

Stefan Leible

# Wege zu einem Europäischen Privatrecht

Anwendungsprobleme und  
Entwicklungsperspektiven des  
Gemeinschaftsprivatrechts

Habilitationsschrift

Bayreuth 2001



„Reiner Wissenschaft ist nur die Frage zugänglich, was ist, nicht die Frage, was sein soll. So hat auch die Rechtswissenschaft als solche sich nur mit der großen geschichtlichen Wirklichkeit zu beschäftigen, die wir Recht nennen. Doch vermag sie schon in das Wesen und den Entwicklungsgang des Rechtes eine tiefere Einsicht nicht zu gewinnen, ohne daß sie den Zweck erforscht, der als unbewußter oder bewußter Gestaltgeber des Rechtes waltet. Wenn sie dem gemäß fragt, welche Aufgaben im Leben der menschlichen Gesellschaft die Rechtsordnung in der Vergangenheit erfüllt hat oder in der Gegenwart erfüllt und welche Gedanken über diese Aufgaben auf die Rechtsbildung bestimmend eingewirkt haben oder einwirken, so verbleibt sie noch im Bereiche streng wissenschaftlicher Untersuchung. Sie kann indes nicht umhin, darüber hinauszuschreiten. Der Strom der Geschichte eilt vorwärts und bringt Wandlungen des Rechts, welche der Zukunft ihre Bahn weisen. Je weiter das Geistesleben vorge-schritten ist, desto entschiedener greift hierbei bewußt That ein. Ihr geht die Überlegung voran, was Recht sein soll. Und an dieser Überlegung muß sich die Rechtswissenschaft betheiligen. Zwar ist nicht sie allein hier zu berufen: das ganze Volk und jeder Bruchtheil des Volkes, den es angeht, soll erwägen, beschließen, handeln. Auch reicht sie hier mit den Mitteln, über die sie als Wissenschaft verfügt, nicht aus: nicht Wissen wird verlangt, sondern Weisheit, praktische Kunst, prophetischer Blick. Allein sie hat Gaben voraus, die für eine glückliche Lösung des Problems nicht ungenutzt bleiben dürfen. Aus dem Verständnis erwächst Liebe, aus der Einsicht in den Zusammenhang Gefühl für das Ganze, aus der Vertiefung in die Geschichte Sinn für das Künftige. Die Rechtswissenschaft würde sich selbst aufgeben, wenn sie in den großen Entscheidungsstunden des Rechtslebens schwiege. Sie kann und wird nicht darauf verzichten, Ziele zu setzen und den Gesetzgeber zu berathen.“

*Otto Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889*



# Inhaltsübersicht

## Einleitung und Grundlegung

§ 1: Einleitung .....	1
§ 2: Grundlegung .....	4

## Kapitel 1

### Primärrecht und Privatrecht

§ 3: Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts.....	19
§ 4: Die Grundfreiheiten .....	22

## Kapitel 2

### Sekundärrecht, Konventionsprivatrecht und europäisches "ius commune"

§ 5: Sekundärrecht und Privatrecht.....	197
§ 6: Konventionsprivatrecht .....	380
§ 7: Europäisches "ius commune" .....	390
§ 8: Zwischensumme: Privatrecht in Europa als ein polyzentrisches Mehrebenensystem.....	427

## Kapitel 3

### Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts

§ 9: Notwendigkeit und Grenzen einer Europäisierung des Privatrechts .....	430
§ 10: Kompetenzen .....	492

§ 11: Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung .....556

§ 12: Synthese - Die Zukunft des Gemeinschaftsprivatrechts .....563

#### Fazit und Thesen

§ 13: Fazit.....640

§ 14: Thesen.....642

Literaturverzeichnis .....647

# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung und Grundlegung

§ 1: Einleitung .....	1
§ 2: Grundlegung.....	4
A. Europäischer Rechtsraum und Vielfalt des (Privat-)Rechts .....	4
B. Begriffsbestimmungen.....	5
I. Rechtsvereinheitlichung .....	5
1. Inhalt .....	5
2. Formen der Rechtsvereinheitlichung.....	6
a) Gezielte Rechtsvereinheitlichung .....	7
aa) Vollständige Rechtsvereinheitlichung (Einheitsrecht).....	7
bb) Rechtsangleichung .....	7
cc) Modellgesetze (model laws).....	8
dd) Private Rechtsvereinheitlichung .....	9
b) Spontane Rechtsvereinheitlichung .....	11
II. Europäisches Privatrecht .....	12
1. Gemeinschaftsprivatrecht .....	12
2. Konventionsprivatrecht .....	12
3. Europäisches „ius commune“ .....	13
III. Europäisches Kollisionsrecht .....	15
1. Bedeutung.....	15
2. Begriffsbestimmungen und Eingrenzung .....	17
a) Gemeinschaftliches Rangkollisionsrecht.....	17
b) Gemeinschaftskollisionsrecht.....	18
c) Staatsvertragliches Kollisionsrecht.....	18

## Kapitel 1 Primärrecht und Privatrecht

<i>§ 3: Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts</i> .....	19
A. Art. 81 EGV.....	19
B. Art. 141 EGV.....	20
<i>§ 4: Die Grundfreiheiten</i> .....	22
A. Die Bedeutung der Grundfreiheiten .....	22
I. „Gemeinsamer Markt“ als Ausgangspunkt .....	22
II. Grundfreiheiten und Gemeinsamer Markt .....	24
B. Die inhaltliche Ausgestaltung der Grundfreiheiten.....	25
I. Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten .....	25
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	25
2. Persönlicher Anwendungsbereich.....	26
3. Räumlicher Anwendungsbereich .....	27
II. Der Regelungsgehalt der Grundfreiheiten.....	28
1. Diskriminierungsverbot .....	28
a) Grundsatz.....	28
b) Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV .....	29
2. Beschränkungsverbot.....	30
a) Warenverkehrsfreiheit .....	31
b) Dienstleistungsfreiheit .....	34
c) Niederlassungsfreiheit .....	35
d) Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	38
e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit .....	40
3. Rechtfertigung.....	41
a) Im Vertrag formulierte Rechtfertigungsgründe .....	42
b) Immanente Schranken.....	43
c) Schranken-Schranken .....	45
d) Aufgabe der Differenzierung zwischen diskriminierenden und diskriminierungsfreien Maßnahmen?.....	49
4. Konvergenz der Grundfreiheiten .....	52
III. Grundfreiheiten, Grundrechte und Inländerdiskriminierung.....	53
C. Die Wirkung der Grundfreiheiten .....	56
I. Adressaten der Grundfreiheiten .....	56
1. Bindung der Gemeinschaft.....	56

2.	Bindung der Mitgliedstaaten.....	59
a)	Verpflichtung der Mitgliedstaaten .....	59
b)	Berechtigte .....	60
3.	Bindung Privater (Drittwirkung).....	61
a)	Unmittelbare Drittwirkung .....	61
b)	Mittelbare Drittwirkung .....	71
aa)	Grundfreiheitenbeschränkende privatrechtliche Normen .....	71
bb)	Grundfreiheitenbeschränkendes privates Handeln.....	73
II.	Grundfreiheiten und Rechtsangleichung .....	77
D.	Grundfreiheiten und Zivilrecht.....	80
I.	Vorüberlegung 1: Dispositives oder zwingendes Recht? .....	84
II.	Vorüberlegung 2: Kontrollfreies Sachrecht bei grundfreiheiten- widriger Kollisionsnorm?.....	87
III.	Diskriminierende Privatrechtsnormen.....	89
IV.	Diskriminierungsfreies Privatrecht.....	96
1.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.....	96
a)	Rechtsprechung des EuGH .....	96
b)	Lehren .....	101
2.	Recht des unlauteren Wettbewerbs .....	103
a)	Rechtsprechung des EuGH .....	103
aa)	Beschränkung .....	104
bb)	Rechtfertigung .....	110
aaa)	Der Irreführungsbegriff .....	111
bbb)	Abstrakte Gefährdungstatbestände.....	119
ccc)	Sittenwidrigkeit .....	122
b)	Lehren .....	123
3.	Kernprivatrecht (Schuldvertrags-, Haftungs- und Sachenrecht) .....	124
a)	Rechtsprechung des EuGH .....	124
b)	Fortentwicklung .....	135
aa)	Schuldvertragsrecht .....	136
bb)	Haftungsrecht .....	152
cc)	Sachenrecht .....	156
V.	Zusammenfassung.....	167
E.	Grundfreiheiten und Internationales Privatrecht .....	168
I.	Die Bedeutung der Rechtswahlfreiheit.....	169
II.	Keine Freiheitsbeschränkung durch Kollisionsnormen? .....	173
III.	Diskriminierungen.....	174
IV.	Beschränkungen .....	182
1.	Abhängigkeit vom Sachrecht .....	182
2.	Betroffene Sachgebiete.....	184
3.	Rechtfertigung .....	184
a)	Internationales Verbrauchervertragsrecht.....	184

b) Internationales Versicherungsvertragsrecht .....	186
c) Internationales Wettbewerbsrecht .....	188
d) Internationales Sachenrecht .....	189
V. Herkunftslandprinzip und IPR .....	191
VI. Zusammenfassung.....	196

## Kapitel 2

### Sekundärrecht, Konventionsprivatrecht und europäisches „ius commune“

§ 5: <i>Sekundärrecht und Privatrecht</i> .....	197
A. Sekundärrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaft .....	197
I. Richtlinien.....	198
II. Verordnungen.....	198
III. Entscheidungen .....	198
IV. Empfehlungen und Stellungnahmen .....	198
V. Unbenannte Rechtsakte .....	199
B. Maßnahmen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Zivilrechts.....	199
I. Schuldvertragsrecht.....	199
1. Einseitig qualifizierte Unternehmensverträge .....	199
2. Einfach einseitige Unternehmensverträge.....	203
3. Zweiseitige Unternehmensverträge .....	205
II. Haftungsrecht.....	206
III. Sachenrecht .....	208
IV. Handelsrecht .....	210
V. Gesellschaftsrecht .....	211
1. Rechtsangleichung.....	211
2. Supranationale Gesellschaftsformen.....	214
VI. Arbeitsrecht.....	217
VII. Lauterkeitsrecht .....	220
VIII. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht .....	222
1. Gemeinschaftliche Schutzrechte.....	223
2. Rechtsangleichung.....	224
IX. Kartellrecht .....	226
X. Zivilverfahrensrecht .....	227
C. Sekundäres Gemeinschaftsrecht und IPR .....	229
D. Zwischensumme .....	231
I. Ursachen der punktuellen Vorgehensweise .....	231
II. Mögliche Folgen einer punktuellen Vorgehensweise .....	234
1. Punktuelle Harmonisierung und nationale Kodifikation.....	235

2. Punktuelle Rechtsangleichung und Systembildung.....	237
E. Anwendungsprobleme des sekundären Gemeinschaftsprivatrechts.....	241
I. Erkennbarkeit.....	242
II. Auslegung.....	246
1. Wortlaut.....	246
2. Historie.....	249
3. Systematik.....	254
4. Zweck.....	258
5. Rechtsvergleichung.....	260
III. Wirkungen.....	263
1. Verordnungen.....	263
2. Richtlinien.....	265
a) Grundsatz.....	265
b) Unmittelbare Wirkung.....	271
c) Richtlinienkonforme Auslegung.....	279
aa) Lozierung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.....	280
bb) Abgrenzung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung.....	283
cc) Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.....	285
aaa) Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf bei bereits vollzogener Umsetzung.....	285
bbb) Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf bei noch nicht erfolgter Umsetzung.....	285
ccc) Berechtigung zur richtlinienkonformen Auslegung vor Fristablauf bei noch nicht erfolgter Umsetzung.....	287
dd) Funktionsweise und Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.....	289
ee) Auslegung von in Richtlinien enthaltenen General- klauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen.....	297
aaa) Generalklauseln.....	297
bbb) Unbestimmte Rechtsbegriffe.....	305
d) Exkurs: Auslegung überobligatorisch „angeglichenen Rechts“ ...	308
aa) Problemstellung.....	308
bb) Vorlageberechtigung.....	310
cc) Vorlagepflicht.....	314
e) Staatshaftung.....	316
aa) Dogmatische Herleitung und Inkorporation in das nationale Recht.....	317
bb) Verstöße gegen EG-Primärrecht.....	321
cc) Unterbliebene und fehlerhafte Umsetzung von EG-Richtlinien .....	323

aaa) Verleihung eines inhaltlich hinreichend bestimmten Rechts an Einzelne .....	324
bbb) Hinreichend qualifizierter Verstoß .....	326
ccc) Schadenbegründenden Kausalität. ....	328
f) Die Mindestharmonisierung .....	330
aa) Grundlagen .....	331
bb) Mindestharmonisierung und Grundfreiheiten .....	333
cc) Außergemeinschaftsrechtliche Grenzen strengeren nationalen Rechts .....	336
dd) Abgrenzung von anderen Harmonisierungsarten .....	338
3. Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen .....	339
IV. Die justizielle Durchsetzung des Gemeinschaftsprivatrechts.....	340
1. Vertragsverletzungsverfahren.....	342
2. Vorabentscheidungsverfahren .....	344
a) Gemeinsames Recht und oberste Auslegungsinstanz .....	344
b) Verfahrensvoraussetzungen .....	347
c) Die Notwendigkeit eines Kooperationsverhältnisses.....	349
aa) Vorlagepflicht .....	349
bb) Abweichende Ausgestaltung in Art. 68 EGV.....	351
cc) Keine effektive gemeinschaftsrechtliche Sanktionierung der Vorlagepflicht .....	354
dd) Sanktionierung einer Verletzung der Vorlagepflicht nach nationalem Recht.....	360
d) Einbindung des Vorabentscheidungsverfahrens in den (deutschen) Zivilprozess .....	365
e) Wirkungen von Vorabentscheidungen des EuGH .....	366
V. Der EuGH als Zivilrichter .....	367
1. Systembildung und Rechtsvergleichung .....	368
2. Akzeptanz .....	370
a) Der Urteilsstil.....	370
b) Fachkompetenz der Richter.....	375
VI. Zusammenfassung.....	376
 § 6: Konventionsprivatrecht .....	 380
A. Entwicklung und Bestand .....	380
B. Konventionsprivatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht.....	386

§ 7: <i>Europäisches „ius commune“</i> .....	390
A. Bestand .....	390
I. Freilegung „gemeineuropäischen Privatrechts“ .....	390
II. Allgemeine Rechtsprinzipien .....	393
III. Ausformulierung allgemeiner Rechtsprinzipien - das Beispiel der „Principles of European Contract Law“ und der „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“ .....	394
1. Die „Principles of European Contract Law“ .....	394
2. Die „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“ .....	400
B. Berücksichtigung .....	402
I. Rechtsquellencharakter .....	402
II. Wirkungsmöglichkeiten der „Principles“ .....	404
1. Die „Principles“ als Basis gegenwärtiger und künftiger Akti- vitäten der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Vertragsrechts .....	404
a) Bereitstellung einer Infrastruktur für den Gemeinschafts- gesetzgeber .....	404
b) Modell für ein zukünftiges „Europäisches Vertragsrecht“ .....	405
c) Hilfe zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts .....	406
2. Die „Principles“ als von den Vertragsparteien wählbares Recht .....	408
a) Rechtslage vor staatlichen Gerichten .....	409
b) Rechtslage vor Schiedsgerichten .....	416
aa) Bindung der Schiedsgerichte .....	416
bb) Staatliche Kontrolle von Schiedssprüchen im Rahmen ihrer Vollstreckung .....	419
3. Die „Principles“ als moderne Formulierung der „Lex Mercatoria“ ...	419
4. Die „Principles“ als Modell für eine richterliche oder gesetz- geberische Rechtsfortbildung .....	422
a) Rechtsanwendung .....	422
aa) Einheitsrecht .....	422
bb) Nationales Recht .....	424
b) Gesetzgeberische Neuregelung .....	425
§ 8: <i>Zwischensumme - Privatrecht in Europa als ein polyzentrisches Mehrebenensystem</i> .....	427

## Kapitel 3 Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts

§ 9: <i>Notwendigkeit und Grenzen einer Europäisierung des Privatrechts</i> .....	430
A. Notwendigkeit .....	430
I. Abbau von Hemmnissen für die Realisierung des Binnenmarkts .....	430
1. Privatrecht und Grundfreiheiten .....	430
2. Wettbewerbsverfälschung durch unterschiedliche nationale Regelungen des Privatrechts .....	431
3. Ein Markt, ein Recht? .....	432
II. Senkung von Transaktionskosten.....	435
B. Grenzen .....	440
I. Demokratiedefizit.....	440
1. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments .....	442
2. Wahl und Zusammensetzung des Europäischen Parlaments .....	445
3. Öffentlichkeit des gemeinschaftlichen Rechtsetzungsprozesses .....	448
II. Nationale Rechtskultur.....	451
1. Der Begriff der Rechtskultur.....	452
2. Rechtskulturell bedingte Normunterschiede .....	455
3. Die Verschiedenheit der Rechtskulturen - für alle Zeiten unabänderlich? .....	459
4. Europäische Rechtskultur.....	466
III. Recht und Sprache .....	470
IV. Systemwettbewerb .....	479
1. Das Modell des Systemwettbewerbs.....	480
2. Voraussetzungen und Grenzen des Systemwettbewerbs .....	484
a) Exogenen Grenzen.....	484
b) Endogene Grenzen.....	485
aa) Faktormobilität.....	485
bb) Das Informationsparadigma .....	485
cc) Beharrungsvermögen (Tradition) .....	486
c) „Race to the Bottom“? .....	487
3. Systemwettbewerb und Privatrecht.....	488
4. Fazit.....	489
C. Zusammenfassung.....	491

§ 10: Kompetenzen.....	492
A. Grundprinzipien der Rechtsetzung durch die EG .....	492
I. Kompetenzverteilung zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten .....	492
1. Ausschließliche Gemeinschaftskompetenzen .....	493
2. Konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen.....	494
3. Parallele Kompetenzen.....	494
4. Rahmenkompetenz .....	495
II. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung .....	496
1. Grundsatz .....	496
2. Auflockerungen .....	498
a) Teleologisch-funktionale Auslegung, effet utile und implied powers.....	498
b) Art. 308 EGV.....	501
aa) Bedeutung .....	501
bb) Anwendungsvoraussetzungen.....	503
c) Unverbindliche Gemeinschaftsakte.....	507
III. Das Subsidiaritätsprinzip.....	508
1. Inhalt .....	508
2. Justiziabilität.....	512
3. Noch einmal: Ausschließliche und konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen .....	515
a) Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts und ausschließliche Zuständigkeit.....	515
b) Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip.....	517
IV. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	519
B. Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Zivilrechts .....	520
I. Funktionaler Ansatz .....	521
II. Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt (Art. 94, 95 EGV) .....	521
1. Art. 95 EGV.....	522
a) Anwendungsbereich.....	522
b) Einzelheiten.....	523
aa) Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV .....	523
bb) Errichtung und Funktionieren des Binnenmarktes.....	526
cc) Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten .....	526
c) Art. 95 EGV und Zivilrecht.....	527
aa) Schuldvertragsrecht .....	527
bb) Deliktsrecht .....	530
cc) Sachenrecht .....	531
dd) Familien- und Erbrecht .....	533
d) Mögliche Maßnahmen.....	534

e) Art. 95 EGV und ein EuZGB .....	535
2. Art. 94 EGV .....	537
III. Kompetenznormen für besondere Rechtsgebiete .....	538
IV. ustitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 65 EGV).....	539
1. Grundsätzliches .....	539
a) Normgenese und -zweck .....	539
b) Besonderheiten des Rechtsetzungsverfahrens .....	540
2. Die einzelnen Kompetenzbereiche und -ausübungs- voraussetzungen .....	541
a) Kompetenzbereiche .....	541
b) Kompetenzausübungsvoraussetzungen .....	543
aa) Binnenmarktbezug.....	543
bb) Regelung von Drittstaatensachverhalten.....	545
3. Verhältnis zu anderen Befugnisnormen .....	547
a) Abgrenzung zu Art. 94, 95 EGV .....	547
aa) Art. 65 EGV als Kompetenznorm mit bloßer Ergänzungsfunktion.....	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
bb) Art. 65 EGV als „lex specialis“ für bestimmte binnenmarktrelevante Normen .....	548
aaa) ..... Gesetzgeberischer Wille und Praxis der Gemeinschaftsorgane .....	549
bbb) Rückübertragung von Kompetenzen.....	550
b) Abgrenzung zu Art. 293 EGV .....	551
4. Form des Rechtsakts .....	551
5. Außenkompetenzen .....	552
V. Art. 308 EGV .....	554
C. Zusammenfassung.....	554
§ 11: Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung.....	556
A. Restatements.....	558
B. Modellgesetze .....	559
C. Allgemeine Rechtsprinzipien.....	561
D. Private Rechtsvereinheitlichung .....	561
F. Fazit .....	562

§ 12: <i>Synthese - Die Zukunft des Gemeinschaftsprivatrechts</i> .....	563
A. Qualitative Verbesserung des Gemeinschaftsprivatrechts .....	563
I. Umfang, Komplexität und Qualität .....	564
1. Umfang, Konsolidierung und Kodifizierung .....	564
a) Ein europäisches Verbrauchervertragsgesetzbuch? .....	566
b) Mögliche Inhalte .....	571
c) Europäisches Verbrauchervertragsgesetzbuch und Europäisches Zivilgesetzbuch .....	573
2. Komplexität und Qualität .....	574
II. Die Vorbereitung privatrechtsrelevanter Rechtstexte .....	576
1. Folgenabschätzung .....	576
2. Ein „Europäischer wissenschaftlicher Ausschuss für Zivilrecht“ .....	576
a) Gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen .....	577
b) Aufgaben .....	578
3. Empfehlung der „European Principles of Contract Law“ .....	579
III. Die Dauer des Rechtsetzungsverfahrens .....	580
1. Die Dauer des Rechtsetzungsverfahrens als Problem .....	580
2. Verbesserung durch Normung im Privatrecht? .....	581
3. Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen und andere Verfahrenstechniken .....	586
IV. Umsetzung und Anwendungskontrolle .....	587
1. Umsetzung .....	587
a) Die Wahl des Rechtsetzungsinstruments .....	588
b) Umsetzungsfristen .....	592
2. Anwendungskontrolle .....	592
V. Die europäische Gerichtsbarkeit .....	594
1. Spezialisierung .....	594
a) EuGH .....	595
aa) Mehrere Senat .....	595
bb) Institutionalisierung des Kammersystems .....	596
b) EuG .....	597
c) Die „gerichtlichen Kammern“ .....	597
2. Die Begründung von Vorabentscheidungsersuchen .....	598
3. Kurzer Ausblick .....	599
VI. Zusammenfassung .....	601
B. Verbesserung der Funktionsvoraussetzungen spontaner Rechtsangleichung .....	601
I. Rechtsstudium .....	602
1. Transnationale Studiengänge, Aufbaustudien, Auslandssemester usw. ....	603
2. Rechtsunterricht .....	605

3. Noch einmal: Recht und Sprache.....	608
II. Rechtswissenschaft .....	609
III. Rechtsanwendung .....	610
C. Und dann - ein EuZGB? .....	611
I. Vom Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts.....	611
1. Inhalte .....	612
2. Anwendungsbereich.....	613
3. Kompetenzen.....	614
II. Institutionelle Voraussetzungen .....	615
1. Ein Europäisches Rechtsinstitut .....	616
2. Das American Law Institute - ein Vorbild? .....	617
a) Geschichte.....	617
b) Die Arbeit des American Law Institute .....	618
aa) Restatements .....	619
bb) Model laws und andere Projekte .....	621
c) Organisation und Verfahren.....	623
aa) Organisation.....	624
bb) Verfahren.....	626
d) Das American Law Institute - eine Erfolgsgeschichte? .....	627
3. Übertragbarkeit der amerikanischen Erfahrungen .....	629
a) Ein „European Law Institute“ .....	629
aa) Derzeitige Situation.....	629
aaa)Das „Common Core“-Projekt .....	629
bbb) Die „Tilburg“-Gruppe (European Group on Tort Law).....	631
ccc) Die „Accademia dei Giusprivatisti Europei“ .....	633
ddd) Die Lando-Kommission.....	633
eee) Die „Working Group on European Trust Law“ .....	634
fff) Die „Study Group on a European Civil Code“.....	634
bb) Bündelung des Sachverstands in einem European Law Institute .....	636
b) Organisation.....	637
c) Aufgaben.....	638

Fazit und Thesen

<i>§ 13: Fazit</i> .....	640
<i>§ 14: Thesen</i> .....	642
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	647



# Einleitung und Grundlegung

## § 1: Einleitung

Privatrecht schien lange Zeit ein vom Gemeinschaftsrecht unberührtes Rechtsgebiet zu sein. Mochte man sich in Brüssel um die Höhe von Traktorensitzen, die Feuerfestigkeit von Kinderspielzeug oder die richtige Bezeichnung von Fruchtsäften kümmern - mit Privatrecht hatte dies alles nichts zu tun. Die nationalen Zivilrechtskodifikationen und ebenso das Zivilrecht des common law wirkten wie friedliche Inseln in einem tosenden europäischen Meer. Dass dies eine Illusion war, hätte aber bereits ein Blick auf einige zivilrechtliche Spezialdisziplinen deutlich gemacht. Das Gesellschafts-, Arbeits-, Kartell- und Lauterkeitsrecht sahen sich ebenso wie der gesamte Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes schon frühzeitig gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen ausgesetzt. 1985 wurde die Gemeinschaft mit Erlass der Haustürgeschäfte- und der Produkthaftungsrichtlinie<sup>1</sup> schließlich auch in Gebieten tätig, die dem *allgemeinen* Privatrecht zuzurechnen sind. Ihnen folgten innerhalb der nächsten fünfzehn Jahre zahlreiche weitere Rechtsakte, die sich in immer stärkerem Maße bislang rein national geprägter Felder der mitgliedstaatlichen Privatrechte bemächtigten. Die Folgen dieser oft unkoordiniert erscheinenden Vorgehensweise der Gemeinschaft beschäftigen die nationalen Gesetzgeber und die Zivilrechtswissenschaft bis heute, wie nicht zuletzt die Diskussion um die anstehende Schuldrechtsmodernisierung deutlich macht. Beklagt wird der „Pointillismus“ der gemeinschaftlichen Regelungen, ihr systemzerstörender Einfluss auf die bislang in sich kohärenten nationalen Zivilrechtsordnungen usw.

Das Europäische Parlament ist nicht gewillt, es bei derlei „Stückwerk“ zu belassen, sondern fordert in Resolutionen aus den Jahren 1989 und 1994

---

<sup>1</sup> Ausführlich dazu und mit Fundstellennachweisen § 5, B I und II.

eine Kodifikation in Form eines Europäischen Zivilgesetzbuchs<sup>2</sup>. Mochte man dies anfangs noch als etwas weltfremde Utopien einer (damals) politisch wenig einflussreichen Institution betrachten, so sollte sich diese Einschätzung spätestens seit dem Europäischen Rat von Tampere im Jahre 1999 geändert haben. In seiner Abschlusserklärung wird erstmals von der Notwendigkeit einer Studie über die Frage gesprochen, „ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden müssen“, und der Rat aufgefordert, bis 2001 Bericht zu erstatten<sup>3</sup>. Führt man sich vor Augen, dass alle wesentlichen Integrationsfortschritte der europäischen Einigung auf Gipfelkonferenzen des Europäischen Rates angestoßen und fast alle dort in Angriff genommenen großen Projekte auch verwirklicht wurden<sup>4</sup>, so steht die Frage nach der Zukunft des Privatrechts in Europa wohl endgültig auf der politischen Tagesordnung. Und die Entwicklung scheint zunehmend an Dynamik zu gewinnen. Bereits im Sommer 1999 wurde eine vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene „Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches“ vorgelegt<sup>5</sup>. Im November 2000 fand vor dem Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments in Brüssel eine erste Expertenanhörung zur Angleichung des Zivil- und Handelsrechts statt. Und die Kommission hat angekündigt, noch in diesem Jahr eine Mitteilung mit dem Ziel zu veröffentlichen, eine gründliche und umfangreiche Diskussion über die Notwendigkeit und Grenzen einer weiteren Vergemeinschaftung des Zivilrechts anzustoßen.

Vor diesem Hintergrund ist es das Anliegen der vorliegenden Schrift, zunächst Anwendungsprobleme des Gemeinschaftsprivatrechts herauszuarbeiten, um auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse sodann mögliche Entwicklungsperspektiven aufzuzeigen. Nach einer Grundlegung (§ 2) wird zunächst der Einfluss des gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts auf die mitgliedstaatlichen Zivilrechte in den Blick genommen, wobei das Interesse neben Rechtssätzen unmittelbar privatrechtlichen Inhalts (§ 3) vor allem den Grundfreiheiten gilt (§ 4). Wesentlich weitreichender als die Einflüsse des Primärrechts sind jedoch die vom gemeinschaftlichen Sekundärrecht ausgehenden Einwirkungen auf die mitgliedstaatlichen Privat-

---

<sup>2</sup> ABl. EG 1989 C 158, 400, und ABl. EG 1994 C 205, 518.

<sup>3</sup> Punkt 39 der Schlussfolgerungen, SI (1999) 800.

<sup>4</sup> *Staudenmayer*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 419, 429.

<sup>5</sup> JURI 103 DE 10-1999(PE 168.511).

rechtssysteme. Sie manifestieren sich sowohl in inhaltlichen Änderungen ihrer materiellen Normen als auch in einer für das Privatrecht neuartigen Methodik der Rechtsanwendung (§ 5). Mit in die Untersuchung einzubeziehen sind das Konventionsprivatrecht (§ 6) und das europäische „ius commune“ (§ 7), die zwar zu keinen originär supranationalen Rechtssätzen, wohl aber zu beachtlichen Gemeinsamkeiten der nationalen Zivilrechte führen können. Die Zusammenfassung wird zeigen, dass sich Privatrecht in Europa heute als ein polyzentrisches Mehrebenensystem, d.h. ein vielschichtiges und kompliziertes Beziehungsgeflecht darstellt, das den Rechtsanwender vor erhebliche Probleme stellt (§ 8).

Das leitet über zu der Frage, warum es überhaupt einer Europäisierung des Privatrechts bedarf und welche Nachteile mit ihr verbunden sind (§ 9). Vorwegnehmen lässt sich bereits an dieser Stelle, dass ein Binnenmarkt, soll er optimal funktionieren, ohne gemeinsames (Privat-)Recht nicht auskommt. Entscheidend sind jedoch neben dem Grad der Rechtseinheit die zu ihr führenden Methoden. Gegenübergestellt werden daher der klassische Weg zur Schaffung gemeinsamen Rechts durch Legislativakte der Gemeinschaftsorgane (§ 10) und hierzu bestehende Alternativen (§ 11). In einer Synthese soll dann versucht werden, ein Kombinationsmodell zu entwickeln (§ 12). Das Augenmerk wird dabei sowohl auf Möglichkeiten zur Verbesserung der Qualität des Gemeinschaftsprivatrechts als auch der Funktionsvoraussetzungen spontaner Rechtsangleichung gelegt werden. Die Arbeit schließt mit einem Plädoyer für ein Europäisches Zivilgesetzbuch, dessen Anwendungsbereich auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt werden und einer Rechts(ab-)wahl zugänglich sein sollte.

## § 2: Grundlegung

### A. Europäischer Rechtsraum und Vielfalt des (Privat-)Rechts

Die europäische Privatrechtslandschaft<sup>1</sup> bietet dem außenstehenden Betrachter ein verwirrendes Bild. Er sieht sich zunächst mit fünfzehn verschiedenen Privatrechtsordnungen konfrontiert, da aufgrund der bis heute fortwirkenden Folgen der Kodifikationsbewegung des 19. Jahrhunderts Privatrecht in Europa zuvorderst immer noch nationales Recht ist, das zum Teil sogar durch regionales Recht ergänzt oder verdrängt wird. An Systematisierungsversuchen hat es nicht gemangelt. So lässt sich etwa nach dem „Stil des Rechts“ zwischen verschiedenen Rechtskreisen unterscheiden<sup>2</sup>. Aber schon diese Unterscheidung bereitet Schwierigkeiten<sup>3</sup>. Zudem kommt einer Systematisierung anhand von Rechtskreisen lediglich Ordnungsfunktion zu. Rückschlüsse auf den Inhalt des Rechts lassen sich ihr nicht entnehmen. Die Verschiedenheit der Privatrechte bleibt unberührt. Die gemeinsame Zugehörigkeit zu einem Rechtskreis deutet lediglich auf gewisse Übereinstimmungen hin. Sie ändert jedoch nichts an der prinzipiellen Selbständigkeit aller europäischen (Privat-)Rechtsordnungen.

Weiter kompliziert hat sich die Lage seit dem In-Kraft-Treten der Römischen Verträge. Ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen ist enorm, obwohl in Ihnen privatrechtliche Fragestellungen nur an wenigen Stellen angesprochen werden. Sie wirken auf die nationalen Privatrechtsordnungen auf verschiedenen Ebenen ein. Zum einen muss sich nationales Privatrecht dem Test der Grundfreiheiten stellen. Ist es inkompatibel, darf es nicht angewendet und muss unter Umständen korrigiert, angepasst oder ergänzt werden. Wesentlich weiter reichen jedoch die Auswirkungen des Sekundärrechts. Gemeinschaftsrecht differenziert grundsätzlich

---

<sup>1</sup> Hier verstanden als die in den (derzeit) 15 Mitgliedstaaten der EG geltenden Privatrechte.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 62 ff.; *Neumayer*, in: David/Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 46 ff.; *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 77 ff.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. zur Frage der Zuordnung des italienischen und portugiesischen Zivilrechts einerseits *Remien*, JJZ 1991, 11, 13 (bilden zusammen mit dem niederländischen Recht eine Zwischengruppe), und andererseits *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 102 ff. (zählen noch zum romanischen Rechtskreis).

nicht zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht, sondern ist rein funktionsbezogen. Es dient der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie der Durchführung gemeinsamer Politiken und Maßnahmen (Art. 2 EGV). Soweit es der Erreichung dieser Ziele förderlich ist und entsprechende Kompetenzgrundlagen vorhanden sind, kann auch das nationale Zivilrecht angeglichen (Richtlinien) oder sogar vollständig verdrängt (Verordnungen) werden. Im Laufe der Zeit ist so auf Gemeinschaftsebene eine ganze Fülle privatrechtsrelevanter Normen entstanden, denen aber noch der ordnende Gesamtzusammenhang fehlt. Das bisherige Gemeinschaftsprivatrecht besteht nur „aus einzelnen Inseln, die innerhalb jeder nationalen Rechtsordnung zwar inhaltlich im wesentlichen gleich gestaltet sind und insofern vom EuGH überwacht werden, die aber kein innerer Zusammenhang miteinander verbindet“<sup>4</sup>.

Die Fülle der mittlerweile von der EG erlassenen privatrechtsrelevanten Normen macht zunächst eine Bestandsaufnahme notwendig. Wo wirkt EG-Recht auf die nationalen Privatrechtsordnungen ein? Inwieweit ist es bereits zu einer Rechtsvereinheitlichung, vielleicht sogar schon zu einem europäischen Privatrecht gekommen? Nicht außer acht gelassen werden dürfen bei dieser Betrachtung international, d. h. nicht nur gemeinschaftsweit geltende Rechtssätze, sofern sie auch auf europäischer Ebene zu einer Rechtsvereinheitlichung beigetragen haben.

## *B. Begriffsbestimmungen*

Um die aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, bedarf es zunächst einiger Grundlegungen und Begriffsbestimmungen. Was ist überhaupt unter Rechtsvereinheitlichung zu verstehen? Welche Formen gibt es? Was verbirgt sich hinter dem Begriff des europäischen Privatrechts? Welche Bedeutung hat das Kollisionsrecht für den Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung?

### *I. Rechtsvereinheitlichung*

#### 1. Inhalt

Der Begriff der Rechtsvereinheitlichung begegnet mit vielfach wechselnden und sich nicht selten widersprechenden Inhalten. Der Wortbe-

---

<sup>4</sup> Rittner, JZ 1995, 849, 851; ähnlich ders., DB 1996, 25, 26.

standteil „einheitlich“ deutet zunächst auf die Schaffung etwas inhaltlich Übereinstimmenden hin. Rechtsvereinheitlichung wird daher häufig auch als ein „Verfahren mit dem Ziel, Rechtsnormen identischen Inhalts in zwei oder mehr Rechtsordnungen einzuführen“<sup>5</sup> oder die „Herstellung gleichen Rechts an Stelle verschiedenen Rechts“ definiert<sup>6</sup>. Für die Zwecke dieser Untersuchung soll Rechtsvereinheitlichung jedoch in einem weiteren Sinne, als ein sämtliche Formen der inhaltlichen Annäherung einzelstaatlicher Rechtsnormen umfassender Oberbegriff verstanden werden. Um Rechtsvereinheitlichung handelt es sich folglich nicht nur bei der Schaffung international identischer Rechtssätze. „Internationales Einheitsrecht“ ist sicherlich der Paradefall der Rechtsvereinheitlichung und zugleich ihr krönender Abschluss. Zur Rechtsvereinheitlichung wird im folgenden aber auch die Rechtsangleichung gezählt werden<sup>7</sup>. Sie schafft zwar kein strenges Einheitsrecht, führt aber immerhin zu einer mehr oder minder weitgehenden Nivellierung der Unterschiede zwischen einzelstaatlichen Rechtsnormen.

## 2. Formen der Rechtsvereinheitlichung

Rechtsvereinheitlichung ist ein primär prozessbezogener Begriff. Erfasst wird der „Vorgang des Einheitlichmachens und des Einheitlichwerdens“<sup>8</sup>. Dies geschieht in der Regel zur Beseitigung bestehender Rechtsunterschiede. Rechtsvereinheitlichung ist aber auch möglich, wenn unterschiedliche Rechtssätze noch gar nicht existieren. Sie dient dann dem Ziel, von vornherein gemeinsames Recht zu schaffen. Der Prozess der Rechtsvereinheitlichung kann intentional oder spontan verlaufen. Sein Ergebnis ist auf jeden Fall die Einheitlichkeit des Rechts, deren Intensität zwischen strengem Einheitsrecht und einer bloßen Rechtsannäherung variieren kann.

---

<sup>5</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II, 423.

<sup>6</sup> So z.B. *Kegel*, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, 9, 10 f.; *von Caemmerer*, FS Hallstein, 69 ff.; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II, 424; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 17 f.; *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 45 (1981), 73, 80.

<sup>7</sup> Wie hier z.B. *Kramer*, *JBl.* 1988, 477, 478; *Philipps*, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung, 70 und 83; *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 4.

<sup>8</sup> *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 17.

### a) Gezielte Rechtsvereinheitlichung

#### aa) Vollständige Rechtsvereinheitlichung (Einheitsrecht)

Die intensivste Form der Rechtsvereinheitlichung ist die Schaffung von Einheitsrecht. Einheitsrecht führt zur Geltung von Rechtssätze identischen Inhalts in zwei oder mehr Rechtsordnungen und damit zu vollständiger Rechtseinheit: In Staat A gilt das gleiche Recht wie in Staat B. Instrumente zur Schaffung von Einheitsrecht sind auf internationaler Ebene vor allem zwischenstaatliche (bi- oder multilaterale) Übereinkommen, auf Gemeinschaftsebene natürlich die Gründungsverträge, in erster Linie jedoch die in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltenden Verordnungen.

Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass das Erreichen vollständiger Rechtseinheit durch die Schaffung von Einheitsrecht häufig nicht mehr als eine Illusion ist. Zum einen enthalten zahlreiche internationale Übereinkommen zur Privatrechtsvereinheitlichung aus politischen Gründen Vorbehaltsmöglichkeiten. So sieht etwa Art. 96 des Wiener Kaufrechtsübereinkommens vor, dass ein Vertragsstaat, nach dessen Rechtsvorschriften Kaufverträge schriftlich zu schließen oder nachzuweisen sind, jederzeit eine Erklärung nach Art. 12 abgeben kann. Ein solcher Vorbehalt hat zur Folge, dass bei Niederlassung einer Partei in einem Vorbehaltsstaat für Abschluss, Änderung oder Aufhebung eines Kaufvertrages und die dafür erforderlichen Willenserklärungen Formfreiheit nach dem CISG nicht gilt, sondern es bei der Geltung des durch das IPR des Forums berufenen Formstatuts bleibt<sup>9</sup>. Enthält es Schriftformerfordernisse, sind sie einzuhalten. Zum anderen lässt sich eine vollständige Rechtseinheit solange nicht erreichen, wie es aufgrund unterschiedlicher Rechtstraditionen, differierender Ausbildung der zur Auslegung von Einheitsrecht berufenen Personenkreise usw. eine gemeinsame Methodologie, ein einheitliches Rechtsdenken nicht gibt.

Zu bedenken ist außerdem, dass eine Beschränkung einer nur auf Teile der Rechtsordnung sie gleichwohl nicht nur insoweit beschränkt. Denn die einheitlichen Regelungen erhalten durch den Kontext der nationalen, verschiedenen Rechtssysteme ihre je andere Bedeutung und Funktion, ihre „Färbung“. Rechtsordnungen sind Einheiten, bei denen nicht nur die Teile das Ganze, sondern das Ganze auch die Teile bestimmt<sup>10</sup>.

#### bb) Rechtsangleichung

Rechtsangleichung ist ein wesensmäßiges Minus zur vollständigen Rechtsvereinheitlichung. Rechtsvereinheitlichung wird zwar angestrebt, jedoch nicht in absoluter Form, sondern lediglich durch die Vorgabe eines „Zielkorridors“. Rechtsangleichung setzt - anders als Einheitsrecht<sup>11</sup> - stets

---

<sup>9</sup> *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, 41; a.A. (stets Geltung der Formvorschriften des Vorbehaltsstaates) *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 3 Rdnr. 114; *Reinhart*, UN-Kaufrecht, Art. 12 Rdnr. 3.

<sup>10</sup> *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 15 ff.

<sup>11</sup> Wobei natürlich auch bei internationalem Einheitsrecht, sofern es auf völkervertraglichen Abkommen – beruht, eine „innerstaatliche Transformation“ notwendig ist.

eine Transformation der durch staatsvertragliche Vereinbarungen oder inter- oder supranationale Organisationen geschaffenen Normen in nationales Recht voraus. Den Staaten verbleibt ein Spielraum, innerhalb dessen ihnen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Einpassung internationaler Rechtssätze in das nationale Rechtssystem offen stehen. Auf internationaler Ebene erfolgt Rechtsangleichung durch die Schaffung von Einheitsrahmenrecht, in der Europäischen Gemeinschaft ist das geeignete Instrument hierfür die Richtlinie. Die Übergänge zwischen strengem Einheitsrecht und Einheitsrahmenrecht bzw. Verordnung und Richtlinie sind indes fließend. Nicht selten sind z.B. EG-Richtlinien derart detailliert ausgestaltet, dass der den Mitgliedstaaten verbleibende Umsetzungsspielraum gegen Null tendiert. Das ist unter - erst später zu erörternden - Kompetenzgesichtspunkten nicht unbedenklich.

cc) Modellgesetze (model laws)

Auch Modellgesetze verfolgen das Ziel der Rechtsvereinheitlichung. Sie setzen jedoch weder positives Recht noch enthalten sie für Staaten verbindliche Vorgaben für die Rechtsetzung. Sie wollen lediglich Vorbildfunktion ausüben und als Richtschnur dienen. Es hängt von ihrer sachlichen Überzeugungskraft ab, ob das mit ihnen verfolgte Ziel der Rechtsvereinheitlichung durch ihre vollständige oder wenigstens teilweise Übernahme in das Recht möglichst vieler Staaten erreicht wird. Gelingt ihnen dies, kommt es allerdings nur in den seltensten Fällen zu vollständiger Rechtsvereinheitlichung, immerhin aber zu einer Rechtsangleichung.

Dass gezielte Rechtsvereinheitlichung durch die Schaffung von model laws keine realitätsferne Illusion ist, zeigt deutlich der Erfolg des 1985 von UNCITRAL zum Zweck der Harmonisierung der nationalen Schiedsverfahrensrechte beschlossenen Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit<sup>12</sup>. Der UNCITRAL-Entwurf hat einer ganzen Reihe von Staaten - einschließlich Deutschland<sup>13</sup> - als Vorbild für

---

Diese bezieht sich jedoch nur auf die formal korrekte Einpassung internationaler Rechtstexte in das staatliche Recht (zum Verfahren z.B. *von Hoffmann*, IPR, § 1 Rdnr. 52 ff.), nicht aber auf deren Inhalt.

<sup>12</sup> UN-Doc. A/Res/40/72, abgedruckt u.a. bei *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Anh. III A. Vgl. dazu auch *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 45 ff.; *Calavros*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, passim; *Hußlein-Stich*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, passim.

<sup>13</sup> Vgl. §§ 1025 ff. ZPO. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich auf den UNCITRAL-Entwurf verwiesen, vgl. BR-Drs. 211/96, 1,78.

die Reform des eigenen nationalen Schiedsverfahrensrechts gedient<sup>14</sup> und damit zwar nicht zu einer vollständigen Vereinheitlichung, aber immerhin zu einer Angleichung der nationalen Schiedsverfahrensrechte geführt. Ein ähnlicher Erfolg scheint dem von der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung erarbeiteten „Model Law on Secured Transactions“<sup>15</sup> in den Ländern des ehemals sozialistischen Rechtskreises beschieden zu sein<sup>16</sup>. Und bereits als klassisch kann die Erfolgsgeschichte der Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechsel- und Scheckprivatrechts bezeichnet werden<sup>17</sup>.

Modellgesetze entstehen häufig aufgrund von Expertenberatungen in eigens für die Rechtsvereinheitlichung geschaffenen internationalen Organisationen oder Instituten, wie etwa dem International Institut for the Unification of Private Law (UNIDROIT), der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), der Haager Konferenz oder der World Intellectual Property Organization (WIPO). Modellgesetze können aufgrund ihres völlig unverbindlichen Charakters aber natürlich auch von rein privaten Sachverständigengruppen erarbeitet werden. So ist z.B. ein Ziel der von der Lando-Kommission erarbeiteten „Principles of European Contract Law“; Gesetzgebern bei der Reform ihres Schuldvertragsrechts als Vorbild zu dienen<sup>18</sup>.

#### dd) Private Rechtsvereinheitlichung

Private Rechtsvereinheitlichung scheint zunächst ein Widerspruch in sich zu sein. Rechtsvereinheitlichung muss jedoch nicht stets von Staaten ausgehen, sondern kann genauso auf der Initiative Privater beruhen, und zwar selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass Recht nur von Staaten bzw. von diesen mit entsprechenden Kompetenzen ausgestatteten supranationalen Organisationen gesetzt werden kann. Das Phänomen privater Rechtsvereinheitlichung ist vor allem im Bereich des internationalen Handels, in dem das Bedürfnis nach einheitlichem Recht naturgemäß besonders groß ist, zu beobachten. Ohne hier auf den Streit um die „lex

---

<sup>14</sup> Zur Verbreitung vgl. die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zum SchiedsVfG, BR-Drs. 211/96, 79 ff., sowie *Schlosser*, Das Recht der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 101 ff.

<sup>15</sup> European Bank for Reconstruction and Development, Model Law on Secured Transactions, passim. Deutsche Übersetzung bei *Röver*, Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten, 191 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Röver*, Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten, 69 ff.

<sup>17</sup> Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts vom 7.6.1930, abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Int. Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 59; Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Scheckprivatrechts vom 19.3.1931, abgedruckt bei *Jayme/Hausmann* aaO, Nr. 60.

<sup>18</sup> Vgl. *Lando/Beale*, European Principles of Contract Law I, S. XIII: „Equally the solutions of the Principles may be adopted by legislators reforming their contract law.“

mercatoria“, ihren Rechtsquellencharakter und Geltungsgrund einzugehen<sup>19</sup>, ist jedenfalls festzustellen, dass durch das Bestreben, sich von den meist nur auf rein nationale Sachverhalte zugeschnittenen und daher häufig als beengend empfundenen Regeln des nationalen Rechts zu befreien, ein von nationalen Rechtsordnungen gelöstes und über die Grenzen hinweg weitgehend einheitliches internationales Handelsrecht entstanden ist. Es existieren heute weltweit eine Vielzahl von Klauseln, Geschäftsbedingungen, Musterformularen und Gebräuchen, durch die die am internationalen Handelsverkehr Beteiligten versuchen, ihre Geschäftsbeziehungen eigenständig, d. h. unabhängig vom nationalen Recht, und möglichst gleichförmig zu regeln. Vorangetrieben wird diese Entwicklung von meist privaten, d.h. nichtstaatlichen Organisationen durch die Sammlung und Veröffentlichung der wichtigsten Handelsbräuche und die Herausgabe von Modellverträgen. Teils handelt es sich um branchenspezifische, oft aber auch um branchenübergreifende Regelungen: Nur einen kleinen Ausschnitt des internationalen Handels berührt z.B. der vom Komitee der Europäischen Kaffee-Vereine erstellte „Europäische Kaffee-Kontrakt“<sup>20</sup>, von kaum zu überschätzender Bedeutung sind hingegen die von der Internationalen Handelskammer<sup>21</sup> herausgegebenen „Incoterms“<sup>22</sup> oder „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive“<sup>23</sup>. Derartige Sammlungen, Richtlinien, Modellverträge usw. finden im internationalen Handel große Aufmerksamkeit und werden von den Vertragsparteien oft wie gesetzliche Regeln beachtet. Obwohl sie nach h. M. keine Gesetzes-

---

<sup>19</sup> Aus der mittlerweile unübersehbaren Literatur zur „lex mercatoria“ vgl. aus jüngerer Zeit *Booyen*, International Transactions and the International Law Merchant; *Dasser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria; *Kappus*, „Lex mercatoria“ in Europa und Wiener Kaufrechtskonvention 1980; *Kassis*, Théorie générale des usages du commerce, 271 ff.; *de Ly*, De lex mercatoria; *R. Meyer*, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition; *Stein*, Lex mercatoria; *Weise*, Lex mercatoria. Ausführliche Nachweise bei *Kegel/Schurig*, IPR, 92 ff.; MünchKomm-BGB-*Martiny*, Art. 27 EGBGB, vor Rdnr. 1.

<sup>20</sup> Vgl. Komitee der Europäischen Kaffee-Vereine, Europäischer Kaffee-Kontrakt (E.K.K.), Ausgabe 1986 mit Änderungen. Verbindlich sind die englische und französische Fassung. Alle Fassungen sind erhältlich beim Deutschen Kaffee-Verband e.V., Pickhuben 3, 20457 Hamburg.

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Stödter*, EPIL 9 (1986), 175.

<sup>22</sup> Abgedruckt bei *Baumbach/Hopt*, HGB, 2. Teil IV (6); vgl. auch *Bredow/Seiffert*, Incoterms 2000; *Piltz*, RIW 2000, 485.

<sup>23</sup> Abgedruckt bei *Baumbach/Hopt*, HGB, 2. Teil VI (11); vgl. dazu rechtsvergleichend *Stapel*, Die einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive der Internationalen Handelskammer von 1993.

kraft haben<sup>24</sup>, wird ihnen auch gerichtliche Beachtung zuteil, und zwar nicht nur durch die in der Entscheidung ohnehin freieren Schiedsgerichte, sondern genauso durch staatliche Gerichte. Ihre Anwendbarkeit durch die nationalen Gerichte verdanken sie vornehmlich dem Umstand, dass die nationalen Regeln in diesem Bereich gewöhnlich dispositives Recht sind<sup>25</sup>. Grenzen können sich freilich aus dem AGBG ergeben. Haben die Parteien z.B. vertraglich auf die Incoterms Bezug genommen, werden sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen behandelt und am Maßstab des AGBG gemessen. Das kann mitunter misslich sein, weil vor allem der BGH dazu tendiert, die Wertungen der §§ 10, 11 AGBG zugleich im Rahmen von § 9 AGBG für maßgeblich zu erachten<sup>26</sup>. Aber auch ohne vertragliche Bezugnahme können sie Verwendung finden, etwa zur Auslegung des maßgeblichen Handelsbrauchs<sup>27</sup>.

#### b) Spontane Rechtsvereinheitlichung

Von spontaner Rechtsvereinheitlichung spricht man, wenn das Ergebnis der Einheitlichkeit des Rechts nicht auf einem zentral gesteuerten und zielgerichteten Vorgang beruht, sondern Folge unkoordinierter und dezentraler Verhaltensweisen ist. Klassisches Beispiel spontaner Rechtsvereinheitlichung ist die Rezeption fremden Rechts durch Lehre und Rechtsprechung oder Gesetzgebung. Ihr Ziel ist nicht die Schaffung international einheitlichen, sondern die Fortentwicklung eigenen nationalen Rechts. Fremde Rechtssätze werden auf ihre Tauglichkeit für die Fortentwicklung des eigenen Rechts überprüft und bei positivem Ausgang dieses Evaluationsprozesses in die eigene Rechtsordnung transponiert. Rezeption beschränkt sich freilich nur in den seltensten Fällen auf eine reine Transposition fremder Rechtssätze, sondern entwickelt sie in der Regel weiter, um den sich seit ihrem Erlass geänderten gesellschaftlichen, technischen und sonstigen Rahmenbedingungen und dem fortgeschrittenen Erkenntnisstand Rechnung zu tragen. Der Rezeptionsvorgang hat folglich in den seltensten Fällen inhaltlich identische Rechtssätze, mithin also keine vollständige Rechtsvereinheitlichung zum Ergebnis, kann aber immerhin zu einer - wenn auch meist nur reflexiven - Annäherung nationaler Rechte führen.

---

<sup>24</sup> Vgl. etwa zu den „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumentenakkreditive“ BGH 26.9.1989 ZIP 1989, 1452 f.; TS 9.10.1997 ARJ 7066; *Stapel*, Die einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive der Internationalen Handelskammer von 1993, 29 ff.

<sup>25</sup> Dazu *Baumbach/Hopt*, HGB, 2. Teil IV Einl Incoterms (6) Rdnr. 16.

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Hopt*, FS Steindorff, 364; *M. Wolf*, FS Zöllner, 651.

<sup>27</sup> Näher dazu *Basedow*, *RabelsZ* 43 (1979), 125.

## II. Europäisches Privatrecht

Europäisches Privatrecht, verstanden als alle in den Mitgliedstaaten der EG übereinstimmenden Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts, begegnet im europäischen Rechtsraum in zahlreichen Formen. Klassifikatorisch können aufgrund ihres Geltungsgrundes drei Gruppen unterschieden werden: Gemeinschaftsprivatrecht, Konventionsprivatrecht und europäisches „ius commune“<sup>28</sup>.

### 1. Gemeinschaftsprivatrecht

Gemeinschaftsprivatrecht lässt sich im Anschluss an *Müller-Graff* definieren als „die Summe aller Normen, die unmittelbar oder mittelbar die Regelung des Rechtsverkehrs Privater zum Gegenstand haben und kraft Gemeinschaftsrechts Geltung in allen oder für alle EG-Mitgliedstaaten beanspruchen“<sup>29</sup>. Gemeinschaftsprivatrecht kann in Richtlinien oder Verordnungen enthalten sein, genauso aber auf Vorschriften des Primärrechts beruhen.

### 2. Konventionsprivatrecht

Vom Gemeinschaftsprivatrecht ist das Konventionsprivatrecht abzugrenzen. Sein Geltungsgrund ist nicht das Gemeinschaftsrecht, sondern die sich aus multilateralen Staatsverträgen und ihrem nationalstaatlichen Vollzug<sup>30</sup> ergebende Anwendungsverpflichtung. Soweit Konventionsprivatrecht auf den Arbeiten internationaler, gemeinschaftsunabhängiger Organisationen beruht, ist sein gemeinschaftsintegratorischer Charakter eher zufällig. Es ist gleichwohl in die nachfolgenden Betrachtungen miteinzubeziehen, kann es doch nicht nur zu internationaler, sondern bei Beteiligung einiger oder aller EG-Mitgliedstaaten auch zu europäischer Rechtseinheit führen. Einen augenfälligeren Gemeinschaftsbezug weisen

---

<sup>28</sup> So bereits *Müller-Graff*, FS Börner, 303, 309 ff.; *ders.*, NJW 1993, 13; *ders.*, in: *Müller-Graff/Zuleeg* (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, 17, 37.

<sup>29</sup> *Müller-Graff*, FS Börner, 303, 309; *ders.*, NJW 1993, 13. Ähnlich *ders.*, in: *Müller-Graff/Zuleeg* (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, 17, 27. Diese Definition haben u.a. übernommen *Gebauer*, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, 77; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 5; *Leible*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 57.

<sup>30</sup> Zu den einzelnen Theorien des innerstaatlichen Vollzugs völkerrechtlicher Verträge vgl. *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rdnr. 307 ff.; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 544 ff.

dagegen die auf Art. 293 EGV gestützten völkerrechtlichen Verträge privatrechtlichen Inhalts auf<sup>31</sup>.

„Materiell ergänzen sie den EGV, was in Art. 220 zum Ausdruck kommt; sie werden nur geschlossen, weil und soweit es die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern; sie dienen den Zielen des EGV und ihrer Verwirklichung; sie werden zwischen denselben Staaten geschlossen wie der EGV; wie bei diesem handelt es sich nicht um zwei-, sondern um mehrseitige Verträge; sie haben die gleiche räumliche Geltung wie der EGV; sie besitzen die gleiche und allgemeine Geltung wie der EGV; sie werden im Rahmen der Organe der EG ausgehandelt und unterzeichnet“<sup>32</sup>.

Ihnen nahestehend sind die aus politischen oder aus Kompetenzgründen nicht auf Art. 293 EGV gestützten Übereinkommen zwischen den EG-Mitgliedstaaten<sup>33</sup>. Sie werden, sofern sie Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts regeln, aufgrund der Schaffung der neuen Kompetenzgrundlage des Art. 65 EGV in Zukunft freilich an Bedeutung verlieren. Das EuGVÜ wurde bereits in eine EG-Verordnung überführt. Für das EVÜ ist gleiches geplant<sup>34</sup>.

### 3. Europäisches „ius commune“

Europäisches „ius commune“ wird hier nicht im geschichtlichen Sinn verstanden. Auch geht es nicht um die unter Historikern höchst umstrittene Frage, ob und inwieweit das römisch-kanonische *ius commune*, also das „alte“ europäische Recht, natürlicher Ausgangspunkt für eine organisch fortschreitende europäische Rechtswissenschaft und vielleicht auch Rechtsentwicklung ist oder sein kann<sup>35</sup>. Mit europäischen „ius commune“ ist vielmehr die Gesamtheit der in allen oder den meisten Mitgliedstaaten der EG übereinstimmenden geltenden privatrechtlichen Rechtssätze gemeint, mögen sie auf Gesetzes-, Gewohnheits- oder Richterrecht beruhen. Denn trotz der Auseinanderentwicklung der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen im Zuge der Kodifikationsbewegung darf nicht übersehen

---

<sup>31</sup> Zur Frage der rechtlichen Zuordnung von Übereinkommen zwischen EG-Staaten vgl. statt vieler *Schwartz*, FS Grewe, 551 ff.

<sup>32</sup> *Schwartz*, FS Hallstein, 474, 504.

<sup>33</sup> So wurde z.B. - obwohl grundsätzlich möglich - das EVÜ nicht auf Art. 293 EGV gestützt, da man es für den Beitritt von Drittstaaten offenhalten wollte.

<sup>34</sup> Zu den Einzelheiten vgl. § 5, C.

<sup>35</sup> Vgl. dazu u.a. *Broggini*, ZfRV 1197, 221; *Zimmermann*, *Ars Aequi* 1994, 12; *Nevé*, FS Kroeschell, 871; *Schulze*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 127; *Wechsler*, in: Polaschek/Ziegerhofer (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen - Grenzen des Rechts*, 151.

werden, dass bis heute mehr Gemeinsamkeiten vorhanden sind, als gemeinhin angenommen. „Allerdings wirken diese gemeinsamen Elemente immer noch eher wie ein unentdeckter oder ungehobener Schatz im Meer der nationalen Rechtsregeln“<sup>36</sup>. Schätze aber sollte man - zumindest wenn sie wertvoll sind - heben. Erste Versuche, derartige Gemeinsamkeiten im Wege wertender Rechtsvergleichung herauszuarbeiten, sind bereits zu verzeichnen. Erinnerung sei an die „Principles of European Contract Law“ der Lando-Kommission, die sich (auch) als ein restatement gemeineuropäischen Privatrechts verstehen, sowie die ambitionierten Arbeiten zum „Europäischen Vertragsrecht“ von *Kötz* und *Flessner*<sup>37</sup> und zum „Gemeineuropäischen Deliktsrecht“ von *von Bar*<sup>38</sup>. Darüber hinaus befinden sich zahlreiche Werke weiterer europäischer Wissenschaftlergruppen in Vorbereitung oder sind bereits erschienen<sup>39</sup>. Hierauf ist später noch näher einzugehen. Zum europäischen „ius commune“ wird man aber nicht nur genuin europäische Rechtssätze, sondern ebenso das transnationale unkodifizierte Handelsrecht zu zählen haben und insbesondere die sog. „lex mercatoria“, welche Rechtsquellenqualität man ihr auch immer zubilligen mag.

Bereits jetzt ist darauf hinzuweisen, dass dieses europäische „ius commune“ auch für das Gemeinschaftsrecht von Bedeutung ist, und zwar nicht das zukünftige, sondern bereits das existente. Deutlich wird dies beispielsweise im Rahmen von Art. 288 EGV, dessen Absatz 2 die Gemeinschaft im Bereich der außervertraglichen Haftung zum Ersatz des Schadens „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“, verpflichtet<sup>40</sup>. Und zur Inhaltsbestimmung des Begriffs der „Zivil- und Handelssache“ iSv Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ führte der EuGH, es handele sich um einen autonomen Begriff, bei dessen Auslegung nicht nur die Zielsetzungen und Systematik des EuGVÜ, sondern auch „die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnungen ergeben, berücksichtigt werden müssen“<sup>41</sup>. Diesen Beispielen lassen sich zahllose weitere hinzufügen<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 23.

<sup>37</sup> Bislang erschienen: *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht I*.

<sup>38</sup> *Von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bde. I und II.

<sup>39</sup> Vgl. z.B. *Gordley* (Hrsg.), *Enforceability of Promises in European Contract Law*; *Hayton/Kortmann/Verhagen* (Hrsg.), *Principles of European Trust Law*; *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*; *Spier* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*; *van Gerven/Lever/Larouche/von Bar/Viney*, *Torts - Scope of Protection*; *Zimmermann/Whittaker* (Hrsg.), *Good Faith in European Contract Law*.

<sup>40</sup> Dazu *Grundmann*, FS Fikentscher, 671, 676 f.

<sup>41</sup> EuGH 14.10.1976 Slg. 1976, 1541, 1550 Egrd. 3 - Eurocontrol I.

<sup>42</sup> Ausführlich dazu *Schulze*, ZEuP 1993, 442; vgl. auch *Grundmann*, in: *Baums/Hopt/Horn* (Hrsg.), *Cooperations, Capital Markets and Business in the Law*, 213, 229 ff.

### III. Europäisches Kollisionsrecht

#### 1. Bedeutung

Aufgabe des Kollisionsrechts klassischer Prägung ist es, bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates zu bestimmen, welche Rechtsordnung anwendbar ist (Art. 3 Abs. 1 EGBGB). Es soll erreicht werden, „dass bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)“<sup>43</sup>. In diesem Ansatz stimmen die nationalen Kollisionsrechte in Europa überein<sup>44</sup>. Ist das materielle Recht in allen Staaten gleich, bedarf es freilich keines Kollisionsrechts<sup>45</sup>. Die Frage nach der Zuweisung des Rechtsverhältnisses stellt sich mangels eines „conflict of laws“ nicht<sup>46</sup>. Die Erreichbarkeit dieses Zustandes ist jedoch - selbst bei Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches - nicht mehr als eine Illusion. Kollisionsrecht wird nur entbehrlich bei Geltung eines einheitlichen und strengen Weltrechts. Ist die Vereinheitlichung des materiellen Rechts dagegen räumlich oder inhaltlich begrenzt, bleibt die Notwendigkeit kollisionsrechtlicher Regeln bestehen. Offensichtlich ist dies, sofern sich Rechtsvereinheitlichung nur auf Rechtsangleichung beschränkt: Die Unterschiedlichkeit einzelstaatlicher Rechtsnormen wird lediglich verringert, nicht aber beseitigt. Die Möglichkeit differierender Ergebnisse bei Anwendung der berührten Rechtsordnungen bleibt bestehen und eine Zuweisung des Rechtsverhältnisses ist daher weiterhin notwendig<sup>47</sup>. Aber selbst vollständige Rechtsvereinheitlichung in Form eines Europäischen Zivilgesetzbuchs macht kollisionsrechtliche Regelungen nicht überflüssig: Es bedarf immer noch der Klärung, welches Recht bei Sachverhaltsberührungen mit Drittstaaten Anwendung findet und nach welchen Regeln in einem EZGB nicht geregelte Fragen zu lösen sind.

Bleibt Kollisionsrecht daher auch bei einer Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts von Bedeutung, kann es aus dem Vereinheitli-

---

<sup>43</sup> Savigny, System VIII, 108.

<sup>44</sup> Bestätigt in Art. 4 EVÜ; anders der governmental interest approach in den USA.

<sup>45</sup> Jedenfalls praktisch nicht. Ob man es theoretisch noch solange braucht, wie die Rechtsordnungen ihrer Quelle nach national sind, kann dahinstehen.

<sup>46</sup> Plastisch Zweigert/Drobnig, *RabelsZ* 29 (1965), 146, 147: „Ohne Rechtskollisionen kein Kollisionsrecht.“

<sup>47</sup> Vgl. auch Basedow, *NJW* 1996, 1921; von Caemmerer, FS Hallstein, 63, 94 f.; Leible, *ZEuP* 2000, 173, 176; Freitag/Leible, *ZIP* 1999, 1296, 1300.

chungsprozess nicht ausgeklammert werden. Im Gegenteil: Hält man europäische Privatrechtsvereinheitlichung für notwendig, muss das Kollisionsrecht mit einbezogen werden. Kollisionsrecht dient genauso wie materielles Recht der Verwirklichung von Gerechtigkeit. Während materiellprivatrechtliche Gerechtigkeit durch die Anwendung des Sachrechts zu erreichen versucht wird, soll internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit durch Heranziehung des mit dem Rechtsverhältnis am engsten verbundenen Rechts erzielt werden. Gesucht wird das Recht, das einem Rechtsverhältnis innerlich am nächsten steht. Dies muss nicht notwendigerweise das sachlich beste und schon gar nicht das materiellrechtlich gerechtete sein. Gleichwohl wäre es ein Fehlschluss, Kollisionsrecht als eine vom materiellen Recht völlig unabhängige und selbständige Materie zu betrachten. Kollisionsnormen sind niemals wertneutral, sondern werden von Interessen und Wertungen getragen, die die vom Gesetzgeber vorgenommene Auswahl der für die Zuweisung eines Rechtsverhältnisses maßgeblichen Anknüpfungspunkte entscheidend beeinflussen. Und gerade in jüngerer Zeit ist dabei verstärkt das Phänomen des Durchschlagens materiellrechtlicher Werturteile auf das Kollisionsrecht zu beobachten<sup>48</sup>. Das ist gerade für das Gemeinschaftsprivatrecht von besonderer Bedeutung, das - wie später noch darzulegen sein wird - niemals Selbstzweck sein kann, sondern stets einer Legitimation durch Funktionsbezogenheit bedarf.

Die Steuerungsfunktion des Gemeinschaftsprivatrechts bliebe aber sehr beschränkt, wenn die in ihm enthaltenen Wertungen auf internationaler Ebene völlig unbeachtlich wären. Wer etwa im materiellen Recht den Verbraucher oder Arbeitnehmer für besonders schutzwürdig und deshalb Einschränkungen der Privatautonomie für notwendig hält, muss sich Gedanken darüber machen, ob nicht das kollisionsrechtliche Pendant der Privatautonomie, die Parteiautonomie, entsprechender kollisionsrechtlicher Begrenzungen bedarf<sup>49</sup>. Die EG hat diesen Zusammenhang mittlerweile erkannt und klammert, wie zahlreiche Richtlinienbestimmungen vor allem im Bereich des Verbraucherschutzrechts zeigen, das Kollisionsrecht aus ihren Angleichungsbemühungen nicht mehr aus. Und der durch den Vertrag von Amsterdam neu geschaffene Art. 65 EGV bestimmt nunmehr ausdrücklich, dass zu den von der Gemeinschaft zu treffenden Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit auch „die Förderung der Verein-

---

<sup>48</sup> Vgl. dazu *Siehr*, *RabelsZ* 37 (1973), 478 ff.; *Schurig*, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 210 ff.

<sup>49</sup> Vgl. dazu z.B. *Leible*, *JJZ* 1995, 245, 250 ff.

barkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen“ zählt. Wie weit diese Kompetenzzuweisung reicht, bedarf freilich noch der Klärung<sup>50</sup>.

Noch deutlicher wird der Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Kollisionsrecht, wenn Kollisionsnormen nicht auf dem Prinzip der engsten Verbindung aufbauen und am Sachverhalt ansetzen, sondern vom Gesetz her nach dessen Anwendungsbereich fragen. Angesprochen sind damit die sog. international zwingenden Normen („Eingriffsnormen“). Ihr Ziel ist es, zur Wahrung besonderer staatlicher Interessen das eigene Recht durchzusetzen. Auf Nähebeziehungen kommt es für ihre Anwendbarkeit nicht, zumindest nicht in erster Linie, an. Derartige Normen haben anders als der *ordre public* keine *rein* negative Abwehrfunktion, sondern dienen der positiven Durchsetzung als besonders wichtig empfundener Wertentscheidungen<sup>51</sup>. So bestimmt etwa Art. 81 Abs. 2 EGV, dass die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig sind. Auf das auf den Vertrag oder den Beschluss anwendbare Recht kommt es nicht an. Es genügt, dass der jeweilige Vertrag oder Beschluss geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt, um die Nichtigkeitsfolge des Abs. 2 auszulösen.

## 2. Begriffsbestimmungen und Eingrenzung

Der Begriff des Europäischen Kollisionsrechts ist genauso wie der des Europäischen Privatrechts vielschichtig und bedarf für die Zwecke dieser Arbeit einer Eingrenzung. Zwar bietet sich auch hier eine am Geltungsgrund orientierte Unterscheidung an, doch ist sie um eine Differenzierung nach der Zuweisungsart zu ergänzen.

### a) Gemeinschaftliches Rangkollisionsrecht

Aufgabe des gemeinschaftlichen Rangkollisionsrechts ist die Beantwortung der Frage, welches Regelungssystem bei einer Kollision zwischen gemeinschaftlichem und mitgliedstaatlichem Recht den Vorrang genießt<sup>52</sup>. Gemeinschaftliche Rangkollisionsnormen weisen also einen Sachverhalt keiner bestimmten Rechtsordnung zu, sondern treffen lediglich eine Aussage darüber, ob nationales (materielles oder Kollisions-)Recht noch zum Zug kommen kann. Derartige Rangvorbehalte können positiv oder negativ formuliert sein. So bestimmt etwa Art. 36 Satz 1 EWIV-VO<sup>53</sup>, dass Euro-

---

<sup>50</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225.

<sup>51</sup> Dass sie damit – auch – ausländisches Recht abwehren, versteht sich von selbst.

<sup>52</sup> Ausführlich *MünchKomm-Sonnenberger*, Einl. IPR, Rdnr. 124.

<sup>53</sup> Verordnung Nr. 2137/85/EWG vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, ABl. L 199 vom 31.7.1985, 1 ff., auch abgedruckt in *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 751; Literaturnachweise ebda., 746.

päische wirtschaftliche Interessenvereinigungen „dem einzelstaatlichen Recht“ über Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung unterliegen. Es wird kein bestimmtes einzelstaatliches Recht - etwa in Form einer Gesamt- oder Sachnormverweisung - in Bezug genommen, sondern lediglich festgelegt, dass die Regelungskompetenz für die Zuweisung des Rechtsverhältnisses bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Umgekehrt bestimmt Art. 21 Abs. 2 Fusionskontroll-VO<sup>54</sup>, dass die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anwenden.

#### b) Gemeinschaftskollisionsrecht

In Anlehnung an die Definition des Begriffs Gemeinschaftsprivatrecht lässt sich Gemeinschaftskollisionsrecht definieren als die Summe aller Normen, die bei privatrechtlichen Sachverhalten mit internationalem Einschlag auf eine der berührten Rechtsordnungen verweisen und kraft Gemeinschaftsrechts Geltung in allen oder für alle EG-Mitgliedstaaten beanspruchen. Gemeinschaftskollisionsrecht kann in Richtlinien oder Verordnungen enthalten sein, genauso aber auf Vorschriften des Primärrechts beruhen. Es unterscheidet sich von gemeinschaftlichem Rangkollisionsrecht dadurch, dass es nicht lediglich eine Zuständigkeitsabgrenzung trifft, sondern einen Sachverhalt mittels einer Gesamt- oder Sachnormverweisung einer bestimmten Rechtsordnung zuweist (Verordnungen) oder die Mitgliedstaaten zu einer solchen Zuweisung verpflichtet (Richtlinien).

#### c) Staatsvertragliches Kollisionsrecht

Dem europäischen Kollisionsrecht zuzurechnen sind wiederum die auf völkerrechtlichen Übereinkünften zwischen den Mitgliedstaaten beruhenden Staatsverträge kollisionsrechtlichen Inhalts, insbesondere das bereits erwähnte EVÜ.

---

<sup>54</sup> Verordnung Nr. 4064/89/EWG vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 395 vom 30.12.1989, 1 ff., auch abgedruckt in *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 768 ff.; Literaturnachweise ebda., 761.

# Kapitel 1

## Primärrecht und Privatrecht

Gemeinschaftsprivatrecht kann zum einen auf Normen des gemeinschaftlichen Primärrechts basieren. Die Bildung von Rechtssätzen privatrechtlichen Inhalts erfolgt dabei auf zwei unterschiedlichen Wegen. Einerseits enthält der EG-Vertrag Regelungen mit unmittelbar privatrechtsgestaltendem Charakter. Andererseits wirken zahlreiche Normen des EG-Vertrages limitierend auf die nationalen Privatrechte ein.

### § 3: Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts

Für die Frage nach im EG-Vertrag enthaltenen Rechtssätzen privatrechtlichen Inhalts ist es von besonderer Bedeutung, dass der EuGH einige Vorschriften des Primärrechts für unmittelbar, d.h. auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, anwendbar erklärt hat. Zu nennen sind beispielsweise die Art. 81 und 141 EGV. Unter Umständen können außerdem die Grundfreiheiten direkten Einfluss auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen haben. Das Problem der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten wird jedoch erst später behandelt werden<sup>1</sup>.

#### *A. Art. 81 EGV*

Gem. Art. 81 Abs. 1 EGV sind Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels geeignet sind und eine Verhinderung,

---

<sup>1</sup> Vgl. § 4, C I 3.

Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, verboten. Die Vorschrift ist ebenso wie ihr Abs. 2, der derartige Vereinbarungen oder Beschlüsse für nichtig erklärt, unmittelbar anwendbar<sup>2</sup>. Was unter Nichtigkeit zu verstehen ist, bestimmt der EuGH autonom, d.h. ohne Rückgriff auf die nationalen Rechte. Seiner Ansicht nach erzeugt eine nach Art. 81 Abs. 2 EGV nichtige Vereinbarung „in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden“<sup>3</sup>.

Die Nichtigkeitsfolgen sind freilich auf die gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstößenden Teile einer Vereinbarung oder eines Beschlusses beschränkt<sup>4</sup> und erfassen nur dann die gesamte Vereinbarung oder den gesamten Beschluss, wenn sich die mit Art. 81 Abs. 1 EGV unvereinbaren Teile nicht vom Restbestand trennen lassen<sup>5</sup>. Im übrigen sind die Auswirkungen einer Teilnichtigkeit auf den rechtlichen Bestand der Gesamtvereinbarung nach nationalem Recht zu beurteilen, etwa § 139 BGB<sup>6</sup>. Gleiches gilt für über die Nichtigkeit hinausgehende zivilrechtliche Folgen nach Art. 81 EGV verbotener Verhaltensweisen<sup>7</sup>.

### *B. Art. 141 EGV*

Unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung hat außerdem der in Art. 141 EGV enthaltene gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit. Aufgrund des zwingenden Charakters der Vorschrift

„ist das Verbot von Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern<sup>8</sup> nicht nur für öffentliche Behörden

<sup>2</sup> EuGH 30.1.1974 Slg. 1974, 51, 62 Egrde. 15/17 - BRT/SABAM.

<sup>3</sup> EuGH 25.11.1971 Slg. 1971, 949, 962 Egrd. 29 - Béguelin; 14.12.1983 Slg. 1983, 4173, 4184 Egrd. 11 - Soc. de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen. Vgl. dazu m. w. Nachw. *Emmerich*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H I Rdnrn. 161 ff.

<sup>4</sup> EuGH 30.6.1966 Slg. 1966, 281, 304 - LTM/MBU; 14.2.1983 Slg. 1983, 4173, 4184 Egrd. 11 - Soc. de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen.

<sup>5</sup> EuGH 30.6.1966 1966, 281, 304 - LTM/MBU; 28.2.1991 Slg. 1991, I-935, 990 egrd. 40 - Delimitis; BGH 12.5.1998 WRP 1999, 203, 205; *Odersky*, FS Mestmäcker, 699, 704. Zum Zusammenspiel zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht jüngst auch *Bornkamm*, FS 50 Jahre BGH, 343, 363 ff. Umfassend *Weyer*, ZEuP 1999, 425; *ders.*, EuR 2000, 145.

<sup>6</sup> EuGH 14.12.1983 Slg. 1983, 4173, 4184 Egrd. 11 - Soc. de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen; 18.12.1986 Slg. 1986, 4071, 4088 Egrd. 15 - VAG France/Magne.

<sup>7</sup> EuGH 18.9.1992 Slg. 1992, II-2223, 2267 Egrd. 50 - Automec.

<sup>8</sup> Art. 141 ist außerdem auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar, vgl. EuGH 2.10.1997 Slg. 1997, I-5253, 5281 Egrd. 19 - Gerster.

verbindlich, sondern erstreckt sich auch auf alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen“<sup>9</sup>.

Angehörige der benachteiligten Gruppe haben einen direkt im Gemeinschaftsrecht wurzelnden Anspruch auf die gleiche Behandlung und auf Anwendung der gleichen Regeln wie die übrigen Arbeitnehmer.

---

<sup>9</sup> Grundlegend EuGH 8.4.1976 Slg. 1976, 455, 476 Egrd. 39 - Defrenne II; seither ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. EuGH 7.3.1980 Slg. 1980, 1275, 1288 Egrd. 10 - Macarthy/Smith; 27.6.1990 Slg. 1990, I-2607, 2611 Egrd. 12 - Kowalska; 7.2.1991 Slg. 1991, I-297, 320 Egrd. 17 - Nimz; 28.9.1994 Slg. 1994, I-4389, 4411 Egrd. 24 - Coloroll Pension Trustees.

## § 4: Die Grundfreiheiten

### *A. Die Bedeutung der Grundfreiheiten*

#### *I. „Gemeinsamer Markt“ als Ausgangspunkt*

Gem. Art. 2 EGV ist es Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft, durch ihre Tätigkeit unter anderem

„eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistung, ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenserhaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern“.

Als Mittel zur Erreichung der in diesem „magischen Zehneck“ zusammengefassten Vertragsziele führt Art. 2 EGV die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie die Durchführung der in Art. 3 und 4 genannten Politiken oder Maßnahmen auf. Es verwundert nicht, dass an erster Stelle die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes genannt wird. Er bildet das Rückgrat der Gemeinschaft. Nur in einem bzw. zur Herstellung eines einheitlichen Wirtschaftsraum(s) machen die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion und die Durchführung der in Art. 3 und 4 genannten Politiken oder Maßnahmen überhaupt Sinn. Der Gemeinsame Markt ist aber nicht nur Mittel zum Zweck, sondern zugleich selbst ein Vertragsziel. Seine Konstituierung und die Sicherung seiner Funktionsfähigkeit bilden einen „wesentlichen Gegenstand des Vertrages“<sup>1</sup>, sind für die Verwirklichung der europäischen Integration von fundamentaler Bedeutung und stellen daher „ein herausragendes Verfassungsziel der Gemeinschaft“ dar<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> EuGH 29.9.1987 Slg. 1987, 3697, 3715 f. Egrd. 10 - Giménez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social und Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>2</sup> GTE-Müller-Graff, Art. 30 EGV Rdnr. 3; ders., in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A I Rdnr. 100 ff.

Kern des Gemeinsamen Marktes ist die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel. Die wesentlichen Elemente der Marktgrenzen sollen eliminiert und dadurch die nationalen Einzelmärkte zu einem einheitlichen Markt verschmolzen werden, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen<sup>3</sup>. Dem dienen neben der Errichtung einer Zoll- und Handelsunion insbesondere die Grundfreiheiten. Sie werden flankiert durch die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages, die eine erneute Marktabschottung - diesmal von privater Seite - verhindern sollen. Prägend für den Gemeinsamen Markt sind seine „zwei Gesichter“: Er gewährt „Freiheit nach innen“ und wird durch die „Einheitlichkeit nach außen“ vervollständigt<sup>4</sup>. Der Gemeinsame Markt lässt sich daher beschreiben als ein zu Drittstaaten durch eine gemeinsame Außenhandelsgrenze räumlich begrenztes System des Wirtschaftens, „das auf staatsgrenzenüberschreitenden Grundfreiheiten in einem Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen beruht und von sektoralen und flankierenden Gemeinschaftspolitiken begleitet wird“<sup>5</sup>.

Nicht mit dem Gemeinsamen Markt identisch, sondern eine Teilmenge desselben<sup>6</sup> ist der Binnenmarkt, gem. Art. 14 Abs. 2 EGV ein Raum ohne Binnengrenzen, „in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“. Der Binnenmarkt zeichnet sich durch ein besonders hohes Integrationsniveau aus. Letztlich sollen alle Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beseitigt werden.

Zur Schaffung des Gemeinsamen Marktes respektive Binnenmarktes sieht der EG-Vertrag verschiedene Wege vor. Den zuständigen Organen wird die Kompetenz eingeräumt, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten anzugleichen, soweit dies für die Errichtung und Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes notwendig ist (Art. 94, 95 EGV). Zugleich statuiert der Vertrag in Art. 10 Abs. 2 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages, zu denen - wie gesehen - auch die Errichtung des Gemeinsamen (Binnen-)Marktes gehört, gefährden können.

---

<sup>3</sup> EuGH 5.5.1982 Slg. 1982, 1409, 1431 f. Egrd. 33 - Schul/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen.

<sup>4</sup> Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 551; ähnlich Grabitz, FS Steindorff, 1229, 1233.

<sup>5</sup> Müller-Graff, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A I Rdnr. 103.

<sup>6</sup> Zum hier nicht weiter interessierenden Streit um die Abgrenzung zwischen „Gemeinsamen Markt“ und „Binnenmarkt“ vgl. m. w. Nachw. Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 141 ff.

## *II. Grundfreiheiten und Gemeinsamer Markt*

Den Grundfreiheiten kommt im Gemeinsamen Markt respektive Binnenmarkt eine doppelte Funktion zu. Zum einen sollen sie es allen in der Gemeinschaft ansässigen Wirtschaftsteilnehmern ermöglichen, auf sämtlichen Märkten der Gemeinschaft zu den dort geltenden Bestimmungen konkurrieren zu können. Sie gewährleisten also Marktgleichheit. Der Sicherung des Prinzips der Marktgleichheit dient das allen Grundfreiheiten inhärente Diskriminierungsverbot. Damit ist bereits ein erster Schritt zur Marktöffnung getan. Gleichwohl hat es damit nicht sein Bewenden. Denn die Funktion der Grundfreiheiten reicht über die Sicherung reiner Marktgleichheit hinaus. Sie sind zugleich umfassende Marktzugangsfreiheiten<sup>7</sup>. Diese Freiheit des Marktzugangs wird mit den Beschränkungsverboten durchgesetzt. Auf diese Weise verschaffen die Grundfreiheiten den Wirtschaftsteilnehmern freien Zugang zu allen nationalen Märkten, dienen so der Marktintegration und sind daher für den Gemeinsamen Markt ebenso wie für den Binnenmarkt von konstituierender Bedeutung. Denn ohne die Gewährleistung eines freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs ist eine Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt nicht denkbar. Erst durch die Existenz der Grundfreiheiten unterscheidet sich die Gemeinschaft von einer Zoll- und Handelsunion herkömmlicher Prägung. Der Marktzugang soll nicht nur durch Beseitigung tarifärer, sondern auch nicht-tarifärer Marktzutritts Hindernisse geöffnet werden. Ermöglicht wird so eine optimale Allokation wirtschaftlicher Ressourcen. Jedem Wettbewerber (Unternehmen, Arbeitnehmern etc.) ist es im Grundsatz erlauben, von jedem Ort in der Gemeinschaft aus seine Leistungen gemeinschaftsweit anbieten zu können. Er muss seine Entscheidung nicht an bestehenden nationalen Grenzen ausrichten, sondern kann sich an ökonomische Effizienzkriterien orientieren. Ebenso darf grundsätzlich jeder Nachfrager Leistungen von jedem in der Gemeinschaft ansässigen Anbieter an jedem Ort in der Gemeinschaft nachfragen. Zu die-

---

<sup>7</sup> Die Freiheit des Marktzugangs beinhaltet implizit die Freiheit des Marktaustritts. Denn ohne die Möglichkeit, den eigenen Markt zu verlassen, kann nicht in andere Märkte eingetreten werden. Das Marktzugangsrecht würde sinnentleert. Art. 28 und 29 EGV postulieren diesen Grundsatz in zwei unterschiedlichen Vorschriften, die übrigen Grundfreiheiten setzen ihn schlicht voraus. Vgl. für die Niederlassungsfreiheit: EuGH 27.9.1988 Slg. 1988, 5483, 5510 Egrd. 16 - Daily Mail; 16.7.1998 Slg. 1998, I-4695, 4721 Egrd. 21 - ICI; 18.11.1999 Slg. 1999, I-8261, 8285 f. Egrd. 26 - X und Y; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5069 Egrd. 97 - Bosman; für die Kapitalverkehrsfreiheit: EuGH 14.12.1995 Slg. 1995, I-4821, 4836 Rdnr. 19. Im Folgenden wird daher nur noch vom Marktzutritt die Rede sein.

sem Zweck werden einerseits staatliche Handlungsspielräume beschnitten und den Mitgliedstaaten andererseits konkrete Regelungsaufträge erteilt. Abweichungen hiervon sind nur bei einer Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen möglich.

### *B. Die inhaltliche Ausgestaltung der Grundfreiheiten*

Die dogmatischen Grundstrukturen der einzelnen Grundfreiheiten haben sich - in zeitlicher Hinsicht - zwar recht unterschiedlich entwickelt, aber mittlerweile doch so sehr angenähert, dass heute mit guten Gründen von einer „Konvergenz der Grundfreiheiten“ gesprochen werden kann<sup>8</sup>. Das rechtfertigt es, im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen auf eine Darstellung der einzelnen Freiheiten zugunsten einer übergreifenden Betrachtungsweise zu verzichten und auf die Besonderheiten der einzelnen Freiheiten nur einzugehen, sofern es notwendig erscheint.

Gemeinsam ist den Grundfreiheiten ihre innere Struktur. Eine Berufung auf die Grundfreiheiten setzt zunächst voraus, dass überhaupt ihr Anwendungsbereich eröffnet ist. Hinzutreten muss eine Beeinträchtigung ihres spezifischen Freiheitsgehalts, die sich nicht rechtfertigen lässt.

#### *I. Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten*

Differenzieren lässt sich der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nach sachlichen, personalen und räumlichen Kriterien.

##### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Aufgabe der Grundfreiheiten ist nicht die Garantie allgemeiner wirtschaftlicher Handlungsfreiheit, sondern lediglich der Schutz bestimmter Formen des grenzüberschreitenden Wirtschaftens, die für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes unerlässlich sind. Welche Handlungsformen dies im einzelnen sind, ist im EGV abschließend festgelegt: Der Handel mit Waren, die Erbringung von Dienst- oder Arbeitsleistungen, die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit und schließlich die Übertragung von Kapital sowie Zahlungsmitteln. Da es sich um gemeinschaftliche Begriffe handelt, ist ihr Bedeutungsgehalt durch autonome Auslegung zu ermitteln. Nur so lässt sich die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts im

---

<sup>8</sup> Vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145; *Classen*, EWS 1995, 97; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43; *Eilmannsberger*, JBl. 1999, 345 u. 434; *Jarass*, EuR 1995, 202.

gesamten Gemeinschaftsgebiet sicherstellen und nationalen Restriktionen entgegenwirken. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die jeweilige Tätigkeit Bestandteil des „Wirtschaftslebens“ iSv Art. 2 EGV ist<sup>9</sup>. Der Begriff des Wirtschaftslebens ist weit zu verstehen und erfasst nicht nur Handlungen, die direkt Erwerbszwecken dienen, sondern sämtliche Verhaltensweisen, die zumindest mittelbar entgeltlich erfolgen. Daher unterfällt z.B. auch die private Einfuhr körperlicher Gegenstände dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 28 EGV<sup>10</sup>.

Darauf, dass die betroffenen Materien kompetenziell den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind, kommt es für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten nicht an. Denn auch wenn die Regelung bestimmter Sachgebiete in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, dürfen sie ihre Befugnisse nur unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben und haben daher alle unzulässigen Beschränkungen der Grundfreiheiten zu vermeiden<sup>11</sup>. Echte Bereichsausnahmen, die von vornherein eine Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen am Maßstab der Grundfreiheiten ausschließen, finden sich lediglich in den Art. 39 Abs. 4, 45 Abs. 1, 55 EGV für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung (Arbeitnehmerfreizügigkeit) bzw. bestimmte, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeiten (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit)<sup>12</sup>. Die Bestimmung der Reichweite dieser Bereichsausnahme ist jedoch nicht Sache der Mitgliedstaaten, sondern eine gemeinschaftsrechtliche Aufgabe und unterliegt folglich der Kontrolle durch den EuGH<sup>13</sup>.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der einzelnen Grundfreiheiten beschränkt sich häufig auf die Unionsbürger (Art. 17 EGV). Nur Angehörige der Mitgliedstaaten können sich auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie die Niederlassungsfreiheit berufen. Drittstaatsangehörigen steht ein solches Recht hingegen nur als Familienangehörigen von Erwerbstätigen aus anderen Mitgliedstaaten zu<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 664.

<sup>10</sup> EuGH 7.3.1989 Slg. 1989, 617 - Schumacher; 8.4.1992 Slg. 1992, I-2575 - Kommission/Deutschland.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. für das Steuerrecht EuGH 14.2.1995 Slg. 1995, I-225, 257 Egrd. 21; 11.8.1995 Slg. 1995, I-2493, 2514 Egrd. 16 - Wielockx; 27.6.1996 Slg. 1996, I-3089, 3124 Egrd. 36 - Asscher; 15.5.1997 Slg. 1997, I-2471, 2499 Egrd. 19 - Futura Participations.

<sup>12</sup> Die Anwendung dieser Bereichsausnahmen setzt freilich voraus, dass der konkrete Sachverhalt an sich einen sachlichen Bezug zum Tatbestand einer Grundfreiheit aufweist, vgl. EuGH 9.9.1999 Slg. 1999, I-5219, 5245 f. Egrd. 19 und 22 - RISEAN.

<sup>13</sup> Vgl. dazu mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen etwa *Calliess/Ruffert-Brechmann*, Art. 39 EGV Rdnr. 99 ff.; *Calliess/Ruffert-Bröhmer*, Art. 45 EGV Rdnr. 3 ff.

<sup>14</sup> Vgl. etwa Art. 11 VO (EWG) Nr. 1612/68 (ABl. EG 1968 L 257, 2) und dazu EuGH 20.6.1985 Slg. 1985, 1873, 1886 Egrd. 25 - Deak; *Calliess/Ruffert-Brechmann*,

Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird über Art. 48, 55 EGV ausdrücklich auch auf Gesellschaften erstreckt, sofern sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Der EuGH gesteht aber auch Gesellschaften in ihrer Stellung als Arbeitgeber das Recht zur Berufung auf Art. 39 EGV zu<sup>15</sup>.

Nicht persönlich, sondern lediglich gegenständlich (= sachlich) beschränkt ist hingegen der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit. Erfasst werden gem. Art. 23 Abs. 2 EGV die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie Waren aus dritten Ländern, sofern sie sich gem. Art. 24 EGV in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden. Wer sich auf die Warenverkehrsfreiheit beruft, ist hingegen irrelevant. Auch Drittstaatsangehörigen steht dieses Recht zu, und zwar unabhängig davon, ob sie in der Gemeinschaft ansässig sind oder nicht<sup>16</sup>. Gleiches gilt für die Kapitalverkehrsfreiheit<sup>17</sup>. Denn beide Freiheiten sind schon aufgrund der betroffenen Materie nicht personal geprägt, sondern rein gegenstandsbezogen und bringen dies durch einen Verzicht auf personale Elemente wie die Staatsangehörigkeit auch deutlich zum Ausdruck. Ihnen liegt folglich keine unionsbürger-, sondern eine verkehrsorientierte Betrachtungsweise zugrunde. Sämtliche Waren und alles Kapital sollen gemeinschafts- bzw. weltweit zirkulieren dürfen. Eine Beschränkung auf Unionsbürger verträgt sich damit nicht.

### 3. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist eröffnet, wenn eine Rechtsbeziehung aufgrund des Ortes, an dem sie entstanden ist oder an dem sie ihre Wirkungen entfaltet, einen räumlichen Bezug zum

---

Art. 39 EGV Rdnr. 21 ff; *GTE-Wölker*, Vorb. zu den Art. 48 bis 50 EGV, Rdnr. 40. Gleiches gilt im übrigen für tatbestandliche Einschränkungen der Grundfreiheiten, wie sie der EuGH beispielsweise mit seiner „Keck“-Rechtsprechung vorgenommen hat, vgl. *Streinz*, FS Rudolf, 199, 211 f.

<sup>15</sup> EuGH 7.5.1998 Slg. 1998, I-2521, 2545 Egrd. 25 - Clean Car Autoservice; ablehnend *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 81.

<sup>16</sup> Mit gleichem Ergebnis *Jarass*, EuR 1995, 202, 208; *ders.*, EuR 2000, 705, 708; a.A. *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 79 f.; *Kingreen/Störmer*, EuR 263, 274 f.; *Ehlers*, Jura 2001, 266, 272.

<sup>17</sup> *Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow*, Art. 73b EGV a.F. Rdnr. 28; *Lenz-Weber*, Art. 56 EGV Rdnr. 24; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 663; a.A. *Ehlers*, Jura 2001, 266, 272.

Gebiet der Gemeinschaft (Art. 299 EGV) aufweist<sup>18</sup>. Ein derartiger räumlicher Bezug besteht bereits dann, wenn die jeweilige Rechtsbeziehung einen hinreichend engen Bezug zum Recht eines Mitgliedstaats besitzt<sup>19</sup>.

Kein Problem des räumlichen Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten, sondern der Beeinträchtigungsebene zuzuordnen ist die Frage, ob auch rein interne Sachverhalte am Maßstab der Grundfreiheiten gemessen werden können. Denn Rechtsverhältnisse zwischen Unionsbürgern und ihren Mitgliedstaaten sind nicht per se vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen, sondern nur beim Fehlen einer das grenzüberschreitende Wirtschaften beeinträchtigenden Wirkung. Ob das der Fall ist, lässt sich aber nur im konkreten Einzelfall feststellen und nicht bereits ex ante aufgrund des Fehlens von über einen Mitgliedstaat hinausreichenden Sachverhaltselementen<sup>20</sup>.

## *II. Der Regelungsgehalt der Grundfreiheiten*

Ausgangspunkt der Entwicklung der Grundfreiheiten war ihr rein gleichheitsrechtliches Verständnis. Inzwischen sind jedoch alle Freiheiten vom EuGH - wenn auch mit unterschiedlichen Differenzierungen - zu Beschränkungsverboten fortentwickelt bzw. durch Änderungen des EGV entsprechend umgestaltet worden. Noch nicht gänzlich geklärt ist die Frage nach der Reichweite der Rechtfertigungstatbestände.

### 1. Diskriminierungsverbot

#### a) Grundsatz

Die wirtschaftlichen Freiheiten des EGV sind zunächst durchgehend als Diskriminierungsverbote interpretiert worden. Ihr Regelungsziel wurde allein in der Sicherstellung einer Gleichbehandlung von In- und Ausländer gesehen. Die Textfassungen der einzelnen Grundfreiheiten legten eine solche Sichtweise auch nahe: Jede „auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer“ ist abzuschaffen (Art. 39 Abs. 2 EGV); eine selbständige Erwerbstätigkeit darf „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ aufgenommen und ausgeübt werden (Art. 43 Abs. 2 EGV); und Dienstleistungen können in einem anderen Mitgliedstaat „unter den Voraussetzungen, welcher dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“, erbracht

---

<sup>18</sup> EuGH 12.12.1974 Slg. 1974, 1405, 1420 Egrd. 28 - Walrave.

<sup>19</sup> EuGH 30.4.1996 Slg. 1996, I-2253, 2278 Egrd. 15 - Boukhalfa.

<sup>20</sup> Ebenso *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 82; a.A. wohl *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 666.

werden (Art. 50 Abs. 2 EGV)<sup>21</sup>. Weniger eindeutig formuliert sind freilich die Art. 28 und 29 EGV. Sie verbieten lediglich ganz allgemein mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Doch lässt sich dem in Art. 30 S. 2 EGV aufgeführten Begriff der „willkürlichen Diskriminierung“ entnehmen, dass die Vertragsstaaten ursprünglich wohl von einem reinen Diskriminierungsverbot ausgingen. Dies entsprach bis zu den Urteilen „Dassonville“<sup>22</sup> und „Cassis de Dijon“<sup>23</sup> im übrigen auch der überwiegenden Ansicht in der Literatur<sup>24</sup>. Allein die Textfassung des in dieser Form erst 1994 in den EGV eingefügten Art. 56 geht von einem eindeutigen Beschränkungsverbot aus und untersagt sowohl „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten“ als auch solche des Zahlungsverkehrs.

b) Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV

Die in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote sind spezielle Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EGV. Die Vorschrift verbietet unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Sie ist zu den speziellen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten subsidiär<sup>25</sup>. Allerdings hat der EuGH dadurch Verwirrung gestiftet, dass er in verschiedenen Urteilen ausführte, nationale Rechtsvorschriften, die wegen ihrer Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des EGV fallen, unterlägen zwangsläufig dem in Art. 12 niedergelegten allgemeinen Diskriminierungsverbot, ohne dass es noch erforderlich wäre, sie mit den besonderen Vorschriften der Art. 28, 30, 49 und 55 EGV in Verbindung zu bringen<sup>26</sup>. Dadurch sollen jedoch die spezi-

---

<sup>21</sup> Wenig kohärent ist freilich, dass in Abs. 1 der Art. 43 und 49 EGV jeweils von „Beschränkungen“ die Rede ist, anschließend dann aber dem Wortlaut nach doch wieder auf die Beseitigung von Diskriminierungen abgestellt wird.

<sup>22</sup> EuGH 11.7.1974 Slg. 1974, 837 - Dassonville.

<sup>23</sup> EuGH 20.2.1979 Slg. 1979, 649 - Cassis de Dijon.

<sup>24</sup> Zur Entwicklung vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 8 ff.

<sup>25</sup> Zum Verhältnis des allgemeinen Diskriminierungsverbots zu den Grundfreiheiten vgl. u.a. *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 66 ff.; *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 7 ff.; *Steindorff*, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 5 ff.

<sup>26</sup> EuGH 20.10.1993 Slg. 1993, I-5145, 5180 Egrd. 27 - Phil Collins u. a.; 26.9.1996 Slg. 1996, I-4661, 4675 Egrd. 14 - Data Delecta u. Forsberg; 20.3.1997 Slg. 1997, I-1711, 1713 Egrd. 16 - Hayes; 2.10.1997 Slg. 1997, I-5325, 5343 - Saldanha und MTS.

ellen Grundfreiheiten nicht verdrängt werden. Der EuGH macht allein deutlich, dass der für Art. 12 erforderliche Anwendungsbereich des Vertrages auch dann eröffnet sein kann, wenn die Grundfreiheiten zwar berührt, aber nicht konkret tatbestandlich einschlägig sind. Art. 12 EGV erfasst daher auch solche nationalen Bestimmungen, die sich in ihrer Zielrichtung nicht gegen eine bestimmte Grundfreiheit richten, sondern allgemein und unspezifisch die Ausübung der Grundfreiheiten behindern können<sup>27</sup>. Solange aber diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu spezifischen Beeinträchtigungen der Freiheitsrechte der einzelnen Marktteilnehmer führen, bleibt es bei einer alleinigen Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten. In der Sache führt dies ohnehin zu keinem Unterschied, da der in Art. 12 EGV und den einzelnen Freiheitsrechten verwendete Diskriminierungsbegriff deckungsgleich ist.

## 2. Beschränkungsverbot

Mit Diskriminierungsverboten allein lässt sich das vom EGV vorgegebene Ziel der Marktintegration nicht erreichen. Und auch das vom Vertrag ergänzend zur Verfügung gestellte Instrumentarium für Maßnahmen zur Rechtsangleichung hilft aufgrund der funktional begrenzten Regulierungskompetenz der Gemeinschaft nur bedingt weiter. Der EuGH hat daher sein Auslegungsmonopol genutzt und die in der Textfassung des EGV als Diskriminierungsverbote ausgestalteten Grundfreiheiten richterrechtlich zu Beschränkungsverboten weiterentwickelt. Sie erfassen nicht nur diskriminierende, sondern alle und damit auch unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbare Maßnahmen, die zur Beschränkung der vom Vertrag garantierten wirtschaftlichen Freiheiten geeignet sind. Sachlich ist die Gleichstellung von diskriminierenden und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen mit ihrer Wirkungsgleichheit zu rechtfertigen: Die von unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen ausgehenden beschränkenden Wirkungen können mindestens genauso weit und mitunter sogar weiter reichen als bei diskriminierenden Maßnahmen. Daher gebietet es der Grundsatz des „*effet utile*“<sup>28</sup>, nicht beim Wortlaut der einzelnen Normen stehen zu bleiben, sondern sie über ein in ihnen formuliertes bloßes Diskriminierungsverbot hinaus auszulegen. Eine solche Interpretation führt zu keiner gem. Art. 48 EUV allein den Mitgliedstaaten vorbehaltenen - Vertragser-

---

<sup>27</sup> Ausführlich dazu *Streinz/Leible*, IPRax 1998, 162, 165 f.; vgl. auch *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 668; *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 50; kritisch *Rossi*, EuR 2000, 197, 207 („keine deutliche Grenze“), allerdings ohne eigenen Lösungsansatz.

<sup>28</sup> Allgemein zum Grundsatz des „*effet utile*“ *Streinz*, FS Everling, 1491 ff.

weiterung, sondern bewegt sich in den Bahnen hergebrachter Teleologie und steht durchaus in der Tradition der völkerrechtlichen Interpretation von Integrationsverträgen<sup>29</sup>.

a) Warenverkehrsfreiheit

Den ersten Schritt unternahm der Gerichtshof im Jahre 1974 im Bereich der Warenverkehrsfreiheit mit seiner bis heute grundlegenden Entscheidung „Dassonville“. Danach ist

„jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ... als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“  
30

Der in dieser sog. „Dassonville“-Formel enthaltene Verweis auf eine mitgliedstaatliche Handelsregelung ließ es zwar noch möglich erscheinen, nur Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV einzubeziehen, deren spezifischer Gehalt die Regelung der Einfuhr ausländischer Waren ist. Spätestens seit „Cassis de Dijon“<sup>31</sup> steht jedoch außer Frage, dass es auf eine diskriminierende Wirkung der in Frage stehenden Rechtsvorschriften nicht ankommt, sondern auch unterschiedslos auf Inlands- und Importprodukte anwendbare Regelungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränken können<sup>32</sup>. Der Grad der verursachten Handelsbeeinträchtigung ist unerheblich, „eine spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ... nicht erforderlich“<sup>33</sup>. Damit hat der Gerichtshof die Warenverkehrsfreiheit vom engen Erfordernis der Diskriminierung, d.h. der offenen oder versteckten Ungleichbehandlung ausländischer Ware, gelöst und sie zu einem allgemeinen und umfassenden Verbot von Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs erweitert. Eine Einschränkung der „Dassonville“-Formel findet sich freilich in der Entscheidung „Keck“. Der EuGH hält zwar weiterhin an seiner in

---

<sup>29</sup> *Streinz*, FS Rudolf, 199, 208 f., auch m. Nachw. zu anderen dogmatischen Ansätzen wie etwa der Ausweitung der materiellen Diskriminierungsbegriffs.

<sup>30</sup> EuGH 11.7.1974 Slg. 1974, 837, 847 Egrd. 5 - Dassonville, seither st. Rspr.

<sup>31</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung zwischen „Dassonville“ und „Cassis de Dijon“ vgl. *Dausés*, in: Dausés (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C I Rdrrn. 96 ff.

<sup>32</sup> EuGH 20.2.1979 Slg. 1979, 649 - REWE /Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“).

<sup>33</sup> EuGH 13.3.1984 Slg. 1984, 1299, 1326 Egrd. 20 - Prantl; 5.4.1984 Slg. 1984, 1797, 1812 f. Egrd. 13 - van de Haar und Kaveka de Meern; 14.3.1985 Slg. 1985, 837, 846 Egrd. 10 - Kommission/Frankreich; 18.5.1993 Slg. 1993, I-2361, 2390 Egrd. 21 - Yves Rocher.

„Dassonville“ getroffenen Definition des Begriffs der Maßnahmen gleicher Wirkung fest, schränkt ihn jedoch für bestimmte Verkaufsmodalitäten ein:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.“<sup>34</sup>

Das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wird so für bestimmte Verkaufsmodalitäten wieder auf ein Diskriminierungsverbot zurückgeführt. Das ist im Grundsatz durchaus zustimmenswert. Klargestellt wird eigentlich nur die Selbstverständlichkeit, dass „die Kontrolle der Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit ... Aufgabe der Grundrechte und nicht der Grundfreiheiten (ist), die allein binnenmarktbezogen zu entfalten sind“<sup>35</sup>. Zu kritisieren sind freilich die vom EuGH gewählten und sehr formalistischen Differenzierungskriterien, die der mitunter etwas komplexeren Lebenswirklichkeit nicht durchweg gerecht werden<sup>36</sup>, und die mehr als dürftige Begründung. Außerdem ist die Aussage, dass diese Maßnahmen nicht geeignet seien, den Warenverkehr zu behindern, eine durch nichts belegte Behauptung. Die bereits andernorts geäußerte Kritik ist hier jedoch nicht zu wiederholen. Vielmehr ist festzuhalten, dass es für den EuGH maßgeblich darauf ankommt, ob eine mitgliedstaatliche Maßnahme den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse versperrt oder stärker behindert als bei inländischen Produkten<sup>37</sup>. Entscheidendes Kriterium ist die Schlechterstellung grenzüberschreitender

<sup>34</sup> EuGH 24.11.1993 Slg. 1993, I-6097, 6131 Egrd. 16 - Keck und Mithouard.

<sup>35</sup> W.-H. Roth, FS Großfeld, 929, 942; ähnlich Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 58; Dausies, in: Dausies (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C I Rdnr. 103a.

<sup>36</sup> Probleme bereitet die Anwendung der „Keck“-Formel bei Werbemaßnahmen und insbesondere beim sog. Euro-Marketing, vgl. dazu m. w. Nachw. Leible, ADI XVI (1994-95), 363 ff.; dens., WRP 1997, 517, 519 ff.; Leible/Sosnitza, K & R 1998, 283, 287 f.

<sup>37</sup> EuGH 24.11.1993 Slg. 1993, I-6097, 6131 Egrd. 17 - Keck und Mithouard. Ebenso EuGH 15.12.1993 Slg. 1993, I-6787, 6823 Egrd. 21 - Hünermund; 2.6.1994 Slg. 1994, I-2355, 2368 Egrd. 12 - Punto Casa; 9.2.1995 Slg. 1995, I-179, 217 Egrd. 21 - Leclerc-Siplec; 23.3.1995 Slg. 1995, I-499, 509 Egrd. 13 - Kommission/Griechenland; 11.8.1995 Slg. 1995, I-2467, 2490 f. Egrd. 12 - Belgapom; 20.6.1996 Slg. 1996, I-2975, 3005 Egrd. 13 - Semeraro.

Sachverhalte<sup>38</sup>. Damit bekennt sich der Gerichtshof auch im Bereich der Grundfreiheiten zum Prinzip des „unvollkommenen Binnenmarkts“<sup>39</sup> und reduziert die Warenverkehrsfreiheit im Rahmen von Art. 28 EGV auf das, was sie ist, nämlich eine Importfreiheit.

Wenig kongruent mit der durch Art. 28 EGV garantierten Importfreiheit ist die durch Art. 29 EGV gewährleistete Exportfreiheit. Das in der Vorschrift niedergelegte Verbot aller mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung ist vom EuGH nie über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus ausgebaut worden. Der EuGH geht zwar im Grundsatz von der Dassonville-Formel aus, betrachtet als gem. Art. 29 EGV verboten jedoch nur solche nationalen Maßnahmen, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt<sup>40</sup>. Dieser Ansatz ist ersichtlich am Gedanken eines Wettbewerbs der Mitgliedstaaten orientiert, da er Belastungen der inländischen Wirtschaft unberücksichtigt lässt. Er wird deshalb dem Binnenmarktgedanken nicht gerecht. Denn primäres Ziel des Binnenmarkts ist nicht ein Wettbewerb der Rechtsordnungen, sondern der Unternehmen<sup>41</sup>. Ihnen wird die Freiheit zu grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Aktivitäten eingeräumt, damit sie auf den Märkten anderer Mitgliedstaaten konkurrieren können. Der hierfür notwendige freie Zugang zu allen mitgliedstaatlichen Absatzmärkten bedingt einerseits, dass sie mangels entgegenstehender Gründe des Allgemeininteresses ihre im Herkunftsland produzierten und in den Verkehr gebrachten Produkte in allen Mitgliedstaaten vertreiben können. Das garantiert bereits Art. 28 EGV. Freier Marktzugang und Konkurrenzfähigkeit setzen aber genauso voraus, dass Unternehmen die Möglichkeit haben, auf fremden Märkten zu den dort geltenden Bedingungen anbieten zu können. Diese Chance wird ihnen auch durch unterschiedslos anwendbare Regelungen des Herkunftslandes genommen, die eine Herstellung von an den Standards anderer Absatzmärkte ausgerichteter Produkte nicht zulassen und so deren Ausfuhr unmöglich machen. Art. 29 EGV kann sich daher nicht nur auf ein Verbot diskriminierender oder protektionistisch wirkender Vorschriften beschränken, sondern muss alle unterschiedslos anwendbare Regelungen erfassen, die zu einer spezifischen Beschränkung der Ausfuhrströme geeignet sind<sup>42</sup>. Für die hier

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu mit weiteren Differenzierungen *Jarass*, EuR 2000, 705, 710 ff.

<sup>39</sup> Zutreffend *Steindorff*, ZHR 158 (1994), 149 ff.

<sup>40</sup> Vgl. vor allem EuGH 8.11.1979 Slg. 1979, 3409, 3415 - Groenveld; 14.7.1981 Slg. 1981, 1993, 2009 - Oebel; 15.12.1982 Slg. 1982, 4575 - Oosthoek; 10.3.1983 Slg. 1983, 555, 566 - Inter-Huiles; 1.4.1982 Slg. 1982, 1299, 1313 - Holdijk; 7.2.1984 Slg. 1984, 483, 503 - Jongeneel Kaas; 18.2.1986 Slg. 1986, 559, 589 - Bulk Oil; 12.12.1990 Slg. 1990, I-4625, 4644 - Hennen Olie; 24.1.1991 Slg. 1991, I-107, 124 - Alsthom Atlantique.

<sup>41</sup> Näher zum Systemwettbewerb in § 9, B IV.

<sup>42</sup> *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 29 EGV Rdnr. 4; *GTE/Müller-Graff*, Art. 34 EGV Rdnr. 19 ff; *W.-H. Roth*, ZHR 159 (1995), 78; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 732; *Dauses*, in: *Dauses* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C I Rdnr. 122b; ähnlich *Calles/Ruffert-Epiney*, Art. 29 EGV Rdnr. 22; *Kapteyn/VerLoren van Themaat*, *Introduction to the Law of the European Communities*, 648 ff. m. w. Nachw.

vertrene Sichtweise spricht im übrigen auch die jüngst zur Dienstleistungsfreiheit ergangene EuGH-Entscheidung „Gourmet International“. Der EuGH nahm einen Verstoß gegen das Recht zum Dienstleistungsexport an, obwohl es sich bei der in Frage stehenden Regelung nach seiner eigenen Aussage um eine nicht diskriminierende Maßnahme handelte<sup>43</sup>, eine spezifische Grenzüberschrittsbehinderung also nicht intendiert war. Dass der Gerichtshof gleichwohl vom Vorliegen eines Beschränkungstatbestands ausgeht, lässt angesichts des Gedankens der Kohärenz der Grundfreiheiten eine Rechtsprechungsänderung im Rahmen von Art. 29 EGV angezeigt erscheinen<sup>44</sup>.

#### b) Dienstleistungsfreiheit

Anders als die - zumindest auf der Tatbestandsebene - neutral formulierte Warenverkehrsfreiheit geht der Wortlaut des Art. 50 Abs. 2 EGV deutlich vom Erfordernis einer Diskriminierung aus<sup>45</sup>. Gleichwohl deutete sich bereits in der kurz nach „Dassonville“ ergangenen Entscheidung „Van Binsbergen“ an, dass auch die Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot zu verstehen ist. Denn der Gerichtshof zählte zu den nach Art. 49, 50 EGV verbotenen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs

„alle Anforderungen, die an den Leistenden namentlich aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen des Fehlens eines ständigen Aufenthalts in dem Staate, in dem die Leistung erbracht wird, gestellt werden und nicht für im Staatsgebiet ansässige Personen gelten oder in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern.“<sup>46</sup>

Mit der Entscheidung „Koestler“ geweckte Zweifel an dieser Sichtweise<sup>47</sup> wurden spätestens in „Säger“ beseitigt, in der der Gerichtshof das Art. 49 EGV inhärente Beschränkungsverbot in unmissverständlichen Worten umschreibt. Danach verlangt die Vorschrift

„nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten gelten - ..., wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem an-

<sup>43</sup> EuGH 8.3.2001 EuZW 2001, 251, 253 Egrd. 38 – Gourmet International.

<sup>44</sup> Leible, EuZW 2001, 253, 255.

<sup>45</sup> Und wohl auch die „Väter des Vertrages“, vgl. Everling, FS von der Groeben, 111, 120 f.

<sup>46</sup> EuGH 3.12.1974 Slg. 1974, 1309 Egrd. 10 - van Binsbergen (Hervorhebungen vom Verf.).

<sup>47</sup> Der EuGH betrachtete das deutsche Verbot von Differenzgeschäften nicht als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, da es unterschiedslos anwendbar sei, Art. 46 EGV jedoch nur rechtliche oder tatsächliche Diskriminierungen verbiete, vgl. EuGH 24.10.1978 Slg. 1978, 1971, 1980 Egrd. 5 – Koestler, und näher unter § 4, D IV 3 a.

deren Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienste erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“<sup>48</sup>.

Damit wurde auf der Tatbestandsebene eine Konvergenz zwischen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit erreicht, die sogar so weit geht, dass der EuGH - völlig zu recht - nicht einmal die Anwendbarkeit seiner „Keck“-Doktrin im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs von vornherein ausschließen mag<sup>49</sup>.

Ebenso wie die Warenverkehrsfreiheit das Recht zum Warenexport beinhaltet, umfasst die Dienstleistungsfreiheit das Recht zum Dienstleistungsexport. Jeder Unternehmer kann sich gegenüber seinem eigenen Mitgliedstaat auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn er seine Leistungen an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen erbringen möchte. Aus verschiedenen EuGH-Entscheidungen ist nun hergeleitet worden, dass „der Gerichtshof auch im Kontext der Dienstleistungsfreiheit nur spezifische Grenzüberschreitungsbehinderungen als Behinderung der Ausgangsfreiheit qualifiziert“<sup>50</sup>. Der EuGH hat in „Gourmet International“ freilich gegenteilig entschieden und das Vorliegen eines Beschränkungstatbestands bejaht, obwohl eine spezifische Grenzüberschreitungsbehinderung nicht das Ziel der umstrittenen Vorschrift war<sup>51</sup>.

### c) Niederlassungsfreiheit

Ganz im Gegensatz zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit wurde die Niederlassungsfreiheit lange Zeit lediglich als ein Gebot der Inländergleichbehandlung verstanden<sup>52</sup>. Für eine solche Sichtweise sprach neben dem Wortlaut des Art. 43 EGV vor allem die Entstehungsgeschichte der Norm<sup>53</sup>. Und auch der EuGH ging bis Mitte der achtziger Jahre davon aus, dass Art. 43 EGV allein ein Diskriminierungsverbot beinhaltet<sup>54</sup>. Seitdem ist jedoch in zahlreichen Entscheidungen deutlich geworden, dass der Gerichtshof der Niederlassungsfreiheit einen weitergehenden Regelungs-

<sup>48</sup> EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4221, 4243 Egrd. 12 - Säger. Seither st. Rspr., vgl. z.B. EuGH 9.8.1994 Slg. 1994, I-3803, 3823 Egrd. 14 - Vander Elst; 28.3.1996 Slg. 1996, I-1905, 1920 f. Egrd. 10 - Guiot; 12.12.1996 Slg. 1996, I-6511, 6537 Egrd. 25 - Reisebüro Broede; 9.7.1997 Slg. 1997, I-3899, 3921 Egrd. 18 -Parodi; 23.11.1999 Slg. 1999, I-8453, 8513 Egrd. 33 - Arblade.

<sup>49</sup> EuGH 10.5.1995 Slg. 1995, I-1141, 1177 Egrd. 36 - Alpine Investments. Vgl. außerdem den Hinweis in EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5070 Egrd. 103 - Bosman. Wenig aussagekräftig hingegen EuGH 11.4.2000 NJW 2000, 2011, Egrd. 61 - Deliège; vgl. dazu Röthel, EuZW 2000, 379, 380; Streinz, JuS 2000, 1015, 1017.

<sup>50</sup> Eilmannsberger, JBl. 1999, 434, 450.

<sup>51</sup> Vgl. EuGH 8.3.2001 EuZW 2001, 251 - Gourmet International m. Anm. Leible.

<sup>52</sup> Nachw. bei W.-H. Roth, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E I Rdnr. 61 in Fußn. 140.

<sup>53</sup> Vgl. dazu Everling, FS von der Groeben, 111 113 ff.

<sup>54</sup> Zusammenstellung der EuGH-Rechtsprechung in den Schlußanträgen von GA Lenz, Slg. 1987, 719, 732 Nr. 29 f. - Kommission/Belgien.

gehalt zumisst<sup>55</sup>. Ob dieser dem eines Beschränkungsverbots gleichkommt oder sich in einem sehr weit verstandenen Diskriminierungsverbot erschöpft, das mitunter auch ohne weiteren Erkenntnisgewinn als „Behinderungsverbot“ bezeichnet wird<sup>56</sup>, ist freilich bis heute umstritten. Für erstgenannte Annahme spricht die Tatsache, dass der Gerichtshof mehrfach Ausnahmen aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ zugelassen und damit auf einen nach seiner allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik nur bei diskriminierungsfreien Maßnahmen zu beachtenden Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen hat. Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung „Gebhard“, in der der Gerichtshof unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten ausführt,

„dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“<sup>57</sup>

In der Entscheidung „Kemmler“ wird schließlich nur noch festgestellt, dass gem. Art. 43 EGV die Beschränkungen der freien Niederlassung aufzuheben seien und daher nationale Regelungen, die die Ausdehnung der Betätigung über das Gebiet eines Mitgliedstaates hinaus behindern, unzulässig seien<sup>58</sup>. Folgerichtig ordnete der EuGH eine diskriminierungsfrei ausgestaltete Sozialversicherungspflicht für Selbständige als Behinderung der freien Niederlassung ein, sofern sie auch Personen erfasst, die bereits in ihrem Wohnsitzstaat einem System der sozialen Sicherheit angehören. Beschränkungswirkung kam seiner Ansicht nach auch einer belgischen Regelung zu, die Augenoptikern bestimmte Methoden der Augenuntersuchungen verbot und diese allein Augenärzten vorbehielt<sup>59</sup>. Trotz dieser eindeutigen Aussagen wird von einem Teil des Schrifttums bis heute be-

---

<sup>55</sup> Vgl. insbesondere EuGH 12.7.1984 Slg. 1984, 2971 - Klopp; 7.5.1991 Slg. 1991, I-2357 - Vlassopoulou; 31.3.1993 Slg. 1993, I-1663 - Kraus.

<sup>56</sup> So Callies/Ruffert-Bröhmer, Art. 43 EGV Rdnr. 25; ähnlich Lenz-Scheuer, Art. 43 EGV Rdnr. 7 und 9.

<sup>57</sup> EuGH 30.11.1995, Slg. 1995, I-4165, 4197 f. Egrd. 37 - Gebhard. Wortidentisch etwa EuGH 4.7.2000 EuZW 2000, 733, 736 Egrd. 57 - Haim, 1.2.2001 (noch nicht veröffentlicht) Egrd. 26 - Mac Quen.

<sup>58</sup> EuGH 15.2.1996 Slg. 1996, I-703, 714 f. Egrde. 9 und 11 - Kemmler.

<sup>59</sup> EuGH 1.2.2001 (noch nicht veröffentlicht) - Mac Quen.

stritten, dass Art. 43 EGV mehr als nur ein Gleichheitsrecht ist<sup>60</sup>. In der Tat lassen sich einige der vom EuGH als Beschränkungstatbestände behandelten Sachverhaltskonstellationen unter Zugrundelegung eines weiten Diskriminierungsbegriffs auch als Ungleichbehandlungen verstehen<sup>61</sup>. Das vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Rechtsprechung des EuGH erkennbar auch auf die Beseitigung von Hindernissen zielt, die sich aus den zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden Unterschieden in den für alle gleichermaßen anwendbaren Vorschriften, etwa über die Berufszulassung oder -ausübung, ergeben<sup>62</sup>. Diese Einbeziehung unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Art. 43 EGV entbehrt auch nicht der Logik. Denn allein mit einem Gebot der Inländergleichbehandlung lässt sich der mit Art. 43 EGV angestrebte freie Marktzugang für selbständig Tätige nicht erreichen. So bewirkt z.B. ein unterschiedslos anwendbares Verbot der Errichtung einer Zweitniederlassung, dass Personen, die sich bereits in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen haben, von der Niederlassungsfreiheit nur unter Aufgabe ihrer bisherigen Niederlassung Gebrauch machen können<sup>63</sup>. Ebenso kann ein auf eine nicht diskriminierende Vorschrift wie § 9 östUWG gestütztes Verbot der Benutzung bestimmter Firmenkennzeichen dazu führen, dass einem in mehreren Mitgliedstaaten tätigen Konzern ein gemeinschaftsweit einheitliches Auftreten sowie die Kostenersparnis einheitlicher Marketingstrategien unmöglich gemacht und damit seine Niederlassung behindert wird<sup>64</sup>. Derartige Marktzugangssperren lassen sich nur mit Hilfe eines Beschränkungsverbotese beseitigen. Gleiches gilt bei der Gefahr von Doppelbelastungen. Gleichwohl darf die insoweit zu konstatierende Konvergenz der Niederlassungs- mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nicht über bestehende Unterschiede zwischen den einzelnen Freiheiten hinwegtäuschen. Wer sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen oder dort über eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung tätig werden möchte, plant - anders als beim grenzüberschreitenden Angebot von Waren oder Dienstleistungen - eine weitergehende Integration in das Wirtschaftssystem des Aufnahmestaates. Von ihm die Beachtung der unterschiedslos für In- und Ausländer geltenden Rechtsvorschriften zu verlangen, ist daher

---

<sup>60</sup> Insbesondere *Nachbaur*, Niederlassungsfreiheit, passim.

<sup>61</sup> Nachweise bei *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 64 ff.; vgl. auch *Calliess/Ruffert-Bröhmer*, Art. 43 EGV Rdnr. 30.

<sup>62</sup> So z.B. auch *Everling*, GS Knobbe-Keuk, 607, 625; *W.-H. Roth*, GS Knobbe-Keuk, 729, 733; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 73; *Weiß*, EuZW 1999, 493, 496.

<sup>63</sup> Vgl. EuGH 12.7.1984 Slg. 1984, 2971, 2989 Egrd. 18 - Klopp.

<sup>64</sup> EuGH 11.5.1999 Slg. 1999, I-2835, 2859 f. Egrd. 19 - Pfeiffer.

durchaus sachgerecht, sofern ihnen nicht ausnahmsweise marktzugangssperrender Charakter zukommt. Denn ansonsten droht das gesamte Wirtschafts- und Gewerberecht der Mitgliedstaaten in den Einflussbereich der Niederlassungsfreiheit zu gelangen, ein von Vätern des Vertrages sicherlich nicht gewolltes und auch mit der lediglich marktöffnenden Funktion der Grundfreiheiten kaum zu vereinbarendes Ergebnis. Das heisst: Die Niederlassungsfreiheit beinhaltet nur insoweit ein Beschränkungsverbot, wie es um die Sicherung des Marktzugangs geht. Ist der Marktzugang gewährleistet, gilt es nur noch, Wettbewerbsgleichheit, d.h. unverfälschte Wettbewerbsbedingungen durch die Gleichbehandlung von In- und Ausländern, sicherzustellen. Hierfür genügt ein - auch mittelbare Diskriminierungen umfassendes - Diskriminierungsverbot<sup>65</sup>. In der Sache entspricht das durchaus dem in der „Keck“-Rechtsprechung zum Ausdruck kommenden Gedanken, Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten nur soweit zu beschneiden, wie dies zur Marktöffnung erforderlich ist<sup>66</sup>.

Besondere Probleme bereitet die Bestimmung der Reichweite des Niederlassungsrechts für Gesellschaften. Gem. Art. 48 EGV stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind, gleich. Welche Bedeutung der Vorschrift und insbesondere den in ihr aufgeführten Anknüpfungsmerkmalen zukommt, ist bis heute umstritten<sup>67</sup>.

#### d) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde ebenso wie die Niederlassungsfreiheit lange Zeit als reines Diskriminierungsverbot betrachtet, das freilich nicht nur formelle, sondern auch materielle Diskriminierungen untersagt<sup>68</sup>. Allerdings deuteten zahlreiche Entscheidungen, in denen der EuGH zwar vom Vorliegen einer faktischen Diskriminierung ausging, aber gleichwohl nach dem Muster seiner Cassis-Rechtsprechung die Möglichkeit einer Rechtfertigung im Allgemeininteresse prüfte<sup>69</sup>, auf ein sich wandelndes Verständnis der Arbeitnehmerfreizügigkeit als einem allgemeinen Be-

---

<sup>65</sup> Ebenso *Everling*, GS Knobbe-Keuk, 607, 617; *W.-H. Roth*, GS Knobbe-Keuk, 729, 738.

<sup>66</sup> Ebenso *Rüffler*, WBl. 1999, 297, 298 f.

<sup>67</sup> Dazu m. w. Nachw. *Michalski-Leible*, GmbHG, Kap. 4.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. EuGH 7.5.1998 Slg. 1998, I-2521, 2546 Egrde. 27 - *Clean Car Autoservice*.

<sup>69</sup> Vgl. z.B. EuGH 30.5.1989 Slg. 1989, 1591, 1610f. Egrde. 13 ff. - *Allué I*; 28.1.1992 Slg. 1992, I-249, 281 ff. Egrde. 15 ff. - *Bachmann*; 2.8.1993 Slg. 1993, I-4309, 4334 Egrde. 14 ff. - *Allué II*; 20.10.1993 Slg. 1993, I-5185, 5208 Egrde. 19 f. - *Spotti*; 20.11.1997 1997, I-6527, 6559 Egrde. 56 - *Petri*.

schränkungsverbot hin. Klar liegen die Dinge seit der Entscheidung „Bosman“. In der Sache ging es um Transferregelungen des belgischen Fußballverbands. Sie sahen vor, dass ein Berufsfußballspieler, der den Verein wechselt, vom neuen Verein nur nach Zahlung einer Ablösesumme beschäftigt werden darf, selbst wenn der Vertrag mit seinem alten Verein bereits abgelaufen ist, und führten zum Scheitern des Transfers des belgischen Fußballspielers Bosman von einem belgischen zu einem französischen Verein. Der EuGH erkennt ausdrücklich an, dass

„die in Rede stehenden Transferregeln auch für den Wechsel von Spielern zwischen Vereinen gelten, die im selben Mitgliedstaat unterschiedlichen nationalen Verbänden angehören, und dass die Wechsel zwischen Vereinen, die demselben nationalen Verband angehören, entsprechenden Regeln unterliegen“<sup>70</sup>.

Es handelt sich also um unterschiedslos anwendbare Regelungen, denen nicht einmal ein mittelbar diskriminierender Charakter eigen ist. Gleichwohl beeinträchtigen sie nach Auffassung des EuGH die Freizügigkeit der Arbeitnehmer,

„da sie vorsehen, dass ein Berufsfußballspieler seine Tätigkeit nicht bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Verein ausüben kann, wenn dieser Verein nicht die Transferentschädigung gezahlt hat, deren Höhe zwischen beiden Vereinen vereinbart oder gemäß den Vorschriften der Sportverbände bestimmt wurde.“<sup>71</sup>

Art. 39 EGV beinhaltet folglich nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern zugleich ein Beschränkungsverbot. Ähnlich wie für die Niederlassungsfreiheit muss aber auch für die Arbeitnehmerfreizügigkeit gelten, dass sich ihre Wirkung auf die Beseitigung den Marktzugang behindernder Regelungen beschränkt und nach Inkorporierung des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates in einem Diskriminierungsverbot erschöpft. Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung bloßer Berufsausübungs- und Aufenthaltsmodalitäten<sup>72</sup> ist also nur durch ein Verbot der Ungleichbehandlung eigener und Staatsangehöriger anderer Mitgliedstaaten beschränkt<sup>73</sup>. Damit wird wiederum dem in „Keck“ zum Ausdruck kommenden Gedanken der Funktionsgebundenheit der Grundfreihei-

---

<sup>70</sup> EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5069 Egrd. 98 - Bosman.

<sup>71</sup> EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5070 Egrd. 100 - Bosman.

<sup>72</sup> Der Begriff der „Aufenthaltsmodalitäten“ ist freilich noch präzisierungsbedürftig. Vgl. dazu z.B. Reichold, ZEuP 1998, 434, 448 f.

<sup>73</sup> Ebenso Calliess/Ruffert-Brechmann, Art. 39 Rdnr. 50; Schröder, JZ 1996, 254, 255 f.; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 49; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 179; Streinz, FS Rudolf, 199, 211 f. Ähnlich Nettesheim, NVwZ 1996, 342, 343 ff. (wirtschaftlicher Ordnungsrahmen). Vgl. auch die Überlegungen von GA Fenelly (noch nicht veröffentlicht) - Graf.

ten Rechnung getragen. Der EuGH scheint dies ähnlich zu sehen. Denn er mag in „Bosman“ die Übertragbarkeit seiner „Keck“-Rechtsprechung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht von vornherein ausschließen, sondern verneint deren Einschlägigkeit allein aufgrund der unzweifelhaft marktzugangssperrenden Wirkung der belgischen Transferregelungen<sup>74</sup>.

#### e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Von vornherein als Beschränkungsverbot ausgestaltet wurde die Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs<sup>75</sup>. Art. 56 Abs. 1 EGV verbietet alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und darüber hinaus auch zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern. Was unter Beschränkungen des Kapitalverkehrs zu verstehen ist, ist vom Gerichtshof bislang nicht - wie etwa im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit durch die sog. „Dassonville“-Formel - abstrakt-generell definiert, sondern immer nur einzelfallweise konkretisiert worden. Gleichwohl liegt die Annahme nahe, dass der EuGH auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit von einem weiten Verständnis des Beschränkungsbegriffs ausgeht. Denn er hat mehrmals Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs nicht nur aus den in Art. 58 EGV aufgeführten, sondern auch aus Gründen des zwingenden Allgemeininteresses zugelassen<sup>76</sup>. Das Konzept der zwingenden Allgemeininteressen wurde aber ursprünglich entwickelt, um den aufgrund einer Ausweitung der Grundfreiheitenbestände und der damit nicht korrespondierenden vertraglichen Rechtfertigungsgründe drohenden Verlust mitgliedstaatlicher Regelungskompetenz zum Schutz als wichtig angese-

---

<sup>74</sup> EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5070 Egrd. 103 - Bosman.

<sup>75</sup> Dabei ist freilich zu beachten, dass die Vorschrift erst durch Vertrag von Maastricht ihre heutige Form erhalten hat und bis dahin eine Verpflichtung zur Beseitigung von Kapitalverkehrsbehinderungen unter dem Vorbehalt des Erlasses von für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlichen Sekundärrechtsakten stand (Art. 67 EWGV). Art. 56 EGV ist folglich erst seit dem 1.1.1994 unmittelbar anwendbares Recht und kann daher auch erst ab diesem Zeitpunkt überhaupt als Grundfreiheit bezeichnet werden, die „dem Bürger Rechte verleiht, die dieser gerichtlich geltend machen kann und die die nationalen Gerichte schützen müssen“ (EuGH 14.12.1995 Slg. 1995, I-4821, 4842 Egrd. 43 - Sanz de Lera). Zur Entwicklung vgl. Calliess/Ruffert-Bröhmer, Art. 56 Rdnr. 1 ff.; GTE-Kiemel, Art. 67 bis 73 EGV, Rdnr. 1 ff.; Rohde, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 39 ff.; Honrath, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 51 ff.

<sup>76</sup> Zuerst in EuGH 3.2.1993 Slg. 1993, I-487, 518 Egrd. 9 ff. - Veronica. Später z.B. in EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 29 ff. - Trummer und Mayer (dazu Leible, JA-R 1999, 5); vgl. auch Freitag, EWS 1997, 186, 195 m. w. Nachw. in Fußn. 73; Rohde, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 158 ff.; Honrath, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 71 ff.

hener Rechtsgüter zu kompensieren (dazu sogleich). Daher spricht vieles dafür, in Anlehnung an die „Dassonville“-Formel als Beschränkung iSv Art. 56 EGV jede mitgliedstaatliche Maßnahme anzusehen, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Kapitalverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“<sup>77</sup>. Die Weite dieses Beschränkungsbegriffs führt allerdings zu den gleichen Abgrenzungsproblemen wie bei den übrigen Grundfreiheiten. Auch hier muss darum gelten: Weder formell noch materiell diskriminierende mitgliedstaatliche Regelungen werden nur erfasst, wenn sie marktzugangssperrende Wirkung haben. Ansonsten besteht lediglich ein Diskriminierungsverbot. Unterschiedslos geltende und den „Verkaufsmodalitäten“ iSd „Keck“-Rechtsprechung vergleichbare nationale Regelungen im Bereich des Kapitalverkehrs - etwa über die Pflicht zur notariellen Beurkundung oder grundbuchrechtlichen Registrierung von Transaktionen im Immobilienbereich - fallen daher nicht in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit<sup>78</sup>.

Die Freiheit des Zahlungsverkehrs ist in Art. 56 Abs. 2 EGV wortidentisch mit der des Kapitalverkehrs ausgestaltet worden. Es liegt dementsprechend nahe, der Vorschrift auch den gleichen Beschränkungs begriff zugrunde zu legen. Unterschiede ergeben sich lediglich auf der Rechtfertigungsebene, da die in den Art. 57 und 59 EGV geregelten Beschränkungsmöglichkeiten bzw. Schutzmaßnahmen auf den Kapital-, nicht jedoch den Zahlungsverkehr mit Drittstaaten beschränkt sind.

### 3. Rechtfertigung

Die dem einzelnen durch die Grundfreiheiten eingeräumten Rechte können nicht unbegrenzt sein. Denn der freie Marktzugang ist kein absoluter Wert, sondern muss ins Verhältnis zu den mit ihm konfligierenden Rechtsgütern gesetzt und mit ihnen kompatibel gemacht werden. Das bedingt zum einen eine Entscheidung darüber, welche anderen Rechtsgüter in diesen Abwägungsprozess überhaupt einzubeziehen sind. Zum anderen muss festgelegt werden, nach welchen Kriterien sich die Abwägung zu richten hat.

---

<sup>77</sup> Vgl. auch Grabitz/Hilf-Ress/Ukrow, Art. 73b EGV a. F. Rdnr. 11: „... unmittelbare oder mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderungen, Begrenzungen oder Untersagungen für den Zufluß, Abfluß oder Durchfluß von Kapital“.

<sup>78</sup> Ähnlich Callies/Ruffert-Bröhmer, Art. 56 EGV Rdnr. 746; Ohler, WM 1996, 1801, 1806; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 183; Honrath, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 75 ff.; Rohde, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 132; a.A. Kimms, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, 183.

## a) Im Vertrag formulierte Rechtfertigungsgründe

Im Vertrag selbst sind zahlreiche Rechtfertigungsgründe ausdrücklich normiert. So können z.B. sämtliche Grundfreiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit sowie - unter Ausnahme der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit - zum Schutz der Gesundheit eingeschränkt werden<sup>79</sup>. Art. 30 EGV zählt darüber hinaus noch einige weitere Rechtsgüter auf, zu deren Schutz Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit möglich sind, etwa das gewerbliche und kommerzielle Eigentum oder nationales Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert. Und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit lässt gem. Art. 58 Abs. 1 EGV das Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung bestimmter steuer- und aufsichtsrechtlicher Maßnahmen bzw. Vorschriften mit beschränkendem Charakter unberührt<sup>80</sup>.

Die im EGV aufgeführten Rechtfertigungsgründe sind unter Ausnahme der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit erkennbar nur auf Diskriminierungsverbote zugeschnitten. Denn die Verfasser des Vertrages verfolgten - wie bereits erwähnt - bei der Formulierung der einzelnen Freiheiten lediglich das Ziel, das bereits aus den traditionellen Handels- und Niederlassungsverträgen bekannte Prinzip der Inländergleichbehandlung gemeinschaftsweit sicherzustellen. Und Art. 46 Abs. 1 EGV spricht sogar ausdrücklich nur von einer Rechtfertigung von „Sonderregelungen für Ausländer“. Gleiches gilt gem. Art. 55 EGV für die Niederlassungsfreiheit. Derartige Rechtfertigungsgründe passen von vornherein nicht auf unterschiedslose Maßnahmen. Aber auch bei den übrigen Rechtfertigungsgründen stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie ein geeignetes Korrektiv für die Ausweitung der Grundfreiheitentatbestände zu Beschränkungsverboten sein können. Angeboten hätte sich, legitime Regelungsziele - wie etwa den Umwelt- oder Verbraucherschutz - unter den für alle Grundfreiheiten geltenden Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung zu subsumieren. Der EuGH hat eine solche Vorgehensweise freilich abgelehnt, weil es sich bei den im Vertrag aufgeführten Rechtfertigungsgründen um Ausnahmen von der Grundregel handele, dass alle Hindernisse für die vom Vertrag garantierten zu beseitigen sind. Da Ausnahmevorschriften eng auszulegen seien, könnten die dort aufgeführten Ausnahmen nicht auf andere als die

---

<sup>79</sup> Art. 30 S. 1, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55, 58 Abs. 1 lit. b EGV.

<sup>80</sup> Erfasst werden von diesem Rechtfertigungstatbestand jedoch nicht final auf eine Beschränkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gerichtete Maßnahmen und Vorschriften, sondern nur solche, „die gelten würden, wenn wegen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit keinerlei Kontrollmaßstäbe zulässig wären“, vgl. Calliess/Ruffert-Bröhmer, Art. 58 EGV Rdnr. 9; ähnlich GTE-Kiemel, Art. 73 d EGV, Rdnr. 22.

abschließend aufgezählten Fälle ausgedehnt werden<sup>81</sup>. Diese Argumentation vermag allerdings kaum zu überzeugen und ist daher in der Literatur wiederholt und zu recht kritisiert worden<sup>82</sup>.

#### b) Immanente Schranken

Der EuGH hat gleichwohl einen anderen Lösungsansatz gewählt und bis heute beibehalten. Der entscheidende Schritt erfolgte in der zur Warenverkehrsfreiheit ergangenen Entscheidung „Cassis de Dijon“ mit der Entwicklung der sog. Cassis-Formel. Danach ist es

„in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung ... Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung von (Waren) betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse, die sich aus den Unterschieden der nationalen Vorschriften über die Vermarktung von Erzeugnissen ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“<sup>83</sup>

Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass mit der tatbestandlichen Erweiterung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten eine Erweiterung der mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten korrespondieren muss. Dogmatisch handelt es sich bei den zwingenden Erfordernissen allerdings nicht um Rechtfertigungsgründe<sup>84</sup>. Sie haben vielmehr tatbestandsausschließende Wirkung. Sie begrenzen die Warenverkehrsfreiheit bereits auf der Tatbestandsebene und werden deshalb als „immanente Schranken“ bezeichnet<sup>85</sup>: Mitgliedstaatliche Vorschriften, die den Anforderungen der Cassis-Formel genügen, können von vornherein nicht als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen

---

<sup>81</sup> EuGH 17.6.1981 Slg. 1981, 1625, 1638 Egrd. 7 - Kommission/Irland; st. Rspr., vgl. z.B. die Nachweise bei GTE-Müller-Graff, Art. 36 EGV Rdnr. 23 in Fußn. 52.

<sup>82</sup> Vgl. z.B. Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse, S. 62 ff.; Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 155; Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 20 und Art. 30 EGV Rdnr. 3; GTE-Müller-Graff, Art. 36 EGV Rdnr. 28 f.; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdnr. 1135 Streinz, Europarecht, Rdnr. 693 und 699.

<sup>83</sup> EuGH 20.2.1979 Slg. 1979, 649, 662 Rdnr. 8 - Cassis de Dijon.

<sup>84</sup> Der Sache nach geht es aber um nichts anderes als eine Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten. Im Rahmen dieser Arbeit wird daher sowohl für die zwingenden Erfordernisse als auch für die im Vertrag genannten Gründe der Begriff der „Rechtfertigung“ benutzt. Im übrigen spricht in jüngerer Zeit auch der EuGH ganz allgemein von Rechtfertigung, vgl. z.B. EuGH 26.6.1997 Slg. 1997, I-3689, 3715 Egrd. 18 - Familiapress.

<sup>85</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 20; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdnr. 1135; Streinz, Europarecht, Rdnr. 700.

qualifiziert werden<sup>86</sup> und unterliegen daher auch nicht dem Zwang zur Rechtfertigung anhand der im Vertrag explizit aufgeführten Rechtfertigungsgründe. Die tatbestandsausschließende Wirkung darf allerdings nicht zu der Annahme verleiten, dass die Regelungskompetenz für zwingende Erfordernisse allein bei den Mitgliedstaaten liegt. Wie noch näher zu zeigen sein wird, stehen auch mitgliedstaatliche Regelungen zur Wahrung zwingender Erfordernisse unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit und unterliegen damit einer Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts. Echte Bereichsausnahmen, die dazu führen, dass bestimmte Sachverhalte gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts herausfallen, finden sich im Bereich der Grundfreiheiten lediglich in den Art. 39 Abs. 4 und 45 Abs. 1 (ggf. iVm Art. 55) EGV<sup>87</sup>.

Die Cassis-Formel wird vom EuGH in abgewandelter Form auch bei den übrigen Grundfreiheiten angewendet. Bereits in „Van Binsbergen“ - und damit sogar noch vor „Cassis de Dijon“ - hat er für die Dienstleistungsfreiheit anerkannt, dass Beschränkungen zulässig sein können, die sich aus der Anwendung „durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter“ mitgliedstaatlicher Regelungen ergeben können<sup>88</sup>. Ähnliche Ausführungen finden sich für die übrigen Grundfreiheiten. Sie sind in „Gebhard“ dann für alle Grundfreiheiten dahingehend zusammengefaßt worden, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern können, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein müssen<sup>89</sup>. Ob es sich dogmatisch jeweils um immanente Schranken handelt, lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs freilich nicht mit hinreichender Gewissheit entnehmen.

Welche zwingenden Erfordernisse bzw. Allgemeininteressen den Grundfreiheiten vorgehen, ist bislang vom EuGH nicht abschließend festgelegt worden. Das widerspricht auch dem mit dieser Rechtsprechung angestrebten Ziel, mitgliedstaatlichen Bedürfnissen zum Schutz als wichtig angesehener Rechtsgüter flexibel Rechnung tragen zu können. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit hat der Gerichtshof neben den in „Cassis de Dijon“ erwähnten bislang auch kultu-

---

<sup>86</sup> Vgl. z.B. EuGH 17.6.1981 Slg. 1982, 1625, 1639 Egrd. 9 - Kommission/Irland; 22.6.1982 Slg. 1982, 2349, 2360 Egrd. 9 - Robertson.

<sup>87</sup> Zum gleichen Ergebnis wie die Bereichsausnahmen führt die „Keck“-Formel. Zwar ist der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet, jedoch werden nichtdiskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen, die lediglich die Regelung bestimmter Verkaufsmodalitäten zum Inhalt haben, einer Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts entzogen.

<sup>88</sup> EuGH 3.12.1974 Slg. 1974, 1299, 1309 Egrd. 10/12 - Van Binsbergen.

<sup>89</sup> EuGH 30.11.1995 Slg. 1995, I-4165, 4197 f. Egrd. 37 - Gebhard.

relle Zwecke<sup>90</sup>, die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt<sup>91</sup>, den ordnungsgemäßen Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes<sup>92</sup>, die Bewahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems sozialer Sicherheit<sup>93</sup> sowie die angemessene Kenntnis über innergemeinschaftliche Warenströme<sup>94</sup> als „zwingendes Erfordernis“ anerkannt. Identische oder ähnliche Gründe werden im Anwendungsbereich der übrigen Grundfreiheiten akzeptiert<sup>95</sup>. Allgemein lässt sich festhalten, dass der EuGH sämtliche von den Mitgliedstaaten vorgebrachten Schutzgründe zulässt, sofern mit ihnen keine mit dem EG-Vertrag nicht in Einklang stehenden Ziele und insbesondere keine „Interessen wirtschaftlicher Art“<sup>96</sup> verfolgt werden.

### c) Schranken-Schranken

Den im Vertrag aufgeführten Rechtfertigungsgründen lässt sich entnehmen, dass sie den Mitgliedstaaten keinen kontrollfreien Handlungsspielraum eröffnen, sondern ihrerseits beschränkt sind. Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, sind zum Schutz der vom Vertrag benannten Rechtsgüter nur zulässig, wenn sie „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ (Art. 30 S. 2 EGV) bzw. „des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen“ (Art. 58 Abs. 3 EGV) oder es sich um „gerechtfertigte Beschränkungen“ handelt (Art. 39 Abs. 3, 46, 55 EGV). Diese sog. Schranken-Schranken lassen sich verallgemeinernd dahingehend zusammenfassen, dass sämtliche mitgliedstaatlichen Beschränkungen

---

<sup>90</sup> EuGH 11.7.1985 Slg. 1985, 2605, 2626 Egrd. 23 - Cinéthèque; ebenso bei Art. 49, vgl. EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4007, 4043 Egrd. 23 ff. - Gouda; anders dagegen in EuGH 10.1.1985 Slg. 1985, 1, 35 Egrd. 28 ff. - Edouard Leclerc.

<sup>91</sup> EuGH 26.6.1997 Slg. 1997, I-3689, 3715 Egrd. 18 - Familiapress.

<sup>92</sup> EuGH 19.3.1991 Slg. 1991, I-1223, 1268 Egrd. 37 - Frankreich/Kommission; 13.12.1991 Slg. 1991, I-5941, 5983 Egrd. 31 - GB-Inno-BM; 27.10.1993 Slg. 1993, I-5267, 5328 Egrd. 25 - Lagache; 12.6.1994 Slg. 1994, I-3257, 3277 Egrd. 6 - Rouffetau und Badia.

<sup>93</sup> EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1831, 1884 Egrd. 39 - Decker.

<sup>94</sup> EuGH 25.10.1979 Slg. 1979, 3247, 3258 f. Egrd. 7 - Kommission/Italien; 25.6.1997 Slg. 1997, I-3629, 3655 Egrd. 30 - Kieffer u. Thill.

<sup>95</sup> Vgl. z.B. die Übersicht zur Dienstleistungsfreiheit in EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4069, 4094 Egrd. 18 - Kommission/Niederlande.

<sup>96</sup> Vgl. z.B. EuGH 7.2.1984 Slg. 1984, 523, 542 Egrd. 23 - Duphar; 5.6.1997 Slg. 1997, I-3091, 3121 Egrd. 23 - SETTG; 28.4.1998 Slg. 1998, I-1931, 1948 Egrd. 41 - Kohll.

sowohl einem Verbot willkürlicher Diskriminierungen unterliegen<sup>97</sup> als auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen sind<sup>98</sup>.

Verhältnismäßigkeit setzt zunächst voraus, dass die Maßnahme zum Schutze eines (oder mehrerer) der genannten Rechtsgüter geeignet ist; eine ungeeignete Maßnahme kann Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht rechtfertigen. Die Maßnahme muss ferner notwendig und darf nicht übermäßig sein, d. h. das zum Schutz des betreffenden Rechtsgutes erforderliche Maß nicht überschreiten („Zweck-Mittel-Relation“). Der Mitgliedstaat muss daher dasjenige Mittel wählen, das die jeweils einschlägige Grundfreiheit am wenigsten beeinträchtigt.

Dieser Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch im Rahmen der immanenten Schranken zu wahren. Unterschiedlos geltende mitgliedstaatliche Maßnahmen, die die Grundfreiheiten beschränken können, jedoch dem Schutz wichtiger Allgemeininteressen dienen, sind nur dann zulässig, wenn sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles zwingend erforderlich, d.h. verhältnismäßig sind. Anders als bei diskriminierenden besteht allerdings bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen keine „Vermutung der Rechtswidrigkeit“<sup>99</sup>. Daraus resultiert eine Verminderung der Kontrolldichte. Bei der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen wird großzügiger verfahren. Zudem ist der Reichweite der einzelnen Beschränkungsverbote Rechnung zu tragen. Daher können mitgliedstaatliche Regelungen, die im Bereich der Niederlassungsfreiheit als verhältnismäßig einzustufen sind, gleichwohl die Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig einschränken<sup>100</sup>. Von einem Gleichlauf kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Einschränkung einer Grundfreiheit die unvermeidbare Folge der gerechtfertigten Beschränkung einer anderen Grundfreiheit ist<sup>101</sup>.

Zu beachten ist schließlich in sämtlichen Fällen, dass nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH die „im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte aus-

---

<sup>97</sup> So explizit für die Warenverkehrsfreiheit Art. 30 S. 2 EGV. Für die Dienstleistungsfreiheit vgl. EuGH 18.3.1980 Slg. 1980, 881, 903 Egrd. 13 - Coditel I; 6.10.1982 Slg. 1982, 3381, 3401 Egrd. 13 - Coditel II. Gleiches muss für die übrigen Freiheiten gelten, vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 9; Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 178.

<sup>98</sup> Zum freien Warenverkehr vgl. etwa EuGH

<sup>99</sup> Streinz, Europarecht, Rdnr. 702.

<sup>100</sup> EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4221, 4243 Egrd. 13 - Säger.

<sup>101</sup> EuGH 1.2.2001 (noch nicht veröffentlicht) Egrd. 21 - Mac Quen.

zulegen sind“<sup>102</sup>. Ein Mitgliedstaat kann sich daher bezüglich seiner Regelungen nur dann auf zwingende Allgemeininteressen berufen, wenn diese Regelungen im Einklang mit den vom EuGH zu wählenden Grundrechten der Gemeinschaft stehen<sup>103</sup>; dabei sind auch die Maßstäbe der Europäischen Menschenrechtskonvention als Teil der gemeinsamen Verfassungstraditionen und des Bestandes völkerrechtlicher Verträge der Mitgliedstaaten anzuwenden<sup>104</sup>.

Integraler Bestandteil des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist das sog. Herkunftslandprinzip<sup>105</sup>. Denn die Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme setzt - wie gesehen - neben ihrer Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit ieS auch deren Erforderlichkeit voraus. Schutzbestimmungen des Marktstaates sind aber nicht erforderlich, wenn den jeweiligen Allgemeininteressen bereits durch Regelungen des Herkunftsstaates hinreichend Rechnung getragen wird<sup>106</sup>. Dieser Grundsatz ist im Rahmen aller Freiheiten zu beachten<sup>107</sup>. So dürfen die Mitgliedstaaten z.B. die Zulassung eines EG-Ausländers zu einem Beruf nicht vom Erwerb eines im nationalen Rechts vorgesehenen Diploms o. ä. abhängig machen, sondern sind zur Anerkennung diesem Diplom äquivalenter Prüfungszeug-

---

<sup>102</sup> EuGH 18.6.1991 Slg. 1991, I-2925, 2964 Egrd. 43 - ERT; 4.10.1991 Slg. 1991, I-4685, 4741 Egrd. 30 - Society for the Protection of Unborn Child Ireland; 26.6.1997 Slg. 1997, I-3689, 3717 Egrd. 24 ff. - Familiapress.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 51 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000), der die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union zur Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte verpflichtet.

<sup>104</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 8; Streinz, Europarecht, Rdnr. 703; ablehnend mit w. Nachw. zum Meinungsstand Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 164 ff; Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 6 EUV Rdnr. 60 ff.

<sup>105</sup> Ausführlich dazu *Gardeñes Santiago*, La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario y internacional.

<sup>106</sup> Deutlich für die Warenverkehrsfreiheit z.B. EuGH 16.12.1980 Slg. 1980, 3839, 3854 Egrd. 12 - Fietje: „Die Notwendigkeit eines solchen Schutzes besteht jedoch dann nicht mehr, wenn die Angaben auf dem ursprünglichen Etikett des eingeführten Erzeugnisses in bezug auf die Art der Erzeugnisse einen Informationsgehalt haben, der zumindest die gleichen Informationen vermittelt und ebenso verständlich für den Verbraucher des Einfuhrstaats ist wie die nach den Vorschriften dieses Staates verlangte Bezeichnung“.

<sup>107</sup> Vgl. z.B. für die Dienstleistungsfreiheit EuGH 26.2.1991 Slg. 1991, I-709, 722 f. Egrd. 17 - Kommission/Italien; 26.2.1991 Slg. 1991, I-727, 740 f. Egrd. 18 - Kommission/Griechenland; 25.7.1991 Slg. 1991, I-4221, 4244 Egrd. 15 - Säger; 9.8.1994 Slg. 1994, I-3803, 3824 Egrd. 16 - Vander Elst; 28.3.1996 Slg. 1996, I-1905, 1920 Egrd. 20 - Guiot; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH 20.5.1992 Slg. 1992, I-3351, 3384 Egrd. 29. Zur Warenverkehrsfreiheit vgl. vorangehende, zur Niederlassungsfreiheit nachfolgende Fußn.

nisse oder Befähigungsnachweise anderer Mitgliedstaaten verpflichtet<sup>108</sup>. Und genauso wenig ist es ihnen erlaubt, das Inverkehrbringen von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zu verhindern, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind und hinsichtlich des Schutzniveaus dem entsprechen, was mit der nationalen Regelung erreicht werden soll<sup>109</sup>. Und schließlich ist es ihnen verwehrt, in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Wertpapierhändlern in ihrem Hoheitsgebiet den Handel mit Wertpapieren zu untersagen, wenn die Vorschriften des Herkunftslandes über den Berufszugang und das Eigenkapital mit denen des Bestimmungslandes vergleichbar sind<sup>110</sup>.

Der für die Äquivalenzprüfung anzulegende Maßstab ist jedoch kein strikter. Gefordert wird nicht Gleichartigkeit, sondern lediglich Gleichwertigkeit. Das ist schon deshalb erforderlich, weil es häufig an einem entsprechenden Pendant in anderen Mitgliedstaaten fehlt. Abgestellt wird daher nicht auf den konkreten Regelungsinhalt des aufnehmenden Staates, sondern das mit dieser Regelung verfolgte Ziel. Der Prüfungsmaßstab im Rahmen der Erforderlichkeit ist daher ein doppelter: Zunächst ist zu prüfen, ob es zum Schutz des Allgemeininteresses überhaupt einer Regelung wie der die Freiheit behindernden bedarf. Ist das der Fall, muss in einer nachgeschalteten Prüfung verifiziert werden, ob der mit dieser Regelung angestrebte Schutz nicht bereits durch die Einhaltung entsprechender Vorschriften des Herkunftsstaats gewährleistet ist.

Auf keinen Fall kann die Unverhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass im Recht anderer Mitgliedstaaten zum Schutz der berührten Allgemeininteressen weniger strenge Vorschriften vorgesehen sind als die in Frage stehende<sup>111</sup>; denn der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat, ist für die Be-

---

<sup>108</sup> EuGH 7.5.1991 Slg. 1991, I-2357, 2384 Egrd. 16 ff. - Vlassopoulou; 7.5.1992 Slg. 1992, I-3003, 3028 - Borrell.

<sup>109</sup> Vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 26 m. w. Nachw. Sie können also nicht verlangen, dass die eingeführten Erzeugnisse den in ihrem Bereich geltenden Bestimmungen und technischen Anforderungen „buchstabengetreu entsprechen, obwohl sie dasselbe Schutzniveau für die Benutzer gewährleisten“, und sind darüber hinaus gehalten, bei Untersuchungs- u. Zulassungsverfahren mit den anderen Mitgliedstaaten zusammenzuarbeiten und die technischen oder chemischen Analysen, Laborversuche, Untersuchungen u. Kontrollen zu berücksichtigen, die bereits in diesen durchgeführt worden sind, st. Rspr., vgl. z.B. EuGH 27.6.1996 Slg. 1996, I-3159, 3177 Egrd. 12 - Brandsma; 5.6.1997 Slg. 1997, I-2971, 3013 Egrd. 34 - Celestini; 17.9.1998 Slg. 1998, I-5121, 5137 Egrd. 35 - Harpegnies.

<sup>110</sup> So zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit EuGH 6.6.1996 Slg. 1996, I-2691, 2725 Egrd. 17 f. - Kommission/Italien.

<sup>111</sup> EuGH 10.5.1995 Slg. 1995, I-1141, 1181 Egrd. 51 - Alpine Investments; 12.12.1996 Slg. 1996, I-6511, 6541 Egrd. 42 - Reisebüro Broede; 1.2.2001 (noch nicht veröffentlicht) Egrd. 33 - Mac Quen.

urteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmung ohne Belang<sup>112</sup>.

d) Aufgabe der Differenzierung zwischen diskriminierenden und diskriminierungsfreien Maßnahmen?

Der EuGH hat im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit mehrfach betont, dass zwingende Erfordernisse im Sinne seiner „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung nur zu berücksichtigen sind, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar sind<sup>113</sup>. Und er führte in ähnlicher Weise zur Dienstleistungsfreiheit aus, dass sie nur durch Regelungen beschränkt werden darf,

„die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätige Personen oder Unternehmen gelten“<sup>114</sup>.

Anders ausgedrückt: Die Grundfreiheiten beeinträchtigende diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen können allein anhand der im Vertrag explizit aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden. Einige neuere Entscheidungen geben jedoch zu begründeten Zweifeln Anlass, ob der Gerichtshof auch in Zukunft an dieser Rechtsprechung festhalten oder im Rahmen der Rechtfertigung nunmehr von einer Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen Abstand nehmen wird.

So diskriminierten z.B. sowohl ein belgisches Importverbot für Müll als auch eine deutsche Vorschrift, die die inländische Erstzulassung von zuvor in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Flugzeugen von der Einhaltung bestimmter Lärmgrenzwerte abhängig machte, sowie eine luxemburgische Regelung, durch die eine Erstattung im Ausland erworbener Brillen durch die Sozialversicherung unter den Vorbehalt einer vorherigen Genehmigung gestellt wurde, eindeutig ausländische Waren. Gleichwohl hielt der EuGH es in allen diesen Fällen für grundsätzlich möglich, dass die durch diese

---

<sup>112</sup> EuGH 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289, 7315 Egrd. 34 - Zenatti; 1.2.2001 (noch nicht veröffentlicht) Egrd. 34 - Mac Quen.

<sup>113</sup> Vgl. EuGH 10.1.1985 Slg. 1985, 1, 35 Egrd. 29 - Leclerc; 25.7.1991 Slg. 1991, I-4151, 4184 Egrd. 13 - Aragonesa; 9.7.1992 Slg. 1992, I-4431, 4480 Egrd. 34 - Kommission/Belgien.

<sup>114</sup> Vgl. u.a. EuGH 17.12.1981 Slg. 1981, 3305, 3325 Egrd. 17 - Webb; 26.2.1991 Slg. 1991, I-709, 722 f. Egrd. 17 - Kommission/Italien; EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4221, 4243 Egrd. 15 - Säger; 9.8.1994 Slg. 1994, I-3803, 3824 Egrd. 16 - Vander Elst; 28.3.1996 Slg. 1996, I-1905, 1920 Egrd. 11 - Guiot; 23.11.1999 Slg. 1999, I-8453, 8513 Egrd. 34 - Arblade.

Regelungen verursachten Warenverkehrsbehinderungen aus Gründen des Umweltschutzes<sup>115</sup> bzw. zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit<sup>116</sup> zulässig sein können. Und in „De Agostini“ wies der EuGH das vorlegende Gericht darauf hin, dass es zu prüfen habe, ob ein Verbot von an Kinder unter 12 Jahren gerichteter Werbung inländische und Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berühre und, falls dies der Fall sei, aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könne<sup>117</sup>. Nun mag man letztere Entscheidung noch mit den Besonderheiten der Keck-Rspr. erklären<sup>118</sup>, doch lassen weitere Judikate zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit an dieser Sichtweise zweifeln. Denn diskriminierend waren weiterhin eine luxemburgische Regelung, die die Erstattung der Kosten für die Zahnbehandlung durch einen Zahnarzt in einem anderen Mitgliedstaat nach den Tarifen des Versicherungsstaats von der Genehmigung der Sozialversicherungsbehörde abhängig machte, und ebenso eine britische Vorschrift, die für die Gewährung von Steuervorteilen verlangte, dass die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft ganz oder hauptsächlich im Halten der Aktien von in Großbritannien ansässigen Tochtergesellschaften besteht. Aber auch in diesen Fällen schloss der EuGH eine Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses, konkret zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit<sup>119</sup> bzw. zur Wahrung der Kohärenz eines Steuersystems<sup>120</sup>, nicht von vornherein aus, sondern verneinte sie allein mangels Stichhaltigkeit der zu ihrer Begründung vorgetragenen Argumente. Der Schluss, dass sich eine Rechtsprechungsänderung anbahnt<sup>121</sup>, liegt daher in der Tat nahe. Gesichert ist er freilich noch nicht, da sich auch in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH durchaus noch Entscheidungen finden lassen, in denen im Rahmen der Rechtfertigung

---

<sup>115</sup> EuGH 9.7.1992 Slg. 1992, I-4431, 4480 Egrd. 34 - Kommission/Belgien; 14.7.1998 Slg. 1998, I-4473, 4489 Egrd. 19 - Aher-Waggon.

<sup>116</sup> EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1831, 1884 Egrd. 39 - Decker.

<sup>117</sup> EuGH 9.7.1997 Slg. 1997, I-3843, 3891 Egrd. 44 u. 45 - De Agostini.

<sup>118</sup> Vgl. *Heermann*, GRUR Int. 1999, 579, 587 f.; ähnlich *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 739 in Fußn. 92, und *Weyer*, EuR 1998, 435, 448 in Fußn. 78, freilich ohne nähere Begründung.

<sup>119</sup> EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1931, 1948 Egrd. 41 - Kohll.

<sup>120</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4695, 4723 Egrd. 29 - ICI.

<sup>121</sup> So etwa *Hakenberg*, Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 99; *Novak*, DB 1997, 2589, 2593; *Poiates Maduro*, MJ 1998, 298, 310; *Sack*, WRP 1998, 103, 110; *ders.*, GRUR 1998, 871, 876; *Weiß*, EuZW 1999, 493, 497; vgl. auch *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 511; *W.-H. Roth*, WRP 2000, 979; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462 f.

tigungsgründe weiterhin an einer Differenzierung zwischen unterschiedlich und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen festgehalten wird. So führt der EuGH in „Pistre“ aus, dass eine den freien Warenverkehr behindernde nationale Maßnahme mit diskriminierendem Charakter nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn einer der in Art. 30 EGV genannten Gründe vorliegt<sup>122</sup>. Und zur Dienstleistungsfreiheit merkte der Gerichtshof noch 1999 an, dass sich

„innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Empfängers anwendbar und somit diskriminierend sind, ... mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren (lassen), wenn sie unter eine ausdrückliche Bestimmung, wie z.B. Art. 46 EGV, fallen“<sup>123</sup>.

Andererseits hielt der EuGH eine Regelung, die – wie §§ 1 und 2 des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes – Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme bestimmter Strommengen bei inländischen Stromerzeugern verpflichtet (und damit ausländischen Strom diskriminiert), u.a. aus Gründen des Umweltschutzes für gerechtfertigt<sup>124</sup>. Die weitere Rechtsprechungsentwicklung ist angesichts dieser Widersprüche also noch ungewiss.

Das entbindet freilich nicht von der Pflicht, sich darüber Gedanken zu machen, ob im Rahmen der Rechtfertigungstatbestände die Differenzierung zwischen diskriminierenden und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen aufgegeben werden sollte. Eine solche Lösung wird in der Literatur in der Tat verschiedentlich erwogen, wobei die Folgerungen freilich entgegengesetzt sind: Während die einen alles nach einer einheitlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung der „Allgemeininteressen“ lösen möchten<sup>125</sup>, plädieren andere für eine insoweit einheitliche Lösung innerhalb der entsprechend interpretierten ausdrücklichen Schranken des EG-Vertrags<sup>126</sup>. Dogmatisch am überzeugendsten ist letztgenannter Ansatz. Lozieren ließen sich die vom Gerichtshof im Rahmen seiner Cassis-Rechtsprechung entwickelten Allgemeininteressen zwanglos im Tatbestand der „öffentlichen Ordnung“<sup>127</sup>. Allerdings sind auch bei einer solchen Lösung innerhalb des

---

<sup>122</sup> EuGH 7.5.1997 Slg. 1997, I-2343, 2376 Egrd. 52 - Pistre.

<sup>123</sup> EuGH 29.4.1999 Slg. 1999, I-2517, 2536 Egrd. 16 - Ciola.

<sup>124</sup> EuGH 13.3.2001 EuZW 2001, 242, 246 Egrd. 73 – PreussenElektra.

<sup>125</sup> So *Novak*, DB 1997, 2589, 2592, der aber einräumt, dass „das formale Abgrenzungskriterium zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden bzw. indirekt diskriminierenden Einschränkungen der Grundfreiheiten ... allenfalls noch auf der Ebene der analogiefähigen Rechtfertigungsgründe nützlich sein“ könnte; außerdem *Schneider*, NJ 1996, 512, 515; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43, 51 f.; *Weiß*, EuZW 1999, 493, 497 f.

<sup>126</sup> So *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 154 ff.

<sup>127</sup> Vgl. die Nachw. in Fußn. 82.

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Differenzierungen erforderlich. Zu denken ist dabei an ein bewegliches System. Je stärker der mitgliedstaatliche Eingriff in den durch die Grundfreiheit geschützten Bereich ist, desto strenger muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung sein<sup>128</sup>. Der Diskriminierungsbegriff verliert dann seine eigenständige Bedeutung und dient nur noch der Bestimmung der Eingriffsintensität bzw. der Ermittlung des im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegenden Maßstabs<sup>129</sup>. Solange sich ein solcher Ansatz nicht durchzusetzen vermag, spricht aber auf jeden Fall mehr dafür, wenigstens die strikten ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe des EG-Vertrages nur bei unmittelbaren „Diskriminierungen“, d.h. unterschiedlichen Behandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und allenfalls bei eng zu verstehenden gleichartigen Fällen zu fordern. Im übrigen, d.h. bei allen nur faktisch diskriminierenden und diskriminierungsfreien Maßnahmen sollten hingegen jegliche „nicht wirtschaftliche“ Allgemeinwohlinteresse zugelassen und das Korrektiv im differenziert angewandten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesehen werden<sup>130</sup>.

#### 4. Konvergenz der Grundfreiheiten

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass den Grundfreiheiten ein gemeinsames Konzept zugrunde liegt, das insbesondere durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs seine derzeitige Ausgestaltung erhalten hat. Sie sind immer dann anwendbar, wenn es sich nicht um rein innerstaatliche Sachverhalte handelt, die keinerlei Bezüge zum Gemeinschaftsrecht aufweisen, und erschöpfen sich nicht in Verboten formeller und materieller Diskriminierungen, sondern statuieren durchgehend auch Beschränkungsverbote. Die vom EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelte Keck-Formel bzw. der dahinter stehende Gedanke der Sicherung des Marktzutritts beanspruchen über Art. 28 ff. EGV hinaus Geltung für sämtliche Freiheiten. Dieselbe Konvergenz lässt sich auf der Rechtfertigungsebene feststellen. Den Schutzbereich der Grundfreiheiten beeinträchtigende mitgliedstaatliche Maßnahmen können nicht nur aus den

---

<sup>128</sup> Ähnlich wohl *Jarass*, EuR 2000, 705, 719.

<sup>129</sup> Für ein Modell möglicher Absichtungen der Eingriffstatbestände vgl. *Eilmannsberger*, JBl. 1999, 345 ff. und 434 ff.

<sup>130</sup> *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 463. Für eine Gleichbehandlung von faktisch diskriminierenden und diskriminierungsfreien Maßnahmen, jedoch ohne Differenzierungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Gundel*, Jura 2001, 79, 82 ff.; *Nowak/Schnitzler*, EuZW 2000, 627, 631.

im Vertrag explizit aufgeführten Gründen, sondern darüber hinaus auch aus sonstigen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, sofern sie nichtdiskriminierend ausgestaltet und zur Erreichung eines solchen legitimen Ziels erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sind.

### *III. Grundfreiheiten, Grundrechte und Inländerdiskriminierung*

Das vorstehend geschilderte Konzept der Grundfreiheiten macht hinreichend deutlich, dass es sich bei den Grundfreiheiten nur um Marktzutritts-, nicht aber allgemeine Handlungsfreiheiten handelt. Darin unterscheiden sie sich von Grundrechten. Sie dienen allein der Sicherung eines freien und gleichen Zugangs zu den mitgliedstaatlichen Märkten, setzen also stets ein - wenn auch mitunter nur recht schwach ausgeprägtes - grenzüberschreitendes Element voraus. Unterschiedslos anwendbare mitgliedstaatliche Regelungen, die zwar marktregulierend wirken, jedoch zu keiner spezifischen Beeinträchtigung des Marktzutritts führen, bleiben von den Grundfreiheiten unangetastet. Und genauso wenig können sich Unionsbürger mangels Vorliegens einer Beeinträchtigung auf die Grundfreiheiten berufen, wenn der Sachverhalt keine über einen Mitgliedstaat hinausreichende Bezüge aufweist (sog. rein innerstaatlicher Sachverhalt). In beiden Fällen lassen sich ad hoc wirkende Lösungen - wenn überhaupt - allein mit Hilfe der nationalen Grundrechte erzielen<sup>131</sup>. Dies gilt insbesondere auch für die sog. Inländerdiskriminierung<sup>132</sup>, d.h. die Schlechterstellung von Inländern oder inländischen Produkten, sei es aufgrund einer entsprechend differenzierenden mitgliedstaatlichen Regelung<sup>133</sup>, sei es als Folge der gemeinschaftsrechtlich begründeten Nichtanwendbarkeit einer an sich einheitlichen mitgliedstaatlichen Vorschrift auf Ausländer oder ausländische Produkte<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Vgl. zur Inländerdiskriminierung jüngst öVerfGH 9.12.1999 EuZW 2001, 219 m. Anm. *Huber-Wilhelm/Plank*.

<sup>132</sup> Mitunter ist auch von „umgekehrter Diskriminierung“ die Rede. Zum hier nicht weiter interessierenden Streit um die Begrifflichkeiten vgl. einerseits *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 17 f., und andererseits *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, 51 ff.

<sup>133</sup> Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 BierVO. Danach dürfen unter der Bezeichnung Bier nur nach dem „Reinheitsgebot für Bier“ (§ 9 VorlBierG) hergestellte Getränke in den Verkehr gebracht werden. Hiervon ausdrücklich ausgenommen sind gem. § 1 Abs. 2 BierVO im Ausland hergestellte gegorene Getränke, sofern sie im jeweiligen Herstellungsland unter der Bezeichnung „Bier“ oder einer diesen Bezeichnung entsprechenden Verkehrsbezeichnung verkehrsfähig sind.

<sup>134</sup> So etwa bis zum Erlass der geänderten BierVO die Rechtsfolge aufgrund des sog. Bierurteils (EuGH 12.3. 1987 Slg. 1987, 1227 - Kommission/Deutschland).

Dem hier vertretenen Ansatz wird freilich entgegengehalten, er übersehe, dass das mit dem Binnenmarkt verfolgte Konzept ein weiterreichendes sei, das gerade das Ziel eines grenzenlosen Marktes umfasse. Daher könne es auf das Vorhandensein von grenzüberschreitenden Tatbestandselementen nicht mehr ankommen; die Grundfreiheiten garantierten vielmehr spezielle materielle Wirtschaftsrechte, die unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts verletzt werden könnten<sup>135</sup>. Diese Ansicht vermag - ganz abgesehen davon, dass sie in deutlichem Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH steht<sup>136</sup> - aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie bereits mit dem Wortlaut des Vertragstextes nicht in Einklang steht. Zwar umfasst der Binnenmarkt gem. Art. 14 Abs. 2 EGV „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist“, doch ist die damit angestrebte Freiheit wirtschaftlichen Handelns keine absolute. Sie wird vielmehr maßgeblich durch die Bestimmungen des EGV determiniert („gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages“), und diese stellen, wie insbesondere Art. 3 lit. a und d EGV deutlich machen („zwischen den Mitgliedstaaten“), in erster Linie auf den Abbau einem grenzüberschreitenden Wirtschaften entgegenstehender Regelungen ab. Daran hat sich auch und zuvorderst die Auslegung der Grundfreiheiten zu orientieren. Zuzugeben ist allerdings, dass die bei einem derartigen Verständnis gemeinschaftsrechtlich zulässige Inländerdiskriminierung zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der weiterhin dem heimischen Regelungsregime unterworfenen Inländern bzw. von inländischen Produkten führen kann. Das ist jedoch zur Wahrung des Kompetenzgefüges zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft hinzunehmen, wären doch die Grundfreiheiten ansonsten nichts anderes als ein nahezu umfassendes Deregulierungsprogramm, das sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einer an ihrem Maßstab ausgerichteten Generalrevision unterzieht<sup>137</sup>. Denn da der Verzicht auf einen grenzüberschreitenden Bezug sicherlich nicht allein auf Fälle einer Inländerdiskriminierung beschränkt werden kann, würden letzt-

---

<sup>135</sup> Vgl. z.B. Calliess/Ruffert-*Epiney*, Art. 12 EGV Rdnr. 33 ff; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43, 51; *Lackhoff/Raczinski*, EWS 1997, 109, 112; *Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 187, jeweils m. w. Nachw.

<sup>136</sup> Vgl. z.B. EuGH 26.10.1986 Slg. 1986, 3231, 3242 Egrd. 10 - *Driancourt/Cognat*; 28.1.1992 Slg. 1992, I-341, 356 Egrd. 9 f. - *Steen*; 16.2.1995 Slg. 1995, I-301, 316 Egrd. 9 - *Aubertin*. Weitere Nachweise bei Calliess/Ruffert-*Epiney*, Art. 12 Rdnr. 29 in Fußn. 54.

<sup>137</sup> *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, 155; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 148.

lich die Mitgliedstaaten nahezu umfassend der Befugnis zur Regelung ihrer innerstaatlichen Angelegenheiten beraubt. Das bedeutet freilich nicht, dass Wettbewerbsverfälschungen hinzunehmen wären. Genau das Gegenteil ist der Fall, wie insbesondere Art. 3 lit. g EGV belegt. Jedoch lässt sich vollständige Marktgleichheit und der damit verbundene Abbau von Wettbewerbsverzerrungen erst durch Rechtsangleichung erreichen. Es obliegt dann der Legislative und nicht der Judikative, die durch eine Negativintegration via Grundfreiheiten verursachten sowie allen anderen Formen von Wettbewerbsverfälschungen zu beseitigen<sup>138</sup>.

In Anbetracht des Vorstehenden können daher die Grundfreiheiten entgegen einer verbreiteten Tendenz in der Literatur auch nicht als „wirtschaftliche Grundrechte“ der Marktbürger<sup>139</sup> bezeichnet werden. Echte Grundrechte beanspruchen Geltung für alle Unionsbürger. Daran fehlt es aber bei den Grundfreiheiten, die, wie gesehen, bei rein innerstaatlichen Sachverhalten dem mitgliedstaatlichen Souverän gerade nicht entgegen gehalten werden können. Und auch gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber, der ähnlich den Mitgliedstaaten an die Grundfreiheiten gebunden ist<sup>140</sup>, ist ihre Wirkung nur begrenzt. Denn auch hier sind Maßnahmen der Gemeinschaft nur verboten, wenn sie aus nicht zu rechtfertigenden Gründen zu einer Beschränkung grenzüberschreitender Sachverhalte führen, indem sie spezifische Marktzugangshindernisse errichten, anstatt sie zu beseitigen. Nicht mit Hilfe der Grundfreiheiten verhindert werden können hingegen Maßnahmen der Gemeinschaft, die den Unionsbürgern zwar weitgehende Pflichten auferlegen, ohne damit jedoch zugleich den Marktzutritt zu erschweren. So ist es der Gemeinschaft - zumindest unter dem Blickwinkel der Grundfreiheiten - zum Beispiel unbenommen, Vorschriften zur Produktetikettierung zu erlassen, die nicht nur dem Schutz des vom EuGH für maßgeblich erachteten verständigen Verbrauchers<sup>141</sup> dienen, sondern darüber hinaus auch den flüchtigen Verbraucher vor einer Irreführung bewahren sollen. Zu einem Eingriff in den Schutzbereich der Grundfreiheiten führt dies nicht, da gemeinschaftsweit die gleichen strengen Standards gelten und ein Beschränkungstatbestand damit von vornherein ausgeschlossen ist<sup>142</sup>. In einem solchen Fall können allein die vom EuGH durch wertende Verfassungsrechtsvergleichung unter Einbeziehung der Regelungen der EMRK gewonnenen Gemeinschaftsgrundrechte helfen.

---

<sup>138</sup> Ähnlich *Eilmannsberger*, JBl. 1999, 345, 357; *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, 151 ff.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 148.

<sup>139</sup> Vgl. z.B. *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 46; *Behrens*, EuR 1992, 145, 161 f.; *Bleckmann*, GS Sasse, 665; *Heydt*, EuZW 1993, 105; *Schilling*, EuR 1994, 50, 55 ff.; *Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 213.

<sup>140</sup> Vgl. § 4, C I 1.

<sup>141</sup> Dazu § 4, D IV 2 a, bb, aaa.

<sup>142</sup> Ebenso *Rüffler*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angrenzenden Rechts, 97, 98 ff.

### C. Die Wirkung der Grundfreiheiten

#### I. Adressaten der Grundfreiheiten

##### 1. Bindung der Gemeinschaft

Die Gemeinschaft ist nicht unmittelbarer Adressat der Grundfreiheiten. Denn die Grundfreiheiten sind in erster Linie an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbote<sup>143</sup>. Jedoch steht außer Zweifel, dass der durch sie gewährte Schutz auch vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu beachten ist<sup>144</sup>. Explizit kann das insbesondere Art. 249 Abs. 1 EGV entnommen werden, der ein gesetzgeberisches Tätigwerden der Gemeinschaftsorgane nur „nach Maßgabe dieses Vertrags“ erlaubt. Außerdem weist Art. 3 lit. c EGV der Gemeinschaft ausdrücklich die Aufgabe der Beseitigung aller Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zu. Maßnahmen der Gemeinschaft, die diese Bindung nicht beachten und mit den Grundfreiheiten nicht in Einklang stehen, sind nichtig.

Zu beachten ist jedoch, dass sich die Art der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers durchaus von der der Mitgliedstaaten unterscheidet. Exemplifizieren lässt sich das für sämtliche Grundfreiheiten anhand der Warenverkehrsfreiheit. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gilt das in Art. 28 EGV postulierte Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane<sup>145</sup>. Und freiverkehrsbeschränkende Maßnahmen von Gemeinschaftsorganen können ebenso wie solche der Mitgliedstaaten aus den in Art. 30 EGV genannten

---

<sup>143</sup> EuGH 29.2.1984 Slg. 1984, 1229, 1248 Egrd. 18 - Rewe. Vgl. auch Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 Rdnr. 44; Petersmann, EuZW 1993, 1993, 593, 594 f.; W.-H. Roth, EuR 1987, 7, 9.

<sup>144</sup> Ausführlich dazu Schwemer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, passim; Scheffer, Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers, passim. Vgl. außerdem Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 176 ff.; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 192 ff.

<sup>145</sup> Vgl. z.B. EuGH 20.4.1978 Slg. 1978, 927, 947 Egrd. 35/36 - Commissionaires Réunies/Receveur des douanes; 13.12.1983 Slg. 1983, 4063, 4075 Egrd. 13 - Kommission/Rat; 17.5.1984 Slg. 1984, 2171, 2184 Egrd. 15 - Denkavit Nederland; 9.8.1994 Slg. 1994, I-3879, 3898 Egrd. 11 - Meyhui; 11.7.1996 Slg. 1996, I-3457, 3529 Egrd. 36 - Bristol-Myers Squibb; 25.6.1997 Slg. 1997, I-3629, 3655 Egrd. 27 - Kieffer u. Thill; 14.7.1998 Slg. 1998, I-4301, 4350 Egrd. 63 - Safety Hi-Tech; 14.7.1998 Slg. 1998, I-4355, 4380 Egrd. 61 - Bettati.

Gründen oder aufgrund der Cassis de Dijon-Kriterien gerechtfertigt sein<sup>146</sup>. Jedoch hat der EuGH angedeutet, dass beschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten darüber hinaus zur Wahrung sonstiger allgemeiner Interessen zulässig sein können<sup>147</sup>. Das ist insoweit überzeugend, als der EG-Vertrag die Gemeinschaft nicht nur zur Verwirklichung des Binnenmarktziels verpflichtet, sondern einen weit darüber hinausreichenden Zielkatalog enthält. Dabei kann es naturgemäß zu Zielkonflikten kommen, die nicht stets einseitig zugunsten der Warenverkehrsfreiheit gelöst werden können. Angesichts der Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit für den Integrationsprozess sollte eine gemeinschaftliche Maßnahme zu ihrem Nachteil aber nur in äußersten Fällen möglich sein, wenn sich anders ein von der Gemeinschaft verfolgtes und gleichwertiges Ziel nicht erreichen lässt<sup>148</sup>. Und schließlich gilt: Werden die Gemeinschaftsorgane tätig, um Warenverkehrshindernisse abzubauen, die auf mitgliedstaatlichen und nach Art. 30 EGV oder aufgrund der Cassis de Dijon-Rechtsprechung erlaubten Maßnahmen beruhen, müssen Rechtsangleichungsmaßnahmen nicht stets sofort zur Beseitigung sämtlicher Beschränkungen führen. Den Gemeinschaftsorganen steht vielmehr ein Ermessensspielraum zu, der es ihnen ermöglicht, auch schrittweise vorzugehen und zunächst nicht alle, sondern nur die gravierendsten Beschränkungen abzubauen<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Vgl. die Nachweise in voriger Fußn. sowie EuGH 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531, 1596 Egrd. 97 - Norbrook Laboratories; 28.4.1998 Slg. 1998, I-1953, 1976 f. Egrd. 14 ff. - Metronome Musik.

<sup>147</sup> Angedeutet in EuGH 7.2.1985 Slg. 1985, 531, 549 Egrd. 15 - ADBHU. Allerdings zählt der dort ins Feld geführte Umweltschutz mittlerweile zu den Cassis de Dijon-Kriterien.

<sup>148</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 Rdnr. 44; GTE-Müller-Graff, Art. 30 Rdnr. 300; ähnlich Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 194 f.

<sup>149</sup> Vgl. EuGH 29.2.1984 Slg. 1984, 1229, 1248 f. Egrd. 18 - Rewe; 20.6.1991 Slg. 1991, I-3069, 3108 Egrd. 26 - Denkavit. Daher ergibt sich z.B. aus der Einführung der gemeinschaftsweiten Erschöpfung durch Art. 7 der MarkenRL nicht zwingend, dass dadurch eine nach nationalem Recht mögliche internationale Erschöpfung ausgeschlossen ist (so aber EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4799, 4831 Egrd. 27 - Silhouette International Schmied; vgl. dazu auch Sosnizza, WRP 1998, 951, 954 f.). Zwar bleiben Warenverkehrshindernisse bestehen, da Waren aus Drittstaaten, die in einem Mitgliedstaat, der von einer internationalen Erschöpfung ausgeht, in den Verkehr gebracht worden sind, nicht in Mitgliedstaaten exportiert werden können, die lediglich eine gemeinschaftsweite Erschöpfung zulassen. Doch sind durch die Einführung einer gemeinschaftsweiten Erschöpfung immerhin diejenigen Warenverkehrsbehinderungen abgebaut worden, die darauf beruhten, dass einige Mitgliedstaaten bislang nur eine nationale Erschöpfung kannten. Zudem ist das Fortbestehen einer Warenverkehrsbehinderung keine Folge der eine internationale Erschöpfung anerkennenden, sondern der nur eine gemeinschaftsweite Erschöpfung zulassenden Regelung.

Im übrigen wird bei den im Bereich des freien Warenverkehrs möglichen Sekundärrechtsakten eine Warenverkehrsbehinderung in der Regel ohnehin auscheiden. Denn Art. 28 EGV ist - wie bereits mehrfach betont - keine allgemeine Liberalisierungsnorm, sondern soll nur spezifisch den grenzüberschreitenden Warenverkehr behindernde Maßnahmen erfassen. Beruhen sie auf der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und wird diese durch Festsetzung gemeinschaftlicher Standards (Produktzusammensetzung, -aufmachung etc.) beseitigt, kommt eine spezifische Erschwerung des Marktzugangs - von Ausnahmefällen abgesehen<sup>150</sup> - grundsätzlich nicht mehr in Betracht, weil nunmehr jeder Anbieter in der Gemeinschaft an dieselben Vorgaben gebunden ist, mögen sie auch noch so streng sein. Die Grenzen von Eingriffen des Gemeinschaftsgesetzgebers in die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer sind dann nicht am Maßstab der Grundfreiheiten, sondern unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftsgrundrechte zu prüfen<sup>151</sup>.

Eng mit der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten zusammen hängt das Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des gemeinschaftlichen Sekundärrechts. Danach ist eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts so auszulegen, dass sie in Übereinstimmung mit dem EG-Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts steht. Lässt eine Vorschrift des Sekundärrechts mehrere Auslegungen zu, so ist daher diejenige zu wählen, die zur geringstmöglichen Beschränkung der Grundfreiheiten führt. Hat z.B. eine Gemeinschaftsregelung keine abschließenden, sondern lediglich Mindeststandards gesetzt und den Mitgliedstaaten ausdrücklich das Festhalten an oder die Einführung von neuen strengeren Standards erlaubt, kann diese Ermächtigungsklausel nicht dahin ausgelegt werden, dass sie es den Mitgliedstaaten gestattet, Bedingungen vorzuschreiben, die den Bestimmungen des EGV über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- oder Kapitalverkehr zuwiderlaufen<sup>152</sup>. Solche Ermächtigungsklauseln sind also stets primärrechtskonform dahin auszulegen, dass sie den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit eröffnen, Regelungen beizubehalten oder neu zu erlassen, die mit den Grundfreiheiten vereinbar sind.

Der Grundsatz der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten ist auch bei der Auslegung von Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts zu beachten, die zu einer Totalharmonisierung geführt haben. Eine Auslegung im Lichte der Grundfreiheiten kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die gemeinschaftliche Regelung überhaupt zu ihrer Beschränkung geeignet ist. Denn

---

<sup>150</sup> Vgl. z.B. zu einer Etikettierung in der Landessprache EuGH 9.8.1994 Slg. 1994, I-3879 - Meyhui. Zu absoluten Werbeverboten vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 38.

<sup>151</sup> Zum Verhältnis zwischen freiem Warenverkehr und Gemeinschaftsgrundrechten vgl. auch EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1953, 1978 Egrd. 21 ff - Metronome Musik.

<sup>152</sup> EuGH 20.3.1990 Slg. 1990, I-889, 921 Egrd. 17 - Du Pont de Nemours Italiana; 9.6.1992 Slg. 1992, I-3669, 3711 Egrd. 26 - Delhaize.

die Pflicht zur primärrechtskonformen Auslegung reicht nur so weit, wie es zu Konfliktsituationen kommen kann. Das ist aber bei diskriminierungsfreien Gemeinschaftsregelungen meist nicht der Fall. Scheidet z.B. eine Warenverkehrsbehinderung aufgrund der Beseitigung der Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten aus, ist die Gemeinschaftsregelung aus sich heraus ohne Rückgriff auf die Art. 28 ff. EGV auszulegen. Das wird auch vom EuGH häufig übersehen<sup>153</sup>. So hindern etwa die Art. 28 ff. EGV den EuGH theoretisch nicht daran, bei der Auslegung von sekundärrechtlichen Vorschriften des Täuschungsschutzes statt des im Rahmen der Grundfreiheiten entwickelten Leitbilds des verständigen Verbrauchers das eines flüchtigen und unaufmerksamen Konsumenten zugrunde zu legen. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten wäre damit nicht verbunden, da gemeinschaftsweit der gleiche strenge Maßstab gelten würde. Gleichwohl hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung „Gut Springenheide“ bei der Auslegung einer gemeinschaftlichen VO das zu Art. 28 ff. EGV entwickelte Leitbild ohne weitere Reflektion auf das Sekundärrecht übertragen, ohne näher zu prüfen, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dieser VO nicht vielleicht einen über den verständigen Verbraucher hinausgehenden Schutz auch des flüchtigen Verbrauchers anstrebte<sup>154</sup>. Eine andere Frage ist es, ob nicht die Grundfreiheiten und die Gemeinschaftsgrundrechte ungeachtet ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung und der divergenten Interessenlage zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung kohärent ausgelegt und daher z.B. von einem einheitlichen Verbraucherleitbild ausgegangen werden sollte<sup>155</sup>.

## 2. Bindung der Mitgliedstaaten

### a) Verpflichtung der Mitgliedstaaten

Verpflichtungsadressat, d.h. aus den Grundfreiheiten verpflichtet, sind zunächst einmal die Mitgliedstaaten. Ihnen werden bestimmte Handlungs- und Unterlassungspflichten auferlegt. Sie haben bestehende Beschränkungen zu beseitigen, dürfen keine neuen errichten und müssen unter Umständen sogar Beschränkungen, die von Handlungen Privater ausgehen, unterbinden. Verstoßen mitgliedstaatliche Maßnahmen hiergegen, kommt es also zur Kollision zwischen mitgliedstaatlichem und Gemeinschaftsrecht, gebührt letzterem der Vorrang. Der Gerichtshof begründet diesen Vorrang des Gemeinschaftsrechts in ständiger Rechtsprechung mit der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts: Die Mitgliedstaaten haben mit dem EG-Vertrag eine autonome Rechtsordnung geschaffen, die einheitlich und

---

<sup>153</sup> Vgl. etwa zur Auslegung der abschließend harmonisierenden Richtlinie 76/768/EWG EuGH 2.2.1994 Slg. 1994, I-317, 335 Egrd. 12 - Clinique; 28.1.1999 Slg. 1999, I-431, 478 Egrd. 26 - Unilever; zutreffend hingegen EuGH 23.11.1989 Slg. 1989, 3891 - Parfümeriefabrik 4711.

<sup>154</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4657 - Gut Springenheide. Kritisch dazu *Leible*, EuZW 1998, 528; *Rüffler*, WBl. 1998, 381, 383.

<sup>155</sup> So *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 366a.

gleich in allen Mitgliedstaaten gelten muss, da ihr ansonsten der Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und zugleich die Grundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden würde<sup>156</sup>. Anders als bei Handlungen der Gemeinschaftsorgane führt ein mitgliedstaatlicher Verstoß gegen die Grundfreiheiten jedoch nicht zur Nichtigkeit der betreffenden Maßnahme, sondern lediglich zu ihrer Unanwendbarkeit auf die von ihnen erfassten Sachverhalte. Denn dem Bedürfnis nach einheitlicher Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist bereits in ausreichendem Maße genüge getan, wenn gemeinschaftsweit dafür gesorgt ist, dass ihm widersprechende Vorschriften nicht zur Anwendung gelangen. Der Fortbestand gemeinschaftsrechtswidriger Normen, die ausschließlich auf außerhalb seines Anwendungsbereichs liegende Sachverhalte angewandt werden, berührt hingegen keine gemeinschaftlichen Interessen. Das Gemeinschaftsrecht fordert also lediglich Anwendungs-, nicht aber Geltungsvorrang<sup>157</sup>.

#### b) Berechtigte

Damit ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, wer sich auf diesen Anwendungsvorrang berufen kann, also Berechtigungsadressat ist. Grundsätzlich bindet der EGV zunächst einmal nur die Mitgliedstaaten. Darüber hinaus können Vorschriften des EGV und hieraus abgeleitete Regelungen aber auch Rechte und Pflichten von Individuen begründen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind alle Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die der Sache nach abschließend, vollständig und so konkret sind, dass es zu ihrer Anwendung keiner weiteren Vollzugsakte bedarf, für ihre denkbaren Adressaten einschließlich der Individuen unmittelbar wirksam<sup>158</sup>. Für Verordnungen und Entscheidungen ergibt sich die Tatsache ihrer unmittelbaren Wirksamkeit bereits aus dem EG-Vertrag selbst (Art. 249 Abs. 1 und 3 EGV). Unmittelbar wirksam können darüber hinaus jedoch unter bestimmten Umständen auch in Richtlinien enthaltene Bestimmungen und vor allem Vorschriften des primären Gemeinschaftsrechts sein. Zu letzteren zählen insbesondere die Grundfreiheiten, denen seit Ablauf der Übergangszeit unmittelbare Geltung zukommt<sup>159</sup>. Lediglich

---

<sup>156</sup> Grundlegend EuGH 15.7.1964 Slg. 1964, 1251, 1270 Egrd. 12 - Costa/ENEL. Vgl. auch EuGH 17.12.1970 Slg. 1970, 1125, 1135 Egrd. 3 f. - Internationale Handelsgesellschaft; 19.6.1990 Slg. 1990, I-2433, 2473 Egrd. 18 ff. - Factortame I.

<sup>157</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. Calliess/Ruffert-*Wegener*, Art. 220 EGV Rdnr. 19 ff.

<sup>158</sup> Grundlegend EuGH 5.2.1963 Slg. 1963, 1, 25 - van Gend & Loos.

<sup>159</sup> Vgl. für den Warenverkehr EuGH 22.3.1977 Slg. 1977, 557, 576 Egrd. 13 - Iannelli & Volpi/Meroni; für den Dienstleistungsverkehr EuGH 3.12.1974 Slg. 1974, 1299, 1311 Egrd. 24 - van Binsbergen; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH

die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs ist erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich dem In-Kraft-Treten des Art. 56 EGV am 1.1.1994, unmittelbar wirksam geworden<sup>160</sup>.

Aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und der unmittelbaren Geltung der Grundfreiheiten ergibt sich, dass sie von sämtlichen nationalen Vollzugsorganen, also auch den Verwaltungsbehörden und Gerichten, zu beachten sind. Sie dürfen entgegenstehendes nationales Recht bereits von Amts wegen nicht anwenden. Einer Berufung des einzelnen auf die Grundfreiheiten bedarf es also nicht. Zu beachten ist freilich, dass ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten überhaupt erst angenommen werden kann, wenn sich nicht auf anderem Wege, insbesondere durch primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts<sup>161</sup>, ein Ergebnis erreichen lässt, das im Einklang mit den Grundfreiheiten steht.

### 3. Bindung Privater (Drittwirkung)

Gem. Art. 86 Abs. 2 EGV gelten die Vorschriften des Vertrages unter gewissen Einschränkungen auch für private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Dazu zählen nicht nur die Wettbewerbsregeln, sondern ebenso die Grundfreiheiten<sup>162</sup>. Ob die Grundfreiheiten darüber hinaus auch sonstige Private binden, sie also von ihnen bei der Ausgestaltung privater Rechtsverhältnisse stets beachtet werden müssen und damit privatautonomes Verhalten determinieren können, ist hingegen lebhaft umstritten. Die Rechtsprechung des EuGH zu einer solchen „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ ist wenig konsistent. Zu differenzieren ist zwischen einer unmittelbaren und einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten.

#### a) Unmittelbare Drittwirkung

Der Gerichtshof hat eine unmittelbare Bindung Dritter an die Grundfreiheiten bislang für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Dienstleistungsfreiheit sowie das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV bejaht<sup>163</sup>. Paradigmatisch hierfür sind die in „Haug-Adrion“ gemachten Aus-

---

4.12.1974 Slg. 1974, 1337, 1347 Egrd. 5/7 - van Duyn; für die Niederlassungsfreiheit EuGH 21.6.1974 Slg. 1974, 631, 652 Egrd. 24 ff. - Reyners.

<sup>160</sup> Vgl. dazu EuGH 14.12.1995 Slg. 1995, I-4821, 4841 ff. Egrd. 40 ff. - Sanz de Lera. Zuvor bedurfte die Kapitalverkehrsfreiheit der konstitutiven Bestimmung durch den Rat (Art. 67 EWGV), die in der Richtlinie 88/361/EWG (ABl. 1988 L 178/5) erfolgte.

<sup>161</sup> Vgl. dazu § 5, E III 1 c, bb.

<sup>162</sup> Vgl. dazu *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 236 ff.

<sup>163</sup> EuGH 12.12.1974 Slg. 1974, 1405, 1419 Egrd. 16/19 - Walrave; 14.7.1976 Slg. 1976, 1333, 1340 Egrd. 17/18 - Donà; 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5066 Egrd. 84 -

fürungen. Danach haben das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV und die es konkretisierenden Art. 39 und 49 EGV

„die Beseitigung aller Maßnahmen zum Ziel ..., die auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates strenger behandeln oder sie gegenüber eigenen Staatsangehörigen, die sich in derselben Lage befinden, rechtlich oder tatsächlich benachteiligen“<sup>164</sup>.

Verboten sind scheinbar *alle* Maßnahmen, die im Widerspruch zu den genannten Freiheiten stehen, da eine Beschränkung auf lediglich staatliche Regelungen unterbleibt. Ähnlich judizierte der Gerichtshof in „Van Ameyde/UCI“ zur Niederlassungsfreiheit. Um von dem in Art. 43 EGV enthaltenen Diskriminierungsverbot erfasst zu werden, genüge es,

„dass sich die Diskriminierung aus einer Regelung gleich welcher Art ergibt, durch die die Ausübung der betreffenden Tätigkeit in allgemeiner Weise geregelt werden soll. In diesem Fall ist es unerheblich, ob die Diskriminierung ihren Ursprung in hoheitlichen Maßnahmen oder aber in Handlungen hat, welche den nationalen Versicherungsbüros ... zuzurechnen sind“<sup>165</sup>.

Das mit dieser Rechtsprechung verfolgte Ziel ist deutlich erkennbar. Es soll verhindert werden, dass Beschränkungen, die den Mitgliedstaaten durch den EGV untersagt sind, nunmehr durch Handlungen Privater in Ausnutzung ihrer Vertragsfreiheit errichtet werden<sup>166</sup>. Hier klingt der Gedanke des „*effet utile*“ an. Gleichzeitig soll die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sichern. Was ein Staat hoheitlich regelt, mag ein anderer privater Initiative überlassen. Bei einer Beschränkung allein auf staatliche Maßnahmen bestünde jedoch die Gefahr, dass das jeweilige Verbot nicht einheitlich angewandt werden würde<sup>167</sup>. Ob der EuGH zur Vermeidung von Beschränkung der genannten Grundfreiheiten allerdings tatsächlich sämtliche Formen privatautonomes Handeln erfassen möchte, den Grundfreiheiten also eine umfassende Drittwirkung zuschreibt, ist freilich noch nicht endgültig geklärt<sup>168</sup>. Denn in einem Großteil der Fälle, in denen er von einer unmit-

---

Bosman; 11.4.2000 EuZW 2000, 371, 374 Egrd. 47 - Deliège; 13.4.2000 EuZW 2000, 375, 377 Egrd. 35 - Lehtonen.

<sup>164</sup> EuGH Slg. 1984, 4277, 4288 Egrd. 14 - Haug-Adrion.

<sup>165</sup> EuGH 9.6.1977 Slg. 1977, 1091, 1128 Egrd. 28 - van Ameyde/UCI.

<sup>166</sup> EuGH 12.12.1974 Slg. 1974, 1405, 1419 Egrd. 16/19 - Walrave; 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5066 Egrd. 83 - Bosman; 11.4.2000 EuZW 2000, 371, 374 Egrd. 47 - Deliège; 13.4.2000 EuZW 2000, 375, 377 Egrd. 35 - Lehtonen.

<sup>167</sup> EuGH 12.12.1974 Slg. 1974, 1405, 1419 Egrd. 16/19 - Walrave; 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5066 Egrd. 84 - Bosman.

<sup>168</sup> So auch *Leidenmühler*, WBl. 2000, 245, 250 in Fußn. 46.

telbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ausging, standen entweder Maßnahmen privatrechtlicher Vereinigungen zur kollektiven Interessenwahrnehmung zur Diskussion, etwa Satzungen von Verbänden über Arbeits- und Transferbedingungen etc., oder aber staatlich genehmigte Vertragsbedingungen privater Unternehmen, denen die andere Vertragspartei ebenso machtlos gegenüber steht wie Verbandssatzungen<sup>169</sup>. Immerhin bejahte er aber in „Angonese“, dass das in Art. 39 EGV ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für Privatpersonen, im zu entscheidenden Fall eine Privatbank, gilt<sup>170</sup>. Der Schritt zu einer Erstreckung des ebenfalls in Art. 39 EGV enthaltenen Beschränkungsverbot<sup>171</sup> auf Privatpersonen ist dann nicht mehr weit.

Gegensätzlich zu den bisher genannten Freiheiten verlief die Rechtsprechungsentwicklung zur unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit. In „Dansk Supermarked“ formulierte der Gerichtshof noch scheinbar eindeutig,

„dass Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen.“<sup>172</sup>

Daraus ist allgemein gefolgert worden, der EuGH gehe auch bei der Warenverkehrsfreiheit von einer unmittelbaren Drittwirkung aus. Zweifel an dieser Einschätzung sind aber angebracht. Denn im vorliegenden Fall ging es dem Gerichtshof erkennbar nur darum, zu verhindern, dass aufgrund einer Generalklausel des dänischen Lauterkeitsrechts die Einfuhr in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebrachter Waren untersagt werden konnte. Das aber bedingt nicht notwendig eine zivilrechtliche Unwirksamkeit der zwischen Käufer und Verkäufer getroffenen Abrede, die veräußerte Ware nur außerhalb Skandinaviens weiterzuverkaufen. Lediglich einem Staat ist es verboten, die Ausnutzung eines Vertragsbruchs des Abnehmers durch einen Dritten als „unlautere Handelspraxis“ einzustufen und mit einem Vertriebsverbot zu sanktionieren. Handlungen Privater, die das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich erlaubt, können nicht durch das nationale Recht als unlauter qualifiziert werden. In der Sache

---

<sup>169</sup> Vgl. die zutreffende Analyse von *W.-H. Roth*, FS Everling, 1231, 1239; a.A. *Hintersteiniger*, die - schon vor dem Urteil „Angonese“ (vgl. Fußn. 170) - zumindest alle diskriminierenden individualvertraglichen Vereinbarungen sowie diskriminierendes faktisches Handeln Privater als erfasst ansah, vgl. *Hintersteiniger*, in: Köck (Hrsg.), Rechtsfragen an der Jahrtausendwende, 103, 110; ebenso *dies.*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 285 ff.

<sup>170</sup> EuGH 6.6.2000 EuZW 2000, 468, 470 Egrd. 36 - Angonese.

<sup>171</sup> Vgl. EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5069 f. Egrde. 98 ff. - Bosman.

<sup>172</sup> EuGH 22.11.1981 Slg. 1981, 181, 195 Egrd. 17 - Dansk Supermarked.

handelt es sich also um keine unmittelbare, sondern eine lediglich mittelbare Drittwirkung (dazu bbb) der Warenverkehrsfreiheit<sup>173</sup>. Im übrigen ist die - ohnehin nur obiter erfolgte - Aussage des EuGH bislang vereinzelt geblieben. Der Gerichtshof hat später vielmehr genau entgegengesetzt judiziert, dass „sich die Art. 28 und 29 EGV nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen“<sup>174</sup>. Die Frage der Vereinbarkeit einer zwischen Privaten getroffenen und potentiell den freien Warenverkehr behindernden vertraglichen Abrede mit dem Gemeinschaftsrecht beurteile sich daher nicht nach Art. 28 ff., sondern den Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 ff. EGV<sup>175</sup>. Eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit wird vom Gerichtshof folglich abgelehnt.

Das ist in der Sache zutreffend, kann aber nicht nur für die Warenverkehrsfreiheit, sondern muss für alle Freiheiten gelten. Schon die Formulierung der Art. 50 Abs. 3, 52 und 54 EGV macht deutlich, dass wenigstens die Dienstleistungsfreiheit nur staatsgerichtet ist und von daher lediglich hoheitliche, nicht aber private Verhaltensweisen erfasst werden sollen. Zuzugeben ist, dass in den meisten anderen Vorschriften eine derart explizite Adressatenbenennung fehlt; jedoch zeigt ihr Umfeld, dass es auch hier die Mitgliedstaaten sind, die für eine Beseitigung etwaiger Beschränkungen zu sorgen haben<sup>176</sup>. Gestützt wird diese Annahme durch die im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgründe, die eindeutig auf staatliches Handeln, nicht aber auf Individualverhalten zugeschnitten sind. So sind z.B. der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung, des Lebens und der Gesundheit von Menschen und Tieren etc. charakteristische Staatsaufgaben, die nicht (oder nur eingeschränkt) zur Disposition Privater stehen und üblicherweise auch nicht durch von ihnen getroffene Regelungen abgesichert werden. Der Einwand des Gerichtshofs, der öffentliche oder private Charakter einer Regelung habe keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt der Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, da sie auch von Privatpersonen geltend gemacht werden könnten<sup>177</sup>, ist wenig überzeugend. Denn privates Handeln - wie der Abschluss schuldrechtlicher Verträge oder die Übertragung von Eigentum -

---

<sup>173</sup> Ebenso *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 59 f.; *W.-H. Roth*, FS Everling, 1231, 1235 f.

<sup>174</sup> EuGH 1.10.1987 Slg. 1987, 3801, 3830 Egrd. 30 - Vlaamse Reisureaus. Tendenziell bereits EuGH 5.4.1984 Slg. 1984, 1797, 1813 Egrd. 14 - van de Haar.

<sup>175</sup> EuGH 27.9.1988 Slg. 1988, 5249, 5285 Egrd. 12 - Bayer/Süllhöfer.

<sup>176</sup> *W.-H. Roth*, FS Everling, 1231, 1251, unter Hinweis auf Art. 31 Abs.1, 33 EGV a.F.

<sup>177</sup> EuGH 15.12.1995 Slg. 1995, I-4921, 5066 Egrd. 86 - Bosman.

dient der Verwirklichung von Individualinteressen (oder, gebündelt, von Kollektivinteressen), die typischerweise wirtschaftlich geprägt sind. Rechtfertigen lässt sich ein Eingriff in den durch die Grundfreiheiten geschützten Bereich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs jedoch nur aus im Allgemeininteresse liegenden Gründen „nichtwirtschaftlicher Art“. Diese strukturelle Inkongruenz zwischen den mit den vertraglichen Rechtfertigungsgründen und den mit privatem Handeln verfolgten Interessen lässt schon für sich besehen die These einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten äußerst zweifelhaft erscheinen, will man nicht von vornherein eine Ungleichbehandlung staatlicher und privater Maßnahmen auf der Rechtfertigungsebene in Kauf nehmen<sup>178</sup>.

Zu welchen Schwierigkeiten dies führt, ist im Fall „Angonese“ deutlich geworden. In der Sache ging es um ein Auswahlverfahren für eine Stelle in einer privaten Bankgesellschaft in Bozen. Zu den Bedingungen für die Zulassung zum Auswahlverfahren gehörte der Besitz einer bestimmten Bescheinigung über die Zweisprachigkeit, des sog. „patentino“<sup>179</sup>. Der Gerichtshof sieht hierin eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und prüft sodann - aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit letztlich mit negativem Ergebnis -, ob sie sich rechtfertigen lässt. Im Rahmen dieser Rechtfertigungsprüfung erkennt er es als legitim an, „von einem Bewerber um eine Stelle Sprachkenntnisse eines bestimmten Niveaus zu verlangen“<sup>180</sup>. Welchem Rechtfertigungsgrund er dieses Erfordernis zuordnet, bleibt freilich im Dunkeln. Wohl nicht ohne Grund. Da der EuGH von einer diskriminierenden Wirkung ausgeht, käme bei Übertragung der Differenzierungen der *Cassis*-Rechtsprechung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen auf die anderen Grundfreiheiten, hier die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, entsprechend dem Gedanken der Konvergenz der Grundfreiheiten<sup>181</sup> nur die ausdrücklich genannte Schranke der „Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ des Art. 39 Abs. 3 EGV in Betracht. Diese ist aber entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des EuGH<sup>182</sup> und der Konkretisierung durch die Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25.2.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind<sup>183</sup>, eng auszulegen. Nun dürfen ausweislich des - auf Privatrechtsverhältnisse allerdings nicht anwendbaren - Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 VO

---

<sup>178</sup> *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 124 ff.; *W.-H. Roth*, FS Everling, 1231, 1241 f.; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 464; *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 109; a.A. *Steindorff*, FS Lerche, 575, 585.

<sup>179</sup> Ausführlich zu den Hintergründen *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 460.

<sup>180</sup> EuGH 6.6.2000 EuZW 2000, 468, 470 Egrd. 44 - Angonese.

<sup>181</sup> Vgl. § 4, B II 4.

<sup>182</sup> Vgl. § 4, B II 3 a.

<sup>183</sup> ABl. EG 1964, 850.

1612/68<sup>184</sup> durchaus Sprachkenntnisse verlangt werden, sofern sie in Anbetracht der Besonderheit der zu vergebenden Stelle erforderlich sind<sup>185</sup>. Fraglich ist aber, ob und wie diese Beschränkungsmöglichkeit auf Privatrechtsverhältnisse übertragbar ist. Zwar ist einsichtig, dass für bestimmte Positionen - z.B. am Schalter einer Bank - die Kenntnis der Landessprache bzw. der Landessprachen als erforderlich betrachtet werden muss. Aber aus Gründen der öffentlichen Ordnung? Und selbst wenn man die Erstreckung der Verpflichtungen der Grundfreiheiten auf Private mit der Öffnung der Beschränkungsmöglichkeiten auch für diese verbindet und eine Rechtfertigung aus Privatinteressen zulässt<sup>186</sup>, stellt sich die weitere Frage, ob und inwieweit hinter ihnen zugleich ein Allgemeininteresse stehen muss. Im Fall „Bosman“ erkannte der EuGH bei der Überprüfung der Beschränkungsmaßnahmen des privaten Verbandes an, dass jedenfalls solche Zwecke berechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewissheit der Ergebnisse zu gewährleisten sowie die Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern<sup>187</sup>. Zur Begründung rekurrierte er u.a. auf die beträchtliche soziale Bedeutung, die der sportlichen Tätigkeit und insbesondere dem Fußball in der Gemeinschaft zukomme<sup>188</sup>. Dies spricht für das Erfordernis zumindest dahinterstehender öffentlicher Interessen. Fraglich ist jedoch, ob der EuGH dies generell als notwendige Bedingung ansieht oder nicht. Genauso ungeklärt ist, inwieweit der EuGH bei Kollektivmaßnahmen den Verbänden, bei Individualmaßnahmen dem einzelnen Beurteilungs- und Bewertungsspieler einräumt, mutatis mutandis zu den Bewertungsspielräumen des nationalen Gesetzgebers<sup>189</sup>, wobei hier als gegenläufiges Interesse anstelle der verbliebenen Kompetenzen der Mitgliedstaaten bzw. des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Kompetenzausübungsschranken (vgl. Art. 5 Abs. 2, 3 EGV) die Verbands- bzw. die Privatautonomie gegenübertritt, was der EuGH zumindest im Ansatz erkannt hat<sup>190</sup>.

Hinzu kommt, dass Art. 86 Abs. 2 EGV die Vorschriften des Vertrages ausdrücklich für auf private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, anwendbar erklärt. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass außer in diesen Fällen eine Erstreckung der Vorschriften des EGV einschließlich Grundfreiheiten auf privatautonomes

---

<sup>184</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Unternehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968 L 257, 2; aktualisierte Fassung in Sartorius II, Nr. 180.

<sup>185</sup> Vgl. dazu *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 367, Rdnr. 15 m. w. Nachw.; im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit *GTE-Troberg*, Art. 52 Rdnr. 42 m. w. Nachw.

<sup>186</sup> Dazu auch *Röthel*, EuZW 2000, 379, 380; *Streinz*, JuS 2000, 1111, 1112.

<sup>187</sup> Ähnlich EuGH 13.4.2000 EuZW 2000, 375, 379 Egrd. 56 - Lehtonen (Sicherung eines geordneten Wettkampfablaufs); vgl. dazu auch *Streinz*, JuS 2000, 1015, 1016.

<sup>188</sup> EuGH 15.12.1995, Slg. 1995, I-4921, 5071 Egrd. 106 - Bosman.

<sup>189</sup> Vgl. dazu *Streinz*, SpuRt 1998, 89, 90.

<sup>190</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1995, 4921, 5065 Egrd. 79 - Bosman. Vgl. dazu *Gramlich*, DÖV 1996, 801, 805 ff.

Handeln gerade nicht beabsichtigt ist<sup>191</sup>. Das ist auch sinnvoll, da die von Art. 86 Abs. 2 EGV erfassten privaten Unternehmen kraft eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt mit einer besonderen Aufgabe betraut worden<sup>192</sup> und von daher staatsnah sind. Nur so lässt sich verhindern, dass sich die Mitgliedstaaten ihrer Bindung an die Vertragsvorschriften durch die Delegation bestimmter Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf nichtstaatliche Rechtsträger entziehen können. Fehlt diese Staatsnähe, bedarf es einer solchen Erstreckung nicht.

Für alle übrigen Unternehmen bleibt es bei der Geltung der Wettbewerbsvorschriften des EGV. Sie sind speziell auf Handlungen Privater zugeschnitten und enthalten von den Grundfreiheiten abweichende Verhaltensmaßstäbe. Insbesondere werden nicht sämtliche handelsbehindernden privaten Verhaltensweisen verboten, sondern nur solche, die zu einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung<sup>193</sup> geeignet sind<sup>194</sup>, und das auch nur unter der Bedingung des Vorliegens weiterer Voraussetzungen (spürbare Wettbewerbsverfälschung, unternehmerisches und nicht rein privates Handeln, marktbeherrschende Stellung etc.). Es wäre aber widersprüchlich, unternehmerische Handlungsweisen mit handelsbehindernder Wirkung nur unter einschränkenden Voraussetzungen zu untersagen, wenn ohnehin jegliche privatautonom verursachte Handelsbehinderung von den Grundfreiheiten erfasst und verboten wäre. Schon die Existenz der Art. 81 f. EGV spricht daher vertragssystematisch gegen eine Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf privatautonomes handelsbehinderndes Verhalten<sup>195</sup>.

Dieser Befund lässt sich auch nicht durch einen Hinweis auf den „effet utile“ des Gemeinschaftsrechts und die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung

---

<sup>191</sup> Ehlers, Jura 2001, 266, 274; Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 252; W.-H. Roth, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E I Rdnr. 17; ders., FS Everling, 1231, 1245; Weiß, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 109.

<sup>192</sup> Vgl. Calliess/Ruffert-Jung, Art. 86 Rdnr. 39; Lenz-Grill, Art. 86 Rdnr. 24, jeweils m. w. Nachw.

<sup>193</sup> Der Begriff des Handels wird in der Praxis weit ausgelegt und erfasst letztlich den gesamten Wirtschaftsverkehr, vgl. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81 Rdnr. 131 m. w. Nachw.

<sup>194</sup> Zum Erfordernis der Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung vgl. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81 Rdnr. 132 m. w. Nachw. Im Rahmen des freien Warenverkehrs lehnt der EuGH hingegen entgegen Forderungen in der Literatur die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums ab, vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 Rdnr. 15 m. w. Nachw.

<sup>195</sup> Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 152; GTE-Müller-Graff, Art. 30 Rdnr. 303; W.-H. Roth, FS Everling, 1231, 1242; ders., Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E I Rdnr. 17; Weiß, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 109; a.A. Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 291 ff.; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 208.

des Gemeinschaftsrechts widerlegen. Richtig ist, dass der Gefahr, die Grundfreiheiten durch die privaten Akteure leerlaufen zu lassen, begegnet werden muss. Dies zu verhindern verlangt schon das Gebot, dem Gemeinschaftsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“<sup>196</sup> darf aber nicht als Argument missverstanden oder missbraucht werden, mit dem sich alles, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts dienen soll, ohne weitere Reflexion begründen ließe. Ungeachtet mancher Ansatzpunkte zur Kritik an Methode und Ausmaß verdient die Rechtsprechung des EuGH insoweit durchaus eine differenzierte Bewertung<sup>197</sup>. Eine solche Reflexion ist aber stets auch dahingehend geboten, ob die „nützliche Wirkung“ nicht hinreichend durch Mittel erreicht werden kann, die anderen Geboten des Gemeinschaftsrechts, hier dem Grundsatz der verhältnismäßigen Einschränkung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 5 Abs. 3 EGV) und auch der grundsätzlichen Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative besser Rechnung tragen. Dies ist, wie noch zu zeigen sein wird, der Fall.

Genausowenig durchgreifend ist der Einwand, da dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV und dem Gebot der Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 141 EGV) unmittelbare Drittwirkung zugemessen werde<sup>198</sup>, müsse dies aus systematischen Gründen auch für die Grundfreiheiten gelten<sup>199</sup>. Richtig daran ist, dass sich in der Tat einige Parallelen feststellen lassen. So werden als Argumente bei Art. 141 EGV die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und die einheitliche Anwendung des Vertrags vorgebracht<sup>200</sup>. Insoweit ist aber fraglich, ob diese Effekte nicht genauso und besser auf andere, gegenläufige Interessen und Rechte berücksichtigende Weise erreicht werden können. Vom Wortlaut her spricht Art. 141 EGV eher noch weniger für eine unmittelbare Drittwirkung als die Grundfreiheiten, da Abs. 1 die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung des Grundsatzes des gleichen Entgelts verpflichtet, was der noch zu erörternden Gewährleistungspflicht entspricht<sup>201</sup>. Somit bleibt die Frage, ob ein struktureller Unterschied zwischen Art. 12 bzw. Art. 141 EGV und den Grundfreiheiten besteht und ob dieser ausschlaggebend ist. Die strukturelle Divergenz besteht darin, dass jedenfalls Art. 141 EGV ein Gemeinschaftsgrundrecht ist, auf das sich jeder Unionsbürger (vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGV) berufen kann, und zwar unabhängig davon, ob ein zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegt oder nicht. Dass dieser Unterschied insoweit ausschlaggebend wäre, ist auf den ersten Blick zwar nicht ersichtlich. Andererseits kann

<sup>196</sup> Vgl. dazu *Streinz*, FS Everling, 1491.

<sup>197</sup> *Streinz*, FS Everling, 1491, 1506 ff.

<sup>198</sup> Zu Art. 12 EGV ist dies im Prinzip h.M., allerdings umstritten hinsichtlich des Umfangs, vgl. *Grabitz/Hilf-von Bogdandy*, Art. 6 EGV a.F. Rdnr. 31; *GTE-Zuleeg*, Art. 6 EGV Rdnr. 18; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 137 ff., jew. m. w. Nachw.; zu Art. 141 EGV ist dies unstreitig, vgl. *Calliess/Ruffert-Krebber*, Art. 141 EGV Rdnr. 5 m. w. Nachw.; *Grabitz/Hilf-Langefeld/Jansen*, Art. 119 EGV a.F. Rdnr. 22 m. w. Nachw.

<sup>199</sup> So wohl EuGH 6.6.2000 EuZW 2000, 468 - Angonese. Eingehend dazu (und dafür) *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 94 ff.

<sup>200</sup> Vgl. *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 97 m. w. Nachw.

<sup>201</sup> Vgl. dazu, dass dieser Unterschied jedenfalls nicht gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten spricht, *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 95 f.

aus der Tatsache, dass der EuGH dem Gemeinschaftsgrundrecht des Art. 141 EGV unmittelbare Drittwirkung zugesprochen hat - durchaus mit Problemen<sup>202</sup> -, nicht zwingend geschlossen werden, dies müsse auch für die Grundfreiheiten gelten<sup>203</sup>.

Scheidet eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten damit jedenfalls grundsätzlich aus, so fragt sich, ob sie nicht wenigstens in besonderen Fallkonstellationen in Betracht kommen kann. Solche Ausnahmesituationen sollen insbesondere dann vorliegen, wenn die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten zwar auf privatautonomen, jedoch nicht individuell, sondern kollektiv ausgeübten Verhaltensweisen beruht. Gedacht ist dabei namentlich an Maßnahmen von Parteien, Gewerkschaften, Wirtschafts-, Berufs- oder Sportverbänden etc. Vorgebracht wird, dass sich die Stellung der diesen Institutionen gegenüberstehenden Privatpersonen nur unwesentlich von der derjenigen unterscheidet, die von staatlichen Maßnahmen betroffen sind<sup>204</sup>. Schließlich habe der Staat typische staatliche Machtbefugnisse auf private Institutionen übertragen. Dann aber dürfe es aus der Sicht des EG-Bürgers auch keinen Unterschied machen, „ob die jeweilige Maßnahme von einer staatlichen Institution herrührt oder aber von einer privaten Institution, auf die die staatliche Aufgabe übertragen worden ist“<sup>205</sup>. Das überzeugt für sich besehen jedoch nicht. Allein die Art der übertragenen Befugnisse vermag eine unmittelbare Drittwirkung nicht zu begründen. Denn ungeklärt bleibt, was überhaupt „typische staatliche Machtbefugnisse“ sind. Das kann von Staat zu Staat variieren und eine Begriffsbestimmung sicherlich nicht dem EuGH überlassen werden<sup>206</sup>. Außerdem sagt die Übertragung einer Befugnis noch nichts darüber aus, wie von ihr Gebrauch gemacht wird. In der Literatur wird daher weiter argumentiert, es finde meist eine kollektive Rechtsetzung statt, die normähnlichen Charakter habe und der der Einzelne nicht ausweichen könne<sup>207</sup>. Das ist in der Tat der richtige Ansatz, vermag für sich genommen aber eine unmittelbare Drittwirkung auch noch nicht zu begründen. Denn versäumt wird, den

---

<sup>202</sup> Vgl. dazu Calliess/Ruffert-Krebber, Art. 141 EGV Rdnrn. 5 f.

<sup>203</sup> Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 462; ähnlich Rossi, EuR 2000, 197, 217 (für Art. 12 EGV).

<sup>204</sup> So etwa Jarass, FS Everling, 593, 594; ders., EuR 2000, 705, 715; GTE-Müller-Graff, Rdnrn. 305 und 307; W.-H. Roth, FS Everling, 1231 (1247); ähnlich Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 263 ff.

<sup>205</sup> W.-H. Roth, FS Everling, 1231, 1246. So sind wohl auch EuGH 18.5.1989 Slg. 1989, 1295, 1327 Egrd. 15 - Royal Pharmaceutical Society, und EuGH 15.12.1993 Slg. 1993, I- 6787, 6821 Egrde. 14 und 15 - Hünermund, zu verstehen.

<sup>206</sup> Ebenso Burgi, EWS 1999, 327, 331.

<sup>207</sup> Umfassend dazu Vieweg, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, passim; Kirchhof, Private Rechtsetzung, 265 ff.

Grund dafür anzugeben, warum der einzelne Maßnahmen dieser sog. „intermediärer Gewalten“ unentrinnbar ausgeliefert ist. Dem ist im folgenden kurz nachzugehen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen rechtlicher und faktischer Zwangsläufigkeit.

Rechtliche Zwangsläufigkeit ist beispielsweise bei einer für die Ausübung eines Berufes zwingend vorgeschriebenen Mitgliedschaft in einer Berufskammer, etwa einer Anwalts- oder Ärztekammer, gegeben. In derartigen Fällen ist gegen eine Anwendung der Grundfreiheiten auf Maßnahmen, die von einer solchen Selbstverwaltungseinrichtung getroffen werden, nichts einzuwenden. Zum einen wird schon häufig die Selbstverwaltungseinrichtung an sich dem staatlichen Bereich zugerechnet werden können, wie z.B. die als Körperschaft des öffentlichen Rechts konstituierten deutschen Rechtsanwaltskammern (§ 62 Abs. 1 BRAO). Denn wenn die Errichtung einer privaten Institution auf einem staatlichem Hoheitsakt beruht, so ist ihre Handlungsbefugnis staatsabgeleitet, selbst wenn ihre Organisationsform privatrechtlicher Natur ist. Darüber hinaus sind aber auch Maßnahmen sich selbständig gründender privater Institutionen (Vereine etc.) dem Staat zurechenbar, sofern der Staat aufgrund eines Hoheitsakts Private zwingend ihrem Regelungsregime unterwirft. Auch hier gibt nicht die Regelungsbefugnis der privaten Einrichtung<sup>208</sup>, sondern die staatlich verordnete Zwangsmemberschaft den Ausschlag für eine Überprüfung ihrer Handlungen am Maßstab der Grundfreiheiten, und zwar auch in Selbstverwaltungsangelegenheiten. In allen diesen Konstellationen hat der Staat durch positives Handeln die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass der einzelne Maßnahmen Privater zwingend ausgesetzt ist. Gegen ihre gemeinschaftsrechtliche Kontrolle ist dann nichts einzuwenden.

Anders liegen die Dinge hingegen bei einer lediglich faktischen Zwangsläufigkeit. In diesen Fällen beruht die Beschränkung der Freiheitsrechte nicht auf vorherigem staatlichen Handeln, sondern geht allein von einem privaten Rechtsträger aus. Die Tatsache, dass der einzelne ihr faktisch nicht ausweichen kann, ändert daran nichts. Gründe, warum die Grundfreiheiten gleichwohl - und nur! - in derartigen Situationen unmittelbar drittwirkend sein sollen, sind nicht ersichtlich<sup>209</sup>. Statt unbesehen auf die faktische Zwangsläufigkeit abzustellen, sollte man daher auch hier nach ihren Gründen fragen. Und dabei zeigt sich, dass letztlich auch sie

---

<sup>208</sup> Etwa Aufsichts- und Regelungskompetenzen oder die Erlaubnis zur Verhängung von Disziplinarstrafen wie z.B. Geldbußen, Berufsverbote etc.

<sup>209</sup> Zumal sich im Gemeinschaftsrecht durchaus Vorschriften finden, die ohnehin bereits Schutz gegenüber Markt- oder Verbandsmacht gewähren.

durch den Staat verursacht wird, allerdings - anders als bei rechtlicher Zwangsläufigkeit - nicht durch ein positives Handeln des Staates, sondern durch seine Untätigkeit; denn der Staat hätte einschreiten und so Missbräuche der von ihm gewährten Privatautonomie verhindern können. Richtiger Ansatzpunkt für eine solche Pflicht ist Art. 10 EGV. Sie führt, wie noch zu zeigen sein wird, jedoch zu keiner unmittelbaren, sondern einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten<sup>210</sup>, allerdings ohne auf „intermediäre Gewalten“ beschränkt zu sein.

#### b) Mittelbare Drittwirkung

Auch wenn man der hier vertretenen Ansicht zustimmt und entgegen der Rechtsprechung des EuGH eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten ablehnt, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass die Grundfreiheiten für die nationalen Privatrechte völlig bedeutungslos sind. Denn die Negierung einer unmittelbaren Drittwirkung hat lediglich zur Folge, dass sich Privatpersonen gegenüber anderen Privatpersonen nicht darauf berufen können, deren *Handeln* verstoße gegen die ihnen durch den EG-Vertrag gewährten Freiheitsrechte. Weiterhin den Grundfreiheiten verpflichtet sind aber die Mitgliedstaaten. Und das zeitigt natürlich auch Wirkungen für das Privatrecht. Diese Wirkungen sind jedoch nur mittelbarer Natur, weil sie privatrechtliche Rechtsverhältnisse zwar zu beeinflussen vermögen, jedoch zu keiner direkten Bindung Privater führen. Das ist im folgenden näher zu erläutern. Zu unterscheiden sind dabei zwei durchaus verschiedenartige Fälle: Zum einen kann die Beeinträchtigung von der privatrechtlichen Norm selbst ausgehen. Denkbar ist es aber auch, dass die Beschränkung der Freiheitsrechte nicht unmittelbar normkausal ist, sondern in erster Linie durch das privatautonome Handeln einzelner verursacht wird.

#### aa) Grundfreiheitenbeschränkende privatrechtliche Normen

Die Wahrnehmung sämtlicher Freiheiten setzt voraus, dass der einzelne überhaupt in der Lage ist, privatautonom zu handeln. Ohne die Möglichkeit, Verträge zu schließen, Eigentum zu übertragen usw., sind der Austausch von Waren, die Erbringung von Dienstleistungen etc. gar nicht denkbar. Das gilt nicht nur für rein innerstaatliche, sondern genauso für grenzüberschreitende Transaktionen. Der Binnenmarkt baut daher auf der

---

<sup>210</sup> Von einer „mittelbaren Drittwirkung“, allerdings in gänzlich anderem Sinn, geht auch *M. Wolf*, Festgabe 50 Jahre BGH, 111, 124, aus. Danach sollen die Grundfreiheiten – in ähnlicher Weise wie bei der mittelbaren Wirkung der Grundrechte – bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln wie § 9 AGBG oder § 242 BGB Berücksichtigung finden.

Privatautonomie als gemeinsamen Fundament der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen auf und erstreckt sie durch die Grundfreiheiten über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg. Die Grundfreiheiten garantieren so ein Mindestmaß an Privatautonomie. Zu Konflikten kommt es immer dann, wenn der von einem Mitgliedstaat seinen Bürgern gewährte Freierraum privatautomen Handelns nicht weit genug reicht, um die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu gewährleisten. Mit den Grundfreiheiten konfliktieren daher alle mitgliedstaatlichen Normen, die die Privatautonomie zu Lasten des innergemeinschaftlichen Leistungsaustauschs beschränken. Derartige Inkompatibilitäten sind immer normkausal. Es ist die Norm und nicht die privatautonome Verhaltensweise einzelner, die zur Beschränkung führt. Betrachtet z.B. das Recht eines Mitgliedstaates eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften als gegen die guten Sitten verstößend und erklärt es sie deshalb für nichtig, geht eine damit verbundene Beschränkung der Grundfreiheiten direkt von der die Nichtigkeit dekretierenden Norm aus. Wer sich auf diese Norm beruft, ist unerheblich. Gleiches gilt beispielsweise im Lauterkeitsrecht. Ist eine Werbung oder Produktkennzeichnung gem. § 3 UWG irreführend und daher verboten, führt bereits die Vorschrift selbst zur Freiheitsbeeinträchtigung und nicht erst der Umstand, dass ein Privater in einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahren einen Unterlassungsanspruch auf § 3 UWG stützt.

Dass auch der Gerichtshof zwischen normkausalen Beschränkungen und Beeinträchtigungen durch privatautonome Verhaltensweisen differenziert, lässt sich am Beispiel der gewerblichen Schutzrechte illustrieren. Sie bildeten häufig den Gegenstand von vor ihm ausgetragenen Verfahren. Der EuGH unterschied zunächst nicht zwischen privatem Handeln und den ihm zugrundeliegenden Rechtsnormen<sup>211</sup>. Seine neue Rechtsprechung macht jedoch deutlich, dass er allein die Rechtsnormen an den Grundfreiheiten und insbesondere der Freiheit des Warenverkehrs misst, nicht aber die einzelnen Willenserklärungen<sup>212</sup>. Staatliche Regelungen, die bestimmte privatautonome Verhaltensweisen untersagen - wie z.B. die unberechtigte

---

<sup>211</sup> Vgl. z.B. EuGH 22.6.1976 Slg. 1976, 1039, 1061 Egrd. 4 - Terrapin/Terranova: Geprüft wird, ob die „Berufung eines Unternehmens auf die Gleichartigkeit von Waren“ bzw. „die Ausübung der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte“ mit der Freiheit des Warenverkehrs vereinbar ist. Weitere Nachweise bei *W.-H. Roth*, FS Everling, 1231, 1233; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 48 f.

<sup>212</sup> Paradigmatisch EuGH 17.10.1990 Slg. 1990, I-3711, 3759 f. Egrd. 20 - HAG II: Die „Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag (stehen) nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die es einem Unternehmen gestatten, ... sich der Einfuhr gleichartiger Waren zu widersetzen...“. Vgl. dazu auch *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 6 und Art. 30 EGV Rdnr. 20; *GTE-Müller-Graff*, Art. 30 EGV Rdnrn. 148 ff. und 290.

Nutzung einer Marke - und/oder dem Einzelnen das Recht einräumen, sich derartigen Handlungen, die in Ausübung der Freiheitsrechte erfolgen, zu widersetzen, sind zweifelsohne am Maßstab des EG-Vertrages zu messen. Hier gilt nichts anderes als auch im sonstigen Gemeinschaftsrecht. „Jeder Unionsbürger hat (selbstverständlich) ein subjektives Abwehrrecht gegen privatrechtliche Normen eines Mitgliedstaates, die einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in seine Grundfreiheiten darstellen“<sup>213</sup>. Das nationale Gericht ist daher gehalten, die Normen des Privatrechts primärrechtskonform auszulegen, soweit ihm dies anhand seiner nationalen Auslegungsmethode möglich ist. Lässt sich so eine Konformität mit den Grundfreiheiten nicht erreichen und sind auch keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich oder deren Voraussetzungen (Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit etc) nicht erfüllt, darf die Zivilrechtsnorm aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewendet werden. So können sich z. B. die Inhaber einer Marke der Einfuhr von mit ihrem Schutzrecht versehenen Waren nicht widersetzen, wenn sie von ihnen oder mit ihrer Zustimmung in anderen Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Und führen nationale Normen des Privatrechts zu einer Nichtigkeit des Vertrages, werden aber die vom nationalem Recht für diese Rechtsfolge ins Feld geführten Gründe von Gemeinschaftsrecht nicht anerkannt, so ist der Vertrag gleichwohl wirksam.

#### bb) Grundfreiheitenbeschränkendes privates Handeln

Anders zu behandeln sind, wie bereits angedeutet, hingegen Konstellationen, in denen die Beschränkung nicht normkausal ist, sondern auf privatautonomem Handeln beruht. Die Beeinträchtigung der Freiheiten geht in diesen Fällen nicht auf das Vorhandensein einer staatlichen Norm zurück, sondern wird umgekehrt gerade durch ihr Fehlen verursacht. Die dem einzelnen vom Staat zugestandene Privatautonomie ist zu weit, weil sie die Grundfreiheiten beschränkende Verhaltensweisen zulässt. Die Ursache für den Verstoß selbst ist jedoch nicht in einem staatlichen, sondern im Handeln der Privatpersonen zu sehen. Dem Staat kann allerdings der Vorwurf gemacht werden, solches Verhalten nicht unterbunden zu haben.

