

Versicherungsrecht

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim.

Herausgeberbeirat: Prof. Dr. Walter Bayer, Jena; Dr. Georg Büchner, Stuttgart; VRiBGH i. R. Karl-Dietrich Bundschuh, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München; Prof. Drs. iur. Drs. med. h. c. Erwin Deutsch, Göttingen; Prof. Dr. Meinrad Dreher, Mainz; RA Dr. Bodo Hasse, LL.M., München; VRiBGH i. R. Dr. Dieter Hoegen, Karlsruhe; Prof. Dr. Ernst Klingmüller †, Köln; RA Dr. Theo Langheid, Köln; Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Medicus, München; RA Dr. Bernd Michaels, Düsseldorf; VizepräsiBGH Dr. Gerda Müller, Karlsruhe; VRiBGH i. R. Dr. Erich Steffen, Karlsruhe; VRiBGH Wilfried Terno, Karlsruhe.

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Egon Lorenz. Weitere Mitglieder der Schriftleitung: RA Dr. Peter Bach, Köln (Versicherungsvertragsrecht), VRiOLG a. D. Lothar Jaeger, Köln (Berufs- und Amtshaftungsrecht), Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf (Internationales Privatrecht und betriebliche Altersversorgung), Prof. Dr. Peter Reiff, Trier (Transportrecht, Verfahrens- und Kostenrecht, Auslandsrecht), Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt/M. (Grundlagen des Versicherungsrechts, allgemeines Haftungsrecht und angrenzende Gebiete).

VersR 60. Jahrgang

1. März 2009

Heft 7 · 289–340

Insurance soft law?

– Die Idee eines europäischen Versicherungsvertragsrechts zwischen akademischer Pionierleistung, Gemeinsamem Referenzrahmen und optionalem Instrument –*

Dr. Leander D. Loacker, Zürich/Mannheim**

I. Vorbemerkung

Drei Fragestellungen konstituieren den Brennpunkt des nachstehenden Beitrags: Ist ein einheitliches rechtliches Fundament für Versicherungsverträge, auf die das Recht eines EU-Mitgliedstaats zur Anwendung gelangt, erstrebenswert und wenn ja, aus welchen Gründen? Wie ließe sich die Schaffung einer solchen gemeinsamen Grundlage rechtstechnisch bewerkstelligen? In welchem Stadium befinden sich die Rechtsvereinheitlichungsbemühungen gegenwärtig bzw. inwiefern soll und kann das bisher Erreichte die künftige Entwicklung beeinflussen?

Ihren Anfang nehmen die anzustellenden Überlegungen bei der zuletzt genannten Frage nach dem Ist-Zustand, um in der Folge im Wege der Unterbreitung von Implementierungsvorschlägen und damit in Beantwortung der zweiten Frage zur Grundsatzfrage nach der Sinnhaftigkeit einer neuen, europaweit einheitlichen Rechtsgrundlage für Versicherungsverträge zurückzukehren. Der Erörterungsbogen spannt sich auf diese Weise von einer nüchternen Bestandsaufnahme (II) über unterschiedliche Strategien bei der Weiterentwicklung des Status quo (III) bis hin zu einem – unvermeidlich etwas prophetisch angehauchten – Ausblick auf die mögliche Zukunft eines Versicherungsvertragsrechts, das nicht mehr im Stadium der bloßen *Europäisierung* verharret, sondern tatsächlich die Attribuierung *europäisch* verdient (IV).

II. Stand der Dinge

1. Bisherige Entwicklung

Wer die Bemühungen der EG auf dem Gebiet des Versicherungswesens seit Beginn der 1960er-Jahre¹ analysiert², gelangt zu einem zwiespältigen Resümee. Einerseits sind – wenn man etwa an das Aufsichtsrecht und dessen Maximen der Sitzlandaufsicht und der Einheitszulassung (*single licence*) denkt³ – beachtliche Erfolge erzielt worden. Diese hatten zur Folge, dass – meist grö-

Bere – heimische Versicherer heute in Ausübung der Niederlassungsfreiheit⁴ in durchaus nennenswertem Umfang auf ausländischen Märkten agieren. Sie tun dies entweder nach Gründung eigener Niederlassungen offen oder in Form von Beteiligungen an bereits bestehenden Strukturen etwas weniger offen⁵. Andererseits führt insbesondere dann, wenn man die Dimension des Tätigwerdens europäischer Versicherer im Rahmen der ebenfalls primärrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit⁶ beleuchtet⁷, kein Weg an dem Befund vorbei, dass der europäische Versicherungsbinnenmarkt jedenfalls im Bereich der Massenrisiken ein zwar formal verwirklichter⁸, nicht aber ein real funktionierender ist⁹. Ein entscheidender Grund dafür dürfte in dem offenkundigen Zurückbleiben der Harmonisierungsintensität des Versicherungsvertragsrechts gegenüber der des Aufsichtsrechts zu sehen sein¹⁰. Die Geschichte der Rechtsharmonisierung auf dem Gebiet des Versicherungsrechts ist damit zwar eine lange¹¹ und von vielen Strategiewechseln geprägte, es fehlt ihr aber bisher an einem krönenden Abschluss¹².

2. Begriffsklärung

Der gegenständliche Beitrag ist mit dem Titel „Insurance soft law?“ überschrieben. Eine Wortkombination, die sicherlich nicht als besonders geläufig bezeichnet werden kann. Der Begriff des *soft law* für sich allein genommen

* Der vorliegende Beitrag stellt die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags dar, den der Verfasser am 30. 10. 2008 im Rahmen des „Internationalen Forums zum Privatversicherungsrecht“ in Luzern gehalten hat. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Vereins „Haftung und Versicherung“ (HAVE), der einen Tagungsband zu dieser Veranstaltung herausgeben wird.

** Der Autor ist Oberassistent für Privatrecht, IPR und Rechtsvergleichung am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich und freier wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Versicherungswissenschaft der Universität Mannheim.

– also ohne den Versicherungszusatz – ist demgegenüber seit längerem etabliert, wenngleich terminologisch bisweilen umstritten. Nicht völlig von der Hand zu weisen ist nämlich eine gewisse *contradictio in terminis*, die dem Begriff innewohnt, denn man könnte sagen, dass ein *soft law*, wenn es gar keine rechtlichen Auswirkungen zeigen sollte, auch kein *law* ist; wenn es aber wiederum doch (allenfalls nur indirekte) rechtliche Wirkungen entfaltet, sich die Frage stellt, warum es dann nicht gleich dem traditionellen *hard law* zugeordnet werden kann¹³.

Eine vertiefte Diskussion der terminologischen Defizite des Begriffs *soft law* ist hier nicht am Platz. Dies ist verschmerzbar, denn die Auseinandersetzung in der Lehre hat, soweit ersichtlich, bis dato keinen bestechend überzeugenden Alternativterminus hervorgebracht. Vielmehr scheint die begriffliche Unschärfe letztlich mit jener des Terminus 'internationales Privatrecht' vergleichbar, der zwar anerkanntermaßen ebenfalls keineswegs perfekt ist¹⁴, bei dem aber schlussendlich doch jeder weiß, was damit gemeint ist.

Ursprünglich vor allem aus dem Bereich des Völkerrechts bekannt¹⁵, lässt sich ein gehäuftes Auftreten von *soft law* heute auch bei vielen Aktivitäten der Organe der EG feststellen¹⁶. Manche sprechen angesichts der Dimension dieses Auftretens auf Ebene des Gemeinschaftsrechts sogar von der Ausbildung eines „Tertiärrechts“¹⁷. Obwohl Art. 249 EG an förmlichen Rechtsakten mit *Empfehlung* und *Stellungnahme* nur zwei nicht verbindliche Instrumente ausdrücklich nennt¹⁸, kennt er darüber hinaus einerseits auch *Rechtshandlungen eigener Art* wie etwa den *Gemeinsamen Standpunkt* oder die *Gemeinsame Maßnahme*.

Andererseits lassen es bei gesamthafter Betrachtung des Vertrags zahlreiche seiner Bestimmungen offen, auf welchem Weg die jeweils vorgegebenen Ziele erreicht werden sollen¹⁹. Damit besteht Raum auch für Maßnahmen außerhalb des Art. 249 EG und es kommt auf diese Weise einer Reihe von Akten europarechtliche Bedeutung zu, von denen mit bestimmten *Mitteilungen der Kommission*, insbesondere den sogenannten *Leitlinien*, den *Entschließungen* des Europaparlaments und des Rates bis hin zu den *Gemeinsamen Erklärungen* nur einige genannt sein sollen²⁰. All diese Instrumente, die auf Gemeinschaftsebene das herkömmliche *hard law* quantitativ überflügelt haben dürften²¹, lassen sich unter den Oberbegriff des *soft law* subsumieren, solange man darunter Akte versteht, die auf faktische Auswirkungen abzielen und indirekt auch rechtliche Konsequenzen mit sich bringen können, ohne aber selbst eine rechtliche Bindungswirkung²² zu erzeugen²³. Die zuletzt genannte Einschränkung ist und bleibt essenziell, sie unterscheidet *hard* von *soft law*, sie macht Letzteres zur *Rechtserkenntnisquelle*, während Ersteres eine *Rechtsgeltungsquelle* darstellt²⁴.

