto del marco común de referencia hacia un reglamento?, in: *Notario. Revista del Colegio Notarial de Madrid* 32 (Julio-Agosto 2010) S. 124-127

Das Europäische Projekt eines Gemeinsamen referenzrahmens. Ein „Werkzeugkasten“ für das Europäische Privatrecht – oder doch mehr?, in: *Tijdschrift voor Privatrecht (TPR)* 2009 S. 1850-1871 (erschienen 2010)

Europeanisation of Law: Harmonisation or Fragmentation? in: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 5/2010 S. 516-518

2011

Vom Schuld- zum Sachenrecht. Schritte zur Herausbildung eines europäischen Privatrechtssystems
in: *Festschrift till Torngy Håstad* (Stockholm 2011) S. 23-41

The Notion of Damage
in: *Hartkamp u.a. (eds.), Towards a European Civil Code*
(4. Aufl. Alphen aan de Rijn 2011) S. 387-399 (in einer älteren Fassung vom Verlag vorab elektronisch veröffentlicht in SSRN:
<http://ssrn.com/abstract=1542517>)

Is the Draft Frame of Reference compatible with the position of the Council?
in: *Jan Kleineman (ed.), A Common Frame of Reference for European Contract Law* (Stockholm 2011) S. 17-25

Rechtsvergleichende Beobachtungen zum ineinandergreifen von Vertrags- und Deliktstrrecht in Europa

in: *Reiner Schulze (Ed.), Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law* (Munich 2011) S. 201-212.

European Private Law – Current Status and Perspectives for European Private Law: As much diversity as possible, as less uniformity as necessary?

in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke (Eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (Munich 2011) S. 265-267

Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa
in: Deutschland und Polen in der Europäischen Rechtsgemeinschaft (oben, III 13) S. 3-11.

The Draft Common Frame of Reference: scope and purpose
in: Vincent Saegert, Mathias Strome and Evelyne Terryn (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: National and comparative perspectives* (Cambridge 2012) S. 3-6.

Wywiad z Christianem von Barem. Interview zur Entwicklung des Europäischen Privatrechts, geführt von Wojciech Dajczak
in: *Forum Prawnicze* 3 (5) (Mai 2011) S. 3-8

Materialien zu dem „Sonderkolloquium mit Professor Christian von Bar über die Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts und die Aufgabe unserer Zivilrechtswissenschaft“
in: *Korean Journal of Civil Law* 53 (March 2011) S. 265-327

Bericht über das Kolloquium mit der Sonderkommission des koreanischen Justizministeriums über die Reform des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuches im Hinblick auf die Fertigstellung des DCFR
in: (Korean) *Lawyers Association Journal* 2011 S. 352-362

Deutschland und Polen in der Europäischen Rechtsgemeinschaft (herausgegeben mit Arkadiusz Wudarski) (München: Sellier European Law Publishers 2012) XI, 791 S.

Carin Behnen

2011

Die Haltung des falsus procurator im IPR – nach Geltung der Rom I- und Rom II-Verordnungen, *IPRax* 2011, S. 221-229.

Prof. Dr. Christoph Busch

2010

DIN-Normen für Dienstleistungen - Das europäische Normungskomitee produziert Musterverträge, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2010, 3061-3066.

2011

Kapitel „Lauterkeitsrecht in Europa: Acquis communautaire“, in: Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht in Europa*, Sellier, München 2011, S. 1-66

Kapitel „Unlauterer Wettbewerb“, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter Europäischem Einfluss*, 2. Auflage, Boorberg, Stuttgart 2010, S. 1247-1347

Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2011, 655-662.

Prof. Dr. Stamatia Devetzi

2010

Kommentierung der Art. 11-16 VO 883/04, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), *EU-Sozialrecht*, Kommentar, Losebl., Berlin, 2010

„Das Europäische koordinierende Sozialrecht auf der Basis der VO (EG) 883/04“, in: „Sozialrecht in Europa“, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Band 59, Berlin 2010, S. 117-137

2011

„Too sick to work? Reforms in European social security systems for persons with reduced earnings capacity“ (Herausgeberin, zusammen mit Sara Stendahl), *Kluwer Law International*, Alphen aan den Rijn, 2011

„Reforms of incapacity benefit systems in Europe“, in: Devetzi/Stendahl (Hrsg.), „Too sick to work? Reforms in European social security systems for persons with reduced earnings capacity“, Alphen aan den Rijn, 2011, S. 175-184

