

Heinrich Honsell^{*)}

Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht

*Die Privatrechtsdogmatik und die Privatautonomie sind ein wichtiges Erbe unserer lateinisch geprägten Zivilisation. Heute sind diese Werte von Erosion bedroht durch eine zunehmend verflachende Gesetzgebung, insbesondere aufgrund europäischer Vorgaben. Die EG erlässt Richtlinien z. B. über Produkthaftung, Pauschalreisen, Haustürwiderruf, Fernabsatz, Verbrauchsgüterkauf, Verbraucherkredit, über Wertpapierdienstleistungen, Gesellschaftsrecht u.v.a., ohne hierfür eine Kompetenz zu besitzen. Sowohl die Kompetenz für Harmonisierungsrichtlinien nach Art. 95 und 96 EG als auch die Kompetenzartikel zu den Grundfreiheiten werden in einer Weise ausgeweitet, die auch durch eine extrem extensive Auslegung nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Auch die Prinzipien des Art. 5 EG (beschränkte Einzelermächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit) werden nicht beachtet. Der EuGH lässt diese Übergriffe zu und spielt zunehmend die Rolle eines gouvernement des juges. Die Richtlinien sind legistisch häufig mangelhaft, zu zahlreich, zu lang, zu kasuistisch, schwer verständlich und extrem änderungsanfällig. Der vielleicht schädlichste Angriff auf die Rechtskultur des Zivilrechts sind die Straf- und Präventionsansätze, welche die EU aus dem US-Recht rezipiert, z. B. im Wettbewerbsrecht. Das jüngste Beispiel einer Kompetenzanmaßung sind die geplanten Strafen zur Durchsetzung niedriger CO₂-Werte von Autos. Nicht beifallswert ist schließlich der Entwurf eines Europäischen Zivilkodex mit dem *acquis communautaire* als *nucleus*. Damit wird das Pferd vom Schwanz aufgezäumt. Denn es liegt auf der Hand, dass die Rechtsvereinheitlichung beim Obligationen- und Handelsrecht beginnen muss, nicht bei einer Verallgemeinerung des Verbraucherrechts.*

I. Historische Grundlagen des Privatrechts

Das BGB ist eine Kodifikation von Weltrang, die mehreren Ländern als Vorbild gedient hat. Sieht man davon ab, dass seine Sprache bisweilen zu abstrakt und technisch ist, so spricht aus ihm noch heute die begriffliche Klarheit und Einfachheit des römischen Rechts, in dessen Tradition auch die Zivilrechtskodifikationen der meisten anderen europäischen Länder stehen.

Dieses BGB ist heute mehrfach von Erosion bedroht. Neben den Zentrifugalkräften, denen jede Kodifikation alsbald durch Gerichte und Wissenschaftler ausgesetzt ist, die wie die Zwerge im Berge eifrig auslegen, anpassen, korrigieren und fortbilden, resultiert eine Verschlechterung aus einer wachsenden Zahl rechtspolitisch fragwürdiger und legistisch mangelhafter Gesetze. Diese beruhen oft auf europäischen Vorgaben.

Bevor wir uns dem zuwenden, sind zunächst der besondere Charakter des BGB und seine römisch-gemeinrechtlichen Grundlagen zu skizzieren.

Dem Laien, aber auch dem Juristen sind die römischen Wurzeln unserer heutigen Zivilrechtsordnung weniger geläufig als andere lateinische Stilelemente der europäischen Kultur. Die Wiege des Rechts stand in der Antike,¹⁾ wo die gesamte abendländische Kultur und die urbane Zivilisation ihre Wurzeln hatten. Die römische Jurisprudenz zählt neben der griechischen Philosophie und der christlichen Religion zu ihren wichtigsten Vermächtnissen.²⁾

Wie kam das römische Recht ins BGB? Zunächst galt es seit dem Mittelalter als lateinisches *ius commune*. Die Kommission, die das BGB ausarbeiten sollte, orientierte sich am Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts,³⁾ der eine gelungene und relativ originalgetreue Kodifizierung des römisch-gemeinen Rechts war. Dieser Entwurf wurde nie Gesetz, prägte aber den Allgemeinen Teil und das Schuldrecht des BGB. Auch *Munzinger*, der Schöpfer des Schweizer Obligationenrechts von 1881, folgte diesem Vorbild. Daraus erklärt sich die nahe Verwandtschaft zwischen dem BGB und dem Obligationenrecht.

^{*)} Dr. iur., em. Professor an der Universität Zürich, Honorarprofessor an der Universität Salzburg. Vortrag, gehalten zum 70. Geburtstag von Harm Peter Westermann im Januar 2008.

1) Zum Folgenden Honsell, recht 1987, 33.

2) Vgl. Koschaker, Europa und das röm. Recht, 4. Aufl., 1966.

3) Dresdener „Entwurf eines allgemeinen dt. Gesetzes über die Schuldverhältnisse“, 1866.

Friedrich Carl von Savigny hat über die römischen Juristen gesagt, dass sie gleichsam mit Begriffen gerechnet hätten. Freilich rechnet man nicht mit Begriffen, sondern mit Zahlen. Richtig ist aber, dass viele Juristengenerationen vom Glanz der Logik des römischen Rechts fasziniert waren. Das römische Recht erlangte ein Maß an begrifflicher und systematischer Klarheit, an Eleganz und Einfachheit, das später nicht wieder erreicht wurde.

Lassen Sie mich dies an einigen Beispielen erläutern: Eine römische Erfindung ist die Unterscheidung zwischen Bedingung (*condicio*) und Befristung (*dies*). Der Eintritt ist bei der Bedingung ungewiss, bei der Befristung gewiss: *certus* oder *incertus an*. Das ist einfach. Eine gewisse Komplexität entsteht jedoch, wenn man hinzunimmt, dass beide entweder zu einem gewissen oder zu einem ungewissen Zeitpunkt eintreten können: Beide, *condicio* und *dies*, können also *certus* oder *incertus quando* sein. Daraus ergeben sich vier verschiedene Kombinationsmöglichkeiten: die ungewisse Bedingung mit bestimmtem oder unbestimmtem Termin; die gewisse Befristung mit bestimmtem oder unbestimmtem Termin. Jetzt werden Sie vielleicht fragen: Eine Befristung mit unbestimmtem Termin, gibt es das überhaupt? Das wichtigste Beispiel ist der Tod: *mors certa hora incerta* – der Tod ist gewiss, nur die Stunde ist ungewiss.

Bei der Berechnung von Fristen oder Terminen gelten im Wesentlichen noch heute die römischen Grundsätze der Zivil- bzw. Naturalkomputation. Zivilkomputation bedeutet, dass nicht nach Stunden, sondern nur nach vollen Tagen gerechnet und der Tag nicht mitgezählt wird, in dessen Lauf das die Frist auslösende Ereignis fällt. Der hierauf folgende Tag ist der erste Tag der Frist. Das hat den Vorteil, dass bei einer Frist von einer Woche das Ende auf denselben Wochentag fällt, bei einer Frist von 1 Monat auf dasselbe Datum. Das kann man sich leichter merken. Die Naturalkomputation hingegen stellt auf den natürlichen, wirklichen Zeitlauf ab und rechnet von dem Ereignis weg. Nicht alles, was uns die Römer in der Methode der Datumsberechnung hinterlassen haben, ist indes logisch. Dazu gehört als prominentes Beispiel die Datums- grenze um Mitternacht, für die es keine astronomische Begründung gibt: *More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur*. – Nach Sitte der Römer beginnt der Tag um Mitternacht und endet in der Mitte der darauf folgenden Nacht.⁴⁾ Die Datums- grenze um Mitternacht haben wir heute noch. Normal wäre es, zu jedem Tag die darauf folgende ganze Nacht zu zählen. So rechnete die antike Welt in Kleinasien und Griechenland, ehe sich das römische System durchsetzte. Die seltsame Einteilung wurde von den Priestern eingeführt wegen der Opferriten. Ein alter Satz verlangte nämlich, dass jede Opferhandlung am selben Tag zu Ende geführt werden musste. Das erwies sich als schwierig, weil beim kleinsten Fehler der ganze Ritus wiederholt werden musste, z. B. wenn ein Flötenspieler gepatzt oder man sich beim Gebet versprochen hatte. Deshalb zählte man einfach am Anfang und am Ende des Tages je eine halbe Nacht dazu und begann an Mitternacht, so dass man 24 Stunden Zeit hatte.

