

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 225

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums

©eyetill photography



Prof. Dr. Matthias Lehmann

Professor an der Universität Bonn

Lässt sich die Rechtssetzungsmethode der EU reformieren? Der Versuch eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 20. Januar 2020

INHALTSVERZEICHNIS

Lässt sich die Rechtssetzungsmethode der EU reformieren? Der Versuch eines

Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs	4
I. Unzulänglichkeiten des EU-(Wirtschafts)Rechts	6
1. Unübersichtlichkeit	7
2. Technizität	10
3. Fragmentierung.....	13
4. Unzugänglichkeit.....	16
5. Lückenhaftigkeit.....	18
II. Verbesserung durch Kodifikation?	20
1. Vorteile der Kodifizierungsmethode.....	20
2. Rechtsvergleichung	21
3. Kontext des Unionsrechts	22
4. Schritte der EU zur Verbesserung der Gesetzgebung.....	23
III. Einwände	25
1. Rechtliche Hindernisse	25
a) Enumerationsprinzip.....	25
b) Fehlende Kompetenz	26
c) Subsidiaritätsprinzip.....	27
2. Kollisionsrecht als Alternative?	29
3. Fehlende Machbarkeit.....	30
4. Wertlosigkeit von Kodifikation?	30
IV. Erfahrungen während des Projekts des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs	32
1. Umfang: Wirtschaftsrecht.....	32
2. Kristallisierung zweier Zielsetzungen.....	34
3. Zwei verschiedene Arbeitsmethoden	34
a) Entwicklung des Acquis zu einer Kodifikation.....	35
b) Ergänzung des Acquis durch optionale Instrumente	36
4. Inhalt und Struktur	38
5. Stil der Gesetzgebung	39
V. Perspektiven des Projekts	41
1. Die politischen Gegebenheiten	42
2. Die institutionellen Rahmenbedingungen	43

a) Die legislative Gewalt.....	43
b) Die rechtsprechende Gewalt	44
3. Deutsch-Französischer Wirtschaftsraum, Verstärkte Zusammenarbeit oder Reform der EU?	45
4. Beispiel für gute Gesetzgebung statt abschließendes Projekt.....	46

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Lässt sich die Rechtssetzungsmethode der EU reformieren? Der Versuch eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs

Die EU steht vor existenziellen Herausforderungen. Der Austritt des drittgrößten Mitgliedstaats, die Flüchtlingswelle sowie die schwelenden kriegerischen Auseinandersetzungen vor ihrer Haustür bedrohen ihre Existenz. Eine mindestens ebenso große Gefahr für den inneren Zusammenhalt bildet der immer noch unvollendete Binnenmarkt. Immer wieder weisen Ökonomen darauf hin, dass eine Währungsunion ohne eine parallele Wirtschaftsunion auf Dauer nicht bestehen kann.¹ Die Realität bestätigt dies: Statt einer Annäherung hat die Euro-Einführung wegen der fortdauernden Unterschiede der Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten sogar noch zu einer Vergrößerung in der Leistungskraft der Volkswirtschaften beigetragen.² Das Ergebnis lässt sich an populistischen Strömungen ablesen, welche sich u.a. gegen die Währungsunion und die EU als solche richten. Die offensichtlichen britischen Austrittsprobleme haben diesen anti-europäischen Tendenzen nur vorübergehend den Boden entzogen. Sollte sich zeigen, dass es sich auch außerhalb der Union gut leben lässt, würde in anderen Mitgliedstaaten die Debatte über den Verbleib mit Sicherheit schnell wieder aufflammen.

¹ Z.B. *Paul Krugmann*, Lessons of Massachusetts for EMU, in Francisco S. Torres und Francesco Giavazzi (Hrsg.), *Adjustment and Growth in the European Monetary Union*, 1993, 241; *Heather D. Gibson/Euclid Tsakalotos* (Hrsg.), *Economic Integration and Financial Liberalization: Prospects for Southern Europe*, 1992; *Philipp Bagus*, *The Tragedy of the Euro*, 2010; *Joseph Stiglitz*, *The Euro: And its Threat to the Future of Europe*, 2016.

² *Europäische Zentralbank*, *Competitiveness and External Imbalances within the Euro Area*, Dezember 2012, S. 14, erhältlich unter <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp139.pdf?804041e4c5c65f012d75584c211873d0>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020. *Ruo Chen/Gian Maria Milesi-Ferretti/Thierry Tresselt*, *External Imbalances in the Euro Area*, IMF Working Paper 2012, WP/12/236, 19–20.

Die EU kann vor diesem Hintergrund nicht einfach auf den ausgetretenen Pfaden weitergehen, sondern muss sich wandeln. In seiner Abstraktheit findet dieses Petitum breite Zustimmung.³ Der Konsens schwindet jedoch in dem Augenblick, in dem konkrete Veränderungen diskutiert werden.

Unter Juristen besonders umstritten ist, ob eine Reform der Rechtssetzungsmethode der EU der Integration behilflich sein kann. Die Debatte kristallisiert sich am Projekt des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs (EuWGB), an dem seit dem Jahr 2017 gearbeitet wird. Ziel dieses Projekts ist es, das EU-Recht im Bereich des Wirtschaftsrechts zu kodifizieren.

Obwohl noch keine konkreten Texte vorliegen, erhitzt das Projekt bereits die Gemüter.⁴ Gegner werfen ihm in einem Atemzug vor, es sei unrealisierbar und zugleich eine Gefahr für die Souveränität der nationalen Rechtsordnungen, oder es sei mit dem *Acquis* unvereinbar oder gerade deshalb unnützlich, weil es nicht über diesen hinausgehe.⁵ Zuletzt hat sich *Louis D'Avout* gegen das aus seiner Sicht „überraschende Projekt“ gewandt.⁶

³ *Andreas Grimm* (Hrsg.), *The Crisis of the European Union*, 2018; *Stefan Lehne*, *EU Reform: Does Everything Have to Change for Things to Remain the Same?*, Juli 2018, erhältlich unter <https://carnegieeurope.eu/2018/07/19/eu-reform-%20does-everything-have-to-change-for-things-to-remain-same-pub-76871>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020; *Jürgen Habermas*, *The Crisis of the European Union: A response*, 2012; *Andreas Weber*, *Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion in der Finanzkrise*, *EuZW* 2011, 935; *Martin Seidel*, *Aktuelle Probleme der europäischen Währungsunion*, *Integration* 2010, 334.

⁴ Siehe *Louis D'Avout*, *Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches*, *ZEuP* 2019, 653, Übersetzung aus: *Louis D'Avout*, *L'étonnante initiative en faveur d'un code européen des affaires*, *La Semaine Juridique, Édition Générale*, n° 21–22, Mai 2019, 1002; *Karl Riesenhuber*, *Und jetzt ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch?*, *GPR* 2017, 270; *Kirsten Scholl*, *Der Vertrag von Aachen – auf dem Weg zu einem Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch?*, *ZEuP* 2019, 441; *Peter Krebs* in *Stefanie Jung/Peter Krebs/Sascha Stiegler* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, § 39 Rn. 31–33.

⁵ *Louis D'Avout*, *Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches*, *ZEuP* 2019, 653 (656 ff.).

⁶ *Louis D'Avout*, *Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches*, *ZEuP* 2019, 653.

Zum besseren Verständnis und als Beitrag zur Versachlichung der Debatte sollen im Folgenden zunächst die Gründe erläutert werden, die zum Projekt geführt haben und die vor allem in Unzulänglichkeiten der EU-Gesetzgebung zu finden sind (I), bevor auf die Frage eingegangen wird, inwieweit diese durch die Methode der Kodifikation verbessert werden kann (II). Danach wird auf Einwände der Kritiker eingegangen (III). Im Anschluss sind die bisher im Projekt gemachten Erfahrungen zu skizzieren (IV). Den Beitrag runden einige Gedanken über die Zukunft des Projekts und die Gesetzgebungsmethode der EU ab (V).

Im Sinne guter wissenschaftlicher Praxis ist offenzulegen, dass der Autor dieses Beitrags Mitglied des *Comité de direction* und verschiedener Arbeitsgruppen des EuWGB ist. Diese Funktionen gründen sich auf meiner Überzeugung von der Notwendigkeit einer solchen Kodifikation, die ich bereits an anderer Stelle geäußert habe.⁷ Umso mehr habe ich mich bemüht, die Idee und die Einwände dagegen möglichst neutral darzustellen.

I. Unzulänglichkeiten des EU-(Wirtschafts)Rechts

Das EU-Recht hat einen schlechten Ruf. Es gilt als komplex, unverständlich und detailverliebt. Diese zweifelhafte Reputation genießt es nicht nur in der Bevölkerung, sondern auch im Fachpublikum. Die wenigsten Juristen können von sich behaupten, mit dem Tempo der EU-Gesetzgebung, ihren vielfältigen Details und Winkelzügen Schritt halten zu können. Selbst Experten geben unter der Hand zu, den Überblick über die Entwicklung verloren zu haben.

⁷ *Matthias Lehmann*, Das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch – Eine Projektskizze, GPR 2017, 262; *ders.*, Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?, ZHR 2017, 9; *ders.*, Französisch-deutsche Initiative für ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, ZEuP 2017, 217; *ders./Jessica Schmidt/Reiner Schulze*, Das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs, ZRP 2017, 225; *ders.*, 'EU Law-Making 2.0: The Prospect of a European Business Code', (2020) 27 ERPL 1 (im Erscheinen).

1. Unübersichtlichkeit

Jedem Privatrechtler wird der Hang des EU-Gesetzgebers zur Länge bekannt sein. Auffallend ist, dass dieser in den letzten Jahren exponentiell zugenommen hat. Kam etwa die Richtlinie 1999/44 für die Regelung des Verbrauchsgüterkaufs jeder beliebigen Ware mit fünf Seiten im Amtsblatt aus, benötigt die Richtlinie 2019/771 dafür bereits 20 Seiten. Auch unter Berücksichtigung der zunehmenden Zahl an digitalen Bestandteilen ist mehr als unwahrscheinlich, dass sich die Mangelhaftigkeit von Waren innerhalb von zwei Jahrzehnten so verkompliziert hat, dass sie den betriebenen Mehraufwand rechtfertigen könnte. Die Initiative des ehemaligen Kommissionspräsidenten Jean-Claude Juncker zur Verschlankung des EU-Rechts⁸ hat insofern wenig genützt: Zwar ist die Zahl der Rechtsakte leicht zurückgegangen.⁹ Gleichzeitig ist aber ihr Volumen geradezu explosionsartig angestiegen.

Besonders augenfällig ist die Entwicklung im Wirtschaftsrecht: Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (Markets in Financial Instruments Directive – MiFID) ist von ursprünglich 40 Seiten¹⁰ in ihrer

⁸ Jean-Claude Juncker, A New Start for Europe, Opening Statement in the European Parliament Plenary Session, 15.7.2014, erhältlich unter https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en.pdf, zuletzt abgerufen am 30.1.2020; siehe auch *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Bessere Rechtsetzung: Bessere Ergebnisse für eine stärkere Union, KOM(2016) 615 endg.; *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Programm zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT): Bestandsaufnahme und Ausblick, KOM(2014) 368 endg.

⁹ Die Zahl der Basisrechtsakte im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ist von 107 im Jahr 2014 auf 75 im Jahr 2019 zurückgegangen. In den Jahren 2015–2018 lag die Zahl sogar stets unter 40. Vgl. <https://eur-lex.europa.eu/statistics/2019/legislative-acts-statistics.html>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁰ 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 (MiFID I), ABl. 2004 L 145, 1.

neuen Version¹¹ auf stattliche 132 Seiten plus eine neue Verordnung¹² von 65 Seiten angewachsen – insgesamt beinahe eine Verfünffachung! Geradezu erschreckend wird das Bild, wenn man die zahlreichen Rechtsakte hinzunimmt, welche die Kommission auf dem sogenannten „Level 2“ erlässt.¹³ Insoweit lassen sich nur noch annäherungsweise Zahlen über das Volumen abgeben. Das Wirtschaftsmagazin Forbes schätzt, dass das MiFID-Paket mittlerweile rund 30.000 Seiten im Amtsblatt umfasse.¹⁴

Nun gibt es für diese Entwicklung Gründe. Die Komplexität der Sachverhalte, auch bedingt durch den technologischen Wandel, nimmt ständig zu. Der Übergang von der Mindest- zur Vollharmonisierung¹⁵ dürfte ebenfalls zum Anwachsen der Regelungsdichte beigetragen haben. Speziell im Fall der MiFID kommt hinzu, dass zwischen ihren beiden Versionen die Finanzkrise lag. Diese hat nicht nur eine strengere Regulierung erforderlich gemacht, sondern auch die Etablierung eines

¹¹ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFID II), ABl. 2014 L 173, 349.

