

III. Das **Fachgericht für den öffentlichen Dienst** ist ein Fachgericht, das gem Art 257 AEUV durch Beschluss von Parlament und Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geschaffen worden ist. Dieses Gericht ist zuständig für Streitigkeiten aus den **Arbeitsverhältnissen** der Arbeitnehmerinnen der EU. **37**

B. Was ist „Europäisches Privatrecht“?

a) Die nationalen Privatrechte als Grundlage und Ausgangspunkt

Die nationalen Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind grundsätzlich unterschiedlich. In vielen Staaten stellen Zivilrechtskodifikationen mit mehr oder weniger zahlreichen Nebengesetzen die zentralen Rechtsquellen dar, so etwa in Deutschland, Österreich, Italien, Frankreich, Spanien, Portugal, Belgien, Niederlande, Luxemburg, Griechenland. Die skandinavischen Rechtsordnungen kennen keine umfassenden Kodifikationen, sondern bedienen sich der Einzelgesetzgebung. Alle genannten Rechtsordnungen sowie auch die Rechtsordnungen der neuen Mitgliedstaaten zählen zum sog „civil law“ **Kontinentaleuropas**. Dieses unterscheidet sich vom sog „common law“ **Großbritanniens** (Schottland hat eine gemischte Rechtsordnung mit auch kontinentaleuropäischen – va französischen – Einflüssen) **und Irlands** (sowie USA, Kanada, Australien, Neuseeland, Indien etc) durch die historische Entwicklung der Rechtsquellen: Die historisch erste und über viele Jahrhunderte einzige Rechtsquelle des „common law“-Privatrechts waren die **Entscheidungen der Gerichte (case law)**. Sowohl das regionale angelsächsische Gewohnheitsrecht als auch zunächst das Gesetzesrecht hatten in England seit 1066 so gut wie keine Bedeutung. Die Richter sind im common law also die „Gesetzgeber“ des Privatrechts. Hinzu kamen später auch Gesetzgebungsakte (Gesetze, Verordnungen etc) als Rechtsquelle, die gerade im vergangenen Jahrhundert und unter dem Einfluss des Unionsrechts stark an Zahl und Umfang gewannen. Im Fall des Widerspruchs zwischen einer gesetzlichen und einer richterlichen Regel hat die gesetzliche Regel Priorität/Vorrang. Wo Gesetze bestehen, dürfen auch die „common law“-Gerichte nur diese „auslegen“, nicht aber ihnen widersprechende Regeln aufstellen. **38**

Das „case law“ der Gerichte wird auch als „common law“ bezeichnet. Aus dieser besonderen Art der privatrechtlichen (und auch öffentlich-rechtlichen) Rechtsschöpfung durch Richterinnen entwickelte sich ein eigener Stil des englisch-irischen Rechts und eine eigene Denkweise und Methodik der Juristinnen, die noch bis heute fortbestehen. Demgegenüber anerkennen die **39**

kontinentaleuropäischen „civil law“-Systeme nur legislative Rechtsquellen (Gesetze, Kodifikationen, Verordnungen). Die Gerichte dürfen dort nicht selbst neues Recht erfinden, sondern müssen alle ihre Entscheidungen auf die Auslegung bestehenden legislativen Rechts stützen.⁴¹ Die Legislativakte müssen also von vornherein alle Rechtsfragen abdecken und dürfen nicht wie in „common law“-Systemen weite Bereiche ungeregelt lassen, in denen dann die Gerichte ihre Regeln aufstellen. „Civil law“-Juristen denken deswegen eher „deduktiv“. Sie versuchen, Regeln für den zu lösenden Einzelfall aus den oft sehr allgemeinen Regelungen und Prinzipien der Kodifikationen und Gesetze abzuleiten. Demgegenüber wird der Denkstil der „common law“-Juristinnen als eher „induktiv“ beschrieben: Diese beginnen – wie die „common law“-Richterinnen bei ihrer Rechtsschöpfung – mit demjenigen, was nach den Umständen des Einzelfalles als gerechte Falllösung erscheint, und sehen, ob sich dieses Fallergebnis mit dem bestehenden Richter- oder Gesetzesrecht vereinbaren lässt. Auch die Gesetze der „common law“-Staaten sind meist sehr detailreich und fallbezogen formuliert und haben nur einen sehr beschränkten sachlichen Anwendungsbereich, während die „civil law“-Gesetze zu umfassenden Anwendungsbereichen und allgemein-abstrakten Regeln und Prinzipien neigen.