Mit Blick auf das Versicherungswesen mag ein Hinweis auf die bekannte Kommissionsmitteilung zu Auslegungsfragen hinsichtlich des freien Dienstleistungsverkehrs und des Allgemeininteresses²⁵ genügen, die ein ganz typisches Beispiel von gemeinschaftsrechtlichem *soft law* darstellt: Die Mitteilung setzt sich u. a. mit der Grauzone zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

- 2 Vgl. zuletzt *Loacker*, Europäisches Versicherungsvertragsrecht in Looschelders/Pohlmann, VVG 2009 Rn. 1 ff.; grundlegend *W.-H. Roth*, Europäisches Versicherungsrecht in Honsell, BK zum VVG 1999 Rn. 108 ff.
- 3 Vgl. dazu jüngst *Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht – Kritische Betrachtungen 2007 S. 37 ff.; im Übrigen etwa *H. Müller*, Versicherungsbinnenmarkt – Die europäische Integration im Versicherungswesen 1995 S. 123 ff. und *Schnyder* aaO (Fn. 1) Rn. 84 ff.
- 4 Vgl. Art. 43 ff. EG.
- 5 Vgl. für viele *Basedow*, Europäischer Versicherungsbinnenmarkt und Angleichung des Versicherungsvertragsrechts in Bruns/Grobenski, Die Konvergenz europäischer Versicherungsmärkte 2005 S. 1, 4.
- 6 Vgl. Art. 49 ff. EG.
- 7 Vgl. etwa *Basedow* aaO (Fn. 5) S. 4 ff.
- 8 Dazu *W.-H. Roth*, Die Vollendung des europäischen Binnenmarktes für Versicherungen NJW 1993, 3028 (3032 f.); *Lenzing*, Europäisches Gemeinschaftsrecht in *Basedow/Fock*, Europäisches Versicherungsrecht Bd. I 2002 S. 139, 148 f.
- 9 Vgl. etwa *Basedow*, Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik in Reichert-Facilides/Schnyder, Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts 2000 S. 13, 17 f.; ferner *Heiss*, Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der EG – Bd. 99 der Münsteraner Reihe – Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2005 S. 5 ff.; zuletzt *Loacker* aaO (Fn. 2) Rn. 1 ff. S. auch die jüngst ergangene Ausschreibung Nr. 178109-2008 der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Europäischen Kommission vom 12. 7. 2008 zur Durchführung einer Studie, deren Zweck unter Pt. II.1.5 wie folgt beschrieben wird: „Zweck der Studie ist die Untersuchung der Gründe für das relativ niedrige Volumen an grenzüberschreitenden Versicherungsgeschäften sowie das Aufzeigen, welches Potenzial für gesamt-europäische Versicherungsprojekte (Produkte) besteht.“
- 10 *Gärtner*, EG-Versicherungsbinnenmarkt und Versicherungsvertragsrecht EWS 1994, 114 hat treffend vom „Versicherungsvertragsrecht als Restposten der Integration“ gesprochen. Vgl. ferner etwa *Lenzing* aaO (Fn. 8) S. 149; jüngst *Brömmelmeyer* in Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz 2008 Einleitung Rn. 17: „Das Recht der Europäischen Gemeinschaft wirkt sich primär auf das Aufsichtsrecht aus.“
- 11 Die sekundärrechtlichen Maßnahmen werden bekanntermaßen in verschiedene „Richtlinien-Generationen“ aufgliedert – s. dazu für viele *Mönnich* aaO (Fn. 1) Rn. 22 ff.
- 12 *Loacker* aaO (Fn. 2) Rn. 1; vgl. ferner schon *Reichert-Facilides*, Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsvielfalt? Überlegungen vor dem Modell des Versicherungsrechts in Schwind, Europarecht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung 1988 S. 155, 169 f.
- 13 Vgl. eingehend *Senden*, Soft Law in European Community Law 2004 S. 109 m. w. N.
- 14 Dazu *Schwimmann*, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht 3. Aufl. 2001 S. 7 f.; allgemein zum Begriff etwa *Kropf-holler*, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts 6. Aufl. 2006 § 1 S. 1 f.
- 15 Vgl. *Vitzthum/Bothe*, Völkerrecht 3. Aufl. 2004 Rn. 14 f. und 68.
- 16 Statt aller *Senden* aaO (Fn. 13) S. 23 f.
- 17 *Senden* aaO (Fn. 14) S. 456; s. im Übrigen *Senden/Prechal*, Differentiation in and through Community soft law in de Witte/Hanf/Vos, The many faces of differentiation in EU law 2001 S. 181 ff.
- 18 Dazu etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht 5. Aufl. 2006 Rn. 350 f.
- 19 Zu alldem *Senden* aaO (Fn. 13) S. 107.
- 20 Weiter gehend *Senden* aaO (Fn. 13) S. 108, die etwa auch *Grünbücher* dem *soft law* zuordnet.
- 21 Vgl. *Senden* aaO (Fn. 13) S. 23 m. w. N.
- 22 Die fehlende rechtliche Bindungswirkung ist aber nicht mit Wirkungslosigkeit gleichzusetzen, denn namentlich Empfehlungen und Stellungnahmen i. S. d. Art. 249 EGV verpflichten die Mitgliedstaaten immerhin zu einer Berücksichtigung derselben (vgl. Art. 10 EGV – Gemeinschaftstreue); dazu etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein* aaO (Fn. 18) Rn. 351.
- 23 Vgl. *Senden* aaO (Fn. 13) S. 112.
- 24 Vgl. *Schwartz*, Europäisierung des Zivilrechts durch soft law – Zu den Wirkungen von Restatements, Principles, Modellgesetzen und anderen nicht verbindlichen Instrumenten German Working Papers in Law and Economics 6/2007, 1 (7).
- 25 Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen „Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen“ ABIEG C 43/05 vom 16. 2. 2000; dazu *P. Schmidt*, Die Europäisierung des Versicherungsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Grundfreiheiten im Binnenmarkt 2005 S. 192 f.; *Mönnich* aaO (Fn. 1) Rn. 119 ff.; *Schoop* SVZ 1998, 44; *Schwintowski* NJW 1987, 521.

1 Im Detail s. dazu die Auflistung der verschiedenen Legislativmaßnahmen bei *Mönnich*, Europäisierung des Privatversicherungsrechts in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 2. Aufl. 2009 § 2 Rn. 17 ff.; *Heiss/Schnyder* in Kronke/Mellis/Schnyder, Handbuch internationales Wirtschaftsrecht 2005 Teil C: Versicherungsverträge Rn. 165 ff. und *Schnyder*, Europäisches Banken- und Versicherungsrecht 2005 Rn. 319 ff.

auseinander²⁶. Sie kann in diesem Graubereich *verhaltenssteuernde Wirkung* entfalten, indem sie Versicherern, die dort agieren, gewisse Kriterien zur Abgrenzung ihrer Tätigkeit im Rahmen der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit zur Hand gibt und deren Tätigkeiten damit *faktisch* beeinflusst. Ferner kann diese Mitteilung insbesondere auch der nationalen Rechtsprechung und den nationalen Aufsichtsbehörden als Erkenntnisquelle dienen, sie zeigt in diesem Fall (ohne im eigentlichen Sinn rechtsverbindlich zu sein) indirekte *rechtliche* Wirkung.

Etwas losgelöst von diesen streng juristischen Merkmalen, aber keineswegs weniger treffend und für den gegebenen Untersuchungsgegenstand sogar besonders illustrativ hat der Zürcher Völkerrechtler *Daniel Thürer*²⁷ *soft law* als „Schattengebiet zwischen Recht und Politik“ bezeichnet.

3. „Private“ soft law?