Dass den Staat eine aus Art. 10 EGV in Verbindung mit den Grundfreiheiten resultierende Pflicht zur Schutzgewähr trifft, hat der EuGH erstmals in der Entscheidung „Kommission/Frankreich“ anerkannt. Sie lässt sich ganz allgemein für die Drittwirkung der Grundfreiheiten

---

<sup>213</sup> Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 97.

fruchtbar machen. In der Sache ging es um gewaltsame Proteste französischer Landwirte, die sich gegen die Einfuhr ausländischer Agrarprodukte und insbesondere von Erdbeeren aus Spanien sowie Tomaten aus Belgien richteten. Der Gerichtshof ging von einem Verstoß gegen Art. 28 EGV aus, da die Vorschrift nicht nur Maßnahmen verbiete, die auf den Staat zurückzuführen sind und selbst Beschränkungen für den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten schaffen, sondern auch dann Anwendung finde, wenn ein Mitgliedsstaat keine Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursache nicht auf den Staat zurückzuführen sind<sup>214</sup>. Zur Begründung führte der Gerichtshof an, dass der innergemeinschaftliche Handelsverkehr nicht nur durch positives Tun, sondern genauso durch die Untätigkeit eines Mitgliedsstaates beeinträchtigt werden kann, wenn er es unterlässt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr zu treffen, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen geschaffen wurden<sup>215</sup>. Hieraus schlussfolgert der Gerichtshof, Art. 28 EGV verbiete

„den Mitgliedsstaaten somit nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweisen, die zu einem Handelshemmnis führen könnten, sondern verpflichte(t) sie in Verbindung mit Art. 10 EG-Vertrag auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen“<sup>216</sup>.

Die Mitgliedsstaaten trifft somit eine Garantenpflicht für den Schutz der Grundfreiheiten vor Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen. Worauf diese Handlungen beruhen, d.h. ob sie im Rahmen der bestehenden Gesetze erfolgen oder außerhalb, ist unerheblich. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Beschränkung auf das Handeln „intermediärer Gewalten“ oder Fälle von Machtmissbrauch zurückzuführen ist<sup>217</sup>. Die so verstandene Garantenpflicht erfasst den Schutz vor sämtlichen freiheitsbeschränkenden Verhaltensweisen in den Formen des Privatrechts, sofern sich hierfür nicht ausnahmsweise Rechtfertigungsgründe anführen lassen. Der Staat ist folglich verpflichtet, sein Privatrecht so auszugestalten, dass derartige Beschränkungen nicht mehr möglich sind.

Der Vorteil einer solchen Lösung liegt erkennbar darin, dass das Kompetenzgefüge nicht - wie bei einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten - zu Lasten der Mitgliedsstaaten verschoben wird. Während jene

---

<sup>214</sup> EuGH 9.12.1997 Slg. 1997, I-6959, 6998 f. Egrd. 30 - Kommission/Frankreich.

<sup>215</sup> EuGH 9.12.1997 Slg. 1997, I-6959, 6999 Egrd. 31 - Kommission/Frankreich.

<sup>216</sup> EuGH 9.12.1997 Slg. 1997, I-6959, 6999 Egrd. 32 - Kommission/Frankreich.

<sup>217</sup> A. A. *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 199.

zur Folge hat, dass „an die Stelle des nationalen Privatrechts ... das Gemeinschaftsrecht und an die Stelle des nationalen Gesetzgebers und Richters ... der EuGH“<sup>218</sup> tritt, führt die Garantienpflicht der Mitgliedsstaaten lediglich zu einer ergebnisbezogenen Handlungsverpflichtung. Denn der Gerichtshof gesteht den Mitgliedsstaaten im Rahmen der aus Art. 10 EGV in Verbindung mit den Grundfreiheiten resultierenden Garantienpflicht ein Ermessen zu, welche Maßnahmen am geeignetsten sind, um auf privatem Handeln beruhende Beschränkungen der Grundfreiheiten zu verhindern. Er betont sogar nachdrücklich, dass es nicht Sache der Gemeinschaftsorgane sei, sich an die Stelle der Mitgliedsstaaten zu setzen und ihnen vorzuschreiben, welche Maßnahmen sie erlassen und tatsächlich anwenden müssen, um die Grundfreiheiten in ihrem Gebiet zu gewährleisten<sup>219</sup>. So lassen sich direkte Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme vermeiden und damit deren Kohärenz bewahren. Es bleibt den nationalen Gesetzgebern überlassen, ihr Privatrecht durch die Aufnahme von Normen, die zur Verhinderung einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten geeignet sind, umzugestalten. Sie müssen die maßgeblichen Kriterien benennen, mittels derer die Grundfreiheiten mit dem Fundament der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme, der Privatautonomie, in Einklang zu bringen sind. Der Gerichtshof prüft dann unter Berücksichtigung des den Mitgliedstaaten dabei zustehenden Ermessensspielraums nur noch, ob die Maßnahme hierzu auch geeignet ist. Der Handlungsauftrag aber obliegt klar der nationalen Legislative und nicht der europäischen Judikative<sup>220</sup>.

Man mag dieser Lösung entgegenhalten, sie sei weniger effektiv als eine unmittelbare Drittwirkung, weil sie den einzelnen keine z.B. in einer privatrechtlichen Rechtsstreitigkeit sofort durchsetzbaren Rechte zuweist, sondern die Beseitigung der Beeinträchtigung unter den Vorbehalt mitgliedstaatlichen Handelns stellt. Das ist sicherlich richtig. Nur vermögen allein Effektivitätsüberlegungen und insbesondere der Grundsatz des „effet utile“ Abweichungen von der vertraglichen Systematik nicht zu rechtfertigen. Im übrigen lässt sich auch der EuGH nicht immer von Effektivitätsgesichtspunkten leiten, wie insbesondere seine Rechtsprechung zur horizontalen Wirkung von Richtlinien<sup>221</sup> deutlich macht. Der Gerichtshof hat eine Direktwirkung von Richtlinien unter Privaten immer mit

---

<sup>218</sup> So zutreffend *Burgi* EWS 1999, 327, 330.

<sup>219</sup> EuGH 9.12.1997 Slg. 1997, I- I-6959, 6999 Egrd. 34 - Kommission/Frankreich.

<sup>220</sup> Für eine so verstandene mittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten ebenfalls *Burgi*, EWS, 1999, 327, 330 f.; *Ehlers*, Jura 2001, 266, 274; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 199; *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 112; tendenziell wohl auch *Jarass*, EuR 2000, 705, 716, und *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 581. Vgl. außerdem *Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifärer Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, 265.

<sup>221</sup> Ausführlich dazu § 5, E III 2 b.

Hinweis darauf abgelehnt, dass sie nach Art. 234 Abs. 3 EGV nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und daher auch nur für diese bindend seien und außerdem der EG-Vertrag dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Befugnis, unmittelbar zu Lasten einzelner wirkende Verpflichtungen zu schaffen, ausschließlich im Rahmen der hierzu vorgesehenen Regelungsinstrumente der Verordnung und Entscheidung zugestanden habe<sup>222</sup>. Von dieser Rechtsprechung hat er sich auch nicht von den zahlreichen Stimmen in der Literatur<sup>223</sup> und den Schlussanträgen seiner Generalanwälte<sup>224</sup> abbringen lassen, die unter Hinweis auf den „effet utile“ gerade zum gegenteiligen Ergebnis gelangt waren. Quasi als „Kompensation“ dieser fehlenden horizontalen Wirkung wurde dem einzelnen vom EuGH jedoch das Recht zugestanden, vom umsetzungssäumigen bzw. fehlerhaft umsetzenden Staat Ersatz der durch die fehlerhafte oder unterbliebene Richtlinienumsetzung entstandenen Schäden zu verlangen<sup>225</sup>. Genauso lässt sich bei der horizontalen Wirkung von Primärrecht verfahren. Der einzelne hätte dann die Möglichkeit, bei freizügigkeitswidrigen Maßnahmen anderer Privater vom Staat Schadensersatz zu verlangen, weil dieser es pflichtwidrig unterlassen hat, schützend einzugreifen<sup>226</sup>. Ein derartiger Anspruch setzt voraus, dass die gemeinschaftsrechtliche Norm, gegen die verstoßen wurde, die Verleihung von Rechten an die Geschädigten bezweckt, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht<sup>227</sup>. Die Schutzpflicht des Staates ist zweifelsohne drittgerechtigt und bezweckt in Zusammenschau mit der jeweils einschlägigen Grundfreiheit stets die Verleihung von Rechten an Dritte<sup>228</sup>. Auch die geforderte Kausalität wird sich meist recht einfach nachweisen lassen. Schwierigkeiten bereiten kann allenfalls die Feststellung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes. Man kann hierin aber auch eine „Filterfunktion“ sehen, die eine Inanspruchnahme der Mitgliedstaaten für jede noch so fernliegende, auf privatem Handeln beruhende Freiheitsbeschränkung verhindert.

---

<sup>222</sup> EuGH 26.2.1986 Slg. 1986, 723 - Marshall; 14.7.1994 1994, I-3325 - Faccini Dori; 7.3.1996 1996, I-1281 - El Corte Inglés.

<sup>223</sup> Vgl. dazu § 5, E III 2 b. Umfangreiche Nachweise bei *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 252 in Fußn. 51.

<sup>224</sup> Vgl. die Schlussanträge von GA *van Gerven*, Slg. 1993, I-4367, 4387 Nr. 12 – Marshall II; GA *Jacobs*, Slg. 1994, I-763, 774 ff. Nrn. 29 ff. – Vaneetveld; GA *Lenz*, Slg. 1994, I-3325, 3338 ff. Nrn. 43 ff. – Faccini Dori.

<sup>225</sup> Dazu § 5, E III 2 e.

<sup>226</sup> So auch *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 112.

<sup>227</sup> EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1149 Egrd. 51 - Brasserie du pêcheur und Factortame; 26.3.1996 Slg. 1996, I-1631, 1668 Egrd. 39 - British Telecommunications; 23.5.1996 Slg. 1996, I-2553, 2613 Egrd. 25 - Hedley Lomas; 8.10.1996 Slg. 1996, I-4867, 4878 Egrd. 21 - Dillenkofer; 22.4.1997 Slg. 1997, I-2163, 2191 Egrd. 32 - Sutton.

<sup>228</sup> Ebenso *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 243 ff.; *Kainer*, JuS 2000, 431, 436; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 506; *Leidenmühler*, WBl. 2000, 245, 249; vgl. auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 467.

## II. Grundfreiheiten und Rechtsangleichung

Die von den Grundfreiheiten ausgehende Wirkung auf die nationalen Rechte ist lediglich eine begrenzende. Sie führen zu keiner positiven Angleichung der nationalen Regelungssysteme, sondern lediglich zu einer Negativ-Integration. Denn die Grundfreiheiten geben nicht positiv vor, welchen Inhalt nationales Recht haben muss, sondern legen lediglich negativ fest, welche Wirkungen ihm nicht zukommen darf. Der nationale Gesetzgeber bleibt daher in der Ausgestaltung seiner binnenmarktrelevanten privatrechtlichen Regelungen frei, solange er die ihm durch die Grundfreiheiten gezogenen Grenzen beachtet. Und bei rein innerstaatlichen Sachverhalten hindert ihn ohnehin nichts daran, an seinen bisherigen Normen festzuhalten. Das dadurch entstehende Problem der Inländerdiskriminierung ist kein gemeinschaftsrechtliches, sondern muss mit Hilfe des nationalen Verfassungsrechts gelöst werden<sup>229</sup>.

Zuzugeben ist allerdings, dass die Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH im Tatsächlichen oft zu einer Rechtsannäherung und häufig auch zur Rechtsangleichung führt. Zu einer Rechtsannäherung - manche sprechen auch von negativer Rechtsangleichung<sup>230</sup> - kommt es, wenn der EuGH Normtypen für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt und der nationale Gesetzgeber - sei es zur Wahrung der Kohärenz der nationalen Rechtsordnung, sei es zur Vermeidung nachteiliger Folgen für die eigene Wirtschaft - die gemeinschaftsrechtlich limitierte Norm einfach streicht. So wurde z.B. § 6 e UWG als direkte Folge der Entscheidung „Yves Rocher“<sup>231</sup> vom deutschen Gesetzgeber kurzerhand aufgehoben<sup>232</sup>. Das gleiche Phänomen lässt sich bei der gerichtlichen Auslegung von Generalklauseln beobachten. Der EuGH geht bei der Rechtfertigungsprüfung warenverkehrsbehindernder Vorschriften des nationalen Lauterkeitsrechts bekanntlich vom Leitbild eines aufmerksamen und mündigen Verbrauchers aus<sup>233</sup>. Wohl als direkte Folge der hierdurch ausgelösten Diskussion um die Berechtigung des der deutschen Wettbewerbsrechtsprechung bisher zugrundeliegenden

---

<sup>229</sup> Vgl. dazu *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, passim; *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, passim.

<sup>230</sup> *Gebauer*, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, 84.

<sup>231</sup> EuGH 18.5.1993 Slg. 1993-I, 2361 - Yves Rocher.

<sup>232</sup> Vgl. Art. 1 Nr. 1 UWG-ÄndG vom 23.7.1994 (BGBl. I, 1738 ff.).

<sup>233</sup> Ausdrücklich etwa in EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4657, 4691 Egrd. 31 - Gut Springenheide; weitere Nachweise bei *Leible/Sosnitza*, WRP 2000, 610, 611 in Fußn. 10. Allgemein dazu *Leible*, DZWIR 1994, 177, 178 f.; *A. H. Meyer*, WRP 1993, 215; *Rüffler*, Der Einfluß des Europarechts, 157 ff., *Streinz/Leible*, ZIP 1995, 1236, 1241 f.; *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, 196 ff.

Leitbilds des unaufmerksamen und flüchtigen Verbrauchers scheint der BGH nunmehr auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten bereit zu sein, seinen Standpunkt zu überdenken und sich - wenn auch noch sehr vorsichtig - dem „EG-Standard“ anzunähern, indem er dem Verbraucher stärker als bisher ein gewisses Maß an Urteils- und Kritikfähigkeit zubilligt und zumutet) und ihn nicht mehr als nahezu unmündiges, noch vor der kleinsten Irreführungsfahr zu schützendes Geschöpf betrachtet<sup>234</sup>. All dies beeinflusst das Recht aber nur begrenzend und vor allem nicht gemeinschaftsweit<sup>235</sup>. Nationale „Spitzen“ werden gekappt, die Rechtssysteme rücken näher zusammen, bleiben aber ansonsten uneinheitlich.

Urteile des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten sind aber auch oft Auslöser für Rechtsangleichungsmaßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers. Denn stellt der Gerichtshof fest, dass ein Beschränkungs- oder Diskriminierungstatbestand vorliegt, wird die Notwendigkeit von Harmonisierungsmaßnahmen nach Art. 95 oder - sofern noch einschlägig - Art. 94 offenkundig. Dies gilt besonders dann, wenn Beschränkungen - etwa gem. Art. 30 EGV oder aus „zwingenden Erfordernissen“ im Sinne der Cassis-Rechtsprechung - gerechtfertigt sind. Die gesamte „neue Strategie“ der Kommission und der ihr inhärente Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bauen auf dieser Erkenntnis auf<sup>236</sup>: Harmonisierungsbedürftig sind nur noch diejenigen Bereiche, die der EuGH gem. Art. 30 EGV bzw. aufgrund „zwingender Erfordernisse“ noch für eine Regelung durch die Mitgliedstaaten übrig gelassen hat. Grundsätzlich negieren lässt sich ein Harmonisierungsbedürfnis aber selbst dann nicht, wenn die Grundfreiheiten tatbestandlich einschlägig sind, weil sich eine staatliche Maßnahme nicht rechtfertigen lässt. Zwar ist eine Beeinträchtigung der Freiheitsrechte nicht zu besorgen, da die grundfreiheitenwidrige Norm den Betroffenen nicht entgegengehalten werden kann, doch kann die stets drohende Gefahr einer

---

<sup>234</sup> Ausdrücklich auf den „aufmerksamen Verbraucher“ stellen ab BGH 19.8.1999 NJW 1999, 3491, 3493 - EG-Neuwagen II (dazu *Leible*, NJW 2000, 1242); 20.10.1999 WRP 2000, 517 - Orient-Teppichmuster; 17.2.2000 WRP 2000, 724 - Space Fidelity Peep-Show. In diese Richtung deuteten bereits die Entscheidungen BGH 9.6.1994 WRP 1994, 615 - Unipor-Ziegel; 14.12.1995 WRP 1996, 290 - Umweltfreundliches Bauen; 15.2.1996 WRP 1996, 729 - Der meistverkaufte Europas; 23.5.1996 WRP 1996, 1156 - PVC-frei; 17.10.1996 WRP 1997, 302 - Naturkind; 15.7.1999 NJW 1999, 3267 - EG-Neuwagen I.

<sup>235</sup> *Gebauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 85.

<sup>236</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *Lebensmittelrechts-Handbuch*, III. C Rdnrn. 117, 117a.

Inländerdiskriminierung eine Harmonisierung nahe legen<sup>237</sup>. Und kommt es zur Rechtsangleichung, ist festzustellen, dass die vom EuGH im Rahmen seiner Rechtfertigungsprüfung entwickelten Parameter nicht selten Vorbildcharakter für die inhaltliche Ausgestaltung der Harmonisierungsmaßnahme haben. So musste sich der Gerichtshof z.B. in zahlreichen Entscheidungen mit der Vereinbarkeit nationaler gewerblicher Schutzrechte, insbesondere von Markenrechten, mit der Warenverkehrsfreiheit auseinandersetzen<sup>238</sup>. Die vom Gerichtshof dabei entwickelte Lehre von der gemeinschaftsweiten Erschöpfung der nationalen Markenrechte stand Pate für Art. 7 der EG-Marken-Richtlinie<sup>239</sup> und Art. 13 der EG-Verordnung<sup>240</sup> über die Gemeinschaftsmarke<sup>241</sup>. Ein zweites Beispiel findet sich im Lebensmittelrecht. Durch nationale Zusatzstoffverbote verursachte Warenverkehrshindernisse waren immer wieder Gegenstand von Vorabentscheidungs- oder Vertragsverletzungsverfahren. Der Gerichtshof hat mehrfach entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Einfuhr ausländischer Waren nicht unter Hinweis auf nationale Zusatzstoffverbote untersagen dürfen, wenn die Verwendung des in ihnen enthaltenen Zusatzstoffs einem echten Bedürfnis, insbesondere technologischer Art, entspricht<sup>242</sup>. Eine zwar nicht inhaltlich identische, aber doch an diese Rechtsprechung angelehnte Regelung findet sich heute in Art. 1 Abs. 2 der EG-Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie<sup>243</sup>.

---

<sup>237</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 25; GTE-Müller-Graff, Art. 30 EGV Rdnr. 349; ähnlich Schwartz, ZEuP 1994, 559, 577.

<sup>238</sup> Vgl. dazu § 4, D IV 1 a sowie m. w. Nachw. Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz und Europäische Warenverkehrsfreiheit, 30 ff. (Warenzeichenrecht) und 54 ff. (Patentrecht).

<sup>239</sup> Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 21. Dezember 1988, ABl. 1989 L 40/1.

<sup>240</sup> Verordnung 40/94/EG des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20. Dezember 1993, ABl. 1994 L 11/1.

<sup>241</sup> So ausdrücklich für Art. 7 Abs. 1 Marken-RL auch EuGH 12.10.1999 Slg. 1999, I-6927, 6960 Egrd. 13 - Upjohn.

<sup>242</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.7.1983 Slg. 1983, 2445, 2464 Egrd. 19 - Sandoz; 12.3.1987 Slg. 1987, 1227, 1274 Egrd. 44 - Kommission/Deutschland.

<sup>243</sup> Zu den Unterschieden zwischen EuGH-Rechtsprechung und Regelungsinhalt vgl. Schlacke, Risikoentscheidungen im Europäischen Lebensmittelrecht, 78 ff. und 106 ff.; Streinz, Europäisches Lebensmittelrecht unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf Österreich, 98 und 144.

### D. Grundfreiheiten und Zivilrecht

Aufbauend auf dem vorstehend Skizzierten ist nunmehr der Frage nachzugehen, ob und in welcher Weise die Grundfreiheiten auf die nationalen Zivilrechtssysteme einwirken. Die Möglichkeit eines Verstoßes nationalen Privatrechts gegen die Grundfreiheiten scheint auf den ersten Blick ein Widerspruch in sich zu sein, da ja Privatrecht gerade erst die Voraussetzungen für privates Handeln schafft. Ohne Privatrecht und insbesondere Vertragsrecht sind grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten und damit die Wahrnehmung der Grundfreiheiten überhaupt nicht möglich. Wer z.B. seine Waren in der gesamten Gemeinschaft vertreiben möchte, ist nun einmal darauf angewiesen, mit seinen Abnehmern Schuldverträge abzuschließen und ihnen die Ware auch übereignen zu können; wer diese Tätigkeit nicht allein, sondern mit anderen gemeinsam ausüben möchte, muss die Möglichkeit haben, sich zu entsprechenden Personenvereinigungen (Gesellschaften) zusammenschließen zu können usw. Damit ist bereits ein Punkt angesprochen, der für die Frage nach möglichen Einwirkungen der Grundfreiheiten auf das Privatrecht zentral ist. Die Wahrnehmung der Grundfreiheiten erfordert nicht nur, dass überhaupt Regeln existieren, die die Möglichkeit rechtlichen Handelns durch Einzelne sichern; sie bedingt darüber hinaus, dass die Einzelnen ihre privatrechtlichen Beziehungen zueinander auch weitgehend autonom gestalten können. Privatautonomie und Vertragsfreiheit als ihr wohl wichtigster Bestandteil sind daher nicht allein das gemeinsame Fundament der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen<sup>244</sup>, auf dem das Gemeinschaftsrecht stillschweigend aufbaut<sup>245</sup>, sondern eine *conditio sine qua non* für die Ausübung der Grundfreiheiten und somit des europäischen Binnenmarktes<sup>246</sup>. Ein dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichteter Binnenmarkt (Art. 4 Abs. 1 EGV) ist ohne Privatautonomie nicht denkbar. Zu Konflikten zwischen nationalem Privatrecht und den Grundfreiheiten kann es daher vor allem dann kommen, wenn die dem einzelnen vom nationalen Gesetzgeber eingeräumte Freiheit privatautonom Handelns nicht weit genug reicht, um ihm die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu ermöglichen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein englischer Anbieter seine Dienstleistungen in Deutschland nicht vertreiben kann, weil das auf den Vertrag zwingend anwendbare deutsche Recht diesen aufgrund der Art der

---

<sup>244</sup> Rittner, JZ 1990, 838, 842; Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 17.

<sup>245</sup> Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71, 105.

<sup>246</sup> Von Wilmsky, JZ 1996, 590, 591.

geschuldeten Dienstleistung für sittenwidrig und damit nichtig betrachtet (§ 138 BGB). Unverträglichkeiten zwischen Privatautonomie und gemeinschaftsrechtlichen Regelungserfordernissen sind freilich auch in umgekehrter Richtung denkbar. Denn Konflikte sind genauso möglich, wenn die Privatautonomie des einzelnen zu umfassend ist, weil sie Vereinbarungen zulässt, die dem Ziel der Marktintegration (Art. 81 ff., 141 EGV) oder den Grundfreiheiten zuwiderlaufen. Dieser Fall wurde bereits unter dem Stichwort der „Drittwirkung“ angesprochen. Im folgenden sollen daher nur noch die normkausalen Beschränkungen interessieren.

Der nachfolgend zu belegenden Einwirkung der Grundfreiheiten auf das Privatrecht wird freilich immer wieder der ganz grundsätzliche Einwand entgegengehalten, die Grundfreiheiten sollten allein das Verhältnis Bürger-Staat erfassen und den einzelnen lediglich vor staatlichen Eingriffen in seine Freiheitssphäre schützen. Privatrecht diene jedoch vor allem der Ordnung gegenseitiger Interessen. Dieser Ordnungsauftrag werde gefährdet, wenn mittels der Grundfreiheiten punktuell in die nationalen Privatrechtssysteme eingegriffen werde<sup>247</sup>. Letztlich ermögliche die Kassation vermeintlich grundfreiheitenwidrigen Privatrechts den nahezu schrankenlosen Import bisher unbekannter ausländischer Rechtsfiguren und Rechtsinstitute. Es drohe die Gefahr eines „race to the bottom“, bei dem sich stets das jeweils niedrigste Schutzniveau durchsetzen könne. Eine solche Entwicklung bedrohe nicht nur eine der Systembildung verpflichtete Rechtswissenschaft<sup>248</sup>, sondern die Rechtsordnung insgesamt, da „die Aufdeckung und Ausarbeitung des ‘inneren Systems’ von elementarer Bedeutung für einen Rechtsfortbildungsprozeß (sei), der den beiden Postulaten Vorhersehbarkeit und Gerechtigkeit gleichermaßen gerecht wird“<sup>249</sup>. Hinzu komme, dass aufgrund der einseitigen Ausrichtung der Grundfreiheiten an einem autonomiebasierten liberalen Marktmodell die „nationalen Normen, die einer gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten, kaum zur systembestimmten Ausformung einer objektiven Wertordnung“ gerinnen könnten und sich das Zivilrecht in eine Sammlung disparater Schutznormen auflöse und letztlich nur eine eher zufallsbedingte Sammlung gemeinschaftsrechtlich akzeptierter Allgemeininteressen verkörpere<sup>250</sup>. Von einem „horror juris“ ist folglich die Rede<sup>251</sup>, der „system-

---

<sup>247</sup> *Remien*, JJZ 1991, 11, 36

<sup>248</sup> Zum Systemgedanken im deutschen Zivilrecht vgl. statt aller *Larenz*, Methodenlehre, 165 ff. und 437 ff.

<sup>249</sup> *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 1, 7.

<sup>250</sup> *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 1, 8.

<sup>251</sup> *Steindorff*, JZ 1994, 95, 96.

sprengenden Wirkung der Grundfreiheitenkontrolle“<sup>252</sup> usw. Diese Befürchtungen - denen wir übrigens in ähnlicher Form auch im erst später zu behandelnden Bereich des Sekundärrechts wieder begegnen werden - sind in der Tat nicht ganz unberechtigt. Durchgreifend sind sie gleichwohl nicht.

Erstens ist der Ausgleich divergierender Interessen Privater kein Spezifikum des Privatrechts, sondern vielfach auch das Ziel öffentlich-rechtlicher Normen, so etwa von Regelungen des Bau- oder Nachbarrechts<sup>253</sup>. Zudem lassen sich privatrechtliche Vorschriften häufig durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen substituieren. So kann beispielsweise das Ziel der Sicherung der Privatautonomie sowohl durch eine behördliche Kontrolle vorformulierter Klauselwerke als auch durch deren gerichtliche Überprüfung in einem privaten Rechtsstreit erfolgen. Im Werberecht hat sich der deutsche Gesetzgeber für eine primär privatrechtliche Regelung entschieden, während Frankreich ein ordnungsrechtliches Modell und England eine verwaltungsrechtliche Kontrolle bevorzugt<sup>254</sup>. Überhaupt kennen viele Rechtsordnungen nicht die uns geläufige scharfe Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht oder setzen die Akzente anders<sup>255</sup>. Und dem Gemeinschaftsrecht ist eine derartige Unterscheidung ohnehin fremd. Es ist rein funktionsbezogen, schafft ein einheitliches Marktverhaltensrecht, das für sämtliche Mitgliedstaaten der EG verbindlich ist. Es kann daher, soll es effektiv verwirklicht werden, auf nationale Besonderheiten in der Differenzierung zwischen Privat- und öffentlichem Recht keine Rücksicht nehmen. Maßgeblich ist allein, ob mitgliedstaatliche Normen „beschränkungstauglich“ sind. Das aber hängt nicht von ihrer rechtlichen Zuordnung, sondern allein von ihrer Wirkung ab.

Eine andere Frage ist es, ob für beschränkende Privatrechtsnormen andere Rechtfertigungsmöglichkeiten anerkannt werden sollten als für öffentlich-rechtliche Normen. Dass der EuGH für eine Fortentwicklung der Rechtfertigungsgründe durchaus offen ist, sofern keine Diskriminierungen zu besorgen sind, wurde bereits aufgezeigt. Aber auch hier muss gelten, dass es dabei nicht auf die durch einen Mitgliedstaat vorgenommene Normzuordnung, sondern allein die mit ihr verfolgten Interessen ankommen kann.

---

<sup>252</sup> Mülbart, ZHR 159 (1995), 1, 6.

<sup>253</sup> Hager, JZ 1994, 373, 375; Mülbart, ZHR 159 (1995), 1, 11; Taupitz, ZEuP 1997, 986, 993 f.

<sup>254</sup> Reich, Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäischen Union, 7.

<sup>255</sup> Von Bar, IPR I, Rdnr. 245.

Zweitens lassen sich mit Systemargumenten tatsächliche Gegebenheiten nicht ungeschehen machen. Man mag bedauern, dass auf einmal supranationales Recht auf die über Jahrhunderte gewachsenen Privatrechtsordnungen Einfluss und auf hierdurch möglicherweise verursachte Systembrüche scheinbar keine Rücksicht nimmt; jedoch handelt es sich beim Gemeinschaftsrecht, den durch dieses geschaffenen Binnenmarkt und den ihn konstituierenden Grundfreiheiten um ein Datum, das zunächst einmal unabhängig von allen Vorbehalten zu akzeptieren ist. Die Aufgabe der Privatrechtswissenschaft besteht nunmehr darin, diese neu hinzugekommene Rechtsebene und die von ihr ausgehenden Wirkungen in das eigene Rechtssystem einzupassen, es mit den supranationalen Vorgaben kompatibel zu machen („Integration statt Negation“). Wo dies nicht ohne Systembrüche möglich ist, führt an einer Fortentwicklung kein Weg vorbei. Dazu bedarf es zuvorderst allerdings einer Herausarbeitung der das europäische Privatrecht, hier zunächst verstanden als die mit den Grundfreiheiten einhergehende privatrechtliche Negativintegration, charakterisierenden Konstituentia. Dass eine europäische Systembildung aufgrund der tatbestandlichen Unbestimmtheit der Grundfreiheiten, der insbesondere durch das System des Vorabentscheidungsverfahrens bedingten Zufälligkeit und des tendenziell apodiktischen Stils von Entscheidungen des EuGH äußerst schwierig ist, kann nicht bestritten werden. Dass sie erst in weiter zeitlicher Ferne versucht werden kann<sup>256</sup>, ist freilich zu bezweifeln. Vielversprechende wissenschaftliche Ansätze sind bereits jetzt mit den Habilitationsschriften von *Remien*<sup>257</sup> und *Furrer*<sup>258</sup> sowie *Franzen*<sup>259</sup> zu verzeichnen. Und auch der EuGH selbst ist, wie seine Rechtsprechung zu den gewerblichen Schutzrechten und - eingeschränkt - zum Lauterkeitsrecht zeigt, durchaus zu Systembildungen in der Lage, selbst wenn sich eine anfängliche „try and error“-Phase anscheinend nicht immer vermeiden lässt. Das ist nun allerdings kein Phänomen des europäischen Rechts, sondern ein Charakteristikum jeder Rechtsentwicklung, die maßgeblich auf Fallrecht beruht, und auch dem deutschen Recht nicht unbekannt, wie etwa die Entwicklung der von der Wissenschaft stets kritisch begleiteten BGH-

---

<sup>256</sup> So *Zitscher*, *RabelsZ* 60 (1996), 648, 657.

<sup>257</sup> *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages* (Hamburger Habilitationsschrift 1999).

<sup>258</sup> *Furrer*, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht* (St. Galler Habilitationsschrift 1999).

<sup>259</sup> *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999.

Rechtsprechung zur Haftung für sog. Weiterfresser-Schäden<sup>260</sup> oder zur Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern<sup>261</sup> zeigt. Richter müssen eben zunächst Fälle entscheiden; Systembildung folgt dann - wenn überhaupt - erst an zweiter Stelle<sup>262</sup> oder bleibt gleich ganz der Wissenschaft überlassen. Warum sollte das in Europa anders sein als in Deutschland?

*I. Vorüberlegung 1: Dispositives oder zwingendes Recht?*

Bevor wir uns nun aber der Frage zuwenden, unter welchen Voraussetzungen privatrechtliche Normen mit den Grundfreiheiten konfliktieren können, ist der denknötwendig vorgeschalteten Frage nachzugehen, welche Rolle es spielt, dass eine Norm dispositiv oder zwingend ist. Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen soll die EuGH-Entscheidung „Alsthom Atlantique“ sein. In der Sache ging es um eine Haftung für verborgene Mängel, die den Verkäufer einer Sache gem. Art. 1643 des französischen Code civil selbst bei Unkenntnis des Mangels trifft. Nach ständiger Rechtsprechung der Cour de cassation besteht eine unwiderlegliche Vermutung, dass der gewerbliche Hersteller oder Verkäufer die Mängel der verkauften Sache zum Zeitpunkt der Lieferung gekannt hat. Widerlegen lässt sich diese Vermutung allein im Rahmen von Vertragsbeziehungen mit einem Gewerbetreibenden aus der gleichen Branche. Dementsprechend ist dem Verkäufer auch der von Art. 1643 Cc eigentlich zugelassene Haftungsausschluss verwehrt. Die verklagte Firma machte nun in einem Verfahren vor dem Tribunal de commerce Paris geltend, dass es eine Rechtsprechung wie die der Cour de cassation in keinem anderen Mitgliedstaat der EG gebe und sie geeignet sei, den freien Warenverkehr, im vorliegenden die durch Art. 29 EGV gewährte Ausfuhrfreiheit, zu behindern. Der Gerichtshof weist dieses Vorbringen mit dem Argument zurück, es mangle an der von Art. 29 EGV vorausgesetzten spezifischen Behinderung von Ausfuhrströmen; die Rechtsprechung der Cour de cassation gelte unterschiedslos für alle dem französischen Recht unterliegenden Handelsbeziehungen; weder bezwecke noch bewirke sie eine spezielle Beschränkung der Ausfuhrströme sowie eine damit verbundene Begünstigung der nationalen Produktion. Dass eine derartige Auslegung von Art. 29 EGV angreifbar ist, ist bereits

---

<sup>260</sup> Dazu etwa *Franzen*, JZ 1999, 702.

<sup>261</sup> Dazu statt aller mit umfangreichen Literaturnachweisen *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1215 ff.

<sup>262</sup> Vgl. dazu *Röhrich*, ZGR 1999, 445.

dargetan worden<sup>263</sup>. Unter Zugrundelegung der dort aufgestellten Prämissen ist ein Verstoss gegen Art. 29 EGV durchaus vorstellbar; denn schließlich hat ein französischer Anbieter bei Anwendbarkeit französischen Rechts nicht die Möglichkeit, sein Produkt auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats unter den dort geltenden (Haftungs-)Bedingungen anzubieten. Das allein genügt für das Vorliegen eines Beschränkungstatbestandes jedoch noch nicht. Hinzukommen muss vielmehr, dass Verkäufer auch tatsächlich gezwungen ist, zu den Bedingungen des französischen Rechts anzubieten. Ihm dürfen also keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Eine solche Ausweichmöglichkeit bietet aber, wie auch der Gerichtshof erkennt, die Wahl eines anderen als des französischen Rechts:

„Im übrigen steht es den Parteien eines internationalen Kaufvertrags im allgemeinen frei, das auf ihre Vertragsbeziehungen anwendbare Recht zu bestimmen und so die Unterwerfung unter das französische Recht zu vermeiden.“<sup>264</sup>

Damit ist der entscheidende Punkt angesprochen. Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts können überhaupt nur dann zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führen, wenn sie der Parteidisposition entzogen sind. Dispositives Recht hingegen ist von vornherein nicht zur Behinderung des Freiverkehrs geeignet, da es den Parteien jederzeit frei steht, hiervon abweichende Vertragsgestaltungen zu wählen<sup>265</sup>. Aber auch zwingendes Recht ist nicht per se beschränkungstauglich, sondern nur dann, wenn es rechtswahlfest ist. Denn das Vorliegen eines Beschränkungstatbestandes setzt zunächst einmal - jedenfalls in der Regel - das Vorhandensein von über einen Mitgliedstaat hinausreichenden Sachverhaltselementen voraus. Damit aber wird der Geltungsanspruch des nationalen Rechts gelockert und den Parteien in verschiedenen Rechtsgebieten, insbesondere dem Schuldvertragsrecht, die Möglichkeit eröffnet, zur eigenverantwortlichen Regelung ihrer Rechtsbeziehungen das auf sie anzuwendende Recht selbst zu bestimmen<sup>266</sup>. Die von ihnen getroffene Rechtswahl verdrängt nicht nur das bei objektiver Anknüpfung anzuwendende dispositive, sondern genau-

---

<sup>263</sup> Vgl. § 4, B II 2 a.

<sup>264</sup> EuGH 24.1.1991 Slg. 1991, I-107, 124 Egrd. 15 - Alsthom Atlantique; ähnlich bereits zuvor EuGH 29.10.1980 Slg. 1980, 3427, 3437 Egrd. 13 - Boussac/Gerstenmeier.

<sup>265</sup> Ebenso *Basedow*, Europäisches Vertragsrecht für europäische Märkte, 12; *Grundmann*, JZ 1996, 274, 278 f.; *ders.*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 27; *Kieninger*, JJZ 1996, 245, 247; *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 69 f. in Fußn. 82; *W.-H. Roth*, VersR 1993, 129, 133.

<sup>266</sup> Zu den Geltungsgründen der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht vgl. m. w. Nachw. *Leible*, ZVglRWiss 97 (1998), 286, 288 ff.

so das zwingende Recht, sofern es nicht ausnahmsweise international zwingend oder aus einem anderen Grunde rechtswahlfest ist. In Konflikt mit den Grundfreiheiten geraten können folglich nur solche Normen des nationalen Privatrechts, für die eine Rechtswahl ausgeschlossen ist.

Dem hier vertretenen Ansatz wird freilich entgegengehalten, er vernachlässige, dass die Parteien faktisch nicht immer die Möglichkeit hätten, dass von beiden gewünschte Recht für das gesamte Rechtsverhältnis oder auch nur einen Teil desselben<sup>267</sup> durch Vereinbarung zu wählen. Einerseits könne sich häufig eine Partei mit ihrem Wunsch bei der Vertragsgestaltung nicht durchsetzen, so dass jedenfalls für sie auch dispositiven Normen letztlich eine zwingende Wirkung zukomme. Und andererseits würden die Parteien beim Vertragsschluss meist künftige Probleme nicht mitbedenken und deshalb oder aus Kostengründen von der Aushandlung eines vom staatlichen Dispositivrecht abweichenden Vertragstextes absehen<sup>268</sup>. Zuzugeben ist, dass die Ermittlung eines günstigeren fremden Rechts regelmäßig mit Kosten verbunden ist. Richtig ist auch, dass die Parteien stets „in the shadow of the law“ verhandeln und daher die Durchsetzung einer Rechtswahl schwierig sein wird, wenn das bei objektiver Anknüpfung anwendbare Recht für die andere Vertragspartei günstig ist. Allein diese Erschwernisse grenzüberschreitenden Wirtschaftens aufgrund unterschiedlicher Zivilrechte sind aber noch nicht zur Begründung eines Beschränkungstatbestandes geeignet. Denn sie beruhen allenfalls mittelbar auf staatlichem Privatrecht und sind in erster Linie Folge parteiautonomem Verhalten. Die durch die Freiheiten angestrebte Marktöffnung wird durch sie nicht beeinträchtigt<sup>269</sup>. Ob sie zu Wettbewerbsverfälschungen führen und daher die Notwendigkeit einer Rechtsangleichung oder gar -vereinheitlichung begründen können, ist eine andere und erst später zu beantwortende Frage. Dem hier vertretenen Ansatz der Maßgeblichkeit der Rechtswahlfreiheit kann schließlich auch nicht entgegen gehalten werden, dass mitunter selbst eine Rechtswahl nicht weiterhilft, weil etwa im konkreten Fall keine liberalere Rechtsordnung zur Verfügung steht<sup>270</sup>. Aufgabe der Grundfreiheiten ist nicht die Gewährung allgemeiner Handlungs-

---

<sup>267</sup> Mittels einer Teilrechtswahl.

<sup>268</sup> So etwa *Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, 89; *Lurger*, JZ 1995, 17, 35; *dies.*, Vertragliche Solidarität, 94 in Fußn. 267; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 79; *von Wilmsowsky*, JZ 1996, 590, 595; mit gleichem Ergebnis z.B. *Lorenz*, VersRdsch 3/1995, 8, 15 f.; *Langner*, RabelsZ 65 (2001), 222, 227 f.

<sup>269</sup> Ähnlich *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 194.

<sup>270</sup> So aber *von Wilmsowsky*, JZ 1996, 590, 595.

freiheit. Sichergestellt werden soll lediglich, dass in anderen Mitgliedstaaten zu den dort geltenden oder aber unter den heimischen, quasi mitexportierten Bedingungen angeboten werden kann. Versagen aber z.B. sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestimmten Vertragstypen die zivilrechtliche Wirksamkeit, ist der Vertragsgegenstand von vornherein in der gesamten Gemeinschaft nicht handelbar und bereits von daher eine Beschränkung ausgeschlossen<sup>271</sup>. In Betracht kommen kann in solchen Fällen allenfalls ein Verstoß gegen die - von den Grundfreiheiten strikt zu trennenden - Gemeinschaftsgrundrechte. Aber selbst das wird häufig zweifelhaft sein.

Unter Zugrundelegung der Prämisse von der Maßgeblichkeit der Rechtswahlfreiheit reduziert sich der Kreis der Privatrechtsnormen, bei denen ein Konflikt mit den Grundfreiheiten theoretisch möglich erscheint, jedenfalls im Bereich des Schuldvertragsrechts ganz erheblich. Denn dort gewähren Art. 27 EGBGB bzw. Art. 3 EVÜ weitgehende Rechtswahlfreiheit. Ausnahmen gelten lediglich für Verbraucher- oder Arbeitsverträge aufgrund der Art. 29, 30 EGBGB bzw. Art. 5, 6 EVÜ, die alternativ zu dem durch Rechtswahl bestimmten Vertragsstatut das Recht am Aufenthaltsort des Verbrauchers bzw. das objektive Arbeitsvertragsstatut berufen, sofern es für die „schwächere Vertragspartei“ günstigere Regeln enthält. Weiteren nationalen Einschränkungen durch sog. Eingriffsnormen öffnet Art. 5 EVÜ bzw. Art. 34 EGBGB den Weg. Sie sind freilich, selbst wenn man unter gewissen Voraussetzungen Normen des Sonderprivatrechts dazu zählen wollte<sup>272</sup>, selten. In anderen Bereichen sieht die Lage allerdings schon ganz anders aus. Beschränkt oder völlig ausgeschlossen ist z.B. im deutschen Recht die Möglichkeit der Rechtswahl insbesondere im Deliktsrecht, im Recht des unlauteren Wettbewerbs, im Gesellschaftsrecht sowie im Mobiliar- oder Immobiliarsachenrecht.

## *II. Vorüberlegung 2: Kontrollfreies Sachrecht bei grundfreiheitenwidriger Kollisionsnorm?*

Nun kann man angesichts dieses Befundes fragen, ob nicht schon die durch Kollisionsnormen zwingend ausgesprochene Verweisung auf ein

---

<sup>271</sup> Mit gleichem Ergebnis, aber anderer Begründung *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 195.

<sup>272</sup> Zum Meinungsstreit vgl. einerseits *Leible*, JJZ 252, 261 f.; *dens.*, ZVglRWiss 97 (1998), 286 (296); *W.-H. Roth*, in: Schnyder/Heiss/Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, 35, und andererseits *Mankowski*, DZWir 1996, 273, jeweils m. w. Nachw.

bestimmtes Sachrecht bzw. der damit einhergehende Ausschluss einer Rechtswahl gegen die Grundfreiheiten verstößt. Diese Frage ist in der Tat bereits gestellt und verschiedentlich - teilweise zu recht - auch bejaht worden. Darauf ist jedoch erst später einzugehen. Gleichwohl ist bereits jetzt zu klären, welche Folgen ein solcher Verstoß oder eine mögliche Rechtfertigung der jeweiligen Kollisionsnorm für das materielle Zivilrecht hätte. Ist es dann zu keiner eigenständigen Beschränkung mehr fähig, wird es also kontrollfrei? Manche Äußerungen in der Literatur deuten darauf hin<sup>273</sup>. Folge hiervon wäre, dass eine Kollision von materiellem Zivilrecht und Grundfreiheiten grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Denn besteht Rechtswahlfreiheit, kommt eine beschränkende Wirkung nach dem oben Gesagten von vornherein nicht in Betracht. Und wird die Freiheit der Wahl des anwendbaren Rechts eingeschränkt oder ausgeschlossen, könnte allenfalls die dieses anordnende Kollisionsnorm „kassiert“ werden. Richtig ist das freilich nicht.

Eine solche Betrachtungsweise übersieht, dass die Grundfreiheiten regelmäßig nur eine Aussage über die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Ergebnisses einer Anwendung nationalen Rechts treffen. Worauf der Verstoß im einzelnen beruht, ist hingegen unerheblich und daher die Frage, ob die Beeinträchtigung auf eine Norm des Kollisionsrechts oder eine solche des Sachrechts zurückzuführen ist, aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts irrelevant. Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber bzw. Rechtsanwender überlassen, wie er auf die Feststellung einer verbotenen Behinderung des Freiverkehrs reagiert. Er kann die entsprechende Kollisionsnorm ändern oder nicht anwenden, das gleiche Ergebnis aber genauso gut auf der Ebene des durch die Kollisionsnorm berufenen Sachrechts erzielen. Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel des Sachenrechts. Wie später noch zu zeigen sein wird, kann die Nichtanerkennung von in anderen Mitgliedstaaten begründeten Mobiliarsicherheiten zu Beschränkungen des Freien Warenverkehrs führen. Verhindern ließen sich diese Beschränkungen sowohl durch eine Abkehr vom strikten Prinzip der *lex rei sitae* durch Zulassung einer Rechtswahl, genauso aber durch eine großzügigere Transposition fremder Sicherungsrechte in solche des eigenen Rechts. Aufgrund dieses Zusammenwirkens von Sach- und Kollisionsnormen kann dem materiellen Zivilrecht daher nicht von vornherein seine Beschränkungstauglichkeit

---

<sup>273</sup> So möchte z.B. *Armbrüster*, *RabelsZ* 60 (1996), 72, 76, nicht das materielle, sondern allein das Kollisionsrecht am Maßstab der Grundfreiheiten messen; ähnlich *Prölss/Armbrüster*, *DZWir* 1993, 454, 456 f.; *Gärtner*, *EWS* 1994, 114, 121.

abgesprochen werden<sup>274</sup>. Es bedarf vielmehr stets einer Prüfung sowohl des nationalen Sachrechts als auch der auf dieses verweisenden Kollisionsnormen<sup>275</sup>.

Hinzu kommt ein weiteres. Sach- und Kollisionsrecht verfolgen verschiedene Ziele und dienen der Durchsetzung oder Wahrung meist divergierender Interessen<sup>276</sup>. Sie können daher auch aus unterschiedlichen Gründen gerechtfertigt sein. Folglich lässt sich aus der Rechtfertigung eines bestimmten kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls nicht per se auf die gemeinschaftsrechtliche Unbedenklichkeit des dadurch berufenen Sachrechts schließen und umgekehrt. Das gerechtfertigte Kollisionsrecht erteilt - anders als die Rechtswahl - dem Sachrecht keinen „Persilschein“<sup>277</sup>. Konflikte zwischen nationalem Zivilrecht und den Grundfreiheiten bzw. dem dieses ergänzenden allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV<sup>278</sup> sind daher nicht ausgeschlossen.

### *III. Diskriminierende Privatrechtsnormen*

Augenscheinlich werden sie bei unmittelbar oder mittelbar diskriminierenden Vorschriften des Privatrechts, insbesondere fremdenrechtlichen Normen. Derartige Regelungen sind in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen freilich nur selten anzutreffen<sup>279</sup>. Zum einen ist eine Differenzierung nach Staatsangehörigkeit, Herkunftsland oder auch Ansässigkeit dem Privatrecht von Staaten, deren Wirtschaftssystem auf den freien innerstaatlichen und vor allem auch grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen ausgerichtet ist, eigentlich fremd. Zum anderen sind

---

<sup>274</sup> Wie später noch zu zeigen wird, ist gerade die umgekehrte Aussage richtig: Ohne eine beschränkende Wirkung des Sachrechts ist auch das Kollisionsrecht nicht beschränkungsfähig. Das schließt freilich eine Kontrolle von verweisungsrechtlichen Normen am Maßstab der Grundfreiheiten nicht aus.

<sup>275</sup> Ebenso *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 197 f.; *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 25 ff.; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 83 und 89; mit gleichem Ergebnis auch *Lorenz*, VersRdsch 3/1995, 8, 12 f.

<sup>276</sup> Das ist selbst bei den sog. Eingriffsnormen der Fall, auch wenn sie zu einer natürlich nicht zu leugnenden Materialisierung des Kollisionsrechts führen.

<sup>277</sup> *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 198.

<sup>278</sup> Zum Verhältnis zwischen den Grundfreiheiten und Art. 12 EGV vgl. § 4, B II 1 b.

<sup>279</sup> *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 67. Ebenso das Fazit von *Barendrecht/Loos, Basedow, von Bar* und *Drobnig*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, 95 ff.

bei Abschluss der Römischen Verträge bzw. zum Zeitpunkt des Beitritts zur Gemeinschaft bestehende Diskriminierungen mittlerweile in allen Mitgliedstaaten weitgehend beseitigt worden<sup>280</sup> oder aber ausnahmsweise gestattet worden<sup>281</sup>. Da die Feststellung einer formellen Ungleichbehandlung außerdem in der Regel relativ unproblematisch ist, spielen diskriminierende Privatrechtsnormen in der Diskussion um den Einfluss der Grundfreiheiten auf das Zivilrecht keine große Rolle. Eine kurze Illustrierung von Beispielsfällen der Inkompatibilität mitgliedstaatlichen Zivilrechts aufgrund seines diskriminierenden Charakters mit den Vorgaben des EG-Vertrags soll daher genügen.

Klassische Beispiele diskriminierender Privatrechtsnormen fanden sich vor allem im Immaterialgüterrecht. Einige von ihnen wurden mittlerweile durch den Gesetzgeber beseitigt<sup>282</sup>, jedoch bei weitem nicht alle. So machen beispielsweise die §§ 25 PatG, 28 GebrMG sowie 16 GeschmMG<sup>283</sup> die Geltendmachung von Rechten durch Personen ohne inländischen Wohnsitz oder Niederlassung bis heute von der vorherigen Bestellung eines Inlandsvertreters abhängig. Ein Erwerb der durch diese Gesetze geregelten Immaterialgüterrechte hängt also ebenso wie deren Durchsetzung in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten bei im Ausland ansässigen Personen von der Hinzuziehung eines Patent- oder Rechtsanwalts als Vertreter ab, während es bei Ansässigkeit im Inland dieser Voraussetzung nicht bedarf. Darin liegt zwar keine offene (unmittelbare, formale, direkte) Diskriminierung, da die Vorschriften nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV als auch die Grundfreiheiten erfassen jedoch durchgehend auch versteckte (mittelbare, materielle, indirekte) Diskriminierungen, bei denen die Differenzierung zwar nach einem anderen Kriterium erfolgt, die Anwendung der gewählten

---

<sup>280</sup> Beispiele aus dem deutschen Recht etwa bei *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 220 f.

<sup>281</sup> So etwa bei bestimmten Beschränkungen des Immobiliärerwerbs durch Ausländer, vgl. *Hammerl/Sippel*, RIW 1992, 883.

<sup>282</sup> Vgl. z.B. §§ 121, 125 UrhG (a.F.), die aufgrund der 1995 erfolgten Gleichstellung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der EU bzw. Vertragsstaats des EWR-Abkommens mit deutschen Staatsangehörigen (§ 120 Abs. 2 Nr. 2 UrhG) nunmehr gemeinschaftsrechtskonform sind. Dazu m. w. Nachw. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdnr. 872 ff. Weiterhin zu erwähnen sind beispielsweise Art. 38 EGBGB (a.F.) oder § 28 UWG (a.F.).

<sup>283</sup> Und - unter Einschränkungen - auch § 96 MarkenG. Der Anwendungsbereich dieser Norm ist enger als der der drei vorgenannten Vorschriften gefasst, vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 96 Rdnr. 5.

Unterscheidungsmerkmale aber tatsächlich zum gleichen Ergebnis führt<sup>284</sup>. Als Beispiel dafür hat der EuGH eine nationale Regelung angesehen, die die Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes trifft, indem sie Gebietsfremden eine bestimmte Vergünstigung verweigert, die sie Gebietsansässigen gewährt. Diese wirke sich nämlich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten aus, da Gebietsfremde meist Ausländer sind<sup>285</sup>. Von einer (versteckten) Diskriminierung ist daher auch bei den beschriebenen Verpflichtungen zur Bestellung eines Inlandsvertreters auszugehen, die lediglich Ansässigen, nicht aber Fremden die Wahrnehmung ihrer Rechte ohne Vertreter erlaubt<sup>286</sup>. Sie lassen sich auch nicht rechtfertigen. Sinn und Zweck der Vorschriften ist es, den inländischen Behörden und Gerichten sowie den inländischen Beteiligten oder Verfahrensgegnern den Verkehr mit dem auswärtigen Beteiligten zu erleichtern; insbesondere soll es den Beteiligten erspart bleiben, im Ausland zustellen zu müssen<sup>287</sup>. Allein eine solch pauschale Begründung vermag derartige Ungleichbehandlungen jedoch nicht zu begründen<sup>288</sup>, schon gar nichts angesichts der mittlerweile bestehenden europäischen Übereinkommen bzw. Verordnungen im Bereich des Zustellungsrechts<sup>289</sup>. Es ist daher sehr erstaunlich, dass diese Vorschriften bis heute nicht ersatzlos gestrichen bzw. auf einen gemeinschaftsrechtskonformen Gehalt zurückgeführt worden sind<sup>290</sup>.

Gleiches gilt etwa für § 239 BGB, der vorsieht, dass ein zur Sicherheitsleistung Verpflichteter nur dann auf die Stellung eines Bürgen (§ 232 Abs.

---

<sup>284</sup> Vgl. z.B. EuGH 23.1.1997 Slg. 1997-I, 285, 306 Egrd. 16 - Pastoors und Trans-Cap/Belgien, m. w. Nachw. Außerdem etwa Grabitz/Hilf-von Bogdandy, Art. 6 EGV Rdnr. 12 ff.; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdnr. 1056.

<sup>285</sup> EuGH 23.1.1997 Slg. 1997-I, 285, 307 Egrd. 17 - Pastoors und Trans-Cap/Belgien, m. w. Nachw.

<sup>286</sup> Ebenso W.-H. Roth, ZEuP 1994, 5, 12; Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, 65;

<sup>287</sup> BGH GRUR 1969, 437, 438 - Inlandsvertreter; ebenso Gerstenberg/Buddeberg; Geschmacksmustergesetz, § 16 Nr. 2; Nirk/Kurtze, Geschmacksmustergesetz, § 16 Rdnr. 3; Mes, Patentgesetz/Geschmacksmustergesetz, § 25 PatG Rdnr. 1.

<sup>288</sup> Ebenso W.-H. Roth, ZEuP 1994, 5, 13.

<sup>289</sup> Vgl. zuletzt VO (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 160 vom 30.6.2000, 17.

<sup>290</sup> In den einschlägigen Kommentierungen wird auf das Problem nicht einmal hingewiesen. Die Bundesregierung scheint es aber mittlerweile erkannt zu haben, vgl. die Änderungsvorschläge in den Referentenentwürfen für ein „Gesetz zur Bereinigung von Kostenregelungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums“ sowie für ein „Gesetz zur Änderung des Markengesetzes“, beide im Internet abrufbar unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)

2 BGB) ausweichen kann, wenn dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland hat, also ein „tauglicher“ Bürge ist<sup>291</sup>. In anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Ansässige werden dadurch an einer Erbringung der Dienstleistung „Bürgschaft“<sup>292</sup> gehindert. Gründe, die sich zur Rechtfertigung der Norm anführen lassen, sind nur in begrenztem Maße ersichtlich. Unbeachtlich ist jedenfalls der Einwand, der Gläubiger sei vor einer Vollstreckung im Ausland zu bewahren, da der Bürge leicht zu belangen sein müsse. Ein solches Vorbringen ist vom EuGH im Rahmen der zahlreichen Verfahren zur Ausländersicherheit stets mit dem Argument zurückgewiesen worden, dass mittlerweile sämtliche Mitgliedstaaten der EG zugleich Vertragsstaaten des EuGVÜ seien<sup>293</sup>. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind daher „die Voraussetzungen für die Vollstreckung der Entscheidungen und die mit den Schwierigkeiten, die sie verursacht, verbun-

<sup>291</sup> Dazu *Ehricke*, EWS 1994, 259; *Fuchs*, RIW 1996, 280, 283 ff.; vgl. auch *Reich*, ZBB 2000, 177.

<sup>292</sup> Das Stellen einer Bürgschaft weist zweifelsohne zahlreiche Dienstleistungselemente auf. Allerdings werden Bürgschaften auch in der „Nomenklatur für den Kapitalverkehr“ im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG genannt, deren Begriffsbestimmungen des Kapitalverkehrs vom EuGH auch heute noch zur Auslegung des Art. 56 EGV herangezogen werden (vgl. EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, 1661, 1678 Egrd. 21 –Trummer und Mayer = JA-R 1999, 5 [*Leible*]). Jedoch sagt das allein noch nichts über die Zuordnung aus. Abzustellen ist bei Maßnahmen, die sowohl die Dienstleistungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit beschränken können, vielmehr auf den Charakter der Beschränkung. Die Verpflichtung zur Stellung eines „tauglichen“ Bürgen beschränkt in erster Linie die Möglichkeit ausländischer Bürgen zur Erbringung ihrer Dienstleistung „Bürgschaft“. Die mit der Verpflichtung zur Wahl inländischer Bürgen verbundene Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit tritt dahinter zurück. Mit gleichem Ergebnis etwa *Baldus*, JA 1996, 894, 897; *Ehricke*, EWS 1994, 259, 260 f.; *Fuchs*, RIW 1996, 280, 283 f.; OLG Hamburg 4.5.1995 RIW 1995, 775, 776; a.A. *Calliess/Ruffert-Bröhmer*, Art. 56 EGV Rdnr. 10; *Taupitz*, FS Lücke, 845, 857 f.; OLG Düsseldorf 18.9.1995 WiB 1996, 87; offen gelassen von OLG Koblenz 29.3.1995 RIW 1995, 775.

<sup>293</sup> Zwar erkannte der Gerichtshof an, dass „zwischen bestimmten Mitgliedstaaten tatsächlich die Gefahr (besteht), daß eine in einem Mitgliedstaat gegen Gebietsfremde ergangene Kostenentscheidung nicht oder zumindest sehr viel schwerer und unter höheren Kosten vollstreckt werden kann“ (vgl. EuGH 20.3.1997 Slg. 1997, I-1711, 1725 Egrd. 23 - *Hayes/Kronenberger*; anders noch EuGH 10.2.1994 Slg. 1994, I-467, 480 Egrd. 20 - *Mund & Fester/Hatrex*), doch hob diese Aussage auf die seinerzeit noch unvollständige Ratifizierung des 4. Beitrittsübereinkommens zum EuGVÜ ab. Mittlerweile hat sich die Situation jedoch geändert, da nunmehr alle EU-Mitgliedstaaten das 4. Beitrittsübereinkommen zum EuGVÜ ratifiziert haben. Dass die Risiken einer Auslandsvollstreckung gegenüber einer reinen Inlandsvollstreckung, bei der es eines besonderen Vollstreckbarerklärungsverfahrens nicht bedarf, trotz EuGVÜ tatsächlich andere und durchaus höher sind, hat der Gerichtshof hingegen nie als Rechtfertigungsgrund gelten lassen (zur Kritik vgl. u.a. *Mankowski*, NJW 1995, 306, 308; *Schack*, ZZP 108 (1995), 47, 51 f.; *Thümmel*, EuZW 1994, 242, 244).

denen Risiken in allen Mitgliedstaaten die gleichen“<sup>294</sup>. Gleiches lässt sich jedoch nicht vom Zivilprozess als solchem behaupten. Das EuGVÜ regelt insoweit lediglich Fragen der internationalen Zuständigkeit, nicht hingegen der Verfahrensausgestaltung. Normen zur Angleichung zivilprozessualer Vorschriften finden sich im gemeinschaftlichen Sekundärrecht nur äußerst selten. Eine Klage im europäischen Ausland ist auch heute noch ein mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbundenes Unterfangen. Man wird daher, wie es das OLG Hamburg getan hat<sup>295</sup>, immerhin verlangen müssen<sup>296</sup>, dass Bürgen aus anderen Mitgliedstaaten der EU sich wenigstens der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichts unterwerfen<sup>297</sup>. Diskriminierende, zum Teil § 239 BGB ähnliche Normen finden sich auch in den Bürgschaftsrechten einiger anderer europäischer Staaten<sup>298</sup>.

Vergleichbare Probleme stellen sich bei der Auslegung und Anwendung von § 108 ZPO, und zwar bei Beantwortung der Frage, ob die Gerichte in den Fällen, in denen nach den Vorschriften der ZPO die Leistung einer Sicherheit vorgesehen ist, auch Bürgschaften von in anderen Mitgliedstaaten der EG ansässigen Bürgen zulassen können oder vielleicht sogar müssen<sup>299</sup>. Zu Konflikten mit dem Gemeinschaftsrecht kam und kommt es auch bei einigen weiteren Vorschriften des deutschen Zivilprozessrechts<sup>300</sup>. So hat der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden, dass zivilprozessuale Normen, die - wie § 110 ZPO a.F. - den ausländischen Klägern auf Verlangen des Beklagten zur Leistung einer Prozeßkostensicherheit verpflichten, gemeinschaftsrechtswidrig sind<sup>301</sup>. Der deutsche Gesetzge-

---

<sup>294</sup> Vgl. z.B. EuGH 10.2.1994 Slg. 1994-I, 467, 480 Egrd. 20 - Mund & Fester/Hatrex. Diese Tendenz lässt sich im übrigen auch im Umkehrschluß EuGH 23.1.1997 Slg. 1997-I, 285, 307 f. Egrd. 21 - Pastoors und Trans-Cap/Belgischer Staat, entnehmen. Ob diese Aussage den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird, erscheint freilich fraglich.

<sup>295</sup> OLG Hamburg 4.5.1995 RIW 1995, 775, 776.

<sup>296</sup> Und dies angesichts der Uneinheitlichkeit der Prozessrechte der Mitgliedstaaten und der mit einer Klage im Ausland verbundenen Erschwernissen gemeinschaftsrechtlich auch dürfen.

<sup>297</sup> Ebenso *Fuchs*, RIW 1996, 280, 289; *Musielak-Foerste*, § 108 ZPO Rdnr. 9; *Reich*, ZBB 2000, 177, 180; a.A. *Taupitz*, FS Lücke, 845, 860.

<sup>298</sup> Vgl. etwa Art. 2018 Cc, Art. 1828 CC etc. und dazu *Drobnig*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, 112.

<sup>299</sup> Dem und insbesondere der Frage nach der Maßgeblichkeit von § 239 BGB für § 108 ZPO ist hier nicht nachzugehen. Vgl. dazu *Fuchs*, RIW 1996, 280; *Taupitz*, FS Lücke, 845, 846 ff., jeweils m. w. Nachw.

<sup>300</sup> Allgemein dazu z.B. *Baldus*, JA 1998, 894; *Ehricke*, IPRax 1999, 311.

<sup>301</sup> EuGH 1.7.1993 Slg. 1993, I-3777 - Hubbard/Hamburger; 20.3.1997 Slg. 1997, I-1711 - Hayes/Kronenberger; zu vergleichbaren Vorschriften des schwedischen bzw. österreichischen Rechts vgl. EuGH 26.9.1996 Slg. 1996, I-4661 - Data Delecta/MSL Dynamics, und EuGH 2.10.1997 Slg. 1997, I-5325 - Saldanha und MTS. Vgl. zu diesem Themenbereich auch *Aguilar Benítez de Lugo*, Boletín de Información de Ministerio de

ber hat hierauf reagiert und § 110 ZPO mittlerweile gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet. Es kommt nicht mehr auf die Staatsangehörigkeit des Klägers sondern vielmehr darauf an, ob er seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat der EG oder einem Vertragsstaat des EWR hat<sup>302</sup>. Änderungsbedarf bestand weiterhin beim Arrestgrund der Auslandsvollstreckung (§ 917 Abs. 2 ZPO). Denn es stellt einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen Art. 6 EGV dar, wenn bei einer drohenden Vollstreckung in einem anderen Vertragsstaat des EuGVÜ ein Arrestgrund gem. § 917 Abs. 2 ZPO bejaht wird, während der Arrest bei einer bevorstehenden Vollstreckung im Inland nur unter den Voraussetzungen des § 917 Abs. 1 ZPO möglich ist<sup>303</sup>. Der Gesetzgeber hat daher vom Anwendungsbereich des § 917 Abs. 2 ZPO nicht nur die Fälle der Inlandsvollstreckung, sondern generell alle Vollstreckungen im Anwendungsbereich des EuGVÜ bzw. LugÜ ausgenommen<sup>304</sup>. Offen geblieben ist trotz der Gesetzesreform allerdings, ob „Urteile“ iSv § 917 ZPO auch ausländische Urteile und insbesondere solche aus Vertragsstaaten des EuGVÜ bzw. LugÜ sein können<sup>305</sup>.

Abgesehen von den geschilderten Fällen finden sich im deutschen Zivilprozessrecht noch zahlreiche weitere Vorschriften, die an die Staatsangehörigkeit oder einen Wohnsitz im Ausland anknüpfen oder die Behandlung ausländischen Rechts regeln (vgl. z.B. §§ 23, 55, 78, 199 ff., 203, 274, 328, 339, 363 ff., 369, 438). Die wenigsten von ihnen sind jedoch gemeinschaftsrechtlich bedenklich. Meist lassen sich sachliche Gründe für eine prozessual unterschiedliche Behandlung von im Inland und in anderen Mitgliedstaaten der EG Ansässigen finden; oft haben solche Normen auch nur begünstigenden Charakter (längere Zustellungsfristen bei Zustellung im Ausland etc.). Eine differenzierte Erfassung von In- und Auslandssachverhalten kann daher allenfalls ein Diskriminierungsindiz sein.

---

Justicia 1994, 5310; *dens.*, La Ley Nr. 4239 vom 28.2.1997, 5; *Bork/Schmidt-Parzefall*, JZ 1994, 18; *Brödermann*, MDR 1992, 89; *Bungert*, IStR 1993, 481; *dens.*, EWS 1993, 315; *Czernich*, ÖJZ 1998, 251; *Ehricke*, IPRax 1999, 311; *Jäger*, EWS 1997, 37; *dies.*, NJW 1997, 1220; *Kampf*, NJW 1990, 3054; *Kaum*, IPRax 1994, 180; *Koch*, EuZW 1995, 78; *Rohlf*, NJW 1995, 2211; *Schlosser*, EuZW 1993, 659; *Schütze*, RIW 1998, 285; *Streinz/Leible*, IPRax 1998, 162; *Chr. Wolf*, RIW 1993, 797.

<sup>302</sup> Dazu *Schütze*, RIW 1999, 10.

<sup>303</sup> EuGH 10.2.1994 Slg. 1994, I-467 - *Mund & Fester/Hatrex*. Vgl. zu diesem Themenbereich auch *Ehricke*, NJW 1991, 2189; *dens.*, NJW 1992, 603; *dens.*, IPRax 1993, 380; *Geiger*, IPRax 1994, 415; *Gieseke*, EWS 1994, 149; *Mankowski*, RIW 1991, 181; *dens.*, NJW 1992, 599; *dens.*, TranspR 1993, 182; *dens.*, NJW 1995, 306; *Ress*, JuS 1995, 967; *Schack*, ZZP 108 (1995), 47; *Spellenberg/Leible*, in: *Gilles* (Hrsg.), *Transnationales Prozeßrecht*, 293, 299 ff.; *Schlosser*, ZEuP 1995, 250; *Schumann*, IPRax 1992, 302; *Thümmel*, EuZW 1994, 242; *Wolf*, JZ 1994, 1151.

<sup>304</sup> Zur Neuregelung vgl. *Kropholler/Hartmann*, FS Drobnig, 337.

<sup>305</sup> Für eine generelle Einbeziehung von Urteilen aus Vertragsstaaten des EuGVÜ z.B. LG Hamburg 14.8.1996, EWS 1996, 367; vgl. weiterhin *Fuchs*, IPRax 1998, 25; *Mankowski*, EWIR § 917 ZPO 1996, 1007; *Mennicke*, EWS 1997, 117. Etwas enger - Einbeziehung von Urteilen aus Vertragsstaaten des EuGVÜ nur bei Vollstreckung in anderen Vertrags-, nicht jedoch in Drittstaaten - noch *Spellenberg/Leible*, in: *Gilles* (Hrsg.), *Transnationales Prozeßrecht*, 293, 302; daran wird angesichts der überzeugenden Begründung von *Kropholler/Hartmann*, FS Drobnig, 337, 344 ff., nicht mehr festgehalten.

Nicht abstreiten lässt sich freilich die diskriminierende Wirkung von § 116 Nr. 2 ZPO, der die Möglichkeit juristischer Personen und parteifähiger Vereinigungen zur Erlangung von Prozesskostenhilfe u.a. vom Vorhandensein eines Sitzes im Inland abhängig macht.

Diskriminierungen im Bereich des Schuldrechts sind weiterhin bei der Produkthaftung zu konstatieren. Zwar können nach der Rechtsprechung des BGH Importeuren, die technische Geräte aus anderen EG-Mitgliedstaaten einführen, im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB keine Pflichten auferlegt werden, die über die Pflichten der Großhändler, die im Inland erzeugte Produkte vertreiben, hinausgehen<sup>306</sup>; doch soll ihnen immerhin eine eigene Produktbeobachtungspflicht obliegen, wenn sie als „oberste inländische Vertriebshändler“ eines ausländischen Herstellers oder als Alleinimporteur quasi eine Monopolstellung als Verteiler der Waren und als Bindeglied zwischen dem deutschen Verbraucher und dem ausländischen Hersteller innehaben<sup>307</sup>. Ein Rechtfertigungsgrund für diese Haftungserweiterung ist nicht ersichtlich<sup>308</sup>, zumal gem. Art. 3 Abs. 2 der Produkthaftungs-Richtlinie nur solche Personen wie ein Hersteller haften sollen, die das Produkt aus einem Drittstaat in die Gemeinschaft einführen<sup>309</sup>.

Diskriminierend ist es schließlich auch, Presseunternehmen bei Anzeigen in anderen Mitgliedstaaten ansässiger Auftraggeber weiterreichende Prüfungspflichten hinsichtlich ihrer wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit aufzuerlegen als bei

---

<sup>306</sup> BGH 11.12.1979 NJW 1980, 1219, 1220 - Klappfahrrad; 7.12.1993 NJW 1994, 517, 519 - Gewindeschneidemittel I. Eine andere Frage ist es, ob die Quasi-Herstellerhaftung des Importeurs als materielle Diskriminierung ausländischer Waren einzuordnen ist, da sie faktisch zu einer Bevorzugung inländischer Waren führt. Das ist mit *W.-H. Roth*, ZEuP 1994, 5, 26 in Fußn. 117, zu bejahen; ebenso wohl auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 221. Vgl. außerdem die Note der Kommission vom 13.4.1989 EuZW 1990, 90, 91 (zu §§ 51 ff. LMBG).

<sup>307</sup> BGH 9.12.1986 BGHZ 99, 167, 171 - Honda; 7.12.1993 NJW 1994, 517, 519 - Gewindeschneidemittel I; NJW-RR 1995, 342, 343 - Gewindeschneidemittel II.

<sup>308</sup> Die Haftung des Importeurs dient zweifelsohne dem Verbraucherschutz, da sie dem Verbraucher eine vereinfachte Rechtsverfolgung im Inland ermöglicht. Zwar könnte er auch gegen den Hersteller im Inland klagen, doch bedürfte es dann einer sich anschließenden Vollstreckung des Urteils im Ausland. Allerdings können nach bisher h.M. diskriminierende Maßnahmen, zu denen auch eine verschärfte Importeurhaftung zu zählen ist, nur aufgrund der in Art. 30 EGV aufgeführten Rechtfertigungsgründe, nicht aber aufgrund der in Cassis de Dijon zusätzlich anerkannten Allgemeininteressen gerechtfertigt werden (vgl. § 4, B II 3 a). Aber selbst wenn man eine Heranziehung der Cassis de Dijon-Kriterien zulässt, ändert dies nichts am Ergebnis, da die Importeurhaftung aufgrund der durch das EuGVÜ erleichterten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen im europäischen Ausland jedenfalls gegenüber Herstellern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EG nicht erforderlich ist, vgl. *von Hoffmann*, *Mélanges Overbeck*, 769, 782 f.

<sup>309</sup> Vgl. auch *Brüggemeier*, JZ 1994, 578, 579 f.; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 66.

Anzeigen inländischen Inserenten<sup>310</sup>. Mögliche Schwierigkeiten der Vollstreckung vermögen derartig unterschiedliche Pflichten nicht zu begründen, wie bereits die Rechtsprechung des EuGH zur Ausländersicherheit und zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung gezeigt hat.

#### *IV. Diskriminierungsfreies Privatrecht*

Ungeachtet dieser Beispielsfälle, denen sich noch weitere hinzufügen ließen<sup>311</sup>, sind diskriminierende Normen im Privatrecht gleichwohl die Ausnahme. Von besonderer Bedeutung ist daher die eingangs beschriebene Entwicklung der Grundfreiheiten von reinen Diskriminierungs- zu umfassenden Beschränkungsverboten. Ihre Erstreckung auf unterschiedslos geltende mitgliedstaatliche Regelungen oder Maßnahmen, die zu Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehrs führen, hat zur Folge, dass sich in verstärktem Maße auch privatrechtliche Normen dem „Test der Grundfreiheiten“ stellen müssen. Die Vorgehensweise des Gerichtshofs ist dabei jedoch recht unterschiedlich. Während er im Bereich der gewerblichen Schutzrechte, des Urheberrechts und des Rechts des unlauteren Wettbewerbs nationalstaatliche Normen bzw. Maßnahmen regelmäßig einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzieht, fallen seine Entscheidungen zum Kernprivatrecht bislang äußerst zurückhaltend aus.

#### 1. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

##### a) Rechtsprechung des EuGH

Recht umfangreich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Immaterialgüterrechten, was aufgrund der Offensichtlichkeit der von derartigen Rechten ausgehenden Beschränkungswirkung nicht weiter verwundert. Sie alle weisen ihrem Inhaber ein territorial begrenztes (subjektives) Recht zur ausschließlichen Nutzung zu. Zugleich werden dem Rechteinhaber Abwehransprüche zugestanden, mittels derer er die unbefugte Nutzung

---

<sup>310</sup> So aber KG 9.9.1986 WRP 1987, 108; 21.4.1987 AfP 1987, 619; 14.2.1989 AfP 1990, 40. Der BGH hat zwar mittlerweile entschieden, dass sich die Prüfungspflicht der Presse bei einem Sitz des Anzeigenkunden im Ausland - nicht anders als bei Anzeigenkunden mit Sitz im Inland - ebenfalls nur auf grobe, der Anzeige unschwer zu entnehmende Verstöße gegen das UWG oder andere gesetzliche Vorschriften beschränkt (BGH 19.3.1992 NJW 1993, 3093 - Ausländischer Inserent); doch musste er auf die gemeinschaftsrechtlichen Implikationen einer solchen Pflicht nicht eingehen, da der Inserent im zu entscheidenden Fall in der Schweiz ansässig war.

<sup>311</sup> Erinnert sei beispielsweise an die vom EuGH für gemeinschaftsrechtswidrig erklärte Befristung von Arbeitsverträgen mit Fremdsprachenlektoren, vgl. etwa EuGH 30.5.1989, Slg. 1989, 1591 - Allué I.

seines Rechts auf dem Territorium des Staates, der ihm dieses Recht verliehen hat, unterbinden kann. Die ihm verliehenen Rechte entfalten ihre Wirkung aber nicht nur im Verkehr innerhalb des betroffenen Mitgliedstaats, sondern auch gegenüber dem Import von Waren, der Erbringung von Dienstleistungen etc. aus anderen Mitgliedstaaten. So könnte der Inhaber sein Immaterialgüterrecht z.B. der Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten selbst dann entgegenhalten, wenn sie dort zuvor von ihm oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind. Dass damit zwangsläufig Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit verbunden sind, liegt auf der Hand<sup>312</sup>; Marktaufspaltungen und -segmentierungen sind Tür und Tor geöffnet. Zu ähnlichen Beschränkungen aufgrund der Geltendmachung von Immaterialgüterrechten kann es außerdem im Anwendungsbereich der übrigen Grundfreiheiten kommen, insbesondere im Rahmen der Dienstleistungs<sup>313</sup>- und der Niederlassungsfreiheit<sup>314</sup>.

Angesichts dieser Eindeutigkeit des Vorliegens eines Beschränkungstatbestands, der vom Gerichtshof in den meisten Entscheidungen nicht einmal diskutiert, sondern wie selbstverständlich vorausgesetzt wird<sup>315</sup>, lag und liegt der Schwerpunkt seiner Auseinandersetzung mit Immaterialgüterrechten auf der Rechtfertigungsebene. Art. 30 S. 1 EGV sieht explizit vor, dass die Art. 28 und 29 EGV Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote nicht entgegenstehen, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums<sup>316</sup> gerechtfertigt sind. Gleiches gilt für die übrigen Grundfreiheiten, auch wenn der Rechtfertigungsgrund des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums dort nicht ausdrücklich erwähnt ist<sup>317</sup>. In der Sache kommt es daher in allen Fällen auf eine Abwägung zwischen dem aus dem nationalen Recht fließenden Ausschließlichkeits-

---

<sup>312</sup> Vgl. z.B. EuGH 31.10.1974 Slg. 1974, 1147, 1163 Egrd. 10 - Centrafarm.

<sup>313</sup> Vgl. z.B. zum Urheberrecht EuGH 18.3.1980 Slg. 1980, 881 - Coditel I.

<sup>314</sup> Vgl. z.B. zu einer Geschäftsbezeichnung EuGH 11.5.1999 Slg. 1999, I-2835, 2860 Egrd. 20 - Pfeiffer, und dazu *Rüffler*, WBl. 1999, 297.

<sup>315</sup> Kritisch zur Nichtberücksichtigung der Keck-Rechtsprechung etwa *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 246 f.; dazu außerdem *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 134; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 142. Die Diskussion, ob die Benutzung von Marken eine Vertriebsmodalität iSd Keck-Rechtsprechung darstellt, ist jedoch aufgrund der spezifisch marktzugangsbehindernden Wirkung von Immaterialgüterrechten müßig.

<sup>316</sup> Dazu zählt auch das Urheberrecht, obwohl es sich bei diesem Recht aufgrund seiner starken persönlichkeitsrechtlichen Prägung nicht um ein gewerbliches Schutzrecht im eigentlichen Sinne handelt, vgl. m. w. Nachw. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 19.

<sup>317</sup> Vgl. z.B. zur Dienstleistungsfreiheit EuGH 18.3.1980 Slg. 1980, 881, 903 Egrd. 15 - Coditel I.

recht und dem gemeinschaftsrechtlich begründeten Recht auf freien Warenverkehr etc. im Einzelfall an. Für diese Abwägung hat der Gerichtshof zunächst die Unterscheidung zwischen Bestand (besser: Wesensgehalt) und Ausübung des nationalen Schutzrechts für maßgeblich gehalten. Ihr Bestand wird im Hinblick auf Art. 295 vom EG-Vertrag nicht berührt, während ihre Ausübung je nach den Umständen des Falles durch die Verbotsnormen des EG-Vertrags beschränkt werden kann<sup>318</sup>. Im Grunde genommen handelt es sich dabei aber um eine Leerformel, da sich ja gerade der Bestand eines Immaterialgüterrechts in den gewährten Ausübungsrechten manifestiert. Sie sagt zudem nichts darüber aus, wie denn nun Bestand und Ausübung voneinander zu unterscheiden sind, und ist daher in den neueren Entscheidungen des EuGH nicht mehr anzutreffen. Maßgeblich für die im Rahmen aller Grundfreiheiten notwendige Abwägung ist danach vielmehr allein der Inhalt der einzelnen Schutzrechte. Bei der Bestimmung der Grenzen der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz ist darauf abzustellen, ob die mitgliedstaatliche Regelung zur Wahrung von Rechten erforderlich ist, die den „spezifischen Gegenstand“ des gewerblichen Eigentums ausmachen<sup>319</sup>. Um was genau es sich bei diesem „spezifischen Gegenstand“ handelt, ist vom Gerichtshof jedoch nicht unter Rückgriff auf die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten bestimmt, sondern autonom für jedes Schutzrecht einzeln entwickelt worden. Das ist hier nicht im einzelnen nachzuzeichnen<sup>320</sup>, sondern im folgenden nur anhand des Markenrechts zu exemplifizieren. Für unsere Zwecke ist zunächst allein die Feststellung von Interesse, dass sich der Gerichtshof damit einen erheblichen Spielraum geschaffen hat, um auf die Inhalte nationaler Schutzrechte einwirken zu können. Denn wer zur Beurteilung, ob eine Schutzgewährung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht erforderlich ist, den spezifischen Gegenstand eines Rechts definiert, wirkt damit zugleich auf das Recht selbst ein. Beachtlich ist dabei, dass der Gerichtshof zur Inhaltsbestimmung mitunter direkt auf das durch den EG-Vertrag angestrebte System eines unverfälschten Wettbewerbs abhebt. Deutlich wird dies z.B. in seiner Rechtsprechung zur Markenfunktion. Der Gerichtshof führt dazu in HAG II aus:

---

<sup>318</sup> Vgl. z.B. EuGH 8.6.1971 Slg. 1971, 487, 499 Egrd. 11 - Deutsche Grammophon; 31.10.1974 Slg. 1974, 1147, 1163 Egrde. 6-8 - Centrafarm.

<sup>319</sup> St. Rspr., vgl. z.B. EuGH 31.10.1974 Slg. 1974, 1147, 1163 Egrd. 6 - 8 - Centrafarm.

<sup>320</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. etwa Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 Rdnr. 21. Umfänglich außerdem zu den einzelnen Immaterialgüterrechten Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, 252 ff.; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 129 ff.

„Was das Warenzeichen angeht, ist festzustellen, dass dieses Recht ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs ist, das der Vertrag schaffen und erhalten will. In einem solchen System müssen die Unternehmer in der Lage sein, die Kundschaft durch die Qualität ihrer Erzeugnisse oder ihrer Dienstleistungen an sich zu binden, was nur möglich ist, wenn es Kennzeichen gibt, mit deren Hilfe sich diese Erzeugnisse und Dienstleistungen identifizieren lassen.“<sup>321</sup>

Der Gerichtshof schlussfolgert hieraus, der spezifische Gegenstand der Marke bestehe insbesondere darin,

„dass seinem Inhaber das Recht verliehen wird, das Warenzeichen beim erstmaligen Inverkehrbringen eines Erzeugnisses zu benutzen, und das er dadurch vor Konkurrenten geschützt wird, die die Stellung und den Ruf des Warenzeichens durch den Vertrieb widerrechtlich mit diesem Zeichen versehener Erzeugnisse zu missbrauchen suchen“<sup>322</sup>.

Damit werden sowohl die Herkunfts- als auch die Qualitätsfunktion der Marke als maßgebliche Kriterien zur Bestimmung des spezifischen Gegenstands dieses Rechts direkt aus dem EG-Vertrag hergeleitet. Aus dieser Inhaltsbestimmung resultieren sodann weitreichende Konsequenzen für die Grenzen des Schutzes, den die nationalen Immaterialgüterrechte gewähren dürfen. Deutlich wird dies besonders bei dem vom Gerichtshof entwickelten Erschöpfungsprinzip. Denn eine Beeinträchtigung des spezifischen Gegenstands von Immaterialgüterrechten droht nicht, wenn das Erzeugnis vom Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung rechtmäßig in einem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht worden ist<sup>323</sup>. Eine gleichwohl aufgrund eines nationalen Immaterialgüterrechts bestehende Möglichkeit, sich der Einfuhr solcher Erzeugnisse zu widersetzen, ist nach Auffassung des Gerichtshofs nicht notwendig, um den „spezifischen Gegenstand“ des dem Inhaber zustehenden Ausschließlichkeitsrechts zu schützen. Sie würde ihn zudem in die Lage versetzen, die nationalen Märkte abzuschotten und auf diese Weise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken<sup>324</sup>. Der Inhaber des Rechts kann daher die Einfuhr des Erzeugnisses nicht untersagen lassen. Der Ausübung seines nach nationalem Privatrecht begründeten subjektiven Rechts werden Schranken gesetzt. Das gilt selbst dann, wenn das Erzeugnis in dem Mitgliedstaat des ersten Inverkehrbringens

---

<sup>321</sup> EuGH 17.10.1990 Slg. 1990, I-3711, 3758 Egrd. 13 - HAG II.

<sup>322</sup> EuGH 17.10.1990 Slg. 1990, I-3711, 3758 Egrd. 14 - HAG II.

<sup>323</sup> Zu den hier nicht nachzuzeichnenden Ausnahmen der sog. Umpackfälle vgl. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 24.

<sup>324</sup> St. Rspr., vgl. u. a. EuGH 8.6.1971 Slg. 1971, 487, 500 Egrd. 12 - Deutsche Grammophon; 31.10.1974 Slg. 1974, 1147, 1163 Egrde. 10 - 12 - Centrafarm; ausführlich dazu Sack, WRP 1998, 549; ders., GRUR 1999, 193, jeweils m. w. Nachw.

keinen Schutz genießt, weil das Erzeugnis dort nicht schutzfähig ist, das Schutzrecht gelöscht wurde oder der Inhaber dort kein Schutzrecht beantragt hat<sup>325</sup>.

Das Erschöpfungsprinzip beansprucht sowohl für Leistungsschutzrechte als auch für Zeichenrechte Geltung und erfasst auch das Recht zu ihrer werblichen Verwendung<sup>326</sup>. Es wird vom EuGH jedoch beim Urheberrecht eingeschränkt, um der Unterschiedlichkeit der urheberrechtlichen Nutzungsrechte Rechnung zu tragen. Ausgangspunkt ist auch hier das Erschöpfungsprinzip. Es erstreckt sich jedoch nur auf die Weiterveräußerung von Gegenständen, in denen das geschützte künstlerische oder literarische Werk verkörpert ist (Schallplatten, Videocassetten, Bücher etc.). Hingegen darf sich der Inhaber eines Urheberrechts anderen Nutzungen seines urheberrechtlich geschützten Werks im Importmitgliedstaat widersetzen. Denn nach Ansicht des EuGH werden „durch das Inverkehrbringen des Tonträgers andere Handlungen der Nutzung des geschützten Werks - wie etwa die Vermietung -, die sich vom Verkauf oder irgendeiner anderen erlaubten Verbreitungshandlung unterscheiden, per definitionem nicht freigegeben“<sup>327</sup>. Wie das Recht zur Darbietung eines Werkes durch öffentliche Aufführung<sup>328</sup> verbleibt daher ungeachtet des Verkaufs des das Werk verkörpernden materiellen Trägers auch das Vermiet- und Verleihrecht dem Urheber und dem Hersteller<sup>329</sup>. Gleiches gilt bei dem (dem Bereich des Dienstleistungsverkehrs zuzuordnenden) Vertrieb von Filmen hinsichtlich ihrer öffentlichen Vorführung oder Ausstrahlung. Obwohl die Grundsätze des Art. 30 EGV dort Anwendung finden, sind Vorführungs- oder Ausstrahlungsbeschränkungen, die auf nationales Recht über den Schutz geistigen Eigentums zurückgehen, selbst dann erlaubt, wenn der Film bereits in einem anderen Mitgliedstaat mit Zustimmung des Berechtigten öffentlich vorgeführt oder ausgestrahlt worden ist<sup>330</sup>.

---

<sup>325</sup> So gewährt z.B. das Patentrecht lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Garantie einer Belohnung. Der Patentinhaber muss die Folgen des von ihm gewählten Absatzes hinnehmen (vgl. EuGH 14.7.1981 Slg. 1981, 2063, 2082 Egrd. 11 - Merck/Stephar; 27.10.1992 Slg. 1992, I-5335, 5377 Egrd. 31 - Generics u. Harris Pharmaceuticals; 5.12.1996 Slg. 1996, I-6285, 6386 Egrd. 36 - Merck u. Beecham). An einer „Zustimmung“ mangelt es freilich, wenn der Patentinhaber das Erzeugnis aufgrund einer tatsächlichen und gegenwärtigen rechtlichen, also nicht lediglich moralischen Verpflichtung in einem Mitgliedstaat in Verkehr bringt, in dem kein Patentschutz besteht, oder die Einfuhren durch den Inhaber einer Zwangslizenz erfolgen (dazu EuGH 14.7.1981 Slg. 1981, 2063, 2080 Egrde. 5 ff. - Merck/Stephar; 9.7.1985 Slg. 1985, 2281, 2298 Egrd. 25 - Pharmon/Hoechst).

<sup>326</sup> Nachweise bei Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 23.

<sup>327</sup> EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1953, 1978 Egrd. 18 - Metronome Musik.

<sup>328</sup> EuGH 9.4.1987 Slg. 1987, 1747, 1768 Egrd. 16 - Basset/SACEM; 13.7.1989 Slg. 1989, 2521, 2571 Egrde. 12 u. 13 - Tournier.

<sup>329</sup> EuGH 28.4.1998 Slg. 1998, I-1953, 1978 Egrd. 18 - Metronome Musik; 22.9.1998 Slg. 1998, I-5171, 5195 Egrd. 17 - FDV; zu Videocassetten EuGH 17.5.1988 Slg. 1988, 2605 - Warner Brothers/Christiansen.

<sup>330</sup> EuGH 18.3.1980 Slg. 1980, 881, 903 Egrd. 16 - Coditel I; 6.10.1982 Slg. 1982, 3381, 3401 Egrd. 12 - Coditel II.

Der Erschöpfungsgrundsatz kommt nur zum Tragen, wenn es sich „bei dem Rechtsinhaber im Einfuhrstaat und dem Rechtsinhaber im Ausführstaat um dieselbe Person handelt oder wenn beide zwar verschiedene, aber wirtschaftlich miteinander verbundene Personen sind“<sup>331</sup>. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn eine Marke einer Tochtergesellschaft oder einem Alleinvertriebshändler in einem anderen Mitgliedstaat übertragen worden ist. Die Erschöpfung tritt aber nur ein, wenn der Rechtsinhaber im Einfuhrstaat aufgrund der Modalitäten der Übertragung des Schutzrechts unmittelbar oder mittelbar die Befugnis hat zu bestimmen, auf welchen Erzeugnissen die Marke im Ausführstaat angebracht werden darf, und berechtigt ist, die Qualität dieser Erzeugnisse zu kontrollieren. Verliert er diese Befugnis durch eine Übertragung der Verfügungsgewalt über das Schutzrecht an einen Dritten, zu dem er in keinerlei wirtschaftlicher Beziehung steht, so führt dies nicht zur Erschöpfung des Rechts, sich der Einfuhr zu widersetzen<sup>332</sup>. Zu einer gemeinschaftsweiten Erschöpfung kann es nur bei einer freiwilligen Übertragung kommen, nicht jedoch bei einer Aufspaltung einer Marke infolge einer Beschlagnahme<sup>333</sup>. Für die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, kommt es entscheidend darauf an, dass die Ausübung des Schutzrechts „unter einheitlicher Kontrolle“ steht<sup>334</sup>.

#### b) Lehren

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Immaterialgüterrechten zeigt zweierlei. Sie macht zum einen deutlich, dass Gemeinschaftsrecht auch im Bereich unterschiedslos anwendbarer Normen durchaus in der Lage ist, auf nationale Privatrechte einzuwirken. Gemeinschaftsrechtliche Standards können direkt aus dem Primärrecht gewonnen werden und die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz einschränken. Im Laufe der Zeit ist so vom Gerichtshof ein sehr ausdifferenziertes System des Schutzes von Immaterialgüterrechten im Binnenmarkt entwickelt worden. In Teilen diene bzw. dient es sogar als Vorbild für die erst später einsetzende Regelung dieses Rechtsgebiets durch Akte des Sekundärrechts<sup>335</sup>. Bemerkenswert ist zum anderen die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichts-

---

<sup>331</sup> EuGH 22.6.1994 Slg. 1994, I-2789 - IHT; 20.3.1997 Slg. 1997, I-1729 - Phyteron International (zu Art. 7 MarkenRL).

<sup>332</sup> EuGH 22.6.1994 Slg. 1994, I-2789 - IHT; dazu *Rocher*, GRUR Int. 1994, 53; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 125 ff.

<sup>333</sup> EuGH 17.10.1990 Slg. 1990, I-3711 - HAG II, entgegen EuGH 3.7.1974 Slg. 1974, 731 - HAG I.

<sup>334</sup> Vgl. dazu *Hackbarth*, EuZW 1994, 472; *Oliver*, EuZW 1995, 289.

<sup>335</sup> Vgl. etwa die Übernahme des Erschöpfungsprinzips in Art. 7 Abs. 2 MarkenRL bzw. Art. 13 GemeinschaftsmarkenVO.

hofs. Hier ist ein beachtlicher Wandel zu verzeichnen. Anfangs stand noch eindeutig der Integrationsaspekt im Vordergrund, mit der Folge, dass Konflikte zwischen gemeinschaftlichem Binnenmarktziel und nationalen Immaterialgüterrechten meist zu Lasten letzterer gelöst wurden. Je intensiver sich jedoch der Gerichtshof mit den Eigentümlichkeiten von Immaterialgüterrechten auseinandersetzte, desto abgewogener wurde sein Umgang mit ihnen. Behinderungen des Handelsverkehrs werden von ihm heute hingenommen, wenn sie in der Funktion von Immaterialgüterrechten begründet sind und deren nationale Ausgestaltung nicht zu einer verschleierte Diskriminierung führt. Deutlich geworden ist dieser Wandel nicht zuletzt mit der Entscheidung IHT<sup>336</sup>, in der der EuGH seine in „HAG II“<sup>337</sup> vollzogene Abkehr von „HAG I“<sup>338</sup> bekräftigt und dem Markeninhaber die Möglichkeit, sich gegen die Einfuhr mit seiner bzw. einer identischen Marke versehener Produkte zur Wehr setzen zu können, selbst dann zubilligt, wenn es zu einer Markenspaltung aufgrund rechtsgeschäftlicher Übertragung gekommen ist. Diese Entwicklung zeigt, dass die Grundfreiheiten durchaus eine differenzierte Beurteilung privatrechtlicher Vorschriften zulassen und auf den Funktionszusammenhang privatrechtlicher Regelungen Rücksicht nehmen<sup>339</sup>.

Gleichwohl ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht durchweg konsistent und überzeugend. So ist z.B. nicht recht ersichtlich, warum sich „die Modalitäten des Schutzes von Marken“, zu denen der EuGH auch die Festlegung der Kriterien für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr zählt, nach nationalem Recht bestimmen und daher „das Gemeinschaftsrecht ... eine enge Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr nicht gebietet“<sup>340</sup>. Das steht nicht nur im Widerspruch zu zahlreichen Judikaten des EuGH zum nationalen Lauterkeitsrecht<sup>341</sup>, sondern stellt auch unverhältnismäßige Beschränkungen der Grundfreiheiten durch die großzügige Annahme einer Verwechslungsgefahr kontrollfrei<sup>342</sup>,

<sup>336</sup> EuGH 22.6.1994 Slg. 1994, I-2789 - IHT.

<sup>337</sup> EuGH 17.10.1990 Slg. 1990, I-3711 - HAG II.

<sup>338</sup> EuGH 3.7.1974 Slg. 1974, 731 - HAG I.

<sup>339</sup> Vgl. auch *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 266 f.; *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 68.

<sup>340</sup> EuGH 30.11.1993 Slg. 1993, I-6227, 6269 Egrd. 32 - Deutsche Renault; 22.6.1994 Slg. 1994, I-2789, 2842 f. Egrd. 18 - IHT. Vgl. dazu auch *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 152.

<sup>341</sup> Darauf weisen auch *W.-H. Roth*, in: *FIW-Schriftenreihe* 160 (1994), 21, 22, und *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 139, hin.

<sup>342</sup> Eine andere Frage ist es, ob das Gemeinschaftsrecht tatsächlich, wie von der Kommission und verschiedenen Stimmen im Schrifttum behauptet (Nachweise bei *Fezer*, Markenrecht, § 14 MarkenG Rdnr. 85 ff.), eine enge Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr *gebietet*. Das ist wohl zu verneinen. Der Konflikt zwischen den Grundfreiheiten und nationalen Markenrechten kann nicht einseitig zu Lasten letzterer gelöst werden, sondern nur durch einen schonenden Ausgleich zwischen beiden. Genauso unzu-

ohne die Frage nach der Funktionsadäquanz des Topos der Verwechslungsgefahr für den Schutz des „spezifischen Gegenstands“ des Markenrechts zu stellen<sup>343</sup>. Ebenso zurückhaltend scheint der Gerichtshof hinsichtlich des Schutzes von Geschmacksmustern zu verfahren<sup>344</sup>.

## 2. Recht des unlauteren Wettbewerbs

### a) Rechtsprechung des EuGH

Ähnlich umfangreich wie zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Lauterkeitsrecht. Denn lauterkeitsrechtliche Regelungen sind aufgrund der Divergenzen der nationalen Regelungssysteme und der unterschiedlichen Vorstellungen über Unlauterkeit in besonderer Weise zu einer Gefährdung der durch die Grundfreiheiten verbürgten Rechte geeignet<sup>345</sup>. Der Gerichtshof sah und sieht sich dabei insbesondere mit zwei, allerdings nicht speziell lauterkeitsrechtlichen, sondern ganz allgemein die Dogmatik der Grundfreiheiten berührenden Problemen konfrontiert: Der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen eines Beschränkungstatbestands sowie der Konkretisierung der durch Art. 30 EGV und die „Cassis“-Doktrin vorgegebenen Maßstäbe für die Rechtfertigungsprüfung.

---

reichend ist aber der vom EuGH praktizierte Rückzug auf eine bloße Diskriminierungs- und Willkürkontrolle (Art. 30 S. 2 EGV), der einer Marktabschottung Tür und Tor öffnet, ohne sich mit der Bedeutung der Verwechslungsgefahr den Schutz des Markenrechts auseinanderzusetzen. Zuzugeben ist, dass sich aus dem primären Gemeinschaftsrecht nur sehr schwer Maßstäbe für eine inhaltliche Konkretisierung des Begriffs der Verwechslungsgefahr gewinnen lassen. Das allein wird kann aber die Zurückhaltung des Gerichtshofs nicht rechtfertigen (und hat ihn auch in anderen Bereichen - insbesondere dem Lauterkeitsrecht - nicht an teils strikte Maßstäbe aufstellenden Entscheidungen gehindert). Vgl. dazu auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 138 ff.

<sup>343</sup> Das Problem ist mittlerweile durch den Erlass der MarkenRL entschärft worden. Vgl. dazu z.B. EuGH 11.11.1997 Slg. 1997, I-6191 - Sabèl.

<sup>344</sup> Dazu EuGH 14.9.1982 Slg. 1982, 2853, 2871 Egrd. 19 - Keurkoop/Nancy Kean Gifts; 5.10.1988 Slg. 1988, 6039, 6071 Egrd. 10 - Cicra/Renault.

<sup>345</sup> Die zu diesem Themenbereich publizierte - vor allem deutschsprachige - Literatur ist daher mittlerweile auch abundant. Vgl. allein monographisch *Becker*, Die Aufhebung des Verbotes der Werbung mit Preisgegenüberstellungen gemäß § 6e UWG und das neue EG-Recht; *Hösch*, Der Einfluß der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs; *Lensdorf*, Das deutsche Werberecht im Rahmen des Euro-Marketing; *Martin-Ehlers*, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs; *Reese*, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft; *Rüffler*, Der Einfluß des Europarechts auf das österreichische Wettbewerbsrecht; *Springer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäss § 3 UWG; *Trägner*, Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im europäischen Binnenmarkt.

## aa) Beschränkung

Dass auf nationale Vorschriften des Lauterkeitsrechts gestützte Verbote, sklavisch nachgeahmte Produkte zu verkaufen<sup>346</sup> oder unter Verleitung zum Vertragsbruch erlangte Waren einzuführen<sup>347</sup> zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führen, steht außer Frage. Denn sie machen den grenzüberschreitenden Vertrieb des betroffenen Produkts oder die Erbringung der jeweiligen Dienstleistung gänzlich unmöglich („Null-Kontingent“). Gleichwohl ist der beschränkende Charakter lauterkeitsrechtlicher Vorschriften nicht immer offensichtlich. Schwierigkeiten bereiten insbesondere allgemeine, unterschiedslos anwendbare Werbe- und Vertriebsregelungen. Sie beschäftigen sich meist mit der Frage, wer was wann wie und wo verkaufen darf und sind daher als sog. „Verkaufsmodalitäten“ iSd der „Keck“-Rechtsprechung in der Regel nicht geeignet, den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse oder Dienstleistungen stärker zu versperren als für inländische. Zu erwähnen sind beispielsweise Regelungen für den Vertrieb auf der letzten Handelsstufe, wie etwa das deutsche RabattG oder die ZugabeVO, sowie die zahlreichen nationalstaatlichen Verbote zum Schutz vor Irreführung. Gewährt ein *in Deutschland ansässiger* Händler beim Verkauf aus anderen Mitgliedstaaten importierter Produkte unzulässige Rabatte oder verbotene Zugaben, kann er sich zweifelsohne nicht auf die Warenverkehrsfreiheit berufen. Gleiches gilt, sofern er in Deutschland Werbung schaltet; auch deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit richtet sich allein nach §§ 1, 3 UWG sowie etwaigen spezialgesetzlichen Normen. Und schließlich kann er, sofern er bei der Bewerbung importierter Waren irreführende Preisangaben macht, genausowenig Art. 28 EGV ins Feld führen wie derjenige, der Kunden unter Vortäuschung des Vorhandenseins eingeführter Waren zum beworbenen Preis in sein Ladenlokal lockt oder zu Unrecht eine Spitzenstellung behauptet (z.B. „Der meistimportierte Pkw Deutschlands“). Dass es sich in allen diesen Fällen um lauterkeitsrechtliche Regelungen von „Verkaufsmodalitäten“ handelt, die bei Beachtung der „Keck“-Doktrin von den Grundfreiheiten nicht erfasst werden, wird niemand ernsthaft in Zweifel stellen. Dabei kann man jedoch nicht stehen bleiben. Denn zur Feststellung der beschränkenden Eigenschaft einer Vorschrift genügt es nicht, nur abstrakt auf das Regelungsziel abzuheben. Maßgeblich sind vielmehr ihre Wirkungen. Allein der „vertriebsbezogene Charakter“ einer Norm stellt diese folglich nicht kontrollfrei. Deutlich geworden ist dies in verschiedenen Entscheidungen des EuGH zum deut-

---

<sup>346</sup> EuGH 2.3.1982 Slg. 1982, 707 - Beele.

<sup>347</sup> EuGH 22.1.1981 Slg. 1981, 181 - Dansk Supermarked.

schen UWG. So sah der Gerichtshof in dem auf § 3 UWG gestützten Verbot, ein in einem anderen Mitgliedstaat unter der Bezeichnung „Clinique“ vertriebenes Produkt unter der gleichen Bezeichnung in Deutschland zu verkaufen<sup>348</sup>, genauso ein Warenverkehrshindernis wie in einer auf §§ 1 UWG, 15 GWB bzw. § 3 UWG gestützten Unterlassungsverfügung, die den Vertrieb französischer Eiskremriegel mit der Aufschrift „+ 10 %“ untersagte<sup>349</sup>. Unterschiedlos anwendbare Werbe- und Vertriebsregelungen können also jedenfalls dann zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führen, wenn ihnen ausnahmsweise eine produktgestaltende Wirkung zukommt<sup>350</sup>. Das allein genügt jedoch nicht. Denn die für alle Grundfreiheiten Geltung beanspruchende „Keck“-Doktrin<sup>351</sup> nimmt - was häufig übersehen wird - nur Regelungen bestimmter, nicht aber sämtliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten von einer Prüfung aus. Wie weit diese Ausnahme reicht, ist bis heute freilich nicht geklärt und die Rechtsprechung des Gerichtshofs alles andere als konsistent. Virulent wird das Abgrenzungsproblem vor allem beim sog. Euro-Marketing, d.h. bei grenzüberschreitend konzipierten Vermarktungsstrategien. Ihm gelten die folgenden Überlegungen, die sich mit der Warenverkehrsfreiheit beschäftigen, aufgrund der Konvergenz der Grundfreiheiten aber auch auf die Dienstleistungs-, Arbeitnehmer-, Niederlassungs- sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit übertragbar sind.

Der Umstand, dass der EuGH in seiner „Keck“-Entscheidung lediglich „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ von der Dassonville-Formel ausgenom-

---

<sup>348</sup> EuGH 2.2.1994 Slg. 1994, I-317 - Verband Sozialer Wettbewerb. Dazu *Leible*, DZWIR 1994, 177; *Perau*, ZIP 1994, 513.

<sup>349</sup> EuGH 6.7.1995 Slg. 1995, I-1923 - Mars. Dazu *Lüder*, EuZW 1995, 609; *A. H. Meyer*, GRUR 1996, 98; *Streinz/Leible*, ZIP 1996, 1236.

<sup>350</sup> Zu den produktbezogenen Regelungen müssen aber auch die mit ihnen korrespondierenden Werbeverbote gezählt werden. Wird ein Werbeverbot mit der Irreführungseignetheit von Angaben begründet, die zugleich dem Produkt unmittelbar anhaften, ist der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet. Eine unterschiedliche Behandlung wäre nicht sachgerecht und wird auch vom Gerichtshof abgelehnt, der in seiner Clinique-Entscheidung ausdrücklich nicht nur auf die Verpackungsmehrkosten, sondern genauso auf durch ein eventuelles Verbot verursachte zusätzliche Werbungskosten abstellt (EuGH 2.2.1994 Slg. 1994, I-317, 337 Egrd. 19 - Verband Sozialer Wettbewerb). Wer Kosmetika unter der Bezeichnung „Clinique“ oder mit dem Aufdruck „+ 10 %“ versehene Eiskremriegel importieren darf, dem gestattet das Gemeinschaftsrecht zugleich, sie mit diesen Angaben zu bewerben (*Streinz/Leible*, ZIP 1995, 1236, 1238 f.; *Rüffler*, WBl. 1996, 133, 136; *Lurger*, Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, 44; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 182; *Leible*, WRP 1997, 517, 520). Entgegenstehende nationale Verbote sind unbeachtlich.

<sup>351</sup> Dazu § 4, B II 4.

men hat, legt die Annahme nahe, dass es andere oder „sonstige Verkaufsmodalitäten“ geben muss, für die es beim bisherigen (prä-Keck-)Zustand bleibt. In allen EG-Mitgliedstaaten sind Normen anzutreffen, die zwar unterschiedslos anwendbar und nicht unmittelbar produktbezogen sind, sondern lediglich die Art des Produktabsatzes, also eine Verkaufsmodalität regeln, den gemeinschaftlichen Warenverkehr aber gleichwohl empfindlich stören können. Ihre Beurteilung allein anhand einer rein am Begriff orientierten Unterscheidung zwischen Verkaufs- und Produktnormen unter Außerachtlassung ihrer Binnenmarktrelevanz würde die Reichweite der Grundfreiheiten verkennen. Deutlich wird dies insbesondere beim Euro-Marketing. Wer aufgrund unterschiedlicher Rechtsordnungen gezwungen ist, in bestimmten Mitgliedstaaten seine einheitlich für mehrere Länder oder sogar den gesamten Binnenmarkt konzipierte Werbekonzeption zu ändern, wird sich angesichts der damit verbundenen (Mehr-)Kosten zweimal überlegen, ob er den ausländischen Markt tatsächlich erschließen möchte, und im Zweifel davon absehen. Das kann nicht im Sinn des Binnenmarktes sein. Ziel von Art. 28 EGV ist es, Marktzutrittsschranken zu beseitigen. Auf die Qualität der Normen (absatz- oder produktbezogen), durch die Zugangshindernisse errichtet werden, kann es nicht ankommen. Ware, Werbung und Vertriebsmethoden bilden in der Regel einen einheitlichen Komplex unternehmerischer Leistung, gleichsam eine Produkteinheit<sup>352</sup>. Daher müssen von Art. 28 EGV auch zukünftig nichtdiskriminierende staatliche Werbe- und Vertriebsregelungen erfasst werden, sofern ihnen eine den Produktnormen vergleichbare Wirkung zukommt, weil sie „die Vertriebsgestaltungen der Anbieter im Kern einschränken“<sup>353</sup>. Das betrifft nicht nur Fälle des Euro-Marketing, sondern überhaupt alle einzelstaatlichen Normen, die den Anbieter in der Nutzung gerade für seinen grenzüberschreitenden Absatz wichtiger Vertriebsparameter behindern und damit seinen Marktzutritt erschweren. Das können z.B. totale Werbeverbote<sup>354</sup> oder Vorschriften über das Verbot von Haustürgeschäften sein<sup>355</sup>, aber auch ein auf § 1 UWG gestütztes Verbot des Multi-Level-Marketing<sup>356</sup>. Allgemein lässt sich formulieren, dass Werbe- und Ver-

---

<sup>352</sup> Fezer, JZ 1994, 317, 323; Ebenroth, FS Piper, 133, 161; Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 28; W.-H. Roth, FS Großfeld, 929, 949 f.

<sup>353</sup> Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 102 und 181.

<sup>354</sup> Vgl. zum schwedischen Verbot der Alkoholwerbung EuGH 8.3.2001 EuZW 2001, 251 – Gourmet International Products m. Anm. Leible.

<sup>355</sup> Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 101.

<sup>356</sup> Vgl. dazu Leible, ADI 16 (1994/95), 345, 367 ff.; zu pauschal - im konkreten Fall aber gleichwohl zu Recht - ablehnend OLG München 6.7.1995 WRP 1996, 42.

triebsregelungen immer dann Warenverkehrshindernisse und keine „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ darstellen, wenn der ausländische Anbieter durch sie gezwungen wird, seine im Herkunftsland rechtmäßig praktizierten Aktionsparameter den Erfordernissen des Bestimmungslandes anzupassen, und dadurch Anpassungskosten entstehen<sup>357</sup>. Denn sachlich führt dies zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung in- und ausländischer Waren, die nur zulässig ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt<sup>358</sup>.

Nachweisen lässt sich dieser Ansatz auch in der Rechtsprechung des EuGH. Der Gerichtshof entschied bereits 1981 zu einem niederländischen Zugabeverbot, dass

„eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, ... - obwohl sie Einfuhren nicht unmittelbar regelt - geeignet sein (kann), das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, dass der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.“<sup>359</sup>

Auf diese Urteils Passage rekurrierte der Gerichtshof auch in verschiedenen späteren Entscheidungen, um etwa zu begründen, dass ein Verbot der Werbung von Kunden an der Haustür<sup>360</sup>, der Werbung für bestimmte alkoholische Getränke<sup>361</sup> oder der Werbung mit Preisgegenüberstellungen<sup>362</sup> zu Beschränkungen des freien Warenverkehrs führen kann. Die Oosthoek-Rechtsprechung hat - entgegen zahlreicher Stimmen in der Lite-

---

<sup>357</sup> So etwa *Steindorff*, ZHR 158 (1994), 149, 166 f.; *Rüffler*, WBl. 1996, 133, 137; *Heermann*, WRP 1999, 381, 384 f.; *ders.*, GRUR Int. 1999, 579, 585; *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 28; *Leible*, WRP 1997, 517, 521.

<sup>358</sup> Vgl. dazu auch *Heermann*, WRP 1999, 381; *dens.*, GRUR Int. 1999, 579, mit Überlegungen zu einer Beweislastverteilung. Eine Beweislastregel scheint auch *GA Fenelly* vorzuschweben, vgl. Nrn. 31 f. seiner noch nicht veröffentlichten Schlussanträge in der Sache „Graf“.

<sup>359</sup> EuGH 15.12.1982 Slg. 1982, 4575, 4587 f. Egrd. 15 - Oosthoek's Uitgebersmaatschappij.

<sup>360</sup> EuGH 16.5.1989 Slg. 1989, 1235, 1251 Egrde. 7 f. - Buet.

<sup>361</sup> EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, I-4151, 4183 Egrd. 10 - Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia.

<sup>362</sup> EuGH 7.3.1990 Slg. 1990, I-667, 686 Egrd. 7 - GB-INNO-BM; 18.5.1993 Slg. 1993, I-2361, 2388 Egrd. 10 - Yves Rocher.

ratur<sup>363</sup> - auch nach der Entscheidung „Keck“ Bestand, ist also nicht „overruled“<sup>364</sup>. Belegen lässt sich das anhand verschiedener EuGH-Entscheidungen jüngerer Datums. In „de Agostini“ mochte der Gerichtshof nicht grundsätzlich ausschließen, dass ein unterschiedslos anwendbares Verbot von an Kinder gerichteter Werbung, d.h.

„das vollständige Verbot einer Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat, das dort rechtmäßig verkauft wird, stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten hat.“<sup>365</sup>

Deutlicher wird der Gerichtshof in der Entscheidung „Pfeiffer“, in der er ein nationales Verbot der Verwendung einer Geschäfts- als besondere Unternehmensbezeichnung als eine Beschränkung der Niederlassungs- sowie der Warenverkehrsfreiheit betrachtet, weil es geeignet sei,

„die Durchführung einer gemeinschaftsweit einheitlichen Werbekonzeption durch diese Unternehmen zu beeinträchtigen, da (es) sie dazu zwingen kann, das Erscheinungsbild ihrer Geschäfte je nach dem Ort der Niederlassung unterschiedlich zu gestalten.“<sup>366</sup>

Vollends bestätigt wird der hinter all dem stehende Grundsatz der Maßgeblichkeit von Anpassungskosten schließlich durch die Entscheidung „TK-Heimdienst“. Zur Beurteilung stand ein Verbot, Fleischer- und Backwaren sowie andere Lebensmittel im Umherziehen feilzubieten. Solche Tätigkeiten waren nur in dem Verwaltungsbezirk, in dem der Anbieter eine ortsfeste Betriebsstätte besaß, und hieran angrenzenden Verwaltungsbezirken erlaubt. Der Gerichtshof ging, obwohl es sich um die Regelung einer typischen „Verkaufsmodalität“ handelte, vom Vorliegen eines Warenverkehrshindernisses aus:

„Eine derartige Regelung verpflichtet nämlich Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler, die bereits eine ortsfeste Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat haben und die ihre Waren in einem bestimmten Verwaltungsgebiet, wie etwa einem österreichischen Verwaltungsbezirk, im Umherziehen feilbieten wollen, in diesem Verwaltungsgebiet oder einer angrenzenden Gemeinde eine andere ortsfeste Betriebsstätte zu errichten oder zu erwerben, während die örtlichen Wirtschaftsteilnehmer die Voraussetzung

<sup>363</sup> *Everling*, ZLR 1994, 221, 229; *Matthies*, FS Everling, 802, 810; *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 17; *Sack*, EWS 1994, 37, 43; *W.-H. Roth*, CMLR 31 (1994), 845, 851; a.A. *Ackermann*, RIW 1994, 189, 194; *Basedow*, RabelsZ 59 (1995), 1, 9; *Becker*, EuR 1994, 162, 173; *Reese*, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 63, *Schwartz*, ZEuP 1994, 559, 582.

<sup>364</sup> Der EuGH formuliert zwar in „Keck“ „abweichend von der bisherigen Rechtsprechung“, lässt aber offen, welche damit gemeint ist. *Lenz*, NJW 1994, 1633, rügt daher zu recht „einen undeutlichen Ton“.

<sup>365</sup> EuGH 9.7.1997 Slg., 1997, I-3843, 3890 Egrd. 42 - de Agostini und TV-Shop.

<sup>366</sup> EuGH 11.5.1999 Slg. 1999, I-2835, 2860 Egrd. 20 - Pfeiffer.

der ortsfesten Betriebsstätte bereits erfüllen. Somit haben Waren aus anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zum Markt des Einfuhrmitgliedstaats wie inländische Waren nur, nachdem sie mit zusätzlichen Kosten belastet worden sind.“<sup>367</sup>

Diese Ausführungen lassen sich zwanglos auf Werbe- und Vertriebsregelungen übertragen. Denn jeder ortsansässige Anbieter hat seine Marketingkonzeption in der Regel am Recht des Staates orientiert, in dem er seinen Sitz hat und hauptsächlich tätig wird. Muss er sie für einen Vertrieb in anderen Mitgliedstaaten kostenintensiv ändern oder hierfür gar sein System ganz aufgeben, wird der Marktzutritt der von ihm angebotenen Produkte beeinträchtigt. Nationale Werbe- und Vertriebsregelungen sind folglich „janusköpfig“. Ihre Eigenschaft als Warenverkehrshindernis kann immer nur in Abhängigkeit von der jeweiligen Sachverhaltskonstellation beurteilt werden<sup>368</sup>. Fehlt die Binnenmarktrelevanz, d.h. wird durch ihre Anwendung die grenzüberschreitende Vertriebstätigkeit des Anbieters nicht im Kern eingeschränkt<sup>369</sup>, handelt es sich um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ iSd der Keck-Rechtsprechung, andernfalls lediglich um eine „sonstige Verkaufsmodalität“ mit der Konsequenz, dass es dann für die Annahme eines Warenverkehrshindernisses auf ihren diskriminierenden Charakter nicht ankommt. So sind z.B. die Vorschriften des RabattG normalerweise Regelungen „bestimmter Verkaufsmodalitäten“, da ihnen der spezifische Binnenmarktbezug fehlt. Führt die Anwendung des RabattG jedoch dazu, dass der Anbieter gezwungen wird, seine für mehrere Mitgliedstaaten konzipierte Werbekampagne zu ändern, liegt eine Warenverkehrsbehinderung iSv Art. 28 EGV vor, das gerechtfertigt werden muss<sup>370</sup>. Gleiches gilt für die allgemeinen Irreführungsverbote. Zwar handelt es sich bei ihnen - sofern sie nicht unmittelbar produktbezogen angewendet werden - gewöhnlich um unterschiedslos anwendbare, nur „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ betreffende Vorschriften; doch muss sich diese Beurteilung ändern, wenn sie zu einer Erschwerung grenzüberschreitender Vertriebs- und Absatzpraktiken führen. Wer z.B. eine europaweite und im

---

<sup>367</sup> EuGH 13.1.2000 EuZW 2000, 309, 310 Egrd. 26 - TK-Heimdienst; krit. dazu *Streinz*, JuS 2000, 809, 811; *Gundel*, EuzZW 2000, 311; vgl. zu ähnlichen Sachverhaltskonstellationen zuvor bereits EuGH 27.5.1986 Slg. 1986, 1707, 1720 f. Egrd. 15 - Legia; 23.10.1997 Slg. 1997, I-5909, 5975 Egrd. 71 - Franzén.

<sup>368</sup> Ebenso z.B. *Heermann*, WRP 1999, 381, 384 f.; *ders.*, GRUR Int. 1999, 579, 585 ff.; *W.-H. Roth*, FIW-Schriftenreihe XXVII. (1994), 21, 39.

<sup>369</sup> EuGH 13.1.2000 EuZW 2000, 309. - TK-Heimdienst, scheint nicht einmal das zu fordern.

<sup>370</sup> *Leible/Sosnitza*, GRUR 1995, 799, 801 f.; zustimmend *Rohe*, *RabelsZ* 61 (1997), 1, 18 (in Fußn. 102); *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, § 21 Rdnr. 16; a. A. BGH 23.3.1995 WRP 1995, 515, 518 - 2 für 1 - Vorteil.

Herkunftsland zulässige Werbekampagne konzipiert, deren wesentlicher Bestandteil die wahrheitsgemäße Aussage „Der meistverkaufte Rasierer Europas“ ist, darf nicht in Deutschland zu Änderungen gezwungen werden, nur weil der deutsche Verbraucher annehmen könnte, das derart beworbene Produkt sei zugleich der meistverkaufte Rasierer Deutschlands<sup>371</sup>. Das gleiche, bislang aber wenig beachtete Problem stellte sich bei der Benetton-Werbung; denn die vom BGH wegen Sittenwidrigkeit ausgesprochene Untersagung verschiedener Werbeanzeigen<sup>372</sup> führte dazu, dass der Firma Benetton eine europaweit einheitliche Werbestrategie unmöglich gemacht wurde<sup>373</sup>. Die Entscheidung des BVerfG hat das Problem zwar mittlerweile gelöst<sup>374</sup>, jedoch ohne Stellung zu den gemeinschaftsrechtlichen Implikationen des Falls nehmen zu müssen.

#### bb) Rechtfertigung

Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Regelungen des Lauterkeitsrechts lassen sich aus verschiedenen Gründen rechtfertigen. In Betracht kommt insbesondere Art. 30 EGV, sofern man den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb unter den Begriff des dort aufgeführten gewerblichen und kommerziellen Eigentums subsumiert<sup>375</sup>. Für eine solche Sichtweise könnte sprechen, dass z.B. Art. 1 Abs. 2 PVÜ bzw. Art. 10bis PVÜ sowie die in Art. 2 viii WIPO-Übereinkommen enthaltene Definition des geistigen Eigentums Vorschriften zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb dem Schutz des gewerblichen Eigentums zurechnen<sup>376</sup>. Der EuGH ist diesem Ansatz

<sup>371</sup> Eine auf diese Begründung gestützte Unterlassungsverfügung wäre angesichts des vom EuGH zugrundegelegten Leitbilds des verständigen Verbrauchers sicherlich nicht gerechtfertigt. Allerdings lehnt mittlerweile auch der BGH eine Irreführung ab, vgl. BGH 15.2.1996 WRP 1996, 729 - Der meistverkaufte Europas.

<sup>372</sup> BGH 6.7.1995 WRP 1995, 682 - Kinderarbeit; 6.7.1995 WRP 1995, 686 - H.I.V. POSITIVE; 6.7.1995 WRP 1995, 679 - Ölverschmutzte Ente. Vgl. dazu auch Ahrens, JZ 1995, 1096; Bamberger, FS Piper, 41; Bülow, ZIP 1995, 1289; Harrer, WBl. 1996, 465; Henning-Bodewig, GRUR 1997, 180; Sosnitzka, WRP 1996, 786.

<sup>373</sup> Einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit für möglich hält daher Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 184; für eine Rechtfertigung jedoch Bülow, ZIP 1995, 1289, 1290 f.

<sup>374</sup> Vgl. BVerfG 12.12.2000 NJW 2001, 591.

<sup>375</sup> So z.B. Beier, GRUR Int. 1989, 603, 609; GBTE-Wägenbauer, Art. 36 EWGV, Rdnr. 43; Joliet, GRUR Int. 1994, 1, 11 f.

<sup>376</sup> Vgl. Beier, GRUR Int. 1989, 603, 609; Beier/Knaak, GRUR Int. 1992, 411, 422; ähnlich Krieger, GRUR Int. 1984, 71, 78. Verwiesen wird außerdem noch auf die Entstehungsgeschichte von Art. 36 EWGV, der sich an der Ausnahmenvorschrift des Art. 20 des GATT-Vertrages orientiert habe, in der Maßnahmen zur Verhinderung irreführender Praktiken ausdrücklich erwähnt werden, vgl. Beier, GRUR Int. 1959, 277, 279; Spengler, GRUR Int. 1958, 321, 323.

jedoch zu recht nicht gefolgt, da das allgemeine Lauterkeitsrecht in der Regel zu keinen subjektiven, eigentumsähnlichen Rechtspositionen führt. Ein Rückgriff auf Art. 30 EGV zur Rechtfertigung lauterkeitsrechtlicher Vorschriften findet daher allein in solchen Fällen statt, in denen das allgemeine Recht zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs der Gewährung oder dem Schutz von Ausschließlichkeitsrechten dient<sup>377</sup>. Und auch das wird - wie die Rechtsprechung zum Schutz mittelbarer geographischer Herkunftsangaben zeigt - nicht immer konsequent durchgehalten<sup>378</sup>. Von besonderer Bedeutung ist daher, dass der EuGH zu den „zwingenden Erfordernissen“ im Rahmen seiner „Cassis“-Rechtsprechung auch den Verbraucherschutz und den Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs zählt. Was darunter zu verstehen ist, wird vom EuGH autonom unter Berücksichtigung der Bedürfnisse eines funktionierenden Binnenmarktes festgelegt. Hieraus resultieren weitreichende Folgen für die nationalen Lauterkeitsrechte. Sie müssen sich einer strengen Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen. Gehen ihre inhaltlichen Anforderungen an die Lauterkeit eines geschäftlichen Handelns über das Zulässige hinaus, werden sie auf ein gemeinschaftsverträgliches Maß „zurückgeschnitten“. Verdeutlicht werden soll dies im folgenden anhand von drei Beispielen: Dem Einfluss der Grundfreiheiten auf den Irreführungsbegriff, die Zulässigkeit abstrakter Gefährdungstatbestände sowie die Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs.

#### aaa) Der Irreführungsbegriff

Werbung in all ihren Formen, d.h. von der Produktgestaltung bis hin zu Anzeigenkampagnen in Printmedien etc, ist für einen ausländischen Anbieter das wichtigste Mittel zur Markterschließung. Unterschiedliche nationale Vorstellungen über die Irreführungsgreenetheit werblicher Angaben können daher - wie eingangs bereits dargelegt - zu Beschränkungen der Grundfreiheiten führen. Für die Beantwortung der Frage, ob solche nationalen Beschränkungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind, lassen sich jedoch dem EG-Vertrag - jedenfalls direkt - keine Maßstäbe entnehmen. Sie waren vom EuGH folglich selbst zu entwickeln. Er stellte dabei in erster Linie auf die mit dem EG-Vertrag angestrebte Öffnung der Märkte ab, versuchte aber zugleich, sie mit den vom Werberecht berührten Interessen der Verbrau-

---

<sup>377</sup> Nachweise bei Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 19; GTE-Müller-Graff, Art. 36 EGV Rdnr. 74; vgl. auch Everling, ZLR 1994, 221, 233.

<sup>378</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. Grabitz/Hilf-Leible, Art. 30 EGV Rdnr. 19.

cher und Mitbewerber in Einklang zu bringen. Abgezeichnet hat sich diese Entwicklung zunächst im Bereich der Produktkennzeichnung, bevor sie anschließend auf das Werberecht übertragen worden ist. So erkannte der Gerichtshof beispielsweise an, dass eine nationale Regelung, die für ein bestimmtes Erzeugnis die Verpflichtung zur Verwendung einer Bezeichnung aufstellt, die hinreichend genau ist, um die Art des Erzeugnisses zu erkennen, durchaus zum Schutz der Verbraucher vor Verwechslungen erforderlich sein kann<sup>379</sup>. Jedoch besteht

„die Notwendigkeit eines solchen Schutzes ... dann nicht mehr, wenn die Angaben auf dem ursprünglichen Etikett des eingeführten Erzeugnisses in bezug auf die Art der Erzeugnisse einen Informationsgehalt haben, der zumindest die gleichen Informationen vermittelt oder ebenso verständlich für die Verbraucher ist wie die nach den Vorschriften dieses Staates verlangte Bezeichnung.“<sup>380</sup>

Regelungen des Vermarktungsstaates lassen sich eingeführten Waren also nicht entgegenhalten, wenn der von einer dem Recht des Herkunftslandes entsprechenden Kennzeichnung vermittelte Informationsgehalt dem vom Einfuhrstaat geforderten gleichwertig ist. Allein die Gleichwertigkeit des Informationsgehalts ist jedoch nicht entscheidend. Auch der Inhalt der geforderten Information wird einer Prüfung unterzogen. So ist es z.B. unzulässig, die Bezeichnung „Bier“ ausschließlich aus Wasser, Hopfen und Gerstenmalz hergestellten Getränken vorzubehalten, wenn sie in anderen Mitgliedstaaten als Gattungsbezeichnung für Getränke verwendet wird, die nicht nur aus Gerstenmalz, sondern auch aus anderen Stoffen (Reis, Mais etc.) hergestellt werden. Eine Verbrauchererwartung, die mit der Bezeichnung „Bier“ lediglich die Verwendung bestimmter Stoffe im Herstellungsprozess verbindet, ist unbeachtlich, weil

„... sich die Vorstellungen der Verbraucher, die von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlich sein können, auch innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats im Laufe der Zeit fortentwickeln (können). Die Einführung des Gemeinsamen Marktes ist dabei einer der wesentlichen Faktoren, die zu einer solchen Entwicklung beitragen können.“<sup>381</sup>

Die fortschreitende Liberalisierung des Warenverkehrs und die damit einhergehende Zunahme der Produktvielfalt führen demnach zu erhöhten Anforderungen an die Rationalität und Lernfähigkeit des Verbrauchers. Vorschriften, die diesem Prozess keine Beachtung schenken, weil sie nicht entwicklungs offen sind, können keinen Bestand haben. Darauf wird im Rahmen der Behandlung lauterkeitsrechtlicher Gefährdungstatbestände

<sup>379</sup> EuGH 16.12.1980 Slg. 1980, 3839, 3853 f. Egrd. 11 - Fietje.

<sup>380</sup> EuGH 16.12.1980 Slg. 1980, 3839, 3854 Egrd. 12 - Fietje.

<sup>381</sup> EuGH 12.3.1987 Slg. 1987, 1227, 1270 Egrd. 32 - Kommission/Deutschland.

noch zurückzukommen sein. Allerdings ist auch der EuGH nicht gewillt, den Verbraucher jeder von einer für ihn fremden Bezeichnung ausgehenden Irreführungsgefahr auszusetzen. Den Mitgliedstaaten bleibt es daher unbenommen, Verbrauchern, die einem aus bestimmten Grundstoffen hergestellten Produkt besondere Eigenschaften zuschreiben, mittels geeigneter und vor allem angemessener Etikettierungsvorschriften die Möglichkeit zu verschaffen, ihre Wahl unter diesen Gesichtspunkten zu treffen<sup>382</sup>. Gemeint ist damit jedoch ersichtlich nicht der Vorbehalt von Verkehrsbezeichnungen für Produkte, die eine bestimmte Zusammensetzung aufweisen. Ein solcher Vorbehalt ist nur zulässig, wenn sich einer möglichen Irreführungsgefahr nicht auf anderem Wege begegnen lässt. Bei Lebensmitteln kann sie z.B. durch das Zutatenverzeichnis beseitigt werden. Klar zu Tage getreten ist dies in der Entscheidung „Sauce bearnaise“. Umstritten war u.a. das von deutschen Behörden auf § 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b und c LMBG gestützte Verlangen, bei aus dem EG-Ausland importierten Keks- und Gebäckerzeugnisse in der Etikettierung zusätzliche Angaben über den in ihnen enthaltenen und stark färbenden Zusatzstoff „E 160 F“ (Beta-Apo'-8-carotinsäureethylester) aufzunehmen, damit der Verbraucher nicht irrtümlich annimmt, sie enthalten Eier oder mehr Eier, als dies tatsächlich der Fall ist. Generalanwalt und Gerichtshof beurteilten das hierdurch verursachte Warenverkehrshindernis als unverhältnismäßig, da davon auszugehen sei,

„daß Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung der Erzeugnisse richten, zunächst das Zutatenverzeichnis lesen, dessen Angabe Art. 6 der (Etikettierungs-)Richtlinie vorschreibt. Zwar werden die Verbraucher möglicherweise in Einzelfällen irregeführt, jedoch ist die Gefahr gering und kann folglich das durch die streitigen Anforderungen begründete Hemmnis für den freien Warenverkehr nicht rechtfertigen“<sup>383</sup>

In Zusammenschau mit zahlreichen vorangegangenen Judikaten<sup>384</sup> lassen sich dieser Urteilspassage durchaus verallgemeinerungsfähige Grundsätze entnehmen. Der Gerichtshof erwartet vom Verbraucher zum einen, dass er sich mit dem Produkt vor dessen Erwerb intensiv auseinandersetzt. Er muss die ihm angebotenen Informationen vollständig zur Kenntnis

---

<sup>382</sup> EuGH 12.3.1987 Slg. 1987, 1227, 1271 Egrd. 35 - Kommission/Deutschland. Vgl. m. w. Nachw. auch Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 36.

<sup>383</sup> EuGH 26.10.1995 Slg. 1995, I-3599, 3629 Egrd. 34 - Kommission/Deutschland. Aus neuerer Zeit vgl. beispielsweise EuGH 9.2.1999 Slg. 1999, I-731, 765 Egrd. 37 - Van der Laan, 4.4.2000 EuZW 2000, 508, 510 Egrd. 22 - Darbo.

<sup>384</sup> Übersicht u.a. bei A. H. Meyer, WRP 1993, 215, 221 ff.; Springer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäss § 3 UWG, 79 ff.

nehmen, selbst wenn sie nicht blickfangmäßig herausgestellt, sondern lediglich an „versteckter Stelle“ - wie z.B. im Zutatenverzeichnis - enthalten sind. Dem Verbraucher wird vom Gerichtshof folglich eine Informationsobliegenheit auferlegt<sup>385</sup>. Denn der Binnenmarkt mit seinen tradiert unterschiedlichen Verhältnissen kann nur funktionieren, wenn nicht nur einseitig den Anbietern Informationspflichten treffen, sondern genauso den um Wahlmöglichkeiten bereicherten Verbrauchern Informationslasten zugemutet werden<sup>386</sup>. Besonders deutlich wird die daraus resultierende Obliegenheit zur Berücksichtigung sämtlicher zur Verfügung stehender Erkenntnisquellen bei der Informationsverarbeitung in der Entscheidung „Clinique“. Der Gerichtshof hielt nämlich die Annahme, der Verbraucher verbinde mit der Bezeichnung „Clinique“ ein medizinisches Produkt, u.a. deshalb für nicht überzeugend, weil das damit gekennzeichnete Produkt nur in Parfümerien und Kosmetikabteilungen von Kaufhäusern, nicht aber in Apotheken vertrieben wurde, und es außerdem als kosmetisches Mittel und nicht als Arzneimittel aufgemacht war<sup>387</sup>. Bei der Beurteilung der Irreführungseignetheit einer Angabe kann folglich nicht auf ihren isolierten Aussagegehalt abgestellt werden. Es ist vielmehr danach zu fragen, wie sie vom Verbraucher in ihrem jeweiligen Kontext verstanden wird<sup>388</sup>.

Zugleich werden dem Verbraucher durchaus beachtliche intellektuelle Fähigkeiten zugetraut, soll er doch etwa der bloßen Angabe „E 160 F“ entnehmen können, dass die gelbliche Färbung eines Lebensmittels nicht auf der Verwendung von Eiern, sondern dem Zusatz färbender Carotinoide (oder jedenfalls von Zusatzstoffen) beruht<sup>389</sup>. Dass der dem Verbraucher vom Gerichtshof zugeschriebene Wissensstand mitunter etwas realitätsfern ist, wird von ihm - bewusst - zur Öffnung der Märkte hingenommen. Die Verwirklichung eines funktionierenden Binnenmarkts ist auf umsichtige Verbraucher angewiesen. Da es sich um eine dynamische Entwicklung handelt, müssen gewisse Irreführungsquoten im Sinne eines kollektiven Lernprozesses eben in Kauf genommen werden. Nur vereinzelte Irreführungen vermögen daher Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht zu

---

<sup>385</sup> So auch *Niemöller*, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 169.

<sup>386</sup> *Leible*, EuZW 1998, 528.

<sup>387</sup> EuGH 2.2.1994 Slg. 1994, I-317, 337 Egrd. 21 - Verband Sozialer Wettbewerb.

<sup>388</sup> Vgl. auch EuGH 26.11.1996 Slg. 1996, I-6037, 6059 Egrd. 26 - Graffione: „Bei der Beurteilung muß das Gericht alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigen; dazu gehören die Umstände, unter denen die Erzeugnisse verkauft werden, die auf der Verpackung der Erzeugnisse angebrachten Informationen und die Klarheit, mit der sie gegeben werden, Aufmachung und Inhalt der Werbung ...“.

<sup>389</sup> Vgl. EuGH 26.10.1995 Slg. 1995, I-3599 - Kommission/Deutschland.

rechtfertigen<sup>390</sup>. Bestand haben können - jedenfalls im Grundsatz<sup>391</sup> - allein Irreführungsverbote, die nicht dem Schutz von im Interesse des Binnenmarktes vernachlässigenswerter Minderheiten dienen, sondern allein den verständigen Verbraucher vor einer Irreführung bewahren wollen. Erstmals namentlich angesprochen wurde dieses für die Rechtfertigungsprüfung maßgebliche Leitbild des verständigen Verbrauchers in der Entscheidung „Mars“<sup>392</sup>. Der Gerichtshof hat es sodann in der Entscheidung „Gut Springenheide“ weiter konkretisiert. Danach ist

„bei der Beurteilung, ob eine Bezeichnung, Marke oder Werbeaussage irreführend ist, auf die mutmaßlichen Erwartungen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen.“<sup>393</sup>

Diese Festlegung erfolgte zwar zu einer Vorschrift des Sekundärrechts. Gleichwohl hält der Gerichtshof das Leitbild des verständigen Verbrauchers auch über den Entscheidungskontext hinaus und insbesondere im Primärrecht für maßgeblich. Die von ihm gefundene Definition wird seitdem stetig wiederholt und kann daher bereits als ständige Rechtsprechung bezeichnet werden<sup>394</sup>. Ihr ist - nicht nur unter Binnenmarktgesichtspunkten - zuzustimmen. Denn allein das Leitbild eines verständigen und informier-

---

<sup>390</sup> Vgl. etwa EuGH 13.12.1990, Slg. 1990, I-4827, 4849 Egrd. 19 - Pall; 6.7.1995 Slg. 1995, I-1923, 1943 Egrd. 19 - Mars; 26.10.1995 Slg. 1995, I-3599, 3629 Egrd. 34 - Kommission/Deutschland; 4.4.2000 EuZW 2000, 508, 510 Egrd. 28 - Darbo.

<sup>391</sup> Offen ist, ob das vom EuGH entwickelte Leitbild des verständigen Verbrauchers einen weiterreichenden Schutz besonders schutzbedürftiger Verkehrskreise zulässt. Richtigerweise wird man dies bejahen müssen. Wenn sich eine wettbewerbliche Maßnahme nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an ausgewählte Verkehrskreise richtet, ist allein auf deren Schutzbedürftigkeit abzustellen. Ansatzweise lässt sich dieser Gedanke auch den Entscheidungen Buet und Graffione entnehmen. In Buet war für den Gerichtshof zur Rechtfertigung eines Verbots der Haustürwerbung für pädagogisches Material beachtlich, dass die potentiellen Kunden einen Bildungsrückstand aufholen wollten und daher gegenüber Verkäufern von pädagogischen Materialien besonders schutzlos seien (EuGH 16.5.1989 Slg. 1989, 12351252 Egrd. 13). Und in Graffione erklärte er, dass u.a. auf die Gefahr einer Irreführung der *betroffenen* Verbrauchergruppe abzustellen sei (EuGH 26.11.1996 Slg. 1996, I-6039, 6059 Egrd. 26). Wie weit Schutzdifferenzierungen gehen und wo sie ansetzen dürfen, ist bislang aber noch wenig geklärt. In Estée Lauder deutet der Gerichtshof immerhin an, dass eine Abweichung vom Leitbild des flüchtigen Verbrauchers vorstellbar ist, sofern eine Gesundheitsbeeinträchtigung zu besorgen steht, vgl. EuGH 13.1.2000 ZLR 2000, 186, 191 Egrd. 28 - Estée Lauder m. Anm. *Streinz*.

<sup>392</sup> Vgl. EuGH 6.7.1995 Slg. 1995, I-1935, 1944 Egrd. 24 - Mars.

<sup>393</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4657, 4691 Egrd. 31 - Gut Springenheide und Tusky.

<sup>394</sup> Vgl. z.B. EuGH 28.1.1999 Slg. 1999, I-513, 546 f. Egrd. 36 - Sektkellerei Kessler; 13.1.2000 EuZW 2000, 286, 288 Egrd. 27 - Estée Lauder; 4.4.2000 EuZW 2000, 508, 510 Egrd. 25 - Darbo; zum Markenrecht EuGH 22.6.1999 Slg. 1999, I-3819, 3841 Egrd. 26 - Lloyd Schuhfabrik Meyer.

ten Wirtschaftsbürgers korreliert sowohl national als auch supranational mit einer freiheitsbasierten Rechtsordnung, deren Wirtschaftsverfassung durch Markt und Wettbewerb determiniert ist. Dass es sich um ein normatives Leitbild handelt, ist unerheblich. Die Aufgabe des Staates beschränkt sich darauf, durch geeignete Maßnahmen für eine möglichst weitgehende Annäherung der Realität an diesen normativen Maßstab Sorge zu tragen. Das geeignete Mittel hierfür ist in einer auf der Autonomie des Einzelnen beruhenden und wettbewerbsverfaßten Rechtsordnung die Sicherstellung optimaler Information für den eigenverantwortlich handelnden Verbraucher, nicht jedoch der Schutz flüchtiger Konsumenten, die die ihnen zugänglichen Informationsquellen ignorieren.

Zu beachten ist allerdings, dass nach Auffassung des Gerichtshofs bei der Prüfung der Irreführungseignetheit einer werblichen Angabe das Leitbild eines *nationalen*, nicht jedoch eines europäischen Verbrauchers zugrunde zu legen ist<sup>395</sup>. Zwar führte der Gerichtshof als einen gegen eine Irreführung sprechenden Gesichtspunkt mitunter an, dass die zu beurteilende Angabe bislang in anderen Mitgliedstaaten nicht beanstandet worden sei<sup>396</sup>; doch kann dies allenfalls Indiz, nicht aber tragender Grund für die Unzulässigkeit eines mitgliedstaatlichen Verbots sein, da schon aufgrund der unterschiedlichen Gemeinschaftssprachen mit bestimmten Begriffen differierende Vorstellungen verbunden sein können<sup>397</sup>. Es ist daher in jeden Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob werbliche Angaben aufgrund sozialer, sprachlicher oder kultureller Eigenarten von den Verbrauchern des Destinationsstaates anders verstanden werden als von den Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten<sup>398</sup>. Darüber hinaus muss aber auch eine Berücksichtigung regionaler Verkehrsauffassungen möglich sein<sup>399</sup>.

Das vom EuGH entwickelte Ansatz zur Feststellung der Irreführungseignetheit einer Werbeaussage ist, wie bereits mehrfach deutlich wurde, ein normativer. Es kommt nicht darauf an, wie der Verbraucher eine Werbeaussage tatsächlich versteht, sondern wie er sie vernünftigerweise verstehen darf. Diese Normativität schließt freilich nach Ansicht des EuGH nicht aus, dass ein nationales Gericht zur Beurteilung der von einer Werbeangabe ausgehenden Irreführungsgefahr zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengut-

---

<sup>395</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 Rdnr. 36.

<sup>396</sup> Vgl. EuGH 2.2.1994 Slg. 1994, I-317, 337 Egrd. 21 - Verband Sozialer Wettbewerb.

<sup>397</sup> Leible, DZWir 1994, 177, 179 in Fußn. 25.

<sup>398</sup> EuGH 26.11.1996 Slg. 1996, I-6039, 6059 Egrd. 22 - Graffione; 13.1.2000 EuZW 2000, 286, 288 Egrd. 29 - Estée Lauder.

<sup>399</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 36.

achten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann<sup>400</sup>. Eine solche Zulassung empirisch-deskriptiver Vorgehensweisen stellt den normativen Ansatz als solchen nicht in Frage<sup>401</sup>. Zum einen ist sie allein auf Fälle beschränkt, in denen das Gericht besondere Schwierigkeiten bei der Feststellung des Täuschungsgeeignetheit einer werblichen Aussage hat. Und selbst wenn das Gericht die faktische Verkehrsauffassung mit Hilfe der Empirie ermitteln kann, wird es dadurch nicht von der Pflicht zur anschließenden Evaluation der gefundenen Ergebnisse entbunden. Denn streng formal ist immer zwischen der tatsächlichen Frage, welcher prozentuale Anteil der angesprochenen Verkehrskreise von einer Werbeaussage getäuscht worden ist, und der normativen Festlegung einer Eingriffsschwelle, bei deren Überschreiten vom Vorliegen einer Irreführung im Sinne der Verbotsnorm ausgegangen werden kann, zu unterscheiden. Zumindest missverständlich ist es allerdings, wenn der Gerichtshof ausführt, es sei mangels einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen Sache der nationalen Gerichte, nach ihrem nationalen Recht den Prozentsatz der durch eine Werbeaussage getäuschten Verbraucher zu bestimmen, der ein Verbot dieser Werbeaussage zu rechtfertigen vermag<sup>402</sup>. Den nationalen Gerichten wird dadurch kein Freibrief erteilt. Alles andere wäre widersprüchlich. Denn die Irreführungsquote ist das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des nationalen Schutzniveaus. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten kann aber nicht den Mitgliedstaaten die Festlegung der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Kriterien überlassen werden. Sie hätten es sonst in der Hand, die Freiheitsrechte nach Belieben zu unterminieren. Man muss daher die Aussage des Gerichtshofs als das nehmen, was sie ist, nämlich allein die Weigerung, sich auf einen bestimmten Prozentsatz als starre Grenze festzulegen. Das ist in der Tat überzeugend. Schließlich haben auch die deutschen Gerichte bislang mit guten Gründen die Fixierung auf einen festen Prozentsatz vermieden und stets betont, dass es für die Höhe auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Auf jeden Fall sind aber empirisch-deskriptiv nachweisbare Irreführungen bzw. die vom nationalen Gericht im jeweiligen Fall für aus-

---

<sup>400</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4657, 4692 Egrd. 34 - Gut Springenheide und Tusky; 28.1.1999 Slg. 1999, I-513, 547 Egrd. 37 - Sektkellerei Kessler; 13.1.2000 SlgEuZW 2000, 286, 288 Egrd. 31 - Estée Lauder.

<sup>401</sup> A.A. - letztlich aber mit gleichem Ergebnis - Niemöller, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 189; zweifelnd auch Reese, WRP 1998, 1035, 1039.

<sup>402</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4657, 4692 Egrd. 36 - Gut Springenheide und Tusky; 13.1.2000 EuZW 2000, 286, 288 Egrd. 31 - Estée Lauder.

reichend erachtete Irreführungsquote stets zum maßgeblichen Leitbild des verständigen Verbrauchers ins Verhältnis zu setzen. Denn jede Entscheidung darüber, ab welchem Grad der Abweichung man vom Vorliegen der Irreführungseignetheit einer Werbeaussage ausgeht, ist mit einer normativen Wertung verbunden, die die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu beachten hat<sup>403</sup>.

Der Umstand, dass bei Sachverhalten im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eine als unlauterer Wettbewerb zu beanstandende Irreführung nur bejaht und die infolgedessen ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung nur gerechtfertigt werden kann, wenn auch der umsichtige Verbraucher irregeleitet wird, führte im deutschen Wettbewerbsrecht zu einem Nebeneinander zweier höchst disparater Verbraucherleitbilder und im Schrifttum zu einer lebhaften und sehr grundsätzlichen Diskussion über den anzustrebenden Irreführungsmaßstab<sup>404</sup>. Der in ihrem Rahmen völlig zu Recht geäußerten Kritik an dem das deutsche Wettbewerbsrecht bislang dominierenden und sehr paternalistischen Leitbild des flüchtigen Verbrauchers hat sich die Rechtsprechung nicht verschlossen. Seit Mitte der neunziger Jahre ließ sich bereits zahlreichen - zu rein innerstaatlichen Sachverhalten ergangenen! - BGH-Entscheidungen die Tendenz entnehmen, dass die Karlsruher Richter dem Verbraucher stärker als bisher ein gewisses Maß an Urteils- und Kritikfähigkeit zutrauen und ihn nicht mehr als nahezu unmündiges, noch vor der kleinsten Irreführungsgefahr zu schützendes Geschöpf betrachten<sup>405</sup>. Erstmals terminologisch deutlich wurde dieser Paradigmenwechsel in der Entscheidung „EG-Neuwagen II“, in der der BGH eine Irreführung u.a. deshalb ablehnte, weil die streitgegenständlich Werbung einen Hinweis darauf enthielt, dass es sich um EG-Neuwagen handelt; daher habe zumindest für den *aufmerksamen Verbraucher* Veranlassung bestanden, sich darüber Gedanken zu machen, ob und inwieweit die beworbenen Neuwagen von Angeboten der inländischen Vertragshändler abweichen<sup>406</sup>. Im Unterschied zum EuGH berücksichtigte der BGH das Leitbild des verständigen Verbrauchers allerdings nicht bereits bei der Ausfüllung des Irreführungsbegriffes, sondern erreichte mit der EuGH-Rechtsprechung vergleichbare Ergebnisse meist erst im Rahmen der nachgeschalteten Interessenabwägung<sup>407</sup>. Das entsprach einer schon seit längerem zu be-

---

<sup>403</sup> *Leible*, EuZW 1998, 528, 529; *Niemöller*, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 190; *Reese*, WRP 1998, 1035, 1040.

<sup>404</sup> Nachgezeichnet m. w. Nachw. bei *Niemöller*, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 208 ff.

<sup>405</sup> Vgl. z.B. BGH 9.6.1994 WRP 1994, 615 - Unipor-Ziegel; 14.12.1995 WRP 1996, 290 - Umweltfreundliches Bauen; 15.2.1996 WRP 1996, 729 - Der meistverkaufte Europas; 23.5.1996 WRP 1996, 1156 - PVC-frei; 17.10.1996 WRP 1997, 302 - Naturkind; 30.10.1997 WRP 1998, 598 - Handy.

<sup>406</sup> BGH 19.8.1999 NJW 1999, 3491, 3493 - EG-Neuwagen II. Dazu *Leible*, NJW 2000, 1242; *Metzger*, WRP 1999, 1237; *Sack*, WRP 2000, 23. Vgl. außerdem BGH 20.10.1999 WRP 2000, 517 - Orient-Teppichmuster; 17.2.2000 WRP 2000, 724 - Space Fidelity Peep-Show.

<sup>407</sup> Kritisch dazu *Leible*, EuZW 1998, 528, 529; *Niemöller*, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 216; *Reese*, WRP 1998, 1035, 1040

obachtenden Tendenz der Karlsruher Richter, gemeinschaftsrechtliche Wertungen im Rahmen der Interessenabwägung in den Entscheidungsfindungsprozess einfließen zu lassen<sup>408</sup>. Allerdings ist auch hier eine „Trendwende“ zu verzeichnen, da der BGH neuerdings bereits bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses einer Werbeaussage auf den „durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher“ abstellt<sup>409</sup>.

bbb) Abstrakte Gefährdungstatbestände

Die bisherigen Ausführungen haben bereits deutlich werden lassen, dass der Gerichtshof Verbraucherschutz in erster Linie als Recht des Verbrauchers auf - wahrheitsgemäße - Information versteht (mit der dann die Obliegenheit zur Wahrnehmung der angebotenen Information verknüpft wird). Bei der Abwägung zwischen legitimen Schutzregelungen ist daher der Verbraucherinformation der Vorrang gegenüber Verboten oder Verkehrsbeschränkungen einzuräumen. Hieraus resultieren weitreichende Folgen für nationale Gefährdungstatbestände, die Verbraucherinformationen über Gebühr beschneiden. Veranschaulichen lässt sich dies anhand von zwei Beispielen aus der EuGH-Rechtsprechung. In den Entscheidungen „GB-INNO-BM“ sowie „Yves Rocher“ stand die Vereinbarkeit von Regelungen mit Art. 28 EGV zur Diskussion, die jede bzw. jede blickfangmäßige Werbung mit einer Gegenüberstellung des neuen und des vorherigen Preises untersagte. Darauf, ob der angegebene frühere Preis tatsächlich der zuvor verlangte war oder nicht, kam es für das Eingreifen dieser Verbote nicht an. Der Gerichtshof führt dazu aus, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Verbraucher den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, unverhältnismäßig sind und daher durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes nicht gerechtfertigt werden können<sup>410</sup>. Entscheidend ist für den EuGH, dass ein solches Verbot

---

in Fußn. 37. Allgemein zur Interessenabwägung *Hösl*, Interessenabwägung und rechtliche Erheblichkeit der Irreführung bei § 3 UWG, passim.

<sup>408</sup> Dazu *Helm*, in: Gloy (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 49 Rdnr. 99; *Hösl*, Interessenabwägung und rechtliche Erheblichkeit der Irreführung bei § 3 UWG, 316 ff.; *Reese*, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 112 ff.; *Springer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäß § 3 UWG, 192 ff.

<sup>409</sup> BGH 20.10.1999 WRP 2000, 517 - Orient-Teppichmuster. Vgl. außerdem BGH 17.2.2000 WRP 2000, 724 - Space Fidelity Peep-Show: „Die Ankündigung eines Gewinnspiels mit ungewöhnlichen, weitgehend nichtssagenden Wendungen von erkennbar reißerischem und übertriebenem Charakter ... lockt den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher in der Regel nicht in einer den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründenden Weise an“.

<sup>410</sup> EuGH 7.3.1990 Slg. 1990, I-667, 689 Egrd. 18 - GB-INNO-BM.

„Werbung betrifft, die in keiner Weise irreführend ist, aber Gegenüberstellungen von tatsächlich angewandten Preisen enthält; derartige Gegenüberstellungen können sehr nützlich sein, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, seine Wahl in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.“<sup>411</sup>

Der Gerichtshof verkennt sicher nicht, dass auch wahre Werbeaussagen den Verbraucher in die Irre führen können. Nur gibt es eben mildere Mittel, um eine Irreführung der Verbraucher - insbesondere durch die Angabe von „Mondpreisen“ - zu verhindern. Generalanwalt Darmon hatte in seinen Schlussanträgen, auf die der Gerichtshof Bezug nimmt, anhand einer rechtsvergleichenden Umschau hinreichend nachgewiesen, dass sich ein ausreichender Schutz des Verbrauchers bereits durch eine Verstärkung seiner Information durch die Statuierung von Informationspflichten für die Anbieter erreichen lässt<sup>412</sup>. Einer Informationsbeschränkung darf es dann nicht mehr.

Nationale Gefährdungstatbestände konfliktieren mit dem Gemeinschaftsrechtsrecht aber nicht nur bei einer übermäßigen Informationsbeschränkung, sondern generell immer dann, wenn der Schutz der Verbraucher bereits durch Normen gesichert werden kann, die beispielsweise die Feststellung einer Irreführung nur im konkreten Einzelfall erforderlich machen<sup>413</sup>. Auch hier mögen zwei EuGH-Entscheidungen als Beispiel dienen. § 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG verbietet im Verkehr mit Lebensmitteln die Verwendung von Bezeichnungen oder sonstigen Angaben, die darauf hindeuten, dass Lebensmittel natürlich, naturrein oder frei von Rückständen sind, sofern sie zugelassene Zusatzstoffe oder Rückstände von Stoffen im Sinne der §§ 14 und 15 LMBG enthalten oder einem zulässigem Bestrahlungsverfahren unterzogen worden sind. Auf das Vorliegen einer Irreführungsgefahr kommt es nicht an. Allein die Verwendung der im Gesetz beispielhaft aufgeführten Begriffe sowie gleichsinniger Angaben reicht zur Auslösung des Bezeichnungsverbots aus, sofern das Lebensmittel den in der Vorschrift postulierten Beschaffenheitsanforderungen nicht genügt. Insbesondere ist es unerheblich, wie und in welcher Menge Rückstände im Sinne der §§ 14 und 15 LMBG in oder auf das Lebensmittel gelangt sind. Das Bezeichnungsverbot des § 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG greift sowohl bei erheblich unter den gesetzlich festgelegten Höchstgrenzen liegenden Rückstandsmengen als auch bei deren Verursachung allein durch die ubiquitäre

---

<sup>411</sup> EuGH 18.5.1993 Slg. 1993, I-2361, 2390 Egrd. 17 - Yves Rocher.

<sup>412</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Darmon Slg. 1993, I-2373, 2381 Nr. 52.

<sup>413</sup> W.-H. Roth, ZEuP 1994, 5, 16; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 186.

Umweltbelastung ein<sup>414</sup>. Der Gerichtshof sah darin ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. lit. a Ziff. i der Richtlinie 79/112/EWG, da sich das Vorliegen einer Irreführungsgefahr allenfalls in Abhängigkeit von der Menge der vorhandenen Schadstoffe beurteilen lasse<sup>415</sup> und daher - so ist zu ergänzen - die Reservierung der in § 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG aufgeführten Angaben für vollständig unbelastete Produkte unverhältnismäßig ist. Nicht anders wäre bei Fehlen eines Sekundärrechtsakts eine Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten ausgefallen.

Und zu einer Vorschrift des österreichischen Lebensmittelgesetzes (LMG) stellte der Gerichtshof fest, dass eine Werbung für bestimmte Zahncremes verboten werden könne, auch ohne dass sie für die Verbraucher irreführend wäre. Zwar sei eine Genehmigung möglich; doch stelle bereits das Erfordernis einer Genehmigung für das betreffende Erzeugnis ein Hindernis für den freien Verkehr mit diesem Erzeugnis dar, das in keiner Weise gerechtfertigt sei; denn der Schutz der Verbraucher könne bereits durch den freien Warenverkehr weniger beschränkende Maßnahmen - wie z.B. die Verpflichtung der Hersteller, in Zweifelsfällen die Richtigkeit der Werbung nachzuweisen - gewährleistet werden<sup>416</sup>.

Der hinter dieser Argumentation stehende Gedanke lässt sich auch für weitere Gefährdungstatbestände - insbesondere des deutschen Rechts - fruchtbar machen und dahingehend abstrahieren, dass ein durchgängiges Werbeverbot immer dann unverhältnismäßig ist, wenn es dazu führt, dass dem Verbraucher auch wahrheitsgemäße Informationen, die für sein Marktverhalten von Interesse, vorenthalten werden und/oder die Gefahr einer Verbrauchertäuschung bereits durch Irreführungstatbestände verhindert werden kann, die kein abstraktes Verbot aussprechen, sondern auf den konkreten Einzelfall abstellen. Gleichwohl verkennt der Gerichtshof nicht, dass auch hier in Anbetracht der mit einer Regelung zu schützenden Verkehrskreise oder aufgrund der potentiellen Gefährlichkeit des inkriminierten Wettbewerbsverhaltens Schutzdifferenzierungen möglich sind<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> Zu den Einzelheiten *Grube*, Verbraucherschutz durch Lebensmittelkennzeichnung?, 179 ff.; *Langguth*, ZLR 1989, 14; *Leible*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Kap. III. F Rdnr. 425 ff., *ders.*, WRP 1997, 403; *Meyer*, Lebensmittelrecht, 88 ff., jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>415</sup> EuGH 4.4.2000 WRP 2000, 489, 492 Egrde. 27 ff. - Darbo. Näher dazu *Leible/Sosnitzka*, WRP 2000, 610.

<sup>416</sup> EuGH 28.1.1999 Slg. 1999, I-431, 479 f. Egrde. 33 ff. - Unilever.

<sup>417</sup> Zu möglichen Schutzdifferenzierungen vgl. EuGH 16.5.1989 Slg. 1989, 1235, 1252 Egrd. 13 - Buet und EuGH 26.11.1996 Slg. 1996, I-6039, 6059 Egrd. 26 - Graffione. Zur „potentiellen Irreführungseignetheit“ bestimmter Handelspraktiken vgl. EuGH 15.12.1982 Slg. 1982, 4575, 4588 Egrd. 18 - Oosthoek (Zugabeverbot).

## ccc) Sittenwidrigkeit

Die Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH zeitigt schließlich auch Auswirkungen auf den Sittenwidrigkeitsbegriff der nationalen Lauterkeitsrechte. Allerdings ist zu konstatieren, dass der hierfür wesentliche Rechtfertigungsgrund der Lauterkeit des Handelsverkehrs weit weniger konturiert ist als derjenige des Verbraucherschutzes. Er wurde zwar bereits in „Cassis de Dijon“ als selbständiger Rechtfertigungsgrund anerkannt; jedoch zieht der EuGH in der überwiegenden Anzahl seiner Entscheidungen meist nur den Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes heran oder nennt ihn in einem Atemzug mit der Lauterkeit des Handelsverkehrs, ohne die Bereitschaft zu Differenzierungen erkennen zu lassen<sup>418</sup>. Für die zur Lauterkeit des Handelsverkehrs zählenden Fallgruppen - etwa den Kundenfang, die Behinderung, die Ausbeutung und den Rechtsbruch<sup>419</sup> - wird man jedenfalls festhalten können, dass auch sie - sofern es darauf ankommt - durch das Leitbild eines verständigen Verbrauchers determiniert werden und mitgliedstaatliche Regelungen, die hiervon abweichende Maßstäbe aufstellen, unverhältnismäßig sind. Ansonsten können verallgemeinerungsfähige Aussagen nur in begrenztem Umfang getroffen werden. Und insbesondere lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs kein trennscharfes Wettbewerbsmodell entnehmen<sup>420</sup>, obwohl die Entwicklung eines solchen in Ausfüllung des in Art. 3 lit. g EGV vorgegebenen Systems, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“, eigentlich nahe gelegen hätte.

Fest steht seit „Dansk Supermarked“ immerhin, dass wettbewerbliche Verhaltensweisen, die in legitimer Ausübung der Grundfreiheiten erfolgen, nicht als unlautere Handelspraxis und damit sittenwidrig qualifiziert werden können<sup>421</sup>. Was das Gemeinschaftsrecht erlaubt, kann nicht nach nationalem Recht unlauter sein, sofern nicht andere, eine Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Daher kann z.B. allein die bloße Ausnutzung eines Rechtsgefälles innerhalb der Gemeinschaft kein sittenwidriges Verhalten iSv § 1 UWG darstellen<sup>422</sup>. Maßstäbe zur Bestimmung der Lauter-

<sup>418</sup> Vgl. z.B. EuGH 15.12.1982 Slg. 1982, 4575, 4588 Egrd. 18 - Oosthoek; 28.1.1999 Slg. 1999, I-431, 478 f. Egrde. 28 und 35 - Unilever.

<sup>419</sup> Vgl. zur Fallgruppenbildung im Rahmen von § 1 UWG z.B. *Baumbach/Hefermehl*, UWG, Einl Rdnr. 158 ff.; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 UWG Rdnr. 5; *Emmerich*, Recht des unlauteren Wettbewerbs, § 5, 12 (S. 54 f.).

<sup>420</sup> Zutreffend die Analyse von *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 374.

<sup>421</sup> EuGH 22.1.1981 Slg. 1982, 181, 195 Egrd. 195 - Dansk Supermarked.

<sup>422</sup> *W.-H. Roth*, ZEuP 1994, 5, 18; a.A. noch BGH 13.5.1977 NJW 1977, 2211 - Weltweit-Club.

keit eines wettbewerblichen Verhaltens werden vom EuGH jedoch nicht nur dem Gemeinschaftsrecht, sondern auch im Wege wertender Rechtsvergleichung gewonnen, wobei zugleich anerkannte internationale Regelwerke berücksichtigt werden. So verwies der Gerichtshof zur Begründung dafür, dass eine nationale Rechtsprechung, die die sklavische, Verwechslungen hervorrufende Nachahmung fremder Erzeugnisse verbietet, zwingenden Erfordernissen genügt, auf Art. 10bis PVÜ sowie „die Tatsache, dass diese Regelung in der Rechtsprechung der meisten Mitgliedstaaten grundsätzlich anerkannt ist“<sup>423</sup>. Ansonsten scheint dem Gerichtshof jedoch eine weitgehend autonome Ausfüllung des Wettbewerbsbegriffs vorzuschweben. So stellte er beispielsweise in „Yves Rocher“ fest, dass zutreffende Preisgegenüberstellungen keinesfalls die Wettbewerbsbedingungen verfälschen können, während eine Regelung, durch die derartige Gegenüberstellungen verboten werden, zur Beschränkung des Wettbewerbs geeignet ist<sup>424</sup>.

#### b) Lehren

Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechte ist eminent. Anders als bei den Immaterialgüterrechten lässt sich die Reichweite dieser Einflussnahme aber wesentlich weniger trennscharf bestimmen. Probleme bereitet angesichts der „Keck“-Rechtsprechung insbesondere die Einordnung von Werbung, die Bestandteil gemeinschaftsweit konzipierter Absatzaktivitäten ist. Nach der hier vertretenen Ansicht kann sie nicht a priori vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen werden. Auch der Gerichtshof scheint dies in neuerer Zeit wieder verstärkt zur Kenntnis zu nehmen.

Seine Rechtsprechung im Bereich des Wettbewerbsrechts hat weiterhin gezeigt, dass er Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit grundfreiheitenbeschränkender lauterkeitsrechtlicher Maßnahmen häufig direkt dem Primärrecht entnimmt, sich aber auch nicht scheut, zur Absicherung seiner Ergebnisse auf die Methodik wertenden Rechtsvergleichung oder international anerkannte Regelwerke zurückzugreifen. Ein in sich geschlossenes Wettbewerbssystem ist vom Gerichtshof allerdings noch nicht entwickelt worden. Dies würde ihn – zumindest derzeit – aber wohl auch überfordern und sollte deshalb der Rechtsangleichung überlassen bleiben, die vor allem angesichts des in der e-commerce-Richtlinie verankerten Herkunftslandsprinzips immer dringlicher wird. Deutlich geworden

---

<sup>423</sup> EuGH 2.3.1982 Slg. 1982, 707, 717 Egrd. 9 - Beele.

<sup>424</sup> EuGH 18.5.1993 Slg. 1993, I-2361, 2390 Egrd. 22 - Yves Rocher.

ist im Bereich der Irreführungstatbestände aber allemal die Bevorzugung des Informationsmodells; solange sich Irreführungsgefahren durch Aufklärung der Marktgegenseite beseitigen lassen, werden vollständige Verkehrs- und/oder Werbeverbote als unverhältnismäßig angesehen. Da ein funktionierender Binnenmarkt im Interesse von Anbieter und Nachfrager liegt, werden nicht nur den Anbietern bestimmte Informationspflichten auferlegt, sondern zugleich die Nachfrager mit der Obliegenheit zur Wahrnehmung der ihnen angebotenen Informationen belastet. Gleichwohl noch verbleibende „Restgefahren“ werden im Interesse eines möglichst ungehinderten innergemeinschaftlichen Güter- und Leistungsaustauschs hingenommen. Dieses Informationsparadigma wird freilich nicht verabsolutiert, sondern unter den Vorbehalt der Rücksichtnahme auf mitgliedstaatliche Eigenheiten gestellt. Der im Grundsatz anzulegende europäische Maßstab kann so zugunsten nationaler – und wohl auch regionaler – Abweichungen, die insbesondere in den unterschiedlichen nationalen Sprachen und anderen kulturellen Besonderheiten begründet sein können, korrigiert werden.

### 3. Kernprivatrecht (Schuldvertrags-, Haftungs- und Sachenrecht)

Wesentlich spärlicher als zu den bisher genannten Rechtsgebieten fällt die Rechtsprechung des EuGH zu Vorschriften des Kernprivatrechts, hier verstanden als das Schuldvertrags-, Haftungs- und Sachenrechts, aus. Lehren für die inhaltliche Ausgestaltung eines europäischen Privatrechts lassen sich hieraus nur in beschränktem Umfang ziehen. Jedoch soll wenigstens ein Erklärungsversuch für die Zurückhaltung des EuGH unternommen werden, um sodann - in der gebotenen Kürze - weitere Möglichkeiten von Kollisionen zwischen den Grundfreiheiten und mitgliedstaatlichen Normen des Privatrechts aufzuzeigen.

#### a) Rechtsprechung des EuGH

Erstmals mit einer Vorschrift des Schuldvertragsrechts beschäftigen musste sich der EuGH in der Entscheidung „Koestler“. Zur Diskussion standen Differenzgeschäfte, die eine französische Bank für einen zu diesem Zeitpunkt in Frankreich wohnenden Deutschen an der Pariser Börse tätigte. Sie führten, wie so häufig, zu Verlusten, die die französische Bank nach dem Umzug ihres Kunden nach Deutschland vor dem LG Bonn einklagte. Das Landgericht und das später angerufene Oberlandesgericht waren der Ansicht, die vom Beklagten eingegangenen Verbindlichkeiten stellten aufgrund des Börsengesetzes (§ 53 BörsenG a.F.) und der §§ 762 bis 764 BGB Spielschulden dar und seien daher, selbst wenn sie nach franzö-

sischem Recht wirksam begründet sein sollten, wegen eines Verstoßes gegen den deutschen *ordre public* nicht durchsetzbar<sup>425</sup>. Der Gerichtshof hält zwar den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit für eröffnet, kann aber einen Verstoß gegen Art. 49, 50 EGV<sup>426</sup> nicht erkennen und führt zur Begründung aus:

„Daß Spielschulden oder sonstige diesen gleichgestellte Verbindlichkeiten von der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung ausgeschlossen werden, kann nicht als diskriminierende Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Erbringer von Dienstleistungen angesehen werden, wenn die gleiche Beschränkung auch für jeden im Gebiet des beschränkenden Staates ansässigen Erbringer von Dienstleistungen gilt, der eine gleichartige Forderung geltend macht, was im vorliegenden Fall unstreitig ist. Die auf Gründen der gesellschaftlichen Ordnung beruhende Weigerung eines Staates, die Geltendmachung einer solchen Forderung zuzulassen, selbst wenn diese in einem anderen Mitgliedstaat wirksam unter Beteiligung eines dortigen Finanzinstituts entstanden ist, kann deshalb nicht als Verletzung des Gemeinschaftsrechts angesehen werden, da der Vertrag zwar Diskriminierungen verbietet, jedoch keine Verpflichtung enthält, einen ausländischen Erbringer von Dienstleistungen mit Rücksicht auf sein Heimatrecht günstiger zu stellen als Erbringer von Dienstleistungen, die in dem Staat ansässig sind, in dem die Leistung erbracht sind.“<sup>427</sup>

Diese Rechtsprechung ist erkennbar determiniert durch den damaligen Stand der Dogmatik der Grundfreiheiten. Sie ist seit der Fortentwicklung der Dienstleistungsfreiheit von einem reinen Diskriminierungs- hin zu einem umfassenden Beschränkungsverbot jedoch überholt. Denn dass eine Unklagbarkeit nach fremdem Recht wirksamer Vertragsansprüche den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken geeignet ist, lässt sich ernsthaft nicht in Zweifel stellen; schließlich macht sie Geschäfte ausländischer Anbieter mit in Deutschland ansässigen Kunden mangels Durchsetzbarkeit des vertraglichen Hauptleistungsanspruchs zwar nicht unmöglich, aber wirtschaftlich doch völlig uninteressant. Dem wird freilich entgegengehalten, es würden keine Anforderungen an das Produkt „Termingeschäft“ gestellt, sondern lediglich die Anforderungen an die Gegen-

---

<sup>425</sup> Vor der Neuregelung des Börsengesetzes im Jahre 1989 unterlagen auch Börsentermingeschäfte, die von einem Inländer im Ausland geschlossen wurden, dem Differenzinwand. Der BGH stützte die Durchsetzung des § 764 BGB in erster Linie auf den *ordre public*, vgl. z.B. BGH 12.6.1978 NJW 1979, 488; 16.3.1981 NJW 1981, 1897; 25.5.1981 NJW 1981, 1898; dazu auch *Steindorff*, IPRax 1982, 49; *Samtleben*, *RabelsZ* 45 (1981), 218, 228 ff.. Zu den Einzelheiten vgl. *Reithmann/Martiny-Limmer*, *Internationales Vertragsrecht*, Rdnr. 435.

<sup>426</sup> Im Original: Art. 59, 69 EGV a.F.

<sup>427</sup> EuGH 24.10.1978 Slg. 1978, 1971, 1980 Egrd. 5 - Koestler.

leistung gestaltet; das aber könne allenfalls mit öffentlich-rechtlichen Preisvorschriften verglichen werden, die nach der „Keck“-Rechtsprechung als Verkaufsmodalitäten zu qualifizieren seien<sup>428</sup>. Diese Argumentation trägt aber schon deshalb nicht, weil auch nach „Keck“ eine typisierende Zuordnung von Preisregelungen zur Kategorie der Verkaufsmodalitäten nicht von der Auseinandersetzung mit der Frage entbindet, ob es sich tatsächlich um die allein von der „Dassonville“-Formel ausgenommenen „bestimmten“ Verkaufsmodalitäten handelt<sup>429</sup>. Wenn man aber schon einen Vergleich mit Preisregelungen zieht, kann Vergleichsmaßstab nur die Regelung von Höchstpreisen sein. Für Höchstpreise gilt jedoch, dass sie auch nach „Keck“ als Beschränkung zu qualifizieren sind, wenn sie derart niedrig angesetzt werden, dass ausländische Anbieter ihre Produkte in einem anderen Mitgliedstaat nur mit Verlust anbieten können<sup>430</sup> und ihr Absatz dadurch wirtschaftlich unmöglich gemacht wird<sup>431</sup>. Nicht anders ist die Situation für denjenigen, der Differenzgeschäfte auf Kredit erbringt und seine daraus resultierende Forderung nach Durchführung des Geschäfts nicht realisieren kann. Einwenden lässt sich allenfalls, der Anbieter könne ja immerhin Vorkasse verlangen; wie bei anderen Naturalobligationen auch sei ihm dann das vor Durchführung des Differenzgeschäfts Erlangte im nachhinein nicht mehr zu nehmen. Das ist im Tatsächlichen natürlich richtig, bedingt aber stets eine gesonderte Angebotsgestaltung für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Leistungsempfänger; ein Umstand, den die Freiheiten gerade vermeiden wollen. Bestimmte, nach nationalem Recht uneingeschränkt zulässige Leistungsangebote - hier die Durchführung von Differenzgeschäften auf Kredit - bleiben wirtschaftlich unmöglich<sup>432</sup>. Nachdenken lässt sich jedoch über eine Rechtfertigung einer solchen Regelung. Ansatzpunkte hierfür können bereits der Entscheidung selbst, näm-

---

<sup>428</sup> *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 152 f.

<sup>429</sup> Zu den hier nicht näher interessierenden Einzelheiten *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 Rdnr. 39; *GTE-Müller-Graff*, Art. 30 EGV Rdnr. 139 ff.

<sup>430</sup> Vgl. bereits EuGH 26.2.1976 Slg. 1976, 291, 309 f. Egrde. 26/28 - *Tasca*.

<sup>431</sup> So zutreffend *GTE-Müller-Graff*, Art. 30 EGV Rdnr. 141; ebenso *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 39.

<sup>432</sup> Für die Annahme eines Beschränkungstatbestandes (bei allen Naturalobligationen) auch *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 394; *Mülbert*, ZHR 195 (1995), 2, 30; ablehnend *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 152 f. Unklar *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 235, der meint, Regelungen wie §§ 762 ff. BGB seien noch Sache der Mitgliedstaaten, dann aber (ebda., 242) die Berufung auf die staatliche Kompetenz als Entscheidungstopos für ungeeignet hält. Zum Themenkomplex der Naturalobligationen vgl. auch § 4, D IV 3 b, aa.

lich dem dort enthaltenen Hinweis „auf Gründe der gesellschaftlichen Ordnung“<sup>433</sup>, entnommen werden. Dies ist vom EuGH in einigen zu Lotterien und anderen Glücksspielen ergangenen Entscheidungen später dahin konkretisiert worden, dass sittliche, religiöse oder kulturelle Erwägungen der Mitgliedstaaten ebenso wie die mit derartigen Veranstaltungen verbundenen Gefahren (Betrug, schädliche persönliche und soziale Folgen etc.) nicht außer Betracht bleiben können<sup>434</sup>. Allerdings kann man sich durchaus fragen, ob Termin- und andere spekulative Börsengeschäfte wirklich Glücksspielcharakter haben<sup>435</sup>. Zweifeln lässt sich aufgrund der Neuregelung des deutschen Börsenrechts außerdem, ob eine derart weitgehende Ausgestaltung von Differenzgeschäften als Naturalobligationen wirklich verhältnismäßig war<sup>436</sup>. Der EuGH scheint den Mitgliedstaaten in diesem anscheinend als besonders heikel betrachteten Bereich jedoch einen gewissen Ermessensspielraum zuzugestehen und die mitgliedstaatlichen Regelungen nur auf ihre innere Konsistenz zu überprüfen. Diesen Test wird das deutsche Recht jedenfalls seit Einführung des Informationsmodells (vgl. § 53 Abs. 2 BörsenG) wohl bestehen<sup>437</sup>.

Inhaltlich ähnlich unergiebig wie die Entscheidung „Koestler“ und das hier nicht weiter interessierende Judikat „Boscher“<sup>438</sup> ist die zur Haftung

---

<sup>433</sup> Vgl. dazu auch GA *van Gerven*, Slg. 1992, I-6457, 6471 f. Nr. 15 - Anders.

<sup>434</sup> EuGH 24.3.1994 Slg. 1994, I-1039, 1096 f. Egrd. 60 - Schindler; 21.9.1999 Slg. 1999, I-6067, 6112 Egrd. 13 - Läärä; 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289, 7310 f. Egrd. 14 - Zenatti. Dazu auch *Allen*, LIEI 27 (2000), 201.

<sup>435</sup> Vgl. den Titel eines Beitrages von *Samtleben*, IPRax 1989, 148: „Warentermingeschäfte im Ausland - ein Glücksspiel?“

<sup>436</sup> § 53 Abs. 2 BörsenG erkennt über Abs. 1 hinaus Börsentermingeschäfte auch dann als verbindlich an, wenn zwar nur eine der Parteien Kaufmann ist, diese jedoch einer Aufsicht untersteht und die andere Vertragspartei über die Risiken des Geschäfts aufgeklärt hat (zu den Einzelheiten vgl. z.B. die Kommentierung bei Schäfer-*Irmen*, § 53 BörsenG, Rdnr. 23 ff.). Gem. § 61 BörsenG können aus ausländischem Recht unterliegenden Termingeschäften keine Rechte gegen Personen geltend gemacht werden, für die das Geschäft nach § 53 BörsenG unverbindlich ist, sofern sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten und hier auch die zum Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung abgaben. Nach neuem Recht hätte daher im Fall „Koestler“ einer klageweisen Durchsetzung des Anspruchs der französischen Bank nichts im Wege gestanden (vgl. auch Schäfer-*Irmen*, § 61 BörsenG, Rdnr. 7).

<sup>437</sup> Ebenso *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 397.

<sup>438</sup> EuGH 30.4.1991 Slg. 1991, I-2023 - Boscher. In der Sache ging es um eine nationale Regelung, die die öffentliche Versteigerung von Gebrauchsgütern von der vorherigen Eintragung des Unternehmens, das Eigentümer der zu versteigernden Ware ist, im Handelsregister des Ortes der Versteigerung abhängig machte. Die Entscheidung wird zwar verschiedentlich unter dem Stichwort „Grundfreiheiten und Privatrecht“ zitiert; tatsäch-

aus culpa in contrahendo nach deutschem Recht ergangene Entscheidung „CMC Motorradcenter“. Eine deutsche Kundin kaufte von der Firma CMC Motorradcenter GmbH, die mit Motorrädern handelte, ohne Vertragshändlerin einer bestimmten Marke zu sein, ein Motorrad der Marke „Yamaha“. CMC Motorradcenter hatte dieses Motorrad zuvor von einem deutschen Importeur erworben, der es seinerseits von einem französischen Vertragshändler bezogen hatte. Die dem Kaufvertrag zugrundeliegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen sahen vor, dass die Käuferin ihre Gewährleistungsansprüche bei der Verkäuferin oder bei vom Hersteller oder vom Importeur anerkannten Betrieben geltend machen kann. Allerdings weigerten sich die deutschen Vertragshändler im allgemeinen, Gewährleistungsreparaturen an parallel importierten Motorrädern durchzuführen. Obwohl der Verkäuferin dieser Umstand bekannt war, klärte sie die Käuferin beim Vertragsschluss hierüber nicht auf. Als letztere später davon erfuhr, lehnte sie die Abnahme des Motorrads ab. Gegenüber der daraufhin von CMC Motorradcenter erhobenen Schadensersatzklage wandte sie die mangelnde Aufklärung über das Verhalten der deutschen Vertragshändler ein<sup>439</sup>. Das angerufene Gericht hielt aufgrund einer derartigen vorvertraglichen Aufklärungspflicht eine Beeinträchtigung von Parallelimporten für möglich. Es bat daher den Gerichtshof um Auskunft darüber, ob es mit Art. 28 EGV vereinbar ist, wenn einem deutschen Importeur die Pflicht auferlegt wird, den Käufer eines Motorrads der Firma Yamaha dahingehend aufzuklären, dass deutsche Vertragshändler dieser Firma Gewährleistungsreparaturen vielfach dann verweigern, wenn die Fahrzeuge aus dem grauen Import stammen. Der EuGH weist zur Beantwortung dieser Frage zunächst darauf hin, dass die Gefahr einer Behinderung des freien Warenverkehrs keinesfalls durch die Aufklärungspflicht, sondern nur durch die Weigerung der Vertragshändler, Gewährleistungsreparaturen durchzuführen, hervorgerufen werde<sup>440</sup>. Hieraus schlussfolgert er sodann unter Hinweis auf die noch später anzusprechende Entscheidung „Krantz“, dass

„demnach ... die restriktiven Wirkungen, die von der Aufklärungspflicht auf den freien Warenverkehr ausgehen können, zu ungewiss und zu unmittelbar sind, als dass diese Verpflichtung als

---

lich handelt es sich beim Eintragungserfordernis aber wohl um eine öffentlich-rechtliche Anforderung.

<sup>439</sup> Nach Rechtsprechung und h. M. führt ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen zu einem Anspruch auf Schadensersatz, der auch auf Vertragsaufhebung gerichtet sein kann, vgl. etwa BGH 25.5.1977 BGHZ 69, 53, 56 f.; 5.10.1988 WM 1988, 1700, 1702; 28.3.1990 BGHZ 111, 75, 82; *Emmerich*, Leistungsstörungen, 44 m. w. Nachw.; a.A. z.B. *Medicus*, SchR I, Rdnr. 109.

<sup>440</sup> EuGH 13.10.1993 Slg. 1993, I-5009, 5021 Egrd. 11 - CMC Motorradcenter.

geeignet angesehen werden könne, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu behindern.“<sup>441</sup>

Das überzeugt nicht. Zweifelhaft ist bereits die Annahme, allein das Handeln der Händler, nicht aber die Aufklärungspflicht sei zur Beschränkung geeignet. Zwar ist ohne Aufklärungsgrund eine Aufklärungspflicht nicht denkbar, doch wird durch die Aufklärungspflicht die von der Weigerung der Händler ausgehende Beschränkungswirkung wesentlich verstärkt. Aufklärungspflicht und -grund stehen also nicht isoliert nebeneinander<sup>442</sup>. Ansatzpunkt für Reaktionen der Gemeinschaft kann daher nicht nur die Händlerpraxis sein<sup>443</sup>, die möglicherweise gegen Art. 81 EGV verstößt, sondern muss genauso die vorvertragliche Aufklärungspflicht sein<sup>444</sup>. Daran ändert auch die Keck-Rechtsprechung nichts. Zwar gilt die vorvertragliche Aufklärungspflicht als solche sowohl für in- wie für ausländische Marktteilnehmer, doch belastet sie tatsächlich nur den Warenverkehr mit parallel importierten Motorrädern<sup>445</sup>. Ob sie sich rechtfertigen lässt, ist eine andere Frage<sup>446</sup>.

Hinzu kommt, dass diese Rechtsprechung in deutlichem Widerspruch zu zahlreichen Judikaten steht, in denen der EuGH ausdrücklich hervorgehoben hat, der Grad der Intensität der verursachten Handelsbeeinträchtigung sei unerheblich und insbesondere „eine spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ... nicht erforderlich“<sup>447</sup>. Aus der in CMC Motorradcenter und einigen nachfolgenden Entscheidungen<sup>448</sup> verwende-

---

<sup>441</sup> EuGH 13.10.1993 Slg. 1993, I-5009, 5021 Egrd. 12 - CMC Motorradcenter.

<sup>442</sup> Insoweit zutreffend *Brüsselbach*, JuS 1995, 21, 23.

<sup>443</sup> So aber anscheinend *Emmerich*, WiB 1994, 77, 78; ähnlich *Köhler*, ZEuP 1994, 664, 669.

<sup>444</sup> Ebenso *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 93; *Reich*, EuZW 1995, 71, 77 (der allerdings Art. 81 Abs. 1 iVm Art. 10, 3 lit. g EGV für einschlägig hält).

<sup>445</sup> Zutreffend *Fezer*, JZ 1994, 623, 625; ähnlich zu werblichen Aufklärungspflichten im Rahmen von § 3 UWG *Leible*, WRP 1997, 517, 522. Vgl. außerdem *Reich*, EuZW 1995, 71, 76 f.

<sup>446</sup> Die Kommission meinte, dass die Verpflichtung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sei und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehe, vgl. Schlussanträge von GA *van Gerven*, Slg. 1993, I-5013, 5016 Nr. 9; ähnlich *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 94.

<sup>447</sup> EuGH 13.3.1984 Slg. 1984, 1299, 1326 Egrd. 20 - Prantl; 5.4.1984 Slg. 1984, 1797, 1812 f. Egrd. 13 - Van den Haar; 14.3.1985 Slg. 1985, 837, 846 Egrd. 10 - Kommission/Frankreich; 18.5.1993 Slg. 1993, I-2361, 2390 Egrd. 21 - Yves Rocher.

<sup>448</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3453 - Peralta; 5.10.1995 Slg. 1995, I-2883 - Centro Servizi Spediporto; 17.10.1995 Slg. 1995, I-3257 - DIP; 30.11.1995 Slg. 1995, I-4223 - Esso Española; 18.6.1998 Slg. 1998, I-3949 - Corsica Ferries France; 22.6.1999 Slg. 1999, I-3845, 3880 Egrd. 11 - ED; 21.9.1999 Slg. 1999, I-6269, 6294 f. Egrde. 16 und 21 - BASF.

ten Formulierung ist daher verschiedentlich abgeleitet worden, der Gerichtshof unterziehe jede Maßnahme nunmehr einem Spürbarkeitstest und habe damit eine „de-minimis-Regel“<sup>449</sup> eingeführt<sup>450</sup>. Ein solches Spürbarkeitserfordernis steht jedoch der Konzeption des Art. 28 EGV als einem umfassenden Beschränkungsverbot entgegen und wäre zudem in der Praxis nur äußerst schwierig handhabbar. Richtigerweise wird man die vom EuGH vorgenommene Eingrenzung allenfalls als Beweislastregel verstehen können. Handelsbeschränkende Auswirkungen einer Maßnahme, die nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung nur rein hypothetischer Natur sind, werden nicht berücksichtigt, sofern ihr Vortrag nicht hinreichend substantiiert ist<sup>451</sup>. Aber auch bei einem derartigen Verständnis bleiben noch Fragen offen<sup>452</sup>.

Keinesfalls lässt sich aus „CMC Motorradcenter“ jedoch schließen, der EuGH lehne eine Überprüfung von Vorschriften des Kernprivatrechts am Maßstab der Grundfreiheiten generell ab. Genau das Gegenteil ist der Fall; denn der Gerichtshof verneint das Vorliegen eines Beschränkungstatbestandes allein aufgrund der besonderen Fallkonstellation, nicht aber, weil es sich um Privatrecht handelte. Daraus lässt sich im Umkehrschluss herleiten, dass er eine Beschränkung durch das Institut der *cic* grundsätzlich für möglich hält. Ob vorvertraglichen Aufklärungspflichten nun tatsächlich ein Beschränkungspotential innewohnt, wird allerdings von manchen als „unklar“ bezeichnet<sup>453</sup>. In der Sache wird man davon ausgehen müssen, dass es sich bei Aufklärungspflichten in der Regel um Verkaufsmodalitäten im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung handelt. Sie sind unterschiedslos anwendbar und führen zu keiner spezifischen Marktzutrittsbehinderung, sondern regeln allein die Modalitäten der Vermarktung auf dem mitgliedstaatlichen Markt<sup>454</sup>. Abweichend ist vor allem dann zu entscheiden, wenn das Entstehen einer Aufklärungspflicht etwa mit der ausländischen Herkunft der vertraglich angebotenen Ware, Dienstleistung etc. begründet wird. Derartige Diskriminierungen werden stets erfasst.

Kurz einzugehen ist weiterhin auf die Entscheidung „Krantz“. In ihr ging es um ein Pfändungsprivileg des holländischen Fiskus. Die Aachener Firma Krantz hatte einem holländischen Unternehmen Maschinen unter Eigentumsvorbehalt auf Ratenzahlung verkauft und geliefert. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über ihre Abnehmerin pfändete der holländi-

---

<sup>449</sup> *Minima non curat praetor*, Dig. 4.1.4.

<sup>450</sup> So z.B. *Sack*, WRP 1998, 103, 116 f. m. w. Nachw.

<sup>451</sup> *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr.

<sup>452</sup> Zu recht kritisch daher auch *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten, 119 ff.

<sup>453</sup> *GTE-Müller-Graff*, Art. 30 EGV Rdnr. 165.

<sup>454</sup> Ebenso *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EGV, 298, der allerdings dann von einer - in der Regel rechtfertigungsfähigen - Beschränkung ausgeht, wenn die Aufklärungspflicht im Einzelfall dazu führt, dass der Kunde typischerweise vom Vertrag Abstand nimmt.

sche Fiskus zur Beitreibung einer Steuerschuld alle sich in den Räumen der holländischen Firma befindlichen Sachen. In dem anschließenden, auf Aufhebung dieser Pfändung gerichteten Verfahren machte Krantz geltend, das Pfändungsprivileg des Fiskus sei mit Sinn und Zweck des Art. 28 EGV nicht vereinbar, weil die Ratenzahlungsverkäufe in den Niederlanden zurückgehen würden, wenn die Befugnisse des Fiskus allgemein bekannt wären. Der Gerichtshof folgt dem jedoch nicht. Er führt vielmehr - ähnlich seiner später in CMC Motorradcenter verwendeten Argumentation - aus:

„Dass Bürger anderer Mitgliedstaaten zögern würden, Sachen an Käufer in dem betreffenden Mitgliedstaat auf Raten zu verkaufen, weil die Gefahr bestünde, dass diese Sachen vom Steuereinknehmer gepfändet würden, wenn die Käufer ihre niederländischen Steuerschulden nicht beglichen, ist weiter so ungewiss und von nur mittelbarer Bedeutung, dass eine nationale Bestimmung, die eine solche Pfändung zulässt, nicht als geeignet angesehen werden kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.“<sup>455</sup>

Dass das Argument der Ungewissheit und lediglich mittelbaren Bedeutung nicht recht überzeugend ist, wurde schon angemerkt. Die geäußerten Bedenken schlagen auch im vorliegenden Fall durch. Es erscheint lebensfremd anzunehmen, dass das Wissen um die Nachrangigkeit des eigenen Sicherungsrechts im Konkurs keinen Einfluss auf die Handlungsweise von Lieferanten habe<sup>456</sup>; schließlich werden Sicherungsrechte gerade vereinbart, um das Konkursausfallrisiko abzudecken. Wer sich der Sicherung seiner Kaufpreisschuld nicht gewiss ist, wird von einer Ratenzahlungsvereinbarung absehen oder sich nach anderen Sicherungsmöglichkeiten umschauen müssen und - sofern diese nicht zur Verfügung stehen - vom gesamten Geschäft Abstand nehmen. Ob das bereits zur Annahme eines Beschränkungstatbestandes ausreicht, sei hier - vorerst - dahingestellt. Es macht aber auf jeden Fall deutlich, wie wenig überzeugend bereits die vom EuGH aufgestellten Prämissen sind. Selbst GA *Darmon* gestand zu, dass „möglicherweise eine andere Beurteilung angebracht (wäre), wenn das fragliche Gesetz auch auf Lagerbestände anwendbar wäre; denn danach hätte man wegen der Bedenken einer größeren Zahl von Verkäufern nicht jede Wirkung auf den Warenverkehr ausschließen können“<sup>457</sup>. Aber kann man die Annahme eines Beschränkungstatbestandes wirklich von der Anzahl der von einem Geschäft abgehaltenen Verkäufer abhängig machen, wenn es vorgeblich doch auf das Überschreiten einer Spürbarkeitsschwelle nicht ankommt?

---

<sup>455</sup> EuGH 7.3.1990 Slg. 1990, I-583, 597 Egrd. 11 - Krantz.

<sup>456</sup> Ebenso *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 91.

<sup>457</sup> GA *Darmon*, Slg. 1990, I-583, 591 Nr. 13 - Krantz.

Neuestens begegnet das Argument einer nur hypothetischen Beeinträchtigung schließlich in der Entscheidung „Graf“<sup>458</sup>. In der Sache ging es um eine Vorschrift des österreichischen Rechts, die einem Angestellten im Falle der Auflösung eines mindestens bereits drei Jahre währenden Dienstverhältnisses einen Abfindungsanspruch zusprach, einen solchen Anspruch jedoch ausschloss, sofern der Angestellte kündigt, ohne wichtigen Grund austritt oder ihn ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassung trifft. Der bei einer österreichischen Firma seit mehr als drei Jahren beschäftigte Deutsche Volker Graf kündigte seinen Arbeitsvertrag, um eine neue Beschäftigung bei einem Unternehmen in Deutschland aufzunehmen. Der Weigerung seines ehemaligen Arbeitgebers, eine Abfindung (in österreichischer Terminologie: Abfertigung) zu zahlen, hielt er entgegen, dass die österreichische Vorschrift gegen Art. 39 EGV verstoße, da sie ähnlich wie die Ablöseklauseln im Fall *Bosman* die grenzüberschreitende Mobilität von Arbeitnehmern beeinträchtige; denn der drohende Verlust des gesetzlich vorgesehenen Abfindungsanspruchs bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer selbst halte ihn von der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses in einem anderen Mitgliedstaat ab. Den EuGH überzeugt das jedoch nicht. Er wiederholt zunächst seine bereits in „*Bosman*“ getroffene Feststellung, dass auch unterschiedslos anwendbare Bestimmungen gegen Art. 39 EGV verstoßen können, sofern sie einen Arbeitnehmer daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen. Davon könne freilich nur ausgegangen werden, wenn sie den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen. Dazu sei eine Regelung wie die österreichische aber eindeutig nicht geeignet, weil der Abfindungsanspruch nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers abhängt, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibt oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer weder selbst herbeigeführt noch zu vertreten hat.

„Ein derartiges Ereignis wäre jedoch zu ungewiss und wirkte zu indirekt, als dass eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber selbst ausdrücklich nicht dieselbe Rechtsfolge knüpft wie an eine Beendigung, die er weder herbeigeführt noch zu vertreten hat, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte.“<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> EuGH 27.1.2000 JZ 2001, 87 – Graf m. Anm. *Deckert/Schroeder*. Vgl. dazu auch die Bspr. von *Costello*, LIEI 27 (2000), 267.

<sup>459</sup> EuGH 27.1.2000 JZ 2000, 87, 88 Egrd. 25 - Graf.

Der EuGH stellt also darauf ab, dass der Abfindungsanspruch zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers noch nicht entstanden war und sich in keiner Weise absehen lässt, ob er je entstanden wäre. Das ist in der Sache durchaus etwas anderes als die Möglichkeit, wegen einer Verletzung von Aufklärungspflichten haften zu müssen oder aufgrund eines vorrangigen Pfandrechts des Fiskus sein Sicherungsrecht zu verlieren. In letztgenannten Fällen ist die Gefahr eines „Schadenseintritts“ real; wer unter Eigentumsvorbehalt in die Niederlande liefert, muss stets damit rechnen, seines Eigentums aufgrund einer Pfändung durch den holländischen Fiskus verlustig zu gehen; und wer in Deutschland parallel importierte Motorräder verkauft, ist bei fehlerhafter oder unterbliebener Aufklärung regelmäßig der Gefahr einer Haftung aus *cic* ausgesetzt. Unsicher ist letztlich nur, ob dies die Bürger tatsächlich von der Wahrnehmung ihrer Freiheitsrechte abhält. Beim Abfindungsanspruch ist aber nach Auffassung des EuGH nicht einmal sicher, ob er überhaupt entstanden wäre. Generalanwalt *Fenelly* formuliert in seinen Schlussanträgen noch deutlicher:

„Die *potentielle* Vergünstigung einer nach den Jahren der Betriebszugehörigkeit berechneten Abfertigung bei tatsächlicher oder angenommener Entlassung wird dem Kläger, der seinen Vertrag gekündigt hat, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, ebenso verweigert wie die Anwendung der österreichischen Vorschriften über den Ersatz von Schäden aus Industrieunfällen, weil er seine Tätigkeit dort aufgegeben hat, bevor ein solcher Unfall geschah.“<sup>460</sup>

Zweifel bleiben freilich; denn gegen die Argumentation des EuGH und von Generalanwalt *Fenelly* lässt sich einwenden, dass der Verlust der Abfertigung auf jeden Fall die sichere Folge der Kündigung durch den Arbeitnehmer und damit keineswegs ein ungewisses Ereignis ist<sup>461</sup>. Wer kündigt, verliert stets seinen Abfindungsanspruch. Das kann die Entscheidung, ein Arbeitsplatzangebot in einem anderen Mitgliedstaat anzunehmen, durchaus beeinflussen. Ungeklärt bleibt außerdem auch in dieser Entscheidung, wie der Ausschlussgrund der lediglich hypothetischen Beeinträchtigung dogmatisch einzuordnen ist<sup>462</sup>. Eine Gesamtschau der skizzierten Fälle legt die Vermutung nahe, dass sich der EuGH der Sprengkraft einer Qualifizierung von Regelungen des „Kernprivatrechts“ als Verkehrsbeschränkungen bewusst war und einer Entscheidung aus dem Weg gehen

---

<sup>460</sup> GA *Fenelly*, Nr. 34 – Graf (noch nicht veröffentlicht).

<sup>461</sup> Zutreffend *Deckert/Schroeder*, JZ 2001, 889, 89.

<sup>462</sup> Zur möglichen Einordnung als Beweislastregel vgl. *Heermann*, WRP 1999, 381; *dens.*, GRUR Int. 1999, 579.

wollte<sup>463</sup>. Dogmatisch vermag das freilich nicht zu überzeugen, zumal unmittelbare Gefahren für die nationalen Privatrechtssysteme daraus noch nicht erwachsen wären; denn allein aus der Feststellung eines Beschränkungstatbestandes folgt noch lange nicht die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Privatrechtsnorm. Im Gegenteil: In den meisten Fällen wird ihre inhaltliche Rechtfertigung aufgrund zwingender Gemeinwohlinteressen möglich sein. Der EuGH hat schon bisher in Rechtsgebieten, in denen es an gemeinschaftlichen Regelungen fehlte, seiner Rechtfertigungsprüfung mitunter einen recht großzügigen Maßstab zugrunde gelegt, sofern die jeweils betroffenen Normen nicht eindeutig diskriminierenden Charakter hatten oder etwa zu einer verschleierte Handelsbeschränkung iSv Art. 30 S. 2 EGV führten<sup>464</sup>. Und es ist nicht zu erwarten, dass er sich im besonders sensiblen Bereich der tradierten mitgliedstaatlichen Privatrechte anders verhalten wird. Hinzu kommt, dass der Gerichtshof auch Systemargumenten offen gegenüber steht. Deutlich geworden ist dies unter anderem in der zu einer Regelung des belgischen Steuerrechts ergangenen Entscheidung „Bachmann“. Der Gerichtshof ging zwar von der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 48 und 59 EGV aus, hielt aber wegen der Notwendigkeit, „die Kohärenz der anwendbaren Steuerregelung zu gewährleisten“, deren Rechtfertigung für möglich<sup>465</sup>. Befürchtungen, dass die Grundfreiheiten aufgrund ihres immer nur punktuellen Eingreifens die Kohärenz der nationalen Privatrechtssysteme zerstören, ohne einen adäquaten Ersatz bieten zu können<sup>466</sup>, wird durch eine derartige Beachtung von Systemzusammenhängen zwar nicht gänzlich, aber doch zum großen Teil der Boden entzogen.

---

<sup>463</sup> *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 69; *Steindorff*, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 131, 141 f.

<sup>464</sup> Erinnert sei an die Schaffung neuer, im EG-Vertrag nicht vorgesehener Rechtfertigungsgründe, etwa des Umweltschutzes, der Bewahrung der nationalen Medienvielfalt usw., vgl. dazu *GTE-Müller-Graff*, Art. 30 EGV Rdnr. 183 ff. und 223 ff.; *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 19.

<sup>465</sup> EuGH 28.1.1992 Slg. 1992-I, 249, 282 Egrde. 21 ff. - *Bachmann*. Ebenso EuGH 28.1.1992 Slg. 1992, I-305, 319 Egrde. 14 ff. - *Kommission/Belgien*; 14.2.1995 Slg. 1995, I-225, 261 f. Egrd. 40 - *Schuhmacker*; 11.8.1995 Slg. 1995, I-2493, 2516 Egrd. 23 - *Wielockx*; 14.11.1995 Slg. 1995, I-3955, 3977 Egrd. 16 - *Svensson und Gustavsson*; . 27.6.1996 Slg. 1996, I-3089, 3128 Egrd. 56 - *Asscher*; 16.7.1998 Slg. 1998, I-4695, 4723 Egrd. 29 - *ICI*. Kritisch zu dieser Rechtsprechung *Wernsmann*, EuR 1999, 754.

<sup>466</sup> Vgl. etwa *Lurger*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Privatrecht, 141, 143; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 51 f.; *Ulmer*, JZ 1992, 1, 5.

Man mag all dem entgegenhalten, es sei letztlich unerheblich, aus welchem Grund die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten verneint werden müsse. Eine solche Sichtweise übersieht jedoch, dass der EuGH bei einem weiten Verständnis der Grundfreiheiten immerhin die Möglichkeit erhalten hätte, sich im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung mit der Funktion von Privatrecht im Binnenmarkt auseinanderzusetzen und Leitlinien für ein gemeinschaftsverträgliches und binnenmarktorientiertes Privatrecht herauszuarbeiten<sup>467</sup>. Und noch wesentlich bedeutsamer ist die von seinen Urteilen ausgehende Signalfunktion, weisen doch Entscheidungen des Gerichtshofs zu privatrechtlichen Normen - auch und gerade bei ihrer Rechtfertigung aus Gemeinwohlintereessen - darauf hin, „wo es an der Funktionsadäquanz des Privatrechts für den Binnenmarkt fehlt und an welcher Stelle eventuelle Harmonisierungsbemühungen ansetzen sollten“<sup>468</sup>. Diese Chance wurde - vorerst - vertan.

#### b) Fortentwicklung

Angesichts der Unergiebigkeit der bisherigen EuGH-Rechtsprechung sind im folgenden aus dem System der Grundfreiheiten heraus Reichweite und Grenzen ihrer Einwirkungen auf das Kernprivatrecht zu entwickeln. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt dabei freilich die Verdeutlichung von Grundlinien und deren Exemplifizierung anhand einiger Beispiele<sup>469</sup>. Verzichtet wird außerdem auf eine Einbeziehung des Familien- und Erbrechts. Zwar hat der Fall „Konstantinidis“ gezeigt, dass das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Grundfreiheiten natürlich auch in diesen Bereichen zu beachten sind<sup>470</sup> und daher für familien- und erbrechtliche Rechtsverhältnisse von Bedeutung sein können; doch zählen, wie später noch auszuführen sein wird, sowohl das Familien- als auch das Erbrecht zu denjenigen Rechtsmaterien, in denen eine Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung weder aktuell notwendig noch gar dringend ist.

---

<sup>467</sup> *Lurger*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Privatrecht, 141, 144, ist sicherlich darin zuzustimmen, dass diese Aufgabe den Gerichtshof in seiner derzeitigen Struktur institutionell überfordern würde. Institutionelle Mängel der zur Rechtsanwendung berufenen Organe sollten jedoch kein Kriterium der Rechtsauslegung darstellen, sondern Auslöser für ihre anscheinend überfällige Reform sein, vgl. *Leible* in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Privatrecht, 53, 71 in Fußn. 86.

<sup>468</sup> *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 74.

<sup>469</sup> Umfassend für den Bereich des Schuldvertragsrechts jüngst *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, passim.

<sup>470</sup> EuGH 30.3.1993 Slg. 1993, I-1191 - Konstantinidis = CMLR 31 (1994), 395 m. Anm. *Lawson*; dazu *Basedow*, ZEuP 1994, 197; *Böhmer*, IPRax 1994, 80; *Pintens*, ZEuP 1995, 89; *Streinz*, StAZ 1993, 243.

## aa) Schuldvertragsrecht

Auf die Bedeutung des Schuldvertragsrechts für den Binnenmarkt wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen<sup>471</sup>. Dabei wurde die These aufgestellt, dass es zu Konflikten zwischen Normen des nationalen Schuldvertragsrechts und den Grundfreiheiten immer dann kommen kann, wenn der dem einzelnen gewährte Freiraum privatautonomen Handelns nicht weit genug reicht, um die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu gewährleisten. Das ist nachfolgend in der im Rahmen dieser Arbeit gebotenen Kürze zu erläutern und zu belegen. Dabei ist vor allem auf die einer solchen These stets entgegengehaltene Argumentation einzugehen, Privatrecht bilde quasi die Infrastruktur und könne bereits von daher zu keiner Beschränkung der Freiheiten führen; insbesondere schuldvertragliche Regelungen seien eher den kontrollfreien Verkaufsmodalitäten als den Regeln über Produkteigenschaften zuzuordnen, weil sie keine Beschaffenheitsanforderungen an den Vertragsgegenstand als solchen stellten, sondern lediglich die rechtlichen Grundlagen für die Transaktion zwischen Vertragspartnern determinierten<sup>472</sup>. Das kann - zumindest in einer derart apodiktischen Formulierung - jedoch nicht überzeugen. Schuldvertragsrecht ist, wie im folgenden zu zeigen sein wird, durchaus in der Lage, eine produktgestaltende Wirkung zu entfalten. Und selbst transaktionsbezogene Regelungen des Schuldvertragsrechts können nicht per se von einer Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten ausgenommen werden; denn auch durch nationales Recht statuierte Anforderungen an den Vertragsschluss etc. können, wie gleichfalls noch zu exemplifizieren ist, zu einer wesentlichen Erschwerung des grenzüberschreitenden Austauschs von Waren, Dienstleistungen usw. und damit unter Umständen zu einer Beeinträchtigung des durch die Grundfreiheiten gewährten Schutzbereichs führen.

(a) Zu beginnen ist mit der produktgestaltenden Wirkung von Schuldvertragsrecht. Augenfällig wird sie am Beispiel der Versicherungsverträge, für die häufig das Bild der „Versicherung als Rechtsprodukt“ benutzt wird. Auch wenn über die Bedeutung, Reichweite und vor allem Richtigkeit dieser Beschreibung gestritten wird<sup>473</sup>, so macht sie doch deutlich, wie sehr die inhaltliche Ausgestaltung des Produkts „Versicherung“ durch das Recht determiniert ist; das Produkt „Versicherung“ wird maßgeblich durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen und die zwingenden oder

---

<sup>471</sup> Vgl. § 4, D.

<sup>472</sup> *Armbrüster*, *RabelsZ* 60 (1996), 72, 75; *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 135 ff.

<sup>473</sup> Vgl. *Dreher*, *Versicherung als Rechtsprodukt*, passim; kritisch *Gärtner*, *EWS* 1994, 114, 117;

halbzwingenden Vorschriften des nationalen Versicherungsvertragsrechts gestaltet. Bedenkt man nun, dass auf Versicherungsverträge gem. Art. 8, 9 Abs. 4 EGVVG zwingend deutsches Recht anzuwenden ist, sofern der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, das Risiko hier belegen ist und das Versicherungsunternehmen hier selbst oder durch Mittelspersonen das Versicherungsgeschäft betreibt<sup>474</sup>, wird leicht einsichtig, dass Unterschiede zwischen ausländischem und einheimischem Versicherungsvertragsrecht sich durchaus auf die Verkehrsfähigkeit ausländischer Versicherungen auswirken können. Am leichtesten erkennbar ist diese Beschränkungswirkung sicherlich, wenn z.B. die Versicherung bestimmter Risiken explizit ausgeschlossen wird<sup>475</sup>. Dies führt zu einem Null-Kontingent<sup>476</sup>. Beschränkungen können aber auch dadurch entstehen, dass versicherungsvertragsrechtliche Regelungen z.B. bestimmte Mindestanforderungen an den Umfang des zu versichernden Risikos stellen<sup>477</sup>. Ausländische Versicherungen, die dem nicht entsprechen, sind im Inland nicht verkehrsfähig. Zwar ist ein gleichwohl geschlossener Vertrag zivilrechtlich nicht unwirksam; jedoch wird der Versicherungsgeber einem vertraglich so nicht vorgesehenen „Mindestanspruch“ des Versicherungsnehmers ausgesetzt, der die wirtschaftliche Kalkulation des ursprünglichen Vertragsangebots meist ad absurdum führt und einen Vertrieb daher ökonomisch sinnlos macht. Ganz allgemein lässt sich festhalten, dass produktbezogen alle Vorschriften sind, „die sich auf den Teil des Versicherungsvertrags beziehen, der den Umfang des Versicherungsschutzes festlegt“<sup>478</sup>. Das ist z.B. der Fall bei Vorschriften, die das Bonus-Malus-System vorschreiben, aber auch bei zahlreichen Bestimmungen der deutschen KfzPflVO<sup>479</sup>. Solche leistungsbeschreibenden Bestimmungen sind

---

<sup>474</sup> Zu den hier nicht näher interessierenden Einzelheiten des Kollisionsrechts der Versicherungsverträge und insbesondere den bestehenden Rechtswahlmöglichkeiten vgl. m. w. Nachw. Reithmann/Martiny-Schwyder, Internationales Vertragsrecht, Rdnr. 1102 ff.

<sup>475</sup> Vgl. z.B. zur Unzulässigkeit einer Krebsversicherung BVerwG 23.4.1985 BVerwGE 71, 204. Umstritten ist weiterhin die Zulässigkeit einer Lösegeldversicherung hin, vgl. Hübner, ZVersWiss 1981, 1, 47 f.; Lorenz, VersRdsch 3/1995, 8, 14; Honsell-Schauer, VVG, Vorbem. §§ 49-68a Rdnr. 47; Sieg, VersR 1988, 104, 105. Auf jeden Fall unwirksam soll eine Versicherung sein, durch die sich der Versicherer zum Ersatz von Geldstrafen verpflichtet, vgl. Honsell-Schauer, aaO; Sieg, VersR 1986, 1137, 1139.

<sup>476</sup> Das erkennt auch Gärtner, EWS 1994, 114, 116, an.

<sup>477</sup> Vgl. etwa den gem. § 83 VVG im Rahmen einer Feuerversicherung für einen Brand zu ersetzenden Schaden.

<sup>478</sup> Lorenz, VersRdsch 3/1995, 8, 14.

<sup>479</sup> Lorenz, VersRdsch 3/1995, 8, 15.

daher stets als Beschränkungen einzuordnen<sup>480</sup>, werden sich allerdings häufig zum Schutz des Versicherungsnehmers rechtfertigen lassen<sup>481</sup>. Neben diesem mitunter auch als produktbestimmender „Leistungskern“ bezeichneten Bereich<sup>482</sup> wird man aber auch leistungskonkretisierende Bestimmungen, die die Leistungen des Versicherers näher eingrenzen oder präzisieren<sup>483</sup>, nicht von vornherein eine Beschränkungswirkung absprechen können<sup>484</sup>, sondern stets im Einzelfall sorgfältig zu prüfen haben, ob sie zu einer spezifischen Erschwerung des Marktzugangs für ausländische Versicherer führen. Prima facie zu keiner Beschränkung geeignet sind lediglich Regelungen über Leistungsmodalitäten<sup>485</sup>.

Produktgestaltend wirkt weiterhin z.B. § 609a BGB<sup>486</sup>. So darf der Schuldner z.B. gem. § 609 Abs. 2 BGB Darlehen mit veränderlichem Zinssatz jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen. Damit soll der Darlehensnehmer vor einem „Zinsbestimmungsrecht“ des Darlehensgebers geschützt werden<sup>487</sup>. Sofern die Vorschrift auf Verträge ausländischer Banken mit deutschen Schuldnern zwingend an-

---

<sup>480</sup> Ebenso *Kieninger*, JJZ 1996, 245, 248; *Radicati di Brozolo*, Rev. crit. Dr. int. pr. 82 (1993), 401, 412; *W.-H. Roth*, VersR 1993, 129, 135; *Staudinger*, VersR 1999, 401, 411.

<sup>481</sup> Beispiele bei *Lorenz*, VersRdsch 3/1995, 8, 16 ff.; *W.-H. Roth*, VersR 1993, 129, 136 ff.

<sup>482</sup> Näher zu der Differenzierung zwischen Leistungskern, -konkretisierung und -modalitäten *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt, 250 ff.

<sup>483</sup> *Dreher* rechnet dazu insbesondere die selbständigen Nebenpflichten beider Vertragsparteien, vgl. *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt, 257 ff.; a.A. hinsichtlich der Obliegenheiten *Lorenz*, VersRdsch 3/1995, 8, 15 mit Fußn. 44.

<sup>484</sup> So aber - freilich ohne nähere Begründung - *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 152.

<sup>485</sup> Ebenso *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 152; vgl. auch *W.-H. Roth*, VersR 1993, 129, 135 f., der - allerdings noch vor „Keck“ - solche Vorschriften lediglich einer „Verhältnismäßigkeitsprüfung in eher lockerer Form“ unterziehen möchte; ähnlich *Lorenz*, VersRdsch 3/1995, 8, 15, der die „Verkaufsmodalitäten“-Rechtsprechung für nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragbar hält.

<sup>486</sup> So etwa *Buchmann*, Die Vorschrift des § 609a BGB und die Grundfreiheiten des EGV, 195; *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 30; *Wernicke*, Privates Bankvertragsrecht, 66 und 118; *von Wilmsky*, RabelsZ 62 (1998), 1, 15; a.A. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 147 in Fußn. 188; *Remien*, RabelsZ 62 (1998), 627, 636; *ders.*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 457. Ähnlich zum französischen Verbot des Kündigungsausschlusses bei Realkrediten *Grundmann*, Das Europäische Bankaufsichtsrecht wächst zum System, 30 ff.

<sup>487</sup> BT-Drs. 10/4741, 22. Zum Schutzzweck vgl. auch *von Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 269 f.

wendbar ist<sup>488</sup>, hat sie zur Folge, dass Banken aus anderen EG-Mitgliedstaaten ihr Produkt eines variabel verzinslichen Kredits mit fester Laufzeit in Deutschland nicht anbieten können, da das Kündigungsrecht gem. § 609a Abs. 4 BGB nicht abdingbar ist<sup>489</sup>. Gleiches ist etwa für § 609a Abs. 1 Nr. 3 BGB zu konstatieren, der die Vereinbarung eines festverzinslichen Darlehens, dessen Laufzeit zehneinhalb Jahre übersteigt, unmöglich macht. Dem wird freilich entgegengehalten, dass die zeitliche Dimension eines Vertrages nichts an der Leistung selbst ändere, weil sie nur deren Häufigkeit und Ausmaß betreffe, nicht jedoch ihren Charakter<sup>490</sup>. Eine solche Sichtweise des Leistungsbegriffes ist jedoch zu eng und wird insbesondere dem Wesen des Darlehensvertrags nicht gerecht. Denn Leistungsinhalt ist nicht die Hingabe und Belassung von Geld (oder anderen vertretbaren Sachen) schlechthin, sondern nur auf Zeit<sup>491</sup>. Gerade der Zeitfaktor bestimmt also neben der Darlehenshöhe den Leistungsinhalt und damit das Produkt „Darlehen“. Und er determiniert im übrigen, wenn Ent-

---

<sup>488</sup> Bei objektiver Anknüpfung ist gem. Art. 4 Abs. 1, 2 EVÜ (Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB) das Recht des Ortes anwendbar, an dem die das Darlehen gewährende Bank ihre Hauptverwaltung bzw. Niederlassung hat (vgl. z.B. *von Bar*, IPR II, Rdnr. 497; MünchKomm-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 238a), bei Verträgen ausländischer Banken mit deutschen Schuldner also das ausländische Recht. Auch ist gem. Art. 3 EVÜ (Art. 27 EGBGB) jederzeit eine Rechtswahl möglich. Lediglich bei mit Verbrauchern geschlossenen Darlehensverträgen, die die situativen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 EVÜ (Art. 29 Abs. 1 Nrn. 1 - 3 EGBGB) erfüllen, wäre aufgrund des Günstigkeitsprinzips trotz Rechtswahl § 609a BGB anzuwenden, wenn sie der Finanzierung von Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen dienen. Darüber hinaus kommt eine Anwendung von § 609a BGB nur in Betracht, wenn es sich bei der Vorschrift um eine international zwingende Regelung iSv Art. 7 Abs. 2 EVÜ (Art. 34 EGBGB) handelt. Dass auch privatrechtliche Normen grundsätzlich eine „loi d'application immédiate“ darstellen können, die unabhängig vom Vertragsstatut Anwendung findet, ist andernorts bereits belegt worden. Darüber, ob von einem solchen unbedingten Anwendungswillen auch bei § 609a BGB auszugehen ist, herrscht freilich lebhafter Streit, der hier nicht nachzuzeichnen ist (dafür etwa *Palandt-Heldrich*, Art. 34 EGBGB Rdnr. 3; *Soergel-von Hoffmann*, Art. 34 EGBGB Rdnr. 62; *von Wilmowsky*, ZEuP 1995, 735, 756; dagegen *Buchmann*, Die Vorschrift des § 609a BGB und die Grundfreiheiten des EGv, 198 ff.; *von Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 271; *Staudinger-Hopt/Mülbert*, 12. Aufl., § 609a BGB Rdnr. 51; MünchKomm-BGB-*Westermann*, § 609a BGB Rdnr. 13).

<sup>489</sup> Entgegenstehende Vereinbarungen sind gem. § 134 BGB nichtig, vgl. BT-Drs. 10/4741, 23.

<sup>490</sup> *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 457.

<sup>491</sup> Vgl. statt aller *Larenz*, BSchR II/1, S. 296: „Unter einem Darlehen ist ... die Überlassung eines bestimmten Kapitals ... zu *zeitweiliger* Nutzung zu verstehen“ (Hervorhebung vom Verf.).

geltlichkeit vereinbart ist, die Höhe der für die Belassung geschuldeten Vergütung, in der Regel also der Zinsen. In den Worten des Reichgerichts:

„Der Sinn der Darlehenshingabe ist nicht der, das Vermögen des Empfängers dauernd um das Kapital zu vermehren; ihm soll vielmehr nur dessen vorübergehende Nutzung zugewendet werden. Für diese zeitweilige Kapitalnutzung wird als Gegenleistung der Zins oder werden sonstige Vorteile vereinbart. Die Kapitalnutzung in ihrer zeitlichen Begrenzung und die Nutzungsvergütung (meist Zins) sind die Leistungen, die gegeneinander ausgetauscht werden, nicht die Darlehenshingabe auf der einen Seite und ein gleicher Geldbetrag, vermehrt durch die Vergütung, auf der anderen Seite.“<sup>492</sup>

Deutlicher kann man die Maßgeblichkeit des Zeitfaktors kaum noch herausstellen. Geht man folglich von einer produktgestaltenden Wirkung des § 609a BGB aus, stellt sich wiederum die Frage ihrer Rechtfertigung<sup>493</sup>. Im Vordergrund steht dabei, sofern man lediglich eine Sonderanknüpfung von § 609a BGB über Art. 5 EVÜ (Art. 29 EGBGB) zulässt<sup>494</sup>, der Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes. Teilweise sind die Kündigungsrechte ohnehin bereits durch Art. 8 der Verbraucherkredit-Richtlinie gedeckt<sup>495</sup>, der für die von ihrem sachlichen Anwendungsbereich erfassten Kreditgeschäfte (Art. 1 Abs. 2 iVm Art. 2) das uneingeschränkte Recht zur vorzeitigen Erfüllung vorsieht. Für alle anderen Verbraucherkreditgeschäfte wird man § 609a BGB einen (auch) verbraucher-schützenden Charakter nicht absprechen können<sup>496</sup>. Doch kann man beispielsweise mit guten Gründen fragen, ob anstatt des in § 609a Abs. 2 BGB vorgesehenen allgemeinen Kündigungsrechts nicht ein Sonderkündigungsrecht für den Fall einer Zinserhöhung ausgereicht hätte<sup>497</sup>, die Beschränkung also unverhältnismäßig ist<sup>498</sup>. Noch schwieriger wird eine Rechtfertigung, wenn man § 609a BGB als international zwingende Norm betrachtet, die nicht nur bei Verbrauchergeschäften, sondern bei allen Dar-

<sup>492</sup> RG 30.6.1939 RGZ 161, 52, 56.

<sup>493</sup> Dass dem EuGH dabei eine große Verantwortung für „die Entwicklung ungeschriebener Normen des europäischen Vertragsrechts ..., hier bezüglich der Vertragsdauer“ zukommt (vgl. *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 457), ist unbestritten, aber sicherlich kein Grund, deshalb einen Beschränkungstatbestand zu verneinen.

<sup>494</sup> Vgl. Fußn. 488.

<sup>495</sup> Dazu von *Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 270.

<sup>496</sup> Zutreffend von *Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 270; *Staudinger-Hopt/Mülbert*, 12. Aufl., § 609a BGB Rdnr. 5.

<sup>497</sup> Ein solches Sonderkündigungsrecht findet sich z.B. im Versicherungsvertragsrecht, vgl. § 31 VVG.

<sup>498</sup> So wohl *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 30.

lehensverträgen und insbesondere solchen mit unternehmerisch tätigen Darlehensnehmern zu beachten ist<sup>499</sup>. Anführen ließe sich für § 609a Abs. 2 BGB, dass die Vorschrift eine ausgewogene Bindung der Parteien herstellen möchte: „Zins und Laufzeit sind entweder beide fix oder beide variabel, aber es gibt kein Rosinenpicken der Banken“<sup>500</sup>. Durch das daher gewährte Kündigungsrecht ist eine Art „Waffengleichheit“ der Vertragspartner geschaffen worden, um sicherzustellen, „dass das Ergebnis der Darlehensverhandlungen den Ausdruck innerer Vertragsgerechtigkeit bildet“<sup>501</sup>. Und für § 609a Abs. 1 Nr. 3 BGB könnte ins Feld geführt werden, dass nicht nur Verbraucher, sondern sämtliche Wirtschaftsteilnehmer in ihrem sowie im Interesse einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft<sup>502</sup> vor einer übermäßigen, auch selbstgewählten Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit geschützt werden müssten<sup>503</sup>. Beide Argumente korrespondieren jedoch mit keinem der bisher anerkannten Gründen des Allgemeininteresses. Für § 609a Abs. 1 Nr. 3 BGB könnte man immerhin daran denken, den mit der Vorschrift angestrebten Schutz der Privatautonomie zu „vergemeinschaften“. Wenn, wie andernorts dargelegt, die Grundfreiheiten Privatautonomie voraussetzen, müssen auch solche Normen gerechtfertigt werden können, die eine Vertragspartei vor einer überlangen Bindung im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen bewahren und ihr damit wenigstens einen Kernbestand wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit sichern wollen. Jedoch sind schon angesichts der Singularität der Vorschrift in Europa<sup>504</sup> Zweifel daran angebracht, dass der EuGH eine solche Argumentation übernehmen würde. Ähnliche Bedenken bestehen bei § 609 Abs. 2 BGB. Hinzu kommt bei letztgenannter Vorschrift das bereits angesprochene Problem der Verhältnismäßigkeit des in ihr vorgesehenen allgemeinen Kündigungsrechts.

Besonders ins Auge springt die produktgestaltende Wirkung nationalen Vertragsrechts schließlich, wenn Verträgen aufgrund ihres Inhalts von der Rechtsordnung gar keine oder eine nur beschränkte rechtliche Wirkung zugesprochen wird. Ersteres ist der Fall bei sittenwidrigen Verträgen, letz-

---

<sup>499</sup> Vgl. Fußn. 499.

<sup>500</sup> So *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 457; *ders.*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 636.

<sup>501</sup> *Hopt/Mülbert*, Beil. 3 zu WM 1990, 1, 4.

<sup>502</sup> Zu diesem Argument vgl. *Staudinger-Hopt/Mülbert*, §12. Aufl., § 609a BGB Rdnr. 8.

<sup>503</sup> Vgl. etwa *Staudinger-Hopt/Mülbert*, 12. Aufl., § 609a BGB Rdnr. 8; *Hopt/Mülbert*, Beil. 3 zu WM 1990, 4, 16.

<sup>504</sup> *Wood*, *Law and Practice of International Finance*, § 10.4 (2) b (zu § 247 BGB a.F.), zit. nach *von Hoffmann*, *IPRax* 1989, 261, 271.

teres bei den bereits erwähnten Naturalobligationen<sup>505</sup>. So wird (oder wurde) im deutschen Recht beispielsweise der Handel mit Organen lebender Personen<sup>506</sup> oder mit Titeln<sup>507</sup> genauso als gem. § 138 BGB sittenwidrig angesehen wie die entgeltliche Erbringung sexueller Dienste<sup>508</sup>, Verträge über Telefonsex<sup>509</sup> oder die entgeltliche Verpflichtung, nach künstlicher

---

<sup>505</sup> Auch hier ist natürlich wieder zu beachten, dass dem materiellen Recht eine beschränkende Wirkung nur zukommen kann, wenn eine Rechtswahl entweder ausgeschlossen oder zwar erlaubt ist, das nationale Sachrecht aber gegen das Vertragsstatut im Wege einer Sonderanknüpfung durchgesetzt oder das von vom Vertragsstatut gefundene Ergebnis wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* nicht anerkannt wird. Bei ausländischem Recht unterliegenden Verträgen, die aufgrund ihres Inhalts nach deutschem Verständnis sittenwidrig wären, kommt eine Berücksichtigung der für § 138 BGB maßgeblichen Wertungskriterien nur im Rahmen der *ordre public*-Klausel des Art. 6 EGBGB in Betracht, da § 138 BGB keine Eingriffsnorm iSv Art. 34 EGBGB ist, vgl. BGH 19.3.1997 BGHZ 135, 124, 139; *Mankowski*, RIW 1996, 8; *MünchKomm-BGB-Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 50. Das gilt auch dann, wenn § 138 BGB grundrechtlich materialisiert wird, vgl. *Leible*, JJZ 1995, 245, 264; a.A. *Reich*, NJW 1994, 2128, 219; *ders.*, NJW 1995, 1857. Hingegen kann Vorschriften des deutschen Rechts, die bestimmte Vertragsverhältnisse als Naturalobligation ausgestalten, durchaus Eingriffsnormcharakter zukommen, wie insbesondere das Beispiel des § 61 BörsenG zeigt, bei dem es sich anerkanntermaßen um eine Eingriffsnorm handelt, vgl. statt aller *MünchKomm-BGB-Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 45; *MünchKomm-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rdnr. 76a.

<sup>506</sup> Vgl. z.B. BSG 15.4.1997 NJW 1997, 3114, 3116 („der Verkauf menschlicher Organe [ist] als sittenwidrig zu beurteilen“); *Larenz/Wolf*, AT BGB, § 20 Rdnr. 8; umfassend *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen. Nach Erlass des Transplantationsgesetzes ist ein solcher Vertrag bereits wegen eines Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. § 17 TransplantationsG) als gem. § 134 BGB nichtig anzusehen. Zum hier nicht weiteren interessierenden Verhältnis zwischen §§ 134 und 138 BGB vgl. statt aller *Staudinger-Sack* (13. Bearb., 1996), § 138 BGB Rdnr. 146 f.

<sup>507</sup> Nach - soweit ersichtlich - einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur verstoßen entgeltliche Geschäfte über die Verschaffung öffentlicher Ämter und Titel gegen die guten Sitten und werden daher als gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig betrachtet, vgl. z.B. RG 5.1.1915 RGZ 86, 98 f.; 2.1.1919 JW 1919, 447, 448; 20.4.1931 JW 1931, 1924, 1925; BGH 5.10.1993 NJW 1994, 187, 188; OLG Koblenz 16. 12. 1998 NJW 1999, 2904; LG Bonn 11.11.1991 MDR 1992, 125; *RGRK-Heimann-Trosien*, § 817 BGB Rdnr. 18; *MünchKomm-BGB-Mayer-Maly*, § 138 BGB Rdnr. 109; *Soergel-Hefermehl*, § 138 BGB Rdnr. 25; *Palandt-Heinrichs*, § 138 BGB Rdnr. 56; *Staudinger-Sack* (13. Bearb., 1996), § 138 BGB Rdnr. 478.

<sup>508</sup> Von einer Sittenwidrigkeit von Verträgen zur Prostitution gehen aus BGH 6.7.1976 BGHZ 67, 119, 122, 124 f.; OLG Düsseldorf 27.7.1970 NJW 1970, 1852; *MünchKomm-BGB-Mayer-Maly*, § 138 BGB Rdnr. 50; *Palandt-Heinrichs*, § 138 BGB Rdnr. 52; *Soergel-Hefermehl*, § 138 BGB Rdnr. 208; *Staudinger-Sack* (13. Bearb., 1996), § 138 BGB Rdnr. 453; a.A. *Kühne*, ZRP 1975, 184, 185; *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 503; *Wesel*, NJW 1998, 120 f.

<sup>509</sup> Die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Der BGH und die wohl herrschende Meinung begründen

Befruchtung ein eigenes Kind zur Welt zu bringen und es dann dem Vertragspartner herauszugeben (Leihmutterschaft)<sup>510</sup>. Diese Beispiele lassen sich beliebig vermehren. In allen Fällen hat die Sittenwidrigkeit eine Unverfügbarkeit bestimmter Rechtsgüter zum Grund. Sie können nicht zum Gegenstand eines Vertrags gemacht werden und sind daher nicht handelbar. Es entsteht ein Null-Kontingent. Der innergemeinschaftliche Leistungsaustausch wird beschränkt, da es für die Annahme eines Beschränkungstatbestandes nicht darauf ankommt, wie die betroffene Ware, Leistung oder Tätigkeit moralisch oder sozial eingestuft wird<sup>511</sup>. Man könnte dies alles mit dem Hinweis für unbeachtlich halten, die europäische Gemeinschaft sei auch eine Wertegemeinschaft und Unterschiede im Sittenwidrigkeitsbegriff daher kaum vorstellbar<sup>512</sup>. Dem ist aber bei weitem

---

das Unwerturteil im wesentlichen damit, dass beim Telefonsex die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt herabgewürdigt und zugleich der Intimbereich zur Ware gemacht werde (vgl. BGH 9. 6. 1998 NJW 1998, 2895, 2896; OLG Düsseldorf 8.11.1990 NJW-RR 1991, 246 f.; OLG Hamm 26.1.1989 NJW 1989, 2551; LG Mannheim 18.5.1995 NJW 1995, 3398 f.; AG Essen 13.7.1989 NJW 1989, 3162 f.; AG Garmisch-Partenkirchen 26.1.1990 NJW 1990, 1856 f.; AG Halle 23.1.1993 NJW-RR 1993, 1016; Erman-Brox, BGB, 9. Aufl., § 138 BGB Rdnr. 85; MünchKomm-BGB-Mayer-Maly, § 138 Rdnr. 52; Medicus, BGB AT, Rdnr. 701; Staudinger-Sack, BGB [13. Bearb., 1996], § 138 Rdnr. 454). Die Gegenansicht weist darauf hin, dass - anders als bei der Prostitution oder bei einer Peep-Show - beim Telefonsex die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch ausreichend Fluchträume verblieben; die Anbieterin werde durch das Fehlen eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware (vgl. OLG Jena 11.7.2000 MMR 2001, 169; OLG Hamm 21.3.1995 NJW 1995, 2797; OLG Stuttgart 28.7.1989 NJW 1989, 2899; LG Hamburg 10.5.1996 NJW-RR 1997, 178 f.; AG Aue 13.3.1997 NJW 1997, 2604 f.; AG Düsseldorf 13.12.1989 NJW 1990, 1856; AG Offenbach 13.11.1987 NJW 1988, 1097; Behm, NJW 1990, 1822, 1824; Jauernig-Jauernig, § 138 BGB Rdnr. 17; Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rdnr. 52).

<sup>510</sup> OLG Hamm 2.12.1985 NJW 1986, 781; Kollhossner, JZ 1986, 446; MünKomm-BGB-Mayer-Maly, § 138 BGB Rdnr. 60; Palandt-Heinrichs, § 138 BGB Rdnr. 48; Soergel-Hefermehl, § 138 BGB Rdnr. 214; Staudinger-Sack (13. Bearb., 1996), § 138 BGB Rdnr. 450; a.A. Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2533, die von einer unvollkommenen Verbindlichkeit ausgeht.

<sup>511</sup> Vgl. EuGH 4.10.1991 Slg. 1991, I-4695, 4739 Egrd. 20 - Society for the Protection of Unborn Children Ireland, zur Einordnung des ärztlichen Schwangerschaftsabbruchs als Dienstleistung; 24.3.1994 Slg. 1994, I-1039, 1090 Egrd. 32 - Schindler, zu Lotterien; anders GTE-Troberg, Art. 52 EGV Rdnr. 33. „Es wäre vorzuziehen, ... bei Tätigkeiten, die nach allgemeiner Meinung zu mißbilligen sind, von außergesetzlichen Beschränkungen auszugehen, die sich daraus ergeben, dass derartige Tätigkeiten das Eingreifen der EG-rechtlichen Freiheiten nicht verdienen“; ähnlich Steindorff, NJW 1982, 1902, 1904.

<sup>512</sup> In einem solchen Fall, d.h. einem in allen Mitgliedstaaten als sittenwidrig eingestuft und daher mit der Nichtigkeitssanktion bedachten Rechtsgeschäft, lässt sich in der Tat daran denken, bereits das Vorliegen eines Beschränkungstatbestandes zu verneinen. Der EuGH hat jedenfalls in einigen zum Zollrecht ergangenen Entscheidungen die An-

nicht so, wie insbesondere ein Vergleich der in den nord- und südeuropäischen Staaten herrschenden Sexualmoral verdeutlicht. Und selbst innerhalb dieser geographischen Zonen sind deutliche Unterschiede erkennbar. So können etwa in Dänemark oder Schweden pornographische Publikationen sogar in Supermärkten käuflich erworben werden, während in Deutschland darüber diskutiert wird, ob bereits die Kaufverträge allein wegen ihres Vertragsgegenstands gegen die guten Sitten verstoßen und daher gem. § 138 BGB nichtig sind<sup>513</sup>, selbst wenn der Vertrieb nicht nach § 184 StGB strafbewehrt ist<sup>514</sup>. Und in den Niederlanden ist „Prostitution“ eine rechtlich anerkannte Dienstleistung, wohingegen in Deutschland auf die Erbringung sexueller Dienste gerichteten Verträgen immer noch ihre rechtliche Wirksamkeit abgesprochen wird<sup>515</sup>. Mit den Begriffen Sitte und Moral werden also trotz des gemeinsamen geistigen Erbes Europas durchaus von Land zu Land unterschiedliche Vorstellungen verbunden. Die hieraus entstehenden Beschränkungen müssen folglich gerechtfertigt werden. Wie heikel die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist, hat der EuGH bei Zeiten erkannt und sich für einen recht großzügigen Kontrollmaßstab entschieden. So gesteht er beispielsweise den Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung des Begriffs der „öffentlichen Sittlichkeit“ (Art. 30 EGV) im besonderen Maße ein weites Ermessen zu. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts stehe es den Mitgliedstaaten frei, ihre eigenen Maßstäbe für die öffentliche Sittlichkeit aufzustellen<sup>516</sup>. Daher sei es

---

nahme eines „Warenaustauschs“ (vgl. Art. 23 EGV) abgelehnt, sofern die betroffenen Gegenstände (hier: Falschgeld und Betäubungsmittel) aufgrund von allen Mitgliedstaaten eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen in der gesamten Gemeinschaft nicht handelbar sind, vgl. EuGH 5.2.1981 Slg. 1981, 385, 396 Egrd. 10 - Horvath; 26.12.1982 Slg. 1982, 3681, 3690 Egrd. 13 - Wolf; 26.10.1982 Slg. 1982, 3699, 3706 f. Egrd. 13 - Einberger I; 6.12.1990 Slg. 1990, I-4477, 4495 Egrd. 12 - Witzemann. Zu den Hintergründen dieser Rechtsprechung Grabitz/Hilf-Voß, Art. 23 EGV Rdnr. 13.