¹² Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. 2014 L 173, 84.

¹³ *Europäische Kommission*, Implementing and Delegated Acts on Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, full list, erhältlich unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/mifid2-level-2-measures-full_en.pdf, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁴ *Tom Groenfeldt*, Understanding MiFID II's 30,000 Pages Of Regulation Requires RegTech, 4.4.2018, erhältlich unter <https://www.forbes.com/sites/tomgroenfeldt/2018/04/04/understanding-mifid-iis-30000-pages-of-regulation-requires-regtech/#2a7bc3e55291>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁵ Dazu *Michael Stürner*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010; *Anne-Christin Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 2013, 43 ff.; *Peter Rott/Evelyn Terry*, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, ZEuP 2009, 456 (458 ff.); *Marina Tamm*, Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, EuZW 2007, 756.

europäischen Aufsichtssystems.¹⁶ Letzteres verfügt mit den sogenannten ESAs – EBA, ESMA und EIOPA – über neue Organe, die zur Rechtsproduktion nicht unerheblich beitragen.

Daneben gibt es jedoch auch vermeidbare Gründe. Dazu gehört vor allem ein unübersehbarer Hang des EU-Gesetzgebers zur Regelung von Details. Die Krümmung von Gurken hat es bis in den Volksmund geschafft, obwohl die entsprechende Verordnung bereits 2009 aufgehoben wurde.¹⁷ Die geradezu mikroskopische Granularität des Unionsrechts ist aber auch in anderen Texten sichtbar. Eines von vielen Beispielen bietet die Richtlinie 2019/770 über Digitale Inhalte. Sie benötigt zur Regelung der Vertragsmäßigkeit von Software, Apps, Musik und Videos vier Vorschriften, die sich im Amtsblatt über fast zwei Seiten erstrecken.¹⁸ Allein die Vorschriften über fehlerhafte Aktualisierungen (*updates*) sind ebenso lang wie Art. 2 der alten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, welcher sämtliche Mängel an jeglicher Art von Waren regelte.¹⁹

Kennzeichnend sind des Weiteren zahlreiche Redundanzen, und zwar einerseits durch die Vervielfachung von Rechtsakten, andererseits aber auch innerhalb dieser selbst. Der Leser vergleiche z.B. Art. 64 und 65

¹⁶ *Danny Busch*, A Stronger Role for the European Supervisory Authorities in the EU27, in *Danny Busch/Emilios Avgouleas/Guido Ferrarini*, Capital Markets Union in Europe, 2018, 28; *Henning Berger*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Bankenaufsicht im europäischen Verbund, WM 2015, 501; *Matthias Lehmann/Cornelia Manger-Nestler*, Einheitlicher Europäischer Aufsichtsmechanismus: Bankenaufsicht durch die EZB, ZBB 2014, 2; *Eddy Wymeersch*, The Single Supervisory Mechanism: Institutional Aspects, in: *Danny Busch/Guido Ferrarini* (Hrsg.), European Banking Union, 2015, 93.

¹⁷ *Europäische Kommission*, Vertretung in Deutschland, Mythos: EU-Bürokraten schreiben die Krümmung von Gurken vor, erhältlich unter https://ec.europa.eu/germany/news/eu-myths/mythos-gurkenkruemmung_de, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁸ Art. 6–9 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136, 1.

¹⁹ Art. 8 Abs. 2 und 3 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136, 1.

MiFID II miteinander. Auf den ersten Blick ist ihr Inhalt identisch. Erst beim zweiten Hinschauen fällt auf, dass eine Vorschrift die sogenannten APA – genehmigte Veröffentlichungssysteme – regelt, während die andere CTP – Anbieter konsolidierter Datenticker – betrifft. Es wäre gesetzestechnisch ein Leichtes gewesen, diese beiden Regeln in einer Vorschrift zu vereinen. Das hätte nicht nur Platz im Amtsblatt erspart, sondern dem Leser auch das Rätselraten über den Unterschied beider Regeln.

2. Technizität

Ein weiteres den Gesetzgebungsstil der EU kennzeichnendes Merkmal ist die technokratische Sprache. Dazu soll als Beispiel Art. 17 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)²⁰ dienen, der die Pflicht zur Veröffentlichung von Ad-hoc-Mitteilungen regelt. Dort heißt es in Abs. 2:

„Jeder Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate gibt Insiderinformationen in Bezug auf ihm gehörende Emissionszertifikate für seine Geschäftstätigkeit, darunter Luftverkehr gemäß Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG und Anlagen im Sinne von Artikel 3 Buchstabe e jener Richtlinie, die der betreffende Marktteilnehmer, dessen Mutterunternehmen oder ein verbundenes Unternehmen besitzt oder kontrolliert und für dessen betriebliche Angelegenheiten der Marktteilnehmer, dessen Mutterunternehmen oder ein verbundenes Unternehmen vollständig oder teilweise verantwortlich ist, öffentlich, wirksam und rechtzeitig bekannt. In Bezug auf Anlagen umfasst diese

²⁰ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. 2014 L 173, 1.

Offenlegung die für deren Kapazität und Nutzung erheblichen Informationen, darunter die geplante oder ungeplante Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen.

Unterabsatz 1 gilt nicht für Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate, wenn die Emissionen der Anlagen oder Luftverkehrstätigkeiten in ihrem Besitz, unter ihrer Kontrolle oder ihrer Verantwortlichkeit im Vorjahr eine bestimmte Kohlendioxidäquivalent-Mindestschwelle nicht überschritten haben und, sofern dort eine Verbrennung erfolgt, deren thermische Nennleistung eine bestimmte Mindestschwelle nicht überschreitet.

Der Kommission wird die Befugnis übertragen, gemäß Artikel 35 zur Anwendung der im Unterabsatz 2 dieses Absatzes vorgesehenen Ausnahme delegierte Rechtsakte zur Festlegung einer Kohlendioxidäquivalent-Mindestschwelle und einer Mindestschwelle für die thermische Nennleistung zu erlassen."

Diese Regelung ist für die Verhältnisse des EU-Rechts nicht ungewöhnlich, sondern eher ein typisches Beispiel für dessen Technizitätsgrad. Sie gilt für Teilnehmer am Markt für „Emissionszertifikate“, d.h. für Berechtigungen zum Ausstoß von Treibhausgas (Kohlendioxid).²¹ Funktional entspricht sie der Regelung des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 MAR, die für alle Emittenten von Finanzinstrumenten gilt, und hier zum Vergleich ebenfalls wiedergegeben werden soll:

²¹ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. 2003, L 275, 32.

„Emittenten geben der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die unmittelbar deren Emittenten betreffen, so bald wie möglich bekannt“.

Obwohl Art. 17 Abs. 1 MAR einen weitaus größeren Anwendungsbereich und eine ungleich wichtigere Funktion hat, ist Art. 17 Abs. 2 MAR ungleich länger und viel komplexer ausgestaltet. Bereits dies erzeugt einen falschen Eindruck von der Bedeutung der jeweiligen Regeln, denn die Vorschriften über Finanzinstrumente sind in der Praxis um ein Vielfaches wichtiger als die über CO₂-Zertifikate. Außerdem verwendet Art. 17 Abs. 2 MAR zahlreiche technische Ausdrücke wie „Kohlendioxidäquivalent-Mindestschwelle“, deren Bedeutung sich dem Leser nicht ohne Weiteres erschließt. Zudem hat der Gesetzgeber eine Reihe zusätzlicher Punkte eingeflochten, deren Notwendigkeit nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Dies gilt z.B. für die Erwähnung des Luftverkehrs in UAbs. 1 S. 1, der es für die Erreichung des Regelungsziels nicht bedurft hätte, da der Begriff Geschäftsverkehr offen ist und der Luftverkehr als Kohlendioxid-Emittent ohnehin umfasst gewesen wäre. Ein weiterer Fall einer nicht abschließenden Aufzählung findet sich im letzten Satz des UAbs. 1 („darunter die geplante oder ungeplante Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen“). Diese Informationen werden über verschiedene Schachtelsätze eingeführt, die das Verständnis der Vorschrift erheblich erschweren. Ebenfalls typisch für die EU-Gesetzgebung ist die terminologische Verdoppelung wie „besitzt oder kontrolliert“, „vollständig oder teilweise“ oder „geplante oder ungeplante“. Dieser Regelungsstil erinnert eher an die Abfassung eines angelsächsischen Vertragswerks als an kontinentale europäische Gesetzgebungskunst. Auch hier wird das Bemühen nach einer möglichst umfassenden Regelung deutlich. Diese hätte man durch allgemeinere Wortwahl oder das simple Weglassen von Adjektiven besser und effizienter erreichen können.

Die Ausnahme des Abs. 2 UAbs. 2 verkompliziert die Regel zusätzlich. Zu deren Präzisierung überträgt UAbs. 3 zusätzliche Befugnisse auf die Kommission. Für die Praxis bedeutet das die Notwendigkeit, einen weiteren Rechtsakt auffinden und analysieren zu müssen, bevor die Regel angewandt werden kann. Insgesamt ist der Text eher für die Verarbeitung durch einen Computer („RegTech“) als durch einen menschlichen Leser geeignet.

Dies ist wohlgermerkt nur ein Beispiel unter vielen für die Technizität von EU-Regelungen. Zusammen mit der Unübersichtlichkeit hat sie fatale Folgen. Nicht nur werden erhebliche Ressourcen wie Zeit, Energie und Papier vergeudet. Vielmehr wird auch von eigentlichen Prioritäten abgelenkt. Außerdem muss das Recht permanent reformiert werden, denn je detaillierter eine Vorschrift ist, umso häufiger bedarf sie der Änderung.²² Nicht zuletzt wird die praktische Wirksamkeit („effet utile“) des EU-Rechts beeinträchtigt, denn ein Recht, das schwer zu verstehen ist und sich ständig ändert, hat in der Praxis weniger Chancen auf effektive Befolgung.

3. Fragmentierung

Das EU-Recht – und zwar nicht nur das Wirtschaftsrecht – ist über viele verschiedene Rechtsakte verteilt. Diese sind in der Theorie als ein System konzipiert und daher als ein solches auszulegen.²³ Jedoch stehen die einzelnen Rechtsakte in der Praxis meist unverbunden nebeneinander,

²² Zum Verhältnis von Komplexität und Haltbarkeit der Normen im Kontext des EU-Rechts siehe *Hurka/Haag*, „Policy complexity and legislative duration in the European Union“, *European Union Politics* 2019, erhältlich unter <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1465116519859431>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

²³ Vgl. *EuGH* 6.10.1982 – C-283/81 Rn. 20 – C.I.L.F.I.T.; *EuGH* 4.12.1997 – C-97/96 Rn. 18–21 – Daihatsu. Dazu *Karl Riesenhuber* in ders., *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 10, Rn. 22–26; *Dirk Looschelders* in *Staudinger BGB: Internationales Privatrecht*, 2019, Rn. 532. Allgemein dazu: *Clemens Höpfner*, *Die systemkonforme Auslegung*, 2008, 99 ff.

enthalten Dopplungen oder sogar Widersprüche. Von einem System kann an vielen Stellen keine Rede sein.