Aus dem römischen Recht stammen alle wesentlichen Elemente und Grundprinzipien des Privatrechts, der Begriff der

Obligation und des Privateigentums, das Prinzip von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Satz *pacta sunt servanda* oder die *Maxime* der guten Sitten, vor allem aber die liberale Gesellschaftsform der Privatautonomie mit freien und mündigen Bürgern, die ihre Rechtsverhältnisse selbst regeln. Wichtige Freiheitsrechte dieser Zivilgesellschaft sind die Vertrags-, Vereins- und Testierfreiheit sowie die Wirtschafts- und Gewerbefreiheit. Die Vereinsfreiheit war schon im Gesetz des *Solon* garantiert. Im antiken Rom waren Gesetze mehr oder weniger verhasste Übergriffe des Staates auf die Freiheit des Bürgers. Nicht verwunderlich ist daher die Klage über die Vielzahl der Gesetze und der Ausspruch des *Tacitus*:⁵⁾ *corruptissima res publica plurimae leges*. Die Gesetzesflut wurde zu allen Zeiten beklagt; das hat ihr Anschwellen nicht verhindert. Von *Montesquieu*⁶⁾ stammt der Satz „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.“ *Savigny* sah eine Gefahr für das Recht durch die Gesetzgebung: „Was dagegen in der Tat das Recht um alles feste Bestehen bringt, ist gerade die Liebhaberei zum Gesetzgeben.“⁷⁾

II. Kritik der EU-Gesetzgebung

Heute ist ein Übermaß an staatlicher Reglementierung festzustellen. Die bürgerliche Freiheit wird durch eine Vielzahl von Gesetzen eingeschränkt. Im Vertragsrecht betrifft dies namentlich die Inhaltsfreiheit, seit der neuen Antidiskriminierungsgesetzgebung auch die Partnerwahlfreiheit. Mit der steigenden Zahl der Gesetze ist ein bedenklicher Qualitätsverlust verbunden. Namentlich der EU-Gesetzgeber achtet kaum auf Präzision in der Privatrechtsdogmatik. Das zeigen schlecht formulierte, oft seitenlange Vorschriften, ungenaue Begriffe, unsinnige Häufung von synonymen Adjektiven usw. Z. B. spricht die Pauschalreiserichtlinie⁸⁾ allen Ernstes von der „Übertragung von Buchungen“, die Verzugsrichtlinie von „Zahlungen“ statt von „Forderungen“,⁹⁾ was sich prompt im deutschen Gesetz zur „Beschleunigung fälliger Zahlungen“ fortgesetzt hat. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie heißt wirklich so, obwohl sie nicht den Verkauf von Verbrauchsgütern regelt, sondern den Verbraucherkauf.

Bei den Richtlinien, die sich als Rahmen- oder Modellgesetze auf Grundsatz- und Rahmenregelungen beschränken müssten, findet man fast immer minutiöse Detailvorschriften, die dem nationalen Gesetzgeber kaum noch einen Spielraum lassen.¹⁰⁾

Das Bild dominieren unsinnig kleinteilige Gesetze, z. B. wird zur Festlegung der Fischfangquoten für jedes Land und jede Fischart je eine eigene Verordnung erlassen, Rotbarsch Portugal, Rotbarsch Deutschland, Rotbarsch Frankreich, Hering Portugal usw. usw. Das allein macht mehrere 100 Verordnungen.

4) S. Paul. Dig. 2, 12, 8.

5) *Annales* 3, 27.

6) *De l'Esprit des lois*, Genf 1748.

7) *Savigny*, Vermischte Schriften, 1850, S. 170, in einer Rezension von *Görner*, Über Gesetzgebung.

8) Art. 4 Abs. 3 RL 90/314 EWG.

9) RL 2000/35/EG Erw. 13.

10) Das wurde oft kritisiert; s. zuletzt *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles? 2007, S. 194; *Prokopff*, Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, 2007, S. 66 ff. passim, m. w. N.

gen jährlich. Mehr als 70 völlig unnötige Verordnungen und Richtlinien über land- und forstwirtschaftliche Zugmaschinen auf Rädern mit sperrigen Titel wie „Richtlinie 77/311/EWG des Rates vom 29. März 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Geräuschpegel in Ohrenhöhe der Fahrer von land- oder forstwirtschaftlichen Zugmaschinen auf Rädern“ oder „Richtlinie 78/764/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Führersitz von land- oder forstwirtschaftlichen Zugmaschinen auf Rädern“. Hier wird alles geregelt, sogar die Größe der zwingend mittig (warum eigentlich?) anzubringenden Sitze.

Das Verfallsdatum der Richtlinien liegt oft bei 10 Jahren und weniger. Danach wird alles neu gemacht. Das war z. B. so beim Verbraucherkredit oder bei der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, die oft geändert, dann aber durch eine neue Richtlinie ersetzt wurde, die der „Spiegel“ ein Paragraphenmonster genannt hat. Sie trägt den unverständlichen Titel: „Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates“. Die dazu sogleich notwendig gewordenen Berichtungen umfassen 3 Seiten.

Das Bild wird abgerundet durch geschwätzige Erwägungsgründe, endlose whereas-Klauseln nach amerikanischem Vorbild, die Motive und Ansichten des Gesetzgebers mitteilen. Nicht erst seit dem Reichsjagdgesetz mit seiner Blut- und Boden-Präambel, sondern schon seit der Antike weiß man, dass Prologe unnützlich und überflüssig sind: *Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius quam lex cum prologo*, schrieb *Poseidonios*,¹¹⁾ der Stoiker und Schüler des *Panaitios* im 1. Jahrhundert v. Chr. In den Erwägungsgründen findet sich häufig der Stehsatz, dass Sanktionen „verhältnismäßig, wirksam und abschreckend“ sein müssen, oder die stereotypische Behauptung, dass eine Richtlinie wegen des Wettbewerbs im Binnenmarkt notwendig sei, dass sie verhältnismäßig sei, das Subsidiaritätsprinzip beachte usw. Letzteres wird behauptet, ohne wahr zu sein – eine Himmelfahrt der Wörter. In Wahrheit ist unter Missachtung dieser in Art. 5 EG niedergelegten Prinzipien ein Wald oder besser ein Gestrüpp von Vorschriften entstanden, ein Labyrinth der geregelten Welt, in dem man sich kaum mehr zurechtfindet und das trotz gegenteiliger Beteuerung konträr zu Marktwirtschaft und Wettbewerb auf Regulierung setzt. Dabei führt oft eine mächtige Lobby die Feder. Der EU-Gesetzgeber erfindet die Welt permanent neu und beschreibt sie unbeholfen und wortreich. So als glaubte man, dass die Dinge erst existent würden, wenn sie in EU-Normen gefasst sind. *Quod non est in lege non est in mundo*. Die Amtsblätter werden mit schwer verständlichen, unnötig komplizierten und überflüssigen, ja teils absurden Details gefüllt. Die bürokratische Gesetzesflut stellt eine grosse Belastung und Gängelung der Wirtschaft dar und verursacht enorme Kosten. Von Deregulierung wird geredet, ohne dass etwas Durchgreifendes geschieht.

Das werktäglich erscheinende Amtsblatt L für die Rechtsvorschriften umfasst inzwischen Hunderttausende Seiten von

überlangen, schwer verständlichen und extrem änderungsanfälligsten Gesetzestexten. Die Änderung der Änderung der Änderung. Oft ist es die vorletzte Novelle, welche die letzte notwendig gemacht hat. Der Rat produziert viel zu viele Gesetze, und er tut dies oft schlampig. Nicht selten wird ein ganzer Erlass wegen Fehlerhaftigkeit einfach ein zweites Mal publiziert. Dem Leser wird nicht mal mehr mitgeteilt, was falsch war. Wer es schon gelesen hat, ist der Dumme, und muss das Ganze noch mal lesen.

Mit dieser Gesetzgebung verfolgt die EU angeblich das Ziel der Verwirklichung der vier Grundfreiheiten und der Vollendung des Binnenmarkts. Sie alimentiert eine riesige Bürokratie,¹²⁾ die für eine gigantische Fehlallokation knapper Ressourcen steht und zweifelhafte Geldtransfers betreibt. So zahlt z. B. Deutschland jährlich Beiträge von 18 Mrd. €, erhält aber 12 Mrd. € wieder zurück, allerdings zweckgebunden für zum Teil sinnlose oder jedenfalls nicht vordringliche Projekte wie Erlebnisbäder, Fernradwege, Feuerwehrhäuser, Froschbiotope usw. Es wäre höchste Zeit für eine kleine, aber einfache Reform: Die Nettoszahler sollten nur noch die Nettobeiträge überweisen und könnten im Übrigen selbst entscheiden, wie sie ihr Geld verwenden. Natürlich gehört diese Forderung ins Reich der Utopie.