Abgesehen von seinem – wie gezeigt – weitgehend heterogenen Vorkommen auf Gemeinschaftsebene²⁸ lässt sich das Phänomen *soft law* längst auch auf gewissermaßen privater, jedenfalls außerhalb der europäischen Institutionen angesiedelter Ebene beobachten. Als vielleicht bekannteste Vertreter solcher nicht-legislatorischen Regelwerke²⁹ sind im Bereich des allgemeinen³⁰ Vertragsrechts die *Principles of European Contract Law* (kurz: PECL) zu nennen, die Anfang der 1980er-Jahre von *Ole Lando* initiiert wurden³¹. Diese haben in reichhaltiger Weise den „Mutterboden“ für die Arbeit jener Viel- oder beinahe schon *Unzahl*³² von internationalen wissenschaftlichen Vereinigungen bereitet³³, die heute auf dem Gebiet der europäischen Rechtsvereinheitlichung tätig sind und deren Arbeitsergebnisse eines gemeinsam haben: sie sollen die inhaltliche Grundlage für künftige gemeinschaftsrechtliche Legislativmaßnahmen bilden. In Erfüllung einer solchen *pre-law (making) function*³⁴ kann dem *soft law* eine zentrale Bedeutung zukommen. Ob es sich dabei zunächst um außerinstitutionales, also von privaten Zusammenschlüssen ausgearbeitetes *soft law* handelt, das auf spätere institutionelle Verwendung abzielt, oder ob es sich um von einer institutionellen Autorität wie etwa der Europäischen Kommission selbst ausgehendes *soft law* handelt, ist in diesem Zusammenhang irrelevant: Der Mantel rechtlicher Unverbindlichkeit samt der Absicht, faktische Wirkungen zu erzeugen, eint beide.

Im spezifischen Bereich des Versicherungsvertragsrechts war es *Fritz Reichert-Facilides*³⁵, der gleichermaßen die Saat auf den zuvor bildhaft als „Mutterboden“ bezeichneten PECL ausgebracht hat, indem er eine Projektgruppe³⁶ etablierte, deren Arbeit zwischenzeitlich in Form der 2007 präsentierten³⁷ *Principles of European Insurance Contract Law* (im Folgenden kurz: PEICL)³⁸ Früchte getragen hat³⁹. Auf deren Grundkonzeption wird noch einzugehen sein (s. unten IV), vorerst soll lediglich festgehalten werden, dass die PEICL darauf ausgerichtet sind, bei entsprechendem Parteikonsens eine rechtliche Grundlage für das Versicherungsvertragsverhältnis zu bilden, die unbeschadet davon zur Verfügung steht, ob relevante Berührungspunkte zum Recht mehrerer EU-Mitgliedstaaten bestehen.

4. Zwischenergebnis

Die implizite, sich im Fragezeichen ihres Titels widerspiegelnde Ausgangsfrage der vorliegenden Untersuchung kann in Form eines ersten Zwischenergebnisses bejaht werden: Es gibt in Form der PEICL schon heute ein nicht-legislatorisches Regelwerk für Versicherungsverträge, es existiert also bereits heute *insurance soft*

law. PECL wie PEICL stellen offenkundig Rechtserkenntnisquellen dar, auf die insbesondere Vertragsparteien – entsprechendem Willen vorausgesetzt – Bezug nehmen können. Davon abgesehen können sie, um nur ein weiteres Beispiel zu nennen, eine Rechtserkenntnisquelle etwa auch für nationale Gesetzgeber bilden. So sind namentlich die *Law Commissions* Englands und Schottlands in jüngeren Stellungnahmen mehrfach explizit auf die PEICL eingegangen⁴⁰. Auch hieran zeigt sich die angesprochene *pre-law (making) function*, die sich freilich keineswegs auf nationale Gesetzgeber beschränkt, sondern vor allem den europäischen Gesetzgeber als Primäradressaten im Blick hat. Für ihn kann die Arbeit der Projektgruppe wertvolle Impulse geben. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass sich namentlich der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) bereits eingehend mit der möglichen Umsetzung des in den

- 26 Zur Bedeutung der Abgrenzung *Mönnich* aaO (Fn. 1) Rn. 115 ff.
 27 *Thürer*, The Role of Soft Law in the actual Process of European Integration in *Jacot-Guillarmod*, L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen? 1990 S. 131 f.
 28 *Senden* aaO (Fn. 13) S. 456 spricht treffend von einem „umbrella concept“.
 29 Dazu *Drobnig*, Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law in *Basedow*, Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht 2001 S. 745, 746 ff.
 30 Im Bereich des Handelsrechts ist vor allem an die *Principles of International Commercial Contracts (PICC)* zu denken (abgedr. in *IPRax* 1997, 205).
 31 Zur Entstehung der PECL etwa *Schiff*, Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut 2005 S. 11 ff.
 32 Vgl. die kritischen Ausführungen von *Riedl*, Vom Unsinn wissenschaftlicher Kodifikationsbemühungen in *Tietze/McGuire et al.*, Europäisches Privatrecht – Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004 (2005) S. 31 ff.; im Detail dies., Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa. Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung 2004.
 33 S. etwa die Übersicht bei *Wurmnest* ZEuP 2003, 714 (721); *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht 2. Aufl. 2007 S. 237 f., *Hondius* ERPL 2000, 385 (392 f.); *Schwartz* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 2006 § 4 Rn. 36 ff.; *Benaccio/Pasa*, A Common Law for Europe 2005 S. 284 ff.
 34 Vgl. *Senden* aaO (Fn. 13) S. 458, die von einer „pre-law function“ spricht. Zu dieser Funktion kritisch *Ernst* AcP 208 (2008), 248 (261).
 35 Zu dessen Leben und Wirken vgl. die Nachrufe von *Heiss* in *ZVersWiss* 2004, 1 und *JZ* 2004, 192; im Übrigen die Würdigung von *Heiss/Loacker*, die online unter <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/obituary-frf.html> abrufbar ist.
 36 Sogenannte *Project Group „Restatement of European Insurance Contract Law“*; zu deren Arbeitsweise etwa *Reichert-Facilides*, Verbraucherschutz – Versicherungsnehmerschutz: Überlegungen im Blick auf das Projekt „Restatement des Europäischen Versicherungsvertragsrechts“ in *Eccher/Nemeth/Tangl*, Verbraucherschutz in Europa – Festschrift für Heinrich Mayrhofer 2002 S. 179 ff.; zur allgemeinen Vorbildfunktion der amerikanischen Restatements für europäische Rechtsangleichungsinitiativen *Lando*, Einheitliches materielles Privatrecht in Europa in *Reichert-Facilides*, Recht und Europa III 1999 S. 41, 45 f.
 37 S. die Pressemitteilungen in *VersR* 2008, 328 und *EuZW* 2008, 68.
 38 Die *Principles* sind in der englischen Originalfassung sowie in (unverbindlichen) Übersetzungen ins Deutsche, Französische, Griechische, Italienische, Niederländische, Polnische, Portugiesische, Spanische, Tschechische und Ungarische unter <http://www.restatement.info> abrufbar. Eine Veröffentlichung der *Principles* samt Erläuterungen (Comments) und rechtsvergleichenden Hinweisen (Notes) ist für 2009 vorgesehen und wird editorisch von *Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss* betreut.
 39 Dazu eingehend zuletzt *Armbrüster* ZEuP 2008, 775; ferner *Hinchliffe*, Review of Principles of European Insurance Law ERA Forum 2008, 167 sowie *Heiss*, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) in *Hendrikse/Rinkes*, Insurance and Europe 2007 S. 41 ff.
 40 S. *The Law Commission*, Consultation Paper No. 182 und *The Scottish Law Commission*, Discussion Paper No. 134: Insurance Contract Law – A Joint Consultation Paper S. 19, 77 f., 94, 105, 109, 126 und 137. Abrufbar unter <http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp182.pdf>.

PEICL verkörpertem Modell eines europäischen Versicherungsvertragsrechts auf Gemeinschaftsebene auseinandergesetzt hat⁴¹.

III. Jüngste Entwicklungen

1. Warum „private“ soft law?

Zwei der Motive, die im Zusammenhang mit der Gründung privater Initiativen wie den eben geschilderten im Vordergrund standen, waren einerseits die Tatsache, dass man innerhalb solcher privater Zusammenschlüsse wissenschaftliche Pionierarbeit leisten kann, ohne auf das oft verspätete, dann aber regelmäßig umso eiliger politische Mandat warten zu müssen. Und andererseits war es möglich, konkrete inhaltliche Vorschläge auszuarbeiten, ohne sie von Beginn an den verschiedensten politischen Einflüssen auf staatlicher oder supranationaler Ebene, aber auch den Interventionen vonseiten der maßgeblichen Interessenvertretungen unmittelbar auszusetzen⁴². Dabei war immer klar, dass es dereinst unweigerlich zu diesen Einflussnahmen kommen und letzten Endes auch ein politisches Mandat notwendig sein würde. Dann nämlich, wenn die Vorschläge auf eine breitere Basis gestellt werden sollten, an deren Ende der Sprung vom *soft law* zum *hard law* stehen könnte.