„Comparing legal reforms and legal strategies“ (zus. mit Stendahl), in: Devetzi/Stendahl (Hrsg.), „Too sick to work? Reforms in European social security systems for persons with reduced earnings capacity“, Alphen aan den Rijn, 2011, S. 167-174

„Introduction“ (zus. mit Stendahl), in: Devetzi/Stendahl (Hrsg.), „Too sick to work? Reforms in European social security systems for persons with reduced earnings capacity“, Alphen aan den Rijn, 2011, S. 1-9

„The social security of moving researchers – interpretation issues and applicable legislation“, in: Berghman/Schoukens (Hrsg.), „The social security of moving researchers“, Leuven 2011, S. 43-58

Prof. Dr. Oliver Dörr2011

Kommentierung von Art. 40 EUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 46. EL 2011

Kommentierung der Art. 50-55 EUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 45. EL 2011

Kommentierung von Art. 47 EUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 44. EL 2011

Die EuGH-Rechtsprechung zum Glücksspielrecht und die Folgen für das deutsche Sportwettennomopol, JURA 2011, S. 681-690 (mit Jan Christian Urban)

Das europäisch determinierte Vergaberecht - eine Agenda für Wettbewerb und Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, in: Kurth/Baum-Rudischhauser (Hrsg.), Ressource Abfall - Entwicklung, Bedeutung und Zukunft der Entsorgungswirtschaft, 2011, S. 226-242

Galateia Kalouta2011

Die Verbraucherinsolvenz in Griechenland (mit Thorsten Tepassee) in: VersRAI 52 (2011), S. 10-16

Die rechtliche Natur der Küsten Griechenlands in: VersRAI 52 (2011), S. 54-59.

Dr. Geo Magri2010

Voce Scritture Teatrali, in Digesto delle discipline privatistiche sezione civile Ag-giornamento 2010

2011

La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti ed obblighi di restituzi-
zione, Napoli, 2011.

Il contratto tra artista lirico e fondazione lirico-sinfonica: un caso peculiare di usi
integrativi del contratto in Aedon, 2, 2011

Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore, al-
cune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29/CE nel nostro
ordinamento, in Riv. dir. civ., 2011, II, 269-305.

Voce Beni culturali, in Dizionario di diritto privato diretto da Irti, Milano, 2011

Disposizioni transitorie, Commento sub art. 72 legge di riforma del diritto interna-
zionale privato (L. 218/95), in Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale,
a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Crotona, Vol. I: Diritto internazionale
privato, Torino, 2011, 1345-1347

Abrogazione di norme incompatibili, Commento sub art. 73 legge di riforma del di-
ritto internazionale privato (L. 218/95), in Atti notarili nel diritto comunitario e
internazionale, a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Crotona, Vol. I: Diritto
internazionale privato, Torino, 2011, 1347-1355

Entrata in vigore, Commento sub art. 74 legge di riforma del diritto internazionale
privato (L. 218/95), in Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale, a cura di
F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Crotona, Vol. I: Diritto internazionale privato,
Torino, 2011, 1355

Il regolamento CE 45/01 ed il Garante europeo dei dati personali, in Atti notarili
nel diritto comunitario e internazionale, a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di
Crotona, Vol. III: Diritto comunitario, Torino, 2011, 439-459.

Voce Beni culturali, in Digesto delle discipline privatistiche sezione civile Aggior-
namento 2011

Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA)2011

Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich. Eilverfahren
und Urteilsimplimentation im objektiv-rechtlich geprägten Kontrollsystem,
Nomos, Baden-Baden 2011, 393 Seiten (Dissertation).

Les recours en annulation du concurrent évincé en Allemagne contre les marchés
publics déjà conclus, Droit et Ville Nr. 71 (2011), S. 199-214.

Rezension von *Christoph Herrmann*, Das französische Staatshaftungsrecht
zwischen Tradition und Moderne, DVVBl. 2011, S. 1019.

José Carlos de Medeiros Nóbrega2010

Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an beweglichen Sachen in Deutschland
und Portugal, Nordstedt: BOD 2010, 100 S.

2011

Caramelo-Gomes/Nóbrega, National Report on the Transfer of Movables in Portugal, in: *Faber/Lurger* (Hrsg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Bd. IV, München: seller european law publishers 2011, S. 581-723.

Lurger/Faber et al. (-Nóbrega), Principles of European Law – Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq.), München: seller european law publishers; Bern: Staempfli 2011; Oxford: Oxford University Press 2011.

Sonderdruck *Nóbrega*, Introduction [Rethinking the Portuguese private law in the light of the Europeanisation of law], München: seller european law publishers 2011, S. 589-598, abrufbar unter http://www.ejls.uos.de/files/Carlos_Nobrega_About_legal_research_on_Portuguese_private_law.pdf.