<sup>513</sup> Dafür etwa LG Landau 31.5.1977 MDR 1977, 840; AG Hagen 23.4.1959 MDR 1959, 756; wohl auch Staudinger-Sack (13. Bearb., 1996), § 138 BGB Rdnr. 460; a.A. BGH 23.1.1981 NJW 1981, 1439; OLG Hamburg 11.7.1974 MDR 1975, 226, 227; Soergel-Hefermehl, § 138 BGB Rdnr. 213; Staudinger-Dilcher (12. Aufl.), § 138 BGB Rdnr. 94.

<sup>514</sup> Ist letzteres der Fall, sind die entsprechenden Verträge ohnehin gem. § 134 BGB nichtig, vgl. m. w. Nachw. Staudinger-Sack (13. Bearb., 1996), § 134 BGB Rdnr. 291.

<sup>515</sup> Vgl. aber den von der Fraktion der PDS eingebrachten „Entwurf eines Gesetzes zur beruflichen Gleichstellung von Prostituierten und anderer sexueller Dienstleister“ (BT-Drs. 14/4456), der u.a. die Einfügung von Sonderregelungen über Verträge zur Erbringung sexueller Dienstleistungen in das BGB (§§ 618a – 618d) vorschlägt. Hinzuweisen ist außerdem auf eine jüngst ergangene Entscheidung des VG Berlin 11.12.2000 EWIR 2001, 375 (Gusy).

<sup>516</sup> EuGH 11.3.1986 Slg. 1986, 1007, 1022 Egrd. 12 - Conegate.

„grundsätzlich ... Sache jedes Mitgliedstaats, den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im Einklang mit seiner eigenen Wertordnung und in der von ihm gewählten Form auszufüllen.“<sup>517</sup>

Gleiches gilt für die Auslegung des die „öffentliche Sittlichkeit“ umfassenden Oberbegriffs der „öffentlichen Ordnung“ (Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55, 58 Abs. 1 lit. b EGV)<sup>518</sup>. Das Interesse der Mitgliedstaaten am Schutz ihrer „gesellschaftlichen Ordnung“<sup>519</sup> und der in ihr verkörperten Sittlichkeits- und Moralvorstellungen wird anerkannt und ihnen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, um festzulegen, welche Erfordernisse sich hinsichtlich der Art und Weise der Zielerreichung „nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaats aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben“<sup>520</sup>. Der EuGH ist also tunlichst bemüht, sich nicht zu einem „europäischen Sittenwächter“<sup>521</sup> aufzuschwingen. Nationalen Wertvorstellungen werden respektiert. Jedoch resultiert hieraus kein Freibrief für beschränkende nationale Maßnahmen. Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen mitgliedstaatlichen Handelns sind weiterhin zu beachten und durch Abwägung zwischen den gesellschaftlichen Grundregeln des jeweiligen Mitgliedstaats und den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit etc. zu ermitteln. Aufgrund des eingeräumten Ermessensspielraums verlagert sich das Problem nunmehr jedoch auf die Beantwortung der Frage, ob den Erfordernissen der Geeignetheit und Erforderlichkeit hinreichend Beachtung geschenkt wurde, was vom EuGH besonders kritisch geprüft wird<sup>522</sup>.

Zu Beschränkungen der Grundfreiheiten kann es weiterhin kommen, wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft zwar nicht für nichtig erklärt, ihm aber gleichwohl eine rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen wird. Dies

---

<sup>517</sup> EuGH 14.12.1979/3795, 3813 Egrd. 15 - Henn und Darby, zu einem englischen Verbot der „Einfuhr von Gegenständen anstößigen oder unzüchtigen Charakters“; ebenso EuGH 11.3.1986 Slg. 1986, 1007, 1022 Egrd. 14 - Conegate.

<sup>518</sup> Zur hier nicht weiter zu diskutierenden Frage, ob der Sittenwidrigkeitsbegriff des § 138 BGB neben den „guten Sitten“ auch die „öffentliche Ordnung“ - und wenn ja, inwieweit - umfasst, vgl. m. w. Nachw. *Larenz/Wolf*, AT BGB, § 41 Rdnr. 11. Die gemeinschaftsrechtlichen Begriffe sind jedoch autonom auszulegen. Überschneidungen zwischen „Sittenwidrigkeit“ und „öffentlicher Ordnung“ sind daher nicht a priori auszuschließen, zumal auch in anderen europäischen Rechtsordnungen mitunter der eine Begriff durch den anderen ausgetauscht wird oder gar beide kumuliert werden, vgl. m. w. Nachw. *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 358.

<sup>519</sup> Vgl. EuGH 24.10.1978 Slg. 1978, 1971, 1980 Egrd. 5 - Koestler.

<sup>520</sup> EuGH 24.3.1994 Slg. 1994, I-1039, 1097 Egrd. 61 - Schindler; 21.9.1999 Slg. 1999, I-6067, 6112 Egrd. 14 - Läämä; 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289, 7311 Egrd. 15 - Zenatti.

<sup>521</sup> *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 373.

<sup>522</sup> Vgl. dazu z.B. EuGH 11.3.1986 Slg. 1986, 1007, 1022 f. Egrde. 15 f. - Conegate.

ist bei den Naturalobligationen der Fall, auf die im Zusammenhang mit dem Urteil „Koestler“ bereits kurz eingegangen wurde<sup>523</sup>. So begründen gem. §§ 762, 764 und 656 BGB Spiel, Wette, Differenzgeschäfte und das Versprechen eines Ehemäklerlohns keine Verbindlichkeit<sup>524</sup>. Vergleichbare Regelungen finden sich in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft, wobei aber durchaus Unterschiede festzustellen sind. Während in einigen Staaten etwa Ehe- und Partnervermittlungsverträge als gänzlich nichtig angesehen werden, finden sich in anderen gesetzliche Sonderregelungen, die von einer grundsätzlichen rechtlichen Wirksamkeit ausgehen und die vertraglichen Rechte und Pflichten näher bestimmen, Widerrufsrechte statuieren etc.<sup>525</sup>. Größere Übereinstimmung scheint bei Spiel- und Wettschulden zu bestehen. Ihre Nichtdurchsetzbarkeit wird als gemeineuropäischer Grundsatz bezeichnet<sup>526</sup>. Dass die fehlende Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts zu Beschränkungen der Grundfreiheiten führen kann, wurde bereits im Zusammenhang mit Termingeschäften dargelegt. Sie verhindert zwar nicht die Leistungserbringung, macht sie aber wirtschaftlich uninteressant, da die Erfüllung der vertraglich versprochenen Hauptleistungspflicht der anderen Partei aufgrund ihrer Unklagbarkeit nicht erzwungen werden kann. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Leistungserbringer Vorkasse verlangen kann und das hieraus Erlangte kondiktionsfest ist<sup>527</sup>. Liegt folglich eine Beschränkung vor, ist ein weiteres Mal die Rechtfertigungsfrage zu stellen. Zu ihrer Beantwortung ist zunächst den mit diesen Regelungen verfolgten Zielen nachzugehen. Für Spiel, Wette und Differenzgeschäfte wird ins Feld geführt, ihre Ausgestaltung als Naturalobligation trage dem Umstand Rechnung, dass es ihnen aufgrund des den Vertragsgegenstand bildenden Zufallelements an einem von der staatlichen Rechtsordnung geförderten ernststen sittlichen und wirtschaftlichen Zwecks fehle; außerdem solle die

---

<sup>523</sup> Vgl. § 4, D IV 3 a.

<sup>524</sup> Zum - in der Praxis bedeutungslosen - Streit, ob es sich dabei tatsächlich um unvollkommene Verbindlichkeiten iSv Naturalobligationen oder nur um vom Recht anerkannte Erwerbsgründe handelt, vgl. m. w. Nachw. Staudinger-*Engel* (13. Bearb., 1996), Vorbem zu §§ 762 ff BGB Rdnr. 3.

<sup>525</sup> Rechtsvergleichender Überblick mit weiteren Nachweisen bei *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 382 ff.

<sup>526</sup> *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 385, mit zahlreichen rechtsvergleichenden Nachweisen.

<sup>527</sup> Vgl. § 4, D IV 3 a; ebenso *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 394; für die Annahme eines Beschränkungstatbestandes auch *Mülbart*, ZHR 159 (1995), 2, 30; a.A. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 152 f.

Bevölkerung vor den mit derartigen Verträgen verbundenen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren geschützt werden<sup>528</sup>. Für die Unklagbarkeit im Rahmen von Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsverträgen<sup>529</sup> vereinbarter Leistungen wird vorgebracht, dass sie dem Schutz vor Beeinträchtigungen der Intimsphäre von Eheleuten bzw. Lebenspartnern durch Prozesse mit Vermittlern diene<sup>530</sup>. Unumstritten sind diese Argumente freilich nicht. So merkt z.B. *Medicus* völlig zu Recht an, dass sich in der Gruppe der als Naturalobligation ausgestalteten Geschäfte „viel rechtspolitisch Zweifelhafte“ finde<sup>531</sup>. Zum einen lässt sich - wie bei allen Einschränkungen der Privatautonomie zu Gunsten einer Vertragspartei - ganz grundsätzlich fragen, wie weit der „Schutz des Menschen vor sich selbst“ eigentlich reichen soll<sup>532</sup>. Aber auch hinsichtlich der einzelnen Schutzargumente bleiben Fragen offen. Warum werden staatliche bzw. staatlich genehmigte Spiele, Wetten, Lotterien etc. zugelassen (und hieraus resultierende Ansprüche klagbar gestellt), bei denen die Gefahr, sich selbst zu ruinieren, sicherlich kaum geringer ist? Und ist die selbst vom BVerfG anerkannte soziale Funktion der Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung<sup>533</sup> nicht Grund genug, das Interesse an einem Schutz der Intimsphäre vor gerichtlichen Streitigkeiten zurücktreten zu lassen? Diese rechtspolitischen Fragen werden vom EuGH sicherlich (und mit gutem Grund) nicht beantwortet werden, wie insbesondere der in seiner Rechtsprechung zu den Lotterien- und Glücksspielfällen stets gegebene Hinweis auf die „soziokulturellen Besonderheiten der Mitgliedstaaten“<sup>534</sup> deutlich macht. Seine Rechtsprechung zu Lotterien und Glücksspielen lässt aber zugleich erkennen, dass er trotz des den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel zugebilligten Ermessens nicht gewillt ist, von einer Prüfung ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zur Erschwerung des Zugangs zum Spiel abzusehen<sup>535</sup>.

---

<sup>528</sup> Vgl. m. w. Nachw. Staudinger-Engel (13. Bearb., 1996), Vorbem zu §§ 762 ff BGB Rdnr. 4.

<sup>529</sup> Partnerschaftsvermittlungsverträge werden in § 656 BGB zwar nicht erwähnt; jedoch soll die Vorschrift analog anzuwenden sein, vgl. BGH 11.7.1990 BGHZ 112, 122; zum Streitstand Soergel-Lorentz, § 656 BGB Rdnr. 13 in Fußn. 7.

<sup>530</sup> Vgl. m. w. Nachw. Soergel-Lorentz, § 656 BGB Rdnr. 1.

<sup>531</sup> *Medicus*, SchR I, Rdnr. 24.

<sup>532</sup> Vgl. dazu z.B. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, passim.

<sup>533</sup> Vgl. BVerfG 20.4.1966 NJW 1966, 1211.

<sup>534</sup> Vgl. EuGH 24.3.1994 Slg. 1994, I-1039, 1097 Egrd. 61 - Schindler; 21.9.1999 Slg. 1999, I-6067, 6112 Egrd. 14 - Läämä; 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289, 7311 Egrd. 15 - Zenatti.

<sup>535</sup> Besonders deutlich EuGH 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289, 7316 Egrd. 36 - Zenatti. Danach „ist eine ... Begrenzung nur zulässig, wenn sie wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheit zum Spiel zu vermindern, und wenn die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit

Zweifel, ob diese Kriterien erfüllt sind, bestehen gerade bei Naturalobligationen. Denn das angestrebte Ziel wird nur bedingt erreicht, wenn zwar auf die Gegenleistung nicht geklagt werden kann, der Leistende aber das bisher Erlangte auch nicht herausgeben muss (vgl. etwa §§ 656 Abs. 1 S. 2, 762 Abs. 1 S. 2 BGB). Im Prinzip führt dies - zumindest bei rechtskundigen Anbietern - zu einer faktischen Vorleistungspflicht und damit Schlechterstellung der anderen Vertragspartei. Zwar begibt diese sich nicht der Rechte aus §§ 273, 320 ff. BGB, da sie ohnehin nicht zur Leistung verpflichtet ist; jedoch trägt sie aufgrund ihrer Vorleistung natürlich das Risiko, gezahlt zu haben und im Gegenzug gar keine oder eine nur mangelhafte Gegenleistung zu erhalten. Damit wird nicht nur den bei derartigen Verträgen angeblich stets drohenden Missbräuchen Tür und Tor geöffnet, sondern vor allem die doch eigentlich als besonders schützenswert angesehene Vertragspartei dem Zwang ausgesetzt, im Klagewege initiativ zu werden<sup>536</sup>. Nun kann man einwenden, durch das Verlangen einer Vorauszahlung wandle sich die Funktion der Norm: Sie bewirke „eine Art Übereilungsschutz, weil die Weggabe von Geld schwerer fällt als eine bloße Verpflichtung“<sup>537</sup>. Dies unterstellt, sind aber Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit angebracht; denn Übereilungsschutz lässt sich bereits durch das im Vergleich zu einer Naturalobligation wesentlich mildere Mittel der gesetzlichen Einräumung eines Widerrufsrechts erreichen<sup>538</sup>.

(b) Für mögliche beschränkende Wirkungen transaktionsbezogener Regelungen des Schuldvertragsrechts kann zunächst auf das Beispiel der sog. modernen Vertragstypen<sup>539</sup> verwiesen werden. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass durch mitunter hochkomplexe Regelungen in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vertragliche Leistungsbeziehungen geschaffen werden, die von den gesetzlichen Regelungsmodellen abweichen. Werden sol-

---

Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist“.

<sup>536</sup> Gleichwohl betrachtet der BGH (25.3.1983 BGHZ 87, 309, 318) Vorleistungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Ehevermittlern für wirksam, da aufgrund des Ausschlusses der Klagbarkeit des Ehemäklerlohns andernfalls den Eheanbahnungsinstituten die wirtschaftliche Grundlage entzogen würde; vgl. auch BGH 4.12.1985 NJW 1986, 927, 928.

<sup>537</sup> *Medicus*, ASchR, Rdnr. 24.

<sup>538</sup> Ähnlich *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 396, der ein vollständiges Verbot von Ehe- und Partnervermittlungsverträgen - wie es in England und Griechenland anzutreffen ist - von vornherein für unverhältnismäßig hält und hinsichtlich der Statuierung einer Naturalobligation auf die weniger beschränkenden Möglichkeit gesetzlicher Schriftformerfordernisse und Informationspflichten verweist. Für Spiel und Wette soll das freilich nicht gelten, vgl. ebda., 394 f.

<sup>539</sup> Vgl. dazu *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bde. I- III.

che Verträge mit Verbrauchern geschlossen, führen bei Vorliegen der dort vorausgesetzten Anknüpfungskriterien die Art. 5 EVÜ bzw. 29 EGBGB jedoch dazu, dass sich sowohl Art und Weise als auch Umfang der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle zwingend nach dem Aufenthaltsrecht des Verbrauchers richten<sup>540</sup>, sofern dies für ihn günstiger als das gewählte Recht ist<sup>541</sup>. Zwar stellen die nationalen Rechtsordnungen leistungsbeschreibende Klauseln in der Regel kontrollfrei, doch konstituieren sich gerade die modernen Vertragstypen nicht allein durch die vertraglichen Hauptleistungsleistungspflichten, sondern weithin auch durch die sie ergänzenden Nebenabreden, die an die Stelle des nicht vorhandenen oder jedenfalls als nicht passend empfundenen dispositiven Gesetzesrechts treten. Folge der von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat differierenden Kontrollstandards, die zudem oft durch die „Leitbildfunktion“ des nationalen dispositiven Gesetzesrechts determiniert werden, sind erhebliche Schwierigkeiten bei einem gemeinschaftsweiten Angebot von maßgeblich durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geprägten Leistungen. Veranschaulichen lässt sich das am Beispiel des Leasingvertrags. Der BGH erachtet bei Nicht- und Spätlieferung der Leasingsache eine Haftungsfreizeichnung des Leasinggebers selbst beim Vorliegen einer Drittverweisklausel für unwirksam und gelangt auch bei Lieferung einer mangelhaften Leasingsache über das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu ähnlichen Ergebnissen<sup>542</sup>. Der Tribunal Supremo lässt hingegen eine Freizeichnung des Leasinggebers für sämtliche Arten von Lieferstörungen zu, sofern dem Leasingnehmer die entsprechenden Rechte des Leasinggebers übertragen worden sind<sup>543</sup>. Diese unterschiedlichen Einstandspflichten des Leasinggebers für Leistungsstörungen sind durchaus zu Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren oder Dienstleistungen geeignet. Denn ein spanischer Warenhersteller wird bei einer Veräußerung seiner Waren an deutsche Verbraucher von einer Finanzierung im Wege des Lea-

---

<sup>540</sup> Art. 6 Abs. 2 der Klausel-Richtlinie ist hier zu Darstellungszwecken außer acht zu lassen.

<sup>541</sup> Leasingverträge werden zutreffender und h. M. von Art. 29 EGBGB erfasst, vgl. umfänglich *Linder*, Vertragsabschluß beim grenzüberschreitenden Verbraucherleasing, 79 ff.; *Rodríguez Mateos*, El contrato de leasing mobiliario internacional, 145 ff.; außerdem *Palandt-Heldrich*, Art. 29 EGBGB Rdnr. 2; *Firsching/von Hoffmann*, IPR, § 40 IV 1 a; *Reithmann/Martiny-Martiny*, Internationales Vertragsrecht, Rdnr. 719; *Yeun*, IPRax 1994, 257, 260; a.A. *Bülow*, EuZW 1993, 435, 436; *W.-H. Roth*, IPRax 1994, 165, 169.

<sup>542</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 311 ff. und 332 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, 126 ff. und 143 ff.

<sup>543</sup> Vgl. m. w. Nachw. *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 311 ff. und 332 ff.

sings (sog. Hersteller- oder Händlerleasing bzw. „leasing de marca“<sup>544</sup>) entweder Abstand nehmen, da die seinem Finanzierungsangebot zugrundeliegende Risikobewertung aufgrund der strengeren, nicht abwählbaren Anforderungen des deutschen Rechts hinfällig ist, oder aber seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit sowohl seine gesamte Vertragskonzeption als auch seine Kostenkalkulation entsprechend anpassen müssen. Eine einheitliche Vertriebsstrategie für sämtliche Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft ist folglich nicht möglich und der freie Warenverkehr damit beschränkt<sup>545</sup>. Zugleich wird auch die passive Warenverkehrsfreiheit berührt, da der deutsche Kunde in Spanien Waren nicht zu den gleichen Bedingungen erwerben kann wie ein dort ansässiger Käufer<sup>546</sup>. Entsprechende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind für das reine Finanzierungsleasing zu konstatieren. Damit stellt sich die Frage, ob die vom BGH vertretenen Lösungen tatsächlich aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können. Dass sie dem Verbraucherschutz und damit einem Allgemeininteresse dienen, dürfte außer Streit stehen. Schwieriger ist schon die Beurteilung der Frage, ob sie hierzu zwingend erforderlich sind. Zu begründen ist, warum nicht bereits die mit einer Freizeichnungsklausel stets verbundene Übertragung der Leistungsstörungen- und Mängelgewährleistungsrechte des Leasinggebers auf den Leasingnehmer ausreicht. Und selbst wenn eine solche Übertragung - etwa aufgrund der damit verbundenen Abwälzung des Insolvenzrisikos - nicht als ausreichend angesehen wird, ist nach milderem Eingriffen Ausschau zu halten. Ein solcher könnte etwa in der Zubilligung eines außerordentlichen Kündigungsrechts des Leasingnehmers zu sehen sein, dem Wirkung nur ex nunc und nicht - wie beim Wegfall der Geschäftsgrundlage - ex tunc zukäme<sup>547</sup>. Aber auch wenn sich die BGH-Rechtsprechung rechtfertigen lässt, verliert sie dadurch natürlich nicht ihre behindernde Wirkung. Nicht zu unrecht hat daher der Gemeinschaftsgesetzgeber die Notwendigkeit einer Angleichung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem damit begründet, dass dadurch „den Verkäufern

---

<sup>544</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 40 f. und 210 f.

<sup>545</sup> A.A. *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 24 f., der freilich konzidiert, dass anders zu entscheiden wäre, „wenn man die für Warenanbieter wichtigen Aktionsparameter unter Einschluss der vertriebs- und absatzbezogenen Vorschriften zu den Vorschriften über 'Waren' im Sinne der Keck-Rechtsprechung rechnet“. Auch dies ablehnend z.B. *Buchmann*, Die Vorschrift des § 609a BGB und die Grundfreiheiten des EGV, 172.

<sup>546</sup> Ähnlich *Kieninger*, JJZ 1996, 245, 249.

<sup>547</sup> Dazu *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 173 ff.

von Waren und Dienstleistungserbringern ... ihre Verkaufstätigkeit sowohl im eigenen Land als auch im gesamten Binnenmarkt erleichtert (wird)<sup>548</sup>. Nicht gelöst wird damit freilich das Problem des Maßstabs für die Inhaltskontrolle, der immer noch entscheidend durch das nationale Recht determiniert wird, sowie der an die Stelle von nichtigen Vertragsklauseln tretenden nationalen Regelungen und den möglicherweise von ihnen ausgehenden beschränkenden Wirkungen. Darauf wird im Rahmen der Behandlung der Klauselrichtlinie noch näher einzugehen sein.

Vertriebsbeschränkende Wirkungen transaktionsbezogener Regelungen des Schuldvertragsrechts sind darüber hinaus in weiteren Konstellationen vorstellbar, denen hier freilich nicht vollumfänglich nachgegangen werden kann<sup>549</sup>. Auf vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen. Diskutiert wird außerdem z.B. über die beschränkende Wirkung von Widerrufsrechten<sup>550</sup> oder des Einwendungsdurchgriffes<sup>551</sup>. Probleme können weiterhin beim Vertragsschluss zu beachtende Formerfordernisse bereiten, die sich gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB abweichend von Art. 11 Abs. 1 - 3 EGBGB zwingend nach dem Aufenthaltsrecht des Verbrauchers richten. Würde etwa ein Mitgliedstaat den elektronischen Vertragsschluss gänzlich verbieten, wären Unternehmen, die ihre Waren beispielsweise nur über das Internet vertreiben, gezwungen, für Kunden aus eben diesem Staat eine gesonderte Vertragsabwicklung vorzusehen. Statt eines Mausclicks des Kunden und einer Bestätigung durch den Anbieter via e-mail<sup>552</sup> bedürfte es dann einer Zusendung des schriftlichen Vertragsangebots und dessen - ebenfalls schriftlicher - Annahme durch den Kunden. Angesichts der „Oosthoek“-Rechtsprechung liegt, wenn man diese nicht als durch Keck „overruled“ ansieht, die Annahme eines Beschränkungstatbestandes nahe. Allerdings lässt sich argumentieren, dass das schriftliche Angebot durchaus auch vom Kunden ausgehen und der Unternehmer es bereits mit der Warenzusendung annehmen könne. Zusätzliche Kosten entstünden ihm dann nicht. Und allein den notwendigen Hinweise auf der Website, Kunden aus dem Staat X könnten nicht per e-mail, sondern müssten mittels Brief, Fax oder Postkarte bestellen, wird man kaum als Beschränkung einordnen können. Letztlich kommt es also auf die konkrete Ausgestaltung der nationalen Zivilrechtsregelungen über den Vertragsschluss an. Um mögliche Beschränkungen von vornherein zu verhindern, verpflichtet jedenfalls Art. 9 der E-Commerce-Richtlinie die Mitgliedstaaten, den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege zu ermöglichen und sicherzustellen, „dass ihre für den Vertragsabschluss geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträ-

---

<sup>548</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7 der Klausel-Richtlinie.

<sup>549</sup> Dazu sei nochmals auf *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, verwiesen.

<sup>550</sup> Vgl. z.B. *Wolf*, FS Heinsius, 967, 973; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 350 ff.

<sup>551</sup> Vgl. *Wolf*, FS Heinsius, 967, 974.

<sup>552</sup> Zu den Einzelheiten des Vertragsschlusses im Internet vgl. z.B. *Höeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 ff.; *Lauktien/Varadinek*, ZUM 2000, S. 466, 467; *Scheerer/Butt*, DB 2000, 1099, 1012 f.

ge bilden noch dazu führen, dass diese Verträge aufgrund des Umstands, dass sie auf elektronischem Wege zustande gekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben“.

#### bb) Haftungsrecht

Beschränkungen sind weiterhin im Bereich des Haftungsrechts<sup>553</sup> vorstellbar, in dem eine vorherige Rechtswahl – jedenfalls nach deutschem Recht - bekanntlich ausgeschlossen ist<sup>554</sup>. Auf mögliche Diskriminierungsfälle wurde bereits hingewiesen<sup>555</sup>. Jedoch können auch unterschiedslos anwendbare Normen des Haftungsrechts den Grundfreiheiten zuwiderlaufen. Darauf hat bereits der Rat der Europäischen Gemeinschaften in den Erwägungsgründen zur Produkthaftungs-Richtlinie aufmerksam gemacht. Er hielt eine Angleichung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Herstellerhaftung für durch fehlerhafte Produkte verursachte Schäden unter anderem deshalb für erforderlich, weil „deren Unterschiedlichkeit ... den freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen ... kann“<sup>556</sup>. Dass diese Überlegung auch nach „Keck“ noch Bestand hat,

---

<sup>553</sup> Haftungsrecht umfasst nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis das traditionelle, auf dem Verschulden aufbauende Deliktsrecht sowie die Gefährdungshaftung.

<sup>554</sup> Arg. aus Art. 42 EGBGB, vgl. *Freitag/Leible*, ZVglRWiss 99 (2000), 101, 105. Die Möglichkeit der nachträglichen Rechtswahl oder die in Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB vorgesehene akzessorische Anknüpfung sind unbehelflich, um dem Recht des Importstaates als dem Handlungs- und/oder Erfolgsort zu enttrinnen. Die Zustimmung des Geschädigten zur Wahl eines aus seiner Sicht haftungsungünstigeren Rechts ist äußerst unwahrscheinlich; und vertragliche Beziehungen bestehen in der Regel zwischen dem Einzelhandelsverkäufer und seinen Kunden, nicht aber zwischen Hersteller und Endabnehmer.

<sup>555</sup> Vgl. § 4, D III.

<sup>556</sup> Angezweifelt wird verschiedentlich, ob defekte und fehlerhafte Produkte überhaupt vom Schutzbereich des Art. 28 EGV erfasst werden, vgl. etwa *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 38 („Pervertierung des Gedankens der Warenverkehrsfreiheit“); ebenso *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 18. Das überzeugt freilich nicht. Art. 28 EGV erfasst Waren, in der Regel also körperliche Gegenstände. In welchem Zustand sie sich befinden, ist unerheblich, sofern sie nur Gegenstand eines Handelsgeschäfts sind (zu den Einzelheiten *Grasbitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 45). Ein Ausschluss fehlerhafter Waren würde mangels eines gemeinschaftseinheitlichen Fehlerbegriffs zudem zu einer unterschiedlichen Anwendung von Art. 28 EGV führen, da der Fehlerbegriff von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat differiert. Richtigerweise ist daher der Umstand der Fehlerhaftigkeit eines Produkts allein im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung möglicherweise handelsbehindernder Produkthaftungsvorschriften zu berücksichtigen; ähnlich *Gausepohl*, *Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?*, 130 ff.; *Höpping*, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR*, 132 f.; *Taupitz*, ZEuP 1997, 986, 995; *ders.*, ZEuS 1998, 17, 27.

ist im folgenden anhand des Produkthaftungsrechts nachzuweisen<sup>557</sup>. Ähnliche Exempel lassen sich aber auch für die Dienstleistungshaftung finden.

Unterschiedliche mitgliedstaatliche Normen des Haftungsrechts führen - bei unterstellter Übereinstimmung der nationalen Kollisionsnormen - nicht zu der für verwaltungsrechtliche Produktvorschriften typischen Doppelregelung<sup>558</sup>. Sie sind daher auch nicht geeignet, den Marktzugang eines Produkts rechtlich zu verhindern. Sie bewirken kein Null-Kontingent, mögen sie auch noch so streng sein. Das Produkt ist und bleibt verkehrsfähig. Die Entscheidung, sich durch das Inverkehrbringen seines Produkts unterschiedlich strengen Haftungsregimen auszusetzen, steht im freien Ermessen des Unternehmers. Allein aufgrund dieser formal bestehenden „Marktzugangsberechtigung“ die Annahme eines Beschränkungstatbestandes abzulehnen<sup>559</sup>, greift jedoch zu kurz. Haftungsrecht dient anerkanntermaßen der Verwirklichung von zwei Zielen: Kompensation und Prävention<sup>560</sup>. Prävention meint Schadensverhinderung. Haftungsrecht hat also, wie vor allem die ökonomische Analyse immer wieder herausgestellt hat<sup>561</sup>, auch eine Steuerungsfunktion<sup>562</sup>. Und insbesondere durch die Festlegung von Haftungsmaßstäben kann zumindest mittelbar auf die Merkmale von Produkten und Dienstleistungen Einfluss genommen werden. Staatliche Regulierung und Haftungsrecht werden daher heute als zwei durchaus gleichwertige Alternativen zur Erreichung des Ziels erhöhter Produktsicherheit angesehen<sup>563</sup>. So kann ein Staat zur Verhinderung von Schadensfällen Normen erlassen, die bestimmte technische Spezifikationen vorsehen, die ein Produkt erfüllen muss, um verkehrsfähig zu sein. Das gleiche Ergebnis lässt sich aber grundsätzlich auch ohne derartige verwaltungs- (oder auch straf-)rechtliche Vorschriften mittels des Haftungsrechts durch Statuierung entsprechender Sorgfaltspflichten bzw. deren Ausfüllung durch die Judika-

---

<sup>557</sup> Ausführlich zum ganzen neuerdings auch *Gausepohl*, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 172 ff.

<sup>558</sup> *W.-H. Roth*, ZEuP 1994, 5, 27; *Taupitz*, ZEuP 1997, 986, 997.

<sup>559</sup> Vgl. etwa *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 135; wohl auch *Freitag*, Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, 307.

<sup>560</sup> Zu den hier nicht näher interessierenden Einzelheiten vgl. m. w. Nachw. *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, 3.

<sup>561</sup> Dazu m. w. Nachw. *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 137 ff.

<sup>562</sup> Ausführlich dazu z.B. *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 141 ff.; *Koch*, JZ 1999, 922; *Kötz*, FS Steindorff, 643, 647. Allerdings kommt eine von Haftungstatbeständen ausgehende Steuerungsfunktion naturgemäß nur dort in Betracht, wo planvoll, d.h. mögliche Risiken abwägend, gehandelt wird. Das ist zuvorderst bei unternehmerischen Tätigkeiten der Fall.

<sup>563</sup> *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, 4.

tive erreichen. Jeder rational handelnde Hersteller wird um Einhaltung dieser Pflichten bemüht sein und zur Verhinderung einer andernfalls bestehenden Haftungsgefahr nur entsprechend sichere Produkte auf den Markt bringen. Haftungsrecht beinhaltet dann nichts anderes als „im Gewand des Zivilrechts gekleidete Sicherheitsregelungen und damit die Produkteigenschaft selbst beeinflussende Vorschriften“<sup>564</sup>. Gleiches gilt für Instruktionspflichten, wie folgendes Beispiel verdeutlicht. Nach dem Haftungsrecht des Mitgliedstaats A möge sich im Falle eines Schadenseintritts ersatzpflichtig machen, wer Schwimmflügel vertreibt, auf denen ein - durch öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht ausdrücklich vorgeschriebener! - Warnhinweis fehlt, Kinder unter drei Jahren damit nicht unbeaufsichtigt schwimmen zu lassen. Im Mitgliedstaat B hergestellte Schwimmflügel, die eine derartige Aufschrift nicht tragen, sind in Staat A natürlich weiterhin verkehrsfähig. Das damit verbundene ökonomische (Haftungs-)Risiko wird aber, selbst wenn es versicherbar ist, im Staat B ansässige Unternehmen von einer solchen Vorgehensweise abhalten und dazu veranlassen, zumindest die in den Staat A gelieferten Schwimmflügel mit einem entsprechenden Warnhinweis zu versehen. Folge hiervon ist ein zwar nicht direkt von der Norm ausgehender rechtlicher, aber doch durch sie verursachter ökonomischer Zwang zu differenzierter Produktion, den Art. 28 EGV gerade verhindern möchte. Deutlich wird dies auch anhand der Rechtsprechung des BGH zum sog. „Baby-Bottle-Syndrom“. Danach haben Hersteller und Vertreiber von Flaschen mit Schnullern für Kleinkinder, die den Getränkestrahl auf besonders gefährdete Zahnstellen des Kindes lenken, die Flaschen mit einem deutlichen Hinweis auf die beim Dauernuckeln kariogener Getränke drohenden Zahnschäden zu versehen<sup>565</sup>. Kein ausländischer Hersteller wird es sich angesichts der drohenden Haftungsrisiken leisten können, in Deutschland Babyflaschen ohne einen auf der Flasche angebrachten entsprechenden Hinweis zu verkaufen. Sonderproduktionen sind auch hier die notwendige Folge.

Wie sehr ein Haftungsregime, das sich durch oftmals übertrieben erscheinende Sorgfaltspflichten und exorbitante Haftungssummen auszeichnet, marktzugangssperrend wirken kann, macht insbesondere das Beispiel der USA deutlich. Hier sind bestimmte Risiken mittlerweile überhaupt nicht mehr versicherbar. Verschiedene europäische Unternehmen verzichten aufgrund der aus einer derart strengen Produkthaftung erwachsenden wirtschaftlichen Risiken von vornherein auf eine Erschließung des US-amerikanischen Marktes. Und selbst wenn die Risiken versicherbar sind, sind die Prämien für die Haftpflichtversicherung mitunter derart hoch, dass der Produktabsatz auf dem US-amerikanischen Markt unrenta-

---

<sup>564</sup> *Taupitz*, ZEuP 1997, 986, 998; *ders.*, ZEuS 1998, 17, 31.

<sup>565</sup> BGH 3.2.1999 NJW 1999, 2273.

bel ist und daher mancher europäischer Exporteur von einer Ausfuhr in die USA absieht.

Fraglich ist, ob sich unterschiedliche Haftungsstandards, d.h. über das Haftungs-niveau der übrigen Mitgliedstaaten hinausreichende Haftungsregelungen, rechtfertigen lassen<sup>566</sup>. Dass der Schutz vor Verletzungen von Körper, Gesundheit, Eigentum und anderen absoluten Rechten und die Kompensation eingetretener Schäden im Allgemeininteresse liegt, dürfte außer Frage stehen. Einschlägig können - je nach Art der Rechtsgutsverletzung - unter anderem die Rechtfertigungsgründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen sein, aber auch der Verbraucherschutz. Wesentlich schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Verhältnismäßigkeit vom mitgliedstaatlichen „common sense“ abweichender Haftungsstandards. Bedenkt man, dass Haftungsrecht aufgrund seiner den Produktregelungen vergleichbaren Wirkungen beschränkende Eigenschaften zugesprochen wurden, wird man konsequenterweise auch auf der Rechtfertigungsebene entsprechende Parallelen ziehen müssen. Dabei kommt dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Gesundheit und das Leben von Menschen unter den im Allgemeininteresse geschützten Gütern den ersten Rang einnehmen<sup>567</sup> und es mangels einschlägiger Gemeinschaftsvorschriften primär im Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten liegt, in den Grenzen des Vertrages zu bestimmen, in welchem Umfang sie diesen Schutz gewährleisten wollen. Die Mitgliedstaaten haben infolgedessen bei der Entscheidung darüber, was sie zum und in welcher Intensität sie einen Schutz der Gesundheit für erforderlich halten, einen relativ weiten Ermessensspielraum<sup>568</sup>. Daher erscheint die These, dass das Haftungsrecht eines Mitgliedstaats lediglich dann zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundfreiheiten führt, wenn die Höhe der Haftungssummen im Vergleich zu anderen Staaten ein grenzüberschreitendes Wirtschaften nicht nur verteuert, sondern es geradezu unattraktiv macht<sup>569</sup>, durchaus plausibel. Das wäre etwa der Fall, wenn in einem Mitgliedstaat „punitive damages“ ame-

---

<sup>566</sup> Unberücksichtigt bleiben im folgenden Implikationen vorhandener sekundärrechtlicher Regelungen wie beispielsweise der Produkthaftungs-Richtlinie. Vgl. dazu *Gausepohl*, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 189 ff.; *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 163 ff.; *Taupitz*, ZEuP 1997, 586, 1000 ff.

<sup>567</sup> Vgl. z.B. (zu Art. 30 EGV) EuGH 10.11.1994 Slg. 1994, I-5243, 5264 Egrd. 16 - Ortscheit; 11.7.2000 (noch nicht veröffentlicht) Egrd. 38 - Toolex Alpha.

<sup>568</sup> Umfangreiche Nachweise bei *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 30 EGV Rdnr. 16.

<sup>569</sup> Vgl. etwa *Gausepohl*, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 193; *W.-H. Roth*, ZEuP 1994, 5, 28; *Taupitz*, ZEuP 1997, 986, 1002; *dens.*, ZEuS 1998, 17, 35.

rikanischen Ausmaßes verhängt würden<sup>570</sup>. Aber so weit ist man in Europa (noch?) nicht.

#### cc) Sachenrecht

Beschränkungen der Grundfreiheiten sind schließlich auch im Bereich des Sachenrechts möglich. So sah beispielsweise der EuGH in dem österreichischen Verbot, eine Hypothek in einer ausländischen Währung (und damit auch in der Währung eines anderen Mitgliedstaats) zu begründen<sup>571</sup>, einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit<sup>572</sup>. Wesentlich gewichtiger als dieses Beispiel sind aber zweifelsohne die seit jeher bestehenden Probleme der Bestellung und Ausübung von Mobiliarsicherheiten im internationalen Rechtsverkehr, die durch die Grundfreiheiten eine neue, nunmehr gemeinschaftsrechtliche Dimension erhalten haben<sup>573</sup>. Ihnen ist im folgenden kurz nachzugehen.

Das internationale Sachenrecht wird bekanntlich nicht nur in Deutschland, sondern nahezu weltweit vom Grundsatz der *lex rei sitae* beherrscht. Dingliche Rechte an einer Sache unterstehen derjenigen Rechtsordnung, in deren Geltungsbereich die Sache belegen ist. Die Herrschaft der *lex rei sitae* über dingliche Rechte an Grundstücken ist einer der ältesten Grundsätze des internationalen Privatrechts. Aber auch bei beweglichen Sachen ist - im deutschen Recht spätestens seit Überwindung der Wohnsitzan-

---

<sup>570</sup> *Remien*, ZfRV 1995, 116, 130.

<sup>571</sup> Eine der österreichischen vergleichbare Vorschrift findet sich auch im deutschen Recht. Gem. § 28 S. 2 GBO sind die in einem deutschen Grundbuch einzutragenden Geldbeträge in inländischer Währung anzugeben. Gleichwohl ist diese Regelung europarechtskonform, da das Bundesministerium der Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung die Angabe in einer einheitlichen europäischen Währung, in der Währung eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums oder einer anderen Währung, gegen die währungspolitische Bedenken nicht zu erheben sind, zulassen kann. Von dieser Ermächtigung wurde durch die VO über Grundpfandrechte in ausländischer Währung und in Euro vom 30. Oktober 1997 Gebrauch gemacht (BGBl. 1997 I, 2683; vgl. dazu auch die Bekanntmachung über das Inkrafttreten von § 1 Nr. 1 vom 23.12.1998, BGBl. 1998 I, 4023). Gem. § 1 dieser VO können Geldbeträge von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden auch in anderen Währungen angegeben werden, und zwar seit dem 1. November 1997 in der Währung eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweizerischen Eidgenossenschaft oder der Vereinigten Staaten von Amerika, und seit dem 1. Januar 1999 auch in Euro.

<sup>572</sup> EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 28 - Trummer und Mayer = JA-R 1999, 5 (*Leible*).

<sup>573</sup> Umfassend dazu *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt; von *Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht. Vgl. außerdem *Rott*, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, 56 ff.

knüpfung der Statuentheorie durch Wächter<sup>574</sup> und Savigny<sup>575</sup> - davon auszugehen, dass das Recht des Lageorts über Begründung, Inhalt und Veränderungen der dinglichen Rechtsverhältnisse bestimmt<sup>576</sup>. Die Handhabung dieser in sämtlichen Mitgliedstaaten der EG geltenden Situs-Regel, auf deren gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit gesondert einzugehen ist, ist unproblematisch, solange es zu keinem Lagewechsel kommt. Bei Immobilien ist ein Lagewechsel schon der Natur der Sache nach nicht möglich. Ein Statutenwechsel ist daher ausgeschlossen, sieht man einmal vom eher seltenen Fall des Souveränitätswechsels durch Gebietsabtretung, Annexion oder Veränderung der Staatsidentität durch Auflösung eines Staates oder dessen Aufgehen in einem anderen Staat ab. Anders ist die Situation jedoch bei Mobilien. Schwierigkeiten der Anwendung der *lex rei sitae* ergeben sich daraus, dass Fahrnis tatsächlich „beweglich“ ist. Ein grenzüberschreitender Lagewechsel ist jederzeit möglich und aufgrund der ständig fortschreitenden Verflechtung der nationalen Märkte zu einem gemeinschaftlichen Binnenmarkt auch zunehmend von den Vertragsparteien gewollt. Der Grenzübertritt des Sicherungsgutes führt nun aber regelmäßig zu einem Statutenwechsel und damit zu einer Vielzahl von Problemen, die gerade im Bereich der Mobiliarsicherheiten zudem von großer praktischer Relevanz sind. Zwar werden dingliche Rechtsänderungen an einer Sache vor einem Grenzübertritt nach der alten *lex rei sitae* angeknüpft. Sie sind also unwandelbar. Das neue Statut akzeptiert die unter dem alten Statut vorgefundene Lage und übernimmt die Sache mit der sachenrechtlichen Prägung, die ihr das bisherige Statut verliehen hat<sup>577</sup>. Unter dem alten Statut begründete dingliche Rechte und Belastungen bleiben deshalb auch im Geltungsbereich des neuen Statuts bestehen. Jedoch bestimmt das neue Lageortrecht über Inhalt und die Wirkungen der nach der alten *lex rei sitae* entstandenen bzw. übertragenen Rechte, wenn der Rechtsinhaber von seiner unter dem Altstatut erworbenen Befugnis Gebrauch machen will<sup>578</sup>. Damit wird die Ebene des Kollisionsrechts verlassen. Es ist nunmehr Aufgabe des nationalen Sachrechts, darüber zu entscheiden, ob und inwieweit ausländische Mobiliarrechte anerkannt und mit inländischen Wirkungen

---

<sup>574</sup> Wächter, AcP 25 (1842), 361, 385 ff.

<sup>575</sup> Savigny, System Bd. VIII, 169 ff.

<sup>576</sup> Umfassender Überblick bei Rabel, Conflict of Laws, Bd. IV, 7 ff.; Staudinger-Stoll, Int. SachenR (12. Aufl.), Rdnr. 251 ff.

<sup>577</sup> Grundlegend Lewald, IPR, 184. Vgl. für Deutschland z.B. BGH 20.3.1963 BGHZ 39, 173, 175, sowie BGH 11.3.1991 IPRax 1993, 176, 177. Rechtsvergleichend Drobniig, Recognition, 304 f.

<sup>578</sup> Zu den Einzelheiten vgl. z.B. Rauscher, IPR, 277 ff.

versehen werden können. Das ist unproblematisch, solange die Sachenrechtssysteme des Alt- und Neustatuts strukturgleich sind. Dies kommt freilich nur selten vor. Klassisches Beispiel hierfür ist das auf römisch-rechtlicher Tradition beruhende und daher vielen europäischen Rechtsordnungen bekannte Faustpfandprinzip. Schwierigkeiten treten aber bereits dann auf, wenn das neue Statut die Entstehung oder den Fortbestand von Mobiliarsicherheiten von anderen Voraussetzungen als das Altstatut abhängig macht. Eine Anerkennung oder Transposition scheidet in der Regel aus, wenn das Neustatut diesen Voraussetzungen ordre-public-Qualität zumisst. Das ist gerade bei besitzlosen Mobiliarsicherheiten häufig der Fall, da zahlreiche Rechtsordnungen deren Wirksamkeit aus Verkehrsschutzgründen von der Einhaltung gewisser Publizitätsvorschriften (Registereintragung, Warenkennzeichnung, bestimmte Vertragsform etc.) abhängig machen. Von vornherein ausgeschlossen ist die Geltendmachung von Sicherungsrechten, wenn das Neustatut diesen Sicherungsrechtstyp gar nicht oder nur mit völlig anderem Inhalt kennt. Eine Anerkennung oder Transposition kommt dann aufgrund des in vielen Rechtsordnungen geltenden *numerus clausus* der Sachenrechte nicht in Betracht.

Zu welchen Schwierigkeiten dies führen kann, verdeutlichen die folgenden, keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden Beispiele. Für den Warenlieferanten besonders prekär ist die Situation beim Eigentumsvorbehalt. Zwar erkennen mittlerweile sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die Möglichkeit einer unter die Bedingung vollständiger Zahlung gestellter Übereignung des Eigentums an. Die an eine solche Vereinbarung gestellten Anforderungen und die mit ihr verbundenen Folgen variieren jedoch erheblich. In einigen Staaten genügt eine mündliche Absprache, in anderen bedarf es der Schriftform und wieder andere fordern eine zusätzliche Registrierung. Und in manchen Staaten kommt dem Eigentumsvorbehalt - entweder generell oder aber bei Nichtbeachtung bestimmter Formvorschriften - Wirkung nur *inter partes*, nicht jedoch im Konkurs oder der Zwangsvollstreckung zu<sup>579</sup>. Darüber hinaus werden vor allem zahlreiche deutsche Sicherungsrechte im Ausland überhaupt nicht anerkannt, so etwa die Sicherungsübereignung in Österreich<sup>580</sup> und in nahezu ganz Europa verschiedene Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts<sup>581</sup>, insbesondere der verlängerte Eigentumsvorbehalt<sup>582</sup>. Genauso ist es freilich nicht auszuschließen, dass ausländische Sicherheiten, insbesondere Globalsicherheiten wie das französische

---

<sup>579</sup> Überblick z.B. bei *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 41 ff.; *Leible*, in: *Praxis-Handbuch Export*, Gruppe 6/7, 1 ff.; *Schulz*, Eigentumsvorbehalt.

<sup>580</sup> Vgl. OGH 14.12.1983 JBl. 1984, 550; LG Linz 27.5.1986 JBl. 1989, 185; *von Bar*, IPR II, Rdnr. 756; *Rauscher*, RIW 1985, 265.

<sup>581</sup> Zu den hier nicht weiter interessierenden einzelnen Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts vgl. m. w. Nachw. *Leible/Sosnitza*, JuS 2001, 449.

<sup>582</sup> Dazu m. w. Nachw. *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 196 ff.

nantissement du fonds de commerce, das ein Pfandrecht des Sicherungsnehmers an einem Unternehmen ermöglicht<sup>583</sup>, oder die diesem ähnliche floating charge des englischen Rechts, die sich auf das gesamte Vermögen einer englischen „company“ erstreckt<sup>584</sup>, aufgrund des sachenrechtlichen numerus clausus in Deutschland nicht anerkannt werden. Werden mit ihnen belastete Gegenstände nach Deutschland verbracht, kann dies zum Erlöschen der dinglichen Belastung und damit für französische oder englische Waren- oder Geldkreditgeber zum Verlust ihrer Sicherungsmittel führen<sup>585</sup>. Gleiches droht der dem deutschen Recht unbekanntem französischen Kraftfahrzeughypothek (gage auto), einem besitzlosen Pfandrecht an Kraftfahrzeugen, das durch Eintragung in einem speziellen Register entsteht<sup>586</sup>, sofern man keine Transposition zulässt.

Dass es in allen diesen Beispielsfällen zu Beschränkungen der Grundfreiheiten<sup>587</sup> kommen kann, liegt auf der Hand<sup>588</sup>. Denn der Untergang von

---

<sup>583</sup> Jedoch nicht, wie bei der floating charge, am gesamten Unternehmen, sondern immer nur an bestimmten Unternehmensgegenständen (Firma, Geschäftszeichen, Mietvertrag, Kundschaft, Betriebsmittel und gewerbliche Schutzrechte). Ausführlich zum nantissement du fonds de commerce *Hadding/Schneider*, *Ausländische Kreditsicherheiten*, Bd. II, 165 ff.; *Sonnenberger*, *Französisches Wirtschaftsrecht*, IV 45 ff.; vgl. auch *Hübner*, FS Pleyer, 41, 44 f.

<sup>584</sup> Zur floating charge vgl. z.B. *Hadding/Schneider*, *Ausländische Kreditsicherheiten*, Bd. IV, 212 ff.; *Ter Meulen*, *Die Floating Charge – ein Sicherungsrecht am Vermögen einer englischen Company*, passim; *Pajunk*, *Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages*, 116 ff. Vgl. auch *Fenge*, ZEuP 2000, 342, 345 f.; *Hübner*, FS Pleyer, 41 ff.

<sup>585</sup> So jedenfalls *Klauer*, *Die Europäisierung des Privatrechts*, 69 in Fußn. 161; mit guten Gründen a.A. *Hübner*, FS Pleyer, 41, 48 ff.; vgl. auch *von Wilmowsky*, in: *Oppermann/von Wilmowsky*, *Integration im europäischen Zivil- und Handelsrecht*, 33, 42.

<sup>586</sup> Vgl. den Fall BGH 20.3.1963 BGHZ 39, 173; allgemein zum gage auto *Ferid/Sonnenberger*, *Französisches Zivilrecht*, Bd. 2, Rdnr. 3 D 165; *Constantinesco/Hübner*, *Einführung in das französische Recht*, 186, jeweils m. w. Nachw.

<sup>587</sup> In Betracht kommen neben Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit, die vor allem bei der Sicherung von Warenkreditgebern dienenden Eigentumsvorbehaltsvereinbarungen virulent werden, insbesondere Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs. Denn geschützt wird durch Art. 56 Abs. 1 EGV nicht nur der freie Verkehr mit Geld-, sondern genauso mit Sachkapital. Erfasst werden, wie sich aus dem Anhang I, Ziff. IX der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (ABl. EG 1988 L 178/5) ergibt, die auch nach dem In-Kraft-Treten des Vertrages von Amsterdam ihre Bedeutung als Auslegungshilfe für Art. 56 EGV nicht verloren hat (vgl. EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661 - Trummer und Mayer = JA-R 1999, 5 [*Leible*]) u.a. „Bürgschaften, andere Garantien und Pfandrechte“, was sich zwanglos auf alle Sicherungsrechte erweitern lässt, vgl. *von Wilmowsky*, in: *Oppermann/von Wilmowsky*, *Integration im europäischen Zivil- und Handelsrecht*, 33, 36 in Fußn. 5.

<sup>588</sup> Ebenso *Basedow*, *RebelsZ* 59 (1995), 1, 43.; *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 152 ff.; *Mouly*, *ERPL* 6 (1998), 51; *Pfeiffer*, *IPRax* 2000, 270, 277; *von Wilmowsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 122 ff.; *ders.*, in: *Oppermann/von Wilmowsky*, *Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht*, 33, 36.

Mobiliarsicherheiten nach einem Grenzübertritt macht ihre Verwendung für grenzüberschreitende Geschäfte wertlos. Aber selbst wenn eine Transposition möglich sein sollte, sind damit nicht notwendigerweise alle Hindernisse beseitigt. Schließlich können auch unterschiedliche Rangeinstufungen im Konkurs die Attraktivität heimischer Sicherungsrechte für Exportwaren wesentlich vermindern, wenn sie zwar im Ausland anerkannt werden, ihnen aber lediglich ein Rang eingeräumt wird, der den Sicherungszweck ad absurdum führt, weil eine Realisierung im Sicherungsfall äußerst unwahrscheinlich ist. Den Vertragsparteien bleibt in allen diesen Fällen nichts anderes übrig, als auf andere Sicherungsmittel, insbesondere Personalsicherheiten, wie z.B. Bankbürgschaften oder -garantien, zurückzugreifen. Personalsicherheiten sind jedoch, anders als beispielsweise der durch bloße Einigung zustande kommende Eigentumsvorbehalt, nicht umsonst, sondern haben ihren Preis. Dass die damit verbundene Verteuerung von Exporten potentiell zu einer Verminderung der innergemeinschaftlichen Warenströme geeignet ist, dürfte außer Frage stehen<sup>589</sup>. Hinzu kommt, dass der Exporteur dazu gezwungen wird, für jedes Destinationsland seiner Ware eigene Sicherungskonzepte zu entwickeln. Da Sicherungsklauseln meistens in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, geht dadurch der mit ihnen verbundene Rationalisierungseffekt teilweise verloren. Einheitliche Vermarktungsstrategien, deren Durchführbarkeit vom EuGH noch in „Oosthoek“ und einigen nachfolgenden Entscheidungen als eines der mit den Grundfreiheiten angestrebten Ziele anerkannt wurde<sup>590</sup>, werden so unmöglich.

Gegen die Annahme eines Beschränkungstatbestandes wird nun allerdings verschiedentlich eingewendet, eine Kollision zwischen Grundfreiheiten und den nationalen Sachenrechten sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil gem. Art. 295 EGV der EG-Vertrag die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt lässt<sup>591</sup>. Das überzeugt jedoch nicht. Denn die Vorschrift verfolgt eine ganz andere Zielsetzung als die ihr mit dieser Ar-

---

<sup>589</sup> Vgl. zum Kostenargument auch EuGH 16.3.1991 Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 27 - Trummer und Mayer. Dort wurde die beschränkende Wirkung des Verbots der Begründung einer Hypothek in einer ausländischen Währung u.a. damit begründet, sie „den Vertragsparteien zusätzliche Kosten dadurch verursacht, daß sie sie zwingt, allein zum Zweck der Eintragung der Hypothek die Forderung in inländischer Währung zu beziffern und diese Umrechnung gegebenenfalls feststellen zu lassen.“ Vgl. dazu auch *Landsmeer*, LIEI 27 (2000), 195, 199.

<sup>590</sup> Zur Fortgeltung der „Oosthoek“-Rechtsprechung nach „Keck“ vgl. § 4, D IV 2 a, aa.

<sup>591</sup> So z.B. *Schurig*, FS Großfeld, 1089, 1094; ähnlich *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 25 f.

gumentation unterlegte. Wie sich insbesondere aus ihrer Entstehungsgeschichte ergibt, wurde mit Art. 295 EGV bezweckt, Sozialisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft zu verhindern und den Mitgliedstaaten die ausschließliche Kompetenz zu Verstaatlichungen und Privatisierungen vorzubehalten. Der Vertrag soll also nicht die gesamte Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lassen, sondern allein die „wirtschaftspolitisch motivierte Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft“<sup>592</sup>. Und selbst dieser Regelungsgehalt wird von manchen noch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses begrenzt und Art. 295 EGV für die Zeit nach dem Vertragsschluss überhaupt keine Bedeutung mehr beigemessen<sup>593</sup>. Ansatzpunkte für diese Auffassung lassen sich immerhin der EuGH-Rechtsprechung entnehmen. Denn nach Auffassung des EuGH ist selbst bei staatlichen Enteignungsmaßnahmen zu beachten,

„daß zwar Art. 295 EG-Vertrag die Befugnis der Mitgliedstaaten, ein System der staatlichen Enteignung einzurichten, nicht in Frage stellt, daß aber auch für ein solches System der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der dem Kapital des EG-Vertrags über das Niederlassungsrecht zugrunde liegt, gilt.“<sup>594</sup>

Ob damit tatsächlich eine vollständige Relativierung der Norm angestrebt wird, bleibt hier dahin gestellt. Wenn aber schon bei enteignenden Maßnahmen durch den vertraglich garantierten Schutz der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten die volle Anwendung der bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen nicht ausgeschlossen ist, muss dies erst Recht in allen anderen Fällen der Eigentumszuweisung und -ausgestaltung gelten<sup>595</sup>. Deutlich geworden ist dies u.a. in der Entscheidung „Konle“, in der der EuGH hervorhebt, dass, auch wenn die Regelung des Grundeigentums nach Art. 295 EGV weiterhin in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle, diese Bestimmung eine solche Regelung doch nicht den Grundprinzipien des EG-Vertrags entziehe<sup>596</sup>. Und ähnlich hatte er bereits zuvor in „Phil Collins“ erkennen lassen, dass der Begriff der Eigentumsordnung nur in systematischem Zusammenhang mit anderen Normen des Vertrags bestimmt werden kann; da die durch das Eigentum an literarischen und

---

<sup>592</sup> So zutreffend Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 295 EGV Rdnr. 11; ähnlich z.B. Frowein, FS Kutscher, 189; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 127; Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 405; Thiel, JuS 1991, 274, 276.

<sup>593</sup> Vgl. Riegel, RIW 1979, 744, 746; dem folgend z.B. Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 128; ähnlich Pernice, Grundrechtsgehalte, 181 f.

<sup>594</sup> EuGH 6.11.1984 Slg. 1984, 3677, 3685 Egrd. 6 - Fearon/Irish Land Commission.

<sup>595</sup> Geiger, Art. 295 EGV Rdnr. 2.

<sup>596</sup> EuGH 1.6.1999 Slg. 1999, I-3099, 3134 Egrd. 38 - Konle.

künstlerischen Werke verliehenen ausschließlichen Rechte den Austausch von Gütern und Dienstleistungen sowie die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft berührten, unterlägen

„diese Rechte, obwohl sie in den nationalen Rechtsvorschriften geregelt sind, nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs den Erfordernissen des EG-Vertrags und fallen somit in dessen Anwendungsbereich“.<sup>597</sup>

Festhalten lässt sich daher, dass die nationalen Sachenrechte bzw. die von ihnen ausgehenden Wirkungen auf dingliche Rechte trotz des in Art. 295 EGV formulierten Vorbehalts sehr wohl in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen und folglich auch am Maßstab der Grundfreiheiten bzw. den Wettbewerbsregeln gemessen werden können.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass bei Richtigkeit der These, dass alle den Bestand dinglicher Rechte betreffenden Regeln in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, zahlreiche Angleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ohne hinreichende Rechtsgrundlage erlassen worden wären. Und eine Gemeinschaftsmarke hätte nie geschaffen werden dürfen. Dass dies gleichwohl geschah und weitere, in diese Richtung zielende Gemeinschaftsakte in Vorbereitung sind, deutet ebenfalls darauf hin, dass Art. 295 EGV scheinbar doch einer Relativierung durch andere Vorschriften des EG-Vertrags zugänglich ist<sup>598</sup>.

Auch bei den Mobiliarsicherheiten stellt sich natürlich die Frage, ob und wie durch die nationalen Sachenrechte verursachte Beschränkungen gerechtfertigt werden können. Wichtige Anhaltspunkte hierfür lassen sich der bereits zitierten Entscheidung „Trummer und Mayer“ entnehmen, in der der Gerichtshof zur Rechtfertigung des österreichischen Verbots der Begründung einer Fremdwährungshypothek ausführte:

„Ein Mitgliedstaat ist berechtigt, sein Grundpfandrechtssystem so auszugestalten, daß es die Rechte der Hypothekengläubiger untereinander sowie die Rechte sämtlicher Hypothekengläubiger einerseits und die Rechte sämtlicher Gläubiger andererseits in sicherer und transparenter Weise festlegt. Da sich das Grundpfandrechtssystem nach dem Recht des Staates regelt, in dem das mit der Hypothek belastete Grundstück belegen ist, ist es Sache des Rechts dieses Staates, die Instrumente festzulegen, die es ihm erlauben, die Verwirklichung dieses Ziels festzulegen“.<sup>599</sup>

Damit ist ein entscheidendes Ziel nicht nur des Hypotheken-, sondern des Sachenrechts insgesamt benannt und als Rechtfertigungsgrund anerkannt worden: Die Sicherheit und Transparenz des Rechtsverkehrs. Dem dient nicht nur das Publizitätsprinzip, sondern auch und vor allem die dem Sachenrecht eigene Typenbeschränkung, also der *numerus clausus* der Sa-

<sup>597</sup> EuGH 20.10.1993 Slg. 1993, I-5145, 5179 Egrd. 22 - Phil Collins.

<sup>598</sup> Leible, in: Scholz (Hrsg.), Europa als Union des Rechts, 90, 96.

<sup>599</sup> EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 30 - Trummer und Mayer.

chenrechte, und der typisierte Inhalt der Rechte an Sachen<sup>600</sup>. Denn „es würde den Rechtsverkehr, das Kreditgeschäft usw. beeinträchtigen, wenn jedes mal auf die ‘Quellen’ des Rechts - etwa den Hypothekenbestellungsvertrag - zurückgegangen werden müsste, um die Befugnisse des Erwerbers, Pfandgläubigers usw. schon in ihren Umrissen zu erkennen“<sup>601</sup>. Der Rechtsverkehr soll sich daher auf bestimmte, durch das Gesetz zwingend festgelegte Inhalte von Sachenrechten verlassen können. Nur so kann dem Verkehrsinteresse an leichter Identifikation und Übertragbarkeit dinglicher Rechte Rechnung getragen werden. Eng mit der durch Regelungen über die Existenz und Zuordnung von Rechten an Sachen konstituierten Güterordnung hängt die sog. Gläubigerordnung zusammen, d.h. sämtliche Vorschriften eines Rechtssystems, mittels derer den Gläubigern zur Befriedigung ihrer Ansprüche die Möglichkeit verschafft wird, auf Gegenstände aus dem Vermögen ihrer Schuldner zugreifen zu können. Hier sind - wie auch der EuGH anerkennt - Regeln zu bilden, die das Verhältnis sowohl aller dinglich an einer Sache Berechtigten als auch aller übrigen Gläubiger zueinander in sicherer und transparenter Weise festlegen. Ohne Schaffung einer solchen Güter- und Gläubigerordnung und den Schutz des in sie gesetzten Vertrauens ist ein wirklich funktionierender Gütertausch und damit letztlich sowohl der innergemeinschaftliche Waren- als auch der (Sach-)Kapitalverkehr nicht vorstellbar. Somit ist der Schutz einer solchen Ordnung zugleich ein etwaige Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigendes zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses<sup>602</sup>.

Auch hier gilt freilich: Die von mitgliedstaatlichen Vorschriften des Sachenrechts verursachten Beschränkungen von Grundfreiheiten müssen zur Erreichung des angestrebten Ziels des Schutzes der Güter- und Gläubigerordnung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind. Genau daran scheiterte eine Rechtfertigung im bereits erwähnten Fall „Trummer und Mayer“. Das Verbot der Begründung einer Hypothek in ausländischen Währungen war zwar geeignet, den nachrangigen Gläubigern Gewissheit über den Betrag der vorrangigen Forderungen und damit über den Wert der ihnen gebotenen Sicherheit zu geben. Insoweit konnte das Ziel der Siche-

---

<sup>600</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 1 Rdnr. 9; *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rdnr. 1.37.

<sup>601</sup> *Baur/Stürner*, aaO.

<sup>602</sup> Zutreffend *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 174; ähnlich *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 45, der jedoch aufgrund der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedeutung der Güterordnung für die Organisation von Märkten diese zur „öffentlichen Ordnung“ zählt und daher auch diskriminierende Regelungen für rechtfertigungsfähig hält. So weit scheint der EuGH in „Trummer und Mayer“ (Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 29 f.) jedoch nicht gehen zu wollen.

nung der Vorhersehbarkeit und Transparenz des Grundpfandrechtssystems also erreicht werden. Anders stellt sich jedoch die Situation für die vorrangigen Gläubiger von Forderungen in ausländischer Währung dar, die durch eine obligatorische Umrechnung mit dem Risiko von Wechselkursschwankungen und einem damit verbundenen Wertverlust der ihnen eingeräumten Sicherheit belastet werden<sup>603</sup>. Die von der österreichischen Ausgestaltung des Grundpfandrechtssystems ausgehende Beschränkung wurde also als nicht rechtfertigungsfähig angesehen, weil sie nicht die Rechte sämtlicher Gläubiger in sicherer und transparenter Weise festlegte. Erschwerend hinzu kam ihre inhaltliche Inkonsistenz. Denn statt einer Eintragung in inländischer Währung hätte die Bestimmung des Wertes der Hypothek auch durch Bezugnahme auf den Preis von Feingold erfolgen können. Der Preis von Feingold aber unterliegt ähnlichen Schwankungen wie der Wechselkurs von Währungen<sup>604</sup>. Die mangelnde Folgerichtigkeit der nationalen Regelung führt so letztlich dazu, dass der EuGH die von ihr ausgehende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs mangels Geeignetheit zur Erreichung des angestrebten Ziels als nicht gerechtfertigt betrachtet. Überträgt man dies auf Mobiliarsicherheiten, so geraten vor allem jene Rechtsordnungen unter Rechtfertigungsdruck, denen Abweichungen vom Faustpfandprinzip nicht unbekannt sind, weil sie selbst - wenn auch nur in beschränktem Umfang - besitzlose Mobiliarsicherheiten vorsehen. Jedenfalls das Argument, der Schutz der nationalen Güter- und Gläubigerordnung erfordere die Vermeidung von durch Dritte nicht erkennbaren Belastungen des Schuldnervermögens, ist dann nicht mehr tragfähig.

Gleichwohl ist eine Rechtfertigung natürlich nicht ausgeschlossen. Zu fragen ist nämlich weiterhin, ob und inwieweit die Andersartigkeit des ausländischen Sicherungsrechts die Nichtanerkennung legitimieren kann und welche Rolle nationalen Publizitätsvorschriften zukommt. Beginnen wir mit ersterem. Die Bewahrung des numerus clausus der Sachenrechte und der damit angestrebte Schutz der nationalen Güter- und Gläubigerordnung ist, wie bereits bemerkt, ein legitimes und auch im Rahmen der Grundfreiheiten anzuerkennendes Regelungsziel. Allerdings wird auch dieses durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Um die nationale Regelung rechtfertigen zu können, darf sich daher das mit ihr angestrebte Ziel nicht auf weniger belastende Weise erreichen lassen. Besondere Bedeutung

---

<sup>603</sup> EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1680 Egrd. 31 - Trummer und Mayer.

<sup>604</sup> EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1681 Egrd. 32 - Trummer und Mayer.

kommt deshalb der Möglichkeit einer Transposition<sup>605</sup> zu. Denn die Eingriffsintensität des nationalen Sachenrechts wird wesentlich vermindert, wenn dem fremden Sicherungsrecht ein Fortbestand in den Formen des heimischen Rechts gestattet wird. Lässt sich ein in der neuen *lex rei sitae* so nicht vorgesehenes dingliches Recht in ein dieser Rechtsordnung bekanntes Rechtsinstitut umwandeln, muss ein vollständiger Rechtsverlust als unverhältnismäßig betrachtet werden<sup>606</sup>. Der BGH hat diesen Weg, wenn auch nicht unter europarechtlichem Blickwinkel, mit seinen beiden Entscheidungen zur Umwandlung einer französischen bzw. italienischen Kraftfahrzeughypothek in einen deutschen Eigentumsvorbehalt bereits vorgezeichnet<sup>607</sup>. Allerdings wird eine Transposition nicht immer möglich sein. Oder sie kann dazu führen, dass dem ausländischen Sicherungsrecht Wirkungen verliehen werden, die hinter denen der alten *lex rei sitae* zurückbleiben. Solche Fälle sind zu akzeptieren. Hier bildet die Geschlossenheit des nationalen Sachenrechtssystems eine dem Allgemeininteresse dienende Grenze, die auch durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht überspielt werden kann<sup>608</sup>.

Nicht selten scheitert eine Anerkennung jedoch nicht daran, dass eine Transposition nicht möglich wäre, sondern an der Nichteinhaltung der Publizitätsvorschriften der neuen *lex rei sitae*<sup>609</sup>. Auch hier kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Einschränkungen führen. Die Publizität von Sicherungsrechten ist Voraussetzung ihrer Erkennbarkeit und dient dem Schutz des Kreditverkehrs mit dem Schuldner. Jeder Gläubiger hat ein berechtigtes Interesse, sich darüber zu informieren, ob an dem von ihm in Aussicht genommenen Sicherungsobjekt nicht bereits Sicherungsrechte

---

<sup>605</sup> Nachweise zur Möglichkeit einer Transposition in anderen Rechtsordnungen bei *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 45 in Fußn. 173. Vgl. weiterhin *Drobnig/Kronke*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.), *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978*, 91; *Hübner*, *ZIP* 1980, 825; *Jayme*, *FS Serick*, 241; *Kreuzer*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 84 (1995), 465. Zur Umwandlung einer Sicherungsübergabe nach deutschen Maßstäben in Frankreich, England, Italien und den Niederlanden z.B. *Bierle*, *Pfandrechte*, 195 ff.; *Fritzemeyer*, *Mobiliarsicherheiten*, 94 ff.; *Schilling*, *Mobiliarsicherheiten*, 287 ff. Zur Anerkennung einer „floating charge“ in Frankreich *Dahan*, *JDI* 123 (1996), 381.

<sup>606</sup> Ebenso *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 45 f.; *W.-H. Roth*, *ZEuP* 1994, 3, 25.

<sup>607</sup> Vgl. BGH 20.3.1963 *BGHZ* 39, 133 (französisches Registerpfandrecht); 11.3.1991 *IPRax* 1993, 176 (italienische Autohypothek). Zu letzterer *Kreuzer*, *IPRax* 1993, 157.

<sup>608</sup> Im Ergebnis ebenso *W.-H. Roth*, *ZEuP* 1994, 3, 25.

<sup>609</sup> Allgemein zu Publizitätsvorschriften bei Mobiliarsicherheiten *Mouly*, *ERPL* 6 (1998), 51.

anderer Gläubiger bestellt sind. Lässt eine Rechtsordnung publizitätslose Mobiliarsicherheiten zu, ist ihm diese Informationsmöglichkeit genommen; ob der mit der Sicherungsvereinbarung angestrebte Sicherungszweck tatsächlich erreicht wird, bleibt dann unsicher. Ob die Publizität von Sicherungsrechten daher unabdingbare Voraussetzung ihrer Funktionsfähigkeit ist<sup>610</sup>, sei hier dahin gestellt. Auf jeden Fall dient sie aber dem Schutz des Vertrauens in die nationale Güter- und Gläubigerordnung und damit einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel<sup>611</sup>. Handelt es sich um Fälle von Registerpublizität, so ist freilich unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit an die Öffnung des Registers auch für ausländische äquivalente Sicherungsrechte zu denken. Wenn sich im nationalen Sachenrechtssystem für ausländische Sicherungsrechte vergleichbare Typen von Sicherungsrechten finden, ist kein Grund ersichtlich, ihnen eine Eintragung und die damit verbundenen Wirkungen (Drittwirksamkeit, Konkursfestigkeit etc.) vorzuenthalten. Für eine inter partes-Wirkung des anererkennungsfähigen ausländischen Sicherungsrechts bedarf es in Anbetracht des Verhältnismäßigkeitsprinzips aber selbst einer solchen Eintragung nicht. Drittinteressen sind nicht berührt und die Parteien des Sicherungsgeschäfts nicht schutzwürdig. Ein Eintragungserfordernis ginge daher über den vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Schutzzweck der Registerpublizität hinaus. Mitgliedstaatliche Vorschriften, die dem vereinbarten Sicherungsrecht bei fehlender Registereintragung nicht nur Drittwirkung, sondern auch jegliche Wirkung inter partes versagen, lassen sich daher nicht rechtfertigen<sup>612</sup>.

Gleiches gilt im übrigen für mitgliedstaatliche Regelungen, die für eine Wirksamkeit des Sicherungsrechts - sei es inter partes, sei es gegenüber Dritten - zwar die Einhaltung bestimmter Formerfordernisse, nicht aber deren Registrierung fordern. Derartige Vorschriften finden sich beispielsweise im italienischen und spanischen Recht; dort kann der einfache Eigentumsvorbehalt Dritten gegenüber nur geltend gemacht werden, wenn er in einer Urkunde mit sicherem Datum (*data certa*, *fecha cierta*) enthalten ist (Art. 1525 *Codice civile*, Art. 1227 *Código Civil*)<sup>613</sup>. Die Registrierung der Eigentumsvorbehaltvereinbarung ist nur eine

---

<sup>610</sup> So von *Wilmowsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 162 ff.; *ders.*, in: *Oppermann/von Wilmowsky*, *Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht*, 33, 48 f.; zweifelnd *Rott*, *Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten*, 167 ff.

<sup>611</sup> Umfänglich dazu von *Wilmowsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 160 ff.

<sup>612</sup> Überzeugend von *Wilmowsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 164; vgl. auch ebda., 165 f., zu Ausschlussfristen für eine Eintragung.

<sup>613</sup> Vgl. dazu *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 58 f. und 62 f.; *Leible*, in: *Praxis-Handbuch Export*, Gruppe 6/7, 1, 20 und 26; ausführlich zu Mobiliarsicherheiten im italienischen Recht *Bussani*, *ERPL* 6 (1998), 23; zum spanischen Recht *Hundertmark*, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten und Insolvenzverfahren im spanischen Recht*, passim; *Hellmich*, *Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung*, passim.

von zahlreichen Möglichkeiten, eine Urkunde mit sicherem Datum zu erlangen. Statt einer Registrierung genügen auch verschiedene alternative Handlungen und insbesondere eine notarielle Beurkundung zur Herstellung der geforderten Publizität<sup>614</sup>. Diese sind aber mangels öffentlicher Zugänglichkeit in keiner Weise geeignet, dem Gläubiger eines Schuldners Auskunft darüber zu verschaffen, ob das von ihm avisierte Sicherungsobjekt bereits mit Sicherungsrechten anderer Gläubiger belastet ist oder nicht. Der Zweck des Erfordernisses einer Urkunde mit sicherem Datum wird daher vor allem darin gesehen, betrügerische Handlungen durch fiktive oder die Rückdatierung von Sicherungsvereinbarungen zu verhindern. Ob dieser sicherlich auch dem Allgemeininteresse dienende Zweck genügt, um einen unter der alten *lex rei sitae* ohne Beachtung dieser Formvorschriften vereinbarten Eigentumsvorbehalt die Wirksamkeit zu versagen, erscheint freilich zweifelhaft. Bereits im Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht wurde aufgezeigt, dass die Bekämpfung abstrakter Missbrauchsgefahren durch ein vollständiges Verbot bestimmter Handlungsweisen vom EuGH meist als unverhältnismäßig angesehen wird, wenn zur Erreichung des angestrebten Ziels bereits Regelungen zur Verhinderung konkreter Missbrauchstatbestände ausreichen. Das ist vorliegend zweifelsohne der Fall, da sich Betrügereien bereits durch weniger einschneidende Mittel, etwa eine entsprechende Verteilung der Beweislast für den Zeitpunkt der Vorbehaltsvereinbarung, verhindern lassen. „Es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht andere Dokumente als die ausdrücklich ... anerkannten oder auch Zeugenaussagen diesen Beweis erbringen können“<sup>615</sup>.

#### V. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt, dass der Gerichtshof eine Überprüfung der mit der Anwendung mitgliedstaatlicher Normen verbundenen Folgen bisher noch nie mit der Begründung abgelehnt hat, sie seien dem hier als „Kernprivatrecht“ bezeichneten Zivilrecht im engeren Sinne zuzurechnen. Die Entscheidungen „CMC Motorradcenter“, „Krantz“, „Graf“, „Koestler“ und insbesondere „Trummer und Mayer“ machen vielmehr deutlich, dass auch Privatrecht sich am Maßstab der Grundfreiheiten messen lassen muss. Allerdings neigt der Gerichtshof dazu, die Beschränkungswirkung privatrechtlicher Normen oft mit der Begründung abzulehnen, die durch sie verursachte Behinderung des innergemeinschaftlichen Güter- und Leistungsaustausch sei zu ungewiss und mittelbar. Es konnte jedoch aufgezeigt werden, dass die Argumentation der lediglich „hypothetischen Beeinträchtigung“ dogmatisch nicht überzeugend ist und der EuGH außerdem bei der Verwendung dieses Topos die von privatrechtlichen Normen ausgehenden Wirkungen mitunter unterschätzt. Besinnt man sich darauf, dass Grundlage

---

<sup>614</sup> Ein Registrierungserfordernis besteht nur bei Sicherungsrechten an bestimmten Gütern.

<sup>615</sup> *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 189; ähnlich *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 47.

des Privatrechts in einer freiheitsbasierten Rechtsordnung die Privatautonomie ist, so muss diese ins Verhältnis zu den Grundfreiheiten gesetzt werden. Rechtfertigungsbedürftig sind dann insbesondere alle Einschränkungen der Freiheit privatautonomes Handeln, die zu einer Erschwerung des Marktzutritts führen oder diesen gar unmöglich machen. Damit bewegt man sich wieder in den gewohnten Bahnen. Unter Rechtfertigungsdruck gelangen so vor allem Vorschriften, die über Vertragsbedingungen das vertriebene Produkt selbst definieren und mitgestalten, aber auch Haftungsmaßstäbe im Rahmen der Produkt- oder Dienstleistungshaftung und schließlich unter Umständen der *numerus clausus* der Sachenrechte. Rein transaktionsbezogene Regelungen hingegen ist ein Behinderungspotential in der Regel ab- und nur ausnahmsweise dann zuzusprechen, sofern sie zu spezifischen Erschwerung grenzüberschreitender Vertriebs- oder Nachfrageraktivitäten führen.

Auf der Rechtfertigungsebene stehen zunächst die bereits aus der bisherigen EuGH-Rechtsprechung bekannten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Sie lassen sich häufig auch für das Privatrecht nutzbar machen. Wo dies nicht möglich ist, scheut sich der EuGH aber auch nicht, genuin privatrechtliche Ordnungsinteressen anzuerkennen. Sie werden allerdings, wie insbesondere die Entscheidung „Trummer und Mayer“ deutlich macht, nicht vorbehaltlos hingenommen, sondern auf ihre Folgerichtigkeit überprüft. Ob und inwieweit der EuGH dabei auch auf Systemzusammenhänge Rücksicht nimmt, ist bislang noch unklar. Seine Rechtsprechung zum Steuerrecht zeigt, dass er Systemargumenten durchaus offen gegenüber steht. Allein historisch begründbare Eigenheiten behindernd wirkender Rechtsfiguren werden ihn aber sicherlich nicht überzeugen können. Dies führt letztlich zu einer Rationalitätskontrolle.

### *E. Grundfreiheiten und Internationales Privatrecht*

Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die Einwirkung der Grundfreiheiten auf das materielle Zivilrecht ist bereits an verschiedenen Stellen dieser Arbeit offenbar geworden; denn nach dem hier vertretenen Ansatz kommt eine beschränkende Wirkung des Sachrechts überhaupt nur dann in Betracht, wenn es rechtswahlfest ist<sup>616</sup>. Genauso wie beim Sach- ist aber auch beim Kollisionsrecht nach seinem Verhältnis zu den Grundfreiheiten zu fragen. Diese Frage ist in der Literatur schon recht früh thematisiert

---

<sup>616</sup> Vgl. oben § 4, D I.

worden<sup>617</sup>. Im Vordergrund der Untersuchungen standen dabei allerdings zunächst überwiegend fremdenrechtliche Aspekte sowie tatsächlich oder vermeintlich diskriminierende Kollisionsnormen, insbesondere die verbreitete Anknüpfung des Personalstatuts an die Staatsangehörigkeit<sup>618</sup>. Die Erkenntnis, dass das Gemeinschaftsrecht über die Abwehr fremdenrechtlicher und diskriminierender kollisionsrechtlicher Normen hinausgehende Wirkungen zeitigen kann, setzte sich erst mit gewisser zeitlicher Verzögerung zur Entwicklung der Grundfreiheiten von reinen Diskriminierungs- zu umfassenden Beschränkungsverboten durch. Das Thema „Grundfreiheiten und IPR“ findet heute gesteigertes wissenschaftliches Interesse<sup>619</sup>. Dabei sind zwei Fragen voneinander zu unterscheiden. Zum einen ist zu untersuchen, ob Kollisionsrecht selbst beschränken kann. Zum anderen ist zu fragen, ob den Grundfreiheiten ein eigener kollisionsrechtlicher Regelungsgehalt zukommt.

### *I. Die Bedeutung der Rechtswahlfreiheit*

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen materiellem Zivilrecht und den Grundfreiheiten wurde die These vertreten, dass es zu Konflikten immer dann kommen kann, wenn die dem einzelnen eingeräumte Freiheit privatautonomen Handels nicht weit genug reicht, um ihm die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu ermöglichen. Es liegt nahe, diesen Gedanken auch für das Kollisionsrecht und sein Pendant zur Privatautonomie, die Parteiautonomie, fruchtbar zu machen. Denn ebenso wie die Privat- ist auch die Parteiautonomie eine wesentliche Voraussetzung für das Funktio-

---

<sup>617</sup> Vgl. z.B. *Beitzke*, ZfRV 1964, 80; *Drobnig*, AJCL 15 (1966-67), 204; *Marazzi*, Il diritto dell'economia 8 (1962), 791; *Savatier*, Rev. crit. dr. int. pr. 48 (1959), 237; *Zweigert*, FS Hallstein, 554

<sup>618</sup> Vgl. etwa *Drobnig*, RabelsZ 34 (1970), 636.

<sup>619</sup> Vgl. aus der umfangreichen Literatur z.B. *Basedow*, RabelsZ 59 (1995), 1; *dens.*, NJW 1996, 1921; *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, passim; *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, passim; *Duintjer Tebbens*, Rev. crit. dr. int. pr. 83 (1994), 451; *Fallon*, Hommage Rigaux, 187; *Gounalakis/Radke*, ZVglRWiss 98 (1999), 1; *Helmsberg*, WBl. 1997, 89 und 137; *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, passim; *Kohler*, Travaux du comité français de droit international privé (1993-1994), S. 71 ff.; *Radicati di Brozolo*, Rev. crit. dr. int. pr. 82 (1993), 401; *Rigaux*, Mélanges Loussouarn, 341; *W.-H. Roth*, RabelsZ 55 (1991), 623; *Schmeineck*, FS Bleckmann, 251; *Saulle*, Diritto comunitario e diritto internazionale privato, passim; *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), S. 3 ff.; *Steindorff*, EuR 1981, 426; *von Wilmsky*, ZEuP 1995, 735; *dens.*, RabelsZ 62 (1998), 1; *Wouters*, MJ 4 (1997), 161 und 284; außerdem die zahlreichen Beiträgen in von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR; Lagarde/von Hoffmann (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts.

nieren eines einer offenen Marktwirtschaft und einem freien Wettbewerb verpflichteten Binnenmarktes<sup>620</sup>. Außerdem wird man nicht in Abrede stellen können, dass die Parteiautonomie - trotz ihrer unterschiedlichen Reichweite in den einzelnen Mitgliedstaaten - zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu zählen ist. Besonders deutlich macht dies für das Vertragsrecht Art. 3 EVÜ. Die zu belegende These lautet daher: Konflikte zwischen den Grundfreiheiten und dem Kollisionsrecht sind anzunehmen, wenn die dem einzelnen eingeräumte Rechtswahlfreiheit nicht weit genug reicht, um ihm die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu ermöglichen.

Ein System rein objektiver Anknüpfungen führt zwar zu keinem vollständigen Ausschluss grenzüberschreitender Transaktionen, macht sie jedoch wesentlich schwieriger. Objektive Anknüpfungen schaffen für Unternehmen erhebliche Unsicherheit über das auf die von ihnen getätigten Geschäfte anzuwendende Recht. Soweit das Internationale Privatrecht oder zumindest das Recht der Internationalen Zuständigkeit nicht Gegenstand völker- oder gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung ist, variieren die jeweiligen nationalen Qualifikations- und Anknüpfungsregeln. Welches Sachrecht auf die Rechtsbeziehungen angewendet wird, hängt demzufolge bei fehlender Rechtswahl entscheidend vom jeweiligen Kollisionsrecht und damit vom Gerichtsstand ab. Dieser Zustand führt fast notwendig zum forum shopping, d.h. zum Missbrauch der Regeln über die Internationale Zuständigkeit der Gerichte zum Zwecke der Beeinflussung des anwendbaren Sachrechts<sup>621</sup>. Da im Moment der Geschäftsvornahme meist nicht abzusehen ist, vor welches Forum hieraus resultierende Rechtsstreitigkeiten gelangen werden<sup>622</sup>, können sich Unternehmen auf die Anknüpfungsregeln

---

<sup>620</sup> *Radicati di Brozolo*, Rev. crit. dr. int. pr. 82 (1993), 401, 410 f. = *ders.*, in: Lagarde/von Hoffmann (Hrsg.), Europäisierung des IPR, 87, 93; *Wouters*, MJ 4 (1997), 285, 287 f.

<sup>621</sup> Dass die Regelungen der Internationalen Zuständigkeit andere Gerechtigkeitsideale verfolgen als das Kollisionsrecht steht außer Frage, vgl. *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 109 ff.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 19 ff. Aus kollisionsrechtlicher Sicht *Kegel/Schurig*, IPR, 896 f.; *Kropholler*, IPR, 567 ff.

<sup>622</sup> Ersatzweise getroffene Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit stellen nur einen Notbehelf dar, bedarf es doch in diesem Fall stets noch der zwischengeschalteten Prüfung des Kollisionsrechts des prorogierten Gerichtes, um die in der Sache anwendbaren Vorschriften zu ermitteln. Außerdem zeigt die Erfahrung, dass oft nur die prorogierende, nicht aber die derogierende Wirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen anerkannt wird. Für das Gebiet der EG sind diese Probleme zwar durch das EuGVÜ gelöst worden, doch lässt auch das EuGVÜ Gerichtsstandsklauseln nur in beschränktem Umfang zu.

des später angegangenen Forums nicht einstellen. Und selbst wenn sich die Zahl möglicher Foren reduzieren lässt, bleiben - sofern eine Reduktion auf lediglich ein Forum nicht in Betracht kommt - aufgrund der Unterschiedlichkeit der von den einzelnen Staaten für eine objektive Anknüpfung gewählten Anknüpfungsmomente immer noch eine Mehrzahl nationaler Sachrechte zu beachten. Abhilfe schafft die Parteiautonomie. Sie ist nicht nur eine „doctrine of convenience and business efficacy“<sup>623</sup>, sondern vor allem auch Garantin von Rechtssicherheit. Je geringer die mitgliedstaatlichen Eingriffe in die Rechtswahlfreiheit sind, desto eher können sich die Parteien sicheres Wissen über das geltende, d.h. anwendbare Recht verschaffen, das sie in die Lage versetzt, die für ihre Geschäfte notwendigen Dispositionen zu treffen und ihr Verhalten an den Vorgaben der gewählten Rechtsordnung auszurichten. Ein System rein objektiver Anknüpfungen vermag das nicht.

Darüber hinaus sprechen noch zahlreiche weitere Gründe für die Gewährung einer möglichst weitgehenden Rechtswahlfreiheit<sup>624</sup>. Im Lichte der Grundfreiheiten beachtlich ist vor allem die mit der Parteiautonomie verbundene Effizienzsteigerung; denn den Parteien wird es ermöglicht, die ihrer Ansicht nach für ihr Geschäft beste Rechtsordnung auszuwählen. Bei vielen internationalen Rechtsgeschäften können für die Parteien gewichtige Gründe bestehen, ein bestimmtes Recht zu wählen. So mögen sie ein Interesse daran haben, den Vertrag einer Rechtsordnung zu unterstellen, die für den Geschäftstypus die passendsten Normen bereit hält oder die in diesem Bereich den internationalen Geschäftsverkehr dominiert<sup>625</sup>. Sie können ein „neutrales“ Recht wählen wollen, in das jeder von ihnen mehr Vertrauen setzt als in das des Geschäftspartners<sup>626</sup>. Und schließlich kann der Wunsch zur Vereinbarung eines bestimmten Rechts auch nur deshalb bestehen, weil sie diese Wahl schon des öfteren getroffen haben und bereits Erfahrungen sammeln konnten<sup>627</sup>.

Die Freiheit der Rechtswahl erspart es schließlich gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen, sich auf unterschiedliche nationale Rechte einstellen zu müssen. Sie können - sei es als Anbieter, sei es als Nachfrager - alle Verträge mit ihren Geschäftspartnern, eine entsprechende Einigung vorausgesetzt, einheitlich einem Recht unterstellen. Die Rechtswahlfreiheit hat dann - zumindest für eine der Vertragsparteien - eine Rationalisie-

---

<sup>623</sup> W. Lorenz, Vertragsschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands, 154.

<sup>624</sup> Zur Parteiautonomie als Ausfluss eines überpositiven Autonomie- und Freiheitsgedankens vgl. Flessner, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, 100.

<sup>625</sup> Gamillscheg, AcP 157 (1958/59), 303, 312. Gängiges Beispiel ist die Wahl englischen Rechts für Getreidelieferungsverträge wegen der führenden Rolle der London Corn Trade Association, vgl. von Hoffmann, IPR, § 10 Rdnr. 27.

<sup>626</sup> Lando, in: International Encyclopedia of Comparative Law III, Kap. 24, Nr. 62.

<sup>627</sup> Vgl. Leible, ZVglRWiss 97 (1998), 286, 288.

rungsfunktion und führt wenigstens für sie zu einer Senkung der Transaktionskosten. Festhalten lässt sich jedenfalls abschließend, dass die Gewährung von Parteiautonomie zweifelsohne geeignet ist, grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte und damit die Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu erleichtern. Ob hieraus allerdings folgt, dass die Grundfreiheiten den Parteien eines in ihren Anwendungsbereich fallenden Rechtsgeschäfts stets das Recht gewähren, das auf dieses anwendbare Zivilrecht autonom festzulegen<sup>628</sup>, und daher Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit grundsätzlich potentielle Eingriffe in den Schutzbereich dieser Freiheitsrechte und damit rechtfertigungsbedürftig sind<sup>629</sup>, erscheint jedoch fraglich. Zunächst ist nochmals daran zu erinnern, dass die Grundfreiheiten gerade keine allgemeine Handlungsfreiheit<sup>630</sup> garantieren, sondern nur bestimmte Formen grenzüberschreitenden Wirtschaftens schützen sollen. Und selbst wenn der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet ist, können ebenso wie Einschränkungen der Privat- auch Begrenzungen der Parteiautonomie nur dann beschränkend wirken, wenn sie zu spezifischen Beeinträchtigungen der verbürgten Freiheitsrechte führen. Allein der Hinweis auf die mit Rechtswahlverboten oder -beschränkungen einhergehenden potentiellen Behinderungen im Sinne der Dasonville-Formel<sup>631</sup> reicht, wie insbesondere die Entscheidung Keck deutlich gemacht hat, daher nicht aus<sup>632</sup>. Genauso wie beim Sach- wird man vielmehr auch beim Kollisionsrecht in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen müssen, ob der Ausschluss der Rechtswahlfreiheit und die damit einhergehende objektive Anknüpfung rechtlich bedeutsamer Handlungen lediglich Verkaufsmodalitäten betrifft oder leistungsbezogene Auswirkungen hat. Darauf ist noch zurückzukommen.

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der bereits verschiedentlich zitierten EuGH-Entscheidung „Alsthom Atlantique“. Ihr lässt sich insbesondere nicht ent-

---

<sup>628</sup> Von *Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 46; *ders.*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 5; ähnlich *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, 244 ff; *Freitag*, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht, 370; *Grundmann*; *IPRax* 1992, 1, 4.

<sup>629</sup> *Pfeiffer*, *NJW* 1997, 1207, 1209;

<sup>630</sup> Zum Zusammenhang zwischen Rechtswahl- und allgemeiner Handlungsfreiheit vgl. *Leible*, *JJZ* 1995, 245, 248. Für grundrechtlich gesichert halten die Parteiautonomie z.B. *Beitzke*, *GG* und *IPR*, 16 f.; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 54; a.A. *Flessner*, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, 99 f.; *Neuhaus*, Grundbegriffe des *IPR*, 255.

<sup>631</sup> So etwa *Grundmann*, *ZHR* 163 (1999), 635, 661: „Potentiell unterbleiben daher grenzüberschreitende Transaktionen, und dies genügt nach der Dasonville-Formel für die Annahme einer Behinderung“. Ähnlich *ders.*, *FS* Rolland, 145, 151.

<sup>632</sup> So im Ergebnis auch *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 24 f.

nehmen, dass eine die Rechtswahl ausschließende oder beschränkende Norm grundsätzlich zu einer Grundfreiheitenbeschränkung führt<sup>633</sup>. Nach Ansicht des Gerichtshofs spricht es lediglich gegen eine behindernde Wirkung sachrechtlicher Normen, wenn ihnen die Parteien durch Wahl eines anderen Rechts ausweichen können. Hingegen ist der Umkehrschluss nicht zwingend. Zum einen erfolgten die Aussagen des EuGH nur obiter. Zum anderen verweist er darauf, dass die Wahl eines anderen Rechts den Parteien „im allgemeinen“ freistehe<sup>634</sup>, erkennt also an, dass es durchaus auch Rechtswahlverbote und -beschränkungen geben kann. Wie in einem solchen Fall zu entscheiden wäre, bleibt offen. Der Entscheidung lässt sich daher letztlich nicht mehr entnehmen, als dass die Versagung von Parteiautonomie in Grundfreiheiten eingreifen *kann*<sup>635</sup>. Man wird sie außerdem dahingehend interpretieren können, dass objektive Anknüpfungen nicht beschränkungstauglich sind, sofern Rechtswahlfreiheit besteht.

## II. Keine Freiheitsbeschränkung durch Kollisionsnormen?

Der hier für grundsätzlich möglich angesehenen Einflussnahme der Grundfreiheiten auf das Kollisionsrecht wird freilich entgegen gehalten, die Anforderungen der Grundfreiheiten könnten schon deshalb nicht durch verweisungsrechtliche Normen verfehlt werden, weil diese ja nur das anwendbare Recht festlegten und daher selbst keine Freiheitsbeschränkungen enthielten<sup>636</sup>. Das überzeugt nicht. Denn ohne die kollisionsrechtliche Verweisungsregelung würde es überhaupt nicht zur Anwendung des beschränkenden Sachrechts kommen; die Kollisionsnorm ist daher zumindest mitursächlich für die Freiheitsbeschränkung und daher genauso am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen wie das Sachrecht<sup>637</sup>. Dass auch der EuGH eine Interdependenz zwischen Kollisionsrecht und Grundfreiheiten nicht ausschließt, macht die Entscheidung „Boukhalfa“ deutlich. In der Sache ging es um eine Bürger aus anderen EG-Mitgliedstaaten benachteiligende Regelung des deutschen Gesetzes über den Auswärtigen Dienst (GAD). Danach waren die nichtentsandten deutschen Mitarbeiter der deutschen Auslandsvertretungen nach deutschem Arbeitsrecht zu behandeln (§ 32 GAD), während gem. § 33 GAD die Arbeitsverhältnisse ihrer ausländischen Kollegen unter Berücksichtigung des Rechts im Gastland nach der Ortsüblichkeit gestaltet werden sollten. Dem Einwand der Bundesregierung, die Arbeitsbedingungen der eine Gleichstellung mit ihren deutschen

---

<sup>633</sup> So aber *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, 252.

<sup>634</sup> Vgl. EuGH 24.1.1991 Slg. 1991, I-107, 124 Egrd. 15 - Alsthom Atlantique.

<sup>635</sup> Das gesteht auch *von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 6, zu.

<sup>636</sup> So etwa *Duintjer Tebbens*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 83 (1994), 451, 476 ff.; *Kohler*, *Travaux du Comité français de droit international privé* (1993-94), 71, 75 f.;

<sup>637</sup> *Sonnenberger*, *ZVglRWiss* 95 (1996), 3, 22; zustimmend z.B. *Wouters*, *MJ* 4 (1997), 284, 290.

Kollegen fordernden belgischen Klägerin, einer Mitarbeiterin der deutschen Botschaft in Algerien, unterlägen algerischem Recht, weshalb das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht anwendbar sei, hielt der Gerichtshof entgegen:

„Dazu ist festzustellen, daß das algerische Recht, ..., für die Arbeitsbedingungen der Klägerin nur in Anwendung von § 33 GAD maßgebend ist, dessen Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht im Ausgangsverfahren gerade geltend gemacht wird.“<sup>638</sup>

Der EuGH misst damit § 33 GAD anscheinend einen kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt bei („in Anwendung von ... maßgebend“)<sup>639</sup>, hält aber gleichwohl einen von der Vorschrift ausgehenden Eingriff in das durch Art. 39 EG verbürgte Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit und damit einen Einfluss der Grundfreiheiten auf nationales Verweisungsrecht nicht für grundsätzlich ausgeschlossen. Wo und wie Grundfreiheiten sowie Art. 12 EGV auf kollisionsrechtliche Normen einwirken und zu welchen Problemen dies führt, ist nun im folgenden kurz aufzuzeigen.

### III. Diskriminierungen

Zunächst im Blickpunkt stehen dabei natürlich diskriminierende Normen. Allerdings sind Diskriminierungen wie im materiellen auch im internationalen Privatrecht nur relativ selten anzutreffen. Klassisches Beispiel für eine deutsche und Bürger anderer Mitgliedstaaten ungleich behandelnde Norm war beispielsweise Art. 38 EGBGB a.F. Danach konnten aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet waren (sog. *privilegium germanicum*). Die Norm wurde daher von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur als mit Art. 12 EGV unvereinbar angesehen<sup>640</sup>. Streit herrschte lediglich über

<sup>638</sup> EuGH 30.4.1996 Slg. 1996, I-2253, 2279 Egrd. 19 - Boukhalfa.

<sup>639</sup> Allerdings sind an dieser Einschätzung erhebliche Zweifel angebracht. Tatsächlich handelt es sich wohl nur um eine rein materiellrechtliche Verweisung auf den sachrechtlichen Inhalt des ausländischen Rechts, vgl. *Freitag*, Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, 280 f.; *Kohler*, ZEuP 1997, 1030, 1043; a.A. (kollisionsrechtlicher Verweis) *Grau/Schmidt-Bremme*, Gesetz über den Auswärtigen Dienst, § 33 Rdnr. 1; *Dautzenberg*, IStR 1997, 639.

<sup>640</sup> Vgl. z.B. *Jayme*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1, 9; *Junker*, RIW 1998, 741, 743; *Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 457, 508 f.; *Martiny*, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 211, 236 f. (m. zahlreichen w. Nachw.). Gegen die Anwendbarkeit von Art. 12 EGV wurde allerdings verschiedentlich vorgebracht, dass das Deliktsrecht nicht in den Anwendungsbereich des EGV falle, vgl.

die Auswirkungen dieses Verstoßes. Das Meinungsspektrum reichte von einer Erstreckung des Deutschenprivilegs auf alle EG-Ausländer<sup>641</sup> über die Unanwendbarkeit der Norm bei Klagen von EG-Ausländern gegen Inländer<sup>642</sup> bis hin zu einer Kumulation von beiden<sup>643</sup>. Die besseren Gründe sprachen für die zweite Lösung. Das Problem ist freilich nur selten gerichtsnotorisch geworden<sup>644</sup> und hat sich mit der Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts durch das „Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen“ vom 21. Mai 1999 erledigt.

Für das Kollisionsrecht wesentlich schwerwiegender ist der Einwand, die verbreitet vorzufindenden Anknüpfungen von Rechtsverhältnissen an die Staatsangehörigkeit führten zu einer nach Art. 12 EGV verbotenen Diskriminierung<sup>645</sup>. Vergleichbar ließe sich für den in anderen Kollisions-

---

MünchKomm-BGB-Kreuzer (2. Aufl., 1990), Art. 38 EGBGB Rdnr. 304 m. w. Nachw. Eine solche Sichtweise übersieht jedoch, dass sich „gemeinschaftsrechtsfreie“ Gebiete abstrakt kaum herausarbeiten lassen, sondern meist nur im konkreten Einzelfall die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift festgestellt werden kann (Streinz/Leible, IPRax 1998, 162, 165). Zu einer deliktischen Haftung führende Sachverhaltskonstellationen, die in den Anwendungsbereich von Art. 12 EGV fallen, sind aber ohne weiteres vorstellbar, etwa bei einem Verkehrsunfall auf dem Weg zur Erbringung einer Dienstleistung, und ohnehin im Bereich des Wettbewerbs- und Produkthaftungsrechts.

<sup>641</sup> Von Bar, IPR I, Rdnr. 173; Staudinger-von Hoffmann (13. Barb., 1998), Art. 38 EGBGB Rdnr. 245; Jayme, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1, 9; Köhler/Piper, UWG, Einf. Rdnr. 86; MünchKomm-BGB-Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdnr. 304; Martiny, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 211, 238; Schmeinck, FS Bleckmann, 251, 267; Zweigert, FS Hallstein, 555, 566 f.

<sup>642</sup> Drobnig, RabelsZ 34 (1970), 636, 660; Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht, 423 f.; Gounalakis/Radke, ZVglRWiss 98 (1999), 1, 17; Lindacher, FS Piper, 355, 359; Sack, GRUR Int. 1988, 320, 331 f.; Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 17.

<sup>643</sup> Niessen, NJW 1968, 2170, 2172.

<sup>644</sup> Vgl. aber OLG Hamburg 11.4.1991 TranspR 1991, 304; 8.12.1994 NJW-RR 1995, 790, 793.

<sup>645</sup> So insbesondere Drobnig, RabelsZ 34 (1970), 637 ff.; ähnlich z.B. MünchKomm-BGB-Birk, Art. 7 EGBGB Rdnr. 79 ff.; Brödermann, MDR 1992, 89, 92; Brödermann/Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, Rdnrn. 457 ff.; Fischer, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 157 ff.; Helmberg, WBl. 1997, 137, 138; W.-H. Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 643 f.; a.A. von Bar, IPR I, Rdnr. 168; Beitzke, ZfRV 1964, 80, 89; Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht, 387 ff.; Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 106 ff.; von Hoffmann, IPR, § 1 Rdnr. 125; Kreuzer, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der EG, 457, 506 Makarov,

normen verwendeten Anknüpfungspunkt des „gewöhnlichen Aufenthalts“ argumentieren, der vom EuGH oft als ein ebenfalls die Annahme einer nach Art. 12 EGV verbotenen mittelbaren Diskriminierung nahelegendes Merkmal angesehen wird. Von vornherein ausscheiden lassen sich anscheinend lediglich Kollisionsnormen, die außerhalb des Vertrags liegende Rechtsgebiete betreffen. Das ist nach Auffassung des EuGH insbesondere beim Familienrecht der Fall:

„Weder die nationalen Bestimmungen des internationalen Privatrechts, die das auf die Ehescheidung anwendbare nationale materielle Recht bestimmen, noch die nationalen privatrechtlichen Bestimmungen, die die materiell-rechtliche Regelung der Scheidungsfolgen enthalten, fallen in den Anwendungsbereich des Vertrages.“<sup>646</sup>

Zweifel an der Richtigkeit dieser gewohnt apodiktischen Aussage sind freilich angebracht<sup>647</sup>. Denn wie bereits ausgeführt, können „gemeinschaftsrechtsfreie“ Gebiete meist nicht abstrakt, sondern nur einzelfallbezogen bestimmt werden. So sah sich der EuGH etwa nicht daran gehindert, eine Vorschrift des deutschen Namensrechts zur Transliteration griechischer in lateinische Schriftzeichen am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen<sup>648</sup>. Niemand wird aber in Abrede stellen, dass die Regelung des Namens- und Personenstandsrechts in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten steht. Gleichwohl müssen sich solche Regelungen am Maßstab des Gemeinschaftsrechts messen lassen, wenn sie zu einer Beeinträchtigung gemeinschaftsrechtlich verbürgter Rechte führen<sup>649</sup>. A priori ausgeschlossen werden kann das auch im Bereich des Familienrechts nicht<sup>650</sup>, genauso wenig etwa im Erbrecht<sup>651</sup>. Zuzugeben ist jedoch, dass Beeinträchtigung

---

Eranion für Maridakis, Bd. 3, 231, 236 ff.; *Saule*, Diritto comunitario e diritto internazionale privato, 191 ff; MünchKomm-BGB-*Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 145.

<sup>646</sup> EuGH 10.6.1999 Slg. 1999, I-3475, 3495 Egrd. 27 - Johannes. Vgl. dazu auch *Pirrung*, FS Henrich, 461, 468.

<sup>647</sup> Ebenfalls kritisch *Rigaux*, IPRax 2000, 287.

<sup>648</sup> EuGH 30.3.1991 Slg. 1993, I-1191 - Konstantinidis.

<sup>649</sup> Beispiele zu Berührungspunkten des internationalen Namensrechts mit dem Gemeinschaftsrecht finden sich etwa bei MünchKomm-BGB-*Birk*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 127 ff.

<sup>650</sup> Berechtigt daher Einwand von *Rigaux*, IPRax 2000, 287, 288, zur Entscheidung „Johannes“ (Fußn. 646): „The effect of family law on the right of a pensioned official to be deprived from a fraction of his retirement pension could have been examined under the heading of Article 6 EC. The right of all officials of the Community to be treated alike, whatever their nationality, is a question of community law.“

<sup>651</sup> Vgl. *Schurig*, FS Großfeld, 1089, 1096 in Fußn. 35. Umfassend zu möglichen Problemkonstellationen MünchKomm-BGB-*Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 413 ff.

gen durch familien- und erbrechtliche Vorschriften eher selten sind<sup>652</sup>. Nun finden sich Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit aber nicht nur in Kollisionsnormen für familien- und erbrechtliche Rechtsverhältnisse, sondern beispielsweise auch in Art. 7 EGBGB zur Bestimmung des für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer Person maßgebenden Rechts. Dies führt etwa dazu, dass in einem vor deutschen Gerichten ausgetragenen Verfahren österreichische Staatsangehörige erst ab Vollendung des 19. Lebensjahres als voll geschäftsfähig angesehen werden<sup>653</sup>, während Bürger aus allen anderen Mitgliedstaaten dies bereits mit 18 Jahren sind<sup>654</sup>. Dass dies gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV und die es konkretisierenden speziellen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten<sup>655</sup>, etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Niederlassungsfreiheit, verstoßen kann<sup>656</sup>, ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen.

Eine Diskriminierung verlangt eine unterschiedliche Behandlung zweier gleicher Tatbestände, die den Betroffenen benachteiligt. Da das untersagte Differenzierungskriterium allein die Staatsangehörigkeit ist, gilt es zunächst zu prüfen, ob im konkreten Fall eine andere Rechtsfolge einschlägig wäre, wenn der Betroffene die Angehörigkeit des Staates besäße, demgegenüber er sich auf Art. 12 EGV beruft<sup>657</sup>, in unserem Fall also die deutsche. Das wird man kaum bestreiten können; denn wäre unser Österreicher Deutscher, führte der Rechtsanwendungsbefehl des Art. 7 EGBGB zum deutschen und nicht zum österreichischen Sachrecht. Allerdings verbietet Art. 12 EGV nicht jede auf die Staatsangehörigkeit gestützte Differenzierung, sondern nur eine zu einer Schlechterstellung des EG-Ausländers füh-

---

<sup>652</sup> Zu recht formuliert deshalb *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 643: „Daher bleiben die Kernbereiche des Erb- und Familienrechts von Art. 7 I EWGV unangetastet“. Vgl. auch *Drobnig*, *RabelsZ* 34 (1970), 636, 645 f.; *Wagner*, *IPRax* 2000, 512, 519.

<sup>653</sup> Vgl. § 21 Abs. 2 ABGB.

<sup>654</sup> Nachweise zur Volljährigkeitsgrenze in den Mitgliedstaaten bei *Brödermann/Iversen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, Rdnr. 463 in Fußn. 96; *MünchKomm-BGB-Birk*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 83 in Fußn. 99; vgl. außerdem *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 341 ff.

<sup>655</sup> Im Schrifttum wird hauptsächlich ein Verstoß gegen Art. 12 EGV diskutiert. Wesentlich naheliegender ist gerade bei einem unterschiedlichen Eintritt der Volljährigkeit jedoch ein Verstoß gegen die speziellen Diskriminierungsverbote; so wird z.B. einem achtzehnjährigen Österreicher der Zutritt zum deutschen Markt - jedenfalls für nach seinem Heimatrecht genehmigungspflichtige oder nicht genehmigungsfähige Rechtsgeschäfte - versperrt. Vgl. auch *MünchKomm-BGB-Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 80 f., insbesondere zu unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäben.

<sup>656</sup> Beispiele bei *MünchKomm-BGB-Birk*, Art. 7 EGBGB Rdnr. 82.

<sup>657</sup> *Grabitz/Hilf-von Bogdandy*, Art. 6 EGV a.F. Rdnr. 8.

rende<sup>658</sup>. Eine solche Schlechterstellung wird von einigen bereits in der Anwendung fremden Rechts gesehen<sup>659</sup>. Der Umstand allein, dass das Staatsangehörigkeitsprinzip häufiger als andere Anknüpfungsmomente zur Anwendung ausländischen Rechts führt, reicht für die Annahme einer Diskriminierung jedoch nicht aus. Natürlich ist das ausländische Recht im Inland meist unbekannt, schwierig zu ermitteln und seine Feststellung mit Kosten verbunden, die bei einer Anwendung des heimischen Rechts nicht anfallen würden. Der EG-Vertrag geht jedoch, wie insbesondere Art. 293 EGV und neuerdings auch Art. 65 EGV deutlich machen, vom Vorhandensein unterschiedlicher nationaler Privatrechte und damit der Notwendigkeit ihrer Koordinierung mittels kollisionsrechtlicher Normen aus, solange es zu keiner oder einer nur unvollständigen Rechtsangleichung gekommen ist. Die mit der Anwendung fremden Rechts verbundenen allgemeinen Kosten und Schwierigkeiten sind daher jedenfalls zur Begründung primärrechtlicher Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme nicht geeignet, sondern können, sofern sie zu Wettbewerbsverfälschungen führen, allenfalls im Wege der Schaffung von Sekundärrechtsakten zur Rechtsangleichung beseitigt werden. Im übrigen würde das Argument der Rechtsanwendungskosten, hält man es konsequent durch, zu einer Herrschaft des *lex fori*-Prinzips, mindestens aber zu einem fakultativen Kollisionsrecht<sup>660</sup> führen und damit das Internationale Privatrecht insgesamt in Frage stellen<sup>661</sup>. Dass dies vom EG-Vertrag gewollt ist, muss aber bezweifelt werden.

Kann folglich das Vorliegen eines Diskriminierungstatbestandes nicht mit den Schwierigkeiten der Anwendung fremden Rechts begründet werden, so fragt sich, ob eine Diskriminierung immerhin dann vorliegt, wenn die Anwendung der Norm, auf die verwiesen wurde, zu einer Schlechterstellung des EG-Ausländers führt<sup>662</sup>. Nach verbreiteter Auffassung soll das nicht der Fall sein, solange die an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Norm allseitig ausgestaltet sei; denn die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in allseitigen Kollisionsnormen könne schon rechtstechnisch keine Ungleichbehandlung darstellen, da über die Frage nach dem anwendbaren

---

<sup>658</sup> *Geiger*, Art. 12 EGV Rdnr. 7.

<sup>659</sup> *Drobnig*, *RabelsZ* 34 (1970), 636, 639 und 644; *Fischer*, in: von Bar (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, 157, 162.

<sup>660</sup> Zum fakultativen Kollisionsrecht vgl. etwa *Flessner*, *RabelsZ* 34 (1970), 547; *dens.*, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, 119 ff.; *Wagner*, *ZEuP* 1999, 6, jeweils m. w. Nachw.

<sup>661</sup> Ebenso *von Bar*, *IPR I*, Rdnr. 168.

<sup>662</sup> In unserem Beispielfall also die Anwendung des durch Art. 7 EGBGB berufenen § 21 Abs. 2 ABGB und die daraus folgende Behandlung eines achtzehnjährigen Österreicherers als nur beschränkt geschäftsfähig durch deutsche Gerichte.

Recht für alle Beteiligten nach den gleichen Kriterien entschieden werde<sup>663</sup>. Eine solche Ansicht übersieht jedoch, dass es für die Feststellung einer Diskriminierung nicht allein auf die Ausgestaltung einer Norm, sondern genauso auf ihre Wirkung ankommt. Berücksichtigt man dies, kommt man aber an der Tatsache nicht vorbei, dass in unserem Beispielfall „aufgrund der Anknüpfung an das Heimatrecht eine strengere sachliche Regelung zur Anwendung gelangt, die sich zu Lasten des Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats auswirkt“<sup>664</sup>. Ihm wird es verwehrt, auf dem deutschen Markt unter den gleichen Bedingungen tätig zu werden wie seine deutschen Konkurrenten. Dies zeigt, dass Diskriminierungen aufgrund des Staatsangehörigkeitsprinzips also durchaus möglich sind. Es stellt sich dann nur noch die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung.

Ziel der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist es, die Rechtsordnung zur Anwendung zu berufen, die dem Betroffenen am Vertrautesten ist. Und das ist - jedenfalls in der Regel<sup>665</sup> - sein Heimatrecht<sup>666</sup>. Darüber hinaus lässt sich die Staatsangehörigkeit einer Person meist wesentlich einfacher ermitteln als andere in Betracht kommende Anknüpfungspunkte, wie etwa der gewöhnliche Aufenthalt. Das Staatsangehörigkeitsprinzip dient folglich auch der Rechtssicherheit. Und schließlich ist zu bedenken, dass die von Art. 7 EGBGB ausgehende Benachteiligung von Personen anderer Nationalität durch Art. 12 EGBGB, der zugunsten der Wirksamkeit des Geschäfts unter bestimmten Voraussetzungen alternativ das Ortsrecht beruft<sup>667</sup>, noch einmal wesentlich vermindert werden<sup>668</sup>. Dies alles spricht dafür, die Anbindung des Personalstatuts an die Staatsangehörigkeit sowohl im Rahmen von Art. 12 EGV als auch im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten als gerechtfertigt anzuerkennen<sup>669</sup>. Unbeantwortet bliebe, wenn

---

<sup>663</sup> So etwa *von Bar*, IPR I, Rdnr. 168; *Freitag*, Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, 393; *Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 457, 506; *MünchKomm-BGB-Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 145.

<sup>664</sup> *MünchKomm-BGB-Birk*, Art. 7 EGBGB Rdnr. 83; ähnlich *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 643 f.

<sup>665</sup> Zweifel, ob dies immer gelingt, sind vor allem angesichts der infolge der weltweiten Migrationsbewegung stetig zunehmenden Zahl dauerhaft außerhalb ihres Heimatstaats wohnenden Ausländer angebracht (Vgl. die Zahlen für Deutschland bei *Basedow/Diehl-Leistner*, in: *Jayme/Mansel* [Hrsg.], *Nation und Staat im IPR*, 13 ff.; *Rohe*, FS *Rothoef*, 1, 28 ff.). In Deutschland wird das Staatsangehörigkeitsprinzip daher von einigen ganz grundsätzlich in Frage gestellt, vgl. etwa *Basedow/Diehl-Leistner*, aaO; *Rohe*, aaO; a.A. z.B. *Staudinger-Blumenwitz* (13. Bearb., 1997), Art. 5 EGBGB Rdnr. 26 ff. m. w. Nachw.

<sup>666</sup> Vgl. auch BVerfG 4.5.1971 BVerfGE 31, 58, 77.

<sup>667</sup> Zu den Rechtsfolgen der Vorschrift vgl. *MünchKomm-BGB-Spellenberg*, Art. 12 EGBGB Rdnr. 51 ff.

<sup>668</sup> *Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der EG*, 457, 507.

<sup>669</sup> Eine Rechtfertigung für ausgeschlossen halten *Fischer*, in: *von Bar* (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, 157, 166 ff. (zu Art. 12 EGV); *W.-H. Roth*,

man eine Rechtfertigung ablehnt, außerdem die Frage, was an die Stelle der dann gemeinschaftsrechtswidrigen Norm treten solle. Verschiedentlich wird auf die Möglichkeit einer Anknüpfung an den „gewöhnlichen Aufenthalt“ verwiesen<sup>670</sup>. Aber auch das ist nicht bedenkenfrei. Zwar ließe sich so eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung vermeiden, doch können damit durchaus Beschränkungen der Grundfreiheiten verbunden sein. Knüpfte nämlich beispielsweise Österreich anstatt an die Staatsangehörigkeit (vgl. § 9 Abs. 1 IPRG) an den gewöhnlichen Aufenthalt an, hätte dies zur Folge, dass achtzehnjährige Deutsche, die zur Stellensuche ihren Lebensmittelpunkt nach Österreich verlegen<sup>671</sup>, fortan ohne Genehmigung keine Arbeitsverhältnisse mehr eingehen können. Dadurch würde aber der Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt beschränkt. Zuzugeben ist, dass eine solche Konstellation natürlich äußerst unwahrscheinlich ist. Das Beispiel macht aber deutlich, wie schwierig mangels aus dem Primärrecht ableitbarer Maßstäbe die Abwägung im Einzelfall sein kann. Die Entscheidung zwischen den in Betracht kommenden Anknüpfungspunkten - Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Abschlussort - sollte daher dem (Gemeinschafts-)Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

Im Verdacht, diskriminierend zu wirken, steht schließlich auch die von der Rechtsprechung entwickelte Ubiquitätsregel des deutschen internationalen Deliktsrechts. Sie besagt bekanntlich, dass bei einem Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort „der Verletzte seine Ansprüche sowohl aus dem Recht des Handlungsortes als auch dem des Erfolgsortes herleiten kann“<sup>672</sup>. Bei Distanzdelikten kommt es also zu einer Verdoppelung der potentiellen Deliktsstatuten, die zueinander im Verhältnis der Alternativität stehen. Das Ubiquitätsprinzip wurde vom deutschen Gesetzgeber mit dem „Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen“ vom 21. Mai 1999 in Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB gesetzlich festgeschrieben und der bestehende Streit, ob der zur Feststellung des anwendbaren Rechts erforderliche Günstigkeitsvergleich von Amts wegen zu erfolgen oder primär der Verantwortlichkeit des Geschädigten zu überlassen sei<sup>673</sup>, durch Einführung

---

RabelsZ 55 (1991), 623, 644 f. (zu Art. 12 EGV); MünchKomm-BGB-Birk, Art. 10 EGBGB Rdnr. 84 (zu Art. 39, ; a.A. Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht, 398 f.; Kreuzer, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der EG, 457, 507.

<sup>670</sup> Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, 296; Helmberg, WBl. 1997, 137, 138; W.-H. Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 644.

<sup>671</sup> Zum Aufenthaltsrecht zur Bewerbung um einen Arbeitsplatz vgl. Callies/Ruffert-Brechmann, Art. 39 EGV Rdnr. 85 m. w. Nachw.

<sup>672</sup> BGH 17.3.1981 NJW 1981, 1606; vgl. außerdem z.B. BGH 23.6.1964 NJW 1964, 2012.

<sup>673</sup> Für eine amtswegige Anwendung des günstigeren Rechts z.B. BGH 23.6.1964 NJW 1964, 2012; 6.11.1973 VersR 1974, 197; 17.3.1981 NJW 1981, 1606, 1607; von Bar, IPR II, Rdnr. 669; Kegel, IPR (7. Aufl., 1995), 537; Soergel-Lüderitz, Art. 38 EGBGB Rdnr. 24. Mehrheitlich und mit guten Gründen wurde jedoch befürwortet, pri-

eines Bestimmungsrechts in Art. 40 Abs. 1 S. 3 EGBGB gelöst<sup>674</sup>. Das Bestimmungsrecht ermöglicht dem Geschädigten die - zeitliche begrenzte - Auswahl zwischen den in Betracht kommenden Haftungsrechten, wobei er sich im Zweifel immer für das ihm günstigere entscheiden wird. Damit aber wird ein dem klassischen Kollisionsrecht fremdes Element in die Statusermittlung eingeführt und die Verweisung letztlich einer sachrechtlichen Ergebniskontrolle unterzogen. Das Kollisionsrecht wird durch das Sachrecht determiniert und letzteres daher bei der Beurteilung der von einer Kollisionsnorm ausgehenden Schlechterstellung ausländischer Anbieter ausnahmsweise berücksichtigungsfähig. Die Alternativanknüpfung hat zur Folge, dass ausländische Warenhersteller sich bei ihrem Tätigwerden auf dem deutschen Markt anders als ihre deutschen Konkurrenten zwei Haftungsstandards ausgesetzt sehen. Ist nun der Haftungsmaßstab des Handlungsortes, hier verstanden als Produktionsort der Ware, strenger als das deutsche Erfolgsortrecht, werden importierte Waren mit Kosten belastet, die von inländischen nicht zu tragen sind; sie werden mittelbar diskriminiert<sup>675</sup>. Ob daraus freilich zwingend folgt, dass bei Sachverhalten im Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fortan allein das Recht des Erfolgsortes maßgeblich ist<sup>676</sup>, muss bezweifelt werden. Denn eine solche Annahme setzt voraus, dass sich das Günstigkeitsprinzip nicht rechtfertigen lässt. Genau das erscheint aber nicht ausgeschlossen. Zu verweisen ist

---

mär dem Geschädigten selbst die Auswahl des seiner Ansicht nach günstigsten Deliktsortrechts zu überlassen. Erst bei seinem Schweigen war das Gericht berufen, von Amts wegen die günstigste Rechtsordnung zu ermitteln, vgl. etwa Staudinger-von Hoffmann (13. Bearb., 1998), Art. 38 EGBGB Rdnr. 121; MünchKomm-BGB-Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdnr. 50 ff.; Erman-Hohloch, Art. 38 EGBGB Rdnr. 20; Kropholler, IPR, 497.

<sup>674</sup> Zum Bestimmungsrecht ausführlich und m. w. Nachw. Freitag/Leible, ZVglRWiss 99 (2000), 101.

<sup>675</sup> Wie hier W.-H. Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 645 f.; ders., GS Lüderitz, 635, 641; von Hoffmann, IPRax 1996, 1, 3; Gausepohl, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 205 ff.; Joerges, FS Steindorff, 1247, 1249 in Fußn. 10; von einer lediglich beschränkenden Maßnahme geht Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 172, aus; einen Verstoß gegen Art. 28 EGV gänzlich ablehnend Basedow, RabelsZ 59 (1995), 1, 38; Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht, 387; Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, 434; Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 18; Taupitz, ZEuP 1997, 986, 1006.

<sup>676</sup> So W.-H. Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 646; für Marktortprinzip Gausepohl, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte?, 209.

zunächst auf den Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes<sup>677</sup>. Er kann zwar grundsätzlich nur zur Rechtfertigung nichtdiskriminierender Maßnahmen herangezogen werden, doch lässt die neuere Rechtsprechung des EuGH zumindest bei lediglich mittelbar diskriminierenden Maßnahmen durchaus eine Aufweichung dieses Grundsatzes erkennen<sup>678</sup>. Auf jeden Fall aber dient die mit der Ubiquitätsregel möglicherweise verbundene Haftungsverschärfung auch dem Schutz der in Art. 30 EGV genannten Rechtsgüter, insbesondere des Lebens und der Gesundheit von Menschen. Sie ist zudem kein Mittel willkürlicher Diskriminierung (Art. 30 S. 2 EGV); schließlich hat selbst der EuGH, wenn auch nur im Rahmen der Auslegung von Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, die Ubiquitätsregel ausdrücklich als sachgerecht befürwortet<sup>679</sup>. Dass er im Rahmen des Kollisionsrechts anders entscheiden würde, erscheint fraglich<sup>680</sup>.

#### *IV. Beschränkungen*

Ebenso wie für das Sach- gilt auch für das Kollisionsrecht, dass ihm eine beschränkende Wirkung überhaupt nur dann zukommen kann, wenn die Möglichkeit einer freien Rechtswahl ausgeschlossen oder begrenzt ist. Ins Visier der Grundfreiheiten geraten damit vor allem ausschließlich objektive Anknüpfungen sowie Rechtswahlbeschränkungen. Führen sie zur Anwendung eines Sachrechts, das den Grundfreiheiten zuwiderläuft, nehmen sie an der durch das Sachrecht vermittelten Beschränkungswirkung teil. Sie sind dann selbst beschränkend: Ihre Anwendung bedarf der Rechtfertigung, die mitunter auf das Sachrecht tragende Interessen gestützt werden kann, meist aber auf spezifischen kollisionsrechtlichen Wertungen beruhen wird.

##### 1. Abhängigkeit vom Sachrecht

Auf die Abhängigkeit der Beschränkungstauglichkeit kollisionsrechtlicher Normen vom Sachrecht wurde bereits eingangs hingewiesen. Sie erklärt sich daraus, dass es eben, abgesehen von Diskriminierungsfällen, nicht auf den Inhalt einer Norm, sondern allein auf ihre Wirkungen an-

---

<sup>677</sup> So etwa *Jayme/Kohler*, IPRax 1992, 346, 348; ähnlich *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 172 ff., die das Ubiquitätsprinzip allerdings für unverhältnismäßig hält, vgl. ebda., 177; ähnlich *von Hoffmann*, IPRax 1996, 1, 3.

<sup>678</sup> Vgl. § 4, B II 3 d.

<sup>679</sup> EuGH 30.11.1976 Slg. 1976, 1735 - Bier/Mines de Potasse d'Alsace.

<sup>680</sup> Ebenso *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 39 („ausgeschlossen“); *Taupitz*, *ZEuP* 1997, 986, 1008; dagegen *W.-H. Roth*, FS Lüderitz, 635, 649 f.

kommt. Verweist das Kollisionsrecht auf ein Sachrecht, das zu keiner Beschränkung fähig ist, kann auch die Kollisionsnorm den Grundfreiheiten nicht zuwider laufen, weil der Rechtsträger in der Wahrnehmung seiner Freiheiten im Ergebnis nicht behindert wird. Denn allein die mit der Anwendung fremden Rechts verbundenen Informationsprobleme und eine hierdurch eventuell verursachte Erhöhung der Transaktionskosten genügen, wie bereits dargelegt, für die Annahme eines Beschränkungstatbestandes nicht. Diese Dependenz hat zur Folge, dass überhaupt nur solche Kollisionsnormen in das Visier der Grundfreiheiten geraten können, die zwingend sachrechtliche Vorschriften zur Anwendung berufen, durch die „über Vertragsbedingungen - wie im Bereich wichtiger Dienstleistungen (Versicherungen, Banken, Leasing) - das vertriebene Produkt selbst definiert und mitgestaltet wird“<sup>681</sup>, oder die dem Anbieter für ihn essentielle Absatzparameter vorenthalten. Auf die Ausführungen zum Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und materiellem Recht und den dort skizzierten Problemkonstellationen kann daher in vollem Umfang verwiesen werden.

Angesichts dieses Befundes könnte man nun allerdings auf den Gedanken kommen, dass eine Kontrolle des Kollisionsrechts am Maßstab der Grundfreiheiten gänzlich überflüssig ist; da ein Verstoß ohnehin nur bei einem gleichzeitig grundfreiheitenwidrigen Sachrecht möglich ist, genügte zur Herstellung eines gemeinschaftskonformen Zustandes ja stets bereits die Nichtanwendung oder gesetzgeberische Änderung des beschränkenden materiellen Rechts. Diese Überlegung greift jedoch zu kurz. Richtig ist, dass der Gerichtshof lediglich die beschränkende Wirkung einer „mitgliedstaatlichen Maßnahme“ moniert, dabei nicht zwischen Sach- und Kollisionsrecht differenziert, sich letztlich also nur gegen das Ergebnis einer quasi „Gesamtverweisung“ wendet. Richtig ist auch, dass es bei einer Modifikation bzw. Nichtanwendung des Sachrechts, und nur diese wird vom Gerichtshof in der Regel angemahnt, keiner solchen des Kollisionsrechts bedarf. Gleichwohl - und hierauf kommt es an - lässt sich das gleiche Ergebnis auch durch eine Umgestaltung des nationalen Verweisungsrechts erreichen. Schon um den Handlungsbedarf und das Ausmaß des gesetzgeberischen Ermessens festzustellen, ist daher stets eine Prüfung beider Normkomplexe notwendig. Fehlt es an einer beschränkenden Wirkung der Kollisionsnorm oder ist sie gerechtfertigt, bedarf es allein der Nicht-

---

<sup>681</sup> *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 655; ebenso *MünchKomm-Sonnenberger*, *Einl. IPR Rdnr.* 154.

anwendung bzw. Umgestaltung des Sachrechts, während andernfalls auch alternativ eine solche der Verweisungsnorm in Betracht zu ziehen ist<sup>682</sup>.

## 2. Betroffene Sachgebiete

Da parteidispositiven Anknüpfungen von vornherein keine Behinderungswirkung eigen ist, ist nach Rechtsgebieten oder Vertragstypen zu fragen, die einer Rechtswahl nicht oder nur beschränkt zugänglich sind. Solche Einschränkungen der Rechtswahl begegnen etwa bei Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Art. 29 EGBGB) und in weit stärkerem Maße im internationalen Versicherungsvertragsrecht für die Anknüpfung von Massenversicherungsverträge über in der Gemeinschaft belegene Risiken. Im Deliktsrecht ist ebenso wie im internationalen Produkthaftungsrecht lediglich eine nachträglich Rechtswahl zulässig (Art. 42 EGBGB). Im Wettbewerbsrecht und im Sachenrecht ist sie gänzlich ausgeschlossen<sup>683</sup>. Gegen das zulässigerweise parteiautonom bestimmte Recht setzen sich außerdem die Eingriffsnormen durch. Für alle diese Kollisionsnormen gilt: Führen sie zur Anwendung eines grundfreiheitenwidrigen Sachrechts, ist auch für sie die Frage nach ihrer Rechtfertigung zu stellen. Sie kann hier freilich nicht umfänglich, sondern lediglich anhand einiger Beispiele beantwortet werden<sup>684</sup>.

## 3. Rechtfertigung

### a) Internationales Verbrauchervertragsrecht

Gem. Art. 5 EVÜ (= Art. 29 EGBGB) ist eine Rechtswahl in internationalen Verbraucherverträgen nicht ausgeschlossen. Jedoch darf sie nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird. Dem Verbraucher soll zwar die Möglichkeit einer Rechtswahl offen gehalten, zugleich aber die Anwendung solcher Normen seines Aufenthaltsstaates gesichert werden, die zwingenden

---

<sup>682</sup> Ebenso MünchKomm-Sonnenberger, Einl. IPR Rdnr. 158.

<sup>683</sup> Umfassend zur Rechtswahlfreiheit im internationalen Sachenrecht Ritterhoff, Parteiautonomie; außerdem Einsele, RabelsZ 60 (1996), 417, 435 ff.; Weber, RabelsZ 44 (1980), 510.

<sup>684</sup> Zum im Nachfolgenden nicht behandelten internationalen Deliktsrecht vgl. von Hein, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht, 423 ff.; zum internationalen Produkthaftungsrecht Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, 339 ff.; W.-H. Roth, GS Lüderitz, 635.

Charakter haben und den schwächeren Vertragspartner schützen wollen. Anzuwenden ist stets das für ihn günstigste Recht. Damit wird auf kollisionsrechtlicher Ebene zweifelsohne ein gemeinschaftsrechtlich anerkanntes Ziel - der Verbraucherschutz - verfolgt. Zu prüfen bleibt, ob dies in verhältnismäßiger Weise geschieht. Das setzt voraus, dass die in Abweichung von der getroffenen Rechtswahl angeordnete Geltung des günstigeren Aufenthaltsrechts zum Schutz des Verbrauchers erforderlich, geeignet und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Daran besteht kein Zweifel<sup>685</sup>.

Art. 5 EVÜ schützt, wie der räumliche Anwendungsbereich der Norm zeigt, nicht den „dynamischen“ Verbraucher, der sich aus eigenem Antrieb auf den Auslandsmarkt begibt, sondern den „passiven“ Verbraucher, der vom Anbieter auf seinem heimatlichen Markt angesprochen wird<sup>686</sup>. Durch das Handeln des Anbieters auf dem Inlandsmarkt wird ein schutzwürdiges Vertrauen des Verbrauchers auf die Geltung „seines“ Rechts begründet, dem durch dessen alternative Berufung Rechnung getragen wird. Diese Anknüpfung ist zur Zielerreichung geeignet, da das am Aufenthaltsort des Verbrauchers geltende Recht ihm in der Regel bekannt ist und dessen Anwendung ihm ansonsten anfallende Informationskosten erspart; es nützt die beste fremde Schutznorm nicht, wenn man sie nicht kennt. Art. 5 EVÜ verstößt schließlich nicht gegen das Übermaßgebot, da die in der Vorschrift vorgesehene Anknüpfung strikt marktortbezogen ist und zudem eine Rechtswahl nicht völlig ausgeschlossen, sondern lediglich die Abwahl dem Verbraucher günstiger Regelungen verhindert wird<sup>687</sup>.

---

<sup>685</sup> Ebenso *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 29; *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 658; *von Wilmsky*, *ZEuP* 1995, 735, 740 ff.

<sup>686</sup> *Jayne*, in: *Hommelhoff/Jayne/Mangold* (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, 35, 46; *Mankowski*, *RIW* 1993, 453, 457; *Martiny*, *ZEuP* 1995, 67, 79.

<sup>687</sup> Gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden wäre angesichts der den Verbraucher bei jeder Anwendung fremden Rechts treffenden Informationskosten sogar ein völliges Rechtswahlverbot, wie es z.B. Art. 120 Abs. 2 *schwIPRG* statuiert. Grundsätzlich für eine solche Lösung *Leible*, *JJZ* 1995, 245, 258 f.; *Mäsch*, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, 65 ff. *W.-H. Roth* möchte nun allerdings eine Abwahl des „Verbraucherrechts“ immerhin dann ermöglichen, „wenn der Verbraucher auf die Abwahl der ihm vertrauten Rechtsordnung in voller Kenntnis der damit verbundenen Konsequenzen eingeht, vgl. *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 655. Eine solche Lösung entspräche in der Tat dem das gemeinschaftliche Zivilrecht maßgeblich prägenden Informationsparadigma, das im Bereich der Grundfreiheiten insbesondere bei der Behandlung des Lauterkeitsrechts offenbar wurde und die Grundlage zahlreicher zivilrechtlicher Rechtsangleichungsmaßnahmen bildet. Ob es sich aufgrund des mit einer Abwahl verbundenen vollständigen Verzichts auf Schutznormen des Aufenthaltsstaates freilich unbesehen auf das Kollisionsrecht übertragen lässt, erscheint hingegen fraglich.

Unverhältnismäßig wäre hingegen eine uneingeschränkte Sonderanknüpfung von Verbraucherverträgen<sup>688</sup>. Verbraucher, die sich aus eigener Initiative ins Ausland begeben, um dort Waren zu kaufen oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, können (und werden) nicht erwarten, ihr heimisches Verbraucherschutzrecht als Handgepäck ständig mit sich zu führen. Sie sind nicht schutzbedürftig. Eine solche Anknüpfung führte zudem zu einer nicht hinnehmbaren Risikoallokation auf seiten des Anbieters. Denn keinem Waren- oder Dienstleistungsanbieter kann zugemutet werden, bei *jeder* Art von Geschäften mit (vielleicht sogar unerkannt) ausländischen Konsumenten stets das am Wohnsitz des Verbrauchers geltende Recht ermitteln zu müssen<sup>689</sup>.

#### b) Internationales Versicherungsvertragsrecht

Schwieriger fällt die Beurteilung des weitgehend auf EG-Richtlinien beruhenden internationalen Versicherungsvertragsrechts. Rechtswahlfreiheit herrscht z.B. im Bereich der Schadensversicherung allein für die Versicherung gewerblicher und beruflicher (Groß-)Risiken<sup>690</sup>. Die sogenannten Jedermann-Versicherungen werden hingegen in der großen Mehrzahl der Fälle dem Recht des Landes unterstellt, in dem der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Rechtsordnung dieses Staates entscheidet dann darüber, ob die Parteien ein anderes Recht wählen können oder nicht<sup>691</sup>. Dem Aufenthaltsstaat wird zugebilligt, jede Abwahl seines Rechts zu unterbinden, und zwar selbst dann, wenn der Versicherungsnehmer selbst die Initiative ergriffen und den Versicherungsvertrag im Land des Versicherungsunternehmens oder im Korrespondenzwege abgeschlossen hat<sup>692</sup>. Die objektive Anknüpfung nach dem Grundsatz der Risikolegenheit wirkt hier als „Metakollisionsnorm“<sup>693</sup>, während Rechtswahl nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig ist. Damit wird das Verhältnis zwischen Rechtswahlfreiheit und objektiver Anknüpfung „auf

---

<sup>688</sup> Ebenso Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 225; Kreuzer, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 457, 510; Mankowski, RIW 1993, 453, 460; W.-H. Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 658; von Wilmsky, ZEuP 1995, 735, 741 ff.

<sup>689</sup> Leible, JJZ 1995, 245, 256.

<sup>690</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. f der Zweiten Richtlinie Schaden.

<sup>691</sup> Das deutsche Recht steht, wie Art. 8 EGVVG zeigt, einer Rechtswahlmöglichkeit äußerst ablehnend gegenüber, sofern das versicherte Risiko in dem Staat belegen ist, in dem der Versicherungsnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In einem solchen Fall ist das Recht dieses Staates zwingend anzuwenden.

<sup>692</sup> Das deutsche Recht lässt eine freie Rechtswahl nur bei Korrespondenzversicherungen zu, d.h. bei einem Vertragsschluss mit Unternehmen, die in Deutschland weder selbst noch durch Mittelspersonen das Versicherungsgeschäft betreiben, vgl. Art. 9 Abs. 4 EGVVG.

<sup>693</sup> Basedow/Drasch, NJW 1991, 785, 787.

den Kopf gestellt“<sup>694</sup>. Der Unterschied zum Anknüpfungssystem des Art. 5 EVÜ bzw. Art. 29 EGBGB ist frappierend, weil auf den ersten Blick nicht ersichtlich wird, welche besonderen versicherungsrechtlichen Umstände ihn zu begründen vermögen. Die Möglichkeit, die mit diesem Anknüpfungssystem einhergehenden Beschränkungen<sup>695</sup> rechtfertigen zu können, ist daher auch verschiedentlich in Frage gestellt worden. Nicht alle vorgebrachten Argumente überzeugen jedoch. So kann etwa nicht eingewandt werden, bereits der Widerspruch zu Art. 5 EVÜ führe zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme; schließlich hätte die Einräumung von Rechtswahlfreiheit, verbunden mit einem Günstigkeitsvergleichs, zur Wahrung der berührten Verbraucherinteressen genügt<sup>696</sup>. Zum einen beruht diese Inkonzsequenz nicht auf einem Handeln des Gemeinschaftsgesetzgebers, den Verantwortung nur für die Versicherungs-Richtlinien, nicht aber für die Regelung des EVÜ trifft<sup>697</sup>. Und zum anderen wurde bereits bei der Behandlung des internationalen Verbrauchervertragsrechts aufgezeigt, dass angesichts der den Verbraucher bei jeder Anwendung fremden Rechts treffenden Informationskosten auch ein völliges Rechtswahlverbot gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden ist<sup>698</sup>. Wenn Bedenken zu äußern sind, dann gelten sie der Unbegrenztheit der objektiven Anknüpfung. Warum Verbraucher, die sich aus eigenem Antrieb physisch oder mit Hilfe von Kommunikationstechniken auf ausländische Märkte begeben, um dort Versicherungsprodukte nachzufragen, gleichwohl des Schutzes ihres Heimatrechts bedürfen sollen, ist in keiner Weise nachvollziehbar. Der gewährte Schutz geht über das notwendige Maß hinaus, er ist unverhältnismäßig. Die Dienstleistungsfreiheit verlangt daher für auf Auslandsmärkten angebahnte Verträgen Rechtswahlfreiheit, mindestens aber die Eröffnung

---

<sup>694</sup> Von *Wilmowsky*, ZEuP 1995, 735, 762.

<sup>695</sup> Abgestellt wird meist auf eine Beschränkung der Nachfragerfreiheit, da inländischen Versicherungsnehmern die Zeichnung ausländischer Versicherungspolice verweigert werde, vgl. *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 658; abschwächend *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 34. Genauso im Raum steht aber eine Beeinträchtigung der Anbieterfreiheit, vgl. *W.-H. Roth*, *VersR* 1993, 129, 133.

<sup>696</sup> So *W.-H. Roth*, *VersR* 1993, 129, 138.

<sup>697</sup> *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 33; *MünchKomm-BGB-Martiny*, Art. 37 EGBGB Rdnr. 51b. Schon aus rechtssystematischen Gründen wäre freilich hier – wie im übrigen auch bei den zahlreichen kollisionsrechtlichen Bestimmungen in den EG-Verbraucherschutz-Richtlinien (dazu *Leible*, in *Schulte-Nölke/Schulze* [Hrsg.], *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 353) eine Berücksichtigung der Anknüpfungssätze des Art. 5 EVÜ zu begrüßen gewesen.

<sup>698</sup> Vgl. oben Fußn. 687. Ähnlich mit versicherungsvertraglichen Überlegungen auch *Reich*, in: *Lagarde/von Hoffmann* (Hrsg.), *Europäisierung des IPR*, 109, 120.

der Möglichkeit einer Wahl des Rechts des Auslandsmarktes<sup>699</sup>. Art. 9 Abs. 4 EGVVG trägt dem immerhin teilweise Rechnung.

### c) Internationales Wettbewerbsrecht

Maßgebend im internationalen Wettbewerbsrecht ist das Markttortprinzip. Wettbewerbsrechtliche Handlungen unterliegen dem Recht des Ortes, wo die wettbewerbsrechtlichen Interessen kollidieren (Markttort)<sup>700</sup>. Die Möglichkeit einer Rechtswahl wird im deutschen Recht - anders als in einigen anderen Rechtsordnungen<sup>701</sup> - nahezu einhellig abgelehnt<sup>702</sup>. An dieser Rechtslage hat sich auch durch die Kodifizierung des internationalen Deliktsrecht durch das „Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen“ nichts wesentliches geändert. Zwar hat der Gesetzgeber auf Sonderregelungen für das internationale Wettbewerbsrecht verzichtet, doch folgt daraus nicht, dass fortan für die Anknüpfung von Wettbewerbshandlungen stets auf die deliktsrechtlichen Anknüpfungsgrundsätze zurückzugreifen ist. Da vielmehr davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber an der bisherigen Rechtslage nichts ändern wollte, gelten die richterrechtlich entwickelten Regeln weiter<sup>703</sup>, und damit nicht nur das Markttortprinzip, sondern ebenso das Rechtswahlverbot. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Art. 42 EGBGB. Zwar erlaubt die Vorschrift ausdrücklich eine nachträgliche Rechtswahl, doch bleiben Rechte Dritter unberührt. Gemeint sind damit - jedenfalls im Wettbewerbsrecht - nicht nur subjektive Rechte, sondern auch berechnete Interessen Dritter<sup>704</sup>. Da Wettbewerbsrecht aber neben dem Schutz der Konkurrenten auch der Aufstellung von für die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsordnung wichtiger Verhaltensnormen im Inte-

<sup>699</sup> Ebenso *Reich*, in: Lagarde/von Hoffmann, Europäisierung des IPR, 109, 120; *W.-H. Roth*, *VersR* 1993, 129, 137; *Rudisch*, Österreichisches Internationales Versicherungsvertragsrecht, 159 f.; *von Wilmsky*, *ZEuP* 1995, 735, 764; vgl. auch *Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 457, 510; a.A. *Basedow*, *RabelsZ* 56 (1995), 1, 34; *MünchKomm-BGB-Martiny*, Art. 37 EGBGB Rdnr. 51b.

<sup>700</sup> Zu den Einzelheiten m. w. Nachw. *MünchKomm-BGB-Kreuzer*, Art. 38 EGBGB Rdnr. 231 ff.

<sup>701</sup> Vgl. z.B. § 35 Abs. 2 östIPRG; Art. 132 schwIPRG.

<sup>702</sup> Vgl. z.B. *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 429 f.; *MünchKomm-BGB-Kreuzer*, Art. 38 EGBGB Rdnr. 249; *Reichert-Facilides*, *FS Hartmann*, 205, 211 f.; *Sack*, *GRUR Int.* 1988, 320, 329 f.; *Großkomm-UWG-Schricker*, *Einl. Rdnr. F 197*; *von Bar*, *IPR II*, Rdnr. 698.

<sup>703</sup> *Mankowski*, *GRUR Int.* 909, 910; *Sack*, *WRP* 2000, 269, 272 f.

<sup>704</sup> *Sack*, *WRP* 2000, 269, 285.

resse der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit dient<sup>705</sup>, werden durch die Wahl eines anderen Rechts immer Drittinteressen berührt. Eine Rechtswahl scheidet somit aus. Das Problem ist zudem nur von geringer praktischer Bedeutung, da sich in der Regel weder der Verletzte noch der Verletzer auf die Wahl eines ihnen nachteiligen Wettbewerbsstatuts einlassen werden.

Die somit zwingende Anknüpfung an den Marktort ist beschränkend, da sie einheitliche europäische Vermarktungsstrategien bereits im Ansatz verhindert<sup>706</sup>. Jeder Anbieter muss sich auf eine Vielzahl von Rechtsordnungen einstellen und sein Vermarktungskonzept, soll es „europatauglich“ sein, an den Anforderungen des strengsten Rechts ausrichten. Gleichwohl vermögen die hinter der Marktortanknüpfung stehenden kollisionsrechtlichen Interessen die damit einhergehenden Beschränkungen zu rechtfertigen. Das Marktortprinzip ist ein Schutzprinzip. Es weist das Rechtsverhältnis dem Ort zu, an dem Wettbewerbshandlungen auf den Kunden einwirken sollen, um ihn sowohl im eigenen als auch im Interesse der Mitbewerber vor unlauteren Absatzmethoden zu bewahren. Sichergestellt werden soll so ein fairer Wettbewerb zwischen allen Marktbeteiligten. Die mit der wettbewerbsspezifischen Anknüpfung an den Marktort verfolgten Ziele gehen zudem konform mit dem Streben des Gemeinschaftsrechts nach Sicherung eines möglichst unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 lit. g EGV)<sup>707</sup>. Auch der EuGH scheint im übrigen die Maßgeblichkeit des Marktortrechts anzuerkennen. Denn er berücksichtigt bei der Prüfung einer möglichen Rechtfertigung mitgliedstaatlicher (sachrechtlicher) Maßnahmen stets den jeweiligen Absatzmarkt charakterisierende Umstände, wie etwa Sprache, besondere örtliche Gewohnheiten etc. Wäre aber nicht der Marktort, sondern z.B. der Sitz des Anbieters entscheidend, käme es hierauf gar nicht an.

#### d) Internationales Sachenrecht

Im internationalen Sachenrecht gilt der Grundsatz der *lex rei sitae*. Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen. Dass dies zu Beschränkungen der Grundfreiheiten führen kann, wurde im Zusammenhang mit Sicherungsrechten bei der Behandlung des Sachrechts aufgezeigt. Nun ist nach den hinter der

---

<sup>705</sup> Vgl. *Emmerich*, Recht des unlauteren Wettbewerbs, § 3, 1 (S. 13); *Köhler/Piper*, UWG, Einf Rdnr. 12, jew. m. w. Nachw. Eine andere und hier nicht zu behandelnde Frage ist, wie weit Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen; dazu *Emmerich*, aaO, § 3, 3 (S. 14 f.).

<sup>706</sup> Statt aller *Dethloff*, JZ 2000, 179, 183; *Grandpierre*, Herkunftsprinzip, 112 ff.

<sup>707</sup> So auch *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349, 351.

Lageortanknüpfung stehenden kollisionsrechtlichen Wertungen und deren Kompatibilität mit den eine Beschränkung rechtfertigenden Allgemeininteressen zu fragen. Für die Geltung der situs-Regel bei Mobilien werden heute vor allem die sichere Vorhersehbarkeit des Sachstatuts, die Verkehrssicherheit, der internationale Entscheidungseinklang sowie ihre Übereinstimmung mit den Erwartungen der Parteien angeführt<sup>708</sup>. Die beiden letzteren Begründungen vermögen jedoch, wie bereits *Kieninger* überzeugend nachgewiesen hat, Beschränkungen nicht zu rechtfertigen<sup>709</sup>. Gemeinschaftsrechtlich berücksichtigungsfähig bleiben daher allein das Interesse des Belegenheitsstaates an der Funktionsfähigkeit seiner Güter- und Gläubigerordnung und der damit eng zusammenhängende Schutz Dritter, die vor fremden Sicherungsrechten und damit möglicherweise einhergehenden eigenen Rechtsverlusten bewahrt werden sollen. Die Gewährleistung von Sicherheit und Transparenz des Verkehrs mit Rechten an Sachen ist, wie der Gerichtshof in „Trummer und Mayer“ anerkannt hat, ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel. Es kann nicht nur auf sachrechtlicher Ebene durch einen numerus clausus der Sachenrechte und einen sachenrechtlichen Typenzwang verfolgt werden, sondern bedarf einer kollisionsrechtlichen Flankierung; denn die Funktionsfähigkeit der nationalen Sachenrechtsordnung und das dahinter stehende Verkehrsinteresse an einer leichten Erkenn- und Übertragbarkeit dinglicher Rechte werden auch durch einen ungehinderten „Zustrom“ von Sachenrechten ausländischen Zuschnitts gefährdet bzw. verletzt. „Könnte an derselben Sache ein Nebeneinander von Rechten bestehen, die sechzehn (und zukünftig noch mehr) verschiedenen Rechtsordnungen entstammen, müßte dies schon wegen der dadurch begründeten Unübersichtlichkeit in erheblichem Maße verkehrsbehindernd wirken“<sup>710</sup>. Die situs-Regel wird daher grundsätzlich durch die mit ihr verfolgten Verkehrsschutzzwecke gerechtfertigt<sup>711</sup>. Eine andere Beurteilung kann allenfalls angebracht sein, wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats selbst besitzlose Mobiliarsicherheiten vorsieht. Die An-

---

<sup>708</sup> Vgl. statt aller m. w. Nachw. MünchKomm-BGB-*Kreuzer*, Nach Art. 38 EGBGB Anh. I Rdnr. 14.

<sup>709</sup> *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 166 ff.

<sup>710</sup> *Pfeiffer*, IPRax 2000, 270, 277.

<sup>711</sup> Ebenso *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 44 ff.; *W.-H. Roth*; *ZEuP* 1994, 5, 243; a.A. *Pajunk*, Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages, 170 ff.; *von Wilmsowsky*, in: *Oppermann/von Wilmsowsky*, Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht, 33, 46.

knüpfung an den Lageort einer Sache verliert dann viel von ihrer Berechtigung<sup>712</sup>.

Fraglich ist außerdem, ob nicht mildere Mittel zum angestrebten Drittschutz zur Verfügung stehen. Ein solches könnte vor allem die Rechtswahl sein. Jedoch werden auch durch die Zulassung einer Rechtswahl - die hauptsächlich für internationale Verkehrsgeschäfte befürwortet wird<sup>713</sup> - die Probleme für die nationalen Sachenrechtsordnungen nicht vermindert. Insbesondere die Frage eines wirksamen Drittschutzes stellt sich in gleicher Weise. Man könnte allenfalls daran denken, der Rechtswahl immerhin Wirkung *inter partes* zukommen zu lassen. Aber damit ist den Parteien in der Regel nicht geholfen, da sich der Wert eines Sicherungsrechts ja gerade im Umfang seiner Wirkungen gegenüber Dritten manifestiert.

#### V. Herkunftslandprinzip und IPR

Einen wesentlich weiterreichenden Ansatz verfolgen die Anhänger der sog. Lehre von den versteckten Verweisungsnormen, die den Grundfreiheiten einen eigenen, in der Regel auf das Herkunftsland verweisenden kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt zuweisen. Danach sollen die Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht nicht als Beschränkungsverbote einwirken, sondern dem Zivilrecht des Herkunftslandes Geltung verschaffen; das Herkunftslandprinzip verpflichte die Mitgliedstaaten nicht nur zur Anerkennung der Rechtsnormen des Herkunftslandes (Herkunftslandprinzip), sondern zugleich auch zu deren Anwendung<sup>714</sup>. Ausnahmen würden lediglich gelten, wenn die Regelungen des Herkunfts- restriktiver als die des Destinationsstaates seien. In diesem Fall sei gegen eine Anwendung des Rechts des Bestimmungslandes nichts einzuwenden. Letztlich soll also nach dem Günstigkeitsprinzip entschieden und das dem Anbieter vorteilhafteste Recht berufen werden (*favor offerentis*)<sup>715</sup>. Den Grundfreiheiten wird damit nicht nur eine negative, d.h. „rechtszerstörende“, sondern eine positive, weil kollisionsrechtliche Rechtssätze schaffende, Funktion zugewiesen. Zu überzeugen vermag dieser Ansatz jedoch nicht. Das ist in der

---

<sup>712</sup> Dazu *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 210.

<sup>713</sup> Vgl. z.B. *Drobnig*, *RabelsZ* 32 (1968), 450, 460 f.; *ders.*, FS Kegel, 141, 150; *Einsele*, *Rabels* 60 (1996), 417, 437 ff.; *Staudinger-Stoll* (13. Bearb. 1996), *IntSachenR* Rdnr. 283 ff.; *ders.*, *IPRax* 2000, 259, 264; *Weber*, *RabelsZ* 44 (1980), 510.

<sup>714</sup> So etwa mehr oder minder deutlich *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 12 ff.; *Drasch*, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, 209 ff.; *Joerges*, FS *Steindorff*, 1247, 1249 f.; *Radicati di Brozolo*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 82 (1993), 401, 407 f.; *Steindorff*, FS *Lorenz*, 561, 575; auf das Sekundärrecht bezogen auch *Wolf*, *WM* 1990, 1941, 1942; nur für ein „europäisches horizontales Kollisionsrecht“ *Furrer*, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext*, 208 ff.

<sup>715</sup> *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 15 ff.

Literatur bereits hinreichend nachgewiesen worden<sup>716</sup>. Für unsere Zwecke genügt eine kurze Darstellung der wesentlichen Argumente.

Bedenken bestehen bereits hinsichtlich des von der favor offerentis-Regel gewählten Ausgangspunktes, dem Herkunftslandprinzip; denn die Grundfreiheiten lassen sich weder auf ein Herkunftslandprinzip reduzieren<sup>717</sup> noch kann der diesem inhärente Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unbesehen auf alle Arten von Rechtsnormen übertragen werden. Wie bereits an anderer Stelle kurz dargelegt wurde<sup>718</sup>, ist das Herkunftslandprinzip integraler Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Eine die Grundfreiheiten beschränkende Regelung des nationalen Rechts ist nicht erforderlich, wenn den berührten Allgemeininteressen bereits durch Regelungen des Herkunftsstaates hinreichend Rechnung getragen wird. Eine Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes ist damit jedoch nicht verbunden. Es kann sich zwar - insbesondere bei Produktstandards - mitunter als Folge des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung tatsächlich „durchsetzen“. Verallgemeinerungsfähig ist das jedoch nicht. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass auch die Vorschriften des Herkunftslandes gemeinschaftsrechtswidrig sind<sup>719</sup>. Dass diese dann „mitexportiert“ werden sollen, erscheint widersinnig. Wesentlich bedeutsamer ist jedoch, dass das Herkunftslandprinzip überhaupt nur dann zum Tragen kommt, wenn die in Frage stehende Leistung nach dem Recht des Herkunftslandes rechtmäßig ist. Hingegen setzt die Wahrnehmung der Grundfreiheiten eine sich am Recht des Herkunftslandes orientierende Rechtmäßigkeit gerade nicht voraus. So kann beispielsweise die Freiheit des Warenverkehrs ungeachtet des Wortlauts der Cassis-Formel auch bei Erzeugnissen berührt sein, die nicht in demselben Mitgliedstaat erstmals in Verkehr gebracht werden, in dem sie produziert wurden, und insbesondere auch bei Waren, die abweichend von den Vorschriften des Herkunftslandes, etwa nach denen des

---

<sup>716</sup> Ausführlich insbesondere *Freitag*, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, 292 ff.; *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 93 f.; MünchKomm-BGB-*Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 137 ff.; *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 11 ff.; *Taupitz*, ZEuP 1997, 986, 1006 ff.; *von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 52 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 11 ff

<sup>717</sup> *Von Wilmsowsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 11 in Fußn. 30, bezeichnet die Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit dem EG-Vertrag gar als „losen Eurojargon“.

<sup>718</sup> Vgl. oben § 4, B II 3 c.

<sup>719</sup> Beispiele bei *von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 54 f.

Destinationsstaates, hergestellt worden sind<sup>720</sup>. Unterschiede können sich bei letzteren allein bei der Erforderlichkeit einfuhrbeschränkender Maßnahmen ergeben, da eine Berücksichtigung von Regeln oder Kontrollverfahren des Herkunftsstaats naturgemäß ausscheidet. Das Herkunftslandprinzip führt also nur dazu, dass die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften des Herkunftslandes prima facie für eine Einhaltung etwa berührter Allgemeininteressen spricht<sup>721</sup>. Es schafft bzw. verschärft so Begründungszwänge, trifft aber keine Wahl hinsichtlich des anzuwendenden Rechts.

Da ein kollisionsrechtlich verstandenes Herkunftslandprinzip stets zur Anwendung des Rechts des Herkunftslandes führen würde, käme den im Vertrag festgeschriebenen bzw. mit der Cassis-Doktrin entwickelten Rechtfertigungsgründen allein eine *ordre public*-Qualität zu. Und dieser *ordre public* wäre nicht national, sondern europäisch geprägt. Dagegen ist zwar a priori nichts einzuwenden, da die Kollisionsregel „Herkunftslandprinzip“ ebenfalls eine europäische ist<sup>722</sup>. ;Mit dem klassischen kollisionsrechtlichen *ordre public* hat dies aber nichts mehr gemein, vermag doch nach der Cassis-Doktrin nicht allein ein Widerspruch zu fundamentalen Normen des Destinationsstaates die Nichtanwendung von Vorschriften des Herkunftsstaates zu rechtfertigen, sondern ebenso eine Verletzung in ihrer Wertigkeit wesentlich niedriger einzustufender Allgemeininteressen<sup>723</sup>.

Weiterhin ist anzumerken, dass auch der EuGH das Herkunftslandprinzip nicht als eine feststehende Regel zur Verteilung mitgliedstaatlicher Regelungsgewalt betrachtet. Deutlich geworden ist das in seiner Entscheidung zur Richtlinie über Einlagensicherungssysteme. Die Richtlinie 94/19/EG<sup>724</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, in ihrem Hoheitsgebiet eines oder mehrere Einlagensicherungssysteme zu errichten oder anzuerkennen. Ohne Mitgliedschaft in einem solchen System dürfen - von wenigen Ausnahmen abgesehen - in einem Mitgliedschaft zugelassene Kreditinstitute keine Einlagen annehmen. Gem. Art. 4 Abs. 1 erstreckt sich der Schutz des mitgliedstaatlichen Einlagensicherungssystems auch auf im europäischen Ausland errichtete Zweigstellen in seinem Hoheitsgebiet ansässiger Kreditinstitute. Art. 4 Abs. 2 verpflichtete die Mitgliedstaaten, ihre Einlagensicherungssysteme für Zweigniederlassungen ausländischer Kreditinstitute offenzuhalten, sofern Höhe oder Umfang der vom Sicherungssystem im

---

<sup>720</sup> EuGH 20.4.1983 Slg. 1983, 1217 - Schutzverband; vgl. auch Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 23; GTE/Müller-Graff, Art. 30 EGV Rdnr. 69 u. 70; von Wilmsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 55 f.; a.A. W.-H. Roth, ZHR 159 [1995], 78, 92.

<sup>721</sup> Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 26.

<sup>722</sup> A.A. Sack, WRP 2000, 269, 281.

<sup>723</sup> Vgl. auch Sack, aaO.

<sup>724</sup> Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. Mai 1994 über einlagensicherungssysteme, ABl. EG 1994 L 135, 5.

Herkunftsland gewährten Deckung Höhe oder Umfang der Deckung im Aufnahmemitgliedstaat unterschreiten. Die Bundesregierung sah hierin unter anderem einen Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip; „werde nämlich von der Möglichkeit derr ergänzenden Sicherung Gebrauch gemacht, so lägen die Bankaufsicht, die Prüfungszuständigkeit und die Einlagensicherung nicht mehr allein in der Hand der Behörden oder der Sicherungssystem des Herkunftsstaates, sondern verteilten sich auf Herkunfts- und Aufnahmestaat“<sup>725</sup>. Der Gerichtshof folgte diesem Vorbringen freilich nicht. Er geht ersichtlich davon aus, dass es sich beim Prinzip der Herkunftslandkontrolle um ein allenfalls im Sekundärrecht verankertes Prinzip handelt, und merkt daher an,

„..., daß nicht dargetan worden ist, daß der Gemeinschafts-gesetzgeber das Prinzip der Herkunftslandkontrolle im Bereich des Bankrechts mit der Absicht aufgestellt hätte, ihm systematisch alle übrigen Regeln für diesen Bereich unterzuordnen. Außerdem konnte der Gemeinschaftsgesetzgeber, *da es sich nicht um ein im Vertrag verankertes Prinzip handelt*, davon abweichen, sofern er nicht das berechtigte Vertrauen der Betroffenen verletzt. Da er auf dem Gebiet der Einlagensicherung noch nicht tätig geworden ist, konnte kein solches berechtigtes Vertrauen entstehen.“<sup>726</sup>

Deutlicher kann man eigentlich nicht hervorheben, dass es sich beim Herkunftslandprinzip um keine feste Verteilungsregel handelt. Bedeutung kommt dem Prinzip der Herkunftslandkontrolle nach Ansicht des EuGH höchstens auf der Ebene des Sekundärrechts im Sinne einer Selbstbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers zu; und primärrechtlich - so ist zu ergänzen - führt es allenfalls zu einer Verschärfung von Begründungspflichten.

Gegen eine kollisionsrechtliche Deutung des Herkunftslandprinzips spricht weiterhin, dass eine stets auf das Herkunftsland verweisende Kollisionsnorm potenziell gemeinschaftsrechtswidrig ist, weil sie zu einer Diskriminierung der Anbieter führen kann<sup>727</sup>. Denn eine strikte Anknüpfung an das Herkunftslandrecht hat zur Folge, dass Anbieter auf den Märkten anderer Mitgliedstaaten nur unter den Bedingungen ihres Herkunftsstaates anbieten können. Ist dieses Recht restriktiver als das des Marktstaates, wird ihnen verwehrt, was ihnen im Marktstaat ansässigen Konkurrenten erlaubt ist. Dem wird nun dadurch zu begegnen versucht, dass der Anbieter *auch* nach dem Recht des Bestimmungslandes tätig werden können

<sup>725</sup> Vgl. EuGH 13.5.1997 Slg. 1997-I, 2405, 2463 Egrd. 62 - Kommission/Deutschland.

<sup>726</sup> EuGH 13.5.1997 Slg. 1997-I, 2405, 2463 Egrd. 64 - Kommission/Deutschland; Hervorhebungen vom Verf.

<sup>727</sup> Ebenso z.B. *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, Rdnr. 415 in Fußn. 856.

soll. Der Konflikt, welches Recht im Einzelfall zur Anwendung gelange, sei nach dem Günstigkeitsprinzip zu lösen; es gelte das dem Anbieter günstigere Recht<sup>728</sup>. Auch dagegen bestehen jedoch Vorbehalte. Schließlich könnte man angesichts der im Binnenmarkt, insbesondere durch die zahlreichen rechtsangleichenden Richtlinien zum zivilrechtlichen Verbraucherschutz<sup>729</sup>, immer deutlicher werdenden Tendenz einer Stärkung der Nachfragerfreiheit genauso gut zum gegenteiligen Ergebnis gelangen: Warum soll nicht der Verbraucher verlangen können, überall in der Gemeinschaft nach dem Recht seines Wohnsitzstaates oder des für ihn vielleicht günstigeren ausländischen Rechts Waren zu erwerben, Leistungen in Anspruch zu nehmen etc.? Überzeugend ist beides nicht. Dem EG-Vertrag lässt sich weder die Wertung entnehmen, „dass die eigentlichen Träger der wirtschaftlichen Integration nicht die Nachfrager sind, sondern die Anbieter, die sich mit grenzüberschreitenden Aktivitäten neue Kundenschichten in anderen Mitgliedstaaten erschließen“<sup>730</sup>, und daher deren Interessen der Vorrang gebühre, noch Gegenteiliges. Anbieter- und Nachfragerfreiheit stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander. Folglich verbietet sich eine kollisionsrechtliche Bevorzugung der Anbieter<sup>731</sup>. Genausowenig kommt aber eine Inkorporation der Nachfragerinteressen in ein kollisionsrechtlich verstandenes Herkunftslandprinzip in Betracht. Eine solche Vorgehensweise führte nämlich dazu, dass die Grundfreiheiten sowohl auf das Herkunftsrecht des Anbieters als auch des Nachfragers verweisen, sich beide Rechte aber neutralisieren; Ergebnis wäre ein „kollisionsrechtliches Patt“<sup>732</sup>. Festzuhalten bleibt daher, dass die Grundfreiheiten nicht geeignet sind, positive Standards für eine Anknüpfung gemeinschaftsbezogener Sachverhalte zu liefern. Sie wirken allein negativ auf die mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte durch das Verbot diskriminierender oder beschränkender Anknüpfungenein. Nur in diesem Rahmen ist außerdem ein angemessener Ausgleich zwischen den berührten Anbieter-, Nachfrager- und eventuellen Drittinteressen möglich. Deren Ausbau zu einem kollisionsrechtlichen und binnenmarktkonformen Verweisungssystem ist dem Gesetzgeber vorbehalten, für den durch den Vertrag von Amsterdam

---

<sup>728</sup> *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 16.

<sup>729</sup> Auf die Nachfragerfreiheit Bezug nehmen z.B. die Verbrauchsgüterkauf- und die Fernabsatz-Richtlinie.

<sup>730</sup> So aber *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 18.

<sup>731</sup> Ebenso *Freitag*, *Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, 320 ff.; *Furrer*, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext*, 212; *Taupitz*, *ZEuP* 1997, 986, 1007;

<sup>732</sup> *Von Wilmsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 60.

hierzu mit Art. 65 EGV eine neue, die Art. 94, 95 EGV ergänzende Kompetenzgrundlage geschaffen wurde<sup>733</sup>.

Die Ablehnung eines aus dem Primärrecht resultierenden kollisionsrechtlichen Herkunftslandsprinzips steht dessen Verankerung im Sekundärrecht nicht entgegen. Prominentes Beispiel hierfür ist die Fernsehrichtlinie und die in ihr angeordnete Maßgeblichkeit des Rechts des Sendestaates. Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 3 Abs. 2 der e-commerce-Richtlinie. Danach dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Der Widerspruch zur Marktortregel des internationalen Wettbewerbsrechts ist offensichtlich. Ob der Vorschrift daher ein kollisionsrechtlicher Gehalt innewohnt<sup>734</sup> oder sie doch nur sachrechtliche Wirkungen zeitigt<sup>735</sup>, ist freilich lebhaft umstritten.

## VI. Zusammenfassung

Abschließend ist festzuhalten, dass die Grundfreiheiten auch auf die nationalen Kollisionsrechte einwirken. Deutlich wird dies besonders bei diskriminierenden Normen. Genauso beschränkungsfähig sind jedoch unterschiedslos anwendbare Vorschriften des Verweisungsrechts, sofern sie zur Anwendung seinerseits beschränkenden Sachrechts führen. Sie nehmen dann an dem in der Anwendung des Sachrechts begründeten Grundfreiheitenverstoß teil. Es konnte jedoch gezeigt werden, dass sich zahlreiche Anknüpfungen des deutschen Rechts rechtfertigen lassen.

---

<sup>733</sup> Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Art. 48 EGV. Zum einen ist ohnehin schon streitig, ob die Vorschrift überhaupt eine kollisionsrechtliche Aussage trifft. Selbst wenn aber davon ausgeht, stellt das die grundsätzliche Negierung einer positiven kollisionsrechtlichen Wirkung der Grundfreiheiten nicht in Frage, da Art. 48 EGV anders als die übrigen Grundfreiheiten ausdrücklich verweisungsrechtlich relevante Anknüpfungspunkte (satzungsmäßigen Sitz, Hauptverwaltung oder -niederlassung) benennt und damit auch inhaltlich determiniert.

<sup>734</sup> So z.B. *Mankowski*, GRUR 1999, 909, 912; *Thünken*, IPRax 2001, 15.

<sup>735</sup> So etwa *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349, 352 ff.; *Spindler*, MMR 1999, 199, 206.

## Kapitel 2

# Sekundärrecht, Konventionsprivatrecht und europäisches „ius commune“

Wesentlich weitreichender als die Einflüsse des Primärrechts (Art. 81,141 EGV, Grundfreiheiten etc.) sind die vom gemeinschaftlichen Sekundärrecht ausgehenden Einwirkungen auf die mitgliedstaatlichen Privatrechtssysteme. Um dem im Folgenden nachzugehen, ist zunächst kursorisch darzustellen, welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaft auf der Ebene des Sekundärrechts überhaupt zur Verfügung stehen und in welcher Form sie hiervon Gebrauch gemacht hat. Sodann ist der Versuch zu unternehmen, das vorhandene Rechtsmaterial zu systematisieren und nach dem dahinter stehenden liegenden Regelungskonzept zu fragen, bevor auf die Wirkungen sowie Anwendungsprobleme des sekundärrechtlichen Gemeinschaftsprivatrechts eingegangen werden kann.

### § 5: Sekundärrecht und Privatrecht

#### *A. Sekundärrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaft*

Gemäß Art. 249 Abs. 1 EGV können die Gesetzgebungsorgane der Gemeinschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben und in Abhängigkeit von der jeweiligen Kompetenznorm Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen erlassen oder Empfehlungen aussprechen bzw. Stellungnahmen abgeben. Ihre Charakteristika werden im folgenden nur kursorisch dargestellt. Eine vertiefte Behandlung erfolgt an anderer Stelle<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. § 5, E III.

### *I. Richtlinien*

Richtlinien sind gem. Art. 249 Abs. 3 EGV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich. Die Wahl der zur Zielerreichung erforderlichen Form und Mittel bleibt jedoch den innerstaatlichen Stellen überlassen. Richtlinien sind das klassische Instrument zur Rechtsangleichung. Sie schaffen kein Einheitsrecht, sondern stellen lediglich sicher, dass gemeinschaftsrechtlich geforderte Standards eingehalten werden; die Implementierung dieser Vorgaben in das nationale Recht ist Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, der so zumindest theoretisch die Möglichkeit erhält, Systembrüche zu vermeiden, wenigstens aber zu vermindern.

### *II. Verordnungen*

Verordnungen bedürfen anders als Richtlinien nicht der Umsetzung, sondern haben unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat. Eine Transformation in das mitgliedsstaatliche Recht oder eine irgendwie geartete Vollzugsanweisung durch mitgliedsstaatliche Organe ist also nicht erforderlich. Verordnungen sind auch ohne derartige Akte ohne weiteres in den Mitgliedstaaten geltendes Recht<sup>2</sup>. Eine Verordnung kann eine Ermächtigung zu weiteren Rechtshandlungen von Gemeinschaftsorganen enthalten, insbesondere auch zum Erlass von Durchführungsverordnungen.

### *III. Entscheidungen*

Bei der Entscheidung handelt es sich um einen an einen oder mehrere Adressaten gerichteten verbindlichen Rechtsakt. Er beansprucht im Gegensatz zur Verordnung keine allgemeine, sondern lediglich eine individuelle Geltung. Im Zivilrecht bedeutsame Entscheidungen ergehen vor allem im Bereich des Kartellrechts.

### *IV. Empfehlungen und Stellungnahmen*

Empfehlungen und Stellungnahmen sind unverbindliche Rechtsakte. Ob auch für sie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt, ist umstritten. Darauf ist an anderer Stelle noch näher einzugehen.

---

<sup>2</sup> Vgl. z.B. EuGH 18.6.1970 Slg. 1970, 451, 459 Egrd. 4 - Krohn; 31.1.1978 Slg. 1978, 99, 115 Egrd. 22/27 - Zerbone.

### *V. Unbenannte Rechtsakte*

Neben die Empfehlungen und Stellungnahmen treten noch die sog. unbenannten Rechtsakte oder Rechtsakte *sui generis*, die in der Aufzählung des Art. 249 EGV nicht enthalten sind. Unter dem Begriff der unbenannten Rechtsakte werden alle Handlungen der Gemeinschaftsorgane zusammengefasst, die sich nicht den in Art. 249 Abs. 1 vertypen Rechtshandlungen zuordnen lassen. Auf sie ist hier nicht näher einzugehen<sup>3</sup>.

## *B. Maßnahmen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Zivilrechts*

### *I. Schuldvertragsrecht*

Äußerst umfangreich war und ist die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft im Bereich des Schuldvertragsrecht. Das ist nicht weiter erstaunlich, da das Schuldvertragsrecht nicht nur den Kernbereich der nationalen Privatrechte bildet, sondern mindestens ebenso wichtig für den Binnenmarkt ist. Bereits bei der Behandlung der Grundfreiheiten wurde hervorgehoben, dass ein funktionierender Binnenmarkt Privatautonomie voraussetzt und daher diese einschränkende mitgliedstaatliche Regelungen in Konflikt mit den Freiheiten geraten könne. Die gemeinschaftlichen Rechtssetzungsakte dienen der Sicherung der für den Binnenmarktes essentiellen Privatautonomie, indem sie mitgliedstaatliche Beschränkungen auf ein binnenmarktverträgliches Maß zurückschneiden. Andererseits grenzen sie aber auch oft die Möglichkeit privatautonom Handelns mindestens einer der Vertragsparteien ein, um hierdurch auf bestehende (oder vermeintliche) Machtungleichgewichte zu reagieren. Ziel ist dann die Herstellung einer zumindest annähernd gleichen Verhandlungsposition, um so die Richtigkeitsgewähr der privatautonom getroffenen Vereinbarungen zu erhöhen.

#### 1. Einseitig qualifizierte Unternehmensverträge

Zahlreiche Gemeinschaftsmaßnahmen erfassen nicht das Vertragsrecht in seiner ganzen Breite, sondern beschränken sich auf Verträge zwischen besonders qualifizierten Vertragsparteien, beispielsweise einem Verbraucher oder einem Arbeitnehmer und einer zu gewerblichen oder beruflichen

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu grundlegend *Wuermeling*, Kooperatives Gemeinschaftsrecht; außerdem z.B. *Everling*, GS Constantinesco, 133, 147 ff.

Zwecken tätigen Person, also einem Unternehmen. Man kann, wenn man derartige Verträge aus Unternehmenssicht betrachtet, von qualifiziert einseitigen Unternehmensverträgen sprechen<sup>4</sup>. In der Praxis eingebürgert hat sich jedoch der Terminus der Verbraucher- und Arbeitsverträge. Letztere werden in einem gesonderten Abschnitt behandelt.

Verbrauchervertragsrechtliche Regelungen zielen nicht nur auf die Beseitigung von Freiverkehrsbehinderungen, die durch beschränkende und nur begrenzt abwählbare<sup>5</sup> mitgliedstaatliche Regelungen des Sachrechts verursacht werden. Sie sollen zugleich die aus unterschiedlichen nationalen Verbraucherschutzstandards resultierenden Wettbewerbsverzerrungen vermindern und außerdem die Verbraucher zu einer verstärkten Nutzung ihrer Nachfragerfreiheit ermutigen. Den Anfang machte die Gemeinschaft im Jahre 1985 mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie<sup>6</sup>. Die Richtlinie sieht vor, dass dem Verbraucher bei sog. Haustürgeschäften ein mindestens sieben-tägiges Rücktrittsrecht einzuräumen ist, über das er beim Vertragsabschluss belehrt werden muss. Sie wird ergänzt durch die 1997 in Kraft getretene Fernabsatz-Richtlinie<sup>7</sup>. Auch sie zeichnet sich durch die Statuierung weitgehender Informationspflichten und die Einräumung eines mindestens sieben-tägigen Rechts, im Fernabsatz geschlossene Verträge widerrufen zu können, aus. Hiervon ausgenommen sind lediglich bestimmte Vertragskonstellationen bzw. -typen. Die Fernabsatz-Richtlinie beschränkt sich anders als die Haustürgeschäfte-Richtlinie aber nicht auf rein vertragsabschlussbezogene Regelungen, sondern enthält zugleich Vorschriften über die Vertragsdurchführung, so etwa über die Fälligkeit der Leistungspflicht des Lieferers, die Rückerstattung vom Verbraucher geleisteter Zahlungen bei Nichtlieferung und die Gegenleistungspflicht des Verbrauchers bei der Zusendung unbestellter Waren bzw. der Erbringung unbestellter

<sup>4</sup> Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, § 5 Rdnr. 1.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 29 EGBGB bzw. Art. 5 EVÜ.

<sup>6</sup> Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG 1985 L 372, 31.

<sup>7</sup> Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144, 19. Zur Richtlinie insgesamt bzw. zu einzelnen Teilaspekten derselben vgl. Arnold, CR 1997, 526; Bodewig, DZWir 1997, 447; Bülow, DZWir 1998, 89; Göckel, ArchPT 1998, 362; Günther, CR 1999, 172; Heinrichs, FS Medicus (1999), 177; Leible/Sosnitzka, K & R 1998, 283; Martinek, NJW 1998, 207; Micklitz, VuR 1997, 153; Micklitz/Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht; Reich, EuZW 1997, 581; Trochu, Dalloz 1999 chr., 179; Vehslage, GRUR 1999, 656; Willingmann, VuR 1998, 395. Zu Vorentwürfen Freund, in: Herrmann/Berger/Wackerbarth (Hrsg.), Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel (1997), 228; Micklitz, VuR 1993, 129.

Dienstleistungen. Eine Ergänzung der Fernabsatz-Richtlinie durch eine spezielle Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, die ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-Richtlinie ausgenommen sind, ist geplant<sup>8</sup>. Darüber hinaus werden auf Gemeinschaftsebene mittlerweile Überlegungen angestellt, die genannten Richtlinien nach einer inhaltlichen Überarbeitung zu einer „Richtlinie über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verbraucherverträge“ zu „verschmelzen“<sup>9</sup>.

Die aus dem Jahre 1987 datierende Verbraucherkredit-Richtlinie<sup>10</sup> soll zum einen die Transparenz der Kreditbedingungen erhöhen. Dies geschieht durch die Statuierung bestimmter Informationspflichten, wie z.B. der Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses oder zur Information über die Modalitäten der Beendigung von Verträgen über die Einräumung eines Überziehungskredites. Darüber hinaus werden aber auch für einen wirksamen Verbraucherschutz als notwendig angesehene inhaltliche Mindestbedingungen aufgestellt durch die Einräumung bestimmter materieller Rechte, wie etwa der Möglichkeit des Einwendungsdurchgriffs bei verbundenen Geschäften oder des Rechts zur vorzeitigen Vertragserfüllung.

Einen besonders starken Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Zivilrechte übt die aus dem Jahre 1993 stammende Klausel-Richtlinie<sup>11</sup> aus. Die Richtlinie fordert eine - wenn auch nur sehr reduzierte - Einbeziehungs-kontrolle. Vorgesehen ist lediglich ein Schutz vor überraschenden Klauseln sowie bei Zweifeln über ihren Bedeutungsinhalt eine Auslegung contra proferentem. Für das im Entstehen befindliche Gemeinschaftsprivatrecht wesentlich bedeutender ist dagegen die Aufnahme einer § 9 AGBG ver-

---

<sup>8</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, KOM (1999) 385 endg. Dazu *Drygala*, FS Lutter, 1563; *Hoppmann*, VersR 1999, 673; *Riesenhuber*, WM 1999, 1441; *Graf Schirnding*, FLF 1998, 11.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die im Auftrag der EG-Kommission erstellte VIEW-Studie „Door to Door Selling - Pyramid Selling - Multi Level Marketing“.

<sup>10</sup> Richtlinie 87/102/EWG vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit ABl. EG 1987 L 42, 48. Geändert durch Richtlinie 90/88/EWG vom 22.2.1990, ABl. EG 1990 L 61, 14.

<sup>11</sup> Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95, 29. Vgl. dazu u.a. *Damm*, JZ 1994, 161; *Dean*, Modern Law Reviv 56 (1993), 580; *Eckert*, WM 1993, 1070; *Frey*, ZIP 1993, 572; *Habersack/Kleindiek/Wiedenmann*, ZIP 1993, 1670; *Heinrichs*, NJW 1993, 1817; *Hommelhoff/Wiedenmann*, ZIP 1993, 562; *Joerges*, ZEuP 1995, 181; *Michalski*, DB 1994, 665; *Micklitz*, ZEuP 1993, 522; *Nassall*, WM 1994, 1645; *dens.*, JZ 1995, 689; *Remien*, ZEuP 1994, 34; *Schmidt-Salzer*, BB 1995, 733; *dens.*, FS Trinkner, 361; *Ulmer*, EuZW 1993, 337; *Graf von Westphalen*, EWS 1993, 161.

gleichbaren Generalklausel in Art. 3 Abs. 1. Art. 3 Abs. 3 verweist zur Konkretisierung dieser Generalklausel auf den Richtlinienanhang, der „eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können“, enthält. Was damit im einzelnen gemeint ist, ist bislang freilich wenig geklärt<sup>12</sup>. Die Richtlinie enthält eine Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe und wirft zahlreiche schwierige Rechtsprobleme auf, die letztlich nur durch den EuGH geklärt werden können.

Vertragsrechtliche Regelungen finden sich weiterhin in der Timesharing-Richtlinie<sup>13</sup> aus dem Jahre 1994. Ziel dieser Richtlinie ist es, dem Verbraucher ein Mindestmaß an Informationen über die mit dem Erwerb eines Teilnutzungsrechts an Immobilien verbundene Rechte und Pflichten zur Verfügung zu stellen. Zugleich wird dem Verbraucher ein zeitlich befristetes Rücktrittsrechts vom Vertrag zugestanden, das sich, sofern zur Erwerbsfinanzierung ein Kreditvertrag geschlossen wurde, auch auf diesen erstreckt.

Ein weiteres zentrales Feld des nationalen Schuldvertragsrechts berührt schließlich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>14</sup>. Durch sie bzw. die zu

---

<sup>12</sup> Teilweise wird der Richtlinienanhang nur als eine Sammlung unverbindlicher Beispiele betrachtet, während er nach anderer Meinung zum Ausdruck bringt, welche Klauseln nach Ansicht des Gemeinschaftsgesetzgebers im Regelfall als missbräuchlich einzuordnen sind (Überblick zum Meinungsstand bei *Markwart*, Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, 114 ff.; *Grabitz/Hilf-Pfeiffer*, A5 Art 3 Rdnr. 79; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, RiLi Art. 3 Rdnr. 31 f.). Der EuGH tendiert in der Entscheidung „Océano“, wenn auch sehr vorsichtig, zu letzterer Position (vgl. EuGH 27.6.2000 JZ 2001, 245). Letztlich scheint er den im Richtlinienanhang aufgeführten Klauseln eine Indizwirkung zuzusprechen: Sie tragen zwar die Vermutung ihrer Missbräuchlichkeit in sich; gleichwohl muss der Richter in jedem Einzelfall eine Gesamtbetrachtung aller mit der Verwendung dieser Klausel verbundenen Vor- und Nachteile vornehmen, die aber regelmäßig zu Lasten des Verwenders ausfallen wird, sofern nicht ausnahmsweise die Indizwirkung erschütternde Gründe vorgetragen werden, vgl. *Leible*, RIW 2000, Heft 6 (im Druck); *Staudinger*, DB 2000, 2058; wohl auch *Hau*, IPRax 2001, 96, 97; zurückhaltender *Schwartz*, JZ 2001, 246, 248: „bloße Anregung, eine dort aufgeführte Klausel zu prüfen“.

<sup>13</sup> Richtlinie 94/47/EG vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG 1994 L 280, 83. Vgl. dazu u.a. *Kappus*, EWS 1996, 273; *Lindner*, VuR 1995, 122; *Mäsch*, EuZW 1995, 8; *Martinek*, ZEuP 1994, 470; *Schalch*, AJP 1996, 679.

<sup>14</sup> Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999 L 171, 12. Vgl. dazu *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853; *Faber*, JBl. 1999, 413; *Hänlein*, DB 1999, 1641; *Hübner*, EuZW 1999, 481; *Lehmann*, JZ 2000, 280; *Lehr/Wendel*, EWS 1999, 321; *Micklitz*, EuZW 1999, 485; *Reich*, NJW 1999, 2397; *Schäfer/Pfeifer*, ZIP 1999, 1829; *Schlecht-riem*, GS Lüderitz, 675; *Schurr*, ZfRV 1999, 222; *Staudenmayer*, NJW 1999, 2393; *dens.*,

ihrer Umsetzung ergangenen mitgliedstaatlichen Vorschriften sollen dem Verbraucher innerhalb der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich gleichartige, unabdingbare Gewährleistungsrechte und gleichlaufende Verjährungsfristen verschafft werden. Die Richtlinie enthält eine Verpflichtung des Verkäufers, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäß Güter zu liefern, und eine Definition dessen, was unter vertragsgemäß zu verstehen ist. Sie statuiert sodann die im Falle der Lieferung einer vertragswidrigen Sache bestehenden Rechte des Verbrauchers sowie die Fristen, innerhalb derer diese Rechte geltend gemacht werden können. Darüber hinaus werden bestimmt Mindestanforderungen an den Inhalt vom Verkäufer gegebener Garantien aufgestellt. Nicht dem Verbraucherrecht zuzuordnen, aber gleichwohl vertragsrechtlich zu qualifizieren, ist schließlich das sich auf zweiseitige Unternehmensgeschäfte beschränkende Rückgriffsrecht des Letztverkäufers in Art. 4<sup>15</sup>.

## 2. Einfach einseitige Unternehmensverträge

Einige Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich des Schuldvertragsrechts stellen an die Qualität der Vertragsgegenseite keine besonderen Anforderungen. Sie entfalten ihre Wirkung sowohl für Verträge mit Verbrauchern als auch mit Unternehmen. Anbietende Vertragspartei muss aber stets ein Unternehmen sein. Manche sprechen daher von einfach einseitigen Unternehmensverträgen<sup>16</sup>. Zu ihnen zählen z.B. die sog. Pauschalreiseverträge, die auf Gemeinschaftsebene 1990 durch die Pauschalreise-Richtlinie<sup>17</sup> eine Regelung erfahren haben. Sie bürdet dem Veranstalter und/oder Vermittler einer Pauschalreise umfangreiche Informationspflichten auf und schafft außerdem verschiedene materielle Verbraucherrechte, insbesondere Rücktrittsrechte, Schadensersatzpflichten usw.

---

ERPL 2000, 547; *Tonner*, BB 1999, 1769; *Graf von Westphalen*, DB 1999, 2553. Zu Vorentwürfen weiterhin *Antenbrink/Schneider*, VuR 1996, 367; *Gsell*, ERPL 1999, 151; *Hondius*, Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act?; *Jud*, ÖJZ 1997, 441; *Junker*, DZWiR 1997, 271; *Kircher*, ZRP 1997, 290; *Lehmann/Dürschmidt*, GRUR 1997, 549; *Micklitz*, EuZW 1997, 229; *Schlechtriem*, JZ 1997, 441; *Schmidt-Ränsch*, ZIP 1998, 849; *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 8; *S. Wolf*, RIW 1997, 899.

<sup>15</sup> Ausführlich dazu *Schmidt-Kessel*, ÖJZ 2000, 668.

<sup>16</sup> So z.B. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, § 7 Rdnr. 1.

<sup>17</sup> Richtlinie 90/314/EWG vom 13.6.1990 über Pauschalreisen ABl. EG 1990 L 158, 52.

Vertragsrechtliche Vorschriften finden sich weiterhin in der E-Commerce-Richtlinie<sup>18</sup>. Auch diese Richtlinie begründet wiederum zahlreiche Informationspflichten, hier der Diensteanbieter. Die Mitgliedstaaten müssen außerdem sicherstellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege ermöglicht. Wie dies zu geschehen hat, wird freilich nicht näher konkretisiert. Vorschriften über das Zustandekommen eines auf elektronischem Wege geschlossenen Vertrages, die noch in den Vorentwürfen enthalten waren, fehlen. Der Diensteanbieter wird lediglich verpflichtet, den Eingang einer Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Bestellung und Empfangsbestätigung gelten als eingegangen, wenn sie von der Partei, für die sie bestimmt sind, abgerufen werden können. Der Ergänzung der E-Commerce-Richtlinie dient die Signatur-Richtlinie<sup>19</sup>. Zukünftig sollen die Wechselwirkungen zwischen der E-Commerce-Richtlinie und bestehenden Finanzdienstleistungsvorschriften genauer untersucht werden, um ein kohärentes System für den elektronischen Geschäftsverkehr mit Finanzdienstleistungen schaffen zu können<sup>20</sup>.

Erwähnenswert ist schließlich noch die Überweisungs-Richtlinie<sup>21</sup>. Sie beschränkt sich, wie ihr Name schon sagt, im Gegensatz zu den meisten anderen rechtsangleichenden Richtlinien auf grenzüberschreitende Vorgänge, lässt also das Recht der innerstaatlichen Überweisungen unberührt<sup>22</sup>. Sie verpflichtet die eine Überweisung ausführenden Kreditinstitute zur wahrheitsgemäßen Information über die anfallenden Entgelte sowie die

---

<sup>18</sup> Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 L 178, 1. Vgl. dazu *Fritze/Holzbach*, WRP 2000, 872; *Gierschmann*, DB 2000, 1315; *Karenfort/Weißgerber*, Beil. zu MMR 7/2000, 38; *Lehmann*, EuZW 2000, 517; *Pearce/Platten*, ELJ 6 (2000), 363; *Piepenbrock/Schmitz*, K & R 2000, 378; *Spindler*, Beil. zu MMR 7/2000, 4; *Tettenborn*, K & R 2000, 386; . Zu Vorentwürfen *Apel/Grapperhaus*, WRP 1999, 1247; *Bender/Sommer*, RIW 2000, 260; *Brenn*, ÖJZ 1999, 481; *Brisch*, CR 1999, 235; *Ernst*, VuR 1999, 397; *Hamann*, ZUM 2000, 290; *Hoeren*, MMR 1999, 192; *Holznapel/Holznapel*, K & R 1999, 103; *Landfermann*, ZUM 1999, 795; *Lehmann*, ZUM 1999, 180; *Maennel*, MMR 1999, 187; *Spindler*, MMR 1999, 199; *Tettenborn*, K & R 1999, 252; *ders.*, K & R 1999, 442; *ders.*, K & R 2000, 59; *Waldenberger*, EuZW 1999, 296.

<sup>19</sup> Richtlinie 1999/93/EG vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG 2000 L 13, 12. Dazu *Redeker*, CR 2000, 455.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission vom 7.2.2001 „Elektronischer Geschäftsverkehr und Finanzdienstleistungen“, KOM (2001) 66 endg.

<sup>21</sup> Richtlinie 97/5/EG vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABl. EG 1997 L 43, 25. Dazu *Schneider*, EuZW 1997, 589.

<sup>22</sup> Kritisch dazu *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, Kap. 4.13 Rdnr. 16.

Ausführungszeiten. Darüber hinaus finden sich Regelungen für die Haftung über Verzug und Nichterfüllung erteilter Überweisungsaufträge sowie zur Aufteilung der Gebühren- und Provisionstragungslast.

### 3. Zweiseitige Unternehmensverträge

Zweiseitige Unternehmensverträge zeichnen sich dadurch aus, dass es sich bei den Vertragsparteien stets um Unternehmen handelt. Besondere Bedeutung im Bereich der zweiseitigen Unternehmensverträge kommt den zahlreichen Gruppenfreistellungsverordnungen zu<sup>23</sup>. Sie greifen massiv in die nationalen Regelungen des Rechts der Schuldverträge ein, da sie strenge Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung von Alleinvertriebsvereinbarungen etc. stellen und deren Nichtbeachtung häufig mit ihrer Nichtigkeit sanktionieren.

Lediglich zweiseitige Unternehmensverträge werden weiterhin von der Zahlungsverzugs-Richtlinie<sup>24</sup> erfasst. Sie legt unter anderem fest, ab welchem Zeitpunkt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe der Schuldner bei Zahlungsverzug Zinsen zu entrichten hat. Geregelt wird weiterhin der Anspruch auf Ersatz der durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten.

Zweiseitige Unternehmensverträge zum Gegenstand hat schließlich auch die Handelsvertreter-Richtlinie<sup>25</sup>, da ihrem Anwendungsbereich nur Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmen und selbständige Handelsvertretern unterfallen (Art. 1 Abs. 1). Die Richtlinie enthält ein ungemein dichtes Regelungsprogramm, das von der Beschreibung der gegenseitigen Rechte und Pflichten über Vorschriften über die zu leistende Vergütung bis hin zu Vorgaben für Vertragsschluss und -beendigung reicht. Von besonderer Bedeutung ist insbesondere die Statuierung eines nachvertraglichen Anspruchs des Handelsvertreters, der nach Wahl der Mitgliedstaaten ent-

---

<sup>23</sup> Übersicht bei *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, § 8, 5.01 (S. 936 ff.).

<sup>24</sup> Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. EG 2000 L 200, 35. Zur Richtlinie vgl. *Gsell*, ZIP 2000, 1861; *Hänlein*, EuZW 2000, 680; *Huber*, JZ 2000, 957; *Krebs*, DB 2000, 1697; *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97; *Schulte-Braucks*, NJW 2001, 103. Zu Vorentwürfen vgl. *Fina*, ÖJZ 1999, 534; *Freitag*, EuZW 1998, 559; *Freudenthal/Milo*, NTBR 1996, 153; *Gsell*, ZIP 1998, 1569; *dies.*, ZIP 1999, 1281; *Kieninger*, WM 1998, 2213; *Knapp*, RabelsZ 63 (1999), 295; *Lehr*, EWS 1999, 241; *Leible*, in: Scholz (Hrsg.), Europa als Union des Rechts, 90; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135; *dens.*, ZNotP 1999, 95; *Wägenbaur*, EuZW 1998, 417.

<sup>25</sup> Richtlinie vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. EG 1986 L 382, 17. Vgl. dazu *Ankele*, DB 1987, 569. *Westphal*, Die Handelsvertreter-Richtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Diss. Köln 1994.

weder auf Ausgleich oder Schadensersatz gerichtet und vor Ablauf des Vertrages nicht abbedungen werden kann. Dieser Anspruch ist bei einem hinreichenden Gemeinschaftsbezug des Handelsvertretervertrages sogar rechtswahlfest<sup>26</sup>.

## II. Haftungsrecht

Haftungsrechtliche Fragen sind - zumindest auch - Gegenstand verschiedener gemeinschaftlicher Rechtsetzungsakte. Am wichtigsten ist sicherlich die Produkthaftungs-Richtlinie aus dem Jahr 1985<sup>27</sup>. Mit ihr wurde erstmals ein dem Kernprivatrecht zuzuordnender Bereich harmonisiert und zahlreiche, bisher allein den nationalen Rechten vorbehaltene Begriffe vergemeinschaftet. Die Richtlinie verdeutlicht aber auch, vor welchen Schwierigkeiten die Zivilrechtsangleichung in der Gemeinschaft steht, wenn zwischen 15 Mitgliedstaaten ein für alle Rechtsordnungen akzeptabler Kompromiss gefunden werden muss. Sie beinhaltet zwar ein für damalige Verhältnisse recht modernes Konzept der Gefährdungshaftung, das nicht nur international häufig Vorbildcharakter hatte, sondern auch für verschiedene Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft neu war. Der umfassende und moderne Ansatz der Richtlinie wird freilich durch die Unmenge der vorgesehenen Optionsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Frage gestellt. Verschiedentlich wird daher bezweifelt, dass die Richtlinie überhaupt zu einem Harmonisierungserfolg geführt habe. Zurückzuführen lässt sich dies vor allem darauf, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie noch das in Art. 94 EGV vorgesehene Einstimmigkeitsprinzip galt. Die Produkthaftungs-Richtlinie wird ergänzt durch die Produktsicherheits-Richtlinie<sup>28</sup>, die das grundlegende und an alle Warenhersteller gerichtete

<sup>26</sup> Vgl. EuGH 9.11.2000 RIW 2001, 133, und dazu *Freitag/Leible*, RIW 2001, 287; *Staudinger*, NJW 2001 (im Druck); *Michaels/Kamann*, EWS 2001 (im Druck).

<sup>27</sup> Richtlinie 85/374/EWG vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG 1985 L 210, 29. Geändert durch die Richtlinie 1999/34/EG vom 10.5.1999 zur Änderung der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG 1999 L 141, 20.

<sup>28</sup> Richtlinie 92/59/EWG vom 29.6.1992 über die allgemeine Produktsicherheit ABl. EG 1992 L 228, 24. Die Richtlinie soll nunmehr geändert werden, vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG 2000 C 337, 109, sowie den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, KOM (2001) 63 endg.

Gebot enthält, nur sichere Produkte auf den Markt zu bringen<sup>29</sup>. Die Produkthaftungs-Richtlinie hat darüber hinaus Vorbildfunktion für die von der Kommission als Vorschlag vorgelegte, dann aber wieder zurückgezogene Dienstleistungshaftungs-Richtlinie<sup>30</sup> und die bislang nicht über das Vorschlagsstadium hinausgekommene Richtlinie über die zivilrechtliche Haftung für die durch Abfälle verursachte Schäden<sup>31</sup>. Dem „Weissbuch zur Umwelthaftung“<sup>32</sup> lässt sich schließlich entnehmen, dass die EG-Kommission die Schaffung eines EG-Umwelthaftungssystems im Wege einer Rahmenrichtlinie favorisiert, in der ihrer Ansicht nach folgendes festgelegt werden sollte: eine verschuldensunabhängige Haftung für Schäden infolge gefährlicher, Gemeinschaftsregelungen unterliegender Tätigkeiten (einschließlich Rechtfertigungsgründen) sowohl für Umweltschäden als auch Schäden im herkömmlichen Sinne sowie eine verschuldensabhängige Haftung für Schädigungen der biologischen Vielfalt infolge von ungefährlichen Aktivitäten. Ein entsprechender Richtlinienvorschlag soll im Juli oder September 2001 vorgelegt werden.

Haftungsregelungen sind darüber hinaus in zahlreichen weiteren Rechtsakten der Gemeinschaft enthalten, die hier nur beispielhaft aufgezählt werden können. So finden sich etwa in den beiden EG-Richtlinien zur Kfz-Haftpflichtversicherung<sup>33</sup> Vorschriften über die Haftung bei Straßenverkehrsunfällen. Für Unfälle beim Transport im Luftverkehr ist die Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Eine grundlegende Revision der Produktsicherheits-Richtlinie wird derzeit vorbereitet, vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit, KOM (2000) 139 endg.

<sup>30</sup> Vorschlag vom 9.11.1990 für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, ABl. EG 1991 C 12, 8. Vgl. dazu *Heinemann*, ZIP 1991, 1193; *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe, passim.

<sup>31</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie über die zivilrechtliche Haftung für die durch Abfälle verursachten Schäden, ABl. EG 1991 C 192, 6.

<sup>32</sup> KOM(2000) 66 endg.

<sup>33</sup> Richtlinie 72/166/EWG vom 24.2.1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl. 1972 L 103, 1; Zweite Richtlinie 84/5/EWG vom 30.12.1983 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, ABl. 1984 L 8, 17.

<sup>34</sup> Verordnung (EG) Nr. 2027/97 vom 9.10.1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl. 1997 L 285, 1. Vgl. dazu auch den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, KOM (2000) 340 endg.

einschlägig. Art. 23 der Datenschutz-Richtlinie<sup>35</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, „dass jede Person, der wegen einer rechtswidrigen Verarbeitung oder jeder anderen mit den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie nicht zu vereinbarenden Handlung ein Schaden entsteht, das Recht hat, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen Schadensersatz zu verlangen“. Der Ersatzanspruch ist verschuldensunabhängig ausgestaltet. Vorausgesetzt wird lediglich eine rechtswidrige Verarbeitung, d.h. ein Verstoß gegen verarbeitungsbezogene Rechtsvorschriften. Ersetzt werden müssen zumindest hierdurch kausal verursachte materielle Schäden<sup>36</sup>. Für eine Kombination von verschuldensunabhängiger und verschuldensabhängiger Haftung hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Pauschalreisen-Richtlinie hinsichtlich des Reiseveranstalters entschieden. Haftungsrechtliche Fragen sind weiterhin geregelt in der Anlegerentschädigungs-Richtlinie<sup>37</sup>, der Flugüberbuchungsverordnung<sup>38</sup> und in der Signatur-Richtlinie<sup>39</sup>. Von haftungsrechtlicher Relevanz ist schließlich auch die E-Commerce-Richtlinie mit ihren Haftungsprivilegierungen für Provider<sup>40</sup>.

### III. Sachenrecht

Eher spärlich ist die Anzahl der Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft im Bereich des Sachenrechts. Dies wird mitunter auf die vermeintliche Sperrfunktion des Art. 295 EGV zurückgeführt. Dass die Vorschrift grundsätzlich nicht geeignet ist, ein Einwirken der Grundfreiheiten auf die mitgliedstaatlichen Sachenrechte zu verhindern, wurde be-

---

<sup>35</sup> Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 L 281, 31.

<sup>36</sup> Ob Art. 23 auch immaterielle Schäden umfasst, ist umstritten. Zum Streitstand vgl. m. w. Nachw. *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 23 Rdnr. 20 ff.

<sup>37</sup> Richtlinie 97/9/EG vom 3.3.1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABl. EG 1997 L 84, 22.

<sup>38</sup> Verordnung (EWG) Nr. 295/91 vom 4.2.1991 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr, ABl. EG 1991 L 36, 5. Vgl. dazu auch den Vorschlag für eine Verordnung (EG) zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr, ABl. EG 1998 C 120, 18.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 6 der Richtlinie 1999/93/EG vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG 2000 L 13, 12.

<sup>40</sup> Vgl. dazu *Spindler*, Beilage zu MMR 7/2000, 4, 16 ff.

reits aufgezeigt<sup>41</sup>. Gleiches gilt für das gemeinschaftliche Sekundärrecht. Sofern Regelungen auf Gemeinschaftsebene notwendig sind, um ein Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen, kann ihnen Art. 295 EGV nicht entgegen gehalten werden<sup>42</sup>.

So finden sich z.B. sachenrechtliche Vorschriften in der bereits erwähnten Timesharing-Richtlinie, die nicht nur schuldrechtlich, sondern auch sachenrechtlich oder gesellschaftsrechtlich ausgestaltete Teilnutzungsrechte an Immobilien erfasst. Dem Sachenrecht zuzuordnen ist weiterhin die Richtlinie über die Rückgabe von Kulturgütern<sup>43</sup>. Sie sieht einen Rückgabebanspruch des Mitgliedstaats gegenüber dem Eigentümer von aus seinem Hoheitsgebiet unbefugt verbrachten Kulturgütern vor, und zwar selbst dann, wenn der Eigentümer das Eigentum gutgläubig erworben hat. Die Rückgabe hat gegen Zahlung einer angemessenen Entschädigung zu erfolgen. Welche sachen- bzw. schuldrechtliche Konstruktion die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe wählen, bleibt freilich ihnen überlassen. Eine Regelung des Eigentumsvorbehalts findet sich schließlich in der Zahlungsverzugs-Richtlinie. Die Vorschrift war im Gesetzgebungsverfahren äußerst umstritten. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag wurde vom Rat zunächst vollständig gestrichen und erst auf Druck des Europäischen Parlaments, wenn auch nur in „abgespeckter“ Form, in den endgültig verabschiedeten Richtlinienentwurf wieder aufgenommen. Art. 4 Abs. 1 verpflichtet nunmehr die Mitgliedstaaten „in Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden, vorzusehen, dass der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung das Eigentum an Gütern behält, wenn zwischen Käufer und Verkäufer vor der Lieferung der Güter ausdrücklich eine Eigentumsvorbehaltsklausel vereinbart wurde“. Diese Regelung wird nunmehr ergänzt durch Art. 7 Abs. 1 der Insolvenzverordnung<sup>44</sup>. Danach lässt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen den Käufer einer Sache die Rechte des Verkäufers aus einem Eigentumsvorbehalt unberührt, wenn sich diese Sache zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem der Verfahrenseröffnung befinden. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verkäufers eröffnet, so berechtigt dies nicht zur Auflösung oder Beendigung des

---

<sup>41</sup> Vgl. oben § 4, D IV 3 b, cc.

<sup>42</sup> Vgl. *Leible*, in: Scholz (Hrsg.), *Europa als Union des Rechts*, 90, 96.

<sup>43</sup> Richtlinie 93/7/EWG vom 15.3.1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgüter, ABl. EG 1993 L 74, 74.

<sup>44</sup> Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000 L 160, 1.

Kaufvertrages und steht auch einem Eigentumserwerb des Käufers nicht entgegen, wenn sich die unter Eigentumsvorbehalt veräußerte Sache zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als dem der Verfahrenseröffnung befindet.

Der Vorschlag einer Hypothekarkredit-Richtlinie<sup>45</sup> zielte nicht primär auf eine Harmonisierung des Rechts der Immobiliarsicherheiten, sondern darauf, das Hypothekargeschäft grenzüberschreitend zu ermöglichen. Er ist im Hinblick auf den mit der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie erreichten Regelungsstand mittlerweile zurückgezogen worden<sup>46</sup>. Darüber hinaus existieren noch - allerdings nur private - Vorschläge für die Schaffung einer Eurohypothek<sup>47</sup>. Angleichungsbedürfnisse bestehen auch, wie bereits im Rahmen der Behandlung der Grundfreiheiten aufgezeigt wurde, im Bereich der sonstigen Kreditsicherheiten, insbesondere der Mobiliarsicherheiten<sup>48</sup>. Diskutiert wird weiterhin eine Vereinheitlichung des Rechts des gutgläubigen Fahrnisserwerbs<sup>49</sup>.

#### IV. Handelsrecht

Geht man von der - vielfach kritisierten<sup>50</sup> - Systematik des deutschen Rechts aus, so lassen sich nur wenige Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft einem „europäischen Handelsrecht“ zuordnen<sup>51</sup>. Hinzuweisen ist zunächst auf verschiedene Regelungen der handelsrechtlichen Publizität, wie sie sich insbesondere in der Publizitäts-Richtlinie und den verschiedenen Richtlinien zum Bilanzrecht<sup>52</sup> finden. Typisch handelsrechtliche Sachverhalte berührt weiterhin die Handelsvertreter-Richtlinie. Sonderregelungen für kaufvertragliche Rechtsgeschäfte, die nach deutschem

<sup>45</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Hypothekarkredits, ABl. EG 1987 C 161, 4.

<sup>46</sup> Kritisch dazu *Eilmansberger*, EuZW 1991, 691.

<sup>47</sup> Vgl. dazu mwN etwa *Stöcker*, Die „Eurohypothek“; *Wachter*, WM 1999, 49.

<sup>48</sup> Das sieht auch die Kommission so für den Eigentumsvorbehalt, vgl. ABl. EG 1997 C 216, 10. 17. Umso bedauerlicher ist daher dessen missglückte Regelung in der Zahlungsverzugsrichtlinie.

<sup>49</sup> Vgl. Nr. 41 des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1; außerdem *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der EG*, 9, 37.

<sup>50</sup> Vgl. dazu vor allem *K. Schmidt*, ZHR 161 (1997), 5 ff.; *dens.*, Handelsrecht, 47 ff.

<sup>51</sup> Ausführlich zu einer Kategorisierung des „Europäischen Handelsrechts“ *Grundmann*, ZHR 163 (1999), 635.

<sup>52</sup> Fundstellennachweise im nächsten Abschnitt.

Recht als einseitige Handelsgeschäfte im Sinne von § 345 HGB zu qualifizieren wären, finden sich in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Originär handelsrechtlich, weil auf Verträge zwischen Unternehmen beschränkt, ist schließlich die Richtlinie über Zahlungsverzug im Handelsverkehr. Sie macht aber zugleich deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht - anders als das deutsche Recht - nicht von einem antiquierten Kaufmannsbegriff ausgeht, sondern als Unternehmensrecht konzipiert ist<sup>53</sup>.

#### V. Gesellschaftsrecht

Eine umfangreiche Gesetzgebungstätigkeit der Gemeinschaft ist auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts zu verzeichnen<sup>54</sup>. Sie nahm ihren Ausgang im Jahre 1968 mit der Publizitäts-Richtlinie<sup>55</sup>, der ersten privatrechtsangleichenden Richtlinie überhaupt, der in schneller Folge zahlreiche weitere Rechtsakte folgten. Nach diesen Anfangserfolgen kam es freilich zu einer langen Phase der Stagnation. Von einer „Krise des europäischen Gesellschaftsrechts“ ist gar die Rede<sup>56</sup>, die erst in jüngerer Zeit überwunden zu werden scheint. Ziel der Gesellschaftsrechtangleichung ist die Verwirklichung des in Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV erteilten Gesetzgebungsauftrags. Danach sind die Schutzbestimmungen zu koordinieren, „die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“. Die Kommission hat die Vorschrift von Anfang an weit ausgelegt und sich nicht allein an der Niederlassungsfreiheit, sondern zugleich an anderen Vertragszielen orientiert, indem sie die Gesellschaftsrechtangleichung (auch) als Instrument zur Marktintegration durch Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Gesellschaften einsetzte<sup>57</sup>. Neben die Angleichung der einzelstaatlichen Gesellschaftsrechte tritt die Schaffung gemeinschaftseigener, d.h. supranationaler Gesellschaftsformen.

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Leible*, in: Scholz (Hrsg.), Europa als Union des Rechts, 90, 92.

<sup>54</sup> Vgl. auch die Gesamtdarstellungen von *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht; *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht. Texte mit kurzer Einleitung außerdem bei *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht.

<sup>55</sup> Erste Richtlinie vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EWGV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG 1968 L 65, 8.

<sup>56</sup> Vgl. *Behrens*, EuZW 1996, 193; *dens.*, FS Mestmäcker, 831.

<sup>57</sup> *Leible*, ZHR 162 (1998), 594, 598 m.w. Nachw.

### 1. Rechtsangleichung

Der Angleichung des materiellen Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten sind bisher insgesamt 15 Richtlinien und Richtlinienvorschläge gewidmet. Fast alle betreffen das Aktienrecht, während das GmbH-Recht nur von wenigen berührt wird. Rechtsangleichung wird also nur hinsichtlich des Rechts der Kapitalgesellschaften, nicht aber der Personengesellschaften für notwendig gehalten. Das bereits verwirklichte Regelungsprogramm ist sehr unterschiedlich. Die ersten Angleichungsbemühungen der Gemeinschaft galten mit der Publizitäts-Richtlinie dem Schutz Dritter, insbesondere der Vertragspartner der Gesellschaft. Gegenstand der Richtlinie sind die Offenlegung wesentlicher, die Gesellschaft betreffender Angaben, die Wirksamkeit des Handelns für die Gesellschaft und die Nichtigkeit der Gesellschaft. In weitem Umfang geregelt wurde außerdem das Bilanzrecht durch die Jahresabschlussrichtlinie<sup>58</sup>, die durch die Konzernbilanzrichtlinie<sup>59</sup> und die Prüferbefähigungsrichtlinie<sup>60</sup> ergänzt wird. Ziel der Harmonisierungsrichtlinien im Bereich des Bilanzrechts ist eine den Interessen von Gesellschaftsgläubigern, Anlegern und allen interessierten Dritten dienende Errichtung eines Systems gemeinschaftsweit gleichwertiger und zuverlässiger Informationen über Gesellschaften, bei denen die Haftung der Gesellschafter beschränkt ist. Außerdem sollen durch unterschiedliche Bilanzrechte hervorgerufene Wettbewerbsverzerrungen (Informationsvorsprünge vor der Konkurrenz etc.) abgebaut werden. Beide Ziele werden aufgrund der Vielzahl der den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Optionsmöglichkeiten, ohne die angesichts der konträren Auffassungen der Mitgliedstaaten über die Bilanz ein Kompromiss nicht hätte erzielt werden können<sup>61</sup>, freilich nur in begrenztem Maße erreicht. Von einer substantiellen Angleichung der mitgliedstaatlichen Bilanzrechte kann daher bislang noch nicht gesprochen werden<sup>62</sup>. Änderungsvorschläge, die das europäi-

---

<sup>58</sup> Vierte Richtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978 über den Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften, ABl. EG 1978 L 222, 11. Die Richtlinie wurde zwischenzeitlich mehrfach geändert. Zu den nachfolgenden Änderungsrichtlinien, die etwa der Einbeziehung der GmbH & Co KG dienen vgl. die Nachweise bei *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 263. Eine bereinigte Fassung findet sich ebda., Rdnr. 315.

<sup>59</sup> Siebte Richtlinie 83/349/EWG vom 13.6.1983 über den konsolidierten Abschluss, ABl. EG 1983 L 193, 1.

<sup>60</sup> Achte Richtlinie 84/253/EWG vom 10.4.1984 über die Zulassung von Abschlussprüfern, ABl. EG 1984 L 126, 20.

<sup>61</sup> Antipoden waren vor allem das deutsche Recht mit seiner statischen und das englische Recht mit seiner eher dynamischen Bilanzauffassung („true and fair view“).

<sup>62</sup> *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 265; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 407.

sche Bilanzrecht an internationale Standards (IAS-Standards oder US-GAAP) anpassen und die Rechnungslegung für kleine und mittlere Unternehmen vereinfachen sollen, werden aber derzeit vorbereitet<sup>63</sup>. Ob sie zu einer wirklichen Rechtsangleichung führen werden, bleibt abzuwarten.

Weitere Richtlinien betreffen die Gründung<sup>64</sup>, Fusion<sup>65</sup> und Spaltung<sup>66</sup> von Aktiengesellschaften. Für alle Kapitalgesellschaften beachtlich ist die Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>67</sup>, während die Einpersonengesellschaftsrichtlinie<sup>68</sup> lediglich für das mitgliedsstaatliche GmbH-Recht von Bedeutung ist. Gerade letztgenannte Richtlinie macht im übrigen deutlich, dass die von der Gemeinschaft verfolgte Politik nicht allein der Koordinierung mitgliedsstaatlicher Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter sowie Dritter dient, sondern die Kompetenzgrundlage des Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV ganz allgemein als Instrument der Marktintegration benutzt wird, um „Unterschiedlichkeiten zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ zu beseitigen und „Einzelunternehmern in der gesamten Gemeinschaft ... das rechtliche Instrument einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ anzubieten<sup>69</sup>.

Über das Entwurfsstadium nicht hinausgekommen sind bislang die Strukturrichtlinie<sup>70</sup>, die Konzernrechtsrichtlinie<sup>71</sup>, die Richtlinie betreffend Übernahme-

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission vom 13.6.2000 über „Die Rechnungslegungsstrategie der EU: Künftiges Vorgehen“, KOM (2000) 359 endg. Ein „Vorschlag für eine Verordnung betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsgrundsätze“ ist mittlerweile vorgelegt worden, vgl. KOM (2001) 80 endg.

<sup>64</sup> Zweite Richtlinie 77/91/EWG vom 13.12.1976 über die Vorschriften für die Gründung von Aktiengesellschaften sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. EG 1977 L 26, 1.

<sup>65</sup> Dritte Richtlinie 78/855/EWG vom 9.10.1978 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften ABl. 1978 L 295, 36.

<sup>66</sup> Sechste Richtlinie 82/891/EWG vom 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. EG 1982 L 378, 47.

<sup>67</sup> Elfte Richtlinie 89/666/EWG vom 22.12.1989 über die handelsrechtliche Publizität von Zweigniederlassungen, ABl. EG 1989 L 395, 36.

<sup>68</sup> Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG vom 21.12.1989 betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter ABl. EG 1989 L 395, 40.

<sup>69</sup> Vgl. die Erwägungsgründe 4 und 5 zur Einpersonengesellschaftsrichtlinie (vorige Fußnote).

<sup>70</sup> Vgl. die dritte Änderung zum Vorschlag für eine fünfte Richtlinie nach Art. 54 EWG-Vertrag über die Struktur der Aktiengesellschaft sowie die Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe, ABl. EG 1991 C 321, 9.

<sup>71</sup> Vgl. den Vorentwurf einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (konzernrechtsrichtlinie) 1984, abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 244.

angebote<sup>72</sup>, die Liquidationsrichtlinie<sup>73</sup> sowie die internationale Fusionsrichtlinie<sup>74</sup> und die Richtlinie über eine grenzüberschreitende Sitzverlegung<sup>75</sup>.

Betrachtet man die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrecht, so fällt auf, dass die wesentlichen Angleichungsmaßnahmen bereits Ende der Sechziger/Anfang der Siebziger Jahre erfolgten und seitdem wesentliche Fortschritte nicht mehr zu verzeichnen sind. Später erfolgreich abgeschlossene Harmonisierungsprojekte betrafen allein punktuelle Maßnahmen oder dienten der Ergänzung bzw. Fortschreibung bereits bestehender Richtlinien. Der Abschluss der vorgenannten und mindestens ebenso wichtigen Angleichungsmaßnahmen scheiterte bislang nicht nur an der mit dem Gesellschaftsrechts nun in gar keinem Zusammenhang stehenden ungelösten Gibraltar-Frage, sondern vor allem an den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Modellen über die Mitbestimmung. Erst wenn ein alle Beteiligten zufriedenstellendes Mitbestimmungskonzept gefunden ist<sup>76</sup>, kann mit einem weiteren Voranschreiten der Gesellschaftsrechtsharmonisierung gerechnet werden. Die Ergebnisse des Gipfels von Nizza (dazu sogleich) stimmen immerhin hoffnungsfroh. Allerdings stets zu befürchten, dass es aufgrund der immer wieder zu beobachtenden und vor allem politisch motivierten Instrumentalisierung des Subsidiaritätsprinzips trotz der in Nizza erreichten grundsätzlichen Einigung in der Mitbestimmungsfrage auch in naher Zukunft nur zu punktuellen Angleichungsmaßnahmen kommen wird<sup>77</sup>.

## 2. Supranationale Gesellschaftsformen

Die Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen dient in erster Linie der Förderung grenzüberschreitender Kooperationen und damit der

---

<sup>72</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine dreizehnte Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über Übernahmeangebote, ABl. EG 1997 C 378, 10, und dazu *Neye*, ZIP 1997, 2172.

<sup>73</sup> Vgl. den Vorentwurf für eine Richtlinie auf der Grundlage von Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g des Vertrags über die Auflösung und Abwicklung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, DOK XV/43/87-DE.

<sup>74</sup> Vgl. den Vorschlag einer zehnten Richtlinie nach Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g des Vertrags über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. EG 1985 C 23, 11.

<sup>75</sup> Vgl. den Vorschlag vom 20.4.1997 für eine vierzehnte Richtlinie über die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts, ZIP 1997, 1721.

<sup>76</sup> Zum derzeitigen Stand vgl. *Deckert*, *RabelsZ* 64 (2000), 478, 480.

<sup>77</sup> Zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für das gemeinschaftliche Gesellschaftsrecht vgl. *Behrens*, FS Mestmäcker, 831, 837 f.; *Schön*, ZGR 1995, 1.

Herausbildung europaweiter Unternehmensstrukturen. Den Wirtschaftsteilnehmern sollen Gesellschaftsformen angeboten werden, die ihnen gemeinschaftsweit zur Verfügung stehen. Bislang ist freilich erst eine einzige supranationale Gesellschaftsform geschaffen worden, die EWIV<sup>78</sup>. Die EWIV soll eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Unternehmen erleichtern. Sie hat zwar „die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen“, doch lässt diese Formulierung offen, ob sie eine juristische Person ist<sup>79</sup>. Die Attraktivität der EWIV wird wesentlich eingeschränkt durch den zulässigen Gesellschaftszweck, der allein darauf gerichtet sein darf, „die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern oder zu entwickeln sowie die Ergebnisse dieser Tätigkeit zu verbessern oder zu steigern“. Die Tätigkeit der EWIV darf also nur Hilfscharakter für die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder haben. Da eine Verordnung zur Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform nicht auf sämtliche Rechtsfragen, die durch deren Gründung, Existenz und Abwicklung aufgeworfen werden, eine Antwort geben kann, bedarf es ihrer Unterstützung durch zusätzliche einzelstaatliche Regelungen. Diese sind für die EWIV dem nationalen Recht des Sitzstaates zu entnehmen<sup>80</sup>. Dieser Verweis auf das - überwiegend noch nicht angeglichenen! - nationale Recht führt dazu, dass die Ausgestaltung der EWIV von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat nicht unerheblich von einander abweicht<sup>81</sup>. Nicht nur dies, sondern vor allem der beschränkte Gesellschaftszweck der EWIV hat dazu beigetragen, dass sich dieser Gesellschaftsform bisher noch nicht allzu großer Beliebtheit erfreut<sup>82</sup>.

Von der Kommission schon lange verfolgt wird das Projekt einer europäischen Aktiengesellschaft, die vor allem den grenzüberschreitenden

---

<sup>78</sup> Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 vom 25.7.1985 über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. EG 1985 L 199, 1.

<sup>79</sup> Die mitgliedstaatlichen Lösungen sind hier sehr verschieden. Während z.B. eine EWIV mit Sitz in Deutschland keine Rechtspersönlichkeit hat, weil § 1 des deutschen EWIV-Ausführungsgesetzes auf das OHG-Recht verweist, wird sie in anderen EG-Mitgliedstaaten als juristische Person eingestuft.

<sup>80</sup> Zur Einpassung der EWIV in das deutsche Recht vgl. das Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung vom 14.4.1988, BGBl. 1988 I, 514.

<sup>81</sup> Zu den hieraus resultierenden Problemen für eine von der Verordnung eigentlich als problemlos vorausgesetzte Sitzverlegung vgl. *Abmeier*, NJW 1986, 2987, 2989 f.; *Kollhoser/Raddatz*, JA 1999, 10, 15 f.

<sup>82</sup> Zur praktischen Akzeptanz der EWIV als Gesellschaftsform vgl. *Funkat*, EWS 1998, 122.

Aufbau von Konzernen erleichtern soll<sup>83</sup>. Seine Verwirklichung ist aber stets an der ungelösten Mitbestimmungsfrage gescheitert. Der Gipfel von Nizza hat nun endlich den Durchbruch gebracht. Der Ministerrat hat sofort anschließend auf einem Sondertreffen am 20.12.2000 - nach fast dreißigjähriger Beratungszeit (!) - sowohl die SE-VO<sup>84</sup> als auch die SE-Mitbestimmungsrichtlinie<sup>85</sup> beschlossen<sup>86</sup>. Erforderlich ist nunmehr nur noch die Anhörung des Europäischen Parlaments.

Von der Kommission vorgelegt wurden bislang weiterhin Verordnungsvorschläge für die Schaffung bestimmter Unternehmensformen, die für die „Economie Sociale“ von Bedeutung sind<sup>87</sup>. Gemeint sind damit Unternehmen, die ihre Wirtschaftstätigkeit in einer spezifischen Organisationsform ausüben, die Ausdruck eines umfassend verstandenen sozialen Selbstverständnisses ist<sup>88</sup>. Dies sind der europäische Verein<sup>89</sup>, die europäische Genossenschaft<sup>90</sup> sowie die europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft<sup>91</sup>. Diese Gesetzesvorhaben haben derzeit jedoch keine realistische Chance auf ihre Verwirklichung<sup>92</sup>. Erwähnenswert ist schließlich noch ein von der Chambre de commerce et d'industrie de Paris und verschiedenen Wissenschaftlern angestoßenes Projekt der Schaffung einer - der deutschen GmbH vergleichbaren - supranationalen Rechtsform einer europäischen Privatgesellschaft (*société fermée européenne*)<sup>93</sup>.

---

<sup>83</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der europäischen Aktiengesellschaft, ABl. EG 1991 C 176, 1. Zur - langen - Entwicklungsgeschichte vgl. *Abeltshauser*, AG 1990, 289. Zum aktuellen Stand *Deckert*, *RabelsZ* 64 (2000), 478, 483. Literaturnachweise bei *Schwarz*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 640 f.

<sup>84</sup> Vgl. den Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Ratsdokument 14886/00.

<sup>85</sup> Vgl. den Entwurf einer Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Ratsdokument 14732/00.

<sup>86</sup> Dazu *Jahn/Herfs-Röttger*, DB 2001, 631; *Wiesner*, ZIP 2001, 397.

<sup>87</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Schwarz*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Rdnrn. 1223 ff.

<sup>88</sup> *Luttermann*, ZVglRWiss 93 (1994), 1, 3.

<sup>89</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut des europäischen Vereins, ABl. EG 1993 C 236, 1. Vgl. dazu *Vollmer*, ZHR 157 (1993), 373; *Wagner*, *Der Europäische Verein*, passim.

<sup>90</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der europäischen Genossenschaft, ABl. EG 1993 C 236, 17. Vgl. dazu jüngst m. w. Nachw. *Blomeyer*, BB 2000, 1741.

<sup>91</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, ABl. EG 1993 C 236, 40. Vgl. dazu *Moltke*, *VersW* 1993, 688.

<sup>92</sup> *Habersack*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Rdnr. 67.

<sup>93</sup> Vgl. dazu unter anderem *Ehricke*, *RabelsZ* 2000, 497; *Helms*, *Die Europäische Privatgesellschaft*; *Hommelhoff*, WM 1997, 2101; *ders./Helms*, *GmbH* 1999, 53; außerdem die zahlreichen Beiträge in *Boucourechliev/Hommelhoff* (Hrsg.), *Vorschläge für eine*

## VI. Arbeitsrecht

Nahezu unübersehbar ist mittlerweile der Bestand an gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen im Bereich des Arbeitsrechts<sup>94</sup>. Die folgende Übersicht kann sich daher nur auf eine kurze Darstellung der mit ihnen verfolgten Zielrichtungen sowie die Herausstellung einiger charakteristischen Rechtsakte beschränken<sup>95</sup>. Zum einen geht es bei arbeitsrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen darum, Normen zu schaffen, die die Wahrnehmung der primärrechtlich gewährten Arbeitnehmerfreizügigkeit erleichtern (Art. 39 ff. EGV). Darüber hinaus sollen sie die Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, gewährleisten (Art. 141 Abs. 3)<sup>96</sup>. Rechtsangleichung im Arbeitsrecht dient weiterhin dem Ziel, Wettbewerbsverzerrungen, die aus unterschiedlichen Regeln der nationalen Arbeitsrechtsordnungen resultieren, zu beseitigen (Art. 95 EGV). Und schließlich soll der Sozialschutz der Arbeitnehmer, und das meint in erster Linie die Arbeitsbedingungen, verbessert werden (Art. 136, 137 EGV).

Der Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dienen insbesondere die Verordnung Nr. 1612/68<sup>97</sup> und Nr. 1251/70<sup>98</sup>. Ihre Regelungen haben jedoch überwiegend nur die Verhinderung einer Diskriminierung von Arbeitnehmern aus anderen EG-Mitgliedstaaten sowie die Sicherung ihres Aufenthaltsrechts zur Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit sowie für die Zeit danach zum Ziel. Für das Arbeitsvertragsrecht wesentlich bedeutender

---

Europäische Privatgesellschaft; *Hommelhoff* (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer Europäischen Privatgesellschaft; *Kluiver/van Gerven* (Hrsg.), The European Privat Company?.

<sup>94</sup> So führt z.B. *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 9, 85 ff., in seinem Anhang „Gemeinschaftsprivatrechtliche Legislativakte der EG (Stand: Dezember 1998)“ allein 39 das Arbeitsrecht berührende Richtlinien bzw. Verordnungen auf

<sup>95</sup> Umfassend zum europäischen Arbeitsrecht z.B. *Eichenhofer*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D III; *Asshoff/Bachner/Kunz*, Europäisches Arbeitsrecht im Betrieb; *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht; *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht.

<sup>96</sup> Die Vorschrift wurde mit dem Vertrag von Amsterdam neu eingeführt. Zuvor wurde das Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung durch Art. 94 oder 308 EGV gestützte Richtlinien konkretisiert und erweitert.

<sup>97</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968 L 257, 2.

<sup>98</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. EG 1970 L 142, 24.

sind hingegen die zur Ausfüllung von Art. 141 EGV ergangenen Richtlinien<sup>99</sup>. Mit ihnen wurde vor allem eine Erweiterung des durch Art. 119 Abs. 1 EGV a.F. gewährten Schutzes angestrebt. Die Vorschrift bestimmte, dass Männern und Frauen bei gleicher Arbeit das gleiche Entgelt zu zahlen sei. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz wurde sodann um die Pflicht zur Zahlung gleichen Entgelts bei gleichwertiger Arbeit erweitert<sup>100</sup> und anschließend noch auf sonstige Arbeitsbedingungen erstreckt<sup>101</sup>. Die Neufassung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Art. 141 EGV hat diesen sekundärrechtlichen Fortschreibungen nunmehr Rechnung getragen. Die Vorschrift bezweckt jetzt nicht mehr allein die Gewährung gleichen Entgelts, sondern hat allgemein die Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsrecht zum Ziel. Als Folge des mit dem Amsterdamer Vertrag neu eingeführten Art. 13 EGV erstreckt sich die Anti-Diskriminierungspolitik der Gemeinschaft im Bereich des Arbeitsrechts neuerdings auch auf die Bekämpfung von Ungleichbehandlungen aus Gründen „der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“. Ein erster Schritt wurde mit einer Richtlinie zur Verhinderung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft im Arbeitsleben, bei der Versorgung mit der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern oder Dienstleistungen, im Sozialschutz etc. getan<sup>102</sup>. Eine zweite (Rahmen-)Richtlinie mit einem noch weiteren Diskriminierungsverbot, das auch Ungleichbehandlungen aufgrund der Religion und Weltanschauung oder etwa der sexuellen Ausrichtung einer Person erfasst, soll folgen<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Sie wurden bislang auf 94, 308 EGV bzw. Art. 100, 235 EWGV gestützt. Einschlägige Rechtsgrundlage seit dem In-Kraft-Treten des Vertrags von Amsterdam ist Art. 141 Abs. 3 EGV.

<sup>100</sup> Richtlinie 75/117/EWG vom 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. EG 1975 L 45, 19.

<sup>101</sup> Vgl. die Richtlinie 76/207/EWG vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie im Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG 1976 L 39, 40.

<sup>102</sup> Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschiede der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 L 180, 22. Vgl. dazu *Waas*, ZIP 2000, 2151.

<sup>103</sup> Vgl. den Vorschlag vom 25.11.1999 für eine Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM (1999) 565 endg. Der sachliche Geltungsbereich der ins Auge gefaßten Bestimmungen schließt nicht nur die abhängige Beschäftigung, sondern auch selbständi-

Zu einer Harmonisierung des Arbeitsprivatrechts führen weiterhin die gemeinschaftlichen Regelungen zum Schutz des Arbeitnehmers bei Unternehmenskrisen sowie zum Arbeitsschutz. Dem erstgenannten Ziel dienen die Massenentlassungs-Richtlinie<sup>104</sup>, die Richtlinie zum Betriebsübergang<sup>105</sup> und schließlich die Richtlinie zur Arbeitsentgeltsicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers<sup>106</sup>. Zum Arbeitsschutz ist ein ganzes Bündel von Richtlinien erlassen worden, die teils allgemeiner Natur sind<sup>107</sup>, teils nur bestimmte Arbeitnehmer schützen sollen und teils keine privatrechtlichen, sondern allgemeine sicherheitsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes etc. stellen<sup>108</sup>. Gemeinschaftsrechtliche Regelungen sind weiterhin im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts zu verzeichnen. Ein erster Schritt wurde hier mit der Richtlinie über den europäischen Betriebsrat getan<sup>109</sup>. Erwähnenswert ist schließlich noch die Arbeitnehmerentsende-Richtlinie<sup>110</sup>.

Der Rechtsangleichungsprozess ist auch im Arbeitsrecht noch nicht zum Ende gekommen. Geplant ist zum einen eine Vergemeinschaftung des für atypische Arbeitsverhältnisse geltenden Rechts. Einige Projekte, etwa be-

---

ge Erwerbstätigkeit und die freien Berufe ein; auch der persönliche Geltungsbereich ist nicht auf aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzte Personen beschränkt.

<sup>104</sup> Richtlinie 75/129/EWG vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG 1975 L 48, 29.

<sup>105</sup> Richtlinie 77/187/EWG vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Ansprüche von Arbeitnehmern beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. EG 1977 L 61, 26.

<sup>106</sup> Richtlinie 80/987/EWG vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EG 1980 L 283, 23.

<sup>107</sup> Nachweise bei *Eichenhofer*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D III Rdnr. 74.

<sup>108</sup> Übersicht bei *Eichenhofer*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D III Rdnrn. 75 ff.

<sup>109</sup> Richtlinie 94/45/EG vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrates oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung oder Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG 1994 L 245, 64. Vgl. dazu auch die Richtlinie 97/74/EG vom 15.12.1997 zur Ausdehnung der Richtlinie 94/45/EG über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrates oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf das Vereinigte Königreich, ABl. EG 1998 L 10, 22.

<sup>110</sup> Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG 1997 L 18, 1.

züglich der Regelung von Teilzeitarbeit<sup>111</sup> oder zum Elternurlaub<sup>112</sup>, haben bereits ihren Abschluss gefunden, während etwa Richtlinien über befristete Arbeitsverhältnisse sowie die Arbeitnehmerüberlassung oder die Flexibilisierung der Arbeitszeit noch ausstehen. Ziel all dieser Richtlinien ist es im wesentlichen, durch unterschiedliche arbeits- und sozialrechtliche Sicherungen für Arbeitnehmer hervorgerufene Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Unternehmen aus den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Problematisch daran ist, dass die Festschreibung hoher oder sogar höchster Standards die Kostenvorteile von in weniger entwickelten Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zunichte machen und damit dem Kohäsionsziel des Art. 158 EGV entgegenwirken kann<sup>113</sup>. Wie aber insbesondere die Arbeitnehmerentsenderichtlinie deutlich macht, scheint den Mitgliedstaaten zumindest im Bereich des Arbeitsrechts der Gedanke eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen<sup>114</sup> - im Arbeitsrecht also eines Wettbewerbs der Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts - nicht recht zu behagen.

Von besonderer Bedeutung nicht nur für das Arbeits-, sondern vor allem auch für das Gesellschaftsrecht ist schließlich die Schaffung gemeinschaftsrechtlicher Standards für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Die Kommission hat hierzu bereits zahlreiche Vorschläge vorgelegt, die jedoch bislang alle nicht nur aufgrund der unterschiedlichen Regelungen des Gesellschaftsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern vor allem auch wegen der differierenden sozialpolitischen Vorstellungen über die Notwendigkeit der Arbeitnehmermitbestimmung nicht verwirklicht werden konnten. Solange es hier zu keiner Einigung zwischen den Mitgliedstaaten kommt, kann wohl auch nicht mit einem Fortschritt bei den noch unverwirklichten Rechtsangleichungs- bzw. -vereinheitlichungsprojekten im Bereich des europäischen Gesellschaftsrechts gerechnet werden. Auf die in Nizza erzielten und durchaus hoffnungsfroh stimmenden Absprachen in der Mitbestimmungsfrage wurde bereits hingewiesen.

---

<sup>111</sup> Vgl. Richtlinie 97/81/EG vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit - Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. EG 1998 L 14, 9; Berichtigung in ABl. EG 1998 L 128, 71.

<sup>112</sup> Vgl. Richtlinie 96/34/EG vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. EG 1996 L 145, 4.

<sup>113</sup> *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 38. Immerhin gestattet Art. 137 Abs. 2 S. 2 EGV die Berücksichtigung der Belange von KMU. Danach sollen diese Richtlinien „keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen“.

<sup>114</sup> Vgl. zum Wettbewerb der Rechtsordnungen § 9, B IV.

### VII. Lauterkeitsrecht

Das Recht zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist bislang nur in gegrenztem Umfang Gegenstand von Rechtsangleichungsmaßnahmen geworden, was angesichts der Reichhaltigkeit der hierzu ergangenen Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH<sup>115</sup> erstaunt. Gemeinschaftsrechtliche Regelungen zum Recht des unlauteren Wettbewerbs befassen sich in erster Linie mit dem Schutz vor Irreführung. Der bedeutendste Schritt zur Rechtsangleichung wurde dabei zweifelsohne mit dem Erlass der Irreführungsrichtlinie getan, in die nunmehr auch die vergleichende Werbung einbezogen worden ist<sup>116</sup>. Das in der Irreführungsrichtlinie enthaltene Verbot der irreführenden Werbung wird ergänzt bzw. überlagert durch die zahlreichen in anderen Richtlinien oder Verordnungen enthaltenen speziellen Irreführungsverbote, wobei das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander bislang noch nicht restlos geklärt ist. Derartige Spezialnormen finden sich z.B. in Art. 3 Abs. 1 der Pauschalreise-Richtlinie (Verbot von irreführenden Angaben in Beschreibungen einer Pauschalreise) oder in Art. 2 Abs. 1 der Lebensmitteletikettierungs-Richtlinie<sup>117</sup>, der ein Irreführungsverbot für die Etikettierung von Lebensmitteln statuiert, das durch Abs. 3 auf deren Aufmachung und die für sie geschaltete Werbung erstreckt wird<sup>118</sup>.