Der Zeitpunkt der Einflussnahme ist mittlerweile gekommen. Die EG hat sich der bestehenden wissenschaftlichen Initiativen angenommen. Das Schlagwort der Stunde ist ein „Gemeinsamer Referenzrahmen“ (kurz: GRR) bzw. ein „Common Frame of Reference“ (kurz: CFR).

2. Eine neue Kategorie von soft law: Der Gemeinsame Referenzrahmen

Es gibt zweifellos schärfer umrissene Begriffe als den des Gemeinsamen Referenzrahmens (GRR)⁴³. *Basedow* hat diesbezüglich mit gutem Grund von „recht wolkigen Vorstellungen“ gesprochen⁴⁴. Angesichts der Pressemitteilung des Justizministerrats vom April 2008⁴⁵ sowie der darauf Bezug nehmenden Entschließung des Europäischen Parlaments⁴⁶ vom 3. 9. 2008 könnte man sogar noch einen Schritt weiter gehen und zu dem Ergebnis kommen, dass sich am europäischen Horizont mittlerweile eine veritable Gewitterfront zusammenzieht, die vor allem aus der Uneinigkeit über Verwendungszweck und Adressatenkreis der anvisierten Maßnahme resultiert.

Ursprünglich wurde als Ziel des GRR die mögliche Verfolgung eines ganzen Spektrums von Zwecken genannt: Ins Auge gefasst wurde primär die Schaffung einer sogenannten *tool box* für den europäischen Gesetzgeber, die ihm dabei helfen soll, künftig Qualität und Kohärenz seiner Aktivitäten zu steigern, indem einheitliche *Definitionen* für wichtige Begriffe festgelegt sowie *Grundprinzipien* eines europäischen Vertragsrechts verankert werden würden; ferner sollte dem Referenzrahmen – im Wege eines „Modell-Gesetzes“⁴⁷ – auch Vorbildcharakter für nationale Gesetzgeber zukommen. Außerdem sollte er dem EuGH ein wichtiger Fundus bei dessen Auslegungstätigkeit sein⁴⁸ und nicht zuletzt wurde ihm Bedeutung als Grundlage einer späteren Legislativmaßnahme in Form eines sogenannten *optionalen Instruments* beigemessen⁴⁹.

Dabei ist diese Liste keineswegs erschöpfend, allen voran die Wissenschaft steuerte geradezu euphorisch weitere Verwendungsmöglichkeiten bei, indem beispielsweise davon die Rede war, dass es mit dem GRR erstmals seit 200 Jahren wieder möglich sein würde, Studenten der Rechtswissenschaft in ganz Europa auf Basis eines einheitlichen Rechtstextes zu unterrichten⁵⁰. Andere sprachen angesichts der angestrebten Definitionsvereinheitlichung von der Geburtsstunde einer neuen rechtswis-

senschaftlichen Sprache, eines würdigen Nachfolgers von *Latein*⁵¹.

Heute ist die Euphorie zunehmend einer gewissen Ernüchterung gewichen oder um es anders zu sagen: Solange nicht feststeht, welchen „Wortschatz“ eine solche Fachsprache aufweist, scheint Vorsicht geboten. Es könnte nämlich sein, dass es sich um ein im Ergebnis doch recht primitives Kommunikationsmittel handelt, mit dem man sich nur äußerst gebrochen verständigen kann. Angesprochen ist damit der zu erwartende Inhalt des GRR⁵².

3. Möglicher Inhalt und Zweck eines Gemeinsamen Referenzrahmens

Während die Kommission⁵³ in ihrer einschlägigen Mitteilung aus dem Jahr 2004 noch einen konkreten Gliederungsvorschlag unterbreitet hatte, der insbesondere dem Versicherungsvertragsrecht einen eigenen Abschnitt zuwies und darüber hinaus zumindest offenließ, ob der GRR als Basis eines späteren optionalen Instruments dienen könnte (zu diesem Begriff unten IV), lässt die erwähnte letzte Mitteilung des Rates vom April 2008 wenig Gutes ahnen: Von einem optionalen Instrument ist keinerlei Rede mehr, statt der ursprünglich breiten Ausrichtung sind nur mehr die Legislativorgane der Gemeinschaft als exklusive Zielgruppe genannt und das Versicherungsvertragsrecht fehlt überhaupt als eigener Regelungsbereich⁵⁴.

Als Befürworter der Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiet könnte man in Anbetracht solcher Aussichten beinahe dem Trübsinn verfallen. Doch es besteht immer noch Hoffnung, denn schon der Blick auf die anvisierten Rechtswirkungen ist fast erheiternd. Es scheint, als wür-

41 Vgl. Stellungnahme CES 1626/2004 zum Thema „Europäischer Versicherungsvertrag“, ABIEG C 157 vom 28. 6. 2005 S. 1 ff.; dazu *Heiss* VersR 2005, 1 und *Heiss/Loacker* VersRdsch 2005, 245.

42 Vgl. auch *Drobnig* aaO (Fn. 29) S. 745, nach dem *soft law* ein „Ausdruck der Privatisierung der Rechtsbildung“ ist.

43 Zur Vorgeschichte und Intention des GRR eingehend *Pfeiffer* AcP 208 (2008), 227 (228 ff.); ferner etwa *Jansen* JZ 2006, 536 (539 ff.); umfassend *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann* JZ 2008, 529 = O.J.L.S. 2008, 659 ff.; *Ernst* AcP 208 (2008) 248; spezifisch für den Bereich des Versicherungsvertragsrechts zuletzt *Heiss/Danzl* VersRdsch 2008, 20 sowie *Heiss*, The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law ERA Forum Suppl. 1/2008, 95 (97 ff.) und *Basedow*, Der Gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht ZEuP 2007, 280 (282).

44 *Basedow* ZEuP 2007, 280 (282).

45 Standpunkt des Justizministerrats 8397/08 (Presse 96) vom 18. 4. 2008, Press Release 2863rd Council meeting Justice and Home Affairs S. 18 ff.; dazu *Remien* GPR 2008, 124 (125 ff.).

46 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. 9. 2008 zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht P6_TA-PROV(2008)0397; abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20080903+ITEMS+DOC+XML+V0//DE#sdocta6>.

47 Vgl. etwa *Leible* BB 2008, 1469 (1470).

48 Dazu bereits *Trstenjak* ZEuP 2007, 145 (149 ff.).

49 Vgl. etwa *Leible* BB 2008, 1469 (1470) m. w. N.

50 So v. *Bar*, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities Electronic Journal of Comparative Law Vol. 12.1 (May 2008), 1 (2).

51 Vgl. *Heiss* aaO (Fn. 39) S. 49.

52 Aus spezifisch versicherungsvertragsrechtlicher Sicht: *Heiss*, The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law in *Schulze*, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law 2008 S. 229 ff. sowie die Nachweise in Fn. 39, 43 (a. E.) und 79.

53 Vgl. Mitteilung KOM (2004) 651 endg. Anh. I S. 15 f.

54 Ebenfalls kritisch zum Standpunkt des Justizministerrats *Remien* GPR 2008, 124 (127); optimistischer *Heiss*, Europäisches Versicherungsvertragsrecht: Vom Gemeinsamen Referenzrahmen zum optionalen Instrument? in *Ganner*, Die soziale Funktion des Privatrechts – Festschrift für Heinz Barta 2008 (im Erscheinen).

de der Rat mit seiner diesbezüglich gänzlich freibleibenden Formulierung den GRR geradezu mit einem Warnhinweis im Sinne von „Vorsicht, nur für den internen Dienstgebrauch!“ versehen wollen⁵⁵. Selbst der äußerst überschaubare Adressatenkreis⁵⁶ soll nämlich nur auf vollkommen freiwilliger Grundlage auf die neu geschaffene *tool box* zurückgreifen. Insofern wird verständlich, wenn das Europäische Parlament in der genannten Entschließung⁵⁷ ungewöhnlich technisch fordert, dass „die relevanten Teile des Gemeinsamen Referenzrahmens künftigen Legislativvorschlägen ... angehängt werden, damit sichergestellt ist, dass sie vom Gemeinschaftsgesetzgeber berücksichtigt werden“⁵⁸.

Es bestehen also offenkundig Zweifel, ob die angesprochenen Gemeinschaftsorgane überhaupt *Kenntnis* vom Inhalt des GRR nehmen wollen.