- 40** Im Laufe der letzten Jahrzehnte bzw Jahrhunderte hat sich die Kluft zwischen „common law“- und „civil law“-Systemen deutlich verringert, ist deswegen aber heute keineswegs bedeutungslos geworden. Eine Annäherung kam einerseits durch die verstärkte Gesetzgebungstätigkeit im Vereinigten Königreich und Irland sowie den Einfluss des Unionsrechts zustande, andererseits durch die Notwendigkeit, in „civil law“-Staaten die sehr allgemeinen und oft dennoch lückenhaften gesetzlichen Vorgaben durch Gerichtsentscheidungen zu konkretisieren und zu ergänzen. Ein Großteil des Privatrechts steht daher heute auch in „civil law“-Staaten nicht mehr wirklich in den Gesetzbüchern, sondern in einer großen Zahl von Gerichtsentscheidungen, ohne deren Kenntnis man die Rechtslage häufig nicht mehr korrekt bestimmen kann.⁴²
- 41** Aber auch innerhalb der kontinentaleuropäischen „civil law“-Systeme bestehen große Unterschiede, sowohl im Aufbau und Inhalt der Kodifikationen als auch in den vor allem im Laufe des vergangenen Jahrhunderts in Zahl und Vielfalt stark zunehmenden „Sondergesetzen“, die häufig Bereiche regeln, in denen eine der Vertragsparteien stärkeren Schutzes bedarf: zB Arbeitsrecht,

41 In Österreich bspw statuiert § 12 ABGB explizit, dass die „in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile (sic!)“ nie die Kraft eines Gesetzes haben.

42 Man denke nur an Rechtsinstitute wie die *culpa in contrahendo* oder den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Mietrecht, Verbraucherrecht. Aber auch für den Bereich des Handels oder einzelne Branchen desselben existieren viele Sonderregeln.

Die national unterschiedlichen Privatrechte sind nun für das Unionsrecht von mehrfacher Bedeutung: **42**

(1) Die Divergenzen der nationalen Privatrechte haben sich im Hinblick auf zentrale Ziele der Unionsverträge als problematisch erwiesen: So können nationale Privatrechte die Verwirklichung der **Grundfreiheiten** im Binnenmarkt **behindern**, sie können gegen Diskriminierungsverbote des AEUV verstoßen, den **Wettbewerb verfälschen** und das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen. An solchen Punkten sahen sich sowohl der EuGH in der Auslegung der Verträge als auch der Gesetzgeber der EU (Sekundärrecht) gefordert: Sie trafen Entscheidungen und erließen sekundärrechtliche Vorschriften, die in das nationale Privatrecht eingriffen, dieses veränderten oder vereinheitlichten bzw harmonisierten. **43**

(2) Sowohl für den **EuGH** als auch für den **EU-Gesetzgeber** ist hierbei eine genaue Kenntnis der einzelnen Privatrechtssysteme und Privatrechtsregeln der Mitgliedstaaten erforderlich. Die sog „**Rechtsvergleichung**“, dh jene juristische Disziplin, die sich mit der Darstellung und dem Vergleich ausländischer (Privat)-Rechtsordnungen beschäftigt, gewann damit angesichts der Aufgabenstellung der Unionsverträge und des Unionsrechts stark an Bedeutung. Jede Maßnahme der Rechtsvereinheitlichung (Verordnung) oder Rechtsharmonisierung (Richtlinie) muss durch genaue rechtsvergleichende Studien des bestehenden Rechts der Mitgliedstaaten in diesem Bereich vorbereitet werden. **44**