Diese Fragmentierung ist einer der Treiber von Volumen und Redundanzen. Jeder neue Rechtsakt ist z.B. mit einer Präambel ausgestattet. Dort wird eine Vielzahl von Aussagen u.a. über Rechtsgrundlage, Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität getroffen, die in mechanischer Weise abgearbeitet werden und häufig bereits andernorts Gesagtes wiederholen. Zudem werden die Präambeln tendenziell immer länger,²⁴ was kaum verwundert: Da sie das bereits bestehende Recht reflektieren müssen, steigert sich ihr Inhalt in der Potenz. Besonders vor Augen tritt dies bei den Änderungsrichtlinien, die selbst wieder einen Großteil der früheren Präambel der geänderten Richtlinien repetieren.²⁵

Eine weitere Konsequenz der Fragmentierung ist, dass bereits anderenorts definierte Termini in jedem Text von Neuem definiert werden müssen. Das Ergebnis sind abweichende Terminologien zwischen den einzelnen Rechtsakten.²⁶ Ein bekanntes Beispiel aus dem Verbraucherrecht ist das Widerrufsrecht, das in der englischen Fassung

²⁴ Siehe z.B. die auf 31 Amtsblattseiten niedergelegten 173 Erwägungsgründe der Präambel der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

²⁵ Siehe z.B. die 37 Erwägungsgründe umfassende ÄnderungsRiL zur BRRD, Richtlinie (EU) 2019/879 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und der Richtlinie 98/26/EG, ABl. 2019 L 150, 296.

²⁶ Siehe z.B. "right to renounce" in Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372, 31 (nicht mehr in Kraft) sowie "right of withdrawal" in Art. 6 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 Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. 2009 L 33, 10. Dazu *Dagmar Kaiser*, Staudinger BGB: §§ 346–361, Neubearbeitung 2012, § 355 Rn. 25.

der Haustürwiderrufsrichtlinie „right of cancellation“ hieß²⁷, in späteren Richtlinien dann „right of withdrawal“²⁸. Die abweichende Terminologie stiftet Verwirrung, weil Unterschiedliches gemeint sein könnte. Um dies zu vermeiden, verweist der EU-Gesetzgeber häufig auf die Definitionen in anderen Texten. Das aber führt häufig zu einer nicht anwenderfreundlichen Schnitzeljagd. Ein Beispiel dafür ist die Definition des Begriffs „Derivate“, für die die MiFID II auf die MiFIR verweist, die zurück auf die MiFID II rekurriert.²⁹ Ein wahres Rechtskarussell!

Teilweise wird sogar im selben Rechtsakt der gleiche Begriff unterschiedlich definiert. Das ist z.B. bei der gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Fall, die zwei unterschiedliche Definitionen für den Begriff „Gesellschaften“ kennt.³⁰ Die verschiedene Bedeutung erklärt sich daraus, dass mehrere Richtlinien zu einer „horizontalen“ Richtlinie verschmolzen wurden. Dabei wurde allerdings verabsäumt, die verschiedenen Begrifflichkeiten anzupassen. Der Fall illustriert, wie schwer sich der europäische Gesetzgeber mit einer echten Vereinfachung und Vereinheitlichung tut. Es liegt auf der Hand, dass eine gespaltene Definition im selben Rechtsakt das Verständnis erschwert und Fehlerquellen erzeugt.

Hinter der Fragmentierung versteckt sich allerdings noch ein weiterer, fundamentaler Mangel. Durch die Vielzahl von unterschiedlichen Rechtsakten für verschiedene Sektoren und Lebensbereiche wird das EU-

²⁷ Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372, 31 (nicht mehr in Kraft).

²⁸ Art. 9 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304, 64.

²⁹ Siehe die Verweisung des Art. 4 Abs. 1 Nr. 49 MiFID II auf Art. 2 Abs. 1 Nr. 29 MiFIR und zurück auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 44 sowie Anhang I Abschnitt C Abs. 4–10 MiFID II.

³⁰ Siehe Anhang I und II Gesellschaftsrechtliche Richtlinie – Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169, 46.

Recht anfällig für den Einfluss von Sonderinteressen. Diese lassen sich in kleinteiligen Rechtsakten wesentlich besser verstecken als in allgemeingültigen Gesetzen. Das EU-Recht hat mittlerweile einen Grad von Intransparenz erreicht, der den gewieftesten Lobbyisten den größten Einfluss erlaubt.³¹ Dieser Einfluss drückt sich meist in einer Ausnahme oder Sonderregel aus. All dies vergrößert nicht nur die Zahl der Normen, sondern verringert auch ihre Akzeptanz in der Bevölkerung.

4. Unzugänglichkeit

Das EU-Recht ist notorisch schwierig aufzufinden. In den Zeiten des Internets greift der Leser auf EU-Texte in der Regel über die Seite eur-lex.eu zu. Diese ist zwar in den letzten Jahren stetig verbessert worden, aber nur rechtlichen Insidern bekannt. Bürger nutzen sie kaum, und selbst viele Jurastudierende ahnen nicht von ihrer Existenz.

Lange Zeit konnte man sich insoweit mit dem Argument beruhigen, dass sich Unionsrecht nicht unmittelbar an die Bürger, sondern in erster Linie an die Mitgliedstaaten richtet. Das ist jedoch nicht länger der Fall. Heute nehmen Verordnungen, die bekanntlich unmittelbar anwendbar sind (Art. 288 Abs. 2 AEUV), einen weit breiteren Raum ein. So ist z.B. die oben genannte MAR von den Gerichten der Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden und für die Bürger direkt verbindlich. Gleiches

³¹ Siehe *Samuel White*, Excessive complexity hinders transparency of lawmaking, euractiv 28.11.2017, erhältlich unter <https://www.euractiv.com/section/politics/news/excessive-complexity-hinders-transparency-of-lawmaking/>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

gilt für die anderen Verordnungen, wie die MiFIR, die Fluggast-VO³² oder die VO über Fahrgastrechte im Kraftomnibusreiseverkehr³³.

Selbstverständlich kann sich der Bürger einen Anwalt nehmen, um sich über seine Rechte und Pflichten zu informieren. Jedoch verursacht dies nicht unerhebliche Kosten. Außerdem wird auch ein Jurist seine Schwierigkeiten haben, die betreffende EU-Regelung zu finden und zu interpretieren. Selbst dem versierten Wirtschaftsrechtler bereitet das Verständnis einer Regelung wie der des Art. 17 Abs. 2 MAR nicht geringe Probleme. Auch das Auffinden eines spezifischen Texts auf eur-lex.eu ist zeitraubend und umständlich. Dazu muss er nicht nur die Art des Rechtsakts (z.B. Verordnung oder Richtlinie), sondern dessen präzise Dokumentennummer kennen. Mit anderen Worten muss der Rechtsanwender schon sehr genau wissen, wonach er sucht.

Besonders schwierig ist es, die Änderung oder Aufhebung von EU-Rechtsakten nachzuverfolgen. Diese erfolgt wiederum über einen selbständigen Rechtsakt, der völlig unverbunden neben dem alten steht. Zwar werden Aufhebungen oder Änderungen im Titel hervorgehoben. Jedoch trägt dies nur zur Verlängerung der Titel bei; das Auffinden erleichtert es dagegen nicht. Die Seite eur-lex.eu zeigt seit neuerer Zeit an, ob ein Rechtsakt in Kraft ist, auch wenn man sich auf diese Aussage nicht immer verlassen kann.³⁴ Vor allem das Auffinden aktueller Versionen ist eine echte Herausforderung. Konsolidierte Fassungen werden in nur unregelmäßigen Abständen erstellt und sind im Internet nur auf Umwegen zu finden. Auch der Markt sorgt nicht für Abhilfe:

³² Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, ABl. 2004 L 46, 1.

³³ Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr, ABl. 2011 L 55, 1.

³⁴ Beispiel: Bei einer Recherche der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44 am 18. Januar 2020 wurde diese als „in Kraft“ angezeigt. Tatsächlich war sie seit dem 11. Juni 2019 außer Kraft, siehe Art. 23 und 26 Richtlinie 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136, 1.

Anders als bei nationaler Gesetzgebung veröffentlichen nur wenige Verlage aktualisierte Sammlungen des EU-Rechts.

5. Lückenhaftigkeit

Es mag angesichts des hohen Volumens des EU-Rechts überraschen, dass ihm hier zugleich der Vorwurf der Lückenhaftigkeit gemacht wird. Trotzdem ist er berechtigt. Wie eine Studie der *Association Henri Capitant* (AHC) belegt, regelt das EU-Wirtschaftsrecht den Binnenmarkt nur sehr unvollständig.³⁵ Als Folge der Fragmentierung verfolgt jeder Rechtsakt ein eingegrenztes Ziel. Dieses ist von den jeweils auftretenden Bedürfnissen geprägt, z.B. vom Verbraucherschutz oder der Bankenrettung. Es existiert kein einheitliches Programm, um den Binnenmarkt abzudecken. Dadurch ist die Regelungsdichte in den einzelnen Bereichen sehr unterschiedlich.

Zwischen den verschiedenen Rechtsakten klaffen zum Teil beträchtliche Lücken. Diese ergeben ein Regelungsgefälle, das zu logischen Widersprüchen führen kann. Ein Beispiel ist die Richtlinie über die Bekämpfung des Zahlungsverzugs.³⁶ Sie betrifft nur den Geschäftsverkehr. In diesem gelten daher höhere Zinsen als im Verbraucherverkehr.³⁷ Die Folge ist, dass ein unternehmerischer Schuldner einem Verbraucher als Gläubiger einen geringeren Zinssatz schuldet als einem Unternehmen. Dieses widersprüchliche Ergebnis geht auf das enge Ziel der EU zurück, Unternehmen vor verspäteten Zahlungen zu schützen. Dass auch Verbraucher eines solchen Schutzes bedürfen könnten, übersah der EU-Gesetzgeber dabei. Ein weiteres

³⁵ *Association Henri Capitant*, Der Europäische Aufbau im Wirtschaftsrecht: Besitzstand und Perspektiven, 2016, 136.

³⁶ Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48, 1.

³⁷ Siehe § 288 Abs. 1 und 2 BGB.

Beispiel fehlender Logik bietet die Handelsvertreterrichtlinie.³⁸ Während sie den Handelsvertreter schützt, lässt sie andere Vertriebsakteure, wie z.B. Vertragshändler, Franchisenehmer, Kommissionsagenten, Kommissionäre oder Makler, außer Betracht, obwohl diese wirtschaftlich ähnliche Funktionen erfüllen und vergleichbar schutzbedürftig sind.³⁹ Ihre Auslassung lässt sich weder aus dogmatischen noch aus rechtspolitischen Gründen rechtfertigen.

Die größten Lücken aber klaffen im Zivilrecht. Das Unionsrecht enthält nur an vereinzelt Stellen Regelungen des privaten Wirtschaftsrechts. Dies erklärt sich aus dem Selbstverständnis der Union als Regulierer, der nur bei konkret auftretenden Problemen tätig wird. Die *enabling legislation*, welche Tätigkeiten im Binnenmarkt erst ermöglicht, überlässt sie den nationalen Rechtsordnungen. Versuche, dies zu ändern und zumindest ein optionales zusätzliches Kaufrechtsregime einzuführen, sind bekanntlich am Widerstand der Mitgliedstaaten gescheitert.⁴⁰ Damit werden Transaktionen im Binnenmarkt nach wie vor nicht durch europäisches, sondern durch nationale Rechte beherrscht. Das bewirkt eine Zersplitterung der Märkte, z.B. des Markts für europäische Anleihen oder Derivate. Ihr können die Beteiligten nur teilweise durch eine Rechtswahl vorbeugen.⁴¹ Soweit sie ein anwendbares Recht bestimmen, ist es zudem in der Regel kein mitgliedstaatliches: Am meisten gewählt werden vielmehr das englische und das schweizerische Recht. Damit einher geht nicht nur ein Einfluss-, sondern auch ein Einkommensverlust für die Union als Ganzes, denn Streitigkeiten aus Transaktionen im

³⁸ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 L 382, 17.

³⁹ Franz-Jörg Semler, in Michael Martinek/Franz-Jörg Semler/Eckhard Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 24 Rn. 5; Matthias Lehmann, 'EU Law-Making 2.0: The Prospect of a European Business Code', (2020) 27 ERPL 1 (9 f.) (im Erscheinen).

⁴⁰ Vgl. Jürgen Basedow, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlags, ZEuP 2015, 432.