Klar scheint, dass eine solche *tool box* nicht nur alle zuvor genannten Merkmale des *soft law* erfüllt, sondern dass sie sogar innerhalb desselben gewissermaßen dem *soft law* zuzuordnen ist. Auch ist keineswegs gesagt, dass für das (nach dem Standpunkt des Justizministerrates) ausschließlich angestrebte Ziel der Kohärenz der europäischen Gesetzgebung auf dem Gebiet des allgemeinen Vertrags- und des Verbraucherschutzrechts ein GRR überhaupt erforderlich ist. Der im Oktober 2008 vorgestellte Richtlinienentwurf über Rechte der Verbraucher⁵⁹ sieht jedenfalls einheitliche Definitionen vor und schafft erhöhte Kohärenz innerhalb seines Regelungsbereichs, und zwar ohne dafür die Hilfe eines GRR in Anspruch zu nehmen.

Zusammenfassend wird man den GRR daher in erster Linie als ein *Signal* einschätzen müssen, dessen tatsächliche Bedeutung sich erst noch weisen wird⁶⁰. Zutreffend wurde in diesem Zusammenhang auch von einer Funktion als „Normspeicher“ gesprochen⁶¹.

Dem Vermeiden eines Hinweises auf ein künftiges optionales Instrument kann man jedenfalls auch Optimistisches abgewinnen: Denn immerhin wird die Verbindung zwischen GRR und optionalem Instrument bei Unterbleiben jeglicher Bezugnahme untereinander schwerlich als so essenziell betrachtet werden können, dass zwischen beiden zwingend eine thematische *Deckungsgleichheit* bestehen müsste⁶². Anders läge der Fall nur, wenn klar wäre, dass der Referenzrahmen das Regelungsfeld des optionalen Instruments endgültig detailliert abstecken würde und dabei gleichzeitig das Versicherungsvertragsrecht bewusst ausgespart hätte. Hierfür sind derzeit indes keine zwingenden Indizien ersichtlich.

Man könnte deshalb schlussfolgern: Selbst wenn die *Principles of European Insurance Contract Law* den Sprung von einem derzeit rein *akademischen* GRR in einen späteren, *politischen* GRR nicht schaffen sollten, steht das einer Regelung im Rahmen eines optionalen Instruments *nicht* grundsätzlich entgegen. Und das ist der eigentlich wichtige Punkt. Denn ob nun akademischer oder politischer GRR: Beides bleibt reines *soft law* und dieses ist für die Bedürfnisse des Versicherungsbinnenmarkts ohnehin zu wenig. Die Gründe hierfür sollen im Folgenden in aller Kürze geschildert werden.

4. Der Bedarf an *hard law*

Eingangs war bereits die Rede davon, dass der europäische Versicherungsbinnenmarkt seit Ablauf der Umsetzungsfrist der sogenannten Dritten Richtlinien-Generation am 1. 7. 1994 als offiziell vollendet⁶³ gilt. Es wurde auch schon angesprochen, dass die reale Binnenmarktverwirklichung auf dem kleineren und mittleren Risikosektor nahezu ausschließlich im Bereich der Niederlassungsfreiheit, nicht aber in dem der Dienstleistungsfreiheit

vollzogen ist – in den einschlägigen Statistiken wird der Anteil der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit abgewickelten Geschäftstätigkeit am Gesamtgeschäft demnach ganz überwiegend mit einer Null vor dem Komma ausgewiesen⁶⁴. Das überrascht angesichts der eben erwähnten grundsätzlichen Vollendung des Binnenmarkts.

Schon bei nur oberflächlicher Betrachtung lässt sich das Problem aber relativ einfach herauskristalisieren: Im Bereich der *Massenrisiken*⁶⁵ (von den *Großrisiken*, die schon früh eine eigene Rolle gespielt haben, soll hier nicht die Rede sein⁶⁶) führt nämlich das geltende⁶⁷ wie auch das künftige⁶⁸ Kollisionsrecht dazu, dass nicht etwa das Heimatrecht des Versicherers für den Vertrag maßgeblich wäre, sondern ganz regelmäßig jenes des VN. Wenn man nun um die essenziell-konstitutive Bedeutung rechtlicher Vorgaben für das Produkt „Versicherung“ weiß, die heute kaum mehr ernsthaft bestritten werden kann⁶⁹, so tritt auch schon die *Bredouille* zutage, in der sich Versicherer, die ihre Produkte ohne Niederlassung auf ausländischen Märkten anbieten wollen, heute befinden. Anders als ihre niedergelassenen Mitbewerber, die jedenfalls im Ergebnis nationale Produkte vertreiben, müssten sie ihre Produkte nämlich an das Recht jedes der in Aussicht genommenen Zielmärkte anpassen. Im Bereich der *Massenrisiken* scheint dieser Aufwand nicht zu lohnen, denn ein effektiv funktionierender Binnenmarkt ist dort bisher Wunschvorstellung⁷⁰. Illustriert sei dies an einem kleinen Praxisbeispiel:

Wenn man die Website⁷¹ des nach eigenen Angaben größten deutschen Direktversicherers aufruft, findet man dort eine Reihe von Formularen, mithilfe deren man den Abschluss eines Versicherungsvertrags beantragen bzw.

55 Vgl. auch *Remien* GPR 2008, 124 (127): „Hätte der Rat nicht ebenso gut ‚Rechtswirkungen: Keine‘ sagen können?“

56 Anmerkung: Die Beschränkung des Adressatenkreises ist schon deswegen wenig sinnvoll, weil freilich niemand daran gehindert werden kann (man denke etwa an nationale Gesetzgeber, nationale Gerichte oder schlicht Parteien eines Vertrags, der Bezüge zu mehreren Mitgliedstaaten aufweist, und die sich deshalb auf eine einheitliche Terminologie festlegen wollen), dennoch auf die *tool box* zurückzugreifen. Worin die Gefahr eines solchen Rückgriffs liegen soll, erschließt sich nicht. Auch – seriöse – politische Gründe sind nicht ersichtlich.

57 S. zuvor Fn. 46.

58 Pt. 10 der Entschließung (Fn. 46).

59 KOM (2008) 614 endg.

60 Vgl. allgemein *Heiss/Danzl* VersRdsch 2008, 20.

61 Vgl. *Ernst* AcP 208 (2008), 248 (277): „So besehen erscheint der CFR heute als ein geordneter Normvorrat, eine Art Normspeicher (ohne derzeitige eigene Rechtswirkung), aus dem man bei einer zukünftigen, rechtsgültigen Vereinheitlichung des Vertragsrechts schöpfen wird – nicht mehr, aber auch nicht weniger.“

62 *Ebenso v. Bar/Schulte-Nölke* ZRP 2005, 165 (167).

63 Vgl. *P. Schmidt* aaO (Fn. 25) S. 7.

64 Vgl. die Nachweise bei *Basedow* aaO (Fn. 5) S. 5. Nach *Lenzing* aaO (Fn. 8) S. 149, dortige Fn. 55, ist der Anteil grenzüberschreitender Tätigkeit jedoch vor allem in Luxemburg stärker ausgebildet.

65 Zu deren Spezifika schon eingehend *Hübner* VersR 1989, 989.

66 Vgl. etwa *W.-H. Roth* aaO (Fn. 2) Rn. 47 f. und 109.

67 Dazu eingehend für viele *Wandt*, Internationales Privatrecht der Versicherungsverträge in *Reichert-Facilides/Schnyder*, Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts 2000 S. 85 ff.; anschaulich ferner *Heiss/Schnyder* aaO (Fn. 1) Rn. 217 ff.

68 Dazu jüngst *Heiss*, Versicherungsverträge in „Rom I“: Neuerliches Versagen des europäischen Gesetzgebers in *Baetge/v. Heintz/v. Hinden*, Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag 2008 S. 459 ff.

69 A. A. *Gärtner* EWS 1994, 114 (117): „Überbewertung der Lehre von der Versicherung als Rechtsprodukt“.

70 Zum Bedarf an einem vereinheitlichten europäischen Versicherungsvertragsrecht etwa *Basedow*, Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act ERA-Forum 2003, 56 sowie ders. J.B.L. 2001, 569; ferner eingehend *Heiss* aaO (Fn. 9) S. 9 ff.