III. Privatrechtliche Implikationen des Europarechts

Im Folgenden wollen wir uns exemplarisch mit einigen wichtigen Auswirkungen des Europarechts auf das Privatrecht befassen.¹³⁾

1. Das Beispiel Verbraucherschutz

Nicht wenig zur Verschlechterung der Gesetzesqualität hat der Verbraucherschutz beigetragen, den sich die EU als besonderes Ziel ausgedacht hat. Ursprünglich war der Verbraucherschutz eine Erfindung im Wahlkampf des US-Präsidenten *Kennedy*, mit der man hoffte, möglichst viele Wähler zu gewinnen, weil ja alle Verbraucher sind. Dieser populistische, punktuelle Ansatz wurde in zahlreiche Richtlinien umgesetzt, was auf eine weitgehende Regulierung unter Aufgabe der Privatautonomie hinausläuft. Der Schutz besteht in zahlreichen zwingenden Vorschriften zum Schutz von Konsumenten, in ausufernden Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten und in einer Einschränkung des Prinzips *pacta sunt servanda* durch ein einseitiges Widerrufsrecht, das bei fehlender Belehrung sogar unbefristet ist. Fragwürdig ist vor allem die Anknüpfung an die Rolle des Verbrauchers. Erfahrenen Geschäftsleuten wird der gleiche Schutz zuteil wie geschäftsungewandten Personen, der Manager erhält Verbraucherschutz gegenüber dem Kleinhandwerker. Entscheidend ist allein, in welcher Rolle man auftritt. Der „Grundfehler, das politisch Anstößige“, wie *Franz Bydliński*¹⁴⁾ gesagt hat, liegt in die-

11) Bei *Seneca* ep. 94, 38: Nichts scheint mir starrer und unpassender als ein Gesetz mit einem Vorwort; s. dazu *Ries*, Prolog und Epilog in *Gesetzen des Altertums*, 1983; zuletzt *Fögen*, *Das Lied vom Gesetz*, 2007.

12) Allein die Kommission hat ca. 22.650 Beschäftigte.

13) Einen Überblick geben die Lehr- und Handbücher von *Langenbucher*, *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2005, und *Gebauer/Wiedmann*, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005.

14) Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, *AcP* 204 (2003), 309, 360 ff., 368.

sem Verbraucherbegriff und dem Verzicht auf Kriterien materieller Schutzbedürftigkeit. Der Verbraucher als mündiges Großkind, das vor sich selbst geschützt wird.

Die Integration des Verbraucherschutzes ins BGB hat dieses mit oft langatmigen, schwer verständlichen und – so *Dieter Medicus*¹⁵⁾ – „grässlich kasuistischen und besonders änderungsanfälligen Normen“ befrachtet. In der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie,¹⁶⁾ die alle Vorschriften zu Gunsten des Käufers für zwingend erklärt, findet man wenig überzeugende Details, wie das Verbot des Gewährleistungsausschlusses beim Verkauf gebrauchter Sachen, der bislang geradezu als Gebot wirtschaftlicher Vernunft galt.¹⁷⁾ Eine seltsame Neuerung ist die Unterstellung des Identitätsaliud unter das Sachmängelrecht (§ 434 Abs. 3 BGB) usw. Wenn der Verkäufer eines Pferdes versehentlich eine Kuh liefert, was sollen dann Wandlung oder gar Minderung? Nach richtiger Lösung ist nicht erfüllt, und der Kaufanspruch auf Lieferung des Pferdes besteht fort.

2. Beispiele fehlender Gesetzgebungskompetenz der EU

Die Kompetenz für die Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes leitet die Kommission aus Art. 95 EG ab. Auch die meisten anderen Richtlinien im Bereich des Privatrechts sind auf diese Grundlage gestützt. Das gilt insbesondere für die Richtlinien über Produkthaftung, Pauschalreisen, Haustürwiderruf, Fernabsatz usw. Nach Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EG besteht eine Kompetenz jedoch nur für „Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Art. 96 Abs. 1 EG setzt voraus, dass eine Verzerrung oder Verfälschung am Binnenmarkt besteht, welche durch die Richtlinie beseitigt wird. Es liegt auf der Hand, dass ein unterschiedlicher Konsumentenschutz den Wettbewerb am Europäischen Binnenmarkt nicht tangiert. Denn welche Frau ließe sich schon von einem geringeren Konsumentenschutzniveau vom Kauf eines Kleides in Paris, Rom, Berlin oder London abhalten? Und welcher Verkäufer könnte aus einem geringeren Schutzzumfang Wettbewerbsvorteile ziehen?

Der Binnenmarkt war bis zum 31.12.1992 zu vollenden. Trotzdem hört die Kommission nicht auf, Richtlinien auf Art. 95 EG zu stützen. Früher hat der EuGH¹⁸⁾ die Voraussetzungen von Art. 95 EG beachtet. Er hat deshalb die 1. TabakwerbeRL¹⁹⁾ für nichtig erklärt. In einer Entscheidung zur daraufhin erlassenen, in etwa inhaltsgleichen 2. TabakwerbeRL²⁰⁾ hat das Gericht jedoch die Kompetenz für die neue Richtlinie ohne jede Auseinandersetzung mit dem ersten Urteil bejaht.²¹⁾ Dieser Umgang mit entgegenstehenden Präjudizien mutet geradezu frivol an. Es wird erst gar nicht der Versuch gemacht, den Widerspruch wegzudiskutieren. Er wird einfach totgeschwiegen. In der Interpretation durch den EuGH ist Art. 95 EG praktisch eine Generalmächtigung für jedwede Rechtsangleichung.²²⁾ Jeder Unterschied in nationalen Regelungen kann als Hemmnis qualifiziert werden, das eine Harmonisierungsrichtlinie rechtfertigt. Diese Interpretation widerspricht auch dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung von Art. 5 Abs. 1 EG, das im Vertrag von Lissabon ausdrücklich bestätigt wird.

Auch sonst werden Kompetenzen unter Berufung auf Vorschriften des Primärrechts begründet, die dies auch bei noch so großzügiger Auslegung nicht hergeben. Die Beispiele dafür sind zahlreich. Z. B. verlangt der EuGH²³⁾ die Aufhebung des VW-Gesetzes wegen Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG. Das VW-Gesetz räumt dem Bund und dem Land Niedersachsen eine Vorrangstellung im Aufsichtsrat ein und beschränkt das Stimmrecht unabhängig vom Aktienbesitz auf 20 %. Der EuGH sieht darin eine Verletzung von Art. 56 Abs. 1 EG. Die Vorschrift betrifft aber nur die Liberalisierung des Devisenverkehrs und verbietet Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Sie verlangt keinesfalls, dass man mit dem frei transferierten Kapital überall alles kaufen kann, z. B. Aktien mit vollem Stimmrecht. Mit der Zulässigkeit von Stimmrechtsbeschränkungen im Aktienrecht hat die Kapitalfreiheit nicht das Geringste zu tun. Die Gegenargumente überzeugen nicht; weder das Allklebemittel des *effet utile* noch das sog. *level playing field* oder der Hinweis auf eine andernfalls stattfindende Abschreckung von Investoren kann die fehlende Kompetenz ersetzen.²⁴⁾

Ein anderes Beispiel ist die bereits erwähnte Finanzmarkttrichtlinie MiFID, welche die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie ablöst, die denselben Gegenstand vor 10 Jahren schon einmal geregelt hat. Sie normiert das Anlagen- und Depotgeschäft bis ins Kleinste und schafft für die Banken umfangreiche Pflichtenkataloge, die pädagogisch-moralisierend „Wohlverhaltenspflichten“ genannt werden. 27 Mitgliedstaaten müssen jetzt wieder neue Gesetze erlassen, und die Banken müssen erneut Millionen in Schulungs- und Anpassungskosten investieren. *Assmann*²⁵⁾ hat seine Kritik der MiFID folgendermaßen zusammengefasst: „Die MiFID und die MiFID-Durchführungsrichtlinie konfrontiert die Mitgliedstaaten und die betroffenen Wertpapierfirmen mit einer durch und durch widersprüchlichen, inkonsistenten sowie in großen Teilen kompromissersetzten und zu allem Überfluss noch hyperkomplexen und hyperkomplizierten Regelungsvorgabe für Interessenkonflikte und Inducements.“ Die MiFID wird allein auf Art. 47 EG gestützt, der nur eine Kompetenz zur Erleichterung der Niederlassungsfreiheit bei selbstständigen Tätigkeiten enthält. Auch

15) Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rz. 325.

16) 1999/44/EG v. 25. 5. 1999, AB1 1999 Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, 12.

17) So BGH NJW 1978, 261 m. w. N.; a.M. zu Unrecht P. *Bydlinski*, JBl 1993, 633; s.auch *Peters*, JZ 1991, 385.

18) EuGH JZ 2001, 32 (mit Anm. *Götz*); kritisch vor allem *W.-H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 225, 231; *W.-H. Roth*, JZ 2001, 589; *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853 f.; *Prinz von Sachsen Gessaphe*, RIW 2001, 721, 735.

19) 1998/43/EG.

20) 2002/380/EG.

21) Rs C-380/03; kritisch hierzu *Maierhöfer*, JZ 2007, 463. Die einzige Andeutung in dieser Richtung ist die obiter gemachte Bemerkung, wegen des Beitritts neuer Mitglieder bestehe die Gefahr neuer Hemmnisse (Rz. 60). Quasi nebenbei erwähnt der EuGH, dass die Mitgliedsländer mit Tabakwerbeverboten in der Presse Ausnahmen zu Gunsten ausländischer Zeitschriften machen, so dass sich in praxi überhaupt keine Handelshemmnisse ergeben. Nicht überzeugend ist auch die Behauptung, dass Art. 152 Abs. 4 Buchst. c EG, der Harmonisierungsrichtlinien im Gesundheitsbereich ausdrücklich verbietet, nicht entgegenstehe, wenn die Richtlinie auf Art. 95 EG gestützt werden könne.