O direito à remuneração na gestão de negócios: um exemplo de estudo à luz do direito português e do Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR), in: *Garcia* (Hrsg.), Estudos sobre incumprimento do contrato, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, S. 29-50.

Rezension zu Jürgen Samtleben: Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive, in: GPR 4/2011, S. 214.

Hochstrichterliche Rechtsprechung in Österreich und das UN-Kaufrecht: IIVO-Exkursion nach Wien im September 2009, in: IIVO 16 (2009/2010), S. 121.

Rezension zu João Manuel Fernandes, Das portugiesische Straßengesetzbuch – Código Penal Português, in: ZIS 11/2011, S. 972-973. Abrufbar unter http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_11_637.pdf.

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling2011

Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen: Der von Klaus Stern und Florian Becker herausgegebene Grundrechte-Kommentar, in: DVBl 2011, S. 1-6.

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke2010

EU Compendium Fundamental Rights and Private Law, A Practical Tool for Judges (with forewords by Viviane Reding and Andzej Zoll), Sellier, München 2010.

Formularbuch Vertragsrecht: Verträge, Musterschriftsätze, 3. Aufl. München 2010.

Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz: Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag (herausgegeben zusammen mit F. Christian Genzow, Barbara Grunewald), Köln 2010.

Bausteine aus der Wissenschaft für die englische Vertragssprache. Der Gemeinsame Referenzrahmen als Toolbox für die Vertragsgestaltung, in: Festschrift von Westphalen, Köln 2010, S. 609-620.

Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl. Baden-Baden 2010.

2011

Kommentierung von Vor §§ 305-310, §§ 305-310, 312-312i, 675-676c übernommen von Prof. Dr. Jörn Eckert f: §§ 854-872, 903-905; 929-1011, 1030-1089, 1204-1296, in: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, herausgegeben von Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger, 7. Auflage 2012

European Private Law: Current Status and Perspectives (herausgegeben zusammen mit Reiner Schulte), München 2011

Zulässigkeit der Freizeichnung von der Einstandspflicht des Reiseveranstalters für Bahnverspätungen bei Rail & Fly-Tickets, zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 28.10.2010 - Xa ZR 46/10, ZGS 2011, 352-354

European Law Institute gegründet, ZGS 2011, 337

Die Fristsetzungsfälle des deutschen Rechts schlägt wieder zu, ZGS 2011, 385

Der EuGH gestaltet das Kaufrecht radikal um, ZGS 2011, 289

Ortsgelundene Dauerschuldverhältnisse und Umzug des Verbrauchers - Zweiter Akt, ZGS 2011, 145 (Editorial)

Doch keine neue Vollharmonisierungsrichtlinie zu AGB und Verbrauchgüterkauf - Neue Richtlinie zu Fernabsatz- und Haustürgeschäften kommt, ZGS 2011, 1 (Editorial)

Umzug und Festnetz-Telekommunikationsverträge, ZGS 2011, 97

Europäisches Kaufrecht 10 Jahre nach der Schuldrechtsreform - ein Kreis schließt sich, ZGS 2011, 481

Der Blue Button kommt, ZEUP 2011, 749-755

Magda Schusterova2011

Reservatum rusticum – Ausgedinge in der tschechischen Rechtsordnung, in: *Proměny soukromého práva. Sborník příspěvků z konference ke 200. výročí vydání ABGB*, Ladislav Voják, Jaromír Tauchen, Karel Schelle (Hrsg.), Brno 2011, S. 148-157.

Preamble im Fokus- Anmerkungen zum Vorpruch des Podiebradschen Friedensvertrages, in: *Journal of European History of Law*, Vol. 2, Nr. 2, London 2011, S. 110-116.

Thorsten Tepasse2011

Die Verbrauchersolvvenz in Griechenland (mit Galateia Kalouta)
in: *VersRAI 52* (2011), S. 10-16

Jan Christian Urban2011

Die EuGH-Rechtsprechung zum Glücksspielrecht und die Folgen für das deutsche Sportwettennopol, *JURA 2011*, S. 681-690 (mit Prof. Dr. Oliver Dörr)

Prof. Dr. Albrecht Weber2011

Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion in der Finanzkrise, in: *EuzW 24/2011*, S. 935-940

A la busca del jurista europeo, Text der Abschiedsvorlesung vom 25.6.2010 in der Übersetzung von Jaime Nicolás Muñiz, in: *REDC 3/2011*, S. 11-23

Prof. Dr. Fryderyk Zoll2010

Abstrakte Verfügungsgeschäfte im polnischen Recht. Die Abhängigkeit der beschränkten dinglichen Rechte vom schuldrechtlichen Grundverhältnis, in: *Festschrift für Stanisława Kalus*, Peter Lang 2010, s. 699 – 707.