⁴¹ Siehe über das Kollisionsrecht als Alternative zur Rechtsvereinheitlichung unten III.2.

Binnenmarkt werden meist von Gerichten und Anwälten in Drittstaaten erledigt.

II. Verbesserung durch Kodifikation?

1. Vorteile der Kodifizierungsmethode

Die Vorzüge der Kodifikation sind spätestens seit der Aufklärung bekannt.⁴² Sie lassen sich mit den Schlagworten Übersichtlichkeit, Konsolidierung, Strukturierung, erleichterter Zugang, größere Verständlichkeit und Gleichheit (Gerechtigkeit) zusammenfassen.

Die Niederlegung von Rechtsvorschriften in einem zentralen Werk schafft zunächst eine bessere Übersicht über das bestehende Recht.⁴³ Jedermann kann seine Rechte und Pflichten nachlesen. Damit einher geht häufig eine Konsolidierung: Alte und nicht mehr relevante Texte werden gestrichen, die bestehenden werden in wenigen Vorschriften zusammengefasst. Dadurch wird das Volumen der Gesetzgebung reduziert und zugleich die Rechtssicherheit erhöht.

Eine gute Kodifikation ist jedoch mehr als eine bloße Sammlung. Sie strukturiert den bestehenden Rechtsstoff in logischer Weise.⁴⁴ Damit wird dieser leichter auffindbar. Dies verbessert den Zugang zum Recht und erhöht demzufolge die Effizienz bei dessen Anwendung.

Außerdem unterscheidet sich der Stil einer Kodifikation grundlegend von denen der Einzelgesetze – jedenfalls sollte er es. Idealerweise ist er

⁴² Über die Vorzüge siehe z.B. *Bruno Oppetit*, *Essai sur la codification*, 1998; *Jacques Vanderlinden*, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: Essai de définition*, 1967; *Gunther A. Weiss*, 'The Enchantment of Codification in the Common-Law World', (2000) 25 *Yale J. Int'l L.* 435; *Franz Wieacker*, *Aufstieg, Blüte und Krise der Kodifikationsidee*, in *Festschrift für Gustav Boehmer*, 1954, 34; *Reinhard Zimmermann*, 'Codification: History and Present Significance of an Idea', (1995) 3 *ERPL* 95 (98).

⁴³ *Bruno Oppetit*, *Essai sur la codification*, 1998, 12: «remédier à la dispersion et à l'émettement du droit».

⁴⁴ *Terry DiFilippo*, 'Jeremy Bentham's Codification Proposals and Some Remarks on Their Place in History', (1972) 22 *Buff L Rev* 239 (242 ff.).

knapper und leichter verständlich als eine Detailregelung. Damit wird der Umfang reduziert und der Zugang zum Recht – im materiellen Sinn von Verständnis – nochmals verbessert.⁴⁵

Schließlich haben die Gesetzbücher in der Tradition der Aufklärung einen weiteren Vorzug: Aufgrund ihrer Allgemeinheit und Abstraktionshöhe gelten sie universell. Sie schaffen gleiche Rechte und Pflichten für alle Rechtsunterworfenen. Es ist daher kein Zufall, dass ausgerechnet die Französische Revolution zur Kodifikationsmethode griff, um die bestehenden Privilegien einzelner Stände unter dem *Ancien Régime* zu beseitigen. Die Kodifikation zwingt den Gesetzgeber, sich einer „globalen Rationalität“ zu unterwerfen.⁴⁶ Dies schließt widersprüchliche Regelungen für einzelne Gruppen aus und trägt zum Ideal der Gerechtigkeit bei.

2. Rechtsvergleichung

Kodifikationen speziell des Handels- oder Wirtschaftsrechts haben auch eine wichtige ökonomische Funktionen, denn sie gehen häufig der Herstellung einheitlicher Märkte voraus. Diese Erfahrung wurde von den *ordonnance de Colbert* aus dem 17. Jahrhundert bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch 1861 gemacht.⁴⁷ Besonders bemerkenswert ist, dass selbst in angelsächsischen Ländern wie den USA das Wirtschaftsrecht vereinheitlicht wurde. Dem *Uniform Commercial Code* folgen fast alle Bundesstaaten.⁴⁸ Zudem ordnet der Bundesgesetzgeber seine Regeln in einem System, dem „United States

⁴⁵ Selbst im Common law empfiehlt man aus diesem Grund eine Kodifizierung, siehe *Dame Mary Arden*, 'Time for an English Commercial Code?', (1997) 56 Cambridge L. J. 516 (532 f.). Dies spiegeln auch die vier stilistischen Regeln für einen „code“ wider, die Jeremy Bentham im Abschnitt „General View of a Complete Code of Laws“ niedergeschrieben hat. Abgedruckt in *John Bowring*, *The Works of Jeremy Bentham*, Band 3, 1843, 207 ff.

⁴⁶ *Bruno Oppetit*, *Essai sur la codification*, 1998, 13.

⁴⁷ *Matthias Lehmann*, *Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?*, ZHR 2017, 9 (15 ff.).

⁴⁸ *James White/Robert Summers*, *Uniform Commercial Code*, 5. Aufl. 2000, 1 und 23.

Code“, und alle Bundesbehörden ihre Rechtsakte im „Code of Federal Regulations“. Auch wenn diese reinen Sammlungen mit einer Kodifikation im kontinentalen Sinn nicht zu vergleichen sind, stellen sie doch gegenüber dem derzeitigen Zustand des EU-Rechts eine erhebliche Verbesserung dar, weil die Rechtsakte sachlich gegliedert sind.

Die Rechtsvergleichung zeigt zugleich, dass einheitliches Wirtschaftsrecht nicht unbedingt mit einheitlichem Zivilrecht einhergehen muss. So wenden die Bundesstaaten der USA weiterhin ihre eigenen Versionen des *Common law* an.⁴⁹ In Spanien gelten neben dem *Código de Comercio* für das Zivilrecht verschiedene Foralrechte.⁵⁰ Etwaige Befürchtungen, eine Kodifikation des Wirtschaftsrechts sei ein trojanisches Pferd zur Vereinheitlichung des Zivilrechts, sind damit grundlos.

3. Kontext des Unionsrechts

Die genannten Vorteile der Kodifikationsmethode würden viele der oben genannten Unzulänglichkeiten des geltenden EU-Rechts beseitigen helfen. Die unübersichtliche Vielzahl von Texten würde reduziert, die technokratische Sprache eliminiert und der Zugang für Rechtsunterworfenen verbessert. Lücken würden durch allgemeine Regeln erst gar nicht entstehen oder könnten durch die Befolgung des Rechtsgedankens anderer Regelungen geschlossen werden. Im Unterschied zu den verschiedenen Einzelrechtsakten wäre das EU-Recht ein in sich geschlossenes, logisches Gebäude. Privilegien einzelner Sektoren oder Akteure wären damit entweder ausgeschlossen oder zumindest einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt, da sie sich vor dem Hintergrund des allgemeinen Prinzips deutlicher abzeichnen.

⁴⁹ *Matthias Lehmann*, Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?, ZHR 2017, 9 (27).

⁵⁰ *Carlos Petit Calvo*, Oposición Foral al Código de Comercio (1829), in *Anuario de historia del derecho español*, Vol. 59, 1989, 699; *Iris Holl*, *Textología contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica*, 2011, 34.

Aus der Sicht speziell der EU kommt noch ein weiterer Vorteil hinzu: So gut wie alle mitgliedstaatlichen Juristen sind im Umgang mit Kodifikationen bestens geübt. Sie sind mit ihnen seit dem ersten Tag ihres Studiums vertraut und wissen mit ihnen umzugehen. Was viele Juristen am EU-Recht irritiert, ist gerade die Abwesenheit von Gesetzbüchern und die Vielzahl partikularer Rechtsakte. Die Kodifikation gehört zum gemeinsamen Erbe aller kontinental-europäischen Staaten. Es ist paradox, dass ausgerechnet die Europäische Union dieses Erbe nicht für ihre Zwecke nutzt.

4. Schritte der EU zur Verbesserung der Gesetzgebung

Der hier vorgebrachten Kritik wird der Leser die zahlreichen Bemühungen zur Verbesserung des EU-Rechts entgegenhalten. Schon seit 2003 wurde die sogenannte *Better Law Initiative* durch eine interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission eingeführt⁵¹ und seitdem immer wieder erneuert⁵². Zumindest anfangs legte diese auch Wert auf die klarere und zugänglichere Gestaltung von Rechtsvorschriften, zu der nach Ansicht der Kommission „die Vereinfachung, *Kodifizierung*, Neufassung und Konsolidierung der Rechtstexte sowie die Verringerung des Volumens der Rechtsvorschriften durch die Aufhebung überholter Bestimmungen“ gehört.⁵³

Die Erfolge auf diesem Weg fallen allerdings bislang bescheiden aus. Eher kurios ist, dass die Verordnungen über Qualitätsnormen für Lauch, Auberginen, Zucchini, Zwiebeln, Chicorée, Kopfkohl, Rosenkohl,

⁵¹ *Europäisches Parlament, Rat und Kommission*, Interinstitutionelle Vereinbarung – „Bessere Rechtsetzung“, ABl. 2003 C 321, 1.

⁵² Zuletzt etwa *Europäische Kommission*, Mitteilung – Bessere Rechtsetzung: wir ziehen Bilanz und erneuern unser Engagement, 15.4.2019, erhältlich unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-taking-stock_de.pdf, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

⁵³ *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2012) 746 endg., 11 (Hervorhebung durch Verf.).

Bleichsellerie, Pflaumen und andere pflanzliche Nahrungsmittel zu einer Verordnung hinsichtlich der „Vermarktungsnormen im Sektor Obst und Gemüse“ zusammengefasst wurden.⁵⁴ Eine vergleichsweise herausragende Errungenschaft ist dagegen der Zollkodex.⁵⁵ Auch die Einführung horizontaler Richtlinien etwa im Verbraucherrecht⁵⁶ und im Gesellschaftsrecht⁵⁷ trägt zur Konsolidierung bei, wenn auch mit den genannten Mängeln.⁵⁸

Insgesamt ist die Union von einer durchgängigen Befolgung der Kodifikationsmethode noch weit entfernt. Es hat den Anschein, als ob sie dazu aus eigenem Antrieb nicht in der Lage sein wird. Zwar hat sie im Weißbuch zur Zukunft Europas die Kodifikation des Wirtschaftsrechts als eine Option erwähnt.⁵⁹ Allerdings hat sie selbst keine Schritte dazu unternommen. Daher sind derzeit die Mitgliedstaaten und die Zivilgesellschaft gefragt. Selbstverständlich muss die Kommission als Inhaberin des Monopols zum Vorschlag von EU-Gesetzgebung von den Arbeiten überzeugt werden. Zuvor sind jedoch eine Reihe grundsätzlicher Einwände gegen das Projekt zu überwinden.

⁵⁴ Verordnung (EG) Nr. 1221/2008 der Kommission vom 5. Dezember 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1580/2007 mit Durchführungsbestimmungen zu den Verordnungen (EG) Nr. 2200/96, (EG) Nr. 2201/96 und (EG) Nr. 1182/2007 des Rates im Sektor Obst und Gemüse hinsichtlich der Vermarktungsnormen, ABl. 2008 L 336, 1; inzwischen abgelöst durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 543/2011 der Kommission vom 7. Juni 2011 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates für die Sektoren Obst und Gemüse und Verarbeitungserzeugnisse aus Obst und Gemüse, ABl. 2011 L 157, 1.

⁵⁵ Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Oktober 2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. 2013 L 269, 1.

⁵⁶ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304, 64.

⁵⁷ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169, 46.

⁵⁸ Siehe oben I zur gespaltenen Definition der Gesellschaft in der horizontalen gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

⁵⁹ *Europäische Kommission*, Weissbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, KOM(2017) 2025, 12.

III. Einwände

Kritiker haben eine Reihe von Argumenten gegen das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs ins Feld geführt.⁶⁰ Die wichtigsten sollen im Folgenden erörtert werden.