22) *Maierhöfer*, JZ 2007, 463; *Wiedmann/Gebauer (Hrsg.)*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss 1, 2005, Rz. 20 – 22.

23) EuGH v. 23. 10. 2007 – Rs C-112/05, ZIP 2007, 2068.

24) Zu dieser Argumentation etwa *Sander*, EuZW 2005, 106 m. w. N.

25) ÖBA 2007, 40, 54

mit der größten Phantasie und der oberflächlichsten Assoziation lässt sich daraus keine Kompetenz für eine Regelung von Wertpapiergeschäften herleiten.

Ein prominenter Fall kompetenzloser Aushebelung nationalen Rechts ist die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Seit den Urteilen Centros, Überseering und Inspire Art²⁶⁾ kann jedermann mit einer englischen Limited Company Geschäfte in Deutschland betreiben. Damit können alle Vorschriften des deutschen GmbH-Rechts über Mindestkapital, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz umgangen werden. Verbotene Gesetzesumgehung wird zur vom EuGH garantierten Wahlfreiheit. Das geht weit über die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit in Art. 43 und 48 EG hinaus. Denn diese deckt nicht die Zulassung bloßer Scheingesellschaften ohne wirtschaftliche Aktivitäten.²⁷⁾

Das jüngste Beispiel einer Kompetenzanmaßung sind die geplanten Strafen zur Durchsetzung niedriger CO₂-Werte von Autos. Experten rechnen mit Strafen bis zu 12 Mrd. €. Die geplante Regelung ist willkürlich und inkonsistent. Willkürlich, weil nur ein Verursacher herausgegriffen wird und andere, wie etwa die Landwirtschaft oder die Fluggesellschaften, völlig ungeschoren bleiben. Inkonsistent, weil in anderen Fällen von CO₂-Belastung, insbesondere durch Industrieanlagen, mit dem Handel von Verschmutzungsrechten eine Art Bonus-Malus-System eingeführt worden ist. Schließlich sind die Pläne auch gesetzwidrig, weil in den Umweltvorschriften des Primärrechts (Art. 174 und 175 EG) keine Strafkompentenz enthalten ist. Diese Lücke kann auch durch Heranziehung des Art. 308 EG nicht geschlossen werden. Im Maastricht-Urteil hat das BVerfG²⁸⁾ auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung von Art. 5 Abs. 1 EG hingewiesen und festgestellt, dass in Art. 308 EG (ex Art. 235) keine „Vertragsabrundungskompetenz“ in dem Sinne gesehen werden kann, dass die EG im Rahmen ihrer Ziele automatisch auch eine Kompetenz habe. Auch wenn man demgegenüber einräumen wollte, dass das Europarecht anders als das deutsche Polizeirecht sehr wohl einen Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis zulasse, kann man auf diese Norm jedenfalls keine Straftatbestände stützen, wenn man rechtsstaatlichen Minimalerfordernissen genügen will.²⁹⁾

Als Fazit bleibt die Feststellung, dass eine geradezu abenteuerliche Überdehnung der Grundfreiheiten und der Richtlinienkompetenz sowie eine Strapazierung der Binnenmarktidee unter Ignorierung des seit Edinburgh primärrechtlich verankerten Subsidiaritätsprinzips die Hauptvehikel einer ständigen Ausweitung des Europarechts geworden sind. Man fühlt sich wie in Andersens Märchen „Des Kaisers neue Kleider“ und wartet darauf, dass endlich das Kind kommt, das sagt, „der Kaiser hat ja gar nichts an“.

Der EuGH, der sich noch zu Zeiten des Abbaus nichttarifärer Handelshemmnisse mit Entscheidungen wie Cassis de Dijon³⁰⁾ als Motor der Integration betätigt hat, spielt heute die unrühmliche Rolle eines gouvernement des juges. Es verrät eine erstaunliche déformation professionnelle, dass sich unter den Europarechtlern kaum kritische Stimmen finden. Remedur könnte freilich nur von politischer Seite kommen. Sie ist nicht in Sicht.

3. Antidiskriminierung

Gegen die Privatautonomie gerichtet sind auch die modischen Diskriminierungsverbote im Privatrecht.³¹⁾ Soweit es sich nicht um Arbeitsverhältnisse handelt, fehlt der Europäischen Gemeinschaft auch hier die Kompetenz.³²⁾ Die Kommission bezieht sich einfach auf Art. 13 EG.³³⁾ Dieser sieht jedoch Diskriminierungsverbote nur im Rahmen der EG-Zuständigkeiten vor. Das Gebot der Gleichbehandlung oder – negativ formuliert – das Diskriminierungsverbot richtete sich nur an den Staat, nicht an die Bürger. Jetzt muss man wegen Diskriminierung bei der Stellenbewerbung nach § 15 Abs. 2 AGG ein Schmerzensgeld in Höhe von drei Monatsgehältern zahlen. Das erhält der Bewerber sogar dann, wenn er auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die Diskriminierung muss also nicht kausal gewesen sein. E contrario folgt daraus, dass das Schmerzensgeld höher sein kann, wenn die Diskriminierung kausal war. Die EG hat weitere Diskriminierungsverbote erlassen: wegen Rasse oder ethnischer Herkunft,³⁴⁾ wegen Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.³⁵⁾ Antidiskriminierung ist ein Kind der Ethik und der Toleranz. Staatlich verordnet und kontrolliert führt sie zu Übertreibung und Intoleranz, zu einem Verlust an Privatautonomie und zur Notwendigkeit umfassender Regulierungen.

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot von § 1 und 19 des deutschen AGG³⁶⁾ geht über das EG-Recht noch hinaus. *Wolfgang Zöllner*³⁷⁾ hat treffend gesagt, es habe etwas fundamentalistisch Eiferndes, wenn aus dem Nichtabschluss eines Vertrages mit einer Partei auf eine Diskriminierung geschlossen wird. Obwohl sich die CDU/CSU im Wahlkampf gegen dieses Gesetz stark gemacht hat, ist die CDU-Regierung nach der Wahl eingeknickt und hat einen zentralen Grundsatz der Privatautonomie schlicht verraten, im Polit-Geschacher für eine Biodiesel-Steuerbegünstigung, welche die CSU für ihre Bauern haben wollte. Das zeigt politische Beliebigkeit und Gleichgültigkeit gegenüber grundlegenden Wertüberzeugungen. Nach der Neuregelung ist bei allen Geschäften, die „typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen zu-

26) EuGH v. 9. 3. 1999 – Rs C-212/97, ZIP 1999, 438 (m. Bespr. Roth, S. 861 u. Werlauff, S. 867), dazu EWiR 1999, 259 (Neye); EuGH v. 5. 11. 2002 – Rs C-208/00, ZIP 2002, 2037 (m. Bespr. Eidenmüller, S. 2233), dazu EWiR 2002, 1003 (Neye); EuGH v. 30. 9. 2003 – Rs C-167/01, ZIP 2003, 1885 (m. Bespr. Ziemons, S. 1913), dazu EWiR 2003, 1029 (Drygala).

27) S. statt aller Zöllner, GmbHR 2006, 1; kritisch auch Grigoleit, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 266 und Koppensteiner, Komm. öGmbHG, 3. Aufl., 2007, Allg. Einl. Rz. 17 m.N.; s. ferner Eidenmüller, ZGR 2007, 168, sowie die Sammelwerke hrsg. v. Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, und Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005.

28) BVerfGE 89, 155 = ZIP 1993, 1636, dazu EWiR 1993, 1081 (Kluth).

29) Zur fehlenden Strafkompentenz auch unten 4.

30) EuGH – Rs 120/79.

31) Kritisch etwa Picker, JZ 2002, 880; Picker, JZ 2003, 540; Picker, Haftung wegen Diskriminierung, Karlsruher Forum 2004; Adomeit, JZ 2003, 540.

32) S. Art. 141 EG (Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsleben).

33) RL 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000, ABl L 180 v. 19. 7. 2000, 22.

34) In privaten Rechtsbeziehungen, vgl. RL 2000/43/EG.

35) Beschränkt auf das Arbeitsrecht: RL 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000, ABl L 303 v. 2. 12. 2000, 16; RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 9. 2002, ABl L 269 v. 5. 10. 2002, 15.

36) AGG, BGBl I 2006, 43.