Wesentlich weniger konturiert durch das gemeinschaftliche Sekundärrecht ist der Bereich der „Lauterkeit des Handelsverkehrs“, letztlich also das, was wir im deutschen Recht als gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlungen (§ 1 UWG) verstehen. Regelungsansätze lassen sich immerhin einigen zu anderen Materien ergangenen Richtlinien entnehmen. So muss z.B. gemäß Art. 4 Abs. 1 der Fernabsatz-Richtlinie der Verbraucher vor Abschluss eines Vertrages im Fernabsatz umfassend sowie klar und verständlich informiert werden, wobei „insbesondere die Grundsätze der Lauterkeit bei Handelsgeschäften ... zu beachten“ sind. Weiterhin findet sich in dieser wie auch in einigen anderen Richtlinien

---

<sup>115</sup> Vgl. § 4, D IV 2 a.

<sup>116</sup> Vgl. Richtlinie 84/450/EWG vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG 1984 L 250, 17. Geändert durch Richtlinie 97/55/EG vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG 1997 L 290, 18.

<sup>117</sup> Richtlinie 79/112/EWG vom 18.12.1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl. EG 1979 L 33, 1, nach mehrfachen Änderungen jetzt „kodifiziert“ durch die gleichnamige Richtlinie 2000/13/EG, ABl. 2000 L 109, 29.

<sup>118</sup> Ausführlich *Meyer*, Produktspezifische Werberegulungen.

eine Vorschrift über die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken zum Zwecke der Vertragsanbahnung<sup>119</sup>. Derart verstreute Einzelregelungen genügen auf Dauer freilich nicht. Der Angleichungsdruck hat sich vor allem durch das in der E-Commerce-Richtlinie verankerte Herkunftslandprinzip, das nicht sachbezogen differenziert, sondern das Wettbewerbsrecht umfänglich erfasst, deutlich erhöht. Auf Gemeinschaftsebene wird daher zur Zeit die Möglichkeit einer Schaffung eines „European Code of Conduct“ ventiliert.

### VIII. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

In recht großem Umfang angeglichen bzw. vereinheitlicht wurde das Recht des gewerblichen Rechtsschutzes sowie das Urheberrecht<sup>120</sup>. Dabei hat sich die Gemeinschaft zunächst des völkervertraglichen Instrumentariums bedient. Seit dem Scheitern des Gemeinschaftspatentübereinkommens<sup>121</sup> steht aber eindeutig der Erlass sekundärrechtlicher Maßnahmen im Vordergrund. Allerdings scheint sich der gewerbliche Rechtsschutz in Deutschland so weit von den allgemeinen privatrechtlichen Diskussionen entfernt zu haben, dass seine zunehmende Determinierung durch das Gemeinschaftsrecht von der allgemeinen Zivilrechtswissenschaft bis heute kaum bemerkt wird. Gleiches gilt für das Urheberrecht, dessen Harmonisierung - insbesondere im Rahmen der europäischen Programme zur Verwirklichung der Informationsgesellschaft - die Gemeinschaft seit Beginn der neunziger Jahre vermehrte Aufmerksamkeit zuwendet.

Kennzeichnend für die Rechtsangleichung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes ist - ebenso wie im Gesellschaftsrecht - eine Zweispurigkeit des Vorgehens der Gemeinschaft. Zum einen werden gemeinschaftliche Schutzrechte geschaffen, die sich vor allem dadurch auszeichnen, dass mit ihrem Erwerb ein sofortiger Schutz des Rechtsinhabers für das gesamte Gemeinschaftsgebiet erlangt wird. Daneben verfolgt die

---

<sup>119</sup> Vgl. Art. 7 E-Commerce-Richtlinie, Art. 14 Datenschutz-Richtlinie und Art. 12 ISDN-Datenschutz-Richtlinie (Richtlinie 97/66/EG vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. EG 1998 L 24, 1.

<sup>120</sup> Überblick zur Rechtsangleichung im gewerblichen Rechtsschutz bei *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 44 ff.; zum Urheberrecht bei *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdnr. 120 ff.

<sup>121</sup> ABl. EG 1976 L 17, 1 = BGBl. 1976 II, 833. Die Ratifizierung scheiterte in einigen Mitgliedstaaten aus politischen Gründen, ebenso der zweite Anlauf im Jahre 1989. Zur Entwicklung vgl. *Krieger*, FS Everling, 701, 704 f.

Gemeinschaft weiterhin das Ziel einer Angleichung der fortexistierenden nationalen Schutzrechte.

### 1. Gemeinschaftliche Schutzrechte

Der erste Schritt zur Kreation gemeinschaftlicher Schutzrechte wurde mit dem Erlass der Gemeinschaftsmarkenverordnung<sup>122</sup> unternommen. Die mit dieser Verordnung geschaffene Gemeinschaftsmarke dient dem Zweck, die Vollendung und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu fördern. Die Gemeinschaftsmarke ist einheitlich, d.h. sie hat einheitliche Wirkung für die gesamte Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 2). Den Unternehmen wird so die Möglichkeit eröffnet, ein Markenrecht zu erwerben, das es ihnen erlaubt, ihre Waren und Dienstleistungen gemeinschaftsweit ohne Rücksicht auf nationale Grenzen zu kennzeichnen. Unternehmen, die nicht nur national, sondern in der gesamten Gemeinschaft tätig sind, werden so in die Lage versetzt, ihre Absatzstrategien gemeinschaftsweit einheitlich zu konzipieren. Die Gemeinschaftsmarke tritt nicht an die Stelle der nationalen Markenrechte, sondern neben sie. Die Unternehmen haben also eine Wahlmöglichkeit. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, die nur auf nationalen Märkten tätig werden und meinen, nach wie vor mit dem Erwerb eines rein innerstaatlich wirkenden Markenrechts auskommen zu können, werden nicht gezwungen, ihre Marken als Gemeinschaftsmarken anzumelden. Geplant ist weiterhin die Schaffung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters<sup>123</sup>.

Etwas komplizierter stellt sich die Rechtslage auf dem Gebiet des Patentrechts dar. Zunächst zu erwähnen ist das - gemeinschaftsunabhängige - europäische Patentübereinkommen (EPÜ)<sup>124</sup>. Dabei handelt es sich um eine Sonderabkommen im Rahmen des PVÜ bzw. einen regionalen Vertrag im Sinne des PCT<sup>125</sup>. Auf Grund dieses völkerrechtlichen Vertrages wird es dem Erfinder ermöglicht, durch eine einzige Patentanmeldung, die beim Europäischen Patentamt in München erfolgen muss, in mehreren von ihm benannten europäischen Staaten nationale Patente zu erlangen. Mit einer

---

<sup>122</sup> Verordnung (EG) Nr. 40/94 vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1994 L 11, 1. Geändert durch VO (EG) Nr. 3288/94 vom 22.12.1994, ABl. EG 1994 L 349, 83. Vgl. dazu m. w. Nachw. *Klaka/Schulz*, Die europäische Gemeinschaftsmarke; *Pagenberg/Munzinger*, Leitfaden Gemeinschaftsmarke; *von Mühlendahl*, Die Gemeinschaftsmarke.

<sup>123</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine Verordnung (EG) über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG 2000 C 248, 3.

<sup>124</sup> BGBl. 1976 II, 649.

<sup>125</sup> *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 380.

einzigsten Patentanmeldung kann also ein Bündel nationaler Patente geschaffen werden (Art. 2 EPÜ). Über diesen Zustand geht das Gemeinschaftspatentübereinkommen<sup>126</sup> hinaus, durch das - ähnlich wie mit der Gemeinschaftsmarke - ein einheitliches, für die gesamte Gemeinschaft geltendes Patent geschaffen wird. Das Gemeinschaftspatentübereinkommen ist freilich bis heute nicht in Kraft getreten. Dies liegt vor allem an der unbefriedigenden, innovationshindernden Regelung der Sprachenfrage und einem nicht immer ganz durchdacht scheinenden Rechtsschutzsystem<sup>127</sup>. Die Kommission hat daher vor kurzem einen Vorschlag für eine EG-Verordnung über ein Gemeinschaftspatent vorgelegt<sup>128</sup>. Ein weiteres gemeinschaftliches Schutzrecht wurde schließlich durch die Verordnung über den gemeinschaftlichen Sortenschutz<sup>129</sup> zur Verfügung gestellt. Der gemeinschaftliche Sortenschutz ist die einzige und ausschließliche Form des gemeinschaftlichen gewerblichen Rechtsschutzes für Pflanzensorten und hat einheitliche Wirkung für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft (Art. 1, 2). Das Recht der Mitgliedstaaten, nationale Schutzrecht für Sorten zu erteilen, bleibt wiederum - vorbehaltlich gewisser, in der Verordnung fixierter Ausnahmen - unberührt. Zur Durchführung der Verordnung wurde ein gemeinschaftliches Sortenamt errichtet. Letztentscheidende Instanz bei Rechtsstreitigkeiten ist der Europäische Gerichtshof (Art. 73, 74).

Anzuführen ist abschließend noch der durch die Verordnung über Herkunftsangaben<sup>130</sup> für geographische Angaben und Ursprungsbezeichnungen gewährte Schutz, der wiederum, sofern eine Eintragung in einem bei der Kommission geführten Register erfolgt ist, gemeinschaftsweit gilt, allerdings nicht umfassend ausgestaltet, sondern auf bestimmte Produktkategorien beschränkt ist. Er wird ergänzt durch zahlreiche Sondervorschriften zum Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen, die sich vor allem im gemeinschaftlichen Weinrecht finden.

---

<sup>126</sup> Übereinkommen über das europäische Patent für den gemeinsamen Markt (Gemeinschaftspatentübereinkommen) vom 15.12.1989, ABl. EG 1989 L 401, 10.

<sup>127</sup> Vgl. dazu *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 395.

<sup>128</sup> Vorschlag der Kommission vom 1.8.2000 für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent, KOM (2000) 412 endg.

<sup>129</sup> Verordnung (EG) Nr. 2100/94 vom 27.7.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. EG 1994 L 227, 1.

<sup>130</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 vom 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. EG 1992 L 208, 1.

## 2. Rechtsangleichung

Da die gemeinschaftlichen Schutzrechte nicht an die Stelle der nationalen Schutzrechte treten, sondern lediglich neben sie, verfolgt die Gemeinschaft weiterhin eine Politik der Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechte. Ihr Ziel ist sowohl der Abbau durch nationale Schutzrechte hervorgerufener, aber gerechtfertigter Beschränkungen der Grundfreiheiten als auch die Beseitigung aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Schutzrechtsausprägungen resultierender Wettbewerbsverzerrungen. Der folgende kurze Überblick lässt die bereits erreichte Regelungsdichte erkennen, macht aber zugleich deutlich, dass der Prozess der Vergemeinschaftung der mitgliedstaatlichen Schutzrechte noch nicht abgeschlossen ist.

Eine Rechtsangleichung der nationalen Patentrechte ist zur Zeit nicht geplant. Eine Richtlinie zum Gebrauchsmusterrecht befindet sich erst im Vorbereitungsstadium<sup>131</sup>. Harmonisiert wurden hingegen die mitgliedstaatlichen Vorschriften für den rechtlichen Schutz spezieller technischer Leistungen, nämlich der Topographien von Halbleitererzeugnissen<sup>132</sup> sowie der biotechnologischen Erfindungen<sup>133</sup>. Die von der Gemeinschaft betriebene Harmonisierungspolitik war hier nicht reaktiver, sondern aktiver Natur; da mitgliedstaatliche Regelungen noch kaum existierten, galt es nicht, Behinderungen abzubauen, sondern ihr Entstehen bereits vorbeugend zu verhindern.

Eine nahezu flächendeckende Harmonisierung erfolgte im Bereich des Marken- und Geschmacksmusterrechts durch die erste Markenrechts-Richtlinie<sup>134</sup> sowie die Richtlinie zum Schutz von Mustern und Modellen<sup>135</sup>. Weit fortgeschritten, wenngleich noch nicht abgeschlossen, ist schließlich die Rechtsangleichung des Urheberrechts. Gegenstandsspezifische Rechtssetzungsakte dienen häufig der Gewährleistung eines urheberrechtlichen Schutzes an mit der Computertechnologie verbundenen Wer-

---

<sup>131</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie über die Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend den Schutz von Erfindungen durch Gebrauchsmuster, ABl. EG 2000 C 248, 56; dazu auch *Kraßer*, GRUR Int. 1999, 527.

<sup>132</sup> Richtlinie 87/54/EWG vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABl. EG 1987 L 24, 36.

<sup>133</sup> Richtlinie 98/44/EG vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. EG 1998 L 213, 13.

<sup>134</sup> Erste Richtlinie 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG 1989 L 40, 1.

<sup>135</sup> Richtlinie 98/71/EG vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. EG 1998 L 289, 28.

ken, so etwa dem Rechtsschutz von Computerprogrammen<sup>136</sup> oder Datenbanken<sup>137</sup>. Darüber hinaus sind die mitgliedstaatlichen Vorschriften zum Vermiet- und Verleihrecht<sup>138</sup> sowie über die Schutzdauer des Urheberrechts<sup>139</sup> vergemeinschaftet worden. Eine Richtlinie zur Angleichung des Folgerechts wird derzeit vorbereitet<sup>140</sup>. Zu verzeichnen sind weiterhin Rechtsangleichungsmaßnahmen bzw. entsprechende Vorschläge zum Urheberrechtsschutz bei bestimmten Verbreitungsarten, etwa via Kabel oder Satellit<sup>141</sup> oder Internet<sup>142</sup>.

### *IX. Kartellrecht*

Das gemeinschaftliche Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird gekennzeichnet durch die unmittelbar geltenden und direkt auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse Einfluss nehmenden Vorschriften der Art. 81 ff. EGV und die diese ergänzenden zahlreichen EG-Gruppenfreistellungsverordnungen. Die Gemeinschaft hat hier ein zusammenhängendes Rechtssystem gemeinschaftsweit unmittelbar anwendbarer Vorschriften geschaffen, die maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse haben<sup>143</sup>.

Darüber hinaus wird diskutiert, ob und inwieweit eine Harmonisierung der mitgliedsstaatlichen Kartellvorschriften erforderlich ist<sup>144</sup>. Aus ge-

---

<sup>136</sup> Richtlinie 91/250/EWG vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG 1991 L 122, 42.

<sup>137</sup> Richtlinie 96/9/EG vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG 1996 L 77, 20.

<sup>138</sup> Richtlinie 92/100/EWG vom 19. November 1992 zum Vermiet- und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. EG 1992 L 346, 61.

<sup>139</sup> Richtlinie 93/98/EWG vom 29. Oktober 1993 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. EG 1993 L 290, 9.

<sup>140</sup> Vgl. den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. EG 2000 C 125, 8.

<sup>141</sup> Richtlinie 93/83/EWG vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG 1993 L 248, 15.

<sup>142</sup> Darauf zielt der geänderte Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG 1999 C 180, 6.

<sup>143</sup> Näher dazu m. w. Nachw. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, § 8, 5.01 (S. 936 ff.).

<sup>144</sup> Vgl. z.B. *Hommelhoff*, FS Nirk, 469. Außerdem *Ackermann*, JJZ 1997, 203, 220 ff. zum Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen und einer möglichen autonomen Teilharmonisierung.

meinschaftsrechtlicher Sicht ist freilich kein Regelungsbedarf festzustellen, da binnenmarktrelevante Sachverhalte ohnehin dem unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftskartellrecht unterliegen und Wettbewerbsverzerrungen nicht ohne weiteres erkennbar sind<sup>145</sup>.

#### X. Zivilverfahrensrecht

Das Zivilverfahrensrecht ist bislang vom Gemeinschaftsrecht weitgehend unberührt geblieben, sieht man einmal von den wenigen punktuellen Einwirkungen der Grundfreiheiten und dem in seiner Bedeutung für einen funktionierenden Binnenmarkt gar nicht hoch genug einzuschätzenden EuGVÜ ab. Allerdings ist auch hier in letzter Zeit ein deutlicher Wandel in der Rechtsetzungspolitik der Gemeinschaft zu verzeichnen. Er beruht auf der Erkenntnis, dass eine Angleichung des materiellen Rechts ihr Ziel gar nicht oder nur bedingt erreicht, wenn sich die gewährten Rechte nicht bzw. nicht effektiv genug vor Gericht durchsetzen lassen<sup>146</sup>. Teilweise lässt sich dieses Problem noch mit Hilfe des Instrumentariums des gemeinschaftlichen Primärrechts, insbesondere den vom EuGH hieraus entwickelten Grundsätzen des „*effet utile*“, der Verpflichtung zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts etc. in den Griff bekommen. Gleichwohl setzt das mitgliedstaatliche Recht vor allem bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten mitunter unüberwindliche Hindernisse. Sie zu beseitigen, ist beispielsweise das erklärte Anliegen der Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen<sup>147</sup>. Sie zielt darauf ab, die Verfolgung grenzüberschreitender Verstöße gegen dem Verbraucherschutz dienende Vorschriften auch in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Verbänden und sonstigen nationalen Einrichtungen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sicherzustellen. Zivilverfahrensrechtliche Vorschriften finden sich darüber hinaus in der Zahlungsverzugs-Richtlinie, die die Mitgliedstaaten zur Einführung eines - wohl dem deutschen Mahnverfahren ähnelndem - Beitreibungsverfahren für unbestrittene Forderungen verpflichtet.

---

<sup>145</sup> Vgl. auch *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 43.

<sup>146</sup> Dazu auch *Schwartz*, ERPL 2000, 135.

<sup>147</sup> Richtlinie 98/27/EG vom 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG 1998 L 166, 51. Umfassend dazu *Méndez Pinedo*, *La protección de consumidores en la Unión Europea*; vgl. außerdem *Hoffmann*, ERPL 2000, 147.

Fragen des Insolvenzrechts sind Gegenstand verschiedener EG-Richtlinien, so etwa der bereits zitierten Richtlinien über die Arbeitsentgeltsicherung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, der Pauschalreise-Richtlinie (vgl. Art. 5) sowie der Richtlinie über Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapier- und -abrechnungssystemen<sup>148</sup>.

Ein wahrer „Europäisierungsschub“ ist schließlich im Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts zu verzeichnen, seitdem mit dem Amsterdamer Vertrag eine speziell auf grenzüberschreitende Zivilverfahren zugeschnittene Kompetenznorm geschaffen wurde (Art. 65 EGV). Von ihr hat die Gemeinschaft bereits durch den Erlass von vier Rechtsakten, und zwar der Zustellungsverordnung<sup>149</sup>, der Insolvenzverordnung<sup>150</sup> sowie den Verordnungen Brüssel I<sup>151</sup> und Brüssel II<sup>152</sup>, Gebrauch gemacht. Außerdem regte erst jüngst die französische Ratspräsidentschaft die Schaffung eines „Europäischen Besuchstitels“ an<sup>153</sup>. Diskutiert wird weiterhin der Erlass eines Rechtsaktes zur Urteilsanerkennung in Ehegüter- und Erbsachen sowie eine Harmonisierung des Rechts der grenzüberschreitenden Beweis-aufnahme<sup>154</sup>. In ihrem Aktionsplan kündigen Rat und der Kommission außerdem die Prüfung der nationalen „Vorschriften über die Hinterlegung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und die Ausgaben der beklagten Partei in einem Zivilverfahren, die Gewährung von Prozesskostenhilfe so-

<sup>148</sup> Richtlinie 98/26/EG vom 19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl. EG 1998 L 166, 45.

<sup>149</sup> Verordnung (EG) Nr.1348/2000 vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2000 L 160, 37.

<sup>150</sup> Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000 L 160, 1. Dazu *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533.

<sup>151</sup> Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 L 12, 1. Dazu *Hausmann*, EuLF 1-2000/01, 40.

<sup>152</sup> Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. EG 2000 L 160, 19. Dazu *Gruber*, FamRZ 2000, 1129; *Hau*, FamRZ 2000, 1333; *Kohler*, NJW 2001, 10. Siehe als Ergänzung dieses Rechtsakts auch den Verordnungsvorschlag der französischen Ratspräsidentschaft vom 26.6.2000 über einen „Europäischen Besuchstitel“; hierzu *Heß*, IPRax 2000, 361.

<sup>153</sup> Entwurf einer Verordnung (EG) des Rates über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht, IPRax 2000, 444.

<sup>154</sup> Vgl. die Initiative der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2000 C 314, 1.

wie weiterer möglicher Hindernisse wirtschaftlicher Art“ an<sup>155</sup>. Ein Grünbuch der Kommission über „Prozesskostenhilfe in Zivilsachen; Probleme der Parteien bei grenzüberschreitenden Streitsachen“ liegt mittlerweile vor<sup>156</sup>.

### C. Sekundäres Gemeinschaftsrecht und IPR

Auch die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts schreitet stetig voran. Verfolgt werden dabei zwei durchaus unterschiedliche Zielrichtungen. Zum einen geht es darum, zur Optimierung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes die mitgliedstaatlichen Kollisionsregeln anzugleichen, besser noch zu vereinheitlichen. Solange im Binnenmarkt noch kein einheitliches Sachrecht herrscht, können - wie gezeigt<sup>157</sup> - Kollisionsnormen an den durch unterschiedliche Sachnormen verursachten Beschränkungen teilhaben. Eine Vereinheitlichung oder Angleichung des Kollisionsrechts ist daher geeignet, zumindest einen Teil dieser Beschränkungen abzubauen. Diesem Zweck dienen - wenn auch nicht immer erfolgreich - beispielsweise die in den versicherungsrechtlichen Richtlinien enthaltenen Kollisionsnormen oder die allerdings noch durch eine völkervertragliche Vereinbarung zwischen den Mitgliedstaaten geschaffenen Verweisungsnormen im EVÜ. Besondere Bedeutung für zukünftige Rechtsakten zum IPR kommt der Vorschrift des Art. 65 EGV zu. Mit ihr ist erstmals eine Kompetenznorm geschaffen worden, die der Gemeinschaft explizit den Erlass von Maßnahmen erlaubt, die der „Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen“ dienen, sofern dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist<sup>158</sup>. Zu erwarten steht in nächster Zeit vor allem eine EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)<sup>159</sup>. In der Literatur wird außerdem bereits über eine

---

<sup>155</sup> Vgl. Nr. 41 des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1.

<sup>156</sup> KOM (2000) 51 endg.

<sup>157</sup> Vgl. § 4, E II.

<sup>158</sup> Zu den Einzelheiten vgl. unten § 10, B IV.

<sup>159</sup> Dazu *Wagner*, EuZW 1999, 709. Zu Vorarbeiten der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht vgl. *Fallon*, ERPL 7 (1999), 45.

Revision des EVÜ diskutiert<sup>160</sup>, die dann wohl - wie bereits beim EuGVÜ geschehen<sup>161</sup> - in Form einer auf Art. 65 EGV gestützten Verordnung erfolgen wird. In Aussicht genommen ist weiterhin eine Verordnung zum Scheidungskollisionsrecht (Rom III)<sup>162</sup>.

Das zweite Ziel gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts ist die kollisionsrechtliche Absicherung des Binnenmarktes nach außen. Ihm dienende Vorschriften finden sich vor allem im Bereich des internationalen Schuldvertragsrechts, besonders für Verbraucherverträge. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber zwingendes Verbrauchervertragsrecht schafft bzw. die Mitgliedstaaten zu einer entsprechenden Ausgestaltung ihrer nationalen Rechtsordnungen verpflichtet, dann soll dieses Recht bei reinen Binnenmarktsachverhalten oder Sachverhalten, die immerhin einen engen Zusammenhang zum Gebiet der Gemeinschaft aufweisen, nicht durch die Wahl eines Drittlandsrechts ausgeschaltet werden können. Derartige kollisionsrechtliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten finden sich beispielsweise in Art. 6 Abs. 2 der Klausel-Richtlinie, Art. 9 der Timesharing-Richtlinie, Art. 12 Abs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie und Art. 6 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>163</sup>. Diskutiert wird darüber hinaus, ob sich ähnliche einseitige Kollisionsnormen anderen gemeinschaftlichen Richtlinien entnehmen lassen, auch wenn Sie dort nicht explizit als solche benannt sind. So ist beispielsweise der EuGH im Anschluss an die Schlussanträge von Generalanwalt *Léger* der Auffassung, Art. 19 der Handelsvertreter-Richtlinien sei dahingehend zu interpretieren, dass die in Art. 17 und 18 vorgesehenen Ausgleichsansprüche nicht durch eine Rechtswahl abbedungen werden können, sofern ein Handelsvertreter mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat in der Gemeinschaft Exklusivprodukte einer in den USA ansässigen Gesellschaft vertreibt<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Vgl. die von der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht vorgelegten Vorschläge für eine Revision des EVÜ, IPRax 2001, 64, und dazu *Jayme*, IPRax 2001, 65.

<sup>161</sup> Vgl. die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 L 12, 1.

<sup>162</sup> Vgl. Nr. 41 des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1.

<sup>163</sup> Ausführlich dazu mit weiteren Nachweisen *Leible*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353, 360 ff.

<sup>164</sup> EuGH 8.11.2000 RIW 2001, 133 = EuLF Heft 3-2000/01, 177 m. Anm. *Font i Segura* = BB 2001, 10 m. Anm. *Kindler* = EuZW 2001, 50 m. Anm. *Reich*; vgl. dazu auch *Freitag/Leible*, RIW 2001, 287; *Jayme*, IPRax 2001, 190; *Michaels/Kamann*, EWS 2001 (im Druck); *Staudinger*, NJW 2001 (im Druck).

Bedenklich an dieser Entscheidung des EuGH und der damit einhergehenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs von EG-Richtlinien ist aber nicht nur ihre mangelhafte und vor allem nur beschränkt tragfähige Begründung, sondern vor allem die fehlende Abstimmung mit dem Regelungssystem des EVÜ<sup>165</sup>. Auf Befremden stoßen muss - zumindest aus kollisionsrechtlicher Sicht - außerdem, dass es sich bei diesen Regelungen, seien sie legislativer oder richterrechtlicher Natur, samt und sonders um einseitige Verweisungsnormen handelt, die im Kollisionsrecht gemeinhin und mit guten Gründen als unerwünscht angesehen werden. Eine zufriedenstellende Lösung wird sich wohl nur im Rahmen der anstehenden Revision des EVÜ bzw. dessen Überführung in eine EG-Verordnung erreichen lassen.

#### *D. Zwischensumme*

Versucht man, eine Zwischensumme zu bilden, so fällt das Ergebnis recht ernüchternd aus. Die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft im Bereich des Privatrechts kommt größtenteils über punktuelle Einzelmaßnahmen nicht hinaus. Eine System, gar ein „Masterplan“, ist oft nicht erkennbar<sup>166</sup>. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass mitunter die Prinzipien, denen eine Richtlinie folgt, vom jeweiligen Vorsitzenden der ausarbeitenden Kommission und der ihm vertrauten Rechtsordnung abhängt<sup>167</sup>. Insgesamt sind viele Architekten am Werk und wird an zahlreichen Stellen fleissig gebaut. Zu beklagen ist jedoch der „Missing View of the Cathedral“<sup>168</sup>. Die Gründe hierfür sind mannigfaltig und erst später

---

<sup>165</sup> Ausführliche Kritik u.a. bei *Freitag/Leible*, RIW 2001, 287.

<sup>166</sup> A.A. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 26, der das einende Band in einer „Metaebene“ sucht (und findet), die sich allerdings auch dem geneigten Leser nicht so recht erschließt. Das beginnt bereits beim Regelungsansatz. Harmonisiert würden - im Schuldvertragsrecht - lediglich solche Bereiche, in denen eine Rechtswahl nicht oder nur eingeschränkt möglich sei (Art. 5 - 7 EVÜ), vgl. *Grundmann*, NJW 2000, 14; *dens.*, in: *Grundmann* (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 1, 40. Das ist im theoretischen Ansatz überzeugend, entspricht aber nicht der Harmonisierungspraxis der Gemeinschaft, wie bereits ein Blick auf die Handelsvertreter-, die Zahlungsverzugs- oder die vertragsrechtlichen Regelungen der E-Commerce-Richtlinie deutlich macht. Wie hier auch *W.-H. Roth*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 113, 116 in Fußn. 23: „Die Existenz eines solchen Konzepts wird man schon aus rein tatsächlichen Gründen bestreiten müssen“.

<sup>167</sup> *Koziol*, JBl. 2001, 29, 32.

<sup>168</sup> So der Titel eines Beitrags von *Caruso*, ELJ 3 (1997), 3.

ausführlich zu behandeln. An dieser Stelle mag zunächst eine sehr holzschnittartige Darstellung der Ursachen und Folgen der Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsprivatrechts genügen.

### *I. Ursachen der punktuellen Vorgehensweise*

Ursächlich für die punktuelle Vorgehensweise der Gemeinschaft ist sicherlich zunächst einmal das Kompetenzsystem des EG-Vertrags, d.h. die rein funktionalen und nicht sachgebietsbezogenen Kompetenzzuweisungen. Solange sich Rechtsangleichung auf die Effektivierung der Grundfreiheiten und den Abbau von Wettbewerbsverfälschungen beschränken muss, kommt ein flächendeckendes und damit einer Systematisierung zugängliches Einwirken auf die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme nur für solche Regelungsmaterien in Betracht, die schon kraft Natur der Sache binnenmarktstörend sind. Dies ist aufgrund ihrer marktabschottenden Wirkung vor allem bei den gewerblichen Schutzrechten der Fall. Und genau auf diesem Gebiet hat die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft auch einen beachtlichen Stand erreicht, selbst wenn der Angleichungsprozess noch längst nicht abgeschlossen ist. Bemerkenswert ist vor allem die Vorgehensweise der Gemeinschaft. Zum einen werden die mitgliedstaatlichen Rechte - überwiegend durch EG-Richtlinien - binnenmarktkompatibel gemacht; die einzelnen Schutzrechte bleiben zwar nationalen Ursprungs, können aber gegenüber importierten Waren oder Dienstleistungen nur nach festumrissenen und vor allem binnenmarktverträglichen Regeln geltend gemacht werden. Neben diese nationalen Rechte treten vermehrt supranationale Schutzrechte wie die europäische Marke, das europäische Geschmacksmuster etc., die es jedermann ermöglichen, uno actu ein für den gesamten Binnenmarkt geltendes Recht zu begründen. Damit lassen sich Konkurrenzen zwischen verschiedenen nationalen Schutzrechten von vornherein vermeiden.

Wie sehr der fragmentarische Charakter des Gemeinschaftsprivatrechts durch die begrenzte Kompetenz der EG determiniert ist, macht besonders das Beispiel des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts deutlich. Auf diesem Gebiet sind erst seit dem In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags und der mit ihm eingeführten speziellen Kompetenznorm des Art. 65 EGV, die der Gemeinschaft weit über Art. 94, 95 EGV hinausreichende Handlungsbefugnisse verleiht<sup>169</sup>, bedeutende Fortschritte zu verzeichnen. Auf lange Sicht steht eine nahezu vollständige und damit insbesondere auch einer Systematisierung zugängliche Vergemeinschaftung des gesamten Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts zu erwarten. Abzuwarten bleibt freilich, ob der mit den bisherigen völker-

---

<sup>169</sup> Dazu § 10, B IV 2 b.

rechtlichen Übereinkommen erreichte Qualitätsstandard gehalten werden kann. Sofern sich die Kommission entschließt, sich bei der Ausarbeitung auf Art. 65 EGV gestützter Rechtsakte in verstärktem Maße des in den Mitgliedstaaten vorhandenen Sachverständigen zu bedienen, sollte dies allerdings kein Problem darstellen.

Mitursächlich für den Pointillismus des Gemeinschaftsprivatrechts sind weiterhin die vielfach anscheinend unüberbrückbare Differenzen zwischen den Regelungsvorstellungen der Mitgliedstaaten, die aber meist nicht, wie man meinen könnte, auf der Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme, sondern der gesellschafts- und sozialpolitischen Ordnungsvorstellungen beruhen. Klassisches Beispiel hierfür ist das Gesellschaftsrecht. Das von der Kommission seit Anfang der siebziger Jahre erarbeitete und von der Gemeinschaft dann in Teilen auch durchgeführte Rechtsetzungsprogramm lässt durchaus systembildende Züge erkennen. Angestrebt wird die Schaffung von Rahmenbedingungen, die es gesellschaftsrechtlich verfassten Unternehmen ermöglicht, ihre Standortwahl innerhalb der Gemeinschaft an ökonomischen Bedingungen auszurichten. Das setzt zunächst einmal voraus, dass überhaupt die Möglichkeit grenzüberschreitenden Agierens besteht (Niederlassungsfreiheit). Und es bedingt zum anderen die Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen, die durch Normen des Gesellschaftsrechts hervorgerufen werden; die hierfür notwendige Schaffung gemeinschaftsweit einheitlicher (Mindest-)Standards dient zugleich dem Schutz der Gesellschafter, Gläubiger sowie Arbeitnehmer von Gesellschaften, die vor den mit einer Öffnung der Märkte einhergehenden Gefahren im Rechtsverkehr mit Gesellschaften „fremden Rechts“ bewahrt werden sollen. Die von der Gemeinschaft verabschiedeten bzw. projektierten Rechtsetzungsakte tragen diesen Zielen Rechnung und würden bei ihrer vollständigen Verabschiedung ein in sich weitgehend kohärentes System gemeinschaftlichen Gesellschaftsrechts schaffen, das sich auf die Regelung binnenmarktrelevanter Fragen beschränkt und seine darüber hinausreichende Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlässt<sup>170</sup>. Dazu scheint es freilich nicht zu kommen, weil insbesondere die Mitbestimmungsfrage seit den achtziger Jahren substantielle Fortschritte verhindert<sup>171</sup>. Manche halten dies für durchaus begrüßenswert; schließlich gehöre die Mitbestimmung zur materiellen Identität der Staaten, da sie nicht nur Teil der natio-

---

<sup>170</sup> Eine Europäisierung ist erreicht bzw. angestrebt hinsichtlich der Außenaspekte sowie der kapitalmarktrechtlichen Elemente des Gesellschaftsrechts, während die internen Verhältnisse der Gesellschaft vom Gemeinschaftsrecht unberührt und ihre Regelung allein in der Verantwortung der Nationalstaaten liegt, vgl. *Lutter*, in: Nobel (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht, 9, 15.

<sup>171</sup> Vgl. dazu *van Hulle*, EWS 2000, 521, 522.

nenalen Rechtstradition sei, sondern auch das rechtliche Ergebnis der innerstaatlichen Auseinandersetzungen der gesellschaftlichen Kräfte sei<sup>172</sup>; sie zähle daher zum „rechtskulturell befestigten ordre public nationalen Gesellschaftsrechts“, der Kraft des Subsidiaritätsprinzip der Gemeinschaftskompetenz entzogen sei<sup>173</sup>. Zweifel an dieser Sichtweise sind aber schon deshalb angebracht, weil ihr ein rein statischer Kulturbegriff zugrundeliegt, der der Dynamik der Lebenswirklichkeit kaum gerecht wird<sup>174</sup>. Das ist aber nicht hier, sondern erst später zu vertiefen. Zudem scheint sich seit dem Gipfel von Nizza eine vorsichtige Annäherung der widerstreitenden Positionen in der Mitbestimmungsfrage und damit ein Ende der Blockade der Gesellschaftsrechtsangleichung abzuzeichnen.

Gehemmt wird ein Fortschreiten der Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts allerdings nicht nur durch das Problem der Mitbestimmung, sondern auch durch die seit Anfang der neunziger Jahre geführte Diskussion um den „Wettbewerb der Rechtssysteme“. Neuen Auftrieb hat sie durch die vieldiskutierte EuGH-Entscheidung „Centros“<sup>175</sup> erhalten, die, wenn man sie konsequent zu Ende denkt, es jedermann erlaubt, in einem beliebigen Mitgliedstaat der EG eine Gesellschaft zu gründen und alle ihre wirtschaftlichen Aktivitäten über eine in einem anderen Mitgliedstaat errichtete Zweigniederlassung abzuwickeln. Sollte dies vom EuGH tatsächlich angestrebt sein, wären einem Wettbewerb der Rechtsordnungen, der vor allem von Generalanwalt *La Pergola*<sup>176</sup> in seinen Schlussanträgen zu „Centros“ propagiert wurde, Tür und Tor geöffnet. Das spricht freilich nicht gegen Rechtsangleichung, im Gegenteil: In zahlreichen Besprechungsaufsätzen zu „Centros“ wurde umgehend und völlig zu recht auf die Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Mindeststandards hingewiesen, da sich nur so ein als Folge des „Centros“-Urteils drohender „Delaware-Effekt“ verhindern lässt.

## II. Mögliche Folgen einer punktuellen Vorgehensweise

Ausgangspunkt für die Kritik am punktuellen Charakter des Gemeinschaftsprivatrechts und die mit ihr meist einhergehenden Warnungen vor einer Gefährdung der zivilrechtlichen Systematik und Grundprinzipien sind allerdings nicht die - von der allgemeinen Zivilrechtswissenschaft häufig ohnehin nicht oder nur mit mäßigem Interesse zur Kenntnis genommenen - Rechtsangleichungsbemühungen der Gemeinschaft auf den zivilrechtlichen „Nebengebieten“ des Arbeits- und Gesellschaftsrechts oder des Gewerblichen Rechtsschutzes, sondern der verstärkte Einfluss

<sup>172</sup> *Steindorff*, ZHR 163 (1999), 395, 412 ff.

<sup>173</sup> *Ulmer*, Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, 176 f.

<sup>174</sup> Ähnlich auch *Kieninger*, ZEuP 2001, 202, 204.

<sup>175</sup> EuGH 9.3.1999 Slg. 1999, I-1459 - Centros.

<sup>176</sup> GA *La Pergola* Slg. 1999, I-1461, 1479.

von Sekundärrechtsakten auf das Schuldrecht. Das im Schrifttum geäußerte Unbehagen hat im wesentlichen zwei Ursachen. Zum einen kontrastiert der fragmentarische Regelungscharakter des Gemeinschaftsprivatrechts mit dem Anspruch der nationalen Schuldrechte auf Vollständigkeit und Einheitlichkeit, der sich häufig im Vorhandensein umfassender Kodifikationen in Form eines ABGB, BGB, Codice Civile, Code civil, Código Civil, Burgerlijk Wetboek etc. manifestiert. Zum anderen führt er zu einer verstärkten Ausbildung von Sonderprivatrechten, deren Ausstrahlungswirkung auf den meist liberalen Prinzipien verhafteten Grundkodex ungewiss ist und mit Skepsis betrachtet wird. Diese Bedenken sind freilich nur zum Teil berechtigt.

### 1. Punktuelle Harmonisierung und nationale Kodifikation

Auch im Bereich des Schuldrechts führt nicht jede Rechtsetzungsmaßnahme der Gemeinschaft zwangsläufig zu Friktionen mit bestehenden nationalen Kodifikationen. Denn zahlreiche gemeinschaftliche Rechtsakte betreffen besondere Vertragstypen oder Vertragsschlusstechniken, die schon bisher nicht in den meist im 19. oder zu Beginn des 20. Jahrhunderts verfassten Zivil- oder Handelsgesetzbücher geregelt waren. Ihre Umsetzung in das nationale Recht macht daher auch keinerlei Eingriffe in diese Regelungswerke notwendig. Dies gilt etwa für die Verbraucherkredit-, die Timesharing-, die Überweisungs- oder auch die Signaturrechtlinie.

Eine Umsetzung durch die Schaffung schuldrechtlicher Sondergesetze führt sicherlich zu einem Fortschreiten der „Dekodifikation“. Wesentlich verschlimmert wird die Situation dadurch freilich nicht, ist doch etwa die Liste der neben dem BGB bestehenden schuldrechtlichen Regelungswerke „schon kraft hausgemachter Gesetzgebung lang genug“<sup>177</sup>. Kaum anders ist die Situation in den meisten anderen Mitgliedstaaten der EG, in denen auf gewandelte gesellschaftliche Anforderungen meist ebenfalls nicht durch eine gesetzgeberische Änderungen des Zivilgesetzbuches, sondern die Schaffung von Sondergesetzen - etwa über Abzahlungskaufverträge - reagiert wurde. Eine Ausnahme bilden insoweit einzig die Niederlande und - in geringerem Umfang - auch Italien; dies aber auch nur deshalb, weil deren Kodifikationen schlicht jüngeren Datums sind.

Gering sind die Anpassungsprobleme im übrigen auch, wenn eine Richtlinie nach Umfang und Inhalt im wesentlichen den Regelungen der zivil- oder handels-

---

<sup>177</sup> Basedow, AcP 200 (2000), 445, 451. Laut Schwark, JZ 1980, 741, 742, umfasst die 1980 vom BMJ aufgestellte Liste der schuldrechtlichen Regelungen mehr als 200 Gesetze, Verordnungen und Konventionen.

rechtlichen Kodifikation entspricht, wie dies bei der Handelsvertreter- und auch bei der Pauschalreiserichtlinie der Fall ist.

Zu systematischen Verwerfungen kann jedoch der Umstand führen, dass zahlreiche EG-Richtlinien von nationalen Kodifikationen inhaltlich abweichende Regelungen enthalten, diese aber - anders als die Kodifikationen - keinen umfassenden Geltungsanspruch haben, sondern hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs persönlich oder sachlich eingegrenzt sind. So statuiert etwa die Produkthaftungsrichtlinie andere Haftungsvoraussetzungen als § 823 BGB, indes allein für „Produkte“, nicht etwa für Dienstleistungen oder gar sonstige „unerlaubte Handlungen“. Die Haustürgeschäfte- und die Fernabsatzrichtlinie führen zu einer Modifizierung der Vertragsschlussregeln des BGB, beschränkt allerdings auf Verbraucherverträge. Umgekehrt verschärft die Zahlungsverzugsrichtlinie die Verzugsvoraussetzungen und -folgen, freilich nur für Unternehmensverträge. Auf derartigen Einschränkungen beruhende Differenzierungen beim Anwendungsbereich angeglichenen Rechts gehen mit dem Gedanken der Verständlichkeit und Einfachheit von Gesetzen nicht gerade konform. Exemplifizieren lässt sich das am Beispiel des AGB-Rechts.

Grundsätzlich gelten die Regelungen des AGBG für Verträge des Verwenders mit Vertragspartnern aller Art; darauf, ob sie Verbraucher oder Unternehmer sind oder es sich um Verträge zwischen Privaten handelt, kommt es nicht an. Gem. § 24 S. 1 AGBG finden die Vorschriften der §§ 2, 10 und 11 AGBG jedoch keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmen, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Im Verkehr mit Verbrauchern und nicht unternehmerisch tätigen Idealvereinen oder Stiftungen sind sie dagegen zu beachten. Letztere wiederum sind aber von den Weiterungen des § 24a AGBG ausgenommen. So sind z.B. die §§ 5, 6 sowie 8 - 11 AGBG bei der Auslegung und Inhaltskontrolle von Klauseln, die zur einmaligen Verwendung vorformuliert wurden, nur zu beachten, sofern es sich um Verträge mit Verbrauchern handelt, also natürlichen Personen, die für private Zwecke kontrahiert haben (§ 24a Nr. 2 AGBG). „Solche haarspalterischen Distinktionen sind in der Sache oft nicht gerechtfertigt und unterminieren die Autorität des Gesetzes“<sup>178</sup>. Ursächlich sind zwei Umstände. In erster Linie trifft die Verantwortung natürlich das Gemeinschaftsrecht selbst und die in seinen Regelungen vorgesehenen Differenzierungen, die oft mehr politisch

---

<sup>178</sup> Basedow, AcP 200 (2000), 445, 452.

zufällig als sachangemessen sind<sup>179</sup>. So bedürfen etwa nicht nur Verbraucher, sondern auch Kaufleute Schutz gegenüber der Verwendung unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Denn bereits die Tatsache ihrer einseitigen Vorformulierung führt zur Überlegenheit des Verwenders und verursacht ein vertragliches Ungleichgewicht. Auf eine „wirtschaftliche Übermacht“ des Verwenders bzw. eine „wirtschaftliche Unterlegenheit“ der Vertragsgegenseite kommt es nicht an<sup>180</sup>. Aber nicht nur für die Klauselrichtlinie, sondern auch bei anderen Rechtsangleichungsakten der EG lässt sich die Überzeugungskraft einer Einschränkung ihres persönlichen - oder auch sachlichen<sup>181</sup> - Anwendungsbereichs mit guten Gründen in Fragen stellen<sup>182</sup>. Derartige, sachlich oft nicht gerechtfertigte Differenzierungen können - wie etwa das französische Recht zeigt - hoffnungsvolle Entwicklungen des nationalen Rechts behindern<sup>183</sup>. Und sie können zu

---

<sup>179</sup> *Remien*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 107, 112 ff.

<sup>180</sup> Dazu m. w. Nachw. *Freitag/Leible*, JA 2000, 887 f.

<sup>181</sup> Dies gilt etwa für die gemeinschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Fernabsatz von Waren einer- und Dienstleistungen andererseits. Systematisch wäre ein einheitliches Regelungswerk vorzuziehen gewesen, das etwa allgemeine Verhaltenspflichten für den Fernabsatz aufstellt und diese dann, sofern notwendig, in einem besonderen Teil für bestimmte Produktgruppen spezifiziert. So aber stehen wir einer nur Mindestregelungen enthaltenden Fernabsatzrichtlinie gegenüber, die alsbald durch eine zu einer Vollharmonisierung führende eigene Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen ergänzt werden wird.

<sup>182</sup> So dient etwa die Zahlungsverzugsrichtlinie der Beseitigung von Unterschieden zwischen den Zahlungsbestimmungen der Mitgliedstaaten, die das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen und zu Wettbewerbsverfälschungen führen (Erwägungsgründe 9 und 10). Angesichts dieser Zielsetzung fragt sich natürlich, warum der Anwendungsbereich der Richtlinie gleichwohl auf zweiseitige Unternehmensgeschäfte beschränkt ist (vgl. Art. 1 iVm Art. 2 Nr. 1). Denn das grenzüberschreitend leistende Unternehmen steht den gleichen Problemen gegenüber, wenn es sich bei seinen Abnehmern um Verbraucher handelt. Und auch die Art der Wettbewerbsverfälschung ist keine andere. Man kann sicherlich einwenden, eine Regelung der zweiseitigen Unternehmensgeschäfte sei aufgrund ihrer größeren Volumina dringlicher. Gleichwohl drängt sich der Verdacht auf, dass die eigentliche Ursache für diese Differenzierung nicht sachlich begründet, sondern wohl eher im institutionellen Aufbau der Kommission zu suchen ist, vgl. *Leible*, in: Scholz (Hrsg.), Europa als Union des Rechts, 90, 92.

<sup>183</sup> So waren etwa in der französischen Rechtsprechung Ansätze einer Erstreckung der Klauselkontrolle auf Verträge zwischen Unternehmern erkennbar: Davon wurde jedoch alsbald wieder Abstand genommen, vgl. etwa Cass. civ. 1ère 24.11.1993 *Répertoire Defrénois*, Art. 35845 m. Anm. *Mazeaud*; 24.1.1995 *Recueil Dalloz Sirey* 1995, Jurisprudence, 327 m. Anm. *Paisant*. Dies wird vor allem mit der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Klauselrichtlinie auf Verbraucherverträge erklärt, vgl. *Kieninger*, ZEuP 1996, 468, 478; *Mazeaud* aaO; *Remien*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 107, 113 f.

kaum noch nachvollziehbaren Abgrenzungen innerhalb der nationalen Regelungssysteme führen, wenn ein Gesetzgeber - wie etwa der deutsche - bei Umsetzung der Klauselrichtlinie vom Wunsch geleitet wird, diese trotz des abweichenden Zuschnitts ihres sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs ohne Veränderung der Struktur des AGB-Gesetzes in das nationale Recht zu übernehmen.

## 2. Punktuelle Rechtsangleichung und Systembildung

*Rittner* hat die Regelungen des Gemeinschaftsprivatrechts in einer vielzitierten Metapher als Inseln im Meer des nationalen Rechts beschrieben, „Inseln, die sich nur mit Mühe in die Rechtsordnung integrieren lassen und die selbst auch kein innerer Zusammenhang verbindet“<sup>184</sup>. Diese Einschätzung hat bis heute, wie aufgrund der vorangehenden Ausführungen deutlich wurde, kaum an Berechtigung verloren. Einer Systematisierung zugängliche Verdichtungen sind zwar im Gesellschaftsrecht und im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes zu konstatieren, nicht jedoch in den Kerngebieten des Privatrechts, also insbesondere dem Schuld- und Sachenrecht. Gleichwohl lassen sich auch im Obligationenrecht mittlerweile gewisse Verbindungslinien erkennen, mögen sie auch noch schemenhaft sein. Dies gilt vor allem für den zivilrechtlichen Verbraucherschutz. Hier „fügen sich viele insulare Rechtsakte allmählich zu einem Archipel des europäischen Verbraucherrechts zusammen“<sup>185</sup>. In seinem Zentrum steht der Begriff des „Verbrauchers“. Zwar variieren die Begriffsdefinitionen der einzelnen Verbraucherschutzrichtlinien nicht unerheblich<sup>186</sup>, so dass manche den Verbraucher nur für ein „Phantom in den opera des europäischen Rechts“ halten<sup>187</sup>. Jedoch zeigt ein Vergleich der einzelnen Rechtsakte, dass auf bestimmte Elemente immer wieder zurückgegriffen wird. Maßgeblich ist im wesentlichen das Handeln einer Person, die rechtsgeschäftliche Transaktionen außerhalb ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit vornimmt. Ihr soll besonderer Schutz zuteil werden, bislang aber nicht, wie es scheint, generell, sondern nur in bestimmten, die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit in besonderem Maße beeinträchtigenden Situatio-

<sup>184</sup> *Rittner*, DB 1996, 25, 26.

<sup>185</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 453; a.A. *Pützhoven*, EWS 1999, 447, 450.

<sup>186</sup> Vgl. dazu statt aller m. w. Nachw. *Faber*, ZEuP 1998, 854.

<sup>187</sup> So *Dreher*, JZ 1997, 167, mit Erwiderung *Reich*, JZ 1997, 609.

nen. Es geht also nicht um einen allein rollenspezifischen<sup>188</sup>, sondern - zumindest auch - um einen situativen Schutz<sup>189</sup>. Schutzinstrumente sind im wesentlichen der Vertragsgegenseite auferlegte Informationspflichten sowie dem Verbraucher zugestandene Vertragslösungsrechte<sup>190</sup>, die in der Regel zwingend ausgestaltet werden<sup>191</sup>. Dieses verschiedentlich als „kompetitives Vertragsrecht“ charakterisierte Vertragsmodell<sup>192</sup> führt naturgemäß zu Spannungen mit den zivilrechtlichen Kodifikationen der Mitgliedstaaten und auch dem common law, die weitgehend auf den Postulaten der Vertragsfreiheit und Gleichheit der Rechtspersonen gründen. Die mit ihm einhergehende schleichende Erosion des Privatrechts, insbesondere die Ersetzung des Vertrags durch zwingendes Recht und die Auflockerungen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“, wird - je nach Sichtweise - als Bedrohung oder Frischzellenkur empfunden.

Nicht gelegnet werden können auf jeden Fall Austrahlungswirkungen des gemeinschaftsrechtlich determinierten Verbraucherschutzrechts auf das allgemeine Zivilrecht. Diese können sich zum einen in einer richtliniengeleiteten Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln manifestieren. So enthält etwa die Verbraucherkreditrichtlinie keine Vorschriften über die Kontrolle der Zinshöhe. Der mit ihr verfolgte Zweck des Schutzes des Verbrauchers vor ihm nachteiligen Vertragsbedingungen könnte es aber nahelegen, etwa auch die Anforderungen an das „auffällige Missverhältnis“ iSv § 138 Abs. 2 BGB jedenfalls im Rahmen von Verbraucherkreditverträgen zu lockern<sup>193</sup>. Austrahlungswirkungen sind jedoch auch dann zu konstatieren, wenn der Gesetzgeber zur Vermeidung möglicher Unstimmigkeiten auf eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der umgesetzten Normen verzichtet und den von einer Richtlinie geforderten Schutz - obwohl gemeinschaftsrechtlich nicht gebo-

---

<sup>188</sup> So aber etwa *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 93 f.; *ders.*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 5: „rollenspezifischer Unterlegenenschutz“.

<sup>189</sup> Dazu *Pfeiffer*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 21, 29 ff.; *Kleindiek*, in: Hommelhoff/Jayme/Mangold (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung, 297, 304 ff.; kritisch gegenüber einer Verknüpfung von beiden *H. Roth*, JZ 1999, 529, 532.

<sup>190</sup> Dazu kurz und knapp *Bülow*, FS Söllner, 189.

<sup>191</sup> Hinzu kommen der kollisionsrechtlichen Absicherung dienende IPR-Klauseln sowie unter Umständen noch Beweislastregeln.

<sup>192</sup> Vgl. m. w. Nachw. *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 129 ff.; *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 267.

<sup>193</sup> So offenbar *Tonner*, JZ1996, 533, 540.

ten<sup>194</sup> - zugleich anderen Personengruppen zukommen lässt<sup>195</sup>. Wesentlich weitergehender sind schließlich Ansätze, die das so skizzierte europäische Verbraucherprivatrecht kurzerhand zum Nukleus eines europäischen Vertragsrechts erklären, das als Basis eines EG-einheitlichen Kodex des allgemeinen Vertragsrechts dienen kann<sup>196</sup>, der etwa maßgeblich auf dem Prinzip der „berechtigten Erwartungen“ aufbaut<sup>197</sup>. Überzeugende Gründe, diese dogmatisch noch keineswegs abgesicherten Leitlinien des Gemeinschaftsverbraucherprivatrechts an die Stelle der liberalen Prinzipien der nationalen Zivilrechte zu setzen, sind freilich nicht erkennbar. Warum sollte in einer immer noch und mit guten Gründen auf der Privatautonomie basierenden Gesellschaft z.B. jedermann die Möglichkeit haben, trotz einer eigenverantwortlich eingegangenen Verpflichtung sich angesichts gewandelter Marktbedingungen innerhalb einer gewissen Frist grundsätzlich durch einen Widerruf seiner vertraglichen Bindungserklärung vom Vertrag lösen zu können<sup>198</sup>? Vertragstreue ist eine der wesentlichen Voraussetzungen von Vertragsgerechtigkeit und sollte daher als Prinzip nicht leichtfertig aufgegeben, sondern allenfalls in Situationen gestörter Vertragsparität modifiziert werden<sup>199</sup>. Aber auch wenn eine Erstreckung von verbindenden Elementen punktueller Regelungen des gemeinschaftlichen Verbraucherprivatrechts auf das gesamte Obligationenrecht voreilig erscheint und ihr mit Skepsis zu begegnen ist, stellt das natürlich die Suche nach dem hinter dem von der Gemeinschaft angestrebten Schutz der schwächeren Vertragspartei stehenden System nicht in Frage. Die Herausarbeitung und Verallgemeinerung der ihm zugrundeliegenden Wertungsmaßstäbe kann, wie *Basedow* hervorhebt, vor allem dazu dienen,

„das Verhältnis zu den tradierten liberalen Prinzipien auf einer abstrakteren Ebene neu zu bestimmen; so könnte man aus etlichen

<sup>194</sup> Vgl. etwa EuGH 14.3.1991 Slg. 1991, I-1189, 1211 Egrd. 18 - di Pinto, zur Anwendbarkeit der Haustürgeschäfte-Richtlinie auf Gewerbetreibende; vgl. dazu auch *Bamforth*, ELR 1999, 410.

<sup>195</sup> So geschehen etwa bei der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie durch die Einbeziehung von Existenzgründungsdarlehen, die einen Betrag von 50.000 Euro nicht übersteigen, vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 iVm § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG.

<sup>196</sup> So etwa *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 116 ff.; *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 275.

<sup>197</sup> *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 275; *ders.*, Yearbook of European Law 19 (1999/2000), 167, 188 ff.; ähnlich *Reich*, Privatrecht und Verbraucherschutz in der EU, 26 f.; zustimmend auch *Wilhelmsson*, Is There a European Consumer Law - and Should There Be One?, 25 ff.; *Troge*, AJP 1998, 158; dagegen *W.-H. Roth*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 45; *H. Roth*, JZ 1999, 529, 534.

<sup>198</sup> So aber *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 265; *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 132 f.

<sup>199</sup> Vgl. auch *H. Roth*, JZ 1999, 529, 534.

Richtlinien das allgemeinere Prinzip einer nachvertraglichen Überlegungsfrist in Verbraucherverträgen ableiten, das dem Grundsatz der sofortigen Bindung ab Vertragsschluß in sonstigen Verträgen gegenüber stünde. Denkbar wäre es ferner, für Verbraucherverträge eine allgemeine Informations- und Beratungspflicht zu statuieren, wie sie in einigen sekundärrechtlichen Akten der Gemeinschaft verankert ist, während solche Pflichten bei sonstigen Verträgen weiterhin nur unter besonderen Voraussetzungen bestünden<sup>200</sup>.

Ob diese Überlegungen wirklich tragfähig sind, kann im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen, obwohl vorsichtige Zweifel angesichts des ihnen zugrundeliegenden primär rollenspezifischen Ansatzes nicht verhehlt werden sollen. Zumindest bedürfte es bei einer Verallgemeinerung zugleich einer verstärkten Berücksichtigung der in den EG-Richtlinien für einen sonderprivatrechtlichen Verbraucherschutz meist verlangten situativen Elemente. Typisierungen dürfen sich also nicht auf die Rolle der Vertragsparteien beschränken, sondern müssen auch den Vertragsgegenstand, die Vertragsschlusstechnik etc. in den Blick nehmen<sup>201</sup>. Es geht mithin darum, „in typisierten Fallgestaltungen typisierte Richtigkeit bei typisierten Gefahren von Marktverhalten“<sup>202</sup> zu schaffen. Das ist hier freilich nicht weiter auszuloten. Deutlich zu machen war allein, dass das Gemeinschaftsprivatrecht - hier die Normen zum privatrechtlichen Verbraucherschutz - trotz eines noch vielfach fragmentarischen Charakters für eine erste Systembildung bereits hinreichend verdichtet ist. Sie mag nicht immer mit derjenigen des nationalen Rechts deckungsgleich sein. Das sollte freilich zu keiner Abwehrhaltung, sondern zu einer Überprüfung des eigenen Systems führen:

„One should acknowledge that the impulses from ... EC can function as ‘legal irritants’ which may start useful process of change in national law“<sup>203</sup>.

Gemeinschaftsprivatrecht würde dann zu einer Initialzündung führen. Ob es zu einer über seinen festgelegten Anwendungsbereich hinausreichenden Ausstrahlungswirkung kommt, hängt maßgeblich von seiner inhaltlichen Überzeugungskraft ab. Insoweit handelt es sich um einen offenen Prozess.

---

<sup>200</sup> Basedow, AcP 200 (2000), 445, 454.

<sup>201</sup> Vgl. auch Heiss, JZ 1997, 83 f.

<sup>202</sup> Reich, Privatrecht und Verbraucherschutz in der EU, 30.

<sup>203</sup> Wilhelmsson, Is there a European Consumer Law - and Should There be One?, 22.

### *E. Anwendungsprobleme des sekundären Gemeinschaftsprivatrechts*

Die Anwendung des Gemeinschaftsprivatrechts ist mit zahlreichen Problemen verbunden. Sie beruhen zum einen auf seiner Supranationalität, d.h. dem Umstand, dass es nicht national gebunden ist, sondern aus einer von den Mitgliedstaaten selbständigen, eben supranationalen Rechtsquelle entspringt und Bestandteil eines eigenen, aber zugleich zu den Mitgliedstaaten hin offenen Rechtssystems ist. Es unterliegt daher eigenständigen und nicht oder zumindest nicht primär national geprägten Anwendungs- und vor allem Auslegungsregeln. Da das nationale Recht jedoch nicht vollständig verdrängt wird, sondern in weiten Teilen bestehen bleibt, stellen sich zahlreiche Fragen nach dem Zusammenspiel zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Rechtssätzen. Durch Einflüsse supranationalen Ursprungs auf die meist monistisch ausgestalteten Rechtssysteme der Mitgliedstaaten entsteht ein Mehrebenensystem, das zumindest zwei, mitunter aber auch mehr Ebenen umfasst<sup>204</sup>. Dieses Mehrebenenregime wird wiederum überzogen von einem Geflecht bi- oder multilateraler Abkommen, denen entweder die Mitgliedstaaten oder die Europäische Gemeinschaft oder sogar beide gemeinsam angehören. Auf die damit einhergehenden Probleme bei der Rechtsanwendung im Bereich des Privatrechts ist im folgenden näher einzugehen.

#### *I. Erkennbarkeit*

Bevor Gemeinschaftsprivatrecht richtig, d.h. unter Beachtung der nachfolgend dargestellten Besonderheiten, angewendet werden kann, muss es zunächst einmal überhaupt als solches erkannt werden. Bereits hier beginnen die Schwierigkeiten. Wenig problematisch ist meist die Erkennbarkeit unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, also des Vertrags selbst sowie von Verordnungen und Entscheidungen<sup>205</sup>. Bei diesen Normen stellt sich allenfalls die Frage ihrer Verfügbarkeit, ein - zumindest aus praktischer Sicht - allerdings auch nicht zu unterschätzendes Problem. Zwar werden sämtliche Rechtsakte der Gemeinschaft im Amtsblatt der EG veröffentlicht, doch gehören nur die wenigsten Rechtsanwender zu seinen Abonnenten oder wohnen in der Nähe einer Universitätsbibliothek oder anderen öffentlichen Stelle, bei der sie in das Amtsblatt Einsicht nehmen

---

<sup>204</sup> In verschiedenen Staaten wird das nationale Recht noch durch Landesrechte ergänzt oder sogar partiell verdrängt. Zu erinnern ist beispielsweise an die spanischen Foralrechte, das schottische Recht etc.

<sup>205</sup> Zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien vgl. § 5, E III 2 b.

können. Abhilfe vermögen sicherlich Textsammlungen zu verschaffen. Sie sind neuerdings auch in vermehrtem Umfang vorhanden. Meist sind sie jedoch sachgebietsbezogen und werden daher nur von in einer bestimmten Materie spezialisierten Rechtsanwendern bei der Rechtsfindung zu Rate gezogen. Es bleibt die Hoffnung auf die Möglichkeiten der neuen Telekommunikationsmedien. Aber auch hier sieht man sich schnell enttäuscht. Zwar stellt Eur-Lex die in den Amtsblättern C und L veröffentlichten Texte kostenlos zur Verfügung, jedoch nur über einen Zeitraum von drei Monaten. Wer länger zurückliegende Amtsblätter sucht, muss auf Celex oder den Dokumentenlieferdienst der EG zurückgreifen. Beide sind aber kostenpflichtig - ein eigentlich unhaltbarer Zustand<sup>206</sup>. Betrachtet man diese Hindernisse, so ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass das Gemeinschaftsrecht „in der Fläche“, d.h. außerhalb der spezialisierten Fachkreise, bereits mangels Verfügbarkeit gar nicht zur Kenntnis genommen wird. Es muss jedenfalls bedenklich stimmen, dass mitunter selbst in Gerichtsverfahren einer Partei, die sich auf gemeinschaftsrechtliche Vorschriften beruft, zunächst die Beschaffung des Rechtstextes aufgegeben wird<sup>207</sup>. Vom Grundsatz „iura novit curia“ bleibt so nicht allzuviel übrig.

All diese Schwierigkeiten potenzieren sich bei Richtlinien aufgrund ihrer notwendigen Transformation in nationales Recht. Denn der Umsetzungsnorm lässt sich ihr gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund meist nicht ansehen. Bei manchen Normen mag man noch - wie etwa bei den §§ 611a oder 613a BGB - aufgrund ihrer Numerierung auf den Gedanken kommen, dass ihr Inhalt gemeinschaftsrechtlich determiniert ist<sup>208</sup>. Eine ähnliche Warnfunktion kann vielleicht auch dem Vorhandensein von Satellitengesetzen zum BGB, wie etwa dem Produkthaftungs-, Haustürwiderrufs- oder Verbraucherkreditgesetz, zukommen. Häufig fehlt es aber an solch sichtbaren Warnhinweisen. Woran erkennt man z.B. bei einer Lektüre des Gesetzestextes, dass eine Vielzahl der Normen des deutschen Handelsvertreterrechts (§§ 84 ff. HGB) auf der EG-Handelsvertreterrichtlinie beruhen? Wie erschließt sich dem „normalen“ Rechtsanwender, dass bei der Feststellung

---

<sup>206</sup> Ähnliches gilt freilich auch für die Internet-Verfügbarkeit des Bundesgesetzblatts.

<sup>207</sup> Verwundern kann dies angesichts der Ausstattung deutscher Gerichte freilich nicht. Selbst bei Oberlandesgerichten scheint der Bezug des Amtsblattes, obgleich es doch unmittelbar im deutschen Recht geltende Normen enthält, keine Selbstverständlichkeit zu sein, vgl. den „Erlebnisbericht“ des OLG-Richters *Kochs*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts*, 211, 212: „Und das Amtsblatt der EG? Ja, man bezog es von 1991 bis 1996. Dann wurde der Bezug abgebrochen. Die Nachfrage war zu gering und der Preis zu hoch.“

<sup>208</sup> So *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 49.

der Kontrollfähigkeit einer in einem Verbrauchervertrag enthaltenen vorformulierten Vertragsklausel (§ 8 AGBG) stets auch die Klauselrichtlinie in den Blick zu nehmen ist<sup>209</sup>? Und noch größere Wahrnehmungsprobleme bestehen schließlich bei Generalklauseln, die - auch - der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dienen, wird doch ihr Wortlaut im Zuge der Richtlinientransformation meist gar nicht modifiziert. Eine mit der Umsetzung möglicherweise einhergehende Inhaltsänderung bleibt so gänzlich „unsichtbar“. Klassische Beispiele hierfür sind § 3 UWG oder § 9 AGBG. Man kann in all diesen Fällen nur hoffen, dass wenigstens die - in diesem Ausmaß allerdings nur in Deutschland verbreiteten - juristischen Kommentare auf den gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund einer Norm und hieraus folgende Implikationen für ihre Anwendung hinweisen. Darauf verlassen sollte man sich allerdings nicht, wie nicht zuletzt die Verleihung der Euro-Zitrone an den Palandt deutlich macht<sup>210</sup>. Die besonderen Glückwünsche der Jury, zu der unter anderem der renommierte deutsche Juristen *Nagelmann* gehörte<sup>211</sup>, entbot deren Vorsitzender vor allem wegen der gelungenen Kommentierung von § 611a BGB:

„Indem sie den Zweck der 1980 eingeführten Vorschrift in der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots von Art. 3 Abs. 2 GG verankert und das Gebot gleicher Entlohnung von Männer und Frauen gemäß Art. 119 EWGV mit keinem Wort erwähnt, zeigt sie, wie man das Problem des europäischen Privatrechts durch konsequentes Übersehen in den Griff bekommen kann“<sup>212</sup>.

Die Situation hat sich seitdem - selbst beim Palandt - merklich gebessert. Das Gemeinschaftsrecht hat mittlerweile verstärkt Eingang in die zivilrechtlichen Kommentare gefunden und wird im zunehmenden Maße auch von der Rechtsprechung als entscheidungsrelevant erkannt und beachtet. Das grundsätzliche Problem der fehlenden Erkennbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Hintergrundes einer Norm bereits bei der Lektüre

<sup>209</sup> Was selbst vom BGH bisweilen übersehen wird, vgl. zB BGH 14.10.1997 NJW 1998, 383 = LM AGBG § 8 Nr 30 m. krit. Anm. *Basedow*; BGH 7.7.1998 BB 1998, 1864 m. krit. Anm. *Ulmer*. Zum ganzen *Basedow*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 277.

<sup>210</sup> Vgl. dazu *Basedow*, ZEuP 1993, 656.

<sup>211</sup> So *Basedow*, ZEuP 1993, 656. Das Erscheinen Nagelmanns mutet angesichts seines mittlerweile fast biblischen Alters (geboren 1885) und des Umstands, dass er vorgeblich seit dem 1.12.1959 in der Öffentlichkeit nicht mehr gesichtet wurde (vgl. seinen in Umbach/Urban/Fritz/Böttcher/von Bargen [Hrsg.], Das wahre Verfassungsrecht, 513 ff., wiedergegebenen Lebenslauf), allerdings sehr merkwürdig an. Aber vielleicht hat ihn ja seine Liebe zu Europa (oder zur guten elsässischen Küche) dazu bewegt, sich wieder in das Licht der Öffentlichkeit zu begeben. Darüber lässt sich den Ausführungen von *Basedow*, aaO, leider nichts entnehmen.

<sup>212</sup> *Basedow*, ZEuP 1993, 656, 657.

des *Gesetzestextes* aber bleibt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber versucht ihm neuerdings durch die Statuierung von Bezugnahmepflichten zu begegnen. So schreiben etwa Art. 10 Abs. 2 S. 1 der Klausel- oder Art. 12 Abs. 2 S. 1 der Timesharingrichtlinie vor<sup>213</sup>, dass die Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung in nationales Recht entweder in den Vorschriften selbst<sup>214</sup> oder aber durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf den jeweiligen Sekundärrechtsakt Bezug nehmen müssen. Der deutsche Gesetzgeber macht vor allem von der zweiten Option Gebrauch und verweist durch eine amtliche Anmerkung in Form einer \*-Fußnote zur Gesetzesüberschrift auf die Richtlinie(n), deren Umsetzung das jeweilige Gesetz dient.

Auch diese Technik stößt freilich an ihre Grenzen. Deutlich machen dies § 361a BGB sowie der jüngst vom BMJ vorgelegte Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes<sup>215</sup>. Der durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“<sup>216</sup> geschaffene § 361a BGB vereinheitlicht die Ausübungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Widerrufsrechts bei Verbraucherverträgen und führt damit Normen zusammen, die der Umsetzung zahlreicher EG-Richtlinien dienen. Im Gesetzestext findet sich jedoch nur eine Bezugnahme auf die Fernabsatz- und die Unterlassungsklagen-, nicht aber etwa die Klausel- oder Timesharingrichtlinie. Der Annahme einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Unterlassung lässt sich zur Not noch entgegenhalten, dass der Rechtsanwender zu § 361a BGB ohnehin nur gelangt, wenn er ein „ordnungsgemäß gekennzeichnetes“ Gesetz anwendet; die Erkennbarkeit des europäischen Ursprungs ist damit - wenn auch sehr notdürftig - gesichert. Das gilt indes nicht für den Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Anlass für die mit ihm angestrebten Änderungen des BGB ist die notwendige Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-, der Zahlungsverzugs- und der E-Commerce-Richtlinie. Auf diese Rechtsakte wird auch hingewiesen. Zugleich führt der Diskussionsentwurf aber zahlreiche Verbraucherschutzgesetze in das BGB zurück. Ein Hinweis auf die mit ihnen korrespondierenden EG-Richtlinien ist jedoch nicht vorgesehen. Das ist, sofern keine Änderung mehr erfolgt, gemeinschaftsrechtswidrig, da

---

<sup>213</sup> Vgl. außerdem z.B. Art. 11 Abs. 1 S. 3 der Überweisungsrichtlinie, Art. 15 Abs. 2 S. 1 der Fernabsatzrichtlinie, Art. 11 Abs. 1 S. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Art. 22 Abs. 2 S. 1 der E-Commerce Richtlinie oder Art. 6 Abs. 1 S. 3 der Zahlungsverzugsrichtlinie.

<sup>214</sup> Siehe etwa § 675a Abs. 2 BGB.

<sup>215</sup> Im Internet abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/ggv/eschurmo.pdf>

<sup>216</sup> BGBl. 2000 I, 897.

sich die Bezugnahmepflicht sicherlich nicht auf den ersten Umsetzungsakt beschränkt, sondern auch nachfolgende Änderungen erfasst; denn nur so lässt sich das Ziel einer Erkennbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Hintergrunds einer nationalen Norm erreichen<sup>217</sup>.

Fraglich ist, wie der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der in Aussicht genommenen Schuldrechtsmodernisierung seiner Bezeichnungspflicht nachkommen kann. Soll er in einer einzigen Fußnote auf alle berührten Richtlinien hinweisen? Der Erkenntnisgewinn für den Rechtsanwender tendierte gegen Null, zumal im Gesetzentwurf die Normen nichtgemeinschaftsrechtlichen Ursprungs überwiegen. Die Sekundärrechtskonformität einer solchen pauschalen Bezugnahme lässt sich daher mit guten Gründen bezweifeln. Angeregt wird statt dessen eine Bezugnahme in den Transformationsnormen selbst, wenigstens aber die Aufnahme entsprechender Hinweise in die Titelüberschriften der einzelnen Abschnitte des BGB<sup>218</sup>. Verknüpfen ließe sich dies mit der Schaffung eines Anhangs zum BGB, in dem der Gesetzgeber alle Sekundärrechtsakte und ihre Transformationsvorschriften benennt<sup>219</sup>.

## II. Auslegung

Die Auslegung auf Sekundärrechtsakten beruhenden Gemeinschaftsprivatrechts unterscheidet sich von der Auslegung nationalen Rechts, auch wenn der EuGH, dem gem. Art. 220 EGV die Aufgabe der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags“ einschließlich des Sekundärrechts<sup>220</sup> zugewiesen ist, im Grundsatz vom savigny'schen Auslegungskanon ausgeht. Zwar hat der Gerichtshof bislang keine eingehende und umfassende Stellungnahme zu den Grundlagen der Auslegungspraxis für das gemeinschaftliche Primär- und Sekundärrecht abgegeben<sup>221</sup>. Seiner bisherigen Rechtsprechung lässt sich aber immerhin entnehmen, dass er die Auslegungsmethoden für Gesetze von Staaten den Ausle-

<sup>217</sup> Vgl. auch *Staudinger*, in: Schulze (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 294, 307 f.

<sup>218</sup> *Staudinger*, in: Schulze (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (im Druck), 294, 309.

<sup>219</sup> So auch eine Anregung von *Remien*, zit. bei *Staudinger*, in: Schulze (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (im Druck), 294, 309 in Fußn. 96.

<sup>220</sup> Vgl. *Lenz-Borchardt*, Art. 220 EGV Rdnr. 1615; *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 220 EGV Rdnr. 4.

<sup>221</sup> Ausführlichst zu den Auslegungsmethoden des EuGH *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; *Bengoetxea*, The Legal Reasoning of the European Court of Justice; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft.

gungsmethoden des Völkerrechts<sup>222</sup> vorzieht<sup>223</sup>. Dabei werden kontinentaleuropäische Vorstellungen der Gesetzesauslegung (Wortlaut - Historie - Systematik - Zweck) übernommen und zu einem eigenständigen Ausbildungskanon fortentwickelt, der den Erfordernissen einer supranationalen Organisation und den damit einhergehenden Rechtsanwendungsproblemen Rechnung trägt.

### 1. Wortlaut

Ausgangspunkt jeder Auslegung einer Norm ist auch im Gemeinschaftsrecht ihr Wortlaut. Die Textauslegung sieht sich aufgrund der Vielsprachigkeit der Gemeinschaft freilich vor besondere Schwierigkeiten gestellt. Der EG-Vertrag ist in allen 12 Vertragssprachen veröffentlicht worden. Der Wortlaut jeder einzelnen Sprachfassung ist gem. Art. 314 EGV gleichermaßen verbindlich. Ähnliches gilt für die bindenden Rechtsakte des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, die in allen elf Amtssprachen<sup>224</sup> gleichberechtigt gelten<sup>225</sup>. Textdivergenzen lassen sich bei Mehrsprachigkeit nicht ausschließen. Sie beruhen meist auf Übersetzungsfehlern, finden ihren Grund mitunter aber auch in planmäßigem mitgliedsstaatlichem Verhalten; ein Mitgliedstaat, der seine Vorstellungen bei der Ausgestaltung eines Rechtsakts nicht durchzusetzen vermag, kann durchaus versucht sein, seine Ziele durch Einflussnahme auf die Abfassung einer bestimmten Sprachversion des Rechtstextes doch noch durchzusetzen.

Angesichts der Vielsprachigkeit der Gemeinschaft<sup>226</sup> und der damit einhergehenden Gefahr von Textdivergenzen<sup>227</sup> muss folglich die Wortlautauslegung stets mit einer Textkritik zu beginnen. Ihr Ziel ist es, durch einen Vergleich der verschiedenen sprachlichen Fassungen eines Rechtsakts

---

<sup>222</sup> Nahe gelegen hätte zumindest beim Primärrecht ein Rekurs auf völkervertragliche Auslegungsregeln, wie sie sich etwa in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 finden. Zu letzteren vgl. m. w. Nachw. *Hilf*, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge, 85 ff.

<sup>223</sup> Vgl. mit weiteren Nachweisen *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts, 9,12; *dens.*, ZfRV 1997, 183, 189.

<sup>224</sup> Zur Unterscheidung zwischen Vertrags-, Amts- und den Verfahrenssprachen vor dem EuGH vgl. *Lenz-Röttlinger*, Art. 290 EGV Rdnr. 1.

<sup>225</sup> Dies sind die in Art. 314 EGV aufgeführten Vertragssprachen mit Ausnahme des Gälischen, vgl. Art. 1 der VO Nr. 1 vom 15.4.1958, ABL. EG 1958 Nr. 17, 385. Die Verordnung ist bei jedem Beitritt neuer Mitgliedstaaten fortgeschrieben worden. Die Fundstellen der Änderungsverordnungen sind bei *Callies/Ruffert-Wichard*, Art. 290 EGV Fußn. 5, nachgewiesen.

<sup>226</sup> Eingehend zum Sprachenproblem m. w. Nachw. *Pfeil*, ZfRV 1996, 11.

<sup>227</sup> Beispiele bei *Armbrüster*, EuZW 1990, 246.

oder einer einzelnen Norm deren „tatsächlichen Wortlaut“ festzustellen. Denn die Notwendigkeit der Wahrung der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts schließt es aus, bei Textdivergenzen nur einer Sprachfassung zu folgen<sup>228</sup>. Vielmehr ist eine Vorschrift im Lichte auch der anderen Sprachfassungen auszulegen und anzuwenden<sup>229</sup>, wobei regelmäßig schon systematische und teleologische Argumente miteinfließen werden. Bereits der Textvergleich kann also zu einem Ergebnis führen, dass mit dem scheinbar eindeutigen Wortlaut wenigstens einer Textfassung nicht in Einklang steht.

An den Rechtsanwender stellt die Maßgeblichkeit sämtlicher Amtssprachen erhebliche Anforderungen. Deutlich geworden ist dies etwa im Verfahren „Lubella“, in dem es um die Zahlung von Ausgleichsabgaben für aus Polen importierte Sauerkirschen ging. Die beklagte Firma machte geltend, dass in der VO Nr. 1932/93 (EWG)<sup>230</sup> Ausgleichsabgaben nur für Süß-, nicht aber für Sauerkirschen vorgesehen seien. Der Gerichtshof ließ diesen Einwand nicht gelten, da sich sämtliche Sprachfassungen der streitigen Verordnung außer der deutschen nur auf Sauerkirschen bezogen und außerdem auch in der deutschen Fassung die KN-Codes für Sauerkirschen angegeben waren. Bereits dieser Widerspruch hätte die Beklagte zur Heranziehung der anderen Sprachfassungen veranlassen müssen<sup>231</sup>. In der Praxis lässt sich dies freilich nur schwer verwirklichen, da häufig nur die Fassungen in der jeweiligen Landessprache für eine erste Einsichtnahme zur Verfügung stehen. Eine gewisse Erleichterung hat sicherlich der mittlerweile über das Internet mögliche Zugriff auf die in der CELEX-Datenbank in sämtlichen Amtssprachen enthaltenen Rechtstexte gebracht. Aber nicht jeder verfügt über eine solche Recherchemöglichkeit, die zudem noch kostenpflichtig ist. Hilfreich für eine vergleichende Textanalyse sind zweifelsohne Quellenwerke mit einer synoptischen Widergabe von EG-Rechtstexten in mehreren Sprachen, wie sie *Basedow* jüngst für das Europäische Privatrecht herausgegeben hat<sup>232</sup>. Aber wer wird erwarten, dass beispielsweise Gerichte ein solches - zudem noch prohibitiv teures - Werk bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zur Hilfe nehmen, wenn nicht einmal die Bibliotheken von deutschen Oberlan-

---

<sup>228</sup> Im Rahmen der Wortlautauslegung verbietet sich aufgrund der Autonomie des Gemeinschaftsrechts ein undifferenzierter Rekurs auf die nationale Rechtsbegrifflichkeit eines Mitgliedstaates selbst dann, wenn sich bei historischer Betrachtung ergibt, dass dessen Recht als Vorbild der gemeinschaftsrechtlichen Regelung gedient hat. Denn mit der Transposition nationaler Begrifflichkeiten in supranationale Rechtsakte wird häufig ein Bedeutungswandel einhergehen, der sich erst durch die Berücksichtigung systematischer und teleologischer Betrachtungen ermitteln lässt.

<sup>229</sup> Vgl. z.B. EuGH 5.12.1967 Slg. 1967, 461, 473 - van der Vecht; 27.10.1977 Slg. 1977, 1999, 2010 Egrd. 13/14 - Bouchereau; 27.3.1990 Slg. 1990, I-1345, 1376 Egrd. 19 - Cricket St. Thomas; 17.10.1996, Slg. 1996, I-5105, 5133 Egrd. 17 - Lubella.

<sup>230</sup> ABl. EG 1993 L 174, 35.

<sup>231</sup> EuGH 17.10.1996 Slg. 1996, I-5105, 5133 Egrd. 18 - Lubella.

<sup>232</sup> Vgl. *Basedow* (Hrsg.), *European Private Law/Droit privé Européen/Diritto privato europeo/Europäisches Privatrecht*, Bd. I (2000).

desgerichten über einen „Grundstock“ europarechtlicher Literatur verfügen, der diesen Namen auch verdient<sup>233</sup>?

Weicht nur eine Textfassung von den übrigen ab, wird die Annahme eines Übersetzungsfehlers nahe liegen. Mitunter sind die Übersetzungen aber so vielgestaltig, dass eine Wortlautauslegung bereits im Ansatz scheitert, sich mit ihrer Hilfe der Sinngehalt einer Norm also nicht erschließen lässt. So ergab beispielsweise im Verfahren „Rockfon“ ein Vergleich der verschiedenen Textfassungen, dass der entscheidungserhebliche Ausdruck mit den Begriffen Betrieb, Unternehmen, Niederlassung, Arbeitsmittelpunkt, räumliche Einheit und schließlich Arbeitsort übersetzt worden war. Eine Wortlautauslegung ist in einem solchen Fall mangels Ermittelbarkeit eines auslegungsfähigen einheitlichen Wortlauts nicht möglich. Es bleibt nur der Rückgriff auf andere Auslegungsmethoden, insbesondere Systematik und Zweck<sup>234</sup>.

Gelingt es hingegen, einen einheitlichen Wortlaut einer Norm festzustellen, gilt es in einem weiteren Schritt, den dahinter stehenden Sinn zu ergründen. Dabei ist zu beachten, dass das Gemeinschaftsrecht autonom zu interpretieren ist, da es „eine eigene, besondere Terminologie verwendet“ und „Rechtsbegriffe im Gemeinschaftsrecht und den verschiedenen nationalen Rechten nicht unbedingt den gleichen Gehalt haben müssen“<sup>235</sup>. Der Sinn und die Tragweite gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen ist daher

„nicht unter Rückgriff auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmen ...; grundsätzlich will die Gemeinschaftsrechtsordnung ihre Begriffe nicht in Anlehnung an eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen definieren, sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist“<sup>236</sup>.

Angesichts der mit einer Wortlautinterpretation in einem mehrsprachigen Raum verbundenen Schwierigkeiten verwundert es nicht, dass ihr im Kanon der Methoden zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts vom Gerichtshof eine eher geringe Bedeutung beigemessen wird<sup>237</sup>. Sofern systematische und teleologische Erwägungen dies nahelegen, ist der EuGH zudem bereit, auch einen Wortlaut, der nach allen Sprachfassungen eindeutig ist, im Sinne der Vertragsziele korrigierend auszulegen<sup>238</sup>. Anders als bei-

---

<sup>233</sup> Vgl. dazu den ernüchternden Bericht über „Probleme eines deutschen Richters bei der Auslegung europäischen Privatrechts“ von *Kochs*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts*, 211, 212 f.

<sup>234</sup> EuGH 7.12.1995 Slg. 1995, I-4291, 4317 Egrd. 28 - Rockfon.

<sup>235</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3430 Egrd. 18 ff. - C.I.L.F.I.T.

<sup>236</sup> EuGH 14.1.1982 Slg. 1982, 13, 24 Egrd. 8 - Corman.

<sup>237</sup> Vgl. m. w. Nachw. *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 168.

<sup>238</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 576.

spielsweise nach deutschem Rechtsverständnis<sup>239</sup> bildet der Wortlaut also nicht die äußere Grenze zulässiger Norminterpretation<sup>240</sup>.

## 2. Historie

Ziel der historischen Auslegung ist die Ermittlung der Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe bzw. Personen bei Erlass eines Rechtsaktes. Die Möglichkeit einer historischen Auslegung setzt freilich voraus, dass solche Vorstellungen in objektiv nachprüfbarer Weise dokumentiert worden sind, etwa in Vorentwürfen zu Rechtsakten, deren Begründungen, Sitzungsprotokollen oder anderen Unterlagen. Solche Materialien sind im Gemeinschaftsrecht jedoch nicht immer zugänglich. Dies gilt besonders für das primäre Vertragsrecht, auch wenn sich die Situation mittlerweile verbessert hat<sup>241</sup>. Hinzu kommt, dass sich die Berücksichtigung historischer Argumente nur schwer mit der vom EuGH praktizierten dynamischen Auslegung des EG-Vertrags in Einklang bringen lässt. Der Wille der vertragschließenden Staaten verliert so, wenn er sich denn überhaupt aus öffentlich zugänglichen Quellen erschließen lässt, im Laufe der Zeit deutlich an Gewicht. Eine historische Auslegung primärrechtlicher Vorschriften wird vom EuGH daher auch nur in Entscheidungen aus den Anfangsjahren der Gemeinschaft diskutiert<sup>242</sup>. Seither spielt sie keine Rol-

<sup>239</sup> Nach wohl (noch?) h.M. wird eine durch andere Auslegungskriterien naheliegende Bedeutungsvariante nicht mehr als erlaubte Auslegung, sondern als (unter bestimmten Umständen gleichfalls mögliche) Umdeutung bzw. Rechtsfortbildung angesehen, sofern sie nicht mehr vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist, vgl. z.B. BVerfG 23.10.1985 BVerfGE 71, 108, 115; 20.10.1992 BVerfGE 87, 209, 224; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 441; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 294 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 40 f.; *Sosnitza*, JA 2000, 708, 709; *Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag, 153 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, § 9 II; a.A. *Depenheuer*, Wortlaut als Grenze, 38 ff.; *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 69 ff.; *Wank*, Juristische Begriffsbildung, 24 ff. *Rüthers* (Rechtstheorie, Rdnr. 737) bemerkt dazu freilich treffend, es erscheine fraglich „ob sich der Bereich der Gesetzesauslegung von dem der richterlichen Rechtsfortbildung nach rational einsichtigen Merkmalen abgrenzen lässt oder ob jede Gesetzesanwendung mindestens potentiell auch bei klarem Wortlaut rechtsfortbildende Elemente enthält“. Der EuGH jedenfalls zählt die Rechtsfortbildung noch zum Bereich der Gesetzesauslegung. Das bei einer solchen Sichtweise der Wortlaut ohnehin keine Grenze bilden kann, versteht sich von selbst.

<sup>240</sup> A.A. *Bleckmann/Pieper*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B I Rdnr. 6.

<sup>241</sup> Vgl. insbesondere die von *Schulze* und *Hoeren* herausgegebenen „Dokumente zum Europäischen Recht“, 3 Bände, 2000. Hinzuweisen ist außerdem auf *Lipgens/Loth* (Hrsg.), Documents on the History of European Integration, 4 Bände, 1985 ff.

<sup>242</sup> Vgl. z.B. EuGH 16.12.1960 Slg. 1960, 1163, 1194 f. Der Gerichtshof hält eine historische Auslegung zwar für grundsätzlich denkbar, lehnt sie im zu entscheidenden

le mehr<sup>243</sup>. Daran werden wohl auch zwischenzeitlich vorgenommene Vertragsänderungen (Maastricht, Amsterdam etc.) nichts ändern<sup>244</sup>.

Wesentlich geringere Dokumentationsprobleme bestehen im Bereich des hier vor allem interessierenden Sekundärrechts. Hilfreich sind besonders die den einzelnen Rechtsakten vorangestellten Erwägungsgründe. Sie sind zwar mitunter recht allgemein formuliert, enthalten aber gleichwohl oft weiterführende, zur Sinnerschließung einzelner Bestimmungen von Sekundärrechtsakten hilfreiche Hinweise. Zwar werden sie von der Kommission, der das alleinige Initiativrecht zusteht, ausarbeitet, doch unterliegen sie der Änderungsbefugnis von Parlament und Rat. Letztlich handelt es sich also um einen „veröffentlichten Willen des Gesetzgebers“, der - ähnlich der Präambel deutscher oder den *consideraciones* spanischer Gesetze - Gesetzesbestandteil wird<sup>245</sup> und dem der EuGH im Rahmen der Auslegung großes Gewicht beimisst<sup>246</sup>. So verweist er z.B. in der Entscheidung „Ingmar“ auf den zweiten Erwägungsgrund der Handelsvertreter-Richtlinie, um hieraus zu schlussfolgern, dass Art. 17 und 19 der genannten Richtlinie dem Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt dienen, daher eine Einhaltung dieser Bestimmungen bei einer Tätigkeit des Handelsvertreters im Gemeinschaftsgebiet unerlässlich ist und folglich das nationale Recht in solchen Fällen die Wahl eines Drittstaatsrechts nicht zulassen darf<sup>247</sup>. Eine strikte Bindung an einen sich aus den Erwägungsgründen ergebenden subjektiven Willen des Gesetzgebers erkennt der EuGH freilich nicht an. Weichen z.B. teleologisches und historisches Auslegungsergebnis voneinander ab, tendiert er dazu, ersterem den Vorzug zu geben. Deutlich wird dies in einigen Entscheidungen, die die Prüfung zum

---

Fall aber gleichwohl ab, da es anhand der zur Verfügung stehenden Materialien „nicht möglich ist, eine übereinstimmende Auffassung der Mitgliedstaaten zu ermitteln, die als Richtschnur bei der Auslegung ... dienen könnte“.

<sup>243</sup> *Everling*, in: Bieber/Ress (Hrsg.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 417, 426.

<sup>244</sup> Ebenso *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 252.

<sup>245</sup> *Lutter*, *JZ* 1992, 593, 600. Das bedeutet freilich nicht, dass ihm auch Gesetzeskraft zukommt, vgl. EuGH 13.7.19898 Slg. 1989, 2789, 2808 Egrd. 31 - *Casa Fleischhandel*: „Eine Begründungserwägung kann zwar dazu beitragen, Aufschluß über die Auslegung einer Vorschrift zu geben, sie kann jedoch nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen“.

<sup>246</sup> Rechtsprechungsbeispiele etwa bei *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 254 in Fußn. 1158; *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 450 in Fußn. 38; *Lutter*, *JZ* 1992, 593, 600 in Fußn. 79; *P. Meyer*, *Jura* 1994, 455, 456 in Fußn. 9.

<sup>247</sup> EuGH 9.11.2000 RIW 2001, 133, 135 Egrd. 24 - *Ingmar*.

Gegenstand hatten, ob das mit einer Richtlinie verfolgte Ziel von der für sie gewählten Rechtsgrundlage gedeckt ist, und in denen der Gerichtshof ausführt:

„Im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft kann die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen, welches nach Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern muß sich auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen“<sup>248</sup>.

Weiterhin herangezogen werden können die von der Kommission zusammen mit ihrem Vorschlag für einen Sekundärrechtsakt herausgegebenen Begründungen. Ihnen wird in der Regel aber deutlich weniger Gewicht zukommen, da sie von den zum Erlass des Rechtsakts zuständigen Organen nicht verabschiedet werden. Ihre Bedeutung wird außerdem oft durch die zahlreichen Änderungen, die Kommissionsvorschläge während des Rechtssetzungsverfahrens erfahren, gemindert. Berücksichtigt werden können überdies Äußerungen von den in das Rechtssetzungsverfahren eingebundenen Ausschüssen sowie des Europäischen Parlaments<sup>249</sup>. Für alle diese Stellungnahmen usw. gilt aber, dass ihnen schon aus Gründen der Rechtssicherheit Bedeutung überhaupt nur dann zukommen kann, wenn sie für jedermann öffentlich zugänglich sind. Besonders deutlich formuliert hat der EuGH dieses Erfordernis in der Entscheidung „Denkavit“, in der es um die Gewährung bestimmter Steuervergünstigungen bei in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Mutter- und Tochtergesellschaften ging. Mehrere am Verfahren beteiligten Regierungen trugen vor, dass bei Erlass der streitgegenständlichen Richtlinie durch den Rat vereinbart worden sei, eine relativ unbestimmte Formulierung zu verwenden, damit gemäß den Erfordernissen der innerstaatlichen Rechtsordnung unterschiedliche Auslegungen möglich seien. Eine vom Wortlaut her sicherlich zulässige restriktive Auslegung laufe daher dem Willen des Gesetzgebers zuwider. Der Gerichtshof folgt diesem Vorbringen nicht und führt aus:

„Von den Mitgliedstaaten im Rat dargelegte Beweggründe, wie sie von den Regierungen in ihren Erklärungen angeführt werden, sind rechtlich ohne Bedeutung, wenn sie in den Rechtsvorschriften keinen Ausdruck gefunden haben. Diese richten sich nämlich an die einzelnen, die sich gemäß den Erfordernissen des Grundsatzes der Rechtssicherheit auf ihren Inhalt verlassen können müssen“.

<sup>248</sup> EuGH 26.3.1987 Slg. 1987, 1493, 1520 Egrd. 11 - Kommission/Rat; 11.6.1991 Slg. I-2867, 2898 Egrd. 10 - Kommission/Rat. In der Sache ebenso z.B. EuGH 5.10.2000 EuZW 2000, 694, 699 Egrd. 85 - Deutschland/Parlament und Rat, m. w. Nachw.

<sup>249</sup> Dazu *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 451 f.

Im einem gewissen Gegensatz zu dieser Rechtsprechung scheint freilich der Umstand zu stehen, dass der EuGH Protokollerklärungen des Rates mitunter als Auslegungshilfe heranzieht, ohne auf das Veröffentlichungserfordernis einzugehen<sup>250</sup>. Man kann dies aber damit erklären, dass Protokollerklärungen des als Gemeinschaftsgesetzgeber tätig gewordenen Rates überhaupt nur dann als Auslegungshilfe für Akte des sekundären Gemeinschaftsrechts Berücksichtigung finden können, soweit sie nicht im Widerspruch zum Inhalt des Rechtsakts stehen<sup>251</sup>. Ihnen kommt also keine ein Auslegungsergebnis begründende, sondern allenfalls eine bereits gewonnene Interpretation stützende Funktion zu. Und Protokollerklärungen einzelner Mitgliedstaaten oder der Kommission sind ohnehin nicht geeignet, die im Rat und/oder Parlament herrschenden und dem Rechtsetzungsprozess zugrundeliegenden Vorstellungen zum Ausdruck zu bringen<sup>252</sup>. Keinesfalls Berücksichtigung finden können außerdem nicht veröffentlichte Bestandteile einer Protokollerklärung, die für Dritte belastend sind<sup>253</sup>.

Die Bundesregierung hat daher z.B. im Verfahren „Dillenkofer“ mit guten Gründen davon abgesehen, sich auf ihre bei Verabschiedung der Pauschalreise-Richtlinie abgegebene Protokollerklärung, wonach die Insolvenzabsicherung der Kunden bei Vorkasse durch die Vorkasse-Rechtsprechung des BGH<sup>254</sup> gewährleistet erscheine, zu berufen<sup>255</sup>.

Zurückhaltung geboten ist ferner gegenüber einem Rekurs auf einen besonderen nationalrechtlichen Hintergrund einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift. Zwar sind nicht selten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts durch bereits in einem oder mehreren Mitgliedstaaten existente Normen inspiriert, doch wäre ein Rückgriff auf eine in dieser oder diesen Rechtsordnungen(en) übliche Auslegung kaum mit dem autonomen und supranationalen Charakter des EG-Rechts vereinbar, ganz abgesehen davon, dass völlig ungeklärt ist, welche nationale Auslegung in einem solchen Fall

---

<sup>250</sup> Vgl. EuGH 21.1.1992 Slg. 177, 201 Egrd. 12 - Egle.

<sup>251</sup> *Dreher*, EuZW 1996, 743, 744; *Everling*, in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts, 417, 428; *Karl*, JZ 1991, 593, 597; *Pechstein*, EuR 1990, 249, 256; *von Bogdandy*, EuZW 1992, 9, 13. Generell gegen eine Berücksichtigungsfähigkeit von Protokollerklärungen hingegen *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Europäische Union, 247.

<sup>252</sup> EuGH 30.1.1985 Slg. 1985, 427, 436 Egrd. 13 - Kommission/Dänemark; 15.4.1986 Slg. 1986, 1247, 1256 Egrd. 17 - Kommission/Belgien; *Bleckmann*, NJW 1982, 1177, 1179; *Dreher*, EuZW 1996, 743, 744; *Everling*, in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts, 417, 428; *Herdegen*, ZHR 155 (1991), 52, 66; *Pechstein*, EuR 1990, 249, 253.

<sup>253</sup> *Everling*, in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts, 417, 428; *Karl*, JZ 1991, 593, 598; *Pechstein*, EuR 1990, 249, 255.

<sup>254</sup> Vgl. z.B. BGH 12.3.1987 BGHZ 100, 157; 24.9.1992 NJW 1993, 263

<sup>255</sup> Vgl. dazu *Leible/Sosnitza*, MDR 1993, 1159, 1161.

maßgeblich sein soll<sup>256</sup>. Skepsis wird auch in der Rechtsprechung erkennbar. So war z.B. im Fall „Siemens/Nold“ umstritten, ob das Bezugsrecht bei Sachkapitalerhöhungen und sein Ausschluss im Einzelfall gegen die Kapitalrichtlinie verstoßen. Der Generalanwalt verwies - allerdings im Rahmen der von ihm als Wortlautinterpretation verstandenen - Auslegung von Art. 29 Abs. 1 und 4 der Kapitalrichtlinie darauf, dass davon auszugehen sei, der Gemeinschaftsgesetzgeber habe mit der Begrenzung der Verpflichtung, neue Aktien vorzugsweise den Aktionären anzubieten, auf Bar-einlagen lediglich der in den meisten Mitgliedstaaten bestehenden Rechtslage Rechnung getragen<sup>257</sup>. Der EuGH folgt dem Generalanwalt zwar in der Sache, nimmt das historische Argument aber nicht auf<sup>258</sup>. Gänzlich ausgeschlossen erscheint ein Rekurs auf die nationalen Rechtsordnungen gleichwohl nicht. Er liegt insbesondere dann nahe, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Regelung nicht von einer singulären nationalen Vorschrift inspiriert ist, sondern einen breiten Konsens, wenn nicht sogar eine gemeineuropäische Tradition widerspiegelt. „In derartigen Fällen gehört die historische Frage nach dem Ursprung gerade zu den gemeinsamen Verständnisgrundlagen für den Begriffs- bzw. Norminhalt und erleichtert eine Auslegung für das Gemeinschaftsrecht unabhängig von spezifischen Ausprägungen in den Mitgliedstaaten“<sup>259</sup>.

Im Rahmen der genetischen Analyse einer Rechtsnorm werden vom EuGH mitunter auch Vorentwürfe des erlassenen Rechtsakts herangezogen<sup>260</sup>. Gegenüber einer solchen Vorgehensweise ist jedoch Zurückhaltung angebracht. Denn nur allzu oft sind Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft das Ergebnis eines lange ausgehandelten Kompromisses zwischen den Mitgliedstaaten bzw. zwischen diesen und dem Europäischen Parlament und mitunter sogar noch in sog. Paketlösungen eingebunden. Infolgedessen können zwischen den einzelnen Textfassungen im Gesetzgebungsverfahren beträchtliche Unterschiede bestehen, die ihren Wert für die Gewinnung von Auslegungsergebnissen im Wege einer genetischen Analyse erheblich schmälern. Zu welchen inhaltlichen „Sprüngen“ es kommen kann, verdeutlicht nicht zuletzt der Werdegang der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> Vgl. Calliess/Ruffert-Wegener, Art. 220 EGV Rdnr. 8; Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 144; Lutter, JZ 1992, 593, 601; Schulze, ZfRV 1997, 183, 189.

<sup>257</sup> Vgl. GA Tesouro, Slg. 1996, I - 6017, 6024 Nr. 13 - Siemens/Nold.

<sup>258</sup> EuGH 19.11.1996 Slg. 1996, I - 6017, 6035 Egrd. 18 - Siemens/Nold.

<sup>259</sup> Schulze, ZfRV 1997, 183, 190.

<sup>260</sup> Vgl. z.B. EuGH 9.11.1995 Slg. 1995, I-3843, 3871 Egrd. 26 - Francovich II.

<sup>261</sup> Besonders deutlich anhand der Regelung des Eigentumsvorbehalts, der im ursprünglichen Kommissionsvorschlag zunächst sehr ausführlich, wenn auch inhaltlich wenig überzeugend geregelt war, dann auf Initiative des Rates vollständig gestrichen wurde und nach einer Intervention des Europäischen Parlaments dann in „abgespeckter“

### 3. Systematik

Aufgabe der systematischen Auslegung ist die Erforschung des Bedeutungszusammenhangs, in den eine Vorschrift eingebettet ist, um hieraus Erkenntnisse für ihre Auslegung ziehen zu können. Jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts ist daher - so der Gerichtshof - „anhand der allgemeinen Systematik der Regelung ..., der sie angehört“, zu interpretieren<sup>262</sup> und insbesondere „in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrecht ... auszulegen“<sup>263</sup>. Der gemeinschaftsrechtliche Rechtssatz muss also in sein normatives Umfeld eingeordnet und im Lichte dieser Einordnung widerspruchsfrei interpretiert werden<sup>264</sup>. Die hierbei zu berücksichtigten Rechtssätze sind vielfältig und Bestandteil verschiedener Hierarchieebenen. Letztlich lässt sich jedoch ein Viereck gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben herausarbeiten, in dessen Zentrum die jeweils zu interpretierende Norm konsistent eingefügt werden muss. Seine Eckpunkte bilden die auf derselben Hierarchieebene stehenden Normen des gleichen Rechtsakts sowie benachbarter Rechtsakte, die Teil derselben Gemeinschaftspolitik sind, sowie höherrangiges Recht in Form der der jeweiligen Gemeinschaftsmaßnahme zugrunde liegenden Ermächtigungsgrundlage und der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts<sup>265</sup>.

Der EuGH greift auf die Auslegungsmethode der systematischen Interpretation sehr häufig zurück<sup>266</sup>. Gleichwohl kommt ihr ein im Vergleich zum nationalen Recht geringerer Bedeutungswert zu. Dies liegt zum einen an der bereits eingangs angesprochenen Mehrsprachigkeit. Sieht man als einen Begründungsansatz der systematischen Auslegung die Annahme interner Widerspruchsfreiheit von Gesetzgebungsmaßnahmen an, so wird deren Begründungskraft durch die größere Wahrscheinlichkeit von Redaktionsfehlern bei mehrsprachiger Gesetzgebung geschmälert<sup>267</sup>. Zu bedenken ist außerdem auch hier die Komplexität des gemeinschaftlichen Rechtssetzungsverfahrens und der damit einhergehende häufige Kompromisscha-

---

und viele Frage offenlassender Form in den endgültigen Richtlinienentwurf zurückkehrte. Vgl. dazu auch *Gsell*, ZIP 2000, 1861, 1872 ff.; *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97, 101 f.; *Kieninger*, FS Max-Planck-Institut (im Druck).

<sup>262</sup> EuGH 7.12.1995 Slg. 1995, I-4291, 4317 Egrd. 28 - Rockfon.

<sup>263</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3430 Egrd. 20 - C.I.L.F.I.T.

<sup>264</sup> *Zuleeg*, EuR 1969, 97, 102.

<sup>265</sup> *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 577.

<sup>266</sup> Nach *Bleckmann/Pieper*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, B I Rdnr. 30, in rund 50% seiner Entscheidungen.

<sup>267</sup> *Schulte-Nölke*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts*, 143, 148.

rakter der letztendlich verabschiedeten Rechtssätze. Die Wahrscheinlichkeit von Unstimmigkeiten innerhalb verschiedener Sekundärrechtsakte ist daher per se größer als im nationalen Recht. Hinzu kommt, dass sich bei den Gesetzgebungsorganen der Gemeinschaft ein Systemdenken bislang nicht entscheidend Bahn gebrochen hat. Dies liegt u.a. daran, dass innerhalb der die einzelnen Rechtsetzungsakte vorbereitenden Kommission eine zentrale Clearing-Stelle, die - wie etwa das deutsche Bundesjustizministerium - sämtliche oder zumindest bestimmte Sachbereiche berührende Gesetzgebungsmaßnahmen koordiniert, nicht existiert, sondern auch hier eine funktionale Zuständigkeitsverteilung auf die einzelnen Generaldirektionen erfolgt. Daraus resultierende Unstimmigkeiten sind z.B. besonders markant bei den in den einzelnen Verbraucherschutzrichtlinien verwendeten Definitionen des „Verbrauchers“, die in den seltensten Fällen wortidentisch sind<sup>268</sup>. Zugespitzt lässt sich formulieren: Jeder verbraucherschützende Rechtsakte „definiert sich seinen Verbraucher selbst“<sup>269</sup>. Möglicherweise kann der Verbraucherbegriff nicht ein absoluter sein, sondern muss je „nach Integrationsart und Zielsetzung einer Gemeinschaftsmaßnahme“ unterschiedlich ausfallen<sup>270</sup>. Das entbindet aber nicht von der Notwendigkeit einer einheitlichen Gesamtkonzeption und der Begründung vom Grundmodell abweichender Ausformungen. Solange diesen Anforderungen nicht Genüge getan ist, werden Argumente, die auf die Erwartung der Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit von Legislativakten der Gemeinschaft gestützt sind, immer darunter leiden, dass die europäische Rechtssetzung bislang nur einen sehr beschränkten Vollständigkeits- und Systemanspruch erhebt<sup>271</sup>.

Ein Beispiel für die Herstellung von Systemzusammenhängen zwischen Normen auf derselben Hierarchieebene findet sich in der Entscheidung „Daihatsu“. In der Sache ging es u.a. um die Frage, ob Art. 6 der Publizitäts-Richtlinie mitgliedstaatlichen Vorschriften entgegensteht, die nur Gesellschaftern, Gläubigern einer Gesellschaft und deren Betriebsrat das Recht einräumen, die Verhängung von Maßregeln bei Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Bilanz zu beantragen. Der EuGH bejaht dies und verweist zur Begründung auf Art. 3 der Publizitäts-Richtlinie, der jedermann Einsicht in zu einem öffentlichen Register eingereichte Unterlagen gewähre, sowie auf die Begründungserwägungen zur Jahresabschlussrichtlinie, die hinsichtlich der zu veröffentlichen Angaben auf

<sup>268</sup> Übersicht bei Reich, Europäisches Verbraucherrecht, Nr. 15 c; Faber, ZEuP 1998, 854, 855 ff.

<sup>269</sup> Kieninger/Leible, EuZW 1999, 37, 39.

<sup>270</sup> Reich, Europäisches Verbraucherrecht, Nr. 15 c; Landy, in: Osman (Hrsg.), Vers un Code Européen de la Consommation, 57, 71.

<sup>271</sup> Ebenso Schulte-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts, 143, 158.

die Notwendigkeit der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen miteinander konkurrierender Gesellschaften hinweise<sup>272</sup>.

Einen besonderen Anwendungsfall der systematischen Interpretation bildet die primärrechtskonforme Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts. Bei ihr geht es nicht um den Vergleich zweier hierarchisch auf einer Stufe stehender Normen, sondern um die Suche nach einem Erkenntnisgewinn durch einen Blick auf hierarchisch höher stehende Normen. So wie aus der hierarchischen Gliederung des staatlichen Normensystems abgeleitet wird, dass einfachgesetzliche Regelungen des Bundesrechts im Zweifel verfassungskonform zu interpretieren sind<sup>273</sup>, wird bei der primärrechtskonformen Auslegung versucht, das Sekundärrecht so auszulegen, dass es nach Möglichkeit mit den höherrangigen Rechtsquellen, also dem EG-Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, vereinbar ist. Sind Vorschriften einer Verordnung oder Richtlinie mehreren Auslegungen zugänglich, ist diejenige, die mit den Vorgaben des höherrangigen Primärrechts in Einklang steht, derjenigen vorzuziehen, bei der die Vorschrift als mit dem Primärrecht unvereinbar eingestuft werden müsste<sup>274</sup>.

Von der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts ist die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten zu unterscheiden, auch wenn der dahinterstehende Gedanke einer Auflösung bzw. Vermeidung von Widersprüchen derselbe ist. Verpflichtet sind nicht die Gemeinschaftsorgane, sondern die nationalen Rechtsanwender. Die Vorrangregel, auf der auch der Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung fußt, ergibt sich direkt aus Art. 10 EGV, der alle Mitgliedstaaten zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet<sup>275</sup>. Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung besagt, dass das nationale Recht in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Primärrecht wie auch dem Sekundärrecht, namentlich den Verordnungen und Richtlinien, ausgelegt werden muss<sup>276</sup>.

Unter normhierarchischen Gesichtspunkten etwas überraschend legt der EuGH mitunter umgekehrt das Primär- im Lichte des Sekundärrechts aus<sup>277</sup>. Manche sprechen von einer sekundärrechtskonformen Auslegung

---

<sup>272</sup> EuGH 4.12.1997 Slg. 1997, I-6843, 6865 Egrd. 22- Daihatsu.

<sup>273</sup> Vgl. dazu statt aller mit weiteren Nachweisen *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung.

<sup>274</sup> Vgl. z.B. EuGH 13.3.1983 Slg. 1983, 4063, 4075 Egrd. 13 ff. - Kommission/Rat; 4.12.1986 Slg. 1986, 3755, 3812 Egrd. 62 - Kommission/Deutschland; 21.3.1991 Slg. 1991, I-1647, 1672 Egrd. 17 - Rauh.

<sup>275</sup> Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 186, 200.

<sup>276</sup> Im einzelnen dazu *Zuleeg*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts, 163 ff.

<sup>277</sup> Beispiele bei *Grabitz/Hilf-Pernice*, Art. 164 EGV a.F. Rdnr. 31; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 448 in Fußn. 23.

des Vertragsrechts<sup>278</sup>. So rekurrierte der Gerichtshof etwa zur Begründung einer unmittelbaren Drittwirkung der Art. 12, 49 EGV unter anderem auf Art. 7 Abs. 4 der VO (EWG) 1612/68<sup>279</sup> oder legte den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung iSv Art. 28 EGV - erstaunlicherweise sogar nach seinem wegweisenden Urteil „Dassonville“ - im Lichte der Richtlinie 70/50/EWG<sup>280</sup> aus<sup>281</sup>. Und in der Entscheidung „Trummer und Mayer“ zog er sogar zur Konkretisierung des in Art. 56 EGV enthaltenen Begriffs „Kapitalverkehr“ die im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG<sup>282</sup> enthaltene Nomenklatur für den Kapitalverkehr heran, obwohl diese Richtlinie noch auf der Grundlage von Art 67 EWGV erlassen worden war, der durch Art 56 EGV fortgeschrieben und wesentlich verändert wurde<sup>283</sup>. Letzteres mag man noch als eine Form der historischen bzw. genetischen Auslegung begreifen; schließlich ist kaum anzunehmen, dass mit der Umformung von Art. 67 EWGV bzw. 73b EGV a.F. zu einer „echten“ Grundfreiheit hinter dem bislang erreichten Stand zurückgeblieben werden sollte. Insgesamt begegnet die sekundärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts jedoch Bedenken, stellt sie doch die Normhierarchie des Vertrages auf den Kopf<sup>284</sup>. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, die Berücksichtigung von Rechtsakten des Gemeinschaftsgesetzgebers, die der Konkretisierung und Ausfüllung von Vertragsnormen dienen, bei der Auslegung des Vertrages entspreche dem funktionellrechtlichen Grundsatz der richterlichen Zurückhaltung im Bereich der Rechtsetzung und -gestaltung<sup>285</sup>. Gem. Art. 234 EGV obliegt die Auslegung des EG-Vertrags immer noch dem Gerichtshof. Er hat zu kontrollieren, ob die Gemeinschaftsorgane die ihnen gezogenen Kompetenzgrenzen nicht überschritten haben; und das bedingt - auch bei offen Normen - eine primäre Ausfüllungszuständigkeit des Gerichtshofs als „Hüter des Rechts“. Wenn überhaupt, so ist ein Rekurs auf

---

<sup>278</sup> *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 195.

<sup>279</sup> EuGH 12.12.1974 Slg. 1974, 1405, 1420 Egrd. 20/24 - Walrave.

<sup>280</sup> Richtlinie 70/50/EWG der Kommission über die Beseitigung bestimmter Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, ABl. EG 1970 L 13, 29. Vgl. dazu auch *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 10 f.

<sup>281</sup> EuGH 12.10.1978 Slg. 1978, 1935, 1953 Egrd. 23 - Eggers.

<sup>282</sup> Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. EG 1988 L 178, 5.

<sup>283</sup> EuGH 16.3.1999 Slg. 1999, I-1661, 1678 Egrd. 21 - *Trummer und Mayer*.

<sup>284</sup> *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 197.

<sup>285</sup> So aber *Grabitz/Hilf-Pernice*, Art. 164 EGV a.F. Rdnr. 32; dem folgend *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 449.

Sekundärrecht daher nur möglich, wenn er der Absicherung eines bereits selbständig mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden gewonnenen Auslegungsergebnisses dient<sup>286</sup>.

#### 4. Zweck

Die zweifellos größte Bedeutung bei der Auslegung sowohl des primären als auch des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts kommt der Teleologie zu. Definiert wird der Regelungszweck bei Akten des Sekundärrechts insbesondere im Hinblick auf die entsprechende Kompetenznorm und den in ihr zum Ausdruck kommenden Regelungsauftrag<sup>287</sup> wobei zugleich die allgemeinen Ziele des EG-Vertrags im Blick gehalten werden. Ergänzend werden zur Bestimmung der *ratio legis* die dem Rechtsakt vorangestellten Begründungserwägungen herangezogen. Dies führt in EuGH-Entscheidungen mitunter zu regelrechten „Zweckkaskaden“<sup>288</sup>. Manche sprechen daher von einem „Primat der Zweckauslegung“<sup>289</sup>. Diese sehr strenge Zweckgebundenheit kann in einem Rechtssystem, dessen Kompetenznormen funktional geprägt sind und das dem Erreichen bestimmter Ziele verpflichtet ist - wie etwa der Verwirklichung der Grundfreiheiten oder der Herstellung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs - nicht

---

<sup>286</sup> Ebenso *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 198. Ein Beispiel hierfür findet sich in EuGH 26.2.1991 Slg. 1991, I-745, 777 Egrd. 14 - Antonissen: „Diese Auslegung des EWG-Vertrags entspricht im übrigen der Auffassung der rechtsetzenden Organe der Gemeinschaft, wie sie sich aus den Bestimmungen zur Durchführung der Freizügigkeit, insbesondere den Artikeln 1 und 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2) ergibt, die das Recht der Gemeinschaftsangehörigen, sich zur Stellensuche in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, und folglich auch das Aufenthaltsrecht dort voraussetzen“.

<sup>287</sup> So ist z.B. bei der Auslegung gesellschaftsrechtlicher Richtlinien danach zu differenzieren, ob sie auf Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV oder Art. 94, 95 EGV gestützt wurden. Primäres Auslegungsziel im ersten Fall muss die weitestgehende Effektivierung der Niederlassungsfreiheit unter Berücksichtigung des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes sein, während ansonsten die Verwirklichung des Gemeinsamen respektive Binnenmarktes im Vordergrund steht, vgl. *Lutter*, JZ 1992, 593, 603.

<sup>288</sup> So *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts, 29, 37, unter Hinweis auf EuGH 19.11.1996 Slg. 1996, I-6017, 6034 f. Egrd. 13 f. - *Siemens/Nold*.

<sup>289</sup> *Schulte-Nölke*, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts, 143, 159. Zu bedenken ist freilich, dass der EuGH systematische und teleologische Argumente häufig wenig trennscharf nebeneinander stellt und mitunter sogar miteinander verschränkt. Treffender scheint es daher, von einem Primat der „systematisch-teleologischen Auslegung“ auszugehen; so etwa *Lenz-Borchardt*, Art. 220 EGV Rdnr. 16; *P. Meyer*, Jura 1994, 455, 456; *Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 685.

weiter verwundern. Der Gerichtshof ist daher stets bereit, ein durch grammatikalische oder systematische Auslegung gewonnenes Ergebnis mit Hilfe der teleologischen Interpretation zu korrigieren, sofern sich nur so ein Widerspruch zur Funktion der jeweiligen Bestimmung im Lichte der Zielsetzung des Gemeinschaftsrechts verhindern lässt.

Unter teleologischer Auslegung wird gemeinhin die Ermittlung des Bedeutungsgehalts einer Norm durch die Frage nach ihrem Ziel und Zweck verstanden. Dass dabei im Gemeinschaftsrecht<sup>290</sup> die objektiv- und nicht die subjektiv-teleologische Methode im Vordergrund steht, ist bereits im Rahmen der Behandlung der historischen Auslegung deutlich geworden. Besonderheiten im Vergleich zur teleologischen Auslegung im nationalen Recht ergeben sich aus der Zielbezogenheit des EG-Vertrags und der damit einhergehenden Offenheit des gemeinschaftlichen Entwicklungsprozesses. Die teleologische Auslegung ist infolgedessen nicht statisch, sondern evolutionär angelegt. Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sind im Lichte „seiner Ziele und seines Entwicklungsstands *zur Zeit* der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen“<sup>291</sup>. Die Dynamik, der das Gemeinschaftsrecht angesichts der schrittweisen Verwirklichung der Vertragsziele unterworfen ist, kann so durchaus zur Folge haben, dass der EuGH gemeinschaftsrechtlichen Begriffen in Entscheidungen neueren Datums eine andere Tragweite beimisst als in früheren.

Die strikte Zielbezogenheit des Vertrages und die damit einhergehende Bedeutung der teleologischen Interpretation wird schließlich auch im Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“ deutlich. Ziel dieses Grundsatzes ist es, Normen des Gemeinschaftsrechts so zu interpretieren, dass der vom Vertrag oder einer sekundärrechtlichen Maßnahme verfolgte Zweck mit größtmöglicher praktischer Wirksamkeit erreicht wird<sup>292</sup>. Der Gerichtshof versteht den Effektivitätsgrundsatz, auf den er sich erstmals im Jahre 1963 berufen hat<sup>293</sup>, dergestalt, dass innerhalb der teleologischen Methode derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, bei der sich die Wirkung der

---

<sup>290</sup> Allgemein zum Streit zwischen Subjektivisten und Objektivisten vgl. einerseits *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 101 ff., und andererseits *Rüthers*, Rechtslehre, Rdnr. 796 ff.

<sup>291</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3430 Egrd. 20 - C.I.L.F.I.T. (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>292</sup> Zu den Einzelheiten, insbesondere den verschiedenen Fallgruppen des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsprinzips, vgl. *Streinz*, FS Everling, 1491 ff.

<sup>293</sup> EuGH 15.7.1963 Slg. 1963, 287, 318 - Deutschland/Kommission. Der Begriff des „*effet utile*“ findet sich als *terminus technicus* in der deutschen Fassung einer euGH-Entscheidung erstmals in EuGH 6.10.1970 Slg. 1970, 825, 838 Egrd. 5 - Grad/Finanzamt Taunstein.

gemeinschaftsrechtlichen Norm am stärksten entfaltet und bei der ihr praktischer Nutzen am größten ist<sup>294</sup>.

### 5. Rechtsvergleichung

Verwendung findet - man ist geneigt zu sagen: gerade - im Gemeinschaftsrecht schließlich die Methode der rechtsvergleichenden Auslegung<sup>295</sup>, die mitunter auch als fünfte Auslegungsmethode bezeichnet wird<sup>296</sup>. Dass der Gerichtshof als ein multinational besetzter Spruchkörper zu dieser Auslegungsmethode greift<sup>297</sup>, erstaunt eigentlich nicht. Manche möchten ihm sogar das Prädikat „Hochburg der angewandten Rechtsvergleichung“ verleihen<sup>298</sup>.

Direkt im Vertrag angelegt ist die rechtsvergleichende Auslegungsmethode in Art. 288 Abs. 2 EGV. Danach richtet sich die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für Handlungen ihrer Organe oder Bediensteten nach „den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“. Dies wird als Ermächtigung an den EuGH verstanden, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage der sich aus der europäischen Rechtstradition ergebenden allgemeinen Rechtsgrundsätze solche Regeln zu entwickeln<sup>299</sup>. Eine derartige Vorgehensweise setzt eine vergleichende Untersuchung des Haftungsrechts der Mitgliedstaaten voraus. In den Urteilen des Gerichtshofs kommt dies freilich nicht immer zum Ausdruck, häufiger schon in den Schlussanträgen der Generalanwälte. Zudem fordert der Verweis auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht ein rezeptives, sondern ein wertendes Vorgehen bei der Rechtsvergleichung, das insbesondere die Vertragsziele und die Besonderheiten der Gemeinschaftsstruktur berücksichtigt<sup>300</sup>.

---

<sup>294</sup> Vgl. z.B. EuGH 26.2.1991 Slg. 1991, I-745, 776 f. Egrd. 10 ff. - Antonissen.

<sup>295</sup> Allgemein zur Rolle der Rechtsvergleichung in der EG *Bleckmann*, ZVglRWiss 1975, 106.

<sup>296</sup> So z.B. *Häberle*, JZ 1989, 913, 916; Hingegen ordnet *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 461 f., die Rechtsvergleichung als „universale Interpretationsmethode“ der objektiv-teleologischen Auslegung zu.

<sup>297</sup> Über die Anwendung der rechtsvergleichenden Methode bei der Entscheidungsfindung durch den EuGH vgl. u.a. *Galmot*, Rev. fr. Droit adm. 1990, 255; *Hilf*, in: Armand de Mestral u. a. (Hrsg.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, 549; *Jann/Hakenberg*, *Mélanges Schockweiler*, 255; *W. Lorenz*, FS Nipperdey, 797; *Mertens de Wilmars*, *Journal des Tribunaux* 1991, 37.

<sup>298</sup> *Daig*, FS Zweigert, 395, 415.

<sup>299</sup> *Geiger*, EUV/EGV, Art. 288 EGV Rdnr. 4.

<sup>300</sup> *GA Roemer*, Slg. 1971, 975, 990 - *Zuckerfabrik Schöppenstedt*; *Fuß*, FS von der Heydte, 173, 174.

Die Methode der kritischen und wertenden Rechtsvergleichung<sup>301</sup> wird vom Gerichtshof jedoch nicht auf die Auslegung von Art. 288 Abs. 2 EGV beschränkt. Er misst ihr auch bei der Lückenfüllung sowie der Entwicklung ungeschriebener Rechtsgrundsätze eine wichtige Bedeutung zu. Zu erinnern ist an die Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Prinzipien für den Grundrechtsschutz, die vom Gerichtshof durch einen Rekurs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entwickelt und sodann zu einem - ungeschriebenen - Bestandteil des Gemeinschaftsrechts erklärt wurden<sup>302</sup>. Ähnlich Argumentationstopoi finden sich bei der Herleitung prozessualer Verfahrensgarantien oder der Begründung eines gegen die Mitgliedstaaten gerichteten Staatshaftungsanspruchs wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht. Zur Anwendung kam freilich in allen diesen Fällen wie stets bei einer rechtsvergleichenden Arbeitsweise keine „Mehrheitslösung“, sondern dass aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts optimale Lösungsmodell. Dies kann unter Umständen nur der Regelung in einer Rechtsordnung entsprechen und muss nicht einmal dies. Die nationalen Normen oder ungeschriebenen Rechtsgrundsätze werden also nicht als Rechts-, sondern lediglich als Rechtsgewinnungsquellen betrachtet. Sie bilden durch ihren „Vorrat an Lösungen“<sup>303</sup> allenfalls die Basis für eine autonome, den Anforderungen der Supranationalität gerecht werdende Rechtsgewinnung.

Bei der Auslegung von abgeleitetem Recht und insbesondere von sekundärrechtlichem Gemeinschaftsprivatrecht scheint der EuGH hingegen in erstaunlich geringem Maße auf die rechtsvergleichende Methode zurückzugreifen. Ausführungen wie die folgenden sind bislang noch die Ausnahme:

„Aus alledem ist zu schließen, dass die Verordnung ... bei wörtlicher, systematischer und am Verordnungszweck orientierter Auslegung sowie unter Berücksichtigung des Rechts der Mitgliedstaaten zwar die Kommission ermächtigt, ...“<sup>304</sup>

Gerade bei der Auslegung abgeleiteten Rechts, insbesondere von Richtlinien, liegt die Berücksichtigung der Rechtslage in den Mitgliedstaaten nahe. Rechtssätze des Gemeinschaftsprivatrechts entstehen nicht aus dem „Nichts“, sondern können nur vor dem Hintergrund der Zivilrechtssysteme

<sup>301</sup> Dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 31 ff.; *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 16 ff.; vgl. auch *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 23 ff.

<sup>302</sup> Vgl. z.B. EuGH 17.12.1970 Slg. 1970, 1125, 1135 Egrd. 4 - Internationale Handelsgesellschaft; 14.5.1974 Slg. 1974, 491, 507 Egrd. 13 - Nold/Kommission.

<sup>303</sup> *W. Lorenz*, FS Nipperdey, 797, 801.

<sup>304</sup> EuGH 18.5.1982 Slg. 1982, 1575, 1612 Egrd. 27 - AM & S/Kommission.

der Mitgliedstaaten verstanden werden, deren Traditionen - und sei es nur über den Umstand, dass ihre Verfasser schließlich im jeweiligen nationalen Recht „geschult“ worden sind - auch auf das Gemeinschaftsprivatrecht Einfluss genommen haben<sup>305</sup>. Es bietet sich daher an, wenigstens dann, wenn ein gemeinschaftseigener Begriffsinhalt noch nicht hinreichend konkretisiert worden ist, auf dessen Auslegung durch die Mitgliedstaaten zurückzugreifen. Anschauungsmaterial können die mitgliedstaatlichen Umsetzungsnormen oder bereits hierzu ergangene Rechtsprechung liefern, aber auch bereits existente restatements gemeineuropäischen Zivilrechts oder diesen vergleichbare Werke, wie etwa die „Principles of European Contract Law“ der Lando-Kommission. So entstünde ein Wechselspiel zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Recht, das der weiteren Verzahnung beider Rechtsordnungen sicherlich dienlich wäre. Dass die wertend-vergleichende Betrachtung des Rechtsverständnisses in den Mitgliedstaaten nur ein und vor allem nicht der entscheidende Ansatzpunkt für eine Begriffsausfüllung sein kann, versteht sich aufgrund der Autonomie des Gemeinschaftsrechts von selbst. Hilfreich ist sie aber gleichwohl. Wenn auch eine solche Vorgehensweise in den Urteilen des EuGH oft nicht ersichtlich wird, liegt die Annahme aber nahe, dass der EuGH gleichwohl häufiger, als dies seine Entscheidungen erkennen lassen, auf die rechtsvergleichende Methode zurückgreift. Denn alle Richter dieses Kollegialorgans sind durch den rechtskulturellen Hintergrund ihrer Herkunftsstaaten geprägt. Dies wirkt sich nicht nur auf ihre Arbeitsweise aus, sondern führt auch sonst zu einem häufigen, vielleicht nicht immer bewussten Rückgriff auf die ihnen vertrauteste Rechtsordnung, also die eigene<sup>306</sup>. Im gemeinsamen Entscheidungsfindungsprozess werden dann die nationalen Erfahrungen sowohl zueinander als auch zu den gemeinschaftsrechtlichen Zielvorgaben ins Verhältnis gesetzt, um aus dieser Zusammenschau europäische Begrifflichkeiten mit einem letztlich autonom-europäischen Begriffsinhalt zu füllen<sup>307</sup>. Man wünschte sich nur, dass diese Arbeitsweise in den Entscheidungen des EuGH vermehrt zum Ausdruck käme.

Gleiches gilt im übrigen für die vom EuGH zur Entscheidungsvorbereitung herangezogenen rechtsvergleichenden Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes. Sie wären vor allem für die Wissenschaft sicherlich eine wahre Fundgrube

---

<sup>305</sup> Allgemein dazu *Lenz*, ZRP 1988, 449.

<sup>306</sup> Vgl. auch *Jann/Hakenberg*, *Mélanges Schockweiler*, 255, 260.

<sup>307</sup> Zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechungspraxis des EuGH bei *Jann/Hakenberg*, *Mélanges Schockweiler*, 255, 261 ff.

rechtsvergleichender Materialien, werden der Öffentlichkeit aber bedauerlicherweise nicht zugänglich gemacht.

### *III. Wirkungen*

#### 1. Verordnungen

Verordnungen sind abstrakt-generelle Rechtssätze des sekundären Gemeinschaftsrechts, die gem. Art. 249 Abs. 2 EGV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Anders als bei Richtlinien bedarf es also keines Tätigwerdens der zuständigen nationalen Organe, um den gemeinschaftlichen Rechtsakt in das nationale Rechtssystem zu implementieren. Aus der „unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten“ folgt weiterhin, dass sie bei hinreichender Bestimmtheit mit ihrem In-Kraft-Treten auch Individuen Rechte verleihen und Pflichten auferlegen kann<sup>308</sup>. Entgegenstehendes nationales Recht wird aufgrund des Anwendungsvorrangs unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts von einer Verordnung verdrängt. Solange die Verordnung gilt, findet es keine Anwendung. Dies betrifft nicht nur entgegenstehende nationale Regelungen, die vor Erlass der Verordnung ergangen sind, sondern ebenso jüngere gesetzgeberische Maßnahmen<sup>309</sup>. Nationale Umsetzungen des Verordnungsinhalts, etwa in Form von Durchführungsgesetzen, sind nicht nur angesichts dieser Durchgriffswirkung grundsätzlich überflüssig, sondern wegen der damit einhergehenden „Verdoppelung des Rechts“ und der hieraus resultierenden Gefahr einer „Irreführung“ der Normadressaten über den Gemeinschaftscharakter von Rechtsvorschriften auch schädlich<sup>310</sup>. Es kommt freilich nicht selten vor, dass Verordnungen ausdrücklich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Erlass von Durchführungsmaßnahmen enthalten. So verpflichten z.B. Art. 39 und 41 EWIV-VO die Mitgliedstaaten, die Modalitäten der in Art. 6 und 10 dieser VO genannten Eintragungen zu regeln und die Bedingungen für die Hinterlegung der in ihren Art. 7 und 10 aufgeführten Urkunden festzulegen. Die Modalitäten der Ausübung dieser Befugnis bestimmen sich dann nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates. Inhaltlich dürfen seine Durchführungsbestimmungen dem Regelungszweck der VO auf keinen Fall zuwiderlaufen. Die unmittelbare Geltung des Rechtsakts, der die Mitgliedstaaten zum Erlass nationaler Durchführungsmaßnahmen ermächtigt,

<sup>308</sup> EuGH 14.12.1971 Slg. 1971, 1039, 1049 Egrd. 9 - Politi.

<sup>309</sup> EuGH aaO.

<sup>310</sup> Vgl. z.B. EuGH 10.10.1973 Slg. 1973, 981, 990 Egrd. 11 - Variola; zu eng umgrenzten Ausnahmen vgl. m. w. Nachw. Callies/Ruffert-Ruffert, Art. 249 EGV Rdnr. 41.

hat zur Folge, dass die nationalen Gerichte die Übereinstimmung dieser Maßnahmen mit dem Inhalt der Gemeinschaftsverordnung überprüfen können und müssen<sup>311</sup>.

Die Verordnung wird mitunter als „Europäische Gesetz“ bezeichnet<sup>312</sup>. Das ist zwar in der Sache nicht ganz zutreffend, da es im Gemeinschaftsrecht an der dem nationalen Recht eigentümlichen Unterscheidung zwischen Gesetz und Rechtsverordnung fehlt und zudem auch im gemeinschaftlichen Binnenrecht Verordnungen existieren, wie beispielsweise das Beamtenstatut. Gleichwohl macht die Bezeichnung deutlich, dass die Verordnung in der Mehrzahl der Fälle auf Gemeinschaftsebene die gleichen Funktionen erfüllt wie auf nationaler Ebene das einfache Gesetz. Verwendung findet die Verordnung vor allem dann, wenn einheitlich geltendes Recht hervorgebracht werden soll, insbesondere durch die Schaffung originär gemeinschaftlicher Rechtsinstitute, wie etwa der Gemeinschaftsmarke oder der EWIV. Die Verordnung wird außerdem häufig dann als Rechtsaktform herangezogen, wenn sich das mit einer Maßnahme verfolgte Ziel nur bei strikter Einheitlichkeit des Rechts erreichen lässt. Dies ist insbesondere im Bereich des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts der Fall. Eine Rechtsangleichung durch Richtlinien wäre in keiner Weise geeignet, das Ziel der für den gemeinschaftsinternen Rechtsverkehr eminent wichtigen Rechtssicherheit sowie eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes<sup>313</sup> zu erreichen. Deutlich gemacht haben das zuletzt vor allem die äußerst negativen Erfahrungen mit der Umsetzung der in zahlreichen verbraucherschutzrechtlichen Richtlinien enthaltenen kollisionsrechtlichen Vorgaben<sup>314</sup>. Das typische Mittel der Rechtsetzung ist die Verordnung schließlich im Bereich des Kartellrechts<sup>315</sup>. Zu erinnern ist an die Fusionskontrollverordnung<sup>316</sup> sowie die zahlreichen, auf der Basis von Art. 83, 81 Abs. 3 EGV ergangenen Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>317</sup>. Abgesehen von diesen Fällen wird die Verordnung als Rechtsetzungsinstrument im Bereich des Privatrechts allerdings äußerst zurückhaltend genutzt. Dahinter mag der Gedanke stehen, dass die Verordnung weit stärker als die

---

<sup>311</sup> EuGH 27.9.1979 Slg. 1979, 2749, 2771 Egrd. 34 - Eridiana.

<sup>312</sup> Vgl. z.B. *Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 540.

<sup>313</sup> Vgl. Art. 65 EGV.

<sup>314</sup> Dazu m. w. Nachw. *Leible*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353.

<sup>315</sup> Überhaupt wird die Verordnung als Rechtsetzungsinstrument immer dann gewählt, wenn ihr Vollzug durch EG-Behörden angestrebt wird.

<sup>316</sup> Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 vom 21.12.1988 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 1989 L 257, 13.

<sup>317</sup> Übersicht bei *Lenz-Grill*, Art. 81 EGV Rdnr. 49.

Richtlinie in den Wirkungszusammenhang der innerstaatlichen Rechtssysteme eingreift und daher zur Vermeidung von Systembrüchen das zweistufige Verfahren der Richtlinien eher geeignet ist. Ob dies die mit der Richtlinie verbundenen Nachteile stets aufwiegt, erscheint jedoch fraglich<sup>318</sup>.

## 2. Richtlinien

### a) Grundsatz

Richtlinien sind gem. Art. 249 Abs. 3 EGV für die Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet sind, hinsichtlich der zu erreichenden Ziele verbindlich. Den Mitgliedstaaten wird es jedoch überlassen, die Form und die Mittel auszuwählen, die sie für die Erreichung des vorgegebenen Zieles als geeignet ansehen. Kennzeichnend für die Richtlinie ist damit zum einen ihre „gestufte Verbindlichkeit“ und zum anderen die Zweistufigkeit des Rechtssetzungsverfahrens.

Gestufte Verbindlichkeit bedeutet, dass Richtlinien nicht wie Verordnungen in allen ihren Teilen für die Mitgliedstaaten verbindlich sind, sondern nur hinsichtlich der durch sie festgesetzten Ziele, wobei anstatt von Zielen besser von Ergebnissen gesprochen werden sollte<sup>319</sup>. Denn dem Gemeinschaftsgesetzgeber ist es nicht nur erlaubt, Richtlinien zu erlassen, die den Mitgliedstaaten zur Zielerreichung einen merklichen Umsetzungsspielraum lassen. Er hat vielmehr auch die Möglichkeit, die in Richtlinien enthaltenen Bestimmungen detailliert auszugestalten. Die Zulässigkeit derartig perfekter, inhaltlich nahezu ordnungsähnlicher Richtlinien wurde vom EuGH bislang nicht in Frage gestellt. Und dies wird wohl auch in Zukunft nicht geschehen, da ja gerade die vom EuGH entwickelte Möglichkeit einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen voraussetzt, dass eine in einer Richtlinie enthaltene Regelung inhaltlich so unbedingt und hinreichend genau ist, dass sie aus sich heraus angewendet werden kann<sup>320</sup>.

Verpflichteter ist der Staat. Er muss die Richtlinie bis zum Ablauf der vorgesehenen Frist in nationales Recht umsetzen. Die Pflicht zur Umsetzung und die hierfür eingeräumte Frist sind meist in der Richtlinie selbst festgelegt. Primärrechtlich folgt die Umsetzungspflicht aus Art. 249 Abs. 3

---

<sup>318</sup> Vgl. § 12, A IV 1 a.

<sup>319</sup> Vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 458, unter Hinweis auf die anderen Sprachfassungen des EG-Vertrages, in denen u.a. von „résultat“, „resultato“ und „resultaat“ die Rede ist.

<sup>320</sup> Vgl. dazu sogleich unter bb.

EGV<sup>321</sup>. Eines Rückgriffs auf Art. 10 EGV bedarf es nicht<sup>322</sup>. Die Umsetzungspflicht trifft nicht nur den Mitgliedstaat als Völkerrechtssubjekt, sondern obliegt allen staatlichen Stellen, die Träger öffentlicher Gewalt sind<sup>323</sup>. In die innerstaatliche Kompetenzverteilung wird gleichwohl nicht eingegriffen. Es ist und bleibt Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, selbständig zu regeln, welche seiner Untergliederungen für die Umsetzung einer Richtlinie zuständig ist. Sind dies von ihm rechtlich unabhängige Körperschaften, ändert die innerstaatliche Kompetenzverteilung allerdings nichts an seiner gemeinschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit. Er hat nach außen hin dafür einzustehen, dass die Richtlinienbestimmungen uneingeschränkt und genau in innerstaatliches Recht umgesetzt werden<sup>324</sup>.

Die Richtlinie zielt, anders als die Verordnung, nicht auf eine Vereinheitlichung, sondern lediglich auf eine Angleichung der nationalen Rechte. Der Kompromisscharakter dieses Rechtssetzungsinstruments ist nicht zu verkennen. Einerseits soll das Recht harmonisiert, andererseits aber für eine Bewahrung nationaler Eigentümlichkeiten und Gesetzgebungszuständigkeiten Sorge getragen werden. Das klingt ein wenig wie die Quadratur des Kreises, trägt jedoch den Bedürfnissen eines in großen Teilen immer noch uneinheitlichen Rechtsraumes, der durch über Jahrhunderte gewachsene eigenständige Rechtssysteme geprägt ist, Rechnung.

Das deshalb in Art. 249 Abs. 3 EGV vorgesehene zweistufige Rechtssetzungsverfahren hat zweifelsohne Vorteile. Es erlaubt eine möglichst schonende Aufnahme gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in die gewachsenen nationalen Rechtssysteme und erhöht so die Wahrscheinlichkeit, Systembrüche vermeiden zu können. Nationales und supranationales Recht können so auf organische Weise zusammenwachsen. Die Nachteile, die mit dieser Rechtsetzungstechnik verbunden sind, sind aber nicht zu verkennen. Wird europäisches in nationales Recht transformiert, ist es für die Rechtsanwender, zumindest wenn sie keine besonderen Kenntnisse von bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhängen haben, nicht ohne weiteres erkennbar. Da angeglichenes Recht der Verwirklichung gemeinschafts-

---

<sup>321</sup> EuGH 18.11.1997 Slg. 1997, I-7411, 7448 f. Egrd. 40 - Inter-Environnement Wallonie. Vgl. auch Grabitz/Hilf-von Bogdandy, Art. 5 EGV a. F. Rdnr. 41; Brechmann, Richtlinienkonforme Auslegung, 257 f.; Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507, jeweils m. w. Nachw.

<sup>322</sup> So aber Streinz, Europarecht, Rdnr. 388; ders., in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Hdb. des Staatsrechts, Bd. VII, § 182 Rdnr. 11.

<sup>323</sup> Vgl. z.B. EuGH 10.4.1984 Slg. 1984 1891, 1909 Egrd. 26 - Colson und Kamann; 8.10.1987 Slg. 1987, 3969, 3986 Egrd. 12 - Kolpinghuis Nijmegen; 13.11.1990 Slg. 1990 I/4135, 4159 Egrd. 8 - Marleasing.

<sup>324</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.1.1988 Slg. 1, 11 Egrd. 9 - Kommission/Belgien.

rechtlich determinierter Ziele dient, muss dieser Umstand jedoch bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts Berücksichtigung finden. Wesentlich bedeutsamer ist allerdings, dass die Zweistufigkeit des Rechtssetzungsverfahrens die Effektivität der Harmonisierungsmaßnahme erheblich beeinträchtigen kann. Die Gefährdungen reichen von einer völligen Nichtumsetzung über eine verspätete bis hin zu einer mangelhaften Umsetzung. Damit sind zahlreiche Anwendungsprobleme verbunden, auf die im folgenden näher einzugehen ist.

Hinsichtlich der Qualität des nationalen Umsetzungsaktes forderte der EuGH, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form und der Mittel diejenigen ergreifen müssen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks am besten eignen<sup>325</sup>. Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umzusetzen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Schlichtes Verwaltungshandeln genügt nicht<sup>326</sup>. Die Umsetzungspflicht verlangt nicht nach förmlichen und wörtlichen Wiedergabe der Richtlinienbestimmungen in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift. In Abhängigkeit vom Richtlinieninhalt kann bereits ein allgemeiner rechtlicher Rahmen genügen,

„wenn er tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, so daß - soweit die Richtlinie Ansprüche des Einzelnen begründen soll - die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“<sup>327</sup>.

Damit ist die Integration richtliniendeterminierter Normen in größere, bereits existente Kodifikationen - wie etwa die Umsetzung verschiedener EG-Richtlinien durch Änderungen des BGB im Rahmen der anstehenden Schuldrechtsreform - gewährleistet. Fraglich ist, ob von einer Umsetzung abgesehen werden kann, wenn Generalklauseln des nationalen Rechts bereits jetzt in einer der Zielvorgabe der Richtlinie entsprechenden Weise ausgelegt werden oder der nationale Methodenkanon eine solche Auslegung zumindestens zulässt. Kann also für die Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht statt eines legislativen Handelns auch eine obergerichtliche Entscheidungspraxis oder zumindest die Möglichkeit, dass sich eine solche entwickelt, genügen? Eine Antwort auf diese Frage muss differen-

<sup>325</sup>EuGH 8.4.1976 Slg. 1976, 497, 517 Egrd. 69/73 - Royer.

<sup>326</sup>Vgl. z.B. EuGH 1.3.1983 Slg. 1983, 447, 456 Egrd. 10 - Kommission/Italien.

<sup>327</sup>Vgl. dazu EuGH 30.5.1991 Slg. 1991, I-2567, 2600 f. Egrd. 15 - Kommission/Deutschland, zu einer Umsetzung durch Verwaltungsvorschriften.

ziert ausfallen. Eine Pflicht zum legislativen Tätigwerden wird man nur in den Fällen verneinen können, in denen das bestehende nationale Recht bereits den in der Richtlinie enthaltenen Vorgaben vollständig entspricht. Die Umsetzung einer Richtlinie verlangt also nicht notwendigerweise in jedem Mitgliedstaat gesetzgeberische Aktivitäten.

„So können namentlich allgemeine verfassungs- oder verwaltungsrechtliche Grundsätze die Umsetzung durch besondere Rechts- und Verwaltungsvorschriften überflüssig machen. Dies setzt jedoch voraus, daß diese Grundsätze tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationalen Behörden gewährleisten und daß die sich aus diesen Grundsätzen ergebende Rechtslage, soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll, hinreichend bestimmt und klar ist und die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen. Die letzte Voraussetzung ist besonders wichtig, wenn die Richtlinie darauf abzielt, den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Ansprüche zu verleihen, denn diese sind normalerweise über diese Grundsätze nicht unterrichtet“<sup>328</sup>.

Ein gesetzgeberisches Tätigwerden wird also ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine ständige Rechtsprechung hinreichend exakt und mit den Vorgaben der Richtlinie deckungsgleich ist<sup>329</sup>. Gerade das vom EuGH postulierte Gebot der Rechtssicherheit mahnt aber zur Skepsis insbesondere gegenüber der Vertragskonformität einer Richtlinienumsetzung allein durch eine richtlinienkonforme Auslegung bereits existenter nationaler Normen. Abgesehen davon, dass nicht in allen Mitgliedstaaten eine Bindung an höchstrichterliche Entscheidungen besteht, erscheint es zweifelhaft, dass etwa durch eine richtlinienkonforme Auslegung von Generalklauseln stets dem Rechtssicherheitsgrundsatz Genüge getan wird; bereits die Umsetzungsnorm und nicht erst die diese konkretisierende Auslegung durch die Gerichte muss es dem einzelnen ermöglichen, von seinen Rechten Kenntnis zu nehmen. Dies gilt in besonders hohem Maße für gemeinschaftsrechtlich determiniertes Verbraucherschutzrecht. „Ist es ein wesentliches Ziel der Richtlinien, das Vertrauen des Verbrauchers in den Binnenmarkt zu stärken, entspricht es dieser Vorgabe, wenn der (ausländische) Verbraucher hinsichtlich einer ihm unbekanntem Rechtsordnung nicht auf für ihn schwierig zu erschließende Rechtsprechung verwiesen wird, sondern seine Rechte (im deutschen Recht) in ihm leicht zugänglichen

---

<sup>328</sup> EuGH 23.5.1985 Slg. 1985, 1661, 1673 Egrd. 23 - Kommission/Deutschland; ähnlich z.B. EuGH 2.2.1989 Slg. 1989, 143, 165 Egrd. 6 - Kommission/Italien.

<sup>329</sup> W.-H. Roth, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 871.

Rechtsquellen erschließen kann“<sup>330</sup>. Nichts wesentlich anderes kann angesichts der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers für rein nationale Sachverhalte gelten. Die Interpretation von Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen durch die Gerichte kann daher in den meisten Fällen nur eine Umsetzung unterstützen, legislatives Tätigwerden aber nicht substituieren<sup>331</sup>. Der EuGH hat aus diesem Grunde bereits mehrfach den Hinweis, eine Umsetzung durch den Gesetzgeber sei aufgrund des Bestehens einer gleichförmigen Rechtsprechung unnötig, verworfen<sup>332</sup>. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die Richtlinie über vergleichende Werbung durch ein „Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften“<sup>333</sup> im Wege der Aufnahme von Regelungen über die vergleichende Werbung in § 2 UWG in das deutsche Recht zu transformieren, war daher entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur<sup>334</sup> gemeinschaftsrechtlich geboten; denn die Richtlinie über vergleichende Werbung beschränkt sich - anders als die Irreführungs-Richtlinie - nicht auf eine Mindestharmonisierung, sondern legt abschließend die Bedingungen für die Zulässigkeit von Werbevergleichen fest<sup>335</sup>, und zwar in äußerst detaillierter Weise. Allein ein Verweis auf den in § 1 UWG enthaltenen Begriff der „guten Sitten“ hätte daher keinesfalls ausgereicht, um dem Einzelnen klar und eindeutig die Reichweite der von ihm im geschäftlichen Verkehr zu beachtenden Verhaltenspflichten deutlich zu machen. Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, da der Fehlerbegriff des § 459 BGB nicht durchgängig mit den Vorgaben von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie deckungsgleich ist. Auf eine Anpassung der bisherigen Rechtsprechung im Wege der richtlinienkonformen Auslegung darf der Gesetzgeber aber nicht vertrauen. § 434 BGB-E trägt dem durch eine den Richtlinienvorgaben angepasste Präzisierung Rechnung. Die Abgrenzung zwischen einer Pflicht zum gesetzgeberischen Tätigwerden und der Erfüllung gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen durch eine dem Richtlinieninhalt verpflichteten Rechtsprechung kann im Einzelfall durchaus schwer fallen. So hält etwa *W.-H. Roth* eine klarstellende Ergänzung von § 123 Abs. 1 BGB, die dem Verbot von geschlechts-

<sup>330</sup> *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 871 f.

<sup>331</sup> Calliess/Ruffert-Ruffert, Art. 249 EGV Rdnr. 53.

<sup>332</sup> Vgl. z.B. EuGH 24.3.1988 Slg. 1998, 1799, 1816 Egrd. 9 - Kommission/Italien.

<sup>333</sup> BGBl. 2000 I, 1374.

<sup>334</sup> Vgl. etwa *Menke*, WRP 1998, 811, 817 ff; *Sack*, GRUR 1998, 263, 272; *Sedelmaier*, ZRP 1991, 370, 374; wie hier jedoch *Plassmann*, GRUR 1996, 377, 382; *Tilmann*, GRUR 1997, 790, 791; *ders.*, GRUR 1999, 546.

<sup>335</sup> Darauf hebt vor allem die Gesetzesbegründung ab, vgl. BT-Drs. 14/2959, 1,6.

spezifischen Diskriminierungen bei der Eingehung und Auflösung von Arbeitsverhältnissen<sup>336</sup> Rechnung trägt, angesichts der mittlerweile richtlinienkonformen Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit der Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft<sup>337</sup> für überflüssig<sup>338</sup>. Nimmt man das Rechtssicherheitsargument ernst, bleiben freilich Zweifel. Andererseits sollte es auch nicht überstrapaziert werden; denn könnten Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe detailliertere Richtlinienvorgaben überhaupt nicht mehr „auffangen“, drohte insbesondere nationalen Kodifikationen wie dem BGB eine - nicht selten kontraproduktive - Aufblähung der Rechtstexte; das sie bislang auszeichnende Merkmal der „verständlichen Volkssprache“ (code civil) oder „Präzision und Klarheit“ (BGB) würde verlorengehen. Ein Blick in die §§ 361a, 361b BGB macht diese Gefahr hinreichend deutlich. Eine jüngst zur Klauselrichtlinie ergangene Entscheidung des EuGH scheint diese Befürchtung freilich zu bestätigen<sup>339</sup>.

#### b) Unmittelbare Wirkung

Im Gegensatz zu Verordnungen besitzen Richtlinien keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, sondern bedürfen zunächst der Umsetzung. Hieraus folgt indessen nicht, dass sie niemals ähnliche Rechtsfolgen wie eine Verordnung erzeugen könnten. Der EuGH hat ganz im Gegenteil auch Richtlinienvorschriften rechtsfortbildend unter bestimmten, eng umgrenzten Voraussetzungen eine unmittelbare Wirkung zuerkannt. Zur Begründung rekurriert er zum einen auf den Grundsatz des „effet utile“; die praktische Wirksamkeit von Richtlinienbestimmungen wäre abgeschwächt, wenn einzelne sich nicht vor staatlichen Gerichten auf sie berufen könnten<sup>340</sup>. Abgeleitet wird die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen zum anderen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. dem estoppel-Prinzip<sup>341</sup>; die Mitgliedstaaten dürften einzelnen nicht den Umstand entgegenhalten, dass sie selbst die ihnen gesetzte Umsetzungsfrist

---

<sup>336</sup> Art. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG.

<sup>337</sup> Vgl. BAG 15.10.1992 NJW 1993, 1154; anders noch BAG 20.2.1986 NJW 1987, 397; vgl. aber auch BAG 1.7.1993 NJW 1994, 148, das eine solche Frage „zum Schutz des ungeborenen Kindes“ zulässt.

<sup>338</sup> *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 872.

<sup>339</sup> Vgl. EuGH 10.5.2001 (Rs. C-144/99 – noch nicht veröffentlicht).

<sup>340</sup> Vgl. z.B. EuGH 4.12.1974 Slg. 1974, 1337, 1348 Egrd. 12 - van Duyn/Home Office; 5.4.1979 Slg. 1979, 1629, 1642 Egrd. 21 - Ratti; 19.1.1982 Slg. 1982, 53, 70 f. Egrd. 23 - Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt; 12.7.1990 Slg. 1990, I-3313, 3347 f. Egrd. 16 - Foster.

<sup>341</sup> Zu dem aus dem Völkerrecht stammenden estoppel-Prinzip vgl. *Ipsen*, Völkerrecht, § 18 Rdnr. 7.

versäumt haben, und müssen daher nach Fristablauf unmittelbar geltendes Richtlinienrecht gegen sich gelten lassen<sup>342</sup>. Vor allem das estoppel-Prinzip ist vom EuGH in neueren Entscheidungen immer wieder und mit aller Deutlichkeit in den Vordergrund gerückt worden:

„Der Mitgliedstaat soll aus der Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts keinen Nutzen ziehen“<sup>343</sup>.

Um feststellen zu können, ob eine unmittelbare Richtlinienwirkung in Betracht kommt, bedarf es in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung von Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut der jeweiligen Bestimmung. Im wesentlichen müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens muss die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abgelaufen sein<sup>344</sup>. Zweitens muss der Mitgliedstaat seinen Umsetzungspflichten nicht vollständig oder nicht richtig nachgekommen sein. Das ist der Fall, wenn die Richtlinien überhaupt nicht oder nicht fristgemäß in nationales Recht umgesetzt worden ist oder die Umsetzung der Richtlinie den Richtlinienzielen nicht gerecht wird<sup>345</sup>. Eine unmittelbare Richtlinienwirkung kommt also auch dann in Betracht, wenn die Richtlinie zwar in nationales Recht umgesetzt worden ist, der nationale Umsetzungsakt aber stets in richtlinienwidriger Weise ausgelegt und angewendet wird<sup>346</sup>. Und drittens muss die entsprechende Bestimmung inhaltlich so unbedingt und hinreichend genau sein, dass das durch die Richtlinie angesprochene staatliche Organ sie ohne Vermittlung durch innerstaatliche Umsetzungsakte aus sich heraus anwenden kann. Der Vorschrift muss also ein „self-executing“-Charakter zukommen.

Selbst beim Vorliegen dieser drei Voraussetzungen ist eine unmittelbare Richtlinienwirkung jedoch nur auf das Verhältnis Bürger-Staat beschränkt (vertikale Wirkung). Der Einzelne kann sich lediglich gegenüber dem Staat auf ihn begünstigende Richtlinienbestimmungen berufen<sup>347</sup>. Eine unmittel-

<sup>342</sup> Vgl. z.B. EuGH 22.4.1984 Slg. 1984, 1075, 1084 Egrd. 3 - Kloppenburg/Finanzamt Leer; 26.2.1986 Slg. 1986, 723, 748 f. Egrd. 47 - Marshall I; 8.10.1987 Slg. 1987, 3969, 3985 Egrd. 8 - Kolpinghuis Nijmegen; 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3356 Egrd. 22 f. - Faccini Dori.

<sup>343</sup> EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3356 Egrd. 22 - Faccini Dori.

<sup>344</sup> Vor Fristablauf entfaltet eine Richtlinie folglich niemals unmittelbare Wirkung, vgl. EuGH 5.4.1979 Slg. 1979, 1629, 1645 Egrd. 43 f - Ratti.

<sup>345</sup> Vgl. z.B. EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5357, 5408 Egrd. 11 - Francovich; 30.4.1996 Slg. 1996, I-2201, 2245 Egrd. 42 - CIA Security International: „... gegenüber allen nicht richtlinienkonformen Vorschriften ...“.

<sup>346</sup> Callies/Ruffert-Ruffert, Art. 249 EGV Rdnr. 74; a. A. BFH 21.3.1996 BFHE 179, 563, 568.

<sup>347</sup> EuGH 4.12.1974 Slg. 1974, 1337, 1348 Egrd. 12 - Van Duyn/Home Office; 1.2.1977 Slg. 1977, 113, 126 f. Egrd. 20/29 - VNO; 23.11.1977 Slg. 1977, 2203, 2211 Egrd. 9/10 - Enka; 29.11.1978 Slg. 1978, 2327, 2340 Egrd. 19/21 - Delkvist; 5.4.1979

bare Richtlinienwirkung scheidet nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dagegen bei der Beurteilung von Rechtsverhältnissen zwischen Bürgern (horizontale Wirkung) aus<sup>348</sup>. Ebensowenig kann sich der Staat gegenüber Bürgern auf eine nicht oder nicht richtig umgesetzte Richtlinie berufen (umgekehrt vertikale Wirkung), sofern ihnen dadurch Verpflichtungen auferlegt werden<sup>349</sup>. Dahinter steht zum einen der Gedanke, dass nach Art. 249 Abs. 3 EGV Richtlinien nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und infolgedessen auch nur für diese bindend sind. Zum anderen hat der EG-Vertrag dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Befugnis, unmittelbar zu Lasten einzelner wirkende Verpflichtungen zu schaffen, ausschließlich im Rahmen der hierzu vorgesehenen Regelungsinstrumente der Verordnung und Entscheidung zugestanden.

Aus dem bislang Gesagten kann freilich nicht gefolgert werden, dass Richtlinienbestimmungen in Privatrechtsverhältnissen überhaupt nicht unmittelbar anwendbar sind. Die Einschränkung des EuGH bezieht sich lediglich auf Rechtsverhältnisse zwischen „Bürgern“. Stehen hingegen z.B. Vertragsverhältnisse Privater zu Organisationen oder Einrichtungen in Frage, „die dem Staat oder seiner Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die sich aus den für Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften ergeben“, kann sich der Private sehr wohl auf ihn begünstigende Richtlinienbestimmungen - wie etwa ein nicht in nationales Recht umgesetztes Vertragslösungsrecht - berufen<sup>350</sup>. Staatliche Unternehmen, zu denen u.a. die kommunalen Versorgungsunternehmen oder auch die Sparkassen zählen, sehen sich damit einem wesentlich weitergehenden Einfluss des Gemeinschaftsrechts ausgesetzt als ihre nichtstaatlichen Konkurrenten.

Während sowohl die Anerkennung einer vertikalen Wirkung von Richtlinienbestimmungen als auch die Ablehnung einer umgekehrt vertikalen Wirkung von Richtlinienvorschriften im Schrifttum auf breite Zustimmung gestoßen ist, ist die Diskussion um die Möglichkeit einer horizontalen

---

Slg. 1979, 1629, 1642 Egrd. 22 f. - Ratti; 19.1.1982 Slg. 1982, 53, 71 Egrd. 24 - Becker; 26.2.1986 Slg. 1986, 723, 748 Egrd. 46 - Marshall I; 15.5.1986 Slg. 1986, 1651, 1690 f. Egrd. 54 - Johnston; 4.12.1986 Slg. 1986, 3855, 3874 Egrd. 13 - Federatie Nederlandse Vakbeweging; .24.3.1987 Slg. 1987, 1453, 1466 Egrd. 11 - McDermott und Cotter; 20.9.1988 Slg. 1988, 4635, 4662 Egrd. 40 - Beentjes; 22.6.1989 Slg. 1989, 1839, 1870 Egrd. 29 - Constanzo; 17.10.1989 Slg. 1989, 3233, 3279 Egrd. 30 - Carpaneto; 12.7.1990 Slg. 1990, I-3313, 3347 f. Egrd. 16 - Foster; 23.2.1995 Slg. 1995, I-361, 387 Egrd. 34 - Bordessa.

<sup>348</sup> EuGH 26.2.1986 Slg. 1986, 723, 749 Egrd. 48 - Marshall I; 14.7.1994 Slg. 1994-I, 3325, 3356 Egrd. 24 - Faccini Dori; 7.3.1996 Slg. 1996-I, 1281, 1303 Egrd. 15 - El Corte Inglés.

<sup>349</sup> EuGH 8.12.1987 Slg. 1987, 3969, 3985 Egrd. 9 - Kolpinghuis Nijmegen; 11.6.1987 Slg. 1987, 2545, 2570 Egrd. 19 - Pretore di Salò; 26.9.1996 Slg. 1996-I, 4705, 4729 Egrd. 36 - Arcaro.

<sup>350</sup> EuGH 4.12.1997 Slg. 1997, I-6907, 6939 f. Egrd. 46 - Kampelmann.

(Dritt-)Wirkung bis heute nicht verstummt. Insbesondere die Generalanwälte *van Gerven*<sup>351</sup>, *Jacobs*<sup>352</sup> und *Lenz*<sup>353</sup> und mit ihnen zahlreiche Stimmen in der Literatur<sup>354</sup> haben sich nachdrücklich für eine horizontale Drittwirkung von Richtlinien ausgesprochen. Vorgebracht wurde zum einen, dass allein aus dem Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EGV nicht auf eine Verbot der unmittelbaren Horizontalwirkung geschlossen werden könne, da man dann genauso eine horizontale Direktwirkung des Primärrechts<sup>355</sup> ablehnen müsse<sup>356</sup>. Zudem seien Richtlinien ebenso verbindliches Gemeinschaftsrecht wie Primärrecht oder Verordnungen. Weiterhin diene die unmittelbare Wirkung von Richtlinien unter Privaten genauso wie ihre Vertikalwirkung dem Prinzip des *effet utile*<sup>357</sup>. Und schließlich führe die Unterscheidung staatlicher und privater Stellen häufig zu Wertungswidersprüchen, insbesondere zu einer Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Arbeitgeber bzw. bei diesen angestellte Personen<sup>358</sup> und außerdem zu einer Abhängigkeit der Reichweite des Gemeinschaftsrechts von der Staatsquote des jeweils Mitgliedstaats<sup>359</sup>. Überdies sei der statt einer unmittelbaren Richtlinienwirkung vorgesehene Rückgriff auf die Staatshaftung nicht prozessökonomisch<sup>360</sup>.

Trotz der in einigen Punkten nicht unberechtigten Kritik ist die Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien unter Privaten durch den EuGH letztlich überzeugend<sup>361</sup>. Das wichtigste Argument, das gegen

351 Vgl. Schlußanträge zu EuGH 2.8.1993 Slg. 1993, I - 4367 - Marshall II.

352 Vgl. Schlußanträge zu EuGH 3.3.1994 Slg. 1994, I - 763 - Vaneetveld.

353 Vgl. Schlußanträge zu EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I - 3325 - Faccini Dori.

354 Vgl. z.B. *Bach*, JZ 1990, 1108, 1115; *Bleckmann*, RIW 1984, 774, 776; *ders.*, in: *Bleckmann*, Europarecht, Rdnr. 436; *Craig*, ELR 1997, 519, 520 ff.; *Curtin*, CMLR 1990, 709, 722; *Emmert*, EWS 1992, 56; *Emmert/Pereira de Azevedo*, RTDE 1995, 11, 16 f.; *Emmert*, Europarecht, § 15 Rdnr. 29; *Grabitz*, FS Deringer, 59, 69; *Klein*, Unmittelbare Geltung, 26 f.; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 959; *Lenz*, Mélanges Schockweiler, 371; *Müller-Graff*, NJW 1993, 13, 20 f.; *Neßler*, RIW 1993, 206, 208; *Nicolaysen*, EuR 1984, 380, 385; *ders.*, EuR 1986, 370 f.; *Prechal*, CMLR 1990, 451; *ders.*, Directives in European Community Law, 360 f.; *Ress*, GS Arens, 351, 362; *Winter*, DVBl. 1991, 657, 659. Wohl auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 440 ff.

355 Vgl. dazu § 4, C I 3 a.

356 Vgl. aus der Literatur z.B. *Emmert*, EWS 1992, 56, 64.

357 *Bach*, JZ 1990 1108, 1115; *Emmert*, EWS 1992, 56, 66; *Nicolaysen*, EuR 1986, 370, 371.

358 *Emmert*, Europarecht, § 15 Rdnr. 25; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 960; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 442.

359 So z.B. *Emmert*, Europarecht, § 15 Rdnr. 26.

360 *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 441.

361 Gegen eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien unter Privaten z.B. auch *Clas- sen*, EuZW 1993, 83, 84; *Freyer*, EuZW 1991, 49, 52; *Gassner*, JuS 1996, 303, 306;

eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Dritter spricht, ist sicherlich, dass sich eine solche Wirkung nicht mit der Notwendigkeit der Verhinderung staatlichen Missbrauchs bzw. dessen Sanktionierung begründen lässt. Wenn die unmittelbare Richtlinienwirkung dem Ziel dient, es einem Staat zu verwehren, sich zu seinen Gunsten auf eigenes säumiges Verhalten berufen zu können, so lässt sich dieses Argument kaum auf Rechtsbeziehungen zwischen Private übertragen, die am Umsetzungsverfahren in keiner Weise beteiligt sind. Gestützt wird diese Auslegung durch den Umstand, dass Art. 249 Abs. 3 EGV als Normadressaten ausdrücklich nur die Mitgliedstaaten benennen. Die Annahme einer belastenden unmittelbaren Drittwirkung würde jedoch diese bewusst vorgenommene Differenzierung außer Kraft setzen und letztlich die Unterschiede zwischen den ausdrücklich direkt wirkenden Rechtsakten der Verordnung und Entscheidung auf der einen und der Richtlinie auf der anderen Seite in rechtsstaatlich bedenklicher Weise noch weiter einebnen, als dies aufgrund der Lehre von der vertikalen Direktwirkung ohnehin schon der Fall ist<sup>362</sup>. Zu bedenken ist weiterhin, dass eine horizontale Richtlinienwirkung und die damit einhergehende Belastung Dritter den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt verletzen würde<sup>363</sup>. Außerdem lässt sich die Reichweite einer etwaigen Belastung gerade bei Richtlinien nicht immer in einem Maße erkennen, das dem Gebot der Rechtssicherheit und Transparenz genüge tut. Bereits die Beantwortung der Frage, ob Richtlinienbestimmungen hinreichend präzise sind, um unmittelbar wirken zu können, fällt oft nicht leicht. Ebenso schwer zu beurteilen ist es häufig, ob eine Richtlinie nun ordnungsgemäß umgesetzt worden ist oder nicht<sup>364</sup>. Gerade die Rechtsprechung des EuGH zur Staatshaftung bei fehlerhafter Richtlinienumsetzung, auf die im folgenden noch genauer einzugehen ist, hat dies deutlich gemacht. Und zum Argument der Drittwirkung des Primärrechts ist anzumerken, dass es sich genauso gut in umgekehrter Weise verwenden lässt; wenn der EuGH eine horizontale Wirkung von EG-Richtlinien verneint, so spricht vieles dafür, ebenso bei primärrechtlichen Vorschriften zu verfahren<sup>365</sup>.

---

*Hakenberg*, ZIP 1994, 1510, 1513; *Herber*, FS Döllerer, 225; *ders.*, EuZW 1991, 401; *ders.*, ZEuP 1996, 117, 122; *Herdegen*, Europarecht, Rdnr. 185; *Hilf*, EuR 1993, 1, 9 f.; *Jarass*, NJW 1991, 2665, 2666; *ders.*, Grundfragen, 80; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 262; *Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 559; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 400.

<sup>362</sup> *Gassner*, JuS 1996, 303, 306.

<sup>363</sup> *Ukrow*, NJW 1994, 2469.

<sup>364</sup> *Hakenberg*, ZIP 1994, 1510, 1512.

<sup>365</sup> So z.B. *Jarass*, RIW 1993, 1, 7; *Weiß*, Personenverkehrsfreiheiten, 108.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass der EuGH eine horizontale Direktwirkung von Richtlinien ablehnt. Mit besonderer Deutlichkeit hat er dies nochmals in der Entscheidung „Faccini Dori“ hervorgehoben. Frau Faccini Dori hatte mit einem Gewerbetreibenden im Hauptbahnhof von Mailand einen Vertrag über einen Englischkurs im Fernunterricht abgeschlossen. Kurz darauf erklärte sie den Rücktritt vom Vertrag. Dies wäre zwar nach Art. 5 der Haustürwiderrufs-Richtlinie möglich gewesen, doch war die Richtlinie trotz Fristablaufs noch nicht in italienisches Recht umgesetzt worden. Der EuGH hält Art. 5 zwar in bezug auf die Bestimmung der Berechtigten und die Mindestfrist für die Rücktrittsanzeige für unbedingt und hinreichend genau, legt dann aber dar:

„Wie der Gerichtshof seit dem Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 48) in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, kann eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für den einzelnen begründen, so daß ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist“<sup>366</sup>.

Insbesondere die Verwendung des Terminus „ständige Rechtsprechung“ lässt erkennen, dass mit einer Änderung dieser Rechtsprechung wohl nicht mehr zu rechnen ist. Der EuGH hat dies in „El Corte Inglés“ noch einmal bekräftigt und auch den Einwand nicht gelten lassen, jedenfalls bei Verbraucherschützenden Richtlinien sei angesichts von Art. 153 EGV eine andere Sichtweise angebracht<sup>367</sup>. Hinzu kommt, dass mit dem Institut der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung für unterbliebene oder fehlerhafte Richtlinienumsetzung vom Gerichtshof ein Instrument geschaffen wurde, das die mit dem aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht fehlerhaften Handeln der Mitgliedstaaten einhergehende Beeinträchtigung von Rechten Dritter zwar nicht vollständig, aber immerhin teilweise kompensiert. Sie können die ihnen vorenthaltenen Rechte zwar nicht in Privatrechtsverhältnissen geltend machen, haben aber jedenfalls die Möglichkeit, vom Staat Ersatz der ihnen hierdurch entstandenen Schäden zu verlangen. In allen Entscheidungen neueren Datums findet sich daher im Zusammenhang mit der Ablehnung einer unmittelbaren Richtlinienwirkung in Privatrechtsverhältnissen regelmäßig der Hinweis auf die Möglichkeit einer Staatshaftung<sup>368</sup>.

Ungeachtet der Rechtsprechung des EuGH sind gleichwohl Entscheidungen nationaler Gerichte anzutreffen, die ausdrücklich oder implizit von einer horizontalen unmittelbaren Richtlinienwirkung ausgehen. So gelangte z.B. das OLG

<sup>366</sup> EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3355 Egrd. 20 - Faccini Dori.

<sup>367</sup> EuGH 7.3.1996 Slg. 1996, I-1281, 1303 f. Egrd. 18 ff. - El Corte Inglés.

<sup>368</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3355 Egrd. 27 - Faccini Dori; 7.3.1996 Slg. 1996, I-1281, 1304 Egrd. 22 - El Corte Inglés.

Celle mit dem Hinweis, es entspreche der Rechtsprechung des EuGH, „Richtlinien auch positiv und unter Privaten gelten zu lassen“, und unter wenig überzeugender Ablehnung einer Vorlagepflicht zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Haustürwiderrufs-Richtlinie und einem daraus resultierenden Vertragslösungsrecht<sup>369</sup>. Vergleichbare Fehldeutungen des Gemeinschaftsrechts finden sich in einer ganzen Reihe von Entscheidungen des Tribunal Supremo zur Möglichkeit einer Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung war die fehlende Umsetzung der Klauselrichtlinie trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist<sup>370</sup>. Nach Ansicht des Tribunal Supremo verfügten die spanischen Gerichte nicht über das rechtliche Instrumentarium, um eine formwirksam vereinbarte Gerichtsstandsklausel für nichtig zu erklären, selbst wenn sie zu einem erheblichen Missverhältnis der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien führten<sup>371</sup>. Jedoch habe das rechtliche Umfeld mit der Klauselrichtlinie eine wichtige Änderung erfahren. Da diese Regelung zwingend in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umsetzen sei und in diesem Rahmen auch die Gerichte der Mitgliedstaaten wie Gemeinschaftsrichter handeln müssten, mache der Wortlaut der genannten Richtlinie eine weitere Argumentation überflüssig<sup>372</sup>. Der Begründung nach handelt es sich um nichts anderes als um die Annahme einer horizontalen Wirkung der Klauselrichtlinie, was in einigen Urteilen sogar offen ausgesprochen wird<sup>373</sup>. Die Beispiele zeigen, welche Schwierigkeiten die nationalen Gerichte immer noch bei der Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts haben, selbst wenn es um so vermeintlich klare Grundsätze wie die fehlende horizontale Wirkung von EG-Richtlinien geht.

Vom Problem einer unmittelbaren Richtlinienwirkung zwischen Privaten zu trennen ist die Frage, ob und inwieweit richtlinienwidrige Verbotsgesetze in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten von den nationalen Gerichten nicht angewendet werden dürfen. Derartige Sachverhalte sind vor allem im Zusammenhang mit der sog. Informationsrichtlinie<sup>374</sup> gerichtsn-

---

<sup>369</sup> OLG Celle 28.8.1990 RIW 1990, 421, 423. Vgl. Auch OLG Stuttgart 8.1.1988 NJW-RR, 1988, 558, 559.

<sup>370</sup> Zu den hier nicht nachzuzeichnenden Hintergründen *Leible*, RIW 2001, Heft 6 (im Druck).

<sup>371</sup> Was der Sache nach allerdings nicht zutrifft, da das spanische Recht durchaus einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich war (vgl. *Leible*, RIW 2001, Heft 6 [im Druck]). Die zitierten Entscheidungen des Tribunal Supremo (vgl. folgende Fußn.) sind daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

<sup>372</sup> STS 12.7.1996 RJ 5580 m. Bspr. *Vives Martínez*, AC 1999, 917. Später ebenso STS 23.9.1996 RJ 6721; 8.11.1996 RJ 7954 (m. Bspr. *Blanco Pérez-Rubio*, ESC 1997, 27; *López Yagües*, RDBB 1998, 161; *Payá Puyado*, La Ley 1997, 1926; 30.11.1996 RJ 8457; 4.12.1996 RJ 9044.

<sup>373</sup> Vgl. etwa STS 28.11.1997 RJ 8435.

<sup>374</sup> Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. EG 1998 L 204, 37), geändert durch die Richtlinie 98/48/EG (ABl. EG 1998 L 217, 18), die die zahlreichen Änderungen der ursprünglichen Richtlinie 83/189/EWG (ABl. EG 1983 L 109, 8), konsolidiert; dazu *Fronia*, EuZW 1996, 101; Überblick bei Grabit/Hilf-*Leible*, Art. 28 EGV Rdnr. 66.

torisch geworden. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten, der Kommission jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, deren Inkraftsetzung sie beabsichtigen, zu notifizieren, es sei denn, sie dient lediglich der Erfüllung einer mitgliedstaatlichen Verpflichtung aufgrund von Gemeinschaftsrichtlinien<sup>375</sup> oder wiederholt oder ersetzt nur eine bestehende und bei der Kommission bereits notifizierte technische Vorschrift, ohne neue oder ergänzende Spezifikationen hinzuzufügen<sup>376</sup>. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Notifizierung hat unmittelbare Wirkung, d. h. die betroffenen Marktteilnehmer können sich gegenüber den Mitgliedstaaten auf die Notifizierungspflicht berufen mit der Folge, dass nicht notifizierte Maßnahmen ihnen nicht entgegengehalten werden können; sie dürfen daher auch von den Gerichten nicht angewendet werden<sup>377</sup>. Das gilt nach Auffassung des EuGH nicht nur in Verwaltungs- und Straf-, sondern ebenso in Zivilverfahren. Deutlich geworden ist dies bereits in „CIA Security International“<sup>378</sup>, vom EuGH besonders betont wurde es nochmals in der Entscheidung „Unilever Italia“<sup>379</sup>. Die Fa. Unilever verkaufte der Fa. Central Food eine Partie Olivenöl. Nach erfolgter Lieferung verweigerte die Käuferin jedoch die Zahlung und forderte die Verkäuferin außerdem zur Rücknahme der Ware auf, da diese nicht gemäß den italienischen Vorschriften etikettiert sei. Die Verkäuferin hielt dem entgegen, das gelieferte Olivenöl entspreche allen italienischen Vorschriften; und ein etwaiger Verstoß gegen die einschlägigen italienischen Etikettierungsnormen sei unbeachtlich, da diese notifizierungspflichtig seien, jedoch der Kommission nicht gemeldet worden wären und daher auch nicht angewendet werden dürften. Der EuGH folgt diesem Vorbringen und hebt nachdrücklich hervor,

„dass das nationale Gericht in einem Zivilrechtsstreit zwischen Einzelnen über vertragliche Rechte und Pflichten die Anwendung einer nationalen technischen Vorschrift ablehnen muss, die während einer Aussetzungsfrist nach Artikel 9 der Richtlinie 83/189 erlassen worden ist“<sup>380</sup>.

Einen Widerspruch zu seiner eine horizontale Richtlinienwirkung ablehnenden Rechtsprechung vermag der Gerichtshof nicht zu erkennen; denn

<sup>375</sup> EuGH 11.5.1999 Slg. 1999, I-2947, 2966 Egrd. 23 - Albers.

<sup>376</sup> EuGH 3.6.1999 Slg. 1999, I-3175, 3212 Egrd. 22 - Colim.

<sup>377</sup> EuGH 30.4.1996 Slg. 1996, I-2201, 2248 Egrd. 24 - CIA Security International; 11.5.1999 Slg. 1999, I-2947, 2963 Egrd. 9 - Albers.

<sup>378</sup> EuGH 30.4.1996 Slg. 1996, I-2201 - CIA Security International.

<sup>379</sup> EuGH 26.9.2000 EWS 2000, 542 m. Anm. *Abele*.

<sup>380</sup> EuGH aaO Egrd. 52.

„diese Rechtsprechung gilt ... nicht für den Fall, dass die Nichtbeachtung der Artikel 8 oder 9 der Richtlinie 83/189, die einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt, die Unanwendbarkeit der unter Verstoß gegen einen dieser Artikel erlassenen technischen Vorschrift nach sich zieht. In einem solchen Fall legt die Richtlinie 83/189 - anders als bei der Nichtumsetzung von Richtlinien ... - keineswegs den materiellen Inhalt der Rechtsnorm fest, auf deren Grundlage das nationale Gericht den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden hat. Sie begründet weder Rechte noch Pflichten für Einzelne“<sup>381</sup>.

Maßgeblich ist für den EuGH also die Unmittelbarkeit der Einwirkung des Richtlinienrechts auf Privatrechtsverhältnisse. Eine horizontale Richtlinienwirkung scheidet danach nur aus, wenn sie zu einer originären Begründung von Rechten der einen Vertragspartei und einer damit einhergehenden Belastung der anderen Vertragspartei führen würde. Von einer derartigen Sachverhaltskonstellation ist etwa bei der Gewährung eines in einer Richtlinie, nicht aber im nationalen Recht vorgesehenen Vertragslösungsrechts auszugehen. Hingegen scheidet im Rahmen der Ausfüllung von Tatbestandselementen eine Berücksichtigung des Richtlinienrechts auch in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten nicht a priori aus. Das ist, wie insbesondere der Fall „Unilever Italia“ verdeutlicht, auch sachgerecht. Bei der Beurteilung der Vertragsgemäßheit einer Ware kann die fehlende Notifizierung einer Norm nicht unberücksichtigt bleiben; denn trotz der Nichteinhaltung der italienischen Vorschriften ist die gelieferte Partie Olivenöl ohne Umetikettierung verkehrsfähig, da diese Normen auch der Verkäuferin im Rahmen des Weitervertriebs mangels Notifizierung nicht entgegengehalten werden können. Letztlich wird so der Vertragsgegenseite lediglich zugemutet, „die eigenen Rechte aus der Richtlinie gegen den Staat geltend zu machen und sich so ihrerseits ihrer richtlinienwidrigen Pflichten aus dem nationalen Recht zu erwehren“<sup>382</sup>. Eine eigene Rechtsposition, die ihr nach nationalem Recht zustehen würde, wird ihr hingegen nicht genommen.

#### c) Richtlinienkonforme Auslegung

Von zentraler Bedeutung für die Verzahnung zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht und von eminenter Wichtigkeit für die Wirksamkeit von Richtlinien ist die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts. Sie ist vom EuGH aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitet und durch zahlreiche Judikate fortentwickelt worden. Dabei lassen sich im we-

---

<sup>381</sup> EuGH aaO Egrde. 50 und 51.

<sup>382</sup> *Gundel*, EuZW 2001, 143, 148.

sentlichen drei Entwicklungsphasen unterscheiden, die hier jedoch nicht im einzelnen nachzuzeichnen sind<sup>383</sup>. Es genügt die Feststellung, dass der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung mittlerweile Bestandteil ständiger Rechtsprechung des EuGH ist. Danach muss ein nationales Gericht,

„soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts - gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt - dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“<sup>384</sup>.

Auf diese Weise soll erreicht werden, dass der durch die Auslegung des nationalen Rechts ermittelte Bedeutungsgehalt einer Norm mit den von der Richtlinie verfolgten Zielen konform geht und damit der an die Mitgliedstaaten gerichtete Auftrag zur wirksamen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erfüllt wird. Allerdings ist, wie später noch näher zu erläutern ist, die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts nicht Bestandteil der allgemeinen Vorrangregel des Gemeinschaftsrechts. Sie soll keinen Konflikt zwischen vorrangigem europäischem Recht und nachrangigem nationalen Recht lösen, sondern stellt lediglich eine Methode dar, um das nationale Recht im Rahmen des nationalen Methodenkanons an den europäischen Vorgaben auszurichten.

#### aa) Lozierung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Bis heute nicht eindeutig geklärt ist die dogmatische Verortung dieser Pflicht. Dass sie überhaupt im Gemeinschaftsrecht gründet, steht außer Frage. Der EuGH verweist auf das Umsetzungsgebot des Art. 249 Abs. 3 EGV und zieht zur Unterstützung noch Art. 10 EGV heran:

„allerdings ist klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgegebene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gem. Art. 5 EWG-Vertrag, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten“<sup>385</sup>.

<sup>383</sup> Vgl. dazu *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 32 ff.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 292 ff.

<sup>384</sup> EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3357 Egrd. 25 - *Faccini Dori*; EuGH 10.4.1984 Slg. 1984, 1891, 1909 Egrd. 26 - *von Colson und Kamann*; 13.11.1990 Slg. 1990, I-4135, 4159 Egrd. 8 - *Marleasing*; 16.12.1993 Slg. 1993, I-6911, 6932 Egrd. 20 - *Wagner Miret*.

<sup>385</sup> EuGH 10.4.1984 Slg. 1984, 1891, 1909 Egrd. 26 - *von Colson und Kamann*.

Im Schrifttum findet sich hingegen eine verwirrende Fülle unterschiedlicher Lösungsansätze zur Begründung der Pflicht der richtlinienkonformen Auslegung<sup>386</sup>. Überwiegend stellt man in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung auf Art. 10 EGV und die sich aus der Richtlinie selbst bzw. ihrem Zusammenwirken mit Art. 249 Abs. 3 EGV ergebende Umsetzungsverpflichtung ab. Freilich sind auch hier noch Differenzierungen anzutreffen. Wohl mehrheitlich wird Art. 10 Abs. 1 EGV und die hieraus resultierende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Gemeinschaft ergeben, zu treffen, für maßgeblich angesehen<sup>387</sup>. Einzelne betrachten aber auch Art. 10 Abs. 2 EGV, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags gefährden könnten, als einschlägig<sup>388</sup>. Zu überzeugen vermag indes keiner dieser Ansätze. Ausgangspunkt bei der Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Grundlage einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung muss die Umsetzungsverpflichtung als solche sein. Sie resultiert aus Art. 249 Abs. 3 EGV und wird dann durch den jeweiligen Rechtsakt konkretisiert und ausgestaltet. Die Umsetzungspflicht entsteht damit bereits aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 249 Abs. 3 EGV und der in jeder Richtlinie ausgesprochenen Umsetzungsanordnung. Eines Rückgriffes auf Art. 10 EGV bedarf es folglich nicht. Dem wird freilich entgegengehalten, dass der Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EGV die Richtlinie nur für die Mitgliedstaaten für „verbindlich“ erkläre, jedoch keinen ausdrücklichen Umsetzungsbefehl postuliere<sup>389</sup>. Das greift indes zu kurz, schließt doch der Ausspruch einer Richtlinienverbindlichkeit naturgemäß die Verpflichtung der Richtlinienadressaten ein, ihre Rechtsordnungen an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen<sup>390</sup>. Diese Umsetzungsverpflichtung trifft nicht nur die Mitgliedstaaten als Völkerrechtssubjekte, sondern obliegt „allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten einschließ-

---

<sup>386</sup> Ausführlich dazu *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 127 ff.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 294 ff.

<sup>387</sup> So z.B. *Bach*, JZ 1990, 1108, 1111; *Curtin*, CMLR 1985, 505, 515; *Everling*, ZGR 1992, 376, 380; *Götz*, NJW 1992, 1849, 1853; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 964; *Lutter*, JZ 1992, 593, 604; *Ress*, DÖV 1994, 489; *Schulze*, ZfRV 1997, 183, 191.

<sup>388</sup> *Nettesheim*, AöR 1994, 261, 268.

<sup>389</sup> So ausdrücklich *Streinz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § 172 Rdnr. 11; *ders.*, Europarecht, Rdnr. 388.

<sup>390</sup> *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 9 (in Fußn. 8) und 257 f.; mit gleichem Ergebnis z.B. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 297; *Leible/Sosnitzer*, NJW 1998, 2507 (in Fußn. 4).

lich der Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeiten“<sup>391</sup>; denn würde sie sich „nur auf die Verpflichtung zur Schaffung richtlinienkonformer abstrakt-genereller Rechtssätze beschränken, also nur den Gesetzgeber binden, könnte bei der Bildung konkret-individueller Rechtssätze - dh der Rechtsanwendung durch zB Urteils- und Bescheidserlassung - gerade das Ergebnis, welches durch den Erlass der Richtlinie ja erreicht werden soll, nämlich die Schaffung eines einheitlichen Rechtszustands, verhindert werden“<sup>392</sup>. Dann aber ist es nur konsequent, auch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung als Bestandteil der mitgliedstaatlichen Umsetzungsverpflichtung direkt und ohne Rückgriff auf Art. 10 EGV in Art. 249 Abs. 3 EGV zu lozieren<sup>393</sup>. Dagegen ist nun allerdings eingewandt worden, dass Art. 249 EGV nur die Rechtswirkungen von Handlungen der Gemeinschaftsorgane, nicht aber den Umgang des Gemeinschaftsrechts mit kollidierendem nationalen Recht regle<sup>394</sup>. Das ist in der Sache zwar zutreffend, ändert aber nichts am hier gefundenen Ergebnis. Denn bei der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung geht es überhaupt nicht um eine Frage der Kollision von nationalem und Gemeinschaftsrecht, sondern lediglich darum, ersteres mit letzterem in Einklang zu bringen. Zu Normkollisionen kann es erst kommen, wenn dieses nicht möglich ist. Solange sich ein richtlinienkonformes Ergebnis mittels Auslegung nationalen Rechts erzielen lässt, ist der Mitgliedstaat seiner aus Art. 249 Abs. 3 EGV resultierenden Verpflichtung nachgekommen und eine Normkollision nicht zu konstatieren. Festhalten lässt sich daher, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung allein auf Art. 249 Abs. 3 EGV zu gründen ist und es eines Rückgriffs auf die allgemeinere Norm des Art. 10 EGV nicht bedarf. Art. 10 EGV kann allenfalls als Hilfsargument herangezogen werden, um die nach Art. 249 Abs. 3 EGV ohnehin schon bestehende Pflicht noch zu bestärken<sup>395</sup>.

Trotz der Eindeutigkeit der EuGH-Rechtsprechung finden sich bis heute Stimmen in der Literatur, die nicht von einer gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, sondern lediglich einem gemeinschaftsrechtlichen Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung ausgehen. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung soll

---

<sup>391</sup> EuGH 13.11.1990 Slg. 1990, I-4135, 4159 Egrd. 8 - Marleasing; 18.12.1997 Slg. 1997, I-7411, 7449 Egrd. 40 - Inter-Environnement Wallonie.

<sup>392</sup> Rüffler, ÖJZ 1997, 121, 123.

<sup>393</sup> So insbesondere Brechmann, Richtlinienkonforme Auslegung, 256 ff.; Basedow, FS Brandner, 651, 657; Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 297; Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507 (in Fußn. 4); Rüffler, ÖJZ 1997, 121, 123.

<sup>394</sup> Nettesheim, AöR 1994, 261, 268.

<sup>395</sup> Rüffler, ÖJZ 1997, 121, 123.

danach allein aus dem nationalen Recht resultieren<sup>396</sup>. Schließlich habe der Gesetzgeber mit dem Erlass der Umsetzungsregelungen das von der Richtlinie angestrebte Ziel verwirklichen wollen, und dieser gesetzgeberische Wille müsse auch im Rahmen der Auslegung des nationalen Gesetzes berücksichtigt werden. Letztere Feststellung ist für sich besehen natürlich richtig. Jeder Rechtsanwender ist aus der Perspektive der innerstaatlichen Rechtsordnung selbstverständlich gehalten, die vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszwecke herauszufinden und im Rahmen der Fallentscheidung zu verwirklichen. Der Rekurs auf den Willen des nationalen Umsetzungsgesetzgebers versagt jedoch bereits dann, wenn die richtlinienkonforme Auslegung von Vorschriften in Frage steht, die vor ihrem Erlass in Kraft getreten sind. Darüber kann zur Not die Annahme hinweg helfen, der Gesetzgeber hätte, wenn die Vorschrift neu erlassen worden wäre, selbstredend den von der Richtlinie verfolgten Zielen Rechnung getragen. Ein Rückgriff auf den gesetzgeberischen Willen scheidet aber völlig aus, wenn sich nachweisen lässt, dass er in einzelnen Fragen den Vorgaben der Richtlinie gerade nicht folgen, sondern hiervon - wenn auch gemeinschaftsrechtswidrig - abweichen wollte. Lassen die grammatikalische, systematische und teleologische Interpretation der nationalen Rechtsnorm die Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses zu, ist der Rechtsanwender gemeinschaftsrechtlich gehalten, den Willen des Gesetzgebers nicht zu berücksichtigen, sofern ihm dies aufgrund des nationalen Methodenkanons erlaubt ist<sup>397</sup>. Festzuhalten bleibt daher, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung keinesfalls allein aus dem nationalen Recht ergibt, sondern primär aus Art. 249 Abs. 3 EGV folgt und daneben *auch* ihre Grundlage im nationalen Recht finden kann. Die gemeinschaftsrechtliche und die nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung können, müssen aber nicht deckungsgleich sein.

#### bb) Abgrenzung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wird oft als ein Unterfall der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung angesehen<sup>398</sup>, mitunter beides sogar gleichgestellt und einheitlich als gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung bezeichnet<sup>399</sup>. Zumindest letzteres ist aufgrund einer mangelnden Differenzierung zwischen Rechtsgrund und Folgen beider Auslegungsregeln nicht zutreffend.

---

<sup>396</sup> Vgl. z.B. *Ehrlicke*, *RabelsZ* 1995, 598, 615; *dens.*, *EuZW* 1999, 553, 554; *Hommelhoff*, *Festgabe 50 Jahre BGH*, 889, 892.

<sup>397</sup> Vgl. auch *Rüffler*, *ÖJZ* 1997, 121, 128; *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 591; a.A. *Baldus/Becker*, *ZEuP* 1997, 874, 882; *Brechmann*, *Richtlinienkonforme Auslegung*, 269; *Schwab*, *ZGR* 2000, 446, 466; *Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 452. Eine hiervon zu trennende Frage ist es, ob der nationale Methodenkanon eine Auslegung gegen eine bewusst richtlinienwidrige Umsetzung erlaubt und inwieweit darauf im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung Rücksicht zu nehmen ist.

<sup>398</sup> So etwa *Basedow*, *FS Brandner*, 641, 657; *Zuleeg*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Auslegung*

<sup>399</sup> *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 582 f.; ähnlich *Jarass*, *EuR* 1991, 211.

Ziel der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist es, ähnlich der verfassungsrechtskonformen Auslegung<sup>400</sup> Kollisionen zwischen auf verschiedenen Rangstufen stehenden Normen durch die Auslegung einer Vorschrift im Lichte des höherrangigen Rechts zu vermeiden<sup>401</sup>. Hergestellt werden soll so eine Konvergenz zwischen nationalem und EG-Recht. Gelingt dies nicht, führt die nationale Norm also zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis, muss sie aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben. Nach Ansicht des EuGH ist es daher Aufgabe

„des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden; soweit eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, darf es entgegenstehende innerstaatliche Vorschriften nicht anwenden“<sup>402</sup>.

Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung entspringt damit der allgemeinen Vorrangregel des Gemeinschaftsrechts<sup>403</sup>. Richtlinien nehmen jedoch am Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht bzw. nur in den engen Grenzen ihrer unmittelbaren Wirksamkeit teil. Einen darüber hinausgehenden Vorrang hat der EuGH nie gefordert. Er wäre angesichts der im EG-Vertrag selbst angelegten Unterscheidung zwischen den Rechtsinstrumenten der Richtlinie und der Verordnung auch schwer zu begründen. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ist vielmehr - wie bereits dargelegt - unmittelbare Folge der in Art. 249 Abs. 3 EGV statuierten und in den einzelnen Richtlinien konkretisierten Umsetzungsverpflichtung. Aus dieser Unterscheidung resultieren z.B. Konsequenzen für die Auslegung des Rechts eines anderen Mitgliedstaates durch deutsche Gerichte. Deutsche Gerichte sind aufgrund der Vorrangregel verpflichtet, ausländisches Recht, das unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht wider-

---

<sup>400</sup> Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ist bei mehreren möglichen Auslegungen derjenigen der Vorzug zu geben, die der Verfassung besser entspricht. Darauf, ob dem subjektiven Willen des Gesetzgebers eine weitergehende als die nach der Verfassung zulässige Auslegung des Gesetzes eher entsprochen hätte, kommt es nicht an; das im Wege verfassungskonformer Auslegung erzielte Ergebnis darf jedoch nicht mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten, vgl. m. w. Nachw. *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht, Rdnr. 405 ff..

<sup>401</sup> Zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung vgl. auch *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995), 598, 603 f.; *dens.*, *EuZW* 1999, 553, 554.

<sup>402</sup> EuGH 4.2.1988 Slg. 1988, 673, 690 Egrd. 11 - Murphy.

<sup>403</sup> So auch *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 300; *Metallinos*, *Die europarechtskonforme Auslegung*, 174.

spricht, unangewendet zu lassen und es zur Vermeidung solcher Kollisionen von vornherein im Rahmen der in der fremden Rechtsordnung maßgeblichen Auslegungsregeln gemeinschaftsrechtskonform zu interpretieren. Anders als die „ubiquitär“ geltende Vorrangregel ist die Umsetzungsverpflichtung des Art. 249 Abs. 3 EGV hingegen einzelstaatsbezogen; jeder Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass *sein* Rechtssystem den Richtlinienvorgaben entspricht. Dementsprechend sind auch dessen Gerichte zumindest gemeinschaftsrechtlich<sup>404</sup> nur zur richtlinienkonformen Auslegung des eigenen, nicht aber zugleich des Rechts anderer Mitgliedstaaten verpflichtet<sup>405</sup>.

cc) Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Sämtliche EG-Richtlinien enthalten sowohl eine Vorschrift über ihr Inkraft-Treten als auch über den Ablauf der Umsetzungsfrist. Beide Daten fallen regelmäßig auseinander. Es fragt sich daher, ab wann die nationalen Stellen zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet sind. Dass eine solche Pflicht spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist beginnt, ist unstrittig. Lebhaft diskutiert wird jedoch, ob und welche Rechtswirkungen Richtlinien vor Fristablauf zeitigen. Zur Lösung des Problems ist im folgenden danach zu differenzieren, ob die Richtlinie bereits vor Ablauf der Frist in nationales Recht umgesetzt worden ist oder nicht.

aaa) Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf bei bereits vollzogener Umsetzung

Hat der Mitgliedstaat die Richtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist in nationales Recht umgesetzt, so ist sie unstrittig auch richtlinienkonform auszulegen<sup>406</sup>. Die Pflicht der nationalen Gerichte, die zur Umsetzung der Richtlinie ergangenen Normen im Lichte der Richtlinie ausulegen, basiert dann freilich allein auf nationalem Recht, ist also nicht ge-

---

<sup>404</sup> Eine andere Frage ist es, ob sich eine solche Verpflichtung aus dem nationalen Recht ergibt. Bedenkt man, dass das ausländische Recht von deutschen Gerichten so auszulegen ist, wie es der ausländischen Praxis entspricht, kann diese Frage nur bejaht werden, sind doch auch die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten zur richtlinienkonformen Auslegung ihres Rechts verpflichtet. Zur Reichweite dieser mittelbaren Anwendung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 879.

<sup>405</sup> Zutreffend *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 879.

<sup>406</sup> *Ehricke*, EuZW 1999, 553, 554; *Jarass*, EuR 1991, 211, 221; *Leible/Sosnitza*, NJW 1998, 2507, 2508; *Roth*, ZIP 1992, 1054, 1056; *Sack* WRP 1998, 241, 242.

meinschaftsrechtlicher Natur<sup>407</sup>. Sie lässt sich auch nahtlos in den Kanon der nationalen Auslegungsregeln einfügen. Denn wenn das Gesetz zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurde, hat der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht, dass er dieser Regelung einen Gehalt beimessen möchte, der den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Diesem Gesetzeszweck ist dann auch im Rahmen der Auslegung Rechnung zu tragen<sup>408</sup>. Eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht entsteht hingegen erst mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist.

bbb) Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf bei noch nicht erfolgter Umsetzung

Umstritten ist hingegen, ob eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts vor Ablauf der Umsetzungsfrist auch dann besteht, wenn der Gesetzgeber noch nicht tätig geworden ist. In der Literatur wird dies verschiedentlich bejaht<sup>409</sup>. Gestützt wird diese Auffassung meist auf die Entscheidung „Kolpinghuis Nijmegen“, in der der EuGH ausführt, dass es für die Grenzen,

„die sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Verpflichtung oder die Möglichkeit des innerstaatlichen Gerichts ergeben könnten, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften im Lichte der Richtlinie auszulegen, ... keinen Unterschied macht, ob die für den Mitgliedstaat geltende Frist für die Anpassung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu dem maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war“<sup>410</sup>.

Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch bei noch nicht erfolgter Umsetzung bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist lässt sich daraus gleichwohl nicht ableiten. Es liegt vielmehr näher, die Ausführungen des Gerichtshofs nicht allgemein auf die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, sondern lediglich auf die von ihm im vorangegangenen Entscheidungsgrund aufgezeigten Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung zu beziehen<sup>411</sup>. Für die hier vertretene Ansicht

<sup>407</sup> Zum allerdings auch hier zu beachtenden Gedanken des „Frustrationsverbots“ vgl. sogleich unter bbb).

<sup>408</sup> *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995), 598, 622; *Lutter*, *JZ* 1992, 593, 605; *Leible/Sosnitza*, *NJW* 1998, 2507, 2508; *Rüffler*, *ÖJZ* 1997, 121, 125; *Sack*, *WRP* 1998, 241, 242.

<sup>409</sup> Vgl. z.B. *Arnull*, *ELR* 1988, 42, 43; *Curtin*, *CMLR* 1990, 709, 719; *Lenz*, *DVBl.* 1990, 903, 908; *Scherzberg*, *Jura* 1993, 225, 232; *Sack*, *WRP* 1998, 241, 243 (anders noch *ders.*, *VersR* 1994, 1383, 1384); *Steindorff*, *AG* 1988, 57, 58; *Grabitz/Hilf-von Bogdandy*, Art. 5 EGV a.F. Rdnr. 55.

<sup>410</sup> EuGH 8.10.1987 Slg. 1987, 3969, 3987 Egrd. 15 und 16 - *Kolpinghuis Nijmegen*.

<sup>411</sup> Egrd. 15 der Entscheidung „*Kolpinghuis Nijmegen*“ sollte daher folgendermaßen gelesen werden (vgl. *Leible/Sosnitza*, *NJW* 1998, 2507, 2508 in Fußn. 14): Eine Richtlinie kann - vor oder nach Ablauf der Umsetzungsfrist - für sich allein ohne entsprechende

spricht vor allem die Entscheidung „Inter-Environnement Wallonie“. Verfahrensgegenstand war ein Fall richtlinienwidrigen gesetzgeberischen Handelns während des Laufs der Umsetzungsfrist. Der EuGH geht nicht von einer mit In-Kraft-Treten der Richtlinie (Art. 191 EGV) beginnenden unbedingten Umsetzungsverpflichtung, ja nicht einmal von einem Standstill-Gebot aus, sondern formuliert lediglich ein „Frustrationsverbot“<sup>412</sup>:

„Die Mitgliedstaaten sind zwar nicht verpflichtet, diese Maßnahmen vor Ablauf der Umsetzungsfrist zu erlassen, doch ergibt sich aus Art. 5 EGV in Verbindung mit Art. 189 Abs. 3 EGV und aus der Richtlinie selbst, dass sie während dieser Frist den Erlaß von Vorschriften unterlassen müsse, die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen“<sup>413</sup>.

Der EuGH erkennt damit den vom EG-Vertrag bzw. der Richtlinie selbst den Mitgliedstaaten bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist eingeräumten Handlungsspielraum an. Die Mitgliedstaaten sollen diesen Zeitraum frei von äußeren Zwängen für die Suche nach dem bestmöglichen Umsetzungsmodell nutzen können. Sie dürfen daher ihre bisherigen - richtlinienwidrigen - Regelungen vorläufig beibehalten und sogar solche neu erlassen, sofern sichergestellt ist, dass durch die mitgliedstaatliche Verfahrensweise eine rechtzeitige Änderung der Gesetzeslage nicht unmöglich gemacht wird. Dann aber können die Pflichten innerstaatlicher Stellen und insbesondere der Gerichte nicht weitergehen. Denn der den Mitgliedstaaten vom Gemeinschaftsrecht zugestandene Handlungsspielraum würde durch eine bereits vor Fristablauf bestehende Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung entwertet. Daher dürfen auch die nationalen Gerichte ihre bisherige und mit der Richtlinie nicht in Einklang stehende Rechtsprechungspraxis zunächst beibehalten. Ihnen ist lediglich eine die fristgerechte Zielerreichung gefährdende richtlinienwidrige Fortbildung des nationalen Rechts verwehrt<sup>414</sup>.

---

staatliche Durchführungsvorschriften niemals zur Begründung oder Verschärfung der strafrechtlichen Verantwortung einzelner führen. Mit gleichem Ergebnis *Götz*, NJW 1992, 1849, 1854; *Ress*, DÖV 1994, 489, 493 (in Fußn. 45); *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 125; *Weiß*, DVBl. 1998, 568, 570 (in Fußn. 20).

<sup>412</sup> Vgl. dazu ausführlich und überzeugend *Weiß*, DVBl. 1998, 568, 572; ebenso *Leible/Sosnitza*, NJW 1998, 2507, 2508; a. A. *Sack*, WRP, 1998, 241, 243 f.

<sup>413</sup> EuGH 18.12.1997 Slg. 1997, I - 7411, 7449 Egrd. 45 - Inter-Environnement Wallonie.

<sup>414</sup> *Leible/Sosnitza*, NJW 1998, 2507, 2508.

ccc) Berechtigung zur richtlinienkonformen Auslegung vor Fristablauf bei noch nicht erfolgter Umsetzung

Eine hiervon zu trennende Frage ist, ob nationale Gerichte die Richtlinie zum Anlass nehmen dürfen, ihre bisherige Rechtsprechung zu ändern und die bestehenden Gesetze nunmehr „richtlinienkonform“ auszulegen. Eine solche Vorgehensweise der nationalen Gerichte ist durchaus möglich. Nur muss man sich dabei vergegenwärtigen, dass hierfür eine Berufung auf die Richtlinie ausscheidet. Maßgeblich kann allein das nationale Recht sein. Sofern dieses hinreichende Möglichkeiten zur Änderung einer bisherigen Rechtsprechung bietet und das Gericht zur Ansicht gelangt, dass es - auch unter Berücksichtigung der neuen gemeinschaftsrechtlichen Regelung - an seiner alten Rechtsauslegung aufgrund eines gewandelten Rechtsverständnisses nicht mehr festhalten möchte, ist es im Rahmen des nationalen Methodenkanons an einer Rechtsprechungsänderung nicht gehindert. Diese gründet aber allein im nationalen und keinesfalls im Gemeinschaftsrecht<sup>415</sup>. Der BGH hat dies beispielhaft in seiner „Testpreis-Angebot“-Entscheidung deutlich gemacht. Er nahm die Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung zwar zum Anlass, seine bisherige, eher restriktive Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Werbevergleichen zu ändern, betonte aber nachdrücklich, dass es sich um keine vorweggenommene Umsetzung handele, sondern die Richtlinie vielmehr zu einer Änderung des nationalen Sittenwidrigkeitsbegriffs geführt habe<sup>416</sup>; denn ein Verhalten, das gemeinschaftsrechtlich ausdrücklich erlaubt wird, kann auf nationaler Ebene kaum mehr als „sittenwidrig“ betrachtet werden. Ein derartiger „Griff in die Zukunft“ stellt solange keine Kompetenzanmaßung der Judikative dar<sup>417</sup>, wie diese eine Richtlinie lediglich zum Anlass nimmt, ihre bisherige Position zu überdenken, die ihre Entscheidung tragenden Wertungskriterien aber allein dem nationalen Recht entlehnt und auch nur auf dieses die Rechtsprechungsänderung stützt. Dem wird freilich entgegengehalten, das Untätigbleiben der zur Gesetzgebung berufenen Organe nach In-Kraft-Treten einer Richtlinien müsse als gesetzgeberische Willensäußerung ge-

<sup>415</sup> *Leible/Sosnitza*, NJW 1998, 2507, 2508; ähnlich *Lindacher*, DZWiR 1998, 514, 515; *Brandner*, FS 50 Jahre BGH, 299, 304; zustimmend wohl auch *Ehricke*, EuZW 1999, 553, 556.

<sup>416</sup> Vgl. BGH 5.2.1998 GRUR 1998, 824, 827 m. Anm. *Ohly* = RIW 1998, 956, 959 m. Anm. *Uecker* = JR 1999, 194, 197 m. Anm. *Staudinger*. Zu dieser Entscheidung auch *Eck/Ikas*, WRP 1999, 251; *Leible/Sosnitza*, NJW 1998, 2507; *Menke*, WRP 1998, 811.

<sup>417</sup> So aber *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 265; *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995), 598, 621; *Rüffler*, *ÖJZ* 1997, 121, 125. Für „problematisch“ hält eine solche Vorgehensweise *Everling*, *ZGR* 1992, 376, 382. Ablehnend auch *Hilf*, *EuR* 1993, 1, 10 und 15.

deutet werden, dass die alte Rechtslage fortzugelten habe<sup>418</sup>. Ausschließen lässt sich eine solche gesetzgeberische Intention zwar nicht. Jedoch sind berechnete Zweifel an der Annahme angebracht, allein aus dem Umstand der „Noch-nicht-Umsetzung“ könne auf einen auf ein Festhalten am status quo gerichteten gesetzgeberischen Willen geschlossen werden. Denn dem Gesetzgeber ist es bei Einhaltung eines geordneten parlamentarischen Verfahrens gar nicht möglich, zeitgleich mit oder auch nur innerhalb eines überschaubaren Zeitraums nach dem In-Kraft-Treten einer Richtlinie diese in nationales Recht zu transformieren. Es bedarf daher schon besonderer Anhaltspunkte, die den Schluss auf einen entsprechenden Willen der zur Gesetzgebung berufenen Organe erlauben.

dd) Funktionsweise und Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ist als Vorzugs- und nicht als Vorrangregel zu verstehen. Sie stellt keine eigenständige Methode dar, die neben die klassischen Auslegungsmethoden der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung tritt oder sie gar verdrängt<sup>419</sup>, sondern begründet lediglich innerhalb dieser ein ergebnisbezogenes Rangverhältnis: Lassen die vier klassischen Auslegungsmethoden zwei oder sogar mehr unterschiedliche und plausible Auslegungsergebnisse zu, so ist demjenigen der Vorzug zu geben, das am ehesten Sinn und Zweck der Richtlinie entspricht, selbst wenn die nationale Dogmatik ein anderes Ergebnis vorzugswürdig erscheinen lässt<sup>420</sup>. Hieraus folgt freilich nicht, dass das Richtlinienrecht erst im Rahmen einer Ergebniskontrolle in den Blick zu nehmen ist. Die Zweistufigkeit des Auslegungsverfahrens schließt eine Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben auf der ersten Ebene nicht aus, im Gegenteil: Bedenkt man, dass angeglichenes Recht ja gerade der Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben dienen soll und dass bei unverändert fortbestehenden Normen ein solcher gesetzgeberischer Wille unterstellt werden kann, so drängt sich ein Rekurs auf den Richtlinieninhalt bereits im Rahmen der traditionellen Aus-

---

<sup>418</sup> So aber *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 125.

<sup>419</sup> Für die Annahme einer Vorrangregel etwa *Bach*, JZ 1990, 1108, 1112 f.; *Lutter*, JZ 1992, 493, 605.

<sup>420</sup> *Ehricke*, *RebelsZ* 59 (1995), 598, 616; *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 891; *Teichmann*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35, 629, 632 f.

legungskriterien geradezu auf<sup>421</sup>. Der Richtlinie kommt somit eine doppelte Funktion zu: Sie beeinflusst die Auslegung des nationalen Rechts im Rahmen der klassischen Kanones und liefert zugleich den Maßstab für eine abschließende Ergebniskontrolle, indem sie dem richtlinienfreundlichsten Ergebnis zur Durchsetzung verhilft.

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ist nicht schrankenlos, sondern wird durch den nationalen Kanon der zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden begrenzt. Der Rechtsanwender ist daher nur so weit zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet, wie dies dessen Auslegungsregeln zulassen. Denn der EuGH hat mehrfach hervorgehoben, dass das zur Rechtsanwendung berufene Organ die Vorgaben einer Richtlinie unter voller Ausschöpfung „des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“, auszulegen und anzuwenden hat<sup>422</sup> bzw. dass die Auslegung „soweit wie möglich“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten ist<sup>423</sup>. Hinzu kommt ein funktionales Element, da die Gerichte nur „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten<sup>424</sup>“, zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet sind. Damit wird auf das nationalstaatliche Kompetenzgefüge Rücksicht genommen; den Gerichten wird nicht mehr als das abverlangt, wozu sie verfassungsrechtlich, d.h. aufgrund des jeweiligen nationalen Systems der Gewaltenteilung, in der Lage sind. Eine darüber hinausgehende Auslegung ist nicht gefordert<sup>425</sup>. Die Auslegungskompetenz ist zwar bis zu den Grenzen des noch zulässigerweise methodisch Möglichen und verfassungsrechtlich Erlaubten auszuschöpfen; sie muss aber nicht rechtsfortbildend überschritten werden, sofern es im nationalen Recht an den für einen solchen Schritt notwendigen verfassungs- und methodologischen Voraussetzungen fehlt. Eine *allgemeine* Pflicht zur Rechtsfortbildung *contra legem* gibt es nicht<sup>426</sup>.

<sup>421</sup> Ebenso z.B. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 338 ff.; *Grundmann*, ZEuP 1996, 399, 419 f.; *Schwab*, ZGR 2000, 446, 466 m. w. Nachw.

<sup>422</sup> EuGH 10.4.1984 Slg. 1984, 1891, 1909 Egrd. 28 - von Colson und Kamann; 10.4.1984 Slg. 1984, 1921, 1942 f. Egrd. 28 - Harz.

<sup>423</sup> EuGH 13.11.1990 Slg. 1990, I-4135, 4159 Egrd. 8 - Marleasing; 16.12.1993 Slg. 1993, I-6911, 6932 Egrd. 20 - Wagner Miret; 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3357 Egrd. 26 - Faccini Dori.

<sup>424</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3357 Egrd. 26 - Faccini Dori.

<sup>425</sup> Ebenso *Jarass*, EuR 1991, 211, 217; *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 265 ff.; *Klein*, FS Everling, 641, 646; *Rüffler*, ÖJZ, 1997, 121, 126.

<sup>426</sup> Ebenso z.B. *Bello Martín-Crespo*, Directivas como criterio de interpretación, 143; *Plaza*, ICLQ 43 (1994), 26, 31; *Stuyck/Wytinck*, CMLR 1991, 205, 217; gegenteiliger Ansicht etwa *Hergenröder*, FS Zöllner, 1139, 1149 ff.; *Lutter*, JZ 1992, 593, 607; *Steindorff*, FS Everling, 1455, 1462.

Gegenteiliges lässt sich auch nicht der Entscheidung „Marleasing“ entnehmen, obgleich sie zu Zweifeln Anlass geben mag. In der Sache ging es um die Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrages. Die Klageparteien vertraten unterschiedliche Auffassungen über die Rechtsgründe, die zur Feststellung der Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft berechtigen. Ursache dieser Meinungsverschiedenheiten war u.a., dass Art. 11 der Publizitätsrichtlinie von Spanien nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden war. Die klagende Marleasing SA beantragte nun im spanischen Ausgangsverfahren, den Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beklagten, die ebenfalls in der Rechtsform einer SA konstituiert war, für nichtig zu erklären. Zur Begründung trug sie vor, dass die Errichtung dieser Gesellschaft ohne Rechtsgrund, nur zum Schein und zu dem Zweck erfolgt sei, die Gläubiger der Firma B, einer Mitgründerin der Beklagten, in ihren Rechten zu beschädigen. Die Klage wurde auf die Art. 1261 und 1275 des spanischen *Codigo Civil* (CC) gestützt. Danach sind Verträge ohne rechtlichen Grund oder mit einem unerlaubten Grund unwirksam. Der vorliegende Sachverhalt wäre, zumindest nach ständiger Rechtsprechung des Tribunal Supremo und herrschender Lehre, von diesen Vorschriften erfasst und der Gesellschaftsvertrag daher für nichtig zu erklären gewesen<sup>427</sup>. Ein solches Ergebnis widerspricht jedoch Art. 11 der Publizitätsrichtlinie, der die Fälle der Nichtigkeit von Aktiengesellschaften abschließend aufzählt und in dem das Fehlen eines Rechtsgrundes nicht als Nichtigkeitsfall vorgesehen ist. Der Gerichtshof führt dazu nun aus:

„Das Erfordernis einer Auslegung des nationalen Rechts, die im Einklang mit Art. 11 der Richtlinie 68/151 steht, verbietet es somit, die nationalen Rechtsvorschriften über Aktiengesellschaften dergestalt auszulegen, dass die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft aus anderen als den in Art. 11 dieser Richtlinie abschließend aufgezählten Gründen ausgesprochen werden kann“<sup>428</sup>.

Der EuGH geht damit scheinbar problemlos über die ständige Rechtsprechung des höchsten spanischen Zivilgerichts hinweg und greift tief in das spanische Recht ein. „Marleasing“ wird daher von vielen als Beleg dafür angeführt, dass der Gerichtshof vom innerstaatlichen Gericht auch dann eine richtlinienkonforme Auslegung fordere, wenn nach nationalen Interpretationsmethoden allein ein gemeinschaftsrechtswidriges Auslegungsergebnis möglich sei<sup>429</sup>. Zweifel an dieser Schlussfolgerung sind

---

<sup>427</sup> Näher zur Ausgangslage im spanischen Recht m. w. Nachw. *M. Schwab*, ZGR 2000, 446, 467 ff.

<sup>428</sup> EuGH 13.11.1990 Slg. 1990, I - 4135, 4159 Egrd. 9 - Marleasing.

<sup>429</sup> So *Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 584, 590; ähnlich wohl auch *Lutter*, *JZ* 1992, 593, 597 f.; *Grundmann*, *ZEuP* 1996, 413, 416.

jedoch angebracht, auch wenn die vom EuGH gewählten Formulierungen in der Tat darauf hinzudeuten scheint, als verpflichtete er den nationalen Richter, ungeachtet der Auslegungsregeln des nationalen Rechts zu einem bestimmten Auslegungsergebnis zu gelangen. Zu bedenken ist jedoch, dass auch im spanischen Schrifttum eine richtlinienkonforme Auslegung von Art. 1261 und 1275 CC für möglich erachtet wird. Denn die genannten Vorschriften bestimmen nur in allgemeiner Form, dass es des Vorliegens eines Rechtsgrundes bedarf, ohne die Anforderungen an diesen Rechtsgrund näher zu konkretisieren. Der Begriff des Rechtsgrundes ist also auslegungsbedürftig und hätte nach dieser Ansicht selbst im Rahmen der spanischen Auslegungsregeln durchaus dahin interpretiert werden können, dass er auf Fragen des Gesellschaftsrechts nicht angewendet werden kann<sup>430</sup>. Unterstellt man dies als zutreffend, ging es also nur um die Frage, ob das nationale Gericht von einer ständigen Rechtsprechung eines nationalen Obergerichts abweichen kann. Das ist aber auch im spanischen Recht zulässig, obgleich der obergerichtlichen Rechtsprechung dort eine größere Bedeutung zukommt als z.B. in Deutschland<sup>431</sup>. Hält man eine richtlinienkonforme Auslegung der Art. 1261 und 1275 CC hingegen nicht für möglich, ist zu bedenken, dass der EuGH im Verfahren gleichwohl von der gegenteiligen Annahme ausging; denn sowohl die Kommission in ihrer schriftlichen Erklärung als auch Generalanwalt *van Gerven* in seinen Schlussanträgen hatten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Auslegungsspielraum besteht, „wenn in Bezug auf die Nichtigkeit von (Aktien-)Gesellschaften allgemeine Begriffe aus dem Vertragsrecht entsprechend angewendet werden, weil derartige allgemeine Begriffe zum einen auslegungsfähig sind und weil die analoge Anwendung zum anderen nur eine mögliche Auslegungsmethode unter mehreren ist“<sup>432</sup>. Wenn der Gerichtshof aber von der Auslegungsfähigkeit des nationalen Gerichts überzeugt war, war die Statuierung einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung über die nationalen Auslegungsregeln hinaus keinesfalls intendiert. Man kann ihm dann allenfalls vorwerfen, den für die Grenzziehung erforderlichen Dialog mit der spanischen Rechtsprechung und Lehre nicht gesucht zu haben<sup>433</sup>. Derlei „Kommunikationsstörungen“ gibt es freilich häufiger.

<sup>430</sup> So *Azparren Lucas*, PJ 1991, 83, 89 f.; vgl. außerdem *Prechal*, Directives, 221 und 228; *Rodríguez Iglesias/Riechenberg*, FS Everling, 1213, 1221 f.; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 128.

<sup>431</sup> Zur Bedeutung einer ständigen Rechtsprechung im spanischen Zivilrecht vgl. *Huzel*, ZfRV 1990, 256.

<sup>432</sup> Slg. 1990, I-4135, 4154 Nr. 20 - Marleasing.

<sup>433</sup> So *M. Schwab*, ZGR 2000, 446, 472 f.

Sie machen deutlich, wie wichtig die Besetzung des EuGH und des EuG mit jeweils einem Richter ist, der mit „seinem“ nationalen Recht besonders vertraut ist<sup>434</sup>. Für die Begründung weitreichender Folgerungen über den Umfang der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung sind sie hingegen untauglich.

Die Anbindung des Umfangs der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung an die von den nationalen Auslegungskanonens gezogenen Grenzen führt zu einer von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierenden Reichweite dieser Pflicht. Das mag angesichts des Gedankens der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts misslich erscheinen, ist aufgrund der Beachtung der mitgliedstaatlichen Kompetenzgefüge und hier insbesondere ihrer Gewaltenteilungssysteme aber nur konsequent. Die Grenzziehung ist damit weiterhin Aufgabe der nationalen Dogmatik. Ab wann im deutschen Recht die Grenzen zulässiger Rechtsauslegung überschritten sind, wie weit die richterliche Befugnis zur Rechtsfortbildung reicht und von welchem Moment an der Richter *contra legem* arbeitet, ist allerdings lebhaft umstritten. In Streit stehen u.a. die richterliche Bindung an den Wortsinn, die Zulässigkeit von Analogieschlüssen usw. Das ist hier nicht näher zu erläutern<sup>435</sup>. Lediglich ein kleines abschließendes Beispiel soll die Auswirkungen dieser Rückkoppelung an die nationale Methodenlehre illustrieren. Gem. § 6 ABGB darf dem Gesetz kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Aus der kumulativen Nennung dieser Kriterien wird gefolgert, dass die Auslegungsgrenze erst dann erreicht ist, wenn alle Auslegungsmethoden zusammen zu einem eindeutigen Ergebnis führen<sup>436</sup>. Daher stellt selbst der eindeutige Wortlaut einer Norm im österreichischen Recht keine unüberwindliche Grenze der Rechtsanwendung dar, sofern sich eine eindeutige Absicht des Gesetzgebers nicht ermitteln lässt, aber ein Analogieschluss unter Beachtung der in § 7 ABGB aufgestellten Voraussetzungen möglich ist<sup>437</sup>. Und „auch eine klare Absicht des Gesetzgebers muß ignoriert werden, wenn der Wortlaut einer Vorschrift unter Einschluß ihrer systematischen Stellung eine davon abweichende, aber den Vorgaben der RL entsprechende Deutung zuläßt“<sup>438</sup>. Der öVfGH konnte daher ein in der öMineralwasserVO 1994 enthaltenes und klar richtlinienwidriges Gebot der Verwendung von Glasflaschen für natürliche Mineralwässer entgegen der eindeutig ersichtlichen Absicht des Gesetzgebers so auslegen, dass es den Vorgaben der Mineralwasserrichtlinie<sup>439</sup> entsprach<sup>440</sup>. Im deutschen Recht wäre eine solche richtlinienkonforme Interpretation hingegen

---

<sup>434</sup> Dazu *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1, 5.

<sup>435</sup> Dazu in extenso und mit umfangreichen Nachw. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 358 - 444.

<sup>436</sup> *Bydlinski*, Methodenlehre, 567 ff.

<sup>437</sup> *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 128.

<sup>438</sup> *Rüffler*, aaO. Vgl. auch öVfGH 12.12.1995 WBl. 1996, 293.

<sup>439</sup> Richtlinie des Rates vom 15.7.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Gewinnung von und den Handel mit natürlichen Mineralwässern, ABl. EG 1980 L 229, 1.

<sup>440</sup> Zu den hier nicht näher interessierenden Einzelheiten vgl. öVfGH 12.12.1995 V 136/94 = WBl. 1996, 293; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 122.

kaum möglich gewesen, da hier der Wortsinn und auf jeden Fall der eindeutig erkennbare Wille des Gesetzgebers die Grenze zulässiger Auslegung bilden sollen<sup>441</sup>.

Neben diesen aus der Rückkoppelung mit dem nationalen Recht resultierenden Grenzen ergeben sich weitere aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Deutlich formuliert wird dies vom EuGH vor allem in der Entscheidung „Kolpinghuis Nijmegen“:

„Diese Verpflichtung des innerstaatlichen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen seines nationalen Rechts auf den Inhalt der Richtlinie abzustellen, findet jedoch ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbesondere in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil ... Pretore di Salò ... für Recht erkannt, daß eine Richtlinie für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften der Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen.“<sup>442</sup>

Bedeutung entfaltet diese Rechtsprechung vor allem für das Strafrecht. Man wird sie darüber hinaus auch auf das Verwaltungsstrafrecht erstrecken müssen<sup>443</sup>. Ob die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots bei der richtlinienkonformen Auslegung von privatrechtlichen Gemeinschaftsmaßnahmen zu beachten sind, erscheint hingegen fraglich. Für eine solche - wenn auch differenzierte - Berücksichtigung hat insbesondere Generalanwalt *van Gerven* plädiert. Seiner Ansicht nach kann eine Richtlinie „nicht für sich allein - d. h. ohne nationales Durchführungsgesetz - eine zivilrechtliche Sanktion wie die Nichtigkeit in das nationale Recht einführen“<sup>444</sup>. Dem ist jedoch zu widersprechen. Zum einen erscheint schon die Unterscheidung zwischen zivilrechtlichen Vorschriften mit und ohne Sanktionscharakter wenig praktikabel. In Rechtsverhältnissen zwischen Privaten führt die im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erfolgte Herausarbeitung von Rechten der einen Seite immer zu damit korrespondierenden Pflichten bzw. Rechtsverlusten der ande-

<sup>441</sup> BAG 14.3.1989 AP Nr. 5 zu § 611a BGB; BFH 18.4.1991 DB 1991, 1966; *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 266; *Jarass*, EuR 1991, 211, 217 f.; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 965. Ähnlich - jedoch für eine Begrenzung allein auf den Wortsinn nach Umsetzung - *Everling*, ZGR 1992, 376, 388; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 381; *Nettesheim*, AöR 1994, 261, 275; *Steindorff*, FS Everling, 1455, 1462 f.

<sup>442</sup> EuGH EuGH 8.10.1987 Slg. 1987, 3969, 3987 Egrd. 13 - Kolpinghuis Nijmegen.

<sup>443</sup> Zutreffend *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 129.

<sup>444</sup> GA *van Gerven*, Slg. 1990, I-4135, 4147 Nr. 8 - Marleasing; zustimmend *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 405.

ren. Hier mit überzeugenden Argumenten eine Grenze festzulegen, bei deren Überschreitung dann vom Vorliegen einer Sanktion auszugehen ist, wird kaum möglich sein<sup>445</sup>. Wesentlich bedeutsamer ist jedoch zum anderen, dass bereits die unterschiedliche Struktur der betroffenen Rechtsverhältnisse eine Übertragung nicht nahe legt. Im Vertikalverhältnis sieht sich der Bürger staatlicher Zwangsgewalt ausgesetzt, der gegenüber er besonders schutzwürdig ist; er soll daher ihn belastendem hoheitlichen Handeln erst unterworfen werden können, wenn er aufgrund mit entsprechender Publizität ausgestatteten Umsetzungsakten damit auch rechnen musste. Anders ist die Situation hingegen, wie bereits anklang, in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Ein Über-Unterordnungsverhältnis gibt es hier nicht. Vielmehr stehen sich zwei gleichberechtigte Partner mit gegenseitigen Rechten und Pflichten gegenüber. Eine richtlinienkonforme Auslegung führt stets und uno acto zu einer Begünstigung des einen und einer Belastung des anderen. Und ebenso steht dem Vertrauen des einen, einer Verpflichtung nicht ohne innerstaatliche Umsetzungsnorm ausgesetzt zu werden, das Vertrauen des anderen auf eine richtlinienkonforme Auslegung des noch nicht oder nicht ausreichend angepassten nationalen Rechts gegenüber. Da beide Vertrauenstatbestände gleichwertig sind, heben sich die berührten Interessen gegenseitig auf. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots stehen einer richtlinienkonformen Auslegung in horizontalen Rechtsverhältnissen daher nicht entgegen<sup>446</sup>. Zu erinnern ist außerdem daran, dass der EuGH eine Auslegung lediglich in den durch die nationalen Auslegungsmethoden gesetzten Grenzen fordert. Bereits das kann den einzelnen oft vor für ihn gänzlich unvorhersehbaren Belastungen bewahren. Im übrigen mag man darüber nachdenken, das Gebot der Rechtssicherheit wenigstens dann limitierend eingreifen zu lassen, wenn der Bereich der Auslegung verlassen ist und eine Rechtsfortbildung *praeter* oder sogar *extra legem* im Raume steht<sup>447</sup>. Ansonsten aber muss es bei der Unbeachtlichkeit der dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze bleiben. Sie schließen daher entgegen Generalanwalt *van Gerven* insbesondere auch die Möglichkeit einer positiven Nichtigkeitsanktion nicht aus, sofern eine in diesem Sinne auslegungsfähige Norm des nationalen Rechts - wie etwa § 138 BGB - zur Verfügung steht.

---

<sup>445</sup> Ebenso *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 130.

<sup>446</sup> Ausführlich und überzeugend *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 279 f.; zustimmend *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 130.

<sup>447</sup> So *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 364.

Das hier gefundene Ergebnis deckt sich im übrigen weitgehend mit der Rechtsprechung des EuGH, der bislang noch nie die Neigung zur Übertragung seiner in „Kolpinghuis Nijmegen“ aufgestellten Grundsätze auf horizontale Rechtsverhältnisse erkennen ließ. So lehnte er zwar in „Faccini Dori“ eine unmittelbare Richtlinienwirkung ab, hatte aber keine Einwände gegen eine richtlinienkonforme Auslegung von allgemeinen Normen des nationalen Zivilrechts, die zu einer Zuerkennung des in Art. 5 der Haustürgeschäfte-Richtlinie vorgesehenen Rücktrittsrechts des Verbrauchers führt<sup>448</sup>. Und in der Entscheidung „Harz“ verwies er u.a. darauf, dass das nationale Gericht bei der Auslegung darauf zu achten habe, dass die Höhe eines Schadensersatzanspruchs wegen eines Verstoßes gegen das in der Richtlinie 76/207EWG<sup>449</sup> enthaltene Diskriminierungsverbot „in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen“ müsse<sup>450</sup>.

Diese nach Ansicht des EuGH im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erzielbaren Ergebnisse kommen denen einer unmittelbaren Richtlinienwirkung durchaus nahe<sup>451</sup>. Die richtlinienkonforme Auslegung erfüllt so eine Ersatzfunktion für die vom EuGH im horizontalen Verhältnis, d. h. in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, stets abgelehnte unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien<sup>452</sup>. Verschiedentlich ist daher auch von einer „mittelbaren Drittwirkung“ die Rede<sup>453</sup>. Manche sehen hierin aufgrund der mit beiden Anwendungsformen des Gemeinschaftsrechts einhergehenden Belastungen des einzelnen einen Wertungswiderspruch. Außerdem sei eine solche Differenzierung zwar phänotypisch durchführbar, doch müsse sie rechtstheoretisch als fragwürdig bezeichnet werden<sup>454</sup>. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass der Rechtsgrund für die in beiden Fällen von einer Richtlinie ausgehenden Belastungen durchaus verschieden ist.

<sup>448</sup> EuGH 15.4.7.1994 Slg. 1994, I-3325, 3357 Egrd. 26 - Faccini Dori.

<sup>449</sup> Richtlinie 76/207/EWG vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG 1976 L 39, 40.

<sup>450</sup> EuGH 10.4.1984 Slg. 1984, 1921, 1942 f. Egrd. 28 - Harz.

<sup>451</sup> *Bach*, JZ 1990, 1108, 1115; *Dendrinios*, Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien, 64 ff.; *Hilf*, EuR 1993, 1, 10 f.; *Jarass*, Grundfragen, 97; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 959; *Müller-Graff*, NJW 1993, 13, 21; *Nicolaysen*, EuR 1984, 380, 391; *Scherzberg*, Jura 1993, 225, 233; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 405.

<sup>452</sup> *Everling*, ZGR 1992, 376, 383; *Ress*, DÖV 1994, 489, 490; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, 122 und 124.

<sup>453</sup> Vgl. z.B. *Craig*, ELR 1997, 519, 524; *van Gerven*, FS Schermers, 335, 345.

<sup>454</sup> *Müller-Graff*, DRiZ 1996, 259, 305, 314.

Während bei der unmittelbaren Richtlinienwirkung der für die Judikative maßgebliche Normanwendungsbefehl seinen Ursprung direkt im Gemeinschaftsrecht hat, beruht er bei der richtlinienkonformen Auslegung primär auf nationalem Recht, selbst wenn dessen durch Auslegung ermittelter Inhalt durch die Wertungen der Richtlinie beeinflusst wird. Bei der Anwendung nationalen Rechts muss der einzelne aber immer mit Rechtsprechungsänderungen rechnen, sofern sie sich im Rahmen der nationalen Auslegungsregeln halten.

ee) Auslegung von in Richtlinien enthaltenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen

Zahlreiche privatrechtsangleichende EG-Richtlinien kommen - ebenso wie das nationale Recht - nicht ohne Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe aus. Generalklauseln finden sich etwa in der Handelsvertreter-Richtlinie, deren Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 den Handelsvertreter bzw. den Unternehmer zur Beachtung der „Gebote von Treu und Glauben“ verpflichten, oder in Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie, der die Einordnung einer nicht im einzelnen ausgehandelten Vertragsklausel als missbräuchlich u.a. von einer Verletzung des „Gebots von Treu und Glauben“ abhängig macht<sup>455</sup>. Noch weit zahlreicher sind in gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten unbestimmte Rechtsbegriffe anzutreffen. Beispielhaft verwiesen sei auf den in der Richtlinie 84/450/EWG verwendeten Begriff der „irreführenden Werbung“ oder den Fehlerbegriff der Produkthaftungsrichtlinie<sup>456</sup>. Aufgeworfen ist damit die Frage, wer kompetenziell zur Auslegung und Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe berufen ist und ob hierbei autonome oder am nationalen Recht ausgerichtete Maßstäbe zugrunde zu legen sind. Ihr soll im folgenden anhand der Beispiele der in Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie enthaltenen Verweisung auf die Gebote von Treu und Glauben sowie des Irreführungsbegriffs der Richtlinie 84/450/EWG nachgegangen werden.

aaa) Generalklauseln

Die Kompetenz des EuGH, in Richtlinien formulierte Generalklauseln wie Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie verbindlich auszulegen, ist in der Literatur vor allem von *Roth* und *Franzen* in Frage gestellt worden. Ein solches Vorgehen sprengt die in Art. 234 lit. b EGV normierte Ausle-

---

<sup>455</sup> Weitere Beispiele bei *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 543 ff.; *W.-H. Roth*, FS Drobnič, 135, 137 f.

<sup>456</sup> Weitere Beispiele bei *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 504 ff.; *W.-H. Roth*, FS Drobnič, 135, 145 f.

gungsbefugnis des EuGH und falle bereits in den Bereich der Rechtsanwendung<sup>457</sup>. Außerdem sei die Verwendung von Generalklauseln in Richtlinien Ausdruck eines gesetzgeberischen Willens, nur ganz unscharf konturierte gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu setzen, um so den Mitgliedstaaten einen möglichst weitreichenden Regelungs- und Anwendungsspielraum einzuräumen. Die Kompetenz zu dessen Konkretisierung liege dann bei den Mitgliedstaaten bzw. deren Gerichten, nicht aber dem EuGH<sup>458</sup>. Einer solchen Argumentation wird entgegen gehalten, die Auslegungskompetenz müsse zwangsläufig auf den EuGH übergehen, wolle man nicht den Angleichungserfolg der Richtlinie gefährden<sup>459</sup>. Beide Positionen vermögen nicht zu überzeugen. Anzusetzen ist beim Begriff und der Funktion von Generalklauseln, worauf im folgenden freilich nur sehr holzschnittartig eingegangen werden kann.

Generalklauseln sind durch ihre außerordentliche Vagheit geprägte normative Tatbestandselemente<sup>460</sup>. Das gewählte Abstraktionsniveau ist so hoch, dass sich ein fassbarer und damit einer Subsumtion zugänglicher Begriffskern nicht ex ante feststellen lässt, sondern zuvorderst durch wertende Anwendung einzelfallbezogen ermittelt werden muss<sup>461</sup>. Diese Gesetzgebungstechnik dient der Sicherung der Flexibilität des Rechts, das durch eine Verringerung der normativen Dichte in die Lage versetzt werden soll, adäquat veränderten technisch-ökonomischen, gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen. Die eigentliche Normgestaltung bleibt dem Richter überlassen<sup>462</sup>, dem so normsetzende Aufgaben zuwachsen. Generalklauseln sind folglich ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“<sup>463</sup>. Bei der Verwendung von Generalklauseln in Richtlinien stellt sich freilich die Frage, ob es sich tatsächlich um Delegationsnormen im vorgenannten Sinne handelt, also die Konkretisierungszuständigkeit auf die Judikative übertragen werden soll, oder nicht vielmehr dem nationalen Gesetzgeber ein weites Umsetzungsermessen eingeräumt wird. Wäre letzteres der Fall, ließe sich durch den Gerichtshof von vornherein nur überprüfen, ob die Ermessensgrenzen überschritten wurden. Dass

<sup>457</sup> So vor allem *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 536 ff.; ähnlich *W.-H. Roth*, FS Drobniig, 135, 140 ff.; *Canaris*, Handelsrecht, § 17 Rdnr. 20 ff.

<sup>458</sup> *W.-H. Roth*, FS Drobniig, 135, 142.

<sup>459</sup> *Freitag*, EWiR 2000, 784; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 2.10 Rdnr. 22.

<sup>460</sup> Vgl. z.B. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 51;

<sup>461</sup> MünchKomm-BGB-G. *Roth*, § 242 BGB Rdnr. 20.