1. Rechtliche Hindernisse

a) Enumerationsprinzip

Rechtlich wird die Union vom Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Enumerationsprinzip) bestimmt.⁶¹ Gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 EUV darf die Union nur innerhalb der ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Zuständigkeiten tätig werden. Dies scheint der Annahme eines Wirtschaftsgesetzbuchs entgegenzustehen.⁶²

Ein Ausschlussgrund für eine Kodifizierung ist das Enumerationsprinzip jedoch nicht. Es regelt nur die Grundlage, nicht jedoch die Form der Rechtsakte der Union. Soweit der EU eine Zuständigkeit von den Mitgliedstaaten übertragen ist, kann sie die Mittel zu deren Ausfüllung wählen. Es gibt bereits heute Kodifikationen der Union, z.B. des Zollrechts.⁶³ Es ist schlechthin nicht einzusehen, warum das Instrument der Kodifikation nicht auch in anderen, weitergehenden Bereichen verwendet werden könnte. Eine Verletzung des Enumerationsprinzips läge darin nicht.

⁶⁰ *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (656 ff.); *Karl Riesenhuber*, Und jetzt ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch?, GPR 2017, 270 (271 ff.).

⁶¹ Dazu *Rupert Stettner* in Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 48. EL Juli 2019, A IV Rn. 7–9; *Christian Calliess* in ders./Matthias Ruffert (Hrsg.), 5. Aufl. 2016, Art 5 EUV Rn. 6–12; Ausführlich *Eckhard Pache* in Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar – EUV, GRC, AEUV, Band I, 2017, Art. 5 EUV Rn. 17–51.

⁶² Siehe *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (660).

⁶³ Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Oktober 2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. 2013 L 269, 1.

b) Fehlende Kompetenz

Trotz Enumerationsprinzip käme also ein Gesetzbuch in Frage, soweit eine entsprechende Kompetenz der EU vorliegt. Gerade im Bereich des Binnenmarkts besitzt die Union weitreichende Zuständigkeiten gemäß Art. 114 AEUV. Zwar deckt diese nicht jede Regelung ab, z.B. nicht solche des Gesundheitsschutzes.⁶⁴ In dem die Wirtschaft betreffenden Bereich wird aber die Kompetenz des EU-Gesetzgebers als umfassend verstanden und auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er daneben noch andere Ziele verfolgt.⁶⁵ Die Vorschrift setzt zudem nicht voraus, dass in jedem von der Regelung erfassten Einzelfall ein Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten besteht.⁶⁶ Anerkanntermaßen können daher auch rein inländische Sachverhalte in die Binnenmarktkompetenz fallen.⁶⁷

Auch sollte man Art. 114 AEUV nicht statisch verstehen. Die EU ist in den letzten Jahren aus der Entwicklungsphase der Marktöffnung herausgewachsen.⁶⁸ Sie reguliert in vielen Bereichen allgemeine Marktprobleme mittels unmittelbar anwendbarer Regeln.⁶⁹ Die Union hat

⁶⁴ *EuGH* 5.10.2000 – C-376/98 Rn. 83 – Tabakwerbung I.

⁶⁵ *EuGH* 8.6.2010 – C-58/08 Rn. 36 – Vodafone; *Jörg Philipp Terhechte* in Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar – EUV, GRC, AEUV*, Band III, 2017, Art. 114 AEUV Rn. 54; *Meinhard Schröder* in Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV Rn. 30–32.

⁶⁶ *EuGH* 20.5.2003 – verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 Rn. 41 – Rechnungshof ./ Österreichischer Rundfunk.

⁶⁷ *EuGH* 20.5.2003 – verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 Rn. 41 – Rechnungshof ./ Österreichischer Rundfunk; *Wulf-Henning Roth*, *Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union*, EWS 2008, 401 (413).

⁶⁸ Dazu *Jens-Hinrich Binder*, *Vom offenen zum regulierten Markt: Finanzintermediation, EU-Wirtschaftsverfassung und der Individualschutz der Kapitalanbieter*, ZEuP 2017, 569. Zu den Entwicklungslinien auch: *Thomas von Danwitz* in Manfred A. Dausen/Markus Ludwig, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 48. EL Juli 2019, B II Rn. 92–95.

⁶⁹ Siehe neben den bereits genannten Beispielen der MAR, der Fluggast-VO und der VO über den Busverkehr etwa auch die EMIR (Verordnung (EU) 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. L 201, 1), die Benchmark-VO (Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, ABl. L 171, 1) oder die Prospekt-VO (Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates

sich damit von einer supranationalen Koordinationseinheit zu einem weitgehend eigenständigen Gesetzgeber für den Binnenmarkt gewandelt. Dieser geänderten Funktion muss auch die Interpretation des Primärrechts Rechnung tragen: Was den einheitlichen Binnenmarkt verbessert, sollte grundsätzlich in die Kompetenz der EU fallen. Der Text des Art. 114 lässt eine solche Auslegung durchaus zu.⁷⁰ Dazu gehört nicht länger nur der Abbau von Handelshemmnissen oder Wettbewerbsverzerrungen, sondern auch „moderne“ Ziele wie etwa die Wahrung der Stabilität des Finanzsystems, die Förderung nachhaltigen Wirtschaftens oder die Herstellung gleichen Zugangs zu Kreditfinanzierungen. All dies ruft nach einheitlicher Regelung auf EU-Ebene.

c) Subsidiaritätsprinzip

Ebenfalls gegen das EuWGB könnte das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) sprechen, nach dem eine Kompetenz nur dann auf der Unionsebene wahrgenommen werden darf, wenn sie sich auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklichen lässt. Das Subsidiaritätsprinzip wurde bereits gegen das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (CESL) ins Feld geführt.⁷¹ *A fortiori* könnte es daher einer umfassenden Kodifikation des Wirtschaftsrechts entgegenstehen.

vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist, ABl. L 168, 12).

⁷⁰ *EuGH* 5.10.2000 – C-376/98 Rn. 83 f. – Tabakwerbung I; *Christian Tietje* in Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 68. EL Oktober 2019, Art. 114 AEUV Rn. 24, 80 ff., 112 f.; *Jörg Philipp Terhechte* in Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar – EUV, GRC, AEUV*, Band III, 2017, Art. 114 AEUV Rn. 54, 56. Siehe auch *Claus Dieter Classen* in Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 114 AEUV Rn. 8 und 39 ff.; *Christian M. Bron*, *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union*, 2011, 67 ff.; *Yves Bock*, *Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt*, 2005, 73 ff.

⁷¹ Die Subsidiaritätsrüge wurde unterstützt vom belgischen, deutschen, österreichischen und britischen Parlament, siehe *Europäisches Parlament*, *Legislative Entschließung* vom 26. Februar 2014, Dokument P7_TA(2014)0159, 4. Spiegelstrich.

Jedoch gründete sich die Ablehnung des CESL vor allem auf der Gefahr einer Konkurrenz für die nationalen Zivilgesetzbücher. Diese Gefahr besteht bei einem Wirtschaftsgesetzbuch nicht in demselben Maße, da dieses das Zivilrecht unberührt lässt.⁷² Es lässt sich auch kaum bestreiten, dass sich die Aufgabe zur Schaffung eines europäischen Binnenmarkts deutlich besser auf der Ebene der EU als auf der der Mitgliedstaaten wahrnehmen lässt: Einheitliche Märkte bedürfen einheitlicher Regeln, zu welchen verschiedene Staaten weniger in der Lage sind als die Union.

Kritiker sehen hinter dem Projekt jedoch die Gefahr einer gänzlichen Abschaffung des mitgliedstaatlichen Wirtschaftsrechts. So wendet etwa *D'Avout* ein, das EuWGB müsse, wenn es einen Mehrwert haben solle, auf lange Sicht die nationalen Regelungen hinfällig machen.⁷³ Dem ist zu widersprechen. Ein Gesetzbuch kann durchaus bestimmte Rechtsbereiche aussparen oder durch andere Regelungen ergänzt werden, wie etwa die Existenz nationaler Verbrauchergesetze neben den Zivilgesetzbüchern zeigt.⁷⁴ Sehr gut vorstellbar wäre etwa der Fortbestand des nationalen Gesellschaftsrechts oder des nationalen Kreditsicherungsrechts. Soweit das EuWGB hier Regelungen trifft, könnte es diese als zusätzliche Option zu den mitgliedstaatlichen Rechten ausgestalten.⁷⁵ Die Bezeichnung „Wirtschaftsgesetzbuch“ deutet keineswegs auf eine allgemeinumfassende Regelung hin.⁷⁶ So stehen auch die nationalen Wirtschafts- oder Handelsgesetzbücher neben den Kodifikationen des Zivilrechts in manchen Mitgliedstaaten, während andere diese Materie in das

⁷² Siehe oben II.2.

⁷³ *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (657).

⁷⁴ Siehe z.B. den französischen *Code de la consommation* oder das österreichische Konsumentenschutzgesetz.

⁷⁵ Siehe unten IV.3.b).

⁷⁶ So aber *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (658).

Zivilgesetzbuch integrieren.⁷⁷ Entscheidend ist nicht der Name, sondern welche Regelungen sich in dem Gesetzbuch befinden.

2. Kollisionsrecht als Alternative?

Manche meinen, wegen des europäisch weitgehend vereinheitlichten IPR, sei eine Verbesserung des EU-Rechts überflüssig.⁷⁸ Für die meisten Rechtsverhältnisse im Binnenmarkt ermitteln die Gerichte der Mitgliedstaaten das anzuwendende nationale Recht einheitlich. Daher könne man auf eine Reform verzichten.

Der Einwand übersieht jedoch, dass das Internationale Privatrecht in keiner Weise den Normenumfang, die Kleinteiligkeit und die Inkohärenzen des EU-Rechts entfallen lässt. Diese Mängel bleiben bei den unmittelbar anwendbaren EU-Verordnungen. Im Fall von Richtlinien setzen sie sich im nationalen Recht fort, wie sich an der Gestalt einiger Abschnitte des BGB ablesen lässt.⁷⁹ Das IPR verwaltet die Mängel des EU-Rechts nur, beseitigt sie aber nicht.

Zudem orientiert sich nach dem europäischen IPR das anzuwendende Recht in vielen Bereichen zwingend an nationalen Grenzen, etwa bei den meisten Versicherungsverträgen.⁸⁰ Das lässt sich mit dem Binnenmarktkonzept nur schwer vereinbaren. Außerdem stören zahlreiche Eingriffsnormen die harmonische Rechtsanwendung.⁸¹ Da diese international zwingend sind, lässt sich ihnen auch nicht durch eine

⁷⁷ Siehe z.B. das niederländische *Burgerlijk Wetboek* oder den italienischen *Codice civile*.

⁷⁸ *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (659).

⁷⁹ Siehe etwa die kleinteiligen und überdetaillierten der §§ 312a ff. BGB und der §§ 675c ff. BGB, die auf verschiedene EU-Richtlinien zurückgehen.

⁸⁰ Siehe Art. 7 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177, 6. Krit. dazu bereits *Wulf-Henning Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985.

⁸¹ Siehe Art. 9 Rom I Verordnung.

Rechtswahl ausweichen. Das gilt sogar im harmonisierten Bereich aufgrund der Möglichkeit des *gold plating* durch die Mitgliedstaaten.⁸²

3. Fehlende Machbarkeit

Ein anderer Einwand geht dahin, dass das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch sich realistisch gesehen in kurzer Zeit nicht verwirklichen ließe.⁸³ Angesichts des schieren Umfangs des *Acquis* sei es unmöglich, dieses umzusetzen.⁸⁴ Auch bestünden unüberwindliche logistische Probleme der Koordination einer solchen „Herkulesaufgabe“.⁸⁵

In der Tat ist das Volumen des *Acquis* eine echte Herausforderung (siehe dazu noch unten IV.3.a)). Allerdings zielt das Projekt ja gerade auf dessen Verringerung. Durch Vereinfachung und Reduktion von Komplexität würden viele Vorschriften entfallen. In einem ersten Ansatz würde es zudem genügen, die Vorteile der Kodifikation an einigen Bereichen aufzuzeigen. Die Arbeiten könnten danach schrittweise fortgesetzt werden.