37) Zöllner, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 53, 65.

stande kommen“ (sog. Massengeschäften) eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung verboten. Das Verbot der Altersdiskriminierung (§ 10 AGG) ist völlig unklar. In der Praxis gibt es zahlreiche Altergrenzen, die Alte oder Junge diskriminieren, z. B. altersabhängige Entlohnung, Ruhestandsregelungen usw.³⁸⁾ Die Krankenversicherer müssen in Zukunft Unisexstarife anbieten, obwohl die Krankenkosten für Frauen erheblich höher sind, weil Frauen älter werden als Männer und weil die Krankenversicherung auch die Kosten von Geburt und Mutterschaft deckt.³⁹⁾ Es geht nicht darum, wie stark man die Gemeinschaft der Versicherten fragmentiert. Es geht allein darum, dass es unsinnig ist, gebotene Differenzierungen pauschal als Diskriminierung zu diffamieren. Der Gesetzgeber macht von seinem Leitbild eines diskriminierungsfreien Gutmenschen merkwürdige Abstriche: Bei Mietverträgen ist Diskriminierung erst verboten, wenn der Vermieter mehr als 50 Wohnungen hat (so § 19 Abs. 5 AGG). Ist man wirklich der Meinung, dass die sog. Diskriminierung im Privatrecht unzulässig ist, so kann dies schwerlich von der Zahl der Wohnungen abhängen. Deutlicher kann man die Beliebigkeit staatlicher Verbote nicht zum Ausdruck bringen. Die Neuregelung ersetzt die Privatautonomie durch staatlichen Zwang und vermehrt die Zahl der Prozesse. Unter dem Diktat einer Diskriminierungsvermutung verlangt sie eine neuartige Offenlegung von Handlungsmotiven und zwingt zu vorgeschobenen Begründungen. Die Wirtschaft befürchtet missbräuchliche Diskriminierungsklagen, das sog. AGG-Hopping, bei dem sich Personen zum Schein auf Stellenausschreibungen mit diskriminierendem Text bewerben, mit dem alleinigen Zweck, Strafschadensersatz zu kassieren. Wer z. B. in einem Inserat „Mitarbeiter für unser junges Team“ sucht, hat schon zwei Diskriminierungen begangen, nämlich eine nach Geschlecht und eine nach Alter. Besonders bedenklich ist die Beweislastregel: Diskriminierung wird vermutet und ist vom Anbieter zu widerlegen, sobald die Gegenseite Indizien bewiesen hat (sic!), die eine Diskriminierung vermuten lassen.⁴⁰⁾

Ein Musterbeispiel pervertierter Diskriminierungslogik auf dem Gebiet des Hochschulrechts enthält ein Urteil des EuGH zur Frage der Hochschulzulassung von Ausländern.⁴¹⁾ Der EuGH versteigt sich darin zu der Behauptung, dass eine Diskriminierung ausländischer Studienbewerber vorliegt, wenn man von ihnen den Nachweis verlangt, dass sie auch in ihrem Heimatland zum Studium zugelassen würden. Diese Praxis galt jahrzehntelang als vernünftige Maßnahme gegen eine Überschwemmung der Medizinfakultäten mit ausländischen Numerus-clausus-Flüchtlingsen. Man diskriminiert also ausländische Bewerber, wenn man sie nicht besser behandelt als ihr Heimatstaat. Damit wird ein zentrales Element übersehen, dass nämlich nur die unreasonable discrimination unzulässig ist. Das Beispiel zeigt, dass Überlegungen zur Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung leicht zu einer Art „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“ führen – wie der Grazer Rechtsprofessor *Walter Wilburg*⁴²⁾ einmal treffend gesagt hat. Im Übrigen ist auch dies ein Beispiel für die ständige Ausweitung des EU-Rechts. Noch vor 10 Jahren hätte es kein Mensch für möglich

gehalten, dass aus Art. 12 EG ein Anspruch auf Hochschulzulassung in jedem Mitgliedstaat abgeleitet würde. Es ging nur um die Gleichbehandlung auf dem Binnenmarkt. An der gesetzlichen Ausgangslage hat sich nichts geändert: Art. 12 EG gilt ausdrücklich nur „im Rahmen dieses Vertrages“, und die Hochschulzulassung ist nicht Gegenstand desselben. Die Kommission und den EuGH kümmert das nicht.

4. EU und Strafen

4.1 Strafrecht

Der vielleicht schädlichste Angriff auf unsere Rechtskultur sind die Straf- und Präventionsansätze, welche die EU aus dem US-Recht übernimmt. Das findet neuerdings auch im Strafrecht statt.⁴³⁾ Das jüngste Beispiel ist ein Fall puritanischer Hysterie,⁴⁴⁾ der in Fachkreisen Entsetzen ausgelöst hat. Obwohl es um Strafrecht geht, will ich Ihnen diesen Fall nicht vorenthalten, weil er symptomatisch ist für die „Verwirrung der Geister“ bei populistischen Themen: In der Definition des Kindesmissbrauchs und der Kinderpornographie soll dem Willen der EU und dem Beispiel Amerikas folgend die Altersgrenze von 14 auf 18 heraufgesetzt werden. Damit verlässt man den Bereich der Pädophilie und stellt auch die Abbildung von sexuellen Handlungen mit geschlechtsreifen Personen unter Strafe, also von Taten, die, wenn sie nicht unter Zwang oder gegen Entgelt erfolgen (§ 182 StGB), als solche selbst nicht strafbar sind. Jugendliche können nicht nur Opfer, sondern auch Täter sein. Es ist unbegreiflich, dass die Bundesregierung das umsetzen will.⁴⁵⁾ Offenbar hat man schon vergessen, dass es das Motiv des erst vor vier Jahren eingeführten Straftatbestands von § 184b StGB war, mit dem Verbot des Besitzes von Kinderpornographie gleichzeitig die dargestellten Missbrauchsfälle zu verhindern.

4.2 Privatrecht

Beispiele für Strafe und Prävention im Zivilrecht finden wir z. B. in den Antidiskriminierungsrichtlinien,⁴⁶⁾ beim Verbraucherkredit und in der Verzugsrichtlinie. Seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts galt die Überwindung des Strafgedankens im Zivilrecht als kultureller Fortschritt. Es war communis opinio, dass pönale Erwägungen im Privatrecht keinen Platz haben, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Be-

38) *Zöllner/Lovitz/Hergenröder*, ArbR, 6. Aufl., 2007, S. 204.

39) § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG.

40) § 22 AGG: Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

41) Dazu *Honsell*, JBl 2005, 815.

42) Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950, S. 11.

43) EU-Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates v. 22. 12. 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABl L 13 v. 20. 1. 2004, 44.

44) 18 USCC § 2556.

45) Gesetzentwurf § 184b StGB, BT-Drucks. 16/3439.

46) Eine stereotype Formel lautet, die Sanktionen müssten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein: AntiDiskrRL 2000/43/EG Art. 15 Satz 2; gleichlautend AllgGleichbehRL 2004/113/EG Art. 14 Satz 2; ebenso EuGH v. 21. 9. 1989 – Rs 68/88, Slg. 1989, 2965, 2985, Rz. 24 – Kommission/Griechenland.

reicherung des Geschädigten führen.⁴⁷⁾ Die Renaissance von Strafe oder Prävention im Privatrecht ist kein Zeichen von Rechtskultur, denn sie hat etwas Willkürliches, ja Irrationales, verletzt die Privatautonomie, insbesondere den Ausgleichsgedanken und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,⁴⁸⁾ der ein elementares Prinzip unserer Rechtsordnung ist.

Mit der Richtlinie über den Zahlungsverzug⁴⁹⁾ wurde ausdrücklich zum Zweck der Abschreckung eine massive Erhöhung der Verzugszinsen durchgesetzt. Dies seltsamerweise wieder auf der Grundlage von Art. 95 EG, also zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt. Seitdem liegt der Verzugszins 8 % und, wenn ein Verbraucher beteiligt ist, 5 % über dem Basiszinssatz. Je nach dem variablen Basiszinssatz sind seitdem Verzugszinsen von 10 % und mehr die Regel. Anders als früher muss man nicht mehr mit höheren Deckungskosten oder Anlagezinsen argumentieren, sondern erhält den erhöhten Zins quasi als Strafschadensersatz. Der Schuldner zahlt die 8 % + x aus präventiven Gründen, also als Strafe. Hier offenbart sich primitives Sanktionsdenken, das zu einer willkürlichen Belastung der einen Partei zu Gunsten der anderen führt. Da man bei kaum einer Anlageform Zinsen von 10 % und mehr erzielt, kann einem nichts Besseres passieren als ein (solventer) Schuldner im Verzug. Was der Gesetzgeber offenbar völlig übersehen hat, ist die Tatsache, dass längst nicht jeder Schuldner, der nicht zahlt, dies in rechtswidriger Absicht tut. Der häufigste Fall ist der, dass er sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Nicht selten ist es aber auch so, dass die Parteien über die Berechtigung der Forderung streiten und deshalb eine gerichtliche Klärung herbeiführen müssen. Hier wachsen während des Prozesses nicht selten Verzugszinsen in Höhe von 30 % und mehr an, was eine echte Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Schuldner darstellt. Seit einem Reichsdeputationsabschied aus dem Jahre 1600 betrug der Verzugszins 5 %, wobei eine höhere Schadensersatzforderung bei Inanspruchnahme von Bankkredit schon immer möglich war. Was vierhundert Jahre richtig war, wird mit dem unbedachten Federstrich eines voreiligen und uninformierten Gesetzgebers beiseite gewischt.