71 <http://www.cosmosdirekt.de>.

entsprechende Informationen einholen kann. In der Rubrik „Wohnsitz“ lassen sich eine Reihe von vordefinierten Ländern wie etwa Österreich, die Schweiz, Großbritannien, Frankreich, Schweden usw. auswählen. Der Schein der Internationalität trägt allerdings, denn unabhängig davon, welches Land in der Folge als Wohnsitzland ausgewählt wird, eines bleibt immer gleich: Sofern es nicht Deutschland ist, öffnet sich unverzüglich ein Pop-up-Fenster mit nachstehendem Inhalt:

Sehr geehrte/r Interessent/in,

Vielen Dank für Ihr Interesse an unseren Versicherungs- und Vorsorge-Produkten. Leider hindern uns die rechtlichen Rahmenbedingungen daran, Ihnen das gewünschte Angebot zu unterbreiten. Unser gesamtes Angebot basiert auf der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Da diese für Versicherungsnehmer, deren gewöhnlicher Aufenthalt sich außerhalb der Bundesrepublik befindet, nicht maßgeblich ist, kann die rechtliche Bewertung entsprechender Verträge nicht nach deutschen Rechtsnormen erfolgen. Daher sehen unsere Annahmerichtlinien nur Verträge vor, bei denen Antragsteller und zu versichernde Person in der Bundesrepublik wohnen. Sollten Sie Ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort wieder in die Bundesrepublik Deutschland verlegen, erstellen wir Ihnen gerne ein Angebot. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass uns dies aus den dargestellten Gründen derzeit nicht möglich ist.

Schon dieses schlichte Beispiel erhellt, dass das beschriebene Anpassungsproblem kein solches verträumter Rechtsvereinheitlichungsillusionisten ist, sondern dass es im Gegenteil um ein leicht nachvollziehbares, gleichermaßen reales wie unbefriedigendes Binnenmarktdesizit geht. Unbefriedigend deshalb, weil bereits ein oberflächlicher Vergleich der von inländischen Versicherern im Ausland angebotenen Produkte regelmäßig sowohl eine Verschmälerung der Produktpalette als auch eine tendenzielle Verteuerung derselben zutage fördert.

Nochmals: Die Wurzeln des Übels eines derzeit noch nicht vollständig realisierten europäischen Versicherungsbinnenmarkts liegen in der Unterschiedlichkeit und in der Vielzahl der zu beachtenden Rechtsordnungen. Genauer müsste man sagen, in der Unterschiedlichkeit und Vielzahl der *zwingend* zu beachtenden Rechtsnormen⁷², denn die Versicherer haben schon bisher eindrucksvoll bewiesen, dass sie mit nur dispositiven Gesetzesvorgaben insofern kein Problem haben, als sie hierfür in Form von AVB durchaus Vereinbarungen zu entwerfen imstande sind, die ihren Interessen gebührend Rechnung tragen. Der notwendige Gegenstand von Vereinheitlichungsbemühungen ist damit nicht allumfassend, sondern klar begrenzt.

Wie aber kann man diesen Bedarf an einem gemeinschaftsweit einheitlichen Bestand an *zwingenden* Normen des Versicherungsvertragsrechts rechtstechnisch befriedigen? Auch hier mag die Antwort vielleicht zunächst etwas überraschend klingend. Sie lautet nämlich: in Form eines *optionalen* Instruments⁷³.

IV. Die Zukunft: ein optionales Instrument?

Um von vornherein jeden falschen Eindruck zu vermeiden, ist an dieser Stelle nochmals klarzustellen, dass es heute zwar einerseits ein europäisiertes, aber noch kein europäisches Versicherungsvertragsrecht gibt und dass Letzteres andererseits zwar immer wieder im Zusammenhang mit Rechtsvereinheitlichungsbemühungen innerhalb der EG genannt wird, es jedoch bisher an klaren Vorgaben oder konkreten Vorhaben fehlt⁷⁴. Entscheidend wird in diesem Zusammenhang sein, welche Rolle dem *soft law* in der Erscheinungsform des GRR für einen künftig gemeinschaftsweit einheitlichen Bestand an *hard law* zukommt. Denn jedenfalls auf versicherungsvertragsrechtlichem Terrain kann der GRR immer nur ein Zwi-

schensschritt sein. Unweigerlich wird sich deshalb die „Gretchenfrage“⁷⁵ dahin gehend stellen, was mit dem GRR am Ende wirklich bezweckt werden wird. Nur vorteilhaft erschiene ein klares Bekenntnis zur Schaffung eines Rechtsinstruments, dass einen vereinheitlichten Kernrechtsbestand dort anbietet, wo – wie etwa im Bereich des zwingenden Versicherungsvertragsrechts – entsprechender Bedarf besteht. Ein solches Bekenntnis der EG sucht man bisher indes vergeblich. Damit bleibt zu hoffen, dass der GRR sich nicht gleichermaßen selbst genügt und damit ein „Begräbnis erster Klasse“⁷⁶ für die Idee eines darauf aufbauenden, vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängigen Vertragsrechts einläutet. Einmal davon ausgehend, dass der europäische Gesetzgeber die Idee des optionalen Instruments⁷⁷ trotz aller Zögerlichkeit nicht aus den Augen verlieren wird⁷⁸, soll im Folgenden – auf die Bedürfnisse des Versicherungsvertragsrechts beschränkt – auf die Kerneigenschaften und Schlüsselemente einer solchen optionalen Vertragsordnung eingegangen werden⁷⁹.

1. Form, Inhalt und Harmonisierungskonzept

Einer der strittigsten Punkte ist derzeit sicherlich die mögliche Form eines optionalen Instruments. Insbesondere die Kompetenzgrundlagen der Gemeinschaft werden bisweilen angezweifelt⁸⁰. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, für den Bereich des Versicherungswesens scheint es jedenfalls unabdingbar, dass die entsprechende Rechtsquelle eine europaweit *einheitliche* ist. Dieses Ziel könnte vor allem in Form einer Verordnung realisiert werden. Ungeeignet wäre demgegenüber (wegen der nationalen Umsetzungsspielräume) eine Richtlinie. Schon wegen des geschilderten Bedarfs an *hard law* verfehlt erschiene eine (bloß unverbindliche) Empfehlung⁸¹.

72 Vgl. Basedow L.M.C.L.Q. 2003, 498 (500) = ERA-Forum 2003, 56 (62).

73 Vgl. Heiss aaO (Fn. 9) S. 39.

74 Unmissverständlich E. Lorenz, Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsvertragsrechts-Handbuch 2. Aufl. 2009 § 1 Rn. 67. Ebenso schon Reichert-Facilides, Europäisches Versicherungsvertragsrecht? in Basedow/Hopt/Kötz, Festschrift für Ulrich Drobnig 1998 S. 119: „Europäisches (materielles) Versicherungsvertragsrecht: Das ist nichts real Existierendes, sondern – allenfalls – denkbarer Gegenstand eines auf Rechtsvereinheitlichung (Rechtsangleichung) ziellenden Programms.“ Zum Status quo s. Heiss/Schnyder aaO (Fn. 1) Rn. 187 ff.

75 So zuletzt Leible NJW 2008, 2558 (2562).

76 v. Bar, Academic Efforts and Political Realities Electronic Journal of Comparative Law Vol. 12.1 (May 2008), 1 (2).

77 Dazu kritisch etwa M. Müller EuZW 2003, 683 (684 ff.).

78 Heiss aaO (Fn. 54) folgert unter Berufung auf Erwägungsgrund 14 der Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) vom 17. 6. 2008 ABIEG L 177 S. 6 vom 4. 7. 2008, dass die Realisierungschancen für ein optionales Instrument „offenbar gut“ stünden. Erwägungsgrund 14 lautet: „Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen, festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden.“

79 Im Detail Basedow, Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz in Wandt/Reiff/Looschelders/Bayer, Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag 2004 S. 93 ff.; Heiss, The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law ERA Forum Suppl. 1/2008, 95 (104 ff.).

80 Vgl. etwa Wagner ZEuP 2003, 930; für Art. 308 EGV als Grundlage eines künftigen optionalen Instruments hingegen Basedow aaO (Fn. 5) S. 17 f.; dies ablehnend Ernst AcP 208 (2008), 248 (259) – zum grundsätzlichen Anwendungsbereich des Art. 308 EGV anschaulich zuletzt Winkler JA 2008, 572; Heiss aaO (Fn. 9) S. 32 kann sich auch Art. 95 EG als Kompetenzgrundlage vorstellen.

81 S. jeweils Basedow aaO (Fn. 79) S. 101 f.; Clarke/Heiss J.B.L. 2006, 600 (605 f.); Heiss aaO (Fn. 9) S. 30 f.

Geboten scheint weiter, hinsichtlich des möglichen versicherungsvertragsrechtlichen Inhalts eines optionalen Instruments auf die umfangreichen wissenschaftlichen Vorarbeiten auf diesem Gebiet, die in Form der PEICL bereits vorliegen⁸², zurückzugreifen.