<sup>462</sup> *Esser*, Grundsatz und Norm, 150.

<sup>463</sup> *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, 58.

ein weiter Umsetzungsspielraum gewollt war, lässt sich aber nicht bereits dem Vorhandensein einer Generalklausel an sich entnehmen, sondern kann nur in Abhängigkeit vom jeweiligen Rechtsakt, den mit ihm verfolgten Zielen und der in diesem Zusammenhang der Generalklausel zugedachten Funktion ermittelt werden<sup>464</sup>; denn andernfalls wäre der Gemeinschaftsgesetzgeber immer dann, wenn die Verwendung einer Generalklausel sachangemessen wäre, gleichwohl zum Erlass detaillierter Normen gezwungen, da sich nur so ein Umsetzungsermessen der Mitgliedstaaten eingrenzen ließe. Folge hiervon wären in ihrem Regelungsumfang dem preußischen ALR vergleichbare Richtlinienungetüme. Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt etwa die Klauselrichtlinie, so sprechen die besseren Argumente für ein lediglich beschränktes Umsetzungsermessen. Erste Argumente gegen die Annahme, dem nationalen Gesetzgeber habe ein weitreichendes Umsetzungsermessen eingeräumt werden sollen, lassen sich bereits durch eine genauere Betrachtung des Regelungsgegenstandes gewinnen. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist aufgrund der Vielzahl möglicher Klauselgestaltungen und der unterschiedlichen Lebenssachverhalte und Rechtsverhältnisse, in denen sie Verwendung finden können, für eine abschließende und präzise Regelung denkbar ungeeignet. Es ist daher nur adäquat, wenn der europäische Gesetzgeber - ebenso wie seine nationalen „Vorbilder“ - vage formulierte Normen schafft und deren Ausfüllung den Gerichten überlässt. In der Sache geht es also um die Kompensation einer in der Regelungsmaterie begründeten gesetzgeberischen „Unfähigkeit“ durch eine Erweiterung der Rechtsprechungsbefugnisse. Da die gesetzgeberischen Schwierigkeiten auf europäischer und nationaler Ebene die gleichen sind, war aber keinesfalls die Einräumung eines mitgliedstaatlichen legislativen Umsetzungsermessens intendiert<sup>465</sup>. Diese Annahme wird außerdem durch die Erwägungsgründe zur Klauselrichtlinie gestützt. Danach müssen die Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Generalklausel „generell festgelegt werden“<sup>466</sup> und die sich hieran orientierende Beurteilung der Missbräuchlichkeit durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlage der Parteien ergänzt werden<sup>467</sup>. Letzterem dient der Grundsatz von Treu und Glauben, der in Erwägungsgrund 16 näher umschrieben wird. Bereits diese - wenn auch vorsichtige - Konkretisierung seines Bedeutungsgehalts und insbe-

---

<sup>464</sup> So auch *Klauer*, ERPL 2000, 187, 195 f.

<sup>465</sup> Mit gleichem Ergebnis *Klauer*, ERPL 2000, 187, 196.

<sup>466</sup> Erwägungsgrund 15.

<sup>467</sup> Erwägungsgrund 16.

sondere die dort verwendete Formulierung „ist besonders zu berücksichtigen“ machen deutlich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber von keiner unbegrenzten Konkretisierungsbefugnis der Mitgliedstaaten ausgeht, sondern seiner Ansicht nach immerhin bestimmte Umstände des Vertragsschluss bzw. Verhaltensmuster der Vertragsparteien in den Abwägungsprozess miteinzubeziehen sind. Zu bedenken ist außerdem, dass die Klauselrichtlinie einen Mindeststandard statuiert, um so das Vertrauen des Verbrauchers darauf zu stärken, dass bei einem Kauf oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland wenigstens die Grundanforderungen vertraglicher Fairness beachtet werden. Dieses Ziel lässt sich aber nur erreichen, wenn sowohl der Begriff der „Missbräuchlichkeit“ als auch der von „Treu und Glauben“ als einer seiner Konstituentia gemeinschaftsweit einheitlich verstanden werden. Die Richtlinie führt so zwar zu keiner abschließenden Vereinheitlichung, formuliert aber immerhin einen „Bodensatz“ von Verhaltenspflichten, denen von den Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung Rechnung zu tragen und deren Verletzung mit den in Art. 6 vorgesehenen Rechtsfolgen zu verknüpfen ist. Die Frage des „ob“ der Einhaltung dieses Mindeststandards steht damit nicht im Ermessen der Mitgliedstaaten, sondern obliegt der vollen gemeinschaftlichen Kontrolle und damit insbesondere des gem. Art. 234 EGV hierzu berufenen EuGH. *Roth* kommt bei Mindeststandardregelungen im übrigen zum gleichen Ergebnis, allerdings beschränkt auf die Auslegungszuständigkeit für unbestimmte Rechtsbegriffe<sup>468</sup>. Warum aber bei Generalklauseln anderes gelten soll, ist - wenn man auf den Aspekt des durch eine Richtlinie garantierten Mindestschutzes abstellt - nicht ersichtlich.

Der hier vertretene Auslegungszuständigkeit des EuGH kann nicht entgegengehalten werden, die Konkretisierung von Generalklauseln falle bereits in den Bereich der Rechtsanwendung, die dem Gerichtshof aber gerade vorenthalten sei. Denn die Annahme einer Kontrollbefugnis des EuGH sagt noch nichts über die Art und Weise aus, wie sie auszuüben ist. Anzusetzen ist auch hier wieder bei der Generalklausel selbst, im Fall der Klauselrichtlinie also beim Begriff von „Treu und Glauben“. Entgegen manchen Äußerungen handelt es sich dabei um keinen völlig inhaltsleeren Begriff. Dem Richter wird nicht uneingeschränkte Handlungsfreiheit eingeräumt. Zwar werden ihm eigene Wertungen abverlangt, doch hat er diese an den mit dem Begriff „Treu und Glauben“ in Bezug genommenen nicht

---

<sup>468</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, FS Drobnič, 135, 152, zur Richtlinie 84/450/EWG: „Fungiert der Irreführungstatbestand des Art. 2 Nr. 2 als Mindestschutz, ist von diesem Regelungszweck her eine gemeinschaftseinheitliche Auslegung geboten“.

kodifizierten Wertprinzipien und insbesondere den allgemeinen Anforderungen der Gerechtigkeit, „wie sie in den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung, dem Rechtsbewußtsein und den Loyalitätsvorstellungen ... der beteiligten Kreise“ zum Ausdruck kommen, auszurichten<sup>469</sup>. Bei der Anwendung von Generalklauseln kommt es daher nicht allein auf den einzelnen Fall an, sondern auf „die Verknüpfung des in seiner Besonderheit voll gewürdigten Einzelfalls mit den allgemeinen Rechtsgedanken, die der Grundsatz meint“<sup>470</sup>. Folglich lässt sich ein Stufenverhältnis herstellen. Auf der obersten Stufe steht der sehr allgemein gehaltene und ausfüllungsbedürftige Begriff, darunter eine erste Konkretisierung des in ihm enthaltenen Rechtsgedankens durch Herausarbeitung der zu berücksichtigenden Wertprinzipien, der Bildung von Fallgruppen etc. Dies kann zwar zu keinem abgeschlossenen Kanon scharf konturierter (und eben deshalb subsumtionsfähiger) Tatbestände führen, da damit die Generalklausel als solche aufgehoben würde<sup>471</sup>. Aber hieraus resultiert immerhin eine gewisse Objektivierung des Norminhalts, die die auf der dritten Stufe erfolgende Rechtsanwendung im Einzelfall erleichtert und zugleich vorhersehbar macht. Während im nationalen Recht die Herausbildung von Leitprinzipien als vornehmliche Aufgabe der Wissenschaft betrachtet wird, wächst sie im Gemeinschaftsrecht vor allem dem EuGH zu. Er hat die für die Auslegung von Generalklauseln maßgeblichen Leitprinzipien offenzulegen und in einer für die nationalen Gerichte handhabbaren Form zu konkretisieren, ohne die grundsätzliche Offenheit der Generalklausel und damit ihre Funktion als Hilfsmittel zur Verwirklichung von Gerechtigkeit in besonders gelagerten Einzelfällen zu beeinträchtigen<sup>472</sup>.

Der EuGH scheint freilich einen Schritt weiter zu gehen und durchaus bereit zu sein, auch Einzelfallentscheidungen zu treffen. Jedenfalls prüfte er in der Entscheidung „Océano“, ob eine dem Verbraucher nachteilige Gerichtsstandsklausel als missbräuchlich iSv Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie anzusehen ist<sup>473</sup>. Ob sich daraus bereits eine grundsätzliche Bereitschaft zu einer vollumfänglichen

---

<sup>469</sup> Larenz, SchR I, § 10 I (S. 126); ähnlich Esser, Grundsatz und Norm, 150 („objektive, also konventionelle Maßstäbe von wechselnder empirischer Basis und Dichte“); Kramer, Juristische Methodenlehre, 201 ff.; zweifelnd hingegen Rüthers, Rechtstheorie, Rdnr. 837. Vgl. auch Ohly, AcP 201 (2001), 1, 10 ff.

<sup>470</sup> Larenz, SchR I, § 10 I (S. 127).

<sup>471</sup> Gernhuber, JuS 1983, 764, 765.

<sup>472</sup> Ähnlich z.B. Markwardt, Rolle des EuGH, 215 f. Die hier vertretene Position ist außerdem gar nicht so weit von derjenigen Roths (vgl. W.-H. Roth, FS Drobniig, 135, 142 f.) entfernt.

<sup>473</sup> Vgl. EuGH 27.6.2000 DB 2000, 2056 m. Anm. Staudinger = JZ 2001, 245 m. Anm. Schwartz = JA-R 2000, 173 (Leible) = EWiR 2000, 784 (Freitag). Vgl. dazu außerdem Leible, RIW 2001, Heft 6 (im Druck).

Prüfung aller ihm im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zur Beurteilung vorgelegten Klauseln entnehmen lässt, muss angesichts des deutlichen Bezugs der Gerichtsstandsklausel zu Nr. 1 lit. q des Richtlinienanhangs allerdings als noch offen bezeichnet werden<sup>474</sup>.

Eng mit dem Problem der Auslegungsbefugnis zusammen hängt die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Generalklauseln einer europäisch-autonomen Inhaltsbestimmung zugänglich sind. Deckungsgleich sind beide Problemkomplexe freilich nicht. Denn selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht allein die mitgliedstaatlichen Gerichte für konkretisierungsbefugt erachtet, ist damit noch nichts über den zugrundezulegenden Maßstab gesagt. Schließlich ist gerade bei Rechtsakten, die der Rechtsvereinheitlichung dienen, selbst bei einer fehlenden zentralen Auslegungsinstantz die Verpflichtung der Gerichte der Mitgliedstaaten zu einer möglichst autonomen, d.h. von nationalen Begrifflichkeiten unabhängigen Auslegung, die Regel<sup>475</sup>. Deutlich machen dies etwa Art. 7 Abs. 1 CISG oder Art. 18 EVÜ. Eine allgemeingültige Aussage lässt für in Richtlinien enthaltene Generalklauseln freilich nicht treffen. Angesichts der Binnenmarktfinalität solcher Regelungen wird man - wie auch sonst<sup>476</sup> - mangels sich aus der Richtlinie und ihrem Regelungsgegenstand ergebender gegenteiliger Anhaltspunkte im Grundsatz von einer Pflicht zu einer europäisch-autonomen Auslegung auszugehen haben. Ausnahmen erscheinen aber auf jeden Fall dann möglich, wenn die Anwendung einer Generalklausel in Fällen zur Diskussion steht, in denen es maßgeblich auf die Gerechtigkeitsvorstellungen oder Sozialadäquanz von Verhaltensweisen stark national oder gar regional geprägter Kreise ankommt. Solange dafür jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden sind und daher europäisch-autonom auszulegen ist, muss zur Konkretisierung der Generalklausel zunächst auf die Prinzipien, die dem sie beinhaltenden Rechtsakt zugrundeliegen, abgehoben werden. Miteinzustellen sind in den Konkretisierungsprozess weiterhin die sich aus dem gesamten Rechtsmaterial des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts ergebende Gerechtigkeitsprinzipien, aber auch - sofern im Wege wertender Rechtsvergleichung ermittelbar - solche gemeineuropäischen Ursprungs. Dies ist im folgenden anhand des von Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie verwendeten Missbrauchsbegriffs zu illustrieren.

---

<sup>474</sup> *Leible*, RIW 2001, Heft 6 (im Druck).

<sup>475</sup> Vgl. m. w. Nachw. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 265.

<sup>476</sup> Der Grundsatz der einheitlichen Tragweite und Wirkung des Gemeinschaftsrechts fordert, dass gemeinschaftsrechtliche Regelungen soweit wie möglich autonom ausgelegt werden. Dies gilt nicht nur für Primärrecht und Verordnungen, sondern ebenso für Richtlinien.

Die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer vorformulierten Vertragsklausel erfolgt in einem zweistufigen Verfahren: Zunächst ist zu ermitteln, ob das mittels vorformulierter Vertragsklauseln vereinbarte vertragliche Regelungsprogramm zu einem dem Verbraucher nachteiligen Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten führt; hieran schließt sich eine am Maßstab von Treu und Glauben ausgerichtete und die Umstände des Einzelfalls miteinbeziehende Interessenabwägung an<sup>477</sup>. Nach wohl überwiegender Ansicht ist die Missbräuchlichkeit auf der Basis europäisch-autonomer Auslegungskriterien festzustellen<sup>478</sup>. Dem wird freilich entgegen gehalten, dass es sich bei der Inhaltskontrolle typischerweise um einen allein durch Normen des nationalen Rechts bestimmten Vorgang handle; da Klauseln regelmäßig nur im Kontext des Rechts verstanden und gewertet werden könnten, auf das sie erkennbar Bezug nehmen, scheidet - jedenfalls beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts - eine europäisch-autonome Bestimmung des Missbräuchlichkeitsbegriffs aus<sup>479</sup>. Zu überzeugen vermag dieser Einwand - zumindest in seiner Rigidität - jedoch nicht. Richtig ist, dass vorformulierte Klauseln mangels Existenz eines Europäischen Zivilgesetzbuchs von ihren Verwendern nicht an gesamteuropäischen Wertungsmaßstäben ausgerichtet, sondern allein im Hinblick auf eine das Vertragsverhältnis beherrschende nationale Rechtsordnung formuliert werden. Nur damit lässt sich jedoch eine Reduzierung des Kontrollmaßstabs auf Vorgaben des nationalen Rechts nicht begründen. Ein derartiges Verständnis ist schon mit dem Grundsatz des „*effet utile*“, demzufolge Normen des Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, dass der vom Vertrag oder einer sekundärrechtlichen Maßnahme verfolgte Zweck mit größtmöglicher praktischer Wirksamkeit erreicht wird<sup>480</sup>, nicht vereinbar. Denn könnten stets nur die Vorgaben des nationalen Rechts im Rahmen der Missbrauchskontrolle berücksichtigt werden, würde der mit der Richtlinie angestrebte Rechtsangleichungseffekt ad absurdum geführt. Ziel der

---

<sup>477</sup> *Collins*, Oxford Journal of Legal Studies 14 (1994), 229, 249; *Franzen*, Privatrechtsangleichung, 553; *Kapnopoulou*, Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln, 127 f.

<sup>478</sup> *Kapnopoulou*, Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln, 115 f.; *Markwardt*, Rolle des EuGH, 91 ff.; *Nasall*, WM 1994, 1645, 1650; *Reich*, Europäisches Verbraucherschutzrecht, Rdnr. 156; ähnlich *Remien*, ZEuP 1994, 34, 59 f.; *Schmidt-Kessel*, WM 1997, 1732, 1738; *Ulmer*, in: Kultur, Tradition, eigenes Kulturbewußtsein und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 93, 106 f.

<sup>479</sup> *Heinrichs*, NJW 1996, 2190, 2196; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 554 ff.

<sup>480</sup> Zu den Einzelheiten, insbesondere den verschiedenen Fallgruppen des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsprinzips, vgl. *Streinz*, FS Everling, 1491.

Richtlinie ist es aber gerade, den Verkäufern von Waren und Erbringern von Dienstleistungen ihre Absatztätigkeit sowohl im eigenen Land als auch im gesamten Binnenmarkt zu erleichtern<sup>481</sup>; darüber hinaus soll sich der Verbraucher beim Waren- oder Dienstleistungserwerb im Ausland auch ohne Kenntnis des dortigen Rechtssystems darauf verlassen können, nicht durch die Verwendung missbräuchlicher Klauseln übervorteilt zu werden<sup>482</sup>. Beide Ziele können nur erreicht werden, wenn der Begriff der Missbräuchlichkeit so weit wie möglich europäisch-autonom ausgelegt wird.

Eine europäisch-autonome Auslegung wird auch vielfach möglich sein, da das europäische Recht durchaus Maßstäbe für die Beurteilung der Unangemessenheit einer Klausel bereit hält<sup>483</sup>. Zu erinnern ist zunächst an den Richtlinienanhang, der gem. Art. 3 Abs. 3 „eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln (enthält), die als missbräuchlich erklärt werden können“<sup>484</sup>. Darüber hinaus finden sich im europäischen Recht eine Vielzahl sekundärrechtlicher Regelungen zivil- und insbesondere schuldrechtlichen Inhalts<sup>485</sup>, die zumindest in Umrissen bereits die hinter einem „Europäischen Zivilrecht“ stehenden Gerechtigkeitsvorstellungen erkennen lassen<sup>486</sup>. Die zweifelsohne noch zahlreichen Lücken werden häufig durch ein Abstellen auf Gemeinsamkeiten der nationalen Zivilrechtssysteme, d.h. die rechtsvergleichende Herausarbeitung gemeineuropäischer Rechtsprinzipien<sup>487</sup>, zu schließen sein. Hilfestellung bieten können dabei u.a. die von der Lando-Kommission erarbeiteten „Principles of European Contract Law“<sup>488</sup>. Entsprechende Werke für andere Rechtsbereiche befinden sich zur Zeit in Vorbereitung<sup>489</sup>. Sie alle dürfen freilich nur mit Vorsicht verwendet werden, da sie zwar auf rechtsvergleichenden Vorar-

---

<sup>481</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7.

<sup>482</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5.

<sup>483</sup> Ähnlich und ausführlich auch *Markwardt*, Rolle des EuGH, 114 ff.

<sup>484</sup> Näher zur Funktion des Richtlinienanhangs m. w. Nachw. *Grabitz/Hilf-Pfeiffer*, A 5 Art. 3 Rdnr. 77 ff. Vgl. außerdem *Leible*, RIW 2001, Heft 6 (im Druck); *Staudinger*, DB 2000, 2058.

<sup>485</sup> Umfassend *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht; außerdem *Paschke/Iliopoulos* (Hrsg.), Europäisches Privatrecht.

<sup>486</sup> Vgl. etwa zum Gedanken der vertraglichen Solidarität *Lurger*, Vertragliche Solidarität. Allgemein außerdem *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 2.10 Rdnr. 26; *Grabitz/Hilf-Pfeiffer*, A 5 Art. 3 Rdnr. 64 ff..

<sup>487</sup> So z.B. der Ansatz von *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I.

<sup>488</sup> *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*. Parts I and II; dazu *Zimmermann*, ZEuP 2000, 391.

<sup>489</sup> Kurze Übersicht m. w. Nachw. bei *Kieninger/Leible*, EuZW 1999, 37, 40; vgl. außerdem § 7, A II, sowie ausführlich § 12, C II 3 a, aa.

beiten aufbauen, sich jedoch nicht mit der Bildung einer „Quersumme“ begnügen, sondern oftmals moderne und weiterführende Lösungswege entwickeln und damit über ein bloßes „restatement“ gemeineuropäischen Rechts hinausgehen. Zu beachten ist allerdings, dass selbst die Ermittelbarkeit eines gesicherten Bestands gemeineuropäischer Vertragsgerechtigkeit nicht zwangsläufig einer Nationalisierung des Kontrollmaßstabs im konkreten Einzelfall entgegensteht. Eine solche Nationalisierung ist insbesondere dann angezeigt, wenn sich die gemeineuropäischen nicht mit den Grundgedanken und Leitbildern der berührten nationalen Rechtsordnung decken. Es ist daher durchaus möglich, dass eine Klausel im Zusammenhang mit einer Rechtsordnung als missbräuchlich betrachtet werden muss, während sie dem dispositiven Gesetzesrecht aller anderen Mitgliedstaaten entspricht<sup>490</sup>. Ein solches Ergebnis mag misslich erscheinen, ist aber notwendige Konsequenz der durch das bisherige Gemeinschaftsrecht nur partiell beseitigten Unterschiedlichkeit der nationalen Zivilrechte, die jedenfalls durch die Klauselrichtlinie nicht weiter eingebebet werden sollte.

Der EuGH legt in seiner bislang einzigen Entscheidung zur Klauselrichtlinie Art. 3 Abs. 1 europäisch-autonom aus. Er prüft zunächst, ob Nr. 1 lit. q des Richtlinienanhangs auch Gerichtsstandsklauseln erfasst. Das wird aufgrund des Kostenaufwands, der mit einer Rechtswahrnehmung vor einem vom Wohnsitz des Verbrauchers entfernten Gerichten verbunden ist, bejaht. Diesem Nachteil werden die mit der Verwendung einer solchen Klausel verbundenen Vorteile des Unternehmers (Kostensparnis durch Prozesskonzentration am Unternehmenssitz) gegenüber gestellt, um aus dieser Zusammenschau dann die Missbräuchlichkeit der inkriminierten Klausel zu begründen<sup>491</sup>. Auf die Frage, ob und inwieweit das spanische Recht überhaupt Gerichtsstandsvereinbarungen zulässt, geht der Gerichtshof hingegen mit keinem Wort ein. Verallgemeinerungsfähige Schlüsse lassen sich aus der Entscheidung aufgrund ihrer Singularität und der Einschlägigkeit des Richtlinienanhangs zwar nicht ziehen; eine Tendenz zur europäisch-autonomen Auslegung ist aber immerhin erkennbar.

#### bbb) Unbestimmte Rechtsbegriffe

Ähnliche Probleme wie bei der Auslegung von Generalklauseln stellen sich bei der Interpretation von unbestimmten Rechtsbegriffen. Auch bei ihnen ist zu fragen, wem die Konkretisierungsbefugnis zukommt. Anders als bei Generalklauseln wird bei unbestimmten Rechtsbegriffen eine Konkretisierungskompetenz des EuGH allerdings von niemanden grundsätzlich in Frage gestellt. Selbst *Roth* bejaht sie immerhin dann, wenn der auszulegende unbestimmte Rechtsbegriff

---

<sup>490</sup> *Nasall*, WM 1994, 1645, 1652; *Remien*, ZEuP 1994, 34, 59.

<sup>491</sup> Vgl. EuGH 27.7.2000 RIW 2000, 700 - Océano.

- den Anwendungsbereich der Richtlinie definiert,
- mit einer in einer EG-Verordnung verwendeten Formulierung identisch ist,
- primäres Gemeinschaftsrecht bzw. dessen Auslegung durch den Gerichtshof widerspiegelt oder
- der Festlegung eines Mindestschutzes dient<sup>492</sup>.

Die von *Roth* für eine in diesen Fällen bestehende Auslegungskompetenz des EuGH vorgetragene Gründe sind überzeugend und hier nicht nachzuzeichnen. Bezweifelt wird allein, ob diese Fallgruppenbildung sehr praktikabel ist oder vom EuGH tatsächlich übernommen werden wird<sup>493</sup>. Letzteres ist freilich nur Spekulation; und hinreichend klar konturiert und damit in der Praxis handhabbar erscheinen die Fallgruppen auch. Sie sind allerdings nicht abschließend, sondern bilden lediglich fest umrissene Teilmengen eines wesentlich größeren Ganzen. Maßgeblicher Ansatzpunkt für die Feststellung einer Auslegungskompetenz des EuGH ist ebenso wie bei Generalklauseln der mit einer Richtlinie verfolgte Zweck. Lässt er sich nur mit einer gemeinschaftsweit einheitlichen Auslegung des in Frage stehenden unbestimmten Rechtsbegriffs verwirklichen, liegt die Auslegungskompetenz beim EuGH, andernfalls bei den mitgliedstaatlichen Gerichten. So hat der EuGH beispielsweise den Arbeitnehmerbegriff des Art. 38 EGV europäisch-autonom ausgelegt und konkretisiert, da ansonsten die vom EG-Vertrag angestrebte einheitliche Geltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht gewährleistet sei:

„Die Begriffe ‘Arbeitnehmer’ und ‘Tätigkeit in einem Lohn- und Arbeitsverhältnis’ (dürfen) nicht durch Verweisung auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten definiert werden; sie haben vielmehr eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung. Anderenfalls würde die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer vereitelt, denn der Inhalt dieser Begriffe könnte ohne Kontrolle durch die Gemeinschaftsorgane einseitig durch nationale Rechtsvorschriften festgelegt und verändert werden; jeder Staat wäre somit in der Lage, bestimmten Personengruppen nach Belieben den Schutz des Vertrages zu entziehen“<sup>494</sup>.

Gleiches muss aber nicht zwangsläufig für die Verwendung desselben Begriffs in Richtlinien gelten. Setzt die Verwirklichung des Richtlinien-

<sup>492</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, FS Drobniig, 135, 146 ff.; ähnlich *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 504 ff.

<sup>493</sup> So *Klauer*, ERPL 2000, 187, 196.

<sup>494</sup> EuGH 23.3.1982 Slg. 1982, 1035, 1049 Egrd. 11 - Levin; 11.7.1985 Slg. 1985, 2639, 2652 Egrd. 24 - Danmols Inventar; 30.1.1997 Slg. 1997, I-461, 503 Egrd. 25 - de Jaeck.

zwecks keine gemeinschaftseinheitliche Begriffsinterpretation voraus, verbleibt die Konkretisierungskompetenz bei den Mitgliedstaaten. So sah der EuGH von einer autonomen Auslegung des in der Richtlinie 77/187/EWG<sup>495</sup> enthaltenen Arbeitnehmerbegriffs ab, da sie

„nur eine teilweise Harmonisierung auf dem betreffenden Gebiet vornimmt, indem sie hauptsächlich den den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährten Schutz auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. Sie verfolgt somit das Ziel, soweit wie möglich den Fortbestand des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form sicherzustellen, um zu verhindern, daß die von dem Unternehmensübergang betroffenen Arbeitnehmer allein aufgrund dieses Übergangs schlechter gestellt werden. Sie will indessen kein für die gesamte Gemeinschaft aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen. Daraus folgt, dass sich auf die Richtlinie 77/187 nur Personen berufen können, die auf die eine oder andere Weise nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats als Arbeitnehmer geschützt sind“<sup>496</sup>.

Anders verfuhr der EuGH hingegen in der Entscheidung „Nissan“ bei der Konkretisierung des in Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 84/450/EWG aufgeführten Begriffs der „irreführenden Werbung“. Erkennbar sind deutliche Ansätze einer europäisch-autonomen Auslegung. Zum einen weist der Gerichtshof das vorlegende Gericht darauf hin, dass eine Angabe nicht als irreführende Werbung betrachtet werden könne, wenn sie der Wahrheit entspricht<sup>497</sup>. Zum anderen verlangt er für die Annahme der Irreführungsgünstigkeit einer der umstrittenen Angaben den Nachweis,

„daß eine erhebliche Zahl von Verbrauchern<sup>498</sup>, an die sich die streitige Werbung richtet, ihre Kaufentscheidung getroffen hat, ohne zu wissen, daß der niedrigere Preis der Fahrzeuge damit verbunden ist, daß die vom Parallelimporteure verkauften Fahrzeuge mit weniger Zubehör ausgestattet sind“<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> Richtlinie vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. EG 1977 L 61, 26.

<sup>496</sup> EuGH 11.7.1985 Slg. 1985, 2639, 2653 Egrd. 26 und 27 - Danmols Inventar;

<sup>497</sup> EuGH 16.1.1992 Slg. 1992, I-131, 150 Egrd. 17 - X („Nissan“).

<sup>498</sup> In der französischen Urteilsfassung ist freilich von einer „nombre significatif de consommateur“ die Rede, was in der Sache durchaus einen Unterschied macht, vgl. auch Sack, GRUR Int. 1998, 263, 264..

<sup>499</sup> EuGH 16.1.1992 Slg. 1992, I-131, 150 Egrd. 16 - X („Nissan“).

Dies festzustellen, sei Aufgabe des vorliegenden Rechts. So kritikwürdig die Entscheidung im einzelnen auch sein mag<sup>500</sup> - sie macht auf jeden Fall deutlich, dass der Gerichtshof willens ist, den Irreführungsbegriff bis in alle Einzelheiten hinein auszuleuchten und den nationalen Gerichten allenfalls bei der Subsumtion einen gewissen Spielraum zu lassen. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, da die Irreführungsrichtlinie einen Mindeststandard schafft, um so einen Beitrag zur Errichtung und zum Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sowie zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen zu schaffen<sup>501</sup>. Das erfordert eine gemeinschaftseinheitliche Auslegung. Einer auf den Mindestcharakter einer Richtlinie abhebenden Argumentation wird freilich vorgehalten, sie unterliege einem Zirkelschluss<sup>502</sup>; tatsächlich gehe es nicht um die Frage, ob eine bestimmte Regelung einer privatrechtsangleichenden Richtlinie Teil des angestrebten Mindeststandards ist; entscheidend sei vielmehr, wie der Konflikt zwischen einer europäisch-autonomen Begriffsinterpretation und der Freiheit der Mitgliedstaaten zum Erlass strikterer Regelungen gelöst werden kann<sup>503</sup>. Dieser Einwand greift jedoch nicht durch. Denn erst wenn feststeht, dass ein Begriff überhaupt europäisch-autonom auszulegen ist, stellt sich die weitere und hier nicht zu vertiefende Frage, ob er einer mitgliedstaatlichen „Verschärfung“ zugänglich ist<sup>504</sup>.

#### d) Exkurs: Auslegung überobligatorisch „angeglichenen Rechts“

Die vorangehenden Ausführungen bezogen sich auf die Auslegung durch Richtlinien angeglichenen Rechts. Ein hiervon zu unterscheidende Frage ist es, nach welchen Vorgaben sich die Auslegung überobligatorisch angeglichenen Rechts richtet.

##### aa) Problemstellung

Gemeint ist damit zum einen die Interpretation nationaler Rechtsvorschriften, die zwar nicht der Umsetzung von EG-Richtlinien dienen, aber gleichwohl deren Regelungskonzept auf außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegende Sachverhalte übertragen. Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn der Gesetzgeber zur Richtlinienumsetzung Normen

---

<sup>500</sup> Zur Kritik vgl. etwa *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 524 f.; *Leible*, WRP 1997, 517, 524 f.; *Reese*, Grenzüberschreitende Werbung, 99 ff., jeweils m. w. Nachw.

<sup>501</sup> Vgl. die Erwägungsgründe 1 und 2.

<sup>502</sup> So *Klauer*, ERPL 2000, 187, 198.

<sup>503</sup> *Klauer*, aaO.

<sup>504</sup> Zweifelnd hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie und Art. 2 Nr. 2 Irreführungsrichtlinie etwa *Klauer*, ERPL 2000, 187, 202 ff.

schaft, deren Regelungsbereich über den der Richtlinie hinausreicht. Vier Beispiele mögen dies verdeutlichen<sup>505</sup>. So dienen z.B. zahlreiche Vorschriften des AGBG der Umsetzung der Klauselrichtlinie, erfassen aber zugleich Verträge zwischen Unternehmern sowie zwischen Privaten, die dem Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie nicht unterfallen. Hinzuweisen ist weiterhin auf § 15 Abs. 3 HGB, der die Vorgaben der Publizitätsrichtlinie über die positive Publizität des Handelsregisaters in deutsches Recht umsetzt. Die Richtlinie regelt jedoch allein den Fall einer Divergenz von richtiger Eintragung und unrichtiger Bekanntmachung<sup>506</sup> und erfasst außerdem nur Kapitalgesellschaften<sup>507</sup>; § 15 Abs. 3 HGB hingegen gilt für sämtliche Kaufleute und umfasst zudem auch unrichtige Bekanntmachungen, die auf einer bereits unrichtigen Eintragung beruhen<sup>508</sup>. Eine ähnliche Problemkonstellation findet sich im Handelsbilanzrecht, da die Publizitätsrichtlinie allein rechtliche Anforderungen für den Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften bzw. Kapitalgesellschaften & Co statuiert, die ihrer Umsetzung dienenden Normen der §§ 238 ff. HGB aber zum Teil auch auf Personengesellschaften Anwendung finden<sup>509</sup>. Und von besonderer Brisanz für das deutsche Schuldvertragsrecht ist die geplante Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie mittels einer Umgestaltung des allgemeinen Mängelgewährleistungsrechts des BGB, das lediglich durch wenige Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 473 ff. BGB-E) ergänzt wird, die bei weitem nicht den gesamten Regelungsgehalt der Richtlinie abdecken.

Dass in diesen Fällen nicht von einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des überobligatorisch angeglichenen Rechts ausgegangen werden kann, versteht sich von selbst; denn diese Pflicht reicht nur so weit, wie die Richtlinie selbst. Es fragt sich jedoch, ob EG-Richtlinien für den nicht richtliniendeterminierten Teil solch überschießender nationaler Normen nicht gleichwohl eine Ausstrahlungswirkung im rechtlichen Sinne zukommt<sup>510</sup> oder ob diese einer gespaltenen Auslegung zugänglich bleiben. Dass eine harmonisierende (oder „quasi-richtlinienkonforme“<sup>511</sup>)

---

<sup>505</sup> Weitere Beispiele bei *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 914 f.; *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 914; vgl. auch *Hennrichs*, ZGR 1997, 66, 74 ff.

<sup>506</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 6 Publizitätsrichtlinie.

<sup>507</sup> Vgl. Art. 1 Publizitätsrichtlinie.

<sup>508</sup> Vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 14 III 2 c (S. 407 f.).

<sup>509</sup> Vgl. dazu z.B. m. w. Nachw. *Hennrichs*, ZGR 1997, 66. Zu beachten sind die Änderungen durch das KapCoRiLiG vom 24.2.2000, BGBl. 2000 I, 154.

<sup>510</sup> So etwa für das AGBG *Tonner*, JZ 1996, 533, 539; wohl auch *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9 Rdnr. 184; a.A. etwa *H. Roth*, JZ 1999, 529, 537.

<sup>511</sup> So die Terminologie von *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 915.

Auslegung im Rahmen des nationalen Methodenkanons möglich sein kann, steht außer Zweifel<sup>512</sup>. Sie ist insbesondere angezeigt, wenn der Gesetzgeber mit der überobligatorischen Angleichung ausdrücklich das Ziel einer einheitlichen Regelung verfolgte oder eine gespaltene Interpretation zu aus der Sicht des nationalen Rechts nicht hinnehmbaren Systemwidersprüchen führen würde. Sie wird außerdem naheliegen, wenn ein mit der Rechtsangleichung einhergehender Wandel des Rechtsverständnisses verbunden ist, der auf den nicht harmonisierten Teil einer Norm oder eines Normenkomplexes ausstrahlt. Ob der nationale Gesetzgeber eine einheitliche Auslegung tatsächlich gewollt oder sie aus anderen, im nationalen Recht wurzelnden Gründen anzustreben ist, bedarf einer sorgfältigen Prüfung in jedem Einzelfall<sup>513</sup>. Unter gemeinschaftsrechtlichem Blickwinkel ist hingegen zu fragen, ob die nationalen Gerichte zu einer solchen einheitlichen Auslegung nicht vielleicht sogar qua Gemeinschaftsrecht verpflichtet sind oder wenigstens dem Gerichtshof den überobligatorisch angeglichenen Regelungsteil betreffende Auslegungsfragen vorlegen können.

#### bb) Vorlageberechtigung

Nach Auffassung des Gerichtshofs ist es allein Sache der nationalen Gerichte, im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls die Entscheidungseheblichkeit der Vorlagefrage zu beurteilen. Der EuGH entscheidet daher im Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich ohne Verpflichtung zur Überprüfung der Umstände, die das nationale Gericht zur Vorlage veranlasst haben<sup>514</sup>; gegenteiliges kommt nur in Betracht, wenn klar zutage tritt, dass das Vorabentscheidungsverfahren zweckentfremdet wird, um den Gerichtshof über einen fiktiven Rechtsstreit entscheiden zu lassen, oder die Unanwendbarkeit der vermeintlich einschlägigen Gemeinschaftsbestimmung offensichtlich ist<sup>515</sup>. Eine solche Ausnahmesituation liegt nach Ansicht des EuGH bei einer Auslegung des Gemeinschafts-

---

<sup>512</sup> So auch *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 915; *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 883; *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts*, 9, 18;

<sup>513</sup> Dazu anhand konkreter Beispiele etwa *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 915 f.

<sup>514</sup> Vgl. z.B. EuGH 20.5.1976 Slg. 1976, 657, 666 Egrd. 7/11 - *Mazzalai*; 18.10.1990 Slg. 1990, I-3763, 3793 Egrd. 34 - *Dzodzi*; 1990, I-4003, 4017 Egrd. 18 f. - *Gmurzynska-Bscher*; 1995, I-2919, 2946 Egrd. 16 f. - *Aprile*.

<sup>515</sup> Vgl. z.B. EuGH 18.10.1990 Slg. 1990, I-3763, 3793 Egrd. 34 - *Dzodzi*; 16.7.1992 Slg. 1992, I-4871, 4933 ff. Egrd. 25 ff. - *Meilicke*; 9.2.1995 Slg. 1995, I-179, 215 Egrd. 12 - *Leclerc-Siplec*.

rechts, die das anfragende Gericht lediglich zur Interpretation überobligatorisch angelegenen nationalen Rechts begehrt, nicht vor; denn

„weder aus dem Wortlaut der Vorschrift des Artikels 177 noch aus dem Zweck des durch diese Vorschrift eingeführten Verfahrens ergibt sich, daß die Verfasser des Vertrages solche Vorlagen von der Zuständigkeit des Gerichtshofs ausschließen wollten, die eine Gemeinschaftsbestimmung in dem besonderen Fall betreffen, das das nationale Recht eines Mitgliedstaats auf den Inhalt dieser Bestimmungen verweist, um die auf rein interne Sachverhalte dieses Staates anwendbaren Vorschriften zu bestimmen. Es besteht im Gegenteil für die Gemeinschaftsrechtsordnung ein offensichtliches Interesse daran, daß jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, eine einheitliche Auslegung erhält, damit künftige unterschiedliche Auslegungen verhindert werden“<sup>516</sup>.

Eine Einschränkung erfuhr diese vom Gerichtshof selbst so genannte<sup>517</sup> „Dzodzi-Rechtsprechung“ in der Entscheidung „Kleinwort Benson“, die die Auslegung einer Norm zum Gegenstand hatte, die nicht der überobligatorischen Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, sondern des EuGVÜ diene. Der EuGH lehnte eine Beantwortung der Vorlagefrage ab. Zwar entspreche die Vorschrift des englischen Rechts, die der Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeit in Zivilsachen auf die verschiedenen Teile des Hoheitsgebiets Großbritanniens (England und Wales, Schottland, Nordirland) diene, nahezu wortgleich derjenigen von Art. 5 EuGVÜ; jedoch sei zu bedenken,

„daß das nationale Gesetz, das für den Ausgangsrechtsstreit gilt, keineswegs eine unmittelbare und unbedingte Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht enthält, wodurch dieses Recht in der internen Rechtsordnung anwendbar würde, sondern sich darauf beschränkt, das Übereinkommen als Muster zu nehmen, und dessen Begriffe (nur) zum Teil wiedergibt“<sup>518</sup>.

Der EuGH erklärte sich für nicht zuständig, da die englischen Vorschriften mit den Regelungen des EuGVÜ nicht völlig wortidentisch waren und seine Entscheidung für die englischen Gerichte außerdem nicht bindend gewesen wäre. Das nationale Recht muss also, damit eine mit seiner Anwendung in Zusammenhang stehende Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts „vorlagefähig“ ist, eine unbedingte Verweisung auf

---

<sup>516</sup> EuGH 18.10.1990 Slg. 1990, I-3763, 3793 Egrd. 36 f. - Dzodzi; nahezu wortidentisch EuGH 8.11.1990 Slg. 1990, I-4003, 4018 Egrd. 25 - Gmurzynska-Bscher. Nachfolgend außerdem z.B. EuGH Slg. 17.7.1997 1997, I-4291, 4302 f. Egrd. 23 - Giloy; 3.12.1998 Slg. 1998, I-8095, 8121 Egrd. 14 - Schoonbroodt.

<sup>517</sup> EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, I-4161, 4200 Egrd. 27 - Leur-Bloem; 17.7.1997 Slg. 1997, I-4291, 4303 Egrd. 25 - Giloy.

<sup>518</sup> EuGH 28.3.1995 Slg. 1995, I-615, 639 Egrd. 16 - Kleinwort Benson; vgl. auch EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, I-4291, 4303 Egrd. 25 - Giloy.

das Gemeinschaftsrecht enthalten und darf dieses nicht lediglich als Muster für eine hiervon in einigen Punkten abweichende nationale Regelung verwenden. Wo die Grenzen zwischen unabdingbarer Verweisung und bloßer Vorbildfunktion verlaufen, ist freilich noch wenig geklärt. Wenig einsichtig ist auch, warum hieraus überhaupt eine Abweichung für die Vorlageberechtigung resultieren soll; denn der Unterschied „zwischen einer autonomen Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften - mit oder ohne Änderungen - in ein nationales Gesetz und einer autonomen Verweisung auf Gemeinschaftsvorschriften ist ein solcher der Gesetzgebungstechnik“<sup>519</sup>. Nachfolgende Entscheidungen sind um eine Abgrenzung zwischen der „Dzodzi“- und der „Kleinwort Benson“-Rechtsprechung bemüht, ohne freilich die Trennlinien hinreichend scharf zu konturieren. Vor allem in „Leur-Bloem“ scheint der Gerichtshof vom Erfordernis einer unbedingten Verweisung wieder abzurücken. Hier genügte es ihm, dass eine holländische Regelung über die steuerrechtliche Behandlung von Fusionen durch Anteilstausch nicht zwischen in- und grenzüberschreitenden Sachverhalten - allein letztere werden von der einschlägigen Fusionsbesteuerungsrichtlinie geregelt<sup>520</sup> - unterschied:

„Richten sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach den im Gemeinschaftsrecht getroffenen Regelungen, um insbesondere zu verhindern, daß es zu Benachteiligungen der eigenen Staatsangehörigen oder ... zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, so besteht ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, daß die aus dem Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen und Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern“<sup>521</sup>.

In „Hermès“ taucht auch das Erfordernis der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder der Benachteiligung der eigenen Staatsangehörigen nicht mehr auf. Der Gerichtshof begnügte sich mit dem schlichten Hinweis, dass Art. 50 TRIPS sowohl auf Gemeinschaftsmarken als auch auf nationale Maßnahmen anwendbar ist<sup>522</sup>. Und in „DE+ES Bauunter-

<sup>519</sup> Kohler, ZEuP 1996, 452, 455. Ähnlich GA *Jacobs* Slg. 1997-I, 4161, 4185 ff. Nrn. 67 ff. - Leur-Bloem.

<sup>520</sup> Richtlinie 90/434/EWG vom 29.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. 1990 L 225, 1.

<sup>521</sup> EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, I-4161, 4201 f. Egrd. 32 - Leur-Bloem; vgl. auch EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, I-4291, 4304 Egrd. 28 - Giloy; 16.6.1998 Slg. 1998, I-3603, 3648 Egrd. 32 - Hermès.

<sup>522</sup> EuGH 16.6.1998 Slg. 1998, I-3603, 3648 Egrd. 32 - Hermès.

nehmung“ ging er schließlich auf die Frage seiner Zuständigkeit überhaupt nicht mehr ein, obwohl nur das deutsche Handelsbilanzrecht durch die Jahresabschlußrichtlinie vergemeinschaftet war, nicht aber die einschlägigen Vorschriften des KStG bzw. EStG, die allerdings zur Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage den sich aus der Handelsbilanz ergebenden Gewinn für maßgeblich erklären<sup>523</sup>.

Festhalten lässt sich nach dem bisher Gesagten, dass der EuGH die Berechtigung nationaler Gerichte, ihm Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die für die Interpretation überobligatorisch angeleglichen nationalen Rechts von Bedeutung sind, recht großzügig bejaht. Es bedarf nicht stets einer unbedingten und unmittelbaren Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht. Bereits die Unterwerfung europäischer und rein nationaler Sachverhalte unter denselben Regelungsmechanismus genügt, sofern damit Inländerdiskriminierungen oder Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden sollen; und selbst dieses Tatbestandsmerkmal wird nicht stets mit letzter Konsequenz geprüft.

Diese Rechtsprechung ist freilich nicht unwidersprochen geblieben, sondern insbesondere von verschiedenen Generalanwälten<sup>524</sup>, aber auch von Teilen der Literatur<sup>525</sup> kritisiert worden. Zentrales Argument der Kritiker ist die zweifellos richtige Aussage: „Es gibt kein Gemeinschaftsrecht außerhalb seines Anwendungsbereichs“<sup>526</sup>. Da eine überobligatorische Umsetzung von Gemeinschaftsrecht aber weder dessen persönlichen noch seinen sachlichen Anwendungsbereich erweitern könne, entscheide der Gerichtshof tatsächlich über nationales Recht, wozu er nicht befugt sei. In der Sache handele es sich um nichts anderes als eine gutachterliche Stellungnahme zu Fragen des Gemeinschaftsrechts, wofür im EG-Vertrag aber nicht das Vorabentscheidungsverfahren vorgesehen sei, sondern das Gutachtenverfahren, das zudem gem. Art. 300 Abs. 6 EGV nur in eng um-

---

<sup>523</sup> EuGH 14.9.1999 Slg. 1999, I-5331. Vgl. aber GA *Léger*, ebda., 5339, Nrn. 26 ff., der unter Verweis auf die Entscheidung „Leur-Bloem“ die Zuständigkeit des Gerichtshofs bejaht.

<sup>524</sup> Vgl. z.B. GA *Mancini* Slg. 1985, 3001, 3002 f. Nr. 2 - Thomasdüniger; GA *Darmon* Slg. 1990, I-3763, 3779 f. Nrn. 8 ff. - Dzodzi; Slg. 1990, I-4003, 4009 f. Nrn. 6 ff. - Gmurzynska-Bscher; GA *Tesauro* Slg. 1995, I-617, 626 ff. Nrn. 18 ff. - Kleinwort Benson; GA *Jacobs* Slg. 1997-I, 4161, 4179 ff. Nrn. 47 ff. - Leur-Bloem.

<sup>525</sup> Vgl. *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 919 ff.; *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 920 ff.; zustimmend hingegen *Basedow*, FS Brandner, 651, 662 f.; *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 884; *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts*, 9, 18 f.

<sup>526</sup> Vgl. z.B. GA *Darmon* Slg. 1990, I-3763, 3780 Nr. 11 - Dzodzi; Slg. 1990, I-4003, 4010 Nr. 8 - Gmurzynska-Bscher.

grenzten Ausnahmefällen zulässig sei. Zudem werde der Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens verkannt; dieses diene der Sicherung der einheitlichen Anwendung mitgliedstaatlicher Normen, deren Texte mittels Richtlinien angeglichen und in deren Lichte auszulegen sind; davon könne aber aber bei „genuin nationalem Recht“ selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn es durch das Richtlinienrecht inhaltlich geprägt ist<sup>527</sup>. Zu überzeugen vermögen diese Argumente jedoch nicht. Ziel des Vorabentscheidungsverfahrens ist in erster Linie die Wahrung der Rechtseinheit<sup>528</sup>. Es soll sichergestellt werden, dass sowohl der EG-Vertrag als auch das abgeleitete Recht gemeinschaftsweit einheitlich ausgelegt und angewendet werden - vice versa: Einem Auseinanderdriften der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung zu einzelnen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts soll entgegengesteuert werden. Diese Gefahr droht aber nicht nur bei der Auslegung nationaler Normen, die der Umsetzung von Richtlinien dienen, sondern auch von autonom gesetztem Recht, das eine überobligatorische Richtlinienumsetzung zum Ziel hat; denn es lässt sich nicht ausschließen, dass eine vom Sinngehalt des Gemeinschaftsrechts abweichende Auslegung überobligatorisch angeglichenen Rechts durch die nationalen Gerichte auf ihre Interpretation der in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallenden Normteile ausstrahlt. Dem wird von vornherein vorgebeugt, wenn den nationalen Gerichten auch dann die Möglichkeit zur Vorlage von Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts eingeräumt wird, sofern dies allein für die Anwendung überobligatorisch angeglichenen Rechts von Bedeutung ist<sup>529</sup>.

#### cc) Vorlagepflicht

Bestehen gegen eine Vorlageberechtigung der nationalen Gerichte somit keine durchgreifenden Bedenken, fragt sich, ob sie hierzu unter Umständen vielleicht sogar gemeinschaftsrechtlich verpflichtet sein könnten. Das ist - jedenfalls im Grundsatz - zu verneinen. Der Gerichtshof hat wiederholt deutlich gemacht, dass er sowohl die Kompetenz zur Erstreckung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen auf außerhalb des Gemeinschaftsrechts stehende Sachverhalte als auch die Befugnis zur Bestimmung der Reichweite einer solchen überobligatorischen Umsetzung im nationalen Recht begründet sieht. Angesichts der Verteilung der Rechtsprechungsaufgaben zwischen ihm und den nationalen Gerichten ist es daher

<sup>527</sup> *Hommelhoff*, Festgabe 50 Jahre BGH, 889, 921.

<sup>528</sup> Zu weiteren Zwecken des Vorabentscheidungsverfahrens vgl. z.B. *Calliess/Ruffert-Wegener*, EGV, Art. 234 EGV Rdnr. 1.

<sup>529</sup> Ähnlich *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 884.

„allein Sache der nationalen Gerichte, die genaue Reichweite dieser Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht zu beurteilen; die Zuständigkeit des Gerichtshofs beschränkt sich auf die Prüfung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ... . Für die Berücksichtigung der Grenzen, die der nationale Gesetzgeber der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf rein innerstaatliche Sachverhalte setzen wollte, gilt nämlich das nationale Recht, so daß ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind ...“<sup>530</sup>.

Wenn aber die nationalen Gerichte für die Bestimmung der Verweisungsgrenzen zuständig sind, so sind sie auch nicht gehindert, das überschießende nationale Recht autonom zu interpretieren, selbst wenn es auf Gemeinschaftsrecht beruht, ist doch mit jeder autonomen Auslegung stets eine Bestimmung der Reichweite der Verweisung verbunden. Sind die autonome und die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung nicht deckungsgleich, so bleibt die Verweisung schlicht hinter dem gemeinschaftlichen Rechtsakt zurück oder geht darüber hinaus. Gegenteiliges lässt sich auch nicht dem Umstand entnehmen, dass der EuGH mehrfach auf das „klare Interesse“ des Gemeinschaftsrechts an einer Vermeidung von Auslegungsunterschieden hingewiesen hat<sup>531</sup>. Ein Interesse allein begründet noch keine Pflicht. Deutlich geworden ist dies in der - allerdings zur Niederlassungsfreiheit ergangenen - Entscheidung „ICI“:

„Betrifft der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht also einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, so ist dieses Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet, seine Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, noch sie unangewendet zu lassen“<sup>532</sup>.

Ausgeschlossen ist die Annahme einer Vorlageverpflichtung freilich nicht. Hierfür bedarf es jedoch besonderer Umstände, die das bloße gemeinschaftliche Interesse an einer einheitlichen Auslegung zu einer gemeinschaftsrechtlichen Vorlageverpflichtung iSv Art. 234 Abs. 3 EGV verdichten. Von solch einer Qualifizierung kann lediglich dann ausgegangen werden, wenn eine unterschiedliche Interpretation des bestimmungsgemäß sowie des überobligatorisch angelegenen Rechts die praktische Wirksamkeit des zugrundeliegenden Gemeinschaftsrechtsakts gefährden würde. Der EuGH hat entsprechendes bereits zum Primärrecht ausgeführt:

„Falls ein und dieselbe Vorschrift in einer in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallenden Situation

---

<sup>530</sup> EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, I-4161, 4202 Egrd. 33 - Leur-Bloem; vgl. auch EuGH

<sup>531</sup> So aber *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 211; für eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht wohl auch *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 885; ähnlich *Wassermeyer*, FS Lutter, 1633 ( zum Bilanzrecht); offen gelassen hingegen von *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 919.

<sup>532</sup> EuGH 16.7.1998 Slg. 1998, I-4695, 4725 Egrd. 34 - ICI.

unangewendet bleiben müßte, in einer nicht in diesen Anwendungsbereich fallenden Situation jedoch weiterhin angewendet werden könnte, wäre das zuständige Organ des betreffenden Staates verpflichtet, diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, soweit sie die sich aus den Gemeinschaftsvorschriften ergebenden Rechte beeinträchtigen könnte“<sup>533</sup>.

Nichts anderes kann für das Sekundärrecht gelten<sup>534</sup>. Solange aber keine derartige Gefährdung in Frage steht, muss es beim Grundsatz bleiben, dass nationale Gerichte zwar vorlegen können, hierzu aber nicht verpflichtet sind.

#### e) Staatshaftung

Das vom EG-Vertrag zur Verfügung gestellte bzw. vom EuGH durch Rechtsfortbildung entwickelte Instrumentarium zur Sicherung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird ergänzt durch den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch<sup>535</sup>. Er erfasst sowohl Verstöße gegen das primäre als auch gegen das sekundäre Gemeinschaftsrecht. Sein Hauptanwendungsgebiet liegt jedoch auf dem Bereich des Sekundärrechts. Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch dient hier vor allem

---

<sup>533</sup> EuGH aaO.

<sup>534</sup> A.A. W.-H. Roth, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 884 in Fußn. 216.

<sup>535</sup> Die zu diesem Thema erschienene Literatur ist mittlerweile unüberschaubar. Vgl. allein monographisch z.B. *Albers*, Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Nichtumsetzung von EG-Richtlinien; *Alonso García*, La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario; *Binia*, Das Francovich-Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Kontext des deutschen Staatshaftungsrechts; *Claßen*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien; *Cobrerros Mendazona*, Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del estado; *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch; *Diehr*, Der Staatshaftungsanspruch des Bürgers wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch die deutsche öffentliche Gewalt; *Geiger*, Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Staatshaftung; *Gratias*, Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt?; *Henrichs*, Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht; *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten; *Preiß-Jankowski*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips; *Seltenreich*, Die Francovich-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 273 ff.; *Vrba*, EU-Recht - Handbuch Staatshaftung; *Wolf*, Die Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik für Verstöße gegen das Europäische Gemeinschaftsrecht; *Zenner*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Normen. Eine äußerst hilfreiche, meist sehr aktuelle und von *Betlem/Schoißwohl* erarbeitete Zusammenstellung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs sowie nationaler Gerichte zur gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung (einschließlich von Hinweisen auf beim EuGH anhängige Verfahren) findet sich im Internet unter <http://www.eel.nl/dossier/francovi.htm>.

dazu, Rechtsschutzlücken, die aufgrund einer fehlenden unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien entstehen können, zu schließen. Dies gelingt freilich, wie noch zu zeigen sein wird, aufgrund der vom EuGH postulierten Tatbestandsvoraussetzungen nicht immer. Besondere Bedeutung kommt dem gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruch naturgemäß im Bereich des Privatrechts zu, da Richtlinien keine unmittelbare horizontale Wirkung eignet.

aa) Dogmatische Herleitung und Inkorporation in das nationale Recht

Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch wurde vom EuGH erstmals in der Entscheidung „Francovich“ herausgearbeitet. Maßgebliches Begründungskriterium war anfangs das gemeinschaftsrechtliche Effizienzgebot, also der Grundsatz des „effet utile“, dem als zweiter, ergänzender Begründungsansatz der Hinweis auf Art. 10 EGV zur Seite gestellt wurde. Ersichtlich im Vordergrund steht dabei die Sicherung der durch das Gemeinschaftsrechts begründeter Rechte des Einzelnen gegenüber dem vertragsbrüchigen Mitgliedstaat:

„Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, dass seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. Diese Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat ist vor allem dann unerlässlich, wenn die volle Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen davon abhängt, dass der Staat tätig wird, und der Einzelne deshalb im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihm durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte von den nationalen Gerichten nicht geltend machen kann.

Der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt somit aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung.

Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Ersatz dieser Schäden findet auch in Art. 5 EWG-Vertrag eine Stütze, nach dem die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts zu treffen und folglich auch die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben haben“<sup>536</sup>.

---

<sup>536</sup> EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5358, 5414 Egrd. 33 - Francovich. Vgl. dazu allein aus dem deutschen Schrifttum u.a. *Bahlmann*, DWiR 1992, 61; *Buschhaus*, JA 1992, 142; *Clausen/Eck*, JA 1993, 329; *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733; *Fischer*, EuZW 1992, 41; *Geiger*, DVBl. 1993, 465; *Gellermann*, EuR 1994, 342; *Häde*, BayVBl. 1992, 449; *Hailbronner*, JZ 1992, 284; *Karl*, RIW 1992, 440; *Meier*, RIW 1992, 245; *Nettesheim*,

Eine so weitgehende Fortbildung des Gemeinschaftsrechts durch die Judikative sah sich naturgemäß Kritik ausgesetzt<sup>537</sup>. Der EuGH war daher in den nachfolgenden Entscheidungen bemüht, den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auf einer noch breiteren dogmatischen Grundlage abzusichern. Dies war außerdem deshalb notwendig, weil der Anspruch in der Folgerechtsprechung auch auf mitgliedstaatliche Verstöße gegen unmittelbar anwendbare Vorschriften des Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, erstreckt wurde. Der EuGH weist insoweit zunächst darauf hin, dass es sich bei der Frage nach dem Bestehen und dem Umfang der Haftung eines Staates für Schäden, die sich aus einem Verstoß gegen seine gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen ergeben, um Fragen handelt, die die Auslegung des Vertrages betreffen. Diese fällt aber in die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Der EuGH stützt seine Kompetenz zur Rechtsfortbildung also auf Art. 220 EGV<sup>538</sup>:

„Soweit der Vertrag keine Vorschriften enthält, die die Folgen von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich und genau regeln, hat der Gerichtshof in Erfüllung der ihm durch Art. 164 des Vertrages übertragenen Aufgabe, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern, über eine solche Frage nach den allgemein anerkannten Auslegungsmethoden zu entscheiden, insbesondere in dem er auf die Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung und gegebenenfalls auf allgemeine Grundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, zurückgreift“<sup>539</sup>.

Der Gerichtshof greift sodann auf einen Art. 288 Abs. 2 EGV zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsgedanken zurück. Zwar regelt die Vorschrift nur die Verpflichtung der Gemeinschaft, im Bereich der außervertraglichen Haftung den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden zu ersetzen. Nach Auffassung des EuGH handelt es sich dabei jedoch nur um

---

DÖV 1992, 999; *Ossenbühl*, DVBl. 1992, 993; *Pieper*, NJW 1992, 2454; *Prieß*, NVwZ 1993, 118; *Schlemmer-Schulte/Ukrow*, EuR 1992, 82; *Schockweiler*, EuR 1993, 107; *Triantafyllou*, DÖV 1992, 564. Außerdem etwa *Bebr*, CMLR 1992, 557; *Caranta*, Cambr. L. J. 1993, 272; *Carnelutti*, RMUE 1992, 187; *Plaza Martín*, ICLQ 1994, 26; *Ross*, MLR 1993, 55; *Schockweiler*, RTDE 1992, 27; *Steiner*, ELR 1993, 3; *Szysczak*, MLR 1992, 690; *Temple Lang*, Fordh. Int. L. J. 1992/93, 1;

<sup>537</sup> Vgl. z.B. *Ossenbühl*, DVBl. 1992, 993, 994: „... apodiktisch, thesenhaft, eher dezisionistisch als deduktiv“.

<sup>538</sup> Vgl. EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1143 Egrd. 25 - *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*.

<sup>539</sup> Vgl. EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1143 Egrd. 27 - *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*. Art. 164 = Art. 220 EGV idF des Vertrags von Amsterdam.

„eine Ausprägung des in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Grundsatzes, daß eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht“<sup>540</sup>.

Der Gerichtshof macht außerdem darauf aufmerksam, dass auch in einer großen Anzahl von nationalen Rechtsordnungen das Staatshaftungsrecht entscheidend im Wege der Rechtsprechung entwickelt worden ist<sup>541</sup>. Die dogmatische Grundlage des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bildet folglich neben dem Grundsatz des „effet utile“ und der aus Art. 10 EGV resultierenden Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue auch der allgemeine, in Art. 288 Abs. 2 EGV für das Handeln der Gemeinschaftsorgane konkretisierte Grundsatz, dass eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung grundsätzlich die Verpflichtung der jeweiligen öffentlichen Stelle bzw. ihrer Rechtsträger zum Ersatz der in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schäden nach sich zieht.

Die so begründete Pflicht zur Schadensersatzleistung für mitgliedstaatliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht ist originär gemeinschaftsrechtlicher Natur. Ihre Voraussetzungen werden allein durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt. Den nationalen Rechten bleibt allerdings die nähere Ausgestaltung eines etwaigen Entschädigungsanspruchs überlassen. Sie sind primärrechtlich verpflichtet, für die vom gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch erfassten Fälle in ihren nationalen Staatshaftungsrechten eine entsprechende Schadensersatzpflicht vorzusehen. Anzuwenden sind vom nationalen Gericht daher die nationalen Haftungsregeln<sup>542</sup>. Diese müssen freilich die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen. Andernfalls sind sie entsprechend zu modifizieren<sup>543</sup>. Das Gemeinschaftsrecht bedient sich so zur Anspruchsverwirk-

---

<sup>540</sup> Vgl. EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1143 Egrd. 29 - Brasserie du Pêcheur und Factortame.

<sup>541</sup> Vgl. EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1143 Egrd. 30 - Brasserie du Pêcheur und Factortame.

<sup>542</sup> A.A. anscheinend BGH 24.10.1996 BGHZ 134, 30, 36 f., der von einem Anspruch „aus“ Art. 10 EGV ausgeht. Wie hier dagegen *Buschhaus*, JA 1992, 142, 147; *Claßen*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien, 137 f.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 253; *Häde*, BayVBl. 1992, 449, 453; *Jarass*, NJW 1994, 881 f.; *Lecheler*, Europarecht, 179; *Leible/Sosnitza*, MDR 1993, 1159, 1160; *Nettesheim*, DÖV 1992, 999, 1000; *Gundel*, DVBl. 2001, 95, 100; *Ossenbühl*, DVBl. 1992, 993, 996; *Streinz*, EuZW 1993, 599; für einen direkt aus dem gemeinschaftsrecht resultierenden Anspruch hingegen etwa *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 92 ff.; *Ewert*, RIW 1993, 881, 883; *Hailbronner*, JZ 1992, 284; *Karl*, RIW 1992, 440, 441; *Prieß*, NVwZ 1993, 118, 121; *Schimke*, EuZW 1993, 698, *Schlemmer-Schulte/Ukrow*, EuR 1992, 82, 90.

<sup>543</sup> Vgl. auch *Streinz*, EuZW 1996, 201, 203; *Ehlers*, JZ 1996, 776, 777.

lichung der nationalen Normen, im deutschen Recht beispielsweise der Vorschrift des § 839 BGB iVm Art. 34 GG. Dabei dürfen die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die das nationale Recht betreffen, und außerdem nicht so ausgestaltet sein, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen<sup>544</sup>. Steht das nationale Recht einer Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs im Wege, kann das gemeinschaftsrechtlich geforderte Ergebnis also auch nicht mittels einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung erreicht werden, muss es entsprechend angepasst und darf ansonsten nicht angewendet werden. Hieraus resultieren teilweise weitreichende Folgen für die nationalen Staatshaftungsrechte. So lehnte beispielsweise der BGH eine Haftung für legislatives Unrecht stets ab, da mangels hinreichender Drittbezogenheit eine Amtspflicht der Parlamentsabgeordneten gegenüber dem Bürger nicht bestehe<sup>545</sup>. Daran lässt sich nunmehr nicht festhalten.

Die Entscheidung darüber, welche Stelle zum Ersatz verpflichtet und damit Haftungsschuldner ist, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Dadurch wird nicht nur dem bundestaatlichen Aufbau einzelner Mitgliedstaaten Rechnung getragen, sondern überhaupt ihre Autonomie zur Strukturierung der Staatsverwaltung respektiert. Zwar muss jeder Mitgliedstaat sicherstellen, dass dem einzelnen der Schaden ersetzt wird, der ihm durch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht entstanden ist, gleichgültig, welche staatliche Stelle diesen Verstoß begangen hat und welche Stelle nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats diesen Schadensersatz grundsätzlich zu leisten hat. Die Mitgliedstaaten können sich ihrer Haftung also nicht dadurch entziehen, dass sie auf die interne Verteilung der Zuständigkeiten und der Haftung auf Körperschaften verweisen, die nach ihrer Rechtsordnung bestehen, oder dass sie geltend machen, der staatlichen Stelle, die den Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht begangen habe, hätten nicht die erforderlichen Befugnisse, Kenntnisse oder Mittel zur Verfügung gestanden. Es bleibt ihnen aber unbenommen, vorzusehen, dass Schäden, die dem einzelnen durch innerstaatliche Maßnahmen entstanden sind, die etwa eine vom Gesamtstaat unabhängige Gebietskörperschaft oder eine öffentlich-rechtliche Einrichtung unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht getroffen hat, auch von dieser ersetzt werden müssen. sofern die innerstaatlichen Verfahrensregelungen einen wirksamen Schutz der Rechte ermöglichen, die dem einzelnen aufgrund Gemeinschaftsrechts zustehen, und die Geltendmachung dieser Rechte nicht gegenüber derjenigen solcher Rechte erschwert ist, die dem einzelnen nach innerstaatlichem Recht

---

<sup>544</sup> EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5357, 5415 f. Egrd. 42 f. - Francovich; 10.7.1997 Slg. 1997, I-3969, 4024 Egrd. 40 - Bonifaci; 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531, 1600 Egrd. 111 - Norbrook Laboratories; 4.7.2000 EuZW 2000, 733, 735 Egrd. 33 - Haim.

<sup>545</sup> BGH 29.3.1971 BGHZ 56, 40, 44; 24.6.1982 BGHZ 84, 292, 300; 30.5.1983 87, 321, 345. Weitere Nachweise bei *Dohnhold*, DÖV 1991, 152, 153 in Fußn. 9.

zustehen<sup>546</sup>. Eine Inanspruchnahme des Mitgliedstaats anstelle der nach seinem Recht zum Haftungsschuldner bestimmten Körperschaft kommt folglich nur in Betracht, wenn zwar die Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs vorliegen, dessen Geltendmachung jedoch an der Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts scheitert<sup>547</sup>.

Der Anspruch auf Ersatz der Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, setzt die kumulative Erfüllung von drei Bedingungen voraus: die gemeinschaftsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, muss die Verleihung von Rechten an den Geschädigten bezwecken, der Verstoß hinreichend qualifiziert sein und zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen<sup>548</sup>. Diese allgemeinen Voraussetzungen sind dann in Abhängigkeit davon, ob es sich um einen Verstoß gegen Primär- oder Sekundärrecht handelt, entsprechend zu präzisieren.

#### bb) Verstöße gegen EG-Primärrecht

Ansprüche aus gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftung können nicht nur aufgrund einer unterbliebenen oder fehlerhaften Umsetzung von EG-Richtlinien entstehen, sondern in allen Fällen einer Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten bzw. deren Organe. Individualrechtsschützende Normen sind im EG-Vertrag recht verbreitet. Den Schutz des Einzelnen bezweckten z.B. im Fall „Brasserie du Pêcheur“ die Vorschrift des Art. 28 EGV, in der Sache „Factortame“ Art. 43 EGV und in „Hedley Lomas“ Art. 30 EGV. Probleme bereitet freilich häufig die Feststellung des vom EuGH stets geforderten „qualifizierten Verstoßes“. Ein solcher liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat oder ein Gemeinschaftsorgan die seinem Ermessen gesetzten Grenzen offenkundig und erheblich überschritten hat. Der Gerichtshof verweist hier auf seine Rechtsprechung zu Art. 288 EGV. Es bedarf also zunächst einer Klärung der Frage, ob dem

---

<sup>546</sup> Zu den Einzelheiten vgl. EuGH 1.9.1999 Slg. 1999, I-3099, 3140 Egrd. 61 ff. - Konle; 4.7.2000 EuZW 2000, 733, 734 Egrd. 25 ff. - Haim.

<sup>547</sup> Ausführlich *Gundel*, DVBl. 2001, 95.

<sup>548</sup> EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1149 Egrd. 51 - Brasserie du pêcheur und Factortame; 26.3.1996 Slg. 1996 I-1631, 1668 Egrd. 39 - British Telecommunications; 23.5.1996 Slg. 1996, I-2553, 2613 Egrd. 25 - Hedley Lomas; 8.10.1995 Slg. 1996, I-4845, 4878 Egrd. 21 - Dillenkofer; 22.4.1997 Slg. 1997, I-2163, 2191 Egrd. 32 - Sutton; 10.7.1997 Slg. 1997, I-3969, 4021 Egrd. 47 - Bonifaci; 10.7.1997 Slg. 1997, I-4025, 4046 Egrd. 25 - Palmisani; 10.7.1997 Slg. 1997, I-4051, 4073 Egrd. 35 - Maso; 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531, 1599 Egrd. 107 - Norbrook Laboratories; 24.9.1998 Slg. 1998, I-5255, 5281 Egrd. 25 - Brinkmann; 15.6.1999 Slg. 1999, I-3499, 3533 Egrd. 21 - Rechberger; 4.7.2000 EuZW 2000, 733, 735 Egrd. 36 - Haim.

vermeintlich gemeinschaftsrechtswidrig handelnden Mitgliedstaat überhaupt ein Ermessensspielraum eröffnet war. Ist dies nicht der Fall, kann ohne weiteres vom Vorliegen eines „qualifizierten Verstoßes“ ausgegangen werden<sup>549</sup>. Ansonsten kommt die Annahme eines „qualifizierten Verstoßes“ nur in Betracht, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass die dem Mitgliedstaat gesetzten Ermessensgrenzen offenkundig und erheblich überschritten worden sind. Letztlich bedarf es einer wertenden Gesamtbetrachtung, in deren Rahmen zu berücksichtigen ist:

„..., das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzenen Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden belässt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahme oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden“<sup>550</sup>.

Von einem offenkundig qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist auf jeden Fall auszugehen, wenn der in Frage stehende Verstoß bereits vor Schadenseintritt in einem Urteil des Gerichtshofs als gemeinschaftsrechtswidrig beanstandet worden ist oder sich die Pflichtwidrigkeit des mitgliedstaatlichen Verhaltens aus einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des EuGH ergibt<sup>551</sup>. Die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts genügt außerdem stets dann, wenn dem Mitgliedstaat zwar ein Ermessensspielraum zustand, dieser aber erheblich verringert oder gar auf Null reduziert war<sup>552</sup>.

Ein Anspruch wegen Verstößen gegen das EG-Primärrecht ist im Bereich des Privatrechts zwar durchaus denkbar, angesichts der nur in begrenztem Umfang freiheitsbehindernden Wirkung privatrechtlicher Normen aber wenig wahrscheinlich. Dies gilt umso mehr, als der EuGH sich gegenüber der Annahme eines Verstoßes von privatrechtlichen Normen

<sup>549</sup> EuGH 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531, 1599 Egrd. 109 - Norbrook Laboratories.

<sup>550</sup> EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1150 Egrd. 56 - Brasserie du Pêcheur und Factortame; 26.3.1996 Slg. 1996, I-1631, 1668 f. Egrd. 42 - British Telecommunications; 17.10.1996 Slg. 1996, I-5063, 5101 f. Egrd. 50 - Denkavit; 4.7.2000 EuZW 2000, 733, 735 Egrd. 43 - Haim.

<sup>551</sup> EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1150 Egrd. 57 - Brasserie du Pêcheur und Factortame.

<sup>552</sup> EuGH 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531, 1599 Egrd. 109 - Norbrook Laboratories.

gegen die Grundfreiheiten bislang meist recht reserviert geäußert hat. Daher wird, sollte sich dies zukünftig einmal ändern, zumindest anfangs nur in den wenigsten Fällen von einem „qualifizierten Verstoß“ im Sinne seiner Staatshaftungsrechtsprechung ausgegangen werden können. Die Mitgliedstaaten werden sich bei EG-vertragswidrigen Normen ihres Privatrechts nur dann der Gefahr einer Haftung ausgesetzt sehen, wenn der EuGH schon vor Schadenseintritt das nationale Recht wegen seiner beschränkenden Wirkung für unanwendbar erklärt, der Mitgliedstaat aber gleichwohl an ihm festgehalten hat<sup>553</sup>. Hinzu kommt, dass die EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten<sup>554</sup> zu einer erheblichen Einschränkung des potenziellen Anwendungsbereichs von auf Verstößen gegen das EG-Primärrecht gestützten Staatshaftungsansprüchen führt. Aber selbst wenn man der hier vertretenen Lösung einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten folgt, bleibt das Problem der Vorhersehbarkeit und damit der Möglichkeit, einen „qualifizierten Verstoß“ bejahen zu können, unverändert bestehen<sup>555</sup>.

cc) Unterbliebene und fehlerhafte Umsetzung von EG-Richtlinien

Für die Fallgruppe fehlender oder mangelhafter Richtlinienumsetzung hat der EuGH die Voraussetzungen einer gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung dahingehend konkretisiert, dass das von der Richtlinie vorgegebene Ziel die Verleihung von Rechten an Einzelne enthalten, der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmbar sein und ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Mitgliedstaat auferlegte Verpflichtung und dem den Geschädigten entstandenen Schaden bestehen muss<sup>556</sup>. Auf ein individuelles Verschulden staatlicher Amtsträger kommt es nicht an. An die Stelle des nach deutschem Recht erforderlichen Verschuldens tritt die Notwendigkeit eines hinreichend qualifizierten Verstoßes<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> So auch *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 168.

<sup>554</sup> Vgl. dazu § 4, C I 3 a.

<sup>555</sup> Vgl. dazu § 4, I 3 b, bb.

<sup>556</sup> Grundlegend EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5357, 5415 Egrd. 40 - Francovich; präzisiert in EuGH 8.10.1996 Slg. 1996, I-4845, 4879 Egrd. 22 - Dillenkofer; vgl. auch EuGH 26.3.1996 Slg. 1996, I - 1631-Britisch Telecommunications; 22.4.1997 Slg. 1997, I-2163 - Sutton; 10.7.1997 Slg. 1997, I-3969 - Bonifaci; 10.7.1997 Slg. 1997, I-4025 - Palmisani; 10.7.1997 Slg. 1997, I-4051 - Maso; 2.4.1998 Slg. 1998, I-1531 - Norbrook Laboratories; 24.9.1998 Slg. 1998, I-5255 - Brinkmann; 15.6.1999 Slg. 1999, I-3499 - Rechberger; 4.7.2000 EuZW 2000, 733 - Haim.

<sup>557</sup> Vgl. dazu *Streinz/Leible*, ZIP 1996, 1931, 1932 f.

aaa) Verleihung eines inhaltlich hinreichend bestimmten Rechts an Einzelne

Die Annahme eines Staatshaftungsanspruchs setzt zunächst voraus, dass die verletzte gemeinschaftsrechtliche Norm auch dem Schutz Einzelner dient. Ihr muss sich mit hinreichender Sicherheit entnehmen lassen, dass es ihr Ziel ist, dem Betroffenen subjektive Rechte zu verschaffen<sup>558</sup>. Das setzt nicht notwendigerweise eine unmittelbare Anwendbarkeit der in Frage stehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften voraus. Vielmehr können auch in EG-Richtlinien enthaltene Regelungen dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen, und zwar selbst dann, wenn sie nicht unmittelbar anwendbar sind, weil es z.B. an einer hinreichenden Genauigkeit fehlt oder - wie etwa in „Faccini Dori“<sup>559</sup> oder „El Corte Inglés“<sup>560</sup> - ein zwischen Privaten bestehendes Rechtsverhältnis zu beurteilen ist. So war beispielsweise im Fall „Francovich“ der Inhalt der durch die Richtlinie gewährten Rechte bestimmbar, nicht aber der Schuldner<sup>561</sup>. Und in der Sache „Dillenkofer“ ergab sich zwar eindeutig aus der Pauschalreise-Richtlinie, dass deren Art. 7 den Pauschalreisenden das Recht verleiht, die Erstattung der von diesem gezahlten Beträge und seine Rückreise im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Veranstalters verlangen zu können. Nicht geregelt war hingegen, gegen wen ein Erstattungsanspruch zu richten ist. Der den Mitgliedstaaten insoweit eingeräumte Ermessensspielraum betrifft jedoch lediglich die Modalitäten, nicht hingegen das vorgeschriebene Ziel einer Sicherung geleisteter Anzahlungen. Für den Staatshaftungsanspruch genügt aber bereits die inhaltliche Unbedingtheit und Genauigkeit der dem Einzelnen einzuräumenden Rechtsposition, weil damit die Verpflichtung des Staates zur Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses besteht. Auf diese Weise ergänzt der Staatshaftungsanspruch die unmittelbare Wirkung von Richtlinien, sofern diese aufgrund eines dem Staat bei der Wahl der Mittel zugestandenen Ermessensspielraums oder aber wegen der Regelung von Rechtsbeziehungen zwischen Privaten nicht zum Tragen kommen kann<sup>562</sup>.

Bei Verbraucherschützenden Richtlinien des europäischen Schuldvertragsrechts wird die Voraussetzung der Verleihung eines dem Schutz Einzelner dienenden Rechts, dessen Inhalt mit hinreichender Genauigkeit ei-

<sup>558</sup> Vgl. z.B. EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5357, 5415 Egrd. 40 - Francovich; 8.10.1996 Slg. 1996, I-4845, 4879 Egrd. 22- Dillenkofer.

<sup>559</sup> EuGH 14.7.1994 Slg. 1994, I-3325 - Faccini Dori.

<sup>560</sup> EuGH 7.3.1996 Slg. 1996, I-1281 - El Corte Inglés.

<sup>561</sup> EuGH 19.11.1991 Slg. 1991, I-5357, 5412 Egrd. 26 - Francovich.

<sup>562</sup> *Streinz/Leible*, ZIP 1996, 1931, 1934.

ner Regelung entnommen werden kann, stets erfüllt sein. erinnert sei an die zahlreichen Vertragslösungsrechte oder die häufig vorgeschriebene Insolvenzversicherung für vom Verbraucher erbrachte Vorleistungen. Aber auch außerhalb des Verbraucherrechts lassen sich durchaus Beispiele finden. Hinzuweisen ist etwa auf Art. 1 der Produkthaftungs-Richtlinie oder den in Art. 17 der Handelsvertreter-Richtlinie vorgesehenen Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Zwar gesteht die Vorschrift den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht hinsichtlich einer Ausgestaltung zu. Sie können in ihrem nationalen Recht entweder einen Ausgleichs- oder einen Schadensersatzanspruch vorsehen, die auch unterschiedlich berechnet werden. Ein „Mindestanspruch“ lässt sich aber zweifelsohne bestimmen. Schwieriger wird die Beurteilung schon bei wirtschaftspolitisch motivierten Regelungen. Ausgeschlossen ist aber auch hier nicht, dass mit ihnen zugleich das Ziel eines Individualschutzes verfolgt wird. Deutlich wird dies z.B. bei der Zahlungsverzugs-Richtlinie, die u.a. die mit dem Zahlungsverzug einhergehende Gefahr von Unternehmensinsolvenzen und daraus resultierenden Arbeitsplatzverlusten bekämpfen möchte<sup>563</sup>. Zumindest Art. 4 verleiht mit der in dieser Vorschrift statuierten Pflicht der Mitgliedstaaten, einen wirksam begründeten Eigentumsvorbehalt des Verkäufers anzuerkennen, zugleich ein mit hinreichender Genauigkeit bestimmbares subjektives Recht; der Verkäufer darf die sich aus seinem Eigentumsvorbehalt ergebenden Rechte auch dann geltend machen, wenn nach einem Lageortwechsel innerhalb der Gemeinschaft aufgrund der nationalen Kollisionsregeln nunmehr das Recht eines anderen Mitgliedstaats Anwendung findet<sup>564</sup>. Nicht ganz so leicht fällt dagegen die Einordnung der in Art. 3 statuierten Pflicht zur Zinszahlung bei Zahlungsverzug der anderen Vertragspartei, da damit - anders als etwa bei den Vertragslösungsrechten der Richtlinien zum zivilrechtlichen Verbraucherschutz - lediglich dispositives Recht gesetzt werden soll<sup>565</sup>. Abweichende Abreden zwischen den Vertragsparteien über den Zahlungstermin und die Folgen seines Verstreichens bleiben möglich. Eine Grenze zieht Art. 3 Abs. 3 allein für den Gläubiger grob benachteiligende Vereinbarungen. Ob ein derart unbestimmter Rechtsbegriff für die Annahme hinreichender Genauigkeit genügt, erscheint fraglich. Erwähnenswert

---

<sup>563</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2000/35/EG vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. EG 2000 L 200, 35.

<sup>564</sup> *Gsell*, ZIP 2000, 1861, 1873; *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97, 101; *Schulte-Braucks*, FS Immenga, unter 2.3.2.

<sup>565</sup> Vgl. Erwägungsgrund 19; außerdem *Gsell*, ZIP 2000, 1861, 1871; *Huber*, JZ 2000, 957, 958 f.; *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97, 98 und 100; *Schulte-Braucks*, NJW 2001, 103, 106.

ist weiterhin Art. 9 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie. Die Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege ermöglicht. Sie haben insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass ihre für den Vertragsschluss geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge bilden noch dazu führen, dass diese Verträge aufgrund des Umstandes, dass sie auf elektronischem Wege zustande gekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben. Dem einzelnen wird so das Recht eingeräumt, unter Beachtung des ansonsten anwendbaren Zivilrechts mittels der von der Richtlinie erfassten Kommunikationstechniken zu kontrahieren.

Schwierig fällt die Feststellung der Rechtsverleihung an Einzelne schließlich bei den zahlreichen Richtlinien auf dem Gebiet der Banken-, Wertpapierhandels- und Versicherungsaufsicht und damit eng zusammenhängenden Rechtsakten. Deutlich geworden ist dies zuletzt im Rahmen der gegen die Bundesrepublik Deutschland geltend gemachten Staatshaftungsklagen wegen verspäteter Umsetzung der Einlagensicherung-<sup>566</sup>, der Kapitaladäquanz-<sup>567</sup> und Wertpapierdienstleistungsrichtlinie<sup>568</sup>. Jedenfalls lässt sich aus der primär wirtschaftungsverwaltungsrechtlichen Zielrichtung dieser Rechtsakte nicht ohne weiteres darauf schließen, dass sie nicht zugleich individualschützende Zwecke verfolgen und dem einzelnen hierzu hinreichend konkretisierbare Rechte verleihen<sup>569</sup>. Die nationale Dogmatik wird durch das Gemeinschaftsrecht überlagert, und allein dieses ist nach den mit ihm verfolgten Schutzzwecken zu befragen, notfalls unter Zuhilfenahme des EuGH.

#### bbb) Hinreichend qualifizierter Verstoß

Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist als hinreichend qualifiziert anzusehen, wenn ein Mitgliedstaat bei der Ausübung seiner Gesetzgebungsbefugnis deren Grenzen offenkundig und erheblich überschritten

---

<sup>566</sup> Richtlinie 94/19/EG vom 30.5.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. EG 1994 L 135, 1. Vgl. dazu LG Bonn 16.4.1999 ZIP 1999, 959 = RIW 2000, 384 m. Anm. Hobe = EWiR Art. 249 EGV 1/99, 883 (Sethe); 4.10.1999 ZIP 1999, 2051 = EWiR Art. 249 EG 2/2000, 233 (Sethe); weiterhin *Gratias*, Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt; *ders.*, NJW 2000, 786; *Sethe*, ZBB 1998, 305.

<sup>567</sup> Richtlinie 93/6/EWG vom 15.3.1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. EG 1993 L 141, 1. Vgl. dazu LG Bonn 6.9.1999 ZIP 1999, 1595 = EWiR Art. 249 EGV 1/2000, 23 (Gramlich).

<sup>568</sup> Richtlinie 93/22/EWG vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993 L 141, 27. Vgl. dazu LG Bonn 6.9.1999 ZIP 1999, 1592 = EWiR Art. 249 EGV 1/2000, 231 (Böhm).

<sup>569</sup> Ausführlich dazu *Gratias*, aaO; vgl. auch *W.-H. Roth*, Festgabe 50 Jahre BGH, 847, 855 f.

hat<sup>570</sup>. Bei einer gänzlich fehlenden oder verspäteten Richtlinienumsetzung ist das immer der Fall<sup>571</sup>. Bei einer unzulänglichen Richtlinienumsetzung, die nicht im Fehlen einer Rechtsnorm an sich, sondern allein in deren inhaltlichem Zurückbleiben gegenüber den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben besteht, ist auf das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift abzustellen. Der EuGH verlangt, dass die vom Mitgliedstaat vorgenommene Auslegung in einem offenkundigen Widerspruch zu ihrem Wortlaut und dem mit ihr verfolgten Ziel stehen muss<sup>572</sup>, die Abweichung also so eklatant ist, dass keine vernünftigen Zweifel an der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des nationalen Umsetzungsakts bestehen können. Verbleiben hingegen Schwierigkeiten und Auslegungsspielräume, ist das Merkmal des hinreichend qualifizierten Verstoßes nicht erfüllt.

Bei der Feststellung eines offenkundigen Widerspruchs ist die Auslegung des in Frage stehenden gemeinschaftlichen Rechtsakts durch andere Mitgliedstaaten oder die Kommission zu berücksichtigen<sup>573</sup>. Werden sie von einigen oder gar der überwiegenden Anzahl der Mitgliedstaaten genauso wie vom verklagten Mitgliedstaat ausgelegt, ist dies zwar nicht allein entscheidend, aber immerhin ein beachtenswertes Indiz, das gegen die Annahme einer offenkundigen Widersprüchlichkeit der mitgliedstaatlichen Norminterpretation steht. So stellt der EuGH z.B. im Verfahren „Denkavit“, in dem es um eine fehlerhafte Auslegung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 90/435/EG<sup>574</sup> ging, fest, „daß nahezu alle Mitgliedstaaten, die von der Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht haben, die gleiche Auslegung wie die Bundesrepublik Deutschland zugrunde gelegt haben“<sup>575</sup>, und lehnt u.a. deshalb die Annahme eines qualifizierten Verstoßes ab.

Zur Begründung der sehr weitgehenden Haftungsrestriktion bei Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung durch das Merkmal des hinreichend qualifizierten Verstoßes verweist der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zu Art. 288 EGV, wonach normatives Handeln der Gemeinschaft und ihrer Organe nur bei schweren Fehlern eine Scha-

---

<sup>570</sup> EuGH 5.3.1996 Slg. 1996, I-1029, 1150 Egrd. 55 - Brasserie du Pêcheur und Factotame; 26.3.1996 Slg. 1996, I-1631, 1669 Egrd. 42 - British Telecommunications; 8.10.1996 Slg. 1996, I - 4845, 4879 Egrd. 25 - Dillenkofer; 17.10.1996 Slg. 1996, I-5063, 5101 Egrd. 50 - Denkavit; 2.4.1998 Slg. 1997, I-1531, 1599 Egrd. 109 - Norbrook Laboratories.

<sup>571</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundatz ist freilich angebracht, wenn es zwar an einer Umsetzung fehlt, die nationalen Behörden eine Richtlinienbestimmung jedoch unmittelbar anwenden, vgl. EuGH 24.9.1998 Slg. 1998, I-5255, 5291 f. Egrd. 29 - Brinkmann.

<sup>572</sup> EuGH 26.3.1996 Slg. 1996, I-1631, 1669 Egrd. 42 und 43 - British Telecommunications; 15.6.1999 Slg. 1999, I-3499, 3540 Egrd. 50 - Rechberger.

<sup>573</sup> Vgl. z.B. EuGH 26.3.1996 Slg. 1996, I-1631, 1669 Egrd. 42 und 43 - British Telecommunications; 24.9.1998 Slg. 1998, I-5255, 5292 Egrd. 31 - Brinkmann.

<sup>574</sup> Richtlinie 90/435/EWG vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EG 1990 L 225, 6.

<sup>575</sup> EuGH 17.10.1996 Slg. 1996, I-5063, 5102 Egrd. 51 - Denkavit.

denersatzpflicht auslösen kann<sup>576</sup>. Das ist konsequent. Man kann von den Mitgliedstaaten nicht mehr verlangen als von der Gemeinschaft und ihren Organen<sup>577</sup>.

ccc) Schadenbegründenden Kausalität.

Die Annahme eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs setzt schließlich voraus, dass das zu schützende Privatrechtssubjekt durch den qualifizierten Verstoss geschädigt wurde. Der Betroffene muss nachweisen, dass ihm durch die unterbliebene oder fehlerhafte Richtlinienumsetzung ein Schaden entstanden ist. Gefordert wird also ein ursächlicher Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung des Gemeinschaftsrechts und dem entstandenen Schaden. Eine solche schadensbegründende Kausalität liegt vor, wenn der haftungsbegründende Verstoß bei einem gewöhnlichen Verlauf der Dinge vorhersehbar dazu geeignet war, den Schaden herbeizuführen. Wäre der Schaden ohnehin, also auch bei korrektem staatlichen Verhalten eingetreten, ist der ursächliche Zusammenhang hingegen zu verneinen<sup>578</sup>. Es sind vor allem die hier auftretenden Beweisprobleme, die dem Staatshaftungsanspruch einiges von seinen Effizienz nehmen und dazu führen, dass er kein vollwertiger Ersatz für die fehlende unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen zwischen Privaten ist. Mitunter mag es ausreichen, alternativ die Richtlinienregelung und die nationale Regelung in ihrer Auswirkung auf einen zu entscheidenden Rechtsstreit *ex post* anzuwenden. Eine solche komparative Schadensanalyse wird meist keine Nachweisprobleme aufwerfen, geht es doch allein um Rechtsanwendung<sup>579</sup>. Schwieriger zu beurteilen sind hingegen Fälle, in denen eine EG-Richtlinie nicht umgesetzt wurde und von einer Person bestimmte, gemeinschaftsrechtlich angeordnete Verhaltenspflichten nicht befolgt wurden. Auch in diesen Fällen ist zwar ein Schadensnachweis nicht *per se* ausgeschlossen, wie insbesondere der Fall der Pauschalreise-Richtlinie zeigt. Hier ergibt sich ohne weiteres, dass dem Pauschalreisenden aufgrund der Nichtumsetzung oder fehlerhaften Umsetzung seine Anzahlung nicht zurückerstattet wird, und dies zweifelsohne auf dem mitgliedsstaatlichen

---

<sup>576</sup> Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Grabitz/Hilf-von Bogdandy, Art. 215 EGV a. F. Rdnr. 83 ff.

<sup>577</sup> Zur Parallelität der Haftung der EG und der Mitgliedstaaten vgl. auch m. w. Nachw. Grabitz/Hilf-von Bogdandy, Art. 215 EGV a. F. Rdnr. 5 - 7 und 121; van Gerven, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Rechts*, 179.

<sup>578</sup> *Streinz/Leible*, ZIP 1996, 1931, 1934.

<sup>579</sup> So *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1. Teil Rdnr. 171.

Fehlverhalten beruht<sup>580</sup>. Welche Schwierigkeiten mit den notwendigen Schadensnachweis verbunden sind, zeigt aber die EuGH-Entscheidung „Daihatsu“. Wer Ersatzansprüche geltend macht, muss darlegen, dass ihm durch die unzureichende Sanktionierung der Offenlegungspflicht ein Schaden entstanden ist. Er muss also nachweisen, dass der Jahresabschluss bei gemeinschaftsrechtskonformer Sanktionierung offengelegt worden wäre, er sich bei dessen Kenntnis anders verhalten hätte und dadurch die erlittene Einbuße an rechtlich geschützten Gütern vermieden worden wäre. Selbst wenn man die Betonung der Staatshaftung durch den EuGH als Hinweis auf eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Klägers versteht, dass bei hinreichender Sanktionierung auch tatsächlich eine Offenlegung erfolgt wäre<sup>581</sup>, wird der Kausalitätsnachweis schwierig zu führen sein. Ihm steht nicht nur das praktische Problem entgegen, dass der Kläger den Jahresabschluss mangels Offenlegung in der Regel nicht kennt<sup>582</sup>. Wesentlich bedeutsamer ist, dass Jahresabschlüsse zwar zur Vermittlung gewisser Informationen über die wirtschaftliche Lage einer Gesellschaft geeignet sind, aber keine gesicherte Erkenntnis über den tatsächlichen Unternehmenszustand vermitteln, sondern nur Prognoseentscheidungen erlauben, die in einem gerichtlichen Verfahren nur in beschränktem Umfang verifiziert werden können<sup>583</sup>. Der Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter oder unterbliebener Umsetzung von EG-Richtlinien wird daher nicht selten an derartigen Beweisproblemen scheitern<sup>584</sup>.

---

<sup>580</sup> Unbeachtlich ist in solchen Fällen der Einwand, selbst wenn die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt worden wäre, wäre es ja durchaus im Bereich des möglichen gewesen, dass die durch sie Verpflichteten ihre Verpflichtungen missachte hätten, vgl. *Streinz/Leible*, ZIP 1996, 1931, 1936 f., und nunmehr auch EuGH 15.6.1999 Slg. 1999, I-1999, 3499, 3547. Egrd. 76 - Rechberger: „Solche Umstände sind nämlich nicht geeignet, einen unmittelbaren Kausalzusammenhang auszuschließen, soweit sie nicht auch dann der Erstattung der gezahlten Beiträge und der Rückreise des Verbrauchers entgegengestanden hätten, wenn die Ausgestaltung der Garantieregelung mit Artikel 7 der Richtlinie vereinbar gewesen wäre“.

<sup>581</sup> So wohl *de Weerth*, BB 1998, 366, 369.

<sup>582</sup> Der Vorschlag von *Schulze-Osterloh*, ZIP 1997, 2157, 2158, im Verfahren den Geschäftsführer der Gesellschaft über den Inhalt des Jahresabschlusses als Zeugen zu hören, hilft nur bedingt weiter. Ungelöst bleibt das Problem der Klagebegründung. Ob vorher ein Auskunftsanspruch besteht, der das Recht zur Einsichtnahme in die Bilanz beinhaltet, erscheint jedoch fraglich.

<sup>583</sup> Weitgehend unbehilflich ist daher auch die von *Lenenbach*, DZWir 1998, 265, 269, vorgeschlagene Beweislastumkehr.

<sup>584</sup> Vgl. auch *Leible*, ZHR 1998, 594, 607; weitergehend jedoch *Nassall*, WM 1999, 657, 664.

## f) Die Mindestharmonisierung

Die ohnehin nicht einfache Handhabung des Richtlinienrechts bzw. der dieses umsetzenden nationalen Normen wird weiter dadurch verkompliziert, dass zahlreiche Richtlinien nicht zu einer umfassenden Harmonisierung führen, sondern lediglich Mindestanforderungen enthalten, die von den Mitgliedstaaten verschärft werden können. So bestimmt etwa Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie:

„Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Durch solche Bestimmungen können sie im Interesse der Allgemeinheit den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel, in ihrem Hoheitsgebiet unter Beachtung des EG-Vertrages verbieten.“<sup>585</sup>

Die Mitgliedstaaten machen von derartigen Mindeststandardklauseln sehr häufig Gebrauch<sup>586</sup>. So ging etwa der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie über die in Art. 6 Abs. 1 vorgesehene Dauer des Widerrufsrechts von 7 Tagen durch die Schaffung eines vierzehntätigen Widerrufsrechts in § 361a BGB hinaus. Und neuere Entscheidungen des BGH zur Wettbewerbswidrigkeit unaufgeforderter Telefonanrufe bei Privatpersonen zu Werbezwecken berufen sich ausdrücklich auf Art. 14 Fernabsatzrichtlinie, um die Zulässigkeit eines Festhaltens an der von der deutschen Rechtsprechung bislang geforderten, jedoch über Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie hinausgehenden<sup>587</sup> „opt in“-Lösung zu begründen<sup>588</sup>. Diesen Beispielen ließen sich zahllose weitere hinzufügen.

<sup>585</sup> Aufgrund der etwas unglücklichen Formulierung des zweiten Satzes könnte man daran denken, dass die den Mitgliedstaaten in Satz 1 vorbehaltene Möglichkeit des Erlasses strengerer Bestimmungen lediglich produktbezogen ist. Andere Abweichungen, etwa durch ein generelles Telefonverbot, wären dann nicht möglich. Bereits aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie wird aber deutlich, daß es sich lediglich um ein Beispiel handelt. Satz 2 ist daher wie folgt zu lesen: „Durch solche Bestimmungen können sie im Interesse der Allgemeinheit *auch* den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen ... verbieten“.

<sup>586</sup> Vgl. etwa den Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, KOM (1995) 117 endg., Rdnr. 240 und 384 ff.

<sup>587</sup> Danach tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, ... nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat (sog. „opt out“-Modell). Vgl. dazu m. w. Nachw. *Leible/Sosnitza*, K & R 1998, 283, sowie die Gegenäußerung von *Günther*, CR 1999, 172.

<sup>588</sup> BGH 27.1.2000 WRP 2000, 722, 724 - Telefonwerbung VI.

## aa) Grundlagen

Ein Zurückziehen des Gemeinschaftsgesetzgebers auf die Statuierung von reinen Basisanforderungen ist bereits seit Anfang der siebziger Jahre festzustellen. Fester Bestandteil der Gemeinschaftspolitik ist die Mindestharmonisierung aber erst in den achtziger Jahren geworden. Dazu beigetragen hat sicherlich ihre Institutionalisierung durch die Einheitliche Europäische Akte. Im derzeit geltenden Primärrecht sehen die Art. 137 Abs. 5, 153 Abs. 5 und 176 EGV ausdrücklich vor, dass Maßnahmen der Gemeinschaft zum Arbeitnehmer-, Verbraucher- oder Umweltschutz die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindern, „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“. Darüber hinaus erlaubt auch Art. 95 EGV - in allerdings sehr limitierter Weise - mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen. Meist finden sich Schutzverstärkungsklauseln jedoch im Sekundärrecht, auch hier wieder überwiegend in den Bereichen des Umwelt-, Verbraucher- und Arbeitnehmerschutzes. So kommt etwa kaum eine der Richtlinien zum zivilrechtlichen Verbraucherschutz ohne Mindeststandardklausel aus<sup>589</sup>. Eine Aufnahme solcher ausdrücklichen Regelungen in Sekundärrechtsakte ist freilich gar nicht erforderlich. Denn bereits durch Auslegung von materiellrechtlichen Vorschriften des Sekundärrechts kann sich ergeben, dass keine abschließende, sondern nur eine Mindestharmonisierung angestrebt war, die mitgliedstaatlichen Kompetenzen durch das Handeln des Gemeinschaftsgesetzgebers also nur in begrenztem Maße eingeschränkt wurden. So stand z.B. im Verfahren „Aher-Waggon“ im Streit, ob das deutsche Luftfahrtbundesamt berechtigt war, einem bereits in Dänemark zugelassenen Flugzeug wegen Überschreitens der deutschen Lärmgrenzwerte die deutsche Verkehrszulassung zu verweigern. Einschlägig war die Richtlinie 80/51/EWG<sup>590</sup>, in der u.a. Lärmgrenzwerte festgesetzt waren, die das Flugzeug auch einhielt. Der EuGH betrachtete die deutschen Anforderungen gleichwohl als richtlinienkonform; denn

„wie sich aus der Wendung ‘mindestens gleich den ... enthaltenen Anforderungen’ in Artikel 3 Absatz 1 ergibt, legt die Richtlinie nur Mindestanforderungen fest. Sie gestattet also den Mitgliedstaaten, die Lärmgrenzwerte zu verschärfen.“<sup>591</sup>

---

<sup>589</sup> Eine Vollharmonisierung wird jedoch neuerdings für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher angestrebt.

<sup>590</sup> Richtlinie 80/51/EWG vom 20.12.1979 zur Verringerung der Schallemissionen von Unterschallflugzeugen (ABl. EG 1980 L 18, 26), geändert durch die Richtlinie 83/206/EWG vom 21.4.1983 (ABl. EG 1983 L 117, 15).

<sup>591</sup> EuGH 14.7.1998 Slg. 1998, I-4473, 4488 Egrd. 15 - Aher-Waggon. Ähnlich etwa EuGH 25.11.1992 Slg. 1992, I-6153, 6181 Egrd. 27 - Kommission/Belgien; 22.6.1993

Die Feststellung, ob eine abschließende oder doch nur eine Mindestharmonisierung angestrebt war, fällt freilich nicht immer leicht. Sie bereitet vor allem im Gesellschaftsrecht Probleme<sup>592</sup>.

Mindestharmonisierung bedeutet nicht, dass das Tätigwerden der Gemeinschaft auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beschränkt wird. Es handelt sich also um keine „Minimalharmonisierung“. Ziel ist nicht, das in einem Mitgliedstaat geltende niedrigste Schutzniveau gemeinschaftsweit festzuschreiben, sondern eine Formulierung des für die jeweilige Gemeinschaftspolitik unabdingbaren Basisschutzes. Dieser kann durchaus streng sein und darf auch dann noch von den Mitgliedstaaten verschärft werden<sup>593</sup>.

Die Politik der Mindestharmonisierung wird häufig als Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips angesehen<sup>594</sup>. Man kann sie aber auch als Ausdruck eines veränderten Integrationsverständnisses begreifen: Gemeinschaftsrecht dient nicht mehr allein der Durchsetzung rein ökonomischer Interessen, sondern wird verstärkt „zur Verwirklichung von Bürgerrechten im Binnenmarkt“<sup>595</sup> eingesetzt. Stand zu Beginn die Beseitigung von Handelsschranken und die Stärkung des freien Wettbewerbs mit allenfalls rein reflexiven Vorteilen für die „Sozialakteure“ - etwa durch ein vergrößertes Waren- oder Dienstleistungsangebot, die Möglichkeit der Teilhabe an einem Anstieg der wirtschaftlichen Prosperität etc. - im Vordergrund der Gemeinschaftspolitik, so hat sich mittlerweile die Erkenntnis Bahn gebrochen, dass die Verwirklichung bestimmter, gleichfalls als wichtig angesehener Allgemeininteressen aktiven gesetzgeberischen Handelns bedarf<sup>596</sup>. Mindestharmonisierung wird seither dazu benutzt, beide Politikziele miteinander kompatibel zu machen<sup>597</sup>. Als dritter Begründungsansatz lässt sich schließlich noch der Gedanke des „Wettbewerbs der Rechtssysteme“ anführen<sup>598</sup>. Die Öffnung der Märkte führt zu einem verstärkten und durchaus erwünschten Systemwettbewerb; mit ihm möglicherweise einhergehende negative Auswirkungen („race to the bottom“, „Delaware-Effekt“)

---

Slg. 1993, I-3469, 3507 Egrd. 17 - Philip Morris Belgien; 19.10.1995 Slg. 1995, I-3389, 3403 Egrd. 15 - Hans Hömig.

<sup>592</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnrn. 40 ff.; *Lutter*, FS Everling, 765, 770 ff.; außerdem *Schön*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 55 ff./

<sup>593</sup> EuGH 12.11.1996 Slg. 1996, I-5755, 5811 Egrd. 56 - Vereinigtes Königreich/Rat.

<sup>594</sup> *Reich*, Bürgerrechte in der EU, 86; *Streinz*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 9, 31.

<sup>595</sup> *Reich*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 175.

<sup>596</sup> *Dougan*, CMLR 2000, 853, 857 f.

<sup>597</sup> *Reich*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 175.

<sup>598</sup> Vgl. z.B. *Dreher*, JZ 1999, 105, 111;

sollen durch die Festschreibung gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandards von vornherein minimiert werden<sup>599</sup>. Auch nach diesem Modell geht es also um Herstellung von Kompatibilität: Vielfalt ja, aber nur unter Wahrung eines gemeinsamen Bestandes von Allgemeininteressen. Auf die Tragweite und Überzeugungskraft dieser Erklärungsversuche ist erst später einzugehen<sup>600</sup>. Bereits jetzt ist jedoch anzumerken, dass sie nicht darüber hinwegtäuschen können, dass Mindestharmonisierung in der Rechtssetzungspraxis der Gemeinschaft meist nicht Ausdruck eines theoretischen, für optimal befundenen Harmonisierungsmodells ist, sondern Folge rein politischer Kompromisse. Statt das gemeinschaftsrechtlich Gebotene zu verwirklichen, beschränkt man sich auf das politisch Erreichbare, getreu dem alten deutschen Sprichwort „Lieber einen Spatz in der Hand als eine Taube auf dem Dach“.

#### bb) Mindestharmonisierung und Grundfreiheiten

Trotz der aufgrund von Mindeststandardklauseln fortbestehenden nationalen Kompetenz müssen über die Richtlinienvorgaben hinausgehende Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf jeden Fall mit dem gemeinschaftlichen Primärrecht in Einklang stehen. Das ergibt sich nicht erst aus den in zahlreiche dieser Klauseln aufgenommenen entsprechenden Hinweisen, sondern bereits aus dem Gemeinschaftsrecht selbst - Primärrecht kann niemals durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geändert werden. Hierfür bedarf es einer Vertragsänderung, die nach den in Art. 48 EUV vorgesehenen Regeln zu erfolgen hat. Daraus folgt: Dem nationalen Gesetzgeber steht es zwar frei, strengere Regelungen vorzusehen oder beizubehalten, doch findet seine Berechtigung dort ihr Ende, wo ihm das Gemeinschaftsrecht Grenzen setzt. Das ist insbesondere bei einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der Grundfreiheiten der Fall.

Nach Ansicht von *Grundmann* soll der nationale Gesetzgeber über die Richtlinienvorgaben hinausgehendes strengeres Recht allerdings ohnehin nur gegenüber inländischen, nicht jedoch gegenüber in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Anbietern durchsetzen können, da mit jeder Richtlinie das gemeinschaftliche Allgemeininteresse abschließend konkretisiert wer-

---

<sup>599</sup> Vgl. m. w. Nachw. Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 161 ff.; kritisch *Köndgen*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 111, 118 f.

<sup>600</sup> Vgl. § 12, A I 1 c.

de<sup>601</sup>. Eine Kollision mit dem Primärrecht wäre dann von vornherein ausgeschlossen, da der Anwendungsbereich der überschießenden Umsetzungsnorm auf rein innerstaatliche Fälle beschränkt wäre. Gestützt wird diese These zum einen auf Art. 95 EGV und zum anderen auf das Herkunftslandprinzip. Zur Erinnerung: Die Gemeinschaft hat seit dem Weißbuch von 1985 von ihrer bis dahin verfolgten Strategie der vollständigen Harmonisierung Abschied genommen und strebt in konsequenter Fortführung der „Cassis“-Rechtsprechung nur noch eine Angleichung des für das Funktionieren des Binnenmarkts als unabdingbar betrachteten Minimums an. Im übrigen sollen die nationalen Normen als gleichwertig anerkannt werden<sup>602</sup>. Daraus wird nun gefolgert, dass die Mitgliedstaaten im grenzüberschreitenden Verkehr andere mitgliedstaatliche Rechtsordnungen, soweit sie dem harmonisierten Mindeststandard genügen, als gleichwertig anzuerkennen haben<sup>603</sup>. Der Anwendungsbereich der Art. 5 - 7 EVÜ werde eingeschränkt, „soweit in dem Mitgliedstaat, in dem der Anbieter domiliziert ist, der für die(se) Rechtsfrage in der EG-Richtlinie vorgesehene Minimumstandard verbürgt ist“<sup>604</sup>. Dieser theoretische Ansatz überzeugt indes nicht. Die „Cassis“-Rechtsprechung bezieht sich ersichtlich nur auf produktbezogene Regelungen. Ob sie sich unbesehen auf zivilrechtliche Normen übertragen lässt, bei denen - wie im ersten Teil gezeigt - von einem Produktbezug nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann, erscheint schon fraglich. Wesentlich bedeutsamer ist jedoch, dass das Herkunftslandsprinzip kein Ausfluss der Wirkungen der Grundfreiheiten ist, sondern nur bei seiner Aufnahme in Maßnahmen des Sekundärrechts zum Tragen kommen kann. Der EuGH hat dies deutlich in seiner Entscheidung zur Einlagensicherung hervorgehoben<sup>605</sup>. Von der Möglichkeit der Schaffung sekundärrechtlicher Verweisungen auf das Herkunftsrecht hat der Gemeinschaftsgesetzgeber - nicht zuletzt mit Art. 3 E-Commerce-

---

<sup>601</sup> Zuerst *Grundmann*, JZ 1996, 274, 278 ff.; später *ders.*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 15, 26, 35, 110; *ders.*, *RabelsZ* 64 (2000), 457, 471 ff. Ähnlich *Bernard*, *CMLR* 1996, 633, 646 f.

<sup>602</sup> Zu den Einzelheiten *Streinz*, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Binnenmarkt*, 9, 10 ff.

<sup>603</sup> *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1. Teil, Rdnr. 80 und 112 m. w. Nachw. in Fußn. 314; *ders.*, JZ 1996, 274, 279. Zu Art. 10 der Fernabsatz-Richtlinie ebenso *Reich*, *EuZW* 1997, 581, 586.

<sup>604</sup> *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1. Teil Rdnr. 115.

<sup>605</sup> EuGH 13.5.1997 Slg. 1997, I-2405, 2464 Egrd. 64 - Deutschland/Parlament und Rat.

Richtlinie - auch wiederholt Gebrauch gemacht<sup>606</sup>. Ohne solche Regelungen bleibt es jedoch dabei, dass Mindeststandardklauseln dem nationalen Gesetzgeber die Schaffung mit dem EGV vereinbarere strengerer Standards sowohl für inner- als auch für grenzüberschreitende Sachverhalte gestatten. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Art. 94 Abs. 4 - 10 EGV, der die Möglichkeit zur Zulassung vom Richtlinieninhalt abweichender nationaler Sonderregeln vorsieht<sup>607</sup>. Denn das in Art. 95 Abs. 4 EGV geregelte Verfahren hat allein zum Ziel, Mitgliedstaaten, die aufgrund des Mehrstimmigkeitsprinzips im Gesetzgebungsverfahren überstimmt wurden, die Beibehaltung - und nicht etwa den Neuerlass<sup>608</sup> - von Bestimmungen des nationalen Rechts zu gestatten, an denen ein besonderes staatliches Interesse besteht. Ein solches Problem entsteht aber überhaupt nicht, wenn eine Richtlinie den Mitgliedstaaten ohnehin die Beibehaltung oder den Erlass strengerer Rechts erlaubt<sup>609</sup>. Festzuhalten bleibt daher, dass Richtlinien, die lediglich Mindeststandards festlegen, nicht abschließender Natur sind und damit auch zu keiner endgültigen Festlegung des gemeinschaftlichen „Allgemeininteresses“ führen. Zu einer abschließenden Konkretisierung des Allgemeininteresses nach oben und unten kann es allenfalls bei einer Vollharmonisierung kommen. Der Gedanke der Mindestharmonisierung würde ins Gegenteil verkehrt, wenn jede Mindestanforderung zugleich Höchstgrenze mitgliedstaatlicher Eingriffe in grenzüberschreitende Sachverhalte wäre. Wenig erklärlich ist außerdem, warum einige Richtlinien strengere mitgliedstaatliche Maßnahmen ausdrücklich nur mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit ihrer Vertragskonformität erlauben<sup>610</sup>. Auf jeden Fall bedürfte es für die Annahme einer Konkretisierung des Allgemeininteresses eines dahingehenden gesetzgeberischen Willens. Solange

---

<sup>606</sup> Weitere Beispiele bei *Dougan*, CMLR 2000, 853, 867. Dass Verweisungen auf das Recht des Herkunftslandes zu umgekehrten Diskriminierungen führen steht außer Frage, ist jedoch kein gemeinschaftsrechtliches Problem; vgl. dazu § 4, B III.

<sup>607</sup> So aber *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 116 f.; *ders.*, *RabelsZ* 64 (2000), 457, 472.

<sup>608</sup> Die Verabschiedung neuer nationaler Regelungen nach Erlass einer Harmonisierungsmaßnahmen steht zwar nicht unter dem Vorbehalt einer Überstimmung im Gesetzgebungsverfahren, wird von Art. 95 Abs. 5 EGV aber an noch wesentlich strengere Voraussetzungen geknüpft.

<sup>609</sup> Ebenso *W.-H. Roth*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, 113, 125.

<sup>610</sup> Vgl. z.B. Art. 14 Fernabsatzrichtlinie („mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen“); Art. 11 Timesharingrichtlinie („unbeschadet der ihnen aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen“); Art. 8 Klauselrichtlinie („mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen“); Art. 7 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie („mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen“).

dieser fehlt, beurteilt sich die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit nationaler, über den Mindeststandard hinausgehender Beschränkungsmaßnahmen allein anhand der einschlägigen primärrechtlichen Normen und ihrer Auslegung durch den EuGH<sup>611</sup>.

Aus den bisherigen Ausführungen kann freilich nicht gefolgert werden, dass der von einer Richtlinie gesetzte Mindeststandard im Rahmen der Bestimmung des gemeinschaftlichen Allgemeininteresses völlig ohne Belang wäre. Verdeutlichen lässt sich das am Beispiel des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes. Gem. Art. 153 Abs. 1 EGV leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zur Erreichung eines *hohen Verbraucherschutzniveaus* durch Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 95 EGV erlässt. Gleiches ergibt sich aus Art. 95 Abs. 3 EGV. Geht man davon, dass die Gemeinschaft diese Vorgaben des Primärrechts bei der Rechtsetzung beachtet, kommt der Einhaltung des geforderten Minimumstandards durch das Herkunftsland des Anbieters eine in der Regel nur schwierig zu widerlegende Indizwirkung für die Annahme zu, dem Verbraucherschutz als einer Ausprägung des Allgemeininteresses sei genüge getan und darüber hinausgehender Schutz unverhältnismäßig<sup>612</sup>. Denn mit jeder Rechtfertigung strengerer einzelstaatlicher Maßnahmen ist inzident die Feststellung verbunden, dass der Schutzstandard der Richtlinie den Anforderungen von Art. 95 Abs. 3 EGV bzw. Art. 153 Abs. 1 EGV nicht genügt. Der abweichende Mitgliedstaat muss daher zur Rechtfertigung strengerer nationalen Rechts nachweisen, dass ein über die Harmonisierungsmaßnahme hinausgehender Schutz möglich, sinnvoll und vor allem angemessen ist, um einen besseren Schutz des betroffenen Rechtsguts zu erreichen. Dieser Nachweis wird nicht leicht zu führen sein. Gegenteiliges lässt sich auch nicht der Entscheidung „Buet“ entnehmen, in der der EuGH das französische Verbot von Haustürgeschäften mit pädagogischen Materialien, das über das in der Haustürgeschäfte-Richtlinie vorgesehene Widerrufsrecht hinausging, u.a. unter Verweis auf die Mindeststandardklausel für zulässig erachtete. Denn der Gerichtshof stellte maßgeblich auf die Qualität des angebotenen Materials sowie darauf ab, dass in diesem Fall die potentiellen Kunden zu einer Kategorie von Personen gehörten, „die aus dem einen oder andern Grund eine Bildungsrückstand haben, den sie aufholen wollen“<sup>613</sup>.

cc) Außergemeinschaftsrechtliche Grenzen strengerer nationalen Rechts Grenzen der mitgliedstaatlichen Befugnis, von einer Mindeststandardklausel durch die Schaffung strengerer nationalen Rechts Gebrauch zu machen, können sich nicht nur aus dem Gemeinschafts-, sondern z.B. auch

<sup>611</sup> Ebenso *Günther*, CR 1999, 172, 178; *Lurger*, Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, 119 f.; *Remien*, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, 181, 184; *Streinz*, in: Everling/W.-H. Roth, aaO, 9, 31; wohl auch *W.-H. Roth*, ZEuP 1994, 5, 32; deutlicher jetzt *ders.*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 113, 123 ff. m. w. Nachw. in Fußn. 52.

<sup>612</sup> *Leible/Sosnitza*, K & R 1998, 283, 289; a.A. *Günther*, CR 1999, 171, 179.

<sup>613</sup> EuGH 16.5.1989 Slg. 1989, 1235, 1252 Egrd. 13 - Buet

aus dem Völkervertragsrecht ergeben<sup>614</sup>. Folgendes Beispiel verdeutlicht das. Sämtliche neueren Richtlinien zum zivilrechtlichen Verbraucherschutz enthalten eine kollisionsrechtliche Vorschrift. Danach ist von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung stets sicherzustellen, dass „der Verbraucher den durch die Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlandes als das auf den Vertrag anwendbare Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist“<sup>615</sup>. Zahlreiche Mitgliedstaaten haben die Mindeststandardklausel auch auf diese internationalprivatrechtliche Regelung erstreckt, etwa durch Schaffung einer Umsetzungsnorm, die sowohl die subjektive als auch die objektive Anknüpfung erfasst<sup>616</sup>. Diese Vorgehensweise kollidiert freilich mit dem EVÜ, dessen Art. 5 EVÜ ebenfalls eine Regelung zur Sonderanknüpfung von Verbraucherverträgen enthält.

Die Frage des Verhältnisses der kollisionsrechtlichen Vorgaben von Richtlinien und den zu ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Normen zu Art. 5 EVÜ regelt Art. 20 EVÜ. Danach wird durch das Übereinkommen „die Anwendung der Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse auf besonderen Gebieten, die in Rechtsakten der Organe der Europäischen Gemeinschaft oder in dem in Ausführung dieser Akte harmonisierten innerstaatlichen Recht enthalten sind oder enthalten sein werden“, nicht berührt. Sie genießen also Anwendungsvorrang vor dem EVÜ. Dieser Anwendungsvorrang beschränkt sich jedoch auf den durch die Richtlinie vorgegebenen Mindeststandard. Daher verstößt ein Mitgliedstaat, der die Mindeststandardklausel auf kollisionsrechtliche Vorschriften erstreckt, gegen seine aus Art. 1, 20 EVÜ resultierende Pflicht, von nationalen Alleingängen Abstand zu nehmen. Zwar erteilt der Gemeinschaftsgesetzgeber den Mitgliedstaaten bei einer Mindestharmonisierung die Befugnis, über den Mindeststandard der Richtlinie hinausgehende Vorschriften zu erlassen<sup>617</sup>, doch handelt es sich bei derartigen „überschießenden“ Normen

---

<sup>614</sup> Eine weitere Grenze kann schließlich das nationale Verfassungsrecht darstellen, sofern der überschießende Standard zu einer Grundrechtsverletzung führt.

<sup>615</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 Klauselrichtlinie, Art. 12 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie, Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und - hiervon in den Details etwas abweichend - Art. 9 Timesharingrichtlinie. Ausführlich dazu *Leible*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353, 360 ff.

<sup>616</sup> Vgl. z.B. § 12 AGBG a.F.

<sup>617</sup> Nach Ansicht von *Staudinger* erlauben Mindeststandardklauseln ohnehin nur den Erlass strengeren Sach-, nicht aber Kollisionsrechts, vgl. *Staudinger*, IPRax 2001, 414, 415. Das erscheint freilich zweifelhaft, solange keine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten droht.

nicht mehr um auf einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung beruhendes harmonisiertes innerstaatliches, sondern letztlich autonom gesetztes Recht. Allein der Umstand, dass die den Mindeststandard überschreitende Norm (auch) der Umsetzung von Vorgaben einer EG-Richtlinie dient, reicht für die Annahme, Art. 20 EVÜ gewähre ihr Anwendungsvorrang, nicht aus<sup>618</sup>. Die gemeinschaftsrechtliche Erlaubnis lässt – anders als ein gemeinschaftsrechtliches Gebot – die völkerrechtliche Verpflichtung aus dem EVÜ unberührt. Will der nationale Gesetzgeber den von einer EG-Richtlinie vorgegebenen Mindeststandard kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes überschreiten, bleibt ihm nur die Möglichkeit, das in Art. 23 EVÜ vorgesehene Verfahren zu durchlaufen<sup>619</sup>.

dd) Abgrenzung von anderen Harmonisierungsarten

Die Mindestharmonisierung ist nicht die einzige mögliche Abweichung vom Modell einer Totalharmonisierung. In der Gemeinschaftspraxis haben sich zahlreiche andere Angleichungsmethoden entwickelt<sup>620</sup>. Kategorisieren lassen sie sich vor allem anhand der Harmonisierungsintensität, d.h. des Maßes der Einwirkung auf die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme, und des Umfangs der den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen.

Bei einer vollständigen Harmonisierung ist den Mitgliedstaaten jeglicher Erlass von Regelungen, die von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben abweichen, verwehrt. Der Umsetzungsspielraum ist außerdem gering. Von einer solchen Totalharmonisierung ist im Grundsatz auch dann auszugehen, wenn der gemeinschaftliche Rechtsakt den Mitgliedstaaten verschiedene Alternativen zur Wahl stellt. So verpflichtet etwa Art. 17 Abs. 1 der Handelsvertreterrichtlinie die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Ausgleichs- oder ein Schadenersatzanspruch zusteht. Die Harmonisierungsin-

<sup>618</sup> Vgl. *Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1296, 1298; *Heiss*, in: Reichert-Facilides (Hrsg.), *Recht und Europa*, Bd. 2, 91, 107; *Heiss/Rudisch*, *exolex* 1997, 238, 241 (in Fußn. 38); *Jayne/Kohler*, IPRax 1997, 385, 389; *Leible*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 353, 367 f. Mit gleichem Ergebnis, aber ohne Begründung, *Sonnenberger*, ZEuP 1996, 382, 393; *Thorn*, IPRax 1998, 1, 9. A.A. wohl *Lurger*, FS Posch, 179, 201, und *Mankowski*, RIW 1998, 287, 290.

<sup>619</sup> Aus der Nichtbeachtung von Art. 20 und 23 EVÜ folgt freilich nicht, dass ein deutscher Richter befugt wäre, von einer Anwendung über den kollisionsrechtlichen Mindeststandard hinausgehender Normen abzusehen. Näher dazu *Mankowski*, RIW 1998, 287, 290.

<sup>620</sup> Vgl. dazu z.B. *Nentwich*, *Das Lebensmittelrecht der Europäischen Union*, 216 ff.; *Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 45 ff.; außerdem *Grabitz/Hilf-Langeheine*, Art. 100 EGV a.F. Rdnr. 57 ff.; *Streinz*, in: Everling/Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Binnenmarkt*, 9, 18 f.

tenazität wird durch solche Wahlmöglichkeiten zwar gemindert, da Rechtsunterschiede nicht vollständig beseitigt werden, sondern in beschränktem Umfang fortbestehen. Der mitgliedstaatliche Handlungsspielraum ist gleichwohl eingeschränkt; der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ist an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vollumfänglich gebunden und kann sich lediglich zwischen zwei oder mehr fest konturierten Alternativen entscheiden. Enthält eine Richtlinie freilich eine Vielzahl von Wahlmöglichkeiten, kann dies das Ziel der Rechtsangleichung gefährden. Belegen lässt sich das anhand des Beispiels der Jahresabschlussrichtlinie. In ihr finden sich über 50 Wahlrechte<sup>621</sup>, weil sich eine die konträren Grundpositionen des deutschen und englischen Bilanzrechts zusammenführende Regelung anscheinend nicht finden ließ. Zu einer substantiellen Angleichung des Bilanzrechts hat die Jahresabschlussrichtlinie daher nicht geführt<sup>622</sup>.

Von der Voll- ist die Teilharmonisierung zu unterscheiden, mit der alle Harmonisierungsformen bezeichnet werden, die unterschiedliche Regelungsregime für Inlandsprodukte oder sonstige Abweichungen von den Vorgaben einer Richtlinie zulassen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die sog. optionelle Harmonisierung. Im Gegensatz zur Mindestharmonisierung sind die Mitgliedstaaten bei einer optionellen Harmonisierung nicht generell befugt, im nationalen Recht strengere als in der Richtlinie vorgesehene Standards vorzuschreiben. Sie können aber immerherhin bei inländischen Produkten über die Richtlinie hinausgehende Anforderungen stellen<sup>623</sup>. Auch dabei sind die durch den EG-Vertrag und insbesondere die Grundfreiheiten gezogenen Grenzen zu beachten. Zu Konflikten wird es freilich nur im Rahmen der Ausfuhrfreiheit kommen<sup>624</sup>. Ausländische Produkte, die den Richtlinienmindeststandard beachten, sind auf jeden Fall frei verkehrsfähig. Erwähnenswert ist weiterhin die fakultative Harmonisierung. Sie eröffnet Händlern und Produzenten die Möglichkeit, sich wahlweise an den nationalen oder den Richtlinienvorgaben zu orientieren. Letzteres führt wieder zur Freiverkehrsfähigkeit. Denkbar ist ferner, den Mitgliedstaaten Abweichungen vom Richtlinienstandard aus besonderen regionalen oder zeitlichen Umständen zu gestatten. Sämtliche Varianten der Teilharmonisierung lassen sich schließlich noch miteinander kombinieren<sup>625</sup>.

### 3. Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen

Sonstige Handlungsformen der Gemeinschaft sind im Rahmen dieser Untersuchung zu vernachlässigen. Zwar ist vor allem das Rechtsinstrument

---

<sup>621</sup> Vgl. dazu z.B. *Niessen*, FS Everling, 971, 986 ff.

<sup>622</sup> *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 265.

<sup>623</sup> Zum damit zwangsläufig verbundenen Problem der Inländerdiskriminierung vgl. § 4, B III.

<sup>624</sup> Vgl. etwa zu Art. 29 EGV *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 29 EGV Rdnr. 3 f.

<sup>625</sup> Vgl. dazu *Streinz*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, 9, 19.

der Entscheidung im Kartellprivatrecht von besonderer Bedeutung; auch haben die zahlreichen Entscheidungen der Kommission maßgeblich zur Konturierung des Kartellprivatrechts beigetragen. Ähnliches gilt für die privatrechtlichen Aspekte des Beihilfenrechts. Doch hier eine Herausarbeitung der sie tragenden Grundsätze nicht geleistet werden<sup>626</sup>.

Gleiches gilt für Empfehlungen, Stellungnahmen und sonstige Handlungsformen der Gemeinschaft, deren Stellenwert im Gemeinschaftsprivatrecht aber ohnehin gering ist. Zwar können auch Empfehlungen durchaus eine rechtliche Bindungswirkung entfalten, da nach Auffassung des EuGH die innerstaatlichen Gerichte verpflichtet sind, „bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Streitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindlich gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen“<sup>627</sup>. In der Praxis des Gemeinschaftsprivatrechts sind Empfehlungen freilich äußerst selten anzutreffen. Meist dienen sie dann auch nicht der Ergänzung gemeinschaftlicher Rechtsakte oder der direkten Beeinflussung nationalen Rechts, sondern primär rechtspolitischen Zielen, was ihre spätere Verdichtung zu einem gemeinschaftlichen Rechtsakt nicht ausschließt. Bestes Beispiel hierfür ist die Empfehlung der Kommission über Zahlungsfristen im Handelsverkehr<sup>628</sup>, die in einer die Reaktionen der Mitgliedstaaten zusammenfassenden „Mitteilung der Kommission: Bericht über Zahlungsverzug im Handelsverkehr“<sup>629</sup> mündete, aus der dann der erste „Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr“<sup>630</sup> und schließlich die Zahlungsverzugsrichtlinie hervorgingen.

#### *IV. Die justizielle Durchsetzung des Gemeinschaftsprivatrechts*

Gemeinschaftsprivatrecht entfaltet seine Wirkungen auf nationaler Ebene. Jedes Rechtsverhältnis wird mittels einer internationalprivatrechtlichen Anknüpfung einer bestimmten Rechtsordnung zugewiesen, in der Regel derjenigen, zu der die engste Verbindung besteht. Es liegt in der Verantwortung des Mitgliedstaats, auf dessen Rechtsordnung verwiesen wird, für

---

<sup>626</sup> Umfänglich zu den zivilrechtlichen Implikationen des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission *Eilmannsberger*, in: Koppensteiner (Hrsg.), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2: Staatliche Beihilfen.

<sup>627</sup> Vgl. EuGH 13.12.1989 Slg. 1989, 4407, 4421 Egrd. 18 - Grimaldi.

<sup>628</sup> ABl. EG 1995 L 127, 19.

<sup>629</sup> ABl. EG 1997 S 216, 10.

<sup>630</sup> ABl. EG 1998 C 168, 13.

die Gemeinschaftsrechtskonformität seines Privatrechtssystems Sorge zu tragen. Diese Pflicht beschränkt sich nicht auf die Ausgestaltung des eigenen materiellen Rechts, sondern erstreckt sich zugleich auf die verfahrensmäßige Absicherung des Gemeinschaftsrechts. Beides steht unter gemeinschaftsrechtsrechtlicher Kontrolle. Dieser Kontrolle bedarf es auch und gerade auf dem Gebiet des Gemeinschaftsprivatrechts. So kann die unterlassene oder falsche Umsetzung von Richtlinien nicht nur zur Vorenthaltung dem einzelnen gewährter Rechte (Informations-, Widerrufs- und Rücktrittsrechte, Insolvenzabsicherung etc.), sondern auch zu Wettbewerbsverfälschungen führen. Wer in einem Mitgliedstaat produziert, dessen Haftungsregime unter dem der Produkthaftungsrichtlinie liegt, hat genauso Kostenvorteile wie der in einem umsetzungssäumigen Mitgliedstaaten ansässige Reiseveranstalter, der Pauschalreisen ohne Insolvenzabsicherung iSv Art. 7 Pauschalreiserichtlinie anbieten kann usw. Solange der EuGH eine horizontale Wirkung von Richtlinienbestimmungen ablehnt, lässt sich diesen Gefahren mit dem Instrumentarium des Gemeinschaftsrechts nur unzureichend begegnen. Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch stellt nur einen Notbehelf dar. Er kann zwar die staatliche Nichtbeachtung der dem einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte sanktionieren, doch ist seine prozessuale Durchsetzung oft langwierig und mit nicht zu unterschätzenden Risiken behaftet, wie schon die dargestellten Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises im Fall „Daihatsu“ deutlich machen<sup>631</sup>. Die durch eine unterbliebene oder fehlerhafte Richtlinienumsetzung verursachten Wettbewerbsverfälschungen beseitigt der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch ohnehin nicht.

Das Augenmerk ist daher im folgenden auf die der Gemeinschaft zur Verfügung stehenden gerichtlichen „Kontrollverfahren“ und ihre Bedeutung für das Gemeinschaftsprivatrecht zu richten. Dies sind - unter Ausklammerung der Nichtigkeitsklagen - das Vertragsverletzungs- und das Vorabentscheidungsverfahren. Beide Verfahrenstypen sind nicht nur im Verfahrensablauf divergent, sondern verfolgen auch funktionell durchaus verschiedene Ziele.

---

<sup>631</sup> Vergleichbare Probleme stellen sich bei der Schadensberechnung: Welcher Schaden entsteht z.B. einem Verbraucher, der wegen unterbliebener oder fehlerhafter Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie ein Haustürgeschäft nicht widerrufen kann? Wie hoch ist der Schaden eines Verbrauchers, der ein Fernabsatzgeschäft aufgrund vorheriger und ohne seine Zustimmung erfolgter Telefax-Werbung abschließt?

### 1. Vertragsverletzungsverfahren

Das Vertragsverletzungsverfahren eröffnet der Kommission und den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, mitgliedstaatliche Vertragsverstöße zu rügen und einer gerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Die Bedeutung dieses Verfahrenstyps für das Gemeinschaftsprivatrecht ist freilich gering. Vertragsverletzungsverfahren sind zur Durchsetzung auf Richtlinien beruhenden Gemeinschaftsprivatrechts nur bedingt geeignet. Zum einen dauern sie aufgrund ihrer Mehrstufigkeit<sup>632</sup> sehr lange<sup>633</sup>. Zum anderen setzt die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens voraus, dass nationale Abweichungen von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben überhaupt bemerkt werden. Eine völlig unterbliebene oder verspätete Umsetzung von Richtlinien oder ähnliche formale Verstöße können von der Kommission aufgrund der in zahlreichen Richtlinien statuierten Meldepflichten<sup>634</sup> ohne weiteres erkannt werden. Derartige mitgliedstaatliche Unbotmäßigkeiten sind auch recht häufig Gegenstand von Vertragsverletzungsverfahren.

Schwieriger gestaltet sich dagegen die Feststellung einer materiellrechtlich fehlerhaften Umsetzung. Hierfür bedarf es einer genauen Prüfung der Privatrechtsordnungen von momentan fünfzehn und in absehbarer Zeit vielleicht sogar zwanzig oder mehr Mitgliedstaaten. Diese Prüfung kann sich nicht auf einen reinen Textvergleich beschränken, sondern muss sich auf das gesamte rechtliche Umfeld der nationalen Umsetzungsgesetzgebung erstrecken und auch hierzu ergangene Rechtsprechung in ihre Betrachtung einbeziehen. Deutlich geworden ist dies u.a. in der Entscheidung „Kommission/Vereinigtes Königreich“. Die Kommission hatte mit ihrer Klage geltend gemacht, das Vereinigte Königreich habe nicht alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um die Produkthaftungsrichtlinie und insbesondere deren Art. 7 lit. e in nationales Recht umzusetzen. Gemäß dieser Vorschrift haftet der Hersteller aufgrund dieser Richtlinie nicht, wenn er beweist, dass „der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte“. Section 4 (1) (e) des Consumer Protection Act 1987 setzte für einen Entlastungsbeweis hinge-

---

<sup>632</sup> Zur Ausgestaltung des Vertragsverletzungsverfahrens vgl. statt aller *Koenig/Sander*, Einführung in das EG-Prozeßrecht, 79 ff.; *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Rechtsschutz in der EU, Rdnr. 32 ff.

<sup>633</sup> Allein für das Vorverfahren sind ca. 12 - 18 Monate zu veranschlagen, für das eigentliche Klageverfahren dann noch einmal ca. 25 Monate, vgl. *Lenz-Borchardt*, Art. 226 EGV Rdnr. 23; zur Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens ebda., Rdnr. 24.

<sup>634</sup> Vgl. z.B. Art. 15 Abs. 1 S. 2 Fernabsatzrichtlinie; Art. 12 Abs. 1 S. 2 Time-Sharing-Richtlinie; Art. 10 Abs. 1 S. 2 AGB-Richtlinie usw.

gen nur voraus, „dass nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zum maßgebenden Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden konnte, dass ein Hersteller von Produkten mit der gleichen Beschreibung wie das fragliche Produkt den Fehler erkannt hätte, wenn seine Produkte diesen Fehler aufgewiesen hätten, während sie seiner Kontrolle unterlagen“. Nach Ansicht der Kommission führt die englische Norm bei einer reinen Wortlautinterpretation zu einer Haftungssubjektivierung; nicht mehr die von der Richtlinie vorgesehene objektive Erkennbarkeit nach dem Stand von Wissenschaft sei maßgebend, sondern das Verhalten eines vernünftigen Herstellers. Schon dies erscheint dem EuGH zweifelhaft, da eine solche Auslegung

„selektiv auf bestimmte Begriffe der Section 4 (1) (e) abstellt, ohne darzulegen, dass der allgemeine rechtliche Kontext der Vorschrift es nicht ermöglicht, die vollständige Anwendung der Richtlinie tatsächlich zu gewährleisten.“<sup>635</sup>

Außerdem sei daran zu erinnern,

„dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes die Bedeutung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften unter Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist<sup>636</sup>. Im vorliegenden Fall hat aber die Kommission ihre Klage auf keine nationale Gerichtsentscheidung gestützt, in der die streitige nationale Vorschrift nicht in richtlinienkonformer Weise ausgelegt worden wäre“.<sup>637</sup>

In der Sache ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs beizutreten. Normen können nur in ihrem rechtlichen Kontext verstanden werden und erhalten ihre eigentliche „Ausgestaltung“ erst durch die Rechtsprechung. Der der Kommission im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens zugewiesenen Rolle einer „Hüterin der Verträge“<sup>638</sup> sind die auf dieser Erkenntnis beruhenden Anforderungen freilich wenig zuträglich. Denn das zu ihrer Erfüllung erforderliche intensive Studium der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen kann aufgrund des damit verbundenen Arbeitsaufwands von der Kommission schon jetzt kaum geleistet werden und noch weniger bei einer fortschreitenden Privatrechtsangleichung. Es verwundert daher nicht, dass Vertragsverletzungsverfahren wegen inhaltlich unzureichender Umsetzung privatrechtsangleichender Richtlinien äußerst selten

---

<sup>635</sup> EuGH 29.5.1997 Slg. 1997, I-2649, 2671 Egrd. 33 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>636</sup> EuGH 8.6.1994 Slg. 1994, I-2435, 2471 Egrd. 36 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>637</sup> EuGH 29.5.1997 Slg. 1997, I-2649, 2672 Egrd. 37 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>638</sup> *Oppermann/Hiermaier*, JuS 1980, 782, 785.

sind<sup>639</sup>. Abhilfe vermag für die Zukunft vielleicht der Umstand zu bringen, dass die Kommission neuerdings in verstärktem Maße Aufträge zur Erstellung von Gutachten über die Umsetzung einzelner Richtlinien in nationale Normen und deren Anwendung vergibt. Allerdings erscheint es auch bei einigen der erstellten Gutachten fraglich, ob sie den vom EuGH in „Kommission/Vereinigtes Königreich“ postulierten (Qualitäts-)Anforderungen genügen.

## 2. Vorabentscheidungsverfahren

Besondere Bedeutung für eine einheitliche Durchsetzung des Gemeinschaftsprivatrechts kommt angesichts der dargestellten Unzulänglichkeiten des Vertragsverletzungsverfahrens dem Vorabentscheidungsverfahren zu<sup>640</sup>. Es ist für die zivilrechtliche Praxis - sieht man einmal von der Sonderregelung des Art. 68 Abs. 3 EGV ab - die einzige Möglichkeit, den Inhalt gemeinschaftsprivatrechtlicher Vorschriften durch den EuGH autoritativ klären zu lassen.

### a) Gemeinsames Recht und oberste Auslegungsinstanz

Funktionell dient das Vorabentscheidungsverfahren der Wahrung der Rechtseinheit. Der jeder rechtsangleichenden Maßnahme inhärenten Gefahr ihrer unterschiedlichen Auslegung durch die stets ihrer eigenen Rechtstradition verhafteten nationalen Gerichte soll durch die Schaffung einer zentralen Auslegungsinstanz vorgebeugt werden. Und insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren ist von entscheidender Bedeutung dafür, dass das vom Vertrag geschaffene Recht wirklich gemeinsames Recht bleibt und ihm in allen Mitgliedstaaten die gleiche Wirkung zukommt<sup>641</sup>.

Die notwendige Entwicklung einer Rechtsordnung - insbesondere einer noch nicht voll ausgebildeten - ist nur möglich, wenn sie ein oberstes Gericht besitzt, dessen Entscheidungen veröffentlicht werden und das mit einer gewissen „natürlichen“ Autorität ausgestattet ist<sup>642</sup>. Mindestens gleichgewichtig ist die Funktion eines obersten Gerichts als Garant einer einheitlichen Rechtsprechung, also von Rechtseinheit. Rechtseinheit lässt

---

<sup>639</sup> Private können eine Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens ohnehin nicht verlangen, sondern sich lediglich mit einer entsprechenden Anregung an die Kommission wenden, vgl. dazu EuGH 15.1.1998 Slg. 1998, I-199 - Intertronic.

<sup>640</sup> Ausführlich zum Vorabentscheidungsverfahren *Dausies*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag. Aktuelle statistische Angaben bei *Stone Sweet/Brunell*, ELJ 6 (2000), 117.

<sup>641</sup> EuGH 16.1.1974 Slg. 1974, 33, 38 Egrd. 2 - Rheinmühlen I.

<sup>642</sup> *Jauernig*, ZPR, § 72 III (S. 273).

sich allein durch die Schaffung gemeinsamer Rechtstexte nicht herstellen. Strebt man Rechtseinheit nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Rechtspraxis an, bedarf es eines Gerichts mit abschließender Auslegungsbefugnis. Es verwundert daher nicht, dass kein Mitgliedstaat der Gemeinschaft ohne ein hierzu berufenes höchstes Gericht auskommt. In Deutschland ist diese Aufgabe für das Zivilrecht dem Bundesgerichtshof übertragen worden (§ 133 Nr. 1 GVG). Wie wichtig diese Übertragung ist, wird deutlich, wenn man Verfahrensarten betrachtet, in denen es keine Revisionsmöglichkeit gibt. So sind z.B. Urteile in Arrest- und Verfügungssachen nicht revisibel (§ 545 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das hat zur Folge, dass die prozessualen Vorschriften über das Arrest- oder einstweilige Verfügungsverfahren durch die einzelnen Oberlandesgerichte sehr verschieden ausgelegt werden, ohne dass der BGH die Möglichkeit hat, einheitliche Auslegungslinien vorzugeben. Bei solchen Verfahren ist der Rechtssuchende daher darauf angewiesen, die örtlichen Eigenheiten der oberlandesgerichtlichen Gesetzesinterpretation zu kennen - ein im Hinblick auf Rechtssicherheit und Rechtseinheit sehr unbefriedigender Zustand, der durch die Existenz eines mehr als vierhundert Seiten zählenden Werkes über „Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“ plastisch illustriert wird<sup>643</sup>.

Droht die Gefahr der Rechtszersplitterung schon bei nationalem Recht, das durch Juristen mit gleicher Ausbildung und daher auch gleicher methodischer Arbeitsweise ausgelegt und angewendet wird, so ist sie noch wesentlich größer bei internationalem Recht, sei es staatsvertraglicher oder supranationaler Herkunft. Eine weltweite oder wenigstens europaweite Einheit der „juristischen Profession“ gibt es nicht. Arbeitsweisen, Traditionen, Wertungen und Grundsätze der nationalen Richter unterscheiden sich mitunter diametral. Allein schon die national divergenten Interpretationstechniken und -traditionen können trotz gleichen Wortlauts zu verschiedenen Auslegungsergebnissen führen. So legen z.B. deutsche Gerichte eher teleologisch aus, während sich ein englischer Richter stärker am Wortlaut der Vorschrift orientiert. Nur ein Gericht mit abschließender Auslegungsbefugnis ist in der Lage, einer von Staat zu Staat divergierenden Anwendung gemeinsamen Rechts entgegenzusteuern. Die Gefahr des „Auseinanderdriftens“ ist um so größer, je unbestimmter und ausfüllungsbedürftiger die gemeinsamen Normen sind. Zwar sollte vereinheitlichtes oder angeglichenes Recht so weit wie möglich autonom ausgelegt werden,

---

<sup>643</sup> Traub, Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis. Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

doch ist die Versuchung des nationalen Richters naturgemäß groß, die ihm vertrauten Sichtweisen die Oberhand gewinnen zu lassen<sup>644</sup>. Folge hiervon ist eine gerade nicht gewollte national oder nach „Rechtsfamilien“ differierende Lesart des vereinheitlichten bzw. angeglichenen Rechts. *Kohler* bezeichnet diese Re-Nationalisierung zu recht als „die Lebenslüge der Rechtsvereinheitlichung in diesem Jahrhundert“<sup>645</sup>. Bekanntes Beispiel für einen solchen Prozeß sind die Genfer Wechsel- und Scheckrechtskonventionen. Dem UN-Kaufrecht wird es, da der nationale Richter vom Inhalt in anderen Staaten ergangener Entscheidungen häufig keine Kenntnis hat, sicherlich nicht anders ergehen<sup>646</sup>. Aber man braucht den Blick gar nicht so weit schweifen zu lassen. So schreibt z.B. Art. 18 EVÜ (= Art. 36 EGBGB) in Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 des UN-Kaufrechts vor:

„Bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens ist deren internationaler Charakter und dem Wunsch Rechnung zu tragen, eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften zu erreichen“.

Gleichwohl divergieren die nationalen Entscheidungen zum EVÜ teilweise erheblich<sup>647</sup>. Wie wenig diese Vorschrift in Deutschland Beachtung findet, ist deutschen Kollisionsrechtlern vor allem aufgrund des „Wildwuchses“ der instanzlichen Rechtsprechung zu Art. 5 und 7 EVÜ (= Art. 29 und 34 EGBGB) im Rahmen der sog. Gran-Canaria- und Time-Sharing-Fälle offenbar geworden<sup>648</sup>. Der BGH hat dem munteren instanzgerichtlichen Treiben zwar nunmehr ein Ende bereitet<sup>649</sup>, doch muss dies nicht immer so sein und macht schmerzlich das Fehlen einer autoritativen und staatsübergreifenden „letzten Instanz“ bewußt. Es ist daher zu hoffen, dass die Auslegungsprotokolle zum EVÜ irgendwann ein-

<sup>644</sup> Allgemein dazu auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.

<sup>645</sup> *Kohler*, in: Jayme (Hrsg.), Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa, 11, 12.

<sup>646</sup> Beachtenswert ist immerhin die von *Schlechtriem* initiierte und im Internet verfügbare Sammlung „CISG online“ (<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/default.htm>), die unter anderem 571 Gerichtsentscheidungen zum UN-Kaufrecht enthält (Stand: 29.1.2001). Ob sie allerdings weltweit von Richtern vor ihrer Entscheidungsfindung genutzt wird, erscheint fraglich.

<sup>647</sup> Vgl. dazu mit Nachweisen z.B. *Wilderspin*, in: Lagarde/von Hoffmann (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, 47 ff.

<sup>648</sup> Vgl. dazu mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen *Leible*, JJZ 1995, 245, 252 ff.; *Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz; *Mankowski*, Seerechtliche Vertragsverhältnisse, 392 ff.; *dens.*, RIW 1998, 287.

<sup>649</sup> Vgl. BGH 26.10.1993 BGHZ 123, 380; 19.3.1997 135, 124.

mal in Kraft treten werden<sup>650</sup> oder das das EVÜ in eine auf Art. 65 EGV gestützte EG-Verordnung überführt werden wird, da europäische Rechtsvereinheitlichung ohne die integrierende Kraft des EuGH nicht möglich ist.

b) Verfahrensvoraussetzungen

Der Gerichtshof entscheidet gem. Art. 234 Abs. 1 EGV im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens u. a. über die Auslegung des EG-Vertrags sowie die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB. Erfasst wird also das gesamte abgeleitete Gemeinschaftsrecht einschließlich der privatrechtsangleichenden EG-Richtlinien. Eine besondere Regelung gilt lediglich für Rechtsakte, die im Bereich „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken des freien Personenverkehrs“ (Art. 61 - 69 EGV) ergehen (Art. 68 EGV)<sup>651</sup>. Bereits der Wortlaut von Art. 234 Abs. 1 EGV macht deutlich, dass Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens - anders als etwa bei Vertragsverletzungsverfahren - niemals die Frage der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht sein kann. Denn nach der von Art. 234 EGV vorgesehenen Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschafts- und nationalem Gericht fällt die Anwendung des Gemeinschaftsrechts allein in den Zuständigkeitsbereich des Prozessgerichts. Entsprechende Vorabentscheidungsersuchen werden vom EuGH allerdings nicht als unzulässig zurückgewiesen, sondern nach „gemeinschaftsrechtskonformer“ Umformulierung beantwortet.

Unterinstantzliche Gerichte können, letztinstanzliche Gerichte müssen eine Vorabentscheidung des EuGH einholen, wenn sie Zweifel an der Auslegung oder Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht haben und eine Entscheidung hierüber zum Erlass ihres Urteils für erforderlich halten. Die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit wird weitgehend dem nationalen Gericht überlassen und vom EuGH - anders etwa als vom BVerfG bei den durchaus vergleichbaren Vorlageverfahren nach Art. 100 GG - nicht überprüft<sup>652</sup>. Bereits subjektive Zweifel des nationalen Gerichts genügen<sup>653</sup>. Der Gerichtshof lehnt Vorabentscheidungsersuchen ausnahmsweise nur

---

<sup>650</sup> Vgl. dazu auch *H. Müller*, Die Umsetzung der europäischen Übereinkommen von Rom und Brüssel in das Recht der Mitgliedstaaten, 270 ff.

<sup>651</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 226 ff.

<sup>652</sup> Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH *Barnard/Sharpston*, CMLR 1997, 1113, 1117 ff.

<sup>653</sup> Vgl. z.B. EuGH 29.11.1978 Slg. 1978, 2347, 2368 Egrd. 25 - Pigs Marketing Board; 28.11.1991 Slg. 1991, I-5773, 5795 Egrd. 8 - Durighello; 16.7.1992 Slg. 1992, I-4871, 4933 Egrd. 23 - Meilicke.

dann ab, wenn aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts die Unanwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts offensichtlich ist<sup>654</sup>, das nationale Gericht den Sachverhalt und die Rechtslage nicht hinreichend dargelegt hat<sup>655</sup> oder es sich um allein mit dem Ziel einer Befassung des EuGH konstruierte Streitigkeiten handelt<sup>656</sup> bzw. die vorgelegten Fragen rein hypothetischer Natur sind<sup>657</sup>. Letzteres nahm der Gerichtshof etwa im Verfahren „Meilicke“ an, das die Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage mit der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zum Gegenstand hatte<sup>658</sup>. Antworten auf solch hypothetische Fragen hätten den Charakter eines Rechtsgutachtens. Gutachten kann der EuGH aber nur in den in Art. 300 Abs. 6 EGV aufgeführten Fällen erstatten.

Vorlageberechtigt sind nur „Gerichte eines Mitgliedstaats“. Der Begriff des Gerichts ist autonom zu interpretieren. Vorausgesetzt wird ein Spruchkörper, der sich aus unabhängigen, d.h. nicht weisungsgebundenen Mitgliedern zusammensetzt, im nationalen Recht als streitentscheidende Institution vorgesehen und ordnungsgemäß gebildet ist sowie rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen unterliegt; verlangt wird weiterhin, dass der vorliegende Spruchkörper nach Rechtsnormen und nicht nach Billigkeit zu entscheiden hat und Entscheidungen trifft, denen die Rechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaats bindende Kraft beimisst<sup>659</sup>. Für das Privatrecht bedeutsam ist die Ausnahme durch gewillkürte Parteivereinbarung zur Entscheidung berufener Schiedsgerichte<sup>660</sup> - mit für die Rechtspraxis durchaus misslichen Folgen<sup>661</sup>. Möglich bleibt allerdings eine Vorlage an den EuGH in einem anschließenden Anerkennungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren vor staatlichen Gerichten, etwa nach §§ 1059 ff. ZPO<sup>662</sup>.

<sup>654</sup> Vgl. z.B. EuGH 16.5.1994 Slg. 1994, I-1707, 1714 Egrd. 15 - Monin Automobiles; 28.3.1995 Slg. 1995, I-615, 639 ff. Egrde. 16 ff. - Kleinwort Benson (zum EuGVÜ).

<sup>655</sup> Vgl. z.B. EuGH 11.4.2000 NJW 2000, 2011, 2012 Egrd. 12 - Deliège. Vgl. zu diesem Erfordernis Lenz-Borchardt, Art. 234 Rdrn. 30 f.

<sup>656</sup> EuGH 11.3.1980 1980, 745 - Foglia I; 16.12.1981 Slg. 1981, 3045 - Foglia II. Kein konstruierter Fall liegt hingegen vor, wenn ein Musterprozess geführt wird, vgl. EuGH 5.5.1981 Slg. 1981, 1095 - Dürbeck.

<sup>657</sup> EuGH 16.7.1992 Slg. 1992, I-4871, 4935 Egrde. 31 ff. - Meilicke; 15.6.1995 Slg. 1995, I-1567, 1586 Egrd. 29 - Erasun.

<sup>658</sup> Vgl. EuGH 16.7.1992 Slg. 1992, I-4871 - Meilicke. Stutzig macht schon der achtseitige (!) Fragenkatalog des vorlegenden LG Hannover.

<sup>659</sup> Vgl. knapp zusammenfassend und m. w. Nachw. EuGH 17.9.1997 Slg. 1997, I-4961, 4992 f. Egrd. 23 - Dorsch Consult.

<sup>660</sup> EuGH 23.3.1982 Slg. 1982, 1095, 1110 Egrde. 10 ff. - Nordsee.

<sup>661</sup> Dazu u.a. K. Schmidt, FS Lüke, 721, 729.

<sup>662</sup> Vgl. EuGH 27.4.1994 Slg. 1994, I-1477, 15125 Egrd. 23 - Almelo.

## c) Die Notwendigkeit eines Kooperationsverhältnisses

## aa) Vorlagepflicht

Einzelstaatliche Gerichte, deren Entscheidungen nicht selbst mehr mit Rechtsmitteln des nationalen Rechts angefochten werden können, sind bei Entscheidungserheblichkeit zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Nach zutreffender Ansicht ist bei der Feststellung, welche Gerichte im einzelnen vorlageverpflichtet sind, darauf abzustellen, ob im jeweiligen Rechtszug noch die Einlegung eines Rechtsbehelfs<sup>663</sup> gegen die Entscheidung möglich ist<sup>664</sup> (sog. „konkrete Theorie“)<sup>665</sup>. Darauf, ob das entscheidende Gericht abstrakt-institutionell als letztinstanzliches Gericht anzusehen ist - was allein zu einer Vorlagepflicht der hierarchisch obersten Gerichte führen würde -, kommt es nicht an<sup>666</sup>. Letztinstanzliches Gericht kann daher auch ein Amtsgericht (§ 511a ZPO) oder das Landgericht als abschließende Berufungsinstanz<sup>667</sup> oder bei einem Rechtsmittelausschluss nach §§ 567, 568 ZPO sein<sup>668</sup>. Bei Instanzgerichten kann sich die Vorlageberechtigung (Art. 234 Abs. 2 EGV) zu einer Vorlagepflicht verdichten, sofern sie Vorschriften des Sekundärrechts für ungültig halten und deshalb nicht anwenden wollen<sup>669</sup>.

---

<sup>663</sup> Kein Rechtsbehelf idS ist die Verfassungsbeschwerde, wohl aber z.B. die Nichtzulassungsbeschwerde im Verwaltungsprozessrecht, vgl. BVerfG 31.5.1990 BVerfGE 82, 159, 196. Zuzulassen ist die Revision in einem solchen Fall u.a. dann, „wenn dargelegt wird, dass im Revisionsverfahren voraussichtlich eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen sein wird“, vgl. *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Anh. § 40 Rdnr. 38.

<sup>664</sup> Von einer Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs ist auch dann auszugehen, wenn das Prozessrecht Rechtsbehelfe bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für grundsätzlich statthaft erklärt, dem Gericht ad quem aber zugleich das Recht einräumt, eine Annahme abzulehnen, weil der Sache z.B. keine grundsätzliche Bedeutung zukommt (vgl. z.B. für die Streitwertrevision § 554b ZPO). In diesem Fall wird das Ermessen des Revisionsgerichts allerdings eingeschränkt. Eine Ablehnung der Revisionsannahme kommt nicht in Betracht, sofern abzusehen ist, dass es zur Klärung einer entscheidungserheblichen Frage voraussichtlich der Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH bedarf. Das wird auch vom BGH mitunter übersehen.

<sup>665</sup> Vgl. z.B. *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 234 Rdnr. 19; *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 78; *Lenz-Borchardt*, Art. 234 Rdnr. 36; *Schwarze-Schwarze*, Art. 234 EGV Rdnr. 41. Hiervon ausgenommen ist - in allerdings nur begrenztem Umfang - das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, vgl. dazu m. w. Nachw. *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 93 ff.

<sup>666</sup> So aber *Dausies*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 110 f.; *ders.*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, P II Rdnr. 94a m. w. Nachw.

<sup>667</sup> LG Koblenz 14.6.1991 EuZW 1991, 605, 607.

<sup>668</sup> *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 79.

<sup>669</sup> Vgl. EuGH 22.10.1987 Slg. 1987, 4199 - Foto-Frost. Dazu *Glaesner*, EuR 1990, 143.

Die Annahme einer Vorlageverpflichtung setzt weiterhin voraus, dass eine gemeinschaftsrechtliche Norm auslegungsbedürftig ist. Den Begriff der „Auslegungsbedürftigkeit“ hat der Gerichtshof in seiner CILFIT-Entscheidung dahingehend (negativ) konkretisiert, dass von einer Vorlage nur dann abgesehen werden, wenn

1. die gestellte Frage tatsächlich bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist oder
2. bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofes vorliegt, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind, oder
3. die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt<sup>670</sup>.

Vor allem mit letztgenanntem Punkt greift der EuGH zwar dem Wortlaut nach die *acte clair*-Doktrin des französischen Verwaltungsrechts auf<sup>671</sup>, macht sie sich jedoch inhaltlich nicht zu eigen. Deutlich wird dies vor allem durch die sofort nachfolgende und sehr restriktive Präzisierung des Begriffs des „vernünftigen Zweifels“. Danach darf das innerstaatliche Gericht nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt,

„wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen“<sup>672</sup>.

Das mitgliedstaatliche Gericht muss also rechtsvergleichend untersuchen, ob alle anderen Gerichte der Mitgliedstaaten und der Gerichtshof die in Frage stehende Vorschrift des Gemeinschaftsrechts genauso auslegen würden wie es selbst. Nur wenn beides zu bejahen, kann von einer Vorlage abgesehen werden. Die vom EuGH geforderte „Vorermittlung“ ist von den nationalen Gerichten freilich praktisch kaum zu leisten. Wie sollen sie feststellen, ob alle anderen mitgliedstaatlichen Gerichte und der EuGH ebenso entscheiden würden wie sie? Außerdem erscheint es zweifelhaft, ob der EuGH angesichts seiner von ihm selbst mehrfach beklagten Arbeitsüberlastung an der strikten CILFIT-Formel heute noch festhalten würde<sup>673</sup>.

<sup>670</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3429 f. Egrde. 13 - 16 - C.I.L.F.I.T.

<sup>671</sup> Zur *acte claire*-Doktrin vgl. m. w. Nachw. *Dausés*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 113 f.

<sup>672</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3429 f. Egrd. 16 - C.I.L.F.I.T.

<sup>673</sup> *Leible*, ZLR 2000, 945, 949.

Die den nationalen Gerichten vom EuGH an die Hand gegebenen Entscheidungskriterien sind daher lediglich als Orientierungshilfen zu verstehen, die allerdings durchgehend vom Grundsatz „in dubio praesentatione“ bestimmt werden<sup>674</sup>.

bb) Abweichende Ausgestaltung in Art. 68 EGV

Eine von Art. 234 EGV abweichende Ausgestaltung hat das Vorabentscheidungsverfahren für auf Art. 61 ff. EGV gestützte Rechtsakte erhalten<sup>675</sup>. Im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts berührt dies alle Maßnahmen der Gemeinschaft, die auf der Rechtsgrundlage von Art. 61 lit. c, 65 EGV erlassen wurde, also sekundärrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. Auch sie unterliegen der Auslegungskompetenz des EuGH. Allerdings ist die durch Art. 234 EGV allen mitgliedstaatlichen Gerichten zugestandene Vorlagebefugnis im Bereich des Titels IV durch Art. 68 EGV auf letztinstanzliche Spruchkörper beschränkt worden. Diese Regelung, die beispielsweise deutlich hinter dem Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ zurückbleibt<sup>676</sup>, ist für Zivilprozesse besonders bedauerlich. Sie führt zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung, wenn etwa die Zuständigkeit des angegangenen Zivilgerichts umstritten ist und sich erst abschließend durch eine Entscheidung des EuGH herausstellt, dass nicht der angerufene Spruchkörper des Mitgliedstaats A, sondern derjenige eines anderen Mitgliedstaats zuständig war. Die Regelung erklärt sich aus der Furcht der Mitgliedstaaten, der Gerichtshof könne vor allem durch unzählige Vorlagen in Asylsachen überlastet werden<sup>677</sup>. Im Bereich des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts ist mit einer „Vorlagenflut“ jedoch nicht zu rechnen. Denn die Erfahrung mit dem EuGVÜ hat gezeigt, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte mit ihrer Vorlagebefugnis durchaus verantwortungsvoll umgehen. Daher sollte die in Art. 67 Abs. 2 EGV vorgesehene Möglichkeit, nach Ablauf des fünfjährigen Übergangszeitraums die Bestimmungen über die

---

<sup>674</sup> Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 50.

<sup>675</sup> Ausführlich dazu Chavrier, RMC 2000, 542 und 620; Dörr/Mager, AöR 125 (2000), 386; González Alonso, RDC 1998, 501.

<sup>676</sup> Vgl. Art. 2 des Luxemburger Protokolls betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof vom 3.6.1971, BGBl. 1972 II, 846. Aktuelle Fassung in Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 322 f.

<sup>677</sup> Girerd, RTDE 1999, 239, 244 f.; Lenz-Bardenhewer, Art. 68 EGV Rdnr. 4.

Zuständigkeit des Gerichtshofs anzupassen, jedenfalls für die auf Art. 61 lit. c, 65 EGV gestützten Rechtsakte genutzt werden<sup>678</sup>.

Ganz von der Hand weisen lässt sich die Gefahr einer Überlastung des EuGH durch Rechtsakte im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen freilich nicht. Hervorgerufen wird sie jedoch nicht durch eine exorbitante Vorlagefreudigkeit der nationalen Gerichte, sondern durch die fortschreitende Vergemeinschaftung des Prozess- und Kollisionsrechts. Bislang war der EuGH lediglich zur Auslegung des EuGVÜ berufen. In Zukunft wird er, sollte der Aktionsplan des Rates und der Kommission vollumfänglich verwirklicht werden, einer Vielzahl von Rechtsakten im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen gegenüber stehen. Dieses Problem sollte im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes allerdings nicht durch eine Reduktion der Vorlagebefugnis, sondern durch entsprechende Änderungen in der Struktur der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft gelöst werden<sup>679</sup>.

Eine andere Frage ist es, ob die letztinstanzlich entscheidenden nationalen Gerichte bei einer Entscheidungserheblichkeit der Auslegungsfrage lediglich vorlagebefugt oder vielmehr zur Vorlage verpflichtet sind<sup>680</sup>. Auffällig ist der Formulierungsunterschied zwischen Art. 234 Abs. 3 und Art. 68 Abs. 1 EGV. Nach erstgenannter Vorschrift „ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet“. Nach Art. 68 Abs. 1 EGV hingegen „legt dieses Gericht dem Gerichtshof zur Entscheidung vor, wenn es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält“. Wo Wortlautunterschiede bestehen, ist, so sollte man meinen, auch Unterschiedliches gewollt<sup>681</sup>. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass auch der Formulierung „legt ... vor“ ein verpflichtender Charakter innewohnt. Eine reine Vorlagebefugnis, wie sie etwa Art. 234 Abs. 2 EGV für Instanzgerichte vorsieht, kann folglich nicht gemeint sein. Doch lässt der graduelle Unterschied zwischen beiden Formulierungen es zumindest nicht ausgeschlossen erscheinen, dass Art. 68 Abs. 1 EGV von einer im Vergleich zu Art. 234

<sup>678</sup> Heß, NJW 2000 23, 29; Leible/Staudinger, EuLF 4-2000/01, 225, 227; Müller-Graff, Integration 1997, 271, 280; Müller-Graff/Kainer, DRiZ 2000, 350, 352; Staudinger, ZfRV 2000, 93, 104.

<sup>679</sup> Vgl. das vom EuGH vorgelegte Reflexionspapier über „Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union“, veröffentlicht u. a. als Sonderbeilage zu NJW und EuZW 2000, und dazu Hakenberg, ZEuP 2000, 860; Rabe, EuR 2000, 811; Rösler, ZRP 2000, 52; Streinz/Leible, EWS 2001, 1.

<sup>680</sup> Für eine strikte Vorlageverpflichtung iSv Art. 234 Abs. 3 EGV etwa Dörr/Mager, AöR 125 (2000), 386, 389 f.; Grabitz/Hilf-Röben, Art. 68 EGV Rdnr. 6; Eidenmüller, IPRax 2001, 2, 7 f.; Pechstein/Koenig, Die Europäische Union, Rdnr. 383; ebenso Lenz-Bardenhewer, Art. 68 EGV Rdnr. 3; Calliess/Ruffert-Brechmann, Art. 68 EGV Rdnr. 2; vorsichtiger Kohler, NJW 2001, 10, 14: „wohl auch verpflichtet“; Chavrier, RMC 2000, 542, 545: „La sémantique laisse encore subsister le doute...“.

<sup>681</sup> Leible/Staudinger, EuLF 4-2000/01, 225, 227; ähnlich Chavrier, RMC 2000, 542, 545.

Abs. 3 EGV verminderten Vorlagepflicht ausgeht und damit von der sehr strikten CILFIT-Doktrin des EuGH abrückt. Man könnte daher z. B. daran denken, eine Vorlagepflicht nach Art. 68 Abs. 1 EGV nur dann anzunehmen, wenn die Vorlagefrage für das Gemeinschaftsrecht von hinreichender Bedeutung ist und ihre Beantwortung nach Ansicht des nationalen Gerichts Raum für einen „vernünftigen Zweifel“ lässt. Von einem „vernünftigen Zweifel“ wäre u.a. dann auszugehen, wenn diese Frage bereits von Gerichten eines anderen Mitgliedstaats gegenteilig entschieden worden ist. Das würde sich nicht nur mit den Vorschlägen der von der Kommission eingerichteten Arbeitsgruppe zur Reflexion über „Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union“ decken<sup>682</sup>, sondern vor allem auch den besonderen Erfordernissen der Materien, die von den Rechtsakten nach Art. 61 lit. c, 65 EGV erfasst werden, hinreichend Rechnung tragen. So besteht z.B. bei grenzüberschreitenden Insolvenzen die Gefahr, dass durch ein langwieriges, eventuell fast drei Jahre dauerndes Vorlageverfahren zur Auslegung der EuInsVO bei den noch vorhandenen Vermögenswerten eine weitere Wertminderung eintritt<sup>683</sup>. Auch im Hinblick auf die in der Brüssel II VO geregelten Ehe- und Sorgerechtsachen muss die Verlängerung nationaler Gerichtsverfahren durch die Vorlage an den EuGH auf Bedenken stoßen<sup>684</sup>. Die Annahme einer verminderten Vorlagepflicht nach Art. 68 Abs. 1 EGV trägt diesem Umstand zumindest partiell Rechnung, ohne die vom Gerichtshof zu wahrende Einheit des Gemeinschaftsrechts zu gefährden<sup>685</sup>. Größeren Missständen könnte ferner die Einführung eines beschleunigten Verfahrens nach Art. 104a Verfo-EuGH vorbeugen. Zudem besteht immer noch die Möglichkeit, ein Verfahren nach Art. 68 Abs. 3 EGV einzuleiten.

Ob die Formulierungsunterschiede zwischen Art. 68 Abs. 1 EGV und Art. 234 Abs. 1 EGV tatsächlich eine derart differenzierte Interpretation beider Normen hergeben, erscheint allerdings fraglich, da sie sich etwa in der englischen Fassung des EGV nicht wiederfinden, und muss letztlich durch den EuGH geklärt werden. Für die Zukunft sollte außerdem überlegt werden, ob nicht eine klarstellende Änderung, mindestens aber eine sprachliche Korrektur der deutschen Fassung von Art. 68 Abs. 1 EGV angezeigt ist<sup>686</sup>, wobei an der Vorlagepflicht bei letztinstanzlichen Spruchkörpern als Grundsatz nicht gerüttelt werden darf; denn ohne sie lässt sich der jeder rechtsangleichenden Maßnahme immanenten Gefahr ihrer

---

<sup>682</sup> Vgl. Sonderbeilage zu NJW und EuZW 2000, 1, 7.

<sup>683</sup> *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 572.

<sup>684</sup> So *Kohler*, NJW 2001, 10, 14.

<sup>685</sup> *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 573.

<sup>686</sup> Ebenso *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2, 8.

divergierenden Auslegung durch die nationalen Gerichte nicht entgegenwirken<sup>687</sup>.

cc) Keine effektive gemeinschaftsrechtliche Sanktionierung der Vorlagepflicht

Eine Besonderheit des Vorabentscheidungsverfahrens ist das Fehlen einer effektiven gemeinschaftsrechtlichen Sanktionierung der Vorlagepflicht. Zwar stellt das pflichtwidrige Unterlassen eines Vorabentscheidungsersuchens nach allgemeiner Meinung eine dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnende Vertragsverletzung (Art. 226, 227 EGV) dar<sup>688</sup>, doch kann sie allenfalls zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens führen und schafft selbst bei dessen erfolgreichen Abschluss das gemeinschaftsrechtswidrige Urteil nicht aus der Welt<sup>689</sup>. Und selbst davon macht die Kommission bislang recht sparsam Gebrauch<sup>690</sup>. Dahinter steht das Bestreben, die Zusammenarbeit zwischen EuGH und nationalen Gerichten nicht durch Obstruktion von oben zu gefährden. Das Vertragsverletzungsverfahren wird daher als „ultima ratio“ angesehen und - so scheint es - auf Fälle einer grundsätzlichen und systematischen Ablehnung einer Inanspruchnahme des Vorabentscheidungsverfahrens durch oberste Gerichte beschränkt<sup>691</sup>. Das kann man aber nicht einmal dem BFH vorwerfen. Der in seinem Rechtsschutz beschnittene Einzelne kann jedenfalls weder die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durchsetzen<sup>692</sup> noch hat er die Möglichkeit, kraft Gemeinschaftsrechts das nationale Gericht zur Vor-

<sup>687</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 227.

<sup>688</sup> *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 119.

<sup>689</sup> Allerdings könnte gem. Art. 228 EGV eine Pflicht des betroffenen Mitgliedstaats zur Folgenbeseitigung entstehen, vgl. *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 120 f.; *GTE-Krück*, Art. 177 EGV Rdnr. 78; *Schwarze-Schwarze*, Art. 234 EGV Rdnr. 50. In Rechtsverhältnissen zwischen Privaten dürfte - anders als z.B. bei Private belastenden Verwaltungsakten - eine Folgenbeseitigung freilich schwer fallen, zumal ihr meist auch die Rechtskraft der Entscheidung entgegensteht und eine Restitutionsklage, etwa in analoger Anwendung von § 580 Nr. 6 ZPO, nicht in Betracht kommt.

<sup>690</sup> Bekannt ist bislang überhaupt nur ein Fall, in dem die Kommission eine Vertragsverletzungsverfahren wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch ein nationales Gericht eingeleitet hat. In der Sache ging es um einem vom 11.5.1989 datierenden Beschluss des BGH, mit dem dieser die Revision gegen das umstrittene Pingo-Hähnchen-Urteil des OLG Köln (29.4.1988 ZLR 1988, 667 m. Anm. *Meier*) nicht angenommen hat, vgl. dazu *Meier*, EuZW 1991, 11. Selbst dieses Verfahren ist aber vor Klageerhebung eingestellt worden.

<sup>691</sup> *Cahier*, CDE 1974, 3; *Ehlermann*, FS Kutscher, 135, 153.

<sup>692</sup> Vgl. z.B. EuGH 14.2.1989 Slg. 1989, 291 - *Star Fruit*.

lage zu „zwingen“<sup>693</sup>. Angesichts dieses unzureichenden gemeinschaftsrechtlichen Sanktionsmechanismus<sup>694</sup> hängt die Effektivität des Vorabentscheidungsverfahrens maßgeblich von einem funktionierenden Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Zivilgerichten und Europäischem Gerichtshof ab. Damit ist es aber (noch) nicht zum besten bestellt.

Der mittlerweile doch beachtliche Umfang auf Richtlinien basierenden Gemeinschaftsprivatrechts lässt eine entsprechend hohe Zahl an Vorlageverfahren erwarten. Das Gegenteil ist freilich der Fall. Vorabentscheidungen des EuGH zu privatrechtlichen Fragestellungen sind, gemessen am derzeitigen Richtlinienbestand, erstaunlich gering. Die Ursachen hierfür sind vielfältig<sup>695</sup>. Bei unterinstanzlichen Gerichten stehen häufig noch die bereits angesprochenen Probleme der fehlenden Erkennbarkeit der europäischen Herkunft einer Norm und der mangelnden Verfügbarkeit europäischer Rechtstexte im Vordergrund. Solange nicht in allen Standardkommentaren der „europäische Hintergrund“ von Vorschriften des nationalen Rechts erläutert, auf daraus resultierende Konsequenzen für ihre Auslegung hingewiesen und der entsprechende Richtlinien text abgedruckt wird, kann das Gemeinschaftsprivatrecht nur in beschränktem Maße mit der ihm gebührenden Beachtung durch deutsche Amts- und Landrichter rechnen<sup>696</sup>. Hoffnungsvoll stimmt immerhin die verstärkte Einbeziehung des Europarechts in den akademischen Unterricht, die für die Zukunft wenigstens bei

---

<sup>693</sup> Als Ausweg bleibt einzig die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts gegen den Gerichtsstaat, da die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidriges Verhalten alle Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht erfasst, die den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind, vgl. *Beul*, EuZW 1996, 748; *Leible/Sosnítza*, GRUR 1995, 799, 802 in Fußn. 43; *Schwarze-Schwarze*, Art. 234 EGV Rdnr. 51; a.A. *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 234 EGV Rdnr. 28 unter Berufung auf das Richterprivileg.

<sup>694</sup> Zu Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Nichtvorlage nach nationalem, insbesondere deutschem Recht vgl. § 5, E IV c, dd.

<sup>695</sup> Ausführlich dazu z.B. *Basedow*, FS Brandner, 651, 665 ff.; *ders.*, in: *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 277, 287 ff.; *Hirte*, *Wege zu einem europäischen Zivilrecht*, 41 ff.

<sup>696</sup> Exemplarisch die schon erwähnte Verleihung der „Euro-Zitrone“ an den Palandt, vgl. *Basedow*, ZEuP 1993, 656. Die Kommentatoren haben auf die Kritik reagiert und dem Europarecht immerhin gesteigerte, wenn auch noch nicht durchgehend ausreichende Beachtung geschenkt, vgl. etwa *Palandt-Sprau*, Einf v § 651 a BGB Rdnr. 1; *Palandt-Heinrichs*, Einf AGBG Rdnr. 6; *Palandt-Putzo*, Einf VerbrKrG Rdnr. 1; *Palandt-Putzo*, Einf HausTWG Rdnr. 2; *Palandt-Putzo*, Einf TzWrG Rdnr. 2. Wenig hilfreich ist jedoch, dass zwar auf die entsprechende EG-Richtlinie hingewiesen, nicht aber ihre Fundstelle im EG-Amtsblatt zitiert wird. Da in der Regel weder die Amtsblätter der EG noch die Textsammlung von *Hommelhoff/Jayme* in Amts- oder Landgerichten vorhanden sind, erscheint die Aufnahme einschlägiger EG-Richtlinien in einen Textanhang erwägenswert.

den neu in den Richterdienst Eintretenden eine gesteigerte Sensibilität für die europäische Herkunft zahlreicher nationaler Privatrechtsnormen erwarten läßt.

Rechtsunkenntnis wird man hingegen bei letztinstanzlichen Richtern, vor allem Bundesrichtern, nicht vermuten dürfen<sup>697</sup>. Gleichwohl ist gerade bei vorlageverpflichteten Gerichten immer noch eine merkliche Zurückhaltung gegenüber der Einleitung von Vorabentscheidungsverfahren festzustellen. So dauerte es z.B. nach der Entscheidung „Haaga“<sup>698</sup> zwanzig Jahre, bis der mit dem Gesellschaftsrecht als dem bisher am weitesten vergemeinschafteten Bereich des Zivilrechts befasste II. Zivilsenat des BGH den EuGH erneut um Vorabentscheidung zu einer gesellschaftsrechtlichen Fragestellung, konkret zur phasengleichen Berücksichtigung von Tochtergewinnen im Konzernabschluß, ersuchte<sup>699</sup>. Fälle, die dem II. Zivilsenat Anlass zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hätten bieten können, gab es aber schon zuvor<sup>700</sup>. So war etwa das Gemeinschaftsrecht durchaus relevant für die Beantwortung der Frage, ob § 15 Abs. 1 HGB auch das Geschäftsunfähigwerden des Prokuristen oder Organvertreters erfasst<sup>701</sup>. Genauso wäre in den Verfahren „TBB“<sup>702</sup> und „IBH“<sup>703</sup> eine EuGH-Vorlage angezeigt gewesen. Gerade in letztgenannten Entscheidungen fällt auf, wie großzügig der BGH die Vorlageverpflichtung des Art. 234 Abs. 3 EGV handhabt. Zur Erinnerung: Der EuGH lehnt eine Vorlagepflicht letztinstanzliche Gerichte nur ab, wenn „die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder ... die richtige Anwendung des Ge-

<sup>697</sup> A.A. allerdings *Basedow*, FS Brandner, 651, 667 („zugrundeliegende Richtlinie der EG offenbar schlicht übersehen“) und 671 („mangelnde Kenntnis des sekundären Gemeinschaftsrechts“).

<sup>698</sup> EuGH 12.11.1974 Slg. 1974, 1201 - Haaga.

<sup>699</sup> Vgl. BGH 21.7.1994 BB 1994, 1673 sowie EuGH 27.6.1996 Slg. 1996-I, 3133 - Tomberger.

<sup>700</sup> Vgl. etwa die Beispiele bei *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, 100 ff.; *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht, 43 in Fußn. 149.

<sup>701</sup> Vgl. BGH 1.7.1991 BGHZ 115, 78 und dazu *Basedow*, FS Brandner, 651, 666. Vgl. auch die Entscheidung des IV-a Zivilsenats zur Reichweite des Handelsregistereinsichtsrechts nach § 9 HGB, BGH 12.7.1989 BGHZ 108, 32, 37 und dazu die berechtigte Kritik von *Hirte*, CR 1990, 631, 636; ausführlich zum ganzen auch *Kassau*, Das Recht auf kommerzielle Nutzung des Handelsregisters (1998).

<sup>702</sup> BGH 29.3.1992 BGHZ 122, 123. Zur Vorlagepflicht in diesem Fall *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 87 in Fußn. 203; *Kindler*, NJW 1993, 3120.

<sup>703</sup> BGH 15.1.1990 BGHZ 110, 47. Zur Vorlagepflicht in diesem Fall *Frey*, ZIP 1990, 288, 292; *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 86; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 192; *Joost*, ZIP 1990, 549, 564.

meinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“<sup>704</sup>. Was aber ist von der vom BGH behaupteten „Offenkundigkeit“ zu halten, wenn die Bundesrichter 2 bzw. sogar 6 (!) Seiten der amtlichen Sammlung benötigen, um sie zu begründen<sup>705</sup>? Übersehen wird von den Bundesrichtern außerdem, dass der EuGH eine Nichtvorlage wegen Offenkundigkeit lediglich dann für zulässig erklärt, wenn nicht nur für das Ausgangsgericht, sondern auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit besteht<sup>706</sup>. Dieser Nachweis dürfte nicht allzu oft gelingen. Der II. Zivilsenat steht mit seiner fragwürdigen Interpretation des Art. 234 Abs. 3 EGV freilich nicht allein. Das Bemühen, einer Vorlage an den EuGH aus dem Weg zu gehen, wird auch in Entscheidungen anderer Zivilsenate offensichtlich. So geht etwa der XI. Zivilsenat in seiner Entscheidung zur Kontrollfähigkeit von Entgeltklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditkartenunternehmen mit keinem Wort auf die Klauselrichtlinie und insbesondere deren Art. 4 Abs. 2 ein<sup>707</sup>. Es lässt sich trotz des vergleichbaren Wortlauts beider Regelungen aber nicht a priori ausschließen, dass der kontrollfreie Bereich nach Art. 4 Abs. 2 Klauselrichtlinie enger ist als nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 8 AGBG<sup>708</sup>. Eine Vorlage an den EuGH wäre daher angezeigt gewesen. Auf die in der Literatur geäußerte Kritik hin hat sich der XI. Zivilsenat in einem nachfolgenden Verfahren, in dem es um die Kontrollfähigkeit einer Gebührenklausel in den Sparkassenbedingungen ging, ausdrücklich mit seiner Pflicht zur Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH befasst. Seiner Ansicht nach bestand

„entgegen der Ansicht der Revision ... im Hinblick auf die vom Rat der Europäischen Union am 5. 4. 1993 verabschiedete Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 93/13/EWG (NJW 1993, 1838) kein Anlaß zur Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung. Der Bundesgesetzgeber hat die an die Mitgliedstaaten gerichtete und nur für sie verbindliche Richtlinie mit Gesetz vom 19. 7. 1996 (BGBl I, 1013) in nationales Recht

<sup>704</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3431, Egrd. 21 - C.I.L.F.I.T.

<sup>705</sup> BGH 29.3.1992 BGHZ 122, 123, 135-136 (TBB); BGH 15.1.1990 BGHZ 110, 47, 68-74 (IBH).

<sup>706</sup> EuGH 6.10.1982 Slg. 1982, 3415, 3430, Egrd. 16 - C.I.L.F.I.T.

<sup>707</sup> BGH 14.10.1997 BGHZ 137, 27 = LM AGBG § 8 Nr. 30 mit krit. Anm. *Basedow*.

<sup>708</sup> Vgl. auch *Basedow*, in: in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 277, 284 f.; Pfeiffer, VuR 2001, 95, 97 f. Auf keinen Fall ist der kontrollfreie Bereich jedenfalls weiter als nach § 8 AGBG, so zu Recht BGH 22.11.2000 NJW 2001, 1132, 1133; ebenso *Basedow*, NVersZ 1999, 349; *Kieninger*, VersR 1999, 951, 952; *Römer*, FS 50 Jahre BGH, 375, 382; a.A. *Langheid*, NVersZ 2000, 63.

umgesetzt. Er hat dabei zu einer Änderung des § 8 AGBG wegen seiner Übereinstimmung mit Art. 4 Nr. 2 der Richtlinie keinen Anlaß gesehen (...). Die Beantwortung der Frage, ob die beanstandete Klausel einer Überprüfung am Maßstab der §§ 9 bis 11 AGBG entzogen ist, ist Sache der deutschen Gerichte, über die der EuGH nach Art. 177 EGV nicht zu entscheiden hat“<sup>709</sup>.

Diese Argumentation mutet in der Tat - wie *Ulmer* treffend formuliert - wie ein Rückfall in die Steinzeit des Gemeinschaftsrechts an<sup>710</sup>; keine Andeutung, dass es eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung angeleglichen Rechts geben könne, geschweige denn die Erkenntnis, dass in Zweifelsfällen eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen ist, der zudem nicht - wie das Gericht meint - über die Kontrollfähigkeit der beanstandeten Klausel entscheidet, sondern lediglich das Gemeinschaftsrecht - hier den einschlägigen Art. 4 Abs. 2 der Klauselrichtlinie - auslegt. Nun ist es sicherlich richtig, dass man derartige Fälle nicht überbewerten sollte<sup>711</sup>. Andere Senate sind - jedenfalls in jüngerer Zeit - wesentlich vorlagefreundiger, wie etwa die Vielzahl der Vorlagen des I. Zivilsenats in Wettbewerbsachen oder auch das Vorabentscheidungsersuchen des IX. Senats zur Anwendbarkeit der Haustürgeschäfte-Richtlinie auf Bürgschaftsverträge deutlich machen. Und selbst der XI. Zivilsenat hat mittlerweile ein Vorabentscheidungsersuchen gestellt<sup>712</sup>. Gleichwohl lässt sich eine Reserviertheit gerade der obersten Gerichte nicht leugnen; ja sie scheinen sich mitunter - etwas stärker formuliert - „wider besseren Wissens der eigenen Pflicht zur Vorlage (zu) entziehen“<sup>713</sup>. Was aber sind die Ursachen hierfür?

Genannt werden die in der Tat unzureichende Sanktionierung einer Verletzung der Vorlagepflicht durch das nationale Recht, auf die noch näher einzugehen ist, die mit dem Vorabentscheidungsverfahren einhergehende Verzögerung des nationalen Prozesses<sup>714</sup>, die Gefahr des Entstehens einer Luxemburger Superrevisionsinstanz<sup>715</sup>, die bei stetig steigender Flut von

<sup>709</sup> BGH 7.7.1998 NJW-RR 1998, 1641, 1642 = LM § 608 BGB Nr. 6 m. krit. Anm. Wolf = BB 1998, 1864 m. krit. Anm. *Ulmer*.

<sup>710</sup> *Ulmer*, BB 1998, 1865.

<sup>711</sup> *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 50 und 56.

<sup>712</sup> Vgl. BGH 29.11.1999 ZIP 2000, 177, zu Anwendbarkeit und Vorrang der Haustürgeschäfte-Richtlinie gegenüber der Verbraucherkreditrichtlinie bei Realkreditverträgen. Vgl. dazu auch *Habersack*, WM 2000, 981.

<sup>713</sup> So *Basedow*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 277, 287.

<sup>714</sup> *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 84.

<sup>715</sup> *Canaris*, EuZW 1994, 417.

Vorlagen drohende Überlastung des Gerichtshofs<sup>716</sup> usw. Meist scheint aber die Sorge um den Erhalt des eigenen Zivilrechtssystems im Vordergrund zu stehen. Haben Rechtsprechung und Wissenschaft ein fest gefügtes Dogmengebäude errichtet, werden Luxemburger Richtersprüche oft als „Gewaltakte“ empfunden und von einer Vorlage abgesehen: Prävention durch Nichtvorlage. Das mag zwar menschlich verständlich sein, rechtlich haltbar ist es nicht. Zudem sind diese Vorbehalte nur bedingt begründet. Ihnen lässt sich auch auf anderem Wege entgegenwirken. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass der befürchtete Systembruch keine Folge der Rechtsprechung des EuGH ist, sondern der mit (zumindest mehrheitlichen) Zustimmung der im Rat vertretenen Mitgliedstaaten erfolgten Vergemeinschaftung des Zivilrechts. Wo Gefahren drohen, muss ihnen daher bereits im Vorfeld, d.h. im gemeinschaftlichen Rechtsetzungsverfahren, begegnet werden. Es ist nicht Aufgabe der nationalen Gerichte, nachträglich „korrigierend“ durch Missachtung des Gemeinschaftsprivatrechts einzugreifen, selbst wenn verschiedenen privatrechtlichen Richtlinien allenfalls die Qualität der „Handelsklasse C“<sup>717</sup> zuerkannt werden kann. Und wird die Luxemburger Interpretation des Gemeinschaftsprivatrechts als unzureichend empfunden, wozu verschiedentlich die Entscheidungsinhalte, mehr aber noch die häufig schematischen und formelhaften, manchmal geradezu apodiktischen Urteilsbegründungen Anlass geben<sup>718</sup>, hilft es nicht, dem Gerichtshof die Fähigkeit zu seiner Auslegung einfach abzusprechen<sup>719</sup>. Es bedarf - neben der bei fortschreitender Vergemeinschaftung des Zivilrechts sicherlich immer dringender werdenden Notwendigkeit einer institutionellen Reform des EuGH<sup>720</sup> - bereits jetzt der Entwicklung eines Kooperationsverhältnisses auf dialogischer Basis. Der erste Schritt hierzu muss von den nationalen Gerichten ausge-

---

<sup>716</sup> Schulze-Osterloh, ZGR 1995, 170, 174.

<sup>717</sup> So Basedow, in: Reichert-Facilides (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum, 89; ders., in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 277, 287.

<sup>718</sup> Vgl. dazu Leible, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 76 ff.

<sup>719</sup> So aber z.B. Samara-Krispis/Steindorff, CMLR 1992, 615: „And we dare even to submit, that the European Court’s contribution to company law may not justify the expectation that the Community, in its present organization, is qualified to assume responsibility for questions of company law and – probably – other civil law“.

<sup>720</sup> Etwa durch die Schaffung von Zivilsenaten, vgl. dazu Leible, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 82; Streinz/Leible, EWS 2001, 1, 6, sowie § 12, A V 1.

hen. Sie „sollten die konkrete Auslegungsfrage nicht nur in dürre Worte fassen“<sup>721</sup>, sondern das Vorabentscheidungsersuchen dazu nutzen, den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur darzustellen, ihre eigenen Wertungen offenzulegen, die Einbettung der Auslegungsfrage in das nationale Zivilrechtssystem zu erläutern und auf die Auswirkungen der verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten hinzuweisen. Nur die umfangreiche Kenntnis der nationalen Hintergründe einer Vorlagefrage, die aufgrund der unterschiedlichen nationalen und beruflichen Herkunft der Luxemburger Richter nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann, erlaubt eine abgewogene Entscheidung, die Spannungen zwischen dem Gemeinschaftsrecht und nationalen Zivilrechtssystemen vermeiden kann. Fällt sie dennoch zu Ungunsten nationaler Besonderheiten aus, ist das der Preis der europäischen Integration. Diese „Denationalisierung des Privatrechts“<sup>722</sup> sollte aber nicht nur als Gefahr, sondern zugleich als Chance begriffen werden. Sie bietet sowohl die Gelegenheit, nationale Denkgewohnheiten kritisch zu hinterfragen, als auch die Möglichkeit, bessere Lösungen zu entwickeln. Nationale Gerichte können diesen Prozess durch gut formulierte Vorlagefragen und Darlegung ihrer eigenen Lösungsvorschläge maßgeblich beeinflussen<sup>723</sup>. Der Wissenschaft obliegt es, ihn zu begleiten, und zwar nicht allein durch die Aufarbeitung aktueller Streitfragen, sondern vor allem durch die Herausarbeitung der Strukturprinzipien europäischen Privatrechts. Nur so läßt sich eines Tages das bislang lediglich in Bruchstücken vorhandene Gemeinschaftsprivatrecht in einem einheitlichen und in sich kohärenten System erfassen<sup>724</sup>.

#### dd) Sanktionierung einer Verletzung der Vorlagepflicht nach nationalem Recht

Angesichts des unzureichenden gemeinschaftsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums fragt sich, ob wenigstens das nationale Recht dem Rechtsuchenden geeignete Hilfsmittel zur Durchsetzung der Vorlagepflicht zur Verfügung stellt. Das ist, wie sich zeigen wird, nur in beschränktem Umfang der Fall. Einzugehen ist sowohl auf zivilprozessuale Handlungsmöglichkeiten als auch auf die stets nur als „ultima ratio“ in Betracht kommende Verfassungsbeschwerde.

(1) *Berufung, Revision und Restitutionsklage*. Legt ein nicht zur Vorlage verpflichtetes Gericht (Art. 234 Abs. 2 EGV) trotz Entscheidungserheb-

<sup>721</sup> Basedow, FS Brandner, 651, 679.

<sup>722</sup> Vgl. Remien, ZfRV 1995, 116.

<sup>723</sup> Zuleeg, RdA 1996, 71, 77.

<sup>724</sup> Beispielhaft der Ansatz von Lurger, Vertragliche Solidarität.

lichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Fragestellung nicht vor, können gegen seine Entscheidung Berufung oder Revision eingelegt werden. Beide Rechtsmittel lassen sich aber nicht auf die unterlassene Vorlage, sondern nur darauf stützen, dass das Gemeinschaftsrecht bzw. das dieses umsetzende nationale Recht falsch oder gar nicht angewendet wurde. Gegebenenfalls kann oder muss dann das Rechtsmittelgericht den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen. Zu beachten ist, dass das Revisionsgericht die Annahme einer Revision nicht nach § 554b ZPO ablehnen darf, sofern zur Entscheidung die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH notwendig ist<sup>725</sup>. Ist der Rechtsweg erschöpft, kann die Nichtvorlage durch ein zur Vorlage verpflichtetes Gericht jedoch kein Rechtsmittel eröffnen. Nach verbreiteter Ansicht soll allerdings die Nichtvorlage geeignet sein, unabhängig vom Beschwerdewert eine Grundsatzrevision nach § 546 Abs. 1 S. 1 ZPO zu ermöglichen; denn jedenfalls dann, wenn aufgrund der Nichtvorlage eine Gefährdung individueller Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht drohe, entfalle die in § 546 Abs. 1 S. 3 ZPO vorgesehene Bindung des BGH an die Nichtzulassung der Revision<sup>726</sup>.

Nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss sind Möglichkeiten, ein gemeinschaftsrechtswidriges Zivilurteil zu beseitigen, nicht ersichtlich. Insbesondere ein Restitutionsklage, etwa in analoger Anwendung von § 580 Nr. 6 ZPO, kommt nicht in Betracht<sup>727</sup>, selbst wenn die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Entscheidung aufgrund eines späteren Vorabentscheidungsverfahrens offensichtlich oder sie gar in einem Vertragsverletzungsverfahren festgestellt worden ist. Denn die bloße Nichtvorlage berührt weder das Prozessrechtsverhältnis der Parteien noch stellt sie einen Mangel dar, der in seiner Schwere den in § 580 ZPO ausgeführten Beispielen vergleichbar ist<sup>728</sup>. Im übrigen hat es der EuGH abgelehnt, die rechtsfehlerhafte Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch ein mitgliedstaatliches Gericht als Vollstreckungshindernis iSv Art. 34 Abs. 2, 27 Nr. 1 EuGVÜ anzuerkennen<sup>729</sup>. Wenn dem Gemeinschaftsrecht folglich nicht durchgängig *ordre public*-Qualität zukommt, ist nicht ersichtlich, warum Art. 10 EGV die Mitgliedstaaten gleichwohl zu derart weitreichenden Eingriffen in die

---

<sup>725</sup> Vgl. dazu auch BVerfG 16.12.1993 NJW 1994, 2017; einschränkend *K. Schmidt*, FS Lücke, 721, 737 (nur wenn die klärungsbedürftige Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist); ebenso *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH, 19.

<sup>726</sup> So etwa *Koch*, EuZW 1995, 78, 83; ausführlich *ders.*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, 109 ff.; ähnlich *Meier*, EuZW 1991, 11, 12 f.; wohl auch *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 99; a.A. *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH, 18.

<sup>727</sup> So aber *Meier*, EuZW 1991, 11, 14 f., unter Hinweis auf Art. 10 EGV.

<sup>728</sup> *K. Schmidt*, FS Lücke, 721, 738; ebenso *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH, 19; ausführlich dazu *Koch*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, 134 ff. und 150 ff.

<sup>729</sup> EuGH 11.5.2000 NJW 2000, 2185, 2186 Egrde. 33 und 34 - Usines Renault.

Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen verpflichten soll, wie sie § 580 Nr. 6 ZPO vorsieht.

(2) *Verfassungsbeschwerde*. Angesichts des wenig hilfreichen zivilprozessualen Instrumentariums kommt dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass der EuGH nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BVerfG gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist und es einen Entzug des gesetzlichen Richters darstellt, wenn ein nationales Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nachkommt<sup>730</sup>. Das BVerfG betrachtet freilich nicht jeden Verstoß gegen Art. 234 Abs. 3 EGV als Entzug des gesetzlichen Richters iSv Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, sondern prüft nur, „ob diese Zuständigkeitsregel in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt worden ist“<sup>731</sup>. Die zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entwickelten Willkürkriterien<sup>732</sup> werden also lediglich auf den Fall der Nichtvorlage übertragen<sup>733</sup> und ausdifferenziert<sup>734</sup>. Zu unterscheiden sind verschiedene Fallgruppen, in denen das BVerfG regelmäßig eine unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht annimmt:

1. Grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht;
2. Bewusstes Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft<sup>735</sup>;
3. Keine abschließende Klärung eines entscheidungserheblichen Rechtsproblems durch die Rechtsprechung des EuGH.

Von letzterem ist insbesondere dann auszugehen,

„wenn zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorliegt oder wenn eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat. Erscheint eine Fortent-

<sup>730</sup> Vgl. z.B. BVerfG 31.5.1990 BVerfGE 82, 159, 194 ff.; 8.4.1987 NJW 1988, 1459; 9.11.1987 NJW 1988, 1456; 15.9.1988 RIW 1989, 230; 26.1.1989 RIW 1989, 823; 21.11.1989 DB 1990, 414, 27.8.1991 NJW 1992, 678; 22.12.1992 NVwZ 1993, 883; 16.12.1993 NJW 1994, 2017; 21.8.1996 NVwZ 1997, 481; 4.6.1998 NJW 2811, 2813; 15.6.1998 NVwZ 1998, 12845, 1286; 5.8.1998 EuGRZ 1998, 537, 538; 14.10.1998 NVwZ 1999, 293; 9.1.2001 ZIP 2001, 350.

<sup>731</sup> Vgl. z.B. BVerfG 31.5.1990 BVerfGE 82, 159, 195; 4.6.1998 NJW 1998, 2811, 2813.

<sup>732</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. Sachs-*Degenhart*, Art. 101 Rdnr. 18 ff.

<sup>733</sup> Besonders deutlich BVerfG 21.11.1989 DB 1990, 414: „Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist durch eine unterbliebene Vorlage aber nur dann verletzt, wenn - wie bei dem für die Rechtsanwendung im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG geltenden Willkürmaßstabs - dieses Unterlassen bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist“.

<sup>734</sup> Dazu *Rodi*, DÖV 1989, 750.

<sup>735</sup> Vgl. dazu BVerfG 8.4.1987 BVerfGE 75, 223.

wicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung *eindeutig* vorzuziehen sind<sup>736</sup>.

Bedenklich an der Rechtsprechung des BVerfG ist ihre mangelnde Deckungsgleichheit mit der CILFIT-Doktrin des EuGH. Verlangt wird in der meist einschlägigen dritten Fallgruppe keine absolute oder auch nur annähernde Gewissheit über die Auslegung des in Frage stehenden gemeinschaftlichen Rechtsakts, sondern lediglich eine sachlich einleuchtende Argumentation des die Vorlage ablehnenden Gerichts, die sich in einer konkret nachvollziehbaren Begründung manifestieren muss. Vom Grundsatz „in dubio pro praesentatione“ bleibt so nicht viel übrig. Es genügt, wenn das Gericht die Vorlageproblematik erkennt und sie mit plausibler Begründung zurückweist<sup>737</sup>. Damit aber ist die Verfassungsbeschwerde ein „stumpfes Schwert“<sup>738</sup> und „für den Prozessvertreter eher ein pädagogisches denn ein prozessrechtliches Instrument“<sup>739</sup>. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist die Gesetzesinterpretation durch das BVerfG durchaus fragwürdig<sup>740</sup>. Denn Gemeinschaftsrecht genießt - wie auch das BVerfG anerkennt - Vorrang selbst vor nationalem Verfassungsrecht. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG - und damit eine Einbeziehung der CILFIT-Kriterien - ist daher angezeigt<sup>741</sup>.

Erstaunlich ist die Rechtsprechung des BVerfG auch deshalb, weil es in einem anderen, aber durchaus vergleichbaren Sachverhalt zwar ebenfalls auf das Will-

<sup>736</sup> BVerfG 31.5.1990 BVerfGE 82, 159, 195 f. (Hervorhebung im Original); zuletzt BVerfG 9.1.2001 ZIP 2001, 350.

<sup>737</sup> Heß, ZZP 108 (1995), 59, 83.

<sup>738</sup> K. Schmidt, FS Lücke, 721, 738.

<sup>739</sup> Gündisch, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 105.

<sup>740</sup> Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG auch Gündisch, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 104 f.; Heß, ZZP 108 (1995), 59, 83 f.; Meier, EuZW 1991, 11, 13; Rabe, FS Redeker, 201, 211 f.; K. Schmidt, FS Lücke, 721, 738; Vedder, NJW 1987, 526; Wölker, EuGRZ 1988, 97, 100 ff.; Zimmermann, FS Doehring, 1033, 1046 ff.

<sup>741</sup> Nach Ansicht von Rabe hätte das BVerfG als gleichfalls vorlageverpflichtetes Gericht diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen müssen, vgl. Rabe, FS Redeker, 201, 212. Stützen ließe sich diese Auffassung unter Umständen auf das gemeinschaftsrechtliche Effizienzgebot. Missliche Folge wäre allerdings, dass Staaten, die „überobligatorisch“ die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche Entscheidungen wegen einer Nichtvorlage an den EuGH vorsehen, veranlasst werden könnten, von diesem zusätzlichen Rechtsbehelf ganz abzusehen.

kür-Kriterium zurückgegriffen, die Grenzlinie aber wesentlich enger gezogen hat. Gem. Art. 100 Abs. 2 müssen Gerichte eine Entscheidung des BVerfG einholen, sofern in einem Rechtsstreit zweifelhaft ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbare Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 25 GG). Nach Auffassung des BVerfG ist eine Vorlage dann geboten, „wenn das erkennende Gericht bei Prüfung der Frage, ob und mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, auf ernstzunehmende Zweifel stößt, und nicht nur dann, wenn das Gericht selbst Zweifel hat“<sup>742</sup>. Von ernstzunehmenden Zweifeln sei auszugehen, „wenn das Gericht abweichen würde von der Meinung eines Verfassungsorgans oder von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft“<sup>743</sup>. Warum gleiche Maßstäbe nicht auch bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht gelten sollen, ist nicht recht ersichtlich.

Hoffnungsfroh stimmt immerhin eine neuere Entscheidung des BVerfG, die zwar an den den eingangs dargestellten Kriterien grundsätzlich festhält, aber eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zutreffend bereits deshalb bejaht, weil das letztinstanzlich entscheidende BVerwG die von ihm selbst erkannte und aufgeworfene Problematik der Richtlinienkollision allein nach nationalen Maßstäben ohne jede Auseinandersetzung mit der europäischen Judikatur und damit in einer im europäischen Rechtsraum unvertretbaren Weise beantwortet hatte:

„Das BVerwG nennt keine Entscheidung des EuGH zur Problematik von Richtlinienkollisionen, die es - worauf in den Stellungnahmen hingewiesen wird - durchaus gibt. Infolge dieses Versäumnisses hat sich das Gericht auch nicht erkennbar mit der vorhandenen Rechtsprechung des EuGH auseinander gesetzt. Aus welcher Norm des europäischen Rechts das BVerwG seine Berechtigung herleitet, selbst über die Normenkollision nach Grundsätzen zu entscheiden, die es dem deutschen Recht entnimmt (Grundsätze der Priorität und der Spezialität), wird nicht belegt. ... Ein Gericht, das sich hinsichtlich des europäischen Rechts nicht ausreichend kundig macht, verkennt regelmäßig die Bedingungen für die Vorlagepflicht. Dabei umfasst der Begriff des europäischen Rechts nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl; denn die Wahl der Methode - Spezialität oder praktische Konkordanz - entscheidet auch darüber, welche Rechtsnorm sich im Kollisionsfall durchsetzt und damit materiell gilt“<sup>744</sup>.

Damit wird in die erste Fallgruppe „grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht“ ausdrücklich auch die Frage der Methodenwahl einbezogen. Ob dieser Beschluss auf eine - wenn auch behutsame - engere Grenz-

<sup>742</sup> BVerfG 14.5.1968 BVerfGE 23, 288, 319; bestätigt durch BVerfG 12.4.1983 BVerfGE 64, 1, 21.

<sup>743</sup> BVerfG 14.5.1968 BVerfGE 23, 288, 319.

<sup>744</sup> BVerfG 9.1.2001 ZIP 2001, 350, 352.

ziehung bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf unterbliebene Richtervorlagen an den EuGH hindeutet, muss als offen bezeichnet werden. Eine solche Entwicklung wäre aber zu wünschen.

d) Einbindung des Vorabentscheidungsverfahrens in den (deutschen) Zivilprozess

Die Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens erfolgt im Rahmen des Zivilprozesses. Sie steht im Ermessen des Prozessgerichts, sofern es nicht ausnahmsweise nach Art. 234 Abs. 3 EGV vorlageverpflichtet ist. Die Parteien haben keinen prozessual durchsetzbaren Anspruch auf Anrufung des EuGH, sondern können eine solche Vorgehensweise allenfalls anregen. Die Entscheidung, den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen, ist eine prozessrechtliche Zwischenentscheidung, die in Form eines Beschlusses ergeht<sup>745</sup>. Dieser Vorlagebeschluss berechtigt nicht zur Verfahrensaussetzung nach § 148 ZPO, da es am Tatbestandsmerkmal „eines anderen anhängigen Rechtsstreits“ fehlt; das Vorabentscheidungsverfahren ist integrativer Teil des anhängigen Zivilprozesses, nichts anderes „als die Einholung einer Behördenauskunft oder eines Gutachtens über ausländisches Recht“<sup>746</sup>. Das wird zwar von zahlreichen Gerichten übersehen, ist aber im Grunde unschädlich, handelt es sich hierbei doch „nicht um eine Aussetzung ..., sondern um einen beiläufigen und im Grunde überflüssigen Teil des Vorabentscheidungsersuchens“<sup>747</sup>.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob ein Gericht ein bei ihm anhängiges Verfahren gem. § 148 ZPO aussetzen darf, um den Ausgang eines von einem anderen Gericht betriebenen Vorabentscheidungsverfahrens abzuwarten, ohne selbst den EuGH anzurufen. Dies ist bei Identität der Rechtsfragen zu bejahen. Eine Aussetzung nach § 148 ZPO ist hingegen unzulässig, sofern das anhängige Vorabentscheidungsersuchen nur eine ähnliche, nicht aber die gleiche Rechtsfrage betrifft<sup>748</sup>.

Bedarf der Vorlagebeschluss keiner Verfahrensaussetzung, so findet gegen ihn auch nicht die sofortige Beschwerde nach § 252 ZPO statt, und zwar selbst dann nicht, wenn der Vorlagebeschluss vom Gericht als Aussetzungsbeschluss bezeichnet worden ist<sup>749</sup>. Vorlagebeschlüsse sind damit

---

<sup>745</sup> *Gündisch*, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 106.

<sup>746</sup> *K. Schmidt*, FS Lücke, 721, 725.

<sup>747</sup> BFH 27.1.1981 BFHE 132, 217.

<sup>748</sup> OLG Düsseldorf 2.12.1992 NJW 1993, 1661 = EWS 1992, 54; vgl. auch LG Bonn 30.10.1994 EuZW 1996, 159.

<sup>749</sup> So konsequent *K. Schmidt*, FS Lücke, 721, 735; vgl. auch OLG Köln 13.5.1977 WRP 1977, 734, 735.

- obwohl dies gemeinschaftsrechtlich nicht zwingend ist<sup>750</sup> - nach deutschem Zivilprozessrecht grundsätzlich der Anfechtung durch die Parteien entzogen<sup>751</sup>.

e) Wirkungen von Vorabentscheidungen des EuGH

Welche Wirkungen Vorabentscheidungen des EuGH zukommt, ist im EG-Vertrag nicht geregelt<sup>752</sup>. Der mit dem Vorabentscheidungsverfahren verfolgte Zweck der Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung erfordert zumindest die Bindung des vorliegenden Gerichts und aller anderen Gerichte, die im Rahmen von Rechtsmitteln oder Rückverweisungen mit der Sache befasst sind. Sie sind verpflichtet, die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegte gemeinschaftsrechtliche Frage entsprechend der vom EuGH geäußerten Auffassung zu entscheiden<sup>753</sup>. Die Vorabentscheidung entfaltet insoweit eine *inter partes*-Wirkung.

Hiervon zu unterscheidend ist die Bindungswirkung nach nationalem Prozessrecht. Gem. § 565 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Diese Bindung wird freilich eingeschränkt, sofern das Revisionsgericht eine gemeinschaftsrechtliche Entscheidung ohne Vorlage an den EuGH selbst entschieden hat. Die Bindungswirkung des § 565 Abs. 2 ZPO kann dem Berufungsgericht dann nicht das Recht einer Anrufung des EuGH nehmen, sofern es der Ansicht ist, dass „es aufgrund der rechtlichen Beurteilung des übergeordneten Gerichts zu einer das Gemeinschaftsrecht verletzenden Entscheidung gelangen könnte“<sup>754</sup>. Und sie kann ihm auch nicht - so ist zu ergänzen - das Recht zu einem abweichenden Beurteilung der vom Revisionsgericht entschiedenen Rechtsfrage nehmen, sofern nur dies mit der vom EuGH getroffenen Vorabentscheidung in Einklang steht. Eine Vorlage an den EuGH scheidet nur dann aus, wenn bereits das Revisionsgericht den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht hat und die vom Berufungsgericht gestellten Fragen sachlich mit den dem EuGH bereits vorgelegten Fragen identisch wären<sup>755</sup>.

---

<sup>750</sup> Vgl. z.B. EuGH 12.2.1974 Slg. 1974, 139, 148 Egrd. 6 - Rheinmühlen II. Danach schließt Art. 234 EGV es nicht aus, dass gegen Entscheidungen, mit denen ein Gericht den EuGH um Vorabentscheidung ersucht, die normalen Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts gegeben sind. Kritisch dazu *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 258 f.

<sup>751</sup> *Dauses*, Das Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 177 EG-Vertrag, 129 f.; *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 98; *K. Schmidt*, FS Lücke, 721, 735 f.; dezidiert a.A. *Pfeiffer*, NJW 1994, 1996.

<sup>752</sup> Ausführlich dazu *Ehricke*, Die Bindungswirkung von EuGH-Urteilen.

<sup>753</sup> Vgl. z.B. EuGH 3.2.1977 Slg. 1977, 163, 183 Egrd. 26/27 - Benedetti; 5.3.1986 Slg. 1986, 947, 952 Egrd. 13 - Wünsche.

<sup>754</sup> EuGH 16.1.1974 Slg. 1974, 33, 38 f. Egrd. 4 - Rheinmühlen II. Allgemein dazu sowie mit Hinweisen auf das italienische Recht *Briguglio*, FS Habscheid, 47.

<sup>755</sup> EuGH aaO.

Im übrigen ist zu differenzieren: Hat der EuGH einen Rechtsakt für ungültig erklärt, so stellt dies für jedes Gericht „einen ausreichenden Grund dafür dar, diesen ebenfalls als ungültig anzusehen“<sup>756</sup>. Trotz dieser zurückhaltenden Formulierung des Gerichtshofs ist insoweit also von einer allgemeinen Bindungswirkung<sup>757</sup>, mindestens aber einer faktischen erga omnes-Wirkung<sup>758</sup> auszugehen. Ansonsten kommt Vorabentscheidungen des EuGH aufgrund ihrer tatsächlichen rechtsbildenden Kraft eine „Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts“<sup>759</sup> zu. Sie entfalten zumindest Präjudizwirkung zu<sup>760</sup>. Gerichte, die von Vorabentscheidungen des Gerichtshof abweichen wollen, müssen vorlegen. Insoweit kann man auch von einer „gelockerten erga omnes-Wirkung“ sprechen<sup>761</sup>.

#### V. Der EuGH als Zivilrichter

Die obligatorische oder fakultative Vorlage an den EuGH bei der Auslegung des sekundären Gemeinschaftsprivatrechts führt dazu, dass sich der Gerichtshof zunehmend um die Klärung von zum Teil sehr komplexen Detailproblemen aus den jeweiligen Privatrechtsgebieten bemühen muss. Damit wird zum einen das Potential für eine „judikative Verdichtung des Gemeinschaftsprivatrechts“ geschaffen<sup>762</sup>, mit allen damit zusammenhängenden Problemen, wie etwa der bereits angesprochenen Frage seiner Kompetenz zur Konkretisierung gemeinschaftsprivatrechtlicher Generalklauseln<sup>763</sup>. Zum anderen gewinnt seine Tätigkeit immer größere Ähnlichkeit mit der eines normalen Zivilrichters<sup>764</sup>.

---

<sup>756</sup> Vgl. z.B. EuGH 13.1.1981 Slg. 1981, 1191, 1215Egrd. 13 - International Chemical Corporation;

<sup>757</sup> *Bieber/Beutler/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 260; *Nicolaysen*, Europarecht I, 216; *Schwarze-Schwarze*, Art. 234 EGV Rdnr. 64.

<sup>758</sup> So z.B. *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 566.

<sup>759</sup> *Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 66.

<sup>760</sup> *Bieber/Beutler/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 260; *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH,

<sup>761</sup> *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH, 49 f.

<sup>762</sup> *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 9, 57.

<sup>763</sup> Vgl. § 5, E III 2 d.

<sup>764</sup> Vgl. dazu etwa *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht, 41 ff.; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 16 ff.; *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 73 ff.; *Schneider/Burgard*, EuZW 1993, 617; *van Gerven*, ERPL 1995, 367; *Weatherill*, ERPL 1995, 307.

### 1. Systembildung und Rechtsvergleichung

Identisch wird sie freilich in absehbarer Zeit nicht werden. Denn anders als der nationale Zivilrichter kann der EuGH nicht auf ein in sich geschlossenes Zivilrechtssystem zurückgreifen. Ein Europäisches Zivilgesetzbuch gibt es nicht, und eine europäische Zivilrechtsmethodik ist bislang allenfalls in Ansätzen erkennbar. Die Luxemburger Richter sehen sich einer Vielzahl punktueller Regelungen gegenüber, deren verbindendes Glied oft nicht ersichtlich ist und die mitunter sogar in sich widersprüchlich sind. Dies ist eine Folge des Entwicklungsprozesses des Gemeinschaftsprivatrechts, das nicht vom Allgemeinen zum Besonderen wächst, sondern sich umgekehrt vom Besonderen zum Allgemeinen entwickelt. Vom Gerichtshof fordert dieser Zustand eine intensive und für ihn in dieser Form völlig neue Auseinandersetzung mit dem Privatrecht. Einfache Entscheidungen pro communitate verbieten sich schon von der Sache her. Der Gerichtshof muss sich einerseits um sachgerechte Lösungen bemühen, die Wortlaut, Systematik, Ziel und Zweck der entsprechenden Rechtsangleichungsmaßnahme Rechnung tragen. Er muss darüber hinaus aber auch bemüht sein, sich stets der Bedeutung seiner Entscheidung für das gesamte und noch im Entstehen befindliche gemeinschaftliche Privatrecht zu vergegenwärtigen. Und dafür muss er sich zunächst der „Logik des Privatrechts“ bewusst werden<sup>765</sup>. Das verbietet eine isolierte, rein auf den Einzelfall fixierte und lediglich am Integrationsziel ausgerichtete Betrachtungsweise. Gefordert ist Systemdenken. Und da dieses System auf Gemeinschaftsebene bisher nur rudimentär vorhanden ist, ist es vom Gerichtshof selbst zu entwickeln. Der EuGH bewegt sich dabei nicht im luftleeren Raum. Gewisse Wertungen lassen sich bereits dem bisher vorhandenen Bestand an gemeinschaftsprivatrechtlichen Regelungen entnehmen. Erinnerung sei an die klar zum Ausdruck kommende Tendenz des Schwächerenschutzes, die sich im Gemeinschaftsrecht weniger durch Verbotsnormen als vielmehr durch weitgehende Informationspflichten und Vertragslösungsrechte manifestiert<sup>766</sup>. Im übrigen kann er auf Erfahrungen der Mitgliedstaaten zurückgreifen und sich - solange es an einer gemeinschaftsrechtlichen Gesamtkonzeption fehlt - am europäischen „ius commune“, d.h. an der Gesamtheit der in den Mitgliedstaaten übereinstimmenden Rechtsprinzipien und -regeln, orientieren. Es lässt sich sicherlich trefflich darüber streiten, ob tatsächlich - wie von *Micklitz* behauptet - „eine allgemeine Rechtsregel etwa derart, daß

<sup>765</sup> *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 25 f.

<sup>766</sup> *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 99 ff.; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, 355 ff.

allgemeine Rechtsgrundsätze des Zivilrechts den Europäischen Gerichtshof bei seiner Auslegung des Gemeinschaftsrechts leiten können (oder sollen), nicht existiert“<sup>767</sup>. Die bisher im Bereich des Zivilrechts ergangenen Entscheidungen des EuGH lassen aber auf jeden Fall die Tendenz erkennen, „bei der autonom-gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbildung, die für Rechtsangleichungsmaßnahmen typisch ist, vor allem auch rechtsvergleichende Befunde (‘allgemeine Rechtsgrundsätze’) heranzuziehen“<sup>768</sup>. Eine solche Vorgehensweise drängt sich - wie an anderer Stelle bereits dargelegt wurde - auch geradezu auf. Gemeinschaftsprivatrecht ist niemals eine völlige Neuschöpfung, sondern beruht auf einer gemeinsamen europäischen Zivilrechtstradition. Dann aber sollte man auf dieses reiche Reservoir auch zurückgreifen. Das erfordert eine verstärkt rechtsvergleichende Arbeitsweise, die sicherlich anspruchsvoll, aber zweifelsohne auch geeignet ist, Ergebnisse herbeizuführen, die in den Mitgliedstaaten Akzeptanz finden. Wie fruchtbar diese rechtsvergleichende Arbeitsweise sein kann, hat der EuGH bei der Auslegung des EuGVÜ bewiesen, das von ihm - trotz immer noch gegenteiliger Beteuerungen der Luxemburger Richter - soweit wie möglich autonom interpretiert wird, weil sich nur auf diese Weise eine gewisse Einheitlich- und damit zugleich Kalkulierbarkeit der Rechtsprechung gewährleisten lässt<sup>769</sup>. Nach der Definition des EuGH ist aber unter vertragsautonomer Interpretation zu verstehen, dass bei der Auslegung der im EuGVÜ verwendeten Ausdrücke „die Zielsetzungen und die Systematik des Übereinkommens sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnungen ergeben, berücksichtigt werden müssen“<sup>770</sup>. Nichts anderes sollte für das gemeinschaftliche Zivilrecht gelten<sup>771</sup>.

---

<sup>767</sup> Micklitz, ZEuP 1998, 253, 268.

<sup>768</sup> Vgl. dazu Grundmann, FS Fikentscher, 671, 677 f.

<sup>769</sup> Nachweise bei Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einl. Rdnr. 55 ff; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, § 3 Rdnr. 168; Schlosser, EuGVÜ, Einl. Rdnr. 24. Ausführlich Martiny, RabelsZ 45 (1981), 427; Pfeiffer, JJZ 1991, 71; Scholz, Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ.

<sup>770</sup> EuGH 14.10.1976 Slg. 1976, 1541, 1550 Egrd. 3 - LTU/Eurocontrol (Hervorhebung vom Verf.), seitdem st. Rspr.

<sup>771</sup> Zu den Grenzen der Berücksichtigung „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ im Gemeinschaftsprivatrecht vgl. die Überlegungen von Grundmann, FS Fikentscher, 671, 683 ff.

## 2. Akzeptanz

Systembildung tut aber auch deshalb Not, weil nur so die mitgliedstaatlichen Gerichte in die Lage versetzt werden, sekundäres Gemeinschaftsrecht eigenständig, d.h. ohne Vorlage an den EuGH, anwenden zu können. Systembildung allein reicht jedoch nicht aus. Sie muss den mitgliedstaatlichen Gerichten auch vermittelt werden. Nur wenn erkennbar wird, aufgrund welcher allgemeinen Vorüberlegungen der Gerichtshof zum Ergebnis im konkreten Einzelfall gelangt ist, wird Gemeinschaftsprivatrecht für den Einzelnen vorhersehbar und für den nationalen Richter handhabbar. Nur ausreichend begründete Entscheidungen, die aus sich heraus verständlich sind und die Wertungen des Gerichtshofs erkennen lassen, können die nationalen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung angeglichenen Rechts leiten und die für die Durchsetzung des Gemeinschaftsprivatrechts notwendige Akzeptanz finden. Und diese Akzeptanz ist in einer Situation, in der das Eindringen des Gemeinschaftsrechts in die nationalen Zivilrechtssysteme vielfach noch als Usurpation verstanden wird, besonders wichtig. Denn Recht gilt nicht allein dadurch, dass hierzu berufene Institutionen mit dem Anspruch auf Befolgung Recht setzen oder Recht sprechen. Es bedarf zu seiner Geltung in der sozialen Wirklichkeit auch und vor allem der Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen<sup>772</sup>. Gemeint ist mit Akzeptanz natürlich keine volle oder auch nur teilweise inhaltliche Übereinstimmung. Sie wird sich nur selten erreichen lassen. „Akzeptanz meint vielmehr, dass Entscheidungen rational nachvollziehbar sind, daher als legitim anerkannt und dann - ungeachtet ihres Ergebnisses - ohne weiteres befolgt werden“<sup>773</sup>. Die zur Erlangung von Akzeptanz notwendige Nachvollziehbarkeit setzt aber voraus, dass Entscheidungen angemessen begründet werden. Fehlt es hingegen an Begründungen oder sind sie nicht ausreichend, kommt es zu Akzeptanzproblemen. Und mit diesen Akzeptanzproblemen sieht sich der Gerichtshof - zumindest im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts - bereits konfrontiert.

### a) Der Urteilsstil

So hat sich z.B. jüngst das Landesarbeitsgericht Düsseldorf geweigert, eine Frage zur Betriebsübergangs-Richtlinie<sup>774</sup> dem EuGH vorzulegen. Zur

---

<sup>772</sup> Everling, EuR 1994, 127, 129.

<sup>773</sup> Everling aaO.

<sup>774</sup> Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. EG 1977 L 61, 26.

Rechtfertigung seiner Vorgehensweise führte es, dass eine ausdrückliche Definition des Betriebs oder Betriebsteils, dessen Übergang zur Anwendung der Richtlinie führen soll, in der Entscheidung „Christel Schmidt“<sup>775</sup> nicht enthalten sei. Es sehe sich deshalb nicht in der Lage, die vom EuGH seiner Entscheidung zugrunde gelegten abstrakt formulierten Grundsätze auf den vorliegenden Fall anzuwenden<sup>776</sup>. Da das EuGH-Urteil jegliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BAG vermissen lasse, werde von einer Vorlage abgesehen, um statt dessen lieber dem BAG die Möglichkeit zu geben, die vorliegende Entscheidung zu überprüfen<sup>777</sup>. Die Kritik des Landesarbeitsgerichts erscheint in der Sache überzogen und hat sich durch die präzisierende „Christel Schmidt“-Folgerechtsprechung des EuGH mittlerweile auch erledigt. Sie ist jedoch kein Einzelfall<sup>778</sup> und weist auf ein Problem hin, das mit zunehmender Vergemeinschaftung des Rechts immer mehr an Bedeutung gewinnt - den Urteilsstil des EuGH. Vergleicht man die Art der Entscheidungsbegründung des EuGH mit der deutscher und englischer Gerichte, so fällt die Kürze der Formulierungen und die Beschränktheit der Argumentation auf. Urteile des EuGH sind oft geradezu apodiktisch. „Mit knappen Feststellungen und oft nur Versatzstücken aus anderen Urteilen glaubt der EuGH, seine Lösungen den nationalen Gerichten und letztlich den EG-Bürgern diktieren zu können, anstatt zu versuchen, sie mit Wertentscheidungen des EG-Vertrages unter voller Einbeziehung der in den Mitgliedstaaten geführten Diskussion zu überzeugen“<sup>779</sup>.

Ein - zugegeben besonders extremes - Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechungspraxis des EuGH mag dies demonstrieren. Im Verfahren „Tomberger“<sup>780</sup> stand zur Diskussion, ob die Jahresabschlussrichtlinie eine konzernbeherrschende Muttergesellschaft verpflichtet, den ihr von ihrer Tochtergesellschaft zugewiesenen Gewinn sofort zu aktivieren (sog. phasengleiche Aktivierung). Die Beantwortung dieser Frage hat erhebliche Auswirkungen auf die Konzernfinanzierung, die Transparenz der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Muttergesellschaft sowie ihre Gewinnaussichten und kann schließlich auch noch das Steuerrecht beeinflussen. Aufgrund dieser weitreichenden Konsequenzen ist man geneigt, eine ausführliche Entscheidungsbegründung zu erwarten. Der Urteilsleser wird

---

<sup>775</sup> EuGH 14.4.1994 Slg. 1994, I-1311 - Christel Schmidt.

<sup>776</sup> LAG Düsseldorf 9.11.1994 DB 1995, 275, 276 m. Anm. *Schiefer*; dem EuGH folgend dagegen LAG Hamm 24.1.1995 DB 1995, 881 m. Anm. *Schiefer*; ArbG Hamburg 4.7.1994 ZIP 1994, 1551.

<sup>777</sup> LAG Düsseldorf aaO.

<sup>778</sup> Ähnlich scharf z.B. die Kritik des LAG Baden-Württemberg 11.12.1992 DB 1993, 1826, an der Entscheidung EuGH 4.6.1992 Slg. 1992, I-3589 - Bötöl.

<sup>779</sup> *Schack*, ZZZ 108 (1995), 47, 58.

<sup>780</sup> EuGH 27.6.1996 Slg. 1996, I-3133 - Tomberger. Vgl. dazu und zu der nachfolgenden BGH-Entscheidung m. w. Nachw. *Groh*, DStR 1998, 813.

freilich enttäuscht. Zur Pflicht, unter bestimmten Voraussetzungen phasengleich zu aktivieren, findet sich lediglich ein einziger Satz: „Nach diesen Bestimmungen<sup>781</sup> gestattet es die Berücksichtigung aller Faktoren - realisierte Gewinne, Aufwendungen, Erträge, Risiken und Verluste -, die sich tatsächlich auf das fragliche Geschäftsjahr beziehen, die Beachtung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit sicherzustellen“<sup>782</sup>. Mit anderen Worten: „Die Muttergesellschaft ist wegen des Grundsatzes der Bilanzwahrheit zur phasengleichen Aktivierung der zugewiesenen Tochtererträge verpflichtet“<sup>783</sup>. *Hommelhoff*s Kritik an dieser Entscheidung fällt dann auch beißend aus: „In den Augen eines deutschen Gesellschaftsrechtlers ist das keine Urteilsbegründung sondern ein Verhaltensbefehl. Vom methodisch Gewöhnten fehlt in der ‘Tomberger’-Entscheidung nahezu alles: Ohne jede Auslegung wird der Richtlinien-Wortlaut mit dem Sachverhalt kurzgekoppelt, ein rechtlicher Obersatz, zu dem hingeführt und unter den subsumiert wird, fehlt völlig“<sup>784</sup>. Es ist den Richtern am BFH eigentlich nicht zu verdenken, wenn sie zur Zeit intensiv diskutieren, wie sich die Einholung bilanzrechtlicher Vorabentscheidungen des EuGH am geschicktesten vermeiden lässt<sup>785</sup>.

Wo aber liegen die Gründe für diesen Urteilsstil? Es sind im wesentlichen zwei<sup>786</sup>, ein institutioneller und ein geschichtlicher. Der Gerichtshof besteht aus fünfzehn Richtern (Art. 221 Abs. 1 EGV). Dass die Entscheidungsfindung und vor allem -begründung in einem mit fünfzehn Persönlichkeiten besetzten Kollegialorgan nicht einfach ist, liegt auf der Hand. Beim EuGH wird sie noch durch die verschiedene Nationalität der Beteiligten kompliziert. Hier müssen Richter gemeinsam Recht sprechen, die durch unterschiedliche Rechtstraditionen, -werte und Ordnungsvorstellungen geprägt sind. Zudem differieren ihre im jeweiligen Heimatstaat erlernten und praktizierten juristischen Arbeitsmethoden teilweise erheblich. Gleichwohl sind sie sich - wie *Everling* berichtet - über den Urteilstenor häufig einig<sup>787</sup>. Streit besteht aber aufgrund ihrer unterschiedlichen „juristischen Herkunft“ nicht selten über die Urteilsbegründung. Und da „sich ausführliche Begründungen ... allenfalls in langwierigen Verfahren erarbeiten (lassen)“<sup>788</sup>, wird hierauf zugunsten einer zwar konsensfähigen, aber oft nur rudimentären Argumentation verzichtet.

---

<sup>781</sup> Gemeint sind verschiedene Unterabsätze von Art. 31 Abs. 1 der Jahresabschlussrichtlinie.

<sup>782</sup> EuGH 27.6.1996 Slg. 1996, I-3133, 3154 Egrd. 22 - Tomberger.

<sup>783</sup> *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, 29, 31.

<sup>784</sup> *Hommelhoff*, aaO.

<sup>785</sup> So der Hinweis von *Hommelhoff* in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, 29, 44.

<sup>786</sup> Ausführlich *Everling*, *EuR* 1994, 127, 140 f.

<sup>787</sup> *Everling*, *EuR* 1994, 127, 141.

<sup>788</sup> *Zuleeg*, *RdA* 1996, 71, 73.

Hinzu kommt die geschichtlich bedingte Prägung des Gerichtshofs durch die französische Rechtsprechungspraxis. Der Gerichtshof konnte nicht wie nationale Gerichte auf eine eigene und gewachsene Rechtstradition zurückgreifen. Er lehnte sich daher in Verfahrens- und Formfragen vor allem an die französische Rechtsordnung an, der bei der Gründung der EGKS besonderes Gewicht zukam<sup>789</sup>. Zwar sind zwischenzeitlich aufgrund des Einflusses von Richtern aus anderen Mitgliedstaaten durchaus Stiländerungen zu verzeichnen<sup>790</sup>. „Over the years, the Court’s way of reasoning became less deductive and apodictic“<sup>791</sup>. Aber auch wenn der Anteil diskursiver Elemente zugenommen hat, so folgt der Gerichtshof im Grundsatz doch immer noch weitgehend dem französischen Beispiel<sup>792</sup> „und fasst seine Gründe in wenigen thesenhaften Ziffern zusammen, in denen er sich allenfalls selbst zitiert“<sup>793</sup> und die nach wie vor „mehr aus Behauptungen und Feststellungen als aus überzeugender Argumentation“ bestehen<sup>794</sup>.

So genügten dem EuGH in der Entscheidung „Ingmar“ wenige Entscheidungsgründe, um dazulegen, dass nationale Vorschriften, die der Umsetzung der Art. 17 und 18 der Handelsvertreterrichtlinie dienen, als international zwingende Vorschriften anzusehen sind, die auch durch die Wahl des Rechts eines Nichtmitgliedstaats nicht abbedungen werden können<sup>795</sup>. Die Ausführungen des EuGH beschränken sich auf wenige, mehr oder minder nichtssagende Aussagen, die dann unvermittelt miteinander verknüpft werden und zu dem weitreichenden Ergebnis einer internationalen Anwendbarkeit der Vorschriften über den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters führen. Eine vertiefte Diskussion, die angesichts der Neuartigkeit des Themas in der EuGH-Rechtsprechung und seiner Wichtigkeit durchaus wünschenswert gewesen wäre, fehlt völlig. Nur Spekulation bleibt angesichts dieser Kürze außerdem, inwieweit sich die vom EuGH ins Feld geführten Argumente verallgemeinern und für die Entwicklung eines allgemeinen Richtlinienkollisionsrechts fruchtbar machen lassen.

Man könnte geneigt sein, das alles mit der Begründung für unbedenklich zu halten, das Wesentliche ergebe sich ohnehin aus den Schlussanträgen der Generalanwälte. In der Tat sind die Schlussanträge meist überzeugend, mitunter sogar geradezu lehrbuchartig aufgebaut. Es werden „Argumente entwickelt, gegeneinander und mit Einwänden abgewogen, um so dann in gewohnter Stringenz zum Schlußantrag des Generalanwalts zu füh-

---

<sup>789</sup> Dazu *Everling*, FS Redeker, 293, 295 ff.

<sup>790</sup> Dazu *Everling*, EuR 1994, 127, 137 ff.

<sup>791</sup> *Koopmans*, AJCL 39 (1991), 493, 502.

<sup>792</sup> Zum Urteilsstil französischer Gerichte vgl. *Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, 7 ff.

<sup>793</sup> *Rittner*, EuR 1998, 3, 13.

<sup>794</sup> *Everling*, EuR 1994, 127, 140.

<sup>795</sup> Vgl. EuGH 9.11.2000 RIW 2001, 133, 135 Egrde. 20 – 24 - Ingmar.

ren“<sup>796</sup>. Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass der EuGH nicht selten von den Schlußanträgen der Generalanwälte abweicht, so geschehen z.B. im Fall „Tomberger“, statistisch gesehen in ca. 10 - 15 % aller Fälle<sup>797</sup>. Und auch wenn der Gerichtshof den Anträgen seines Generalanwalts folgt, wird aus den Urteilsgründen häufig nicht erkenntlich, ob er zugleich dessen Argumentation übernommen hat. Die Tätigkeit der Urteilsinterpretation gewinnt so mitunter die Qualität des Kaffeesatzlesens. Gerade ein Gericht wie der EuGH, das sich (noch) nicht auf die auf einem gefestigten „europäischen Rechtsbewußtsein“ der Rechtsunterworfenen beruhende allgemeine Akzeptanz seiner Entscheidungen verlassen kann, muß aber in besonderem Maße darum bemüht sein, ihnen Überzeugungskraft zu verleihen, indem es sie rational nachvollziehbar gestaltet. Es ist deshalb dringend erforderlich, dass sich der EuGH trotz der aufgeführten objektiven Schwierigkeiten um die Fortentwicklung seines Urteilsstils von seiner derzeitigen autoritativen zu einer verstärkt argumentativen Form bemüht<sup>798</sup>. Bei der Rechtsanwendung, mehr aber noch bei der Rechtsfortbildung sollten vom Gerichtshof alle apodiktischen Töne vermieden und die von ihm gewonnenen Erkenntnisse dogmatisch solide begründet werden. Dadurch lassen sich nicht nur Akzeptanzprobleme vermeiden, sondern zugleich Entlastungseffekte erreichen. Denn verständliche und nachvollziehbare Urteilsgründe, die über den konkret anstehenden Fall hinaus ausstrahlen und generalisierbare Entscheidungslinien des Gerichtshofs erkennen lassen, versetzen die nationalen Gerichte in die Lage, sich zu den gemeinschaftsrechtlichen Implikationen ihrer Fälle zunächst einmal selbst zu äußern, ohne sofort den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen zu müssen<sup>799</sup>.

Wie wichtig eine solche Vorgehensweise - gerade angesichts der häufig beklagten Arbeitsüberlastung des Gerichtshofs - ist, zeigt besonders deutlich die jüngst zur Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 85/377/EWG auf Bürgschaftsverträge ergangene Entscheidung „Dietzinger“<sup>800</sup>. Eine umfassende und vor allem nachvollziehbare Begründung der vom Gerichtshof vertretenen Auffassung lässt sich in ihr nicht finden. Trotz der Beantwortung der Vorlagefrage sind zahlreiche Fragen offen geblieben. Es verwundert daher nicht, dass seither über die

---

<sup>796</sup> *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, 29, 31.

<sup>797</sup> *Streinz*, *Europarecht*, Rdnr. 328.

<sup>798</sup> So auch die Forderung der ehemaligen EuGH-Richter *Everling*, *EuR* 1994, 127, 143, und *Zuleeg*, *RdA* 1996, 71, 73. Ebenso *Fuß*, *GS Sasse*, 171, 196. *Pfeiffer*, *ZIP* 1998, 1129, 1139, hält diese Hoffnung freilich für illusorisch.

<sup>799</sup> *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, 29, 40 f.

<sup>800</sup> *EuGH* 17.3.1997 Slg. 1998, 1199 - *Dietzinger*

Bedeutung und Reichweite der Entscheidung in der Literatur lebhaft gestritten wird<sup>801</sup>. Erneute Vorlagen zur Präzisierung der vom EuGH gemachten Ausführungen ließen nicht lange auf sich warten lassen<sup>802</sup>. Sie wären bei einer umfanglicheren und eingehenderen Urteilsbegründung zumindest teilweise vermeidbar gewesen. So aber steht eine weitere Verschwendung knapper richterlicher Ressourcen zu befürchten.

Man mag all dem entgegenhalten, dass der EuGH auch im Vorabentscheidungsverfahren gehalten ist, die ihm vom vorlegenden Gericht gestellte(n) Frage(n) zu beantworten, sich also auf auf den Einzelfall bezogene Entscheidungen beschränken muss, was zudem dem Gebot richterlicher Zurückhaltung entspricht. Eine solche Sichtweise verkennt jedoch die Aufgabe des EuGH im Zusammenspiel zwischen nationaler und supranationaler Jurisdiktion. Sie reicht - wesentlich stärker als etwa bei Revisionsgerichten - über die Gewährung von Einzelfallgerechtigkeit hinaus und ist zuvorderst auf eine Verdichtung des Rechtsmaterials durch seine Auslegung und Fortbildung gerichtet, um so den nationalen Gerichten eine möglichst eigenständige Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu ermöglichen. Hierfür bedarf es „Leitentscheidungen“, die aufgrund ihres Aussagegehalts geeignet sind, nachfolgende Vorlagen möglichst überflüssig machen.