(3) Die Eingriffe des Unionsrechts in das nationale Privatrecht sind meist **punktuell** (oder auch „vertikal“). Sie betreffen einzelne Fragen oder Bereiche, zeichnen sich aber nicht durch die Ausbildung einer breiteren Systematik oder die Abdeckung größerer Gebiete aus. Dies führt zu zweierlei: Auf der einen Seite ist das „Privatrecht in Europa“ in weiten Bereichen immer noch nationales Recht, auf der anderen Seite führt das punktuelle Eindringen von Unionsrecht zu **Störungen** der bestehenden nationalen Systeme. Dies kann dadurch geschehen, dass das Vorrang genießende Unionsrecht zu systematischen Widersprüchen mit für ähnliche Fälle bestehenden nationalen Lösungen führt oder dadurch, dass das Unionsrecht Rechtsfiguren einführt, die dem nationalen Recht bisher unbekannt waren und die nicht zu nationalen Lösungen passen. Die Sekundärrechtsakte sind aufgrund ihres punktuellen Charakters auch oft zueinander inkohärent oder widersprüchlich. **45**

(4) Das nationale Privatrecht wird benötigt um das EU-Recht umzusetzen: ZB sehen viele EU-Vorschriften, zB Verbraucherschutz-RL, keine **Sanktionen** **46**

für die Verletzung von Rechtspflichten durch Private (Unternehmer) vor. Die Sanktionen ergeben sich dann aus speziellen privatrechtlichen Umsetzungs Vorschriften oder aus dem allgemeinen Zivilrecht der Mitgliedstaaten.

- 47 (5) Im Bereich des Vertragsrechts und auch des übrigen Schuldrechts und damit zusammenhängenden Mobiliarsachenrechts wird schon seit längerem überlegt, den Problemen der Systemlosigkeit bisherigen Unionsrechts und der Desintegration nationaler Systeme aufgrund des Eindringens der unionsrechtlichen Fremdkörper durch neue Reformen zu begegnen, die bis zur Schaffung eines **europäischen Vertrags- oder Zivilgesetzbuches (EU-ZGB)**⁴³ reichen könnten.⁴⁴ Es entwickelte sich eine Debatte, die mit „nationales versus europäisches Privatrecht“ übertitelt werden könnte. Siehe auch die Projekte im Europäischen Vertrags- und Privatrecht: CoPECL⁴⁵, SGECC⁴⁶, CFR⁴⁷, DCFR⁴⁸, CESL⁴⁹ als optionales Instrument des europäischen Vertragsrechts etc.⁵⁰ Das CESL, zu dem es seit 2011 einen VO-Vorschlag der Kommission⁵¹ gab, wurde im Jahr 2015 aufgrund des vehementen Widerstands der Mitgliedstaaten offiziell zu Grabe getragen. Damit können alle oben genannten Vorstöße in Richtung EU-ZGB als gescheitert betrachtet werden. Lediglich im Vertragsrecht wurden jüngst zwei neue EU-RL verabschiedet: die RL 2019/770 vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung **digitaler Inhalte** und **digitaler Dienstleistungen (DI-RL)** und die RL 2019/771 vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des **Warenkaufs (Warenkauf-RL)**.⁵² Die bis zum 1. 7. 2021 zu erlassenden nationalen Umsetzungsvorschriften sind ab dem 1. 1. 2022 anzuwenden.

43 Bereits im Jahr 1989 fasste das Europäische Parlament einen einstimmigen (!) Beschluss, in dem es die Kommission und die Mitgliedstaaten aufforderte, „mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten für die Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht“ zu beginnen: ABl v 26.5.1989, Dok. A2-157/89.

44 Weiterführend: *Herresthal*, § 2 Vertragsrecht, in *Langenbacher* (Hrsg), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*⁴ (2017) Rz 1 ff.

45 Common Principles of European Law: Titel eines Großforschungsprojekts der EU (FP 6) von 2001–2009.

46 Study Group on a European Civil Code: Internationale Gruppe von Forscherinnen, die in vielen rechtsvergleichenden Arbeitsgruppen den Text eines ECC ausarbeiteten; die SGECC war Hauptakteurin in dem CoPECL-Projekt.

47 Common Frame of Reference: Text des ECC so wie er von Kommission beschlossen und als Ergebnis des CoPECL-Projekts verwendet werden sollte.

48 Draft Common Frame of Reference: Veröffentlichte Version des ECC der SGECC mit rechtsvergleichenden Notes auf Englisch in sechs dicken Bänden.