Aus diesem Rückgriff ergeben sich in der Folge weitere Konkretisierungen: Die PEICL enthalten nämlich ausschließlich zwingendes, oder genauer: mit Ausnahme ganz vereinzelter Bestimmungen⁸³ halbzwingendes, also nur zugunsten des VN abänderbares Recht. Es wurde bereits dargelegt, dass das gegenwärtige Binnenmarktdefizit im Ergebnis auf den Vertragsanpassungsbedarf des Versicherers aufgrund der Unterschiedlichkeit dieses Kernbestands an zwingenden Normen zurückzuführen ist⁸⁴. Ein optionales Instrument sollte diesem Umstand Rechnung tragen.

Die Tatsache, dass die PEICL ganz überwiegend halbzwingende Bestimmungen enthalten, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Ermächtigung zur Vereinbarung günstigerer Bestimmungen ausschließlich an die Vertragsparteien, nicht aber an die nationalen Gesetzgeber richten darf, die es nicht in der Hand haben sollen, gewissermaßen über eine Hintertür neuerlich unterschiedliche Schutzniveaus zu etablieren. Andernfalls wäre eine Verbesserung des Status quo, der sich im Wesentlichen in der erwähnten bloßen Europäisierung des Versicherungsvertragsrechts aufgrund von Richtlinienvorgaben erschöpft, nicht realisierbar. Gefordert ist damit eine *Vollharmonisierung*, die im Bereich des Verbraucherschutzes gelegentlich umstritten sein mag⁸⁵, auf dem Gebiet des Versicherungsvertragsrechts allerdings definitiv unausweichlich ist.

2. Ausgestaltung und Eröffnung der Wahlmöglichkeit

Zu unterbinden ist seitens des europäischen Gesetzgebers im Übrigen ein „Rosinenkuchenprinzip“, indem die bloß *teilweise* Wahl des optionalen Instruments bei gleichzeitiger Abbedingung einzelner seiner Normen unzulässig sein muss. Art. 1:102 S. 2 PEICL sieht zur Vermeidung eines solchen *law mix* bereits eine entsprechende Regelung vor⁸⁶. Die Wahl eines an den PEICL orientierten optionalen Instruments würde damit generell⁸⁷ nationales Versicherungsvertragsrecht verdrängen, und zwar einschließlich dessen zwingender Bestimmungen zum Schutz des VN. Es erklärt sich von selbst, warum in Anbetracht einer solchen Verdrängungswirkung der Inhalt des optionalen Instruments unmittelbar an den Anforderungen eines hohen Verbraucherschutzniveaus zu messen ist⁸⁸.

Abgesehen von Überlegungen dahin gehend, ob sich die Maßgeblichkeit des optionalen Instruments für ein bestimmtes Vertragsverhältnis nach der Wahl (*opt-in*) oder der Abwahl (*opt-out*)⁸⁹ der Vertragsparteien bestimmen soll⁹⁰, bleibt vor allem die Frage zu klären, in welchen Fällen die Anwendung des optionalen Instruments überhaupt eröffnet sein soll⁹¹.

Zwei Ansätze bieten sich besonders an⁹²: Zunächst erschiene vorstellbar, die Anwendbarkeit des optionalen Instruments von einer Rechtswahl im kollisionsrechtlichen Sinn abhängig zu machen. Dabei wäre rechtstechnisch insbesondere zu unterbinden, dass es zu einer Durchbrechung und damit im Ergebnis zu einem unerwünschten *law mix* kommt, indem zwingende Bestimmungen der nationalen Versicherungsvertragsrechte (über eine Anknüpfung als Eingriffsnorm oder im Wege des *ordre public*) trotz der Maßgeblichkeit des optionalen Instruments beachtlich werden⁹³.

Meines Erachtens im Ergebnis überlegen ist diesem „kollisionsrechtlichen Ansatz“⁹⁴ jener Vorschlag, nach dem das

optionale Instrument schlicht neben das nationale Sachrecht treten könnte („materiellrechtlicher Ansatz“)⁹⁵. Einzige Anwendungsvoraussetzung für das optionale Instrument wäre nach diesem Konzept die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechts eines EU-Mitgliedsstaats⁹⁶. Bei Erfüllung dieser (kollisionsrechtlich zu beurteilenden) Voraussetzung würde sich ein weiterer „Immunsierungsbedarf“ des optionalen Instruments weitgehend erübrigen. Wenn in der Literatur⁹⁷ in Zusammenhang mit der auf diese Weise entstehenden „Mehrrechtsordnung“⁹⁸ konzeptionelle Vergleiche zwischen einem solcherart ausgestalteten optionalen Instrument und dem Gesellschaftsrecht gezogen werden, wo dem Gesellschaftsgründer schon heute etwa die Wahl von SE oder EWIV ergänzend zu nationalen Rechtsformen zur Verfügung steht, so ist dies zur besseren Vorstellbarkeit ohne Zweifel sehr hilfreich. Aufgrund der besonderen Bedeutung sollte dieser Vergleich jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es bei der Wahl der beiden genannten gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen durchaus zu einem Rückgriff auf bzw. zu einer jeweils unterschiedlichen Ausgestaltung bestimmter Aspekte⁹⁹ durch nationales Recht kommt¹⁰⁰ – eine Konstellation, die es im Bereich des Versicherungsvertragsrechts wie gezeigt zu vermeiden gilt.

82 Vgl. oben II 3 und Fn. 38.

83 S. Art. 1:103 Abs. 1 PEICL.

84 Vgl. Heiss aaO (Fn. 39) S. 30.

85 Dagegen etwa Reifner VuR 2004, 11 (13); zuletzt Reich ZEuP 2007, 161 (171 ff.) und Tamm EuZW 2007, 756 (757 ff.).

86 Art. 1:102 S. 2 PEICL in der von Adelman/Loacker bearbeiteten Übersetzung lautet: „Vorbehaltlich des Artikels 1:103 sind die Grundregeln des Europäischen Versicherungsvertragsrechts im Ganzen anzuwenden, ein Ausschluss einzelner Vorschriften ist nicht zulässig.“

87 Beachte jedoch die in der derzeitigen Unvollständigkeit der PEICL hinsichtlich der Regelung besonderer Versicherungszweige begründete Ausnahmevorschrift des Art. 1:105 Abs. 1 PEICL.

88 Dazu etwa Heiss aaO (Fn. 9) S. 39.

89 So das Modell des Art. 6 CISG; dazu etwa Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht 8. Aufl. 2008 Art. 6 Rn. 5 ff.

90 Vgl. Basedow, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt? ZEuP 2004, 1.

91 Dazu nur Heiss/Downes E.R.P.L. 2005, 693 (699 ff.) und zuletzt eingehend Heiss aaO (Fn. 54).

92 Zur (hier nicht erörterten) Möglichkeit der Wahl nicht-staatlichen Rechts s. etwa Martiny ZEuP 2007, 212 (217).

93 So Basedow aaO (Fn. 5) S. 18.

94 Sofern man die Anwendung des optionalen Instruments auch auf Inlandssachverhalte eröffnen möchte (dazu sogleich im Text), müsste der kollisionsrechtliche Ansatz zusätzlich auch der grundsätzlich nur beschränkten Wirkung der Rechtswahlfreiheit bei Binnenfällen Rechnung tragen – vgl. insbesondere Art 3 Abs. 3 der Rom-I-Verordnung (Fn. 78); dazu zuletzt eingehend Rühl, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht in Baetge/v. Hein/v. Hinden, Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag 2008 S. 187, 203 f.

95 Dazu statt aller Heiss/Downes E.R.P.L. 2005, 693 (707 ff.); Heiss aaO (Fn. 9) S. 38 sowie jüngst ders. aaO (Fn. 54).

96 Eingehend Heiss/Downes aaO (Fn. 91) 693.

97 Vgl. etwa Basedow aaO (Fn. 5) S. 17; ebenso zuletzt Heiss aaO (Fn. 54).

98 So treffend Grundmann, Der Optionale Europäische Kodex auf der Grundlage des Acquis Communautaire – Eckpunkte und Tendenzen in Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann, Festschrift für Erik Jayme Bd. II 2004 S. 1259, 1273.

99 Vgl. etwa Art. 63 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) ABIEG L 294 vom 10. 11. 2001 S. 1 sowie z. B. Art. 24 Abs. 1 S. 2 und Art. 35 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 vom 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) ABIEG L 199 vom 31. 7. 1985 S. 1.

100 Nichts anderes gilt für das in der Literatur gelegentlich herangezogene Beispiel der Gemeinschaftsmarke, für deren Verletzung Art. 14 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke vom 20. 12. 1993 ABIEG L 11 vom 14. 1. 1994 S. 1 ebenfalls auf nationales Recht verweist.