#### b) Fachkompetenz der Richter

Die dargestellte „Argumentationsdürre“ läßt allerdings auch eine - freilich nur mit aller Vorsicht zu äußernde - andere Vermutung zu: Argumentieren und Entwicklungslinien aufzeigen kann nur derjenige, der die Materie beherrscht. Je stärker sich aber das Gemeinschaftsrecht der einzelnen Spezialmaterien bemächtigt und je umfangreicher das Gemeinschaftsprivatrecht wird, desto häufiger müssen sich die Luxemburger Richter mit komplexen privatrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen, die einer Klärung bis ins Detail bedürfen. Dazu ist der Gerichtshof in seiner derzeitigen Form und Zusammensetzung nur in beschränktem Maße in der Lage. Es erscheint unmöglich, sich zu allen Fragen des Verfassungsrechts, Agrarrechts, des Sozial- und Arbeitsrechts, der Handelspolitik, des Kartellrechts, Zollrechts, Lebensmittelsrechts, Wirtschaftsrechts usw. kompetent

---

<sup>801</sup> Vgl. aus der deutschen Literatur etwa *Drexl*, JZ 1998, 1046; *Edelmann*, VuR 1998, 179, 182; *Kröll*, DZWir 1998, 426; *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129; *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893; *Schulte-Nölke*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts*, 143; *Treber*, WM 1998, 1908; *Chr. Wolf*, EWS 1998, 324.

<sup>802</sup> Vgl. LG Potsdam 27.4.1998 ZIP 1998, 1147, zur Frage der Anwendbarkeit der Verbraucherkreditrichtlinie auf Bürgschaftsverträge und dazu EuGH 23.3.2000 NJW 2000, 1323 - Berliner Kindl Brauerei, sowie *Herr/Fiege*, EWS 2001, 23.

äußern zu können<sup>803</sup>. Die nationalen Gesetzgeber haben dies beizeiten erkannt und dem durch die Schaffung von Fachgerichten oder Fachsenaten Rechnung getragen. Diese Entwicklung wird bei fortschreitender Diversifikation des sekundären Gemeinschaftsrechts auch vor dem Gerichtshof nicht halt machen können, zumal dieser sich nicht nur mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung, sondern zugleich mit fünfzehn einzelstaatlichen Rechtssystemen konfrontiert sieht<sup>804</sup>. Verschließt sich die Gemeinschaft dieser Einsicht, ist mit einem weiteren Akzeptanzverlust zu rechnen, hängt doch Akzeptanz de facto ebenfalls mit der Sachautorität eines Gerichts zusammen.

Der bereits mehrfach erwähnte Fall „Tomberger“ liefert auch hierzu wieder Anschauungsmaterial. Die EuGH-Entscheidung enthielt einige offensichtliche sachliche Unrichtigkeiten, die den Gerichtshof zu einer Urteilsberichtigung nach Art. 66 § 1 der Verfahrensordnung des EuGH veranlaßten<sup>805</sup>. Im Berichtigungsbeschluss finden sich nun allerdings neue Unklarheiten. *Schulze-Osterloh* folgert daraus, dass dem Gerichtshof die Verknüpfung von Gesellschafts- und Bilanzrecht unverändert erhebliche Schwierigkeiten bereitet<sup>806</sup>. Ähnlich harsch ist die von *Pfeiffer* vorgenommene Charakterisierung der schon an anderer Stelle angesprochenen Entscheidung „Dietzinger“ als „grob fehlsam“<sup>807</sup>. Erleben hohe Gerichte ähnliche Enttäuschungen, „werden sie den Konflikt zwischen Europarechtstreue und sachlicher Überzeugungskraft ihrer Entscheidungen zu vermeiden trachten und die Vorlagepflicht vorsichtig handhaben oder die Urteile des EuGH entsprechend interpretieren“<sup>808</sup>. Angesichts der Angewiesenheit des des Gerichtshofs auf ein funktionierendes Kooperationsverhältnis mit den mitgliedstaatlichen Gerichten wäre das sicherlich die schlechteste aller Lösungen.

## VI. Zusammenfassung

Die Untersuchung des sekundären Gemeinschaftsprivatrechts hat ein etwas unbefriedigendes Ergebnis zu Tage gefördert. Privatrecht ist zwar (noch) eine vornehmlich nationale Angelegenheit, erhält aber zunehmend europäische Farbtupfer, ohne dass sich das fertige Gemälde bislang auch nur erahnen lässt. Dies führt nahezu zwangsläufig zu Brüchen in den in

---

<sup>803</sup> Das gesteht auch *Everling*, in: Verhandlungen des 60. DJT, Band II/1: Sitzungsberichte (1994), N 14, ein: „...weil das Vordringen des Gemeinschaftsrechts in die Vielfalt der Rechtsgebiete global zuständige Richter zunehmend überfordert, was aus eigener Erfahrung bestätigt werden muß“.

<sup>804</sup> Dazu *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 83 ff.; *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1, 6 f.

<sup>805</sup> Vgl. EuGH 27.6.1996 ZIP 1997, 1374 – Tomberger m. Anm. *Schulze-Osterloh*.

<sup>806</sup> *Schulze-Osterloh*, ZIP 1997, 1375.

<sup>807</sup> *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1134.

<sup>808</sup> *Brüggemeier/Joerges*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 301, 356.

sich kohärenten nationalen Privatrechtssystemen, da sich die europäischen Einsprengsel nicht durchgehend systemkonform integrieren lassen. Die Schwierigkeiten der Integration beruhen aber nicht nur auf der Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsprivatrechts, sondern auch den mitunter divergenten Systemansätzen. Während das nationale Privatrecht traditionell der Herstellung von Austauschgerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien verpflichtet ist, zielt das Gemeinschaftsprivatrecht auf die Zusammenführung der nationalen Märkte zu einem Binnenmarkt, dessen Funktionieren gesichert werden soll. Das Privatrecht wird so einer Integrationslogik unterworfen, die ihm eigentlich fremd ist. Dies führt in einigen Bereichen durchaus zu Liberalisierungen, wie etwa das Lauterkeitsrecht deutlich macht. Bestes Beispiel hierfür ist die vergleichende Werbung, die aufgrund gemeinschaftlichen Handelns nun in Deutschland in weit größerem Maße zulässig als nach bisheriger Rechtsprechung. Gleichwohl ist mit der Privatrechtsintegration nicht stets eine Zunahme privater Freiräume verbunden. Sie führt vor allem nicht, wie man meinen sollte, durchgehend zu einem Mehr an Privatautonomie, sondern oft genau gegenläufig zu ihrer Einschränkung. Insbesondere der Grundsatz „pacta sunt servanda“ wird stärker als in den nationalen Privatrechten eingegrenzt. Plastisch macht dies das Beispiel des Verbraucherprivatrechts, das sich auf europäischer Ebene trotz heftiger und in Teilen nicht unberechtigter Kritik - vornehmlich aus Deutschland - zu einem eigenständigen Gebiet des Privatrechts entwickelt hat. Es zielt zum einen auf die Förderung von Vertragstransparenz, was sich insbesondere in den in zahlreichen Richtlinien enthaltenen Informationspflichten manifestiert. Informationsasymmetrien sollen abgebaut und damit ein klassischer Fall des Marktversagens kompensiert werden. Damit einher gehen Lockerungen der Vertragsbindung. In einer „cooling off“-Phase soll der Verbraucher die ihm dargebotenen Informationen in Ruhe zur Kenntnis nehmen, den von ihm getroffenen Vertragsschluss noch einmal überdenken und sich bei einem negativen Ausgang dieses Abwägungsprozesses wieder von der eingegangenen Verpflichtung lösen können. Angestrebt wird, so das Vertrauen des Verbrauchers auch in grenzüberschreitend getätigte Verträge und auf diese Weise den grenzüberschreitenden Handel insgesamt zu erhöhen. Zugleich sollen situative Informationsasymmetrien („Überrumpelung“) ausgeglichen und die „Richtigkeitsgewähr“ des weiterhin privatautonom geschlossenen Vertrags erhöht werden. Verbunden ist damit freilich auch eine Verlängerung des Wettbewerbs über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinaus, da Wettbewerbern in weit stärkerem Maße als bisher die Möglichkeit einer nachvertraglichen Einflussnahme eröffnet wird. Ob damit insgesamt die Aus-

bildung einer „genuinen Gerechtigkeitslogik“ gefördert wird<sup>809</sup>, kann hier dahinstehen. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass Gemeinschaftsprivatrecht partiell anderen Gerechtigkeitsvorstellungen verpflichtet als die nationalen Privatrechte. Sie herauszuarbeiten, zueinander ins Verhältnis zu setzen und hieraus Schlüsse für eine mögliche inhaltliche Ausgestaltung zukünftiger privatrechtlicher Rechtsakte der Gemeinschaft zu ziehen, ist vornehmlich Aufgabe der Wissenschaft, die sich von ihrem noch überwiegend partikularem Rechtsdenken lösen und stärker und in gemeinschaftlichen Dimensionen denken muss. Zu ergründen ist, welcher Mischung aus liberalen Grundsätzen und punktuellen Interventionen durch zwingendes Recht es bedarf, um ein binnenmarktkompatibles Privatrechtssystem zu entwerfen, das sowohl der Privatautonomie als auch dem freien Wettbewerb verpflichtet ist.

Das gleiche Interesse verdient die „technische“ Verzahnung zwischen nationalem und Gemeinschaftsprivatrecht. Mit der Entstehung der Gemeinschaft ist neben das nationale Recht eine weitere, supranationale Rechtsquelle getreten. Ziel der ihr entspringenden Regelungen ist vornehmlich die Erleichterung innergemeinschaftlicher Transaktionen durch die Schaffung einheitlichen oder zumindest angeglichenen Rechts. Dieser Vereinfachungseffekt wird jedoch nur in begrenztem Maße erreicht, da zugleich neue Schwierigkeiten durch die Notwendigkeit einer Abgrenzung des Geltungsbereichs beider Regelungskomplexe entstehen. Es bedarf der Herausarbeitung von Methoden und Regeln, die sich mit dem Zusammenspiel beider Rechtsmassen beschäftigen, also insbesondere dafür sorgen, dass beide miteinander harmonisieren, und, soweit es hieran mangelt, festlegen, welcher der Vorrang gebührt. Im Privatrecht ist diese Entwicklung lange Zeit ignoriert und erst in letzter Zeit, vor allem angesichts der Usurpation von Gebieten des klassischen Zivilrechts durch das Gemeinschaftsrecht - etwa Mängelgewährleistung, des Verzugs, der AGB-Kontrolle etc. - mit verstärkter Aufmerksamkeit bedacht worden. Der Wandel wird hier als besonders einschneidend empfunden. Denn die in den letzten beiden Jahrhunderten meist nur einem monolithischen Block in Form ihres jeweiligen nationalen Zivilrechtskodex gegenüberstehenden Rechtsanwender haben es nunmehr mit einem mehrdimensionalen Privatrechtssystem zu tun. Zahlreiche Normen ihres Privatrechts können nicht mehr allein im nationalen Kontext betrachtet werden, sondern sind durch Gemeinschaftsrecht determiniert. Das bedingt sowohl eine Berücksichtigung ihrer supranationalen Herkunft und damit eine Einbeziehung europarechtlicher Argumente in

---

<sup>809</sup> So etwa *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 267.

den Prozess der Rechtsfindung als auch einen steten rechtsvergleichenden Blick auf die angeglichenen Rechte der übrigen Mitgliedstaaten bei der Rechtsauslegung und -anwendung des eigenen Rechts, eine wahrlich nicht einfache Aufgabe. Insbesondere ist der für richtliniendeterminierte Normen maßgeblichen Trias „richtlinienkonforme Auslegung - unmittelbare Anwendung - Staatshaftung“ auch im Bereich des Privatrechts Beachtung zu schenken, selbst wenn durch die Materie bedingte Differenzierung angezeigt sein mögen. In der Rechtspraxis wird dies in zunehmenden Maße zur Kenntnis genommen wird. Die Erarbeitung einer genuin europäischen Zivilrechtsdogmatik steht aber noch aus. Sie ist vor allem deshalb angezeigt, weil zahlreiche Fragen noch un- bzw. nicht hinreichend geklärt sind, wie etwa die Beispiele der überschießenden Richtlinienumsetzung oder der zivil- bzw. verfassungsprozessualen Möglichkeiten zur Durchsetzung des Primats des Gemeinschaftsrechts deutlich gemacht haben. Gerade letztgenannter Punkt hebt außerdem die Angewiesenheit des Gemeinschaftsprivatrechts auf die Rechtsanwender hervor. Angesichts des doch weitgehend unbehelflichen Instrumentariums des Gemeinschaftsrechts kann es zu der für eine Systembildung notwendigen Verdichtung des Gemeinschaftsprivatrechts nur bei einem funktionierenden Kooperationsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und nationalen Gerichten kommen. Ansätze hierfür sind zwar vorhanden, doch sind sie zweifelsohne noch ausbaufähig. Solange es hieran mangelt, bleibt nur ein gesetzgerisches Voranschreiten, um Lücken zu füllen und das bisherige Gesetzesrecht zu effektuieren - in Anbetracht der Qualität mancher Sekundärrechtsakte nicht stets der beste Weg.

## § 6: Konventionsprivatrecht

### A. Entwicklung und Bestand

Die als Folge der Naturrechtslehre der Aufklärung und der aufkommenden Idee des Nationalstaates einsetzende kontinentaleuropäische Kodifikationsbewegung des 18. und 19. Jahrhunderts<sup>1</sup> und die mit ihr einhergehende Nationalisierung - oder besser: Provinzialisierung<sup>2</sup> - der Privatrechte lief den Bedürfnissen grenzüberschreitend tätiger Unternehmen eklatant zuwider. Zwar war auch sie der Rechtsvereinheitlichung verpflichtet, jedoch nicht auf internationaler, sondern nur auf nationaler Ebene. Es galt, die einzelstaatliche Rechtszersplitterung durch Zusammenführung der Partikularrechte in einen einheitlichen Kodex zu beseitigen<sup>3</sup>. Jeder Staat erhielt so sein eigenes Privatrecht. An die Stelle der tausenden von verschiedenen lokalen Rechte waren damit etwa zwanzig nationale Rechtssysteme getreten, zugleich allerdings die Gräben, welche diese Rechtssysteme trennten, sehr viel tiefer als zuvor<sup>4</sup>. Insbesondere das Europa bislang einende Band des „ius commune“ ging verloren. Letzteres hatte zwar nie den einen Kodex kennzeichnenden Grad an Einheitlichkeit erreicht, bot aber - auch aufgrund des damaligen Stands seiner „gesamteuropäischen“ wissenschaftlichen Durchdringung und Systematisierung<sup>5</sup> - immerhin eine gemeinsame Kommunikationsbasis, auch wenn sich trefflich darüber streiten lässt, ob sie tatsächlich einen gesamteuropäischen Diskurs ermöglichte oder dies nicht nur eine historisierende Fiktion ist<sup>6</sup>. Grenzüberschreitende

---

<sup>1</sup> Zu Faktoren der Privatrechtsvereinheitlichungen vgl. *Brauneder*, in: Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit, 1; *Coing*, Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts, 11 f.. Einen Überblick speziell für Deutschland gibt *Buchholz*, *RabelsZ* 50 (1986), 77; für die Schweiz vgl. z.B. *Merz*, FS Zweigert, 667.

<sup>2</sup> Bezeichnend die Ihering'sche Charakterisierung der sich als Folge dieser Entwicklung national organisierenden Rechtswissenschaft als „Landesjurisprudenz“, vgl. *Ihering*, *Der Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. I, 15.

<sup>3</sup> So ersetzte etwa das BGB 112 bis dahin in seinem anwendungsbereich geltende Partikularrechte, vgl. *Klippel*, *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*.

<sup>4</sup> *Coing*, in: *Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 171, 193.

<sup>5</sup> Dazu etwa *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft; *Ranieri*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 89, 93 f..

<sup>6</sup> Kritisch z.B. *Giario*, *ius commune* 21 (1994), 1, 10 ff.

Transaktionen erforderten jedenfalls fortan das vermehrte Studium fremder Rechte, und auch das internationale Privatrecht erlebte eine neue Blüte; alles Faktoren, die der für Handelsgeschäfte eminent wichtigen Rechtssicherheit wenig zuträglich sind und zugleich zu einer Erhöhung der Transaktionskosten führen. Hinzu kam die mit der Nationalisierung der Privatrechte verschiedentlich verbundene Errichtung nichttarifärer Handelschranken, besonders spürbar im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes. Forderungen nach einer internationalen Rechtsvereinheitlichung wurden daher bereits frühzeitig geäußert, zumal die Industrialisierung im 19. Jahrhundert und die Verbesserung der Transportbedingungen (Eisenbahn, Kfz, Flugzeuge) zu einer sprunghaften Zunahme internationaler Handelsgeschäfte führten. Die Diskussion über die Notwendigkeit privatrechtsvereinheitlichender internationaler Abkommen beschränkte sich meist auf Teilgebiete des Handels- und Transportrechts. Im Raum standen aber auch Forderungen nach einem Weltmarkenrecht<sup>7</sup>, und *Zitelmann* diskutierte sogar die Möglichkeit eines allgemeinen Weltrechts<sup>8</sup>. Die Nationalstaaten haben sich dem Wunsch der Wirtschaft nach Rechtsvereinheitlichung nicht verschlossen. Bereits in den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts wurden mit der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883<sup>9</sup> und der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886<sup>10</sup> erste völkerrechtliche Verträge geschlossen, um einheitliche oder jedenfalls eindeutige Rahmenbedingungen für den internationalen Handel zu schaffen. Bei ihnen handelte es sich allerdings nicht um *lois uniformes* im klassischen Sinne. Im Vordergrund stand vielmehr der Wunsch, alle Mitgliedstaaten zur Gleichbehandlung von In- und Ausländern zu verpflichten, d.h. Ausländern unter denselben Voraussetzungen Patent- und Urheberrechtsschutz zu gewähren wie Inländern. Echtes Einheitsrecht brachte hingegen das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14.10.1890<sup>11</sup>, in dem sich neben völkerrechtlichen Verpflichtungen auch in weitem Umfang materiellrechtliche Regelungen finden, etwa über den Abschluss des

---

<sup>7</sup> *Katz*, Weltmarkenrecht, Einleitung III; *Isay/Mitz*, GRUR 1928, 629, 631; *Axster*, GRUR 1928, 669; dazu m. w. Nachw. *Sosnitza*, JJZ 1998, 181, 192 ff.

<sup>8</sup> *Zitelmann*, Die Möglichkeit eines Weltrechts. Dazu auch *Zweigert*, FS Schäffer, 333.

<sup>9</sup> RGBl. 1903, 147. Neben die PVÜ ist das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 14.4.1891 getreten.

<sup>10</sup> RGBl. 1887, 493. Dazu m. w. Nachw. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdnr. 832 ff.

<sup>11</sup> RGBl. 1892, 793.

Frachtvertrags (Art. 8), die Eisenbahnhaftung (Art. 30 - 46) usw. Überhaupt war das Transport- und Verkehrsrecht der „Schrittmacher der internationalen Rechtsvereinheitlichung im materiellen Recht“<sup>12</sup>, wie etwa das Brüsseler Seerechtsabkommen von 1910, die in den Jahren 1924 bis 1926 erreichten Brüsseler Abkommen über die Beschränkung der Reederhaftung, über den Seefrachtvertrag und das Konnossement und über dingliche Rechte an Seeschiffen sowie schließlich das Warschauer Abkommen über den Luftverkehr von 1929 deutlich machen<sup>13</sup>. Regelungsbedürftig erschien in dieser Frühphase der Rechtsvereinheitlichung überdies das Rechts des Postverkehrs, was etwa zum Weltpostverein und zahlreichen innerhalb dieser Institution geschlossenen Verträgen führte. Bis heute bedeutsam sind außerdem die großen Wechsel- und Scheckrechtsabkommen von 1930 und 1931.

Der zweite Weltkrieg brachte eine nur kurze Zäsur. Neben neuen Übereinkommen auf den Gebieten des Transportrechts sowie des Gewerblichen Rechtsschutzes sind seitdem zahlreiche weitere Regelungswerke von zivilrechtlicher Relevanz zu verzeichnen, so etwa das europäische Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung bei Kfz-Unfällen<sup>14</sup> oder das Übereinkommen über die Gastwirthaftung für eingebrachte Sachen<sup>15</sup>. Und gar nicht überschätzt werden kann das in seinen Grundzügen noch auf die wegweisenden Arbeiten von *Ernst Rabel*<sup>16</sup> zurückgehende Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationale Warenkauf<sup>17</sup>, für das inzwischen mehr als fünfzig Ratifikationen vorliegen<sup>18</sup> und das für zahlreiche Staaten im ehemaligen Ostblock, aber auch in anderen Teilen der Welt Vorbildcharakter für die Modernisierung ihres Kaufrechts hat<sup>19</sup>. Hinzugekommen sind in den letzten Jahren verschiedene Übereinkommen zur Regelung des Rechts bestimmter moderner Vertragstypen, etwa des Finanzierungsleasings<sup>20</sup> oder Factorings<sup>21</sup>. Für den Franchisingvertrag ist hinge-

<sup>12</sup> *Coing*, in: Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, 171, 196.

<sup>13</sup> Vgl. dazu mit Fundstellennachweisen *Basedow*, Der Transportvertrag, 63 ff.; *dens.*, ZHR 161 (1997), 186, 196 ff.; *Clarke*, in: Ferrari (Hrsg.), The Unification of International Commercial Law, 59.

<sup>14</sup> European Treaty Series Nr. 79.

<sup>15</sup> BGBl. 1966 II 269.

<sup>16</sup> Vgl. insbesondere *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs. Zur Rolle *Rabels* vgl. auch *Schlechtriem*, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, 27.

<sup>17</sup> BGBl. 1990 II 588.

<sup>18</sup> *Magnus*, ZEuP 1999, 642; *ders.*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 79, 81; *Piltz*, NJW 2000, 553.

<sup>19</sup> Beispiele bei *Magnus* aaO.

<sup>20</sup> UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Finanzierungsleasing vom 28.5.1988 Der Originaltext in englischer und französischer Sprache ist abgedruckt in *RabelsZ* 51 (1987), 736 ff.. Eine vom BMJ autorisierte amtliche deutsche Übersetzung findet sich in FLF 1992, 56, eine weitere deutsche Übersetzung bei *Dageförde*, Internati-

gen lediglich die Ausarbeitung eines Modellgesetzes angestrebt<sup>22</sup>. Neuerdings gilt das Interesse verstärkt dem Recht der neuen Medien<sup>23</sup>. Aber auch über die Notwendigkeit und Möglichkeit eines Weltkartellrechts wird diskutiert<sup>24</sup>. Und die Arbeiten von Unidroit lassen hoffen, dass nach dem Versagen der EG<sup>25</sup> das leidige Problem der Mobiliarsicherheiten nun vielleicht auf internationaler Ebene einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt wird, wenn auch zunächst nur für einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich<sup>26</sup>.

Die Beispiele, denen sich zahllose weitere hinzufügen ließen<sup>27</sup>, haben deutlich gemacht, dass gegenwärtig schon zahlreiche Teile des Privatrechts und besonders des Handels- und Wirtschaftsrechts durch multilaterale völkerrechtliche Verträge vereinheitlicht sind. Der vor allem für den internationalen Wirtschaftsverkehr bedeutsamen Rechtssicherheit scheint damit gedient zu sein; denn insbesondere strenges Einheitsrecht führt zur Rechtsgleichheit, macht die Ermittlung fremden Rechts überflüssig und erhöht die Vorhersehbarkeit der aus einem internationalen Rechtsverhältnis folgenden Rechte und Pflichten<sup>28</sup>. Der internationale Entscheidungseinklang wird gefördert, da das Rechtsverhältnis weltweit nach den gleichen Regeln zu beurteilen ist. Gleichwohl sind die Nachteile nicht zu übersehen. Einheitsrecht ist unflexibel. Die Abänderung eines internationalen Übereinkommens ist ein schwieriger und langwieriger Prozess. Eine Anpassung an veränderte Bedürfnisse des Welthandels erfolgt oft nur mit immenser Zeitverzögerung<sup>29</sup>. Einheitsrecht kann zudem für die Rechtssicherheit kontraproduktive Folgen haben. Die ständig steigende Zahl - häufig nicht miteinander abgestimmter - internationaler Abkommen erschwert nicht

---

onales Finanzierungsleasing, 162. Literaturnachweise zur Konvention bei *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 369 f.

<sup>21</sup> UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring vom 28.5.1988, BGBl. 1998 II 172; vgl. dazu u.a. *Basedow*, ZEuP 1997, 615; *Diehl-Leistner*, Internationales Factoring; *Ferrari*, Il factoring internazionale.

<sup>22</sup> Der aktuelle Entwurf ist abzurufen unter <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/s-68-30-e.pdf>

<sup>23</sup>

<sup>24</sup> Vgl. *Basedow*, Weltkartellrecht.

<sup>25</sup> Ausführlich zur ungenügenden Regelung des Eigentumsvorbehalts durch die Zahlungsverzugsrichtlinie Kieninger, FS Max-Planck-Institut (im Druck).

<sup>26</sup> Vgl. den Text of the Draft (UNIDROIT) Convention on International Interests in Mobile Equipment, der sich allerdings auf Flugzeuge, Helikopter u. ä. beschränkt. Er ist abzurufen unter <http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/draftconvention-2000-04.pdf>

<sup>27</sup> Die beste Quellensammlung stellt zweifelsohne immer noch *Zweigert/Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Bde. I - III, dar.

<sup>28</sup> *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 142; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 10; *Weimer*, Grundfragen grenzüberschreitender Rechtsetzung, 97.

<sup>29</sup> *Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 222.

selten den Blick auf das anwendbare Recht. Mitunter ist daher von Vereinheitlichungseuphorie<sup>30</sup> mit der Folge eines buntgewirkten Flickenteppichs die Rede<sup>31</sup>. Geltungsanspruch und Anwendungsbereich der verschiedenen einheitsrechtlichen Abkommen sind kaum noch überschaubar. Das alles stellt freilich den Wert internationaler Privatrechtsvereinheitlichung nicht grundsätzlich in Frage, sondern rückt die hierzu zuständigen Institutionen und die im Prozess der Schaffung von Einheitsrecht angewandten Methoden in den Blickpunkt.

Nahezu alle erwähnten Konventionen führen - anders als sekundäres Gemeinschaftsprivatrecht<sup>32</sup> - zu einheitlichem Recht nur für internationale Sachverhalte<sup>33</sup>. Antriebsfeder für die Schaffung von Konventionsprivatrecht ist in erster Linie der Wunsch, internationale Sachverhalte der Anwendung rein nationalen Rechts zu entziehen, weil dies oft als die besonderen Bedürfnisse des internationalen Rechtsverkehrs nicht hinreichend berücksichtigend angesehen wird. Das auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbare nationale Recht - und damit im Grunde auch die stets nur dieses in den Blick nehmende nationale Dogmatik - wird also kaum tangiert. Deutlichstes Beispiel ist das UN-Kaufrecht, das auf Warenkaufverträge nur dann anzuwenden ist, wenn die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben (Art. 1 CISG). Die weitgehende Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte vermeidet zwar Störungen des nationalen Systems, führt aber andererseits zu einer gewissen Aufspaltung zwischen den Vertretern des nationalen Privatrechts und denen der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts; „beide begegnen einander mit tolerantem Desinteresse<sup>34</sup>„. Gleichwohl sind sowohl auf wissenschaftlicher wie auch auf gesetzgeberischer Ebene Ausstrahlungswirkungen zu konstatieren. Sie beruhen nicht auf der Tatsache, dass es sie von zahlreichen Staaten konsentiertere Problemlösungen enthalten, sondern vornehmlich auf ihrer inhaltlichen Überzeugungskraft. So orientiert sich etwa der vom BMJ vorgelegte „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ beim Leistungsstörungenrecht in weiten Teilen am UN-Kaufrecht. Zwar führt dieses zu den gleichen Ergebnissen, wie sie nach geltendem deutschen Recht im Zusammenwirken von

<sup>30</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II, 426.

<sup>31</sup> *Herber*, FS Stödter, 55, 56.

<sup>32</sup> Ausnahmen sind freilich auch hier verzeichnen. So erfasst die Überweisungsrichtlinie z.B. nur grenzüberschreitende Überweisungen.

<sup>33</sup> Ausführlich dazu *Lehmhöfer*, *RabelsZ* 25 (1960), 401.

<sup>34</sup> *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445, 455.

gesetzlicher Regelung, Rechtsprechung und Vertragspraxis erzielt werden.

Der entscheidende Unterschied besteht nach Ansicht des BMJ aber darin,

„dass das UN-Kaufrecht die Grundprinzipien, von denen sein Leistungsstörungenrecht geleitet ist, in klaren, verständlichen, widerspruchsfreien und rechtspolitisch einleuchtenden Regeln niedergelegt hat und dadurch der Praxis - insbesondere der Rechtsprechung - die Aufgabe wesentlich erleichtert wird zu erkennen, ob der konkrete, zur Beurteilung stehende Fall von dieser oder jener Regelung erfasst wird oder nicht. Zugleich werden die nicht einleuchtenden Ergebnisse vermieden, die sich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für einige Teilbereiche ergeben haben. Das Konzept des UN-Kaufrechtes sollte deshalb bei der Reform des Leistungsstörungenrechts Beachtung finden und kann in vielen Regelungsbereichen als Vorbild dienen. Auch wäre es auf die Dauer misslich, wenn im geltenden deutschen Recht die Voraussetzungen und Folgen von Leistungsstörungen durch zwei ganz unterschiedliche Normensysteme geregelt würden“<sup>35</sup>.

Ob das Konzept des UN-Kaufrechtes bei einer Realisierung des vom BMJ vorgelegten Diskussionsentwurfs tatsächlich in überzeugender Weise in das BGB integriert würde, kann hier dahinstehen<sup>36</sup>. Denn beachtlich ist bereits der theoretische Ansatz des Gesetzgebers, der sich auch auf andere privatrechtliche Staatsverträge bzw. Regelungsmaterien übertragen lässt<sup>37</sup>.

Eine Zweispurigkeit zwischen vereinheitlichtem und weiterhin rein nationalem Recht besteht lediglich dort nicht, wo Rechtsvereinheitlichung nicht nur auf die Regelung grenzüberschreitender Rechtsbeziehungen zielt, sondern auf eine umfassende Regelung angelegt ist. Solche Übereinkommen sind freilich selten. Die bekanntesten Beispiele sind sicherlich die Genfer Scheck- und Wechselechtskonventionen und das allerdings nur ein zivilrechtliches Randgebiet betreffende Übereinkommen über die Gastwirthaftung, auf dem in Deutschland etwa die §§ 701 ff. BGB beruhen.

Kaum eine der Konventionen des internationalen Einheitsprivatrechts führt zu einer vollständigen Regelung der jeweiligen Materie. Bei einigen macht schon ihr Titel deutlich, dass dieses Ziel gar nicht angestrebt wird, sondern lediglich für den internationalen Rechtsverkehr besonders wichti-

---

<sup>35</sup> Vgl. den Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, A III b.

<sup>36</sup> Dazu *Magnus*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 79.

<sup>37</sup> So ließe sich beispielsweise das von der UNIDROIT-Konvention über Finanzierungsleasing gewählte Modell der Ausgestaltung des Leasingvertrags als einem einheitlichen Rechtsgeschäft zwischen drei Parteien auch für eine Kodifizierung des Leasingvertrages im deutschen Recht fruchtbar machen, vgl. *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamietno financiero“, 430; bereits de lege lata *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, 111 ff. Für eine Vorbildwirkung der UNIDROIT-Konvention für eine mögliche Kodifikation im Schweizer Recht *Stauder*, in: Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft, 71, 114.

ge Fragen einer Regelung zugeführt werden sollen. Bei anderen reicht der Regelungsanspruch zwar wesentlich weiter, doch finden sich auch in ihnen häufig Lücken auf, die entweder durch explizite Ausschlüsse oder schlicht den Umstand der Nichtregelung offenkundig werden. So fehlt es etwa im UN-Kaufrecht an einer ausdrücklichen Regelung über den Erfüllungsort von Sekundärpflichten, z.B. zur Rückabwicklung nach Vertragsaufhebung. Allerdings enthält es mit seinem Art. 7 Abs. 2 eine ausdrückliche Vorschrift, derzufolge solche Lücken unter Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze, die ihm zu Grunde liegen<sup>38</sup>, zu schließen sind<sup>39</sup>. Unabhängig von dieser Regelung fragt sich aber ganz allgemein, ob die auch auf internationaler Ebene zu konstatierende Verdichtung vereinheitlichten Privatrechts die Herausbildung allgemeinerer Grundsätze erlaubt, „die sich dann zur Befruchtung der Interpretation einzelner Übereinkommen und zur Füllung von Lücken heranziehen lassen“<sup>40</sup> „.

### B. Konventionsprivatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht

Konventionsprivatrecht ist, wie bereits ganz zu Beginn dieser Arbeit angemerkt wurde<sup>41</sup>, kein originärer Bestandteil des Gemeinschaftsprivatrechts, da es seinen Geltungsgrund nicht im Gemeinschaftsrecht findet, sondern allein im nationalen Recht, das den Inhalt multilateraler Staatsverträge übernommen hat<sup>42</sup>. Und die Europäische Gemeinschaft hat bislang keine einzige Konvention privatrechtlichen Inhalts ratifiziert. Diskutiert wird zur Zeit allerdings<sup>43</sup>, ob und in welcher Form sich die Gemeinschaft an einem etwaigen Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen<sup>44</sup> beteiligen kann, wobei vor allem die Kompetenzfrage bei weitem noch nicht geklärt ist<sup>45</sup>. Gleichwohl ist es gerechtfertigt, das auf

<sup>38</sup> Dazu *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 467.

<sup>39</sup> Nur hilfsweise ist auf das nach den Regeln des IPR anwendbare nationale Recht zurückzugreifen. Vgl. dazu *Diedrich*, *RIW* 1995, 353; *Frigge*, Externe Lücken und IPR nach dem UN-Kaufrecht.

<sup>40</sup> *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445.

<sup>41</sup> Vgl. § 2, B II 2.

<sup>42</sup> Vgl. m. w. Nachw. *C. von Bar*, *IPR I*, Rdnr. 63; *MünchKomm-BGB-Sonnenberger*, *Einl. IPR Rdnr.* 332.

<sup>43</sup> Angestrebt wird von der Kommission außerdem ein Beitritt der EG zum Übereinkommen über die internationale Luftbeförderung, vgl. den Hinweis bei *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445, 456 in Fußn. 51.

<sup>44</sup> Siehe hierzu *Heß*, *IPRax* 2000, 342; *Juenger*, *GS Lüderitz*, 329; *von Mehren*, *IPRax* 2000, 465; *von Mehren/Michaels*, *DAJV-NL* 2000, 124.

<sup>45</sup> Vgl. dazu *Leible/Staudinger*, *EuLF* 4-2000/01, 225, 234 f.

Staatsverträgen beruhende Einheitsprivatrecht zum Gemeinschaftsprivatrecht im weiteren Sinne zu zählen. Eine solche Betrachtungsweise drängt sich vor allem dann auf, wenn privatrechtliche Konventionen in sämtlichen Mitgliedstaaten der EG gelten, wie etwa das CMR-Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr vom 19.5.1956<sup>46</sup>. Derartige Staatsverträge führen zur Rechtsgleichheit in der Gemeinschaft. Ein gemeinschaftliches Handeln wird dadurch überflüssig und wäre sogar kontraproduktiv. Aber auch wenn Konventionsprivatrecht nicht in allen Mitgliedstaaten in Kraft steht, kann es aus dem Prozess der Vergemeinschaftung des Privatrechts nicht von vornherein ausgeklammert werden. Denn

„abgesehen von der Parallelisierung der betroffenen Privatrechtsregeln in den beteiligten Mitgliedstaaten vergegenwärtigt es ... Problembereiche, für welche die Notwendigkeit harmonisierter Regeln jedenfalls von einigen Mitgliedstaaten anerkannt und für welche möglicherweise eine Harmonisierung in allen Mitgliedstaaten überlegenswert ist“<sup>47</sup>.

Ihm kommt damit mindestens eine Indikatorenfunktion zu. Aber auch darüber hinaus kann es das Handeln der Gemeinschaft beeinflussen. So verfolgt etwa die Verordnung zur Haftung für Personenschäden bei Unfällen im Flugverkehr u.a. das Ziel, die niedrigen Haftungshöchstsummen des Warschauer Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929<sup>48</sup> in der Gemeinschaft außer Kraft zu setzen<sup>49</sup>. Wesentlich gewichtiger ist aber die vom Konventionsprivatrecht ausgehende positive Ausstrahlungswirkung auf die inhaltliche Ausgestaltung des Gemeinschaftsprivatrechts. Denn wenigstens Staatsverträge mit zahlenmäßig großer Beteiligung legen die Annahme nahe, dass ihr konsentierter Inhalt sachlich überzeugend und es gelungen ist, die widerstreitenden nationalen Interessen auszugleichen und einer für alle beteiligten Rechtstraditionen akzeptablen Lösung zuzuführen. Daran kann dann auch die Gemeinschaft nicht vorbeigehen. Sie hat die im Vorhandensein von Einheitsprivatrecht liegenden Chancen auch durchaus erkannt. So wurde etwa im Verfahren zur Verabschiedung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie das CISG als vorbildlich herausgestellt. Im 1996 von der Kommission vorgelegten Richtlinienvorschlag heißt es dazu:

---

<sup>46</sup> BGBl. 1961 II 1119.

<sup>47</sup> Müller-Graff, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 25.

<sup>48</sup> RGBl. 1933 II 1039 idF des Änderungsprotokolls von Den Haag vom 28.9.1955, BGBl. 1958 II 293.

<sup>49</sup> Basedow, *AcP* 200 (2000), 445, 456.

„Der vorliegende Vorschlag für eine Richtlinie soll durch Angleichung der bestehenden einzelstaatlichen Regelungen an das für den internationalen Warenkauf zwischen Gewerbetreibenden geltende internationale Recht (Wiener Übereinkommen aus dem Jahre 1980) zur Vereinfachung der nationalen Vorschriften beitragen ...“  
50.

Manche sahen den Vorschlag daher bereits in der Nähe „einer bloßen Adaption des CISG auf Verbraucherniveau“<sup>51</sup>. Die letztendlich verabschiedete Richtlinie ist dies sicherlich nicht<sup>52</sup>, baut aber doch maßgeblich auf dem CISG auf; Schlüsselbegriffe und Grundstrukturen sind durch eine starke Anlehnung an das UN-Kaufrecht gekennzeichnet<sup>53</sup>. Hieraus resultieren beträchtliche Chancen für beide Regelungskomplexe. Zum einen ermöglicht der weitgehende Gleichklang bei der Auslegung der Richtlinie einen Rückgriff auf das durch die bisherige Anwendung des CISG gewonnene Fallmaterial. Das schafft Rechtssicherheit. Zum anderen wird auch der EuGH wenigstens im Rahmen der historischen Auslegung in Zweifelsfragen auf das CISG und im Wege wertender Rechtsvergleichung zugleich auf dessen Interpretation durch die nationalen Gerichte zurückgreifen, was sich im übrigen schon aufgrund des wesentlich dichteren Regelungsprogramms des UN-Kaufrechts geradezu aufdrängt<sup>54</sup>. Damit besteht zugleich die Chance, dass die Rechtsprechung des EuGH auf die Auslegung des CISG wenigstens durch die Gerichte der Mitgliedstaaten der EG zurückwirkt<sup>55</sup>. Wir bekämen zwar keine - verschiedentlich geforderte<sup>56</sup> - direkte Auslegungszuständigkeit des EuGH für das UN-Kaufrecht, aber immerhin eine mittelbare.

<sup>50</sup> Vgl. KOM (95) 520 endg., 1, 6.

<sup>51</sup> Micklitz, EuZW 1997, 229, 230.

<sup>52</sup> Ein Vergleich von CISG und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie findet sich bei Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 79, 83 ff.

<sup>53</sup> Reich, NJW 1999, 2397, 2398; Schlechtriem, GS Lüderitz, 675, 678; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2394.

<sup>54</sup> Die Berücksichtigung staatsvertraglicher Regelungen durch den EuGH mittels der kritisch-rechtsvergleichenden Methode ist im übrigen nichts Ungewöhnliches, wie etwa in der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des Gerichtshof deutlich geworden ist. So wies der EuGH z.B. zur Begründung dafür, dass eine nationale Rechtsprechung, die die sklavische, Verwechslungen hervorrufende Nachahmung fremder Erzeugnisse verbietet, zwingenden Erfordernissen genügt, auf Art. 10bis PVÜ sowie „die Tatsache, dass diese Regelung in der Rechtsprechung der meisten Mitgliedstaaten grundsätzlich anerkannt ist“, vgl. EuGH 2.3.1982 Slg. 1982, 707, 717 Egrd. 9 - Beele.

<sup>55</sup> So auch Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 281, 290.

<sup>56</sup> Vgl. den Titel des Editorials von Basedow, EuZW 1992, 489: „Europäisches Privatrecht: Das UN-Kaufrecht vor den EuGH!“.

Für die weitere Entwicklung des europäischen Privatrechts hilfreich wäre es im übrigen, wenn auch die letzten EG-Mitgliedstaaten - Portugal, Irland und das Vereinigte Königreich - dazu bewegt werden könnten, dem CISG beizutreten und es in ihrem Hoheitsgebiet in Kraft zu setzen. Gleiches gilt für verschiedene andere einheitsprivatrechtliche Abkommen, die zwar von zahlreichen, aber noch nicht allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind; denn werden völkerrechtliche Verträge nur von einigen Mitgliedstaaten ratifiziert oder treten sie sogar verschiedenen, sachlich jedoch miteinander konkurrierenden Systemen bei, „dann führt das zu einer Zementierung von EU-interner Rechtsverschiedenheit entlang ganz neuer Trennlinien“<sup>57</sup>. Im übrigen ist darüber nachzudenken, ob und inwieweit dem EuGH eine Auslegungskompetenz für solche Übereinkommen zugewiesen werden kann, die in allen Mitgliedstaaten gelten<sup>58</sup>. Keine große Rolle bei der Vergemeinschaftung des Privatrechts werden in Zukunft die bislang auf Art. 293 EGV gestützten Abkommen im Bereich des internationalen Privat- und Verfahrensrechts spielen, da sie aufgrund der neuen Kompetenzgrundlage des Art. 65 EGV sukzessive in EG-Verordnungen überführt werden bzw. schon überführt worden sind. Damit wird außerdem in einem wichtigen Bereich dem Problem einer Kollision zwischen Völkervertrags- und Gemeinschaftsrecht, das ja vor allem angesichts der undurchsichtigen Gemengelage zwischen Vorschriften internationalprivatrechtlichen Inhalts in zahlreichen Verbraucherschutzrichtlinien und der Sonderanknüpfung des Art. 5 EVÜ offenbar geworden ist, seine Brisanz genommen.

---

<sup>57</sup> *Von Bar*, FS Henrich, 1, 9 = *ders.*, JFT 2000, 323, 334.

<sup>58</sup> So für das CMR etwa *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 457.

## § 7: Europäisches „ius commune“

### A. Bestand

#### I. Freilegung „gemeineuropäischen Privatrechts“

Auch wenn Privatrecht in Europa derzeit noch überwiegend nationales - und aus europäischer Sicht damit partikulares - Recht ist, hat es doch gemeinsame Wurzeln, die längst nicht alle verkümmert sind. Die Gemeinsamkeiten zwischen den europäischen Privatrechtsordnungen reichen oft weiter, als gemeinhin angenommen, wie nicht zuletzt verschiedene rechts-historische<sup>1</sup> und -vergleichende<sup>2</sup> Arbeiten der letzten Jahrzehnte nachgewiesen haben. Diese Erkenntnis ist im übrigen nicht neu. Schon 1947 hob *Koschaker* hervor, es gebe

„keine Sparte der Rechtswissenschaft, die so ausgesprochen europäischen Charakter trägt wie die Privatrechtswissenschaft, aus dem einfachen Grunde, weil sie, seit sie in strahlendem Glanze vor rund 850 Jahren in der Rechtsschule der Glossatoren zu Bologna sich erhob, in dieser langen Zeit einen nicht unwesentlichen Baustein zu dem Aufbau des Gebildes geliefert hat, das wir heute Europa nennen“<sup>3</sup>.

Bei der Herausbildung eines europäischen *ius commune* kann es freilich nicht um eine Wiederbelebung des römischen Rechts und seiner Fortentwicklung, die es bis zum Einsetzen der Kodifikationsbewegung im Rechtsraum erfahren hat (*usus modernus pandectarum*)<sup>4</sup>, gehen. Europa lässt sich nicht auf der Basis des alten *ius commune* und damit letztlich aus den Wurzeln des römischen Rechts schöpfend einer rechtlich bestimmten Einheit zuführen<sup>5</sup>. Denn insbesondere seine Wertbegriffe sind „um Lichtjahre

---

<sup>1</sup> Grundlegend *Coing*, Europäisches Privatrecht. Speziell zum Schuldrecht *Zimmermann*, *The Law of Obligations*.

<sup>2</sup> Z.B. *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I + II; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht; *Markesinis/Lorenz/Dannemann*, *The German Law of Obligations*, Bd. 1; *Markesinis*, *The German Law of Obligations*, Bd. 2; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung.

<sup>3</sup> *Koschaker*, Europa und das römische Recht, I.

<sup>4</sup> Zum *usus modernus pandectarum* vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 204 ff.

<sup>5</sup> So aber etwa *Knütel*, *ZEuP* 1994, 244, 255.

von unserer Individualität und Freiheit und unserer Freiheit entfernt, und den Graben, der zwischen dem sozio-politischen Substrat des römischen und unseres heutigen Privatrechts klafft, kann niemand überspringen“<sup>6</sup>. Die über 200 Jahre währende Nationalisierung des Privatrechts hat ihre Spuren hinterlassen und lässt sich nicht ungeschehen machen. Daher sind selbst gegenüber einer verschiedentlich propagierten Anwendung des römischen Rechts als subsidiärer Rechtsquelle bei einem Schweigen des Gesetzes<sup>7</sup> berechtigte Zweifel angebracht. Im Raum steht lediglich die Fruchtbarmachung historischer Integrationsmodelle für den derzeitigen Prozess der Privatrechtsangleichung<sup>8</sup>, und selbst dies wird von Rechtshistorikern heftig angefeindet<sup>9</sup>, allerdings zu Unrecht. Denn es geht weder darum, die Singularität historischer Ereignisse in Frage zu stellen, noch um eine unmittelbare Überführung rechtshistorischer Forschungsergebnisse in dogmatische Lösungen der Gegenwart<sup>10</sup>. Angestrebt ist vielmehr die

„Herausarbeitung der gemeinsamen systematischen, begrifflichen, dogmatischen und ideengeschichtlichen Grundlagen unserer Rechtsordnungen, die unter den verwirrenden Verästelungen jeweils nationaler Rechtsfortbildung verborgen sind; und, damit verbunden, die Wiederherstellung des durch die modernen Kodifikationen weithin abgerissenen Erkenntniszusammenhangs zwischen Rechtsgeschichte einerseits und Rechtsvergleichung sowie Pflege und Fortentwicklung des geltenden Rechts andererseits“<sup>11</sup>.

Eingeleitet werden soll damit ein „Prozess der Europäisierung von Rechtswissenschaft, Rechtsliteratur und Rechtsunterricht und damit die allmähliche Herausbildung eines gemeineuropäischen Privatrechts“<sup>12</sup>. Der so beschrittene Weg wird teils als Alternative zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung verstanden, teils aber auch als eine notwendig zu beschreitende Vorstufe. Beide Positionen stehen nicht notwendig in Widerspruch zueinander. Denn es steht außer Frage, dass eine nachhaltige Har-

<sup>6</sup> Nörr, ZEuP 1994, 67, 73; ebenso z.B. *Giario*, ius commune 22 (1995), 1; *Legrand*, in: Jagtenberg/Örücü/de Roo (Hrsg.), *Transfrontier Mobility of Law*, 63, 65 f., jeweils m. w. Nachw.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Knütel*, ZEuP 1994, 244, 251 ff.; *dens.*, JuS 1996, 768, 777; *dens.*, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 41 (1994), Supplement, 185, 209ff; *Wacke*, FS Hübner, 669.

<sup>8</sup> So z.B. *Wieacker*, FS Summers, 297; *Giario*, ius commune 22 (1995), 1, 154

<sup>9</sup> Vgl. z.B. *Caroni*, ZNR 1994, 85

<sup>10</sup> Dazu auch *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 3, 32 ff.

<sup>11</sup> *Zimmermann*, in: Ludwig (Hrsg.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, 151, 168; ähnlich *ders.*, JZ 1992, 8, 9; *ders.*, *Journal of Legal History* 16 (1995), 21, 25 f.; *ders.*, JBl. 1998, 273, 289 f.

<sup>12</sup> *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht I*, S. V.

monisierung oder gar Vereinheitlichung des Rechts mit der Angleichung allein von Texten nicht zu erreichen ist, sondern maßgeblich auch durch die Strukturelemente von Rechtsordnungen determiniert wird. Einheitliches Recht ohne übereinstimmende Methoden der Gesetzesauslegung und des Umgangs mit Lücken im Gesetz, ohne einen vergleichbaren juristischen Argumentationsstil oder eine Annäherung der Juristenausbildung ist und bleibt eine Illusion. *Coing* forderte daher bereits zu Beginn der siebziger Jahre mit Recht, dass

„Rechtsvereinheitlichung ... nicht auf den Weg der einheitlichen Normfeststellung durch internationale Verträge beschränkt werden (kann), wie dies das 19. Jahrhundert zum Teil geglaubt hat. So unentbehrlich dieser Weg in seinen verschiedenen Ausgestaltungen auch ist, so notwendig ist, daß er begleitet wird von einer entsprechenden Bewegung in der Wissenschaft, auf die sich dann auch die Rechtsprechung in den einzelnen Ländern stützen kann. In diesem Punkt kann die Epoche des *Ius commune* uns noch heute wertvolle Anregungen geben. Unser Anliegen muß sein, bei den Juristen unserer Länder wieder ein gemeinsames Vorverständnis zu schaffen, eine gemeinsame Denktradition, welche den vereinheitlichten Normen gerecht werden kann und ihre gleichmäßige Anwendung sichert“<sup>13</sup>.

Erreicht werden soll dies durch die Erarbeitung - besser noch: Freilegung - eines europäischen *ius commune*, das quasi aus den bestehenden Rechten der EG-Mitgliedstaaten synthetisiert wird<sup>14</sup>. Für jedes Rechtsgebiet wird gefragt, ob sich ein so hoher Grad an Konsonanz in den praktischen Lösungen der verschiedenen Rechtsordnungen herausstellt, „dass man sinnvoll sagen kann, es existiere auf diesem Gebiet - jedenfalls in den Grundzügen - ein gemeineuropäisches Recht“<sup>15</sup>. Diesem Ansatz haben sich vor allem die beeindruckenden Werke von *Kötz* zum europäischen Vertragsrecht sowie von *von Bar* zum gemeineuropäischen Deliktsrecht verschrieben. Ergänzt werden sie durch eine Reihe sog. „Casebooks for the Common Law of Europe“. Hinzu treten außerdem in loser Folge Publikationen, die Forschungsergebnisse des Trienter „Common Core“-Projekts<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *Coing*, in: *Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 171, 189 f.

<sup>14</sup> Wobei der Begriff des „europäischen *ius commune*“ natürlich irreführend ist, weil Referenzobjekte nicht die Rechte aller Staaten Europas, sondern nur die der der Gemeinschaft angehörenden sind.

<sup>15</sup> *Kötz*, FS *Zweigert*, 481, 499.

<sup>16</sup> Dazu *Bussani/Mattei*, *Making European Law. Essays on the „Common Core“ Project*; *dies.*, *Columbia J. Eur. L.* 3 (1997/98), 339.

präsentieren<sup>17</sup>. Auf sämtliche Werke ist im letzten Teil dieser Arbeit noch etwas genauer einzugehen.

## II. Allgemeine Rechtsprinzipien

Während sich alle diese Abhandlungen auf eine Bestandsaufnahme des europäischen ius commune und seiner Sinnzusammenhänge beschränken, gehen verschiedene internationale Wissenschaftlergruppen bereits einen Schritt weiter. Auch ihr Ziel ist es, aus der Vielzahl der nationalen Privatrechtstexte allgemeine Grundsätze für einzelne Gebiete des Privatrechts zu gewinnen. Anders als bei den erwähnten Kompilationen gemeineuropäischen Rechts werden die gefundenen Ergebnisse aber nicht nur in wissenschaftlich fundierter Weise aufbereitet, sondern bereits in gesetzesähnliche Formulierungen umgemünzt. Als Vorbild dienen die Arbeiten des American Law Institute an den Restatements of the Law<sup>18</sup>. Dies macht bereits die in den bislang vorgelegten Abschlussdokumente gewählte Darstellungsweise deutlich. Vorangestellt wird die jeweilige Regel. Ihr folgen sodann Illustrationen und Kommentare. Und ähnlich wie in den Restatements beschränkt man sich nicht auf die bloße Wiedergabe des Gemeinsamen, sondern bezieht auch Stellung zu umstrittenen Fragen und ergreift Partei oder spricht sich für vermittelnde Lösungen aus<sup>19</sup>. Anders als bei den Restatements scheut man jedoch nicht davor zurück, über den derzeitigen Stand des europäischen ius commune hinauszugehen und neue, moderne Lösungsansätze zu entwickeln, die sich so in keiner der beteiligten Rechtsordnungen finden. Insoweit haben sie eher den Charakter eines Modellgesetzes.

Vorgelegt wurden allgemeine Rechtsprinzipien bislang vor allem für das Vertragsrecht. Zu erwähnen sind zum einen die von UNIDROIT 1994 verabschiedeten „Principles of International Commercial Contracts“ (im folgenden: UPICC)<sup>20</sup>. Fast zeitgleich hat die Kommission für europäisches

---

<sup>17</sup> Bereits erschienen: *Gordley*, The Enforceability of Promises in European Contract Law; *Zimmermann/Whittaker*, Good Faith in European Contract Law.

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Reimann*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, 132, 142 f.; *dens.*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 7 f.; *Ebke*, FS Großfeld, 189, 203 ff., sowie § 12, C II 2.

<sup>19</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 460.

<sup>20</sup> UNIDROIT (Hrsg.), Principles of International Commercial Contracts; UNIDROIT (Hrsg.), Principes relatifs aux contrats du commerce international (1994). Deutsche, italienische, spanische, arabische, chinesische, japanische, portugiesische und russische Übersetzungen finden sich bei *Bonell*, An International Restatement of Contract Law, 267 ff. Mittlerweile sind zahlreiche weitere Übersetzungen verfügbar. So berichtet etwa

Vertragsrecht, nach ihrem Gründer auch Lando-Kommission genannt, den ersten Teil der „Principles of European Contract Law“ (im folgenden: PECL) publiziert<sup>21</sup>. Ihm folgte 1999 ein zweiter Teil<sup>22</sup>. Die Arbeiten am dritten Teil sind in diesem Jahr abgeschlossen worden und sollen alsbald veröffentlicht werden. Eine weitere Wissenschaftlergruppe hat kürzlich allgemeine Grundsätze für Treuhandverhältnisse präsentiert<sup>23</sup>, und für das Deliktsrecht werden von der sog. Tilburg-Gruppe „European Principles of Tort Law“ verfasst<sup>24</sup>. Auch hier liegen bereits erste Arbeitsergebnisse vor<sup>25</sup>.

### *III. Ausformulierung allgemeiner Rechtsprinzipien - das Beispiel der „Principles of European Contract Law“ und der „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“*

Näher einzugehen ist im folgenden exemplarisch auf die Entstehungsweise und den Inhalt der PECL und UPICC, die mit dem Vertragsrecht den Kernbereich des Privatrechts berühren und zur Zeit im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion stehen.

#### 1. Die „Principles of European Contract Law“

Die Arbeiten an den PECL gehen vor allem auf eine Initiative des Kopenhagener Handelsrechtlers *Ole Lando* zurück, der bereits frühzeitig erkannte, dass sich allein mit einer Vereinheitlichung des Internationalen Schuldvertragsrechts die aus der Unterschiedlichkeit des materiellen Rechts resultierenden Erschwernisse für den innergemeinschaftlichen Handel nicht beseitigen lassen<sup>26</sup>. Im Jahre 1980 konstituierte sich sodann eine Gruppe privater Wissenschaftler aus allen (damaligen) Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zur „Commission on European Contracts Law“, der

---

*Boele-Woelki* von Übersetzungen ins Bulgarische, Griechische, Ungarische, Japanische, Portugiesische, Niederländische und Serbische, vgl. *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 165.

<sup>21</sup> *Lando/Beale* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part I.

<sup>22</sup> *Lando/Beale* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II.

<sup>23</sup> *Hayton/Kortmann/Verhagen* (Hrsg.), Principles of European Trust Law; auch abgedruckt mit deutscher Übersetzung in ZEuP 1999, 745.

<sup>24</sup> Vgl. dazu *Spier/Haazen*, ZEuP 1999, 469; *Koziol*, JBl. 2001, 29.

<sup>25</sup> Vgl. *Koziol* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness; *Spier* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation; *Magnus* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages.

<sup>26</sup> Dazu *Lando*, in: Cappelletti (Hrsg.), New Perspectives for a Common Law of Europe, 267.

sog. „ersten Kommission“<sup>27</sup>, die mit - durchaus wechselnder - finanzieller Unterstützung der EG-Kommission und einiger Stiftungen innerhalb von gut vierzehn Jahren den ersten Teil der PECL erarbeitete<sup>28</sup>. Er beinhaltete insgesamt 59 Artikel, die in vier Kapitel unterteilt waren: Allgemeine Bestimmungen; Bedingungen des Vertragseintritts und seiner Erfüllung; Nichterfüllung und Rechtsbehelfe im allgemeinen; besondere Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung. Die ihre Arbeit sodann fortführende zweite Kommission<sup>29</sup> ergänzte und überarbeitete die PECL<sup>30</sup>, die sich nunmehr in neun Kapitel gliedern: Allgemeines; Abschluss; Vollmacht von Vertretern; Gültigkeit; Auslegung; Inhalt und Wirkungen; Erfüllung; Nichterfüllung und Rechtsbehelfe im allgemeinen; einzelne Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung. Der von der dritten Kommission in diesem Jahr abgeschlossene dritte Teil, mit dessen baldiger Publikation zu rechnen ist, beschäftigt sich schließlich mit allgemeinen Fragen des Schuldrechts, wie etwa der Übertragung von Forderungen und Schulden, Aufrechnung und Verjährung<sup>31</sup>.

Die PECL orientieren sich deutlich an ihrem Vorbild, den amerikanischen Restatements of Law, wobei die „Rechtsetzungstechnik“ freilich von der Vertragsrechtskommission ihren Bedürfnissen angepasst wurde. Herausgearbeitet wird der gemeinsame Kern („common core“) des Vertragsrechts aller Mitgliedstaaten der EG, auf dessen Grundlage sodann ein funktionierendes modernes Regelungssystem errichtet wird<sup>32</sup>. Die im Wege wertender Rechtsvergleichung ermittelten Vertragsrechtsprinzipien sind wie gesetzliche Regeln formuliert. Die PECL erhalten so den Charakter „einer Art Vertragsrechtsgesetz“<sup>33</sup> und werden nach einem stets einheitlichen Muster präsentiert. Zu Beginn steht jeweils die Grundregel. Ihr folgt

---

<sup>27</sup> Zur Zusammensetzung der ersten Kommission vgl. Lando/Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law I + II, S. XII.

<sup>28</sup> Zur Arbeit der Kommission vgl. Beale, in: Weick (Hrsg.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, 177; Lando, GS Laurent, 555; dens., in: de Witte/Forder (Hrsg.), The common law of Europe and the future of legal education, 223, 227 ff.; dens., Rev. dr. aff. int. 1997, 189; dens., in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 567; Remien, ZVglRWiss 87 (1988), 105, 116 ff. Vgl. außerdem Busch/Hondius, Nederlands Juristenblad 2000, 837.

<sup>29</sup> Zur Zusammensetzung der zweiten Kommission vgl. Lando/Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law I + II, S. XII f.

<sup>30</sup> Was bedauerlicherweise mit einer Umnummerierung der „alten Vorschriften“ verbunden war.

<sup>31</sup> Lando, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 567, 570.

<sup>32</sup> Vgl. Lando/Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law, I, S. XXI.

<sup>33</sup> Remien, ZVglRWiss 87 (1988), 105, 120; Lando, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 567, 571.

ein Kommentar („comment“). Er erläutert Sinn und Zweck der Regelung und gibt Anwendungshinweise, die häufig noch durch - teilweise der Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Gerichte entnommener - Beispiele illustriert werden. Vergleichen lässt sich der Kommentar mit einer amtlichen Gesetzesbegründung, mitunter wird er sogar in die Nähe der in Deutschland üblichen Gesetzeskommentare gerückt<sup>34</sup>. Abschließend finden sich schließlich unterschiedlich ausführliche rechtsvergleichende Anmerkungen („notes“). Sie erläutern in Form eines integrierten rechtsvergleichenden Berichts, wie das jeweilige Problem, für den das Prinzip entwickelt wurde, in den Mitgliedstaaten der EG und/oder in den Regelungen des internationalen Einheitsprivatrechts gelöst wird<sup>35</sup>. Aufgenommen werden, sofern vorhanden, stets Hinweise auf die einschlägigen gesetzlichen Regelungen, mitunter ergänzt durch die Zitierung von Rechtsprechung und Literatur. Die Anmerkungen sind - jedenfalls für den rechtsvergleichend Tätigen - ein kleines „Schatzkästchen“, in dem sich manch wertvolle Pretiose finden lässt. Veröffentlicht worden ist der Text der PECL von der Vertragsrechtskommission in englischer und französischer Sprache<sup>36</sup>. Das Erläuterungswerk, also die Kommentare und Anmerkungen, sind hingegen nur in Englisch verfügbar<sup>37</sup>.

Inhaltlich sahen sich die Verfasser der Prinzipien vor die schwierige Aufgabe gestellt, eine Brücke zwischen dem common und dem civil law zu errichten. Das ist in vielen Bereichen gelungen, in anderen nicht. Erinnerung sei an die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter, den das common law bislang nicht kannte<sup>38</sup>, wohl aber die Principles. Gleichwohl sollten diese Differenzen nicht überbewertet werden, da die scheinbar unüberbrückbaren Unterschiede manchmal doch geringer sind, als man auf den ersten Blick vermuten mag. Veranschaulichen lässt sich das anhand der Regelung des Vertragsstrafeversprechens, die überhaupt exemplarisch für die Art und Weise der inhaltliche Ausgestaltung der PECL ist. In allen Rechtsordnungen des civil law wird die Vereinbarung von Vertragsstrafen anerkannt. Gesehen wird freilich auch, dass sie durchaus mit Risiken behaftet ist;

---

<sup>34</sup> *Remien* aaO; *Lando* aaO.

<sup>35</sup> Mit einbezogen wurden außerdem amerikanische Texte wie der Uniform Commercial Code (UCC) und die Restatements sowie das schweizerische Obligationenrecht, vgl. *Lando*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 567, 570.

<sup>36</sup> Deutsche Übersetzung in ZEuP 2000, 675.

<sup>37</sup> Hinzuweisen ist freilich auf eine 1997 erschienene französische Übersetzung des ersten Teils, vgl. *de Lamberterie/Rouhette/Tallon*, *Les principes du droit européen*.

<sup>38</sup> Mittlerweile ist er gesetzlich aber ausdrücklich zugelassen worden, vgl. *Graf von Bernstorff*, RIW 2000, 435.

denn „unverhältnismäßige Strafen stoßen sich an der Rechtsidee. Der Gläubiger, der sich solche Strafen versprechen lässt und fordert, mißbraucht das Institut Vertragsstrafe“<sup>39</sup>. Dieser Erkenntnis haben sich die meisten europäischen Rechtsordnungen des civil law nicht verschlossen. Sie enthalten daher fast durchgängig Regelungen, die eine Herabsetzung unverhältnismäßig hoher Strafen erlauben<sup>40</sup>, wobei die Art und Weise und insbesondere die Reichweite des richterlichen Moderationsrechts allerdings recht unterschiedlich ausgestaltet ist. Überwiegend wird auf das Verhältnis zwischen strafbewehrter Leistungspflicht und Vertragsstrafe abgestellt. In anderen Rechtsordnungen ist Ansatzpunkt für eine Moderation hingegen nicht ihre unverhältnismäßige Höhe, sondern allein die nur teilweise oder nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Hauptverbindlichkeit<sup>41</sup> oder der Umstand, dass mit ihnen eine antizipierte Schadensschätzung angestrebt war<sup>42</sup>. Einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt schließlich das englischen Recht<sup>43</sup>. Differenziert wird zwischen der echten Vertragsstrafe („penalty“) und der vertraglichen Abrede über eine Schadenspauschalierung („liquidated damages“). Vertragsstrafeversprechen werden grundsätzlich als unwirksam angesehen, während Vereinbarungen über eine Schadenspauschalierung vom Gericht zu beachten sind. Besondere Bedeutung kommt daher der Abgrenzung zwischen beiden Rechtsinstituten zu. Nach gängiger Definition ist von einer Vertragsstrafeklausel auszugehen, wenn sie „a payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending par-

---

<sup>39</sup> Lindacher, Phänomenologie der ‘Vertragsstrafe’, 98.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. § 343 BGB; § 1336 Abs. 2 ABGB; Art. 163 Abs. 3 OR; Art. 1384 Codice civile; Art. 6:94 Nieuw Burgerlijk Wetboek; Art. 409 griech. ZGB; § 36 des dän. Vertragsgesetzes; Art. 1154 Código Civil; Art. 1152 Abs. 2 code civil. Zum belgischen Recht vgl. Cass. Com. 24.11.1972 R.C.J.B. 1973, 302 m. Anm. Moreau-Margève; 18.2.1988 Arr. Cass. 1987-88, 790 Nr. 375. Im portugiesischen Recht kommt eine Herabsetzung hingegen aufgrund der Höhe der vereinbarten Summe nur in Betracht, wenn von den Parteien eine antizipierte Schadensschätzung angestrebt war, nicht jedoch bei Vereinbarung einer echten Vertragsstrafe, die den Schuldner zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung anhalten soll, vgl. Supremo Tribunal de Justicia 3.11.1983 Boletim do Ministerio de Justicia, Nr. 331, S. 113 ff., und dazu Pinto Monteiro, Cláusula penal e indemnização. Rechtsvergleichender Überblick u.a. Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 221 ff. Besonders ausführlich Treitel, Remedies for Breach of Contract, 208 ff.

<sup>41</sup> Exemplarisch hierfür ist Art. 1154 Código Civil. Danach ist eine Vertragsstrafenmoderation ausgeschlossen, sofern der Schuldner überhaupt nicht geleistet hat, mag die für diesen Fall versprochene Pönale auch noch so hoch sein, vgl. dazu m. w. Nachw. Leible, ZEuP 2000, 322.

<sup>42</sup> So das portugiesische Recht, vgl. Fußn. 40.

<sup>43</sup> Zu gleichen Ergebnissen wie das englische gelangt das schottische Recht, vgl. Treitel, Remedies for Breach of Contract, 213.

ty“<sup>44</sup> vorsieht, also auf den Schuldner Druck zur Vertragsdurchführung ausüben soll. Eine Schadensersatzpauschale liegt hingegen vor, wenn es sich um „a genuine attempt by the parties to estimate in advance the loss which will result from the breach“ handelt<sup>45</sup>. Die englische Gerichte haben zwar zahlreiche Leitlinien zur Konkretisierung dieser Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, doch fällt eine Differenzierung bis heute schwer. Dies hat nicht nur einen Verlust an Rechtssicherheit, sondern zugleich an Einzelfallgerechtigkeit zur Folge<sup>46</sup>.

Den Königsweg beschreiten nun die PECL<sup>47</sup>, die ein Lösungsmodell offerieren, dass sich in dieser Form (noch) in keiner der europäischen Rechtsordnungen findet. Auf die mit zahlreichen Unsicherheiten behaftete Unterscheidung zwischen Schadensersatzpauschale und Vertragsstrafe wird verzichtet und dem Richter das Recht zur Herabsetzung deutlich übersetzter Beträge zugestanden. Bestimmt der Vertrag, dass eine Partei im Fall der Nichterfüllung der anderen hierfür einen bestimmten Betrag zu zahlen hat, ist dieser Betrag gem. Art. 9:509 PECL der geschädigten Partei ohne Rücksicht auf den ihr tatsächlich entstandenen Schaden zuzusprechen. Erfasst werden von der Vorschrift sowohl Vertragsstrafeabreden als auch Schadensersatzpauschalen, wie immer man sie auch voneinander abgrenzen mag. Da die Freiheit zur Vereinbarung derartiger Klauseln die Gefahr ihres Missbrauchs in sich birgt, sieht Abs. 2 vor, dass der vereinbarte auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, wenn er im Verhältnis zu dem aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden und den übrigen Umständen stark überhöht („grossly excessive“) ist. Gegenteilige Parteivereinbarungen sind unbeachtlich. Das von den EPCL angebotene Modell ist überzeugend. Ihre Verfasser haben erkannt, dass in den meisten Fallsituationen die Unterscheidung, ob bei der von den Parteien getroffenen Abrede der Entschädigungs- oder Beugezweck im Vordergrund steht, fast unmöglich ist, und daraus die richtige Konsequenz gezogen: Wirksamkeit sämtlicher Vereinbarungen, verbunden mit der richterlichen Befugnis zur Herabsetzung unverhältnismäßiger Strafsummen. Dem Partei-

---

<sup>44</sup> Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd. (1915) The Law Reports, Appeal Cases (A.C.) 79, 86. Kritisch zur Annahme, daß die Vertragsstrafe auf der Idee einer Bedrohung der anderen Vertragspartei in terrorem beruht, *Lord Racliffe* in *Bridge v. Campbell Discount Co. Ltd.* (1962) A.C. 600, 622.

<sup>45</sup> *Treitel*, *the Law of Contract*, 899.

<sup>46</sup> Kritisch daher *Treitel*, *The Law of Contract*, 233: „The common law rules for distinguishing between penalties and liquidated damages manage to get the worst of both worlds“.

<sup>47</sup> Inhaltlich nahezu identisch ist die Regelung, die die Vertragsstrafe in den UPICC gefunden hat.

willen wird genüge getan, aber gleichzeitig die Vertragsfreiheit „im Zaum“ gehalten. „Diese Lösung reduziert die Komplexität beträchtlich, lässt sowohl der legitimen Druckfunktion als auch der Prozessvermeidungs- bzw. Verfahrensvereinfachungs- und -verbilligungsfunktion Raum und enthält schließlich für Extremfälle das Sicherheitsventil richterlicher Moderation unabhängig von der rechtstechnischen Qualifikation“<sup>48</sup>. Einige nationale Zivilrechte sind hiervon noch entfernt, doch dürfen diese Unterschiede - gerade im Verhältnis zu den Systemen des common law - nicht überbewertet werden<sup>49</sup>. Aber selbst für das common law ist der Schritt zur Regelung der PECL nicht unüberwindbar. Zum einen macht eine nähere Untersuchung der Rechtsprechung deutlich, dass die praktizierte Unterscheidung zwischen penalties und liquidated damages letztlich nicht der Bildung unterschiedlicher Rechtsfiguren, sondern der Bezeichnung der Un- bzw. Angemessenheit von auf den Fall des Vertragsbruchs bezogener Leistungsversprechen dient<sup>50</sup>. Und zum anderen wird diese Differenzierung - wie bereits angemerkt<sup>51</sup> - auch im common law durchaus kritisch gesehen. Es überrascht daher nicht, dass in einem im Jahr 1966 von der englischen Law Commission zur Vorbereitung einer Vertragsrechtskodifikation in Auftrag gegebenem Entwurf, dem sog. McGregor Code, Schadenspauschalen und Vertragsstrafen im engeren Sinne gleichgestellt werden, verknüpft mit der Möglichkeit einer richterlichen Herabsetzung, wenn der vereinbarte Betrag „manifestly disproportionate“ ist<sup>52</sup>.

Für den deutschen Gesetzgeber sollten die Principles Anlass genug sein, noch einmal darüber nachzudenken, ob die in § 11 Nr. 5 und 6 AGBG getroffene Unterscheidung zwischen Vertragsstrafe und pauschaliertem Schadensersatz wirklich sinnvoll ist<sup>53</sup>. Und die deutschen Gerichte können sie vielleicht veranlassen, derartige individualvertragliche Abreden entsprechend den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers<sup>54</sup> zukünftig wieder unabhängig von der Intention der Parteien einer Kontrolle am Maßstab des § 343 BGB zu unterziehen<sup>55</sup>.

---

<sup>48</sup> *Kronke*, FS Drobniig, 579, 590.

<sup>49</sup> Ähnlich (für die UPICC) *Bonell*, An International Restatement of Contract Law, 160; *ders.*, Tul. J. Int. Comp. L. 3 (1995), 73, 83 f.

<sup>50</sup> *Schlechtriem*, in: Leser/Marschall von Bieberstein (Hrsg.), Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, 51.

<sup>51</sup> Vgl. Fußn. 46.

<sup>52</sup> Vgl. *McGregor*, Contract Code - Drawn up on the behalf of the English Law Commission, Nr. 444 und 445 (S. 132 f.).

<sup>53</sup> *Leible*, ZEuP 2000, 322, 340.

<sup>54</sup> Nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers sollte § 343 BGB auch dann zur Anwendung gelangen können, wenn es dem Gläubiger mit der Vereinbarung in erster Linie darum ging, „von dem Nachweis des Interesses enthoben zu sein“ (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 723). Die Auffassung, die Ermäßigung solle etwa nur in Fällen zugelassen werden, „in

## 2. Die „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“

Die UPICC wurden vom Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts, kurz UNIDROIT, im Mai 1994 nach fast fünfzehnjährigen Vorarbeiten<sup>56</sup> der Fachöffentlichkeit präsentiert. Ihr vollständiger Text ist ursprünglich in vier Sprachen veröffentlicht worden (englisch, französisch spanisch, und italienisch). Kurz danach kamen Übersetzungen in die deutsche, arabische, chinesische und russische Sprache hinzu. Mittlerweile sind weitere Sprachversionen verfügbar<sup>57</sup>. Dies mag mit ein Grund für ihren bislang beispiellosen „Siegeszug“ sein. Entscheidend für ihre Rezeption, die sie weltweit erfahren haben und immer noch erfahren, war aber sicherlich das geschickte „Promoting“, das ihnen zuteil wurde, insbesondere durch *Michael J. Bonell*, der - teils mit, teils ohne Unterstützung von UNIDROIT - eine ganze Kette über die Kontinente verteilter internationaler Konferenzen über die UPICC initiierte. Die Anzahl der publizierten Tagungsbände<sup>58</sup> ist - wie überhaupt die zu den UPICC erschiene Literatur<sup>59</sup> - mittlerweile kaum noch überschaubar. Auch sind die

---

denen die Strafe nur zur Fixierung des voraussichtlichen vermögensrechtlichen Interesse bestimmt sei“, wurde zurückgewiesen (*Mugdan*, 722). Man hielt es aber für selbstverständlich, daß das Ermäßigungsrecht jedenfalls auch diese Fälle umfaßt, vgl. *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 223; *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung, 37; *Lindacher*, Phänomenologie der ‘Vertragsstrafe’, 57.

<sup>55</sup> Mit guten Gründen für eine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 343 BGB auf Vertragsstrafen und Schadenersatzpauschalierungen z.B. *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung, 180 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 223 f.

<sup>56</sup> Vgl. dazu *Bonell*, *AJCL* 38 (1990), 865; *ders.*, *RabelsZ* 56 (1992), 274, 277 f.; *ders.*, *AJCL* 40 (1992), 617, 618; *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 127 ff. und 139 ff.

<sup>57</sup> Übersicht auf der Homepage von Unidroit unter <http://www.unidroit.org/english/principles/bibliography/translations.htm>.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. die Tagungs- und Sammelbände „Los principios de UNIDROIT: Un Derecho común de los contratos para las américas?“, 1998; Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht. 2000; Bonell (Hrsg.), A new approach to international commercial contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1999; Bonell/Bonelli (Hrsg.), Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT, 1997; Bonell/Schipani (Hrsg.), „Principi per i contratti commerciali internazionali“ e il sistema giuridico latinoamericano, 1996; Institute of International Business Law and Practice (Hrsg.), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC Publication n° 490/1, 1995; Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit. México, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, 1998.

<sup>59</sup> Ausführliche Literaturnachweise finden sich etwa bei *Hartkamp*, in: in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Vranken* (Hrsg.), *Towards a European Civil*

Prinzipien bereits Gegenstand eigenständiger Kommentierungen geworden<sup>60</sup>.

Ziel der Prinzipien ist es, allgemeine Regeln für den internationalen Handelsverkehr aufzustellen. Sie verstehen sich als Beitrag zur nichtlegislatorischen Rechtsvereinheitlichung durch Zusammenstellung und Ordnung des internationalen Vertragsrechts, als eine Art Restatement der „lex mercatoria“. Sie erfassen das Vertragsrecht in seiner ganzen Breite<sup>61</sup>, sind also nicht auf einzelne Vertragsverhältnisse - wie z.B. den Kaufvertrag<sup>62</sup> - beschränkt. Sie sind in ihrem Hauptteil ähnlich aufgebaut wie die PECL. Die Prinzipien beinhalten neben einer Präambel 119 Artikel. Jeder Vorschrift ist ein sorgfältig zusammengestellter Kommentar beigelegt, der ihrer Auslegung dienen soll („comment“). Verschiedentlich sind in diese Kommentierungen noch illustrierende Beispiele („example“) eingefügt. Auf rechtsvergleichende Anmerkungen, wie sie sich in den PECL finden, wurde bedauerlicherweise verzichtet, um den internationalen Charakter der Regeln hervorzuheben<sup>63</sup>. Die Prinzipien gliedern sich in sieben Teile: Allgemeine Bestimmungen, Vertragsschluss, Vertragswirksamkeit, Vertragsauslegung, Vertragsinhalt, Vertragserfüllung und Nichterfüllung des Vertrags. Es ist geplant, sie um Regelungen für die Stellvertretung, Verjährung, Abtretung, Aufrechnung, den Schuldverlass sowie den Vertrag zugunsten Dritter zu erweitern<sup>64</sup>. Mehrere Arbeitssitzungen haben bereits stattgefunden. Konzeptionell unterscheiden sich die UPICC von den PECL durch ihren globalen und nicht lediglich europäischen Ansatz. Gleichwohl

---

Code, 105, und außerdem in loser Folge in der *Uniform Law Review*. Hinzuweisen ist außerdem auf die auf die „Select bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“, zu finden auf der Homepage von UNIDROIT unter <http://www.unidroit.org/english/principles/bibliography/articles/main.htm>.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. Morán Bovio (Hrsg.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*.

<sup>61</sup> Ausführlich *Berger*, *ZVglRWiss* 94 (1995), 217; *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161; *Bonell*, *An International Restatement of Contract Law*, passim.; *ders.*, *RabelsZ* 56 (1992), 274; *ders.*, *AJCL* 40 (1992) 617; *ders.*, *Tul. L. Rev.* 69 (1995), 1121; *Giardina*, *JDI* 122 (1995), 547; *Hartkamp*, *ERPL* 1994, 341; *ders.*, in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Vranken* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 105; *van Houtte*, *Arb. Int.* 11 (1995), 373; *Kessedijan*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 84 (1995), 641; *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 269.

<sup>62</sup> Zum Zusammenspiel zwischen UN-Kaufrecht und UNIDROIT-Principles vgl. *Bonell*, *ULR* 1996, 26; *Ferrari*, *ULR* 1997, 451; *ders.*, *JZ* 1998, 9; *Garro*, *Tul. L. Rev.* 69 (1995), 1149.

<sup>63</sup> Zu recht kritisch *Zimmermann*, *JZ* 1995, 477, 480.

<sup>64</sup> *Bonell*, *ULR* 1998, 275; *ders.*, *An International Restatement of Contract Law*, 255 ff.; *Jayme/Kohler*, *IPRax* 1999, 129, 130.

sind die inhaltlichen Differenzen zwischen beiden Prinzipienkatalogen erstaunlich gering. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass das Reservoir der überzeugenden Lösungsmöglichkeiten auch weltweit nicht unbegrenzt ist. Mitursächlich war aber sicherlich die personelle Teilidentität mit der „Commission on European Contracts Law“<sup>65</sup>.

## *B. Berücksichtigung*

### *I. Rechtsquellencharakter*

Bevor der Fragen nachgegangen werden kann, ob und wie sich die Principles sowohl bei der Rechtsfindung als auch bei der Rechtsgestaltung berücksichtigen lassen, bedarf es einer Beantwortung der notwendig vorgeschalteten Frage nach ihrem Rechtsquellencharakter. Mit *Canaris* lässt sich zwischen Rechtsgeltungs-, Rechtserkenntnis- und Rechtsgewinnungsquellen differenzieren<sup>66</sup>. Ausgehend von einem positivistischen Rechtsbegriff kommt als Rechtsgeltungsquelle nur staatlich gesetztes Recht in Betracht. Das sind die Principles zweifelsohne nicht, handelt es sich bei ihnen doch lediglich um ein von einer Gruppe privater Wissenschaftler ausgearbeitetes Regelwerk, quasi eine „Privatkodifikation“. Eine solch positivistische Sicht stößt freilich auf energischen Widerspruch:

„Die traditionelle Grenze zwischen Recht und Tatsachen muß verwischt und die positivistische Vorstellung, daß Rechtsetzung ausdrücklich dem Staat obliegt und normative Texte nur dann Bindungswirkung entfalten können, wenn sie in der verfassungsrechtlich vorgesehenen Weise zustande gekommen sind, muß überwunden werden“<sup>67</sup>.

Aber auch wenn man von einem streng rein positivistischen Ansatz abbrückt und Gewohnheitsrecht als eigenständige Quelle objektiven Rechts anerkennt<sup>68</sup>, ändert dies nichts am Ergebnis. Zwar nehmen beiden Regelwerke für sich in Anspruch, ein Abbild der *lex mercatoria* zu sein. Aber zum einen ist schon fraglich, ob die *lex mercatoria* überhaupt als Rechts-

---

<sup>65</sup> So gehörte sowohl der Vorsitzende der UPICC-Arbeitsgruppe, *Michael J. Bonell*, der Europäischen Vertragsrechtskommission an als auch umgekehrt deren Vorsitzender *Ole Lando* der UPICC-Arbeitsgruppe. An der Ausarbeitung beider Prinzipienkataloge beteiligt waren außerdem *Ulrich Drobnig* (Deutschland) und *Denis Tallon* (Frankreich).

<sup>66</sup> *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 8 ff., m. w. Nachw.

<sup>67</sup> *Basedow*, GS Lüderitz, 1, 5.

<sup>68</sup> Zur hier nicht weiter zu behandelnden Frage der Einordnung des Gewohnheitsrechts in die Rechtsquellenlehre vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, Rdnr. 232 ff.

geltungsquelle angesehen werden kann. Und selbst wenn dem so wäre, nähmen die die UPICC und PECL lediglich an deren Geltung teil, stellten also eine keine eigenständige Rechtsgeltungsquelle dar<sup>69</sup>. Zudem bilden beide Regelwerke nicht lediglich ein vermeintliches transnationales Gewohnheitsrecht ab, sondern enthalten Fortentwicklungen, die sich von bisherigen Handelsbräuchen durchaus unterscheiden.

Betrachtet man als Rechtserkenntnisquellen alle Faktoren, die herangezogen werden können, um festzustellen, was Recht ist, scheint eine Berücksichtigung der PECL und UPICC schon eher möglich. Doch ist auch hier Zurückhaltung angezeigt, da sich beide Regelwerke nicht auf eine deskriptive Widergabe des Ist-Zustandes beschränken, also nicht durchgängig feststellen, was Recht ist, sondern was Recht sein sollte. Sie spiegeln nicht stets den „common core“ der europäischen bzw. weltweiten Privatrechte wider, sondern mitunter auch „a progressive development from that Core“<sup>70</sup>. Es bleibt also nur ihre Einordnung als Rechtsgewinnungsquelle, und hier sind sie in der Tat gut aufgehoben. Sie können - neben anderen Faktoren wie der Gesetzeshistorie usw. - zur Begründung gesetzesbasierter Entscheidungen herangezogen werden. Denn wenn man schon der rechtsvergleichenden Methode einen Stellenwert im Rahmen der Arbeit mit dem geltenden Recht zuerkennt, kann für die Heranziehung der Principles zur Rechtsfindung nichts anderes gelten, fußen doch auch sie auf einer breit angelegten rechtsvergleichenden Grundlagenforschung. Ihr progressiver Charakter steht dem diesmal nicht entgegen, da nicht ersichtlich ist, warum nicht auch sachverständige Argumente, nicht anders als fundierte wissenschaftliche Äußerungen in der Literatur, im Entscheidungsfindungsprozess Berücksichtigung finden können sollten, sofern die von der nationalen Gesetzessystematik gezogenen Grenzen nicht überschritten werden. Festhalten lässt sich daher abschließend, dass die UPICC und PECL „nicht durch auctoritas, sondern durch veritas“ gelten<sup>71</sup>, oder - in den Worten *Drobnig* - „nicht ratione imperii, sondern imperio rationis“<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Zutreffend *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 14.

<sup>70</sup> Lando/Beale, Principles of European Contract Law I + II, S. XXIV

<sup>71</sup> *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 14.

<sup>72</sup> *Drobnig*, FS Steindorff, 1143, 1151; *Kötz*, FS Zweigert, 481, 492. Ebenso *Hartkamp*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 105, 111.

## II. Wirkungsmöglichkeiten der „Principles“

Ausgehend von dieser Feststellung ist im folgenden aufzuzeigen, ob und inwieweit die Principles ihrem eigenen Geltungsanspruch gerecht werden können. Die Verfasser der PECL verfolgen mit diesem Regelwerk im wesentlichen vier Ziele (Art. 1:101). Zunächst sollen die PECL nach ihren Vorstellungen dem Gemeinschaftsgesetzgeber als Basis und Modell für gegenwärtige und zukünftige Maßnahmen auf dem Gebiet des Vertragsrechts dienen. Intendiert ist weiterhin, dass sie von den Parteien zum Vertragsstatut bestimmt werden können. Darüber hinaus sollen sie Anwendung finden, wenn die Parteien den Vertrag „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, der „lex mercatoria“ oder ähnlichen Regeln unterstellt oder gar keine Vereinbarung über das anwendbare Recht getroffen haben. Und schließlich erhofft man sich, dass die PECL von den nationalen Gerichten oder und/oder Gesetzgebern zur Rechtsfortbildung herangezogen werden. Ähnlichen Zwecken - natürlich ohne gemeinschaftsrechtlicher Komponente - sollen ausweislich ihrer Präambel die UPICC dienen.

### 1. Die „Principles“ als Basis gegenwärtiger und künftiger Aktivitäten der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Vertragsrechts

Die PECL sind dazu gedacht, als allgemeine Regeln des Vertragsrechts in der Europäischen Union angewendet zu werden (Art. 1:101). Dies zielt in erster Linie auf ihre Berücksichtigung im Rahmen von rechtsangleichenden Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers auf dem Gebiet des Vertragsrechts. Trotz ihres fehlenden Charakters als Rechtsgeltungsquelle ist aber auch ihre Berücksichtigung bei der Anwendung des Gemeinschaftsprivatrechts nicht ausgeschlossen.

#### a) Bereitstellung einer Infrastruktur für den Gemeinschaftsgesetzgeber

Mit den PECL steht dem Gemeinschaftsgesetzgeber erstmals eine auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitete und gleichzeitig die Anforderungen eines modernen Vertragsrechts berücksichtigende Infrastruktur zur Verfügung. Sie könnten der „Masterplan“ sein, der eine Koordinierung der verstreuten Rechtsakte auf dem Gebiet des Gemeinschaftsprivatrechts erlaubt und vor allem Richtschnur für zukünftige Gemeinschaftsmaßnahmen ist. Die Bildung eines Systems, dessen Fehlen vielfach beklagt wird, würde so erleichtert werden. Das setzt freilich voraus, dass sie von der Gemeinschaft und insbesondere den ihre Rechtsakte vorbereitenden Dienststellen der Kommission überhaupt zur Kenntnis genommen werden. Das scheint bislang noch nicht oder allenfalls in geringem Maße der Fall zu sein. Ein

gewisses Maß an „Mitschuld“ hieran tragen die PECL bzw. ihre Verfasser selbst. Denn sie nehmen vom existierenden Gemeinschaftsprivatrecht und den ihm zugrundeliegenden allgemeinen Prinzipien<sup>73</sup> keine Notiz. Sie sind der traditionellen rechtsvergleichenden Methode verpflichtet, die allein die nationalen Privatrechte in den Blick nimmt<sup>74</sup>. Aus dieser Rechtsmasse wird der „common core“ herausgeschält und sodann, je nach Bedarf, abgebildet oder fortentwickelt. Die nationalen Privatrechte sind aber stärker auf die Herstellung von Ausgleichsgerechtigkeit zwischen den Parteien gerichtet, während Ziel des Gemeinschaftsprivatrechts in erster Linie die Sicherung des Funktionierens der Märkte ist<sup>75</sup>. Allerdings schließen diese konzeptionellen Unterschiede eine Berücksichtigung der PECL durch den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht aus. Erforderlich ist freilich stets ein vorheriger Abgleich mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsprivatrechts, da diesen aufgrund ihrer gemeinschaftsrechtlichen Authentizität Vorrang zukommt. Das ist nicht nur eine methodisch reizvolle Aufgabe, sondern kann vielleicht auch zu Erkenntnisgewinnen führen und so dazu beitragen, Überzeichnungen des Gemeinschaftsprivatrechts - Stichwort „kompetitives Vertragsrecht - zu verhindern oder zu beseitigen.

b) Modell für ein zukünftiges „Europäisches Vertragsrecht“

Mit den gleichen Vorbehalten ist ihrer Verwendung als Grundlage für eine eventuelle gemeinschaftsrechtliche Kodifikation des Vertragsrechts zu begegnen. Sie können folglich kein 1:1 zu übernehmendes Modell für ein zukünftiges Europäisches Vertragsgesetzbuch sein, sondern nur den Ausgangspunkt für eine Diskussion über seine möglichen Inhalte bilden. Bereits damit ist aber schon viel gewonnen. Denn nur durch derartige Vorarbeiten lässt sich überhaupt „die Frage nach der Sinnfälligkeit und Verwirklichbarkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Kodifikation des Privatrechts im einzelnen bewerten“<sup>76</sup>. Die Principles haben auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch daher vor allem eine Initialfunktion. Sie sind der Auslöser für die seit langem fällige überfällige Europäisierung der Zivilrechtswissenschaft, ohne die sich der in Europa seit fast zweihundert Jahren vorherrschende nationale Rechtspartikularismus nicht überwinden lässt. Und sie bieten der Rechtswissenschaft die einmalige Chance, sich aus dem als Folge der Kodifikationsbewegung dominierenden Geset-

---

<sup>73</sup> Dazu etwa *Basedow*, Leg. Stud. 18 (1998), 121, 135 ff.

<sup>74</sup> *Basedow*, Leg. Stud. 18 (1998), 121, 141.

<sup>75</sup> *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 589.

<sup>76</sup> *Müller-Graff*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 23.

zespositivismus zu lösen und sich wieder in verstärktem Maße grundlagentheoretischen Fragen - eben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen - zuzuwenden; nicht mehr der nationale Kontext ist entscheidend, sondern die „Suche nach einem gesamteinheitlichen europäischen Sinngefüge“<sup>77</sup>. Ob - auf Deutschland bezogen - dadurch „der dogmatische Schutt, der sich in 100 Jahren auf das BGB fixierter Nabelschau angesammelt hat, ... zu den Akten gelegt werden (würde) und auch unsere Studenten nicht mehr belasten könnte“<sup>78</sup>, mag hier dahinstehen, erscheint aber immerhin wahrscheinlich. Unerheblich ist auch, ob dieser Europäisierungsprozess tatsächlich in einem Europäischen Zivilgesetzbuch einmünden wird oder muss. Bereits der Weg ist das Ziel, führt er doch dazu, dass - endlich - wieder eine gemeinsame europäische Kommunikationsbasis geschaffen wird, die einen länder- und vor allem gesetzesübergreifenden Diskurs über Grundfragen des Privatrechts erlaubt, der aus sich heraus schon zu einer Annäherung der europäischen Zivilrechtssysteme und damit einer „harmonization from below“ führen kann. Darauf ist im letzten Teil dieser Arbeit noch ausführlich einzugehen.

#### c) Hilfe zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts

Neben dieser zukunftsgerichteten Funktion der PECL fragt sich, ob sie nicht auch Eingang in die derzeitige europäische lex lata finden können. Ausgeschlossen erscheint das nicht, finden sich doch wesentliche Elemente der PECL im geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Gemeinschaftsrecht wieder. So sind etwa allgemeine Rechtsgrundsätze nicht nur bei der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft für das rechtswidrige Handeln ihrer Bediensteten (Art. 288 Abs.2 EGV) von Bedeutung, sondern auch auf anderen Gebieten Bestandteil des Gemeinschaftsrechts<sup>79</sup>. Erweist sich, dass die im Gemeinschaftsrecht vorfindbaren Grundsätze im Kern mit den entsprechenden Regeln PECL übereinstimmen, kann man letztere durchaus als Verdeutlichung der gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien verstehen und daher in den Entscheidungsfindungsprozess miteinbeziehen<sup>80</sup>. Dieser Weg liegt umso näher, je häufiger sich das Gemeinschaftsrecht vor allem im Bereich des Sekundärrechts allgemeinerer und damit ausfüllungsbedürftiger Begriffe bedient, wie wir sie etwa in der Verbrauchsgü-

<sup>77</sup> Basedow, AcP 200 (2000), 445, 461.

<sup>78</sup> So Kötz, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 149, 158.

<sup>79</sup> Dazu etwa Gündisch, in: Schwarze (Hrsg.), *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes*, 97.

<sup>80</sup> Basedow, AcP 200 (2000), 445, 464.

terkaufrichtlinie („berechtigte Verbrauchererwartungen“) oder der Klauselrichtlinie („Treu und Glauben“ etc.) finden. Zwar wird in Frage gestellt, dass sich der Gerichtshof bei ihrer Konkretisierung tatsächlich der PECL bedienen würde, da er meist „in klassisch-fallrechtlicher Methode Neuerungen im allgemeinen mit vagen Andeutungen in früheren Urteilen abstützt, also seinerseits durchaus eine positivistische Grundhaltung hat“<sup>81</sup>. Ausgeschlossen erscheint eine solche Vorgehensweise gleichwohl nicht, zumal sich die Arbeitsweise des Gerichtshofs nicht allein aus dem Text der veröffentlichten Urteilen erschließt. Bereits im Rahmen der Behandlung der Auslegungsmethoden des Gerichtshofs wurde darauf hingewiesen, dass dieser sich häufig der rechtsvergleichenden Methode bedient und hierfür auf entsprechende Gutachten seines wissenschaftlichen Dienstes zurückgreift<sup>82</sup>. In diesen wird aber, so ist zu hoffen, zukünftig in verstärktem Maße auch der mit den Principles erreichte Erkenntnisstand berücksichtigt werden und diese damit wenigstens indirekt Eingang in die justizielle Anwendung des Gemeinschaftsrechts finden. Im übrigen können die PECL aufgrund des Vorrangs der gemeinschaftlichen *lex lata* auch vom Gerichtshof allenfalls als eine zusätzliche Rechtsgewinnungsquelle verwendet werden.

Die Herausarbeitung allgemeiner (Vertrags-)Rechtsgrundsätze und damit auch eine mögliche Berücksichtigung der PECL durch den Gerichtshof hängt zudem maßgeblich von einer entsprechenden Kooperationsbereitschaft der nationalen Gerichte ab. Nur wenn sie zu einem Dialog mit dem EuGH bereit sind und ihm etwa Fragen nach dem Vorhandensein gemeinschaftlicher vertragsrechtlicher Grundsätze vorlegen, erhält der Gerichtshof überhaupt die Möglichkeit zu ihrer Herausarbeitung. Folgendes Beispiel, von *Basedow* übernommenes Beispiel mag dies verdeutlichen. Das LG Frankfurt (Main) hatte im Jahr 1998 über die Klage einer Reisegruppe zu entscheiden, die wegen der Überbuchung ihres Linienfluges von einer Fluggesellschaft Ausgleichsleistungen nach der EG-Verordnung Nr. 295/9186 verlangte. Da die in § 651 g Abs.2 BGB vorgesehene Frist von sechs Monaten zur Geltendmachung reiserechtlicher Mängel versäumt war, erhob die Fluggesellschaft die Einrede der Verjährung. Nach Ansicht des letztinstanzlich entscheidenden Gerichts war sie jedoch unbegründet, „da die Verordnung EWG/295/1986 keine Regelung für die Verjährung enthält und eine sonstige Regelung, aus der sich die Verjährung ergeben könnte, nicht dargetan ist. Für eine Analogie zur Regelung des § 651 g BGB besteht schon deshalb kein Anlass, weil vorliegend nicht deutsches, sondern europäisches Sachrecht anzuwenden ist“. Da, wie *Basedow* zutreffend anmerkt, das Gericht den Anspruch der Kläger sicherlich nicht für unverjährbar erklären wollte, hätte es dem EuGH wenigstens die Frage vorlegen müssen, ob sich aus allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts eine Verjährungsregelung ergibt<sup>83</sup>. Wie der Gerichtshof entschieden hätte, ist

---

<sup>81</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 462.

<sup>82</sup> Vgl. § 5, E II 5.

<sup>83</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 464 f.

Spekulation. Zumindest aber hätte ein Rückgriff auf die - allerdings erst in diesem Jahr fertiggestellten - Verjährungsregeln der PECL oder internationaler Konventionen<sup>84</sup> nahegelegen, selbstverständlich unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des Gemeinschaftsrechts und der mit der VO Nr. 295/1986 jeweiligen Rechtsakt verfolgten Ziele.

## 2. Die „Principles“ als von den Vertragsparteien wählbares Recht

Mit den Prinzipien steht den Vertragsparteien ein vielfach in ihrer Muttersprache formuliertes neutrales Regelwerk zur Verfügung. Ihre bündigen Formulierungen, deutlichen Erläuterungen und treffenden Beispiele aus der Praxis machen sie sehr benutzerfreundlich. Die oft zeitraubende und kostenintensive Nachforschung nach dem Inhalt eines ausländischen Rechts (Gesetzesbestimmungen, Rechtsprechung und Literatur) wird überflüssig. Hätten die Parteien die Möglichkeit, die Prinzipien zu dem auf den Vertrag anwendbarem Recht zu bestimmen, ließen sich zudem in zahlreichen Fällen die häufig beschwerlichen und nicht selten raffinierten Verhandlungen über die Frage, welches nationale Recht auf den Vertrag anwendbar sein soll, vermeiden. Das führt zur Frage, ob und in welchen Grenzen eine solche Wahl überhaupt möglich ist. Dass sie nicht kraft objektiver zum den Vertrag beherrschenden Statut werden können, weil sie keine Rechtsgeltungsquelle darstellen, versteht sich von selbst<sup>85</sup>. Ebenso selbstverständlich ist, dass eine parteiautonome Wahl der Prinzipien als materiellrechtliche Verweisung zu beachten ist<sup>86</sup>. Denn den Parteien steht es natürlich frei, im Rahmen der ihnen von einer nationalen Rechtsordnung gesteckten Grenzen den Vertragsinhalt frei auszuhandeln. Die entscheidende Frage lautet jedoch, ob einem Verweis auf die Prinzipien auch kollisionsrechtliche Qualität zukommen kann. Sowohl die PECL als auch die UPICC scheinen wie selbstverständlich davon auszugehen. So heißt es in Art. 1:101 Abs. 1 PECL:

---

<sup>84</sup> Vgl. etwa das Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, abgedruckt u.a. bei *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, 232.

<sup>85</sup> *Boele-Woelki*, ULR 1996, 652, 672; *dies.*, in: von Hoffmann (Hrsg.), *European Private International Law*, 67, 83; *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 17 f.; *Drobnig*, ULR 1998, 385, 392 f.; *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 603; *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 269, 294.

<sup>86</sup> Vgl. dazu *C. von Bar*, IPR II, Rdnr. 425; *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 18; *Drobnig*, ULR 1998, 385, 388 f.; *Ferrari*, *Tul. L. Rev.* 69 (1995), 1225, 1229 = *ders.*, *Rev. int. dr. comp.* 1995, 985, 988; *dens.*, *JZ* 1998, 9 (17); *Giardina*, *JDI* 122 (1995), 547, 549 ff.; *Kropholler*, IPR, 413; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 313; *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 597; *Parra-Aranguren*, *Tul. L. Rev.* 69 (1995), 1239, 1245.

„These principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.“

Und nahezu identisch formuliert Abs. 2 der Präambel zu den UPICC:

„They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.“

Können also die Parteien eines deutsch-spanischen Vertrages vereinbaren, dass ihr Vertrag statt spanischem oder deutschem oder einem sonstigen staatlichen Recht den PECL oder UPICC unterliegt und damit die Geltung zwingender Vorschriften des ansonsten anwendbaren Rechts abbedingen? Für die Beantwortung dieser Frage ist danach zu unterscheiden, ob der Vertrag eine Schiedsklausel enthält oder nicht.

#### a) Rechtslage vor staatlichen Gerichten

Fehlt es an einer Schiedsklausel, sind die staatlichen Gerichte zur Entscheidung zuständig. Sie müssen anhand des in ihrem Staat geltenden Internationalen Privatrechts feststellen, welches Recht für den von ihnen zu beurteilenden Vertrag maßgeblich ist. Das IPR des Forums entscheidet also darüber, ob einer Wahl der Prinzipien kollisionsrechtliche Qualität eignen kann. Das erkennen - natürlich - auch die Prinzipien an<sup>87</sup>. Einschlägig ist in den Mitgliedstaaten der EG das EVÜ, dessen Art. 3 bestimmt:

„Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht.“

Begrifflich kann damit sowohl staatliches als auch nichtstaatliches Recht gemeint sein<sup>88</sup>. Gegenteiliges läßt sich dem Übereinkommen nicht entnehmen. Zwar ist in der englischen Fassung von Art. 1 Absatz 1 des Übereinkommens sein Anwendungsbereich scheinbar nur auf eine „choice between the laws of different countries“ begrenzt<sup>89</sup>. Aus den für die Auslegung des Übereinkommens gleichfalls verbindlichen<sup>90</sup> anderssprachlichen Fassungen und dem Bericht von *Giuliano/Lagarde* ergibt sich jedoch, dass diese Aussage lediglich sachverhaltsbezogen ist. Voraussetzung der Anwendbarkeit des Übereinkommens ist, dass der *Sachverhalt* Verbindungen

<sup>87</sup> Vgl. z.B. *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law I + II, 96, und außerdem Art. 1:103 Abs. 1 PECL: „Where the law otherwise applicable so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect, that mandatory rules are not applicable“ (Hervorhebung vom Verf.). Wie sich aus Abs. 2 ergibt, soll Vorrang allein den international zwingenden Normen zukommen.

<sup>88</sup> *Basedow*, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1 (1989), 3, 10; *Kappus*, IPRax 1993, 137; *Spickhoff*, RabelsZ 56 (1992), 116, 133; *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 269, 282.

<sup>89</sup> So *Juenger*, AJCL 42 (1994), 381, 383.

<sup>90</sup> Zur Auslegung des Römischen Übereinkommens vgl. *Junker*, RabelsZ 55 (1991), 674.

zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Es müssen also (theoretisch) die Rechtssysteme mehrerer Länder angewendet werden können („conflit des lois“). Die Folgerung, dass bei Erfüllung dieser Voraussetzung lediglich das Recht eines Landes, d.h. nationales Recht, gewählt werden kann, ist hingegen nicht zwingend<sup>91</sup>.

Entgegen dieser offenen Formulierung von Art. 3 EVÜ wird die Möglichkeit einer Wahl nichtstaatlichen Rechts und insbesondere der Principles jedoch überwiegend abgelehnt<sup>92</sup>. Verwiesen wird vor allem auf das Primat des staatlichen Rechts. Autonomie könne immer nur von staatlichen Autoritäten verliehen werden<sup>93</sup>. Kollisionsrechtlich sei daher nur eine Verweisung auf staatliches Recht möglich. Dieser rein positivistische Ansatz überzeugt nicht. Denn das staatliche Rechtsetzungsprimat wird bei einer Verweisung auf anationales Recht gar nicht in Frage gestellt. Die staatliche Autorisation erfolgt lediglich eine Stufe früher, indem die Wahl nichtstaatlichen Rechts bereits kollisionsrechtlich sanktioniert wird. Das letzte Wort verbleibt aber stets beim staatlichen Recht<sup>94</sup>. Hinter dem Gedanken des Primats des staatlichen Rechts scheint eher die Befürchtung zu stehen, die Anerkennung nichtstaatlichen Rechts verführe die Parteien zu „zügellosem“ Handeln. So formulierte das Reichsgericht bereits 1936, dass

„... nur eine ... uneingeschränkte Unterwerfung unter irgendeine gesetzgebende Gewalt ... die auch für das zwischenstaatliche Rechtsleben unentbehrliche Gewähr dafür (gibt), dass das Schuldverhältnis nötigenfalls auch gegen den selbstsüchtigen Willen ... auch beider Partner unter Berücksichtigung der jeweiligen allgemeinen Belange entsprechend den gemeinsamen Rechtsanschauungen der durch die gleiche Gesittung verbundenen Staaten geregelt wird.“<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Im Ergebnis ebenso *M. Storme*, *Rev. crit. dr. int. comp.* 72 (1995), 309, 313.

<sup>92</sup> Speziell zu den Vertragsrechtsprinzipien z.B. *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 18 f.; *van Houtte*, *Int. Bus. L. J.* 2 (1996), 1, 9; *MünchKomm-BGB-Martiny*, Art. 27 EGBGB Rdnr. 30; *MünchKomm-BGB-Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 234; unklar *Riedel*, *ERPL* 2000, 71, 81.

<sup>93</sup> *C. von Bar*, *IPR II*, Rdnr. 104; ähnlich *Lagarde*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 80 (1991), 287, 300 f.; *Püls*, *Parteiautonomie*, 1996, p. 161; *Reimann*, *Zur Lehre vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag*, 65 ff.; *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 128 ff.; *Feldstein de Cárdenas*, *Contratos internacionales*, 180 ff.

<sup>94</sup> *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 315; *ders.*, *DN Sept.* 1999, 11, 13.

<sup>95</sup> *RG 28.5.1936 JW* 1936, 2058, 2059. Nachweise zu vergleichbarer Rechtsprechung anderer europäischer Gerichte bei *Berger*, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 38 in Fußn. 66.

Man hat also Angst vor einem „jungle law“<sup>96</sup>. Dabei handelt es sich allerdings um kein deutsches, sondern ein gesamteuropäisches Phänomen. So findet sich etwa in einem spanischen Lehrbuch zum Internationalen Privatrecht die folgende Passage<sup>97</sup>:

„Sin embargo, la ley elegido debe ser la ley de un Estado. La razón de esta exigencia estriba en que sólo una ley estatal suministra un cuadro completo de derechos y obligaciones de las partes en relación al contrato, un marco interpretativo del mismo, un sistema de integración completo de la disciplina jurídica del contrato, así como los mecanismos oportunos para regular las vicisitudes de la relación contractual. De ese modo, el contrato queda situado en un marco regulador de calidad, compuesto por unas reglas que garantizan un equilibrio constante entre las partes y que proporcionan soluciones a las circunstancias que puedan afectar a la dinámica del contrato.“

Diese Befürchtung mag bei einer allgemeinen Bezugnahme auf die „lex mercatoria“ vielleicht berechtigt sein. Sie ist es jedenfalls nicht bei einer kollisionsrechtlichen Wahl der PECL oder UPICC. Beide Regelwerke bemühen sich, auf der Basis jahrelanger rechtsvergleichender Arbeiten einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Vertragsparteien herbeizuführen. Interessant ist in diesem Zusammenhang vor allem Art. 1:102 Abs. 2 der PECL:

„The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.“

Nahezu wortidentisch formuliert Art. 1 Abs. 5 UPICC. Beide Regelwerke entziehen damit Vorschriften mit hohem Gerechtigkeitsgehalt der Parteidisposition<sup>98</sup>. Hierzu zählt etwa bei den UPICC der schon als ihre Magna Carta bezeichnete<sup>99</sup> und in Art. 1.7 niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben<sup>100</sup> - der im übrigen auch die PECL dominiert<sup>101</sup> - als auch

<sup>96</sup> Vgl. Tallon, *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 10 (1968/69) 271: „In absence of any ‘jus cogens’ international trade would be ruled by jungle law“.

<sup>97</sup> Calvo Carravaca/Carrascosa González, in: Calvo Carravaca/Carrascosa González/Blanco-Morales Limones/Iriarte Ángel /Eslava Rodríguez, *Derecho Internacional Privado II*, S. 376; ähnlich *dies.* in der 2. Aufl., S. 292. Mit gleichem Ergebnis *Esplugues Mota*, in: Fernández Rozas (Hrsg.), *Derecho del comercio internacional*, 275.

<sup>98</sup> Umfassend zu den schranken der Vertragsfreiheit nach den UPICC *Belser*, *JJZ* 1998, 73.

<sup>99</sup> *Berger*, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 165.

<sup>100</sup> Vgl. dazu *Bonell*, *An International Restatement of Contract Law*, 136 ff.; *Farnsworth*, *Tul. J. Int. Comp. L.* 3 (1995) 47; *Hartkamp*, *Tul. J. Int. Comp. L.* 3 (1995) 65; *Juenger*, *Tul. L. Rev.* 69 (1995), 1253.

seine verschiedenen Ausprägungen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang unter anderem die Bestimmungen über die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Täuschung, Drohung oder Wucher (3.19 UPICC bzw. Art. 4:118 PECL) und über die Herabsetzung unangemessener einseitiger Preisfestsetzungen (Art. 5.7 Abs. 2 UPICC bzw. Art. 6:105) oder Vertragsstrafen (Art. 7.4.13 Abs. 2 UPICC bzw. Art. 9:509 Abs. 2 PECL)<sup>102</sup>. Alle diese Vorschriften verfolgen das Ziel, es erst gar nicht zu einem „Dschungelrecht“ kommen zu lassen, sondern der natürlich auch von beiden Prinzipienkatalogen anerkannten materiellen Vertragsfreiheit (Art. 1:102 Abs. 2 PECL bzw. Art. 1.1 UPICC) von vornherein feste Grenzen zu ziehen. Dem gleichen Zweck dienen schließlich die Regelungen der Art. 2.19 bis 2.22 sowie 4.6 UPICC, die immerhin ansatzweise eine AGB-Kontrolle erlauben (Unwirksamkeit überraschender Klauseln, Auslegung contra preferentem etc.). Wesentlich weiter geht das spanische AGB-Gesetz bei der Kontrolle von Verträgen zwischen Kaufleuten<sup>103</sup> auch nicht<sup>104</sup>. Und die PECL beinhalten ohnehin eine Generalklausel, die eine Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglicht (Art. 4:110).

Einer solchen Argumentation wird freilich entgegengehalten, dass die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl anationaler Regelwerke nicht auf die PECL oder UPICC beschränkt werden könnte, sondern auch für andere von Privatpersonen verfasste Regelwerke eröffnet werden müsste; zwischen „Meisterwerk und Machwerk“ lasse sich hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 3 EVÜ aber nicht differenzieren; ebensowenig könne auf das Maß ihrer inneren Ausgewogenheit abgestellt werden; denn man geriete so zwangsläufig in einen vitiosen Zirkel, „weil der Maßstab für eine solche Prüfung durch ein staatliches (!) Gericht folgerichtig nur eine staatliche Rechtsordnung sein könne, und man also im Ergebnis doch wieder bei einer nur materiellrechtlichen Verweisung landen würde<sup>105</sup>. Zu überzeugen vermag dieser Einwand jedoch nicht. Denn eine eingehende

---

<sup>101</sup> Vgl. Art. 1:201: (1) Each partie must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

<sup>102</sup> Dazu *Bonell*, Tul. J. Int. Comp. L. 3 (1995), 73.

<sup>103</sup> Gem. Art. 8 Nr. 1 LCGC können Allgemeine Geschäftsbedingungen inhaltlich nur daraufhin kontrolliert werden, ob sie im Widerspruch zu gesetzlichen Ge- oder Verboten stehen. Eine Inhaltskontrolle, die diesen Namen auch verdient, ermöglicht Art. 8 Nr. 1 LCGC also nicht. Die Vorschrift ist sogar überflüssig. Denn Art. 6 Absatz 3 CC bestimmt in nahezu wortgleicher Formulierung ohnehin, dass Handlungen, die den Gebots- und Verbotsnormen zuwiderlaufen, in jeder Hinsicht nichtig sind.

<sup>104</sup> Anders werden hingegen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen behandelt, die gem. Art. 8 II LCGC nichtig sind. Als missbräuchlich anzusehen sind insbesondere Klauseln, die von Art. 10bis LGDCU und der ersten Zusatzbestimmung (*disposición adicional primera*) zur LGDCU erfasst werden.

<sup>105</sup> *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 19.

Überprüfung - gar Vorschrift für Vorschrift - ist nicht angestrebt. Erforderlich ist lediglich eine summarische Vorprüfung, ob das von den Parteien gewählte Regelwerk aufgrund seiner inneren Struktur das Erzielen als gerecht empfundener Ergebnisse zumindest wahrscheinlich macht<sup>106</sup>. Zu einer Reduzierung der Rechtswahlfreiheit auf eine lediglich materiellrechtliche Verweisung führt dies nicht. Unschädlich ist außerdem, dass sich diese Prüfung an staatlichen Gerechtigkeitskriterien ausrichtet, handelt es sich bei dieser Vorprüfung doch um nichts anderes als um eine vorweggenommene *ordre public*-Kontrolle, mag auch der Maßstab etwas verschärft sein. Von der Beachtung des *ordre public* wird aber nicht einmal die Anwendung fremden *staatlichen* Rechts freigestellt.

Zu bedenken ist außerdem, dass beide Prinzipienkataloge ein engmaschiges Netz von Regeln mit einem fest umrissenen Anwendungsbereich beinhalten, die das allgemeine Vertragsrecht erschöpfend behandeln. Die Regelungsdichte ist teilweise höher als zum Beispiel im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Den konkreten Regelungen wurden im ersten Kapitel allgemeine Rechtsgrundsätze vorangestellt, „die dann die UNIDROIT-Prinzipien wie einen roten Faden durchziehen und so Wertungen und Abwägungen zwischen Regel und allgemeinem Rechtsgrundsatz möglich machen“<sup>107</sup>. Die von Art. 1.6 Abs. UPICC bzw. 1:106 PECL geforderte autonome Auslegung ist dadurch gesichert. Die Gefahr, dass bei Lücken doch wieder auf staatliches Recht zurückgegriffen werden muss, wird vermindert. Die Wahrscheinlichkeit von Willkür- oder reinen Billigkeitsentscheidungen ist zudem nicht größer als im nationalen Recht, das zur Sicherung seiner Flexibilität ja auch nicht ohne Generalklauseln auskommt. Die Situation stellt sich also nicht anders dar als bei einer „normalen“ Wahl staatlichen Rechts. Nationale Rechte und die PECL bzw. UPICC sind austauschbar. Bedenken gegen den „Sprung ins anationale Dunkle“<sup>108</sup>, das so dunkel gar nicht ist, bestehen nicht. Im Gegenteil: Den Parteien stehen Regelwerke zur Verfügung, die es ihnen ermöglichen, sich ohne Verlust an Rechtssicherheit vom kodifizierten Recht zu lösen. Die Notwendigkeit der oft schwierigen Einigung auf ein nationales Recht entfällt. Der internationale Entscheidungseinklang wird gefördert. Das Recht wird für die Vertragsparteien vorhersehbarer, es wird sicherer<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Vgl. bereits *Leible*, ZEuP 2000, 173, 174; *dens.*, DN Sept. 1999, 11, 15.

<sup>107</sup> *Berger*, ZVglRWiss 94 (1995) 217, 233; *ders.*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 162.

<sup>108</sup> Zur Metapher des Internationalen Privatrechts als einer Aufforderung zu einem Sprung ins Dunkle vgl. *Raape*, IPR, 90.

<sup>109</sup> Den Aspekt der Rechtssicherheit betonen auch *Kappus*, IPRax 1993, 137, 142; *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 269, 290; a.A. *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 19.

Probleme kann allenfalls der Umstand bereiten, dass der sachliche Anwendungsbereich beider Regelwerke nur begrenzt ist. So fehlen sowohl den UPICC als auch den PECL beispielsweise (noch) Regelungen über die Verjährung oder die Aufrechnung. Diese Lückenhaftigkeit spricht aber nicht gegen ihre Wählbarkeit zum Vertragsstatut<sup>110</sup>. Sie macht im Interesse der Rechtssicherheit lediglich eine differenzierte Rechtswahlklausel mit einer *depeçage* notwendig, die etwa folgendermaßen lauten könnte<sup>111</sup>:

„Dieser Vertrag unterliegt den „Principles of European Contract Law“. Ist in ihnen eine Rechtsfrage nicht geregelt und lässt sich diese Lücke nicht durch Auslegung schließen, findet das Recht des Staates X Anwendung“.

Festzuhalten bleibt abschließend, dass die besseren Argumente dafür sprechen, den im EVÜ gebrauchten Begriff des Rechts nicht institutionell, d.h. als vom Staat geschaffene Normen, sondern funktional im Sinne einer Ordnung mit Gerechtigkeitsgewähr zu verstehen. Staatlichem Recht kann man eine Gerechtigkeitsgewähr von vornherein unterstellen. Nichtstaatliche Verhaltensregeln sind hingegen einer rein summarischen „Vorkontrolle“ zu unterziehen. Bei diesem Verständnis ist zumindest die kollisionsrechtliche Wahl privater Regelwerke und insbesondere solcher Teile der „*lex mercatoria*“ nicht ausgeschlossen, die öffentlich zugänglich, also für jedermann einsehbar sind, und aufgrund ihrer inneren Struktur das Erzielen als gerecht empfundener Ergebnisse wahrscheinlich machen. Das Internationale Privatrecht und der in ihm verankerte Grundsatz der Rechtswahlfreiheit gewähren den Vertragsparteien dann nicht völlige „Narrenfreiheit“, sondern bewahren sich eine Restkontrolle. Zudem bleibt immer noch der *ordre public*-Vorbehalt zu beachten. Und Art. 7 EVÜ gestattet den Staaten natürlich weiterhin, ihr international zwingendes Recht, die sogenannten „*lois d’application immédiate*“ oder „*mandatory rules*“, gegen das Vertragsstatut durchzusetzen<sup>112</sup>. Sowohl die PECL als auch die UPICC erfüllen diese Voraussetzungen und können von den Parteien daher zum Vertragsstatut bestimmt werden<sup>113</sup>. Ob sie im Außenhandel zukünftig

<sup>110</sup> So aber *van Houtte*, *Arb. Int.* 11 (1995), 373, 381; *Kropholler*, *IPR*, 413.

<sup>111</sup> Ähnlich der Formulierungsvorschlag für eine Wahl der UPICC bei Garro, *Tul. J. Int. Comp. L.* 3 (1995), 93, 103 f. in Fußn. 51. Für eine differenzierte Rechtswahlklausel plädiert auch *Mayer*, *AJP/PJA* 1998, 499, 503.

<sup>112</sup> In diesem Sinne sind auch Art. 1:103 Abs. 2 PECL bzw. Art. 1.4 UPICC zu verstehen. Vgl. dazu auch *Berger*, *AJCL* 46 (1998), 129, 147.

<sup>113</sup> Mit gleichem Ergebnis, allerdings überwiegend nur im Blick auf die UPICC, *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 287, 317; *ders.*, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 31 (1998), 397, 426; *ders.*, *DN Sept.* 1999, 11, 15; *Mayer*, *AJP/PJA* 1998, 499, 505; *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 269; wohl auch

wirklich die erste Geige spielen werden<sup>114</sup>, hängt allerdings entscheidend davon ab, ob die nationalen Gerichte die Möglichkeit ihrer kollisionsrechtlichen Wahl akzeptieren<sup>115</sup>. Überzeugende Gründe, die dagegen sprechen, gibt es nicht<sup>116</sup>.

Angesichts der bestehenden Unsicherheiten sollte aber auf jeden Fall bei der anstehenden Überführung des EVÜ in eine EG-Verordnung überlegt werden, ob nicht die Rechtswahl von Regelwerken wie den PECL ausdrücklich zuzulassen ist. Vorbild hierfür könnte die „Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales“ vom 17.3.1994 (im folgenden: Konvention von Mexiko)<sup>117</sup> sein. Sie gestattet in wesentlich eindeutigerer Weise und in weit höherem Maße als das momentan geltende europäische Kollisionsrecht eine Berücksichtigung der „lex mercatoria“ und damit auch von Prinzipienkatalogen wie den PECL oder UPICC<sup>118</sup>. Hier kann und sollte die alte von der neuen Welt

---

*Pendón Meléndez*, in: Morán Bovio (Hrsg.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, S. 43 ff.

<sup>114</sup> So (für die UPICC) die Hoffnung von *Kappus*, IPRax 1993, 137, 142.

<sup>115</sup> Nach *Grundmann*, FS Rolland, 145, 151 f., sollen sie hierzu sogar aufgrund Gemeinschaftsrechts verpflichtet sein, da jede Einschränkung der Rechtswahlfreiheit und damit auch die Nichtanerkennung einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf die UPICC oder PECL eine Maßnahme gleicher Wirkung darstelle, die sich nicht rechtfertigen lasse. Ob eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt, lässt sich freilich nur von Fall zu beurteilen und impliziert zudem noch lange nicht, dass sich das Verbot, sich jeder staatlichen Rechtsordnung zu entziehen, aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht rechtfertigen lässt; kritisch daher auch *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 23 ff.

<sup>116</sup> Mit der gleichen Argumentation lässt sich im übrigen auch die kollisionsrechtliche Wahl des Wiener Kaufrechtsübereinkommens in Fällen, in denen seine Anwendungsvoraussetzungen nicht vorliegen, begründen. Wie hier *Karollus*, UN-Kaufrecht, 39; wohl auch *Vischer*, FS Keller, 547, 552; a.A. *Staudinger-Magnus*, BGB, 13. Aufl., Art. 6 CISG Rdnr. 62 (nur materiellrechtliche Verweisung).

<sup>117</sup> CIDIP-V, México 1994, OEA/Ser.C/VI.21.5; auch abgedruckt in IPRax 1998, 404. Die Konvention wurde von Venezuela am 26.10.1995 und von México am 15.11.1996 ratifiziert und trat gemäß Art. 28 am 15.12.1996 in Kraft Ratifikationsstand der OAS-Konventionen im Internet: <http://www.oas.org/SP/PINFO/docs.htm> oder <http://www.oas.org/IEN/PINFO/doce.htm>. Zum Inhalt der Konvention vgl. unter anderem *Arcagni*, La Ley 1996, 1434; *Burman*, *Vanderbuilt Journal of Transnational Law* 28 (1995), 367; *Dreyzin de Klor/Saracho Cornet*, La Ley 1995, 1037; *Fernández Arroyo*, REDI 46 (1994), 929; *ders.*, Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), 178; *Fresnedo de Aguirre*, Anuario de Derecho Comercial 7 (1996), 191; *Herbert*, Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado 1 (1994), 1; *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378; *Juenger*, AJCL 42 (1994), 381; *ders.*, AJCL 45 (1997), 195; *Malloy*, Fordh. Int. L. J. 19 (1995), 662; *Noodt Taquela*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 29 (1996), 397; *Pereznieto Castro*, Riv. dir. int. priv. proc. 30 (1994), 765; *Samtleben*, IPRax 1998, 385; *Sosa*, El Derecho Internacional Privado Interamericana y el Derecho de Integración, 97 ff.

<sup>118</sup> Die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl der UNIDROIT-Prinzipien gemäß Artikel 7 der Konvention von Mexiko bejahen *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 169

lernen! Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Konvention von Mexiko lässt schon aufgrund seines Wortlautes („derecho“ und nicht „ley“!) gar keinen Zweifel daran entstehen, dass es den Parteien frei steht, statt nationalen Rechts auch das „transnationale Handelsrecht“ oder die UPICC bzw. - in Amerika natürlich etwas fernliegend - die PECL als einen schriftlich fixierten Teilausschnitt desselben zu wählen. Unterstrichen wird diese Annahme insbesondere durch Art. 10. Danach sollen neben den im Wege subjektiver oder objektiver Anknüpfung ermittelten Regeln der *lex causae* die Richtlinien, Bräuche und Prinzipien des internationalen Handels sowie die allgemein anerkannten Handelsgewohnheiten und -praktiken angewendet werden, sofern dies notwendig ist, um im Einzelfall den Erfordernissen von Gerechtigkeit und Billigkeit („justice and equity“) zu genügen. Auf gleiche Art und Weise ist gem. Art. 15 bei Beantwortung der Frage vorzugehen, ob ein Vertreter den Vertretenen oder ein Organ die Gesellschaft oder juristische Person wirksam verpflichten kann. Die von Internationalen Organisationen anerkannten Prinzipien des Welthandelsrechts sind gem. Art. 9 Absatz 2 Satz 2 der Konvention schließlich auch bei der objektiven Anknüpfung zu berücksichtigen.

#### b) Rechtslage vor Schiedsgerichten

Enthält der Vertrag eine Schiedsklausel, sind die aus ihm resultierenden Streitigkeiten zunächst vor Schiedsgerichten auszutragen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Parteien die Schiedsgerichte zur Beachtung von Regelwerken wie den Principles verpflichten können. Selbst wenn dies möglich sein sollte, kommt es aber spätestens dann zu einer Berührung mit dem nationalen Recht, wenn der Schiedsspruch unter Zuhilfenahme staatlicher Stellen in einem Staat vollstreckt werden soll. Für die Parteien ist es daher von besonderem Interesse, mit welchem Vollstreckungsrisiko auf der Grundlage von Principles getroffene Entscheidungen behaftet sind.

#### aa) Bindung der Schiedsgerichte

Eine ausdrückliche Bindung der Schiedsgerichte an Regelwerke wie die UPICC oder PECL bereitet in der Regel keine Probleme. Einige kurze Bemerkungen dazu mögen genügen<sup>119</sup>. Die Zulässigkeit eines kollisionsrechtlichen Verweises auf die UPICC oder PECL ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluß. Im Recht der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist es nahezu unumstritten, dass die Parteien das Schiedsgericht von

---

ff.; *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382; *Juenger*, AJCL 42 (1994), 381, 391 f.; *Leible*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 31 (1998), 397, 427; *ders.*, ZVglRWiss 97 (1998), 286, 317; *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 598; *Parra-Aranguren*, Tul. L. Rev. 69 (1995), 1239, 1250 ff.; *Pereznieto Castro*, Riv. dir. int. priv. proc. 30 (1994), 765, 774 f.; *Veytia*, Tul. L. Rev. 69 (1995), 1191, 1194 ff.; a.A. z.B. *Boggiano*, ULR 1996, 219, 226 (nur sachrechtliche Wahl); *Fernández Arroyo*, Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), 178, 182 f.

<sup>119</sup> Ausführlich *Berger*, AJCL 46 (1998), 129, 143 ff.; *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 269, 276 ff.

sämtlichen Bindungen an ein bestimmtes Recht freistellen und zu einer Entscheidung nach Billigkeit ermächtigen können („amiable composition“)<sup>120</sup>. Wenn die Parteien dem Schiedsgericht aber schon die Möglichkeit einer reinen Billigkeitsentscheidung eröffnen können, dürfen sie ihm erst recht Normen in Form nichtstaatlicher Entscheidungskriterien - wie etwa die UPICC oder PECL - vorgeben. Hinzu kommt, dass die inzwischen überwiegende internationale Schiedspraxis es für zulässig erachtet, Schiedssprüche auf der Grundlage der „lex mercatoria“ zu erlassen. Die UPICC sind aber nichts anderes als ein Teilausschnitt derselben, nur eben in schriftlich fixierter und systematisierter Form<sup>121</sup>. Vom gleichen Selbstverständnis gehen die PECL aus<sup>122</sup>. Nicht umsonst erlauben daher z.B. die „Arbitration Rules“ der International Chamber of Commerce in Paris eine Wahl zwischen „the law or rules of law“. Das umfaßt neben nationalem Recht auch die „lex mercatoria“ und erst recht die UPICC oder PECL.

Dass es sich bei diesen Überlegungen um keine praxisfernen Gedanken handelt, macht bereits der Umstand deutlich, dass auf eine 1996 von UNIDROIT durchgeführte Umfrage 27,3 % der 30 befragten Unternehmen antworteten, sie hätten die UPICC schon mindestens einmal als auf das Vertrag anwendbare Recht gewählt<sup>123</sup>. Außerdem liegen mittlerweile zahlreiche Schiedssprüche vor, die auf der Grundlage der UPICC ergangen sind<sup>124</sup>. Hinzuweisen ist unter anderem auf die Entscheidung eines italienischen Schiedsgerichts, das die UPICC anwendete, weil die Parteien sich zu Verfahrensbeginn hierauf geeinigt hatten<sup>125</sup>.

Beachtenswert ist außerdem ein im Sommer 1995 von einem ICC-Schiedsgericht gefälltes Urteil. In ihm ging es zwar nicht um eine positive, sondern eine negative Rechtswahl der Vertragsparteien. Gleichwohl ist der Ent-

---

<sup>120</sup> Dazu *Dasser*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria, 142 ff.

<sup>121</sup> Dass sie mit der wie auch immer zu bestimmenden „lex mercatoria“ nicht vollständig deckungsgleich sind, ist insoweit unschädlich.

<sup>122</sup> Vgl. *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law I + II, S. XXIV: „A modern formulation of a Lex Mercatoria“.

<sup>123</sup> Vgl. *Bonell*, ULR 1997, 34, 39. Allerdings ist der aus dieser Umfrage resultierende Erkenntniswert aufgrund der geringen Anzahl der Befragten und fehlender Kenntnis der Auswahlkriterien eher skeptisch zu bewerten.

<sup>124</sup> Schiedssprüche und Entscheidungen staatlicher Gerichte, die auf die UPICC rekurrieren, werden laufend in der ULR veröffentlicht. Über die UNIDROIT-Homepage kann außerdem eine Sammlung mit „Selected Case Law Relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“ heruntergeladen werden, die zur Zeit (Februar 2001) 30 Entscheidungen umfasst.

<sup>125</sup> National and International Arbitral Tribunal of Milan 1.12.1996 ULR 1997, 602; vgl. dazu auch *Bonell*, ULR 1997, 34, 43.

scheidung für die Schiedsgerichtsbarkeit große Bedeutung beizumessen. Folgender Sachverhalt war zu beurteilen<sup>126</sup>: Ein nicht-europäischer Staat und ein englisches Unternehmen standen bereits in langjähriger Vertragsbeziehung und hatten in deren Rahmen mehrere Verträge geschlossen, in denen eine ausdrückliche Rechtswahl fehlte. Stattdessen enthielten die meisten Verträge eine Bestimmung, die die Beilegung von Streitigkeiten unter Anwendung der „natural justice“ anordnete. Die Schiedsrichter untersuchten, welches Ziel die Parteien damit verfolgten. Ihrer Ansicht nach handelte es sich um eine negative Rechtswahl. Die Parteien hätten jegliches staatliches Recht von der Anwendbarkeit ausschließen wollen, um auf diese Art und Weise die Streitigkeit sozusagen zu „denationalisieren“. Die Annahme einer negativen Wahl begründeten sie außerdem damit, dass es sich bei einer der Vertragsparteien um einen Staat handelte. Das Schiedsgericht hatte keine Bedenken, auf alle Verträge die UPICC anzuwenden, obwohl die Verträge mehr als 15 Jahre vor ihrem Zustandekommen geschlossen worden waren. Die Schiedsrichter begründeten ihre Entscheidung im wesentlichen mit vier Argumenten: (1) Bei den UPICC handele es sich um ein Restatement, das von anerkannten neutralen und unabhängigen Spezialisten verfaßt worden sei; (2) die Vorschriften seien größtenteils vom Wiener Kaufrecht inspiriert; (3) sie seien speziell für derartige Fälle erstellt worden und (4) sie hätten nicht den vagen und undeutlichen Charakter, der den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oft vorgeworfen wird. Mit dieser interessanten Entscheidung haben die UPICC ihren offiziellen Eingang in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gefunden. Wenn die Schiedsgerichte aber schon bei einer negativen Rechtswahl zur Anwendbarkeit der UPICC gelangen, werden sie sich erst recht nicht ihrer positiven kollisionsrechtlichen Wahl zum Vertragsstatut verschließen.

Nach deutschem Recht ist eine Bestimmung der UPICC oder PECL zum Vertragsstatut schon gem. § 1051 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach hat „das Schiedsgericht die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind“. Hiergegen ist freilich eingewendet worden, Regelwerke von Privatpersonen unterfielen nicht dem Begriff „Rechtsvorschriften“<sup>127</sup>. Dass dies - zumindest in dieser Rigidität - nicht zu überzeugen vermag, wurde bereits dargestellt. Hinzu kommt, dass nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers als Rechtsvorschriften „auch solche, die auf internationaler Ebene erarbeitet worden sind“, anzusehen sein sollen<sup>128</sup>. Damit waren sicherlich auch Regelwerke wie die UPICC oder PECL gemeint<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Vgl. dazu *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 165; *Bonell*, ULR 1997, 34, 42 ff.

<sup>127</sup> Vgl. *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 20, der eine solche Wahl allerdings im Rahmen von § 1051 Abs. 3 ZPO anerkennt.

<sup>128</sup> BT-Drs. 13/5274, 52.

<sup>129</sup> Ebenso *Solomon*, RIW 1997, 981, 982.

bb) Staatliche Kontrolle von Schiedssprüchen im Rahmen ihrer Vollstreckung

Die Kontrolle, die die nationalen Gerichte bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen ausüben, ist häufig sehr beschränkt. Geprüft wird lediglich, ob der Schiedsspruch auf einer wirksamen vertraglichen Grundlage beruht, das Verfahren frei von inhaltlichen Mängeln und der Streitgegenstand überhaupt objektiv schiedsfähig ist. Die eigentliche Sachentscheidung wird in den meisten Staaten nur noch einer Kontrolle am Maßstab des *ordre public* unterzogen<sup>130</sup>. Da sowohl die UPICC als auch die PECL auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitet worden sind, erscheint es äußerst unwahrscheinlich, dass das aufgrund ihrer Anwendung erzielte Ergebnis *ordre public*-widrig sein könnte<sup>131</sup>. Und die international zwingenden Normen der Staaten, die bereits erwähnten „*lois d'application immediate*“, können ohnehin nicht ausgeschaltet werden, was im übrigen sowohl die UPICC (Art. 1.4.) als auch die PECL (Art. 1:103) anerkennen. Sie sind vom Schiedsgericht daher selbst dann zu beachten, wenn es ansonsten auf der Grundlage der UPICC oder PECL entscheidet. Gefahren drohen bei der Vollstreckung von Urteilen, denen ein Schiedsgericht aufgrund einer Rechtswahl der Parteien die UPICC oder PECL zugrunde gelegt hat, also nicht.

3. Die „Principles“ als moderne Formulierung der „Lex Mercatoria“

Ist eine kollisionsrechtliche Wahl der PECL bzw. UPICC somit möglich, so fragt sich, ob sie - wie von ihren Verfassern intendiert - auch dann herangezogen werden können, wenn die Parteien den Vertrag „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, der „*lex mercatoria*“ oder ähnlichen Regeln unterstellt oder gar keine Vereinbarung über das anwendbare Recht getroffen haben.

Dass beim Fehlen einer Rechtswahl nach derzeit geltendem europäischem Kollisionsrecht, d.h. auf der Basis des EVÜ, eine Anwendung der Prinzipien aufgrund objektiver Anknüpfung nicht möglich ist, wurde bereits erwähnt; Art. 4 Abs. 1 EVÜ spricht vom „Recht eines Staates“, und diese Qualität eignet weder den PECL noch den UPICC. Selbst die in diesem Punkt wesentlich modernere Konvention von Mexiko sieht keine direkte Anwendbarkeit der Prinzipien vor, sondern lässt sie gem. ihrem Art. 9 Abs. 2 allenfalls hilfsweise zur Anwendung kommen, wenn es dem Richter nicht gelingt, das maßgebliche Recht anhand objektiver oder subjektiver

---

<sup>130</sup> Vgl. dazu z.B. *Michaels*, ZfRV 1999, 5.

<sup>131</sup> So auch *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

ver Kriterien zu bestimmen. Ihnen kommt in diesem Fall die Funktion eines Ersatzrechts zu<sup>132</sup>. Nicht ausgeschlossen ist ein direkter Rückgriff auf die Prinzipien hingegen vor Schiedsgerichten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich das nationale Schiedsverfahrensrecht am UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit orientiert; denn gem. dessen Art. 28 Abs. 2 darf der Schiedsrichter in diesem Fall nicht nur nationales Recht, sondern auch „rules of law“ anwenden. Dazu zählen zweifelsohne auch die PECL oder UPICC. Verschiedene Schiedsgerichte haben von dieser Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht<sup>133</sup>. Etwas anders stellt sich freilich die Rechtslage in Deutschland dar. Zwar hat Deutschland die Reform seines Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in weiten Teilen am UNCITRAL-Modellgesetz ausgerichtet, bedauerlicherweise aber nicht in diesem Punkt. Gem. § 1051 Abs. 2 ZPO hat der Schiedsrichter beim Fehlen einer Rechtswahl „das *Recht des Staates* anzuwenden, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist“ (Hervorhebung vom Verf.). Eine direkte Anwendbarkeit der UPICC oder PECL durch deutsche Schiedsgerichte scheidet somit bei objektiver Anknüpfung aus.

Zurückhaltung geboten ist weiterhin gegenüber der Heranziehung der Principles, sofern die Parteien den Vertrag „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ oder der „lex mercatoria“ unterstellt haben. Staatlichen Gerichten ist unter der Geltung des EVÜ ein alleiniger Rückgriff auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ oder die „lex mercatoria“ ohnehin verwehrt. Das steht im übrigen nicht im Widerspruch zur oben bejahten Wählbarkeit der PECL oder UPICC zum Vertragsstatut, da sich diese ja u.a. gerade darauf gründete, dass aufgrund ihrer schriftlichen Fixierung das für eine staatliche Rechtsanwendung notwendige Maß an Transparenz und Vorhersehbarkeit geschaffen wurde. Berücksichtigung finden können die Prinzipien in einem solchen Fall daher keinesfalls als Vertragsstatut, sondern allenfalls aus Auslegungshilfe.

Etwas differenzierter stellt sich hingegen die Situation vor Schiedsgerichten dar, da - wie schon angemerkt - eine Wahl „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ oder der „lex mercatoria“ durch Schiedsgerichte meist akzeptiert wird und auf ihrer Basis ergangene Schiedssprüche durch die meisten Rechtsordnungen auch anerkannt werden. Allerdings verbietet sich auch in schiedsgerichtlichen Verfahren ein unbesehener Rückgriff auf die Prinzi-

---

<sup>132</sup> *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390.

<sup>133</sup> Vgl. z.B. den Schiedsspruch eines argentinischen ad hoc-Schiedsgerichts vom 10.12.1997, abrufbar von der UNIDROIT-Homepage.

pien. Zwar verstehen sich beide Regelwerke als eine Quasi-Kodifikation der *lex mercatoria*. So hat etwa *Bonell* die *UPICC* als „authentische Quelle dessen, was gemeinhin als *lex mercatoria* genannt wird“, bezeichnet<sup>134</sup>; und die *PECL* charakterisieren sich selbst als „a modern formulation of a *lex mercatoria*“, genauer als eine „modern European *lex mercatoria*“<sup>135</sup>. Gleichwohl können sie das, was die *lex mercatoria* darstellt, allenfalls abbilden, und dies auch nur - einem screenshot vergleichbar - zu einem genau fixierten Zeitpunkt. Weiterentwicklungen der *lex mercatoria* bleiben daher von vornherein unberücksichtigt. Zudem bestehen erhebliche Zweifel, ob die Prinzipien die *lex mercatoria* tatsächlich authentisch wiedergeben können. Denn Authentizität können nur die Verfasser einer Regelung selbst garantieren, und das sind hinsichtlich der „*lex mercatoria*“ weder die Verfasser der *UPICC* noch der *PECL*<sup>136</sup>. Dass es sich um kein getreues Abbild handelt, macht zudem ihre bereits zitierte Bezeichnung als „a modern formulation of a *lex mercatoria*“, deutlich. Modern bedeutet aber eine über den status quo hinausgehende Fortentwicklung. In allen Fällen ist daher stets durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien mit dem Verweis auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ oder die „*lex mercatoria*“ tatsächlich einen Verweis auf die *UPICC* oder die *PECL* gemeint haben. Selbstverständlich ist das nicht. Schließlich hätten die Parteien sonst die Prinzipien gleich selbst wählen können<sup>137</sup>. Von einer Inbezugnahme der Principles wird man insbesondere dann nicht ausgehen können, wenn die Parteien auf „Principles of Anglo-saxon Law“ verwiesen haben, beruhen doch beide Regelwerke auch auf dem Civil Law und unterscheiden sich mitunter diametral von Lösungsansätzen des common law<sup>138</sup>. Ansonsten wird ihre Heranziehung bei einem Verweis auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ näher liegen als bei einer Unterstellung des Vertrags unter die „*lex mercatoria*“; denn „letztere ist ihrer Natur nach eher fließend und schwerlich in so klaren Bestimmungen formulierbar, wie sie die beiden Regelwerke enthalten“<sup>139</sup>. Der Wert der Principles wird durch all diese Einschränkungen freilich kaum beeinträchtigt. Nur darf der (Schieds-)Richter sie nicht wie ein Gesetz handhaben, sondern kann sie lediglich als Hilfsmittel zur Feststel-

---

<sup>134</sup> *Bonell*, *RabelsZ* 56 (1992), 274, 287.

<sup>135</sup> *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law I + II*, S. XXIV.

<sup>136</sup> *Canaris*, in: *Basedow* (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 14 f.

<sup>137</sup> *Perales Viscasillas*, *RDM* 1997, 221, 239 f.

<sup>138</sup> *Ebenso Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 602.

<sup>139</sup> *Canaris*, in: *Basedow* (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 27.

lung der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ bzw. der „lex mercatoria“ heranziehen, stets in der Bereitschaft, aufgrund besserer Erkenntnis, d.h. der Feststellung differierender Handelsbräuche etc., von ihrem Regelungsmodell abzuweichen.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, welche Prinzipien vom Schiedsrichter im konkreten Fall heranzuziehen sind, stehen ihm doch zwei Regelwerke zur Verfügung, die beide den Anspruch einer Widerspiegelung der „lex mercatoria“ bzw. der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ erheben und inhaltlich zwar ähnlich sind, im Detail aber mitunter doch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen<sup>140</sup>. Nahe liegt es, anhand geographischer Kriterien zu differenzieren; anzuwenden wären bei Verbindungen nur zu europäischen Staaten die PECL, ansonsten die UPICC<sup>141</sup>. Zweifel aber bleiben, deuten doch Unterschiede darauf hin, dass mindestens eines der Regelwerke vom tatsächlichen Inhalt der „lex mercatoria“ abweicht<sup>142</sup>.

#### 4. Die „Principles“ als Modell für eine richterliche oder gesetzgeberische Rechtsfortbildung

Von Bedeutung können die Principles schließlich für die Auslegung und Lückenschließung sowohl von Einheitsprivatrechts als auch von nationalem Recht sein. Darüber hinaus kommt ihnen aufgrund der Sachverständigkeit der an ihrer Ausarbeitung beteiligten Kommissionen und ihrer breiten rechtsvergleichenden Grundlage Modellcharakter für die gesetzgeberische Fortentwicklung des nationalen Rechts zu.

##### a) Rechtsanwendung

##### aa) Einheitsrecht

Einheitsprivatrecht ist in erster Linie autonom, d.h. aus sich selbst heraus auszulegen und fortzubilden<sup>143</sup>. Neuere Konventionen des internationalen Einheitsprivatrechts verweisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf „allgemeine Grundsätze“. So sind beispielsweise Fragen, die im UN-Kaufrecht geregelte Gegenstände betreffen, aber in ihm nicht ausdrücklich entschieden werden, gem. Art. 7 Abs. 2 CISG „nach den allge-

<sup>140</sup> Zu einem Vergleich zwischen beiden Regelwerken vgl. etwa *Bonell*, ULR 1996, 229; *dens.*, An International Restatement of Contract Law, 85 ff.; *Hoekstra*, De Unidroit Principles of international Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law..

<sup>141</sup> So etwa *Boele-Woelki*, ULR 1996, 652, 662; *dies.*, IPRax 1997, 161, 165; *Bonell*, ULR 1996, 229, 243 f.

<sup>142</sup> Ebenso *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 603.

<sup>143</sup> *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht*, 265 ff.; vgl. auch *Kramer*, *JBl.* 1996, 137.

meinen Grundsätzen, die dem Übereinkommen zugrunde liegen“ und nur mangels solcher Grundsätze nach dem Vertragsstatut, also nationalem Recht, zu entscheiden. Ähnliche Verweisungen finden sich in Art. 4 Abs. 2 der UNIDROIT-Factoringkonvention und in Art. 6 Abs. 2 der UNIDROIT-Finanzierungsleasingkonvention. Dass Lücken in Übereinkommen primär durch allgemeine Rechtsgrundsätze und nur sekundär durch nationales Recht zu füllen sind, ist aber inzwischen auch dort anerkannt, wo dies in der Konvention nicht ausdrücklich hervorgehoben wird<sup>144</sup>. Einem Rückgriff auf die Principles scheint damit nichts im Wege zu stehen. Ihm wird insbesondere im Hinblick auf die Anwendung des CISG das Wort geredet<sup>145</sup>. Das ist im Ansatz überzeugend, weil insbesondere das CISG bei der Ausarbeitung sowohl der UICC als auch der PECL in besonderem - manche meinen sogar: in zu großem<sup>146</sup> - Maße berücksichtigt wurde und sie „von Verfassern stammen, die sich mit den einschlägigen Problemen äußerst intensiv auseinandergesetzt haben und die dafür eine sehr hohe fachliche Qualifikation mitbringen“<sup>147</sup>. Gleichwohl ist Vorsicht angebracht. Denn verwiesen wird im CISG nicht ganz generell auf allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern nur auf solche, „die diesem Übereinkommen zugrundeliegen“. Diese und die Principles sind aber nicht durchgängig deckungsgleich. Wo Abweichungen bestehen, scheidet ihre Heranziehung daher aus. Vorrang genießt weiterhin das Regelungskonzept des CISG, und wenn sich diesem nichts entnehmen lässt, muss doch wieder auf das nationale Recht zurückgegriffen werden<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Basedow, FS Drobnič, 19, 26 f.

<sup>145</sup> Zum Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und Principles vgl. u.a. Bonell, ULR 1996, 26; dens., An International Restatement of Contract Law, 73 ff.; Drobnič, in: ICC (Hrsg.), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, 223; Ferrari, ULR 1997, 451; dens., JZ 1998, 9; Garro, Tul. L. Rev. 69 (1995), 1149; Magnus, RabelsZ 69 (1995), 469, 491 f.

<sup>146</sup> Vgl. etwa Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 38, 116: „Sie enthalten ein Leistungsstörungenrecht, das seinen Ursprung im Einheitlichen Kaufrecht hat. Ich frage mich, ob diese starke Betonung kaufrechtlicher Elemente nicht auch den Principles einen gewissen altmodischen Zug verleiht, ...“.

<sup>147</sup> Canaris, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 28.

<sup>148</sup> Ähnlich Canaris, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 5, 29; Ferrari, JZ 1998, 9, 16; Michaels, RabelsZ 62 (1998), 580, 606.

## bb) Nationales Recht

Ähnliches gilt für die Auslegung und Fortbildung von nationalem Recht. Auch hier ist eine Heranziehung der Principles nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie bietet sich insbesondere im Rahmen rechtsvergleichenden Auslegung an, egal, ob man diese nun als fünfte, eigenständige Auslegungsmethode<sup>149</sup> oder als integrativen Bestandteil der objektiv-teleologischen Methode begreift<sup>150</sup>. Doch selbst wenn Gerichte bei der Auslegung des autonomen, nicht durch internationale Abkommen determinierten Rechts häufiger auf die Rechtsvergleichung zurückgreifen<sup>151</sup> und manche dies sogar methodisch für erforderlich halten<sup>152</sup>, führt dies an der Gebundenheit an die *lex lata* nicht vorbei. Die Grenzen der Berücksichtigung der Prinzipien setzen das nationale Recht, seine Rechtsanwendungsmethoden und das ihm zugrundeliegenden System, die nicht unter Hinweis auf die Überzeugungskraft der von den Prinzipien gefundenen Lösungen überspielt werden können. Trotz dieser Einschränkungen sollte ihre Bedeutung für die Auslegung nationalen Rechts nicht unterschätzt werden. Sie beruht vor allem auf der Plausibilität der erarbeiteten Lösungsmodelle. Erweisen sie sich als denen des nationalen Rechts überlegen, können sie nicht nur - wie schon mehrfach geschehen<sup>153</sup> - die Auslegung geschriebenen Rechts beeinflussen, sondern zugleich Auslöser für eine sich im zulässigen Rahmen bewegende richterliche Rechtsfortbildung und damit letztlich eine „spontane Rechtsangleichung“ sein. Ob dies geschieht, hängt wesentlich von ihrer „gerichtsverwertbaren“ Rezeption und Aufbereitung durch die Wissenschaft ab. So hat etwa *Canaris* jüngst angeregt, in Anlehnung an Art. 2.16 UPICC einen Anspruch auf Abführung von Gewinnen anzuerkennen, die eine Partei unter Bruch einer vorvertraglichen Geheimhaltungspflicht erzielt hat<sup>154</sup>. Allein dieses Beispiel, denen sich weitere

---

<sup>149</sup> Vgl. *Häberle*, JZ 1989, 913, 916.

<sup>150</sup> Dazu m. w. Nachw. *Schulze*, ZfRV 1997, 183, 194.

<sup>151</sup> Zur Nutzung der Rechtsvergleichung durch die Gerichte vgl. u.a. *Aubin*, *RabelsZ* 34 (1970), 458; *Drobnig*, *RabelsZ* 50 (1986), 610; *Kakouris*, *Rev. hell. dr. int.* 47 (1994), 31; *Kötz*, Festgabe BGH, 823; *Koopmans*, *ICLQ* 45 (1996), 545; *Ragallopoulou/Deliyanni-Dimitrakou*, *Rev. hell. dr. int.* 47 (1994), 47; *Samuel*, *ICLQ* 47 (1998), 817; *Steinberger*, in: de Mestral u. a. (Hrsg.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, 525; *Weber*, ebda., 575.

<sup>152</sup> Vgl. dazu z.B. *Odersky*, *ZEuP* 1994, 1; *Schulze*, ZfRV 1997, 183; *Zweigert*, *RabelsZ* 15 (1949/59), 5.

<sup>153</sup> Vgl. die Nachweise bei *Bonell*, *ULR* 1997, 34.

<sup>154</sup> *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 5, 30.

hinzufügen ließen, macht bereits das in den Principles liegende Potential deutlich.

b) Gesetzgeberische Neuregelung

Hinzu kommt ihre Ausstrahlungswirkung auf aktuelle gesetzgeberische Vorhaben im Bereich des Schuldvertragsrechts. Auch dabei kommt ihnen der Umstand der zugute, dass sie von einer Kommission weltweit anerkannter Experten auf breiter rechtsvergleichender Grundlage erarbeitet worden sind und den Stand moderner Schuldrechtsdogmatik widerspiegeln, selbst wenn sich über Einzelheiten - wie immer - trefflich streiten lässt. Erste Rezeptionen sind bereits vermeldet worden. Nicht unterschätzt werden darf vor allem ihr Einfluss auf die Neugestaltung der Privatrechtssysteme der ehemaligen Ostblockstaaten. Aber so weit muss man den Blick gar nicht schweifen lassen. So musste sich etwa das Bundesjustizministerium nach der Vorlage des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der in weiten Teilen auf dem Abschlussgutachten der Schuldrechtskommission<sup>155</sup> beruht, hingegen die wesentlich später veröffentlichten UPICC bzw. PECL völlig ignoriert, zu recht harsche Kritik gefallen lassen:

„Wenn man im Jahre 2000 erwägt, ob es geboten oder möglich ist, das deutsche allgemeine Schuldrecht an gemeineuropäische Entwicklungen anzupassen, ist es vollständig unverantwortlich, dies zu tun, ohne die Regelung, die man vorgeschlagen will, gründlich, kompetent und umsichtig mit den inzwischen vorliegenden *Unidroit Principles* und vor allem den *Principles of European Contract* zu vergleichen“<sup>156</sup>.

*Huber* steht mit dieser Kritik nicht allein<sup>157</sup>. Denn es ist in der Tat befremdlich, wenn eine als „Schuldrechtsmodernisierung“ angekündigte Gesetzesnovelle auf dem Stand der Dogmatik von vor zwanzig Jahren aufgebaut<sup>158</sup> und den Fortgang der Diskussion, die in den vergangenen Jahren

---

<sup>155</sup> Vgl. Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts.

<sup>156</sup> *Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 31, 108 (Hervorhebungen im Original).

<sup>157</sup> Vgl. z.B. *Dauner-Lieb*, JZ 2001, 8, 15; *Brüggemeier/Reich*, BB 2001, 213, 216; *Ernst*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 559, 600 f.; *Willingmann/Hirse*, VuR 2001, 99, 107; *Zimmermann*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 1, 21 f.

<sup>158</sup> Die die Basis des Abschlussberichts der Schuldrechtskommission bildenden Gutachten wurden bereits 1983 vorgelegt, vgl. Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bde. I (1981) + II (1983).

nun einmal maßgeblich durch die UPICC und PECL<sup>159</sup> geprägt worden ist, nicht berücksichtigt. Ein Reformwerk, das wenigstens für einige Zeit zukunftstauglich sein soll, kann und darf aber nicht hinter dem Stand bereits gewonnener Erkenntnisse zurückbleiben<sup>160</sup>. Hinzu kommt, dass eine Orientierung an den PECL zu einer Annäherung der Zivilrechte in Europa führen würde. Bereits deshalb sollten bei einer Neukodifikation des Vertragsrechts in jedem Mitgliedstaat der EG Regelwerke wie die PECL und überhaupt rechtsvergleichende Erkenntnisse<sup>161</sup> Berücksichtigung finden. Zwar muss natürlich auch bei Rezeptionsvorgängen die Erhaltung - oder Wiederherstellung - der nationalen Systemstimmigkeit im Vordergrund stehen; doch schließt dies die Berücksichtigung internationaler und vor allem europäischer Entwicklungen keinesfalls aus. Gerade die PECL vereinfachen solche Rezeptionsvorgänge in erheblicher Weise. Hierin ist daher auch ihr eigentliches Einwirkungspotential zu sehen. Sie können aufgrund ihrer Modernität und Überzeugungskraft den Anstoss für eine autonome Angleichung der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte geben.

---

<sup>159</sup> Sowie das hier - nicht aber für das BMJ - zu vernachlässigende neue niederländische Zivilgesetzbuch, das nicht nur international starke Beachtung gefunden hat, sondern auch im deutschsprachigen Schrifttum gewürdigt worden ist, vgl. etwa *Drobnig*, ERPL 1993, 171; *Hartkamp*, AcP 191 (1991), 396; *Hondius*, AcP 191 (1991), 378; *Remien*, ZEuP 1994, 187; *Vranken*, AcP 191 (1991), 411.

<sup>160</sup> *Honsell*, JZ 2001, 18, 19.

<sup>161</sup> Zur Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber vgl. *Drobnig/Dopffel*, FS Lerche, 253; *Drobnig*, in: Schäffer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, 141.

## § 8: Zwischensumme Privatrecht in Europa als ein polyzentrisches Mehrebenensystem

*Joerges* hat Europa unter Rückgriff auf politikwissenschaftliche Erklärungsansätze<sup>1</sup> als ein Mehrebenensystem beschrieben und hieran anknüpfend die gegenwärtigen Bemühungen um eine Europäisierung des Privatrechts kritisiert<sup>2</sup>. Auf seine Kritik und mögliche Lösungsansätze ist erst im letzten Teil dieser Arbeit einzugehen. Auf die von ihm vorgenommene Charakterisierung kann, da sie auch die derzeitige Situation des Privatrechts in Europa analytisch zutreffend erfasst, aber bereits jetzt zurückgegriffen werden. Privatrecht besteht heute nicht mehr aus verschiedenen, monolithisch strukturierten nationalen Blöcken, sondern ist vielschichtig aufgebaut. Neben die nationale ist eine supranationale Regelungsebene getreten, und beide werden wiederum ergänzt durch internationales Einheitsrecht. Da keiner dieser Ebenen umfassende Befugnisse zukommen, ist ein kompliziertes Beziehungsgeflecht entstanden, das den Rechtsanwender vor erhebliche Probleme stellt. Besonders deutlich wird dies am Beispiel des Gemeinschaftsprivatrechts. Es speist sich zum einen aus dem direkt anwendbaren Gemeinschaftsrecht in Form von EG-Verordnungen und einigen direkte privatrechtliche Folgen zeitigenden Vorschriften des Primärrechts. Hinzu tritt der Einfluss der Grundfreiheiten, durch die freilich keine positiven, sondern lediglich negative, d.h. die Anwendung der nationalen Privatrechte limitierende Standards geschaffen werden. Sie sind jedoch nicht immer leicht zu erkennen und vor allem im „Kernprivatrecht“ mangels einschlägiger Rechtsprechung auch nur wenig konturiert. Der Schaffung positiver Standards verpflichtet sind wiederum EG-Richtlinien, sei es im Wege aktiver oder reaktiver Rechtangleichung. Ihre Handhabung ist aufgrund ihrer Umsetzungsbedürftigkeit mit besonderen Problemen verbunden. Verbindungslinien zwischen den Ebenen des europäischen und nationalen Rechts bilden hier die im EGV statuierte Umsetzungspflicht und die ihrer Erfüllung dienende Pflicht zur richtlinienkonformen Ausle-

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Scharpf*, Journ. Eur. Publ. Pol. 1 (1994), 219, 238 f.; *dens.*, Jb. zur Staats- und Verwaltungswiss. 8 (1995), 351; *Weiler*, The Constitution of Europe, 344 ff.

<sup>2</sup> *Joerges*, ELR 3 (1997), 378; *ders.*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 205, 206 ff.

gung. Sie werden ergänzt durch das im Privatrecht allerdings nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehende Instrument einer unmittelbaren Richtlinienwirkung und schließlich notdürftig abgesichert durch die Möglichkeit einer Staatshaftung. Diese Mehrstufigkeit des Gemeinschaftsprivatrechts<sup>3</sup> und seine Einbindung in das transnationale und die Vielfalt der nationalen Privatrecht(e) bedingt die Entwicklung eines Binnenmarktkollisionsrechts, d.h. einer „Verfassung für das Zusammenspiel der Rechtsordnungen im Binnenmarkt“<sup>4</sup>, deren Grundelemente im Vorangehenden skizziert wurden. So sehr man dieses System aber auch konturiert und ausdifferenziert<sup>5</sup>, kann es doch über eines nicht hinwegtäuschen: Das derzeitige Mehrebenen-Regime führt zu einem Grad der Komplexität bei der Rechtsanwendung, der mitunter geeignet ist, den Wert der erreichten Rechtsangleichung wieder in Frage zu stellen. Wenn die für eine Anwendung von Recht erforderlichen Methoden so anspruchsvoll sind und nach derart umfangreichen - europarechtlichen, rechtsvergleichenden, kollisionsrechtlichen usw. - Kenntnisse verlangen, dass es vielfach nur noch von Spezialisten angewendet werden kann, drängt sich die Frage nach dem Sinn, mehr aber noch nach Auswegen und Alternativen geradezu auf.

Das europäische Mehrebenensystem führt aber nicht nur zu einer Methodenkomplexität, sondern provoziert ebenso materielle Disharmonien. Wo verschiedene Akteure relativ autonom handeln, bleiben bei fehlender Abstimmung unterschiedliche Ergebnisse im Rechtsetzungsergebnis nicht aus. Spannungen, die sich insbesondere in dogmatischen Verwerfungen innerhalb der nationalen Privatrechtssysteme manifestieren, sind die fast zwangsläufige Folge. Die die nationalen Privatrechtssysteme bislang kennzeichnende normative Kohärenz wird sich freilich auch bei einer besseren Koordination der Rechtsetzungstätigkeit auf den einzelnen Ebenen nicht vollumfänglich wahren lassen. Ursächlich hierfür sind die divergenten Ziele der tätigen Akteure. Während die nationalen Privatrechte noch vom Gedanken der Herstellung von Austauschgerechtigkeit dominiert werden, steht beim Gemeinschaftsprivatrecht die Sicherung des Funktionierens von Märkten durch Beseitigung von Handelshemmnissen und Herstellung von Wettbewerbsgleichheit im Vordergrund. Ähnlich dissonante Anätze begegnen im Kollisionsrecht. Während die nationalen Kollisionsrechte vom Ziel einer einzelstaatsbezogenen Nationalisierung internationaler Rechts-

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 630 ff.

<sup>4</sup> *Grundmann*, *RabelsZ* 64 (2000), 457, 459.

<sup>5</sup> In extenso *Furrer*, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht* (St. Galler Habilitationsschrift 1999).

verhältnisse ausgehen, betrachtet die Gemeinschaft das Gebiet der Mitgliedstaaten als einen einheitlichen Rechtsraum. Gemeinschaftliches Rechtsanwendungsrecht ist um Abgrenzung dieses Rechtsraums zu dem dritter Staaten bemüht, kümmert sich aber wenig um die trotz Rechtsangleichung nicht unwichtige Zuweisung von Rechtsverhältnissen an die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechte. Friktionen sind die notwendige Folge, wie etwa die Diskussion um die einzelnen internationalprivatrechtlichen Normen in Richtlinien des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes deutlich gemacht hat. Da derartige Reibungsverluste zwangsläufig zu erhöhten Kosten führen, ist auch hier die Frage nach dem Sinn von Rechtsangleichung, mehr aber noch nach Möglichkeiten zu einem Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Regelungsansätzen zu stellen.

Abgemildert werden könnten diese Spannungen durch die Judikative, sofern sie ihre Möglichkeiten nutzen würde, die bestehenden Freiräume in einem diskursiven Prozess auszufüllen, um so Unverträglichkeiten abzubauen und letztlich ein sinnstiftendes Ganzes zu erschaffen. Aber auch hier ist wieder eine noch unvollkommene Verzahnung zwischen den einzelnen Rechtsebenen zu konstatieren. Solange sich die tätigen Akteure mit höflichem Desinteresse begegnen, ist kein Fortschritt zu erwarten. Notwendig ist eine stärkere Berücksichtigung nationaler Dogmatik (und daraus erwachsender Probleme) durch die europäische Gerichtsbarkeit wie umgekehrt eine verstärkte Beachtung des Europäisierungsprozesses durch die nationalen Zivilgerichte. Ohne ein funktionierendes Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Gerichten und EuGH/EuG bleiben alle Bemühungen um Verbesserungen im Prozess der Europäisierung des Privatrechts Makulatur.

# Kapitel 3

## Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts

### § 9: Notwendigkeit und Grenzen einer Europäisierung des Privatrechts

Bevor den Entwicklungsmöglichkeiten des Gemeinschaftsprivatrechts nachgegangen werden kann, ist zunächst die Frage zu beantworten, warum es überhaupt einer Europäisierung des Privatrechts bedarf. Denn Rechts-einheit ist kein Wert an sich<sup>1</sup>, sondern begründungsbedürftig. Wo also liegen die Vorteile gemeinsamen Privatrechts in Europa? Und welche Nachteile sind damit verbunden?

#### *A. Notwendigkeit*

Betrachtet man zunächst die mit einer Europäisierung des Privatrechts verbundenen Vorteile, so lässt sich zwischen am Binnenmarktziel orientierten und transaktionskostenbezogenen Argumenten unterscheiden. Beide Argumentationsstränge überschneiden sich vielfach.

#### *I. Abbau von Hemmnissen für die Realisierung des Binnenmarkts*

##### 1. Privatrecht und Grundfreiheiten

Privatrecht dient, wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt wurde, der Freiheitsgewährung, indem es die Voraussetzungen für privates Handeln in

---

<sup>1</sup> So aber *Taschner*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, 159, 173.

Freiheit schafft. Obwohl Privatrecht marktkonstituierend ist, lässt sich ein Konflikt zwischen nationalen zivilrechtlichen Regelungen und dem EG-Vertrag nicht ausschließen. Zu einem solchen Konflikt kommt es insbesondere dann, wenn die dem einzelnen vom nationalen Gesetzgeber eingeräumte Freiheit privaten Handelns nicht weit genug reicht, um ihm die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu ermöglichen. In Widerspruch zu den Grundfreiheiten geraten können daher alle privatrechtlichen Normen einer Rechtsordnung, die einer Rechtswahl entzogen sind und einen Marktzutritt des Anbieters verhindern oder aufgrund der entstehenden Anpassungskosten wesentlich erschweren. Solche Inkompatibilitäten konnten vor allem in den Bereichen des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Lauterkeitsrechts nachgewiesen werden. Sie sind aber auch, wie aufgezeigt wurde, im Kernprivatrecht zu verzeichnen, allerdings in geringerem Maße; der Abschluss schuldrechtlicher Verträge über bestimmte Güter oder Leistungen kann gänzlich untersagt oder zwar erlaubt sein, jedoch unter Vorgabe bestimmter „Mindestinhalte“ usw. Strebt man eine Öffnung der Märkte an, bedarf es der Beseitigung solcher Hindernisse durch die Schaffung gemeinsamer, binnenmarktkonformer Rechtssätze.

## 2. Wettbewerbsverfälschung durch unterschiedliche nationale Regelungen des Privatrechts

Rechtsangleichung kann jedoch nicht bei rechtswahlfesten Normen, die zur Beschränkung der Grundfreiheiten geeignet sind, stehen bleiben. Ziel des Binnenmarktes ist die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs. Dieser Auftrag geht über die Beseitigung von Beschränkungen der Verkehrsfreiheiten hinaus und beinhaltet die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber muss daher Regelungen für eine Situation treffen, in der ein Nachfrager potentiellen Geschäftspartnern aus bis zu fünfzehn verschiedenen Mitgliedstaaten gegenübersteht. Zwar besteht häufig die Möglichkeit einer Rechtswahl. Auch ist Privatrecht zu großen Teilen dispositiv. Gleichwohl kann es sich auf die Kostenstruktur der anbietenden Unternehmen auswirken. So erstellen etwa die miteinander konkurrierenden Marktteilnehmer, ohne dass sie voneinander wissen, ihre Angebote gegenüber ein und demselben Handelspartner auf der Grundlage des ihnen vertrauten und gemäß Art. 4 Abs. 1 EVÜ mangels anderweitiger Rechtswahl anwendbaren Vertragsrechts ihres Herkunftslandes. In ihre Kostenkalkulation werden regelmäßig auch die dispositiven Vorschriften ihres Privatrechts einbezogen, etwa über die von ihnen beim Vorliegen eines Sachmangels zu erbringenden Leistungen, über die

Fristen, innerhalb derer sie für Sachmängel eintreten müssen usw. Diese Regelungen sind in den einzelnen Mitgliedstaaten zum Teil sehr unterschiedlich ausgestaltet<sup>2</sup>. Die Wettbewerbsverzerrungen liegen hier auf der Hand und können auch nicht mit dem Hinweis auf die Privatautonomie ausgeräumt werden. Denn wer vor dem Hintergrund seines eigenen strengen Gewährleistungsrechts ein zu teures Angebot macht, erhält vom Nachfrager vielleicht gar nicht mehr die Chance, sich im Verhandlungswege zu korrigieren. Denn verhandelt wird im „Schatten des Gesetzes“, das den Anbietern aus verschiedenen Mitgliedstaaten nun einmal eine ungleiche Ausgangsbasis gibt<sup>3</sup>. Unbehelflich ist daher auch der Hinweis auf die Rechtswahlfreiheit. Denn Rechtswahl ist ein Vertrag. Warum aber sollte sich der Nachfrager ohne „Gegenleistung“ auf die Abwahl eines für ihn günstigen, bei objektiver Anknüpfung anwendbaren Sachmängelgewährleistungsrechts einlassen?

Ähnliche Probleme stellen sich im Bereich des Delikts- und des Sachenrechts. Hersteller von Produkten richten sowohl die Produktgestaltung als auch ihre Produktionsabläufe in der Regel an den im Sitzland geltenden Sorgfaltspflichten aus, sofern sie typischerweise primär auf ihrem Heimatmarkt anbieten. Sind diese von Land zu Land divergent, kommt es zu unterschiedlichen Kostenbelastungen, die in die Gesamtkalkulation einfließen und damit auch den Preis, zu dem auf fremden Märkten angeboten wird, beeinflussen. Vergleichbare Folgen sind im Sachenrecht zu zeitigen. Die Kosten der einzelnen Formen an Kreditsicherheiten sind durchaus heterogen. Ihre unterschiedliche Verfügbarkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten führt daher wiederum zu variierenden Kostenbelastungen der dort ansässigen Unternehmen, letztlich also zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen.

### 3. Ein Markt, ein Recht?

Löst man sich von den Paradigma des Abbaus von Grundfreiheitenbeschränkungen und Wettbewerbsverfälschungen und stellt ganz allgemein den Markt in den Vordergrund, so tritt die Notwendigkeit von Rechtsvereinheitlichung offen zu Tage: „Ein einheitlicher Markt bedarf für sein *optimales* Funktionieren eines einheitlichen Privatrechts“<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenverkauf, 583 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Basedow*, FS Mestmäcker, 347, 360 f.

<sup>4</sup> *Drobnig*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 109, 116 (Hervorhebung im Original).

Diese Bedürfnis besteht gerade bei den Wirtschaftsteilnehmern, wie etwa die geschichtliche Erfahrung in Deutschland zeigt. Lange vor der Rechtseinheit im Zivilrecht wurde bereits das Handelsrecht durch das ADHGB vereinheitlicht. Denn nur so ließ sich in einem politisch und rechtlich in viele Teile zerfallenem Land Rechtssicherheit als eine Voraussetzung prosperierenden Handels herstellen. Und auch die rasche und radikale Herbeiführung von Rechtseinheit im wiedervereinigten Deutschland, abgemildert lediglich durch einige wenige, zeitlich befristete Sondergesetze für die neuen Bundesländer, beruhte auf der Überzeugung, dass ein einheitliches Wirtschaftsgebiet nur bei gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen entstehen kann<sup>5</sup>. Auffällig ist außerdem, dass der internationale Handel durch Schaffung selbstgesetzten Rechts bemüht ist, von sich aus einen weltweit einheitlichen Rahmen für internationale Transaktionen zu errichten. Unabhängig von der Frage, ob es eine *lex mercatoria* gibt und welcher Rechtsquellencharakter ihr zukommt, macht dies ebenso wie die häufige Verwendung von Standardklauseln etc. - wie z.B. den Incoterms - das Streben nach einem rechtsicheren Handlungsrahmen deutlich.

Nun kann man natürlich einwenden, es gebe durchaus Binnenmärkte, die gut funktionieren, obwohl es Ihnen an einem einheitlichen Zivilrecht mangelt. Klassisches Beispiel sind die USA, aber z.B. auch Großbritannien, wo englisches und schottisches Recht nebeneinander existieren. Australien, Mexiko oder Indien haben ebenfalls räumlich unterschiedliche Rechtsordnungen, und selbst in Spanien haben sich neben dem *Código Civil* die Foralrechte gehalten. Durchgreifend sind dies Hinweise jedoch nicht. Zwar lässt sich nicht bestreiten, dass die dortigen Märkte funktionieren, doch ließe sich ihre Funktionsfähigkeit durch Rechtseinheit sicherlich noch optimieren. Wie weit dieser Optimierungsprozess reichen soll, ist letztlich eine Wertungsfrage, bei der die mit einer Rechtsvereinheitlichung einhergehenden Nachteile, aber auch die zweifelsohne stets vorhandenen Beharrungstendenzen miteinzubeziehen sind.

Betrachtet man z.B. Spanien, so wird schnell erkennbar, dass sich ein Großteil der Foralrechte lediglich auf Regelungen des Familien- und/oder Erbrechts beschränkt. Vorschriften schuldrechtlichen Inhalts finden sich hingegen allein im Foralrecht von Navarra. Zu den USA ist anzumerken, dass die Regeln der einzelnen Zivilrechte zwar erstaunlich vielgestaltig

---

<sup>5</sup> *Drobnig*, in : Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 109, 117. Dagegen lässt sich zwar einwenden, es handele sich aufgrund des Übergangs von einer Plan- zur Marktwirtschaft um einen Sonderfall. Doch bedurfte es auch hierfür sicherlich keiner derart radikalen Einschnitte.

sind<sup>6</sup>. Doch haben sie alle - sieht man einmal von Louisiana ab - gemeinsame Wurzeln, nämlich das - fortentwickelte - englische common law. Sie lassen sich daher wesentlich einfacher als die europäischen Zivilrechtsordnungen auf einen gemeinsamen Kern zurückführen. Nur deshalb konnte es im übrigen gelingen, in so kurzer Zeit für so viele Rechtsgebiete restatements of the law zu erarbeiten<sup>7</sup>. Zudem existieren auch in den USA durchaus Kodifikationen zivilrechtlichen Inhalts. Von besonderer Bedeutung sind aber vor allem die zahlreichen US-amerikanischen Modellgesetze, die zwar kein einheitliches Recht schaffen, gleichwohl aber für eine beträchtliche Annäherung der einzelnen Zivilrechte sorgen können. Bekanntestes Beispiel ist sicherlich der Uniform Commercial Code, der das handelsrechtliche Vertragsrecht jedenfalls in seinen wesentlichen Zügen auf eine einheitliche Grundlage stellt. Nicht unterschätzt werden darf schließlich der Umstand, dass in den USA - anders als in Europa - eine einheitliche Sprache vorhanden ist, die sowohl die Verständigung unter den Juristen als auch die Erkundung des Rechts der anderen Bundesstaaten wesentlich erleichtert. Gleiches gilt für Großbritannien, Australien und Mexiko. In Mexiko und Australien beruhen die Zivilrechte der Teilstaaten außerdem auf der einheitlichen spanischen bzw. englischen Rechtstradition dieser Länder<sup>8</sup>.

Gegen eine Vereinheitlichung des Sachrechts wird immer wieder eingewandt, dass es für das Funktionieren des Binnenmarktes häufig ausreiche, wenn das Kollisionsrecht vereinheitlicht würde<sup>9</sup>. Das ist im Ansatz sicherlich richtig. Einheitliches Kollisionsrecht ist eine unabdingbare Voraussetzung für das optimale Funktionieren eines Binnenmarktes, der durch das Vorhandensein unterschiedlicher Sachrechte gekennzeichnet ist. Denn Rechtssicherheit lässt sich nur erreichen, wenn jedes Rechtsverhältnis innerhalb dieses Marktes auch nach den gleichen Regeln, also nur anhand von einer Rechtsordnung, zu beurteilen ist. Es ist daher schon früh und mit guten Gründen gefordert worden,

„durch legislatorische Maßnahmen vorerst deutlicher die durch das Kollisionsrecht eröffneten Möglichkeiten auszuschöpfen und prononcierter als bisher auf ein Verbundsystem mit einer sinnvoll ineinander greifenden Kombination der Sach- und Kollisionsrechtsvereinheitlichung (ergänzt durch eine hier nur anzutippende

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Currie*, JZ 1996, 930; *Reimann*, in: Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, 132, 133 f. und 139.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ausführlich § 12, C II 2.

<sup>8</sup> *Drobnig*, FS Steindorff, 1141, 1146.

<sup>9</sup> So vor allem *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 62 ff.

Harmonisierung der innerstaatlichen Verfahrensrechte) zuzuarbeiten“<sup>10</sup>.

Selbst wenn aber auf diesem Weg vorangeschritten wird - und hoffnungsvolle Ansätze sind mittlerweile aufgrund der auf Art. 65 EGV gestützten Maßnahmen der Gemeinschaft zur Kollisionsrechtsvereinheitlichung erkennbar<sup>11</sup> -, löst dies nicht alle Probleme. Schon die Ermittlung des anwendbaren Rechts stellt aufgrund der häufig beklagten Kompliziertheit des internationalen Privatrechts die Rechtsanwender vor erhebliche „technische Schwierigkeiten“ bei seiner Handhabung<sup>12</sup>. Sie ließen sich durch die Formulierung möglichst einfacher Regeln immerhin teilweise beseitigen. Ganz eliminieren wird man sie freilich nie können. Wesentlich gewichtiger ist jedoch, dass auch die Einheitlichkeit des internationalen Privatrechts innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht geeignet ist, sachrechtsbasierte Beschränkungen der Grundfreiheiten oder Wettbewerbsverfälschungen zu verhindern. Und auch das Transaktionskostenproblem, auf das sogleich noch näher einzugehen ist, bleibt bestehen, da zwar feststeht, welches Recht Anwendung findet, es aber immer noch der häufig kostenintensiven Ermittlung seines Inhalts bedarf. Kollisionsrechtsvereinheitlichung kann Sachrechtsvereinheitlichung daher nicht ersetzen, sondern sie nur unterstützen. Wo Sachrechtsvereinheitlichung an ihre Grenzen stößt, müssen die verbleibenden Lücken mindestens durch eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts geschlossen werden. *Aubin* formuliert daher zutreffend: „So viel Kollisionsrechtsvereinheitlichung wie möglich und nur soviel Sachrechtsvereinheitlichung als nötig“<sup>13</sup>. Offen bleibt aber, was denn nun „nötig“ ist.

## II. Senkung von Transaktionskosten

Diese am Binnenmarktziel orientierte geht einher mit einer ökonomischen Argumentation. Wer mit seinen Produkten oder Dienstleistungen fremde Märkte erschließen möchte, ist gezwungen, sich mit deren rechtlichen Rahmenbedingungen auseinanderzusetzen. Denn die Rechtsfolgen der gewöhnlich am heimischen Recht ausgerichteten Verhaltensmuster (Vertragsschlusstechnik, Art und Weise der Eigentumsübertragung etc.) stehen nicht von vornherein fest. Es entsteht Rechtsunsicherheit, die nur im Wege einer Inanspruchnahme zusätzlicher Beratungsleistungen, also durch

<sup>10</sup> *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 63.

<sup>11</sup> Vgl. dazu § 5, C; zu Art. 65 EGV vgl. § 10, B IV.

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch *E. Lorenz*, Zur Struktur des internationalen Privatrechts, 95 ff.

<sup>13</sup> *Aubin*, in: *Zweigert* (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen, 45, 65.

den Aufwand von Informationskosten, beseitigt werden können. Zur Deckung dieses Informationsbedarfs sind spezialisierte Rechtsberater erforderlich, die Kenntnisse sowohl des internationalen Handelsrechts (einschließlich des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts etc.) als auch des Rechts des Destinationsstaates besitzen. Gerade der Rat solcher Experten, die meist in internationalen Anwaltskanzleien tätig sind und auf Stundensatzbasis abrechnen, ist enorm teuer<sup>14</sup> und führt zu einer Erhöhung der Transaktionskosten. Zwar ist es

„not necessarily true that the absence of uniformity or harmony in law *significantly* increases the costs of inter-jurisdictional business“<sup>15</sup>.

Insbesondere hängt die Signifikanz der Transaktionskosten vom Umfang der Transaktionsvolumina ab. Je größer sie sind, desto weniger fallen sie ins Gewicht. Gerade bei Geschäften kleineren Umfangs können die auflaufenden Informationskosten jedoch einen durchaus beachtlichen Prozentsatz erreichen, der die Konkurrenzfähigkeit des Angebots mindert oder es sogar wirtschaftlich völlig unattraktiv macht. Manch kleines oder mittelständisches Unternehmen sieht allein schon deshalb vom Auslandsgeschäft ab:

„And since this expensive advice can not be afforded by everybody, particularly by small businesses, these high transaction costs create unfair advantages for large businesses - a political problem for European society“<sup>16</sup>.

Allein mit dem Aufwand von Informationskosten ist es nicht in allen Fällen getan. Sind die nationalen Rechte unterschiedlich und zudem noch zwingend ausgestaltet, können die Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise ihre Vertragsmuster nicht für ihr gesamtes Absatz- oder Einkaufsgebiet verwenden, sondern müssen differenzierte rechtliche Lösungen für jeden nationalen Markt finden. Auch das führt zu einer Erhöhung der Transaktionskosten. Rechtsvereinheitlichung ist zweifelsohne geeignet, derartige Transaktionskosten zu vermeiden, wenigstens aber zu vermindern<sup>17</sup>.

Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass Informations- und Anpassungskosten vornehmlich beim Erstgeschäft anfallen, aufgrund des dort gewonnenen Erfahrungswissens bei Folgegeschäften aber an Bedeutung verlieren:

„The costs of understanding the law of a new jurisdiction or modified laws of a given jurisdiction as well as those of adapting

<sup>14</sup> Üblich sind Stundensätze von 500 bis 1500 DM.

<sup>15</sup> *Boodman*, AJCL 39 (1991), 713, 715 (Hervorhebung im Original).

<sup>16</sup> *Mattei*, ERPL 1998, 537, 538; *Bussani*, ERPL 2000, 85, 96 in Fußn. 35.

<sup>17</sup> So auch *Kirchner*, in: Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht, 103, 118.

documentation and business practices will either be sunk costs or will diminish with each business transaction“<sup>18</sup>.

Das ist sicherlich richtig, ändert aber nichts an ihrem potentiell markt-zugangschwerenden Charakter. Sind der Markterfolg und damit auch die Amortisierung der Markteintrittskosten ungewiss, lässt sich ein Abschreckungseffekt nicht ausschließen. Und ist nur ein einmaliges Auslandsengagement geplant, muss das Argument einer Kostensenkung bei Folgegeschäften ohnehin außer Betracht bleiben. Es greift zudem dann nicht, wenn es nicht um den Vertrieb oder die Erbringung standardisierter Leistungen geht, sondern etwa speziell auf den Besteller zugeschnittene Dienst- oder Werkleistungen angeboten oder nachgefragt werden sollen, die sich aus einem komplexen Bündel vertraglicher Regelungen zusammensetzen und daher bei jeder Transaktion einer erneuten rechtlichen Prüfung am Maßstab des ausländischen Rechts bedürfen. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang auch der Einwand, es sei

„a basic rule in microeconomic theory that competition among demanders, not cost, determines the market price of a product or service“<sup>19</sup>.

Denn entscheidend ist doch, dass der erzielbare Preis stets in Relation zu den entstehenden Kosten gesetzt und hiervon der Entschluss zum Markteintritt abhängig gemacht wird:

„The entry decision of firms ... will depend on the interplay between the level of setup cost ... and the intensity of price competition ... The greater the degree of price competition ..., the lower the post-entry profits and the fewer the number of firms choosing to enter“<sup>20</sup>.

Da Informations- und Anpassungskosten bei rein nationalen Geschäften nicht anfallen, genießen inländische Anbieter gegenüber ausländischen Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil, da für sie die Eintrittsschwelle von vornherein niedriger ist - eine Situation, die sich mit dem Gedanken eines Binnenmarkts nur schwer in Einklang bringen lässt. Hinzu kommt, dass die Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme und die mit ihr verbundenen Markteintrittskosten für ausländische Anbieter zumindest mittelbare Auswirkungen auf das inländische Preisgefüge haben. Sie hält Firmen vom Markt fern, die bei Rechtsgleichheit als Konkurrenten hinzu getreten wären, und stabilisiert so den Wettbewerb auf einem niedrigeren und dementsprechend die Preise auf einem höheren Niveau.

---

<sup>18</sup> *Boodman*, AJCL 39 (1991), 713, 716.

<sup>19</sup> *Boodmann*, AJCL 39 (1991), 713, 717.

<sup>20</sup> *Sutton*, Sunk Costs and Market Structure, 29.

Wenn man Rechtsvereinheitlichung mit der Senkung von Transaktionskosten begründet, dürfen freilich die mit ihr einhergehenden Kostennachteile nicht vernachlässigt werden. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass Rechtsvereinheitlichung stets zu einer Verminderung der Rechtsvielfalt führt. Die von ihr betroffenen Jurisdiktionen können zudem ihre bislang nationalen Rechte nicht mehr fortentwickeln, sondern sich lediglich durch ein Zusammenwirken auf übernationaler Ebene um eine Modernisierung des vereinheitlichten Rechts bemühen. Geht man davon aus, dass ein Wettbewerb zwischen Rechtsordnungen besteht, so führt Rechtsvereinheitlichung naturgemäß zu einer Verminderung dieses Wettbewerbs und schränkt damit zugleich bislang bestehende Lern- und Suchpotentiale ein. Hierauf ist später unter dem Stichwort „Verhinderung von Systemwettbewerb“ noch genauer einzugehen<sup>21</sup>.

Kosten entstehen aber nicht nur aufgrund der Einschränkung des Systemwettbewerbs, sondern auch aus anderen Gründen. Rechtsvereinheitlichung führt stets zu „neuem Recht“, mögen sich in ihm auch zahlreiche Elemente der bislang rein national geprägten Rechtsordnungen wiederfinden. Hieraus resultieren zwei Konsequenzen. Zum einen verliert das bisher bei der Auslegung und Anwendung der nationalen Rechtsnormen gesammelte Erfahrungswissen und insbesondere die hierzu ergangene Rechtssprechung ihre Bedeutung, da sie nicht oder nur in sehr begrenztem Umfang auf das nunmehr vereinheitlichte Recht übertragen werden können. Betrachtet man diesen Vorgang unter wirtschaftswissenschaftlichen Gesichtspunkten, so handelt es sich beim bislang existenten Fallrecht um spezifische Investitionen und bei deren Verlust um sog. „sunk costs“ („versunkene Kosten“, besser: „historische Kosten“)<sup>22</sup>. Wie hoch sie sind, hängt naturgemäß davon ab, ob und inwieweit sich das bisherige Erfahrungswissen auch unter der neuen Rechtslage nutzbar machen lässt: je stärker das vereinheitlichte Recht auf gemeinsame Elemente der vereinheitlichten Rechtsordnungen zurückgreift, desto geringer der Verlust<sup>23</sup>. Bereits getätigte Investitionen verlieren aber nicht nur ihren Wert. Durch den Übergang zu einem neuen Recht entstehen zusätzliche Kosten, nämlich Transformationskosten. Erfahrungswissen ist nicht mehr vorhanden, sondern muss erst gesammelt werden. Solange es an einer die neuen Norminhalte ausdifferenzierenden Rechtsprechung fehlt, besteht Rechtsunsi-

---

<sup>21</sup> Vgl. § 9, B IV.

<sup>22</sup> *Kirchner*, UC Davis Law Revue 31 (1998), 671, 688. Zum Begriff der „Sunk-Costs“ vgl. auch *Sutton*, Sunk-Costs and Market Structure.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Mattei*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 21 (1998), 883, 891 ff.

cherheit. Auch dies führt bei ökonomischer Betrachtungsweise zu erhöhten Kosten. Sie fallen an, um das spezifische Risiko beherrschen zu können, und resultieren außerdem aus der Notwendigkeit eines Aufbaus einer neuen Judikatur zum neuen Recht.

Kostenerhöhend können sich schließlich auch Friktionen zwischen dem neuen Recht und den ansonsten fortbestehenden nationalen Rechtsordnungen auswirken. Gerade die Untersuchung zum Sekundärrecht hat gezeigt, dass die Abstimmung zwischen nationalem und supranationalem Recht zur Schaffung gänzlich neuer Modelle des Zusammenwirkens beider Rechtsebenen geführt hat, die der Einfachheit der Rechtsanwendung nicht immer dienlich ist, sondern sie im Gegenteil äußerst komplex machen und es zur Rechtsanwendung nicht selten der Zuhilfenahme - gleichfalls wiederum kostenträchtigen - Expertenwissens bedarf.

Festhalten lässt sich abschließend, dass sich Rechtsvereinheitlichung nicht allein mit dem Abbau nichttarifärer Handelsschranken und Transaktionskostenreduktionen begründen lässt. Mit einzubeziehen sind vielmehr auch die mit dem Übergang zum neuen, vereinheitlichten Recht verbundenen Kosten, die sich freilich sowohl durch die Form des Übergangs als auch die Inhalte des neuen Rechts beeinflussen lassen<sup>24</sup>. So kann etwa durch die Gewährung längerer Übergangsfristen der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet werden, die noch fortbestehenden nationalen Regelungen unter Rückgriff auf das zukünftig in Kraft tretende supranationale Regelungsregime auszulegen und so bereits in dieser Übergangszeit Erfahrungswissen zu sammeln und den Übergang zum neuen Recht bruchlos zu gestalten. In Deutschland wurde so beispielsweise im Rahmen der Neugestaltung des Insolvenzrechts verfahren, legten doch die Gerichte nicht selten die Gesamtvollstreckungsordnung durch Rückgriff auf die zwar 1995 verabschiedete, aber erst 1999 in Kraft getretene Insolvenzverordnung aus. Und ähnlich verfuhr der BGH bei der Auslegung von § 1 UWG hinsichtlich der Zulässigkeit vergleichender Werbung, die er im Vorgriff auf die noch nicht umgesetzte Richtlinie 97/55/EG und in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung in einem der Richtlinie gemäßen Umfang für zulässig erklärte<sup>25</sup>. Ob und inwieweit eine solche Verfahrensweise möglich ist, hängt natürlich von der konkreten Ausgestaltung jedes einzelnen nationalen Rechtssatzes und den durch die nationale Methodik gesetzten Grenzen ab. Kostenbeeinflussend wirkt sich weiterhin die Art der auf supranationaler Ebene gewählte Rechtsetzungsform aus. Tritt an die Stelle der na-

---

<sup>24</sup> Vgl. auch *Kirchner*, in: Weyers (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht*, 103, 120 f.

<sup>25</sup> BGH 5.2.1998 GRUR 1998, 824.

tionalen Zivilrechte oder Teilen hiervon eine gesamteuropäische Kodifikation, sind die Umstellungskosten besonders hoch. Sie bleiben hingegen relativ gering, sofern lediglich neben die existierenden nationalen Zivilrechte eine weitere Rechtsordnung gestellt wird, die von den Parteien gewählt werden kann oder zwar aus sich heraus anwendbar, gleichzeitig aber einer Abwahl zugänglich ist. Kostenminimierend kann sich schließlich die Aufnahme von Wahlklauseln und ähnlichen Regelungen auswirken, die es den Staaten ermöglichen, in Teilbereichen weiterhin ihr altes Recht - und damit auch die hierzu ergangene Judikatur - zu erhalten. Kurz gefasst: Die Kostenfolgen von Rechtsvereinheitlichung können nicht eindimensional betrachtet werden, sondern haben multifaktorielle Ursachen. Sie sind in ihrer Gesamtheit in den Prozess der Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen der Schaffung gemeinsamen Rechts einzubeziehen.

Mit in den Blick zu nehmen ist schließlich die Nachfragerseite. Informationskosten entstehen auch hier. Zur relevanten Größe werden sie vor allem bei Verbraucherverträgen. Die Volumina der einzelnen Transaktionen sind in der Regel nur gering und die Kosten einer vorherigen Beratung, etwa über bestehende Gewährleistungsrechte, daher meist unverhältnismäßig. Mangels Beratung bleiben nur diffuse Vorstellungen über das geltende Recht. Unsicherheit ist die Folge. Im Zweifel wird dann lieber von einem Geschäft abgesehen. Das notwendige Verbrauchervertrauen lässt sich nur durch die Schaffung einheitlichen Rechts herstellen. Willkommene Folge der Rechtsvereinheitlichung wäre eine Stärkung der grenzüberschreitenden Nachfrage und damit eine Intensivierung des Wettbewerbs.

## *B. Grenzen*

Die zunehmende Vergemeinschaftung des Privatrechts ist nicht nur mit Vorteilen verbunden, sondern sieht sich wachsender Kritik ausgesetzt, deren wesentliche Topoi sich schlagwortartig wie folgt zusammenfassen lassen: Demokratiedefizit - Rechtskultur - Sprache - Systemwettbewerb. Den mit ihnen verfolgten Anliegen ist nunmehr nachzugehen.

### *I. Demokratiedefizit*

Die Klage über die vermeintlich fehlende demokratische Legitimation der Gemeinschaft und des von ihr gesetzten Rechts ist so alt wie die Gemeinschaft selbst<sup>26</sup>. Die Diskussion kann hier nicht erneut aufgerollt wer-

---

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Fuß, DÖV 1964, 577, 583. Die Diskussion wird nachgezeichnet u.a. bei Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 17 ff. Ganz allg. dazu von der Groeben, Legitimationsprobleme der Europäischen Gemeinschaft.

den<sup>27</sup>. Einige Punkte müssen gleichwohl angesprochen werden, da diese Kritik regelmäßig auch im Zusammenhang mit der Erörterung von Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht begegnet. Gerügt wird vor allem, dass die nationalen Exekutiven durch Zusammenarbeit auf EG-Ebene Normen schaffen, die den Maßnahmen der nationalen Legislative sogar noch vorgehen<sup>28</sup>; von „europäischer Rechtsnormenvereinheitlichung als demokratiefeerne legislatorische Rechtsvereinheitlichung“ ist die Rede<sup>29</sup> oder ganz allgemein vom Demokratiedefizit als „Skandalon der EG“<sup>30</sup>. Man kann dem natürlich entgegenhalten, das Handeln der Gemeinschaft werde über die Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat wenigstens mittelbar demokratisch legitimiert<sup>31</sup>; denn

„die europäische Union ist nach ihrem Selbstverständnis als Union der Völker Europas ein auf eine dynamische Entwicklung angelegter Verbund demokratischer Staaten; nimmt er hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente zu legitimieren haben“<sup>32</sup>.

Das ist freilich ein sehr formales Argument, da es über den Grad der für eine hinreichende demokratische Legitimation notwendigen Rückbindung der Regierungsvertreter im Rat an die nationalen Parlamente nichts aussagt, und zudem nicht unumstritten<sup>33</sup>. Es trägt außerdem dann nicht, wenn Entscheidungen nicht nach dem Einstimmigkeits-, sondern dem Mehrheitsprinzip getroffen werden. Und der Trend zum Mehrheitsprinzip hält an, wie zuletzt wieder der Vertrag von Nizza deutlich gemacht hat, durch den 35 Bestimmungen aus dem Einstimmigkeitserfordernis ganz oder teilweise in die Mehrheitsentscheidung überführt werden<sup>34</sup>. Besondere Bedeutung kommt daher der Frage zu, ob und inwieweit dergestalt entstehende und andere „Legitimationslücken“ durch die Einbindung des Europäischen Parlaments in den Rechtsetzungsprozess geschlossen oder zumindest auf

<sup>27</sup> Vgl. dazu zuletzt m. umfangreichen Nachw. *Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratiedefizit; außerdem *Streinz*, ThürVBl. 1997, 73.

<sup>28</sup> Unzureichende demokratische Legitimation der Privatrechtsetzung durch die EG bemängelten vor dem Vertrag von Maastricht etwa *Hauschka*, JZ 1990, 521, 532; *ders.*, ZRP 1990, 179, 183; *Remien*, JJZ 1991, 11, 25 f.; später auch noch *Stürner/Bruns*, in: Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz, 81, 89.

<sup>29</sup> *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 47 ff.

<sup>30</sup> *Häberle*, EuGRZ 1992, 429, 432.

<sup>31</sup> Vgl. z.B. *Classen*, AöR 119 (1994), 238, 252 ff.

<sup>32</sup> BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 184.

<sup>33</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. *Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 79 ff.

<sup>34</sup> *Borchmann*, EuZW 2001, 170, 172.

eine *quantité négligeable* reduziert werden können. Nach Auffassung des EuGH

„spiegelt (seine) Beteiligung auf Gemeinschaftsebene ein grundlegendes demokratisches Prinzip wieder, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung hoheitlicher Gewalt beteiligt sind“<sup>35</sup>.

Zur Beantwortung der gestellten Frage tragen derlei allgemeine Ausführungen freilich wenig bei. Sie hängt im wesentlichen von den möglichen Beteiligungsformen des Europäischen Parlaments als auch seiner inneren Struktur ab<sup>36</sup>. Nachzugehen ist außerdem dem im Rahmen der Diskussion um das Demokratiedefizit oft erhobenen Vorwurf einer fehlenden Einbindung der Öffentlichkeit in das gemeinschaftliche Rechtsetzungsverfahren<sup>37</sup>.

### 1. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments

Der Hinweis auf die eingeschränkten Rechtsetzungsbefugnisse des Europäischen Parlaments ist das am häufigsten anzutreffende Argumentationsmuster zur Begründung eines Demokratiedefizits in der Europäischen Gemeinschaft. Es ist jedoch nur von bedingter Überzeugungskraft. Richtig ist, dass das Europäische Parlament im EG-Vertrag nicht als das maßgebliche Rechtsetzungsorgan ausgestaltet worden ist. Insbesondere fehlt es ihm immer noch am Initiativrecht, das allein bei der Kommission liegt („Initiativmonopol“<sup>38</sup>)<sup>39</sup>. Gleichwohl wäre es falsch und irreführend, eine maßgebliche Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Rechtsetzung der EG zu leugnen. Eine retrospektive Betrachtung der Stellung des Europäischen Parlaments im Rechtsetzungsverfahren macht vielmehr deutlich, dass seit dem Zeitpunkt seiner Konstituierung am 19. März 1958 ein deutlicher Wandel von einem lediglich beratenden<sup>40</sup> zu einem mitentscheidenden

<sup>35</sup> EuGH 11.6.1991 Slg. 1991, I-2867, 2900 Egrd. 20 - Kommission/Rat („Titandioxid“) m. w. Nachw.

<sup>36</sup> Vgl. dazu auch m. w. Nachw. *Streinz*, ThürVBl. 1997, 73, 75 ff.

<sup>37</sup> Vgl. z.B. *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 79 f.; *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 51 f.

<sup>38</sup> *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 292.

<sup>39</sup> Ein eigenes Initiativrecht steht dem Parlament gem. Art. 190 Abs. 4 EGV lediglich im Hinblick auf Vorschläge zur Einführung eines einheitlichen Wahlverfahrens zu.

<sup>40</sup> Zur Stellung des Europäischen Parlaments vor Erlass der Einheitlichen Europäischen Akte vgl. m. w. Nachw. *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 451 ff.; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 12.

den Organ zu erkennen ist<sup>41</sup>. Zwar gibt es auch heute noch Bereiche, in denen das Parlament lediglich - fakultativ oder obligatorisch - angehört wird. Eine qualitative Verbesserung brachte aber bereits das mit der Einheitlichen Europäischen Akte eingeführte Verfahren der Zusammenarbeit (Art. 252 EGV). Es erlaubt dem Parlament keine Verhinderung von Rechtsakten, eröffnet ihm jedoch immerhin die Möglichkeit, die Mitgliedstaaten zu einstimmigem Handeln zu zwingen. Zu einem „Quantensprung“ führten schließlich der Vertrag von Maastricht und das mit ihm kreierte Verfahren der Mitentscheidung (Art. 251 EGV). Es wurde durch den Vertrag von Amsterdam nicht nur gestrafft und vereinfacht, sondern zugleich sein Anwendungsbereich auf zahlreiche weitere Fälle ausgedehnt<sup>42</sup>. Dieser Prozess ist bei weitem noch nicht zum Abschluss gekommen. Erneute Weiterungen bringt der Vertrag von Nizza, durch den z.B. auch Rechtssetzungsmaßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 65 EGV) mit Ausnahme der familienrechtlichen Aspekte dem Verfahren der Mitentscheidung unterworfen werden. Zwar haben sich die an die Regierungskonferenz gerichteten Erwartungen, dass die Zahl der mit qualifizierter Mehrheit im Rat zu entscheidenden Gesetzgebungsakte deutlich ausgeweitet und zugleich auch dem Parlament in diesen Fällen das Mitentscheidungsrecht eingeräumt würde, nicht voll erfüllt. Neben zahlreichen Fällen, bei denen die Mitentscheidung eingeführt wird, stehen einige Bereiche, wo die Mitentscheidung trotz des Legislativcharakters nicht durchgesetzt werden konnte. Ungeachtet solcher politischen Vorbehalte der Mitgliedstaaten steht aber zu erwarten, dass die Beteiligung des Europäischen Parlaments auch in Zukunft weiter intensiviert werden wird<sup>43</sup>. Ob seine institutionelle Stellung jemals der der nationalen Parlamente entsprechen wird, ist dagegen eine offene Frage. Genauso fraglich ist, ob sie es angesichts der andersartigen Struktur der Europäischen Gemeinschaft überhaupt muss. Jedenfalls kann solange von keinem Demokratiedefizit gesprochen werden, „solange das Europäische Parlament entsprechend

---

<sup>41</sup> Allg. zur Stellung des Europäischen Parlaments und seiner Beteiligung im Rechtssetzungsverfahren z.B. Bleckmann-Bleckmann, *Europarecht*, Rdnrn. 306 ff.; Huber, *Europäische Integration*, § 14 Rdnrn. 26 ff.; Schweitzer/Hummer, *Europarecht*, Rdnrn. 229 ff.; Streinz, *Europarecht*, Rdnrn. 309 ff.; ders., *ThürVBl.* 1997, 73, 75 ff.

<sup>42</sup> Überblick über den Anwendungsbereich von Art. 251 EGV bei Schwarze-Schoo, *Art. 251 EGV* Rdnr. 6.

<sup>43</sup> Vgl. auch den Bericht der Bundesregierung über ihre Bemühungen zur Stärkung der gesetzgeberischen Befugnisse des Europäischen Parlaments 2000, *BT-Drs.* 14/5221, 1.

dem jeweiligen Integrationsstand an der demokratischen Legitimation und Kontrolle der EG-Gewalt beteiligt wird“<sup>44</sup>.

Eine solche Beteiligung, die vor allem durch das Verfahren der Mitentscheidung vermittelt wird, ist in besonderem Maße im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts zu verzeichnen. Die wichtigsten Kompetenzgrundlagen für Regelungsvorhaben im Europäischen Privatrecht setzen nämlich eine Mitentscheidung des Parlaments nach Art. 251 EGV voraus. Hinzuweisen ist auf die Art. 44, 47, 55 und 95 EGV; Art. 65 EGV wurde bereits erwähnt. Das direkt gewählte Europäische Parlament hat in allen diesen Fällen ein unumstößliches Vetorecht, von dem es äußerst verantwortungsvoll Gebrauch macht. Gleiches gilt für die Ausübung seiner Gestaltungsrechte im Vermittlungsverfahren. Überhaupt ist an dieser Stelle die Sachkundigkeit der Parlamentsarbeit hervorzuheben, die in einigen Fällen durchaus zu einer inhaltlichen Verbesserung der von der Kommission vorgelegten Vorschläge geführt hat. Dass das Parlament mit seinen - mitunter qualitativ wesentlich hochwertigeren<sup>45</sup> - Vorstellungen nicht immer durchdringt, liegt in der Natur des europäischen Rechtsetzungsverfahrens und den auch dort zu treffenden Kompromissen.

Kritisieren kann man sicherlich das fehlende Alleinbestimmungs- oder Initiativrecht des Parlaments. Doch darf dabei nicht außer acht gelassen werden, dass das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20, 79 Abs. 3 GG) es nach Ansicht mancher sogar verbietet, dem Europäischen Parlament überhaupt eine „positive demokratische Kompetenz“ einzuräumen<sup>46</sup>. Gegen eine Ausweitung des Initiativrechts bestehen derlei Vorbehalte freilich nicht, sofern es auf Bereiche der Verbandskompetenz der EG beschränkt wird<sup>47</sup>. Wie dem auch sei: Nicht leugnen lässt sich auf jeden Fall, dass zumindest dann, wenn Rechtsakte auf Basis der zitierten Kompetenznormen zustande gekommen sind, diese auf einer umfassenden parlamentarischen Zustimmung beruhen und damit hinreichend demokratisch legitimiert sind<sup>48</sup> - was zukünftige Verbesserungen natürlich nicht ausschließt, dem Argument des Demokratiedefizits aber bereits heute einiges an Über-

---

<sup>44</sup> *Huber*, Europäische Integration, § 14 Rdnr. 67.

<sup>45</sup> Man vergleiche nur den Vorschlag des Europäischen Parlaments zur Regelung des Eigentumsvorbehalts in der Zahlungsverzugsrichtlinie und die letztlich verabschiedete „non-rule“ des Art. 4. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Kieninger*, FS 50 Jahre MPI Hamburg (im Druck).

<sup>46</sup> *Huber*, Europäische Integration, § 14 Rdnr. 71.

<sup>47</sup> *Streinz*, ThürVBl. 1997, 73, 80.

<sup>48</sup> Ebenso *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 32.

zeugungskraft nimmt<sup>49</sup>. Anders sieht dies freilich bei Maßnahmen der Gemeinschaft aus, die auf Art. 308 EGV gestützt werden. Diese Kompetenznorm wird, wie später noch zeigen ist, hauptsächlich dann herangezogen, wenn originär gemeinschaftliche Rechtsinstitute - wie etwa die Gemeinschaftsmarke, supranationale Gesellschaftsformen usw. - geschaffen werden. Da in diesen Fällen dem Parlament lediglich ein Anhörungsrecht zusteht, bleibt hier nur der in der Tat etwas unbefriedigende Rückzug auf das Argument einer mittelbaren demokratischen Legitimation durch die Zustimmung der Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat. Auch das stellt eine Vergemeinschaftung des Privatrechts jedoch nicht grundsätzlich in Frage, sondern hebt allenfalls die Bedeutung der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage hervor; denn ob in allen diesen Fällen der Rechtsakt immer auf Art. 308 EGV hätte gestützt werden müssen oder nicht doch Art. 95 EGV hätte herangezogen werden können, erscheint durchaus zweifelhaft<sup>50</sup>.

## 2. Wahl und Zusammensetzung des Europäischen Parlaments

Bestehen bleibt allerdings das sog interne Demokratiedefizit des Europäischen Parlaments. Zwar wird das Parlament seit 1979 direkt gewählt, doch kann bis heute von einer Gleichheit im Zählwert der Stimmen und damit einer gleichen Repräsentation der Bürger der verschiedenen Mitgliedstaaten keine Rede sein. Die Sitzverteilung im Europäischen Parlament korreliert nicht mit der Bevölkerungsgröße der Mitgliedstaaten, sondern richtet sich nach einem ponderierten Verteilungsschlüssel, mit dem ein Kompromiss zwischen dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatengleichheit und dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl hergestellt werden soll. Folge hiervon ist beim derzeitigen Stand eine überproportionale Berücksichtigung der kleinen und eine Benachteiligung der großen Länder. So repräsentiert etwa ein Europaparlamentarier aus Luxemburg ca. 100.000 Bürger, sein deutscher Kollege hingegen ca. 800.000<sup>51</sup>. Dass demnach von einer gleichmäßigen Repräsentation aller Unionsbürger keine Rede sein kann, liegt auf der Hand:

---

<sup>49</sup> A.A. anscheinend *Joerges*, in: Brüggemeier (Hrsg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, 103, 128, der selbst bei einer Verbesserung der Stellung des Europäischen Parlaments Demokratiedefizite diagnostiziert, da das europäische Parlament nicht in dem Maße wie die nationalen Parlamente in diskursive Prozesse eingebunden sei. Das mag als Zustandsbericht zutreffend sein, verkennt aber die wachsende Aufmerksamkeit, die der Arbeit des Europäischen Parlaments in der Öffentlichkeit zukommt; vgl. dazu auch so gleich in § 9, B I 3.

<sup>50</sup> Vgl. dazu § 10, B II 1 b, cc.

<sup>51</sup> *Huber*, *Europäische Integration*, § 14 Rdnr. 11.

„‘One man, one vote’ mag für Afrika gelten, nicht für die EG!“<sup>52</sup>.

An Versuchen der Annäherung der Sitzverteilung im Parlament an die tatsächlichen Bevölkerungszahlen der einzelnen Mitgliedstaaten hat es nicht gemangelt. Sie konnten die bestehenden Disproportionalitäten aber nur vermindern, jedoch nicht völlig abbauen. Zu einer erneuten Änderung und Angleichung wird der Vertrag von Nizza führen, der insbesondere die Sitzverteilung für die Phase des Erweiterungsprozesses der Gemeinschaft regelt. Beseitigt werden die Ungleichbehandlungen aber auch durch ihn nicht, im Gegenteil: Neue treten hinzu. So hat Ungarn mehr Einwohner als Portugal und Tschechien mehr Einwohner als Portugal und Belgien. Gleichwohl wurden Ungarn und Tschechien jeweils nur 20 Sitze zugeteilt, Belgien und Portugal hingegen 22. Und obwohl Malta bevölkerungsmäßig etwa gleich groß wie Luxemburg ist, kann Luxemburg weiterhin 6 Abgeordnete in das Europäische Parlament entsenden, Malta hingegen nur 5. Manche stufen diese Defizite als ungleich weniger gewichtig ein als die inzwischen minimierten Defizite bei der Entscheidungskompetenz des Europäischen Parlaments<sup>53</sup>. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat keine grundlegenden Einwände:

„Vom Europäischen Parlament geht im derzeitigen Stadium der Integration eine lediglich ergänzende demokratische Abstützung der Politik der Europäischen Union aus. Die Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse wird zuvörderst über die nationalen Parlamente der in ihr zusammengeschlossenen demokratischen Staaten von deren Staatsvölkern legitimiert<sup>54</sup>. Die Gleichheit des diese Legitimation sichernden Wahlrechts wird damit durch das Wahlrecht zu den nationalen Parlamenten gewährleistet.“<sup>55</sup>.

Diese Ausführungen können aber allenfalls als Momentaufnahme verstanden werden. Denn in dem Maße, in dem das Europäische Parlament eine immer stärker werdende Steuerungsrolle in der Gemeinschaft zukommt, wachsen auch die Anforderungen an seine demokratische Rückbindung und damit an die Beachtung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl. Dieser aber gebietet - zumindest nach deutschem Verständnis -, dass „alle Staatsbürger das Wahlrecht ... in formal gleicher Weise ausüben können und dass die Stimmen der Wahlberechtigten beim Verhältniswahlssystem nicht nur den gleichen Zählwert, sondern grundsätzlich auch den glei-

<sup>52</sup> *Remien*, JJZ 1992, 11, 25.

<sup>53</sup> Vgl. z.B. *Bieber*, NJW 1989, 1395, 1395; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rdnr. 32 in Fußn. 79.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 184f.

<sup>55</sup> BVerfG 31.5.1995 NJW 1995, 2216 m. Bspr. *Rupp*, NJW 1995, 2210.

chen Erfolgswert haben“<sup>56</sup>. Nun kann man mit guten Gründen fragen, ob sich dieses Verständnis des Demokratieprinzips unbesehen auf eine europäische Ebene übertragen lässt oder nicht doch Differenzierungen erlaubt, die dem berechtigten Anliegen kleinerer Mitgliedstaaten nach ausreichenden Mitwirkungsmöglichkeiten Rechnung tragen. Sie sind ja auch dem deutschen Recht nicht unbekannt. So ist etwa bei der Wahl zum schleswig-holsteinischen Landesparlament der Südschleswig'sche Wählerverband (SSW) - bislang unangefochten<sup>57</sup> - von der Fünf-Prozent-Hürde ausgenommen. Ein unterschiedlicher Erfolgswert der Wählerstimmen ist auch hier die notwendige Folge<sup>58</sup>, wird aber aus Gründen des Minderheitenschutzes hingenommen. Lösungsmöglichkeiten können im Rahmen dieser Arbeit nicht aufgezeigt werden<sup>59</sup>. Deutlich wird aber, dass durchaus Legitimationsprobleme bestehen und ohne eine verbesserte „Legitimationsabstützung“ durch das Europäische Parlament der Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen im Rat Grenzen gezogen sind<sup>60</sup>. Man mag sich damit beruhigen, dass es, sollte es irgendwann tatsächlich zu einem Europäischen Privatrecht in Form eines Gesetzbuches kommen, hierfür ohnehin eines Staatsvertrags oder einer Änderung der im EG-Vertrag vorhandenen Kompetenzgrundlagen bedarf<sup>61</sup> und sich beides ohne Einbeziehung der nationalen Parlamente nicht erreichen lässt. Gleichwohl entbindet das nicht von der Aufgabe, bereits jetzt die demokratische Legitimation von Gemeinschaftsentscheidungen zu stärken und insbesondere dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in Europa verstärkte Geltung zu verschaffen. Solange dies nicht gelingt, ist die Übertragung von positiven Rechtsetzungskompe-

---

<sup>56</sup> St. Rspr., vgl. z.B. BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 85, 148, 157.

<sup>57</sup> Vgl. § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG sowie BVerfG 13.6.1956 BVerfGE 5, 77, 83; 21.1.1957 BVerfGE 6, 84, 97; Sachs-Magiera, Art. 38 GG Rdnr. 94.

<sup>58</sup> Sofern nicht ausschließlich Stimmen für Parteien abgegeben werden, die die Fünf-Prozent-Hürde überspringen. Dieser Fall dürfte aber eher unwahrscheinlich sein.

<sup>59</sup> Vgl. z.B. die Lösungsvorschläge von Emmert, Europarecht, § 17 Rdnrn. 49 ff.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Huber, in: Huber/Möbke/Stock (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, 105, 133 ff.

<sup>61</sup> Vgl. dazu § 12, C I 3.

tenzen auf das Parlament schon a priori ausgeschlossen<sup>62</sup> und ein Übergang zum Mehrheitsprinzip nur in limitiertem Umfang möglich<sup>63</sup>.

Erschwerend hinzu kommt das Fehlen eines gleichen Wahlverfahrens. Zwar sieht Art. 190 Abs. 4 EGV vor, dass das Europäische Parlament einen Entwurf „für allgemeine unmittelbare Wahlen nach einem *einheitlichen Verfahren* in allen Mitgliedstaaten oder im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen“ ausarbeitet, doch wurde ein derartiges einheitliches Wahlverfahren bislang nicht eingeführt<sup>64</sup>. Solange dies nicht gelingt, bleibt es bei den unterschiedlichen Wahlsystemen in den Mitgliedstaaten und damit so unterschiedlichen Stimmengewichtungen wie die der Verfahren der Mehrheits- und der Verhältnismäßigkeitswahl<sup>65</sup>.

### 3. Öffentlichkeit des gemeinschaftlichen Rechtsetzungsprozesses

Unter dem Oberbegriff „Demokratiedefizit“ ist schließlich noch ein weiterer Punkt anzusprechen, die oft bemängelte Undurchsichtigkeit des Rechtsetzungsverfahrens in der Europäischen Gemeinschaft und - damit zusammenhängend - dessen angeblich fehlende Öffentlichkeit. Bisher bestehe kaum eine Rückbindung an die sprachlich und auch pressemäßig fraktionierten öffentlichen Meinungen in den einzelnen Mitgliedstaaten<sup>66</sup>;

---

<sup>62</sup> Eine andere Frage ist, ob immerhin bei Beachtung des - u. U. aufgrund der Besonderheiten der EG spezifizierten - Grundsatzes der Gleichheit der Wahl und der Einführung eines gleiches Wahlverfahrens dem Europäischen Parlament positive demokratische Kompetenzen eingeräumt werden können. *Huber* (Maastricht - Ein Staatsstreich?, 32 ff.) hält dies z.B. für ausgeschlossen; ähnlich wohl *Streinz*, DVBl. 1990, 949. 960 f.; weitergehend hingegen *Ress*, GS Geck, 625; *Jarzembowski*, FS Gündisch, 113.

<sup>63</sup> *Weiler* (in: Schmuck/Wessels [Hrsg.], Das Europäische Parlament im dynamischen Legitimationsprozess: Auf der Suche nach einem zeitgemäßen Leitbild, 73; *ders.*, FS Everling, 1651, 1664 ff.) und *Joerges* (in: Brüggemeier [Hrsg.], Verfassungen für ein ziviles Europa, 103, 128) haben grundsätzliche Bedenken gegen eine Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen, da dies es ermögliche, den mehrheitlichen nationalen politischen Willen durch ausländische Mehrheiten zu überstimmen und dadurch den nationalen Wählerwillen zu verfälschen. Eine solche Argumentation geht von der Annahme aus, dass sich der nationale politische Wille allein auf nationaler Ebene äußert. Das entspricht freilich zusehends weniger der Realität. Auch die nationale politische Willensbildung erfolgt heute nicht mehr eindimensional, sondern polyzentrisch. Der Diskurs endet nicht an den Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten, sondern findet auch in Brüssel und Straßburg statt; ähnlich, *Winter*, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 45, 61 f.

<sup>64</sup> Zu den Gründen und bisherigen Regulierungsversuchen vgl. *Schwarze-Schoo*, Art. 190 EGV Rdnrn. 19 ff.

<sup>65</sup> Vgl. auch *Schwarze-Schoo*, Art. 190 EGV Rdnr. 10; *Calliess/Ruffert-Kluth*, Art. 190 EGV Rdnr. 5.

<sup>66</sup> *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 51; ähnlich *Joerges*, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 103, 129; *Schmuck*, Reihe Eurokolleg 25 (1993), 1, 7.

Gesetzgebung auf europäischer Ebene laufe hinter verschlossenen Türen ab und erinnere mehr an „Kabinettpolitik aus feudaler Zeit“ als ein demokratisch legitimes Verfahren<sup>67</sup>. Diese Vorwürfe mögen vor einiger Zeit durchaus berechtigt gewesen sein, haben heute aber einiges an Überzeugungskraft verloren.

Demokratie setzt das Vorhandensein einer öffentlichen Meinung und der sie hervorbringenden Faktoren voraus, also von Elementen, die eine europäische politische Kommunikation ermöglichen<sup>68</sup>. In den Worten des BVerfG:

„Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip sein, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen vorformt. Dazu gehört auch, daß die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind“<sup>69</sup>.

Das BVerfG spielt damit zwar in erster Linie auf die Sprachenfrage an, auf die später noch näher einzugehen ist<sup>70</sup>; übertragen lassen sich diese Ausführungen aber auch auf die Verfahrenspublizität und - was hier nicht weiter interessieren soll - die Parteien- und Medienlandschaft<sup>71</sup>. Mit der Verfahrenspublizität lag es auf Gemeinschaftsebene lange Zeit in der Tat im Argen. Gesetzgebungskompromisse wurden häufig ohne vorherige öffentliche Diskussion und zudem nicht selten in wenig durchschaubaren Paketlösungen getroffen, insbesondere technische Regelungen schienen oft von Interessenverbänden und nicht den hierfür zuständigen Gemeinschaftsstellen ausformuliert worden zu sein usw. Nicht verkannt werden darf aber, dass in letzter Zeit ein deutlicher Wandel zu verzeichnen ist und insbesondere bei der Verfahrenstransparenz mittlerweile beachtliche Fortschritte erzielt wurden. Zurückzuführen ist dies vor allem auf die verstärkte Einbeziehung des Europäischen Parlaments in den Entscheidungsprozess, die zu einer deutlichen Politisierung des Gesetzgebungsverfahrens auf EG-Ebene geführt hat. Eine „Geheimdiplomatie“ auf Ratstreffen scheidet aus, wenn es zur Verabschiedung eines Rechtsetzungsaktes der

<sup>67</sup> Möschel, JZ 1992, 877.

<sup>68</sup> Vgl. von Brünneck, EuR 1989, 249, 251 ff.; Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 62 ff.

<sup>69</sup> BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 185.

<sup>70</sup> Vgl. § 9, B III.

<sup>71</sup> Vgl. dazu etwa Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 62 f.

Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf. Im Parlament wird außerdem - anders als auf Ratstreffen - öffentlich diskutiert. Hinzu kommt, dass sich mittlerweile im Bewusstsein der Öffentlichkeit und vor allem der Medienöffentlichkeit die Erkenntnis Bahn bricht, dass wichtige rechtspolitische Entscheidungen nicht nur in Berlin, Paris oder London, sondern auch in Straßburg und Brüssel getroffen werden. Im Bereich der zivilrechtlichen Rechtsangleichung werden von der EG-Kommission vorgelegte Vorschläge heute von einer breiten Fachöffentlichkeit diskutiert. Sie sind darüber hinaus - sofern ihnen nicht nur eine überwiegend „technische“ Bedeutung zukommt - auch in zahlreichen Medien präsent. Von einem Ausschluss der Öffentlichkeit aus dem Meinungsbildungsprozess kann also zumindest heute keine Rede mehr sein, selbst wenn manche Stimmen dies nahelegen scheinen. So widersetzte sich etwa der Deutsche Bundesrat einer Umsetzung der der Änderung der Produkthaftungsrichtlinie dienenden Richtlinie 99/34/EG und forderte die Bundesregierung statt dessen zu Nachverhandlungen mit Brüssel auf, die mit dem Ziel einer Richtlinienänderung geführt werden sollten<sup>72</sup>. Und *Honsell* kommt im Jahr 2001 (!)<sup>73</sup> nach einer Analyse der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Schluss, sie sei qualitativ so schlecht, dass der Gesetzgeber sie eigentlich gar nicht in deutsches Recht transformieren dürfe<sup>74</sup>. In beiden Fällen fragt man sich, warum diese Einwände nicht früher artikuliert wurden; denn beide Richtlinien sind nicht ad hoc verabschiedet worden, sondern haben ein langes Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, das durchgehend von einer kritischen Fachöffentlichkeit begleitet worden ist. Und gerade Richtlinien zu zivilrechtlichen Fragen neuer Formen der Kommunikation, insbesondere des Internets, erfahren bereits im Vorfeld ein breites Medieninteresse, wie nicht zuletzt die fast verbissen geführte Diskussion um die E-Commerce-Richtlinie, den Verbrauchergerichtsstand in der EuGVÜ I-VO oder die jüngst verabschiedete Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft deutlich gemacht haben. Hinzu kommen zahllose Diskussionsforen im Internet, in denen solche Projekte bereits vom Moment der Veröffentlichung erster Regelungsentwürfe an kritisch hinterfragt werden. Auch wenn immer noch einiges verbesserungswürdig erscheinen mag, lässt sich der Vorwurf eines mit fehlender Transparenz begründeten Demokratiedefizits nicht mehr aufrecht erhalten. Im Gegenteil: Manchmal wünschte

---

<sup>72</sup> Vgl. dazu auch *Basedow*, ZEuP 2000, 985; *Staudinger*, NJW 2001, 275.

<sup>73</sup> Zur Erinnerung: Das Grünbuch wurde im Jahre 1993 vorgelegt (dazu *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 8) und der erste Richtlinienvorschlag am 18. Juni 1996. Verabschiedet wurde die Richtlinie im Jahre 1999.

<sup>74</sup> *Honsell*, JZ 2001, 278, 279.

man sich vergleichbare Vorfelddiskussionen für deutsche Gesetzgebungsverfahren, die - sieht man einmal von dem monumentalen Projekt einer Schuldrechtsmodernisierung ab - im Bereich des Zivilrechts wesentlich schneller und nicht selten ohne entsprechende (fach-)öffentliche Rückkopplung ablaufen<sup>75</sup>. Erinnert sei an dieser Stelle nur an das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“<sup>76</sup> mit seiner missglückten Neuregelung des Verzugsrechts (§ 284 Abs. 3 BGB), die für viele völlig überraschend kam<sup>77</sup>.

## II. Nationale Rechtskultur

Die Europäisierung des Privatrechts durch Legislativmaßnahmen der Gemeinschaft sieht sich in neuerer Zeit verstärkt dem Einwand ausgesetzt, sie verkürze die rechtlichen Identitäten der Mitgliedsländer; die Rechtsunterschiede zwischen den europäischen Ländern und insbesondere die große Kluft zwischen dem angelsächsischen und den kontinentalen Rechtsordnungen stellten einen hohen kulturellen Wert dar und seien daher zu erhalten<sup>78</sup>. Neu sind diese Bedenken nicht. Bereits *Thibaut* meinte, sich in seiner Schrift „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ quasi im Wege der Vorwegverteidigung mit dem Argument der Ortsgebundenheit und damit der kulturellen Prägung des Rechts auseinandersetzen zu müssen:

„Unter den Einwendungen, welche sich von rechtlichen Männern erwarten lassen, möchte vielleicht die scheinbarste diese seyn: das Recht müsse sich nach dem besondern Geist des Volkes,

---

<sup>75</sup> Und finden Sachverständigenanhörungen statt, haben sie mitunter nur Alibifunktion. So wurde etwa zur Sachverständigenanhörung zur Mietrechtsreform einer der bedeutendsten deutschen Mietrechtler - *Emmerich* - aufgrund seiner bekannt kritischen Haltung erst gar nicht eingeladen und das Ergebnis der Anhörung bereits zu einem Zeitpunkt auf der Homepage des BMJ veröffentlicht, als diese noch gar nicht stattgefunden hatte. Vgl. dazu auch *Börstinghaus*, NZM 5/2001, S. V.

<sup>76</sup> BGBl. 2000 I, 330.

<sup>77</sup> Der Gesetzesentwurf wurde am 23. Juni 1999 vorgelegt (BT-Drs. 14/1246). Die in der Literatur lebhaft umstrittene und vielfach kritisierte Vorschrift des § 284 Abs. 3 BGB (Literaturnachw. bei *Kiesel*, NJW 2001, 108 in Fußn. 2) wurde am 21. Februar 2000 durch den Rechtsausschuss in den Gesetzestext eingefügt (BT-Drs. 14/2752), am 30. März 2000 vom Bundestag beschlossen und trat am 1. Mai 2000 in Kraft.

<sup>78</sup> So vor allem *Legrand*, in: Jagtenberg/Örücü/de Roo (Hrsg.), *Transfrontier Mobility of Law*, 63; *ders.*, ICLQ 45 (1996), 52; *ders.*, MLR 60 (1997), 44; ähnlich *Collins*, ERPL 3 (1995), 353; *M. J. Ulmer*, Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, 112 ff.; *ders.*, in: Juristische Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), *Kultur, Tradition, eigenes Kulturbewußtsein und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 199; *Schurig*, FS Großfeld, 1089, 1093 und öfter.

nach Zeit, Ort, Umständen richten, und insofern führe ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für alle Deutschen zu einem vererblichen unnatürlichen Zwange. ... Wie oft haben wir nicht seit Montesquieu davon reden gehört, daß das Recht klüglich nach den Umständen, nach dem Boden, dem Clima, dem Charakter der Nation, so wie nach tausend anderen Dingen zu modificieren sey?<sup>79</sup>.

Überzeugend sind diese Einwände, wie auch *Thibaut* - natürlich vor einem ganz anderen geschichtlichen Hintergrund<sup>80</sup> - feststellte<sup>81</sup>, jedoch nicht.

### 1. Der Begriff der Rechtskultur

Bevor auf sie näher eingegangen werden kann, bedarf es aber zunächst einer Konkretisierung des amorphen Begriffs der Rechtskultur. Eine Inhaltsbestimmung fällt nicht leicht, da er aus der Verbindung zweier ihrerseits unbestimmter Begriffe - Recht und Kultur - besteht, „von denen weder ihr jeweiliger Inhalt noch ihr gegenseitiges Verhältnis klar ist“<sup>82</sup>. Manche halten Rechtskultur daher für überhaupt nicht strukturierungsfähig, für eine „black box“, deren Inhalt sich dem Betrachter entzieht<sup>83</sup>, oder den (unerklärlichen) Rest in einer erklärenden Gleichung<sup>84</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen können sich angesichts dieser Ausgangslage nur auf eine Annäherung beschränken, jedoch keine festen Konturen aufzeigen und schon gar nicht den derzeitigen Diskussionsstand auch nur ansatzweise nachzeichnen<sup>85</sup>.

Rechtskultur lässt sich zum einen inhalts-, d.h. rechtssatzbezogen verstehen. Ist Recht ein Abbild der gesellschaftlichen Verhältnisse und zugleich Ergebnis kultureller Wachstumsprozesse<sup>86</sup>, so ist es bei kulturellen und gesellschaftlichen Unterschieden zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten der EG nur natürlich, dass auch ihr Recht verschieden ist. Recht kann - so eine verbreitete Annahme - nur einmalig sein, weil es stets einen

<sup>79</sup> *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 50 f.

<sup>80</sup> Zu den geschichtlichen (und personalen) Hintergründen des Kodifikationsstreits vgl. *Hattenhauer*, *Thibaut* und *Savigny*. Ihre programmatischen Schriften, 9 ff.

<sup>81</sup> *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 51 ff,

<sup>82</sup> *Martiny*, FS Blankenburg, 421, 423.

<sup>83</sup> *Steinhoff*, *Law & Soc. Rev.* 27 (1993), 827, 828.

<sup>84</sup> *Gibson/Caldeira*, *Law & Soc. Rev.* 30 (1996), 55, 56.

<sup>85</sup> Vgl. dazu z.B. die Sammelbände von Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*; Gessner/Hoeland/Varga (Hrsg.), *European Legal Cultures*; Varga (Hrsg.), *Vomparative Legal Cultures*.

<sup>86</sup> *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 17; *Ehrmann*, *Comparative Legal Cultures*, 7.

bestimmten Komplex örtlich oder national geprägter Determinanten widerspiegelt<sup>87</sup>. Die Erkenntnis, dass Recht der Kultur entspringt, ist freilich nicht neu, sondern so alt wie das Recht selbst. *Montesquieu* hat sie in seinem gerne und auch hier zitierten Satz von der Volksgebundenheit des Rechts deutlich in Erinnerung gerufen<sup>88</sup>; *Savigny* spricht von Volksrecht und Volksgeist<sup>89</sup>. Unterstellt man dies als richtig, liegt der Gedanke, dass die Übernahme fremden Rechts, sei es ihm Wege von „legal transplants“<sup>90</sup>, sei es durch die Schaffung supranationaler Rechtssätze, die kulturelle Determinierung des Rechts vermindert oder gar beseitigt und damit letztlich zu kulturfremden Recht führt, in der Tat nahe.

Hinzu kommt, dass Recht nicht nur ein Spiegel der Kultur ist, sondern zugleich ihr Bestandteil. Bereits der Rechtssatz selbst, seine Schaffung und Auslegung sind kulturelle Leistungen und daher immer auch ein Stück Kultur<sup>91</sup>. Erinnert sei aus deutscher Sicht an so eindrucksvolle „juristische Entdeckungen“ wie die der culpa in contrahendo durch *Ihering* oder der positiven Vertragsverletzung durch *Staub*. Abgestellt werden kann freilich nicht allein auf die Rechtswissenschaft. Erfasst werden müssen vielmehr alle rechtsbildenden Elemente, seien sie rechtsbegründend oder -ausgestaltend („law in action“). Allgemein lässt sich daher formulieren: „Jedes Kulturleben hat sein besonderes Recht, und jedes Recht wieder sein besonderes Kulturleben“<sup>92</sup>, oder knapper: „Recht ist Kultur und Kultur ist Recht“<sup>93</sup>. Recht und Kultur bedingen und beeinflussen sich folglich gegenseitig und werden eins. Damit ist der Bogen zu einem weiten Rechtskulturverständnis geschlagen, das sein Augenmerk insbesondere auf den Stil des Rechts und den Umgang, der mit ihm gepflegt wird, legt. Rechtskultur ist danach auch das das kontinentaleuropäische Recht bestimmende Ideal einer „konzisen, aber flächendeckenden Kodifikation, aus der der Richter im Wege der teleologischen Auslegung Lösungen für alle möglichen Fälle ableiten kann“ und ebenso die traditionelle Selbstbeschränkung des Common Law auf „Ausnahmegesetze, die von den Gerichten eng ausgelegt und daher vom Gesetzgeber wortreich bis ins letzte Detail ausgestaltet wer-

---

<sup>87</sup> *Constantinesco*, ZfRV 1981, 161, 170.

<sup>88</sup> *Montesquieu*, De l'ésprit des lois, Buch 1, Kapitel 3.

<sup>89</sup> *Savigny*, System des römischen Rechts, Bd. I, 14.

<sup>90</sup> Vgl. dazu einerseits *Watson*, Legal Transplants, und andererseits *Legrand*, MJ 4 (1997), 111.

<sup>91</sup> *Häberle*, Europäische Rechtskultur, 18.

<sup>92</sup> *J. Kohler*, Das Recht als Kulturerscheinung, 5.

<sup>93</sup> *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 81.

den“<sup>94</sup>. Hinzu treten weitere stilprägende Merkmale einer Rechtsordnung, angefangen von der Stellung der Richter über die Art des juristischen Diskurses oder die Ausbildung der juristischen Professionen bis hin zu Faktoren wie der Beachtung von Recht durch die Bevölkerung usw.; zusammengefasst also

„the values and attitudes which bind the system together. And which determine the place of the legal system in the culture of the society as a whole. What kind of training and habits do lawyers and judges have? What do people think of law? Do groups or individuals willingly go to court? For what purposes do people turn to lawyers; for what purposes do they make use of other officials and intermediaries? Is there respect for law, government and traditions? What is the relationship between class structure and the use and nonuse of legal institutions? What informal social controls exist in addition to or in place of formal ones? Who prefers which kind of controls, and why?“<sup>95</sup>

Rechtsvergleichend Tätigen ist dieser Zusammenhang schon immer bewusst gewesen (oder sollte es zumindest sein). Erinnerung sei an das von *Ernst Rabel* gezeichnete Bild des Rechtsvergleichers, der in fremde Dickichte eindringt und stets damit rechnen muss, dass unter jedem Busch ein Eingeborener mit vergifteten Pfeilen lauert<sup>96</sup>. *Rabel* spielte damit nicht nur auf das Problem des Auffindens von Rechtstexten (oder Präjudizien) an<sup>97</sup>, sondern wollte deutlich machen, dass sich fremdes Recht überhaupt nur unter Beachtung seines sozio-kulturellen Hintergrunds verstehen lässt. Maßgeblich ist nicht das „law in the books“, sondern das „law in action“, das sich nur in einer möglichst alle rechtskulturellen Elemente einschließenden Gesamtschau der fremden Rechtsordnung erfassen lässt. Die rechtsvergleichende Methode erfordert daher stets „a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its political context“<sup>98</sup>. Mangelt es hieran und bleiben wir zudem noch unserem eige-

<sup>94</sup> *Basedow*, ZEuP 1996, 379, 380.

<sup>95</sup> *Friedman*, *Law & Soc. Rev.* 6 (1969), 19. Die Problematik einer Eingrenzung des Begriffes „Rechtskultur“ wird daran deutlich, dass sie z.B. auch von *Friedman* im Laufe der Zeit immer wieder anders definiert worden, vgl. m. w. Nachw. *Cotterrell*, in: Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, 13, 15, m. Erwiderung *Friedman*, ebda., 33 ff.

<sup>96</sup> *Rabel*, *RabelsZ* 16 (1951), 340.

<sup>97</sup> Was schon schwierig genug sein kann, wenn sich aus dem heimatlichen Recht bekannte Rechtsfiguren nicht an dem Ort finden lassen, an dem man sie aufgrund seines eigenen Vorverständnisses systematisch erwartet hätte. Zum Problem des Vorverständnisses vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 33 ff.

<sup>98</sup> *Kahn-Freund*, *MLR* 37 (1974), 1, 27.

nen Vorverständnis verhaftet, so „horchen (wir) an einer fremden Muschel und halten den eigenen Pulsschlag für das Rauschen des Meeres“<sup>99</sup>.

## 2. Rechtskulturell bedingte Normunterschiede

Geht man von der Ausgangsthese eines unlösbaren Bandes zwischen Recht, Kultur und Gesellschaft aus, so scheint jede Übernahme supranationalen Rechts in die eigene Rechtsordnung naturgemäß zu Brüchen zu führen und von vornherein mit Akzeptanzproblemen behaftet zu sein; denn ein europäisches Volk gibt es nicht, sondern nur zahlreiche national organisierte Gemeinschaften mit durchaus divergenten Traditionen und geschichtlichen Erfahrungen<sup>100</sup>. Gleichwohl erscheint es aus mehreren Gründen fraglich, ob die bestehenden gesellschaftlichen und kulturellen Unterschiede innerhalb der EG tatsächlich einer Vergemeinschaftung des Privatrechts entgegen stehen.

Unterstellt wird nämlich zum einen, dass eine Europäisierung des Privatrechts auf legislativem Wege stets zu einer Aufhebung oder wesentlichen inhaltlichen Einengung der einzelnen Privatrechte führen müsse. Dies ist zwar eine mögliche Entwicklung, jedoch nicht die einzige. Rechtsvereinheitlichung muss nicht stets total sein. Sie kann sich in verschiedener Weise selbst beschränken. So kann z.B. die Anwendung einheitlicher Regeln - wenigstens für eine Übergangszeit - auf internationale, grenzüberschreitende Fälle begrenzt oder davon abhängig gemacht werden, dass die Vertragsparteien sie ausdrücklich wählen. Genauso kann bei der inhaltlichen Ausgestaltung privatrechtsvereinheitlichender Rechtsakte von einer detailreichen Regelung zugunsten offener Formulierungen Abstand genommen werden<sup>101</sup>. Derartige Begrenzungen würden den nationalen Privatrechten den Kernbereich ihres natürlichen Anwendungsbereiches vorerst bewahren und damit ihre weitere Entwicklung nicht verhindern<sup>102</sup>.