49 Gemeinsames Europäisches Kaufrecht = CESL = Common European Sales Law.

50 Für einen Überblick siehe *Hartkamp*, *European Law*² 267–280.

51 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zu einem gemeinsamen Europäischen Kaufrecht v 11.10.2011, KOM (2011) 635 final.

52 Siehe dazu Kapitel 9.

Um die Gefahren und Vorteile eines „europäisierten“ oder europäisch vereinheitlichten Privatrechts verstehen und analysieren zu können, bedarf es zunächst einer Untersuchung des Status Quo des Zusammenwirkens von noch nationalem, dh unionsrechtlich unverändertem Privatrecht, und von **„Europäischem Privatrecht“**, also jenem Privatrecht, das unter dem Einfluss des Unionsrechts entstanden ist oder von Unionsrecht verändert wurde. **48**

Wir werden im Rahmen dieses Buches den Begriff „Europäisches Privatrecht“ nicht in einem umfassenden Sinn gebrauchen, sondern in einem engeren Sinn: **als vom Unionsrecht geschaffenes oder in irgendeiner Weise beeinflusstes Privatrecht** der Mitgliedstaaten.⁵³ Zum Europäischen Privatrecht zählen daher bspw EU-VO, EU-RL und deren Umsetzungen in den Mitgliedstaaten, Regeln des Primärrechts, die die Privatrechtsanwendung verändern oder direkte Rechte der Unionsbürgerinnen schaffen. Entsprechend dem traditionellen politischen Schwerpunkt der EU, sind dabei jene Teile des Privatrechts stärker und umfassender betroffen, die die **Wirtschaftsbeziehungen** regeln, also das sog **„Marktrecht“**, als etwa das Personen-, Familien- und Erbrecht. Wo ein enger Zusammenhang zwischen Vorschriften des öffentlichen und des privaten Rechts innerhalb des Markt- oder Wirtschaftsrechts besteht, werden die einschlägigen Regeln des **öffentlichen Rechts** mitbehandelt (zB im Arbeits- und Sozialrecht, im Kartellrecht, im Verfahrensrecht). **49**

b) Die Grundausrichtung des „Europäischen Privatrechts“: Marktfunktionalität

Die auf das Privatrecht Einfluss nehmenden Teile des Unionsrechts dienen überwiegend der Herstellung und Verbesserung des Binnenmarktes: siehe Art 3 Abs 3 EUV, Art 3 Abs 1 lit b, Art 4 Abs 2 lit a und Art 26 AEUV, sowie die ebenfalls binnenmarktorientierte Verbraucherschutz-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik. Die häufigste Rechtsgrundlage für die Erlassung von Verordnungen und Richtlinien im Privatrecht ist **Art 114 AEUV** (Binnenmarktkompetenz, früher Art 95 EGV). Es wird allgemein zwischen **negativer** (Binnenmarkt-) **Integration** (= Deregulierung nationalen Rechts durch die Grundfreiheiten) und **positiver Integration** (= Regulierung bzw einheitliche Regulierung des Binnenmarkts auf der Grundlage von Art 114f AEUV durch Verordnungen und Richtlinien) unterschieden. **50**

Im Vergleich zum nationalen Privatrecht, das ein weites Spektrum gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Ziele verfolgen kann, fällt beim Europäischen Privatrecht daher seine enge Bindung an die Herstellung eines freien **51**

⁵³ Heiderhoff, Europäisches Privatrecht⁴, Rz 1 bezeichnet dieses Normenkonglomerat als „echtes EU-Privatrecht“.