Außerdem müssen sich die Kritiker den Vorwurf gefallen lassen, widersprüchlich zu argumentieren, wenn sie einerseits das Projekt als Gefahr für die Souveränität der Mitgliedstaaten brandmarken, andererseits aber behaupten, es sei ohnehin nicht realisierbar. Nur eine der beiden Behauptungen kann logischerweise richtig sein.

4. Wertlosigkeit von Kodifikation?

Fundamental ist der Einwand, eine Kodifikation würde den Zustand des EU-Rechts nicht verbessern. Statt die Form der Gesetzgebung zu

⁸² *EuGH* 17.10.2003 – C-184/12 – Unamar.

⁸³ *Louis D’Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, *ZEuP* 2019, 653 (656).

⁸⁴ *Karl Riesenhuber*, Und jetzt ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch?, *GPR* 2017, 270 (272 f.).

⁸⁵ *Karl Riesenhuber*, Und jetzt ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch?, *GPR* 2017, 270 (273).

kritisieren, sei es daher vorzuziehen, „das Problem von Grund auf anzugehen und sich auf die Reform des Rechtsinhalts zu konzentrieren“.⁸⁶

Die Probleme des EU-Rechts liegen jedoch weniger in seinen Inhalten. Im Gegenteil werden die grundlegenden Politiken der Union von der Bevölkerung allgemein begrüßt.⁸⁷ Die häufigste Kritik richtet sich vielmehr gegen die *Art* der Gesetzgebung. Der französische Präsident Macron hat diesen Punkt in seiner Sorbonne-Rede aufgenommen, in der er ein einfacheres, transparenteres und weniger bürokratisches Europa verlangte und prophezeite, dass die anschwellende Normproduktion die Ablehnung der EU fördern werde.⁸⁸

Die Zunahme von Normen ist dabei kein Zufall, sondern Anzeichen für unüberbrückbare politische Meinungsverschiedenheiten. Eine empirische Studie hat gezeigt, dass die bürokratische Aktivität auf der unteren Gesetzgebungsebene ansteigt, soweit sich keine grundlegende Einigung auf höherer Ebene erzielen lässt.⁸⁹ Daher verwundert es wenig, dass die Normgebung in der EU durch die Einführung neuer Ebenen und Prozesse ständig verfeinert wird.

Das grundlegende Instrument der Kommunikation der Union mit der Zivilgesellschaft ist nach wie vor das Recht. Ein Gesetzgeber, der sich weitschweifig, kompliziert und widersprüchlich ausdrückt, kann nicht auf

⁸⁶ *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (661).

⁸⁷ Siehe zuletzt Europabarometer, Befragung Juni 2019, Die öffentliche Meinung in der Europäischen Union, erhältlich unter <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/88108>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

⁸⁸ Siehe *Macron*, Pour une Europe souveraine, unie, démocratique, Rede an der Sorbonne am 26.9.2017, erhältlich unter <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020. Die für hiesige Zwecke relevante Stelle lautet:

« Nous avons besoin à 28, d'une Europe plus simple, plus transparente, moins bureaucratique ! Si la vigueur du droit fait la force de l'Europe, la profusion des normes en précipite le rejet. Avec des chefs d'entreprise, des ONG, des panels de citoyens, passons en revue progressivement les règles européennes pour vérifier qu'elles sont adaptées, comprises, utiles. »

⁸⁹ *Junge/König/Luig*, 45 (2015) *Journal of Political Science* 777.

Beliebtheit bei den Rechtsunterworfenen hoffen. In der geradlinigen Form des Rechts kommt dessen berechtigter Inhalt zum Ausdruck. Umgekehrt gewendet produziert ein verworrenes Recht unvermeidlicherweise Ungerechtigkeiten. Je mehr Ausnahmen und Sonderregeln ein Gesetz enthält, umso mehr ist es offen für den Einfluss von Sonderinteressen. *Portalis* und *Savigny* hätten dies auf den ersten Blick eingewandt, wenn sie mit dem EU-Recht konfrontiert worden wären.

IV. Erfahrungen während des Projekts des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs

Die Grundzüge des Projekts – zivilgesellschaftlicher Ursprung, wissenschaftlicher Charakter – sind ebenso wie seine Struktur an anderer Stelle dargestellt worden.⁹⁰ Dort wurde auch zum Problem der Sprache des Projekts und zu den Beteiligten – die insgesamt 100 Experten aus acht Mitgliedstaaten umfassen – Stellung genommen. An dieser Stelle geht es darum, eine Art Zwischenstandsbericht nach zwei Jahren Arbeit zu liefern.

1. Umfang: Wirtschaftsrecht

Das Gesetzbuch soll sich auf das (Europäische) Wirtschaftsrecht („*droit des affaires*“) konzentrieren. Manche wollen darin ein bloßes Etikett sehen.⁹¹ Die Autoren gleichnamiger Lehrbücher würden sicherlich entschieden widersprechen.⁹² Es mag schwierig sein, eine abschließende

⁹⁰ *Matthias Lehmann*, Das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch – Eine Projektskizze, GPR 2017, 262 (264 ff.); *Matthias Lehmann/Jessica Schmidt/Reiner Schulze*, Das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs, ZRP 2017, 225 (227 ff.); *Matthias Lehmann*, 'EU Law-Making 2.0: The Prospect of a European Business Code', (2020) 27 ERPL 1 (27 ff.) (im Erscheinen).

⁹¹ *Louis D'Avout*, Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, ZEuP 2019, 653 (658).

⁹² *Fritz Rittner/Meinrad Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 45–88; *Wolfgang Kilian/Domenik Henning Wendt*, Europäisches

Definition von Wirtschaftsrecht zu geben, aber dies ist keineswegs unmöglich. So definieren etwa *Kilian/Wendt* das europäische Wirtschaftsrecht als „das auf das Funktionieren des europäischen Binnenmarktes bezogene Unternehmens-, Individual-, Organisations- und Verfahrensrecht“⁹³. Das ist zwar abstrakt, aber keineswegs allgemeiner als etwa Begriffe wie „Zivilrecht“ oder „Handelsrecht“, die den kontinentalen Kodifikation zugrunde liegen. Bemerkenswert ist auch, dass sich diese klassischen Gesetzbücher nicht mit definitorischen Begrenzungen des Anwendungsbereichs aufhalten, sondern auf diese bewusst verzichten. Warum sollte ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch dies anders halten?

Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, warum gerade der Begriff „Wirtschaftsrecht“ als Titel für das Projekt gewählt wurde. Dieser entspringt unmittelbar dem Konzept der Wirtschaftsunion, einem der herausragenden Ziele der EU.⁹⁴ Er ist eng verbunden mit dem Binnenmarkt als Ort der wirtschaftlichen Tätigkeit der EU-Bürger.⁹⁵ Dieser ist der zentrale Gesetzgebungsgegenstand der Union und derjenige, auf dem sie über die weitreichendsten Kompetenzen verfügt. Eine Konzentration des Projekts auf einzelne Teilgebiete – z.B. des Gesellschaftsrechts oder des Bankrechts – wäre zwar leicht gewesen, hätte aber unweigerlich zu der kritisierten Fragmentierung des EU-Rechts zurückgeführt. Zwischen den Teilgebieten des Wirtschaftsrechts bestehen zahlreiche Querverbindungen, die nur durch eine umfassende,

Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2017, 43 ff.; *Yves Guyon*, Droit des affaires, Tome 1, 8 éd. 1994, 1 f.

⁹³ *Wolfgang Kilian/Domenik Henning Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2017, 43.

⁹⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 4 EUV und Art. 119 Abs. 1 AEUV. Siehe dazu *Peter-Christian Müller-Graff* in Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar – EUV, GRC, AEUV, Band I, 2017, Art. 3 EUV Rn. 41–42; *Ulrich Häde*, Die Wirtschafts- und Währungsunion im Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 200.

⁹⁵ *Peter-Christian Müller-Graff* in Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar – EUV, GRC, AEUV, Band I, 2017, Art. 3 EUV Rn. 41.

systematische Gesetzgebung angemessen behandelt werden können, z.B. zwischen dem Gesellschafts-, Kreditsicherungs- und Insolvenzrecht.

Außerdem bedarf die Gesetzgebungsmethode der Union insgesamt und nicht nur in einem Teilbereich der Reform. Unter diesem Gesichtspunkt hätte man das Projekt sogar noch weiter fassen und alle EU-Gesetzgebung einschließen können. Das wäre allerdings in der Tat überambitioniert. Ein möglichst einheitliches Wirtschaftsrecht wird dagegen durch das politische Ziel der Wirtschaftsunion – als Ergänzung zur Währungsunion – vorausgesetzt.

2. Kristallisierung zweier Zielsetzungen

Seit dem Beginn der Arbeiten am EuWGB zeichnen sich dessen zwei grundsätzliche Stoßrichtungen immer deutlicher ab: Zum einen die Konsolidierung, Strukturierung und Vereinfachung des bestehenden Rechts (*Acquis*), zum anderen die Schließung von Lücken, insbesondere im Bereich des Privatrechts.

Diese beiden Zielsetzungen führen einerseits zu einer Verkürzung, andererseits zu einer Erweiterung des EU-Rechts. Trotzdem stehen sie nur scheinbar im Widerspruch zueinander. Tatsächlich bringen sie eine Balance in das Recht der EU, die diesem bisher abgeht. Die übermäßige Konzentration auf Banken und Verbraucher wird beseitigt und andere Aspekte des Binnenmarkts werden in logischer Weise abgedeckt. In diesem Prozess wandelt sich die Union von einem typischen Regulierer, der anlassbezogen auf einzelne Missstände reagiert, zu einem echten Gesetzgeber, der umfassend und systematisch regelt. Ihr Recht wird verständlicher, in sich geschlossener und erhält eine gleichmäßige Regulierungsdichte.

3. Zwei verschiedene Arbeitsmethoden

Aus den beiden unterschiedlichen Zielsetzungen folgt die Notwendigkeit unterschiedlicher methodischer Ansätze.

a) Entwicklung des Acquis zu einer Kodifikation

Das erste Ziel, die Überarbeitung des *Acquis*, erfordert eine Arbeitsweise, die den klassischen Kodifizierungsbemühungen ähnlich ist. Dazu müssen die geltenden Normen gesammelt und nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet werden. Sie müssen außerdem vereinfacht und zu Rechtsgrundsätzen abstrahiert werden. Dies erfordert eine Querschnittsbetrachtung über verschiedene Sektoren hinweg und die konsequente Streichung von Ausnahmen.

Wie das aussehen kann, lässt sich an der oben genannten Vorschrift des Art. 17 Abs. 2 MAR zeigen. Deren Inhalt wäre radikal zu verkürzen. Dazu wäre der Kern des Art. 17 Abs. 2 MAR herauszuarbeiten. Dieser besteht in einer Gleichstellung von Teilnehmern am Markt für Emissionszertifikate mit Emittenten von Finanzinstrumenten. Soweit diese an einer Stelle im Wege rechtlicher Fiktion festgelegt ist, bedarf es der ständigen Wiederholung des Begriffs „Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate“ neben dem „Emittenten“ nicht mehr, welche den Text zahlreicher Vorschriften der MAR überfrachtet.⁹⁶ Außerdem fällt die Notwendigkeit von Verweisen auf andere Rechtsakte weg. Der kodifizierte Text des Art. 17 Abs. 2 MAR könnte daher etwa lauten:

„Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate stehen Emittenten von Finanzinstrumenten gleich.“

Diese Fassung ist dramatisch kürzer und einfacher zu verstehen als die derzeitige Fassung. Nicht zu verkennen ist zwar, dass mit ihr eine sachliche Verschärfung der Anforderungen für die Rechtsunterworfenen einhergeht, da sie auch unterhalb des Schwellenwerts Ad-hoc-

⁹⁶ Siehe z.B. Art. 11 Abs. 1, Art. 17 Abs. 2, 4 und 8, Art. 18 Abs. 8, Art. 19 Abs. 1–3 und 5 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. 2014 L 173, 1.