Was (abgesehen von diesen rechtstechnischen Überlegungen) die grundsätzliche Eröffnung der Wahlmöglichkeit betrifft, stellt sich sodann noch die Frage, ob dieselbe auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt werden oder ob das optionale Instrument auch bei rein innerstaatlichen Fällen zur Verfügung stehen soll. Jedenfalls im Bereich des Versicherungsrechts ist die Antwort darauf eindeutig: Eine Restriktion macht keinen Sinn¹⁰¹. Schon eine ganz oberflächliche ökonomische Betrachtung zeigt, dass der (auch) grenzüberschreitend tätige Versicherer in diesem Fall gezwungen wäre, künftig weiterhin zumindest zwei Produkte anzubieten: eines, das am nationalen Recht ausgerichtet ist, und eines, das die davon abweichenden Anforderungen des optionalen Instruments erfüllt. Die damit verbundenen Kosten sind nicht nur völlig vermeidbar, sondern auch dem anzustrebenden „europäischen Risikopooling“ nur abträglich. Die Stärke der Optionalität liegt gerade darin, denjenigen Versicherer, der keine *vocation européenne*¹⁰² verspürt, nicht zur Umstellung seines Vertragsbestands zu zwingen und es dabei gleichzeitig seinem Mitbewerber, der (ebenso legitim) grenzüberschreitend anbieten möchte, ermöglicht, alle seine Vertragsverhältnisse auf eine rechtliche Grundlage zu stellen.

3. Abhängigkeit eines europäischen Versicherungsvertragsrechts von einem allgemeinen europäischen Vertragsrecht?

Die enge Verzahnung zwischen Vertragsrecht im Allgemeinen und Versicherungsvertragsrecht im Besonderen ist unbestritten¹⁰³. Es ließe sich deshalb argumentieren, dass eine Vereinheitlichung des Besonderen nur auf einer Vereinheitlichung des Allgemeinen basieren und deshalb notwendigerweise immer erst der zweite Schritt sein könne. Bei aller grundsätzlichen Berechtigung dieses Einwands – es ist ihm nicht uneingeschränkt zuzustimmen.

Zwar ist es richtig, dass sich aufgrund der inhaltlichen Beschränkung eines an den PEICL ausgerichteten optionalen Instruments auf zwingende Bestimmungen immer der Bedarf eines Rückgriffs auf dispositives Recht ergibt. Auch trifft es sicherlich zu, dass dieser Rückgriff naheliegender Weise ein „europäischer“ sein muss, denn ein Rückgriff auf nationales Recht würde wiederum zu unerwünschten Unterschiedlichkeiten führen. Allerdings: Für solche Referenzzwecke reicht *soft law* aus. Und solches *soft law* existiert in Form der PECL¹⁰⁴ und wird insofern in den PEICL bereits als Referenzquelle herangezogen¹⁰⁵. Das heißt, selbst wenn man sich in näherer Zukunft auf Gemeinschaftsebene nicht auf einen GRR, dem ja wie gezeigt ebenfalls nur *Soft-law*-Eigenschaft zukommt, einigen können sollte, stünde dies einem optionalen europäischen Versicherungsvertragsrecht nicht grundsätzlich im Wege. Ein gesetzestechnisches „Update“ im Sinne einer Umstellung der derzeitigen Referenz auf die PECL auf die eines späteren GRR ist zwar aus Sicht der Sache nicht notwendig, aber doch jederzeit möglich.

Als (vielleicht etwas überraschendes) Fazit bleibt festzuhalten, dass ein optionales Vereinheitlichungsvorhaben – soweit es den Versicherungsvertrag betrifft – nur auf den ersten Blick von einem vorangehenden Erfolg auf Ebene des allgemeinen Vertragsrechts abhängig ist und deshalb keine Veranlassung dafür besteht, das erwartungsgemäß langwierige Ringen auf der grundsätzlichen Ebene als Legitimation für Passivität auf der spezielleren Ebene heranzuziehen. Die im Vergleich überschaubare inhaltliche Bandbreite in Kombination mit den weit gediehenen wissenschaftlichen Vorarbeiten macht das Versicherungsvertragsrecht vielmehr zu einem idealen Anwärter für eine erste (Teil-)Realisierung der Idee des optionalen Instruments.

V. Schluss

Bemühungen um ein europäisches Versicherungsvertragsrecht bestehen seit Langem. Ihre Geschichte ist wechselvoll, die bisher erzielten Erfolge überschaubar. Mittlerweile hat die langjährige Auseinandersetzung allerdings auf akademischer Ebene durch die dort erreichte Ausarbeitung von *soft law* Ergebnisse hervorgebracht, deren Umsetzung in *hard law* auch auf politischer Ebene realisierbar erscheint. Mit der Aussicht auf ein optionales Instrument steht eine Lösung zur Diskussion, die zu nichts zwingt und dennoch vieles ermöglicht.

Trotz der bloßen Eröffnung einer Wahlmöglichkeit bleibt der tatsächliche Erfolg des Unterfangens derzeit freilich ungewiss. Damit bleibt auch offen, ob es bei einer akademischen Pionierleistung bleibt oder ob der Gemeinschaftsgesetzgeber in näherer Zukunft zumindest im Bereich des Versicherungsvertragsrechts den Sprung vom *soft* zum *hard law* wagt. In einigen wenigen Bereichen wie etwa dem der Krankenversicherung¹⁰⁶ erscheint dies aufgrund deren besonderer Komplexitäten vielleicht weniger wahrscheinlich. Andere wie etwa die Sach- oder Lebensversicherung böten sich demgegenüber ganz besonders für grenzüberschreitende Aktivitäten an.

Sollte sich ein optionales Instrument mit den hier dargestellten Konturen realisieren lassen, so würde zu dem heute bereits europäisierten in Zukunft ein tatsächlich europäisches Versicherungsvertragsrecht hinzutreten. Auf dessen Basis wäre es insbesondere möglich, Auslandsrisiken mit Inlandsrisiken vergleichbar zu machen¹⁰⁷, und damit stünde letztlich auch im Bereich der Massenerisiken der Einführung von Europapolice nichts mehr im Wege. Davon würden wiederum nicht nur die kleinen und mittleren VN, sondern ebenso die kleineren und mittleren Versicherer profitieren, die verstärkt im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit Auslandsgeschäft akquirieren könnten. Auch der immer größer werdenden Gruppe der „Euromobilen“¹⁰⁸, also jener, die sich im Verlauf ihres beruflichen wie privaten Lebens in verschiedenen Ländern der EU niederlassen, käme dies nur zugute. Davon abgesehen könnte das Potenzial, das sich aus der Kombination von einheitlicher Währung und den Möglichkeiten des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen ergibt, weitaus besser ausgeschöpft werden¹⁰⁹. In Anbetracht solch rosiger Aussichten mag der gelegentlich zu beobachtende Widerstand aus der Praxis verwundern¹¹⁰.

101 Ebenfalls ablehnend Basedow ZEuP 2004, 1 (3): „integrationspolitisch verfehlt“. Demgegenüber offener wohl v. Bar, *Academic Efforts and Political Realities* Electronic Journal of Comparative Law Vol. 12.1 (May 2008), 1 (2).

102 Vgl. dazu Gärtner EWS 1994, 114 (120).

103 Vgl. etwa Wandt, *Versicherungsrecht* 4. Aufl. 2009 Rn. 145 ff.; Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt* 1991 S. 77 ff.; Sieg, *Wechselwirkungen zwischen Versicherungsvertragsrecht und bürgerlichem Vertragsrecht* 1985.

104 Vgl. zuvor II 3.

105 Vgl. Art. 1:105 Abs. 2 PEICL.

106 Vgl. das einleuchtende Beispiel bei Heiss VersR 2005, 448 (449 f.).

107 Vgl. bereits Steindorff ZHR 144 (1980), 447 (456).

108 Vgl. schon Basedow aaO (Fn. 9) S. 21; skeptisch dazu Fricke VersR 2005, 1474 (1484), der insofern von einer bloßen „Randgruppe“ spricht.

109 Vgl. Basedow aaO (Fn. 5) S. 10: „Internet und Euro bilden zusammen die Grundlage für den europäischen Verbraucherversicherungsmarkt von morgen.“

110 Skeptisch etwa Fricke VersR 2005, 1474 (1484), der im Zusammenhang mit dem optionalen Instrument von Kosten und Aufwand für diejenigen Versicherer spricht, die nicht am internationalen Geschäft teilnehmen wollen. Nach dem hier skizzierten Modell sollte sich diese Befürchtung gerade nicht bewahrheiten.