4.3 Kartellrecht

Ein anderes, noch größeres Einfallstor der US-amerikanischen Strafidée ist das europäische Kartellrecht. Die Kommission verhängt Bußen ohne jedes Maß wegen Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht, wegen relativer Kleinigkeiten, wie unterschiedlichen Preise für Musikdownloads oder Behinderung von Re-Importen usw. In den letzten Jahren haben diese Bußen einen Quantensprung gemacht und bewegen sich oft im dreistelligen Millionenbereich. Die Liste der Verurteilten ist lang und liest sich wie ein who is who der Industrie. Noch niemand hat aber gefragt, ob vielleicht an den Kartellstrafatbeständen irgendwas nicht stimmt. Siemens soll 419 Mio. € zahlen, Apple 488 Mio. €. Knapp 1 Mrd. € wurden verhängt gegen Aufzugs- und Rolltreppen-Hersteller, 500 Mio. € gegen ein Glas- und 855 Mio. € gegen ein Vitaminkartell; Microsoft ist zu 497 Mio. € verurteilt worden. 2007 waren es mehr als 3 Mrd. €, welche die EU unter diesem Titel einge-

nommen hat. Da es sich meist um Aktiengesellschaften handelt, werden letztlich die Aktionäre bestraft.

Ich will hier nicht auf Geschichte und Problematik des Kartellrechts eingehen.⁵⁰⁾ Das Kartellrecht ist ein notwendiges Korrektiv zum Schutz von Markt und Wettbewerb gegen Missbrauch von Privatautonomie. Allerdings ist es selbstverständlich – und nur darum geht es hier –, dass Bußen und Verfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen müssen. Das ist nicht der Fall. Zu einem rechtsstaatlichen Verfahren gehören zunächst ein vom Volk legitimierter Gesetzgeber und eine unabhängige Strafjustiz. Da es an beidem fehlt, hat die EU keine Strafkompentenz.⁵¹⁾ Das ist unbestritten; dennoch stößt sich niemand am EU-Kartellstrafrecht. Die Kommission schreibt einfach in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003, dass es keine Strafe ist.⁵²⁾ Führende Kommentare loben dies als klarstellenden Hinweis.⁵³⁾ Ob wir aber den Strafcharakter leugnen oder die Sanktion umbenennen in Buße, Zwangsgeld, Quasi-Strafe oder in was immer, es bleibt eine Strafe. Denn es kommt nicht auf den Namen an, sondern auf die wahre Rechtsnatur.⁵⁴⁾ Man könnte sagen, *falsa demonstratio non prodest*. Es ist geradezu albern, zu glauben, man könne durch Umbenennen oder Leugnen, quasi durch Fiktion, elementare rechtsstaatliche Grundsätze außer Kraft setzen. Wie der Mönch der freitags trotz des Fastengebotes einen Kapaun verspeisen will und deshalb betet: *ego te baptizo carptionem* – ich taufe dich Karpfen. Die zentralen Vorschriften des EU-Wettbewerbsrecht, Art. 81 und 82 EG, enthalten die äußerst vagen und unbestimmten Tatbestände des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen und des Missbrauchs von Marktmacht. Art. 83 EG ermächtigt den Rat, „die zweckdienlichen Verordnungen und Richtlinien zu erlassen“. Die VO 1/2003 bestimmt hierzu lediglich, dass die Kommission bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen Art. 81 und 82 EG Geldbußen bis zur einem Höchstbetrag von 10 % des letzten Jahresumsatzes verhängen darf (Art. 23 Abs. 2 lit. a). Das verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege certa et clara*,⁵⁵⁾ das auch in Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 Abs. 1 MRK und Art. 49 Abs. 1 der Grundrechts-

47) Wie hier *H.P. Walter*, in: Festschrift Gauch, 2004, S. 301, 303; s. auch *Bydliński*, AcP 204 (2003), 309.

48) Manche sehen indes gerade darin den Vorteil der Generalprävention als *ratio legis* zivilrechtlicher Vorschriften (in concreto des § 817 Satz 2 BGB), dass bei ihr – anders als im Strafrecht – das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht berücksichtigt werden müsse, sondern nur ein Übermaßverbot. Das ist abzulehnen: Wenn das Strafrecht Verhältnismäßigkeit verlangt, kann man im Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht darauf verzichten; ebenso wenig im Zivilrecht. Wäre es anders, so müsste der Gesetzgeber Sanktionen nur aus dem Strafrecht ausgliedern, und schon wäre er nicht mehr an das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebunden (vgl. *Honsell*, in: Festschrift Seiler, 1999, S. 473).

49) RL 2000/35/EG v. 29. 6. 2000.

50) Zur Geschichte *K. Nörr*, Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1994, und *K. Schmidt*, Nagelprobe des Zivilrechts, AcP 206, 169, 178 ff. passim.

51) S. dazu *Eisele*, JA 2000, 896.

52) Ebenso EuG – Rs T-83/91, Slg. 1994-II 755, Rz. 235 – Tetra Pack.

53) MünchKomm-Engelsing/Schneider, EUWettbR, 2007, Art. 23 VO 1/2003 Rz. 13; *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl., 2007, Art. 23 VO 1/2003 Rz. 290.

54) S. etwa *Soltész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 202, 205.

55) Wie hier *Soltész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 202; *Schwarze*, EuZW 2003, 261; *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann* (Fußn. 53), Art. 23 VO 1/2003 Rz. 97 ff.

charta der EU⁵⁶⁾ verankert ist. Im Hinblick auf das parallele Kartellstrafrecht der Mitgliedstaaten tangiert es auch den Grundsatz des *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG).⁵⁷⁾ Die Sanktion 10 % des Jahresumsatzes des Konzerns für jede Zuwiderhandlung⁵⁸⁾ verstößt auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der gem. Art. 49 Abs. 3 der Grundrechtscharta gerade auch für Strafen gelten soll. In Erwägungsgrund 34 der VO 1/2003 heißt es deshalb quasi prophylaktisch, die VO gehe nicht über das zur Erreichung ihrer Ziele Erforderliche hinaus und verstoße nicht gegen Art. 5 EG. Solche Mantras sind nichts weiter als eine *protestatio facto contraria*.

Weder das Primärrecht noch die VO unterscheiden zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Erschwerend kommt hinzu, dass nach der Rechtsprechung des EuGH und der h. L. die Verbotskenntnis nicht zum Vorsatz gehört, weshalb Vorsatz praktisch immer bejaht werden kann. Das mag dort richtig sein, wo es um rechtsethisch klare Schutznormen geht. Dort soll sich niemand auf fehlendes Unrechtsbewusstsein berufen, weil Rechtsblindheit nicht prämiert werden darf. Ganz anders ist es hier, wo der Verbotstatbestand durch die Behörde praktisch erst nachträglich konstituiert oder konstruiert wird.

Die Kommission hat 1998 nach dem Vorbild amerikanischer sentencing guidelines reichlich schwammige Leitlinien für die Festlegung der Bußen erlassen, die 2006 schon wieder erneuert werden mussten, und die die Willkür nicht begrenzen, sondern erst so richtig sichtbar machen: Da gibt es Entry Fees, das sind Aufschläge auf die Grundgebühr zur Abschreckung, Erhöhungen wegen langer Dauer 10 % pro Jahr, für Obstruktion bis 20 %, Zuschläge für Rädelführerschaft bis 50 %, für Fortsetzung der Zuwiderhandlung oder Wiederholungstäterschaft 100 %. Und zuletzt Nachlässe bis null für Kronzeugen. Wer will im Ernst behaupten, dass diese primitiv-pädagogischen Ansätze in ein modernes Unternehmens- und Wirtschaftsrecht passen?

Im Fall Microsoft hatte die Kommission im März 2004 ein Bußgeld in Höhe von 497,2 Mio. € wegen Verstoßes gegen Art. 82 EG verhängt, weil Microsoft das Betriebssystem Windows nur zusammen mit dem Media Player vertrieben hatte. Da die Klage keine aufschiebende Wirkung hat, war der Betrag sofort fällig und wurde bezahlt. Zusätzlich drohte die Wettbewerbskommissarin seither mit einem täglichen Bußgeld von 2 Mio. €.⁵⁹⁾ Inzwischen sind zwei weitere Verfahren gegen Microsoft eröffnet. Das Urteil des EuGH macht nicht einmal im Ansatz den Versuch, den generalklauselartigen Tatbestand „Missbrauch von Marktmacht“ durch Auslegung zu konkretisieren. Das verstößt noch krasser gegen das Bestimmtheitsprinzip als eine analoge Anwendung von Strafnormen. Das Urteil enthält keine Argumente, sondern übernimmt einfach gebetsmühlenartig die Behauptungen von Kommission und Generalanwalt, der Verstoß sei schwer, die Strafe angemessen usw. Es besteht aus 693 (!) Seiten ständiger, im copy-paste-Verfahren produzierter Wiederholungen mit wenig sachlicher Substanz. Man hat den Eindruck, es gehe darum, hinter einem Wust von ungegliederten Wiederholungen die Argumentationsarmut zu verbergen.⁶⁰⁾ Die Kommission hatte bei Microsoft zunächst 30 % des tatsächlichen Umsatzes auf dem relevanten Markt⁶¹⁾ in Höhe von 165 Mio. € festgesetzt und diesen Betrag mit der Behauptung ver-