Mitteilungen abgeben müssten. Allerdings ist unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht einzusehen, warum der Markt für Emissionszertifikate zweigeteilt sein soll in solche Teilnehmer, die sie betreffende Insiderinformationen veröffentlichen müssen, und solche, die dieser Verpflichtung nicht unterliegen. Erst recht nicht verständlich ist, warum eine solch fundamentale Verpflichtung zur Transparenz von der willkürlichen Festlegung einer Schwelle für den Kohlendioxid-Ausstoß durch die Kommission abhängen soll. Eine derartige Regelungsmethode eröffnet die Gefahr der regulatorischen Manipulation (*regulatory arbitrage*), bei der die Teilnehmer versuchen, unter dem Schwellenwert zu bleiben. Der Vorschlag macht damit Schluss: Alle Teilnehmer am Markt unterliegen in gleicher Weise der Pflicht zur Veröffentlichung von Ad-hoc-Mitteilungen. Die zusätzlichen Belastungen für eine kleine Minderheit werden durch die Vorteile der Einfachheit des Rechts und der Gleichheit seiner Anwendung aufgewogen.

b) Ergänzung des Acquis durch optionale Instrumente

Eine andere Methode ist im Rahmen der Einfügung neuer Vorschriften anzuwenden. Hier ist mangels unionsrechtlicher Quellen auf den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aufzubauen. Beispielsweise lässt sich aus den nationalen Rechten eine europäische Kreditsicherheit entwickeln. Auch kann man an die Einführung eines europäischen Darlehensvertrags oder einer europäischen Anleihe denken. Diese Regime müssen von den Parteien gewählt werden, ähnlich wie es schon heute bei der Unionsmarke oder der SE der Fall ist.

Problematisch sind insoweit die Modalitäten der Wahl. Wie schon beim CESL sollte durch die Parteien ein möglichst eindeutiger Verweis auf das europäische Regime erfolgen.⁹⁷ Die Wahl sollte auf Unternehmen

⁹⁷ Art. 3 CESL.

beschränkt sein. Allerdings ist die im CESL vorgeschlagene Größenbeschränkung⁹⁸ aus kodifikatorischer Sicht abzulehnen.

Die Wahl der optionalen Instrumente sollte grundsätzlich jegliches nationale Recht verdrängen, einschließlich dessen Eingriffsnormen und Vorschriften über die öffentliche Ordnung (*ordre public*). Das Interesse der optionalen Instrumente ist ja gerade, dass sie einheitlich im gesamten Binnenmarkt verwandt werden können und dadurch zu dessen Realität und Effizienz beitragen. Das ist nur möglich, wenn sie nicht den idiosynkratischen Besonderheiten einzelner nationaler Rechte unterliegen. Freilich darf kein „ultraliberales“ EU-Recht entstehen, das für berechnete soziale und politische Anliegen blind ist. Daher ist es notwendig, innerhalb des Regimes ausgewogene Schutzvorschriften vorzusehen, die von den Parteien nicht abgewählt werden können.

Ein weiteres Problem der optionalen Instrumente besteht darin, dass es an einheitlichen Regelungen des Vertragsrechts fehlt. Die nationalen Kodifikationen des Handelsrechts können insoweit auf den Zivilgesetzbüchern aufbauen. Ein europäisches Zivilgesetzbuch gibt es aber nicht. Mit einer Einführung ist aus politischen Gründen, namentlich der Sorge vor einer Konkurrenz zu den nationalen Kodifikationen, in naher Zukunft nicht zu rechnen. Die Aufnahme eines vollständigen Vertragsrechtsregimes in das EuWGB würde möglicherweise zu den gleichen Abwehrreaktionen führen wie das CESL. Aus diesem Grund haben sich die am Projekt Beteiligten – auf Vorschlag von *Reinhard Zimmermann* – entschlossen, das Vertragsrecht nicht umfassend zu regeln, sondern nur einzelne für den Wirtschaftsverkehr bedeutsame Vertragstypen, wie z.B. den Darlehensvertrag oder den Vertriebsvertrag. Allfällige Lücken sollen durch einen Verweis auf die *Principles of European Contract Law*⁹⁹ geschlossen werden. Diese bieten ein relativ umfassendes

⁹⁸ Art. 7 Abs. 1 und 2 CESL.

⁹⁹ Principles of European Contract Law – PECL, erhältlich unter https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

Vertragsrecht, dass für die Zwecke des EuWGB nutzbar gemacht werden kann.

Die beiden verschiedenen Arbeitsmethoden wecken Erinnerungen an die Arbeiten am Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR).¹⁰⁰ Bei diesem waren bekanntlich die Einarbeitung des Unionsrechts der *Acquis Group* überantwortet, während sich die *Study Group on a European Civil Code* mit der Ableitung zivilrechtlicher Regelungen aus den Rechten der Mitgliedstaaten beschäftigte.¹⁰¹ Im Unterschied dazu sind beim EuWGB diese beiden Aufgaben nicht organisatorisch getrennt, sondern werden von denselben Personen wahrgenommen. Es ist zu hoffen, dass dadurch eine organische Verbindung beider möglich sein wird.

4. Inhalt und Struktur

Dass der Umfang des Vorhabens äußerst ambitiös ist, wurde bereits erwähnt. Zur Verkürzung und Vereinfachung des Projekts haben daher die Autoren des Projekts auf die Einfügung institutioneller Vorschriften verzichtet. Dies betrifft z.B. regulatorische Anforderungen an Unternehmen, etwa an die Zuverlässigkeit oder Kapitalausstattung von Finanzdienstleistern. Ebenfalls ausgespart bleiben Regelungen über das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union oder der Unionsorgane untereinander.

Das Auslassen institutioneller und zuständigkeitsrechtlicher Bestimmungen erscheint verkraftbar. Der Unternehmer als primärer Adressat des Gesetzbuchs ist von ihnen nicht unmittelbar betroffen. Er interessiert sich vorwiegend für seine eigenen Rechte und Pflichten, nicht für regulatorische Anforderungen an Banken oder das Zusammenspiel der

¹⁰⁰ Draft Common Frame of Reference – DCFR, erhältlich unter https://www.trans-lex.org/400725/_outline-edition-/, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁰¹ Hans Schulte-Nölke, Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, 9 ff.

EU-Institutionen. Das Herauslassen dieser Vorschriften entschlackt zugleich das Gesetzbuch erheblich. Sollte der EU-Gesetzgeber sich für die Annahme des EuWGB entscheiden, könnte er diese anderenorts – möglicherweise ebenfalls in einer Kodifikation – regeln.

Die Gliederung der einzelnen Bücher wurde bewusst den jeweiligen Fachgruppen überlassen. Die vorliegenden Entwürfe beweisen, dass es tatsächlich möglich ist, eine Struktur in das Europäische Wirtschaftsrecht einzuziehen. Diese hilft nicht nur dem Verwender beim leichteren Auffinden einer Regelung, sondern bringt auch in das Bewusstsein, welche Fragen behandelt wurden und wo Lücken bestehen.

Als ein Beispiel kann etwa das Buch zum Finanzmarktrecht genannt werden. Dieses enthält Vorschriften zur Herstellung von Markttransparenz, und zwar auf dem Primärmarkt und dem Sekundärmarkt. Erstere sind beispielsweise in der Prospekt-VO enthalten, letztere in der Publizitäts-RL und der Transparenz-RL, die um die Ad-hoc-Publizität aus Art. 17 MAR zu ergänzen sind. Ein zweites Kapitel betrifft die Marktdisziplin. Hier sind z.B. das Insiderhandels- und das Marktmissbrauchsverbot sowie die Anforderungen an short sales zu verorten. Schließlich gibt es auch Regelungen über einzelne Produkte, wie z.B. Investmentfonds (z.B. UCITS, AIF). Die Gliederung des Buchs ergibt sich daher geradezu von selbst. Sie zeigt auf, dass eine Lücke bei den Markttransaktionen wie z.B. Derivaten besteht, die vom EU-Gesetzgeber vernachlässigt wurden.

5. Stil der Gesetzgebung

Eine besondere Herausforderung ist die durchgehende Verwendung eines Stils, welcher in seiner Klarheit, Prägnanz und Verständlichkeit dem kontinentaler Gesetzbücher zumindest nahekommt. Den Projektteilnehmern wurden dazu Leitlinien an die Hand gegebenen, die in

Teilen an Forderungen *Jeremy Bentham*¹⁰² und *Eugen Huber*¹⁰³ entlehnt sind. Dazu gehören z.B.

1. *Ein Artikel hat nicht mehr als drei Absätze.*
2. *Ein Absatz hat nicht mehr als drei Sätze.*
3. *Jeder Satz enthält nur eine Aussage.*

Des Weiteren wurde die Vermeidung von Verweisungen und technokratischer Begriffe angemahnt. Der Text soll so konzise wie möglich sein und mit dem Prinzip beginnen, bevor allfällige Ausnahmen erörtert werden.

Als besonders schwierig hat sich die konsequente Verwendung dieses Stils dort herausgestellt, wo bereits EU-Recht existiert, wie z.B. bei der Marken-VO oder der Ratingagentur-VO. Zu verlockend ist es hier, sich an das Regelungsmuster der EU anzulehnen. Dies könnte jedoch nur um den Preis einer Übernahme auch des Stils geschehen, so dass dieser Versuchung widerstanden werden muss. Stattdessen ist der Inhalt einfacher und in kompakter Form auszudrücken. Damit fallen auch viele Detailregelungen weg, die nicht in ein Gesetzbuch gehören.

Leichter fällt dagegen die Schließung von Lücken, speziell im Privatrecht, da insoweit keine Vorbilder existieren. Allerdings sind einige der Projektteilnehmer auch am DCFR beteiligt gewesen. Es besteht daher z.T. die Neigung, dessen Stil zu verwenden. Bekanntlich traf dieser gerade in Frankreich nicht auf Gegenliebe.¹⁰⁴ Das EuWGB formuliert weniger detailliert und technisch. Sein Stil ist dem *Code civil* oder dem

¹⁰² *Jeremy Bentham*, *View of a Complete Code of Laws*, abgedruckt in: *Bowring*, *The Works of Jeremy Bentham*, Bd. 3, 1843, 208 f.

¹⁰³ *Eugen Huber*, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 14–18.

¹⁰⁴ Siehe das französische Konkurrenzprojekt zum DCFR *Association Henri Capitant/Société de Législation Comparée*, *Principes contractuels communs*, 2008.

ABGB ähnlicher als dem des BGB. Die Hoffnung ist, dass dies auf Zustimmung in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten stoßen wird.

Der relativ hohe Abstraktionsgrad des Gesetzbuchs lässt sich nicht leicht mit dem Bedürfnis der Praxis nach anwendbaren Regeln vereinbaren. Die abstrakten Prinzipien müssen daher zum Teil durch regulatorische Vorschriften ergänzt werden. Ein Beispiel ist etwa die Regelung der Form der Ad-hoc-Publizität, die bislang durch eine Durchführungs-VO der Kommission festgelegt ist.¹⁰⁵ Vorschriften wie diese passen nicht zu einer klassischen Kodifikation, sind jedoch unentbehrlich für die Anwendung des EU-Rechts. Damit sie den Text des Gesetzbuchs nicht überfrachten, bietet es sich an, für sie eine eigene Kategorie zu bilden. Dazu kann man z.B. eine Nummer anhängen, um zu kennzeichnen, dass es sich um eine Detailvorschrift handelt. Die Verwendung elektronischer Publikationsmedien eröffnet weitere Möglichkeiten. So könnte man die detaillierteren Vorschriften (zunächst) ausblenden, um sich auf den Inhalt der Prinzipien zu konzentrieren, und dann durch einen Klick auf diese weitere Regelungsebenen „ausklappen“.

V. Perspektiven des Projekts

Man muss es ganz klar sagen: Die Chancen der Verabschiedung des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs sind - zumindest derzeit - gering. Das liegt an einer Reihe von politischen und institutionellen Gegebenheiten (1 und 2). Allerdings gibt es auch einige hoffnungsvolle Ansätze (3). Möglicherweise wird es aber beim akademischen Projekt bleiben. Auch in diesem Fall ist die Übung jedoch nicht nutzlos, sondern könnte wichtige Lehren für zukünftige gute Gesetzgebung enthalten (4).