Das Rechtskulturargument verfängt zum anderen dann nicht, wenn in den Mitgliedstaaten der EG parallel verlaufende Wertungen erkennbar sind. Dies ist vor allem in Teilen des Kernprivatrechts der Fall, auch wenn die im Einzelfall gefundenen Lösungen nicht durchgehend deckungsgleich sind, sondern durchaus unterschiedlich ausfallen können. Gibt es bei ähnli-

<sup>99</sup> *Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 106.

<sup>100</sup> Selbst Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGV hebt hervor, dass die Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft nur ergänzt, sie aber nicht ersetzt.

<sup>101</sup> „For an ‘Open Texture‘“ plädiert z.B. *Chamboredon*, in: Van Hoecke/Ost (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, 63.

<sup>102</sup> Ebenso *Drobnig*, FS Steindorff, 1141, 1147.

chen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Verhältnissen eine Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen, eine „*praesumptio similitudinis*“<sup>103</sup>, so muss sie in hohem Maße für die Rechtsordnungen der derzeitigen Mitgliedstaaten der EG gelten. Sie alle beruhen auf christlich-abendländischer Tradition, basieren auf den Grundwerten der Gewaltenteilung, Demokratie und persönlichen Freiheit<sup>104</sup> und sind - mehr oder minder stark - durch das Europa ehemals einende Band des Römischen Rechts beeinflusst<sup>105</sup>. Hinzu kommt eine weitgehende Angleichung der Lebensverhältnisse und Annäherung der Moralvorstellungen, die sich besonders eindrucksvoll im Familienrecht manifestiert, das ja gemeinhin als den örtlichen Traditionen besonders verbunden gilt und in hohem Maße durch moralische und sittliche Wertungen gefärbt ist. Aber gerade hier ist eine vor dreißig Jahren noch kaum für möglich gehaltene (autonome) Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechte zu verzeichnen. Plastisch machen dies die Säkularisierung des Rechtsinstituts der Ehe<sup>106</sup> und die damit einhergehende europaweite Liberalisierung des Scheidungsrechts<sup>107</sup>, aber auch die oft parallel verlaufenden Bemühungen um eine Verbesserung der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder und die in jüngster Zeit europaweit geführte Diskussion um die rechtliche Behandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften<sup>108</sup>.

Hinzu kommt eine vor allem von Rechtsvergleichern im Bereich des Kernprivatrechts als einer (vermeintlich) weitgehend unpolitischen Materie immer wieder gemachte Erfahrung: Verschiedene Rechtsordnungen gelangen „trotz aller Unterschiede in ihrer historischen Entwicklung, in ihrem

---

<sup>103</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 39.

<sup>104</sup> Vgl. dazu *Sir Konrad Schiemann*, Yearbook of European Law 19 (1999/2000), 205.

<sup>105</sup> Dazu m. zahlreichen Nachw. *Zimmermann*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Joustra (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 21.

<sup>106</sup> Überhaupt hängt die Bereitschaft und Fähigkeit von Recht im allgemeinen und Familienrecht im besonderen, fremde Rechtssätze zu übernehmen, vom Maß seiner religiösen Fundierung ab. Das erkennt selbst *Watson* an: „Often family law has a particularly marked religious basis or backing, as in modern India, Ireland and Israel, and is then resistant to change of any kind, including transplants“ (*Watson*, Legal Transplants, 98). Was Irland angeht, ist aber selbst hier in den vergangenen Jahren ein fundamentaler Wandel, d.h. ein Zurückdrängen kirchlicher Einflüsse, zu verzeichnen (vgl. auch die folgende Fußn.).

<sup>107</sup> Als letzter Mitgliedstaat hat Irland durch den Family Law (Divorce) Act 1996 die Ehescheidung eingeführt.

<sup>108</sup> Vgl. auch *Martiny*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 177, 184, *dens.*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Joustra (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 151, 162.

systematisch-theoretischen Aufbau und im Stil ihrer praktischen Anwendung dennoch in den gleichen Lebensfragen oft bis in die Einzelheiten hinein zu gleichen oder doch verblüffend ähnlichen Lösungen<sup>109</sup>. Wir begegnen weltweit immer wieder den gleichen Rechtsgedanken und Rechtsinstituten, mögen sie auch unterschiedlich gewichtet werden. *Mayer-Maly* spricht daher von einer „Wiederkehr der Rechtsfiguren“<sup>110</sup>. Das überrascht insofern nicht, als besonders im Privatrecht die Anzahl der zur Verfügung stehenden Lösungsmöglichkeiten von vornherein begrenzt ist. Diese Erkenntnis stellt zwar den Satz „law varies directly with culture“<sup>111</sup> nicht grundsätzlich in Frage, relativiert die Kulturgebundenheit des Rechts, bezogen auf den Inhalt von Rechtssätzen, aber doch ein wenig und lässt Rechtskultur und Rechtsvereinheitlichung nicht von vornherein als Gegensätze erscheinen.

*Watson* geht sogar noch einen Schritt weiter und stellt aufgrund der Erfahrung, dass „in many cases legal rules are equally at home in many places“<sup>112</sup>, die Ausgangsthese der unlösbaren Verbindung zwischen Recht, Kultur und Gesellschaft überhaupt in Frage<sup>113</sup>. Gerade die Rezeption des Römischen Rechts zeige, „that legal rules may be very successfully borrowed where the relevant social, economic, geographical and political circumstances of the recipient are very different from those of the donor system“<sup>114</sup>. Zugespitzt formuliert *Watson* sodann: „However historically conditioned their origins might be, rules of private law in their continuing lifetime have no inherent close relationship with a particular people, time or place“<sup>115</sup>. Dem kann freilich nur unter Vorbehalt zugestimmt werden. Zwar sind auch Rezeptionen oder eben „legal transplants“ über Kulturgrenzen hinweg nichts Ungewöhnliches. Jedoch ist der Rezeptionsvorgang nicht mit der Übernahme fremder Rechtssätze in eigene Gesetzbücher

---

<sup>109</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 38.

<sup>110</sup> *Mayer-Maly*, JZ 1971, 1.

<sup>111</sup> *Black*, *The Behaviour of Law*, 63. Allerdings misst *Black*, ebda., dieser Aussage keine rein inhaltsbezogene Bedeutung zu, sondern betrachtet die Verbindung zwischen Recht und Kultur vornehmlich unter quantitativen Gesichtspunkten: „Where culture is sparse, so is law; where it is rich, law flourishes“.

<sup>112</sup> *Watson*, *The Nature of Law*, 95.

<sup>113</sup> Die Schriften von *Watson* zu diesem Thema und seinen Variationen sind kaum noch überschaubar. *Ewald* zählte 1995 fast zwanzig Bücher über einhundert Aufsätze, vgl. *Ewald*, *AJCL* 43 (1995), 489 in Fußn. 1. Eine Zusammenfassung der Thesen *Watsons* sowie umfangreiche Nachweise finden sich bei *Ewald*, ebda.

<sup>114</sup> *Watson*, *Law Quarterly Rev.* 92 (1976), 79, 80.

<sup>115</sup> *Watson*, *Law Quarterly Rev.* 92 (1976), 79, 81. Näher dazu *ders.*, *Society and Legal Change*, 7 ff. und 98 ff.

abgeschlossen. Mit in den Blick zu nehmen sind - wie im übrigen auch *Watson* anerkennt<sup>116</sup> - die sodann folgende Anwendung des ehemals fremden Rechts. Und hier zeigt sich, dass Rezeptionen durchaus scheitern können, wenn sie zu einem völligen Bruch mit dem traditionellen Rechtssystem führen<sup>117</sup>. Anschauliche Beispiele hierfür liefert zur Zeit etwa die oft etwas unreflektierte Übernahme westlicher Regelungsmodelle in die Zivilrechtsordnungen der Staaten des ehemaligen Ostblocks<sup>118</sup>. So war etwa der Einführung des Trust nach US-amerikanischem Modell in das russische Recht kein Erfolg beschieden, da es zum einem am notwendigen Umfeld anglo-amerikanischen case law fehlte und diese Rechtsfigur zum anderen mit dem übrigen, doch weitgehend kontinentaleuropäisch geprägten russischen Zivilrecht kontrastierte<sup>119</sup>. Selbst wenn aber wenigstens die Textrezeption gelingt, führt dies noch lange nicht zu inhaltlicher Identität. Denn gleichlautenden Texten wird bei einem unterschiedlichen sozio-kulturellen Hintergrund und insbesondere bei Divergenzen zwischen den juristischen Professionen stets auch ein variierender Bedeutungsgehalt beigemessen werden:

„Rather, the rule, as it finds it technically integrated into another legal order, is invested with a culture-specific meaning at variance with the earlier one. Accordingly, a crucial element of the ruleness of the rule - its meaning - does not survive the journey from one legal culture to another“<sup>120</sup>.

Rezipiertes Recht wird gelebtes Recht und passt sich an die Verhältnisse der Umwelt an, in die es eingepflanzt worden ist<sup>121</sup>. Es „entwickelt sich im Koordinatensystem des nehmenden Landes“ und geht mit dessen „Gesamtkultur ... buchstäblich neue, eigene ‘Verbindungen’ ein, die es vom Geberland schrittweise entfernen“<sup>122</sup>. So ist z.B. das türkische Zivilgesetzbuch, eine Totalrezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches, insbe-

<sup>116</sup> Vgl. *Watson*, *Law Out of Context*, 1; *dens.*, *Legal Transplants and European Private Law*, 2 f.: „I think I have no need to stress that I have long held that a transplanted rule is not the same thing as it was in its previous home. Nor need I stress my long-held view that it is rules - not just statutory rules - institutions, legal concepts, and structures that are borrowed, not the ‘spirit’ of a legal system“.

<sup>117</sup> So machte etwa das chinesische Zivilgesetzbuch von 1931 bedeutende Anleihen beim deutschen Recht. In der Praxis hatte es aber keinen Erfolg. Vgl. dazu *Büniger*, in: E. Wolff (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, 178; *Wang Tze-chièn*, *AcP* 166 (1966), 343; *Hsün-yang Chang*, *ZVglRWiss* 71 (1969), 45, und jüngst *Shao*, *JZ* 1999, 80.

<sup>118</sup> Vgl. dazu *Goleva*, in: *Tomuschat/Kötz/von Maydell* (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, 57; *Kranjc*, ebda., 33.

<sup>119</sup> *Martiny*, FS Blankenburg, 421, 429.

<sup>120</sup> *Legrand*, zit. nach *Teubner*, FS Blankenburg, 233, 236.

<sup>121</sup> *Zajtay*, *AcP* 170 (1970), 251, 257.

<sup>122</sup> *Häberle*, *JZ* 1992, 1033, 1035.

sondere durch die zur Rechtsanwendung Berufenen den Strukturen und besonderen nationalen Eigentümlichkeiten der türkischen Gesellschaft angepasst worden: Es ist als gelebtes Recht heute nicht mehr deckungsgleich mit dem Zivilrecht des „Geberlandes“ Schweiz<sup>123</sup>, obgleich die Bande zwischen der Schweiz und der Türkei nie abgerissen sind und sowohl Schweizer Professoren in der Türkei lehrten als auch umgekehrt türkische Juristen in der Schweiz studierten<sup>124</sup>. All diese Inponderabilien vermögen freilich nicht zu begründen, dass das Modell der „legal transplants“ - und dazu zählt auch die Übernahme von Rechtssätzen supranationalen Ursprungs - von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Denn selbst wenn man - entgegen *Watson* - von einer grundsätzlichen Kulturgebundenheit des Rechts ausgeht, darf nicht außer acht gelassen werden, dass wenigstens in der westlichen Hemisphäre im Zeichen zunehmender Globalisierung das Band zwischen Nationalstaat und Rechtskultur deutlich gelockert worden und Montesquieus These der Volksgebundenheit des Rechts nicht mehr durchgehend tragfähig ist<sup>125</sup>. Dies gilt umso eher, wenn wir es mit kulturell wenig verwurzelten Rechtsinstitutionen zu tun haben<sup>126</sup>, und in besonderem Maße für Transfers zwischen den Mitgliedstaaten der EG, deren kultureller Zusammenhalt ja kein oktroyierter ist, sondern auf gemeinsamen Wertprinzipien beruht, die durch die Bildung einer supranationalen Gemeinschaft noch gefestigt und erweitert worden sind.

### 3. Die Verschiedenheit der Rechtskulturen - für alle Zeiten unabänderlich?

Ein „Störfaktor“ scheint freilich das common law zu sein: „There is always the Channel“<sup>127</sup>. In der Tat sind die Unterschiede zwischen kontinentaleuropäischem und englischem (respektive irischem) Rechtsdenken eklatant. Aber sind sie unüberwindbar? Dies ist die These von *Legrand*,

<sup>123</sup> *Kubali*, *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul* 1956, IX f., zit. nach *Zajtay*, *AcP* 170 (1970), 251, 257. Allgemein zur Rezeption westlichen Rechts in der Türkei *Bozkurt*, in: Tomuschat/Kötz/von Maydell (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, 51.

<sup>124</sup> Vgl. dazu *Örücü*, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, 95 ff.; *dens.*, in: *Örücü/Attwooll/Coyle* (Hrsg.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, 89, 99 ff.; außerdem *Watson*, *The Evolution of Western Private Law*, 14 ff.; *dens.*, *Legal Transplants and European Private Law*, 9.

<sup>125</sup> Ebenso *Teubner*, *FS Blankenburg*, 233, 238.

<sup>126</sup> Zur Unterscheidung zwischen „mechanischen“ - und daher gesellschaftlich wenig verwurzelten - und „organischen“ Rechtsinstitutionen vgl. *Kahn-Freund*, *MLR* 37 (1974), 1, 12.

<sup>127</sup> *Großfeld*, *FS Lukes*, 655, 657.

der als „moderner Montesquieu“ aufgrund der Kulturgebundenheit des Rechts im direkten Gegensatz zu *Watson* „legal transplants“ überhaupt für unmöglich<sup>128</sup> und insbesondere die Kluft zwischen civil und common law für unüberbrückbar hält:

„The common law mentalité is not only different, but is actually *irreducibly* different, from the civil law mentalité as found in Continental Europe“<sup>129</sup>.

*Legrand* führt zur Untermauerung seiner These verschiedene Punkte auf, in denen sich civil und common law unterscheiden. Dies sind seiner Ansicht nach „the nature of legal reasoning, the significance of systematisation, the character of rules, the role of facts, the meaning of rights“ und „the presence of the past“<sup>130</sup>. Ein wesentlicher Aspekt ist für *Legrand* außerdem die Sozialisation des Individuums, die bereits vor einem Rechtsstudium das die Rechtsanwendung stets beeinflussende Vorverständnis präge<sup>131</sup>. So sei etwa jedes englische Kind schon lange vor dem Besuch einer law school ein „common-law-lawyer-in-being“. Diese Sozialisationserfahrung determiniere unwiderruflich das Rechtsverständnis eines „common law lawyers“ und ebenso eines „civil law lawyers“ und könne auch durch die Entstehung eines Korpus gemeinschaftlicher Rechtstexte nicht beeinflusst werden. Daher

„remains, in each of the two legal traditions represented within the European Union, an *irreducible* element of autochthony constraining the epistemological receptivity to globalisation and, therefore, limiting the possibility of effective legal integration itself“<sup>132</sup>.

*Legrand* geht aber sogar noch einen Schritt weiter. Er hält ein volles gegenseitiges Verständnis zwischen civil und common law grundsätzlich für unmöglich:

„... not only does a civilian not think like a common law lawyer, but he can not understand how a common law lawyer thinks. One is again unaccountably reminded of Nietzsche: ‘Nie verstand ein Nachbar den andern’.“<sup>133</sup>

Ein „English lawyer“ kann daher

<sup>128</sup> Vgl. etwa den Beitrag „The Impossibility of ‘Legal Transplants’“, *Legrand*, MJ 4 (1997), 111.

<sup>129</sup> *Legrand*, ICLQ 45 (1996), 52, 63 (Hervorhebung im Original).

<sup>130</sup> Vgl. *Legrand*, ICLQ 45 (1996), 52, 64 ff

<sup>131</sup> Vgl. z.B. *Legrand*, MLR 58 (1995), 262, 266.

<sup>132</sup> *Legrand*, MLR 60 (1997), 44, 51 (Hervorhebung im Original). Ebenso *ders.*, in: Jagtenberg/Örücü/de Roo (Hrsg.), *Transfrontier Mobility of Law*, 63, 68.

<sup>133</sup> *Legrand*, *RabelsZ* 62 (1998), 314, 317.

„never step into the shoes of a German or Dutch or Spanish lawyer; all he can do is *imaginatively* step into his shoes“<sup>134</sup>.

Und noch deutlicher:

„A civilian can never understand the English legal experience *like an English lawyer*. Understanding there can be, but a *different* understanding it will *have* to be“<sup>135</sup>.

Zu überzeugen vermögen Legrands Thesen jedoch nicht. So lässt sich etwa sein Argument der Unüberwindlichkeit des durch Sozialisation geprägten Vorverständnisses auch gegen ihn selbst wenden. Denn die Frage liegt natürlich nahe, wie ein (in den Niederlanden lehrender) Kanadier, mag er noch so gelehrt sein, überhaupt am innereuropäischen Diskurs teilnehmen kann<sup>136</sup>. Die Fundiertheit seiner Ausführungen zum englischen und kontinentalen Rechtsdenken deuten eher darauf hin, dass ein Verständnis *beider* Rechtskulturen doch möglich ist<sup>137</sup>.

Legrands Ansatz ist außerdem entgegen zu halten, dass er das erfolgreiche „Vagabundieren“ von Rechtsfiguren nicht recht erklären kann. Wäre Recht stets und ausschließlich kulturgebunden, dürfte es eine „migration of legal institutions“ über Kulturgrenzen hinweg eigentlich gar nicht geben. Das Gegenteil ist aber der Fall<sup>138</sup>:

„At most times, in most places borrowing from a different jurisdiction has been the principal way in which law has developed“<sup>139</sup>.

Gäbe es einen axiomatischen Grundsatz der unlösbaren Verbindung zwischen Privatrecht und kultureller Identität, stünde zudem die Legitimität nicht nur des Schweizer ZGB, sondern auch einiger anderer Zivilrechte in Frage; denn weder die Schweiz und nicht einmal Frankreich (mit seinen Basken, Korsen und Bretonen) sind Nationen im ursprünglichen Sinn oder wenigstens einheitliche Kulturräume, sondern bestehen aus durchaus verschiedenen Volksgruppen mit eigenen Traditionen usw.<sup>140</sup>.

Entscheidend ist jedoch, dass die Gräben zwischen civil und common law inhaltlich nicht unüberwindbar und vor allem nicht so tief sind (und

---

<sup>134</sup> Legrand, ICLQ 45 (1996), 52, 76 (Hervorhebung im Original).

<sup>135</sup> Legrand, ICLQ 45 (1996), 52, 78 (Hervorhebung im Original).

<sup>136</sup> Van Hoecke, in: van Hoecke/Ost (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, 1, 5.

<sup>137</sup> Ebenso Kieninger, JJZ 1996, 245, 263.

<sup>138</sup> Vgl. dazu auch Örücü, in: Jagtenberg/Örücü/de Roo (Hrsg.), *Transfrontier Mobilty of Law*, 5.

<sup>139</sup> Watson, *Society and Legal Change*, 98.

<sup>140</sup> Darauf weist zu Recht Werro, in: Werro (Hrsg.), *New Perspectives on European Private Law*, 23, 44 in Fußn. 75, hin.

waren<sup>141</sup>), wie von *Legrand* behauptet. Darauf haben in jüngerer Zeit nicht nur *Zimmermann*<sup>142</sup> und *Wieacker*<sup>143</sup>, sondern vor allem auch englische Zivilrechtler wie *Markesinis*<sup>144</sup>, *Gordley*<sup>145</sup> und andere<sup>146</sup> hingewiesen. Erinnerung sei außerdem daran, dass mitunter trotz völlig gegensätzlicher Ansätze durchaus vergleichbare Ergebnisse erzielt werden<sup>147</sup>, wie gerade das Beispiel der Vertragsstrafeversprechen deutlich gemacht hat. Und auch der englische Gesetzgeber scheut sich mitunter nicht, mit einem Federstrich das (englische) common law von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen abhebende Prinzipien zu beseitigen; so geschehen zuletzt mit dem Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, durch den der Grundsatz „that only a person who is party to a contract can sue on it“<sup>148</sup> (doctrine of privity)<sup>149</sup> aufgegeben und ausdrücklich auch Dritten das Recht zuerkannt wurde, zu ihren Gunsten vereinbarte Vertragsbestimmungen durchzusetzen<sup>150</sup>.

Überzeichnet erscheinen weiterhin die Gegensätze im Rechtsdenken<sup>151</sup>. Leugnen lassen sie sich zwar nicht<sup>152</sup>, doch sind hier durchaus Annäherungen zu konstatieren. Bereits 1951 hob *Zweigert* hervor:

---

<sup>141</sup> Zu den historischen Verbindungen zwischen civil und common law vgl. *Zimmermann*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 103.

<sup>142</sup> Vgl. z.B. *Zimmermann*, *ZEuP* 1993, 4.

<sup>143</sup> *Wieacker*, *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, 9.

<sup>144</sup> *Markesinis*, in: *Markesinis* (Hrsg.), *The Gradual Convergence*, 30; *Markesinis*, in: *Markesinis* (Hrsg.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, 37. Vgl. außerdem die zahlreichen weiteren Beiträge in diesen Sammelbänden sowie speziell zur rechtsprechend *Markesinis*, *Foreign Law and Foreign Ideas in the English Courts*.

<sup>145</sup> *Gordley*, *ZEuP* 1993, 498.

<sup>146</sup> Vgl. z.B. *Glenn*, *Rev. dr. int. comp.* 45 (1993), 559; *Levitsky*, *AJCL* 42 (1994), 347; *Alpa*, *ERPL* 2000, 321, 329 f; *Usher*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 241, 254 ff. (Zur Annäherung der Denkweise englischer Juristen an Kontinentaleuropa). Näher und mit kritischen Anmerkungen zur Konvergenzthese auch *Kötz*, *ZEuP* 1998, 493, 497 ff.

<sup>147</sup> So ausdrücklich aus Praktikersicht auch *Borris*, in: *Frommel/Rider* (Hrsg.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*, 1 f.

<sup>148</sup> So *Haldane*, L. Ch., in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd.* [1915] A.C. 847, 853.

<sup>149</sup> Dazu m. w. Nachw. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht I*, 375 f.

<sup>150</sup> Ausführlich *Graf von Bernstorff*, *RIW* 2000, 435.

<sup>151</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Thesen *Legrand* findet sich bei *van Hoecke*, in: *van Hoecke/Ost* (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, 1, 5 ff.

<sup>152</sup> Zu den Unterschieden im Systemdenken zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law vgl. etwa *Samuel*, *ZEuP* 1995, 375. Unterschiede im juristischen Begründungsstil untersucht *Markesinis*, *Cambr. L. J.* 59 (2000), 298..

„Die kontinentale Norm verliert in der gerichtlichen Praxis ihre ursprüngliche Strenge, die anglo-amerikanische Welt geht mehr und mehr zum gesetzten Recht über; das englische Stare-decisis-System lockert sich ... ständig auf, auf der anderen Seite entwickelt der Kontinent mit dem Gewicht 'ständiger Rechtsprechung' ein Gebäude von rechtssatzähnlichen Grundsätzen“<sup>153</sup>.

Zweigert steht mit dieser Einschätzung nicht alleine<sup>154</sup>. So kommt etwa Jestaz in einem Vergleich zwischen englischen und französischen Recht zu folgendem Ergebnis:

„Pour conclure sur la Grande-Bretagne et la France à l'époque contemporaine, on constate que les sources du droit se sont déplacées en sens inverse dans les deux pays. Il y a deux siècles, le droit anglais était exclusivement jurisprudentiel, aujourd'hui il n'est plus que principalement jurisprudentiel et accessoirement légal. Le droit français était exclusivement légal, aujourd'hui, il n'est que principalement légal et accessoirement jurisprudentiel“<sup>155</sup>.

Aber man muss den Blick gar nicht nach Frankreich schweifen lassen. Auch in zahlreichen Gebieten des deutschen Privatrecht ist eine in einem System kodifizierten Rechts eigentlich erstaunlichen Ausdehnung des Richterrechts zu verzeichnen. Erinnerung sei an die Bedeutung von Judikaten des BGH im Schadensrecht, bei der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen oder im Recht des unlauteren Wettbewerbs, aber z.B. auch im Konzernrecht. Die Kasuistik im Bereich des Bürgschaftsrechts, insbesondere bei der Frage der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften finanziell krass überforderter Personen, ist kaum noch überschaubar<sup>156</sup>, und das Problem der Übersicherung bei (revolvierenden) Globalsicherheiten wurde erst durch eine Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen einer (vorläufigen?) Lösung zugeführt<sup>157</sup>. Richterrecht par excellence<sup>158</sup>, typisches „Judge-made-law“<sup>159</sup> ist weiterhin das Leasingrecht, so dass manche sogar den für Leasing zuständigen VIII. Zivilsenat mit einer Art Leasingministerium verglichen haben<sup>160</sup>. Umgekehrt macht der schon an anderer Stelle

---

<sup>153</sup> Zweigert, *RabelsZ* 16 (1951), 387, 390.

<sup>154</sup> Vgl. z.B. *Chamboredon*, in: van Hoecke/Ost (Hrsg.), *The Harmonization of European Private Law*, 63, 70 ff. Zum amerikanischen Recht etwa *Rosen*, *Wisc. L. Rev.* 1994, 1119.

<sup>155</sup> Jestaz, *RTD civ.* 1996, 299, 308.

<sup>156</sup> Kurzer Überblick bei *Leible*, *JA* 2000, 531, 532. Ausführlicher Sachstandsbericht bei *Horn*, *ZIP* 2001, 93, 98 ff.; *Zöllner*, *WM* 2000, 1.

<sup>157</sup> Vgl. BGH 27.11.1997 BGHZ 137, 212, und dazu m. zahlreichen Nachw. *Nobbe*, *FS Schimansky*, 433.

<sup>158</sup> *H. Roth*, *AcP* 190 (1990), 292, 293.

<sup>159</sup> So *Graf von Westphalen*, *ZIP* 1985, 1033.

<sup>160</sup> *Derleder*, *VuR* 1989, 301, 302.

erwähnte, im Auftrag der English Law Commission erstellte Entwurf eines „Contract Code“ hellhörig<sup>161</sup>, der von *Gandolfi* in seiner Bedeutung gar mit der ersten Mondlandung<sup>162</sup> und dem Fall der Berliner Mauer<sup>163</sup> gleichgestellt wurde. Auch auf die Kodifizierung des Vertrags zugunsten Dritter wurde bereits hingewiesen. Weiterhin existiert beim House of Commons ein „Joint Consolidation Committee“, das mit der Vorbereitung von Projekten zur Konsolidierung des geltenden Rechts beauftragt ist<sup>164</sup>. Daneben besteht die English Law Commission, deren Aufgabe eine Durchsicht des geltenden Rechts ist „with a view of its systematic development and reform, including in particular *the codification of the law* ... and generally the simplification and modernisation of the law“<sup>165</sup>. Und selbst die englische Richterschaft steht einer Kodifizierung von Teilen des Rechts nicht grundsätzlich ablehnend, sondern - sachgegenstandsbezogen - durchaus positiv gegenüber<sup>166</sup>. Lebhaft diskutiert wird zur Zeit vor allem darüber, ob und inwieweit das „commercial law“ kodifiziert werden sollte<sup>167</sup>, wobei vieles, was in England als „commercial law“ eingeordnet wird, in Kontinentaleuropa Bestandteil eines Zivilgesetzbuchs wäre. Nun kann man den englischen Kodifizierungsprozess sicherlich nicht mit einer Kodifizierung kontinentaleuropäischen Stils vergleichen. Im Vordergrund steht oft nur eine Kompilation und Konsolidierung des Fallrechts<sup>168</sup>. Mitunter wird aber auch - wie gerade das Beispiel des Vertrags zu Gunsten Dritter deutlich macht - darüber hinaus gegangen. Das Ende des common law wird damit sicherlich nicht eingeläutet<sup>169</sup>, aber doch eine „Europeanization of the British Legal Style“<sup>170</sup>, eine „civilisation de la common law“<sup>171</sup>; erkennbar

---

<sup>161</sup> *McGregor*, Contract Code.

<sup>162</sup> Vgl. *Gandolfi* in seinem Vorwort zu *McGregor*, Contract Code, S. I.

<sup>163</sup> *Gandolfi* in seinem Vorwort zu *McGregor*, Contract Code, S. V. Vgl. dazu auch *Örücü*, Critical Comparative Law, 56 ff.

<sup>164</sup> Consolidation of Enactments (Procedure) Act 1949.

<sup>165</sup> Law Commission Act 1965, sec. 3 (1) (Hervorhebung vom Verf.). Vgl. dazu auch *Örücü*, Critical Comparative Law, 51 ff.

<sup>166</sup> Vgl. z.B. Sir John Donaldson, M. R., in *Merkur Island Shipping Corporation v. Laughton*, [1983] A.C. 570, 594 f.

<sup>167</sup> Vgl. dazu z.B. *Goode*, Commercial Law in the Next Millenium, 100 ff.; *dens.*, ULR 1998, 231.

<sup>168</sup> *Tallon*, Droits 1998, 39, 41; vgl. auch *Samuel*, in: van Hoecke/Ost (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law, 47.

<sup>169</sup> Äußerst lesenswert über „The Future of Common Law“ die Ausführungen von *Lord Goff of Chieveley*, ICLQ 46 (1997), 745.

<sup>170</sup> So der Titel eines Beitrags von *Levitsky*, AJCL 42 (1994), 347. Vgl. dazu auch *Lewis*, in: Jagtenberg/Örücü/de Roo (Hrsg.), Transfrontier Mobilty of Law, 47.

wird auf jeden Fall, dass sich im englischen Recht immer stärker ein Dualismus zwischen kodifiziertem und Fallrecht einstellt. Gleiches gilt in umgekehrter Weise für die Rechtssysteme Kontinentaleuropas, in denen ein rein positivistisches Rechtsverständnis durch das Vordringen von „case law“ beharrlich zurückgedrängt wird<sup>172</sup>. Dieser Annäherungsprozess der Rechtssysteme und des Rechtsdenkens hat durch die Vergemeinschaftung von Teilen des Privatrechts einen zusätzlichen Schub erhalten<sup>173</sup>. *Lord Denning's* Vergleich der Römischen Verträge mit einer unaufhaltsamen Flutwelle wird immer wieder gerne zitiert<sup>174</sup>. Wesentlich weitreichender als der EGV ist aber zweifelsohne das gemeinschaftliche Sekundärrecht und die hierzu ergangene Judikatur des EuGH:

„... it is not only in direct interference in this way that shape and content of our law are being changed. They are changing less perceptibly and perhaps more subtly by the injection of European habits of thought - in particular in a more liberal and less literal approach to the interpretation of statutes“<sup>175</sup>.

Umgekehrt, so könnte man meinen, schlägt sich die englische Einstellung zu statutes in einer für kontinentaleuropäische Verhältnisse ungewöhnlichen Regelungsdichte mancher gemeinschaftlichen Rechtsakte nieder. Annäherungen sind also bereits auf beiden Seiten vorhanden, doch lässt sich eine Konvergenz des Rechtsdenkens in kurzer Zeit sicherlich nicht erreichen, sondern kann nur am Ende eines länger dauernden Prozesses stehen. Verkürzt wird er durch die mittlerweile von der EG unterstützte Förderung einer Ausbildung von Studenten im jeweils anderen Rechtskreis. All dies lässt es jedenfalls nicht als ausgeschlossen, sondern im Gegenteil als wahrscheinlich erscheinen, dass eines Tages ein „bridging the channel“<sup>176</sup> gelingen wird.

Nun kann man dem sicherlich entgegenhalten, unterschiedliche Rechtskulturen und insbesondere der Gegensatz zwischen civil und common law

---

<sup>171</sup> So der Titel eines Beitrags von *Glenn*, *Rev. int. dr. comp.* 45 (1993), 559, der den Beginn dieses Prozesses bereits im 19. Jahrhundert ausmacht.

<sup>172</sup> Ebenso *Chamboredon*, in: van Hoecke/Ost (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, 63, 74.

<sup>173</sup> So beziehen etwa englische Gerichte mittlerweile auch bei Fällen außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts verstärkt rechtsvergleichende Überlegungen in die Entscheidungsfindung ein, vgl. *Collins*, *ELJ* 3 (1997), 407, 420.

<sup>174</sup> Vgl. *Bullmer Ltd. v. Bolinger SA* [1974] 1 *Chancery* (Ch.) 401, 418: „... the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back“.

<sup>175</sup> *Lord Oliver of Aylmerton*, *Austr. L. J.* 67 (1993), 675, 682.

<sup>176</sup> So der Titel eines von *Markesinis* herausgegebenen Sammelbandes.

seien ein Wert an sich<sup>177</sup>. Das einem solchen Argumentationsmuster zugrunde liegende Verständnis von Rechtskultur ist jedoch ein rein statisches. Gemeint ist - etwas überspitzt formuliert - nicht Rechtskultur, sondern Rechtsfolklore. Recht dient aber der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens und nimmt folglich an gesellschaftlichen Veränderungen teil, sei es rezeptiv, sei es steuernd. Es gibt für das Recht

„keinen Augenblick eines absoluten Stillstands, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit, wie jene frühere Erscheinung“<sup>178</sup>.

Daher ist auch Rechtskultur - wie Kultur überhaupt - nicht zeitlich fixiert, sondern immer nur eine Momentaufnahme der gesellschaftlichen Verhältnisse und wie diese entwicklungs offen und wandelbar<sup>179</sup>. Der Bundesgerichtshof hat das mit seiner „Testpreis-Angebot“-Entscheidung, in der er im Vorgriff auf die Richtlinie 97/55/EG vergleichende Werbung für grundsätzlich zulässig erklärte und zur Begründung ausführte, sie habe zu einem Wandel des Rechtsverständnisses geführt, jüngst illustriert<sup>180</sup>. Ein Verlust an Rechtskultur war dabei eigentlich nicht zu verspüren, obgleich mit einer traditionellen BGH-Rechtsprechung gebrochen wurde. Das ist natürlich etwas polemisch. Betrachtet man das Rechtskulturargument genauer, scheint im Kern eher die Furcht vor einer Brüsseler Superbürokratie dahinter zu stehen, die ohne Fingerspitzengefühl die nationalen Privatrechtssysteme und ihre stilbildenden Merkmale beseitigt. Das ist aber nur bedingt der Fall. Denn das Ergebnis legislativer Rechtsangleichung ist in der EG auf vielfältige Weise durch nationale Wertungen und die durch sie zum Ausdruck kommende Rechtskultur determiniert. Dass beide nur selten deckungsgleich sind, liegt in der Natur von Kompromisslösungen. Sie führen jedoch zu keiner grundlegenden Umgestaltung unserer Rechtskultur, sondern sind als solche bereits wieder Teil derselben und verleihen ihr ein europäischeres Antlitz. Dieser Prozess ist nichts anderes als eine Reflektion des Wandels der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse.

---

<sup>177</sup> So - neben *Legrand* - wohl auch *Sandrock*, JZ 1996, 1, 7.

<sup>178</sup> *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 11.

<sup>179</sup> Ebenso *van Hoecke*, in: *van Hoecke/Ost* (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, 1, 5; vgl. auch *Schäfer/Bankowski*, ebda., 21.

<sup>180</sup> Vgl. BGH 5.2.1998 GRUR 1998, 824.

#### 4. Europäische Rechtskultur

Ob dies letztlich zu einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur führen wird, die an die Stelle der nationalen Rechtskulturen tritt oder diese „überwölbt“<sup>181</sup>, muss als offen bezeichnet werden. Keinesfalls kann jedoch die in Art. 151 Abs. 1 EGV postulierte Verpflichtung der Gemeinschaft, im Rahmen ihrer Kulturpolitik die nationale und regionale Vielfalt zu wahren, also vorwiegend „konservierend“ tätig zu werden<sup>182</sup>, auf die Rechtskultur übertragen werden<sup>183</sup>. Hier stehen gänzlich andere Interessen im Vordergrund. Gemeinschaftsrecht dient der Verwirklichung von allen Mitgliedstaaten gemeinsam formulierter Ziele und beeinflusst, da es direkt oder mittelbar in die nationalen Rechtsordnungen hineinwirkt, unweigerlich auch die nationalen Rechtskulturen:

„No doubt, the emotional wish to preserve the respective character of each of our national laws will prove a serious political obstacle, but it is one which must be overcome if the Common Market is to be made to function satisfactorily. Commercial law is not folklore“<sup>184</sup>.

Andererseits darf der dahinter stehende Gedanke „in dubio pro communitate“ auch nicht überbewertet werden. Nimmt die Gemeinschaft auf die nationalen Rechtskulturen nicht hinreichend Rücksicht, widerspricht Gemeinschaftsrecht den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen einzelner Mitgliedstaaten oder steht es im diametralen Gegensatz zum dortigen Rechtsverständnis, kommt es zu Akzeptanzproblemen. Im Konfliktfall werden sich die beharrenden Kräfte durchsetzen. Tradition war und ist im Recht ein nicht zu unterschätzender Faktor und besonders Rechtskultur als eine vornehmlich nationale Kategorie wesentlich schwerer zu verändern als Gesetzesrecht. Unmöglich ist dies aber nicht. Anstatt die nicht zu leugnenden Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtskulturen zu verabsolutieren, sollte das Augenmerk daher auf die Herausarbeitung rechtskultureller Gemeinsamkeiten und letztlich auf die

---

<sup>181</sup> Basedow, ZEuP 1996, 379, 381.

<sup>182</sup> So Schwarze-Sparr, Art. 151 EGV Rdnr. 16.

<sup>183</sup> Allerdings ist auch die Art. 151 Abs. 1 EGV zugrundeliegende Vorstellung, die mitgliedstaatlichen Kulturen könnten konserviert und allein durch eine historische europäische Komponente ergänzt werden, illusorisch. Denn auch hier gilt, dass Kultur als Spiegel der Gesellschaft nicht statisch, sondern stets evolutiv ist. Gerade die durch das Zusammenwachsen Europas geförderte Kenntnis anderer Kulturen führt zu wechselseitigen Beeinflussungen und damit unweigerlich zu einer Annäherung der Kulturen.

<sup>184</sup> Lando, in: Capelletti (Hrsg.), *New Perspectives for a common law of Europe*, 267, 285.

Herausbildung einer europäischen Rechtskultur gelegt werden<sup>185</sup>. Hierfür bedarf es freilich mehr als gemeinsamer Rechtstexte. „A European legal culture never grow up from words and books alone“<sup>186</sup>. Aber sie bilden natürlich das Fundament, nicht nur für die Ausbildung junger Juristen, die mit dem Gemeinschaftsrecht aufwachsen und damit (auch) europäisch sozialisiert werden, sondern überhaupt für einen gesamteuropäischen Diskurs über das, was Recht ist und was Recht sein soll. Weitere Bausteine müssen aber hinzukommen. Sie sind zweifelsohne bereits vorhanden. Erinnerung sei an Gemeinsamkeiten wie die Geschichtlichkeit des Rechts<sup>187</sup>, seine - mehr oder minder weit reichende - Wissenschaftlichkeit, seine Technizität, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, den alle Rechtsordnungen prägenden Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit usw.<sup>188</sup>. Sie herauszuarbeiten, mit dem vorhandenen positiven Gemeinschaftsrecht in Verbindung zu setzen und zu einem neuen Ganzen zusammenzufügen, ist primär Aufgabe der Rechtswissenschaft<sup>189</sup>. Auch dieser Ansatz sieht sich freilich wieder Einwänden ausgesetzt:

„The idea of legal harmonisation through the use of dogmatisation and science can easily amount to a form of intellectual imperialism; the sophisticated comparatist ought to know that the common legal tradition ist distinctly unscientific“<sup>190</sup>.

Richtig daran ist, dass die Bedeutung der Wissenschaft im common law eine andere ist als im kontinentaleuropäischen Recht. Gänzlich unwissenschaftlich ist aber auch das common law nicht, wie nicht zuletzt - wieder einmal - *Zimmermann* nachgewiesen hat<sup>191</sup>. Legrands Einwand kann daher nicht überzeugen, genausowenig der folgende:

„Science needs an object and traditionally the object of legal science, since the Humanists, has been the proposition as expressed either in the empirical rule or in the rational norm. Harmonisation of private law is thus a matter of harmonising propo-

<sup>185</sup> So auch *Basedow*, ZEuP 1996, 379, 381; *Kieninger*, JJZ 1996, 245, 263.

<sup>186</sup> *Großfeld/Erlinghagen*, in: de Witte/Forder (Hrsg.), *The common law of Europe and the future of legal education*, 295.

<sup>187</sup> Vgl. dazu u.a. *Schulze*, *Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur*, passim.

<sup>188</sup> Vgl. *Basedow*, ZEuP 1996, 379, 381; *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 21 ff.

<sup>189</sup> Vgl. dazu *Coing*, NJW 1990, 937; *Zimmermann*, JBl. 273, 287.

<sup>190</sup> *Legrand*, *Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge*, 3 f., zit. nach *Samuel/Rinkes*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 163, 214.

<sup>191</sup> *Zimmermann*, JBl. 1998, 273, 282.

sitional knowledge. The danger with this view is that it is by no means clear that legal knowledge is simply a matter of rules“<sup>192</sup>.

Eine solche Argumentation verkennt, dass es sich bei der Herausbildung einer europäischen Privatrechtswissenschaft um einen offenen Prozess handelt. Was ihr Gegenstand und ihre Bezugspunkte sind, ist nicht gottgegeben, sondern unter Berücksichtigung aller Ressourcen des Rechts diskursiv zu entwickeln.

Betrachtet man abschließend die gesamte Rechtskulturdebatte, so drängt sich der Eindruck auf, dass das Rechtskulturargument oft nur instrumentalisiert wird, um weiteren Rechtsangleichungsmaßnahmen einen Riegel vorzuschieben. Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und ihre Rechtskulturen sollen unberührte Inseln in einer globalisierten und im Zeichen der Telekommunikation immer schneller zusammenwachsenden Welt bleiben. Das jedoch ist Utopie, und nicht einmal eine schöne. Nimmt man das Argument der Interdependenz zwischen Recht und Kultur ernst, kann Rechtskultur per se nie statisch, sondern muss immer entwicklungs offen sein. Das gilt in besonderem Maße in der Europäischen Gemeinschaft; nicht nur, weil Europa als Wertegemeinschaft ohnehin „wesentlich durch Europa als Rechts- und Kulturgemeinschaft - als Rechtskulturgemeinschaft - mit geprägt“ ist<sup>193</sup>, sondern weil das mit dem EG-Vertrag verfolgte Ziel „eines immer engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker“<sup>194</sup> auf dem freiwilligen Entschluss der zur Gemeinschaft gehörenden Mitgliedstaaten beruht und der damit in Gang gesetzte Europäisierungsprozess in nahezu alle Lebensbereiche hineinstrahlt. Davon die Rechtskultur als „nationale Trutzburg“ auszunehmen, wäre nicht nur widernatürlich, sondern würde gerade zu der vielfach beschworenen Gefahr eines Auseinanderfallens von Recht und Kultur führen. Ob umgekehrt ein europäisches Verständnis des Rechtskulturarguments nicht nur nicht gegen, sondern sogar für weitere Rechtsangleichung im Privatrecht spricht<sup>195</sup>, ist eine andere Frage. Zwingend ist ein solcher Schluss nicht. Rechtsangleichung sollte sich auch fortan zuvorderst an den praktischen Notwendigkeiten des Gemeinsamen Marktes orientieren. Denn eine gemeinsame Rechtskultur ist kein gemeinschaftlicher Wert an sich, sondern hat allenfalls dienenden Charakter. Sie kann Rechtsangleichung daher nicht begründen, sondern diese nur aufnehmen, sich dadurch fortentwickeln und so viel-

---

<sup>192</sup> *Samuel/Rinkes*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 163, 214 f.

<sup>193</sup> *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 31.

<sup>194</sup> Vgl. Abs. 2 der Präambel zum EG-Vertrag.

<sup>195</sup> So *Basedow*, *ZEuP* 1996, 379, 381.

leicht auf das gesetzte Recht wieder zurückwirken. Dieser Prozess lässt sich freilich unterstützen, in erster Linie durch eine stärker europäisch und damit zugleich rechtsvergleichend ausgerichtete juristische Ausbildung<sup>196</sup>.

### III. Recht und Sprache

Das Thema „Recht und Sprache“ ist äußerst facettenreich<sup>197</sup> und berührt alle Bereiche des Rechtslebens, angefangen von der Verständlichkeit der Gesetzestexte<sup>198</sup> über den Stil der Rechtssprache<sup>199</sup> bis hin zur Bestimmung des Sprachstatuts bei internationalen Rechtsgeschäften<sup>200</sup>. Es lässt sich an dieser Stelle selbst unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten nur ansatzweise behandeln<sup>201</sup>. So kann man etwa fragen, ob und inwieweit nationale Sprachvorschriften mit den Grundfreiheiten vereinbar sind. Darf etwa Frankreich verlangen, dass Nike nicht mehr mit dem Slogan „Nike - Just do it“ wirbt, sondern nur noch mit „Nike - Faites-le tout simplement“<sup>202</sup>? Müssen Etikette von Produkten, die in Galizien vertrieben werden, wirklich (zusätzlich) in galizischer Sprache abgefasst sein? Fündig wird man aber auch im Sekundärrecht. Was ist z.B. unter einer „dem Verbraucher leicht verständlichen Sprache“ iSv Art. 16 der Lebensmittetikettierungs-Richtlinie zu verstehen<sup>203</sup>? All dies soll im Folgenden freilich nicht weiter interessieren. Im Mittelpunkt steht vielmehr die Frage, welche

<sup>196</sup> Vgl. dazu an dieser Stelle statt aller de Witte/Forder (Hrsg.), *The common law of Europe and the future of legal education*. Näher zum Thema der Zusammenführung der juristischen Professionen unten § 12, B.

<sup>197</sup> Allg. zu Recht und Sprache m. w. Nachw. *Großfeld*, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, 149 ff.; *ders.*, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, 85 ff.; *ders.*, *Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen*; *ders.*, *JZ* 1984, 1; *ders.*, *JZ* 1997, 633; *Zweigert*, *FS R. Schmidt*, 55.

<sup>198</sup> Vgl. dazu z.B. *Herberger*, in: *Recht und Sprache*, 19; *Hill*, *JZ* 1988, 377; *Schönherr*, *Sprache und Recht*; *Wassermann*, in: *Sprache und Recht*, *Loccumer Protokolle* 31/1980, 1; sowie zahlreiche Beiträge in *Öhlinger* (Hrsg.), *Recht und Sprache*.

<sup>199</sup> Vgl. *Dölle*, *Vom Stil der Rechtssprache*.

<sup>200</sup> Vgl. dazu z.B. *Downes/Heiss*, *ZVglRWiss* 98 (1999), 28, 41 ff.; *Freitag*, *IPRax* 142; *Schwarz*, *IPRax* 1988, 293; *Spellenberg*, *FS Ferid*, 463.

<sup>201</sup> Ausführlicher zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen z.B. *Bruha*, in: *Bruha/Seeler* (Hrsg.), *Die Europäische Union und ihre Sprachen*, 83; *Campana*, *ERPL* 2000, 33; *Huntington*, *Boston Univ. Int. L. J.* 32 (1991), 321; *Martiny*, *ZEuP* 1998, 227; *Pescatore*, *ZEuP* 1998, 1; *Urban*, *ERPL* 2000, 51; *Weir*, *ZEuP* 1995, 368; *de Witte*, in: *Dinstein/Tabory* (Hrsg.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, 277; *Yasue*, *RMCUE* 1999, 277. Auf rechtshistorische Erfahrungen weist *Fögen*, *RJ* 12 (1993), 349, hin.

<sup>202</sup> Zur Vereinbarkeit des französischen Sprachenschutzgesetzes mit EG-Recht vgl. *Endrös*, *RIW* 1995, 17.

<sup>203</sup> Vgl. dazu m. w. Nachw. z.B. *Ritter*, *ÖZW* 1999, 105.

Bedeutung Sprache überhaupt im Prozess der Europäisierung des Rechts zukommt.

Recht wird über Sprache vermittelt. Es lebt von ihr, kann ohne sie nicht sein. Sprache ist das Instrument der Juristen. Er bedient sich ihrer, um seine Inhalte in Rechtssätzen zu formulieren. Und er bedarf ihrer genauso, um den Inhalt von existenten Rechtstexten oder Präjudizien ermitteln. Die erste Annäherung erfolgt immer auf sprachlicher Ebene. Der Blick in die Historie, die Frage nach dem Sinn und Zweck treten erst später hinzu. Und hat er ein Ergebnis gefunden, muss er es kommunizieren, und auch dies ist nur mittels des Transportmediums Sprache möglich. Anders als in der Mathematik, in der man weltweit auf der Grundlage eines binären Zahlensystems kommuniziert, gibt es aber keine Weltsprache, ja nicht einmal eine europäische. Zahlen sind weltweit gleich<sup>204</sup>, Schrift schon nicht mehr und noch weniger Sprache. Gerade in Europa begegnet uns auf engstem Raum eine ungeheure Sprachvielfalt, wobei die einzelnen Sprachräume nicht durchgehend mit den nationalen Grenzen deckungsgleich sind, sondern verschiedentlich darüber hinaus reichen, mitunter aber auch nur regional begrenzt sind (Baskisch, Katalanisch, Sorbisch usw.). Da Sprache ein Teil der nationalen, mehr aber noch der persönlichen Identität ist, konnten sich Versuche der Schaffung von Kunstsprachen (z.B. Esperanto<sup>205</sup> oder Volapük<sup>206</sup>), die eine weltweite Kommunikation ermöglichen sollten<sup>207</sup>, nie durchsetzen. Denn

„différentes langues, parce qu’elles interpellent le réel différemment, rendent compte différemment de ce réel. Quoiqu’elles s’adressent toutes au même réel, les langues ne peuvent être réduites à une description unique qu’elles feraient de ce réel. Puisque le réel est par trop complexe pour être saisi par une seule langue, il devient utile de recourir à une multiplicité de

<sup>204</sup> Anders vielleicht die Zahlensicht und Haltung zu Zahlen, vgl. *Großfeld*, Zeichen und Zahlen im Recht, 219 ff.

<sup>205</sup> Esperanto geht zurück auf den polnischen Arzt Dr. *Ludwig Lazarus Zamenhof* (1859 - 1917), der seine Sprachschöpfung 1887 der Öffentlichkeit präsentierte. Die erste, knapp vierzig Seiten umfassende Schrift wurde unter dem Pseudonym „Doktoro Esperanto“ (der Hoffende) veröffentlicht und hiernach später seine „Hilfssprache“ benannt; kurz zur Geschichte des Esperanto *Borel*, Die Frage einer internationalen Hilfssprache und das Esperanto, 18 ff.; näher zu Zamenhof *R. Schulz*, in *Bleicher* (Hrsg.), Was nun Esperanto betrifft..., 83.

<sup>206</sup> Das von dem röm.-kath. Pfarrer *Johann Martin Schleyer* (1831-1912) aus Litzelstetten ersonnene und 1879 erstmals publizierte „Volapük“ (Weltsprache) war das erste System einer wirklich vollständigen Neutralsprache; vgl. dazu auch *J. Schmidt*, Geschichte der Universalsprache Volapük.

<sup>207</sup> Für eine Kunstsprache als „Gemeinsame Europäische Zweitsprache“ plädiert *Frank*, in: *Ureland* (Hrsg.), Kulturelle und sprachliche Minderheiten in Europa, 23.

langues lesquelles se complètent dans une même quête de compréhension du réel.“<sup>208</sup>

Wenn nun aber zwischen Sprache und Realitätswahrnehmung und damit auch zwischen Sprache und Recht eine „eingreifende analogie“ waltet<sup>209</sup>, steht dann nicht die europäische Sprachenvielfalt der Schaffung gemeinsamen Rechts entgegen? Muss also die Schaffung eines einheitlichen Rechtsraums ebenso wie der Turmbau zu Babel am Fehlen einer einzigen, einheitlichen Sprache scheitern? Oder kann man Völker verschiedener Sprache gleichwohl durch Setzung gemeinsamen Rechts zu gleichartigem Verhalten bringen? Bedarf es vielleicht in Europa wenigstens der Einigung auf eine gemeinsame Rechtssprache, weil sich nur so geistige Rechtseinheit schaffen lässt<sup>210</sup>?

Dass rechtliche Strukturen an Sprachstrukturen gebunden sind, ist wissenschaftlich nicht belegt. Die Annahme einer Dependenz liegt aber nahe. Denn formt Sprache das Denken und wirkt sie sich auf Erkenntnis und Wertung aus<sup>211</sup>, so hat dies naturgemäß auch Folgen für das Recht und seine Inhalte.

„Wenn man das Verhalten der Leute verändern will, dann muß man zunächst ihre Denkweise und ihre Sprache verändern, wie man von der Gedankenpolizei von George Orwell oder von ‘political correctness’, dieser furchtbaren Zensur von unten herauf, lernen kann und soll. Das Verhalten spiegelt sich aber im Recht und beide - Verhalten und Recht - beeinflussen sich gegenseitig, ganz wie Sprache und Denkweise“<sup>212</sup>.

An die Einführung einer europäischen Einheitssprache denkt freilich niemand. Das ist auch gut so. Denn die Vielsprachigkeit in der Gemeinschaft ist eine ihrer kulturellen Besonderheiten, die nicht auf dem Altar der Einheitlichkeit geopfert werden kann. Man bleibt dann doch lieber beim Recht. Doch darf man dabei die Sprache nicht aus dem Blick verlieren.

Sprache ist das Ergebnis geschichtlicher Sozialisationsprozesse. Der Mensch lebt nicht gern allein, sondern in Gruppen. Sprache fördert ihr Zusammenwachsen, da sie das wichtigste Mittel der Verständigung und zugleich identitätsbildend ist. Sie verbindet nach innen, grenzt nach außen ab und hebt so die Eigenständigkeit hervor. Viele Nationen haben daher „ih-

<sup>208</sup> *Legrand*, RIDC 1996, 779, 805.

<sup>209</sup> So *Jacob Grimm* in seiner Berliner Antrittsvorlesung, vgl. *Grimm*, Über die Alterthümer des deutschen Rechts, in: *Grimm*, Kleine Schriften, Bd. 8: Vorreden, 545, 547.

<sup>210</sup> So wohl *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 87.

<sup>211</sup> Vgl. dazu auch *Neumann-Duesberg*, Sprache im Recht, 59 ff.

<sup>212</sup> *Weir*, ZEuP 1995, 368, 370.

re“ Sprache, die zugleich geschichtliche Erfahrungen widerspiegelt. Da diese divergent sind, muss dies in bestimmten Umfang auch der Sprachschatz sein. Manche Dinge können daher nur in einer Sprache, nicht aber in einer anderen ausgedrückt werden. Ebenso verhält es sich mit Rechtsbegriffen. Ein sprachliches Pendant für „Verkehrssicherungspflichten“ kennt die englische Sprache nicht<sup>213</sup>. Umgekehrt lässt sich die „consideration“ zwar in deutscher Sprache inhaltlich beschreiben. Einer exakten juristischen Übersetzung ist der Begriff hingegen nicht zugänglich. Insbesondere kann er nicht schlicht mit „Gegenleistung“ gleichgesetzt werden<sup>214</sup>. Fremde Rechtsinstitute stehen nicht nur in einem anderem sprachlichen, sondern auch unterschiedlichem rechtlichen Zusammenhang, aus dem sie sich nur bedingt herauslösen lassen<sup>215</sup>. Wer sie verstehen möchte, muss sich mit ihrem Kontext beschäftigen. Das macht juristisches Übersetzen so schwierig<sup>216</sup>. Es erschwert aber auch eine die Sprachgrenzen überschreitende juristische Kommunikation, weil es nicht nur mehrsprachige, sondern zugleich multijurisdiktionelle Kenntnisse verlangt. Ein Hindernis auf dem Weg nach Europa ist es gleichwohl nicht. Die Gemeinschaft hat bisher ganz gut mit ihrer Sprachenvielfalt gelebt, und sie wird es auch in Zukunft können. Gemeinsamkeit wird auf Gemeinschaftsebene primär über Rechtstexte vermittelt. Werden sie sorgfältig ausgearbeitet, lassen sich Übersetzungsprobleme vermeiden.

Verbesserungen sind hier freilich noch vorstellbar. Vor allem sollte die Mehrsprachigkeit der Gemeinschaft bereits bei der Erarbeitung von Rechtssätzen Berücksichtigung finden. Beispielhaft ist insofern die Arbeitsweise der Lando-Kommission. Sie hat sich zwar eine Arbeitssprache gegeben, natürlich Englisch, doch werden ausformulierte Prinzipien sofort der „Nagelprobe“ unterzogen und ins Französische übersetzt. Nur wenn es gelingt, eine der französischen Gesetzesprache adäquate Übersetzung anzufertigen, steht fest, dass der Brückenschlag zwischen englischem und kontinental-europäischem Rechtsdenken gelungen ist. Eine solch aufwendige Arbeitsweise ist freilich nicht bei allen gemeinschaftlichen Rechtsakten möglich.

---

<sup>213</sup> *Lawson/Markesinis*, Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and in the Civil Law, Bd. I, 78, erklären den Begriff schlicht für unübersetzbar: „The term *Verkehrssicherungspflicht* cannot really be translated“. Auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1046 f., spricht nur vom „concept of ‘Verkehrssicherungspflichten‘“.

<sup>214</sup> Zur consideration m. w. Nachw. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 384 ff.

<sup>215</sup> Zu den damit verbundenen Schwierigkeiten für die Rechtsvergleichung vgl. *Braga*, GS Constantinesco, 99.

<sup>216</sup> Vgl. dazu z.B. *Mincke*, ARSP 77 (1991), 446 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie), sowie die zahlreichen Beiträge in de Groot/Schulze (Hrsg.), Recht und Übersetzen. Umfangreiche Literaturnachw. bei *Campana*, ERPL 2000, 33, 37 in Fußn. 13.

Nicht selten verwenden Rechtsakte der Gemeinschaft außerdem neue, in keiner „Rechtssprache“ bislang vorhandene oder zumindest so benutzte Wendungen, schaffen also neue Begrifflichkeiten und steuern damit von vornherein eine „Renationalisierung“ von Rechtsbegriffen entgegen. Das erleichtert die länderübergreifende Kommunikation. Hinzu kommt das Vorhandensein einer zentralen Auslegungsinstanz, die ein auf sprachlichen Unterschieden beruhendes Auseinanderdriften der Interpretation gemeinschaftlicher Rechtstexte verhindern kann. Auf die damit zusammenhängenden Probleme wurde bereits eingegangen<sup>217</sup>.

Dass Vielsprachigkeit der Herstellung rechtlicher Einheit nicht entgegen stehen muss, zeigt außerdem das Beispiel der Schweiz mit ihren vier Sprachen Deutsch, Französisch, Italienisch und Räto-Romanisch. Der einheitlichen Geltung des ZGB scheinen die Mehrsprachigkeit (und die durchaus vorhandenen kulturellen Unterschiede zwischen den einzelnen Volksgruppen) aber keinen Abbruch zu tun. Davor bewahrt die Schweizer schon das Bundesgericht. Allerdings gibt es auch Unterschiede zwischen der Schweiz und Europa. Die Schweiz hat nur vier Sprachen, Europa bislang aber elf (Amtssprachen) und nach der bevorstehenden Osterweiterung noch mehr. Babylon rückt also immer näher. Der Übersetzungsdienst verschlingt schon bisher Unsummen, und sie werden durch jede neu hinzutretende Sprache noch potenziert. Doch sie müssen getragen werden. Anders lässt sich Einheit in der Vielfalt und damit ein gemeinschaftliches Europa überhaupt nicht erreichen. Gesetze, Urteile und andere Rechtswirkungen erzeugende Akte müssen für alle Unionsbürger verständlich und folglich auch in sämtlichen Amtssprachen verfügbar sein. Ansinnen, hieran etwas zu ändern, ist entschieden entgegen zu treten. So schlug etwa die von der Kommission eingesetzte „Gruppe zur Reflexion über die Zukunft des Gerichtssystems der Gemeinschaften“ vor, den Volltext von Urteilen und Schlussanträgen in sich wiederholenden oder weniger wichtigen Rechtssachen ausschließlich in der Verfahrenssprache<sup>218</sup> und allein im Internet und ansonsten nur eine Zusammenfassung der wichtigsten Punkte in allen Gemeinschaftssprachen zu veröffentlichen<sup>219</sup>. Zum Öffentlichkeitsgrundsatz gehört aber nicht nur die Öffentlichkeit der Verhandlung, sondern ebenso die öffentliche Urteilsverkündung. Sie kann ihren Zweck jedoch nur erfüllen, wenn die verkündete Entscheidung auch jedem der Gerichtsgewalt

---

<sup>217</sup> Vgl. § 5, E II.

<sup>218</sup> Zum Prinzip der Gleichbehandlung aller Sprachen in Verfahren vor den europäischen Gerichten vgl. auch *Stevens*, Northw. Univ. L. Rev. 62 (1967), 701.

<sup>219</sup> Sonderbeilage zu EuZW und NJW 2000, 1, 13.

Unterworfenen verständlich ist. Urteile der Gemeinschaftsgerichte müssen daher auch zukünftig in ungekürzter Form in allen Gemeinschaftssprachen zugänglich sein. Die dadurch verursachten Kosten mag man bedauern. Sie sind aber nun einmal der Preis für die Vielsprachigkeit in der Gemeinschaft, die nicht als Kostenfaktor, sondern als eine ihrer kulturellen Besonderheiten verstanden werden sollte<sup>220</sup>.

Ausnahmen sind allenfalls denkbar, wenn die Kosten vom Bürger zu tragen wären und dies zu einer überproportionalen Belastung führen würde<sup>221</sup>. So herrscht etwa im Markenamt in Alicante lediglich ein Fünf-Sprachen-Regime (Englisch, Deutsch, Französisch, Italienisch und Spanisch), da eine Berücksichtigung sämtlicher Amtssprachen den Preis der Markenmeldung enorm erhöhen und der europäischen Marke damit viel von ihrer Attraktivität nehmen würde. Für das Gemeinschaftspatent ist sogar nur ein Drei-Sprachen-Regime vorgesehen. Aber genau hieran droht seine Verwirklichung auch zu scheitern, da Italien, Spanien, Portugal und Belgien die Einbeziehung weiterer Sprachen fordern und ohne ihre Zustimmung das Projekt keine Chance hat, da Einstimmigkeit gefordert ist (Art. 308 EGV). Der BDI merkt dazu an, für ihn sei es „unerträglich, dass jeder Fortschritt am Sprachenstreit scheitert. Der Standort Europa hat eine Niederlage erlitten, die finanziellen und bürokratischen Belastungen der Unternehmen bleiben bestehen. UNICE fordert von den Mitgliedstaaten im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie eine konstruktivere Einstellung, die durchschnittlichen Patentkosten betragen in der EU 30.000 (davon 40% Übersetzungskosten) und in den USA 5000“<sup>222</sup>. Der Umstand, dass Wettbewerbsnachteile in Kauf genommen werden, macht jedenfalls deutlich, wie wichtig die Mitgliedstaaten die Sprachenfrage nehmen.

Trotz der von Art. 290 EGV und der VO Nr. 1<sup>223</sup> garantierten Gleichheit aller Sprachen gibt es einige Sprachen, die gleicher sind. Denn auch die Gemeinschaft kann sich Praktikabilitätserwägungen nicht verschließen. So war interne Arbeitssprache des EuGH schon immer das Französische<sup>224</sup>, und daran wird sich auch so bald nichts ändern. Und für die Kommission und den Rat gilt, dass zwar nach der erwähnten VO Nr. 1 alle elf Amts- zugleich die Arbeitssprachen sind. In der Gemeinschaftspraxis hat sich die Zahl der Arbeitssprachen freilich auf drei reduziert: Englisch, Französisch (und zumindest auf dem Papier<sup>225</sup>) Deutsch<sup>226</sup>. Das Prinzip der Sprachgleichheit hat es also nicht zu verhindern gemocht,

<sup>220</sup> *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1, 10.

<sup>221</sup> Ebenso *Mosiek-Urbahn*, ZRP 2000, 297, 299.

<sup>222</sup> *nvwr* 2001, 77.

<sup>223</sup> VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage, ABl. EG 1958, 358, seitdem mit den Beitritten neuer Mitgliedstaaten stetig fortgeschrieben.

<sup>224</sup> *Berteloot*, *Babylone à Luxembourg - Jurilinguistique à la Cour de Justice*, 11.

<sup>225</sup> Ein Blick in die Realität vermittelt m. w. Nachw. *Huber*, BayVBl. 1992, 1.

<sup>226</sup> *GTE-Weber*, Art. 217 EGV Rdnr. 4. Zur Stellung des Deutschen vgl. außerdem Sandrock, FS Großfeld, 971.

„that some of the proud former national languages, like Dutch, Danish or Greek are becoming minority languages within a European context“<sup>227</sup>.

Ein ähnliches Schicksal scheint trotz aller gegenteiligen Bemühungen der Bundesregierung der deutschen Sprache beschieden zu sein, was freilich nicht weiter verwundert, wenn sogar deutsche Kommissionsmitglieder miteinander in Französisch korrespondieren<sup>228</sup>. Aber auch die französische Sprache befindet sich zunehmend zugunsten des Englischen auf dem Rückzug. Das ist nun allerdings kein singulär europäisches, sondern weltweites Phänomen. Englisch ist seit Ende des zweiten Weltkriegs zur modernen „lingua franca“ geworden<sup>229</sup>. Diese Entwicklung hat selbst vor der Wissenschaft nicht halt gemacht. Was für die Naturwissenschaften schon lange galt, ist mittlerweile auch in der Rechtswissenschaft nachvollzogen worden. Die humboldtianische Universität des 19. Jahrhunderts, die Studenten und Forscher aus aller Welt nach Deutschland zog, ist untergegangen und Deutsch als Wissenschaftssprache durch das Englische abgelöst worden, da die Eliten aus allen Nationen heute nicht mehr nach Deutschland, sondern in die USA pilgern<sup>230</sup>. Amerikanische law schools stehen in Deutschland und zahlreichen anderen Mitgliedstaaten der EG hoch im Kurs. Die „intellectual leadership in western law“ haben - wie übrigens auch in den Naturwissenschaften - mittlerweile die USA übernommen<sup>231</sup>. Vor einer „Amerikanisierung des Rechtsdenkens“ wird bereits gewarnt<sup>232</sup>. Ob sie tatsächlich droht, kann hier dahinstehen. Nicht negieren lässt sich jedenfalls der damit einhergehende Siegeszug des Englischen. Man mag ihn bedauern, muss ihn aber als Fakt zur Kenntnis nehmen. Und er hat Konsequenzen: Wer nicht auf englisch publiziert, wird außerhalb seines Heimatstaats bzw. Sprachraums nur noch wenig zur Kenntnis genom-

---

<sup>227</sup> *De Witte*, in: Dinstein/Tabory (Hrsg.), *The protection of minorities and human rights*, 277, 278.

<sup>228</sup> Zu Recht äußerst kritisch zur Diskriminierung der deutschen Sprache in der Gemeinschaftspraxis *Huber*, *Europäische Integration*, § 1 Rdnr. 28 ff.

<sup>229</sup> Vgl. dazu auch *Sandrock*, FS Großfeld, 971, 976 ff.

<sup>230</sup> *Möllers*, *Die Rolle des Rechts in der europäischen Integration*, 83; ausführlich dazu *Sandrock*, FS Großfeld, 971, 988 f.; *ders.*, ZVglRWiss 100 (2001), 3, 32.

<sup>231</sup> Vgl. dazu *Mattei*, AJCL 43 (1994), 199; speziell aus deutscher Sicht außerdem *Sandrock*, ZVglRWiss 100 (2001), 3.

<sup>232</sup> Vgl. z.B. *Wiegand*, JJZ 1998, 9, 14 ff. Allgemein zur „Amerikanisierung“ des Rechts *ders.*, AJCL 39 (1991), 229; *ders.*, in: *Friedman/Scheiber* (Hrsg.), *Legal Culture and the Legal Profession*, 137; *ders.*, FS Buxbaum, 601; *Stürner*, FS Rebmman, 839.

men<sup>233</sup>. Aus „publish or perish“ wurde „publish in english or perish“. Das gilt selbst in Europa, wo man aufgrund der räumlichen Nähe doch viel eher mit einer Multilingualität von Wissenschaftlern rechnen könnte. Ist also die Hypothese richtig,

„that a (single) European legal order does, almost naturally, tend to fictionalise the normative reality of linguistic equality“<sup>234</sup>.

Die Antwort hierauf muss zwiespältig ausfallen. Der Trend zum Englischen lässt sich nicht leugnen, ist indes keine genuin europäische, sondern globale Erscheinung. Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene mag ihn fördern, hat ihn aber sicherlich nicht begründet. Gleichwohl lässt sich nicht verkennen, dass - anders als in der Schweiz - aufgrund der Vielzahl der Sprachen gemeinsames Recht in Europa auf Dauer nicht ohne eine gemeinsame Sprache auszukommen scheint. Ohne sie ist eine weitgehend störungsfreie Kommunikation über Ländergrenzen hinweg nicht möglich und damit eines der Konstituentia gemeinsamen Rechts nicht erreichbar. Dabei kann es sich freilich immer nur um eine Verkehrssprache handeln, d.h. die Auswahl einer Sprache als Grundlage für den innergemeinschaftlichen Dialog der juristischen Professionen. Die Sprachenvielfalt Europas bleibt hiervon jedoch unberührt. Denn die Kommunikationsbasis für den nationalen Diskurs sollten (und werden) weiterhin die Nationalsprachen bilden. Und am Grundsatz, dass alle Texte mit rechtlicher Erheblichkeit in sämtlichen Amtssprachen zu veröffentlichen sind und jeder Unionsbürger mit Gemeinschaftsstellen in seiner Sprache korrespondieren können muss<sup>235</sup>, darf selbstverständlich nicht gerüttelt werden<sup>236</sup>. Denn

„sprache und recht ... sind mit allem, was uns angeboren ist, mit unsern organen und empfindungen zu enge verwachsen, als dasz nicht dieses erfordernis gestellt werden müsste. Wie lästig fällt es, in einer fremden zunge zu reden und wie unmächtig wird dadurch der ausdruck? Und selbst wenn wir die rechten worte fänden, warum sollten wir dafür die einheimischen wegwerfen?“<sup>237</sup>

<sup>233</sup> So auch *Remien*, *RabelsZ* 60 (1996), 1, 28 ff.; *Möllers*, *Die Rolle des Rechts in der europäischen Integration*, 83; vgl. außerdem *Teichmann*, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, 17, 28.

<sup>234</sup> *Urban*, *ERPL* 2000, 51, 53.

<sup>235</sup> Der bedauerlicherweise aber schon jetzt nicht eingehalten wird. Vgl. etwa zur Diskriminierung der deutschen Sprache *Huber*, *BayVBl.* 1992, 1.

<sup>236</sup> Mit guten Gründen hat es auch das BVerfG als eine Voraussetzung für den Ausbau der EU bezeichnet, dass der einzelnen stets in seiner Sprache mit den Organen der EU kommunizieren können muss, vgl. BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 185.

<sup>237</sup> *Grimm*, *Über die Alterthümer des deutschen Rechts*, in: *Grimm*, *Kleinere Schriften*, Bd. 8: *Vorreden*, 545, 548.

Hinzu kommt ein demokratiethoretisches Argument, dass das BVerfG dankenswerterweise in seiner Maastricht-Entscheidung nachdrücklich hervorgehoben hat:

„Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip sein, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig ... Dazu gehört auch, daß die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind, und ebenso, daß der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, *in seiner Sprache* kommunizieren kann“<sup>238</sup>.

Auch für das Sprachenproblem gilt folglich: Einheit *und* Vielfalt. Wir werden es mit einem Dualismus zwischen einer oder vielleicht auch mehreren europäischen (juristischen) Verkehrssprachen - Englisch und in wesentlich geringerem Umfang Französisch und vielleicht noch Deutsch - und den einzelnen nationalen Sprachen zu tun haben. Das wird auch im Rahmen der juristischen Ausbildung bedacht werden müssen, wobei die Herstellung einer Balance zwischen dem berechtigten Wunsch nach Wahrung nationaler Identität und den Bedürfnissen einer zunehmend europäisierten (und globalisierten) Welt nicht immer leicht fällt. Der mittlerweile in nahezu allen deutschen Fakultäten herrschende Streit, ob und inwieweit Vorlesungen auch in englischer (oder französischer) Sprache angeboten werden sollen, macht dies augenfällig. Darauf ist jedoch erst später einzugehen.

Was bedeutet das nun alles für unsere Ausgangsfrage(n)? Wenn Sprache das Denken beeinflusst, werden wir dann „englischer“ denken? Droht eine „Anglisierung“ des Rechtsdenkens? Die Antwort lautet: Nein, ganz gewiss nicht. Denn jeder ist zunächst einmal seinem eigenen Sprachkreis verbunden, wird dort sozialisiert. Das Hinzutreten neuer Spracherfahrungen löst nicht die alten Bindungen, sondern bringt neues, zusätzliches Wissen. Das wirkt sich auch im Recht aus, jedoch nicht durch die Übernahme fremder Denkstrukturen, sondern die Fortentwicklung der eigenen. Das eigene System verliert seine Abgeschlossenheit. Es wird offener, ohne seiner nationalen Unverwechselbarkeit beraubt zu werden. Dass dies funktioniert, zeigen vor allem einige kleiner Mitgliedstaaten der EG. Bestes Beispiel sind die Niederlande. Englischkenntnisse sind weit verbreitet, und auch an den Rechtsfakultäten finden Vorlesungen in zahlreichen Fächern in englischer Sprache statt. Gegenüber fremden Einflüssen ist man also offen. Gleichwohl wird niemand ernsthaft die Einzigartigkeit des *Nieuwe Burgerlijk*

---

<sup>238</sup> BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 185 (Hervorhebung vom Verf.).

Wetboek in Frage stellen können. Man mag einwenden, es sei kein genuin niederländisches Gesetz, weil es sich nicht allein aus der Tradition des niederländischen Rechts speist, sondern auf umfangreichen rechtsvergleichenden Vorarbeiten aufbaut und zahlreiche ausländische Rechtsentwicklungen berücksichtigt. Aber vielleicht ist ja gerade das typisch für die Niederlande.

Festzuhalten bleibt abschließend, dass der Siegeszug der englischen Sprache durch die Vergemeinschaftung des Rechts nicht ausgelöst worden ist, wohl aber unterstützt wird. Eine Gefahr für die nationale (Sprach-)Identität droht dadurch nicht. Freilich gilt - wie überhaupt im Prozess der Europäisierung des Rechts - auch hier: Die Lebenswirklichkeit wird komplexer. Kommunikation einschließlich der juristischen erfolgt auf nationaler Ebene weiterhin in der jeweiligen Landessprache. Gleichzeitig gewinnen jedoch der grenzüberschreitende Meinungs-austausch und die Kenntnisnahme der in anderen Mitgliedstaaten herrschenden Rechtsansichten Bedeutung. Hierfür bedarf es eines Transportmediums, d.h. einer Sprache, die möglichst europaweit verstanden wird, und das ist nun einmal das Englische. Obgleich Sprache das Denken und damit zugleich das Rechtsdenken beeinflusst, wird es dadurch nicht „englischer“, sondern aufgrund der fortbestehenden muttersprachlichen Bindung allenfalls europäischer.

#### IV. Systemwettbewerb

Am Wichtigsten ist sicherlich der von Ökonomen erhobene<sup>239</sup>, in jüngerer Zeit aber auch von Juristen thematisierte<sup>240</sup> Einwand, Rechtsver-

---

<sup>239</sup> Vgl. m. w. Nachw. z.B. *Daumann*, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 39 (1994), 281; *Mussler*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, 135 ff.; *Mussler/Wohlgemuth*, in: Oberender/Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß, 9; *Streit*, Systemwettbewerb und Harmonisierung im europäischen Integrationsprozeß; *ders.*, FS Mestmäcker; *Streit/Mussler*, Wettbewerb der Systeme zur Verwirklichung des Binnenmarktprogramms; *dies.*, in: Gerken (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 75; Vgl. andererseits aber auch *Eger*, in: Martiny/Witzleb, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 95.

<sup>240</sup> Vgl. z.B. *Alfaro Aguila-Real*, Suplemento BEUR, August 1999, 6, 10 ff.; *Antoniolli Deflorian*, La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: Competizione e circolazione del modelli giuridici; *Dreher*, JZ 1999, 105; *Ehlermann*, Integration 1995, 11; *Garcimartín Alférez*, Eur. J. L. & Econ. 9 (1999), 251; *Kieninger*, Institutioneller Wettbewerb und Binnenmarkt (Hamburger Habilitationsschrift 2001); *Koenig/Braun/Capito*, EWS 1999, 401; *Lurger*, Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, 83 ff.; *Mattei*, Comparative Law and Economics, 123 ff.; *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung; *Ogus*, ICLQ 48

einheitlichung bzw. -angleichung verhindere Systemwettbewerb. Zu bedenken wird gegeben, Europa begeben sich durch eine Vereinheitlichung seines Privatrechts der Chance, auch in Zukunft im Wege rechtsvergleichend untermauerter Rechtspolitik aus den Erfahrungen der Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Regelungen auswählen zu können. Wir benötigen aber auch in Zukunft die Vielfalt, um den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der besten Lösung nutzen zu können. Diese Bedenken sind ernst zu nehmen. Denn Harmonisierung und Systemwettbewerb sind, so scheint es, Antipoden. Werden Rechtssysteme vereinheitlicht, steht statt mehreren nur noch ein System zur Auswahl. Eine Konkurrenzsituation ist nicht mehr vorhanden. Doch nur dort, wo Rechtsvielfalt existiert,

„können sich unterschiedliche Lösungen entwickeln, nur dort können sie miteinander in Wettbewerb treten, und nur dort bilden sich jener Erfahrungsschatz und jene Lösungsvielfalt, deren auch der Einheitsgesetzgeber bedarf, wenn eines Tages ein wirkliches Bedürfnis für eine einheitliches Recht gegeben sein sollte“<sup>241</sup>.

Harmonisierung stellt dann nichts anderes als Wissensanmaßung und eine Beschränkung der Wettbewerbsparameter durch ein Kartell der Regulierer, also der Regierungen, dar<sup>242</sup>. Dem kann man mit Blick auf Europa natürlich entgegenhalten, dass Europa nicht der Nabel der Welt ist und nach einer Harmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft immer noch genügend Anschauungsmaterial aus anderen Jurisdiktionen, insbesondere den USA, verbleibt<sup>243</sup>. Eine solche Sicht macht es sich freilich zu einfach, da, wenn es denn in Europa tatsächlich einen Ideenwettbewerb gibt, dieser in kleineren Räumen schon aufgrund der erleichterten Kommunikation wesentlich intensiver verläuft als zwischen größeren Handlungseinheiten (EG - USA).

### 1. Das Modell des Systemwettbewerbs

Um der Idee eines Systemwettbewerbs nachgehen zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Skizzierung des dahinterstehenden methodischen Ansatzes. Dies gestaltet sich allerdings insofern schwierig, als verschiedene Modelle zum Systemwettbewerb existieren, die im Rahmen dieser Arbeit weder umfassend dargestellt noch verifiziert werden können.

---

(1999), 405; Reich, CMLR 29 (1992), 861; Weick, in: Weick (Hrsg.), *Competition or Convergence*, 177.

<sup>241</sup> Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 12.

<sup>242</sup> Vgl. *Mussler/Wohlgemuth*, in: Oberender/Streit (Hrsg.), *Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß*, 9, 24.

<sup>243</sup> Vgl. *Basedow*, FS Mestmäcker, 347, 360 f.

nen<sup>244</sup>. Für die Analyse des Systemwettbewerbs im Privatrecht eignet sich – wie insbesondere *Kieninger* herausgearbeitet hat<sup>245</sup> – das auf der evolutorischen Wettbewerbstheorie basierende Modell von *Streit* am besten. Auf dieses soll im folgenden näher eingegangen werden. Unter Systemwettbewerb oder institutionellem Wettbewerb<sup>246</sup> ist nach *Streit* ein Interaktionsprozess zu verstehen,

„in dem Elemente des ökonomischen und des politischen Wettbewerbs wirksam sind. Wie die beiden genannten Teilprozesse selbst, ist auch der Systemwettbewerb regelgeleitet. Da es sich um Wettbewerb zwischen den (Rechts-)Systemen handelt, beziehen sich die Regeln primär auf die Möglichkeiten privater Akteure, mit ihren Dispositionen zwischen den Systemen zu wählen. Hinzu kommt, daß sich die politischen Akteure durch Regelbindung verpflichten müssen, die disziplinierenden Wirkungen des Wettbewerbs hinzunehmen. Zusammengenommen bedeutet das, daß es in erster Linie um den Grad der Offenheit der Systeme geht“<sup>247</sup>.

Systemwettbewerb ist folglich nichts anderes als die Konkurrenz (der Anbieter) institutioneller Arrangements um mobile Ressourcen. Ausgangspunkt des Modells sind die Faktorwanderungen. Private Akteure nutzen die Regelungsunterschiede zwischen den einzelnen Staaten, um dorthin zu wandern, wo sie aufgrund der dortigen Standortfaktoren die höchsten Nettoerträge erwarten<sup>248</sup>, etwa aufgrund geringerer Umweltstandards, niedrigerer Arbeitsschutzbestimmungen etc. Systemwettbewerb kann aber auch unmittelbar durch den grenzüberschreitenden Handel mit Gütern und Dienstleistungen ausgelöst werden, sofern Inländer zwischen Angeboten wählen können, die unter Befolgung unterschiedlicher nationaler Regulierungen in den Verkehr gebracht werden. Denn eine solche Wahl ist nur möglich, wenn das Importland die ausländische Regulierung zulässt und damit ein Inverkehrbringen des ausländischen Produkts auf dem Inlands-

---

<sup>244</sup> Kurzer Überblick bei *Daumann*, in: Oberender/Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß, 53; *Streit/Kiwit*, in: Streit/Wohlgemuth (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an politik und Theorie, 13. Ausführlich zu den unterschiedlichen Modellen des Systemwettbewerbs m. w. Nachw. *Kieninger*, Institutioneller Wettbewerb und Binnenmarkt (Habilitationsschrift Hamburg 2001), sowie *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, 29 ff.

<sup>245</sup> *Kieninger*, Institutioneller Wettbewerb und Binnenmarkt (Habilitationsschrift Hamburg 2001).

<sup>246</sup> Allgemein zur Institutionenökonomik *Kasper/Streit*, Institutional Economics.

<sup>247</sup> *Streit*, FS Mestmäcker, 521, 522; *ders.*, Systemwettbewerb und Harmonisierung im europäischen Integrationsprozeß, 4; *Streit/Mussler*, Wettbewerb der Systeme zur Verwirklichung des Binnenmarktprogramms?, 2f.

<sup>248</sup> *Streit/Mussler*, in: Gerken (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 75, 77; *Wohlgemuth*, Institutioneller Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 17.

markt erlaubt. In einem solchen Fall entscheiden die Inländer mit ihrer Produktwahl de facto auch über die Regulierung, die sich prägend auf die Beschaffenheit des Produkts auswirkt<sup>249</sup>.

Je ungehinderter Güter und mobile Produktionsfaktoren die nationalen Grenzen passieren können, desto schärfer wird der Systemwettbewerb. Je weiter die Niederlassungsfreiheit oder Arbeitnehmerfreizügigkeit reicht, desto stärker werden - jedenfalls in der Theorie - die mobilen Arbeitskräfte dorthin wandern, wo sie die günstigsten Bedingungen für ihre Tätigkeit finden. Gleiches gilt für den freien Warenverkehr. Die Kaufkraft fließt dorthin, wo die Konsumenten die für sie günstigsten Konditionen vorfinden. Führen der Abfluss von Kaufkraft oder die Abwanderung mobiler Produktionsfaktoren zu ökonomischen Problemen der betroffenen Staaten, kommt es - so die Annahme - zu Lerneffekten. Die ökonomischen Folgen der Faktorwanderungen erhöhen den politischen Druck auf die Regierungen und Parlamente, ihre nationalen Rechtsnormen denen der erfolgreicherer Konkurrenten anzupassen<sup>250</sup>. Der Systemwettbewerb entpuppt sich dann - wie Wettbewerb überhaupt - ganz im Hayek'schen Sinne als Entdeckungsverfahren<sup>251</sup>, der die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber dazu zwingt, die von den einzelnen Faktoren als nachteilig erkannten Systeme zugunsten der von ihnen als vorzugswürdig eingeschätzten zu ändern<sup>252</sup>. Systemwettbewerb ist daher ein Verfahren,

„das es institutionellen Nachfragern ermöglicht, die Problemlösungsqualität vorhandener institutioneller Arrangements vergleichend zu prüfen, und das institutionelle Anbieter anregt, attraktivere Neuerungen zu entwickeln (Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren)<sup>253</sup>.

Da es kein absolutes Wissen gibt, sondern auch Rechtsregeln als Institutionen stets nur fehlbare Hypothesen über die Ordnungen menschlichen Zusammenlebens sind<sup>254</sup>, bedürfen sie einer fortlaufenden Überprüfung. Sie müssen sich permanent rechtfertigen und erklären. Dieser ununterbrochene Bewährungsprozess verläuft umso effektiver, desto mehr institutio-

---

<sup>249</sup> Streit, FS Mestmäcker, 521, 523; Streit/Mussler, in: Gerken (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 75, 77.

<sup>250</sup> Kiwit/Voigt, JNPÖ 17 (1998), 313, 321 f.

<sup>251</sup> Vgl. von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.

<sup>252</sup> Ausführlich Wohlgemuth, in: Streit/Wohlgemuth (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, 49.

<sup>253</sup> Streit/Mussler, Wettbewerb der Systeme zur Verwirklichung des Binnenmarktpogramms?, 4. Näher zu dieser Vorstellung von Systemwettbewerb „as means of insuring dynamism in public policy“ Woolcock, The Single European Market: Centralization or Competition among National Rules?, 7 f.

<sup>254</sup> Wohlgemuth, Institutioneller Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 20.

nelle Anbieter den nachfragenden Faktoren gegenüberstehen und je größer deren Möglichkeit einer ungehinderten Auswahl ist. Erweist sich in diesen Fällen das Angebot einzelner institutioneller Anbieter als wenig attraktiv, fällt eine Änderung seiner von den Faktoren als fehlerhaft oder unangemessen eingestuften Rechtsregel relativ leicht. Wird das Recht hingegen angeglichen oder vereinheitlicht, sind hierbei unterlaufene Fehler bedeutend schwerer zu identifizieren, da es an beobachtbaren Alternativen mangelt. Hinzu kommt, dass erkannte Fehlentwicklungen auf Gemeinschaftsebene aufgrund des notwendigen Einigungsprozesses (Mehrheits- oder Einstimmigkeitsprinzip) schwieriger zu korrigieren sind als durch die nationalen Gesetzgebungsinstanzen (Versteinerungsgefahr)<sup>255</sup>.

Neben der Möglichkeit einer Herausfilterung der besten Lösung erhofft man sich vom Systemwettbewerb eine Kontrollfunktion (Systemwettbewerb als Kontrollverfahren). Da die Nachfrager die Möglichkeit des Vergleichs und der Abwanderung haben, unterliegen die politischen Wettbewerber als institutionelle Anbieter einer ständigen Kontrolle. Je größer die Permeabilität zwischen den einzelnen Rechtsordnungen ist, desto geringer ist die Macht der nationalen Gesetzgeber. Handeln sie nicht so, wie von den Nachfragern gewünscht, werden sie durch Abwanderung „gestraft“. Mit dieser Hypothese verbunden ist vor allem die Hoffnung liberaler Ökonomen, Systemwettbewerb könne zu einer Reduzierung des Einflusses von Interessengruppen und damit einem Abbau wohlfahrtsstaatlicher Verkrustungen, letztlich also zu einer „Zähmung des Leviathan“ beitragen.

Welche Folgen zeitigt nun der Systemwettbewerb für die Regelungen der mitgliedstaatlichen Anbieter? Vorstellbar wäre zunächst, dass alle Anbieter das von den Faktoren als am attraktivsten eingeschätzte Modell imitieren. Es käme dann zu einer von vielen gewünschten „Harmonisierung von unten“. Das ist jedoch nur eine Möglichkeit, und nicht einmal die wahrscheinlichste. Denn dass als Prozessergebnis eine Imitation erfolgreicher ausländischer Regelungen erreicht wird, ist keinesfalls zwingend. Zum einen gilt es zu bedenken, dass Regelungen nie allein stehen, sondern in ein Regelungsgeflecht eingebunden sind, aus dem sie sich nicht immer herauslösen und für einen „legal transplant“ operabel machen lassen<sup>256</sup>. Wird imitiert, ist das Ergebnis zudem häufig keine identische, sondern al-

<sup>255</sup> Vgl. dazu auch *Mussler*, in: *Streit/Wohlgemuth* (Hrsg.), *Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie*, 71; *Hafner*, *Systemwettbewerb versus Harmonisierung in Europa*, 103 ff.

<sup>256</sup> Wie es umgekehrt auch Rechtsgebiete des aufnehmenden Staaten gibt, die aufgrund rechtlicher Traditionen etc. „transplant resistant“ und einem Wettbewerb damit weitgehend entzogen sind, vgl. *Mattei*, *Comparative Law and Economics*, 141.

lenfalls eine ähnliche Regelung, die ihrem normativen Umfeld angepasst ist. Und schließlich ist Imitation nicht die einzige Möglichkeit der Korrektur von als fehlerhaft erachteten Rechtsinstitutionen. Denn die notwendigen Änderungen können auch durch die Kreation echter institutioneller Neuerungen bewerkstelligt werden, die dann vielleicht nicht nur genauso attraktiv wie die Regelungen der Konkurrenten sind, sondern in noch viel idealerer Weise den Bedürfnissen der Nachfrager Rechnung tragen. Gerade dies entspricht ja dem Wesen funktionierenden Wettbewerbs: Gestrebt wird nicht nach einem gleichen, sondern einem besseren Angebot als dem der Mitbewerber, um so möglichst große Marktanteile zu erzielen. Systemwettbewerb kann daher weder als besseres Mittel zur Erreichung von Harmonisierungszielen noch als Alternative zur politischen ex-ante-Harmonisierung angesehen werden<sup>257</sup>. Hinzu kommt, dass unterschiedliche Regulierungen auch deshalb koexistieren können, weil es bei den von ihnen betroffenen Nachfragern durchaus unterschiedliche Präferenzen hinsichtlich des Realisierungsgrades von Regulierungszielen geben kann.

## 2. Voraussetzungen und Grenzen des Systemwettbewerbs

Die Wirksamkeit des Systemwettbewerbs hängt von den Regeln ab, die den Rahmen setzen, innerhalb dessen er funktionieren kann. Sie ermöglichen ihn, können ihn aber auch behindern. Insofern kann man von exogenen Grenzen sprechen. Hinzu treten endogene Grenzen, die sich aus der Prozesshaftigkeit des Wettbewerbs sowie der Beschaffenheit der Institutionen, die dem Systemwettbewerb ausgesetzt sind, ergeben.

### a) Exogenen Grenzen

Systemwettbewerb in der Europäischen Gemeinschaft kann überhaupt nur funktionieren, wenn Faktormobilität gewährleistet ist, also die Nachfrager die Möglichkeit haben, zwischen den fünfzehn verschiedenen Regelungssystemen zu wählen. Dies zu gewährleisten, ist Aufgabe der Grundfreiheiten sowie der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (Art. 81 ff.). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Herkunftslandprinzip bzw. dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu<sup>258</sup>. Der EG-Vertrag hält also

---

<sup>257</sup> Zutreffend *Streit/Mussler*, Wettbewerb der Systeme zur Verwirklichung des Binnenmarktprogramms?, 5; *Mussler/Wohlgemuth*, in: Oberender/Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß, 9, 19; a.A. *Siebert*, in: Siebert (Hrsg.), The Completion of the Internal Market, 53, 73.

<sup>258</sup> Vgl. dazu auch *Winkler*, in: Streit/Wohlgemuth (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, 103.

durchaus Instrumentarien bereit, die einen Systemwettbewerb ermöglichen können. Wie weit er reicht, hängt maßgeblich davon ab, ob und inwieweit Schutzinteressen der Mitgliedstaaten (Rechtfertigungsgründe bzw. Allgemeininteressen iSd Cassis-Rechtsprechung) anerkannt werden und natürlich vom Grad der Durchsetzung der Grundfreiheiten.

b) Endogene Grenzen

Endogene Grenzen ergeben sich aus den Funktionsbedingungen des Systemwettbewerbs selbst. Denn ein funktionierender Systemwettbewerb setzt auf Nachfragerseite sowohl Mobilität als auch die für eine rationale Entscheidung ausreichende Information voraus. Anders gewendet: Mobilitäts- und Informationsbeschränkungen beeinträchtigen zugleich den Systemwettbewerb oder schließen ihn gar völlig aus. Zudem darf das Beharrungsvermögen der im Wettbewerb stehenden Institutionen nicht unterschätzt werden.

aa) Faktormobilität

Auch wenn die Grundfreiheiten theoretisch eine weitestmögliche Faktormobilität garantieren, erscheint es fraglich, ob die Nachfrager hiervon tatsächlich uneingeschränkt Gebrauch machen. Plastisch wird dies am Beispiel der Arbeit. Zwar lässt sich a priori nicht ausschließen, dass die Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsordnung die Wahl des Arbeitsplatzes beeinflussen kann. Gleichwohl ist die Annahme, es gebe einen Wettbewerb der Arbeitsrechte, bloße Theorie. Denn anders als in gleichsprachigen Räumen wie den USA sind in der Europäischen Gemeinschaft auch bei einer Beseitigung rechtlicher Marktzutrittsschranken bei der Wahl eines Arbeitsplatzes in einem anderem Mitgliedstaat durchaus Hindernisse zu überwinden, die sich vor allem in Sprachbarrieren, aber auch in einem fremden kulturellen Umfeld manifestieren können. Solche außerrechtlichen Einflüsse, zu denen noch etwaige räumliche Bindungen, fehlende finanzielle Anreize usw. hinzutreten<sup>259</sup>, begrenzen den Wettbewerb der Arbeitsrechte schon im Vorfeld und führen dazu, dass die

„Mobilität des Faktors Arbeit in Europa ... auf unterem und mittlerem Qualifikationsniveau niedrig (ist), im darüber liegenden Bereich höher - jedoch sicherlich nicht aufgrund des Wettbewerbs der Arbeitsrechtssysteme“<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Vgl. *Kiwit/Voigt*, JNPÖ 17 (1998), 313, 330.

<sup>260</sup> *Dreher*, JZ 1999, 105, 109.

## bb) Das Informationsparadigma

Funktionierender Wettbewerb zwischen Institutionen und damit auch zwischen privatrechtlichen Regelungsmustern bedingt weiterhin, dass die Nachfrager überhaupt zwischen verschiedenen zur Verfügung stehenden Arrangements wählen können. Das ist aber bei innerstaatlichen Sachverhalten grundsätzlich und bei internationalen Sachverhalten zumindest im Bereich des Sachenrechts und - mit Einschränkungen - des Deliktsrechts ausgeschlossen. Und ist eine Rechtswahl möglich, stellt sich die Frage: Welches Recht soll gewählt werden? Faktormobilität ist ohne Wissen über die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nur schwer vorstellbar. Echter Wettbewerb zwischen den zur Auswahl stehenden Rechtsordnungen bedingt daher Transparenz. Diese Transparenz herzustellen, verursacht aber Kosten. Denn kein Nachfrager kann von sich behaupten, alle fünfzehn zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen so zu kennen, dass er Ihre Vor- und Nachteile miteinander abwägen und sodann eine rationale Entscheidung zugunsten der für ihn vorteilhaftesten fällen kann. Zwar kann man sich das notwendige Wissen durch die Einholung kompetenten Rates verschaffen, doch sind die damit verbundenen Kosten in der Regel unangemessen hoch. Der Beratungsaufwand stünde häufig in keiner Relation zum Geschäftsvolumen. Schon deshalb sind die Parteien meist an der Durchsetzung des eigenen, ihnen bekannten Rechts interessiert. Die Situation erinnert in gewisser Weise an das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch hier sprechen wir von Wettbewerbsversagen, da für den Klauselunterworfenen eine vorherige Klauselkontrolle, die Einholung von Vergleichsangeboten und die Vereinbarung abweichender Klauselinhalte ökonomisch wenig sinnvoll ist<sup>261</sup>. Ein wirklicher Wettbewerb, der zum Auffinden und der Wahl der für eine Transaktion besten Institution führt, ist nur in eng umgrenzten Gebieten mit wenigen, international agierenden Akteuren vorstellbar. Zu bedenken ist außerdem, dass die Einschätzung einer Rechtsordnung als „besser“ oder „schlechter“ meist nicht mehr als eine „grobe Annäherung an eine nicht zu lösende Frage“<sup>262</sup> sein kann, da aufgrund der Komplexität der Regelungssysteme zumindest der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft eine umfassende Antwort kaum möglich sein wird.

---

<sup>261</sup> Vgl. m. w. Nachw. Freitag/Leible, JA 2000, 887 f.

<sup>262</sup> Dreher, JZ 1999, 105, 109.

cc) Beharrungsvermögen (Tradition)

Selbst wenn man aber von einer optimalen Faktormobilität ausgeht, darf das Beharrungspotential von Institutionen nicht unterschätzt werden. Tradition hat im Recht schon immer eine große Rolle gespielt. Was man einmal gelernt hat, gibt man nicht gerne auf. Ist Wissen Macht, so führt jede Änderung der Wissensvoraussetzungen zu einem Machtverlust. Wissen muss dann neu erworben, erarbeitet werden, um den status quo ante aufrecht zu erhalten oder wieder herzustellen. Das erkennen auch die Anhänger des Systemwettbewerbs an:

„Lerneffekte der einzelnen privaten Akteure im Umgang mit ... Institutionen können sich dabei mit Netzwerkeffekten verbinden. Solche Effekte treten auf, wenn sich die Nutzung von Institutionen ausbreitet. Je mehr Akteure mit den Institutionen vertraut sind, desto mehr wird ihre Interaktion erleichtert, die sich auf solche Institutionen stützt. Als Folge davon dürfte der Transaktionskostenpegel sinken. Das Beharrungsvermögen dürfte zudem umso größer sein, je mehr die betrachteten externen Institutionen mit internen, privatautonom entwickelten Institutionen durch Komplimentaritätsbeziehungen verknüpft sind“<sup>263</sup>.

Ändert sich der privatrechtliche Ordnungsrahmen, müssen auch die hierauf aufbauenden privatautonomen Regelsysteme angepasst werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind neu zu formulieren, Vertragsformulare müssen geändert, Geschäftspläne umgeschrieben werden usw. Die Flexibilitätserfordernisse des Systemwettbewerbs konfliktieren – ebenso wie zu einer Rechtsänderung führende Harmonisierungsbestrebungen – stets mit dem Beharrungsvermögen von Institutionen.

c) „Race to the Bottom“?

Systemwettbewerb sieht sich zudem dem Einwand ausgesetzt, er führe zu wohlfahrtsmindernden Ergebnissen, löse ein „race to the bottom“ aus. Durchsetzen werde sich stets das Recht, das unter Hintanstellung von Drittinteressen am ehesten den Bedürfnissen der Nachfrager entgegen kommt. Es drohe die Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs. Gewarnt wird vor dem aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht bekannten Delaware-Effekt<sup>264</sup>, wobei freilich gerade in den USA lebhaft umstritten ist, ob der dort in weitem Umfang bestehende Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme der Bundesstaaten tatsächlich zu einem „race to the bottom“

---

<sup>263</sup> Streit, Systemwettbewerb und Harmonisierung im Europäischen Integrationsprozeß, 13; ähnlich Mattei, Hastings Int'l. & Comp. L. Rev. 21 (1998), 883, 894 f..

<sup>264</sup> Näher zum Delaware-Effekt Merkt, RabelsZ 59 (1995), 545, 549 ff.

oder nicht umgekehrt zu einem „race to the top“ geführt hat<sup>265</sup>. Welches Ergebnis die Deregulierung aufgrund eines Systemwettbewerbs tatsächlich zeitigt, kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls im Privatrecht erscheint die Gefahr eines „race to the bottom“ ohnehin fernliegend, da es überhaupt fraglich ist, ob es etwa beim Drittschutz, Verbraucherschutz, Anlegerschutz und weiteren Schutzanliegen einen Wettbewerb der Rechtsordnungen auf den hiervon erfassten Gebieten gibt. Denn „politische, soziale und rechtliche Vorgaben entziehen Teilrechtsordnungen, wie die Existenz solcher Regelungen zeigt, oft von vornherein jedem Wettbewerbsdenken“<sup>266</sup>. Hier überlagern andere Interessen den Wettbewerb. Und auf Nachfragerseite ist zu konstatieren, dass z.B. im Vertragsrecht die getroffenen Wahlentscheidungen ganz überwiegend auf andere Faktoren als die inhaltlichen Vor- oder Nachteile eines bestimmten Rechtssystems zurückzuführen sind. Zum auf den Vertrag anwendbaren Recht wird oft nicht die Rechtsordnung bestimmt, die den Bedürfnissen der Vertragsparteien am meisten entgegenkommt, sondern diejenige, in der sie oder zumindest eine von ihnen sich auskennt, mit der bereits Erfahrungen gesammelt wurden, deren Texte in ihrer Sprache verfügbar sind usw.

### 3. Systemwettbewerb und Privatrecht

Systemwettbewerb im Privatrecht kann, wie bereits angeklungen ist, nur bei größtmöglicher Rechtswahlfreiheit funktionieren. Das Internationale Privatrecht bildet damit die „Meta-Wettbewerbsordnung“ für den institutionellen Wettbewerb im Privatrecht<sup>267</sup>. Sie lässt eine freie Rechtswahl und damit auch Systemwettbewerb aber nur in begrenztem Umfang hinzu.

Das Modell des Systemwettbewerbs als einem echten Institutionenwettbewerb geht außerdem von der Annahme aus, dass Wettbewerbsdruck auf die Anbieter von Institutionen durch die Abwanderung von Faktoren (Arbeitskräften, Kapital etc.) ausgelöst wird. Abwanderungsbewegungen sind leicht erkennbar und nötigen beim Überschreiten einer bestimmten „Schmerzgrenze“ zu einer besseren Berücksichtigung der Bedürfnisse der Nachfrager. Im Privatrecht ist die Situation jedoch anders. Die Wahl eines fremden Rechts führt weder zu einem Abfluss von Kaufkraft noch zu einer Abwanderung mobiler Produktionsfaktoren oder der

---

<sup>265</sup> Zur Theorie des „race to the top“ vgl. die Nachweise bei *Merkt*, *RabelsZ* 59 (1995), 545, 547 in Fußn. 11; außerdem *Hopt*, *ZIP* 1998, 96, 98 f.

<sup>266</sup> *Dreher*, *JZ* 1999, 105, 109.

<sup>267</sup> *Kieninger*, *JNPÖ* 17 (1998), 338, 344; vgl. auch *Garcimartín Alférez*, *Eur. J. L. & Econ.* 9 (1999), 251.

Verminderung von Marktanteilen heimischer Produkte<sup>268</sup>. Sie bleiben dem heimischen Markt erhalten, auch wenn die Rechtsverhältnisse - Arbeits-, Dienstleistungs-, Kaufverträge etc. - fremdem Recht unterstellt werden. Nennenswerte ökonomische Folgen werden, wenn überhaupt, nur bei großflächigen Abwanderungsbewegungen - wie etwa im Recht der Charterverträge im Seetransport<sup>269</sup> - zu gewärtigen sein; und auch dann beschränken sich ihre Folgen oft nur auf Teilmärkte ohne oder mit nur geringem politischen Gewicht, wie etwa den Rechtsberatungsmarkt. Hinzu kommt, dass Abwanderungen in ausländisches Recht für die Anbieter nicht leicht festzustellen sind. Öffentlich werden sie meist nur durch Gerichtsentscheidungen. Ansonsten bedürfte es wissenschaftlich fundierter Erhebungen, etwa durch Umfragen in den Rechtsabteilungen von Unternehmen oder bei Rechtsanwälten. Daran scheint freilich kein Interesse zu bestehen.

Auf die auf Seiten der Nachfrager von Institutionen bestehenden kognitiven Probleme wurde bereits hingewiesen. Wissenserlangung ist mühsam und teuer. In der Praxis bleibt man lieber beim eigenen, bekannten Recht, zumal verlässliche Schätzungen über die Vor- und Nachteile anderer Rechtsordnungen kaum möglich sind. Und erfolgt doch eine Wahl fremden Rechts, ist diese häufig nicht qualitätsgesteuert, sondern basiert oft auf einem ganzen Bündel anderer Präferenzen, etwa der Neutralität einer Rechtsordnung<sup>270</sup>, der justiziellen Infrastruktur, in die sie eingebunden ist<sup>271</sup>, usw. Eine zusätzliche Grenze des Systemwettbewerbs im Privatrecht bildet außerdem das Erfordernis einer Zustimmung durch den Vertragspartner. Rechtswahl ist ein Vertrag und bedarf daher des Konsenses. Dieser wird aber nicht stets durch die Bedürfnisgerechtigkeit von Rechtsordnungen determiniert, sondern stellt nicht selten einen von den sachlichen Vorzügen bestimmter Rechte unbeeinflussten Kompromiss dar.

#### 4. Fazit

Systemwettbewerb kann einen wirksamen Beitrag zur Fortentwicklung des Rechts auch im Binnenmarkt leisten, da er Verkrustungen verhindert,

---

<sup>268</sup> Anderes mag für Normen gelten, deren Anwendung an die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft. Nur hier sind Wanderungsbewegungen tatsächlich zur Inanspruchnahme von Institutionen zwingend, vgl. *Behrens*, JNPÖ 17 (1998), 231, 232.

<sup>269</sup> Vgl. *Basedow*, Der Transportvertrag, 106 ff.; *Mankowski*, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht, 89 ff.

<sup>270</sup> *Lurger*, Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, 90; *Behrens*, JNPÖ 17 (1998), 231, 234.

<sup>271</sup> Was die Verbindung der Rechtswahl- mit einer Gerichtsstandsklausel bedingt.

als Verfahren zur Entdeckung adäquater Lösungen geeigneter ist und außerdem kontrollierend sowie machtbegrenzend auf die einzelnen Systeme einwirkt. Rechtsvereinheitlichung bzw. -harmonisierung ersetzen kann er jedoch nicht. Systemwettbewerb muss vor allem dann zurücktreten, soweit es um die Beseitigung von Hemmnissen für die Verwirklichung der Grundfreiheiten geht. Der EG-Vertrag optiert eindeutig für einen Wettbewerb der Hersteller bzw. Nachfrager, nicht aber der Rechtssysteme. Im Bereich des Privatrechts sind dem Systemwettbewerb als echtem Institutionenwettbewerb, der die Anbieter von Institutionen zur Suche nach der bestmöglichen Lösung „zwingt“, aufgrund der Funktionsweise des Privatrechts ohnehin Grenzen gesetzt. Was bleibt, ist die Möglichkeit eines Systemwettbewerbs als Ideenwettbewerb. Auch das ist bereits viel und bei der Rechtsangleichung bzw. -vereinheitlichung auf Gemeinschaftsebene zu beachten. Schreitet sie fort und nimmt sie zur Verwirklichung des Binnenmarktziels andere Komponenten in den Blick, wie z.B. die Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen durch Rechtsunterschiede, die Förderung der tatsächlichen Wahrnehmung der Grundfreiheiten und schließlich auch die Annäherung an einen „vollkommenen Binnenmarkt“, in dem dieselben rechtlichen Verhältnisse wie bei rein nationalen Transaktionen anzutreffen sind, bedarf es daher einer differenzierten Betrachtung. Die Frage kann nicht „Systemwettbewerb oder Harmonisierung?“ lauten, sondern muss anders gestellt werden: „Wieviel Systemwettbewerb und wieviel Harmonisierung?“ Zwar stellen beide Alternativen Extreme bei der institutionellen Ausgestaltung des Binnenmarktes dar, doch schließen sie einander nicht grundsätzlich aus. Sie können durchaus koexistieren. Zwischen beiden Extremen sind also durchaus gestufte Lösungen denkbar<sup>272</sup>. Das Bestreben muss es daher sein, den Prozess der Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechte soweit wie möglich für Lerneffekte offenzuhalten. Dies kann zum einen durch die Beschränkung der Rechtsangleichung auf eine Mindestharmonisierung geschehen, die dann aber, soll der Systemwettbewerb funktionieren, auch absolut wirken muss, d.h. den Mitgliedstaaten zumindest gegenüber ausländischen Anbietern von Waren, Dienstleistungen etc. die Möglichkeit einer Berufung auf Allgemeininteressen abschneidet. Als taugliches Instrument einer Kombination von Systemwettbewerb und Harmonisierung erscheint außerdem die Schaffung zusätzlich wählbarer, genuin europäischer Rechtsformen, und zwar nicht nur im Gesellschafts-

---

<sup>272</sup> Vgl. z.B. für das Gesellschaftsrecht *Ebke*, Int'l. Lawyer 31 (1997), 961, 976 ff.; *dens.*, FS Lutter, 17, 25 ff.

recht, sondern auch in verschiedenen Bereichen des Kernprivatrechts. Darauf ist später noch näher einzugehen.

Es bleibt der stets mit dem Argument des Systemwettbewerbs verbundene Einwand einer Versteinerungsgefahr. Dazu ist jedoch anzumerken, dass Versteinerung keine unausweisliche Folge von Rechtsvereinheitlichung oder –angleichung sein muss. Bereits die Erfahrungen mit dem Richtlinienrecht – erinnert sei beispielsweise an die Verbraucherkreditrichtlinie – zeigen, dass Änderungen durchaus möglich sind. Zudem kann durch die Implementierung geeigneter Verfahrensvorschriften sichergestellt werden, dass sich eine als notwendig erweisende Fortentwicklung des vereinheitlichten oder angeglichenen Rechts innerhalb einer angemessenen Zeitspanne verwirklichen lässt. Darüber hinaus sind institutionelle Vorkehrungen vorstellbar, die einzelnen Mitgliedstaaten nach bestimmten Fristen gestatten, unter Beachtung gewisser Verfahrenskautelen Sonderwege zu gehen. Entsprechende Vorschläge für ein „Europäisches Privatrecht mit nationaler Abänderungsbefugnis“ liegen bereits vor<sup>273</sup>.

### C. Zusammenfassung

Ein Binnenmarkt kommt, soll er optimal funktionieren, ohne gemeinsames Recht nicht aus. Das gilt aufgrund seiner marktkonstituierenden Wirkung auch und gerade für das Zivilrecht. Der Schaffung einheitlichen Rechts stehen *im Grundsatz* weder ein vermeintliches Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft noch die Verschiedenheit der Sprachen und Rechtskulturen in Europa oder der Gedanke des Systemwettbewerbs entgegen. Wie die vorstehenden Ausführungen deutlich gemacht haben, können die behandelten Einwände aber auch nicht ganz beiseite geschoben werden. Entscheidend für den europäischen Rechtsetzungsprozess ist daher die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit durch geeignete Rechtsetzungsinstrumente und die Einbeziehung von Alternativen zur legislativischen Rechtsvereinheitlichung den mit ihnen verbundenen Bedenken Rechnung getragen werden kann. Dem ist im folgenden nachzugehen.

---

<sup>273</sup> Vgl. *Remien*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 125.

## § 10: Kompetenzen

Der klassische Weg zur Schaffung gemeinsamen Rechts ist der legislative, d.h. die Kodifikation. Die Forderung des Europäischen Parlaments nach der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches<sup>1</sup> verwundert daher nicht, sondern entspricht traditionellem kontinentaleuropäischen Denken, das immer noch im Gefolge der Aufklärung vom Kodifikationsgedanken beherrscht ist. Jegliches legislatives Vorgehen setzt aber voraus, dass die gesetzgeberisch tätigen Organe hierzu überhaupt kompetent sind.

### *A. Grundprinzipien der Rechtsetzung durch die EG*

#### *I. Kompetenzverteilung zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten*

Der EG-Vertrag enthält - anders als beispielsweise die deutsche Verfassung in den Art. 73 ff. GG - keinen ausdrücklichen Kompetenzverteilungskatalog. Gleichwohl wird in der deutschen Literatur in vorsichtiger Anlehnung an das nationale Verfassungsrecht zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Gemeinschaftszuständigkeiten sowie parallelen Kompetenzen unterschieden<sup>2</sup>. Diese Unterscheidung ist, auch wenn sie durch den EG-Vertrag nicht zwingend determiniert wird, als Erkenntnisbehelf durchaus brauchbar und hat sich in der Literatur auch weitgehend durchgesetzt<sup>3</sup>. Darüber hinaus spricht der mit dem Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingefügte Art. 3 b (nunmehr Art. 5) ausdrücklich von ausschließlichen Zuständigkeiten der Gemeinschaft. Das impliziert, dass es auch andere Formen der Kompetenzverteilung gibt.

---

<sup>1</sup> Entschlüsse des Europäischen Parlaments vom 26.5.1989 (ABl. Nr. C 158 vom 28.6.1989, S. 400 = ZEuP 1993, 613) und vom 6.5.1994 (ABl. Nr. C 205 vom 25.7.1994, S. 518 = ZEuP 1995, 669).

<sup>2</sup> Vgl. z.B. *Streinz*, Europarecht, Rdnrn. 128 ff; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnrn. 342 ff.; *Emmert*, Europarecht, § 16 Rdnrn. 14 ff.

<sup>3</sup> Nachweise bei *Grabitz/Hilf-von Bogdandy/Nettesheim*, Art. 3 b EGV a.F. Rdnr. 11.

### 1. Ausschließliche Gemeinschaftskompetenzen

Ausschließliche Gemeinschaftskompetenzen zeichnen sich dadurch aus, dass die Mitgliedstaaten in den von ihnen erfassten Bereichen nicht mehr handlungsbefugt sind, und zwar unabhängig davon, ob die Gemeinschaft von der ihr eingeräumten ausschließlichen Zuständigkeit im konkreten Einzelfall Gebrauch gemacht hat oder nicht<sup>4</sup>. Die Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft ist also „vollständig und endgültig“<sup>5</sup> und den Mitgliedstaaten daher die Ausübung der entsprechenden nationalen Kompetenz vollumfänglich verboten. Derartig umfassende Zuständigkeitsübertragungen sind freilich sehr selten. Den ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeiten zuzurechnen sind beispielsweise die Festlegung des gemeinsamen Zolltarifs (Art. 26 EGV), der Bereich des internationalen Verkehrs in der EG (Art. 71 Abs. 1 lit. a EGV), die Dienstleistungsfreiheit von Verkehrsunternehmen (Art. 71 Abs. 1 lit. b EGV), die Fischerei-Erhaltungsmaßnahmen (Art. 102 Beitrittsakte 1972), die gemeinsame Handelspolitik (Art. 133 Abs. 1 EGV) und seit dem 1. Januar 1999 die Währungspolitik (Art. 105 ff. EGV), d.h. die Geld-, Kredit- und Zinspolitik (Art. 121 und 122 EGV). Umstritten ist, ob auch die Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 14 EGV in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt. Darauf wird im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip noch näher einzugehen sein.

Eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit kann zu Problemen führen, wenn zwar erkennbarer Regelungsbedarf besteht, die Gemeinschaftsorgane von ihrer Kompetenz jedoch keinen Gebrauch machen, etwa aufgrund einer auf politischen Gründen beruhenden Handlungsunfähigkeit des Rates („Politik des leeren Stuhles“) etc. In einer derartigen Situation ist es den Mitgliedstaaten ausnahmsweise erlaubt, als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“ nach Konsultation der Kommission eigene Maßnahmen zu treffen<sup>6</sup>. Sie sind dabei jedoch nicht frei, sondern müssen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben - wie beispielsweise das Diskriminierungsverbot oder das Verbot von Beschränkungen des freien Warenverkehrs - und insbesondere die gemeinschaftlichen Strukturprinzipien beachten<sup>7</sup>. Derartige Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind nicht als in Ausübung einer eigenen Zuständigkeit erlassen anzusehen, sondern als Erfüllung der Pflicht zur Zu-

---

<sup>4</sup> Ebenso von *Borries*, FS Deringer, 22, 28; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 14; *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 25; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 130.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. EuGH 5.5.1981 Slg. 1981, 1045, 1073 Egrd. 20 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>6</sup> Ausführlich *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesse“, passim.

<sup>7</sup> EuGH 5.5.1981 Slg. 1981, 1045, 1074 Egrd. 23 - Kommission/Vereinigtes Königreich; 28.3.1984 Slg. 1984, 1721, 1739 Egrde. 25 ff. - *Pluimveeslachterijen Midden-Nederland*.

sammenarbeit, die Art. 10 EGV in einer durch die Untätigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers gekennzeichneten Situation den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft auferlegt<sup>8</sup>. Die Mitgliedstaaten nehmen also keinen eigenen Kompetenzen wahr, sondern üben lediglich die Gemeinschaftskompetenz an Stelle der Gemeinschaft aus. Dogmatisch handelt es sich daher um die „Begründung einer außerordentlichen Rechtsetzungsbefugnis der Mitgliedstaaten durch Delegation seitens der Kommission“<sup>9</sup>.

## 2. Konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen

Im Bereich der konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen sind die Mitgliedstaaten solange zur Rechtsetzung befugt, wie die Gemeinschaft keine Rechtsakte erlassen hat, die die betroffene Materie abschließend regeln. Im Unterschied zur „Sachwalterschaft“, bei der aushilfsweise eine fremde Kompetenz wahrgenommen wird, handelt es sich bei der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit im Bereich der konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen um eine originäre Eigenzuständigkeit der Mitgliedstaaten<sup>10</sup>. Konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen sind der vom EG-Vertrag vorausgesetzte Regelfall. Ihr wichtigster Anwendungsbereich sind die Vorschriften über die Agrarpolitik (Art. 32 ff EGV) sowie die im Rahmen dieser Arbeit besonders interessierenden Vorschriften über die Rechtsangleichung im Gemeinsamen bzw. Binnenmarkt (Art. 94, 95 EGV). Wichtige Bereiche sind weiterhin die Freizügigkeit des Personen- und Kapitalverkehrs (Art. 39 ff.), staatliche Beihilfen (Art. 87 ff. EGV), steuerliche Vorschriften (Art. 90 EGV), die Wirtschaftspolitik (Art. 99 EGV), der Umweltschutz (Art. 174 ff. EGV) sowie die Sozialpolitik (Art. 138 EGV). Um eine konkurrierende Kompetenz handelt es sich auch bei Art. 308 EGV, da die Mitgliedstaaten bis zum Erlass auf diese Norm gestützter Vorschriften zur Regelung des betroffenen Bereichs zuständig waren.

## 3. Parallele Kompetenzen

Im Bereich der parallelen Kompetenzen sind sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten zum Erlass von Rechtsvorschriften befugt sind. Die mitgliedstaatlichen und gemeinschaftlichen Rechtsetzungskompetenzen bestehen also nebeneinander und werden daher auch als kumula-

---

<sup>8</sup> EuGH 28.3.1984 Slg. 1984, 1721, 1738 Egrd. 23 - Pluimveeslachterijen Midden-Nederland; 17.5.1990 Slg. 1990, I - 2013, 2037 Egrd. 13 - Dietz-Matti.

<sup>9</sup> *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 131.

<sup>10</sup> *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnr. 344.

tiv-konkurrierende Kompetenzen bezeichnet<sup>11</sup>. Anders als im Bereich der konkurrierenden Kompetenzen werden die Mitgliedstaaten durch die Ausübung der gemeinschaftlichen Kompetenz jedenfalls prinzipiell nicht in der Wahrnehmung ihrer nationalen Kompetenz gehindert. Sie sind allerdings gem. Art. 10 EGV verpflichtet, das Handeln der Gemeinschaft nicht durch nationale Normen zu behindern oder zu unterlaufen. Außerdem muss der Vorrang des Gemeinschaftsrechts beachtet werden. Den parallelen Kompetenzen zuzurechnen sind z.B. die Materien des Kartellrechts (Art. 81 EGV), des Monopolrechts (Art. 82 EGV) sowie der Regionalpolitik (Art. 158 ff EGV).

#### 4. Rahmenkompetenz

Als weitere Untergruppe wird verschiedentlich noch die Rahmenkompetenz gebildet, freilich unter der Einschränkung, dass die Abgrenzung zur konkurrierenden Kompetenz und zu den parallelen Kompetenzen fließend sei<sup>12</sup>. Richtig daran ist, dass verschiedene Normen des EG-Vertrages der Gemeinschaft nur die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften minderer Regelungsdichte erlauben, indem sie der Gemeinschaft allein Koordinations- und Kooperationsbefugnisse zugestehen, die sich in der Aufstellung von Rahmenbestimmungen und Programmen erschöpfen. Hinzuweisen ist im Bereich der Grundfreiheiten der Freizügigkeit und des Dienstleistungsverkehrs etwa auf Art. 40 lit a und 44 Abs. 1 EGV sowie im Bereich der Forschung und technologischen Entwicklung auf die Art. 163 ff. In der Sache handelt es sich freilich nur um eine an materiellen Kriterien orientierte Unterscheidung, die nichts über das eigentliche Verhältnis der Handlungsbefugnisse von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten aussagt. Hierfür bedarf es weiterhin einer Zuweisung zur konkurrierenden Kompetenz oder den parallelen Kompetenzen. Auf den Begriff der Rahmenkompetenz als eigenständige Kompetenzkategorie wird daher im folgenden verzichtet.

---

<sup>11</sup> Grabitz/Hilf-von Bogdandy/Nettesheim, Art. 3 b EGV a.F. Rdnr. 14. Generell ablehnend gegenüber einer eigenständigen Kategorie paralleler Kompetenzen Jarass, AöR 121 (1996), 173, 190.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Streinz, Europarecht, Rdnr. 134 f.

## II. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung

### 1. Grundsatz

Die Europäische Gemeinschaft ist kein souveräner Staat und hat daher anders als die Legislativorgane von Nationalstaaten, die aufgrund ihrer umfassenden Verbands- und ihrer Organkompetenz prinzipiell alle Materien gesetzlich regeln und auch hinsichtlich der Form wählen können, keine unbegrenzte Rechtsetzungsgewalt. Sie bedarf vielmehr nach dem „Prinzip der begrenzten Ermächtigung“<sup>13</sup> für jeden Rechtsakt einer ausdrücklichen, mindestens aber durch Auslegung der entsprechenden Vorschriften in den Gründungsverträgen nachweisbaren Kompetenzzuweisung. Sie darf also zur Verwirklichung der ihr durch den EG-Vertrag gesetzten Ziele nur im Rahmen der ihr übertragenen Befugnisse tätig werden. Eine Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft gibt es nicht. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ist ein struktureller Grundsatz der EG und lässt sich bereits Art. 249 Abs. 1 EGV entnehmen, der ein Handeln der gemeinschaftlichen Legislativorgane nur „nach Maßgabe dieses Vertrages“ zulässt<sup>14</sup>. Es wurde mit dem Vertrag von Maastricht ausdrücklich in Art. 5 EUV sowie Art 5 Abs. 1 EGV verankert. Nach letztgenannter Vorschrift wird die Gemeinschaft nur „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“. Daraus folgt zweierlei:

a) Die Rechtsetzungsorgane der Gemeinschaft dürfen nur in den Rechtsgebieten tätig werden, für die sich den Verträgen eine Verbandskompetenz der Gemeinschaft entnehmen lässt. Es ist der Gemeinschaft daher nicht erlaubt, in Bereichen Recht zu setzen, die in den Verträgen

<sup>13</sup> In der Literatur wird häufig der Begriff des „Prinzips der begrenzten *Einzelermächtigung*“ verwendet (vgl. z.B. *Pechstein/Koenig*, Europäische Union, Rdnrn. 150 ff.; *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Europäische Union, 82; ebenso BVerfGE 89, 155, 193; *Emmert*, Europarecht, § 16 Rdnr. 3; *Herdegen*, Europarecht, Rdnr. 189; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnrn. 54 ff.). Der Wortbestandteil „Einzel-“ impliziert jedoch eine Begrenzung auf Spezialermächtigungen, die aber gerade nicht gemeint ist. Denn ansonsten ließen sich allgemeine Ermächtigungsnormen wie z.B. Art. 94, 95 EGV nur schwerlich und Art. 308 EGV überhaupt nicht in das System einpassen. Verlangt wird also keine Spezialermächtigung, sondern „nur“, dass der EG-Vertrag überhaupt eine Ermächtigungsnorm enthält. Vgl. dazu auch *Kraußner*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 17; *GTE-Schwartz*, Art. 235 EGV Rdnr. 11. Auch der Gerichtshof spricht im übrigen nur vom „Grundsatz der begrenzten Ermächtigung“, vgl. z.B. EuGH 28.3.1996 Slg. 1996, I-1759, 1787 Egrd. 24 – EMRK; .

<sup>14</sup> Ausführlich *Kraußner*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 16 ff.

nicht geregelt sind (wie z.B. das Staatsangehörigkeitsrecht) oder für die eine Regelung durch die Gemeinschaft in den Verträgen ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Letzteres ist z.B. hinsichtlich der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten der Fall (Art. 295 EGV)<sup>15</sup>.

Ein Fehlschluss wäre es freilich, aus der fehlenden Verbandskompetenz der Gemeinschaft für einen bestimmten Bereich zu folgern, dass das Gemeinschaftsrecht dort insgesamt unbeachtlich sei. Denn das Verbleiben einer Materie in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten entbindet diese nicht von der Beachtung dadurch berührter gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, seien sie primär- oder sekundärrechtlicher Natur. So ist es z.B. Sache der Mitgliedstaaten, durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften die Modalitäten der Umschrift andersartiger in lateinische Schriftzeichen zum Zwecke der Eintragung in Personenstandsbücher etc. festzulegen. Jedoch dürfen derartige Vorschriften nicht dazu führen, dass von ihnen betroffene Unionsbürger in der Ausübung der ihnen durch Art. 43 EGV garantierten Niederlassungsfreiheit behindert werden<sup>16</sup>. Etwas anderes gilt lediglich bei Bereichsausnahmen. Soweit eine Bereichsausnahme reicht, findet das Gemeinschaftsrecht überhaupt keine Anwendung. Nur dann kommt eine Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen am Maßstab des Gemeinschaftsrechts von vornherein nicht in Betracht.

b) Die Gemeinschaft darf nur die in der jeweiligen Kompetenzzuweisungsnorm vorgeschriebene Form des Rechtsaktes verwenden. Es ist ihr folglich nicht gestattet, andere als die für den speziellen Fall vorgesehenen Rechtshandlungen zu erlassen, sofern ihr der Vertrag nicht ausnahmsweise insoweit die Wahl freistellt<sup>17</sup>. Und auch wenn ihr der Vertrag mehrere oder gar alle Handlungsformen (Richtlinie, Verordnung etc.) zur Verfügung stellt, darf das zur Rechtsetzung zuständige Gemeinschaftsorgan unter ihnen nicht willkürlich wählen, sondern muss seine Wahl am zu erreichenden Vertragsziel orientieren<sup>18</sup>.

c) Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung gilt nicht nur für die sachliche, sondern auch für die funktionelle Zuständigkeit der EG. Selbst wenn der EG-Vertrag die Gemeinschaft die Verbandskompetenz zum Erlass von Rechtsakten zuschreibt, folgt daraus nicht ohne weiteres, dass ihr auch die Rechtsanwendung obliegt. Auch hierfür bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung, wie sie sich z.B. im Wettbewerbsrecht findet<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Zur dogmatischen Einordnung von Art. 295 EGV vgl. m. w. Nachw. Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 295 EGV Rdnrn. 4 f.

<sup>16</sup> EuGH 30.3.1993 Slg. 1993, I-1191, 1218 Egrde. 14 f. - Konstantinidis. Weitere Beispiele bei Streinz, DVBl. 2000, 585, 589 f.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. Art. 175 Abs. 1 EGV.

<sup>18</sup> Oppermann, Europarecht, Rdnr. 517 unter Hinweis auf Art. 14 Abs. 5 EGKSV.

<sup>19</sup> Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Europäische Union, 82.

## 2. Auflockerungen

Das mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung verfolgte Ziel einer feststehenden Eingrenzung der Kompetenzen der Gemeinschaftsorgane wird aufgrund der funktionalen Ausrichtung der Gemeinschaftskompetenzen und der dadurch bedingten systemimmanenten Grenzen dieses Prinzips sowie aufgrund seiner im Vertrag selbst vorgesehenen Relativierungen allerdings nur in begrenztem Maße erreicht. Ein solches Ziel ist im übrigen auch gar nicht erstrebenswert, da es der Gemeinschaft jede Möglichkeit der Anpassung an sich wandelnde gesellschaftliche Rahmenbedingungen und der Reaktion auf bei Vertragsschluss nicht absehbare Situationen nehmen würde. Es bedürfte dann regelmäßig einer Vertragsänderung. Die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft wäre über Gebühr beschränkt.

### a) Teleologisch-funktionale Auslegung, *effet utile* und *implied powers*

Der Gerichtshof hat daher mit der von ihm favorisierten teleologisch-funktionalen und im Ergebnis häufig auch integrationsfreundlichen Interpretationsmethode die Reichweite der vertraglichen Ermächtigungen oft beträchtlich ausgeweitet. Insbesondere in Zeiten der sog. „Eurosklерose“ war es namentlich der Gerichtshof, der nicht nur durch die Fortentwicklung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten, sondern insbesondere auch durch eine dynamische Interpretation der vertraglichen Befugnisnormen die Entwicklung der Gemeinschaft vorangetrieben hat. Das hat ihm den Vorwurf eingetragen, mehr ein Integrations- als ein Kontrollorgan zu sein. Dieser Einwand ist jedoch nur zum Teil berechtigt. Er übersieht, dass die Mitgliedstaaten mit dem EG-Vertrag keinen Zustand statisch, d.h. im Sinne eines für alle Zeiten feststehenden Gleichgewichts, regeln wollten. Der Vertragsschluss war vielmehr vom Willen getragen, im Laufe der Zeit immer mehr nationale Souveränitätsrechte in einer europäischen Lösung aufgehen zu lassen. Deutlich wird dies nicht nur durch die in der Ursprungsfassung des EG-Vertrages vorhandenen zahlreichen Entwicklungsvorgaben, sondern auch durch die Vielzahl der in ihm enthaltenen unbestimmten und damit naturgemäß einer Dynamisierung offenstehenden unbestimmten Rechtsbegriffe. Dieser dem EG-Vertrag zugrundeliegende „Fortschrittswille“ muss daher auch Richtschnur seiner Auslegung sein<sup>20</sup>, wobei freilich die im Vertrag selbst angelegten Grenzen zu beachten sind. Eine teleologisch-funktionale und zugleich dynamische

---

<sup>20</sup> Vgl. auch *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 239; *Ophüls*, FS Müller-Armack, 279, 289.

Auslegung<sup>21</sup> der vertraglichen Befugnisnormen darf daher nicht zu einer Konterkarierung des Prinzips der begrenzten Ermächtigung führen. Sie kann zwar einzelne Bestimmungen, die der Gemeinschaft Befugnisse zuweisen, mit Blick auf die Vertragsziele auslegen. Das Vertragsziel allein genügt jedoch nie, um Befugnisse zu begründen oder zu erweitern<sup>22</sup>. Die Auslegung darf insbesondere nicht zu Ergebnissen führen, die einer Vertragserweiterung gleichkommen<sup>23</sup>. Die Grenzen zwischen Vertragsauslegung und -erweiterung sind freilich fließend und erfordern daher eine im jeden Einzelfall sorgfältige Prüfung der zur Begründung einer gemeinschaftlichen Handlung herangezogenen Befugnisnorm. Dabei ist zu konstatieren, dass in jüngerer Zeit die Organe der Gemeinschaft - wohl unter dem Einfluss des Subsidiaritätsprinzips - von der bisherigen, sehr extensiven Auslegung vertraglicher Befugnisnormen Abstand genommen und verstärkt Zurückhaltung geübt haben.

Eng mit der teleologisch-funktionalen Auslegung einher geht die sog. „*effet utile*“-Rechtsprechung des Gerichtshofs sowie die von ihm dem allgemeinen internationalen Organisationsrecht entlehene „*implied powers*“-Lehre. Die Grenzen zwischen der teleologischen Auslegung, der Auslegungsmethode des „*effet utile*“ und den „*implied powers*“ sind in der Praxis des EuGH oft allerdings nur schwer auszumachen<sup>24</sup>, da der Gerichtshof die von ihm herangezogenen Interpretationsmethoden in den seltensten Fällen benennt und diese zudem sämtlich auf den Telos einer vertraglichen Kompetenznorm abstellen. Deutlich wird dies zunächst beim Grundsatz des „*effet utile*“, der besagt, dass die Vertragskompetenzen vernünftigerweise so auszulegen sind, dass sie ihr Ziel oder ihren Zweck nicht verfehlen. Vorrang verdient danach bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten diejenige Auslegung, die mit dem erkennbaren Vertragszweck harmoniert und am meisten zu seiner Erreichung beiträgt, also am ehesten der vollen

---

<sup>21</sup> Vereinzelt wird die dynamische oder auch evolutive Auslegung des Gemeinschaftsrechts als eigenständige Auslegungsmethode verstanden, vgl. z.B. *Anweiler*, Auslegungsmethoden, 239. Tatsächlich handelt es sich aber wohl um eine Unterart der teleologischen Auslegung, da mit ihr die Sinnhaftigkeit gemeinschaftlicher Normen auf der Zeitschiene fortgeschrieben wird. Ähnlich z.B. *Blank*, Fusionskontrolle, 100.

<sup>22</sup> *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 559.

<sup>23</sup> Vgl. auch BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 210, mit der freilich zweifelhaften Schlussfolgerung, dass „eine solche Auslegung von Befugnisnormen ... für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten (würde)“.

<sup>24</sup> *Kraußner*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 61 f. Ausführlich dazu *Böhm*, Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken, passim.

Sinnentfaltung der Vorschrift dient<sup>25</sup>. Dabei geht es aber - anders, als das BVerfG meint<sup>26</sup> - nicht um eine „größtmögliche Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse“, sondern allein um die Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts<sup>27</sup>. Weiter als die „effet utile“-Rechtsprechung reicht die „implied powers“-Lehre. Sie stammt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht<sup>28</sup>, wurde sodann in das allgemeine internationale Organisationsrecht und von dort bereits in den fünfziger Jahren durch den EuGH übernommen<sup>29</sup>. Nach der Lehre von den „implied powers“ können auch ohne ausdrückliche Befugnisnormen aus den vertraglich festgeschriebenen Aufgaben und Zwecken einer internationalen Organisation weitere Rechte hergeleitet werden, die zur Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben unabweislich sind<sup>30</sup>. Die von einem völkerrechtlichen Vertrag aufgestellten Vorschriften beinhalten also zugleich diejenigen Rechtssätze, ohne welche sie nicht sinnvoll und vernünftig angewendet werden können<sup>31</sup>. Der Gemeinschaft stehen daher neben den geschriebenen zugleich alle jene Kompetenzen zu, die sie zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben benötigt, selbst wenn diese Kompetenzen nicht ausdrücklich im EG-Vertrag enthalten sind<sup>32</sup>. Allerdings setzen auch „implied powers“ regelmäßig voraus, dass sie sich überhaupt im Wege der Interpretation aus bestehenden Befugnisnormen gewinnen lassen. Ein Schluss allein von den Zielen des EG-Vertrages mit Hilfe der „implied powers“ auf zur Zielerreichung notwendige Kompetenzen bleibt weiterhin unzulässig und ist einzig Art. 308 EGV vorbehalten<sup>33</sup>. Die mit Hilfe der „implied powers“ begründeten Kompetenzen können sich sowohl auf die Regelungsmaterie als auch auf die vom jeweiligen Gemeinschaftsorgan gewählte Handlungsform erstrecken<sup>34</sup>. Klassische Fälle mit Hilfe der Lehre von den „implied powers“ gewonnener Kompetenzen sind die Erstre-

---

<sup>25</sup> Ausführlich dazu *Streinz*, FS Everling, 1491 ff.

<sup>26</sup> BVerfG 12.10.1993 BverfGE 89, 155, 210.

<sup>27</sup> *Everling*, EuR 1994, 127, 128 in Fußn. 12; *Grabitz/Hilf-Pernice*, Art. 164 EGV a.F. Rdnr. 27.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Currie*, Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, 23 ff.

<sup>29</sup> Vgl. bereits EuGH 29.11.1956 Slg. 1955/56, 297, 312 - *Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde*.

<sup>30</sup> *Ipsen*, Völkerrecht, § 6 Rdnr. 9.

<sup>31</sup> EuGH 15.7.1960, Slg. 1960, 681, 708 - *Italien/Hohe Behörde*.

<sup>32</sup> *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnr. 338

<sup>33</sup> *Nicolaysen*, EuR 1966, 129, 134;

<sup>34</sup> Zum Einfluss des Subsidiaritätsprinzips vgl. *Neubauer*, Implizite Vertragschlusszuständigkeiten und Subsidiaritätsprinzip.

ckung von Befugnissen, die der Gemeinschaft für den Binnenraum zustehen, auf entsprechende Kompetenzen für Außenbeziehungen<sup>35</sup>.

Von den „implied powers“ zu unterscheiden sind die sog. „resulting powers“, d.h. ungeschriebene Kompetenzen aus der Natur der Sache. Sie werden entweder durch Rechts- und Gesetzesanalogie aus mehreren Kompetenzgrundlagen gewonnen oder gründen sich auf „evident höhere Gemeinschaftsinteressen“<sup>36</sup>. Kennzeichnend für „resulting powers“ ist also, dass es - anders als bei den „implied powers“ - an einer einschlägigen Einzelkompetenz im EG-Vertrag fehlt. Allein mit der Natur der Sache begründete Befugnisse können daher der Gemeinschaft wegen des Prinzips der begrenzten Ermächtigung nicht zugesprochen werden<sup>37</sup>. Es besteht lediglich die Möglichkeit, durch eine Inkongruenz zwischen Zielbestimmungen und Befugnisnormen entstehende „Kompetenzlücken“ mit Hilfe von Art. 308 EGV zu füllen.

#### b) Art. 308 EGV

##### aa) Bedeutung

Zweck der Vorschrift ist es, die zwischen den Zielen der Gemeinschaft und den ihr aufgrund spezieller Kompetenznormen übertragenen Befugnissen bestehenden Diskrepanzen und Lücken zu überbrücken<sup>38</sup>. Sofern ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, jedoch im EG-Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind, wird es dem Rat gem. Art. 308 EGV daher erlaubt, einstimmig die geeigneten Vorschriften erlassen.

„Es handelt sich also um eine Situation, in der im Sinne der Fixierung der Gemeinschaftsaufgaben und ihrer Zuständigkeitsbestimmung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten vertraglich keine Lücke besteht, sondern rechtliche Ordnung, das Vertragsrecht aber die Gemeinschaftsorgane nicht hinreichend ermächtigt hat“<sup>39</sup>.

Art. 308 EGV löst dieses Problem, indem er „die funktionelle oder formelle Zuständigkeit (Befugnis) der Gemeinschaftsorgane in Übereinstimmung mit der materiellen Zuständigkeit der Gemeinschaft“<sup>40</sup> bringt. Das

---

<sup>35</sup> Vgl. z.B. EuGH 31.3.1971 Slg. 1971, 263, 274 f. Egrde. 15/19 - Kommission/Rat (AETR); 14.7.1976 Slg. 1976, 1279, 1311 Egrde. 30/33 - Kramer. Aus jüngerer Zeit etwa EuGH 19.3.1993 Slg. 1993, I-1061, 1076 Egrd. 7 - IAO-Übereinkommen; 28.3.1996 Slg. 1996, I-1759, 1787 Egrd. 26 - EMRK.

<sup>36</sup> Kraußner, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 62.

<sup>37</sup> Kraußner, aaO; GTE-Zuleeg, Art. 3 b EGV Rdnr. 3;

<sup>38</sup> Constantinesco, Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 272; Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 Rdnr. 2. Gegen eine Lückenfüllungsfunktion Everling, EuR-Sonderheft 1976, 2, 16.

<sup>39</sup> Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 434.

<sup>40</sup> Schwartz, FS Mestmäcker, 467, 469.

Prinzip der begrenzten Ermächtigung erfährt dadurch zwar eine gewisse Auflockerung. Es wird durch Art. 308 EGV aber nicht, wie verschiedentlich behauptet<sup>41</sup>, durchbrochen. Denn die Vorschrift dient nicht dazu, neue Kompetenzen zu schaffen. Art. 308 EGV eröffnet keine Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft, sondern weist der Gemeinschaft letztlich auch in diesem Fall nur eine feststehende, d.h. inhaltlich begrenzte Kompetenz zu. Art. 308 EGV ist daher selbst Kompetenznorm und passt sich damit nahtlos in das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ein. Der einzige Unterschied zu den speziellen Ermächtigungsnormen des EGV besteht darin, dass mit der Vorschrift der Gemeinschaft keine singuläre Handlungsbefugnis erteilt wird, sondern ihr sämtliche Maßnahmen, die zur Verwirklichung eines der Ziele der Gemeinschaft notwendig sind, erlaubt werden<sup>42</sup>. Damit sollen Lücken im Ermächtigungssystem des EGV-Vertrages gefüllt werden. Nur dieses ist lückenhaft, nicht aber sein Zielsystem<sup>43</sup>. Aufgrund der strikten Zielbindung können über die Vorschrift daher keine gemeinschaftsfremden Ziele, etwa eine gemeinsame Verteidigungspolitik, verfolgt werden. Hierfür bedarf es weiterhin einer Vertragsänderung. In den Worten des EuGH:

„Als integrierender Bestandteil einer auf dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung beruhenden institutionellen Ordnung kann diese Bestimmung keine Grundlage dafür bieten, den Bereich der Gemeinschaftsbefugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus auszudehnen, der sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen und insbesondere denjenigen ergibt, die die Aufgaben und Tätigkeiten der Gemeinschaft festschreiben. Sie kann jedenfalls nicht als Rechtsgrundlage für den Erlass von Bestimmungen dienen, die der Sache nach, gemessen an ihren Folgen, auf eine Vertragsänderung ohne Einhaltung des hierfür vom Vertrag vorgesehenen Verfahrens hinauslaufen.“

Art. 308 EGV und die Lehre der „implied powers“ stehen selbständig nebeneinander. Denn die „implied powers“ können nur durch eine Auslegung ausdrücklicher Kompetenznormen hergeleitet werden. Hingegen

---

<sup>41</sup> Vgl. z.B. *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnr. 339; *Emmert*, Europarecht, § 16 Rdnr. 7 („Art. 235 EGV tritt damit neben das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung“).

<sup>42</sup> Zum hier nicht näher interessierenden Streit, ob es sich daher um eine Generalermächtigung handelt oder nicht, vgl. statt aller *Callies/Ruffert-Rossi*, Art. 308 EGV Rdnr. 3; *GTE-Schwartz*, Art. 235 EGV Rdnr. 9; *Schwarze-Schreiber*, Art. 308 Rdnrn. 3 ff., jeweils m. w. Nachw.

<sup>43</sup> *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 434.

schaft Art. 308 EGV durch seine Anbindung an die vertraglichen Zielbestimmungen der Gemeinschaft lückenfüllend neue Befugnisse<sup>44</sup>.

bb) Anwendungsvoraussetzungen

Die Gemeinschaft kann gem. Art. 308 EGV nur tätig werden, sofern dies zur Verwirklichung eines ihrer Ziele im Rahmen des Gemeinsamen Marktes erforderlich erscheint. Die Vorschrift enthält eine große Anzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, deren Auslegung im einzelnen naturgemäß streitig ist.

Ein auf Art. 308 EGV gestütztes Handeln der Gemeinschaft bedingt zunächst einmal Zielkonvergenz: Es muss der Verwirklichung eines der Gemeinschaft durch den EGV vorgegebenen Ziele dienen. Zu diesen Zielen zählen zum einen die der Gemeinschaft und ihren Organen in zahlreichen Einzelvorschriften ausdrücklich vorgegebenen Ziele<sup>45</sup>. Wesentlich bedeutender für die Anwendung von Art. 308 EGV sind jedoch die allgemeinen Ziele der Gemeinschaft. Sie finden sich vor allem in Art. 3 und 4 EGV. Zwar ist in beiden Vorschriften lediglich von der „Tätigkeit der Gemeinschaft“ die Rede, doch macht bereits ein Blick in andere authentische Textfassungen deutlich, dass die dort aufgeführten Aktionen nicht allein Mittel zur Förderung der in Art. 2 EGV bezeichneten Ziele, sondern selbst Gemeinschaftsziele sind<sup>46</sup>. Völlig zu recht hat daher z.B. der EuGH ausgeführt, dass die Errichtung einer Zollunion zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 3 lit. a und b EGV eines der Ziele der Gemeinschaft und damit zugleich ein Ziel im Sinne von Art. 308 EGV darstellt<sup>47</sup>. Umstritten ist jedoch, inwieweit die in Art. 2 EGV der Gemeinschaft zugewiesenen Aufgaben zugleich zur Rechtsetzung ermächtigende Ziele im Sinne von Art. 308 EGV darstellen können. Differenziert wird verschiedentlich zwischen Zielen als Erwartungen und Zielen als Aufgaben<sup>48</sup>. Um Ziele als Aufgaben soll es sich danach bei solchen handeln, die gerade durch die Tätigkeit der

---

<sup>44</sup> Grundlegend *Nicolaysen*, EuR 1966, 129 ff; vgl. auch *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 437; *Bleckmann*, in: *Bleckmann*, Europarecht, Rdnr. 798; *Bungenberg*, Art. 235 EGV nach Maastricht, 128 ff.; *Schwarze-Schreiber*, Art. 308 Rdnr. 19. A.A. anscheinend *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 62.

<sup>45</sup> Beispiele für solche besonderen Ziele finden sich bei *GTE-Schwartz*, Art. 235 EGV Rdnr. 115; *Grabitz/Hilf-Grabitz*, Art. 235 EWGV Rdnr. 19.

<sup>46</sup> Vgl. *GTE/Schwartz*, Art. 235 EGV Rdnr. 118.

<sup>47</sup> EuGH 12.7.1973 Slg. 1973, 897, 907 Egrd. 3 - *Massey-Ferguson*.

<sup>48</sup> So z.B. *Grabitz/Hilf-Grabitz*, Art. 235 EWGV Rdnr. 13; *Fischer*, Europarecht, Rdnr. 43; *Geiger*, Art. 235 EGV Rdnr. 5; *Kraußner*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 104; im Ergebnis ebenso *Steindorff*, EG-Kompetenzen, 48 f.

Gemeinschaft verwirklicht werden müssten. Dazu zählten allein die in Art. 2 EGV genannten Aufgaben (und damit Ziele) der „Errichtung eines Gemeinsamen Marktes“ und der „schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“ sowie die in Art. 3 EGV und in den Einzelbestimmungen des EG-Vertrages der Gemeinschaft zugewiesenen Aufgaben. Ziele als Erwartungen würden hingegen lediglich abstrakt angeben, welche Effekte der Zusammenschluss der Mitgliedstaaten nach Auffassung der vertragsschließenden Parteien haben solle. Diese Ziele, zu denen sowohl die in der Präambel niedergelegten als auch die übrigen in Art. 2 EGV aufgeführten gehörten, seien zwar als Kriterien bei der Auslegung des Vertrages zu berücksichtigen; sie sollen jedoch keine Ziele im Sinne von Art. 308 EGV darstellen, da ansonsten wegen ihrer weiten Fassung eine Abgrenzung zur Vertragsänderung praktisch undurchführbar wäre<sup>49</sup>. Diese Differenzierung überzeugt freilich nicht, da sie sich weder auf den Wortlaut von Art. 2 EGV sowie Art. 308 EGV stützen noch teleologisch begründen lässt und damit letztlich willkürlich wirkt<sup>50</sup>.

Die Heranziehung von Art. 308 EGV als Kompetenzgrundlage setzt weiterhin voraus, dass die Zielverwirklichung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ erfolgt. Der in der Vorschrift verwendete Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ ist identisch mit dem des Art. 2 EGV<sup>51</sup>. Was darunter zu verstehen ist, wurde bereits dargelegt<sup>52</sup>. „Im Rahmen“ des Gemeinsamen Marktes“ bedeutet nun, dass lediglich solche Regelungen auf Art. 308 EGV gestützt werden können,

„die die Grundelemente des Gemeinsamen Marktes, Marktfreiheit, Marktgleichheit und Wettbewerbsfreiheit nebst den funktionalen Zusammenhängen zwischen diesen Elementen nicht beseitigen oder auch nur beeinträchtigen würden“<sup>53</sup>.

Die auf Art. 308 EGV gestützten Maßnahmen müssen also im Einklang mit dem Gemeinsamen Markt bzw. den ihn konstituierenden Regeln des

---

<sup>49</sup> Vgl. vorige Fußn.

<sup>50</sup> Ausführlich GTE-Schwartz, Art. 235 EGV Rdnr. 129 ff. Mit gleichem Ergebnis u.a. Bungenberg, Art. 235 EGV nach Maastricht, 106 f.; Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 19; Müller-Graff, in: Dausen Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, A I Rdnr. 141; Schwarze-Schreiber, Art. 308 EGV Rdnr. 10 f.

<sup>51</sup> Ebenso Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 23; a.A. Bleckmann, in: Bleckmann, Europarecht, Rdnr. 191; Constantinesco, Recht der EG I, 276, die meinen, dass der in Art. 308 EGV verwandte Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ weiter als im Rahmen von Art. 2 EGV auszulegen sei.

<sup>52</sup> Vgl. § 4, A I.

<sup>53</sup> Grabitz/Hilf-Grabitz, Art. 235 EWGV Rdnr. 62 m. w. Nachw.

EG-Vertrages stehen<sup>54</sup>. Das Erfordernis einer Zielverwirklichung „im Rahmen des gemeinsamen Marktes“ ist damit letztlich keine positive Kompetenzvoraussetzung, sondern stellt sich als eine Kompetenzschranke dar, die von den Gemeinschaftsorganen bei auf Art. 308 EGV gestützten Handlungen zu beachten ist<sup>55</sup>.

Art. 308 EGV verlangt weiterhin, dass zur Verwirklichung der oben erwähnten Ziele ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint. Erforderlichkeit bedeutet, dass die Zielverwirklichung einerseits nur durch ein positives Handeln und andererseits nur durch ein Handeln der Gemeinschaft als solche möglich ist. Dadurch wird die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers auf das zur Zielverwirklichung unbedingt notwendige Maß begrenzt. Diese Begrenzung verliert freilich viel von ihrem Wert durch die Verwendung des Begriffs „Erscheinen“, mit der ein subjektives wertendes Element zugunsten der rechtsetzenden Organe der Gemeinschaft eingeführt wird. Hinzu kommen die inhaltliche Weite der Gemeinschaftsaufgaben und die häufige Komplexität der von ihr zu treffenden wirtschafts- oder sozialpolitischen Maßnahmen. Den Gemeinschaftsorganen ist daher bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen<sup>56</sup>. Grenzenlos ist er freilich nicht. Jedoch wird sich eine Rechtskontrolle der gesetzgebenden Organe durch den Gerichtshof in aller Regel nur auf eine Prüfung der Plausibilität der Begründung sowie der Zweckdienlichkeit der Maßnahme beschränken können<sup>57</sup>.

Die Gemeinschaft kann im Rahmen von Art. 308 EGV alle zur Zielverwirklichung erforderliche Maßnahmen, die das notwendige Maß nicht überschreiten, erlassen. Damit sind ihr zumindest sämtliche in Art. 294 EGV aufgeführten Handlungsweisen eröffnet. Im Rahmen der Erforderlichkeit stets zu prüfen ist, ob und inwieweit zieldienliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten ein Handeln der Gemeinschaft eventuell überflüssig oder gar unzulässig machen. Zieldienliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten könnten etwa der Abschluss völkerrechtlicher Verträge zwischen den Mitgliedstaaten, Beschlüsse der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen

---

<sup>54</sup> GTE-Schwartz, Art. 235 EGV Rdnr. 193, entnimmt Art. 308 EGV daher eine Bestandsgarantie des Gemeinsamen Marktes gegenüber Maßnahmen der Organe, die zwar ziel-, nicht aber markt- oder wettbewerbskonform sind; zweifelnd Lenz-Röttinger, EGV, Art. 308 EGV Rdnr. 9.

<sup>55</sup> Ebenso Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 26; Schwarze-Schreiber, Art. 308 EGV Rdnr. 15.

<sup>56</sup> Bleckmann, in: Bleckmann, Europarecht, Rdnr. 794; Geiger, Art. 235 EGV Rdnr. 6; GTE-Schwartz, Art. 235 EGV Rdnr. 205; Grabitz/Hilf-Grabitz, Art. 235 EWGV Rdnr. 64; Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 29.

<sup>57</sup> Zu den Einzelheiten vgl. Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 30.

der Mitgliedstaaten oder parallele, d.h. inhaltsgleiche Einzelmaßnahmen aller Mitgliedstaaten sein. Derartige Handlungsweisen der Mitgliedstaaten beseitigen jedoch die Erforderlichkeit gemeinschaftlichen Handelns nicht<sup>58</sup>, im Gegenteil: Sie sind ein Indiz dafür, dass eine einheitlich geltende Regelung zur Verwirklichung eines Gemeinschaftsziels notwendig ist<sup>59</sup>. Zu bedenken ist außerdem, dass gemeinschaftliche Vorschriften gegenüber völkerrechtlichen Vereinbarungen der Mitgliedstaaten untereinander eine ungleich stärkere Wirkung haben (Vorrang des Gemeinschaftsrechts, Gewährleistung einheitlicher Auslegung durch den EuGH etc.). Eine andere Frage ist es, ob die Mitgliedstaaten überhaupt noch handeln dürfen, wenn die Voraussetzungen des Art. 308 EGV vorliegen, also eigentlich ein gemeinschaftliches Handeln zur Zielverwirklichung notwendig wäre. Dies wird verschiedentlich zumindest für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge bestritten<sup>60</sup>. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass Art. 308 EGV der Gemeinschaft keine ausschließlichen, sondern nur konkurrierende Befugnisse verleiht. Gründe, die für eine Einschränkung der dort geltenden Regeln sprechen, sind nicht ersichtlich. Daher sind die Mitgliedstaaten jedenfalls solange nicht gehindert, gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Ziele auch durch völkerrechtliche Maßnahmen umzusetzen, wie die Gemeinschaft von der ihr durch Art. 308 EGV übertragenen Befugnis keinen Gebrauch macht. Manche sehe darin jedoch eine Verletzung des Prinzips der Gemeinschaftstreue (Art. 10 Abs. 2 EGV), die allerdings nicht zur Unwirksamkeit des völkerrechtlichen Vertrages führe, sondern allein die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ermögliche<sup>61</sup>.

Ein auf Art. 308 EGV gestütztes Tätigwerden der Gemeinschaft kommt schließlich nur in Betracht, wenn im EG-Vertrag die zur Zielverwirklichung „erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind“. Vor einer Anwendung von Art. 308 EGV ist also stets zu prüfen, ob der EG-Vertrag zur Verwirklichung der angestrebten Ziele spezielle Befugnisse enthält. Ein Handeln der Gemeinschaft kann daher auf jeden Fall auf Art. 308 gestützt werden, wenn sich im Vertrag trotz der Zielvorgabe überhaupt keine spezi-

---

<sup>58</sup> So aber *Bleckmann*, in: *Bleckmann*, Europarecht, Rdnr. 793; *Everling*, Sonderheft EuR 1976, 2, 12.

<sup>59</sup> Ebenso *Grabitz/Hilf-Grabitz*, Art. 235 EWGV Rdnr. 68.

<sup>60</sup> So dezidiert vor allem *GTE-Schwartz*, Art. 235 EGV Rdnr. 222, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; vgl. weiterhin beispielsweise *Constantinesco*, Recht der EG I, 272 f.

<sup>61</sup> So *Grabitz/Hilf-Grabitz*, Art. 235 EWGV Rdnr. 70 f.

elle Ermächtigung findet. Nach zutreffender Ansicht<sup>62</sup> und ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>63</sup> kann Art. 308 EGV jedoch auch dann herangezogen werden, wenn sich im Vertrag zwar eine Ermächtigung findet, die von ihr vorgesehenen Maßnahmen jedoch in formeller oder materieller Hinsicht zur Verwirklichung des angestrebten Zieles unzureichend sind<sup>64</sup>. Denn es wäre widersprüchlich, der Gemeinschaft eine Kompetenz zwar dann zuzubilligen, wenn sich überhaupt keine spezielle Ermächtigung findet, eine Befugnis jedoch zu verneinen, wenn zwar eine Ermächtigung vorhanden ist, sich diese aber als zur Zielerreichung unzureichend erweist. Die Gemeinschaft kann daher z.B. auf der Grundlage von Art. 308 EGV eine Verordnung erlassen, wenn die in der speziellen Befugnisnorm als alleinige Maßnahme vorgesehene Richtlinie zur Zielverwirklichung ungeeignet ist<sup>65</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass auf die Vorschrift nur singulär, also weder alternativ noch kumulativ, zurückgegriffen werden darf: Entweder reicht die spezielle Befugnisnorm aus; dann ist der Rechtsakt allein auf diese zu stützen. Erweist sie sich hingegen als unzureichend, kommt als einzige Kompetenzgrundlage Art. 308 EGV in Betracht. Dies gebietet allein schon die Möglichkeit unterschiedlicher Verfahren im Prozess der Rechtsetzung, insbesondere die unterschiedliche Art und Weise der Beteiligung des europäischen Parlaments<sup>66</sup>.

### c) Unverbindliche Gemeinschaftsakte

Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung erfährt eine weitere Auflockerung dadurch, dass es nach verbreiteter Auffassung für unverbindliche Gemeinschaftsakte, gem. Art. 249 UAbs. 5 EGV also Empfehlungen und

---

<sup>62</sup> Bleckmann, in: Bleckmann, Europarecht, Rdnr. 795; *Constaninesco*, Recht der EG I, 277; Grabitz/Hilf-Grabitz, Art. 235 EGV Rdnr. 48; Lenz-Röttinger, Art. 235 EGV Rdnr. 11; GTE-Schwartz, Art. 235 EGV Rdnr.95; Callies/Ruffert-Rossi, Art. 308 EGV Rdnr. 47; Lenz-Röttinger, Art. 308 Rdnr. 15.

<sup>63</sup> Vgl. z.B. EuGH 26.3.1987 Slg. 1987, 1493, 1520 Egrd. 13 - Kommission/Rat; 13.7.1995 Slg. 1995, I - 1985, 2012 Egrd. 26 - Spanien&/Rat; 26.3.1996 Slg. 1996 I - 1689, 1711 Egrd. 13- Parlament/Rat.

<sup>64</sup> A.A. Steindorff, EG-Kompetenzen, 120 f.; Schröer, Kompetenzverteilung, 298 f.

<sup>65</sup> Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn und soweit eine andere Vorschrift eine bestimmte Rechtssetzungsform ausdrücklich ausschließt, vgl. Schwartz, FS Mestmäcker, 467, 476. Derartige Bestimmungen finden sich im EGV bislang jedoch nicht.

<sup>66</sup> Das europäische Parlament ist z.B. vor dem Erlass eines auf Art. 308 EGV gestützten Rechtsakts lediglich anzuhören, während ihm etwa im Rahmen des bei Art. 95 EGV vorgeschriebenen Verfahrens der Mitentscheidung (Art. 251 EGV) qualifizierte Beteiligungsrechte eingeräumt sind.

Stellungnahmen, keiner besonderen Ermächtigung bedarf<sup>67</sup>. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Zutreffend ist zwar, dass Art. 211 EGV der Kommission die Aufgabe zuweist, zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Funktionierens und der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes „Empfehlungen oder Stellungnahmen auf den in diesem Vertrag bezeichneten Gebieten abzugeben, soweit der Vertrag dies ausdrücklich vorsieht *oder* soweit sie es für notwendig erachtet“. Ob sich diese erkennbar nur auf Empfehlungen der *Kommission* beziehende Vorschrift verallgemeinern lässt, erscheint jedoch fraglich. Allein die Behauptung, aus der Unverbindlichkeit von Empfehlungen und Stellungnahmen folge die Unbeachtlichkeit des Grundsatzes der begrenzten Ermächtigung, überzeugt nicht. Zum einen würden den EG-Organen Aktivitäten selbst in solchen Bereichen erlaubt, in denen die Gemeinschaft über keinerlei Befugnisse verfügt<sup>68</sup>. Außerdem zeigt die Erfahrung, dass auch unverbindliche Rechtsakte trotz ihrer Unverbindlichkeit gleichwohl rechtliche, zumindest aber „gewisse psychologische und politische Wirkungen“<sup>69</sup> haben können. So hat z.B. der EuGH in der Entscheidung „Grimaldi“ judiziert, dass innerstaatliche Gerichte verpflichtet sind, Empfehlungen bei der Entscheidung über bei ihnen anhängige Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, und zwar insbesondere dann, wenn die Empfehlungen geeignet sind, Aufschluss über die Auslegung anderer innerstaatlicher oder gemeinschaftlicher Bestimmungen zu geben<sup>70</sup>. Derart weitreichende Wirkungen wird man aber einer Handlung von Gemeinschaftsorganen nur zuschreiben können, wenn es hierzu auch befugt war. Auf die Einzelheiten ist später noch genauer einzugehen.

### *III. Das Subsidiaritätsprinzip*

#### 1. Inhalt

Gem. Art. 5 Abs. 2 EGV wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und sich daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene

---

<sup>67</sup> Vgl. z.B. Grabitz/Hilf-Grabitz, Art. 189 EWGV Rdnr. 75; Lenz-Breier, Art. 211 EGV Rdnr. 6; Zahlbruckner, JBl. 1993, 345, 352.

<sup>68</sup> Huber, Europäische Integration, § 10 Rdnr. 14.

<sup>69</sup> Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdnr. 382.

<sup>70</sup> EuGH 13.12.1989 Slg. 1989, 4407, 4421 Egrd. 18 - Grimaldi.

verwirklichen lassen. Dieses erstmals mit dem Vertrag von Maastricht als Generalklausel in den EG-Vertrag eingeführte Subsidiaritätsprinzip<sup>71</sup> errichtet für die Inanspruchnahme von Kompetenzen, die der Gemeinschaft nicht ausschließlich zustehen, eine Grenze. Die Gemeinschaft darf, auch wenn ihr der EG-Vertrag die entsprechenden Befugnisse zuerkennt, gleichwohl nicht tätig werden, soweit das mit ihrem Handeln angestrebte Ergebnis durch die Mitgliedstaaten genauso gut oder besser erreicht werden kann. Beim Subsidiaritätsprinzip handelt es sich folglich um eine Kompetenzausübungsschranke, nicht jedoch, wie früher verschiedentlich behauptet<sup>72</sup>, um eine Kompetenzzuweisungsregel. Es werden keine Kompetenzen zugeordnet, sondern die bestehenden Kompetenzen der Gemeinschaft von denen der Mitgliedstaaten transparenter abgegrenzt, indem die Voraussetzungen ihrer Ausübung stärker konturiert werden<sup>73</sup>. Für ein solches Verständnis spricht im übrigen auch Nr. 3 des „Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“<sup>74</sup>, in der es u.a. heißt:

„Das Subsidiaritätsprinzip stellt nicht die Befugnisse in Frage, über die die Europäische Gemeinschaft aufgrund des Vertrags entsprechend der Auslegung des Gerichtshofs verfügt. ... Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Richtschnur dafür, wie diese Befugnisse auf Gemeinschaftsebene auszuüben sind“.

Die praktische Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips ist vor allem darin zu sehen, dass es eine besondere Rechtfertigungs- und Begründungslast schafft. Es gilt für alle Maßnahmen der Gemeinschaft, d.h. sowohl für rechtsetzende Akte als auch für unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen. Adressaten dieses Prinzips sind sämtliche EG-Organe, also nicht nur der Rat, sondern auch die Kommission sowie das Europäische Parlament<sup>75</sup>. Das Subsidiaritätsprinzip ist folglich nicht nur bei der Beratung von Kommissionsvorschlägen sowie im Rahmen des Mitentschei-

---

<sup>71</sup> Zur Herkunft und Entwicklung vgl. *Schweitzer/Fixson*, Jura 1992, 579 ff.; *Kahl*, JBl. 1999, 701, 702 ff.; *Kenntner*, NJW 1998, 2871, 2878 f.; *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 49 ff.; *von Borries*, EuR 1994, 263, 265; *Pieper*, DVBl. 1993, 705, 706.

<sup>72</sup> Vgl. z.B. *Merten*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, 81; *Stewing*, DVBl. 1992, 1516 ff.

<sup>73</sup> Wie hier etwa *Bieber*, Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 165, 175; *Everling*, DVBl. 1993, 936, 940; *ders.*, FS Stern, 1227, 1231; *Geiger*, EGV, Art. 3b EGV Rdnr. 6; *Hirsch*, Subsidiarität, 13; *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 47; *Schwartz*, AfP 1993, 409, 411; *GTE-Zuleeg*, Art. 3b EGV Rdnr. 18; *Zuleeg*, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 185, 193.

<sup>74</sup> Dazu *Kenntner*, NJW 1998, 2871.

<sup>75</sup> Vgl. auch Nr. 1 des Subsidiaritätsprotokolls: „Jedes Organ gewährleistet bei der Ausübung seiner Befugnisse die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips.“

dungs-, Zusammenarbeits- oder sonstigen Rechtsetzungsverfahren zu beachten. Ihm ist vielmehr auch bei politischen Entschlüssen von Rat und Europäischem Parlament Rechnung zu tragen<sup>76</sup>.

Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke enthält zwei unterschiedliche Voraussetzungen, die einmal negativ, einmal positiv formuliert sind. Verlangt wird zum einen, dass die Mitgliedstaaten nicht hinreichend in der Lage sind, das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahmen zu erreichen. Allein aus der Erfüllung dieser Bedingung folgt jedoch noch nicht zwangsläufig die Zulässigkeit gemeinschaftlichen Handelns. Hinzu kommen muss vielmehr zum anderen, dass die Maßnahme „daher“ wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann. Nur wenn beide Bedingungen kumulativ erfüllt sind, sind Maßnahmen der Gemeinschaft gerechtfertigt<sup>77</sup>.

Für den im Rahmen dieses „Subsidiaritätstests“ erforderlichen ersten Prüfungsschritt bedarf es der Feststellung, ob eine Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten diese überfordern würde oder nicht. Das setzt zum einen voraus, dass die Mitgliedstaaten überhaupt in der Lage sind, der Zielverwirklichung dienliche Maßnahmen zu ergreifen. Dafür kann es nicht genügen, dass dies bei lediglich einigen Mitgliedstaaten der Fall ist. Ein Gemeinschaftshandeln ist vielmehr nur dann von vornherein ausgeschlossen, wenn sämtliche Mitgliedstaaten tatsächlich das objektive Leistungspotential zur Durchführung der notwendigen Maßnahmen haben<sup>78</sup>. Und selbst eine reale Handlungsmöglichkeit sämtlicher Mitgliedstaaten ist nicht geeignet, eine Handlungsbefugnis per se zu verneinen. Die Mitgliedstaaten müssen nämlich auch bereit sein, von ihren Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Weigern sich alle oder auch nur einige, die zur Erreichung bestimmter Vertragsziele notwendige Maßnahmen zu ergreifen, steht - vorbehaltlich der Erfüllung auch des zweiten Subsidiaritätskriteriums - einem gemeinschaftlichen Handeln jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität nichts entgegen. Denn es kann und darf nicht vom Willen einzelner Mitgliedstaaten abhängen, ob die Gemeinschaft ihre Kompetenzen zur Verwirklichung der vertraglich vorgegebenen Ziele aus-

---

<sup>76</sup> *Huber*, Europäische Integration, § 10 Rdnr. 26; *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 34.

<sup>77</sup> Vgl. auch Nr. 5 des Subsidiaritätsprotokolls; *von Borries*, FS Deringer, 22, 28; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 68; *Kenntner*, NJW 1998, 2871, 2873.

<sup>78</sup> Ebenso *Hirsch*, Subsidiarität, 9; *Lenz-Langguth*, Art. 5 EGV Rdnr. 26; *GTE-Zuleeg*, Art. 3b EGV Rdnr. 23; etwas einschränkend *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 40.

nutzen kann oder nicht<sup>79</sup>. Ob und welche potentiellen Maßnahmen der Mitgliedstaaten nun geeignet sein können, ein Handeln der Gemeinschaft unzulässig zu machen, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur in Abhängigkeit von der betroffenen Materie feststellen. Dafür bedarf es einer vergleichenden Untersuchung, welche Mittel den Mitgliedstaaten zur Verfolgung des Gemeinschaftsziels zur Verfügung stehen (Zweck-Mittel-Relation). Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Frage zu richten, „ob etwaige transnationale Aspekte zufriedenstellend von den Mitgliedstaaten allein geregelt werden können oder mangels gemeinschaftlicher Regelungen Kernziele des Vertrages oder Interessen anderer Mitgliedstaaten durch ‘spill over’ erheblich bzw. spürbar beeinträchtigt werden“<sup>80</sup>. Nicht erforderlich ist, dass die Maßnahmen von den Mitgliedstaaten in einer konzentrierten Aktion vorgenommen werden und einheitlich sind. Auch inhaltlich divergierende mitgliedstaatliche Vorgehensweisen können in ihrer Gesamtheit durchaus zur Verwirklichung eines Gemeinschaftsziels geeignet sein. Hinzu kommt, dass sich ein Ausweichen der Mitgliedstaaten auf völkerrechtliche Vereinbarungen ohnehin verbietet und auch eine verstärkte intergouvernementale Zusammenarbeit keine im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 EGV berücksichtigungsfähige Alternative zu einem gemeinschaftlichen Handeln darstellt.

Nach verbreiteter Ansicht soll ein Handeln der Gemeinschaft gem. Art. 5 Abs. 2 EGV ausgeschlossen sein, wenn es angesichts der mitgliedstaatlichen Handlungsmöglichkeiten nicht *erforderlich* ist, um das angestrebte Ziel zu verwirklichen. Damit wird der Effizienzvergleich um ein Erforderlichkeitskriterium angereichert<sup>81</sup>. Prüfungsgegenstand sind dann nicht mehr allein die in Betracht kommenden Mittel, sondern zugleich das anvisierte Ziel. Daher dürften sich die Gemeinschaftsorgane z.B. nicht das Ziel einer gemeinschaftsweit einheitlichen, sekundärrechtlichen Rechtslage setzen, wenn der Binnenmarkt auch bei gegenseitiger Anerkennung zu verwirklichen sei<sup>82</sup>. Eine derartige Deutung des Subsidiaritätsprinzips steht aber weder mit dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 EGV in Einklang<sup>83</sup> noch mit der Systematik des EG-Vertrages. Denn Ziel einer Regelung kann niemals „die Schaffung einer einheitlichen sekundärrechtlichen Rechtslage“ sein. Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung ist auch im Gemeinschaftsrecht

---

<sup>79</sup> Lenz-Langguth, Art. 5 EGV Rdnr. 26; GTE-Zuleeg, Art. 3b EGV Rdnr. 21; a.A. wohl Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, 720, 723.

<sup>80</sup> Calliess/Ruffert-Calliess, Art. 5 Rdnr. 40; vgl. auch Nr. 5 des Subsidiaritätsprotokoll.

<sup>81</sup> So etwa Grabitz/Hilf-von Bogdandy/Nettesheim, Art. 3b EGV Rdnr. 33; dem folgend Franzen, Privatrechtsangleichung, 61.

<sup>82</sup> Grabitz/Hilf-von Bogdandy/Nettesheim, aaO; Franzen, aaO; ähnlich von Borries, EuR 1994, 263, 281; Pieper, DVBl. 1993, 705, 708.

<sup>83</sup> Dazu Calliess/Ruffert-Callies, Art. 5 Rdnr. 39, auch mit Hinweisen auf die Historie der Vorschrift.

kein Selbstzweck, sondern stets funktionsgebunden (Verwirklichung des Binnenmarktes etc.). Hier werden Mittel und Zweck verwechselt. Die Frage aber, welche Mittel zur Erreichung eines der vom EG-Vertrag vorgegebenen Ziele eingesetzt werden können, ist systematisch dem in Art. 5 Abs. 3 EGV niedergelegten Verhältnismäßigkeitsprinzip zuzuordnen, das bei der Auswahl unter den von einer Ermächtigungsnorm zugelassenen Regelungstypen stets zu beachten ist<sup>84</sup>.

Ein Handeln auf Gemeinschaftsebene setzt weiterhin voraus, dass es im Vergleich zu einem alleinigen Tätigwerden der Mitgliedstaaten einen signifikanten<sup>85</sup> „Mehrwert“ erbringt; die Gemeinschaftsziele müssen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen effizienter durch ein Handeln der Gemeinschaftsorgane erreicht werden können. Ist das nicht der Fall, d.h. kann die Gemeinschaft nur unwesentlich besser, lediglich genauso gut oder sogar schlechter für die Zielerreichung der Maßnahme eintreten, bleibt es bei der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Zur Ermittlung eines möglichen „Mehrwerts“ ist sowohl auf qualitative („Wirkungen“) als auch auf quantitative („Umfang“) Kriterien abzustellen<sup>86</sup>. In der Praxis kommt dem zweiten Element des Subsidiaritätstests freilich nur begrenzte Bedeutung zu. Denn es erscheint höchst unwahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten nicht hinlänglich und die Gemeinschaftsorgane zwar effektiver, aber immer noch nicht ausreichend handeln können.

## 2. Justiziabilität

Fraglich ist allerdings, ob das Subsidiaritätsprinzip überhaupt justiziabel ist. Das ist verschiedentlich bezweifelt worden<sup>87</sup>. Für eine Beantwortung dieser Frage ist zu klären, ob der Gerichtshof überhaupt zur Auslegung und Anwendung von Art. 5 Abs. 2 EGV berufen ist und, sofern dies der Fall sein sollte, wie er hierbei vorgehen, d.h. die Vorschrift auslegen wird und welche Folgen ein Verstoß gegen sie zeitigt.

Art. 5 Abs. 2 EGV ist ebenso wie das im folgenden noch zu behandelnde Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EGV) Bestandteil des EG-Vertrages und damit des primären Gemeinschaftsrechts. Dessen Einhaltung wird gem. Art. 220 ff. EGV vom Gerichtshof überwacht. Es kann daher überhaupt kein Zweifel bestehen, dass der EuGH somit auch zur Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips berufen ist<sup>88</sup>. Wenig

---

<sup>84</sup> Ebenso *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 70.

<sup>85</sup> Vgl. Nr. 5, 3. Spiegelstrich des Subsidiaritätsprotokolls („deutliche Vorteile“). Weiterhin etwa *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 19.

<sup>86</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 44.

<sup>87</sup> Vgl. z.B. *Weber*, JZ 1992, 328; weitere Nachweise bei *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 56.

<sup>88</sup> Nr. 13 des Subsidiaritätsprotokolls stellt dies nunmehr auch ausdrücklich klar.

Schwierigkeiten bereitet dies, sofern es um die Jurisdiktion zu reinen Rechtsfragen geht, etwa die Abgrenzung ausschließlicher und konkurrierender Zuständigkeiten, die Reichweite der Sperrwirkung einmal wahrgenommener konkurrierender Kompetenzen usw. Wesentlich problematischer ist hingegen eine Beurteilung des Kerngehalts von Art. 5 Abs. 2 EGV, d.h. des eigentlichen Inhalts des Subsidiaritätsprinzips. Denn hier stehen eminent politische Entscheidungen und vielschichtige Abwägungsprozesse der Gemeinschaftsorgane zur Diskussion, deren Überprüfung an rechtlichen Maßstäben zwar nicht unmöglich, aber doch äußerst schwierig ist. So sind insbesondere für die Feststellung, ob und inwieweit die Ziele „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“, vom Gemeinschaftsgesetzgeber äußerst komplexe Abwägungen vorzunehmen, in die zudem politische Wertungen einfließen. Deren Einschätzung kann durchaus verschieden ausfallen. Objektive Maßstäbe lassen sich nur schwer finden. Es liegt daher nahe, die vom EuGH in anderen Bereichen, in denen es zur Kompetenzausübung mit Unsicherheiten behafteter Prognoseentscheidungen von Gemeinschaftsorganen bedarf, entwickelten Grundsätze heranzuziehen. So hat der Gerichtshof etwa mehrfach entschieden, dass den Gemeinschaftsorganen bei der Beurteilung wirtschaftlicher und technischer Fragen ein breiter Beurteilungsspielraum zusteht<sup>89</sup>. Nichts anderes kann für die Kontrolle der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips gelten. Den Gemeinschaftsorganen ist daher bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips erfüllt sind und ein Handeln der Gemeinschaft unter diesem Gesichtspunkt zulässig ist, ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen. Gerichtlich überprüfbar ist letztlich nur, ob bei der von ihnen getroffenen prognostischen Entscheidung die inhaltliche Grenze des Willkürverbots überschritten worden ist<sup>90</sup>. Damit scheint das Subsidiaritätsprinzip als Mittel zur Kontrolle der Ausübung bestehender Gemeinschaftskompetenzen viel von seinem Wert zu verlieren. Nicht übersehen werden darf dabei jedoch, dass mit der grundsätzlichen Anerkennung einer weiten Entscheidungsprärogative eine erhöhte Begründungspflicht des Gemeinschaftsgesetzgebers einher geht. Verschiedenen Urteilen des Gerichtshof lässt sich zumindest die Tendenz entnehmen, dass, je weiter das den Gemeinschaftsorganen einge-

---

<sup>89</sup> Vgl. etwa zur Landwirtschaftspolitik EuGH 5.10.1994 Slg. 1994, I-4973, 5057 Egrd. 47 - Deutschland/Rat.

<sup>90</sup> *Everling*, FS Stern, 1227, 1233; *Hirsch*, Subsidiarität, 16; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 22; *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 62; für einen strikteren Prüfungsmaßstab hingegen *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 66 f.

räumte Beurteilungsspielraum ist, desto höher auch die an sie gestellten Anforderungen zur Begründung von Inhalt und Umfang der getroffenen Maßnahmen sind<sup>91</sup>. Beurteilungsspielraum und Begründungspflicht verhalten sich also umgekehrt proportional zueinander. Im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip ist das verschiedentlich als Umkehr der „Beweislast“ bezeichnet worden: Nicht die Mitgliedstaaten müssen eine Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaft beweisen, sondern die sich auf eine Kompetenzgrundlage berufenden Gemeinschaftsorgane haben das Vorliegen von deren Tatbestandsvoraussetzungen sowie die Einhaltung der Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 EGV darzulegen und nachzuweisen<sup>92</sup>. Diese sog. formelle Seite des Subsidiaritätsprinzips ist der eigentliche, mit seiner Einführung verbundene Gewinn; denn er zwingt die Gemeinschaftsorgane in weit stärkerem Maße als bisher dazu, eine nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit einer Regelung auf Gemeinschaftsebene zu liefern. Allerdings beschränkt sich die Kommission noch allzu oft auf die Verwendung wenig aussagekräftiger Subsidiaritätsformeln („Textbausteine“), die den im Subsidiaritätsprotokoll (sehr vorsichtig formulierten) Anforderungen<sup>93</sup> häufig nicht genügen. Und auch der EuGH scheint, wie insbesondere seine Entscheidung zur Richtlinie über Einlagensicherungssysteme zeigt, im Gegensatz zu seiner bisherigen Rechtsprechung nicht geneigt zu sein, allzu hohe Anforderungen an die Begründung des Vorliegens des Subsidiaritätserfordernisses zu stellen<sup>94</sup>.

Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip führen zur Unwirksamkeit der Gemeinschaftsmaßnahme. Die Entscheidung über die Unwirksamkeit obliegt jedoch allein dem Gerichtshof. Nationale Gerichte - einschließlich der nationalen Verfassungsgerichte - haben ebensowenig wie nationale Verwaltungsbehörden eine Verwerfungskompetenz<sup>95</sup>. Letztere können die

---

<sup>91</sup> Vgl. dazu mit Nachw. Calliess/Ruffert-Calliess, Art. 253 EGV Rdnr. 17 ff., 23.

<sup>92</sup> Pieper, DVBl. 1993, 705, 711; ähnlich Hirsch, Subsidiarität; 10 f. und 15; Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 25; Müller-Graff, ZHR 159 (1995), 34, 63; Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, 720, 725 (allerdings wiederum mit – unzutreffender – umgekehrter Vermutung bei einstimmigen Entscheidungen des Rates).

<sup>93</sup> Vgl. Nr. 9 des Subsidiaritätsprotokolls: Unbeschadet ihres Initiativrechts sollte die Kommission ... die Sachdienlichkeit ihrer Vorschläge unter dem Aspekt der Subsidiarität begründen; hierzu sind erforderlichenfalls in der Begründung des Vorschlags ausführliche Angaben zu machen.

<sup>94</sup> Vgl. EuGH 13.5.1997 Slg. 1997, I-2405, 2452 Egrd. 26 - Deutschland/Parlament und Rat. Einen Überblick über die Rechtsprechung des EuGH zum Subsidiaritätsprinzip gibt Schima, ÖJZ 1997, 761.

<sup>95</sup> Für Gerichte: EuGH 22.10.1987 Slg. 1987, 4199, 4231 Egrd. 17 - Foto-Frost; für Behörden: EuGH 13.2.1979 Slg. 1979, 623, 636 f. Egrde. 4 und 5 - Granaria.

Bürger allenfalls auf ihre Bedenken und etwaige Klagemöglichkeiten hinweisen<sup>96</sup>; erstere müssen bei Zweifeln an der Vereinbarkeit einer sekundärrechtlichen Regelung mit dem Subsidiaritätsprinzip die Frage dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vorlegen und sind andernfalls zu deren Anwendung verpflichtet<sup>97</sup>.

### 3. Noch einmal: Ausschließliche und konkurrierende Gemeinschaftskompetenzen

Besondere Bedeutung bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips kommt der Unterscheidung zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen zu. Die maßgeblichen Kriterien für eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Kompetenzkategorien sind bereits dargestellt worden<sup>98</sup>. Kurz zu vertiefen sind im folgenden jedoch noch die für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips wichtigen Fragen nach den Folgen der sog. „Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts“<sup>99</sup> sowie nach der Zuordnung des in Art. 95 EGV niedergelegten Auftrags zur Verwirklichung des Binnenmarktes.

#### a) Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts und ausschließliche Zuständigkeit

Nach verbreiteter Ansicht führt die „Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts“ zu einer nachträglichen ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft, sofern durch einen Rechtsakt der Gemeinschaft, der auf eine den konkurrierenden Kompetenzen zuzurechnende Zuständigkeitsnorm gestützt wurde, eine Frage vollständig und abschließend geregelt wird<sup>100</sup>. Das überzeugt jedoch nicht.

<sup>96</sup> *Streinz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Hdb. des Staatsrechts, Bd. VII, § 182 Rdnr. 66.

<sup>97</sup> Näher dazu *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 57 ff.; kritisch *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 22 f.

<sup>98</sup> Vgl. § 10, A I 1 und 2.

<sup>99</sup> Ausführlich dazu *Furrer*, Sperrwirkung, passim.

<sup>100</sup> Vgl. z.B. *Bieber*, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität, Idee und Wirklichkeit, 165, 174; *Lecheler*, Subsidiaritätsprinzip, 104; *Pieper*, Subsidiarität, 263 f.; *Schima*, ÖJZ 1997, 761, 762; *Toth*, CMLR 1992, 1079, 1087 ff.; grundsätzlich auch *Everling*, FS Stern, 1227, 1236: „Die Bezugnahme auf einen ‘Bereich’, in dem ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft besteht, muß also bei sinngemäßer Auslegung auf den Gegenstand der betreffenden Regelung bezogen werden und erhält seinen Sinn durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts“; mit ähnlichem Ansatz, jedoch anderem Ergebnis *GTE-Zuleeg*, Art. 3 b EGV Rdnr. 5: „Diese Art ausschließlicher Kompetenz läßt sich nicht in Art. 3 b Abs. 2 einsetzen“.

Zu einer Sperrwirkung kann es vor allem in Bereichen konkurrierender Zuständigkeiten kommen, wenn die Gemeinschaft von der ihr eingeräumten Rechtsetzungskompetenz durch Erlass eines Sekundärrechtsakts Gebrauch gemacht hat. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts<sup>101</sup> bewirkt in diesen Fällen, dass bestehendes nationales Recht, das dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, verdrängt wird und neues nationales Recht diesen Inhalts nicht erlassen werden darf. In den Worten des EuGH<sup>102</sup>:

„Darüber hinaus haben nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten nicht nur zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch - da diese Bestimmungen und Rechtsakte vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines jeden Mitgliedstaats bestehenden Rechtsordnung sind -, dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wäre“.

Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers wird durch einen so verstandenen Vorrang des Gemeinschaftsrechts zweifelsohne eingeschränkt. So weit der Vorrang reicht, d.h. im Anwendungsbereich des jeweiligen Rechtssetzungsakts<sup>103</sup>, ist nunmehr allein die Gemeinschaft für seine Änderung und Fortentwicklung zuständig. Allen Mitgliedstaaten ist der Weg zu eigenem gesetzgeberischen Handeln „versperrt“. Gleichwohl führt diese Sperrwirkung zu keiner Kompetenzverschiebung dergestalt, dass nunmehr die Gemeinschaftsorgane *ausschließlich* zuständig und daher Änderungen sowie Fortentwicklungen bestehender Sekundärrechtsakte nicht mehr am Subsidiaritätsprinzip zu messen wären. Eine solche Annahme wäre schon deshalb widersprüchlich, weil sie es der Gemeinschaft gestattete, die Reichweite des im EG-Vertrag nieder-

---

<sup>101</sup> Dazu *Streinz*, FS Söllner, 1139 ff.

<sup>102</sup> EuGH 9.3.1978 Slg. 1978, 629, 644 Egrd. 17 - Simmenthal II.

<sup>103</sup> Die Reichweite der Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts lässt sich nicht abstrakt, sondern stets nur einzelfallbezogen, d.h. in Abhängigkeit vom jeweiligen Sekundärrechtsakt, bestimmen. Festzustellen ist, ob und inwieweit ein von der Gemeinschaft erlassener Akt des Sekundärrechts einen Sachverhalt vollständig und abschließend regelt. Oft gestattet die gemeinschaftsrechtliche Regelung bereits explizit nationale Abweichungen, indem sie lediglich Mindeststandards postuliert oder Öffnungsklauseln zugunsten gleichwertiger nationaler Regelungen enthält. Aber auch ohne derartige ausdrückliche Vorschriften kann sich durch Auslegung des einzelnen Rechtsakts ergeben, dass er eine Materie nicht abschließend regeln soll, so dass ergänzende mitgliedstaatliche Maßnahmen zulässig bleiben, sofern sie sich nicht zu dem mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung angestrebten Ziel in Widerspruch setzen. Zu den Einzelheiten vgl. *Furrer*, Sperrwirkung, 90 ff.

gelegten Subsidiaritätsprinzips durch den Erlass sekundärrechtlicher Regelungen selbst zu bestimmen<sup>104</sup>. Hinzu kommt, dass die von Akten des Gemeinschaftsgesetzgebers ausgehende Sperrwirkung nicht von vornherein unabänderlich, sondern im Prinzip nur vorübergehend ist. Denn die Mitgliedstaaten können ihre Handlungsbefugnis jederzeit wiedererlangen, wenn der Sekundärrechtsakt gänzlich aufgehoben oder um mitgliedstaatliche Handlungsoptionen ergänzt wird. Von einer ausschließlichen Kompetenz lässt sich aber nur sprechen, wenn ein Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft vollständig und *endgültig* übertragen worden ist<sup>105</sup>. Allein die Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts kann daher keine nachträgliche ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane begründen. Sämtliche Änderungen (Anpassungen, Erweiterungen, Verschärfungen, Verlängerungen etc.) von gemeinschaftlichen Rechtsakten, die auf konkurrierende Zuständigkeiten gestützt wurden, sind folglich nur zulässig, sofern auch sie den in Art. 5 Abs. 2 EGV niedergelegten Subsidiaritätsanforderungen genügen<sup>106</sup>.

#### b) Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip

Umstritten ist, in welchem Verhältnis das in Art. 14 EGV der Gemeinschaft aufgegebene Binnenmarktziel sowie die seiner Verwirklichung dienenden Kompetenznormen zum Subsidiaritätsprinzip stehen. Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich bei der Verwirklichung des Binnenmarktes (sowie des Gemeinsamen Marktes) um eine den ausschließlichen Gemeinschaftskompetenzen zuzurechnende Aufgabe, weil die dafür erforderliche Rechtsangleichung von ihrer Idee her nur gemeinschaftlich bewältigt werden und insbesondere die Definitionszuständigkeit für Maß und Grad der in der Gemeinschaft verbindlich angestrebten Marktintegration im Rahmen des Binnenziels nicht den Mitgliedstaaten, sondern allein den Gemeinschaftsorganen zugewiesen sein könne<sup>107</sup>. Die h. M. hingegen rechnet die

---

<sup>104</sup> So auch Calliess/Ruffert-*Callies*, Art. 5 EGV Rdnr. 31.

<sup>105</sup> *Von Borries*, EuR 1994, 263, 274.

<sup>106</sup> Mit gleichem Ergebnis Calliess/Ruffert-*Calliess*, Art. 5 EGV, Rdnr. 31; *Furrer*, Sperrwirkung, 236; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 14; *ders.*, AöR 121 (1996), 173, 186 ff.

<sup>107</sup> So insbesondere *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 69 f.; *Schwartz*, AfP 1993, 409, 415; *ders.*, FS Everling, 1331, 1340; mit gleichem Ergebnis u. a. auch *Emmerich-Fritsche*, Verhältnismäßigkeitsprinzip, 291; *Heermann*, in: Scholz (Hrsg.), Deutschland auf dem Weg in die Europäische Union, 364, 369; *Lenz-Langguth*, Art. 5 EGV Rdnr. 19; *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, 593, 594; *Reich*, ZEuP 1994, 381, 403 f.; *Toth*, CMLR 1992, 1079, 1090. Vgl. weiterhin die Schlussanträge von GA *Lenz*, Slg. 1996, I-4115, 4136 Nr. 60 - Kommission/Belgien.

der Verwirklichung des Binnenmarktes dienenden Kompetenzgrundlagen zu den konkurrierenden Zuständigkeiten<sup>108</sup>. Das hauptsächlich hierfür ins Feld geführte Argument, andernfalls bliebe das Subsidiaritätsprinzip ohne wesentlichen Anwendungsbereich und drohe nahezu gänzlich leerzulaufen, ist freilich recht schwach. Im Ergebnis ist der h. M. gleichwohl zuzustimmen. Entscheidend ist, dass eine „vollständige und endgültige“ Übertragung von Kompetenzen zur Herstellung des Binnenmarktes auf die Gemeinschaft und vice versa eine absolute Handlungssperre für die Mitgliedstaaten nicht erkennbar ist. Solange die Gemeinschaft nicht gehandelt hat, sind die Mitgliedstaaten in keiner Weise gehindert, aus eigener Initiative binnenmarktrelevante und insbesondere -fördernde Maßnahmen zu ergreifen, sofern sie mit dem Vertrag und speziell den Grundfreiheiten in Einklang stehen. Zu einer Handlungssperre für die Mitgliedstaaten kommt es - wie bei allen anderen konkurrierenden Zuständigkeiten der Gemeinschaft auch - erst, wenn die Gemeinschaft von den ihr übertragenen Zuständigkeiten Gebrauch gemacht hat. Der Annahme einer konkurrierenden Zuständigkeit steht auch nicht im Widerspruch zu der durchaus zutreffenden Annahme, dass die Definitionszuständigkeit für Maß und Grad der rechtspolitisch verbindlich angestrebten Marktintegration im Rahmen des Binnenmarktziels kraft „Natur der Sache“ sinnvoll nur bei den zur Rechtspolitik zuständigen Organen der Gemeinschaft liegen kann<sup>109</sup>. Denn das Subsidiaritätsprinzip entzieht der Gemeinschaft nicht die Kompetenz zur Zielkonkretisierung, sondern entscheidet lediglich darüber, ob es zur Erreichung des von der Gemeinschaft angestrebten Grades an Marktintegration tatsächlich gemeinschaftlichen Handelns bedarf oder mitgliedstaatliche Maßnahmen ausreichend sind. Im übrigen sollten die Folgen einer Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf die im EG-Vertrag vorhandenen Normen zur Herstellung des Binnen- bzw. Gemeinsamen Marktes nicht überbewertet werden. Denn sie setzen sämtlich voraus, dass ein gemeinschaftliches Handeln erforderlich ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, wird die jeweilige Maßnahme aber auch einem Subsidiaritätstest standhalten<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Vgl. z.B. *von Borries*, EuR 1994, 263, 275; *Calliess/Ruffert-Calliess*, Art. 5 EGV Rdnr. 24; *Calliess*, EuZW 1995, 693, 695; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 13; *ders.*, AöR 121 (1996), 173, 191; *Lurger*, Regulierung, 112 f.; *Remien*, JZ 1994, 349, 353; *dens.*, ZfRV 1995, 116, 126; *Schmidhuber/Hitzler*, EuZW 1993, 8, 9; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnr. 344; *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 132. Unentschieden *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121, 129.

<sup>109</sup> Darauf stellt zur Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit insbesondere *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34, 69, ab.

<sup>110</sup> Ebenso *Armbrüster*, RabelsZ 60 (1996), 72, 83; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil, Rdnr. 131.

#### IV. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip wird durch den in Art. 5 Abs. 3 EGV niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergänzt: Maßnahmen der Gemeinschaft dürfen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinausgehen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Gemeinschaft nur solche Maßnahmen trifft, die für das angestrebte Ziel zwingend erforderlich sind. Es handelt sich also ebenso wie beim Subsidiaritätsprinzip um eine Kompetenzausübungsregel<sup>111</sup>. Im Unterschied zum Subsidiaritätsprinzip betrifft sie aber nicht das „Ob“ eines Tätigwerdens der Gemeinschaft, sondern regelt das „Wie“ der Kompetenzausübung<sup>112</sup>. Art. 5 Abs. 3 EGV trifft also eine Aussage über die Art und Intensität eines möglichen Handelns der Gemeinschaft. Lässt das Subsidiaritätsprinzip gemeinschaftliche Maßnahmen zu, so ist anhand von Art. 5 Abs. 3 EGV zu prüfen, auf welche Art und Weise und mit welchen Instrumenten dies geschehen kann. Darüber hinaus findet Art. 5 Abs. 3 EGV aber auch dann Anwendung, wenn ausschließliche Kompetenzen der Gemeinschaft betroffen sind, das Subsidiaritätsprinzip also gar nicht zum Tragen kommt. Anzumerken ist weiterhin, dass das Verhältnismäßigkeits- im Unterschied zum Subsidiaritätsprinzip Geltung nicht nur für das Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten beansprucht, sondern ebenso bei Rechtsverhältnissen zwischen der Gemeinschaft und den Gemeinschaftsbürgern zu beachten ist<sup>113</sup>.

Inhaltlich verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass das gemeinschaftliche Handeln zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist<sup>114</sup>. Für die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft ergibt sich daraus eine Hierarchie der zur

---

<sup>111</sup> *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 159.

<sup>112</sup> Ebenso *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 28; *Kahl*, AÖR 1993, 414, 426; *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 159; *Thiele*, Recht der Gemeinsamen Agrarpolitik, 59. Überschneidungen mit dem Subsidiaritätsprinzip sind grundsätzlich möglich, aber hier nicht zu vertiefen; vgl. dazu *Emmerich-Fritsche*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 298 ff.; a.A. wohl *Hirsch*, Subsidiarität, 13 („... das Ob, das Was und das Wie einer Maßnahme ...“).

<sup>113</sup> Das war bisher sogar die klassische Sichtweise, da bis zur Änderung des EGV durch den Vertrag von Maastricht der nichtkodifizierte, aber von Beginn an als essentieller Bestandteil des Gemeinschaftsrechts betrachtete (vgl. zur Grundlegung und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips *Emmerich-Fritsche*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 96 ff.) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Gerichtshof überwiegend nur bezüglich der Belastung Privater geprüft wurde, vgl. z.B. EuGH 18.9.1986 Slg. 1986, 2519, 2543 f. Egrde. 19 ff. - Kommission/Deutschland.

<sup>114</sup> Zu den Einzelheiten *Emmerich-Fritsche*, Prinzip der Verhältnismäßigkeit, 232 ff.

Verfügung stehenden Mittel. Sie können nicht beliebig, sondern nur unter Beachtung einer durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgegebenen „prozeduralen Subsidiarität“<sup>115</sup> eingesetzt werden. Koordinierende und unverbindliche Maßnahmen sind, soweit dies zur Zielverwirklichung ausreicht, Rahmenregelungen oder Mindestnormen vorzuziehen. Letztere wiederum genießen den Vorrang vor einer Totalharmonisierung, die allenfalls als „ultima ratio“ in Betracht kommt, da sie zu einem vollständigen Übergang der Normsetzungskompetenz auf die EG führt und nationale Handlungsspielräume entfallen lässt<sup>116</sup>. Weiterhin ist unter sonst gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung vorzuziehen. Allgemein lässt sich formulieren, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip dazu zwingt, den Maßnahmenkatalog des Art. 249 EGV in umgekehrter Ordnung zu hierarchisieren<sup>117</sup>. Weitere Differenzierungsmöglichkeiten sind vorhanden<sup>118</sup>. Bei alledem darf freilich nicht übersehen werden, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kein starres Regelungskonzept vorgibt, sondern immer nur einzelfallbezogen, bei einem gesetzgeberischen Tätigwerden also insbesondere in Abhängigkeit von der zu regelnden Materie, anzuwenden ist.

### *B. Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Zivilrechts*

Die Frage nach den Kompetenzen der EG für Maßnahmen zur Angleichung oder Vereinheitlichung im Bereich des Zivilrechts ist entscheidend für die Fortentwicklung des europäischen Privatrechts. Sie wird bislang allerdings nicht allzu oft gestellt<sup>119</sup>. Die zahlreichen Richtlinien begnügen sich meist mit nichtssagenden Statements zur Kompetenzfrage, die sich oft in der schlichten Wiederholung des Wortlauts der vertraglichen Kompetenznormen erschöpfen, deren Tragfähigkeit sich nicht selten in Frage stellen lässt. Dem gegenüber stehen Stimmen, die eine Kompetenz für das Privatrecht berührende Rechtsakte der EG grundsätzlich in Zweifel ziehen<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Calliess/Ruffert-Calliess, Art. 5 EGV Rdnr. 52.

<sup>116</sup> Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts, vgl. § 10, A III 3 a.

<sup>117</sup> So auch Hirsch, Subsidiaritätsprinzip, 14, allerdings unter Berufung auf das Subsidiaritäts- und nicht das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

<sup>118</sup> Vgl. m. w. Nachw. Calliess/Ruffert-Calliess, aaO; Emmerich-Fritsche, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 304 f.

<sup>119</sup> Ausführlich allerdings Deckert/Lilienthal, EWS 1999, 121; neuerdings auch Basedow, AcP 200 (2000), 445, 473 ff.

<sup>120</sup> Rittner, JZ 1990, 838, 842.

### *I. Funktionaler Ansatz*

Das Gemeinschaftsrecht unterscheidet, von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>121</sup>, nicht zwischen privatem und öffentlichem Recht, sondern ist funktional ausgerichtet. Insbesondere im Primärrecht finden sich nur wenige Vorschriften, die unmittelbar privatrechtliche Sachverhalte regeln oder solche zumindest ansprechen. Daraus zu schließen, der Gemeinschaft mangle es generell an der Kompetenz zum Erlass von Rechtsakten zur Angleichung oder Vereinheitlichung des Privatrechts<sup>122</sup>, wäre jedoch verfehlt. Bereits im Rahmen der Behandlung der Grundfreiheiten konnte gezeigt werden, dass auch die mitgliedstaatlichen Privatrechte den Einflüssen des Gemeinschaftsrechts nicht entzogen sind, sofern es an ihrer Binnenmarktkompatibilität fehlt. Nichts anderes gilt auf der Ebene des Sekundärrechts. Zwar findet sich im EG-Vertrag keine allgemeine Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinschaftsorgane für privatrechtsrelevante Rechtsakte. Im Folgenden wird jedoch zu zeigen sein, dass zahlreiche Kompetenzvorschriften des EG-Vertrages die Gemeinschaft durchaus ermächtigen, in bestimmten Bereichen des Privatrechts Recht zu setzen, sofern dies zum Erreichen der mit den einzelnen Befugnisnormen verfolgten Ziele erforderlich ist.

### *II. Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt (Art. 94, 95 EGV)*

Die in der Gemeinschaftspraxis wichtigsten Kompetenznormen, die zur Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht ermächtigen, sind zweifelsohne Art. 94, 95 EGV. Dies macht bereits ein Blick auf die bislang erlassenen Rechtsakte deutlich. So wurden beispielsweise sowohl die Produkthaftungs-Richtlinie als auch die Verbraucherkredit- und die Haustürwiderrufs-Richtlinie auf Art. 94 EGV gestützt. Die Vorschrift hat seit dem In-Kraft-Treten der Einheitlichen Europäischen Akte und dem mit ihr neu in den EG-Vertrag eingefügten Art. 95 EGV allerdings einiges von ihrer Bedeutung verloren. Denn letztgenannte Norm ist die für Binnenmarktsachverhalte speziellere, geht also in ihrem Anwendungsbereich Art. 94 EGV vor<sup>123</sup>. Für sämtliche neueren Rechtssetzungsakte der EG, die eine Angleichung des Zivilrechts zur Verwirklichung des Binnenmarktes zum Ziel hatten, ist daher Art. 95 als Kompetenzgrundlage herangezogen worden, so etwa für den Erlass der Klausel-, der Timesharing-, der Fernabsatz- sowie

---

<sup>121</sup> Vgl. z.B. Art. 65 EGV.

<sup>122</sup> *Rittner*, JZ 1990, 838, 842.

<sup>123</sup> Vgl. Art. 95 Abs. 1 S. 1: „... gilt abweichend von Art. 94 ...“.

der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und schließlich auch der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr. Überhaupt hat die Einführung des Art. 95 EGV die Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht entscheidend vorangetrieben, da mit dieser Vorschrift vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip übergegangen wurde, was den Rechtsetzungsprozess wesentlich vereinfacht.

#### 1. Art. 95 EGV

Gem. Art. 95 EGV erlässt der Rat für die Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV im Verfahren der Mitentscheidung sowie nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Die Anwendbarkeit der Norm setzt also dreierlei voraus: Die Maßnahme muss der „Verwirklichung der Ziele des Art. 14“ dienen, „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ und darf außerdem nur zu einer „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ führen. Bevor auf diese einzelnen Tatbestandsmerkmale näher eingegangen werden kann, ist jedoch zunächst noch der Frage nach dem Anwendungsbereich der Vorschrift, d.h. nach ihrem Verhältnis zu anderen Kompetenznormen des EG-Vertrages, nachzugehen.

##### a) Anwendungsbereich

Von Bedeutung ist zunächst, dass eine auf Art. 95 EGV stützbar Kompetenz der Gemeinschaft nur besteht, „soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist“. Art. 95 EGV findet gegenüber speziellen Kompetenzvorschriften also nur subsidiäre Anwendung. Solche Spezialregelungen, die auch für das Privatrecht relevant sein können, finden sich z.B. in Art. 40, 42 EGV für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, in Art. 46 Abs. 2, 47 Abs. 2 EGV für das Niederlassungsrecht sowie schließlich für den Dienstleistungsverkehr in Art. 55 EGV. Für das Gemeinschaftsprivatrecht weiterhin bedeutsam und gegenüber Art. 95 EGV vorrangig ist für den Bereich des Transportsektors Art. 71 EGV. Setzt man sämtliche Kompetenznormen zueinander ins Verhältnis, so ergibt sich, dass Art. 94 EGV die Funktion einer *lex generalis absoluta* zukommt, während es sich bei Art. 95 EGV um ein *lex generalis relativa* handelt und die zuvor aufgeführten Sondernormen schließlich *leges speciales* darstellen<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Calliess/Ruffert-Kahl, Art. 95 EGV Rdnr. 5.

Zu beachten ist weiterhin, dass gem. Art. 95 Abs. 2 EGV die Vorschrift nicht für den Erlass von Maßnahmen herangezogen werden kann, die eine Regelung von Bestimmungen über die Steuern, die Freizügigkeit oder die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer zum Gegenstand haben. Betrachtet man den Subsidiaritätsvorbehalt des Abs. 1 sowie die in Abs. 2 formulierten Bereichsausnahmen zusammen, so ergibt sich, dass Art. 95 EGV im Kern vor allem für Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich des freien Warenverkehrs von Bedeutung ist<sup>125</sup>.

b) Einzelheiten

aa) Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV

Wesentlich für die auf Art. 95 EGV gestützte Rechtsangleichung ist ihre Verknüpfung mit den Zielen des Art. 14 EGV. Gemeinschaftliche Maßnahmen können nur dann auf Art. 95 EGV gestützt werden, wenn sie „der Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV“ dienen. Sie müssen also auf die Errichtung und das Funktionieren eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, gerichtet sein. Art. 95 EGV kann daher zum einen für solche gemeinschaftlichen Maßnahmen herangezogen werden, die der Beseitigung etwaiger Freiverkehrshindernisse dienen, die darauf beruhen, dass durch mitgliedstaatliche Vorschriften hervorgerufene Beeinträchtigungen des Schutzbereiches der Grundfreiheiten im Allgemeininteresse gerechtfertigt sind. Aufgabe der Gemeinschaft ist es in diesem Fall, das Allgemeininteresse aus gemeinschaftlicher Sicht durch Maßnahmen der Rechtsangleichung zu konkretisieren und so bestehende Freiverkehrshinderungen zu beseitigen. Man spricht in diesem Fall von reaktiver Rechtsangleichung.

Die Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV beschränkt sich aber nicht auf die Beseitigung von Freiverkehrshindernissen, bei denen eine der in der Vorschrift genannten Freiheiten tatbestandlich einschlägig ist. Es genügt bereits, dass aufgrund der Unterschiedlichkeit der nationalen Normen Wettbewerbsverzerrungen drohen; denn gem. Art. 3 lit. g EGV umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft auch „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Die Gemeinschaft kann auf der Basis von Art. 95 EGV auch tätig werden, wenn zwar keine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten zu besorgen steht, aber

---

<sup>125</sup> Vgl. Grabitz/Hilf-Langeheine, Art. 100 a EGV a. F. Rdnr. 19, 47; Callies/Ruffert-Kahl, Art. 95 EGV Rdnr. 6.

die Gefahr droht, dass die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten „verfälschte Wettbewerbsbedingungen schaffen oder aufrecht erhalten“<sup>126</sup>. Der Gerichtshof hat daraus z.B. gefolgert,

„daß eine Maßnahme, durch die die nationalen Rechtsvorschriften über die Produktionsbedingungen in einem bestimmten Wirtschaftssektor zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen in diesem Sektor angeglichen werden sollen, geeignet ist, zur Verwirklichung des Binnenmarktes beizutragen, und deshalb in den Geltungsbereich des Artikels 100 a, einer auf die Vollendung des Binnenmarktes speziell zugeschnittenen Bestimmung, fällt“<sup>127</sup>.

Allerdings lässt sich Art. 95 EGV nicht dahin auslegen, dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt. Dies widerspräche nicht nur dem Wortlaut der genannten Bestimmung, sondern wäre auch mit dem in Art. 5 EGV postulierten Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf behrenzten Ermächtigungen beruhen, unvereinbar. Der Gerichtshof verlangt daher, dass ein auf der Grundlage von Art. 95 EGV erlassener Rechtsakt tatsächlich den Zweck haben muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Allein die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen genügen daher nicht, um die Wahl von Art. 95 EGV als Rechtgrundlage zu rechtfertigen. Denn bei einer solchen Auslegung der Vorschrift würde der vom Gerichtshof vorzunehmenden Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen und er an der Wahrnehmung der ihm gem. Art. 220 EGV obliegenden Aufgabe gehindert werden, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern<sup>128</sup>.

Der Handlungsrahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers wird weiterhin dadurch eingeschränkt, dass nicht bereits das Vorliegen oder die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung als solcher für die Begründung einer auf Art. 95 EGV beruhenden Kompetenz genügt. Der Gerichtshof fordert eine „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt; denn

„bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über die Vorausset-

<sup>126</sup> EuGH, Slg. 1991, I-2867, 2899 Egrd. 15-Kommission/Rat („Titanoxid“).

<sup>127</sup> EuGH, Slg. 1991, I-2867, 2899 Egrd. 23-Kommission/Rat („Titanoxid“). Art. 100a EGV a. F. = Art. 95 EGV idF des Vertrags von Amsterdam.

<sup>128</sup> EuGH 5.10.2000 EuZW 2000, 694, 699 Egrd. 84-Deutschland/Parlament und Rat („Tabakwerberichtlinie“).

zungen der Ausübung bestimmter Tätigkeiten bestehen nämlich vielfach Unterschiede, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen der betroffenen Unternehmen auswirkt. Eine Auslegung des Artikels 100 a sowie von Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 66 EG-Vertrag dahin, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Bestimmungen auch zur Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen heranziehen dürfte, wären deshalb mit dem Grund unvereinbar, daß die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen<sup>129</sup>.

Es ist deshalb bei jedem auf Art. 95 EGV gestützten Rechtsakt zu prüfen, ob er tatsächlich zur Beseitigung *spürbarer* Verzerrungen des Wettbewerbs beiträgt.

Verschiedentlich wird vertreten, ein Rechtsakt der Gemeinschaft, der der Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen diene, könne nur dann auf Art. 95 EGV gestützt werden kann, wenn sich diese Wettbewerbsverfälschungen zugleich nachteilig auf den freien Warenverkehr auswirken<sup>130</sup>. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz. Dem Anwendungsbereich von Art. 95 EGV lassen sich auch Rechtsangleichungsmaßnahmen zuordnen, mit denen Wettbewerbsverfälschungen beseitigt werden sollen, die zu keiner Behinderung des grenzüberschreitenden Warenverkehr führen, sondern aus der Unterschiedlichkeit der Produktionsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten resultieren. Auch derartige standortbezogene Wettbewerbsverfälschungen können durch auf Art. 95 EGV gestützte Rechtsakte abgebaut werden. Denn würde die Vorschrift nur Wettbewerbsverfälschungen erfassen, die sich nachteilig auf den freien Warenverkehr auswirken, wäre zumindest die in Art. 95 Abs. 2 postulierte Ausnahme für die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer überflüssig, dient doch die Angleichung von Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht der Erleichterung der Freizügigkeit, sondern der „Einebnung eines Gefälles des Schutzniveaus mit wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen, das zu Produktionsverlagerung führen kann“<sup>131</sup>.

#### bb) Errichtung und Funktionieren des Binnenmarktes

Art. 95 EGV erlaubt Maßnahmen, die „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Mit „Errichtung des Binnenmarktes“ ist der Erlass von Rechtsakten zur Schaffung des in Art. 14 Abs. 2 EGV genannten Raumes ohne Binnengrenzen gemeint, wobei

---

<sup>129</sup> EuGH 5.10.2000 EuZW 2000, 694, 700 Egrd. 107-Deutschland/Parlament und Rat („Tabakwerberichtlinie“).

<sup>130</sup> So die Stellungnahme des deutschen Bundesrates zum Subsidiaritätsbericht der Kommission, vgl. EuZW 1997, 485, 486; ähnlich wohl *Dausies*, EuZW 1994, 545.

<sup>131</sup> *GTE-Bardenhewer/Pipkorn*, Art. 100 a EGV Rdnr. 19.

das in Art. 14 Abs. 1 EGV genannte Verwirklichungsdatum „31.12.1992“ lediglich programmatischen Charakter hat, danach ergehenden Maßnahmen also in keiner Weise entgegensteht. Der Begriff des „Funktionierens“ nimmt auf die fortdauernde Wirkungsweise des Binnenmarktes Bezug, beinhaltet also vor allem Maßnahmen, die zum einen der Anpassung an sich ändernde rechtliche oder tatsächliche Rahmenbedingungen dienen oder aber einer Verbesserung und insbesondere Vertiefung bereits ergangener Maßnahmen.

cc) Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten

Art. 95 Abs. 1 EGV ermächtigt zur „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“. Daraus kann freilich nicht geschlossen werden, dass auf Art. 95 Abs. 1 EGV gestützte Rechtsakte der Gemeinschaft nur dann zulässig sind, wenn in dem von ihr als Regelungsgegenstand ins Auge gefasstem Bereich bereits mitgliedstaatliche Vorschriften existieren. Eine Gemeinschaftskompetenz bestehe vielmehr auch dann, wenn ein gemeinschaftliches Tätigwerden notwendig ist, um präventiv Regelungen zu erlassen, die von vornherein das Entstehen von Rechtsunterschieden und damit einhergehende Gefährdungen des Binnenmarktes durch mitgliedstaatliches Handeln verhindern. Die Gemeinschaft erhält so insbesondere die Möglichkeit, neuen technischen Entwicklungen dadurch Rechnung zu tragen, dass sie durch entsprechende binnenmarktfördernde Rechtsakte das Entstehen mutmaßlich divergierender mitgliedstaatlicher Legislativakte unterbindet. So verfuhr die Gemeinschaft z.B. bei den neuartigen Lebensmitteln durch den Erlass der Novel-Food-Verordnung. Im Zivilrecht ist eine solche „präventive Rechtsangleichung“ vor allem im Bereich der neuen Kommunikationsmedien zu verzeichnen. Beispiele sind etwa die für die Formvorschriften des BGB bedeutsame Signatur-Richtlinie oder die vertragsrechtliche Regelungen enthaltende Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

c) Art. 95 EGV und Zivilrecht

Eine auf Art. 95 EGV gründende Kompetenz zur Angleichung mitgliedstaatlicher Vorschriften setzt, wie gesehen, einen Binnenmarktbezug der anzugleichenden Normen voraus, der sich in einer mit ihnen einhergehenden Beschränkung der Grundfreiheiten oder einer durch sie drohenden Gefahr spürbarer Wettbewerbsverfälschungen konkretisieren muss. Unter diesen Prämissen ist im folgenden zu betrachten, ob und inwieweit in den Bereichen des Kernprivatrechts, d.h. des Schuldvertrags-, Delikts-,

Sachen-, Familien- und Erbrechts, Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft bestehen, die sich auf Art. 95 EGV stützen lassen. Dabei kann es freilich nicht darum gehen, in allen Einzelheiten sämtliche Bereiche des Kernprivatrechts auszuleuchten, die einer Vergemeinschaftung zugänglich sind. Ziel kann nur die exemplarische Behandlung einzelner Materien und die Herausarbeitung von Bereichen sein, in denen Angleichungspotentiale bestehen.

#### aa) Schuldvertragsrecht

Das Schuldvertragsrecht ist, wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde, das „Schmieröl“ des Binnenmarktes. Ihm kommt sowohl eine Ermöglichungs- als auch eine Erleichterungsfunktion zu. Ohne die Möglichkeit, privatautonom Verträge schließen zu können, ist ein durch den freien Austausch von Gütern und Dienstleistungen gekennzeichnete Markt überhaupt nicht vorstellbar. Und je transaktionsoffener das Schuldrecht ist, desto stärker erleichtert es auch wirtschaftliche Aktivitäten der Marktteilnehmer, wobei natürlich genauso andere Faktoren, wie beispielsweise das Steuer- oder Gewerberecht, Einfluss ausüben.

Nimmt man zunächst die Grundfreiheiten in den Blick, so ergibt sich unter Berücksichtigung der im ersten Kapitel erzielten Ergebnisse, dass Angleichungskompetenzen besonders in solchen Bereichen bestehen, in denen die mitgliedstaatlichen Rechte den Marktteilnehmern den privatautonomen Abschluss von Verträgen verbieten oder Einschränkungen unterwerfen, die grenzüberschreitende Vertriebsstrategien wesentlich erschweren, und die Vertragsparteien dem nicht durch eine Rechtswahl ausweichen können. Weitreichende Angleichungsmöglichkeiten bestehen daher besonders im Bereich des Verbraucherschutzes; denn hier ist die parteiautonome Bestimmung des anwendbaren Rechts zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, jedoch derart eingeschränkt, dass sich die Anbieter von Waren oder Dienstleistungen zumindest auch nach dem Recht des Destinationsstaates richten müssen, sofern dies für die Vertragsgegenseite „Verbraucher“ günstiger ist. Im übrigen aber kommen, stellt man nur auf die Grundfreiheiten ab, lediglich punktuelle Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft in Betracht.

Die Perspektive ändert sich, wenn man in einem weiteren Schritt die Gefahr der Verursachung von Wettbewerbsverfälschungen näher betrachtet. Hat, wie mehrfach hervorgehoben, Schuldvertragsrecht sowohl eine Ermöglichungs- als auch eine Erleichterungsfunktion, liegt es auf der Hand, dass die Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen können. Ein von *Basedow* ge-

bildetes Beispiel aus dem Kaufvertragsrecht mag dies illustrieren<sup>132</sup>. Ist A am Abschluss eines Vertrages über eine bestimmte Ware oder Dienstleistung interessiert, so stehen ihm potenzielle Geschäftspartner aus bis zu fünfzehn verschiedenen Mitgliedstaaten gegenüber. Sie erstellen, ohne dass sie von einander wissen, ihre Angebote gegenüber A auf der Grundlage des ihnen vertrauten und gem. Art. 4 Absatz 1 EVÜ mangels anderweitiger Rechtswahl anwendbaren Vertragsrechts ihres Herkunftslandes. Kostenrelevant sind für sie auch dispositive Vorschriften, etwa über die Sachmängelgewährleistung des Käufers, die in einzelne Mitgliedstaaten zum Teil sehr unterschiedlich ausgestaltet sind<sup>133</sup>. Dass dies zu Wettbewerbsverzerrungen führt, ist offensichtlich<sup>134</sup>.

Nun kann man einwenden, die Parteien könnten dem ja durch eine privatautonome Vertragsgestaltung begegnen. Zu gleichen Wettbewerbspositionen führt das jedoch nicht.

„Denn wer vor dem Hintergrund seines eigenen strengen Gewährleistungsrechts ein zu teures Angebot macht, erhält vom Nachfrager vielleicht gar nicht mehr die Chance, sich im Verhandlungswege zu korrigieren. Denkbar ist es auch, dass ein strenges Gewährleistungsrecht die Unternehmen in den betreffenden Land möglicherweise zur Einrichtung von Kundendienstabteilungen veranlasst hat, deren Kosten als Gemeinkosten auf alle Aufträge umgelegt werden, und dass der spezifische privatrechtliche Hintergrund dieses landesüblichen Kostenfaktors den Anbietern gar nicht mehr bewusst ist“<sup>135</sup>.

Selbst wenn aber die wettbewerbsverzerrende Wirkung solcher dispositiven Privatrechtsvorschriften allen Beteiligten vor Augen steht, ist nicht immer mit einer Heilung im Verhandlungswege zu rechnen. Denn verhandelt wird stets „in the shadow of the law“<sup>136</sup> und damit von einer unterschiedlichen Ausgangsbasis aus, wie das folgendes Beispiel deutlich macht<sup>137</sup>. Konkurriert Verkäufer S aus Spanien mit Verkäufer D aus Deutschland um den Abschluss eines bestimmten Kaufvertrages, so ist bei Fehlen einer Rechtswahlvereinbarung jeweils das Sachmängelgewährleistungsrecht am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts bzw. ihrer Hauptver-

---

<sup>132</sup> Vgl. *Basedow*, Europäisches Vertragsrecht für europäische Märkte, 13; *dens.*, FS Mestmäcker, 347, 354 f.

<sup>133</sup> Rechtsvergleichend dazu *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf.

<sup>134</sup> Ebenso *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, 6; *Kieninger*, JJZ 1006, 245, 251.

<sup>135</sup> *Basedow*, FS Mestmäcker, 347, 355.

<sup>136</sup> *Basedow*, Europäisches Vertragsrecht für europäische Märkte, 13.

<sup>137</sup> Beispiel nach *Kieninger*, JJZ 1196, 245, 251.

waltung anwendbar. Sowohl nach deutschem wie nach spanischem Recht beträgt die Mängelgewährleistungsfrist sechs Monate (§ 477 BGB und Art. 1490 Código Civil). Nach spanischem Recht hat der Käufer jedoch die Möglichkeit, statt dessen auch den allgemeinen Vertragsauflösungsanspruch wegen Nichterfüllung geltend zu machen, sofern die Leistung mangelhaft und deshalb zur Erreichung des angestrebten Vertragszwecks untauglich ist (Art. 1124 CC)<sup>138</sup>. Dieser Anspruch verjährt nicht in sechs Monaten, sondern erst in fünfzehn Jahren. Der spanische Verkäufer muss folglich fünfzehn Jahre mit einer möglichen Rückabwicklung wegen Schlechterfüllung rechnen. Will er dem entgehen, bleibt ihm nur die Wahl einer anderen Rechtsordnung oder die vertragliche Vereinbarung einer Fristverkürzung. Seinem Konkurrenten fällt die sechsmonatige Frist hingegen gleichsam in den Schoß. Beiden Konkurrenten sehen sich folglich trotz Dispositivität und Rechtswahlfreiheit mit unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen konfrontiert. Ihre Verhandlungsposition ist von vornherein eine andere. Der Wettbewerb ist verfälscht.

Ein Marktbezug wird sich auch bei den im allgemeinen Teil des BGB geregelten Fragen, die sich mit den allgemeinen Voraussetzungen für die Vornahme bzw. den Abschluss von Rechtsgeschäften beschäftigen nicht verneinen lassen. Beispielhaft anzuführen sind hier u.a. das Recht der Geschäftsfähigkeit, der Stellvertretung, Regelung von Fragen der Verjährung bis hin zur Fristberechnung<sup>139</sup>. Kommt es zu einer Regelung des gemeinsamen Vertragsrechts, muss diese aufgrund ihrer Komplementärfunktion auch Vorschriften für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten, also etwa für die ungerechtfertigte Bereicherung oder die Geschäftsführung ohne Auftrag. „Denn der Fortbestand divergierender nationaler Regelungen in diesem Bereich würde die einheitliche Anwendung des gemeinsamen Vertragsrechts beeinträchtigen“<sup>140</sup>. Zu denken ist hier insbesondere an eine Rechtsetzungskompetenz aufgrund der „implied powers“<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Ein Vorrang der Sachmängelhaftung als Spezialregelung wird zwar diskutiert, aber weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung befürwortet. Näher dazu *Leible*, Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“, 332 ff.

<sup>139</sup> Vgl. *Basedow*, AcP 200 (2000) 445, 474.

<sup>140</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 475; ähnlich *von Bar*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 165, 168.

<sup>141</sup> Vgl. dazu § 10, A II 2 a.

## bb) Deliktsrecht

Wettbewerbsverzerrungen sind nicht nur im Schuldvertrags-, sondern ebenso im Deliktsrecht zu konstatieren. Unterschiedliche mitgliedstaatliche Haftungsstandards können nicht nur marktzugangsbeschränkende Wirkungen haben, sondern genauso wettbewerbsverfälschende. Denn in den meisten Staaten wird von der überwiegenden Anzahl der Unternehmen immer noch primär für den nationalen Markt produziert. In diesem Rahmen sind die nationalen Haftungsstandards stets zu beachten. Das wirkt sich merklich auf die Kostenstruktur der Unternehmen aus. Selbst wenn ein Unternehmen aus Mitgliedstaat A, in dem strenge Haftungsstandards gelten, in Mitgliedstaat B, der sich durch wesentlich zurückhaltendere Haftungsbedingungen auszeichnet, zu den dortigen Bedingungen anbieten könnte, werden sich aufgrund der Haftungsbedingungen im Herkunftsland Kostennachteile nicht gänzlich beiseite schieben lassen, sondern im Rahmen einer Mischkalkulation Berücksichtigung finden. Die Wettbewerbsfähigkeit auf ausländischen Märkten wird dadurch vermindert. Die Produkthaftungsrichtlinie trägt diesem Umstand durch Schaffung von - aufgrund der Vielzahl der Wahlmöglichkeiten allerdings nicht sehr weitreichenden - haftungsrechtlicher Standards bereits Rechnung. Das freilich genügt nicht. Denn

„unterschiedliches Deliktsrecht wirkt auf dem gesamten Dienstleistungssektor nicht minder wettbewerbsverzerrend als es bis vor nicht allzu langer Zeit unterschiedliches Produkthaftungsrecht auf dem Markt für Waren tat. Andere Beispiele sind leicht gefunden. Man denke an die Haftung für Angestellte und Subunternehmer, an den großen Bereich der Umwelthaftung, an das Medienhaftungsrecht, an das Recht der Dritthaftung vermögensbetreuender Berufe, an den Schutz von Unternehmen vor Eingriffen in ihre gewerbliche Tätigkeit, an die Haftung vollmachtloser Vertreter, an die Haftung für Kreditgefährdung und Herkunftstäuschung, und an Marktdelikte aller Art“<sup>142</sup>.

Wettbewerbsverzerrungen drohen freilich nur dort, wo es wirtschaftlichen Wettbewerb gibt. „Angleichungsresistent“ bleibt damit vor allem das wirtschaftsferne Deliktsrecht, etwa die Tierhalterhaftung, die Haftung der Eltern für das Handeln ihrer Kinder oder des Grundstückseigentümers für seine Immobilie, selbst wenn es über die Versicherung dieser Risiken immerhin mittelbare Bezüge zum Binnenmarkt gibt.

---

<sup>142</sup> Von Bar, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 165, 166.

## cc) Sachenrecht

Beschränkungen der Grundfreiheiten sind im Bereich des Sachenrechts nur in geringem Maße zu besorgen, aber nicht auszuschließen. Im ersten Kapitel konnte aufgezeigt werden, dass Beeinträchtigungen vor allem bei Sicherungsrechten drohen: „Die grenzüberschreitende Waren- und Geldkreditsicherung ist derzeit in einem ganz außergewöhnlich unbefriedigenden Zustand“<sup>143</sup>. Darüber hinaus lässt sich fragen, ob nicht bereits die Zurverfügungstellung weitreichender, publizitätsloser und damit billiger Sicherungsrechte durch eine nationale Rechtsordnung zu Wettbewerbsverfälschungen führen kann; denn sie hat eine erhebliche Senkung der Refinanzierungskosten des kreditierten Unternehmens zur Folge und verschafft ihm damit Kostenvorteile.

„Je schlechter und unzuverlässiger die in einem Land verfügbaren Kreditsicherheiten sind, umso höher ist normalerweise der Preis, für einen Kredit, ausgedrückt in der Höhe des Zinssatzes. Ein Binnenmarkt muß also darauf dringen, gleiche wirtschaftliche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer herzustellen, indem künstliche Verzerrungen des Wettbewerbs abgebaut werden. Zu dieser künstlichen Verzerrung gehört u.a. auch das unterschiedliche Arsenal zulässiger Kreditsicherheiten sowie deren unterschiedliche rechtliche Qualität“<sup>144</sup>.

Am dringlichsten und durch Art. 95 EGV wohl auch gedeckt wäre daher eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechte der Mobiliarsicherheiten. Fraglich ist allerdings, ob es dazu einer Angleichung der mitgliedstaatlichen Sachrechte bedarf oder nicht auch die Schaffung eines europaweit gültigen Kreditsicherungsrechts an beweglichen Sachen - etwa nach dem Vorbild von § 9 UCC - genügen würde<sup>145</sup>. Ähnliche Überlegungen sind für Sicherungsrechte an Forderungen anzustellen.

Ansonsten wird die Notwendigkeit einer Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung im Sachenrecht jedoch verneint. Dies betrifft vor allem das Immobiliarsachenrecht. Grundstücksmärkte funktionierten auch ohne

<sup>143</sup> *Von Bar*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 134, 136.

<sup>144</sup> *Drobnig*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 173, 176.

<sup>145</sup> Für letzteres z.B. *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 475; *Drobnig*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 169, 174 f.; *Kreuzer*, Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), 465, 481 ff.; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Binnenmarkt, 233 ff.; *Leible*, in: Hanns Martin Schleyer-Stiftung (Hrsg.), Europäische Integration - Schon eine „Union des Rechts“?. Zwischen Erfolgsbilanz und Balanceverlust, Köln 1996, 126.

Rechtsangleichung: Grundstückswerte seien im allgemeinen so hoch, dass sich in Zweifelsfällen die Transaktionskosten für die Einholung von Rechtsrat über die *lex rei sitae* lohnten; zudem sei aufgrund der unauflösbaren Verbindung mit dem Grundbuchwesen und dem Zwangsvollstreckungsrecht eine isolierte Rechtsvereinheitlichung des Grundstückrechts kaum möglich; in Verbindung mit den anderen genannten Materien verursachte sie aber unvertretbar hohe Kosten<sup>146</sup>. Dieser Einwand ist sicherlich richtig. Er beantwortet jedoch nicht die Frage nach den Kompetenzen, sondern orientiert sich an den Folgen einer eine Kompetenz bereits voraussetzenden Rechtsangleichung. Zu fragen ist also nochmals, ob auch die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Immobiliarsachenrechten die Verwirklichung des Binnenmarktes gefährden können. Dass Beschränkungen der Grundfreiheiten in diesem Bereich durchaus vorstellbar sind, hat die EuGH-Entscheidung „Trummer und Mayer“ hinreichend deutlich gemacht. An Rechtsangleichung zur Binnenmarktverwirklichung ist daher vor allem hinsichtlich der Entstehungsvoraussetzungen bestimmter Immobiliarsachenrechte bzw. hinsichtlich des Ausschlusses bestimmter Personen, Vereinigungen usw. von deren Erwerb zu denken. Im übrigen gilt auch bei Immobiliarsachenrechten der bereits bei den Mobiliarsicherheiten angesprochene Gedanke der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen. Auch hier führen der Umfang und die Reichweite der nach den mitgliedstaatlichen Rechten an Immobilien begründbaren Sicherheiten zu durchaus unterschiedlichen Refinanzierungskosten der Unternehmen, die sich als Standortfaktor auf die Preiskalkulation auswirken können.

dd) Familien- und Erbrecht

Dem Familien- und Erbrecht wird die Binnenmarktrelevanz häufig abgesprochen. Das ist im Grundsatz richtig und respektiert zudem den starken kulturellen Bezug beider Rechtsgebiete. Verabsolutieren lässt sich der Ausschluss dieser Rechtsgebiete jedoch nicht. Im Bereich der Grundfreiheiten ist dies bereits anhand des EuGH-Urteils „Konstantinides“ deutlich geworden, in dem der Gerichtshof entschied, dass die Anwendung bestimmter Transliterationsnormen die Niederlassungsfreiheit eines Griechen in Deutschland beeinträchtigen kann. Eine Verletzung der Verkehrsfreiheiten ist aber auch in anderen Konstellationen vorstellbar. Sie kommt z.B. in Betracht, wenn ein Mitgliedstaat Abstammungs- oder Ehescheidungsurteilen aus einem anderen Mitgliedstaat die Anerkennung versagt. Für derartige Reibungen steht freilich das Instrumentarium des Art. 65 EGV zur Ver-

---

<sup>146</sup> So *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 475.

fügung, einer Kompetenznorm, die gegenüber Art. 95 EGV als *lex specialis* vorrangige Geltung beansprucht<sup>147</sup>. Binnenmarktrelevanz kann darüber hinaus etwa familienrechtlichen Normen über Güterstände zukommen, bei denen sich z.B. Reibungen mit dem Gesellschaftsrecht nicht ausschließen lassen. Zu Problemen und Friktionen können weiterhin mitgliedstaatliche Vorschriften über die Vererbung von Gesellschaftsanteilen führen. Auch ansonsten sind die Unterschiedlichkeit zwischen den nationalen Familien- und Erbrechten ebensowenig zu unterschätzen wie ihre Auswirkungen auf den Binnenmarkt<sup>148</sup>. Gleichwohl wird in einer Vielzahl der Fälle bereits eine Angleichung oder Vereinheitlichung des Kollisionsrechts die bestehenden Hindernisse für den Binnenmarkt ausräumen können, wofür mit Art. 65 EGV seit dem In-Kraft-Treten des Vertrages von Amsterdam eine spezielle Kompetenznorm zur Verfügung steht. Eine Angleichung des materiellen Rechts bedarf es dann, anders als etwa in den Bereichen des Vertrags-, Delikts- und Sachenrechts, nicht mehr. Auch wenn eine umfassende Angleichung des materiellen Familien- und Erbrechts dadurch überflüssig wird, ist es allerdings nicht auszuschließen, dass es sich im Laufe der Zeit als wünschenswert erweist, „der euromobilen Bevölkerung in den Mitgliedstaaten Rechtsinstrumente für die Gestaltung des Ehegüterrechts und der Vermögensnachfolge von Todes wegen zur Verfügung zu stellen, die in allen Mitgliedstaaten im wesentlichen die gleiche Wirkung entfalten“<sup>149</sup>. Ob sich derartiges auf Art. 95 EGV stützen lässt, erscheint freilich zweifelhaft.

#### d) Mögliche Maßnahmen

Fraglich ist, welcher Art die Maßnahmen sind, die auf Art. 95 EGV gestützt werden dürfen. Die Vorschrift selbst spricht von einer „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“. Hieraus lässt sich nach verbreiteter und zutreffender Ansicht freilich nicht folgern, dass Art. 95 EGV nur den Erlass von Richtlinien gestattet. Als Handlungsformen stehen dem Gemeinschaftsgesetzgeber vielmehr alle in Art. 249 EGV genannten Rechtsformen zur Verfügung, insbesondere auch die Verordnung. Allerdings ist vielfach die Auffassung anzutreffen, dass für die Schaffung von Rechtstiteln, die die nationalen Titel überlagern, nicht Art. 95 EGV herangezogen werden kann, sondern eine entsprechende Maßnahme der Gemeinschaft auf Art. 308 EGV gestützt werden muss<sup>150</sup>. An-

---

<sup>147</sup> Vgl. dazu § 10, B IV 3 a, bb.

<sup>148</sup> Vgl. dazu z.B. *Leipold*, FS Söllner, 647 ff.

<sup>149</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 476.

<sup>150</sup> So z.B. *Schwartz*, FS Mestmäcker, 467, 480.

haltspunkte dafür lassen sich der Gemeinschaftspraxis entnehmen. So hat der Rat z.B. sowohl die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke als auch die Verordnung über den gemeinschaftlichen Sortenschutz auf in Art. 308 EGV gestützt, während als Rechtsgrundlage für die die nationalen Markenrechte angleichende Markenrichtlinie Art. 95 EGV herangezogen wurde. Auch der EuGH scheint von einer derartigen Abgrenzung zwischen Art. 95 und 308 EGV auszugehen. Jedenfalls führt er in seinem TRIPS-Gutachten aus:

„Auf der Ebene der internen Rechtsetzung verfügt die Gemeinschaft im Bereich des geistigen Eigentums über eine Zuständigkeit zur Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften gem. den Artikeln 100 und 100 a und kann auf der Grundlage von Artikel 235 neue Titel schaffen, die dann die nationalen Titel überlagern, wie sie es mit dem Erlaß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABL L 11 vom 14.1.1994 Seite 1) getan hat“<sup>151</sup>.

Eine Begründung bleibt der Gerichtshof schuldig. Aus seinen Ausführungen werden gleichwohl weitreichende Konsequenzen gezogen. Wäre der Ausschluss das nationale Recht verdrängender Gemeinschaftsmaßnahmen aus dem Anwendungsbereich von Art. 95 EGV zutreffend, könnten beispielsweise ein europäisches Pfandrecht, ein europäisches Grundpfandrecht, ein europäisches Eigentumsvorbehaltsrecht oder ein europäisches Sicherungseigentumsrecht, die an die Stelle oder neben die entsprechenden Institute des nationalen Rechts treten, nicht auf Art. 95 gestützt, sondern nur auf der Grundlage von Art. 308 EGV geschaffen werden<sup>152</sup>. Hingegen soll Art. 95 EGV als Kompetenznorm herangezogen werden können, wenn ein einheitliches europäisches Schuld- und Sachenrecht durch eine Angleichung des Rechts der Mitgliedstaaten geschaffen werden soll, in dem die nationalen Rechtsinstitute lediglich europäisch geformt werden, ohne dass neben sie oder an ihre Stelle ein eigenes europäisches Rechtsinstitut tritt<sup>153</sup>.