Marktes zwischen den Mitgliedstaaten auf. Das Unionsrecht kann nicht einfach Maßnahmen vorsehen, die sozialpolitisch motiviert Verbraucherinnen oder Arbeitnehmerinnen schützen und ihre Lebensbedingungen verbessern, sondern es muss sich immer auch mit seiner Erforderlichkeit und Nützlichkeit für den Gemeinsamen Markt und den freien Wettbewerb am Binnenmarkt rechtfertigen können. Dem EU-Privatrecht kann daher eine starke Orientierung am Markt und freien Wettbewerb, eine sog **Marktfunktionalität** attestiert werden. Diese einseitige wirtschaftspolitische Ausrichtung des EU-Privatrechts bereitet insbesondere dann Probleme, wenn man/frau die nationalen Privatrechtssysteme als Ganzes ins Auge fasst, die vom EPR beeinflusst werden. Es stellt sich die Frage, ob die EU die Kompetenz und die Fähigkeit besitzt, ganze für die Gesellschaftsordnung (nicht nur die Wirtschaftsordnung) zentrale Gebiete wie Vertragsrecht oder Schadenersatzrecht zu regeln, wo sie doch im Wesentlichen immer den freien Wettbewerb auf dem Binnenmarkt im Auge haben muss und andere gesellschaftspolitische Ziele (wie zB den Verbraucherschutz: Art 169 AEUV, Verteilungsgerechtigkeit, Schutz von Schwächeren) höchstens in untergeordneter Weise verfolgen darf. Es besteht daher eine Kluft zwischen der Vielzahl an gesellschaftspolitischen Zielen, die durch das Privatrecht verfolgt werden und verfolgt werden müssen, und der eingeschränkten Sichtweise und Kompetenzlage des EU-Privatrechts, das überwiegend marktfunktional ist.⁵⁴

c) Europäisches Privatrecht als „Mehrebenensystem“

- 52 Das EG-Recht wirkt, wie bereits in den vorangehenden Kapiteln beschrieben, auf verschiedene Weise auf das nationale Privatrecht ein (regulierend, deregulierend) und erzeugt dadurch eine ganze Reihe schwieriger Anpassungsprobleme für das nationale Privatrechtssystem, das sich durch eine gewisse Homogenität, innere und äußere Systematik und Stimmigkeit auszeichnet, die vom EU-Recht als Fremdkörper gestört oder zerstört wird.⁵⁵ Insgesamt sind dabei verschiedene Ebenen von Rechtsquellen am Werk: **EU-Primärrecht** inklusive der EU-Grundrechtecharta, **EU-Sekundärrecht**, **nationales**

54 Mit gutem Grund sieht *Bartl* (Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political, ELJ 2015, 572) in der Prämisse der Marktkonformität eine aus demokratischer Perspektive problematische Verdinglichung des politischen Handelns; siehe weiters: C. Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union: Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung (2010).

55 Eine Zusammenfassung der Möglichkeiten und Grenzen der Schonung der nationalen Privatrechtsordnungen im Integrationsprozess findet sich bei *Kohler/Puffer-Mariette*, ZEuP 2014, 712 ff.

Verfassungsrecht (an das das einfache nationale Privatrecht gebunden ist), **internationales Zuständigkeitsrecht**, **internationales Privatrecht (IPR)**, **materielles einfachgesetzliches Privatrecht** und bisweilen auch **Staatsverträge** wie das Wiener Kaufrecht (**CISG**, UN-Kaufrecht) sowie IPR- und Zuständigkeitsabkommen. EU-Rechtssetzung bedeutet nicht immer den Ausschluss von IPR, denn Richtlinien gewährleisten ja keine vollkommene Einheitlichkeit der Rechtslage in allen Mitgliedstaaten, sondern harmonisieren diese bloß. Im Bereich des Verbraucherschutzes handelt es sich sogar häufig um sog. „Mindestharmonisierung“, bei der strengere Verbraucherschutzvorschriften der Mitgliedstaaten erlaubt bleiben. Die verschiedenen Ebenen der Rechtssetzung stehen jeweils untereinander in vielfältigen Beziehungen, die nicht anhand eines simplen hierarchischen Modells aufgeschlüsselt werden können, sondern jeweils im Einzelnen in ihren oft komplizierten Wechselwirkungen analysiert werden müssen. Man spricht daher von einem „Mehrebenensystem“ des Europäischen Privatrechts, das neue Denk-, Lösungs- und auch Entscheidungs- und Rechtsfindungsstrukturen und -mechanismen notwendig macht, als sie bisher im nationalen Recht und im Völkerrecht bekannt waren. Eine wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist jene **der Herstellung demokratischer Legitimität** der Rechtssetzung im Mehrebenensystem.