¹⁰⁵ Durchführungsverordnung (EU) 2016/1055 der Kommission vom 29. Juni 2016 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards hinsichtlich der technischen Mittel für die angemessene Bekanntgabe von Insiderinformationen und für den Aufschub der Bekanntgabe von Insiderinformationen gemäß Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2016 L 173, 47.

1. Die politischen Gegebenheiten

Die derzeitigen kleinteiligen Regelungen des EU-Wirtschaftsrechts sind das Ergebnis langjähriger Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Kommission und den im Rat vertretenen Mitgliedstaaten. Hinter jedem Detail stehen bestimmte Interessen. Es erscheint beinahe ausgeschlossen, dass die jeweiligen Begünstigten auf diese zugunsten allgemein anwendbarer Regelungen verzichten würden. Eine Abgeordnete des Europäischen Parlaments brachte es bei einer Präsentation des Projekts auf den Punkt: Komplizierte Regelungen seien doch gut, da sich in ihnen Kompromisse verstecken, und unverständliche Regelungen noch besser, da sich in ihnen jeder wiederfinden könnte.

Das „Argument“ wurde mit einem Augenzwinkern vorgebracht. Dennoch wird der aufmerksame Beobachter in ihm viel Wahres über die Gesetzgebungsrealität in der EU finden. Wahr ist allerdings leider auch, dass sich die Union mit ihrem derzeitigen Regelungsstil selbst schadet. Er ist viel zu selbstbezogen und zu wenig auf die Rechtsunterworfenen ausgerichtet. Dieser Vorwurf betrifft wohlgerne nicht so sehr die Rechtsinhalte, welche durchaus berechtigte Interessen verfolgen, sondern vielmehr die Form ihrer Verabschiedung. Interessengegensätze werden nicht aufgelöst, sondern in komplizierte Ausnahmeregelungen gegossen.

Es ist sicherlich mehr als optimistisch zu glauben, dass sich dies von einem Augenblick auf den anderen ändern könnte. Dazu würde es eines grundsätzlichen Umdenkens bedürfen: Jeder Mitgliedstaat müsste nicht mehr für sich, sondern im Interesse der Union denken. Ob und wann es je dazu kommen kann, ist völlig offen. Hoffentlich bedarf es dazu nicht erst einer Reihe weiterer Krisen, die die Überlebensfähigkeit der EU in Frage stellen. Möglicherweise kann eine ambitionierte EU-Kommission zusammen mit einer energetischen Ratspräsidentschaft viel bewegen. Dabei sollte sie sich allerdings nicht mit Einzelfragen aufhalten, sondern die Mitgliedstaaten und EU-Parlamentarier vor die Alternative stellen, entweder weiter so wie bisher – also ineffektiv – zu verfahren, oder noch

einmal grundsätzlich neu und in bereinigter Form anzufangen. Von einer effizienteren Union würden alle Mitgliedstaaten profitieren, wie ihnen bei einigem Nachdenken einleuchten sollte.

2. Die institutionellen Rahmenbedingungen

Auch die institutionellen Rahmenbedingungen sind alles andere als günstig für die Annahme einer umfassenden Kodifikation.

a) Die legislative Gewalt

Die EU-Gesetzgebung ist auf die Annahme einzelner Rechtsakte eingerichtet. Die Verabschiedung eines Mammutakts wie des EuWGB würde ihre Ressourcen bis an die Grenze strecken und wahrscheinlich überschreiten. Außerdem ist die Kommission in einzelne Generaldirektionen (DG) eingeteilt, die weitgehend selbständig arbeiten. Sie konzentrieren sich vor allem auf die Regelung relativ eingegrenzter Probleme. Auf die Verabschiedung eines umfassenden Gesetzbuchs sind sie nicht ausgerichtet.

Auch dies ist jedoch kein Einwand gegen ein Gesetzbuch, sondern eher ein Grund, die EU-Gesetzgebungsmethode zu überarbeiten. Bereits unter *Jean-Claude Juncker* hat die Kommission begonnen, mit verschiedenen Generaldirektionen an Querschnittsprojekten zu arbeiten. Diese Tendenz müsste fortgesetzt und auf die gesamte Arbeit erstreckt werden.

Außerdem bedürfte es einer Endkontrolle von Rechtsakten. Über die Qualität der Gesetzgebungsvorhaben und ihrer endgültigen Fassung sollte ein Komitee befinden, das für die Klarheit, Verständlichkeit und Einheitlichkeit der Gesetzgebung verantwortlich ist. Bereits jetzt gibt es innerhalb des Juristischen Dienstes der Kommission ein „Team Qualität der Gesetzgebung“, das u.a. dafür zuständig ist, die Kodifizierung der

unionsrechtlichen Rechtsakte zu koordinieren.¹⁰⁶ Außerdem existiert ein „Ausschuss für Regulierungskontrolle“ als unabhängiges Beratungsgremium der Kommission.¹⁰⁷ Offenbar reichen die Befugnisse dieser Gremien jedoch nicht weit genug. Vorzugswürdig wäre ein mit unabhängigen Experten besetzter Ausschuss, der jedes Vorhaben kritisch bewerten und notfalls auch ablehnen kann.

b) Die rechtsprechende Gewalt

Eine gute Kodifikation ist nur so viel wert wie die Justiz, welche mit ihrer Anwendung betraut ist. Die Regelungsdichte kann umso geringer sein, je besser die Gerichte in der Lage sind, unvermeidliche Auslegungsfragen zu beantworten. Bislang fehlt es der EU an einer Instanz, die dem Wirtschaftsrecht gewidmet ist. Der EuGH ist überwiegend mit Experten des Verfassungs- und Verwaltungsrechts besetzt. Das EuG ist zwar auf Fragen des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts spezialisiert, in den übrigen Bereichen des Wirtschaftsrechts hat es dagegen keine besonderen Kompetenzen.

Daher bedarf das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch auf institutioneller Seite der Ergänzung durch ein EU-Wirtschaftsgericht. Man kann sich dies sowohl als eigene Instanz als auch als Fortentwicklung des EuG oder als Kammer innerhalb des EuGH vorstellen. Die Einführung eines solchen spezialisierten Gerichts deckt sich mit Vorschlägen, die in der Literatur u.a. von *Thomas Pfeiffer*¹⁰⁸ und *Giesela Rühl*¹⁰⁹ vorgebracht

¹⁰⁶ Informationen zum Team Qualität der Gesetzgebung sind erhältlich unter https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/organisation_de.htm, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

¹⁰⁷ Zum Ausschuss für Regulierungskontrolle siehe https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_de, zuletzt abgerufen am 22.2.2020.

¹⁰⁸ *Thomas Pfeiffer*, Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts, ZEuP 2016, 795.

¹⁰⁹ *Gisela Rühl*, Building Competence in Commercial Law in the Member States, Study for the JURI Committee of the European Parliament, 2018, 58 ff.

wurden. Sie tragen der Besonderheit des Rechtsgebiets Wirtschafts- und Handelsrecht und dessen innerer Einheit Rechnung.

3. Deutsch-Französischer Wirtschaftsraum, Verstärkte Zusammenarbeit oder Reform der EU?

Trotz der ungünstigen Voraussetzungen auf politischer und institutioneller Ebene gibt es außerhalb der EU Bestrebungen nach größerer Kohärenz und Integration. Im Aachener Vertrag vom 22. Januar 2019 haben Deutschland und Frankreich vereinbart, einen „gemeinsamen Wirtschaftsraum mit einheitlichen Regeln“ zu errichten.¹¹⁰ Das Projekt eines EuWGB könnte sich als Modell für eine solche bilaterale Zusammenarbeit anbieten. Nicht ausgeschlossen, dass sich dieser Vereinheitlichung später andere Staaten anschließen.

Eine andere Möglichkeit wirft die Kommission selbst auf. Im Weißbuch zur Zukunft Europas aus dem Jahr 2017 erwähnt sie in ihrem Szenario 3 („Wer mehr will, tut mehr“) die Möglichkeit, dass eine „Koalition der Willigen“ in bestimmten Politikbereichen zusammenarbeiten und voranschreiten könnte, ohne alle EU-Staaten auf diesem Weg mitzunehmen („Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten“).¹¹¹ Dies kann theoretisch auf zwei grundsätzlich verschiedenen Wegen geschehen. Der erste wäre eine Verstärkte Zusammenarbeit im Sinne des Art. 20 EUV und Art. 326–334 AEUV. Diese könnte z.B. die Staaten des Euroraums umfassen, welche über die gemeinsame Währung eng miteinander verbunden sind und daher homogenere Interessen haben sollten als andere. Der zweite Weg wäre der Abschluss eines völkerrechtlichen Übereinkommens außerhalb des Rahmens der Union, wie es z.B. dem Schengen-Raum oder dem ESM zugrunde liegt.

¹¹⁰ *Matthias Lehmann*, Der Aachener Vertrag – „Peu d’ambitions“ oder Ausbruch einer neuen Epoche deutsch-französischer Zusammenarbeit?, GPR Editorial 2019, 49.

¹¹¹ *Matthias Lehmann*, 'EU Law-Making 2.0: The Prospect of a European Business Code', (2020) 27 ERPL 1 (28) (im Erscheinen).

Der Nachteil aller dieser Möglichkeiten ist allerdings, dass sie den *Acquis* unangetastet lassen. Dieser ist zwingend und setzt sich auch über bi- oder multilaterale Vereinheitlichungsprojekte einzelner Mitgliedstaaten hinweg. Die Fragmentierung, Unübersichtlichkeit und Komplexität des EU-Rechts wird weiterhin auf die nationale Ebene durchschlagen.

Daher bedarf es dringend einer Reform des gesamten EU-Wirtschaftsrechts. Diese ist unausweichlich, wenn man nicht auf dem bisherigen Weg weitergehen will. Eine Änderung nur in nicht geregelten Bereichen oder solchen, bei denen die Mitgliedstaaten über Umsetzungsspielraum verfügen, kann in keiner Weise die dargestellten Bedenken gegen die europäische Gesetzgebung beseitigen.

4. Beispiel für gute Gesetzgebung statt abschließendes Projekt

Es ist nach derzeitigem Stand unwahrscheinlich, dass das Projekt innerhalb des vorgesehenen Zeitrahmens von drei Jahren abgeschlossen werden kann. Die Ausgangstexte sind schlicht zu zahlreich und die notwendige Überarbeitung zu umfangreich, um diesen anspruchsvollen Zeitplan zu wahren. Zudem ist es aus den genannten Gründen so gut wie ausgeschlossen, dass der europäische Gesetzgeber das EU-Wirtschaftsrecht in Gänze durch das EuWGB ersetzen könnte.

Das schließt allerdings nicht aus, dass zumindest Teile in EU-Recht überführt werden. Noch wichtiger wäre ein anderer Effekt: Die Rolle des EuWGB als Modell für die Gesetzgebung. Es ist zu hoffen, dass sich die EU-Organe von der Kürze und Prägnanz der Vorschriften inspirieren lassen. Auch wenn einzelne Verordnungen und Richtlinien auf absehbare Zeit verbleiben werden, könnte man diese zumindest so formulieren, dass die Regelungsziele und die wesentlichen Vorschriften auf den ersten Blick ersichtlich sind. Schließlich wäre es möglich, ein elektronisches Repertoire der EU-Gesetzgebung im Internet bereitzustellen und dies nach

sachlichen Gesichtspunkten zu ordnen, so wie sie das EuWGB angibt. Dabei könnten auch Aktualisierungen unmittelbar eingetragen werden.

Nach und nach könnte man auf diese Weise eine Verbesserung der Qualität der EU-Gesetzgebung erreichen. Das EuWGB als solches würde damit vielleicht nicht angenommen werden. Jedoch ist es ein unentbehrlicher erster Schritt, um zu zeigen, dass bessere EU-Gesetzgebung möglich ist, und wie diese aussehen könnte. Die richtige Antwort auf die Zunahme politischer, sozialer und ökonomischer Komplexität ist nicht die Steigerung rechtlicher Komplexität. Ganz im Gegenteil lassen sich komplexere Realitäten häufig besser durch eine Vereinfachung des Rechts bewältigen. Das ist eine der historischen Erfahrungen, die der Kodifikationsmethode zugrundeliegen.