doppelt, dass nur so eine abschreckende Wirkung erzielt werden könne. Da waren es 330 Mio. €. Für eine Verdoppelung zum Zwecke der Abschreckung wäre – so sollte man meinen – eine gesetzliche Grundlage nötig. Die fehlt sowohl in Art. 81 ff. EG als auch in der VO 1/2003. Das Urteil verliert auch kein Wort dazu, dass allenfalls fahrlässig handelt, wer seine Rechtsposition für richtig hält, was angesichts des unbestimmten Tatbestands jedenfalls gut vertretbar war. Die Kommission selbst hat ja 5 Jahre gebraucht, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass ein Verstoß gegen Art. 82 EG vorliege. Wegen der langen Dauer der Verletzung hat sie dann allerdings nochmals 50 % auf die bereits verdoppelte Summe draufgesattelt, also 100 % auf den Ausgangsbetrag. Da waren es 497 Mio. €. Zu Recht hat man diese Art der Strafenbestimmung als Lotterie bezeichnet.⁶²⁾ Inzwischen hat die Kommission einen neuen Rekord aufgestellt und gegen Microsoft ein weiteres Bußgeld von 899 Mio. € verhängt, weil Microsoft der Forderung der Kommission nicht nachgekommen sei, den Mitbewerbern Informationen über Schnittstellen zu „angemessenen Bedingungen“ zur Verfügung zu stellen. Das ist die höchste bisher verhängte Einzelstrafe. Microsoft hatte Lizenzgebühren zwischen 3 und 4 % verlangt. Der Kommission war das zu viel. Obwohl der Fall inzwischen bereinigt war, hat die Kommission wegen der anderthalbjährigen Debatte über angemessene Preise, also offenbar wegen Fortsetzung der Zuwiderhandlung bzw. Obstruktion, dieses horrendes Bußgeld verhängt. Die Kommissarin hält das für verhältnismäßig, weil sie noch mehr hätte verlangen können. Es wird Zeit, dass die Verantwortlichen endlich den politischen Mut finden, dieser anmaßenden Koerzition, die rechtsstaatliche Grundsätze verletzt, ein Ende zu setzen.

Der deutsche Gesetzgeber hat das europäische Wettbewerbsrecht und seine Neuerungen einschließlich der Elemente eines neuen Kartelldeliktsrecht kritiklos übernommen. Jetzt zählen wir bereits die 8. GWB-Novelle. Die gesetzgeberische Bastelarbeit auf der Dauerbaustelle nimmt kein Ende. Diese Aktivitäten führen zu einem beträchtlichen Verlust an Rechtssicherheit.⁶³⁾ Wenn es mit der Amerikanisierung und pseudomoralischen Aufrüstung so weitergeht, haben wir bald double damages für Verstöße gegen Treu und Glauben oder die guten

56) 2007/C 303/01.

57) EuGH v. 13. 2. 1969, Slg. 1969, 1, 25, verneint die Anwendbarkeit des Doppelpenalisierungsverbots mit der nicht überzeugenden Begründung eines unterschiedlichen Unrechtsgehalts von nationalen und europarechtlichen Wettbewerbstatbeständen; näher *Mestmäcker/Immenga/Damecker/Biermann* (Fußn. 53), Vorbem. Art. 23 VO 1/2003 Rz. 228 ff., 236.

58) Nachw. bei MünchKomm-Engelsing/Schneider (Fußn. 53), Art. 23 VO 1/2003 Rz. 70.

59) Vgl. den Bericht in EuZW 2006, 290.

60) Zur Begründungsarmut und zum französisch geprägten Argumentationsstil der EuGH-Erkenntnisse s. schon *Schulze-Osterlob*, in: Festschrift Zöllner, 1998, S. 1245 ff.

61) Nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem. Art. 23 Abs. 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02) Rz. 19 ff., 21.

62) *Van Bael*, The Lottery of EU Competition Law, ECLR 1995, 237; hieran hat auch die Einführung der Leitlinien 1998 und 2006 nichts geändert. Zur Praxis der Kommission s. MünchKomm-Engelsing/Schneider (Fußn. 53), Art. 23 VO 1/2003 Rz. 70 ff.

63) Die Unbestimmtheit der Tatbestände und die Gefahr für die Rechtssicherheit sieht auch *K. Schmidt*, AcP 206, 169, 174 f. Krit. zur Kombination von Geldbußen und Schadensersatz in der 7. GWB-Novelle *K. Westermann*, Das privatrechtliche Sanktionssystem bei Kartellverstößen, in: Festschrift Westermann, 2008, S. 1605 ff.

Sitten. Das ist leider keine deductio ad absurdum, sondern eine Prognose für die Rechtskultur am beginnenden 21. Jahrhundert.

Gespensisch muten auch Überlegungen an, welche die Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel zur Zeit für den Strommarkt anstellt. Bei dem Versuch mehr Wettbewerb durchzusetzen, hat man sich in einen Regulierungswust verstrickt, der immer neue Reglementierungen nötig macht. Lieferverträge sollen nicht mehr für eine längere Laufzeit als 5 Jahre zulässig sein, damit andere Marktbewerber eine Chance auf diesen Vertrag erhalten.⁶⁴⁾ Auch über diktierte Verträge denkt man bereits nach und fordert die Enteignung der Netze. Diese Angriffe auf die Freiheit der Partnerwahl und des Eigentums laufen in der Kommission – *difficile satiram non scribere* – immer noch unter dem Stichwort „Liberalisierung“. Es gibt verschiedene Gründe, weshalb die Öffnung der Strommärkte nicht den gewünschten Preiswettbewerb gebracht hat. Einer davon ist die Leipziger Strombörse, deren Preise für maßgeblich erklärt werden, obwohl dort hauptsächlich einige wenige Oligopolisten gerade mal 5 % des Stroms handeln. Ein anderer der teure Ökostrom. Ich kann darauf hier nicht näher eingehen. Jedenfalls versucht die EU mit untauglichen Mitteln die selbst erzeugten Turbulenzen in den Griff zu bekommen. Man kann sich fragen, ob eine amtliche Preiskontrolle nicht besser wäre als ein Wettbewerbsrecht mit zu weiten und judiziell kaum fassbaren Begriffen wie Missbrauch von Marktmacht oder die hauchdünne Differenzierung zwischen abgestimmtem und Parallel-Verhalten (Art. 81 Abs. 3 EG, § 1 GWB). Man erinnert sich, dass die deutschen Strompreise auf der Basis der Strom-Kohle-VO des Jahres 1936 sechzig Jahre lang amtlich reguliert wurden, womit Verbraucher und Energiewirtschaft gut leben konnten. Dies änderte sich erst, als die EU mit ihren Liberalisierungsexperimenten begann.

4.4 Die Theorie von Strafe und Abschreckung

Der Ausgangspunkt der verfehlten Strafidée im US-amerikanischen Recht waren die treble damages des Antitrustrechts und die punitive damages des Schadensersatzrechts. Sie sind der Prototyp der hier kritisierten Fehlentwicklung.⁶⁵⁾ Freilich geht dort der Ersatz an die Geschädigten. Das Kartelldeliktsrecht befindet sich auch in der EU und im deutschen Wettbewerbsrecht auf dem Vormarsch, ohne dass deshalb die exzessiven Geldbußen abgeschafft würden. Das Grünbuch der Kommission⁶⁶⁾ empfiehlt viele aus dem zweifelhaften US-Arsenal bekannte Maßnahmen wie ein discovery-Verfahren mit disclosure-Pflichten, welche das fact fishing begünstigen, eine Beweislastumkehr unter Verkenning des alten Satzes *negativa non sunt probanda*, doppelten Schadenersatz usw.

Punitive damages werden in den USA mit Abschreckung und Vergeltung (*deterrence* und *retribution*) begründet.⁶⁷⁾ Neben dieser Abschreckungsphilosophie operiert ein neuerer Economic Approach mit einer Lenkungs- und Steuerungsfunktion.⁶⁸⁾ Der richtige Verhaltensanreiz – so lesen wir bei *Gerhard Wagner* – stelle sich nur ein, wenn der Schädiger damit rechnen muss, wegen sämtlicher von ihm verursachter Schäden in Anspruch genommen zu werden. Notwendig sei daher die Multiplikation des Ersatzbetrags mit dem Faktor der umgekehrten

Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung.⁶⁹⁾ Würden beispielsweise rechtswidrige Kartellabsprachen nur in jedem zweiten Fall aufgedeckt, dann sei der Ersatzbetrag mit dem Faktor 2 zu multiplizieren. Weil man die Zahl der Verstöße nicht kenne, sei vermutungsweise die treble-damages-rule des US-amerikanischen Kartellrechts richtig.⁷⁰⁾ Mit dieser Art von Beweisführung kann man alles begründen. *Ex falso quodlibet sequitur*. Fragwürdig ist erstens schon die Prämisse, dass wegen der Insuffizienz behördlicher Tätigkeit das Privatrecht zur Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ziele in Dienst genommen werden müsse. Zweitens kann ein bloßer Verdacht oder die Möglichkeit ungeahnter Straftaten nicht als Strafschärfungsgrund herangezogen werden. Das wäre eine primitive Verdachtsstrafe unter Verletzung des Grundsatzes in *dubio pro reo*, wie es sie zuletzt im Mittelalter gegeben hat. Drittens ist die Vorstellung, dass ein Delikt nur unterbleibt, wenn der Schadensersatz deutlich höher ist als die Kosten der Deliktsvermeidung, nicht die des dem Recht verpflichteten *homo oeconomicus*, sondern eher die eines *homunculus* der ökonomischen Theorie.