Der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Vollharmonisierung, in: *M. Stürner, Vollharmonisierung im Europäischen Verbrauchrecht*, Sellier 2010, s. 133 - 141.

From the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to the current EU contract law debate (mit Hans Schulte – Nölke und Christoph Busch), a note for the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, Brussels 2010, pp. 3 – 24;

Non – Discrimination and European Private Law, in: Ch. Twigg-Flesner, *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge University Press 2010, s. 298 – 313.

2011

The Influence of the Chosen Structure of the Draft for the Optional Instrument on the Functioning of the System of Remedies, in: R. Schulze/ J. Stuyck, *Towards a European Contract Law*, Sellier 2011, s. 151-160.

A Need for a New Structure for European Private Law, in: R. Brownsword/ H.-W. Micklitz/ L. Niglia/ St. Weatherill, *The Foundations of European Private Law*, Oxford 2011.

Europäisches Vertragsrecht (gemeinsam mit Reiner Schulze), 1. Aufl. Baden-Baden 2011.

Forschungsverbände

Prof. Dr. Christian von Bar

Study Group on a European Civil Code/ Academic Draft Common Frame of Reference of European Contract Law; CoPECL-Netzwerk; Ständiges Seminar zum Gemeineuropäischen Sachenrecht

Sonderberater der Vizepräsidentin der Europäischen Kommission Viviane Reding on strategic issues for developing the European area of Justice and Fundamental Rights 2010-2014.

Mitglied im Council des European Law Institute seit 2011

Prof. Dr. Christoph Busch

Forschungsstelle zum Europäischen Dienstleistungsrecht

Prof. Dr. Oliver Dörr

Osnabrück Jean-Monnet Centre of Excellence in European Studies gefördert von der Europäischen Kommission

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

EU-Exzellenznetzwerk „Joint Network on European Private Law“ (CoPECL-Netzwerk) im 6. EU Forschungsrahmenprogramm (Academic Draft Common Frame of Reference of European Contract Law und begleitende Forschungen), Koordination; European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), Koordination

Tagungen am ELSI

Tage des europäischen Rechts 2011: Am 30. Juni und 1. Juli 2011 fanden am ELSI die "Tage des Europäischen Rechts" statt, auf denen die Entwürfe für ein europäisches Vertragsrecht diskutiert wurden. Die Konferenz wurde gemeinsam mit dem "Centrum für Europäisches Privatrecht" der Universität Münster organisiert; es nahmen führende Rechtswissenschaftler aus ganz Deutschland, unter ihnen wichtige Kritiker der Gesetzgebungsarbeiten, teil.

Projektworkshop Staatshaftung in Europa/Public Liability in Europe (14.-15.4.2011): Vorträge und Diskussion zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, der Relevanz von Verschulden, den Besonderheiten einer Haftung für Legislativhandeln, der Staatshaftung ohne Normverstoß und zur Rezeption der EuGH-Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten.

Öffentlicher Workshop der Forschergruppe „Bürgerschaft und Zugehörigkeit in Europa“ am 18.6.2011: Doktorandenvorträge zu sozialer Bürgerschaft, den Konflikten zwischen religiöser und nationale Zugehörigkeit von Muslimen und zu Legitimationskonzepten in der EU.

Auszeichnungen

Professor Dr. Dr. h.c.mult. Christian von Bar

Goldene Verdienstmedaille der Schlesischen Universität zu Katowitz 2011;
Honorarprofessor an der Jan Długosz Universität Tschestochau 2011

Mateusz Badowski

(akademisches Jahr 2010/2011) ausgezeichnet mit dem Förderpreis des Verkehrsvereins Stadt und Land Osnabrück e.V. (VVO) für herausragende Arbeiten auf dem Gebiet internationale Bedeutungssteigerung des Universitätsstandortes Osnabrück (gemeinsam mit Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski)

José Carlos de Medeiros Nobrega

(akademisches Jahr 2011/2012) ausgezeichnet mit dem Förderpreis des Verkehrsvereins Stadt und Land Osnabrück e.V. (VVO) für herausragende Arbeiten auf dem Gebiet internationale Bedeutungssteigerung des Universitätsstandortes Osnabrück