IV. Europäisches Zivilgesetzbuch?

Zu unserem Thema gehört – und damit komme ich zum Schluss – auch die Frage nach einem Europäischen Zivilgesetzbuch. Vorweg ist zu betonen, dass ein solches Projekt jedenfalls nicht auf der Basis von Art. 95 EG erlassen werden kann. Die Europäische Gemeinschaft hat mehrfach Beschlüsse über eine europäische Zivilrechtskodifikation gefasst. Heute favorisiert sie das scheinbar bescheidenere Projekt eines sog. Common Frame of Reference, eines gemeinsamen Referenzrahmens, der einerseits nur eine Art Werkzeugkasten mit einheitlichen Begriffen sein soll, andererseits in seiner tatsächlichen Ausgestaltung von einem Zivilkodex nicht zu unterscheiden ist. Dessen Kern soll der *acquis communautaire* bilden. Die *Acquis*- und die *Study-Group* haben eben einen Entwurf⁷¹⁾ vorgelegt. Er enthält ein allgemeines Vertragsrecht, mit dem *acquis* als *nucleus*. In dessen Zentrum stehen Informationsverpflichtungen, Widerrufsrechte, Diskriminierungsver-

64) Näher *Honsell*, in: Festschrift Mayer-Maly, 2002, S. 287, 298 f. Fußn. 57.

65) Einzelheiten bei *Honsell*, in: Festschrift Zäch, 1999, S. 39 ff.; *Honsell*, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Festschrift Westermann (Fußn. 63), S. 315 ff.

66) Komm. (2005) 672 endgültig.

67) S. US Supreme Court, *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996); US Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 538 US 408 (2003); *Capman et Trebilcock*, Punitive damages, *Alabama Law Review* 40 (1989) 741, abgedruckt auch in: *Craswell/Schwartz*, *Foundations of Contract*, 1994, S. 127 ff.; *Sunstein et al.*, Punitive Damages: How Juries Decide, Chicago, 2002; *Dasser*, *SJZ* 2000, 101; kritisch dazu *Honsell* (Fußn. 65), S. 39 ff.

68) *G. Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, *German Working Papers in Law and Economics* Vol. 2007, Paper 18, <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2007/iss1/art18>, im Anschluss an die US-amerikanische Literatur: *Cooter*, Punitive Damages for Deterrence, When and How much, 40 *Ala. L. Rev.* 1143, 1149 ff.; *Polinsky/Shavell*, Punitive Damages, An Economic Analysis, 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 869 ff., 887 ff.; *Cooter/Ulen*, *Law and Economics*, 4. Aufl., 2004, S. 374 ff.; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 244 f.

69) Dieser Ansatz wird von US-amerikanischen Vertretern der Economic Analysis of Law verfolgt, vgl. vorige Fußn.

70) *Wagner* (Fußn. 68), S. 29 unter Verweis auf *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl., 2003, S. 328 ff.

71) *Schulze*, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2008.

bote, die neue Verzugszinsregelung usw.⁷²⁾ Damit wird indes das Pferd vom Schwanz aufgezäumt. Denn es liegt auf der Hand, dass die Rechtsvereinheitlichung beim Obligationen- und Handelsrecht beginnen müsste, nicht bei einer Verallgemeinerung des Verbraucherrechts und anderen Erfindungen der sog. EG-Politiken. Auch die Rechtsvereinheitlichung im Deutschland des 19. Jahrhunderts nahm zuerst das HGB und das Obligationenrecht in Angriff. Und ebenso war in den USA der erste Schritt der Uniform Commercial Act.

Allerdings böte ein Europäisches Zivilgesetzbuch im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im europäischen *ius commune* die Chance für die Erhaltung des dogmatischen Niveaus der europäischen Zivilrechtsordnungen, welches die pointillistischen und fragmentarischen EU-Richtlinien zum Privatrecht leider völlig vermissen lassen.

Diese Wurzeln liegen – und damit kehre ich zum Anfang meines Vortrags zurück – im römischen Recht. Das gilt namentlich für Kontinentaleuropa, aber in geringerem Maße auch für das englische *common law* und das schottische Recht. Auch hier finden sich mehr römische Elemente,⁷³⁾ als man gemeinhin annimmt. Voraussetzung eines European Civil Code wäre ein *back to the roots*, eine Bestandsaufnahme des integrativen Basisanteils von Gemeinsamkeiten des Römischen Privatrechts. Auf ein solches Projekt kann man jedoch nicht hoffen, weil die heutigen Rechtsvergleicher eine auch historisch orientierte Rechtsvergleichung auf der Basis des römischen *civil law* nicht betreiben.⁷⁴⁾

Paul Wagner^{*)}

Die natürliche Person mit beschränkter Haftung

Zu Folgen und Nebenwirkungen des Gesetzentwurfs zur Reform des Insolvenzrechts

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittellose Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 22. 8. 2007 (BR-Drucks. 600/07) sieht eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung vor, wenn Schuldner in 2 Jahren 40 % oder in 4 Jahren 20 % ihrer Verbindlichkeiten tilgen. Damit würde ein neues Rechtsinstitut geschaffen: die prozentual beschränkte Haftung natürlicher Personen.

Der Beitrag zeigt die praktischen Auswirkungen einer solchen Haftungsbeschränkung, weist auf Mängel des Entwurfs hin und auf die Nachteile, die eine Einbindung der Entschuldung in ein Insolvenzverfahren – auch für Schuldner – hat. Ferner stellt er dar, wie effektiv Verfahren sein können, in denen Gerichte die weitgehend außergerichtliche Schuldenbereinigung nur begleiten und fördern. Dies geschieht anhand des Verfahrens, dem Ulrich Ebricke in einer Studie über die unterschiedlichen Ansätze zur Entschuldung natürlicher Personen den größten Erfolg im Bereich der EU bescheinigt.

V. Ausblick

Das römische Recht als die *viva vox iuris civilis* ist ein wesentlicher Bestandteil unserer Rechtskultur, die wir nicht leichtfertig aufs Spiel setzen sollten. Dazu gehört neben der Privatrechtsdogmatik vor allem die Privatautonomie. Die Freiheit in der modernen Zivilgesellschaft ist ein hohes Gut. Sie ermöglicht, wie *Friedrich v. Hayek* gesagt hat, das Zusammenleben der Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft, ohne Zwang zur Einigung auf gemeinsame Ziele.⁷⁵⁾ Dieser axiomatische Satz ist nicht Ausdruck eines gesellschaftlichen Minimalismus, sondern einer vernünftigen konsensstiftenden Selbstbeschränkung. Gemeinsame Ziele sollten ihm Rahmen der sozialen Marktwirtschaft nur formuliert werden, wo dies zur Verwirklichung echter Schutzzwecke notwendig ist. Nur so kann die rechte Mitte im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit des Individuums und sozialer Gerechtigkeit gefunden werden. Dazu müsste die EU ihr Störpotenzial reduzieren und ihre Kompetenzen sowie das Subsidiaritätsprinzip beachten. Die Mitgliedstaaten könnten dies nutzen, der Zivilgesellschaft den notwendigen Raum zurückzugeben.

72) S. dazu etwa den Bericht von R. Schulze, ZEuP 2007, 130.

73) Vgl. Zimmermann, JZ 1992, 8, 15 m. w. N.; Stein, RechtsHist. Journal 1993, 274 f.

74) Auch in einem Vortrag des Romanisten Zimmermann (Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, 2005) kommt das römische Recht in diesem Kontext nicht vor.

75) v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit II, Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 1981, S. 151; zustimmend Zöllner, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996, S. 49.

I. Kritik am Regierungsentwurf

1. Was ist zu teuer, zu bürokratisch, verfehlt in 80 % sein Ziel, ist trotzdem gut und muss deswegen dringend geändert werden?

Antwort auf diese drängende Frage gibt die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 14. 2. 2008 zur ersten Lesung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittellose Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen im Deutschen Bundestag unter A II: „Unser heutiges Verbraucherinsolvenzverfahren ist gut – aber es ist zu kostenintensiv und zu bürokratisch in Anbetracht der Tatsache, dass 80 % der Schuldner masselos sind.“

*) Insolvenzrichter am AG München