Zweifel an dieser Interpretation von Art. 95 EGV sind freilich angebracht. Wenn, was unstrittig ist, Art. 95 EGV auch den Erlass von Verordnungen erlaubt, ist nicht recht einsehbar, warum ausgerechnet ein Unterschied darin bestehen soll, dass die Verordnung nicht an die Stelle des na-

<sup>151</sup> EuGH-Gutachten vom 15.11.1994 Slg. 1994, I-5267, 5405 Egrd. 59.

<sup>152</sup> So z.B. *Tilmann/van Gerven*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, 183, 196.

<sup>153</sup> *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 474 f.; *Tilmann/van Gerven*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, 183, 201.

tionalen Rechts tritt, sondern neben sie. Warum soll etwa ein europäisches Schuldvertragsrecht, dass die Parteien für grenzüberschreitende Aktivitäten frei wählen können, nur auf der Grundlage von Art. 308 EGV erlassen werden können, während eine entsprechende Richtlinie und ebenso wohl eine Verordnung, die die nationalen Schuldvertragsrechte insgesamt angleicht oder vereinheitlicht, auf Art. 95 EGV gestützt werden kann. Der Grad der Einwirkung auf die nationalen Rechte ist doch im letzteren Fall wesentlich intensiver als die Schaffung eines neben die nationalen Rechte tretenden einheitlichen Rechtsinstituts<sup>154</sup>. Während aber im ersteren Fall bereits eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung genügt, bedarf es in letzterem trotz der geringeren Eingriffsintensität der Einstimmigkeit. Auch lässt sich bei gemeinschaftsrechtlichen Titeln, die nicht an die Stelle, sondern neben die nationalen Titel treten, eine rechtsangleichende oder vereinheitlichende Wirkung nicht ausschließen. Denn nicht zu leugnen ist, dass der von einem gemeinschaftlichen Titel ausgehende Druck auf die nationalen Rechte durchaus Angleichungskonsequenzen, wenn auch nur autonomer Natur, nach sich ziehen kann.

e) Art. 95 EGV und ein EuZGB

Art. 95 EGV erlaubt in zahlreichen Bereichen ein Tätigwerden der Gemeinschaft. Doch bleiben diese Maßnahmen immer punktueller Natur. Fraglich ist, ob Art. 95 EGV auch darüber hinausreichende Gesetzgebungsaktivitäten der Gemeinschaft zulässt, etwa den Erlass eines Europäischen Obligationenrechts oder eines noch weitere Teile des Privatrechts erfassenden Europäischen Zivilgesetzbuchs. Dies wird verschiedentlich bejaht<sup>155</sup>. Da das Privatrecht die wesentliche rechtliche Infrastruktur für Markttransaktionen darstelle und die bestehenden Rechtsunterschiede Marktzugangsschwernisse, Wettbewerbsverzerrungen und höhere Transaktionskosten bedingten, sei die Vereinheitlichung des Obligationenrechts von dieser Rechtsgrundlage abgedeckt. Gleiches gelte für die gesetzlichen Schuldverhältnisse, denen als Ausgleichsordnungen eine unverzichtbare Komplementärfunktion zum Vertragsrecht zukomme, sowie für Ausschnitte aus dem Sachenrecht. Die vom EuGH mit seinem Urteil zur

---

<sup>154</sup> Ebenso z.B. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 131 („milderes Mittel“).

<sup>155</sup> Vgl. z.B. *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 474 f.; *Schmid*, Überlegungen zur Legitimität eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 4 ff.; *Tilmann/van Gerven*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 183, 197 ff.

Tabakwerberichtlinie<sup>156</sup> eingeleitete Verschärfung der Kompetenzkontrolle soll der Heranziehung von Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage nicht im Wege stehen; denn die dortigen Erwägungen des Gemeinschaftsgesetzgebers, durch ein pauschales und umfassendes Werbeverbot Hemmnisse für den freien Verkehr von Werbeträgern und die Dienstleistungsfreiheit sowie Wettbewerbsverzerrungen beseitigen zu wollen, seien mit einer gewissen Offensichtlichkeit zur Förderung des Binnenmarktes untauglich, was auf das Projekt eines Zivilgesetzbuches keinesfalls zuträfe. Zweifel an dieser Sichtweise sind jedoch angebracht. Allein die marktconstituierende Wirkung von Zivilrecht als Begründung heranzuziehen, genügt genausowenig wie der Rekurs auf mögliche Transaktionskostensenkungen oder Verminderungen von Wettbewerbsverfälschungen. Das Urteil zur Tabakwerberichtlinie und insbesondere das darin in hinreichender Deutlichkeit postulierte Spürbarkeitserfordernis sollten ernst genommen werden, wären doch ansonsten der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers auch weiterhin praktisch keine Grenzen gezogen<sup>157</sup>. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass der EuGH trotz des manifesten Schwerpunkts der Tabakwerberichtlinie im Gesundheitsschutz sogar noch das Verbot bestimmter Formen von Werbung und Sponsoring mit qualifiziertem Bezug zum Binnenmarkt erlaubt hätte<sup>158</sup>, sondern ihm nur das pauschale und umfassende Verbot zu weit ging<sup>159</sup>. Denn spürbare Wettbewerbsverfälschungen lassen sich bei letztgenannten Maßnahmen nicht a priori ausschließen; zudem handelt es nur um obiter dicta, deren Reichweite in einem neuen Verfahren zu verifizieren wäre. Begreift man das Spürbarkeitserfordernis als Ausfluss des Grundsatzes der begrenzten Ermächtigung<sup>160</sup>, scheidet Art. 95 EGV als Kompetenzgrundlage für eine flächendeckende Angleichung oder Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Zivilrechte aus; ihre Unterschiedlichkeit mag zu Wettbewerbsverzerrungen führen, doch muss die Behauptung, diese seien durchweg spürbarer Natur, in Frage gestellt werden. Sie sind oft lästig und dem Gedanken eines *vollkommenen* Binnenmarktes zuwider-

---

<sup>156</sup> EuGH 5.10.2000 EuZW 2000, 694 -Deutschland/Parlament und Rat („Tabakwerberichtlinie“).

<sup>157</sup> Vgl. auch *Streinz*, JuS 2001, 288, 290.

<sup>158</sup> So ein Werbeverbot in Zeitschriften, deren weitere Einfuhr in andere Mitgliedstaaten ansonsten durch dort bestehende nationale Werbeverbote gefährdet sein könnte, oder ein Verbot von Werbungen bei Sportwettkämpfen, die ihre Verlegung in andere Staaten bewirken könnte, was sich erheblich auf die Wettbewerbsbedingungen der ausrichtenden Unternehmen auswirken würde

<sup>159</sup> So aber *Schmid*, Überlegungen zur Legitimität eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 4 ff.

<sup>160</sup> So wohl und zutreffend *Streinz*, JuS 2001, 288, 290.

laufend, durchgehend spürbar aber sicherlich nicht. Auch fortan wird die Gemeinschaft daher nicht umhin kommen, in jedem Einzelfall sorgsam zu prüfen, ob und inwieweit *einzelne* Regelungen des Zivilrechts die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes merklich beeinträchtigen können und daher anzugleichen oder zu vereinheitlichen sind. Das mag im Hinblick auf den vielfach und zu Recht beklagten „Pointillismus“ des Gemeinschaftsprivatrechts unbefriedigend sein, ist aber eine notwendige Folge des gemeinschaftlichen Kompetenzsystems und des dieses determinierenden Grundsatzes der der begrenzten Ermächtigung. Im übrigen mutete die Heranziehung von Art. 95 EGV als Kompetenzgrundlage schon deshalb merkwürdig an, da die Vorschrift auch Mehrheitsentscheidungen erlaubt. Ein EuZGB oder auch nur ein Europäisches Obligationenrecht gegen den Willen einiger Mitgliedstaaten durchzusetzen, ist aber schlichtweg nicht vorstellbar und wäre der Sache außerdem wenig dienlich<sup>161</sup>.

## 2. Art. 94 EGV

Art. 94 EGV betrifft die Rechtsangleichung im Hinblick auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes. Der Begriff des Gemeinsamen Marktes ist zwar weiter als der des Binnenmarktes<sup>162</sup>, doch hat Art. 94 EGV durch den mit der Einheitlichen Europäischen Akte geschaffenen Art. 95 EGV, demgegenüber er subsidiär ist, viel von seiner Bedeutung verloren. Das gilt besonders im Bereich des Zivilrechts. Soweit ersichtlich, wurde seit In-Kraft-Treten der Einheitlichen Europäischen Akte kein primär privatrechtsangleichender Rechtsakt mehr auf Art. 94 EGV gestützt. Und zahlreiche vorherige Gemeinschaftsmaßnahmen, wie etwa die Produkthaftungs- oder die Irreführungsrichtlinie, würden heute auf der Grundlage von Art. 95 EGV und nicht von Art. 94 EGV ergehen.

### *III. Kompetenznormen für besondere Rechtsgebiete*

Außer diesen beiden horizontalen Kompetenznormen, zu denen noch Art. 308 EGV hinzutritt, enthält der EG-Vertrag zahlreiche weitere Vorschriften, die den Gemeinschaftsgesetzgeber zum Erlass von Rechtsakten in bestimmten Sonderbereichen ermächtigen, und zwar auch, sofern zur Zielerreichung erforderlich, zivilrechtlichen Inhalts. Solche Befugnisnormen finden sich etwa für das Kartellrecht (Art. 83 EGV), das

---

<sup>161</sup> Ähnlich *Pechstein*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 19, 27.

<sup>162</sup> Vgl. § 4, A I.

Arbeits(schutz)recht (Art. 137 EGV), das Transportrecht (Art. 71 Abs. lit. b und d EGV) und bestimmte Aspekte des Verbraucherschutzrechts (Art. 153) sowie zur Regelung der selbständigen Tätigkeit (Art. 47 EGV)<sup>163</sup>. Ihnen allen ist jedoch ihre lediglich vertikal Ausrichtung eigen. Sie können daher herangezogen werden, um Sonderregeln für bestimmte Vertragstypen, etwa Transport- oder Arbeitsverträge, zu erlassen. Der Fundierung von Vorschriften, die dem allgemeinen Vertragsrecht zuzurechnen wären, sind sie hingegen nur in beschränktem Umfang zugänglich<sup>164</sup>.

Wesentlich weitreichender - aber größtenteils ohne Relevanz für den hier als „Kernprivatrecht“ bezeichneten Bereich - ist Art. 44 Abs. 3 lit. g EGV. Die Vorschrift ermächtigt und verpflichtet die Gemeinschaft, soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften iSv Art. 48 Abs. 2 EGV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Damit verfügt die Gemeinschaft auch im Gesellschafts- und Unternehmensrecht über eine horizontale Kompetenzgrundlage, deren Reichweite freilich immer noch umstritten ist<sup>165</sup>. Die Stellung der Vorschrift im Kapitel „Niederlassungsrecht“ legt es zwar nahe, Art. 44 Abs. 3 lit. g EGV lediglich als Instrument der Niederlassungsfreiheit, d.h. allein als Kompetenzgrundlage für den Erlass solcher Maßnahmen zu betrachten, die in engem Zusammenhang mit der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt stehen<sup>166</sup>. Spätestens seit der Entscheidung „Daihatsu“<sup>167</sup> steht jedoch fest, dass die Vorschrift weit auszulegen ist und sich Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht nicht auf den Erlass von Schutzbestimmungen beschränken muss, die zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit erforderlich sind, sondern überall dort ansetzen kann, wo Unterschiede der nationalen (Gesellschafts-)Rechte das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen<sup>168</sup>. Auch dann aber darf der durch Art. 44 Abs. 3 lit. g EGV ausdrücklich erteilte Schutzauftrag nicht außer Acht gelassen werden: Gesellschaftsrechtsangleichung muss, selbst wenn sie der Marktintegration dient, stets einen hinreichenden Schutz von Gesellschaftern und Dritten sicherstellen. Ziel der Vorschrift ist also die „Annäherung der rechtlichen Wettbewerbsbedingungen für Kapitalgesellschaften im Binnenmarkt unter Aufrechterhaltung eines

<sup>163</sup> Überblick bei *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121, 123 ff.

<sup>164</sup> Zwar mag es u. U. „zweckdienlich“ iSv Art. 71 Abs. 1 lit. d EGV sein, Vorschriften über den Vertragsschluss bei Transportverträgen zu erlassen, doch lassen sich daraus z.B. nur in begrenztem Maße verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse für gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Vertragsschluss ziehen.

<sup>165</sup> Überblick zum Streitstand bei *Eyles*, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 132 ff.; *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 10 f.; *Schön*, ZGR 1995, 1, 13 ff.; *ders.*, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, 55, 57 ff.; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 124 ff.

<sup>166</sup> So z.B. *Steindorff*, EuZW 1990, 251, 253; ähnlich *Everling*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 41 ff.

<sup>167</sup> EuGH 4.12.1997 Slg. 1997, I-6843 – Daihatsu.

<sup>168</sup> *Leible*, ZHR 162 (1998), 594, 598.

hinreichenden Schutzniveaus für Gesellschafter und Dritte als Bedingung der Verwirklichung ihrer Grundfreiheiten“<sup>169</sup>.

#### *IV. Justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 65 EGV)*

Mit dem durch den Amsterdamer Vertrag eingeführten Art. 61 lit. c EGV ist erstmals eine Kompetenzgrundlage geschaffen worden, die die Gemeinschaft ausdrücklich zu Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ermächtigt. Was darunter zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen derartige Maßnahmen getroffen werden können, regelt Art. 65 EGV. Die Vorschrift erlaubt ein Tätigwerden der Gemeinschaft zur Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung in den Bereichen des internationalen Zivilprozess- sowie Privatrechts und unter sehr engen Voraussetzungen auch des materiellen Zivilverfahrensrechts. Ob sie darüber hinaus zum Erlass von das materielle Zivilrecht berührenden Rechtsakten herangezogen werden kann, wie verschiedentlich behauptet, erscheint hingegen fraglich.

##### 1. Grundsätzliches

###### a) Normgenese und -zweck

Art. 65 EGV ist aus Art. K. 1 Nr. 6 EUV hervorgegangen, der die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen als Bestandteil der europäischen Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, also der dritten Säule des EUV, aufführte<sup>170</sup>. Damit wurde die bislang rein intergouvernementale Zusammenarbeit in Zivilsachen in eine Gemeinschaftspolitik überführt und eine der Hauptforderungen sowohl der Berichte über das Funktionieren des Maastrichter Unionsvertrags als auch der Wissenschaft erfüllt<sup>171</sup>. Ziel der Vorschrift ist eine Angleichung oder Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen sowie der für grenzüberschreitende Rechtsstreitigkeiten einschlägigen Vorschriften der nationalen Zivilverfah-

---

<sup>169</sup> Schön, ZGR 1995, 1, 14.

<sup>170</sup> Zu Art. K. 1 Nr. 6 EUV in der Fassung des Vertrags von Maastricht vgl. GTE-Degen, Art. K. 6 EUV Rdnr. 1 ff.; Dittrich, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, 105 ff.

<sup>171</sup> Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments über das Funktionieren des Vertrags über die Europäische Union im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996, EP 190. 441 vom 17.5.1995; Lepoivre, CDE 1995, 332, 341; Lipsius, ELR 20 (1995), 249; O'Keefe, CMLR 22 (1995), 893. Weitere Literaturhinweise zu den Erwartungen an die Regierungskonferenz hinsichtlich der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres bei Besse, ZEuP 1999, 107 in Fußn. 3.

rensrechte, sofern dies zur längst noch nicht abgeschlossenen Verwirklichung des Binnenmarktes und dessen reibungslosen Funktionieren erforderlich ist.

b) Besonderheiten des Rechtsetzungsverfahrens

Art. 65 EGV ist Bestandteil des mit „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ überschriebenen Titels IV des EG-Vertrags. Auf Art. 61 lit. c, 65 EGV gestützte Rechtsakte der Gemeinschaft unterliegen daher dem in Art. 67 EGV geregelten Verfahren der Beschlussfassung. Danach handelt der Rat während eines Übergangszeitraumes von fünf Jahren nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags einstimmig auf Vorschlag der Kommission oder auf Initiative eines Mitgliedstaats. Nach Ablauf dieser fünf Jahre hat allein die Kommission das Initiativrecht, die allerdings verpflichtet wird, entsprechende Vorschläge der Mitgliedstaaten zu prüfen. Dem Europäischen Parlament steht - anders als bei auf Art. 95 EGV gestützten Rechtsakten - bislang kein Mitentscheidungsrecht zu (Art. 251 EGV), sondern lediglich das Recht, angehört zu werden. Zu einer sehr zu begrüßenden Änderung kommt es jedoch mit dem In-Kraft-Treten des Vertrags von Nizza, durch den in Art. 67 EGV ein neuer Abs. 5 eingefügt wird. Danach beschließt der Rat abweichend von Art. 67 Abs. 1 EGV über sämtliche Maßnahmen nach Art. 65 EGV gemäß dem Verfahren der Mitentscheidung. Ausgenommen sind lediglich auf Art. 65 EGV gestützte Rechtsakte, die familienrechtliche Aspekte berühren.

Die Bedeutung von Art. 65 EGV als Integrationsnorm wird dadurch gemindert, dass sowohl Dänemark als auch Großbritannien und Irland aufgrund entsprechender Protokolle Vorbehalte gegen auf Art. 61 EGV gestützte Rechtsakte eingelegt haben (vgl. Art. 69 EGV). Sie entfalten in diesen Staaten daher keine Wirkung. Allerdings können Großbritannien und Irland gem. § 3 des Protokolls Nr. 4 zum Amsterdamer Vertrag dem Präsidenten des Rates innerhalb von drei Monaten nach der Vorlage eines Vorschlags oder einer Initiative schriftlich mitteilen, dass sie sich an der Annahme und Anwendung der betreffenden Maßnahme beteiligen möchten, was ihnen daraufhin gestattet ist (sog. „opting-in“). Eine nach einer solchen Mitteilung beschlossene Maßnahme ist für alle an der Annahme beteiligten Mitgliedstaaten bindend. Großbritannien und Irland haben von der Möglichkeit des opting-in bisher bei sämtlichen auf Art. 61 lit. c, 65 EGV gestützten Maßnahmen der Gemeinschaft Gebrauch gemacht und werden dies auch in Zukunft tun. Denn beide Staaten teilten auf der Ratstagung „Justiz und Inneres“ am 12.3.1999 mit, dass sie sich an der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in vollem Umfang beteiligen wollen<sup>172</sup>. Dänemark bleibt hingegen von

---

<sup>172</sup> Vgl. etwa Nr. 2.2. des Vorschlags für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 1999 C 376, 1.

Harmonisierungsakten nach Art. 65 EGV ausgenommen, da das dänische Protokoll zu Art. 68 EGV keine Teilnahme am Rechtsetzungsverfahren im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen erlaubt. Allerdings kann Dänemark gem. Art. 7 des Protokolls über die Position Dänemarks jederzeit erklären, von seinem Vorbehalt nach Art. 69 EGV insgesamt oder zum Teil keinen Gebrauch zu machen<sup>173</sup>. Sofern dies nicht geschieht, bleibt letztlich nur die Möglichkeit, mit Dänemark die jeweilige Rechtsmaterie berührende völkerrechtliche Verträge abzuschließen<sup>174</sup>. Dies kann zu einer mitunter recht undurchsichtigen Gemengelage zwischen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften und völkervertraglichen Übereinkommen führen, die zwar bedauerlich ist, als Folge der mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführten Möglichkeit einer abgestuften Integration aber wohl hingenommen werden muss. Vielleicht sollte man bei einer zukünftigen Vertragsrevision aber auch darüber nachdenken, den Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen von den politisch wesentlich heikleren Themen Asyl, Einwanderung etc. zu separieren und hierfür entweder einen eigenen Titel zu schaffen oder ihn aufgrund seiner offensichtlichen Binnenmarktnähe gleich vollständig dem Kompetenztitel des Art. 95 EGV zuzuweisen<sup>175</sup>.

## 2. Die einzelnen Kompetenzbereiche und -ausübungsvoraussetzungen

### a) Kompetenzbereiche

Art. 65 EGV zählt die Kompetenzbereiche nicht abschließend auf<sup>176</sup>. Ziel ist die Schaffung eines „europäischen Rechtsraums, der den Unionsbürgern greifbare Vorteile bringt“<sup>177</sup>. Damit soll allen Bürgern der Gemeinschaft ein erleichterter Zugang zu den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten und insgesamt ein verbesserter Rechtsschutz gewährleistet werden. „Die darin potenziell angelegten vertrauensbildenden Folgen weisen über die wirtschaftsfreiheitliche Zielrichtung des Binnenmarktes hinaus auf die gesellschaftsstiftende Komponente des europäischen Integrationskonzepts“<sup>178</sup>. Dieses Konzept spiegelt sich, wie sich später noch zeigen wird, bei den Bedingungen für die Ausübung der in Art. 65 EGV formulierten Gemeinschaftskompetenz wieder.

Art. 65 EGV hebt außerdem explizit hervor, dass das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht ebenso wie bestimmte Vorschriften des all-

---

<sup>173</sup> Näher *Basedow*, CMLR 2000, 687, 696; *Hailbronner/Thiery*, EuR 1998, 583, 601 f.

<sup>174</sup> Ebenso *Besse*, ZEuP 1999, 107, 121 f.; *Heß*, NJW 2000, 23, 28; *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 88 (1999), 1, 8 f.

<sup>175</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 226.

<sup>176</sup> *Basedow*, CMLR 2000, 687, 700 f.

<sup>177</sup> Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1, 4 Rdnr. 16.

<sup>178</sup> *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 350, 351.

gemeinen Zivilprozessrechts keine vom Gemeinschaftsrecht unberührten nationalen Domänen sind: Vielmehr bestehen auch in diesen Bereichen Handlungsbefugnisse der Gemeinschaft. Diese Entwicklung zeichnete sich schon in der Judikatur des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten<sup>179</sup> sowie in verschiedenen, meist auf Art. 95 EGV gestützten Sekundärrechtsakten ab<sup>180</sup>. Vor allem die Wissenschaft hat sie jedoch lange Zeit ignoriert und das Vorhandensein von Kompetenzen mitunter sogar negiert<sup>181</sup>. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass auch Art. 65 EGV keine flächendeckende Vereinheitlichung der materiellen Zivilverfahrensrechte erlaubt, sondern insbesondere dazu dient, den Unionsbürgern in grenzüberschreitenden Streitigkeiten einen vereinfachten Zugang zu den Spruchkörpern in den Nachbarstaaten sicherzustellen. Gedacht ist dabei insbesondere an Vorschriften über die Leistung einer Prozesskostensicherheit oder die Gewährung von Prozesskostenhilfe<sup>182</sup>.

Die Harmonisierung des materiellen Zivilrechts<sup>183</sup> kann hingegen nicht auf Art. 65 EGV gestützt werden. Zwar haben Rat und Kommission angekündigt, die „Möglichkeit einer Rechtsangleichung in bestimmten Bereichen des Zivilrechts, wie z. B. die Einführung international einheitlicher privatrechtlicher Vorschriften für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachgütern“ zu prüfen<sup>184</sup>. Dieser avisierte Integrationschritt stößt jedoch auf Bedenken, sofern man sich am Wortlaut des Art. 65 EGV orientiert, in dem durchgehend nur von Vorschriften des Zivilverfahrens- und Kollisionsrechts die Rede ist. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Katalog in den lit. a - c lediglich Regelbeispiele enthält und die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen die dort aufgeführten Bereiche „einschließt“, also gegenüber anderen Materien durchaus offen ist. Denn Richtung und Reichweite dieser Öffnung können nur aus dem

---

<sup>179</sup> Erinnert sei z.B. an die EuGH-Rechtsprechung zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung, vgl. § 4, D III.

<sup>180</sup> Vgl. etwa die auf Art. 95 EGV gestützte Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen oder Art. 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie.

<sup>181</sup> Zuletzt wieder für das Prozessrecht *Borges*, RIW 2000, 933, 935. Ähnlich - allerdings vorwiegend mit Subsidiaritätsüberlegungen - *H. Roth*, ZZP 109 (1996), 271, 310 f.

<sup>182</sup> Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1, 10 f. Rdnr. 41 lit. d.

<sup>183</sup> Hierzu *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 476 f.

<sup>184</sup> Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1, 11 Rdnr. 41 lit. f. Die englische Sprachfassung lautet „uniform private international law“ und deutet auf eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts hin: *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 477.

Gesamtzusammenhang der Vorschrift heraus bestimmt werden, die aber eindeutig nur auf die Beseitigung von Hindernissen in grenzüberschreitenden Sachverhalten zielt, die aus prozess- oder kollisionsrechtlichen Normen resultieren<sup>185</sup>.

b) Kompetenzausübungsvoraussetzungen

aa) Binnenmarktbezug

Ein Tätigwerden der Gemeinschaft gem. Art. 61 lit. c, 65 EGV setzt voraus, dass solche Maßnahmen „für das *reibungslose* Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind“. Art. 95 EGV hebt indes lediglich auf die Notwendigkeit eines Rechtsakts für das „Funktionieren des Binnenmarkts“ ab. Der Handlungsauftrag des Art. 65 EGV ist also ein weitergehender als derjenige in Art. 95 EGV: Der Binnenmarkt soll nicht nur funktionieren, sondern reibungslos funktionieren<sup>186</sup>. Dies deckt sich mit der in Art. 61 EGV geäußerten Intention, schrittweise einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ aufzubauen. Ein solches Ziel verträgt sich wenig mit einem strikten Binnenmarktbezug, wie ihn Art. 95 EGV fordert, sondern verlangt nach Rechtsakten der Gemeinschaft auch dort, wo weder eine unmittelbare Gefährdung der Grundfreiheiten noch eine Wettbewerbsverfälschung - zumal eine spürbare<sup>187</sup> - drohen<sup>188</sup>. Das betrifft insbesondere familienrechtliche Vorgänge, wie etwa die Anerkennung von Urteilen über Statusfragen etc., reicht aber weit darüber hinaus. Hier lässt sich durchaus eine Parallele zur Judikatur des EuGH zu den Grundfreiheiten ziehen: Der Gerichtshof hat, wie an anderer Stelle bereits dargelegt wurde, wiederholt das Vorliegen eines Beschränkungstatbestands abgelehnt, da die von der jeweiligen Norm ausgehenden Wirkungen zu ungewiss und von zu mittelbarer Bedeutung waren, um den innergemeinschaftlichen Waren- und Dienstleistungsaustausch oder die Personenfreizügigkeit behindern zu können<sup>189</sup>. Man mag dem EuGH darin zustimmen, dass

---

<sup>185</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 228. Ähnlich - allerdings nur im Hinblick auf die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts - *Tilmann/van Gerven*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, 183, 192 f.

<sup>186</sup> *Leible*, in: *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 353, 388.

<sup>187</sup> Vgl. EuGH 5.10.2000 EuLF 2000/01, 160 - *Deutschland/Kommission* (Tabakwerberichtlinie).

<sup>188</sup> Tendenziell wohl auch *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 350, 351.

<sup>189</sup> Vgl. die Nachw. § 4, D IV 3 a.

z.B. eine Vorschrift, die das Mahnverfahren ausschließt, sofern die Zustellung an den Schuldner in einem anderen Mitgliedstaat zu erfolgen hätte, aufgrund ihrer lediglich mittelbaren Auswirkungen auf die Handelsströme nicht gegen die Ausfuhrfreiheit des Art. 30 EGV verstößt<sup>190</sup>. Gleichwohl ist die Frage einer vereinfachten grenzüberschreitenden Durchsetzung von Forderungen sicherlich ein mitbestimmender Faktor beim Abschluss internationaler Verträge, wenn auch natürlich nicht der entscheidende. Und man wird nicht in Abrede stellen können, dass zu einem reibungslos funktionierenden Binnenmarkt zweifelsohne die Möglichkeit gehört, nationale Mahnverfahren gegen in anderen Mitgliedstaaten ansässige Schuldner einzuleiten zu können. Einer Angleichung oder gar Vereinheitlichung derartiger Vorschriften öffnet Art. 65 EGV aufgrund des in dieser Vorschrift gelockerten Binnenmarktbezugs nun den Weg<sup>191</sup>.

Ähnlich verhält es sich mit Vorschriften über die Leistung einer Prozesskostensicherheit. Zur Erinnerung: Der Gerichtshof hat mehrmals entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften über die Leistung einer Prozesskostensicherheit, die wegen ihrer Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des EGV fallen, zwangsläufig dem in Art. 12 EGV niedergelegten allgemeinen Diskriminierungsverbot unterliegen. Die Anwendbarkeit des Art. 12 EGV wurde vom EuGH in diesen Fällen deshalb bejaht, weil die Grundfreiheiten zwar berührt, nicht aber konkret tatbestandlich einschlägig waren; denn die Möglichkeit, dass Bürger eines Mitgliedstaats allein wegen des Umstands, bei einer Zahlungsklage eine Prozesskostensicherheit leisten zu müssen, zögern würden, Verträge mit Kunden in anderen Mitgliedstaaten abzuschließen, ist zu ungewiss und mittelbar, als dass darin eine Einschränkung der Grundfreiheiten gesehen werden könnte. Dessen ungeachtet lässt sich auch in diesen Fällen nicht in Abrede stellen, dass derartige Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs zu denjenigen Risiken zählen, die vor allem kleinere Unternehmen durchaus vom Einstieg in das Auslandsgeschäft abhalten können. Rat und Kommission haben daher mit guten Gründen die „Prüfung der Vorschriften über die Hinterlegung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und die Ausgaben der beklagten Partei in einem Zivilverfahren“ in ihren Aktionsplan aufgenommen<sup>192</sup>.

Festhalten lässt sich daher, dass Art. 61 lit. c, 65 EGV auch die Angleichung oder Vereinheitlichung solcher mitgliedstaatlichen Normen des Kollisions- und Verfahrensrechts erlauben, die für den Binnenmarkt zwar nicht konstitutiv sind, denen aber immerhin eine - wenn auch nur mittelba-

---

<sup>190</sup> Vgl. EuGH 22.6.1999 Slg. 1999, I-3845, 3879 f. Egrd. 11 - ED.

<sup>191</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 229.

<sup>192</sup> Vgl. den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG 1999 C 19, 1, 11 Rdnr. 41 lit. d.

re - Unterstützungsfunktion für die Ausübung der Grundfreiheiten und damit des Binnenmarkts insgesamt zukommt<sup>193</sup>.

bb) Regelung von Drittstaatensachverhalten

Fraglich ist, ob Art. 65 EGV als Kompetenztitel a priori allein auf das Beziehungsgeflecht innerhalb des Binnenmarkts und damit die Regelung rein intrakommunitärer Sachverhalte beschränkt ist. Dies lässt sich nicht allgemein, sondern nur in Abhängigkeit vom jeweiligen Regelungsgegenstand beantworten. An dieser Stelle mag eine Exemplifizierung am Beispiel des Internationalen Privatrechts genügen<sup>194</sup>. Dem Wortlaut des Art. 65 lit. b EGV lassen sich hinsichtlich möglicher gemeinschaftlicher Rechtsakte im Bereich des Internationalen Privatrechts keine ausdrücklichen territorialen Schranken entnehmen. Allenfalls deutet der Begriff des „Binnenmarktes“ darauf hin, dass der Ermächtigungsgrundlage allein grenzüberschreitende Zivilsachen<sup>195</sup> mit Bezug zu verschiedenen Mitgliedstaaten unterfallen. Zwingend ist das jedoch nicht. Denn unterschiedliche Kollisionsnormen in den Mitgliedstaaten für Drittstaatensachverhalte führen zu Rechtsunsicherheit<sup>196</sup> und schaffen einen Anreiz zum forum shopping<sup>197</sup>. Entscheidet sich der drittstaatliche Kläger - soweit prozessual zulässig - dafür, den Beklagten in dem für ihn „kollisionsrechtlich günstigeren“ Mitgliedstaat A zu verklagen, greifen zudem regelmäßig nicht nur die Zuständigkeitsvorschriften des EuGVÜ bzw. der VO Brüssel I ein. Die im Mitgliedstaat A erlassene Entscheidung ist hiernach auch in allen übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären. Unterschiedliche Anknüpfungsregeln, die ein bestimmtes Sachrecht zur Anwendung berufen, erlangen demnach letztlich durch den Grundsatz der Titelfreizügigkeit eine binnenmarktweite Relevanz. Überdies können divergierende Kollisionsnormen aus Sicht eines in der EG ansässigen Anbieters Wettbewerbshindernisse begründen, sofern er im Verhältnis zu seinem Konkurrent aus einem anderen Mitgliedstaat benachteiligt wird. Nicht ausgeschlossen ist es ferner, dass Anknüpfungsregeln in den Entscheidungsprozess einfließen, ob ein Unionsbürger von seinen Grundfreiheiten Ge-

---

<sup>193</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 229.

<sup>194</sup> Ausführlich *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 229 ff.

<sup>195</sup> Da sowohl dem IPR als auch IZVR grenzüberschreitende Aspekte immanent sind, steht jedenfalls dieses Tatbestandselement des Art. 65 EGV dem Erlass von Sekundärrechtsakten nicht entgegen, vgl. *Basedow*, CMLR 2000, 687, 701; *Remien*, CMLR 2001, 53, 74.

<sup>196</sup> Vgl. *Basedow*, CMLR 2000, 687, 703.

<sup>197</sup> Vgl. *Basedow* aaO.

brauch macht. Dies lässt sich etwa anhand des Internationalen Deliktsrechts illustrieren: Ein Unternehmer mit wirtschaftlichem Schwerpunkt im Drittstaatengeschäft wird die Frage, ob und in welcher Weise er seine Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt ausübt, mitunter nicht völlig losgelöst davon beantworten, wie Schadensersatzansprüche in einem Mitgliedstaat angeknüpft werden und ob ihm letztlich vielleicht sogar punitive damages Klagen in unbegrenzter Höhe drohen, sofern er Produkte nach Amerika liefert. Festhalten lässt sich daher, dass Art. 65 lit. b EGV dem Gemeinschaftsgesetzgeber auch den Erlass allseitiger Kollisionsnormen und damit z.B. eine Überführung des EVÜ in eine Verordnung gestattet<sup>198</sup>. Dieser Ansatz vermeidet zudem nicht nur eine Gemengelage von Kollisionsnormen nationaler, europäischer und völkervertragsrechtlicher Herkunft, sondern erzielt auch einen Gleichklang mit dem bereits vergemeinschafteten EuGVÜ, dessen Zuständigkeitsregeln ja auch nicht nur innergemeinschaftliche Sachverhalte erfassen, sondern über den Binnenmarkt hinausreichen<sup>199</sup>.

### 3. Verhältnis zu anderen Befugnisnormen

Der in Art. 65 EGV geforderte Binnenmarktbezug wirft die Frage nach der Abgrenzung zu anderen Kompetenznormen des EGV auf. Sie ist bis heute weitgehend ungelöst. Umstritten ist insbesondere, welche Bedeutung dem Standort des Art. 65 EGV innerhalb des Titels IV des EGV zukommt, der sich ausdrücklich auf „Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ bezieht, und welche Schlüsse hieraus für das Verhältnis dieser Norm zu den Kompetenzvorschriften der Art. 94, 95 EGV zu ziehen sind. Klärungsbedürftig ist außerdem das Verhältnis zwischen Art. 65 und Art. 293 EGV.

---

<sup>198</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 230. Skeptisch gegenüber der Annahme einer Kompetenz auch zum Erlass allseitiger Kollisionsnormen dagegen *von Hoffmann*, in: von Hoffmann (Hrsg.), *European Private International Law*, 19, 32 Rdnr. 28, 34 Rdnrn. 35; *Remien*, CMLR 2001, 53, 74 ff.; weitergehend hingegen *Basedow*, CMLR 2000, 687, 701 ff.; in der Vergangenheit bereits kritisch gegenüber der Kompetenz für den Erlass allseitiger Kollisionsnormen *Lurger*, FS Posch, 179, 200 ff.

<sup>199</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 230. Vgl. zum EuGVÜ EuGH 13.7.2000 IPRax 2000, 520 - Group Josi/UGIC.

## a) Abgrenzung zu Art. 94, 95 EGV

## aa) Art. 65 EGV als Kompetenznorm mit bloßer Ergänzungsfunktion

Aus dieser Bezugnahme ist verschiedentlich abgeleitet worden, auf Art. 65 EGV könnten nur solche Maßnahmen gestützt werden, die *allein* die Niederlassungsfreiheit, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit betreffen<sup>200</sup>. Die Vorschrift hätte danach nur eine Ergänzungsfunktion. Träfe dies zu, wäre ihr Anwendungsbereich äußerst beschränkt. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Art. 95 EGV. Auf Art. 95 EGV gestützte Rechtsakte können sich, wie gezeigt, durchaus auf Vorschriften des Internationalen Zivilprozess- und Privatrechts erstrecken, da auch ihnen Binnenmarktrelevanz zukommt. Die Gemeinschaft hat von dieser Kompetenz bereits mehrfach Gebrauch gemacht. Erinnerung sei an die in zahlreichen EG-Richtlinien enthaltenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote und ebenso an die verschiedentlich anzutreffenden Rechtsakte mit zivilprozessualen Implikationen, insbesondere die Richtlinie über grenzüberschreitende Verbraucherklagen. Geht man nun davon aus, dass Art. 65 EGV lediglich verbleibende Kompetenzlücken füllen soll, wäre der Anwendungsbereich der Norm auf die Harmonisierung der von Art. 95 EGV ausdrücklich ausgeschlossenen Bestimmungen über die Freizügigkeit sowie die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer (Art. 95 Abs. 2 EGV) begrenzt. Aufgrund der unterschiedlichen Beschlussverfahren - hier Mitentscheidung, dort nur Anhörung des Europäischen Parlaments - könnte ein Rechtsakt angesichts der „Titanoxid“-Entscheidung des EuGH<sup>201</sup> bis zum In-Kraft-Treten des Vertrags von Nizza nur dann auf Art. 65 EGV gestützt werden, wenn er keine Regelungsmaterie berührt, für die als Kompetenzgrundlage auch Art. 95 EGV in Betracht käme. Anders ausgedrückt: Bei multifunktionalen, d.h. der Verwirklichung mehrerer Freiheiten dienenden Rechtsakten wäre stets Art. 95 EGV und nicht Art. 65 EGV als Rechtsgrundlage heranzuziehen<sup>202</sup>.

Aus der reinen Ergänzungsfunktion von Art. 65 EGV wird schließlich für sein Verhältnis zu Art. 94 EGV gefolgert, dass die Vorschrift zum einen nur dann als Befugnisnorm verwendet werden kann, wenn nicht der Erlass einer Richtlinie,

---

<sup>200</sup> Basedow, EuZW 1997, 609; ders., CMLR 2000, 687, 697 f.; Israël, MJ 7 (2000), 81, 92; Kohler, Rev. crit. dr. int. priv. 88 (1999), 1, 15 f.; de Miguel Asensio, La Ley Nr. 4510 v. 30.3.1998, 1, 2; Schack, ZEuP 1999, 805, 807; Schwarze-Wiedemann, Art. 65 EGV Rdnr. 9. Ebenso noch Leible, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353, 388. Diese Auffassung wird ausdrücklich aufgegeben.

<sup>201</sup> EuGH 11.6.1991 Slg. 1991, I-2867 - Kommission/Rat.

<sup>202</sup> So ausdrücklich Basedow, CMLR 2000, 687, 698; Israël, MJ 7 (2000), 81, 92.

sondern der einer - im Bereich des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht ohnehin zu bevorzugenden - Verordnung in Frage steht. Zum anderen sei zu beachten, dass Art. 94 EGV eine unmittelbare Auswirkung des Rechtsakts auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes verlangt, während Art. 65 EGV bereits seine Erforderlichkeit für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes genügen lässt<sup>203</sup>.

bb) Art. 65 EGV als „lex specialis“ für bestimmte binnenmarktrelevante Normen

Nach anderer Ansicht legt die ausdrückliche Bezugnahme auf den „Binnenmarkt“ hingegen eine Lesart nahe, wonach Art. 65 EGV zum Erlass sämtlicher Harmonisierungsmaßnahmen berechtigt, die „entweder der Funktionstüchtigkeit des Binnenmarktes oder aber der Freizügigkeit des Personenverkehrs dienen“<sup>204</sup>. Die Verwendung des Gegensatzpaares entweder/oder ist freilich etwas unpräzise, da Maßnahmen, die der Freizügigkeit des Personenverkehrs dienen, stets auch die Funktionstüchtigkeit des Binnenmarktes stärken; denn der freie Verkehr von Personen ist, wie sich bereits aus Art. 14 Abs. 2 EGV ergibt, ja gerade einer der Bestandteile des Binnenmarktes. Geht man davon aus, dass für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 65 EGV bereits eine mittelbar binnenmarktfördernde Wirkung eines Rechtsakts genügt, handelt es sich bei der Vorschrift um nichts anderes als eine „lex specialis“ für die Bereiche des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts sowie sonstigen Zivilprozessrechts. Für die „lex specialis“-Theorie und gegen die Lehre von der Ergänzungsfunktion des Art. 65 EGV sprechen ferner die nachfolgenden Überlegungen.

aaa) Gesetzgeberischer Wille und Praxis der Gemeinschaftsorgane

Träfe die These vom lediglich ergänzenden Charakter des Art. 65 EGV zu, wäre die jüngst verabschiedete EuInsVO auf die falsche Ermächtigungsgrundlage gestützt; denn die Anerkennung und Abwicklung internationaler Insolvenzen berührt nicht nur die Personenfreizügigkeit, sondern zeitigt genauso Implikationen für den freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr. Kompetenztitel hätte dann Art. 95 EGV, nicht aber Art. 65 EGV sein müssen<sup>205</sup>. Allein aus der von den Gemeinschaftsorganen gewählten Rechtsgrundlage lässt sich freilich kein Erkenntnisgewinn für die Interpretation der Kompetenznormen selbst ziehen. Auch der supranationale Gesetzgeber kann, wie die Entscheidung des EuGH zur Tabak-Richtlinie belegt, irren. Nun lässt sich aber mit den gleichen Argumenten, die gegen

---

<sup>203</sup> *Israël*, MJ 7 (2000), 81, 92 f.

<sup>204</sup> *Heß*, NJW 2000, 23, 27; *Staudinger*, ZfRV 2000, 93, 104.

<sup>205</sup> So *Israël*, MJ 7 (2000), 81, 98.

eine auf Art. 65 EGV basierende Kompetenz zum Erlass der EuInsVO ins Feld geführt werden, die Befugnis der Gemeinschaft verneinen, das EuGVÜ - wie im Dezember letzten Jahres erfolgt - zu vergemeinschaften und in eine Verordnung zu überführen. Schließlich ist der Anwendungsbereich eines solchen Rechtsakts nicht auf Materien beschränkt, die allein der Personenfreizügigkeit zuzurechnen sind, sondern erstreckt sich auf sämtliche zivil- und handelsrechtlichen Sachverhalte. Gerade die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen über Kaufpreisforderungen etwa berührt aber wohl eher die Warenverkehrsfreiheit. In der Literatur wird daher vorgetragen, Art. 65 EGV sei als Kompetenztitel für die VO Brüssel I unzureichend und statt dessen Art. 95 EGV heranzuziehen<sup>206</sup>. Das überrascht zunächst insofern, als Art. 100a EGV a.F. nach wohl einhelliger Meinung<sup>207</sup> als Rechtsgrundlage zur Vereinheitlichung des Internationalen Zivilverfahrensrechts im Sinne des EuGVÜ ausschied<sup>208</sup>. Der Amsterdamer Vertrag müsste damit zu einem Kompetenzzuwachs in Art. 95 EGV geführt haben. Für eine solche Annahme sind aber keine Anhaltspunkte vorhanden.

Die Ablehnung einer Gemeinschaftszuständigkeit für den Erlass der VO Brüssel I kontrastiert ferner mit dem Wortlaut von Art. 65 lit. a EGV, wonach die hierauf zu stützenden Maßnahmen gerade „der Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ dienen. Nun lässt sich zwar einwenden, Urteile in Zivilsachen könnten z.B. auch familienrechtliche Entscheidungen sein. Schon der Begriff der „Handelssachen“ zielt jedoch weit über das eng gesteckte Feld des freien Personenverkehrs hinaus. Außerdem legt die nahezu wortwörtliche Übernahme des Titels des EuGVÜ die Annahme nahe, dass die Mitgliedstaaten als die Herren der Verträge mit Art. 65 EGV tatsächlich einen Kompetenztitel schaffen wollten, der als Rechtsgrundlage *auch* den Erlass eines neu gestalteten EuGVÜ in Form eines Gemeinschaftsakts erlaubt.

#### bbb) Rückübertragung von Kompetenzen

Der hier vertretenen Ansicht, Art. 65 EGV sei die speziellere Kompetenznorm für den Bereich des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, wird schließlich noch entgegen gehalten, dies führe zu einer Rückübertragung von Zuständigkeiten auf die Mitgliedstaaten<sup>209</sup>; der Gemeinschaft obliegende Aufgaben könnten aber nur durch eine ausdrückliche Vorschrift

---

<sup>206</sup> Basedow, CMLR 2000, 687, 699; ähnlich *Israël*, MJ 7 (2000), 81, 98.

<sup>207</sup> Basedow, CMLR 2000, 687, 699.

<sup>208</sup> Hierauf verweist auch *Remien*, CMLR 2001, 53, 72.

<sup>209</sup> *Israël*, MJ 7 (2000), 81, 90.

des Vertrages wieder auf die Mitgliedstaaten delegiert werden<sup>210</sup>. Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Hervorzuheben ist zunächst, dass keine vollständige Rückübertragung stattgefunden hat. Die Gemeinschaft bleibt auch weiterhin für Sachverhalte zuständig, die bislang Art. 95 EGV unterfielen; lediglich die Mehrheitserfordernisse haben sich geändert<sup>211</sup>. Art. 65 EGV führt insoweit also zu keinem Kompetenzzug, sondern höchstens einer -einschränkung. Außerdem ist eine Delegation bzw. nachträgliche Beschränkung von Kompetenzen im Gemeinschaftsrecht nichts Ungewöhnliches, wie z.B. Art. 152 Abs. 5 S. 2 EGV deutlich macht<sup>212</sup>. Die mit Art. 65 EGV einhergehende Änderung der Mehrheitserfordernisse entbehrt auch nicht der inneren Logik. Denn tatsächlich führt Art. 65 EGV aufgrund des gelockerten Binnenmarktbezugs zu einem Kompetenzzuwachs der Gemeinschaft, der mit Hilfe des Einstimmigkeitsprinzips kompensiert wird. Der Handlungsspielraum der Gemeinschaft wird erweitert, ihr Tätigwerden aber zugleich von der Zustimmung aller teilnehmenden Mitgliedstaaten abhängig gemacht. Im übrigen ist mit dem Vertrag von Nizza auch für Art. 65 EGV weitgehend das Mehrheitsprinzip eingeführt worden. Ausgenommen bleiben gem. Art. 67 Abs. 5 EGV lediglich familienrechtliche Aspekte.

b) Abgrenzung zu Art. 293 EGV

Art. 293 4. Spiegelstrich und Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EGV beziehen sich übereinstimmend auf einen vergleichbaren Regelungsgegenstand. Sie sind jedoch von ihrer tatbestandlichen Reichweite nicht deckungsgleich. Beide Vorschriften bilden vielmehr zwei konzentrische Kreise, die sich in weiten Teilen überschneiden<sup>213</sup>. So beschränkt sich Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EGV allein auf Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, nicht aber etwa aus dem Bereich des Steuerrechts<sup>214</sup>. Sofern es zu Überschneidungen kommt, vermag Art. 293 EGV keinesfalls die aus anderen Normen des EGV resultierenden Gemeinschaftskompetenzen einzuschränken<sup>215</sup>. Die Norm schafft also keinen Vorbehalt für völkerrechtliche Ver-

---

<sup>210</sup> Vgl. EuGH 14.12.1971 Slg. 1971, 1003, 1018 Egrde. 18/20 - Kommission/Frankreich.

<sup>211</sup> Einstimmigkeit statt qualifizierter Mehrheit.

<sup>212</sup> Diese Ausgrenzung wurde vorgenommen, um die genannten Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs nicht der wirtschaftlichen Logik des Binnenmarktes, d.h. einer auf Art. 95 EGV gestützten Rechtsangleichung, zu überlassen, vgl. Calliess/Ruffert-Wichard, Art. 152 EGV Rdnr. 14.

<sup>213</sup> Leible/Staudinger, EuLF 4-2000/01, 225, 233.

<sup>214</sup> Basedow, CMLR 2000, 687, 700.

<sup>215</sup> So auch Boele-Woelki, FS Siehr, 61, 66.

träge der Mitgliedstaaten. Sie eröffnet nur eine zusätzliche Handlungsmöglichkeit, um Ergebnisse zu erzielen, die sich mit Hilfe anderer Kompetenzvorschriften des EGV nicht erreichen lassen<sup>216</sup>. Art. 293 4. Spiegelstrich EGV behält daher insofern eine Bedeutung, als hierauf etwa der Abschluss von Abkommen zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten gestützt werden kann<sup>217</sup>.

#### 4. Form des Rechtsakts

Fraglich ist, welche Handlungsinstrumente im Rahmen des Art. 65 EGV in Betracht kommen. Unter Hinweis auf die Formulierung „Förderung der Vereinbarkeit“ in Art. 65 lit. b EGV<sup>218</sup>, die ein Weniger gegenüber einer Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung impliziere, schließen einige Stimmen in der Literatur eine Verordnung als Rechtsaktform aus. Denkbar sei allenfalls eine Richtlinie. Diesem Ansatz ist jedoch zu widersprechen<sup>219</sup>. Mangels abweichender Sonderregel in den Art. 61 ff. EGV stehen der Gemeinschaft alle in Art. 249 EGV aufgeführten Handlungsformen zur Verfügung: Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen oder bloße Stellungnahmen. Zudem zeigt ein Textvergleich mit anderen Kompetenzvorschriften, dass der EGV ausdrücklich festlegt, wenn eine lediglich unverbindliche Maßnahme getroffen werden bzw. eine Harmonisierung von Rechtsvorschriften ausbleiben soll<sup>220</sup>. Neben diesem systematischen Argument lässt sich die Zulässigkeit eines Verordnungserlasses auch auf den Gedanken des „*effet utile*“ und damit den Grundsatz der teleologischen Interpretation stützen. Sollen die auf Art. 65 lit. b EGV gestützten Maßnahmen gerade die „Vereinbarkeit“ der binnenmarktweit geltenden Kollisionsnormen sicherstellen und hierdurch das reibungslose Funktionieren in diesem Rechtsraum gewährleisten, bedarf es effektiver Rechtsetzungsinstrumente wie der Verordnung<sup>221</sup>.

Welche überragende Bedeutung der Verordnung als Rechtsaktform zukommt, lässt sich weiterhin gerade vor der bevorstehenden Osterweiterung der EU illustrieren. Bislang bestanden etwa im Bereich des Internationalen Zivilverfahrens-

---

<sup>216</sup> Calliess/Ruffert-Bröhmer, Art. 293 EGV Rdnr. 4; ähnlich *Esplugues Mota*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2000, 481; 495; *Iglesias Buhigues*, RGD 1998, 5847, 5859. Zur Frage, ob die Mitgliedstaaten bis zu einem Tätigwerden der Gemeinschaft noch auf Art. 293 EGV gestützte völkerrechtliche Verträge abschließen können, vgl. *Borrás*, REDI 51 (1999), 383, 394.

<sup>217</sup> Schwarze-Wiedmann, Art. 65 EGV Rdnr. 22; *Tarko*, ÖJZ 1999, 401, 407.

<sup>218</sup> Vgl. auch Art. 65 lit. c EGV.

<sup>219</sup> Vgl. eingehend *Staudinger*, ZfRV 2000, 93, 104.

<sup>220</sup> Schwarze-Wiedmann, Art. 65 EGV Rdnr. 7.

<sup>221</sup> Näher dazu in § 12, A IV 1a.

rechts vier verschiedene Beitrittsübereinkommen zum EuGVÜ, die eine Rechtsanwendung im Binnenmarkt erschwerten. Nunmehr ist an die Stelle des völkerrechtlichen Vertrags und dem Erfordernis seiner Ratifikation die VO Brüssel I getreten, die nach Art. 249 Abs. 2 EGV - mit Ausnahme Dänemarks - ab dem 1.3.2002 unmittelbar und einheitlich in allen Mitgliedstaaten gilt<sup>222</sup>. Folglich kann auch bei der Aufnahme neuer Staaten in den Kreis der Gemeinschaft das vereinheitlichte Internationale Zivilverfahrensrecht als Teil des *aquis communautaire* zukünftig nicht nur in kürzerer Zeit, sondern auch binnenmarktwelt einheitlich in Geltung gesetzt werden<sup>223</sup>.

### 5. Außenkompetenzen

Gerade im Bereich des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts kommt der Frage besondere Bedeutung zu, ob und inwieweit die Wahrnehmung aus Art. 65 EGV resultierender Kompetenzen mit einem entsprechenden Zuwachs von Außenkompetenzen einher geht. Sie ist momentan besonders aktuell, da die Haager Konferenz augenblicklich - wenn auch bislang noch ohne durchschlagenden Erfolg - an einem weltumspannenden Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen arbeitet<sup>224</sup>. Nach der bereits angesprochenen Lehre von den „implied powers“<sup>225</sup> führt die Wahrnehmung der Gemeinschaft für den Binnenraum zustehender Kompetenzen zu einem<sup>226</sup> impliziten Zuwachs<sup>227</sup> der komplementären Außenkompetenz. Gestützt wird diese Parallelität von Binnen- und Außenkompetenz auf Art. 10 Abs. 1 EGV<sup>228</sup>. Ob und inwieweit der EG eine ausschließliche oder nur eine konkurrierende Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten zusteht und den Mitgliedstaaten noch eigenständige Kompetenzen ver-

<sup>222</sup> Vgl. Art. 76 der VO Brüssel I.

<sup>223</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 234.

<sup>224</sup> Siehe hierzu *Heß*, IPRax 2000, 342; *Juenger*, GS Lüderitz, 329; *von Mehren*, IPRax 2000, 465.

<sup>225</sup> Vgl. § 10, A II 2 a.

<sup>226</sup> Ständige Rechtsprechung seit EuGH 31.3.1971 Slg. 1971, 263 - Kommission/Rat (AETR); kritisch *Mittmann*, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 13 ff. Die Akzeptanz dieser Judikatur in allen Mitgliedstaaten lässt sich mittelbar anhand ihrer Erklärung Nr. 10 zum Maastricht-Vertrag ablesen, die ausdrücklich auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache „AETR“ Bezug nimmt.

<sup>227</sup> Hiervon zu unterscheiden sind die im EGV der Gemeinschaft ausdrücklich zugesprochenen Kompetenzen zum Abschluss von Konventionen mit Drittstaaten; siehe zur Vertragsschlusskompetenz allgemein: *Streinz*, Europarecht, Rdnrn. 593 ff.

<sup>228</sup> *Callies/Ruffert-Schmalenbach*, Art. 300 EGV Rdnr. 5. Ausführlich zum ganzen *Nakanishi*, Die Entwicklung der Außenkompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, passim

bleiben, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur anhand des konkreten Rechtsakts zu ermitteln. Entscheidend sind dessen sachlicher, persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich sowie die Tatsache, ob lediglich eine Mindestharmonisierung in Form einer Richtlinie oder etwa eine Rechtsvereinheitlichung im Wege einer Verordnung angestrebt wird<sup>229</sup>. Eine umfangreiche Untersuchung, ob und inwieweit die bislang auf Art. 65 EGV gestützten Rechtsakte zu einem Zuwachs der Außenkompetenzen der EG geführt haben, kommt an dieser Stelle nicht Frage<sup>230</sup>. Ein kurzes exemplarisches Eingehen auf die VO Brüssel I mag an dieser Stelle genügen. Art. 72 der VO Brüssel I erlaubt unter strengen Voraussetzungen anerkennungshemmende Übereinkünfte mit Drittstaaten. Unberührt bleiben sollen gem. Art. 72 jedoch nur solche Vereinbarungen, die von den Mitgliedstaaten „vor“ Inkrafttreten der Verordnung mit Drittstaaten getroffen wurden. E contrario folgt hieraus, dass den Mitgliedstaaten nach diesem Zeitpunkt keine Abschlusskompetenz im Außenverhältnis mehr zustehen soll. Daher ist davon auszugehen, dass nunmehr allein die Gemeinschaft befugt ist, Konventionen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen mit Drittstaaten auszuhandeln. Dies ist interessengerecht, da solche Übereinkommen gerade mit dem in Art. 33 Abs. 1 der VO Brüssel I festgeschriebenen Grundsatz der Titelfreizügigkeit brechen<sup>231</sup>.

#### V. Art. 308 EGV

Wesentlich größere Bedeutung als Art. 94 EGV könnte hingegen Art. 308 EGV zukommen, sofern man von der - hier kritisierten - These ausgeht, die Schaffung gemeinschaftlicher Rechte, die neben die oder an die Stelle der mitgliedstaatlichen Institute treten, könnten nur auf der Grundlage von Art. 308 EGV gestützt werden. Derartiges bietet sich vor allem im Bereich des Sachenrechts an. Zu denken ist insbesondere an die Kreation gemeinschaftlicher Mobiliarsicherungsrechte, die im Rahmen grenzüberschreitender Waren- oder Geldkreditgeschäfte vereinbart werden können. Zu erwägen ist weiterhin, ob derartige Sicherungsrechte auch für rein nationale Geschäfte zur Verfügung gestellt werden sollten, lässt sich doch nur so der Gefahr eines Verlusts des Sicherungsrechts bei einem „unfreiwilli-

---

<sup>229</sup> Callies/Ruffert-Schmalenbach, Art. 300 EGV Rdnr. 10.

<sup>230</sup> Ausführlicher dazu Borrás, REDI 51 (1999), 383, 405 ff.; Leible/Staudinger, EuLF 4-2000/01, 225, 235; vgl. auch Beaumont, ICLQ 48 (1999), 223, 228. Eine Kompetenz der Gemeinschaft strikt ablehnend Schack, ZEuP 1999, 805, 808.

<sup>231</sup> Zu den Einzelheiten Leible/Staudinger, EuLF 4-2000/01, 225, 235.

gen“ Lageortwechsel begegnen. Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung liegt der Verzicht auf eine Differenzierung nach der dogmatischen Grundlage der Sicherungsvereinbarung (z.B. Eigentumsvorbehalt oder Sicherungsvereinbarung) zu Gunsten eines einheitlichen Sicherungsrechts nach dem Vorbild von § 9 UCC nahe. Bei einer solchen Lösung ist jedoch - wie überhaupt bei allen auf Art. 308 EGV gestützten Rechtsakten - zu bedenken, dass Art. 308 EGV lediglich eine Anhörung des Europäischen Parlaments vorsieht und damit eine zufriedenstellende demokratische Legitimation nicht gewährleisten kann.

### *C. Zusammenfassung*

Das Kompetenzsystem des EG-Vertrags erlaubt der Gemeinschaft bereits heute in zahlreichen Bereichen eine Angleichung oder Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Privatrechte. Ein „flächendeckendes“ Tätigwerden ist hingegen möglich. Es wird daher auch in Zukunft vorerst bei punktuellen Eingriffen bleiben, was allerdings die Kreation wichtiger zivilrechtlicher Institute, wie z.B. eines europäischen Mobiliarsicherungsrechts, nicht ausschließt. Von besonderer Bedeutung ist Art. 65 EGV, der für gemeinschaftliches Handeln eine wesentlich geringere „Störungsintensität“ der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechte fordert als etwa Art. 95 EGV. Damit ist zumindest im Bereich des internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Grundstein für die Schaffung weitreichenden europäischen Einheitsrechts gelegt. Das kann zwar die Angleichung oder Vereinheitlichung des Sachrechts, wo dies nötig ist, nicht ersetzen, ist aber eine wesentliche Bedingung, damit sie überhaupt zum Erfolg führt.

## § 11: Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung

Über die Grenzen und Schwächen der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung wird seit langem Klage geführt. Auslöser ist vor allem das internationale Einheitsrecht und seine zunehmende Komplexität. Denn

„auch bei milderem Licht betrachtet wird man sagen müssen, dass Rechtsanwendung zunehmend einen kaum noch vertretbaren Aufwand erfordert festzustellen, welches Recht mit welchem Vorrang und welchem Anwendungsbereich gilt und unter Zuhilfenahme welcher nationalen oder internationalen Auslegungskriterien und -methoden es anzuwenden ist<sup>1</sup>; gelegentlich müssen aufgrund sprachlicher Divergenzen zwischen den amtlichen Übersetzungen sogar mehrere gleichermaßen offizielle Texte derselben Norm miteinander verglichen werden. Das immer komplizierter werdende Geflecht ‚vereinheitlichter‘ Regelungen von beschränkter Reichweite und unterschiedlicher Kohärenz zum jeweils verbleibenden genuin nationalen Recht präsentiert sich heute wohl nicht einmal mehr nur als ‚bunt gewirkter Flickenteppich‘<sup>2</sup>, sondern eher als internationalistischer Schüttelrost, dessen nationale Ebene nicht minder bewegt und durchlässig ist und dessen beide Ebenen zusammen die konkret-individuelle Rechtsanwendung allzu leicht auf den Boden der bloßen Rechtsvermutung durchfallen lassen“<sup>3</sup>

Dieses Bild scheint zwar etwas überzeichnet, trifft aber den Kern des Problems. Die Diskussion um die Nachteile der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung hat sich vor allem am internationales Einheitsrecht entzündet. Hier ist sie in der Tat berechtigt, weist es doch eine ganze Reihe von Schwachstellen auf, die dazu führen, dass das angestrebte Ziel der Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit für den internationalen Geschäftsverkehr nicht selten verfehlt wird. Zusammenfassen lassen sie sich wie folgt<sup>4</sup>:

- Legislatorische Rechtsvereinheitlichung läuft stets Gefahr, am Bedarf vorbeizuproduzieren, wohingegen es zu einer nicht legislatori-

---

<sup>1</sup> Vgl. auch *Blaurock*, in: Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 90, 109 f.; *Hauschka*, JZ 1990, 521, 531 f.; *Ulmer*, JZ 1992, 1, 6; aus der Sicht eines Rechtsanwalts *Loschelder*, DZWiR 1992, 348.

<sup>2</sup> Vgl. *Herber*, FS Stödter, 55, 56; *Kötz*, RabelsZ 50 (1986), 1, 5; *dens.*, FS Zweigert, 481, 489.

<sup>3</sup> *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 44.

<sup>4</sup> Vgl. dazu im einzelnen *Mertens*, RabelsZ 56 (1992), 219, 220 ff.

schen Rechtsvereinheitlichung ohne einen entsprechenden Bedarf nie kommen wird.

- Die Aushandlung internationalen Einheitsrechts ist ein mühsames, langsames und schwerfälliges Geschäft und kann aufgrund der stetig komplexer werdenden Lebenssachverhalte den Bedürfnissen der Wirtschaft nur in begrenztem Umfang gerecht werden.
- Legislatorische Rechtsvereinheitlichung richtet sich weniger an den Bedürfnissen der Wirtschaft aus, sondern geht gerne den Weg des geringsten Widerstands, ist also inhaltlich nicht durch sachliche, sondern vor allem politische Gründe geprägt.
- Internationales Einheitsrecht ist meist unflexibel und schwierig abzuändern. Dies kann zu einer Veränderungssperre für die nationale Gesetzgebung und damit letztlich zu einer juristischen Versteinierung führen und so den Wettbewerb der verschiedenen Rechtsordnungen um die beste rechtliche Lösung behindern.
- Legislatorische Rechtsvereinheitlichung erfasst häufig nicht Rechtsgebiete in ihrer Gesamtheit, sondern nur Teilausschnitte. Dieses „Torso-Einheitsrecht“ ist für die Rechtspraxis wenig brauchbar.
- Politisch und wirtschaftsrechtlich brisante Fragen werden häufig zugunsten eines primär dogmatisch-systematischen Ansatzes ausgeklammert. Legislatorische Rechtsvereinheitlichung führt dann keineswegs zu einer Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse und einer echten Gleichbehandlung der zugrundeliegenden Probleme.
- Internationales Einheitsrecht verliert schließlich viel von seiner Bedeutung, wenn es an einer Instanz fehlt, die das Auseinanderdriften der zur Auslegung von Einheitsrecht berufenen nationalen Gerichte verhindert.
- Legislatorische Rechtsvereinheitlichung führt nicht notwendig zu einer Rechtsvereinfachung, sondern oft zu einem immer komplizierter werdendem Geflecht einheitsrechtlicher Regelungen von nur beschränkter Tragweite.

Nicht alle dieser Einwände treffen in gleichem Maße auf die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft zu. Die Ausführungen in den ersten beiden Kapiteln dieser Arbeit haben aber deutlich gemacht, dass das mit dem Hinzutreten eines supranationalen Gesetzgebers entstandene Mehrebenenregime zu einer Komplexität der Rechtsanwendung geführt hat, die die Vorteile der Schaffung gemeinsamer Rechtssätze mitunter zu eliminieren droht. Angesichts dieser Fährnisse wird seit längerem darüber

nachgedacht, ob und wie sich „Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze“<sup>5</sup> erreichen lässt, welche „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“<sup>6</sup> in Betracht kommen. Hierauf ist im folgenden näher einzugehen.

### A. Restatements

Als Alternative bieten sich zunächst restatements europäischen Rechts nach dem Vorbild der vom American Law Institute erarbeiteten restatements of the law, auf die später noch genauer einzugehen sein wird, an. Sie werden bereits von vielen europäische Rechtswissenschaftlern gefordert<sup>7</sup>.

Die in den restatements of the law geleistete Aufarbeitung des Fallrechts und seine Formulierung in rechtsatzförmigen Regeln unter Verwendung präziser Definitionen lässt an die stoffliche Bewältigung des gemeinen Rechts in den bis zum Inkrafttreten des BGB gebräuchlichen Pandektenlehrbüchern denken<sup>8</sup>. Selbst in den USA wird freilich hervorgehoben, dass die Wirkung der restatements nicht überschätzt werden darf und sie keineswegs überall groß ist, sondern von Bereich zu Bereich beträchtlich schwankt:

„Auf manchen Gebieten, wie etwa dem Vertragsrecht, folgen die Gerichte ihnen weitgehend, wenn auch nicht ausnahmslos. Auf anderen, wie im Produkthaftungsrecht, haben Einzelvorschriften neue Entwicklungen gefordert und weite Beachtung gefunden, ohne dass ihre Regeln jedoch Allgemeingültigkeit beanspruchen könnten. In wieder anderen Bereichen finden die restatements fast gar keine Beachtung. Wer in ihnen eine verlässliche Verkörperung generell akzeptierter Regeln sieht, erliegt jedenfalls einer gefährlichen Illusion“<sup>9</sup>.

Bereits die US-amerikanische Erfahrung zeigt also, dass restatements kaum geeignet sind, Rechtsvereinheitlichung dort, wo sie nötig ist, zu er-

---

<sup>5</sup> So der Titel eines Tagungsberichts von *Remien*, *RabelsZ* 56 (1992), 300.

<sup>6</sup> So das Thema eines im Jahre 1991 vom Max-Planck-Institut in Hamburg veranstalteten Symposiums; vgl. dazu die Beiträge von *Mertens*, *Flessner*, *Bonell*, *Lando*, *Storme* und *Remien*, alle in *RabelsZ* 56 (1992), 219 ff.

<sup>7</sup> *Blaurock*, in: *Starck* (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze*, 90, 115; *Coing*, *NJW* 1990, 937, 940; *Kötz*, *FS Zweigert*, 483, 495 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 16 f.; *ders.*, *RabelsZ* 56 (1992), 215, 217; *Ulmer*, *JZ* 1992, 1, 7 f.; *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht*, 346.

<sup>8</sup> *Will*, in: *David/Grasmann* (Hrsg.), *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 531.

<sup>9</sup> *Reimann*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht*, 132, 143 f.

setzen. Restatements sind zunächst einmal private Werke, und ihre Autorität hängt im wesentlichen von der ihrer Verfasser ab. Solange die Richter in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft dem Gesetz (oder dem Präjudiz) verpflichtet sind, beschränkt sich die Funktion von restatements überwiegend auf die Stützung gefundener Rechtsergebnisse. Darüber hinaus können sie eine - dann allerdings nicht zu unterschätzende - Rolle im Rahmen der rechtsvergleichenden Auslegung spielen und so vielleicht die aufgrund der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen bestehenden Hindernisse ein wenig vermindern. Beseitigen können sie sie jedoch nicht. Ihr wahrer Wert liegt daher in der durch sie ausgelösten – und dann hoffentlich gesamteuropäischen – Diskussion.

### *B. Modellgesetze*

Wesentlich erfolgversprechender erscheint die Erarbeitung von Modellgesetzen. Sie ermöglichen eine Rechtsvereinheitlichung ohne völkerrechtliche Bindung, da sich die Staaten ihrer für ihre Gesetzgebung bedienen können. Vorbilder für die Technik einer Rechtsannäherung durch Modellgesetze existieren viele. Zu erinnern ist zum einen an die „Uniform Acts“ und „Model Acts“ der „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ in den USA<sup>10</sup>. Die Modellgesetze amerikanischen Zuschnitts fördern die Vereinheitlichung des amerikanischen Privatrechts nicht nur unmittelbar, indem sie zu einzelstaatlichem Recht werden. Sie wirken vielmehr auch mittelbar, indem sie, den restatements insoweit ähnlich, Regeln enthalten, die angesehene Institutionen ausgearbeitet haben, und die Anwälten, Gerichten und Professoren als Leitbilder dienen, selbst wo sie keine Gesetzeskraft haben. Außerdem berücksichtigen die die Gesetzestexte anwendenden Richter natürlich die Interpretation ihrer Kollegen in anderen Staaten bzw. Bezirken. Auf solche Weise bildet sich unter den Uniform Acts oft ein staatenübergreifendes und vereinheitlichend wirkendes Fallrecht heraus. Dieses wiederum lässt sich dann auch im Rechtsunterricht überall in weitgehend gleicher Weise vermitteln, wie das etwa

---

<sup>10</sup> Die Unterscheidung zwischen „uniform acts“ und „model acts“ beruht darauf, ob die Rechtsvereinheitlichung notwendig oder nur erwünscht ist und dementsprechend alle oder nur bestimmte Staaten erfassen soll. In letzterem Fall spricht man von einem „Model Act“, der im Gegensatz zum „Uniform Act“ nicht der Zustimmung der American Bar Association bedarf. Der Sprachgebrauch darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei beiden um Mustergesetze ohne jegliche staatsvertragliche Bindung handelt, vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 107. Zur „national Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ vgl. auch *Gray*, *RebelsZ* 50 (1986), 111, 117 ff.

im Kaufrecht unter Art. 2 des Uniform Commercial Code der Fall ist. Allerdings wird von amerikanischer Seite auch auf die Gefahren von Modellgesetzen hingewiesen. Nimmt nämlich nur ein Teil der Staaten ein Modellgesetz an, was die Regel ist, so kommt nun zur bisherigen Vielfalt des Fallrechts noch der Unterschied zwischen den Staaten mit gesetzlicher Regelung und den beim common law verbleibenden hinzu<sup>11</sup>.

Zu erwähnen ist weiterhin die Kooperation zwischen den nordischen Staaten Schweden, Norwegen, Dänemark, Finnland und Island, die ein Verfahren gesetzgeberischer Zusammenarbeit entwickelt haben, das zwar zu keinem Modellgesetz führt, aber zu mehreren parallel entstandenen nationalen Gesetzentwürfen, die nicht inhaltlich identisch, aufgrund der gemeinsamen Ausarbeitungsphase aber doch inhaltlich sehr ähnlich sind. Das Ergebnis unterscheidet sich in der Sache also nicht wesentlich von dem eines Modellgesetzes, das ja schließlich auch nur Modellcharakter hat und von dem die Staaten daher in dem von ihnen für notwendig erachteten Umfang abweichen können<sup>12</sup>. Modellgesetze finden sich weiterhin in den Benelux-Staaten, erfreuen sich heute aber vor allem bei internationalen Organisationen, die sich mit der rechtsvereinheitlichung beschäftigen, zunehmender Beliebtheit. So führt z.B. UNIDROIT auf seiner Internet-Homepage aus:

„However, the low priority which tends to be accorded by the governments to the implementation of such conventions and the time it therefore tends to take for them to enter into force have let the increasing popularity of alternative forms of unification in areas where binding instruments is not felt to be essential. Such alternatives include model laws which states may take into consideration when drafting domestic legislation on the subject covered or general principles addressed directly to judges, arbitragees and conflicting parties who are however left free to decide whether to use them or not“<sup>13</sup>.

Verstärkt von der Möglichkeit der Zurverfügungstellung von Modellgesetzen macht weiterhin UNCITRAL Gebrauch. Als wahre Erfolgsgeschichte kann z.B. das aus dem Jahr 1985 stammende „UNCITRAL Model Law on International Arbitration“ bezeichnet werden, das zahlreichen Ländern der Welt als Vorbild zur Modernisierung ihres Schiedsverfahrensrechts gedient hat. Zu erwähnen sind weiterhin etwa das „UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers“, das „UNCITRAL Model Law on

---

<sup>11</sup> Reimann, in: Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht. 132, 154.

<sup>12</sup> Zur Praxis der nordischen Staaten vgl. m. w. Nachw. Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 109 ff.

<sup>13</sup> Vgl. [www.unidroit.org/english/presentation/pres.htm#NR7](http://www.unidroit.org/english/presentation/pres.htm#NR7)

Cross-Border Insolvency“ und schließlich das „UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce“.

### C. Allgemeine Rechtsprinzipien

Vereinheitlichungsfördernd kann schließlich auch die Ausarbeitung allgemeiner Rechtsprinzipien sein, wobei die Grenzen zu restatements, wenn man sie denn überhaupt ziehen möchte, fließend sind<sup>14</sup>.

### D. Private Rechtsvereinheitlichung

Rechtsvereinheitlichung erübrigt sich weitgehend dort, wo die Parteien ihre Lebensverhältnisse ohnehin privatautonom, d.h. ohne staatliche Einflußnahme, regeln können<sup>15</sup>. Gerade diese Bereiche sind aber immer wieder beschränkt. Ungelöst bleibt zudem das Problem der Transaktionskosten, die ja weiterhin entstehen, da sich mindestens ein Partei zur Feststellung des ihr offenstehenden Handlungsrahmens über die Inhalte eines für sie fremden Rechts informieren muss. Hinzu kommt, dass auch dieses Recht erst bestimmt werden muss, wofür es des internationalen Privatrechts bedarf, was wiederum zu Unsicherheiten führen kann, sofern dieses ebenfalls verschieden ist. Lösen ließe sich dieses Problem durch eine weitgehende Zulassung der Wahl privater Regelwerke oder gar der *lex mercatoria*<sup>16</sup>. Solche Regelwerke öffnen den privaten Akteuren die Möglichkeit, sich auf eine speziell ihren Bedürfnissen Rechnung tragende Regelung zu verständigen und sich so *prima facie* sachnäheren Verhaltensregeln zu unterwerfen als dies bei nationalen (oder supranationalen) Gesetzen der Fall ist. Gleichwohl bedürfen alle diese Handlungen nach dem zumindest derzeit in Europa herrschenden Rechtsverständnis ihrer Sanktionierung durch das Gesetz, weshalb ihnen nach h. M. Wirkung nur in dem

---

<sup>14</sup> Der Unterschied zu der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze, etwa nach Art des Projektes der Cornell Law School (vgl. dazu § 12, C II 3 a, aa, aaa) und in der vom American Law Institute bei den Restatements of the Law angewendeten Methode (vgl. dazu § 12, C II 2) wird darin gesehen, dass das Cornell-Programm den Stand der Rechtsentwicklung nur genau fixieren, nicht aber in eine bestimmte Richtung beeinflussen wollte und dass es außerdem nicht zur Aufstellung abstrakter Regeln geführt hat, vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 346 in Fußn. 4; *W. Lorenz*, JZ 1962, 269, 274.

<sup>15</sup> Vgl. aber zu möglichen Wettbewerbsverzerrungen aufgrund unterschiedlichen nationalen Rechts § 9, A I 2.

<sup>16</sup> Vgl. dazu aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht auch *Streit/Mangels*, Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen.

vom anwendbaren Recht gezogenen Grenzen zukommt. Das Dilemma der Suche nach dem fremden und der grundsätzlichen Anwendbarkeit des fremden (staatlichen) Rechts bleibt damit bestehen. Lösen kann man es nur durch eine uneingeschränkte Zulassung der Parteiautonomie. Einem Missbrauch wäre damit Tür und Tor geöffnet. Denkbar ist es aber immerhin, wie im zweiten Kapitel dargelegt wurde, die parteiautonome Wahl solcher Regelwerke zuzulassen, die nach einer summarischen Durchsicht eine Gerechtigkeitsergewährung bieten.

### *E. Fazit*

Versteht man unter legislatorischer Rechtsvereinheitlichung die Schaffung von Rechtsgleichheit, so stellen allgemeine Rechtsgrundsätze, restatements, Modellgesetze oder die Weiterentwicklung staatenunabhängigen „soft laws“ durch die am Wirtschaftsleben Beteiligten keine Alternativen dar. Hingegen kommt ihr Einsatz umso eher in Betracht, als es keiner vollumfänglichen inhaltlichen Übereinstimmung des Rechts bedarf, sondern bereits Rechtsähnlichkeit zur Erreichung des angestrebten Ziels genügt. Auch hier gilt also: Es gibt kein „Entweder-Oder“, sondern nur ein „Sowohl-Als auch“. Legislatorische und nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung sind daher, wo immer dies möglich ist, miteinander zu verknüpfen.

## § 12: Synthese - Die Zukunft des Gemeinschaftsprivatrechts

Führt am legislativen Voranschreiten der Gemeinschaft jedenfalls im Grundsatz kein Weg vorbei, so gilt es doch, die institutionellen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass die durchaus vorhandenen Vorteile der bisherigen Rechtsvielfalt nicht gänzlich verloren gehen und Lernprozesse erleichtert werden. Die auf den bisherigen Ausführungen basierenden weiteren Überlegungen zur Zukunft des Gemeinschaftsprivatrechts liegen auf drei verschiedenen Ebenen. Die unterste Ebene beschränkt sich auf Vorschläge zur Verbesserung der Qualität des derzeitigen und in naher Zukunft zu erwartenden richtlinien- und verordnungsbasierten Gemeinschaftsprivatrechts (A.). Auf einer zweiten, mittleren Ebene gilt es, die personellen Grundlagen für eine effizientere Anwendung des Gemeinschaftsrechts und zugleich für eine Vereinfachung spontaner Rechtsangleichung zu legen. Dies lässt sich durch eine weitere Europäisierung von Rechtswissenschaft und Juristenausbildung erreichen (B.). Auf der obersten Ebene ist schließlich die langfristige Entwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts in den Blick zu nehmen. Das führt zur Frage nach den Vor- und Nachteilen einer europäischen Kodifizierung des Privatrechts und eventuell bestehenden Alternativen oder der Möglichkeit von Zwischenlösungen (C.).

### *A. Qualitative Verbesserung des Gemeinschaftsprivatrechts*

Gemeinschaftliche Normen sind - jedenfalls theoretisch - ein wesentliches Element der Vereinfachung, da sie zu einer einheitlichen Regelung an Stelle von 15 einzelstaatlichen Rechtsvorschriften führen. Der Nutzen von Rechtsvereinheitlichung wird auf europäischer Ebene aber häufig durch die mit ihr einhergehenden Nachteile kompensiert, mitunter sogar überkompensiert. Die Rechtsetzungstätigkeit der Europäischen Gemeinschaft ist daher oft Gegenstand von Kritik, auch in dieser Arbeit. Die Gemeinschaft hat dieses Problem mittlerweile erkannt und verschiedene Initiativen ge-

startet, von denen die bekannteste sicherlich SLIM ist<sup>1</sup>. Das grundlegende Ziel von SLIM besteht darin,

„das Funktionieren des Binnenmarkts durch das Aufzeigen von Wegen zur Vereinfachung und Verbesserung der einschlägigen Gesetzgebung zu fördern. Im Vordergrund stehen dabei diejenigen Bestimmungen, die bei ihrer Umsetzung unangemessene Kosten und administrative Belastungen verursachen, Anlaß zu unterschiedlicher Interpretation geben, zu divergierenden nationalen Durchführungsmaßnahmen führen oder Schwierigkeiten bei der Anwendung bereiten. Es muß jede Anstrengung unternommen werden, um den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen zu vereinfachen und wirkungsvoller zu gestalten“<sup>2</sup>.

Außerdem berichtet die Kommission seit Mitte der neunziger Jahre jährlich unter dem Stichwort „bessere Gesetzgebung“ über ihre Bemühungen, weniger, aber dafür qualitativ bessere Rechtsvorschriften vorzuschlagen<sup>3</sup>. Ob und inwieweit ihr dies gelungen ist, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Im folgenden sollen jedoch unter dem Stichwort „Qualitative Verbesserung des Gemeinschaftsprivatrechts“ verschiedene, bereits an anderer Stellen hervorgehobene Kritikpunkte in Erinnerung gerufen und den in Frage kommenden Lösungsalternativen nachgegangen werden<sup>4</sup>.

## *I. Umfang, Komplexität und Qualität*

### 1. Umfang, Konsolidierung und Kodifizierung

Der Umfang der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft ist, vergleicht man ihn mit dem der Mitgliedstaaten, an sich maßvoll<sup>5</sup>. Das gilt, wenn man nicht auf die Anzahl der Rechtsakte, sondern die Breite der durch sie

<sup>1</sup> „Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt (SLIM): Ein Pilotprojekt“, KOM (1996) 204 endg.

<sup>2</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Überprüfung der SLIM-Initiative: Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt, KOM (2000) 104 endg.

<sup>3</sup> Vgl. zuletzt Bericht der Kommission an den Europäischen Rat vom vom 30.11.2000, Bessere Rechtsetzung 2000, KOM (2000) 722 endg.

<sup>4</sup> Allgemein zur Verbesserung der Qualität gemeinschaftlicher Gesetzgebung auch Hayder, EUmagazin 4/2001, 40; Müller-Graff, EuZW 1998, 325, und Timmermans, CMLR 34 (1997), 1229, sowie zahlreiche Beiträge in Kellermann/Azzi/Jacobs/Deighton-Smith (Hrsg.), Improving the quality of legislation in Europe.

<sup>5</sup> Das geltenden Gemeinschaftsrecht füllt rund 70 000 Seiten im Amtsblatt. Im Übrigen zeigt die Statistik, dass die Zahl der Vorschläge für Rechtsakte in den letzten Jahren deutlich zurückgegangen ist. Im Zeitraum 1990-1994 legte die Kommission 250 Vorschläge vor, dagegen nur 96 im Zeitraum 1995-1999, vgl. KOM (2001), 130 endg., S. 4 in Fußn. 3.

geregelten Bereiche abstellt, auch für das Gemeinschaftsprivatrecht. Aber gerade die Vielzahl der punktuellen Eingriffe in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen macht es mitunter schwierig, das geltende Recht zu überblicken und anzuwenden. Erschwerend tritt hinzu, dass verschiedene Rechtsakte bereits mehrfach geändert wurden und die Suche nach dem derzeit geltenden Recht oft an ein Puzzle aus dem Grundrechtsakt und den nachfolgenden Änderungsvorschriften erinnert. Immerhin bemüht sich die Kommission seit einiger Zeit um eine Aktualisierung der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, entweder durch Konsolidierung (Zusammenstellung zu Informationszwecken), Kodifizierung oder Neufassung von Rechtsakten (Ersetzung durch eine rechtsverbindliche neue Fassung).

Schwerwiegender als diese Probleme vorwiegend technischer Natur ist jedoch, dass die Rechtsakte der Gemeinschaft mitunter nicht miteinander abgestimmt und manchmal sogar in sich widersprüchlich sind. Schwierige Abgrenzungsfragen sind die Folge. Auf die Varianz des Verbraucherbegriffs wurde bereits hingewiesen. Derlei Beispiele lassen sich noch mehr finden. So verpflichtet etwa Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass „Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, ..., nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat“. Die Vorschrift geht als vom Prinzip des „opting out“ aus. Der Verbraucher muss widersprechen. Solange er dies nicht getan hat, sind werbliche Ansprachen mittels Telefon etc. zulässig. Anders formuliert ist die Regelung des identischen Sachverhalts in der kurze Zeit später ergangenen Art. 12 Abs. 2 der ISDN-Datenschutzrichtlinie. Danach müssen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, „um gebührenfrei sicherzustellen, dass ... Anrufe zum Zweck des Direktmarketings, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Anrufen erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln“. Den Mitgliedstaaten wird damit die Wahl zwischen einer „opting in“- und einer „opting out“-Lösung freigestellt. In welchem Verhältnis beide Regelungen zueinander stehen und welche Folgen für die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten daraus resultieren, ist bis heute nicht restlos geklärt<sup>6</sup>.

Begegnen lässt sich solchen Problemen zweifelsohne durch Qualitätskontrollen im Rechtsetzungsverfahren. Darauf ist später noch genauer einzugehen. Was aber soll mit bereits existenten Rechtsakten geschehen? Hier

---

<sup>6</sup> Dazu *Günther*, CR 1999, 172, 175.

ist daran zu denken, Bereiche des Rechts, die sich durch das Vorhandensein einer Vielzahl von Rechtsakten der Gemeinschaft auszeichnen, einer kritischen Revision zu unterziehen und - darauf aufbauend - die Möglichkeit ihrer Kodifikation zu prüfen.

a) Ein europäisches Verbrauchervertragsgesetzbuch?

Fokussiert man den Blick auf das Privatrecht, so liegt eine solche Vorgehensweise insbesondere für das Verbrauchervertragsrecht nahe. Die bereits erreichte Regelungsdichte ist enorm<sup>7</sup>, auch wenn es sich dem äußeren Anschein nach immer noch um einen „Flickenteppich“ handeln mag. Trotz der durchaus noch vorhandenen Lücken sind Inhalt und Dogmatik des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes in der Gemeinschaft mittlerweile doch so weit konsolidiert, dass ein fixer Kernbestand erkennbar ist<sup>8</sup> und daher die Schaffung eines Europäischen Verbrauchervertragsgesetzbuches möglich erscheint<sup>9</sup>. Ein solches Unterfangen könnte gleichzeitig dazu dienen, die Widersprüchlichkeit bzw. mangelnde Kohärenz mancher Regelungen aufzulösen. So gewähren etwa zahlreiche Verbraucherschutzrichtlinien dem Verbraucher ein Recht, sich vom Vertrag zu lösen, doch variiert die Dauer dieses Lösungsrechts - das im übrigen mal als Recht zum „Widerruf des Vertragsabschlusses“, mal als Recht zum „Rücktritt vom Vertrag“ bezeichnet wird<sup>10</sup> - zwischen sieben Tagen, sieben Werktagen und zehn Tagen<sup>11</sup>, ohne dass ein Grund für diese Differenzierung ersichtlich ist. Fehlt es an einer Belehrung über das Widerrufsrecht, so sehen einige Richtlinien sein Erlöschen nach drei Monaten - freilich wiederum mit unterschiedlichem Fristbeginn<sup>12</sup> - vor, andere enthalten hingegen überhaupt keine Fris-

---

<sup>7</sup> Vgl. die im 2. Teil gegebene Übersicht sowie *Dausies/Sturm*, ZfRV 1996, 133, 135 ff; *Hakenberg*, AnwBl. 1997, 56; *Kaufhold*, DNotZ 1998, 254; *Tonner*, JZ 1996, 533. Umfänglich z.B. *Howells/Wilhelmsson*, EC consumer law; *Kendall*, EC consumer law; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht; *Weatherill*, EC consumer law and policy.

<sup>8</sup> Ebenso *Pfeiffer*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 481, 491. Vgl. auch die bald erscheinende Habilitationsschrift von *Schulte-Nölke*, Europäisches Verbrauchervertragsrecht und deutsches Bürgerliches Recht (im Druck).

<sup>9</sup> Ähnlich *Müller-Graff*, EuZW 1998, 325, 330; *Pöttler*, Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in den europäischen Mitgliedstaaten, 271; *Staudenmeyer*, RIW 1999, 733, 737. Vgl. auch den Tagungsband Osman (Hrsg.), Vers un Code Européen de la Consommation.

<sup>10</sup> Vgl. einerseits Art. 6 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie und andererseits Art. 5 Abs. 1 Haustürgeschäfte richtlinie.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 5 Haustürgeschäfte richtlinie, Art. 6 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie, Art. 5 Nr. 1 Timesharingrichtlinie.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie bzw. Art. 5 Nr. 1 Timesharingrichtlinie.

tenregelung<sup>13</sup>. Selbst die Kommission hat diese Unstimmigkeiten mittlerweile erkannt und eine Prüfung angekündigt, „ob es möglich und wünschenswert ist, die Berechnungsmethode für die Bedenkzeit in den derzeit geltenden Verbraucherschutzvorschriften ... zu harmonisieren“<sup>14</sup>. Dabei sollte man sich freilich auf keine „Harmonisierung der Harmonisierung“ beschränken, sondern zumindest die grundlegenden Anforderungen, die das Gemeinschaftsrecht an Zustandekommen und Inhalt von Verbraucherverträgen stellt, in einem für alle Verbraucherverträge geltenden Regelwerk zusammenfassen, also quasi den allgemeinen Teil eines europäischen Verbrauchervertragsrechts schaffen. So ließe sich nicht nur die vorhandene Zersplitterung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene, sondern ebenso die der Umsetzungsvorschriften in den Mitgliedstaaten beseitigen. Man mag diesem Ansinnen entgegenhalten, es sei aufgrund des dahinterstehenden Wunsches nach einer Systematisierung des Rechts ein typisch deutsches. Überzeugend ist ein solcher Einwand jedoch nicht. Denn das Streben nach einem einheitlichen, lückenlosen, gedanklich und dogmatisch durchdrungenen System ist Leitmotiv einer jeder Kodifikation. Zuzugeben ist allerdings, dass es den meisten zivilrechtlichen Kodifikationen in der Tat an einem Allgemeinen Teil, wie er sich im BGB findet, mangelt. Jedoch erfasste eine Regelung der allgemeinen Grundsätze des Verbrauchervertragsrechts größtenteils wohl eher Bestandteile des allgemeinen Schuldvertragsrechts, und dieses ist in zahlreichen Kodifikationswerken vor die Klammer gezogen, also eigenständig geregelt worden. Dass der Wunsch nach einer Konsolidierung und Systematisierung stark durch das EG-Recht reglementierter Bereiche weit verbreitet ist, zeigt im übrigen ein jüngst von der Kommission für ein ganz anderes Rechtsgebiet, nämlich das Lebensmittelrecht, vorgelegter Regelungsentwurf. Die Kommission weist zur Begründung ihres „Vorschlags für eine Verordnung zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Erfordernisse des Lebensmittelrechts, zur Einrichtung der Europäischen Lebensmittelbehörde und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit“<sup>15</sup> unter anderem auf die Unterschiedlichkeit der für die bisherigen Rechtsakte herangezogenen Ermächtigungsgrundlagen, der mit ihnen verfolgten Ziele und die hieraus resultierenden Probleme hin:

„Diese unterschiedlichen Ziele führten zu Divergenzen im Konzept der Lebensmittelgesetzgebung, auch zu Widersprüchlich-

---

<sup>13</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäfte-Richtlinie.

<sup>14</sup> Erklärung von Rat und Parlament zu Art. 6 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie, ABl. EG 1997 L 144, 28.

<sup>15</sup> KOM (2000) 716 endg.

keiten und zu Lücken. Eines der Ziele dieser Verordnung ist die Festlegung gemeinsamer Definitionen - einschließlich einer Definition des Lebensmittelbegriffs -, übergeordneter Leitlinien und legitimer Zielsetzungen zum Lebensmittelrecht, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten“.

Geschaffen werden soll so der allgemeine Teil eines gemeinschaftlichen Lebensmittelrechts. Gleiches erscheint für das Verbrauchervertragsrecht erstrebenswert. Ob und inwieweit darüber hinaus auch Vorschriften über einzelne Vertragstypen einbezogen werden sollten, ist eine offene Frage. Nicht ersichtlich ist z.B., warum das Recht der Mängelgewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf harmonisierungsbedürftig sein soll, nicht hingegen die Regelung mangelhafter Erfüllung bei Verbraucherverträgen über die Erbringung von Dienstleistungen, die Erstellung von Werken<sup>16</sup> etc.<sup>17</sup> Wettbewerbsverzerrungen drohen hier in keinem geringeren Maße als beim Verbrauchsgüterkauf, und ebenso wie beim Verbrauchsgüterkauf lässt sich auch bei Dienst- und Werkverträgen das Argument der Stärkung des Verbrauchervertrauens anführen<sup>18</sup>. Allerdings würde mit dem Wunsch nach einer solch umfangreichen, alle besonderen Vertragstypen umfassenden Regelung das Projekt inhaltlich überfrachtet. Im Vordergrund von Kodifizierungsüberlegungen sollte daher - zumindest derzeit - der Wille zur Konsolidierung, nicht aber das Streben nach einer abschließenden Regelung des gesamten Verbrauchervertragsrechts stehen. Über letzteres mag man nachdenken, wenn auch im „besonderen Teil“ die kritische Masse erreicht ist. Soweit ist es aber noch nicht.

Der Vorschlag eines europäischen Verbrauchervertragsgesetzbuches bzw. eines entsprechenden allgemeinen Teils wird naturgemäß zu Kassandraruhen führen; beklagt werden wird die „Erosion des Privatrechts“<sup>19</sup>, es werden Warnungen vor der Schaffung eines Sonderprivatrechts, d.h. einer dritten Kategorie des Privatrechts, die neben das allgemeine bürgerliche Recht und das Handelsrecht der Kaufleute tritt, ertönen<sup>20</sup> usw. Diese Einwände sind, um dies vorwegzunehmen, nicht unberechtigt. Zuzugeste-

---

<sup>16</sup> Vgl. aber Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: „Als Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter“.

<sup>17</sup> Vgl. auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 362.

<sup>18</sup> Vgl. Erwägungsgründe 3 - 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

<sup>19</sup> Vgl. *Dreher*, JZ 1997, 167, 177.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher; *Kleindiek*, in: Hommelhoff/Jayme/Mangold (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, IPR und Rechtsangleichung, 297, 300 ff.; *Lieb*, AcP 183 (1983), 327, 348 ff. Außerdem *Gärtner*, BB 1995, 753.

hen ist außerdem, dass bei einer separaten Regelung von Rechtsgebieten stets die Gefahr ihres „Abdriftens“ besteht<sup>21</sup>. Gleichwohl: Die Realitäten sind ohnehin längst andere. Verbraucherprivatrecht, jedenfalls gemeinschaftsrechtlicher Provenienz, befindet sich nicht erst auf dem Weg zum Sonderprivatrecht<sup>22</sup>, es ist bereits Sonderprivatrecht. Zahlreiche Mitgliedstaaten haben dies schon nachvollzogen, so etwa Frankreich mit seinem „Code de la consommation“ oder Spanien mit seiner „Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios“; England hat eine „Consumer Contract Regulation 1994“, Österreich ein „Konsumentenschutzgesetz“ usw.<sup>23</sup>. An diesen Entwicklungen kann man, selbst wenn man sie für schädlich erachtet, nicht vorbeigehen. Die Diskussion über ein europäisches Vertragsgesetzbuch würde aber dazu zwingen, sich noch einmal ganz grundsätzlich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit Vertragsfreiheit als Konstituens auch des gemeinschaftlichen Binnenmarktes tatsächlich gruppenspezifische Schutzmechanismen erforderlich macht, auf welchen Gebieten es an Wettbewerb oder in welchen Situationen es an Chancengleichheit mangelt und wie das Recht hierauf zu reagieren hat. Kurz gefasst: Eruiert werden müsste das aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht richtige und stimmige Verhältnis zwischen den Gedanken von Selbstbestimmung, Selbstverantwortung, Fremdverantwortung und Schutzbedürftigkeit<sup>24</sup>. Dieser Prüfungsprozess böte zudem die Möglichkeit, gelegentliche Überzeichnungen des gemeinschaftlichen Verbraucherschutzrechts zu beseitigen, wie etwa die verschiedentlich überbordenden Informationspflichten, die mitunter zu einer wahren Informationsflut führen, die vom Verbraucher gar nicht zu bewältigen ist und daher kontraproduktiv wirkt<sup>25</sup>. Nicht ausschließen lässt sich freilich, dass andererseits auch Verschärfungen drohen können. So ist etwa der Kommission die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Klauselrichtlinie auf Vertragsklauseln, „die nicht *im einzelnen* ausgehandelt wurden“ (Art. 3 Abs. 1), immer noch ein Dorn im Auge, enthielt doch Art. 4 des geänderten Vor-

---

<sup>21</sup> Lieb, AcP 183 (1983), 327, 331.

<sup>22</sup> So 1995 noch Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 4.

<sup>23</sup> Zu den einzelnen nationalstaatlichen Konzepten vgl. kurz Hondius, in: Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz, 19, 20 ff.; Joustra, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 133, 136 ff.

<sup>24</sup> Müller-Graff, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 9, 69.

<sup>25</sup> Vgl. dazu auch Kind, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information - aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtgesetz, passim.

schlags auch Kriterien für die Feststellung einer Missbräuchlichkeit von Klauseln in *Individualverträgen*<sup>26</sup>. Die Idee einer allgemeinen Angemessenheitskontrolle von in Verbraucherverträgen getroffenen Vereinbarungen scheint die Kommission jedoch nicht aufgegeben zu haben. So findet sich etwa in dem von ihr am 27. April 2000 vorgelegten „Bericht über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“<sup>27</sup>, der Hinweis, dass „bestimmte Mitgliedstaaten (DK, FIN, F, S und bis zu einem gewissen Grade A und NL) ... diesen Ausschluß nicht übernommen (haben), ohne dass sich hieraus das mindeste Problem in der Praxis ergeben hätte“<sup>28</sup>. Nahezu wortidentische Anmerkungen macht die Kommission zum Ausschluss bindender Rechtsvorschriften (Art. 1 Abs. 2) sowie zum Ausschluss von Preis und Hauptgegenstand des Vertrags (Art. 4 Abs. 2) und kommt dann zu folgender conclusio:

„Die von der Kommission gesammelten Informationen über die Umsetzung und Anwendung dieser Bestimmungen bringen keine Bestätigung für die Rechtfertigung und Notwendigkeit bestimmter Einschränkungen im jetzigen Regelwerk. Sollten sich diese Informationen bestätigen, so dürfte das Bestreben nach Vereinfachung des Gemeinschaftsrechts zu ihrer Abschaffung führen.“

Die Gefahr, dass die Konsolidierung des bisherigen gemeinschaftlichen Verbraucherschutzrechts in einem europäischen Verbrauchergesetzbuch eine willkommene Gelegenheit bieten würde, solch alten Wein in neuen Schläuchen zu verkaufen, ist nicht von der Hand zu weisen. Gegen eine Kodifizierung spricht sie gleichwohl nicht, wird doch diese Diskussion über kurz oder lang, spätestens aber mit der Vorlage eines Vorschlags der Kommission zur Änderung der Klauselrichtlinie, ohnehin auf die Mitgliedstaaten zukommen. Ein europäisches Verbrauchergesetzbuch böte jedenfalls die Gelegenheit, das geltende Recht in einem in sich widerspruchsfreien System zusammenzufügen. Dass es dabei von Grund auf zu modernisieren wäre, steht dem Kodifikationsgedanken nicht entgegen. Denn

„weil Recht gleich *recta ratio* ist, wie immer die Zeitideologie dies ausdrücken mag, ist Recht stets auch System, und es haben

---

<sup>26</sup> Vgl. dazu auch *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, Nrn. 156c und 156d. Die Begrenzung auf „nicht im einzelnen ausgehandelte Klauseln“ erfolgte, nachdem der Rat Art. 4 des geänderten Vorschlags der Kommission (KOM [1992] 66 endg.) strich, in dem spezifische Kriterien für die Kontrolle individuell ausgehandelter Klauseln festgelegt waren.

<sup>27</sup> KOM (2000) 248 endg.

<sup>28</sup> KOM (2000) 248 endg., S. 15.

die Sach- und Funktionsprinzipien einer jeden Materie universale Bedeutung“<sup>29</sup>.

Eine Zusammenfassung der gemeinschaftlichen Regelungen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes in einem einzigen Rechtsakt wäre zudem für alle Staaten, vor allem in Osteuropa, äußerst hilfreich, die aufgrund von Assoziationsabkommen verpflichtet sind, ihr nationales Recht mit dem Stand des Gemeinschaftsrechts in Einklang zu bringen<sup>30</sup>. Aber auch darüber hinausreichende Ausstrahlungswirkungen ließen sich nicht ausschließen.

#### b) Mögliche Inhalte

Das Gemeinschaftsrecht geht, wie an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt, vom Leitbild eines verständigen Verbrauchers aus, der bei wirtschaftlichen Transaktionen in der Lage ist, aus eigenem Antrieb eine autonome Entscheidung über die Eingehung rechtlicher Bindungen zu treffen, sofern ihm die hierfür notwendigen Informationen in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Unerheblich ist hingegen, ob er von diesen Informationen auch tatsächlich Gebrauch macht und ob die von ihm getroffene Entscheidung bei objektiver Betrachtung wirklich „vernünftig“ ist. Hieraus ergeben sich im wesentlichen zwei tragende Komponenten des gemeinschaftlichen Verbraucherschutzes. Zum einen ist die Autonomie der vom Verbraucher getroffenen Entscheidung sicherzustellen. Zum anderen müssen ihm alle hierfür notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Kern eines europäischen Verbrauchergesetzbuches sollten dementsprechend sowohl ein verallgemeinertes Vertragslösungsrecht als auch ein Grundbestand allgemeiner Informationspflichten des Unternehmers über die wesentlichen Vertragsinhalte sein<sup>31</sup>.

Im Rahmen der Einführung eines allgemeinen Vertragslösungsrechts, das insbesondere bei besonderen, die Entscheidungsautonomie beeinträchtigenden Marketingmethoden sowie beim Abschluss komplexer Verträge gewährt werden sollte, ist auch zu überlegen, ob und inwieweit es durch eine notarielle oder eine sonstige öffentliche Beurkundung des Vertrages abgedungen werden kann. Ansätze hierfür sind bereits in einigen Gemein-

---

<sup>29</sup> *Esser*, Grundsatz und Norm, 227 f.

<sup>30</sup> *Drobnig*, in: Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz, 201, 203.

<sup>31</sup> Ähnlich *Staudenmayer*, RIW 1999, 733, 737; *ders.*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 63, 74 ff.; *ders.*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 419, 425 ff.

schaftsrichtlinien vorhanden<sup>32</sup>. Sie lassen sich durchaus verallgemeinern, da dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers regelmäßig bereits dann hinreichend Rechnung getragen wird, wenn er bei Vertragsabschluss „von einem neutralen Sachkenner über seine Rechte und Pflichten sowie die Risiken des Vertrages belehrt wird“<sup>33</sup>. Eines Vertragslösungsrechts bedarf es in solchen Fällen nicht mehr.

Ziel der Informationspflichten muss es sein, dem Verbraucher das Wissen zu verschaffen, das ein durchschnittlich verständiger Verbraucher benötigt, um sich informiert für oder gegen die Eingehung rechtlicher Verbindlichkeiten entscheiden zu können. Ob der Verbraucher darüber hinaus stets auch über seine Rechte im Fall einer Schlechterfüllung des Vertrages und die ihm in diesem Fall zustehenden Rechtsbehelfe aufzuklären ist<sup>34</sup>, erscheint hingegen fraglich. Vorzugswürdig ist insoweit keine allgemeine, sondern eine von den Vertragsspezifika abhängige Lösung. Sicherzustellen ist aber auf jeden Fall, dass dem Verbraucher sämtliche Informationen grundsätzlich vor Vertragsschluss zur Verfügung stehen, sie einen Hinweis auf das allgemeine Vertragslösungsrecht beinhalten und ihre Nichtbeachtung zu einer Verlängerung der Frist, innerhalb der er sich wieder vom Vertrag lösen kann, führt.

In ein Verbrauchervertragsgesetzbuch mit einzubeziehen wären neben dem Vertragslösungsrecht und den Anbieterinformationspflichten weiterhin diejenigen Teile der Klauselrichtlinie, die sich mit der Einbeziehung vorformulierter Klauseln in den Vertrag beschäftigen. Wie schwierig die systematisch richtige Lozierung von Regelungen zum Klauselrecht sein kann, zeigt freilich die derzeit in Deutschland im Rahmen der anstehenden Schuldrechtsmodernisierung geführte Diskussion um die Integration von „Nebengesetzen“ und insbesondere des AGBG in das BGB<sup>35</sup>.

Grundsätzlich zur Diskussion gestellt werden müsste schließlich die bisherige Fixierung des gemeinschaftlichen Verbraucherschutzrechts auf die ausschließliche Schaffung von Mindestregelungen, die zumindest auf lange Sicht mit dem Gedanken der Errichtung eines Binnenmarktes nicht vereinbar ist. Denn bei ökonomischer Betrachtung führt eine Harmonisie-

---

<sup>32</sup> Vgl. z.B. Art. 2 Abs. 4 Verbraucherkreditrichtlinie.

<sup>33</sup> *Drobnig*, in: Heusel (Hrsg.), Neues Europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz, 201, 205.

<sup>34</sup> So *Staudenmayer*, RIW 1999, 733, 737; *ders.*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 63, 76.

<sup>35</sup> Vgl. dazu *Pfeiffer*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 481; *P. Ulmer*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 215.

nung, die sich lediglich auf die Statuierung von Mindeststandards beschränkt, zwar zum Abbau von Wettbewerbsverzerrungen, nicht aber zu ihrer vollständigen Beseitigung. Zudem bedarf es mangels Rechtsgleichheit weiterhin des Einsatzes des internationalen Privatrechts, um die maßgebende Rechtsordnung zu bestimmen. Aus der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen und der zumindest alternativen Anwendung des Aufenthaltsrechts des Verbrauchers (Art. 5 EVÜ, Art. 29 EGBGB) resultieren zudem fortbestehende Behinderungen für Unternehmer, die ihre Waren oder Dienstleistungen in der gesamten Gemeinschaft anbieten möchten. Bestehende Hindernisse werden zwar verringert, ein gemeinschaftsweites Angebot zu gleichartigen Bedingungen aber gleichwohl nicht ermöglicht. Gleiches gilt im übrigen aus Verbrauchersicht. Sie können sich zwar gemeinschaftsweit auf gewisse Mindeststandards verlassen, nicht aber darauf, dass sie in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft den gleichen umfassenden Schutz erfahren. Das auch von der Gemeinschaft für wichtig erachtete „Verbrauchervertrauen“ in den Binnenmarkt kann so nur in begrenztem Maß entstehen. Zwar mag die Forderung nach einem einheitlichen Regelungsniveau angesichts der derzeitigen Niveauunterschiede und divergenten Auffassungen über den richtigen Umfang zivilrechtlichen Verbraucherschutzes noch unrealistisch sein, doch muss, strebt man tatsächlich eine volle Verwirklichung des Binnenmarktes an, damit letzten Endes auch eine volle Vereinheitlichung des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes einhergehen<sup>36</sup>. Dem lässt sich weder die föderalistische Struktur der Gemeinschaft noch das Subsidiaritätsprinzip entgegenhalten<sup>37</sup>.

c) Europäisches Verbrauchervertragsgesetzbuch und Europäisches Zivilgesetzbuch

Wie aber verhält sich ein europäisches Verbrauchergesetzbuch zur Idee eines europäischen Zivilgesetzbuches, einmal unterstellt, dass letzteres überhaupt wünschenswert ist? Schließen sie einander aus oder lässt sich beides miteinander verbinden? Die Antwort hierauf ist eine typisch juristische: Es kommt darauf an. Entscheidend wird sein, ob sich verbraucherrechtliche Regelungen europäischer Provenienz als eine Art wirtschaftsregulierendes Sonderrecht etablieren<sup>38</sup> oder ob es gelingt, bei ihrer inhaltlichen Ausgestaltung den Bezug zum allgemeinen Zivilrecht nicht abreißen

---

<sup>36</sup> Ebenso *Drobnig*, in: Heusel (Hrsg.), Neues Europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz, 201, 207; *Pöttler*, Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in den europäischen Mitgliedstaaten, 276.

<sup>37</sup> So aber *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, Nr. 143.

<sup>38</sup> In diese Richtung etwa *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, Nrn. 1 ff.

zu lassen. Nur letzteres und nichts anderes sollte aber neben dem Gedanken der Konsolidierung Leitmotiv für die Schaffung eines europäischen Verbrauchergesetzbuches sein. Zivilrechtlicher Verbraucherschutz darf auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts nicht von Inhalt, System und Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts abgekoppelt werden, sondern muss sein integrativer Bestandteil bleiben und als Funktionsvoraussetzung des das Zivilrecht aller Mitgliedstaaten tragenden Grundsatzes der Privatautonomie verstanden werden<sup>39</sup>. Werden diese Zusammenhänge beachtet, wird die Integration eines europäischen Verbrauchergesetzbuches in ein zeitlich wohl wesentlich später in Kraft tretendes Europäisches Zivilgesetzbuch als dessen „sozialer Teil“<sup>40</sup> sicherlich nur wenige Probleme bereiten.

## 2. Komplexität und Qualität

Belastet wird das Gemeinschaftsprivatrecht nicht nur durch den Umfang der - oft zudem unkoordiniert nebeneinander stehenden - Rechtsakte, sondern ebenso durch die unverkennbare Tendenz zu übermäßig detaillierten Regelungen - man lese nur einmal die Überweisungsrichtlinie. Außerdem führen Kompromisse im Verlaufe der Verhandlungen im Europäischen Parlament oder im Rat häufig zu schwer verständlichen Texten:

„Community law often is a ‘droit diplomatique’, product of intergovernmental negotiation. To obtain compromises, artful wording is used to conceal, what continue to be, diverging positions. ‘Là où les juristes cherchent la précision les diplomatiques pratiquent le non-dit et ne fuient pas l’ambiguïté“<sup>41</sup>.

Dass dies keine Übertreibung ist, macht z.B. die Kompromissformel deutlich, auf die sich Rat und Europäisches Parlament hinsichtlich der Regelung des Eigentumsvorbehalts in Art. 4 Abs. 1 der Zahlungsverzugsrichtlinie geeinigt haben<sup>42</sup>:

„Die Mitgliedstaaten sehen in Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden, vor, dass der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung das Eigentum an Gütern behält, wenn zwischen

<sup>39</sup> Ähnlich *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 60.

<sup>40</sup> So *Drobnig*, in: Heusel (Hrsg.), *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz*, 201, 207; nahezu wortidentisch *Pöttler*, *Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in den europäischen Mitgliedstaaten*, 276.

<sup>41</sup> *Timmermans*, CMLR 34 (1997), 1231, 1232 f.

<sup>42</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Kieninger*, FS Max-Planck-Institut (im Druck).

Käufer und Verkäufer vor der Lieferung der Güter ausdrücklich eine Eigentumsvorbehaltsklausel vereinbart wurde.“

Im Grunde handelt es sich um eine „non rule“, der sich auch bei „wohlwollende Auslegung“ höchstens die Festschreibung einer Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts inter partes entnehmen lässt<sup>43</sup> und die man sich schlicht hätte sparen können, da eine Wirksamkeit inter partes dem Eigentumsvorbehalt ohnehin in allen Mitgliedstaaten der EG zukommt. Entscheidend ist jedoch die Drittwirksamkeit. Zum Schwur kommt es vor allem in der Insolvenz, und hier sind zwischen den mitgliedstaatlichen Rechten durchaus noch Divergenzen vorhanden, die zu Störungen des Binnenmarktes führen können und durch die Richtlinie nicht beseitigt werden. Man kann angesichts solcher Regelungen nur darauf hoffen, dass die Kommission ihre Ankündigung wahr machen und zukünftig darauf achten wird, „möglichst einfach gefasste Rechtsakte vorzulegen und ... deshalb die Vorschriften und die internen Verfahren zur Verbesserung der Qualität der Rechtsvorschriften aus(zu)bauen“<sup>44</sup>. Qualitätsmindernde Änderungen im Rechtsetzungsverfahren vermag freilich auch das nicht zu verhindern. Notwendig wäre eine „Qualitätsendkontrolle“, möglichst in institutionalisierter Form, aber so etwas verträgt sich nur schwer mit der Souveränität des Gesetzgebers. Im übrigen bestehen diese Probleme ja nicht nur auf supranationaler, sondern in ähnlicher Form auch auf nationaler Ebene. Das Beispiel der Neuregelung des Verzugsrechts mit der missglückten Vorschrift des § 284 Abs. 3 BGB wurde bereits an anderer Stelle gebracht. Und dem in das Bürgerliche Gesetzbuch jüngst eingefügten § 241a BGB erteilte Flume die Note „mangelhaft“<sup>45</sup>; die Vorschrift zeige, „wie sehr die Fähigkeit zur Gesetzgebung unserer Zeit offenbar abhanden gekommen ist“<sup>46</sup>. Zweifel an dieser doch sehr pauschalen Aussage sind angebracht. Sie macht aber deutlich, dass Rechtsetzung nicht nur als technischer Prozess verstanden darf, sondern sich stets um Klarheit, Konsistenz und Systemkonformität bemühen muss, kurz: Mehr Wissenschaftlichkeit und weniger kurzfristiges Situationsmanagement. Vorhandener externer Sachverstand muss bereits in der Entstehungsphase gemeinschaftlicher Regelungen

---

<sup>43</sup> Zutreffend *Kieninger* aaO; weitergehend hingegen *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97, 101 f.

<sup>44</sup> Vgl. den Zwischenbericht der Kommission an den Europäischen Rat von Stockholm, Verbesserung und Vereinfachung der Rahmenbedingungen für die Rechtsetzung, KOM (2001) 130 endg., S. 9.

<sup>45</sup> Tiefgründiger – aber mit gleichem Ergebnis – die Analyse der Vorschrift durch *Schwarz*, NJW 2001, 1449 („Störfall für die Zivilrechtsdogmatik“); positiver hingegen *Sosnitza*, BB 2000, 2317.

<sup>46</sup> *Flume*, ZIP 2000, 1427.

nutzbar gemacht werden. Darauf wird sogleich und nochmals später zurückzukommen sein.

## *II. Die Vorbereitung privatrechtsrelevanter Rechtstexte*

### 1. Folgenabschätzung

Die Vorbereitung privatrechtsrelevanter Rechtsakte der Gemeinschaft ist häufig unzureichend. Insbesondere fehlt es oft an einer Abschätzung der Folgen einer vorgeschlagenen Maßnahme für die Wirtschaftsbeteiligten. Und wird eine solche Folgenabschätzung vorgelegt, erschöpft sie sich nicht selten in Plattitüden, die erkennen lassen, dass eine Prüfung nicht in der erforderlichen Intensität stattgefunden hat. Zu fordern sind daher tiefgreifendere und systematischere Konsultation, die vor allem auch die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zum Gegenstand haben müssten. Die Kommission hat auch dieses Problem mittlerweile erkannt und Besserung gelobt. Angekündigt ist eine Ausweitung und Vertiefung der vorherigen Anhörung der betroffenen Kreise. Gestützt auf die guten Erfahrungen, die bereits mit Online-Anhörungen über das Internet gemacht wurden, soll ein Feedback-Mechanismus geschaffen werden, der eine qualitative und quantitative Folgenabschätzung erleichtert und in dessen Zentrum Anhörungen über die Zweckmäßigkeit von Initiativen und deren Form stehen. Dazu sollen die bestehenden Verfahren ausgebaut werden, etwa durch die Weiterentwicklung laufender Pilotprojekte und durch die Verbesserung des Instrumentariums der Wirtschaftsanalyse<sup>47</sup>. Geprüft wird von der Kommission zur Zeit außerdem in Zusammenarbeit mit dem Wirtschafts- und Sozialausschuss und dem Ausschuss der Regionen die Möglichkeit, diese Ausschüsse bereits in der Phase vor der Vorlage einer Initiative umfassender zu konsultieren, und zwar über das Mittel einer Vorabstimmungnahme<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Online-Konsultationen und Folgenabschätzung mittels eines Feedback-Mechanismus sind auch die Schlüsselemente einer Initiative der Kommission zur Umsetzung ihres Weißbuches über die Reform (Aktion „e-Kommission“).

<sup>48</sup> Vgl den Zwischenbericht der Kommission an den Europäischen Rat von Stockholm vom 7. März 2001 über „Verbesserung und Vereinfachung der Rahmenbedingungen für die Rechtsetzung“, KOM (2001) 130 endg., S. 9.

## 2. Ein „Europäischer wissenschaftlicher Ausschuss für Zivilrecht“

Alle diese Vorschläge beschränken sich jedoch im wesentlichen auf die frühzeitige und verstärkte Einbeziehung von Stellungnahmen der Vertreter der durch einen Rechtsakt betroffenen Interessengruppen, etwa Wirtschafts- oder Verbraucherverbänden, sowie der ohnehin anzuhörenden Ausschüsse der Gemeinschaft. Das mag helfen, die Vorlage politisch nur schwer realisierbarer Vorhaben zu verhindern und die Praxisnähe Brüsseler Rechtsakte zu erhöhen. Ob sich durch derartige Vorfeldkonsultationen aber die Qualität gemeinschaftlicher Rechtsakte steigern lässt, erscheint zweifelhaft. Notwendig wäre eine zentrale Stelle innerhalb der Kommission, die die Tätigkeiten der verschiedenen Generaldirektionen, die mit der Ausarbeitung privatrechtsrelevanter Rechtsakte befasst sind, koordiniert, für die Beachtung von Systemzusammenhängen Sorge trägt, auf mögliche Inkompatibilitäten mit den einzelstaatlichen Rechtsordnungen, die einer politischen Durchsetzbarkeit im Wege stehen könnten, hinweist usw. Allerdings ist mit der Schaffung einer ausschließlich für die Privatrechtsangleichung zuständigen Generaldirektion in naher Zukunft nicht zu rechnen und folglich ebensowenig mit der Bündelung zivilrechtlichen Sachverständigen an einer zentralen Stelle innerhalb der Kommission. Der Vorschlag zur Verbesserung der gegenwärtigen Situation kann daher nur lauten, externen Sachverständigen in das gemeinschaftliche Gesetzgebungsverfahren einzubeziehen, und zwar nicht nur ad-hoc, sondern in institutionalisierter Form. Das hierzu geeignete Instrument wäre ein beratend tätiger „Europäischer wissenschaftlicher Ausschuss für Privatrecht“<sup>49</sup>. Seine Bildung wurde bereits andernorts angeregt<sup>50</sup>. Dies ist hier nur kurz zu wiederholen.

### a) Gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen

Da diesem Ausschuss keine (mit-)entscheidende Befugnis eingeräumt werden, sondern sich seine Funktion auf eine rein intern beratende Tätigkeit beschränken soll, bedarf es für einen entsprechenden Einsetzungsbeschluss keiner besonderen gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzgrundlage. Die Kommission ist bereits aufgrund ihrer „inneren Organisationsgewalt“ bzw. -kompetenz ermächtigt, im Bereich der ihr im einzelnen zugewiesenen Rechtsetzungs- und Verwaltungsbefugnisse Ausschüsse zu konstituieren, sofern diese lediglich eine beratende Funktion erfüllen, keine Rechts-

---

<sup>49</sup> Ähnlich *Tilmann*, ZEuP 1995, 533, 535.

<sup>50</sup> Vgl. *Kieninger/Leible*, EuZW 1999, 37.

akte iSv Art. 249 EGV erlassen und das institutionelle Gleichgewicht nicht verfälschen<sup>51</sup>.

#### b) Aufgaben

Die Aufgabe eines „Europäischen wissenschaftlichen Ausschusses für Privatrecht“ läge darin, die Kommission bzw. die jeweils organisationsintern damit betraute Generaldirektion in der Phase der Vorbereitung eines jeden zivilrechtsrelevanten Gemeinschaftsakts durch Stellungnahmen, Gutachten oder andere geeignet erscheinende Mittel zu beraten. Dabei sollte der Ausschuss vor allem darauf achten, dass

- neue privatrechtsrelevante Rechtsakte früheren nicht widersprechen,
- eine über die einzelne Richtlinie oder Verordnung hinaus möglichst einheitliche Begriffsbildung hergestellt wird sowie Abweichungen hiervon auf ihre sachliche Notwendigkeit hin untersucht werden, und
- beim Wiederaufgreifen eines Harmonisierungsgegenstandes der bereits erreichte Stand nicht durch bloßes Unwissen verlorengeht.

Man kann gegen diesen Vorschlag sicherlich einwenden, die zusätzliche Einschaltung eines wissenschaftlichen Ausschusses kompliziere und verlangsame den ohnehin schwerfälligen Gesetzgebungsmechanismus der EG. Diese Gefahr ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Wenn so jedoch qualitativ bessere Regelungen entstehen, die sich leichter in die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme einfügen lassen und in der Praxis mehr Zustimmung erfahren, sollte man diesen Mehraufwand in Kauf nehmen. Denn „Europäisches Privatrecht“, das diesen Namen auch verdient, lässt sich nicht durch Brüsseler „Schnellschüsse“ schaffen, sondern bedarf sorgfältiger Vorbereitung. Und für die (Mit-)Erfüllung dieser Aufgabe ist ein „Europäischer wissenschaftlicher Ausschuss für Privatrecht“ prädestiniert<sup>52</sup>. Nicht ausschließen lässt sich natürlich, dass seine fundierten Äußerungen in der Hitze der letzten Formulierungsdebatten im Rat keine Beachtung mehr finden<sup>53</sup>. Gleichwohl würde ein mit kompetenten Rechtswissen-

---

<sup>51</sup> EuGH 17.12.1970 Slg. 1970, 1161, 1172 f. Egrd. 9 - Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster. Ausführlich *Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 113 ff., sowie *Strohmeier*, Die Befugnis von Rat und Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Einsetzung von Ausschüssen (Diss. Saarbrücken 1972). Vgl. auch *Geiger*, Art. 7 EGV Rdnr. 10; *Lenz-Breier*, Art. 218 EGV Rdnr. 5 f.; *Calliess/Ruffert-Wichard*, Art. 209 EGV Rdnr. 2; *GTE-Schmitt von Sydow*, Art. 162 EGV Rdnr. 26 ff.

<sup>52</sup> *Kieninger/Leible*, EuZW 1999, 37, 40. Ähnlich *Schmid*, JJZ 1999, 33.

<sup>53</sup> So vor allem *Timmermans*, CMLR 34 (1997), 1229, 1248, nach dessen Ansicht „independent advisory bodies“ kaum etwas zur Verbesserung der Gesetzgebungsqualität

schaftlern besetztes Gremium immerhin für eine qualitativ hochwertige Vorlage Sorge tragen können. Bereits damit wäre viel gewonnen. Und dass seinen sachverständigen Äußerungen auch im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens Gewicht zukommen wird, lässt sich jedenfalls nicht a priori ausschließen. Dass so etwas funktionieren kann, zeigen die guten Erfahrungen, die in Deutschland mit dem Deutschen Rat für IPR gemacht wurden<sup>54</sup>. Wie dringend die Bündelung von externem Sachverstand auf Gemeinschaftsebene ist, macht eine Äußerung von *Schack* deutlich, der eindringlich eine äußerst restriktive Auslegung der Kompetenzvorschrift des Art. 65 EGV anmahnt, da sonst die „Regierungen und Rechtswissenschaftler von einer sachverständigen Weiterentwicklung des internationalen Zuständigkeits- und Anerkennungsrechts endgültig abgekoppelt“ würden<sup>55</sup>. Die Existenz eines „Europäischen wissenschaftlichen Ausschusses für Privatrecht“ könnte solche Bedenken mindestens teilweise zerstreuen helfen.

### 3. Empfehlung der „European Principles of Contract Law“

Auch ein „Europäischer wissenschaftlicher Ausschuss für Privatrecht“ sähe sich freilich mit dem Problem konfrontiert, dass der EG-Vertrag der Gemeinschaft keine allgemeine Kompetenz für die Privatrechtsetzung zuweist, sondern ihr ein Tätigwerden nur im Rahmen der Verwirklichung bestimmter Ziele und Politiken ermöglicht. Auf die hieraus resultierenden Schwierigkeiten für das Gemeinschaftsprivatrecht wurde bereits mehrfach hingewiesen. Zahlreiche Richtlinien bedienen sich allgemeiner zivilrechtlicher Begriffe, doch fehlt bislang ein Referenzsystem, in dem sich das Gemeinschaftsprivatrecht entwickeln kann und in das alle Einzelmaßnahmen eingebettet sind. Widersprüche sind damit vorprogrammiert und können auch von einem Ausschuss höchstens vermindert, nicht aber ausgeschlossen werden. Hilfreich wäre daher die Schaffung eines gemeinschaftsprivatrechtlichen Referenzsystems. Zu denken ist zur Lösung des Problems etwa im Bereich des Vertragsrechts an eine Empfehlung (Art. 249 Abs. 5 EGV) der „European Principles of Contract Law“ der Lando-Kommission. Sie könnten den Gemeinschaftsorganen dann als Leitlinie bei der Ausarbeitung von Rechtsakten vertragsrechtlichen Inhalts dienen. Ähn-

---

beitragen können, da sie in der Phase der abschließenden Entscheidungsfindung im Rat nicht mehr gehört werden könnten.

<sup>54</sup> Ein vergleichbares Gremium auf europäischer Ebene halten daher für wünschenswert *Sonnenberger*, RIW 4/1999, Die erste Seite; ähnlich *Remien*, CMLR 2001, 53, 79; siehe bereits *Zweigert*, FS Hallstein, 555, 562 und 566.

<sup>55</sup> *Schack*, ZEuP 1999, 805, 808.

liche Prinzipien sind für das Delikts- und das Sachenrecht in Vorbereitung<sup>56</sup>. Und für das Prozessrecht liegt bereits ein Entwurf der sog. Storme-Kommission vor. Wir erhielten auf diese Weise zunächst ein „virtuelles Gemeinschaftsprivatrecht“, das nicht nur einen Orientierungsrahmen für zukünftige weitere punktuelle Maßnahmen der Gemeinschaft bieten, sondern zugleich die gemeinschaftsweite und längst überfällige Diskussion über Sinn und Unsinn europäischen Privatrechts und dessen mögliche Inhalte befruchten würde<sup>57</sup>. Dem Ausspruch einer solchen Empfehlung stünde auch nicht die fehlende Kompetenz der Gemeinschaft zu einer flächendeckenden Vergemeinschaftung des Zivilrechts entgegen. Denn die Empfehlung setzt, obgleich ihr durchaus rechtliche beachtliche Wirkungen zukommen können<sup>58</sup>, kein Recht, sondern unterstützt die Gemeinschaft nur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den ihr kompetenziell ohnehin eröffneten Bereichen.

### *III. Die Dauer des Rechtsetzungsverfahrens*

#### 1. Die Dauer des Rechtsetzungsverfahrens als Problem

Bis zur Annahme eines Rechtsakts im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts vergehen im Durchschnitt etwa zwei bis drei Jahre. Hinzu kommt bei Richtlinien eine Frist von 18 bis 24 Monaten für ihre Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Angesichts dieser Zeitspannen fällt es dem Gemeinschaftsrecht oft schwer, mit der raschen Entwicklung der Märkte und Technologien Schritt zu halten. Dies gilt in besonderem Maße für Rechtsakte, die Regelungen des Rechts der neuen Medien zum Inhalt haben. Ihr Erlass dauert ebenso wie die Anpassung bereits bestehender Vorschriften an veränderte Rahmenbedingungen zu lange. Folge hiervon ist entweder ein die Autorität des Rechts in Frage stellendes Auseinanderklaffen von Recht und Wirklichkeit oder aber ein Vorpreschen der nationalen Gesetzgeber, die aufgrund schlankerer Gesetzgebungsverfahren meist rascher reagieren können. Gerade letzteres kann aber durchaus zu neuen Hindernissen für den Binnenmarkt führen. Zudem kommt es bei einem „Nachziehen“ des Gemeinschaftsgesetzgebers kurz nacheinander zu zwei Novellierungen des nationalen Rechts - ein besonders für den Rechtsanwender wenig erfreulicher Umstand, da er sich innerhalb kurzer Zeit mehrmals auf

---

<sup>56</sup> Vgl. dazu § 12, C II 3 a, aa.

<sup>57</sup> Vgl. bereits *Leible*, in: Scholz (Hrsg.), *Europa als Union des Rechts*, 90, 97 f.

<sup>58</sup> Vgl. § 10, A II 2 c.

eine neue Rechtslage einstellen muss. So trat etwa zum 1.8.1997 das „Gesetz zur digitalen Signatur“ (Signaturgesetz - SGG)<sup>59</sup> in Kraft. Die zwei Jahre später verabschiedete „Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen“ (Signaturrichtlinie)<sup>60</sup> machte aber grundlegende Änderungen des SGG notwendig<sup>61</sup>, das demnächst außer Kraft tritt und durch das „Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften“ ersetzt wird<sup>62</sup>. Der nationale Gesetzgeber befindet sich, wie das Beispiel deutlich macht, häufig zwischen Scylla und Charibdis. Reagiert er auf technische Entwicklungen nicht, um ein gemeinschaftliches Handeln zu warten, verliert das Recht seine Steuerungskraft; nimmt er die Herausforderung an, muss er möglicherweise schon kurze Zeit später nachbessern und setzt sich dem Vorwurf des gesetzgeberischen Aktionismus aus. Abhilfe schaffen kann allein eine Verkürzung des gemeinschaftlichen Rechtsetzungsverfahrens, entweder durch eine Reform des Verfahrens selbst oder aber durch die Delegation der Ausgestaltung von Normen an externe Institutionen.

## 2. Verbesserung durch Normung im Privatrecht?

Die Langwierigkeit des Rechtsetzungsverfahrens und die damit einhergehende Unflexibilität des sekundären Gemeinschaftsrechts veranlasste die Gemeinschaft bereits frühzeitig, nach alternativen Rechtsetzungstechniken Ausschau zu halten. Ein möglicher Ausweg wurde in der Normung technischer Spezifikationen gesehen, für die verschiedene Verfahren der Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten entwickelt wurden<sup>63</sup>. Eine erste Konsolidierung erfolgte mit der Richtlinie 83/189/EWG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, durch die u.a. die Zusammenarbeit der Kommission mit den Mitgliedstaaten, den Sachverständigen und den europäischen Normungsinstituten CEN

---

<sup>59</sup> BGBI I 1997, 1870, 1872.

<sup>60</sup> ABI EG 2000 L 13, 2.

<sup>61</sup> Zu den Unterschieden zwischen dem Regelungsmodell der Richtlinie und dem des SGG 1997 vgl. m. w. Nachw. *Hoffmann*, Sonderbeilage zu NJW 14/2001, 1, 13.

<sup>62</sup> Vgl. den Gesetzentwurf Bundesregierung vom 18. August 2000, BR-Drs. 496/00. Der Bundesrat hat mit Beschluss vom Beschluss 9. März 2001 in zweiter Lesung zugestimmt, vgl. BR-Drs. 122/01.

<sup>63</sup> Zur Entwicklung vgl. z.B. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 394 f.; *Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 1233; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rdnr. 1233 ff.

und CENELEC auf eine umfassende gesetzliche Grundlage gestellt wurde<sup>64</sup>. Zu einem wahren „Normungsschub“ führte schließlich die Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung<sup>65</sup>. Angestrebt wird, innerhalb des Binnenmarkts gleiche Bedingungen für den freien Warenverkehr zu schaffen, gleichzeitig aber auch ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten. Bei den zur Erreichung dieses Ziels ergehenden Rechtsakten soll es sich nach Vorstellung des Rates um eine Art gemeinsame Regelung handeln, bei der die wesentlichen Anforderungen, die Verfahren zur Beurteilung der Konformität und die Einfuhung einer CE-Kennzeichnung in Rahmenrichtlinien festgelegt werden, während es den Unternehmen und der Industrie freigestellt bleibt, wie sie diesen Verpflichtungen nachkommen wollen. In diesem Rahmen erfüllen die europäischen Normungsgremien die Aufgabe, technische Spezifikationen auszuarbeiten, die eine (von mehreren) Möglichkeiten bieten, den Richtlinien nachzukommen. Die Richtlinien der „neuen Konzeption“ sind sowohl auf Produkte anwendbar, die erstmals in der EG vermarktet (oder in Betrieb genommen) werden, als auch für neue Produkte, die in den Mitgliedstaaten hergestellt werden. Bekräftigt wurde dieser neue Ansatz in der Entschließung des Rates vom 18. Juni 1992 zur Funktion der europäischen Normung in der europäischen Wirtschaft<sup>66</sup>, in der u.a. gefordert wird,

„daß die Verwendung europäischer Normen stärker gefördert werden müsste als Instrument der wirtschaftlichen und industriellen Integration im Rahmen des europäischen Marktes sowie als technische Grundlage für die Rechtsvorschriften, insbesondere zur Festlegung der technischen Spezifikation von Produkten und Dienstleistungen oder Prüfverfahren in anderen dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden Bereichen“<sup>67</sup>.

Versucht man, das neue Konzept und die auf ihm beruhenden Richtlinien der neuen Generation zu beschreiben, so lassen sich folgende Grundstrukturen herausarbeiten:

- Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften beschränkt sich auf die wesentlichen Anforderungen, die Produkte, die in der Gemeinschaft auf den Markt gebracht werden, erfüllen müssen, wenn sie in den

---

<sup>64</sup> Richtlinie 83/189/EWG vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG 1983 L 109, 8, später ersetzt durch die Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. 1998 L 204, 37, m. w. nachfolgenden Änderungen (dazu Grabitz/Hilf-Leible, Art. 28 EGV Rdnr. 66).

<sup>65</sup> ABl. EG 1985 C 136, 1.

<sup>66</sup> ABl. EG 1992 C 173, 1.

<sup>67</sup> Nr. 17 der Entschließung.

Genuss der Bestimmungen des freien Warenverkehrs kommen sollen.

- Die technischen Spezifikationen für die Produkte, die den in den jeweiligen Richtlinien definierten wesentlichen Anforderungen entsprechen, werden nicht in der Richtlinie selbst, sondern in von Normungsgremien erarbeiteten Normen festgelegt.
- Die Anwendung dieser technischen Normen ist freiwillig. Der Hersteller kann daher auch andere technische Spezifikationen anwenden, die ebenfalls die wesentlichen, in der Richtlinie aufgestellten Anforderungen erfüllen.
- Bei Produkten, die unter Beachtung der von den Normungsgremien vorgelegten technischen Normen hergestellt worden sind, spricht eine Konformitätsvermutung dafür, dass sie die entsprechenden wesentlichen Anforderungen, die die Richtlinie fordert, erfüllen.

Aufgrund der mit dem neuen Konzept erzielten Erfolge forderte der Rat die Kommission nun kürzlich auf<sup>68</sup>, systematisch zu prüfen, „ob das Prinzip des Neuen Konzepts als ein Mittel zur Verbesserung und Vereinfachung der Rechtsvorschriften auf bisher nicht abgedeckte Sektoren angewandt werden kann“<sup>69</sup>. Das legt die Frage nahe, ob und inwieweit das Instrument der Normung auch im Bereich des Privatrechts fruchtbar gemacht werden kann oder sollte. Dass es sich dabei nicht um rein esoterische Überlegungen im Rahmen dieser Arbeit handelt, macht bereits der Umstand des Vorliegens erster Vorschläge deutlich. So wäre es etwa nach Auffassung von *Micklitz* denkbar,

„daß sich die europäischen Normungsorganisationen Comité Européen de Normalisations/Comité Européen de Normalisations Electronique (CEN/CENELEC) dieser Aufgaben annehmen und zumindest Teilbereiche des Privatrechts, etwa Informationspflichten, in technische Normen umgießen“<sup>70</sup>.

Reflektiert wurde dieser Ansatz in der Zivilrechtswissenschaft bislang erstaunlicherweise nicht. Auf Gemeinschaftsebene ist die Diskussion hingegen schon in Gang gekommen. So regt etwa ein jüngst im Auftrag der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz vorgelegtes Gutachten<sup>71</sup> über die Notwendigkeit und Gestaltungsmöglichkeiten einer gemein-

---

<sup>68</sup> Vgl. die Entschließung des Rats vom 28. Oktober 1999 zur Funktion der Normung in Europa, ABl. EG 2000 C 141, 1.

<sup>69</sup> Nr. 20 der Entschließung.

<sup>70</sup> *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 269; *ders.*, Liber amicorum norbert Reich, 245, 271 ff.

<sup>71</sup> VIEW, Door to Door Selling - Pyramid Selling - Multi Level Marketing, 1999 (Contract No. A0/7050/98/000156). Im Internet abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/surveys/sur10\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/sur10_de.html)

schaftsrechtlichen Regelung des sog. Multi-Level-Marketing<sup>72</sup> die Erarbeitung eines Vertragsstandards für Vermittlerverträge durch eine Normungsorganisation an. Dessen Übernahme durch ein Vertriebsunternehmen soll dann eine gemeinschaftsweite Legalitätsvermutung für das gewählte Absatzsystem zur Folge haben. Zur besseren Illustration seien die entsprechenden beiden „proposals“ nachfolgend wiedergegeben:

„The European Standardisation Institutions CEN/CENELEC shall elaborate in co-operation with the MLM industry concerned and the consumer organisations the following non-binding documents:

- marketing standards on the MLM system,
- marketing standards on the contractual relation between the participant and the company/sponsor,
- a standard sheet to guarantee the availability and accessibility of information prior to the conclusion of the contract,
- a standard contract which lays down the rights and duties of the consumer/direct seller and the direct seller“.

Entscheidend ist die damit verbundene Legalitätsvermutung:

„MLM companies who are willing to subscribe to the marketing standards and integrate them into their business strategy in terms of trade practices and contract making benefit from the presumption of legality“.

Gegenüber einer solchen Konzeption ist freilich - wie überhaupt gegenüber einer Normung im Privatrecht - Zurückhaltung angebracht. Zum einen ist schon zu bezweifeln, dass die vorhandenen europäischen Normungsorganisationen zur Zeit in der Lage sind, die ihrem Tätigkeitsfeld völlig fremde Aufgabe der Erarbeitung rein privatrechtlicher Verträge und Obligationen zu erfüllen. Ungeklärt ist zum anderen die Frage des materiellen und formellen Rechtsschutzes. Für die Unternehmen wenig hilfreich ist schließlich der Umstand, dass die Einhaltung genormter Vertragsinhalte und Vertriebspraktiken lediglich eine Legalitätsvermutung, nicht aber -wirkung zur Folge hat. Das Risiko abweichender nationaler Gerichtsentscheidungen bleibt bestehen. Um dies zu vermeiden, könnte man zwar an eine Kombination aus Selbstkontrolle und verbindlichen Mindestvorschriften denken, etwa nach folgendem Modell: Die Gemeinschaft schafft positivrechtliche Mindestvorschriften für die Vertriebstätigkeit des MLM; ein aus Vertretern der betroffenen Kreise zusammengesetzte Expertenkommission entwickelt weitergehende Vertragsstandards, bei deren Einhaltung einzelstaatliche Regelungen, die über sie hinausgehen, den Unternehmen

---

<sup>72</sup> Gedacht ist an eine Änderung der Haustürgeschäfte-Richtlinie unter Einbeziehung einiger Aspekte des Multi-Level-Marketing.

nicht entgegengehalten werden können<sup>73</sup>. Bei einer solchen Vorgehensweise würde sich freilich in noch weit stärkerem Maße, als dies bei der Rechtsetzung mittels Einbeziehung von dritter Seite erarbeiteter technischer Normen ohnehin schon der Fall ist, die Frage nach ihrer demokratischen Legitimation stellen<sup>74</sup>. Überhaupt lassen Demokratieprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz daran zweifeln, dass Normung der geeignete Weg zur Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht ist.

Hinzu kommt, dass sich Privatrecht weitgehend einer Standardisierung entzieht. Privatrecht ist kein Produkt, mag seine Anwendung auch, wie im Rahmen der Behandlung der Grundfreiheiten dargelegt, mitunter durchaus produktgestaltende Wirkungen haben. Denn Kern des Privatrechts ist immer noch die Privatautonomie, die sich vor allem in der Dispositivität der meisten Privatrechtsnormen manifestiert. Theoretisch bedarf daher z.B. „vertragliches Schuldrecht in einer Rechtsordnung, die Schuldvertragsfreiheit gewährt, keiner gesetzlichen Regelung“<sup>75</sup>. Dass sie trotzdem bestehen, beruht primär auf praktischen Notwendigkeiten. Denn zum einen bedarf es eines Ordnungsrahmens, der die Grenzen gesellschaftlich für zulässig erachteten privatautONOMEN Handelns aufzeigt. Und zum anderen sollen durch die Typisierung möglicher Vertragsarten (Kauf, Miete, Werkvertrag etc.) Orientierungspunkte geschaffen werden, die der Erleichterung des Rechtsverkehrs dienen. Dabei hat man sich aber bewusst auf bestimmte Archetypen konzentriert, und auch von diesen nur die Eckpunkte skizziert. Sie zu verbinden und der Vielfalt des Lebens anzupassen, bleibt Aufgabe des einzelnen. Normierung würde diese Freiheit, selbst wenn sie zu keinem rechtlichen Zwang führt, allein aufgrund der von ihr ausgehenden faktischen Wirkungen empfindlich einschränken; denn trägt die Verwendung standardisierter Vertragstexte eine Legalitätsvermutung in sich, ist es ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft, sie auch zur Grundlage von Rechtsgeschäften zu machen. Statt DIN-Steckern hätten wir dann CENELEC-Anlagenbauverträge, CEN-Fitnesscenter-Verträge oder Maklerverträge mit einem CE-Zeichen - nicht nur für jeden Privatrechtler, sondern überhaupt

---

<sup>73</sup> Vgl. *Brammsen/Leible*, in: Europäische Kommission - Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz, Anhörung Haustürgeschäfte - Schneeballsysteme - Multi Level Marketing (Brüssel 15./16. März 2000). Analyse der vor der Anhörung eingereichten schriftlichen Stellungnahmen und der Wortbeiträge bei der Anhörung (SANCO-2000-02248-00-00-DE-TRA-00 [EN]), S. 20. Im Internet abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/door\\_sale/door02\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/door_sale/door02_de.pdf)

<sup>74</sup> Zum Verhältnis zwischen Demokratieprinzip und technischer Normung vgl. auch *Rönck*, Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 170 ff.; *Zubke-von Thüinen*, Technische Normung in Europa, 955 ff.

<sup>75</sup> *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8), 154.

eine Horrorvision. Ziel der Privatrechtsvereinheitlichung kann nicht die (faktische) Begrenzung von Handlungsspielräumen durch die Standardisierung einer Vielzahl von Vertragstypen sein, sondern allenfalls die Schaffung eines gesamteuropäischen Ordnungsrahmens, innerhalb dessen dem einzelnen hinreichende Entfaltungsmöglichkeiten bleiben. Dazu aber kann die Normungstätigkeit von Normungsorganisationen wenig beitragen.

### 3. Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen und andere Verfahrenstechniken

Scheidet Normung somit grundsätzlich aus, bleibt die Möglichkeit einer Ausweitung der Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit. Eine solche Lösung scheint vor allem der Kommission vorzuschweben, die den Rat bereits aufgefordert hat, hiervon verstärkt Gebrauch zu machen, „da das zu intensive Hinarbeiten auf einen Konsens die Rechtsetzung verzögert und komplexere, mehrdeutige Rechtsvorschriften hervorbringt“<sup>76</sup>. Angeregt werden darüber hinaus Vereinbarungen zwischen den Organen zur Verkürzung des Gesetzgebungsverfahrens; insbesondere soll im Verfahren der Mitentscheidung verstärkt die Möglichkeit der Verabschiedung in erster Lesung genutzt und die Prüfung der von der Kommission vorgelegten Vorschläge beschleunigt werden („fast track“). Beiden Vorschlägen kann grundsätzlich zugestimmt werden. Hervorzuheben sind jedoch die bereits eingangs geäußerten Bedenken. Solange es nicht gelingt, dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in Europa verstärkte Geltung zu verschaffen, ist eine unlimitierte Ausdehnung des Mehrheitsprinzips nicht möglich. Wo im einzelnen die Grenzen verlaufen, kann hier freilich nicht ausgemessen werden.

Denken ließe sich weiterhin daran, der Kommission durch die verstärkte Nutzung der Delegierung Befugnisse zum Erlass von Durchführungsvorschriften zu übertragen, die der Verwirklichung der Ziele eines Rechtsaktes dienen. Eine solche Vorgehensweise würde es erlauben, sich auf den Erlass einfacher Rahmenvorschriften zu beschränken, die lediglich die wesentlichen Punkte regeln. Indes ginge selbst dann, wenn eine derartige Delegierung unter Einhaltung derselben Grundsätze (Transparenz, Anhörung usw.) erfolgen würde, wie sie für das Gesetzgebungsverfahren gelten, mit ihr ein weiterer Verlust an demokratischer Legitimation einher. Wesentlich gewichtiger ist jedoch, dass sich die Delegation der Kompetenz zum

---

<sup>76</sup> Vgl. den Zwischenbericht der Kommission an den europäischen Rat von Stockholm über die „Verbesserung und Vereinfachung der Rahmenbedingungen für die Rechtsetzung“, KOM (2001) 130 endg., S. 10.

Erlass von Ausführungsverordnungen überhaupt nur bei Bereichen angeboten, die durch eine starke Technizität der Regelungsmaterie und einen damit einhergehenden Bedarf an äußerst detaillierten Vorschriften gekennzeichnet sind. Genau das ist aber beim Privatrecht - im Gegensatz zum Lebensmittel- oder Umweltrecht - nur ausnahmsweise der Fall. Hinzuweisen ist etwa auf die in Art. 1a der Verbraucherkreditrichtlinie sowie ihren Anhängen II und III festgelegten Methoden zur Berechnung des effektiven Jahreszinses oder die in verschiedenen Richtlinien des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes äußerst umfassend ausgestalteten Informationspflichten der anbietenden Unternehmer. Bei solchen Regelungen würde sich eine Delegation auf die Kommission in der Tat anbieten. Dadurch würde nicht nur eine vereinfachte Fortschreibung und Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen ermöglicht, sondern die privatrechtlichen Basistexte zugleich von unnötigem „Ballast“ befreit und auf ihre eigentliche Funktion, die Regelung von Grundstrukturen, zurückgeführt.

Geprüft wird von der Kommission zur Zeit, ob für Vorschläge, die schnell obsolet werden, ein sog. „Guillotine-Mechanismus“ eingeführt werden kann. Gedacht ist dabei an einen zeitlichen Automatismus: Der vorgelegte Vorschlag wird hinfällig, sofern er nicht innerhalb eines festgelegten Zeitraums verabschiedet wird. Zur Diskussion steht außerdem, ob die Kommission einen Vorschlag zurückziehen kann, wenn dieser durch den vom Rat oder vom Parlament angestrebten Kompromiss rechtlich so kompliziert würde, „dass dies mit den Grundsätzen des Vertrages und insbesondere mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität oder mit den Zielen des Vorschlags selbst nicht mehr vereinbar wäre“<sup>77</sup>. Die Umsetzung beider Überlegungen würde auf Parlament und Rat sicherlich einen heilsamen Druck ausüben und so zur zeitlichen Straffung des Rechtsetzungsverfahrens und zur Vermeidung unnötig komplexer Regelungen beitragen. Zu beachten ist jedoch, dass die Kommission zwar aufgrund des ihr zustehenden Initiativrechts (Art. 250 EGV) einen von ihr vorgelegten Vorschlag bis zur Annahme des Rechtsakts zurücknehmen kann, diese Befugnis aber nicht unlimitiert ist, sondern vom Verfahrensstand abhängigen Einschränkungen unterliegt<sup>78</sup>.

#### *IV. Umsetzung und Anwendungskontrolle*

##### *1. Umsetzung*

Aus der Umsetzung und Durchführung von Richtlinien auf Ebene der Mitgliedstaaten ergeben sich häufig zusätzliche Komplikationen sowie Unterschiede und Verzögerungen. Gelegentlich kommt es sogar zu Fällen

---

<sup>77</sup> KOM (2001) 130 endg., aaO.

<sup>78</sup> Zu den Einzelheiten Schwarze-Schoo, Art. 250 EGV Rdnr. 19.

der Nichtumsetzung. Der Gerichtshof hat zwar ein mittlerweile recht ausdifferenziertes Instrumentarium entwickelt, um auch in solchen Situationen die Geltung des Gemeinschaftsrechts zu sichern. Die Ausführungen im zweiten Kapitel haben jedoch gezeigt, dass dies im Bereich des Privatrechts nur von begrenzter Effizienz ist: Zwar ist das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen, doch sind dem durch die nationale Methodik Grenzen gezogen. Scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung danach aus, kommt regelmäßig auch eine unmittelbare Richtlinienwirkung nicht in Betracht, da eine solche vom EuGH in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten in ständiger Rechtsprechung abgelehnt wird. Es bleibt allein der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, der aufgrund seiner tatbestandlichen Anforderungen aber nur in begrenztem Umfang Kompensationsmöglichkeiten verschafft.

a) Die Wahl des Rechtsetzungsinstruments

Diese Probleme stellen sich bei einer Rechtsetzung im Wege der Verordnung aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung nicht bzw. nur in abgemildeter Form<sup>79</sup>. Zwar bedürfen, wie das Beispiel der EWIV-Verordnung zeigt, auch Verordnungen einer Anbindung an das nationale Recht. Meist handelt es sich aber nur um verfahrensrechtliche Regelungen (Klageweg etc.) oder Sanktionsnormen. Lassen die im EG-Vertrag vorhandenen Kompetenzgrundlagen sowohl die Rechtsform der Richtlinie als auch der Verordnung zu - wie z.B. Art. 65, 83 oder 95 EGV -, sollte daher in Zukunft verstärkt gefragt werden, „ob für das Gemeinschaftsprivatrecht, wenn es denn gewünscht wird, grundsätzlich nicht doch der Verordnungsweg ermächtigungstabiler, einfacher, übersichtlicher, anwendungssicherer, änderungsflexibler, redlicher, europäischer und mutiger wäre“<sup>80</sup>.

Mit der Wahl des Instruments der EG-Verordnung ließen sich die langen Umsetzungsphasen verkürzen, auch wenn Verordnungen meist nicht ohne sie auskommen. Wesentlich vermindert würde aber vor allem das bei einer Richtliniengesetzgebung bestehende komplizierte Beziehungsgeflecht zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht, das nicht selten zu Rechtsunsicherheit führt. Damit einher ginge eine Verringerung des Aufwands bei der Rechtsfindung, letztlich also eine Transaktionskostenreduzierung. Dem stehen freilich die von einer Wahl der Richtlinie erhofften

---

<sup>79</sup> Ausführlich dazu *Basedow*, FS Siehr, 17.

<sup>80</sup> *Müller-Graff*, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 34; ebenso *ders.*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 9, 61; *Hirte*, *Wege zu einem europäischen Zivilrecht*, 39, *Lurger*, in: *Martiny* (Hrsg.), *Auf dem Wege zum Europäischen Zivilgesetzbuch*, 141, 142.

Vorteile - Erhöhung von Legitimation, Akzeptanz und Einpassungsfähigkeit - gegenüber. Zweifel, ob sie sich stets realisieren lassen, sind jedoch angebracht. Die Ausführungen im zweiten Kapitel dieser Arbeit haben deutlich gemacht, dass auch durch die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht inhaltliche und Wertungswidersprüche nicht immer vermieden und Systembrüche allenfalls abgemildert werden können. Das ist nicht weiter verwunderlich, da es ja gerade die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist, die Anlass zur Harmonisierung gibt. Fehlt es hieran, bedarf es keinen gemeinschaftlichen Tätigwerdens. Andernfalls aber muss jede Rechtsordnung stets mit der Aufnahme ihr bislang fremder Elemente rechnen, da jeder gemeinschaftliche Rechtsakte natürlich einen eigenen Inhalt, eine eigene Systematik und eigene Wertungen hat.

Wenig Überzeugungskraft hat weiterhin das Legitimationsargument. Denn angesichts der Detailfreude mancher Richtlinien reduziert sich die Funktion der nationalen Parlamente nicht selten ohnehin nur auf die von „Umsetzungsautomaten“. Andererseits hat der Gemeinschaftsgesetzgeber, möchte er tatsächlich einen Abbau von Beschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen erreichen, aufgrund der reinen Zielverbindlichkeit von Richtlinien oft gar keine andere Wahl, als ihre Ziele umfänglich zu beschreiben; denn der Erfindungsreichtum der nationalen Gesetzgeber, Ermessensspielräume zu Gunsten der eigenen Wirtschaft zu nutzen, ist anscheinend unbegrenzt. All dies wird allerdings nur ungern zu Kenntnis genommen. Letztlich wirkt der Einwand gesteigerter Legitimation wie ein Feigenblatt, das man sich vor hält, um die Realitäten nicht wahrnehmen zu müssen. Ehrlicher wäre es, sich endlich vom Dogma der Richtlinie als idealer Rechtsform zur Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht zu verabschieden und damit den Weg zu einer vermehrt fallbezogenen Entscheidung zu öffnen. Der dann mögliche verstärkte Rückgriff auf Verordnungen hätte zudem den Vorteil, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber auf - dem Privatrecht eigentlich fremde - detailverliebte Normen verzichten, sich mit der Formulierung weniger, klarer Vorschriften begnügen und deren Ausfüllung der Rechtsprechung überlassen könnte. Rechtsakte mit einer Regelungsdichte wie die Überweisungsrichtlinie würden uns dann in Zukunft vielleicht ebenso wie „geschwätzige“ Umsetzungsnormen (vgl. z.B. §§ 676a ff. BGB) erspart bleiben.

Es bleibt noch das Problem der Akzeptanz. Aber hängt Akzeptanz wirklich von der gewählten Form des Rechtsakts ab? Stellt man auf die Rechtsunterworfenen ab, und auf sie kommt es ja entscheidend an, lautet die Antwort: Wohl kaum. Für sie ist maßgeblich, ob und welche Rechte ihnen

eingerräumt werden. Auf welchem Wege dies geschieht, d. h. mittels einer unmittelbar wirkenden EG-Verordnung oder einer nationalen - etwa im BGB verorteten - Umsetzungsnorm, interessiert lediglich peripher. So macht es z.B. keinen Unterschied, ob Ausgleichsansprüche wegen einer Flugüberbuchung gem. Art. 4 der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (FlugüberbuchungsVO) bestehen oder dieselbe Summe aufgrund vertraglicher oder deliktischer Ansprüche nach nationalem Recht zu erstatten ist. Zu Problemen - und damit vielleicht auch zu Akzeptanzverlusten - kann allenfalls die geringere Verfügbarkeit gemeinschaftlicher Rechtstexte führen<sup>81</sup>. Aber das würde sich schnell ändern, wenn wichtige Gesetzgebungsvorhaben nicht in der Form einer Richtlinie, sondern einer Verordnung verwirklicht würden. Einer EG-Verordnung über „Verbraucherkreditverträge“ wäre zweifelsohne die Aufnahme in den „Schönfelder“ gewiss, selbst wenn dessen Titel „Deutsche Gesetze“ dann irreführend würde.

Einem verstärkten Rückgriff auf Verordnungen im Anwendungsbereich der Kompetenzgrundlage des Art. 95 EGV scheint allerdings die „Erklärung zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.2.1986“<sup>82</sup> entgegenzustehen. Danach wird

„die Kommission ... bei ihren Vorschlägen nach Art. 100a Abs. 1 der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben, wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung gesetzlicher Vorschriften erfordert“.

Es ist jedoch fraglich, ob diese Selbstbindung nach dem In-Kraft-Treten des Vertrags von Amsterdam überhaupt noch Bestand hat oder inhaltlich überholt ist<sup>83</sup>. Aber selbst wenn man von ihrer Fortgeltung ausgeht, steht die Erklärung der Verwendung von Verordnungen im Anwendungsbereich des Art. 95 EGV nicht grundsätzlich entgegen, sondern schafft allein eine erhöhte Begründungslast der Kommission, deren Ausfüllung lediglich einer Missbrauchskontrolle durch den EuGH unterliegt. Für andere Kompetenzgrundlagen - insbesondere Art. 65 EGV - ist sie ohnehin unbeachtlich<sup>84</sup>. Eine allgemeine Grenze zieht hingegen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 3 EGV). Nr. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit hebt dies nachdrücklich hervor:

„Für Maßnahmen der Gemeinschaft ist eine möglichst einfache Form zu wählen, wobei darauf geachtet werden muß, daß das Ziel

<sup>81</sup> Vgl. zu diesem Problem auch § 5, E I.

<sup>82</sup> ABl. EG 1987 L 169, 1, 24.

<sup>83</sup> So *Basedow*, CMLR 2000, 687, 707; *ders.*, FS Siehr, 17, 26 f.; für eine Fortgeltung hingegen *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 962.

<sup>84</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000-01, 225, 233 in Fußn. 79.

der Maßnahme in zufriedenstellender Weise erreicht wird und die Maßnahme tatsächlich zur Anwendung gelangt. Die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft sollte über das erforderliche Maß nicht hinausgehen. Dementsprechend wäre unter sonst gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen“.

Entscheidend ist der Terminus der „gleichen Gegebenheiten“, der vor allem durch die mit einer Maßnahme verfolgten Ziele determiniert wird. Einzustellen in die Abwägung zwischen den zur Verfügung stehenden Handlungsformen sind insbesondere die angestrebte Regelungsdichte, der zur Zielverwirklichung erforderliche Grad der Einheitlichkeit des Rechts usw. Im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts scheint dieser Abwägungsprozess in der Vergangenheit jedoch kaum stattgefunden zu haben. Auf Verordnungen wurde regelmäßig nur zurückgegriffen, wenn es um die Schaffung neuer, originär gemeinschaftlicher Rechte - wie etwa die Gemeinschaftsmarke, den Schutz geographischer Herkunftsangaben etc. - ging. Immerhin hat die Kommission mittlerweile angekündigt, zukünftig eingehender und systematischer zu prüfen,

„welche Art von Rechtsvorschrift – in Übereinstimmung mit dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit – für die Erreichung der angestrebten Ziele am besten geeignet ist. Sie greift insbesondere für detaillierte Normen, die in den Mitgliedstaaten einheitlich angewandt werden müssen, vorzugsweise auf die unmittelbar und einheitlich anwendbare Verordnung statt der Richtlinie zurück, für deren Umsetzung 15 nationale Rechtsakte erforderlich sind“<sup>85</sup>.

Die vorstehenden Ausführungen dürfen nun allerdings nicht als ein Plädoyer für einen uneingeschränkten Einsatz der Verordnung als Instrument zur Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht missverstanden werden. Deutlich zu machen war allein, dass Verordnungen nicht a priori ausgeschlossen, sondern in wesentlich unvoreingenommenerer Weise als bisher in den Prozess der Auswahl der geeignetsten Rechtsaktform einbezogen werden sollten. Besonders nahe liegt ein Rückgriff auf Verordnungen im Bereich des Internationalen Privatrechts, ist doch die augenblickliche Disharmonie zwischen den Anknüpfungsregeln im Binnenmarkt gerade auf das Handlungsinstrument der Richtlinie zurückzuführen. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, enthält eine Vielzahl von Verbraucherschutzrichtlinien umsetzungsbedürftige kollisionsrechtliche Regelungen. Bereits der Umsetzungsprozess führte zu einer Vielfalt von Kollisionsnormen auf na-

---

<sup>85</sup> Vgl. den Zwischenbericht der Kommission an den europäischen Rat von Stockholm über die „Verbesserung und Vereinfachung der Rahmenbedingungen für die Rechtsetzung“, KOM (2001) 130 endg., S. 10.

tionaler Ebene<sup>86</sup>. Dies galt um so mehr, als die Mitgliedstaaten die kollisionsrechtlichen Vorgaben oft als bloßen Mindeststandard missdeuteten. Folge hiervon war ein geradezu binnenmarktschädlicher Wildwuchs mitgliedstaatlicher Eingriffsnormen. Sollen die auf Art. 65 lit. b EGV gestützten Maßnahmen die „Vereinbarkeit“ der binnenmarktweit geltenden Kollisionsnormen sicherstellen und hierdurch das reibungslose Funktionieren in diesem Rechtsraum gewährleisten, bedarf es effektiver Rechtsetzungsinstrumente; und dies ist im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts in erster Linie die Verordnung<sup>87</sup>.

#### b) Umsetzungsfristen

Auch wenn zukünftig verstärkt auf Verordnungen zurückgegriffen werden sollte, wird das dominierende Rechtsetzungsinstrument zur Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht die Richtlinie bleiben. Für die Zügigkeit ihrer Umsetzung in nationales Recht mitentscheidend ist die in ihr hierfür vorgesehene Frist. Sie bewegt sich - jedenfalls bei privatrechtsangleichenden Maßnahmen - in der Regel zwischen 18 und 24 Monaten. Die Kommission hat nun allerdings angekündigt, soweit dies möglich ist, in Zukunft kürzere Umsetzungsfristen für Richtlinien vorzuschlagen<sup>88</sup>. Diesem Ansinnen ist entschieden zu widersprechen. Eine qualitativ einigermaßen vertretbare Integration gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in die nationalen Rechtsordnungen innerhalb eines Jahres oder gar innerhalb von sechs oder neun Monaten ist angesichts des Ablaufs parlamentarischer Gesetzgebungsverfahren unrealistisch. Anderes mag gelten, wenn eine Umsetzung im Verordnungswege erfolgen kann. Das wird bei Richtlinien des Gemeinschaftsprivatrechts aber in der Regel ausgeschlossen sein.

---

<sup>86</sup> Siehe auch *Remien*, CMLR 2001, 53, 76, der auf die Fehlentwicklung im Internationalen Versicherungsrecht hinweist, die durch die bloße „Harmonisierung“ auf der Grundlage von Richtlinien ausgelöst wurde.

<sup>87</sup> *Leible/Staudinger*, EuLF 4-2000/01, 225, 233. Für die ideale Rechtsetzungsform bei der Kollisionsrechtsvereinheitlichung halten das Rechtsinstrument der Verordnung auch *Borrás*, REDI 51 (1999), 383, 394; *Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 457, 502; *ders.*, in: Brieskorn/Mikat/Müller/Willoweit (Hrsg.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, 543, 558; *ders.*, in: *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras jornadas de Derecho internacional privado*, 225, 241; *Hirte*, *Wege zu einem europäischen Zivilrecht*, 39; differenzierend *Fallon/Franco*, FS Siehr, 155, 175 f.

<sup>88</sup> Vgl. den Zwischenbericht der Kommission an den europäischen Rat von Stockholm über die „Verbesserung und Vereinfachung der Rahmenbedingungen für die Rechtsetzung“, KOM (2001) 130 endg., S. 10.

## 2. Anwendungskontrolle

Gemeinsames Recht lässt sich nicht allein durch gemeinschaftliche Rechtstexte schaffen. Es muss, damit das mit einer Gemeinschaftsmaßnahme angestrebte Ziel erreicht wird, auch einheitlich angewendet werden. Das bedingt bei Richtlinien zunächst die Prüfung, ob sie überhaupt und richtig umgesetzt worden sind. Bei sämtlichen Rechtsakten bedarf es darüber hinaus einer permanenten Kontrolle ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte, um eine Re-Nationalisierung vergemeinschafteten Rechts zu verhindern. Dies fällt, wie im zweiten Teil dargelegt wurde<sup>89</sup>, im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts, besonders schwer. Die Kommission ist inzwischen aber dazu übergegangen, innerhalb von drei bis fünf Jahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist Berichte über die Anwendung der Richtlinie, gegebenenfalls verbunden mit Änderungsvorschlägen, vorzulegen. In Richtlinien neueren Datums wird diese Vorgehensweise sogar als ausdrückliche Obliegenheit der Kommission festgeschrieben<sup>90</sup>. Zu diesem Zweck werden u.a. die Mitgliedstaaten zur Aufstellung systematischer Übersichten verpflichtet, aus denen hervorgeht, inwieweit die nationalen Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmen. Vereinzelt werden von der Kommission aber auch mitgliedstaatliche Rechtsprechung sowie Stellungnahmen aus der Rechtslehre gesammelt und ausgewertet. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang vor allem die von der Kommission bzw. der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz betreute und über das Internet auch der Öffentlichkeit zugängliche Datenbank „CLAB“ (European Database on Case Law about Unfair Contractual Terms)<sup>91</sup>, in der sich zahlreiche Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen finden.

Die Kommission hat mittlerweile mehrere Berichte über Anwendungserfahrungen mit EG-Richtlinien publiziert<sup>92</sup>. Auf diesem Weg sollte weiter vorangeschritten werden. Das setzt u.a. eine verstärkte Mitwirkung der Mitgliedstaaten voraus. Diese darf sich nicht auf die Meldung von Umsetzungsmaßnahmen beschränken, sondern sollte auf die Übermittlung hierzu

---

<sup>89</sup> Vgl. § 5, E IV 1.

<sup>90</sup> Vgl. z.B. Art. 15 Abs. 4 Fernabsatzrichtlinie, Art. 12 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; Art. 21 E-Commerce-Richtlinie.

<sup>91</sup> <http://europa.eu.int/clab/index.htm>

<sup>92</sup> Vgl. z.B. den Bericht der Kommission vom 27. April 2000 über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM (2000) 248 endg.; Bericht über die Durchführung der Richtlinie 90/314/EWG über Pauschalreisen in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der EG-Mitgliedstaaten, KOM (1999), 1800 endg.

ergangener Rechtsprechung erstreckt werden. Die so erhaltenen Daten ermöglichen zum einen eine effizientere Anwendungskontrolle, die sich nicht allein in der Verhinderung divergierender Entwicklungen in den einzelnen Mitgliedstaaten erschöpft, sondern der Kommission zugleich einen verbesserten Überblick über die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen gemeinschaftlicher Rechtsakte verschaffen würde. Eine datenbankmäßige Aufbereitung der mitgliedstaatlichen Judikate nach dem Muster von „CLAB“ hätte zudem den willkommenen Nebeneffekte, den nationalen Gerichten die an verschiedenen Stellen dieser Arbeit angemahnte stärkere Berücksichtigung der Rechtsprechung anderer europäischer Gerichte bei der Auslegung von Richtlinien und/oder Verordnungen wesentlich zu erleichtern.

#### *V. Die europäische Gerichtsbarkeit*

Wird eine qualitative Verbesserung des Gemeinschaftsprivatrechts angestrebt, kann man freilich nicht nur die Legislative in den Blick nehmen, sondern muss die gleiche Aufmerksamkeit der Judikative zuteil werden lassen. Denn maßgeblich sind nicht nur die Rechtstexte, sondern ebenso deren Ausfüllung durch die Gerichte, und zwar nicht nur durch die nationalen, sondern ebenso durch die europäischen. Auf die Bedeutung des EuGH und des EuG für das im Werden befindliche Gemeinschaftsprivatrecht und die damit zusammenhängenden Probleme wurde bereits an anderer Stelle ausführlich eingegangen<sup>93</sup>. Sie sind hier nicht noch einmal zu wiederholen, sondern nun unter dem Aspekt der „Qualitätssicherung“ im Hinblick auf etwaige Lösungsmöglichkeiten zu würdigen. Im Vordergrund steht dabei die Frage, wie sich das Kooperationsverhältnis zwischen europäischen und nationalen Gerichten verbessern lässt. Dabei soll zwei Gedanken nachgegangen werden, zum einen dem einer Spezialisierung innerhalb der Gemeinschaftsgerichte und zum anderen dem einer Pflicht zur vertieften Begründung von Vorabentscheidungsersuchen.

##### 1. Spezialisierung

Die Entwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts ist, wie an anderer Stelle nachgewiesen wurde, auf ein funktionierendes Kooperationsverhältnis zwischen nationalen und europäischen Gerichten angewiesen. Damit steht es noch nicht zum besten. Ursächlich hierfür sind neben sicherlich vorhandenen rollensoziologischen und vielfältigen anderen Gründen Zweifel

---

<sup>93</sup> Vgl. § 5, E IV und V.

mancher nationalen Gerichte an der Fachkompetenz der Luxemburger Richter. Das wird zwar nicht coram publico geäußert, klingt aber in privaten Stellungnahmen des öfteren durch. Diese Vorbehalte sind nicht unberechtigt. Angesichts der Ausdifferenzierung des Gemeinschaftsrechts, die im vergangenen Jahrzehnt gerade auch im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts zu beobachten war, sind für mit Sachautorität ausgestattete Entscheidungen Richter erforderlich, die Spezialkenntnisse in den einzelnen Rechtsdisziplinen besitzen. Damit ist es bei den Gerichten der Europäischen Gemeinschaft aber bislang noch nicht zum Besten gestellt. Möglichkeiten der Spezialisierung eröffnet vor allem der Vertrag von Nizza<sup>94</sup>.

#### a) EuGH

Der Gerichtshof setzt sich, wie bekannt, derzeit aus fünfzehn Richtern zusammen, die grundsätzlich zur Entscheidung in allen Verfahren, die nach Luxemburg gelangen, zuständig sind. Zwar existieren innerhalb des Gerichtshofs zahlreiche Kammern, jedoch mangelt es an einem Zuweisungsmodus, der für eine nach Sachgebieten vorzunehmenden Verteilung der eingehenden Rechtssachen Sorge trägt. Erforderlich erscheint daher eine Umgestaltung des Gerichtshofs. Es müssen gerichtsorganisatorische Maßnahmen getroffen werden, die ihn in die Lage versetzen, die stetig anschwellende Flut von Vorlagen mit der erforderlichen speziellen Sachkunde bearbeiten zu können<sup>95</sup>. Vorstellbar sind zwei Lösungsmöglichkeiten, die zueinander im Verhältnis der Alternativität stehen.

#### aa) Mehrere Senat

Denken lässt sich zum einen an eine Aufteilung des Gerichtshofes in mehrere Senate. Neben einem für die Auslegung des Primärrechts zuständigen „Verfassungssenat“ könnten jeweils ein Senat für das öffentliche Recht sowie für das Privatrecht geschaffen werden<sup>96</sup>. Ihre Aufgabe bestünde in der Entscheidung vornehmlich die Auslegung von Sekundärrechtsakten berührenden Verfahren. Zwar ist die in Deutschland gebräuchliche Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in einigen Mit-

---

<sup>94</sup> Ausführlich zur künftigen europäischen Gerichtsbarkeit nach Nizza *Sack*, EuZW 2001, 77.

<sup>95</sup> So auch *Schulze-Osterloh*, ZGR 1995, 170, 180.

<sup>96</sup> Vorzugswürdig wäre eine damit einhergehende Erhöhung der Anzahl der am EuGH tätigen Richter, so dass in jedem Senat ein Richter aus jedem Mitgliedstaat vertreten ist, vgl. *Leible*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, 53, 82. Das erscheint momentan jedoch politisch nicht durchsetzbar und würde zudem bei einer Erweiterung der Gemeinschaft zu einer doch wohl überproportionalen Erhöhung der Anzahl an EuGH-Richtern führen.

gliedstaaten der Gemeinschaft nicht oder jedenfalls nicht in dieser Form bekannt. Auch findet sie sich nur vereinzelt im Gemeinschaftsrecht<sup>97</sup>. Bewältigen ließe sich dieses Problem jedoch durch eine enumerative Zuständigkeitsverteilung, wie wir sie beispielsweise für das Bundesverfassungsgericht in § 14 BVerfGG finden<sup>98</sup>. Dem bei einer solchen Ausgestaltung sicherlich sofort im Raum stehenden Argument eines drohenden Verlusts der Einheitlichkeit der Luxemburger Rechtsprechung kann durch die Schaffung Großer oder Gemeinsamer Senate begegnet werden. Dass so etwas funktionieren kann, zeigt das deutsche Beispiel<sup>99</sup>.

#### bb) Institutionalisierung des Kammersystems

Alternativ zur Bildung von Senaten ist an eine Institutionalisierung des Kammersystems, die die Schaffung von Fachkammern beinhaltet, zu denken. Ein wichtiger Schritt in diese Richtung ist mit dem Vertrag von Nizza gemacht worden. Gem. Art. 221 Abs. 2 S. 2 EGV (derzeitige Fassung) kann der Gerichtshof „aus seiner Mitte Kammern mit je drei, fünf oder sieben Richtern bilden, die bestimmte vorbereitende Aufgaben erledigen oder bestimmte Gruppen von Rechtssachen entscheiden“. Dabei handelt es sich um den gesetzlichen Grundfall. Die Entscheidung im Plenum ist seit dem Maastrichter Vertragswerks eine besonders zu beantragende Ausnahme (Art. 221 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 EGV). Der Vertrag von Nizza führt dies fort. Art. 221 EGV soll folgenden Wortlaut erhalten:

„(2) Der Gerichtshof tagt in Kammern oder als Große Kammer entsprechend den hierfür in der Satzung des Gerichtshofs vorgesehenen Regeln.

(3) Wenn die Satzung es vorsieht, kann der Gerichtshof auch als Plenum tagen“

---

<sup>97</sup> Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ und dazu EuGH 14.10.1976 Slg. 1976, 1541 - LTU/Eurocontrol; 16.12.1980 Slg. 1980, 3807 - Niederlande/Rüffer; 21.4.1993 Slg. 1993, I-1963 - Sonntag/Waidmann.

<sup>98</sup> Die generelle und im voraus zu erfolgende (gesetzlicher Richter) Präzisierung bzw. Anpassung an die Arbeitsbelastung könnte der Selbstorganisation durch den EuGH überlassen werden, was auch – verfassungsrechtlich nicht unproblematisch - § 14 Abs. 4 BVerfGG zulässt. Vgl. den Beschluss des Plenums des BVerfG gem. § 14 Abs. 4 v. 15. 11. 1993, BGBl I S. 22492 und *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 4. Aufl. 1996, S. 90 und § 14 Rdnr. 6.

<sup>99</sup> Vgl. etwa § 132 GVG (Große Senate, Vereinigte Große Senate) oder Art. 95 Abs. 3 GG (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe) und zu letzterem *Miebach*, Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Zur Problematik der Plenarentscheidungen gem. § 16 BVerfGG, wenn ein Senat die Anrufung des Plenums unterlässt, vgl. BVerfG 12.11.1997 BVerfGE 96, 375, 403 ff. bzw. 409 ff. und *Sachs-Sturm*, Art.94 Rdnr. 6a.

Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsprechung müssten bei einem solchen Ausbau des Kammersystems allerdings die Kammern verpflichtet werden, bei einer beabsichtigten Abweichung von der Rechtsprechung einer anderen Kammer die Rechtssache dem Plenum vorzulegen<sup>100</sup>. Außerdem ist dafür Sorge zu tragen, dass die Institutionalisierung des Kammersystems durch den Vertrag von Nizza mit einer an Sachgebieten orientierten festen Zuständigkeitsverteilung einhergeht, also „Fachkammern“ gebildet werden. Ob es sich um Fünfer- oder Dreier-Kammern oder - wie bisher - um eine Mischung aus beiden handelt, ist zunächst zweitrangig. Für eine vermehrte Bildung von Dreier-Kammern spricht jedoch, dass sie die Möglichkeit einer verstärkten Spezialisierung eröffnet. Bei der Kammerzuteilung der Richter sollte außerdem darauf geachtet werden, dass sie sich an deren fachlichen Qualifikationen orientiert und über einen längeren Zeitraum Bestand hat, damit sich auch wirklich das für einen fruchtbaren Dialog mit den nationalen Fachgerichten unabdingbare Expertenwissen bilden kann<sup>101</sup>. Die durch den Vertrag von Nizza wesentlich erweiterte Satzungshoheit des EuGH lässt eine solche Ausgestaltung ohne weiteres zu.

#### b) EuG

Einer entsprechenden Spezialisierung bedarf es auch auf der Ebene EuG. Sie wirft aufgrund des schon jetzt bestehenden institutionalisierten Kammersystems keine grundlegenden Probleme auf und könnte bereits heute, d.h. vor einem In-Kraft-Treten des Vertrags von Nizza, durch entsprechende Kriterien für eine Zuweisung der Rechtssachen an die einzelnen Kammern bewerkstelligt werden. Der Vertrag von Nizza macht die Bildung von Fachkammern aufgrund der Vielzahl der dem EuG übertragenen neuen Zuständigkeiten freilich noch dringlicher.

#### c) Die „gerichtlichen Kammern“

Weiteren Gestaltungsspielraum eröffnet Art. 225a, der aufgrund des Vertrags von Nizza in den EG-Vertrag eingefügt werden soll. Danach kann der Rat

„durch einstimmigen Beschluss auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Gerichtshofs oder auf Antrag des Gerichtshofs und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission gerichtliche Kammern bilden, die für Entscheidungen im ersten Rechtszug über

---

<sup>100</sup> Vgl. *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1, 7. Art. 95 § 3 VerfO-EuGH enthält zur Zeit nur eine Kann-Vorschrift.

<sup>101</sup> *Streinz/Leible*, aaO.

bestimmte Kategorien von Klagen zuständig sind, die in besonderen Sachgebieten erhoben werden“.

Instanziell sind diese neuen Spruchkörper unter dem EuG angesiedelt. Gegen ihre Entscheidungen ist ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel vor dem EuG vorgesehen. Sofern der Beschluss über die Bildung der Kammer dies bestimmt, kann aber auch ein Sachfragen betreffendes Rechtsmittel eingelegt werden (Art. 225a Abs. 3). Als Sachgebiete, die den „gerichtlichen Kammern“ zur Entscheidung zugewiesen werden können, kommen vor allem mit der Tätigkeit des HABM im Zusammenhang stehende Streiverfahren (Anmeldungen von Gemeinschaftsmarken etc.) sowie dienstrechtliche Streitigkeiten in Betracht<sup>102</sup>.

## 2. Die Begründung von Vorabentscheidungsersuchen

Das Gemeinschaftsrecht schreibt weder ausdrücklich noch stillschweigend Form und Inhalt des Vorabentscheidungsersuchens vor. In der Praxis beschränken sich die vorlegenden Gerichte meist darauf, den faktischen und normativen Rahmen der Vorlagefrage zu erläutern, damit der Gerichtshof den Nutzen der erbetenen Antwort für den Ausgangsrechtsstreit erkennen kann. Zu einem Dialog zwischen dem Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten führt das nicht. Gerade dieser wäre aber für die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts, besonders aber des Gemeinschaftsprivatrechts, wünschenswert. Um dieses Ziel zu erreichen, könnte an die Statuierung einer Pflicht zur näheren Begründung von Vorabentscheidungsersuchen gedacht werden. Fruchtbar machen ließe sich für deren inhaltlich Ausgestaltung ein in § 28 FGG enthaltener Gedanke<sup>103</sup>. Gem. § 28 FGG hat das Oberlandesgericht im Verfahren zur Entscheidung über die weitere Beschwerde diese dem BGH vorzulegen, wenn es von einer zu dieser Rechtsfrage zuvor ergangenen Entscheidung eines Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen möchte. Diese Vorlage muss „unter Begründung seiner Rechtsauffassung“ erfolgen. Würde eine vergleichbare Begründungspflicht in Art. 234 EGV vorgesehen, könnten sich die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht mehr darauf beschränken, ihre

---

<sup>102</sup> *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1, 5 f.; *Pache/Schorkopf*, NJW 2001, 1377, 1380; vgl. auch *Schäfers*, Europablätter 2000, 166. In einer von der Regierungskonferenz angenommenen Erklärung zu Art. 225a EGV werden EuGH und Kommission aufgefordert, so bald wie möglich den Entwurf eines Beschlusses über die Bildung einer gerichtlichen Kammer auszuarbeiten, die im ersten Rechtszug für Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und ihren Bediensteten zuständig ist, vgl. *Pache/Schorkopf*, aaO in Fußn. 38.

<sup>103</sup> Vgl. dazu bereits *Leible*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 85.

konkrete Auslegungsfrage in dürre Worte zu fassen, sondern müssten zugleich ihre eigenen Wertungen offenlegen<sup>104</sup>. Eingetreten würde so in einen offenen und echten Dialog. Die Möglichkeit dazu haben die nationalen Gerichte zwar schon heute. Genutzt wird sie aber viel zu selten. Gegen eine derart weitreichende Pflicht zur Begründung von Vorabentscheidungsersuchen wird nun allerdings eingewendet, sie könne die nationalen Gerichte überfordern und zu einem vermehrten Absehen von gemeinschaftsrechtlich gebotenen Vorlagen führen<sup>105</sup>. Diese Befürchtungen sind nicht unberechtigt, dürften aber in einer Zeit, in der zunehmend Juristen Richterpositionen bekleiden, bei denen das Gemeinschaftsrecht bereits zum Ausbildungsstoff gehörte, zusehends an Bedeutung verlieren.

### 3. Kurzer Ausblick

Die mit dem Vertrag von Nizza einhergehenden Änderungen im Gerichtssystem der Europäischen Gemeinschaft sind sicherlich geeignet, das Verfahren zu effektuieren und vor allem den EuGH - zumindest kurzfristig - zu entlasten. Die mit dem bevorstehenden Beitritt neuer Mitgliedstaaten auf die europäischen Gerichte zukommenden Probleme haben sie aber nicht gelöst und außerdem wenig zur notwendigen Spezialisierung innerhalb der einzelnen Gerichte beigetragen. Immerhin erlaubt die dem EuGH und dem EuG eingeräumte und sehr weitreichende Satzungshoheit, dem Bedürfnis nach Spezialisierung durch Satzungsänderungen Rechnung zu tragen. Ob hiervon tatsächlich Gebrauch gemacht wird, bleibt abzuwarten. Einer Lösung harrt aber weiterhin die grundsätzliche Fragen nach der Funktion der europäischen Gerichte in einer Union, die sich nicht nur erweitert, sondern deren Recht zugleich fortlaufend ausgebaut und vertieft wird. Weiterhin aktuell bleiben daher das vom EuGH vorgelegte Reflexionspapier über „Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union“<sup>106</sup> sowie der von einer von der Kommission eingesetzten Arbeitsgrup-

---

<sup>104</sup> Noch weitergehender, aber gleichwohl bedenkenswert ist der Vorschlag von *Zuleeg* (JZ 1994, 1, 7), der dem EuGH die Möglichkeit einräumen möchte, von einer eigenen Entscheidung abzusehen und die Entscheidung dem vorliegenden mitgliedstaatlichen Gericht zu überlassen, wenn dessen Entscheidungsvorschlag zu keiner Gefahr für die Einheit des Gemeinschaftsrechts, keiner Verminderung des Rechtsschutzes und keiner Behinderung der Rechtsfortbildung führt. Der Gerichtshof würde nach diesem Konzept Verfahren lediglich dann an sich ziehen, wenn er befürchtet, dass die gerichtlichen Entscheidungen innerhalb der Gemeinschaft auseinander gehen oder er ein grundsätzliches Problem selbst klären möchte.

<sup>105</sup> Vgl. *Everling*, in: Verhandlungen des 60. DJT, Band I: Gutachten, N 14.

<sup>106</sup> EuZW 1999, 750.

pe<sup>107</sup> vorgelegte Abschlussbericht über „Die Zukunft des Gerichtssystems der EG“<sup>108</sup> und die hierzu oder bereits kurz zuvor publizierten Stellungnahmen<sup>109</sup>. Auszumachen ist freilich schon jetzt die Tendenz, auf europäischer Ebene für nahezu alle Streitigkeiten ein zweistufiges Verfahren vorzusehen<sup>110</sup>. Das stößt aufgrund der damit unweigerlich verbundenen Verfahrensverlängerung, die sich durch strikte Rechtsmittelvoraussetzungen allenfalls minimieren, aber nicht vollständig verhindern lässt, auf Bedenken<sup>111</sup>. Kritikwürdig ist insbesondere Art. 225 Abs. 3 EGV idF des Vertrags von Nizza. Danach ist

„das Gericht erster Instanz ... in besonderen in der Satzung festgelegten Sachgebieten für Vorabentscheidungen nach Art. 234 zuständig.

Wenn das Gericht erster Instanz der Auffassung ist, dass eine Rechtssache eine Grundsatzentscheidung erfordert, die die Einheit oder die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts berühren könnte, kann es die Rechtssache zur Entscheidung an den Gerichtshof verweisen.

Die Entscheidungen des Gerichts erster Instanz über Anträge auf Vorabentscheidung können nach Maßgabe der Bedingungen und innerhalb der Grenzen, die in der Satzung vorgesehen sind, in Ausnahmefällen vom Gerichtshof überprüft werden, wenn die ernste Gefahr besteht, dass die Einheit oder die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts berührt wird.“

Diese Regelung ist nicht nur unnötig kompliziert<sup>112</sup>, sondern kann auch nicht verhindern, dass Vorabentscheidungsverfahren in Extremfällen zweistufig werden und sich damit die Beantwortung der von den nationalen Gerichten vorgelegten Fragen über Gebühr verzögert. Ob dies der Vorla-

---

<sup>107</sup> Der Reflexionsgruppe gehörten an: Ole Due, Yves Galmot, José Luis da Cruz Vilaça, Ulrich Everling, Aurelio Pappalardo, Rosario Silva de Lapuerta und Lord Slynn of Hadley.

<sup>108</sup> Sonderbeilage zu NJW und EuZW 2000. Ein kurze zusammenfassende Darstellung des Berichts ist in EuZW 2000, 194 veröffentlicht.

<sup>109</sup> Vgl. z.B. *Everling*, EuR 1997, 398; *Hakenberg*, ZEuP 2000, 860; *Hirsch*, ZRP 2000, 57; *Huff*, EuZW 2000, 97; *Lipp*, JZ 1997, 326; *Rabe*, EuR 2000, 811; *Rodríguez Iglesias*, NJW 2000, 1889; *Rösler*, ZRP 2000, 52; *J. Sack*, EuR 1999, 571; *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1.

<sup>110</sup> So schon *Everling*, EuR 1997, 398, 412 ff.; *ders.*, FS Deringer, 40, 56; *ders.*, DRiZ 1993, 5, 13 ff., der für einen die Schaffung von Fachsenaten beinhaltenden Ausbau des Gerichts erster Instanz zum Regelgericht plädiert, dem EuGH nur die Zuständigkeit für Organstreitigkeiten vorbehalten und seine Funktion ansonsten auf die eines Verfassungsgerichts bzw. einer Rechtsmittelinstanz beschränken möchte; ähnlich *Dauses*, in: Verhandlungen des 60. DJT, Band I: Gutachten, D 98 ff.

<sup>111</sup> Vgl. bereits *Leible*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 53, 83 in Fußn. 150.

<sup>112</sup> Kritisch und näher zu dieser Regelung *Sack*, EuZW 2001, 77, 78.

gebereitschaft der mitgliedstaatlichen Gerichte, die schon heute angesichts der Verfahrensdauer vor dem EuGH mitunter von einer an sich gebotenen Vorlage absehen, zuträglich ist, erscheint äußerst zweifelhaft.

#### *VI. Zusammenfassung*

Festhalten lässt sich abschließend, dass im Vordergrund der künftigen Weiterentwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts der Gedanke seiner Konsolidierung und qualitativen Verbesserung stehen muss. In allen Bereichen, in denen das Gemeinschaftsprivatrecht bereits hinreichend verdichtet ist, liegt eine Kodifizierung der Vielzahl von Maßnahmen in einem umfassenden Rechtsakt nahe. Zu denken ist dabei besonders an die Schaffung eines europäischen Verbrauchervertragsgesetzbuchs. Darüber hinaus muss durch geeignete Verfahren und Maßnahmen sichergestellt werden, dass der fortschreitenden Vergemeinschaftung des Privatrechts durch die Bündelung von Sachverstand und die Schaffung eines allgemeinen Referenzsystems Rechnung getragen wird. Für das Gesetzgebungsverfahren bietet sich die Konstituierung eines beratend tätigen „Europäischen wissenschaftlichen Ausschusses für Privatrecht“ an. Im Bereich der Judikative ist an eine Spezialisierung durch die Bildung von Fachkammern bei den europäischen Gerichten zu denken. Hinzu kommen sollte die Empfehlung einer Berücksichtigung bereits vorliegender Prinzipienkataloge, wie etwa der „Principles on European Contract Law“.

#### *B. Verbesserung der Funktionsvoraussetzungen spontaner Rechtsangleichung*

In den Blick zu nehmen sind nicht nur die legislatorische Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung, sondern ebenso die Funktionsvoraussetzungen einer spontanen Annäherung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Weiteres Ziel gemeinschaftlichen, aber vor allem auch mitgliedstaatlichen Handelns muss eine Verbesserung der Voraussetzungen für Prozesse autonomer Rechtsangleichung sein. Denn je stärker sich die Rechtsordnungen von selbst annähern, desto weniger bedarf es legislatorischer Maßnahmen. Und sollten sie doch erforderlich sein, fällt es wesentlich leichter, bestehende Gemeinsamkeiten behutsam fortzuentwickeln und in Gesetzesform zu gießen als für sämtliche oder zahlreiche Mitgliedstaaten völlig neue Rechtsinstitute zu schaffen. Der Schlüssel für einen solchen Prozess ist die Einheit der juristischen Profession. Sie zu erreichen, fordert eine verstärkte rechtsvergleichende und zugleich europäische Ausrichtung des Rechtsstu-

diums, der Rechtswissenschaft sowie der Rechtsanwendung und damit letztlich eine Annäherung im juristischen Denken. Den zu ihrer Verwirklichung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ist im folgenden kurz nachzugehen. Bei alledem muss man sich freilich immer vergegenwärtigen, dass „die Rechtseinheit kraft Einheit der Profession ... ein Kontinuum unterschiedlicher Intensität (ist), ein Vereinheitlichungsprozeß, kein Vereinheitlichungsakt“<sup>113</sup>. Sie kann Rechtsvereinheitlichung, sofern sie nötig ist, außerdem nicht ersetzen. Aber ohne eine Konvergenz des Rechtsdenkens laufen andererseits alle Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen letztlich leer.

### *I. Rechtsstudium*

Strebt man eine Annäherung der Rechte der Mitgliedstaaten bei möglichst geringer Gesetzgebungsintensität an, muss im Vordergrund aller Bemühungen eine Europäisierung des Rechtsstudiums stehen<sup>114</sup>. Denn im Studium wird der Jurist ausgebildet, werden seine Denkweise und sein Arbeitsstil, aber auch seine Offenheit für die Aufnahme fremder Einflüsse (mit-)geprägt. Nur so lässt sich eine für eine „harmonization from below“ unabdingbare, über die unterschiedlichen nationalen Gesetzestexte hinausreichende geistige und kulturelle Einheit der juristischen Profession in Europa erreichen.

„Echte Europäische Rechtsvereinheitlichung von ‘innen her’ wird aber erst dann möglich, wenn die Juristen als die diejenigen, die ‘von Berufs wegen’ tagtäglich Recht und Wirklichkeit zu vereinen haben, bereits durch die Ausbildung in die Lage versetzt werden, das Recht als eine Welt zu sehen, die durch nationale Grenzen nicht getrennt, sondern nach international verkehrsfähigen Begriffen, Grundsätzen und Denkweisen aufgebaut ist, in der man sich gedanklich frei bewegen und mit Juristen anderer Länder ohne weiteres verständigen kann“<sup>115</sup>.

Geschichtliche Erfahrungen bestätigen dies, insbesondere

„the immense role academic earnings has had in the formation of our common legal heritage, in the Middle Ages as well as in the Age of Enlightenment. It was academic training based on European ideas that created a class of lawyers animated by the same ideas, and it was the European lawyer who proceeded the European law. This is a point, I think, at which our academic responsibility begins. We should fight for an organization of academic training in the field of law at our law schools in Europe, which in-

<sup>113</sup> *Puttfarcken*, *RabelsZ* 45 (1981), 91, 99.

<sup>114</sup> Umfänglich dazu *Deckert*, *ERPL* 1998, 1.

<sup>115</sup> *Taupitz*, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, 67.

stead of dividing lawyers in Europe, tries to further mutual understanding. We must revise the idea which dominated legal education in the 19<sup>th</sup> century, that a national legislation must be the basis of legal training. The curricula of our law schools must not be restricted to the study of national law, and not even to national law combined with a certain seasoning of comparative law. What is necessary and what we must aim for is a curriculum where the basic courses present the national law and the context of those legal ideas which are present in the legislation of different nations, i.e., against the background of the principles and institutions which the European nations have in common<sup>116</sup>.

Auf diesem von *Coing* vorgezeichneten Weg sind die ersten Schritte bereits gemacht worden. Das Ziel - der „europäische Jurist“<sup>117</sup> - ist aber immer noch weit entfernt.

#### 1. Transnationale Studiengänge, Aufbaustudien, Auslandssemester usw.

Aufgrund der Europäisierung, aber auch der Globalisierung des Rechts wächst der Bedarf an Juristen, die sich nicht nur in ihrer eigenen Rechtsordnung auskennen, sondern auch Kenntnisse ausländischen Rechts vorweisen können oder aufgrund ihrer Ausbildung im Rechtsdenken zumindest so offen sind, dass ihnen eine zügige Einarbeitung in fremdes Recht keine Probleme bereitet. Der Bedarf wird in Zukunft weiter steigen. Grenzüberschreitende Fusionen zwischen Anwaltskanzleien, vor nicht einmal zehn Jahre zumindest in Deutschland nahezu undenkbar, gehören heute zum Alltag. Die EG-Richtlinien zur Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwältinnen, aber auch zur Anerkennung von Hochschuldiplomen haben zudem die Attraktivität einer Tätigkeit außerhalb der eigenen Rechtsordnungen beträchtlich erhöht. Der Ausbildungsmarkt hat hierauf, teilweise mit Unterstützung der Europäischen Gemeinschaft, bereits reagiert. Postgraduierten-Studiengänge schießen wie Pilze aus dem Boden. Das Angebot an Kurzzeit-, Ferien- und Sommerkursen der europäischen Universitäten ist nahezu unüberschaubar<sup>118</sup>. Studenten ziehen heute scharenweise für ein oder zwei Semester ins Ausland, unterstützt durch das ERASMUS-

<sup>116</sup> *Coing*, in: Cappelletti (Hrsg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 38, 44 (deutsche Übersetzung bei *Kötz*, in: Reichert-Facilides [Hrsg.], *Privatrechtsvergleichung und Internationale Privatrecht an der Universität Innsbruck*, 21, 25); ähnlich *ders.*, *NJW* 1990, 937.

<sup>117</sup> Vgl. *Ranieri*, *ius commune* 17 (1990), 9. Dazu und zur derzeitigen Juristenausbildung in den Mitgliedstaaten der EG *ders.*, *JZ* 1997, 801, 803 ff.; *ders.*, *DRiZ* 1998, 285.

<sup>118</sup> Eine repräsentative Auswahl besonders attraktiver Angebote stellt *Kadner*, *ZEuP* 1996, 690, vor.

Programm bzw. das neue und umfassender SOKRATES-Programm der EG. Weitere Studienmöglichkeiten im Ausland ergeben sich aufgrund bilateraler Austauschbeziehungen der einzelnen Fakultäten oder schließlich einer Bewerbung „auf eigene Faust“.

Besonders anspruchsvoll ist das Programm der „European Law School“ in Maastricht, das quasi aus einem Doppelstudium besteht. Neben dem „normalen“ Studium des niederländischen Rechts sind eine Fülle von - überwiegend in englischer Sprache gehaltene - Vorlesungen und Praktika zur Rechtsvergleichung, zum System des Common Law, zum internationalen Privatrecht, zum europäischen Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht etc. zu besuchen, wobei die meisten Fächer rechtsvergleichend aufgebaut sind<sup>119</sup>. Und noch einen Schritt weiter gehen integrierte juristische Studiengänge, die von Rechtsfakultäten aus verschiedenen europäischen Ländern angeboten werden. So existieren etwa integrierte Studiengänge zwischen den Universitäten München und Paris II<sup>120</sup> oder in Saarbrücken mit französischen und englischen Rechtsfakultäten. Ein ähnliches Programm offeriert die Universität zu Köln. Vorreiter solcher Kooperationen waren das King's College in London und die Rechtsfakultät Paris I. Studenten haben hier die Möglichkeit, nach einem jeweils zweijährigen Studium in London und Paris einen Abschluss zu erwerben, der ihnen den Zugang zur praktischen Anwaltsausbildung in beiden Ländern ermöglicht. Deutsche Fakultäten sind in dieser Hinsicht freilich gehandicapt. Denn von ihnen ist

„nicht jener Fluch genommen, der alle Initiativen zur Europäisierung des Studiums lernt. Es ist dies das System der juristischen Staatsprüfungen, mit dem wir nicht nur in Europa sondern auf der ganzen Welt - mit Ausnahme von Japan und Südkorea - alleinstehen“<sup>121</sup>.

Das ist stark überzeichnet, weist aber auf ein durchaus bestehendes Problem hin. So können z.B. die französischen Teilnehmer des zwischen Paris und München vereinbarten Studiengangs einen deutschen Magistergrad erwerben. Doch handelt es sich dabei um keinen berufsqualifizierenden Abschluss, der - wie das Erste Staatsexamen - den Eintritt in die Referendarausbildung erlaubt oder - wie das Zweite Staatsexamen - den Weg zur Anwaltszulassung ebnet.

---

<sup>119</sup> Vgl. *de Groot/Schneider*, FS Großfeld, 307, 315 ff.

<sup>120</sup> Zu dem dort erreichbaren Abschluss der „licence en droit“ vgl. *Recq*, AnwBl. 1993, 67, 68.

<sup>121</sup> *Kötz*, ZEuP 1993, 268, 275.

Hinzu kommt, dass im Ausland erbrachte Studienleistungen zumindest in Deutschland keinerlei Bedeutung für das Abschlussexamen und für die in ihm erzielte Note haben.

„Unter diesem Gesichtspunkt sind daher juristische Auslandsstudien nichts weiter als ein löblicher Luxus; und das ist der Grund, warum nur wenige hochmotivierte Studenten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen“<sup>122</sup>.

## 2. Rechtsunterricht

Es verwundert folglich nicht, dass die bislang schon zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht von der Gesamtheit aller Studierenden, sondern meist nur den wirklich Interessierten wahrgenommen werden, und das sind in der Regel die Eliten. Man mag dies für ausreichend erachten, da ohnehin sie es sind, die später entscheiden werden. Damit begnügen kann man sich gleichwohl nicht, und zwar aus zweierlei Gründen. Möchte man eine wirkliche Europäisierung des Rechtsdenkens erreichen, muss man alle Rechtsanwender erreichen, nicht nur die ohnehin gegenüber fremden Einflüssen aufgeschlossenen. Hinzu kommt ein ganz praktischer Aspekt. Denn die Europäisierung des Wirtschaftslebens führt zwangsläufig dazu, dass z.B. auch Anwälte, die in nicht auf den internationalen Rechtsverkehr bzw. die Beratung von mittelständischen und Großunternehmen spezialisierten Kanzleien tätig sind, in zunehmendem Maße mit Rechtsverhältnissen konfrontiert werden, für deren sachgerechte Beurteilung es sowohl Kenntnisse des europäischen als auch des internationalen Privatrechts sowie eines zumindest rudimentär ausgebildeten rechtsvergleichenden Wissens bedarf. Beides erfordert eine stärkere Europäisierung<sup>123</sup> bzw. Internationalisierung des Rechtsunterrichts. Man darf sich nicht mehr allein auf die Darstellung des eigenen, heimischen Rechts mit allen seinen dogmatischen Feinheiten beschränken. Bereits in die Anfängervorlesungen sind zumindest rechtsvergleichende Hinweise zu inkorporieren, die in der gebotenen Kürze alternative Regelungstechniken anderer Rechtsordnungen darstellen. Eine solche Vorgehensweise würde es erleichtern, im Vergleich die hinter der

---

<sup>122</sup> *Kötz*, in: Reichert-Facilides (Hrsg.), *Privatrechtsvergleichung und Internationales Privatrecht* an der Universität Innsbruck, 21, 27.

<sup>123</sup> „Europäisierung“ meint keine verstärkte Einbeziehung des Europarechts. Dass Europarecht zum Studienstoff gehört, versteht sich, da es in den Mitgliedstaaten geltendes Recht ist, eigentlich von selbst. Das ist mittlerweile in den deutschen juristischen Prüfungsordnungen auch nachvollzogen worden. Vgl. dazu *Steiger*, in: Weick (Hrsg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, 331. Zur Herstellung „europarechtlicher Bezüge“ in Vorlesungen zum Zivilrecht vgl. die Überlegungen von *Hommelhoff*, FS Helmrich, 329.

eigenen Gesetzesystematik liegenden Prinzipien zu verdeutlichen und zugleich klarzumachen, dass die technische Ausgestaltung des eigenen Rechts nicht selten auf historischen Zufälligkeiten beruht, die in anderen Jurisdiktionen erzielten Ergebnisse trotz divergenter Normen oft durchaus dieselben sind usw. In den Vordergrund der Vorlesung gerückt würden damit in wesentlich stärkerem Maße die das Zivilrecht determinierenden Gerechtigkeitserwägungen<sup>124</sup>.

Ungleich weiter reicht ein Ansatz, der sich nicht darauf beschränkt, das nationale Recht und seine rechtsvergleichenden Bezüge zu vermitteln, sondern sich - ganz im Coing'schen Sinne - einem bestimmten Rechtsgebiet von vornherein von einem europäischen Standpunkt nähern möchte. So konzipiert sind z.B. das Lehrbuch von *Kötz* zum Europäischen Vertragsrecht<sup>125</sup> und das - allerdings kaum mehr als Lehr-, d.h. Studienbuch zu bezeichnende - beeindruckende Werk von *von Bar* über „Gemeineuropäisches Deliktsrecht“<sup>126</sup>. Eine Arbeitsgrundlage für einen „europäischen Rechtsunterricht“ auf dem Gebiet des Schuldrechts möchte schließlich auch das von *Ranieri* verfasste Lehr- und Textbuch zum „Europäischen Obligationenrecht“ anbieten. Sein Ziel ist

„eine Einführung in einige zentrale Themen des Vertrags- und Schuldrechts der wichtigsten europäischen Privatrechtssysteme und zugleich in deren zum Teil unterschiedlichen Argumentations- und Denkstilen an(zu)bieten“<sup>127</sup>.

Während die beiden erstgenannte Werke überwiegend das Konzept einer systematisch-theoretischen Darstellung des Stoffs, wie wir sie auch in den Lehrbüchern traditionellen Zuschnitts zum deutschen Recht finden, verfolgen, setzt *Ranieri* auf eine „induktive Problemvermittlung“, die sich an den „cases and materials“ bei den amerikanischen law schools orientiert<sup>128</sup>. Überhaupt scheint sich die in den USA entstandene Literaturform des „case book“ auch in Kontinentaleuropa mittlerweile wachsender Beliebtheit zu erfreuen<sup>129</sup>. Ihre Einbeziehung in den akademischen Unterricht

<sup>124</sup> Vgl. auch *Willoweit/Großfeld*, JZ 1990, 605, 607.

<sup>125</sup> *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I.

<sup>126</sup> *Von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bände I und II.

<sup>127</sup> *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. XVIII f.

<sup>128</sup> Kritisch gegenüber der case book-Methode allerdings *Watson*, Law out of Context, 140 ff.

<sup>129</sup> Vgl. etwa *Van Gerven/Viney/Lyver/Larouge/von Bar*, Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law; dazu auch *Larouche*, ERPL 2000, 101. Eine weitere case book-Reihe existiert mittlerweile zur Rechtsprechung des EuGH, vgl. *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Casebook Europäisches Verbraucherrecht; *Schulze/Engel/Jones* (Hrsg.), Casebook Europäisches Privatrecht. Die beiden letztgenannte Werke geben zunächst Kernpassagen der jeweiligen Leitentscheidungen des EuGH im

lässt sich aber ebenso wie alle anderen ambitionierten Projekte nur dann zufriedenstellend verwirklichen, wenn die Prüfungsordnungen entsprechend geändert werden. Denn die Erfahrung zeigt, dass meist nur das gelernt wird, was später auch Gegenstand der Abschlussprüfung ist - ein alter Grundsatz studentischer Ökonomie. Gegen eine entsprechende Änderung oder Neuorientierung der juristischen Lehrpläne lässt sich jedoch einwenden, dass sie verfrüht, viel zu ehrgeizig und unpraktikabel sei. Denn maßgeblich bleibe auf lange Sicht in den Mitgliedstaaten immer noch das nationale Recht<sup>130</sup>. Richtig daran ist, dass zumindest in naher Zukunft die hauptsächliche Aufgabe der Rechtsfakultäten weiterhin darin liegen wird, den Studenten solide Kenntnisse im nationalen Recht zu vermitteln. Begreift man aber die Einbeziehung rechtsvergleichender Elemente in den Rechtsunterricht nicht nur als exotische Gedankenspielerei begeisterter Rechtsvergleichler, sondern als ein methodische Element zur Herausarbeitung und Vermittlung von Grundstrukturen und -prinzipien des jeweiligen Rechtsgebiets, so kann der Rechtsvergleichung bereits heute ein Platz in den Grundlagenvorlesungen etwa zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches oder zum Allgemeinen Schuldrecht eingeräumt werden<sup>131</sup>. Ergänzend bieten sich Übungen an, die nach der induktiven Methode, d.h. auf der Grundlage von - möglichst bereits in Casebooks aufbereiteten - Fällen, das Recht bzw. den Weg zur Problemlösung im Recht auf rechtsvergleichender Grundlage vermitteln<sup>132</sup>.

---

Wortlaut wieder. Sodann werden in einer kurzen Anmerkung zu jedem dieser Fälle Hintergründe und Folgen für das Europäische Recht zusammengefasst sowie weitere wichtige Entscheidungen erläutert. Daran anschließend findet sich stets eine Darstellung, welche Auswirkung der Entscheidung in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (die Auswahl beschränkt sich meistens auf Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und das Vereinigte Königreich) zukommt, um so ein konkretes Bild vom Ineinandergreifen des europäischen und des mitgliedstaatlichen Rechts zu vermitteln. Weitere Casebooks zum europäischen Wettbewerbsrecht sowie zum europäischen Gesellschaftsrecht befinden sich in Vorbereitung. Vgl. außerdem vgl. Haverkate/Weiss/Scuster/Schmidt (Hrsg.), Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU.

<sup>130</sup> *Friedman/Teubner*, in: Cappelletti/Seccombe/Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Vol. 1, Book 3, 345, 367.

<sup>131</sup> Ähnlich *Friedman/Teubner*, aaO.

<sup>132</sup> Wesentlich weiter reichen u.a. die Vorschläge von *Flessner*, dem eine einheitliche Juristenausbildung in Europa auf der Basis einheitlicher Lehrbücher nach dem Muster der Werke von *Kötz*, *von Bar* usw. vorschwebt. Als Vorbild könnten seiner Ansicht nach die US-amerikanischen und bundesweit anerkannten Rechtsfakultäten dienen, „die das gemeinamerikanische Recht als eine Einheit mit allenfalls lokalen Varianten lehren“, vgl. *Flessner*, *RabelsZ* 56 (1992), 243, 246.

Zuzugeben ist allerdings, dass das Korsett des Ersten Staatsexamens für solche Experimente in Deutschland zur Zeit nur wenig Raum lässt. Über Änderungen sollte daher nachgedacht werden, wobei am Modell eines einheitlichen „Staats-“Examens aber unbedingt festzuhalten ist<sup>133</sup>. Jedoch erscheint es auch bei einem Staatsexamen durchaus denkbar, den Fakultäten einen größeren Spielraum einzuräumen, in dem etwa - auf das bayerische Beispiel bezogen - von den acht zu schreibenden Klausuren zwei nicht zentral, sondern von den einzelnen Rechtsfakultäten gestellt werden. Der hierdurch eröffnete Freiraum würde den einzelnen Fakultäten nicht nur die Möglichkeit der Profilierung eröffnen, sondern böte bei einem entsprechendem fakultätsinternen Konsens die Chance, den Nutzen einer stärker rechtsvergleichenden Ausbildung auch in entsprechenden Abschlussklausuren manifestieren zu können. Ob die derzeit geführte Diskussion um eine Neugestaltung der Juristenausbildung tatsächlich zu solchen Ergebnissen führen wird, bleibt trotz in diese Richtung weisender Vorschläge der Hochschulrektorenkonferenz abzuwarten. Denn die Erfahrung der letzten Jahrzehnte zeigt, dass

„die Reform der Juristenausbildung ... einem Vulkan (gleich):  
Etwa alle zehn Jahre bricht er aus. Dann speit er bizarre Lava-  
Gebilde in die Landschaft, mitunter aber auch nur Asche“<sup>134</sup>.

### 3. Noch einmal: Recht und Sprache

Eine die ausländischen, europäischen und internationalen Bezüge des Rechts beinhaltende Juristenausbildung führt unweigerlich zum bereits eingangs dieses Kapitels behandelten Sprachenproblem; „denn Recht entsteht, lebt und endet in und durch Sprache“<sup>135</sup>. Daraus folgt jedoch nicht, dass fremdes Recht nur in fremden Sprachen vermittelt werden kann. Vorlesungen können also weiterhin in deutscher Sprache gehalten werden, selbst wenn sie sich ausländischen Einflüssen öffnen. Gleichwohl bedarf es einer verstärkten Einbindung fremdsprachlicher Veranstaltungen in das juristische Studium. Fremdsprachliche Vorträge ausländischer Wissenschaftler sind, zumindest an den großen Fakultäten, heute schon die Regel. Dabei kann man jedoch nicht stehenbleiben. Angeboten werden müssen auch Einführungen zumindest in die „großen“ europäischen Rechtsordnun-

---

<sup>133</sup> Wobei es der Institution „Staatsexamen“ sicherlich nicht widersprechen würde, Teile der Prüfung vorzuverlagern, etwa in Form von Jahresabschlussprüfungen oder vorgezogenen Teilprüfungen in bestimmten Fächern. Zu den damit verbundenen Vorteilen vgl. *Flessner*, JZ 1996, 689, 693 f.

<sup>134</sup> *Stiebeler*, in: Giehring (Hrsg.), *Juristenausbildung erneut überdacht*, 43.

<sup>135</sup> *Ebke*, JZ 1996, 995, 997.

gen, also insbesondere das englische und französische Recht, und zwar in der Landessprache. Denn mitentscheidend für das Verständnis fremden Rechts ist die Kenntnis seiner Terminologie. Sie lässt sich nicht durch Übersetzungen, sondern allein durch Unterricht in der Landessprache erlernen. Die Verwirklichung eines solchen Projekts würde freilich die finanziellen Kapazitäten der juristischen Fakultäten erheblich übersteigen. Es bedarf daher der finanziellen Unterstützung durch die Europäische Gemeinschaft. Sie steht zwar schon heute hilfreich zur Seite, doch ist der Umfang der verfügbaren Mittel für eine „flächendeckende Versorgung“ viel zu gering. Zu bedenken ist außerdem, dass an fremdsprachigen Vorlesungen sinnvoll nur derjenige teilnehmen kann, der die Sprache versteht. Erforderlich ist daher ein Ausbau der fachspezifischen Fremdsprachenausbildung. Zu überlegen ist auch, ob ihre erfolgreiche Absolvierung nicht zu einer Zulassungsvoraussetzung für das Staatsexamen, vergleichbar etwa den großen Scheinen, oder gar zu dessen Bestandteil gemacht werden sollte. In andere Disziplinen, etwa den Wirtschaftswissenschaften, ist so etwas schon lange üblich. Nun mag man einwenden, dass dort die internationalen Bezüge wesentlich größer sind als bei den Juristen. Aber ist dem wirklich so? Wenn Sprachkenntnisse Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit in Wirtschaft und Handel sind, kann dies im Recht - jedenfalls nicht wesentlich - anders ein, da wirtschaftliche Transaktionen der „betreuenden Begleitung“ durch Juristen bedürfen<sup>136</sup>.

## II. Rechtswissenschaft

Eine Europäisierung des Rechtsstudiums kommt ohne eine Europäisierung der Rechtswissenschaft nicht aus, ja ist ohne sie gar nicht denkbar<sup>137</sup>. Schon im 19. Jahrhundert beklagte *Ihering*, dass nach dem Siegeszug der Kodifikationsidee „die Wissenschaft ... zur Landesjurisprudenz degradiert“ worden sei und „die wissenschaftlichen Grenzen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammenfallen“<sup>138</sup>. Dieser Zustand hat sich im Zuge der Europäisierung des Rechts in den vergangenen zwei Jahrzehnten beträchtlich geändert. Gleichwohl wird Rechtsvergleichung oft noch als die Tätig-

---

<sup>136</sup> Ein Blick in die Stellenanzeigen in der NJW bestätigt diesen Eindruck. Kaum ein Stellenangebot kommt ohne den Hinweis aus, dass die Kenntnis der englischen Sprache, möglichst noch verhandlungssicher, vorausgesetzt wird. Gern gesehen sind Bewerber, die darüber hinaus noch weitere Sprachen beherrschen, etwa Französisch, Spanisch oder Italienisch.

<sup>137</sup> Vgl. dazu auch *Schmid*, ZfRV 1999, 213.

<sup>138</sup> *Ihering*, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I, 15.

keit eines als exotisch angesehenen Häufleins der Rechtsvergleicher betrachtet. An zahlreichen Stellen dieser Arbeit ist aber deutlich geworden, dass dem nicht so ist, sondern die Einbeziehung fremder Lösungsansätze durchaus befruchtend wirken kann und heutzutage zum Handwerkszeug eines jeden Rechtswissenschaftlers gehören sollte. Ein verstärkter Blick in das Ausland würde vielleicht auch helfen, der scheinbar unaufhaltsam vorschreitenden Ausdifferenzierung der nationalen juristischen Dogmatik, die - entgegen ihrer eigentlichen Funktion - der Praktikabilität des Rechts mitunter nicht zu-, sondern eher abträglich ist, Einhalt zu gebieten<sup>139</sup>. *Kötz* formuliert wie gewohnt etwas drastischer:

„Gerade wer rechtsvergleichend arbeitet und daher immer wieder sieht, wie es im Ausland zugeht, wird aber nicht selten daran zweifeln müssen, ob der hierzulande getriebene dogmatische Aufwand tatsächlich noch in allen Fällen ‘das praktische Handeln zu fördern’ geeignet ist und nicht viel mehr den Blick auf das Wichtige, Wesentliche und meist auch Einfache eher verstellt als öffnet. Manchmal stößt man bei uns auf dogmatische Arbeiten, deren praktische Relevanz auch mit der Lupe nicht gefunden werden kann und auf die im besten Falle der Ausdruck passt, mit dem Organist Kühl in den ‘Buddenbrooks’ die Musik Richard Wagners kennzeichnete: ‘Parfümierter Qualm, in dem es blitzt’“<sup>140</sup>.

Eine verstärkte Einbeziehung der rechtsvergleichenden Arbeitsmethode könnte zudem zu einer Dynamisierung der Rechtswissenschaft und damit auch des Rechts beitragen. Denn insbesondere die wohl im Mittelpunkt einer europäisierten Rechtswissenschaft stehende Herausarbeitung gemeinsamer Grundprinzipien<sup>141</sup>, des common core, würde abweichende nationale Lösungen einem verstärkten Rechtfertigungsdruck aussetzen und damit die oft vernachlässigte Frage nach ihrem Sinngehalt und etwaigen Optimierungsmöglichkeiten in den Mittelpunkt des Diskurses auch auf nationaler Ebene rücken. Wie befruchtend dies sein kann, zeigen die derzeit geführte Diskussion über eine Schuldrechtsmodernisierung<sup>142</sup> und der Stellenwert, den in diesem Rahmen die Wissenschaft den UNIDROIT-Principles und den „Principles on European Contract Law“ einräumt.

<sup>139</sup> Vgl. z.B. den „Hilferuf“ von *Wesel*, NJW 1994, 2595, 2596, zum Bereicherungsrecht: „Vereinfachen, vereinfachen, vereinfachen“.

<sup>140</sup> *Kötz*, in: K. Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 75, 85.

<sup>141</sup> In der Sache ginge es also um eine „resystematisation of the law“, vgl. *van Hoেকে/Ost*, Leg. Stud. 18 (1998), 197, 207 ff.

<sup>142</sup> Vgl. dazu vor allem die beiden Tagungsbände Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform; Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts.

### *III. Rechtsanwendung*

Eine Europäisierung kann schließlich auch vor der Rechtsanwendung nicht haltmachen. In den Blick rückt damit besonders die Judikative. Wenn Rechtsvergleichung eine universale Interpretationsmethode ist<sup>143</sup>, so ist sie auch von der Rechtsprechung nutzbar zu machen. Dass dies gemeinschaftsrechtlich mitunter sogar geboten sein kann, ist an anderer Stelle bereits dargelegt worden. Der Nutzen der Rechtsvergleichung als Mittel zum Erkenntnisgewinn ist aber nicht auf das Gemeinschaftsrecht beschränkt, sondern reicht weit darüber hinaus. Nun ist es sicherlich richtig, dass eine durchgehend rechtsvergleichende Arbeitsweise von den Gerichten gar nicht geleistet werden kann. Dies scheitert nicht nur an fehlenden Sprachkenntnissen und dem oft nicht einmal rudimentären Wissen der meisten deutschen Richter über fremde Rechtssysteme, sondern schon an so banalen Umständen wie der mangelnden Verfügbarkeit ausländischer Rechtstexte und -literatur in den Gerichten. Hier einen Wandel zu fordern, wäre angesichts immer knapper werdender öffentlicher Mittel und der nur begrenzten Zeitkapazitäten eines jeden Richters völlig unrealistisch. Gleichwohl gibt es Lösungsmöglichkeiten. Der Schlüssel liegt bei der Rechtswissenschaft. Sie muss das vorhandene ausländische Rechtsmaterial sammeln, systematisieren und so aufbereiten, dass der hieraus resultierende Erkenntnisgewinn „gerichtsverwertbar“ wird. Hinzutreten muss, sofern die Auslegung und Anwendung angeglichenen Rechts in Rede steht, eine Verbesserung der Zugänglichkeit ausländischer Entscheidungen. Die europäische Datenbank über die zur Klauselrichtlinie ergangenen Entscheidungen der mitgliedstaatlichen Gerichte, auf die an anderer Stelle bereits hingewiesen wurde, ist ein erster Schritt auf dem richtigen Weg. Weitere sollten folgen. Warum nicht auch eine Datenbank mit Entscheidungen zur Fernabsatz-, zur Zahlungsverzugs- oder zur E-Commerce-Richtlinie?

### *C. Und dann - ein EuZGB?*

#### *I. Vom Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts*

Das Gemeinschaftsrecht wirkt zwar in zahlreichen Bereichen rechtsangleichend oder -vereinheitlichend. Es schafft aber eine zusätzliche Rege-

---

<sup>143</sup> Vgl. dazu *Häberle*, JZ 1989, 913.

lungsebene und führt dadurch zu größerer Komplexität. Nationales Recht wird selten vollständig verdrängt, sondern häufig nur überlagert. Es behält vielfach noch eigenen Raum. Das dadurch entstehende Mehrebenenregime erfordert eine Regelung des Konkurrenzverhältnisses, was, wie in den ersten beiden Kapiteln dieser Arbeit deutlich wurde, zur Entstehung einer Art vertikalem Konfliktrecht geführt hat, aus dem inzwischen fast eine Disziplin eigener Art geworden ist. Rechtsangleichung und -vereinheitlichung verlieren durch die damit einhergehende Erhöhung der Fehlerhäufigkeit bei der Rechtsanwendung viel von ihrem Wert. Hinzu kommen die bei einer immer weiter reichenden Vergemeinschaftung des Privatrechts verstärkte zu Tage tretenden Spannungen zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Regelungsansätzen, deren Auflösung aufgrund der mangelnden Kohärenz und Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsprivatrechts zudem nicht leicht fällt. „Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts“<sup>144</sup> ertönt daher immer öfter. Der stetig voranschreitenden Dekodifikation der nationalen Privatrechte soll durch eine Re-Kodifikation auf europäischer Ebene begegnet werden. Im Raum steht der Gedanke eines Europäischen Zivilgesetzbuches, und er ist in der Tat verlockend, würde seine Verwirklichung doch viele der derzeitigen Probleme lösen.

### 1. Inhalte

Inhaltlich hätte sich ein EuZGB auf eine Regelung der wirtschaftsrelevanten Teile des Privatrechts, also des Vermögensrechts, zu beschränken. Ausgespart blieben damit vor allem das Familien- und Erbrecht<sup>145</sup>. Einer Regelung zuzuführen wären dagegen das Vertragsrecht, das Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse sowie das Eigentumsrecht, wobei bei letzterem allerdings eine vollständige oder teilweise Ausklammerung des Immobiliarsachenrechts angezeigt ist<sup>146</sup>. Erfasst würden in erster Linie Fragen des Eigentumserwerbs an Mobilien und der Mobiliarsicherheiten.

Umfangreiche rechtsvergleichende Vorarbeiten, auf denen aufgebaut werden kann, liegen bereits vor<sup>147</sup>. Dies gilt besonders für das Vertrags- und das Deliktsrecht. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung ist darauf zu ach-

---

<sup>144</sup> So der Titel eines Beitrags von *Sonnenberger*, JZ 1998, 982.

<sup>145</sup> Kritisch insoweit und mit – unterschiedlich weitreichenden – Angleichungsforderungen *Kuchinke*, FS Söllner, 589; *Leipold*, FS Söllner, 647; *Leleu*, ERPL 1998, 159; *Martiny*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, 177; *Meulders-Klein*, RMCUE 2000, 328

<sup>146</sup> Zu denken ist allenfalls an die Schaffung gemeinschaftlicher Grundpfandrechte.

<sup>147</sup> Vgl. § 12, C II 3 a, aa.

ten, dass nicht nur das bislang geltende, auf Richtlinien oder Verordnungen basierende Gemeinschaftsprivatrecht berücksichtigt wird, sondern ebenso wichtige internationale Regelungen wie das CISG. EG-Richtlinien werden allerdings kaum detailgetreu übernommen werden können, sondern dem Stil eines Kodex anzupassen, d.h. auf grundlegende Prinzipien zurückzuführen sein.

## 2. Anwendungsbereich

Eine entscheidende Frage ist der Anwendungsbereich eines EuZGB. Diejenigen, die überhaupt für ein derart weitreichendes Vorhaben plädieren, haben ein Gesetzbuch vor Augen, das einheitlich in allen Mitgliedstaaten gilt, also sowohl innerstaatliche als auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst<sup>148</sup>. Denn ein EuZGB müsse versuchen,

„die Ergebnisse eines bald zweihundertjährigen Experiments mit Kodifikationen (vom Code Napoléon bis zum Burgerlijk Wetboek) auszuwerten und sie in eine zukunftsfähige Form zu gießen. Warum sollten die zahlenmäßig überwiegenden Entscheidungen, also die zu den rein ‚innerstaatlichen‘ Sachverhalten (wenn diese Kategorisierung innerhalb der EU denn überhaupt langfristig möglich sein sollte), davon nicht profitieren?“<sup>149</sup>

Das ist sicherlich richtig, doch liegt die Funktion der Gemeinschaft zuvorderst immer noch in der Öffnung der Märkte. Dem würde bereits durch eine Beschränkung der in einem EuZGB geregelten Materien auf grenzüberschreitende Sachverhalte Rechnung getragen. Schon dies führt außerdem zu einer deutlichen Transaktionskostenverminderung, da es einer Information über fremdes Recht nur noch in vermindertem Umfang bedarf. Wettbewerbsverfälschungen würden allerdings nur in geringem Maße abgebaut. Was sollte etwa - um auf das in § 10 gewählte Beispiel zurückzukommen - den „spanischen Verkäufer dazu veranlassen, der Wahl eines europäischen Vertragsrechts zuzustimmen, das seine Gewährleistungsrechte gegenüber dem status quo verschlechtert?“<sup>150</sup>. Dieser Einwand geht jedoch von der Annahme aus, bei einem Modell „15 + 1“ käme ein EuZGB nur durch Rechtswahl zur Anwendung. Das ist indes nicht zwingend. Genauso denkbar und vorzugswürdig ist eine Regelung, die nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts zu seiner automatischen Anwendung führt<sup>151</sup>, sofern

<sup>148</sup> So z.B. von Bar, FS Henrich, 1, 5; Basedow, AcP 200 (2000), 445, 483; Kieninger, JJZ 1996, 245, 252;

<sup>149</sup> Von Bar, FS Henrich, 1, 5.

<sup>150</sup> Kieninger, JJZ 1996, 245, 252.

<sup>151</sup> Vgl. Art. 1 iVm Art. 6 CISG.

die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Ihre Ausgangsbasis ist dann - zumindest rechtlich - die gleiche. Und im Deliktsrecht sind Rechtswahlvereinbarungen ohnehin von untergeordneter Bedeutung. Das „15 + 1“-Modell hätte zudem den Charme einer Kompatibilität mit dem Gedanken des Systemwettbewerbs. Die Gemeinschaft würde sich kein Wissen anmaßen, sondern als zusätzlicher Wettbewerber auftreten und so das Privatrecht in Europa für Lernprozesse offen halten. Man erhielte ein „EuZGB auf Probe“ und könnte später diejenigen Bestandteile herauszufiltern, die sich als zur Ordnung und Konfliktlösung privatrechtlicher Beziehungen am geeignetsten erwiesen haben. Ob sie dann in einem weiteren Schritt in einen einheitlich geltenden Kodex umzugießen sind, müsste die Zukunft zeigen, könnte heute aber offen bleiben.

### 3. Kompetenzen

Es bleibt die Frage nach der Kompetenz. Art. 95 EGV scheidet, wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben wurde, für eine flächendeckende Kodifizierung, selbst wenn man sie auf das Obligationenrecht beschränkte, aus. Daran würde auch die Begrenzung des Anwendungsbereichs eines EuZGB auf grenzüberschreitende Sachverhalte nichts ändern. In Betracht käme allenfalls eine auf Art. 308 EGV gestützte Verordnung. Aber das wäre die schlechteste aller Lösungen. Zwar ist die Verordnung das geeignetste Instrument, um auf Gemeinschaftsebene einheitliches Recht zu setzen. Sie vermeidet sowohl die bei Staatsverträgen stets notwendige Ratifikation als auch die aufgrund ihrer schwierigen Abänderbarkeit völkerrechtlichen Verträgen immanente Versteinerungsgefahr. Doch würden nach derzeitigem Recht bei einer auf Art. 308 EGV basierenden Verordnung weder das Europäische noch die nationalen Parlamente(e) substantiell beteiligt. Ein solcher Mangel an demokratischer Legitimation ist bei einem derart weitreichenden Eingriff in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aber schlicht unakzeptabel<sup>152</sup>. Es bleibt, so scheint es, nur die Wahl des wenig sachgerechten Staatsvertrags, dem außerdem, wenn auch in geringerem Maße, ebenfalls das Odium der Demokratieferne anhängt. Aber auch wenn die Gemeinschaft zur Zeit über kein adäquates Rechtsetzungsverfahren zum Erlass eines EuZGB verfügt, darf man sich in einem nicht täuschen: Ist der politische Wille vorhanden, wird es auch in Europa eine Lex

---

<sup>152</sup> Ebenso *Pechstein*, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 19, 30.

Lasker geben<sup>153</sup>. Passende Kompetenznormen werden dann geschaffen. Dies geschah mit der Einführung der Wirtschafts- und Währungsunion und wird bei einer „säkularen Aufgabe“<sup>154</sup> wie der Vereinheitlichung des Privatrechts nicht anders sein. Zu denken ist auch hier an eine Art abgestufte Integration, d.h. die Öffnung eines konsentierten Regelwerks für den „Beitritt“ aller interessierten Mitgliedstaaten. All dies setzt freilich einen entsprechenden Willen voraus, der sich in der notwendigen Dichte jedoch nur entwickeln kann, wenn zumindest die Konturen der voraussichtlichen Inhalte eines EuZGB erkennbar sind. *Tilmann* und *van Gerven* empfehlen daher mit guten Gründen,

„die Arbeiten an einheitlichen Rechtstexten für die Bereiche, in denen ein Bedürfnis besteht, durch die Wissenschaft zügig fortzusetzen, um alsdann, wenn diese Arbeiten sich der Vollendung nähern, im Lichte der dann bestehenden politischen und rechtlichen Verhältnisse zu entscheiden, welches Instrument für die Realisierungsgenutzt werden sollte“<sup>155</sup>.

## II. Institutionelle Voraussetzungen

Ein solches Projekt kann ohne entsprechende institutionelle Voraussetzungen nicht erfolgsversprechend durchgeführt werden. Es bedarf der Schaffung einer juristischen Infrastruktur, die die Gewähr für eine Vorlage von Entwürfen bietet, die den an eine Kodifikation zu stellenden Qualitätsanforderungen genügen. Dass die EG-Kommission hierzu nicht in der Lage ist, dürfte außer Frage stehen. Das macht nicht nur ein Blick auf die Qualität des bisherigen richtlinien- und verordnungsbasierten Gemeinschaftsprivatrechts deutlich, sondern entspricht auch geschichtlicher Erfahrung. Denn viele große Zivilrechtskodifikationen entstanden nicht am Reißbrett der Ministerialbürokratie, sondern aufgrund der sich mitunter über Jahrzehnte erstreckenden Arbeit hochkarätig besetzter Expertenkommissionen. Man denke nur an die Entstehungsgeschichte des deutschen BGB<sup>156</sup> oder des neuen holländischen Zivilgesetzbuchs<sup>157</sup>. Die Erarbeitung eines in sich

<sup>153</sup> Mit der Lex Lasker wurde 1873 die deutsche Reichsverfassung geändert und eine Kompetenz des Deutschen Reichs für die Kodifizierung des Bürgerlichen Rechts begründet, vgl. MünchKomm-BGB-Säcker, Bd. 1, Einl. Rdnr. 40.

<sup>154</sup> *Mestmäcker*, in: Mestmäcker (Hrsg.), *Recht in der offenen Gesellschaft*, 60, 73.

<sup>155</sup> *Tilmann/van Gerven*, in: *Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, 183, 203.

<sup>156</sup> Zur Entstehungsgeschichte des BGB vgl. *Schulte-Nölke*, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*.

<sup>157</sup> Dazu *Hartkamp*, *Rev. int. dr. comp.* 1982, 319.

stimmigen Gesamtsystems ist eine immens schwierige und langwierige Aufgabe, die durch Ministerialbeamte, die permanent dem kurzlebigen juristischen Alltagsgeschäft ausgesetzt sind, nicht geleistet werden kann. Dies gilt in besonderem Maße für ein derart monumentales Projekt wie das eines Europäischen Zivilgesetzbuches, das eine Vielzahl verschiedener Rechtsordnungen zusammenführen muss und weitgreifender rechtsvergleichender Vorarbeiten bedarf. Leisten kann dies nur die Wissenschaft. Wenigstens aber bedarf es ihrer maßgeblichen Beteiligung. Wie wichtig sie in jedem Kodifikationsprozess ist, verdeutlichen nicht zuletzt der vom Bundesjustizministerium im vergangenen Jahr vorgelegte Referentenentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und die fast durchweg vernichtende Kritik, die ihm zuteil wurde<sup>158</sup>. Spät - aber immerhin - wurde hierauf mit der Einsetzung einer von Wissenschaftlern dominierten Expertenkommission reagiert, die in unglaublich kurzer Zeit eine „Konsolidierte Fassung“ vorgelegt hat, durch die wenigstens die größten Schwachstellen beseitigt wurden und – so steht zu hoffen – Schaden vom BGB ferngehalten wurde.

### 1. Ein Europäisches Rechtsinstitut

Allerdings wird für die Erarbeitung des ersten Entwurfs eines Europäischen Zivilgesetzbuchs die ad hoc-Einsetzung einer Expertenkommission kaum genügen. Dem stehen nicht nur die Monumentalität der Aufgabe, sondern auch die zu ihrer erfolgreichen Erfüllung notwendige Öffentlichkeit und möglichst breite Abstützung des Verfahrens entgegen. Zu denken ist daher an die Schaffung einer europäischen „Trägerinstitution“, die nicht nur einen Kodex vorbereiten, sondern zugleich „die Rahmenbedingungen für seine Akzeptanz durch die Etablierung eines gesamteuropäischen ‚Rechtsdialogs‘ und die Einbindung möglichst vieler nationaler Juristen in das Projekt“ verbessern sollte<sup>159</sup>. Darüber hinaus könnte ihr eine wichtige Bedeutung für die Etablierung zahlreicher Formen nichtlegislatorischer Rechtsvereinheitlichung zukommen. Fokussieren ließe sich der wissenschaftliche Sachverstand in einem „Europäischen Rechtsinstitut“<sup>160</sup>. Vor

---

<sup>158</sup> Man mag einwenden, dass er inhaltlich zu großen Teilen auf dem Abschlussgutachten der mit Hochschullehrern besetzten Schuldrechtskommission beruhte. Das ist zweifelsohne richtig, doch ist bereits die Nichtberücksichtigung des zwischenzeitlich mit Hilfe der PECL und der UPICC, aber auch des opulenten Werks von *Ulrich Huber* zum Schuldvertragsrecht erzielten Erkenntnisgewinns wissenschaftlich unkorrekt.

<sup>159</sup> *Schmid*, JJZ 1999, 33, 59.

<sup>160</sup> So bereits (im Hinblick auf das Unternehmensrecht) *Ebke*, Int'l. Lawyer 31 (1997), 961, 985; *ders.*, FS Großfeld, 189; außerdem *Schmid*, JJZ 1999, 33; *ders.*, in:

einer näheren Auseinandersetzung mit seinen möglichen Aufgaben, seiner Organisation und Arbeitsweise etc. ist der Frage nachzugehen, ob es nicht bereits vergleichbare Institutionen gibt, die als praktisches Vorbild dienen können. Beachtung verdient in diesem Zusammenhang besonders das American Law Institute (ALI), ein unabhängiges, von Wissenschaftlern und Praktikern errichtetes und verwaltetes privates Rechtsinstitut, das hauptsächlich mit der systematischen Erfassung und Aufbereitung des US-amerikanischen Fallrechts in den „Restatements of the Law“, aber auch mit der Erarbeitung von Modellgesetzen beschäftigt ist.

## 2. Das American Law Institute - ein Vorbild?

### a) Geschichte

Die Idee der Gründung eines American Law Institute (ALI)<sup>161</sup> nahm ihren Ursprung im Jahr 1914 auf der Jahrestagung der „Association of American Law Schools“ (AALS). Auslöser war ein Vortrag ihres damaligen Präsidenten *Wesley N. Hohfeld* (Yale) über „Vital School of Jurisprudence and Law“, in dem *Hohfeld* auf die historische Chance der US-amerikanischen Rechtsfakultäten hinwies,

„to contribute toward the the fundamental, conservative and permanent betterment of legal institutions“<sup>162</sup>.

In die gleiche Richtung zielte der auf derselben Veranstaltung gehaltene Vortrag von *Joseph H. Beale* (Harvard) über „The Necessity for a Study of the Legal System“, der die geringe Anpassungsfähigkeit des US-amerikanischen Rechts an die modernen Bedürfnisse beklagte und dies mit der Aufforderung an die Rechtsfakultäten verband,

„to take the lead in this modern work of bringing the law into close relation with the needs of contemporary life“<sup>163</sup>.

Bereits im folgenden Jahr wurde die Einsetzung eines Komitees vereinbart. Der Ausbruch des ersten Weltkriegs führte jedoch zu einer Unterbrechung der Arbeiten, die erst im Jahre 1920 mit der Konstituierung eines „Committee on the Establishment of a Juristic Center“ wieder aufgenommen

---

Heiskanen/Kulovesi (Hrsg.), *Function and Future of European Law*, 75, 85 ff.; *ders.*, *Ways Out of the Maquis Communautaire*, 20 ff.

<sup>161</sup> Näher zur Geschichte des ALI z.B. *Abrahamson*, *Wisconsin L. Rev.* 1995, 1; *Corbin*, *Iowa L. Rev.* 15 (1929-1930), 19; *Darrell/Wolkin*, *N. Y. State B. J.* 52 (1980), 99; *Frank*, *Hofstra L. Rev.* 26 (1998), 615; *Hull*, *Law & Hist. Rev.*, 8 (1990), 55; *Lewis*, in: *American Law Institute, Restatement in the Courts, Permanent Edition*, 1; *Yntema*, *Can. B. Rev.* 12 (1934), 319.

<sup>162</sup> *Yntema*, *Can. B. Rev.* 12 (1934), 319.

<sup>163</sup> *Yntema*, *Can. B. Rev.* 12 (1934), 319, 320.

men wurden<sup>164</sup>. Dieses Komitee sollte die Angehörigen aller juristischen Professionen zur Mitarbeit auffordern „for the purpose of jointly creating a permanent organization for the improvement of law“<sup>165</sup>. Frucht dieser Bemühungen war das „Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of Law“, das am 10. Mai 1922<sup>166</sup> unter der Leitung von von *Elihu Root*, dem Vorsitzenden der American Bar Association, und mit finanzieller Unterstützung der Carnegie-Stiftung seine Arbeit aufnahm. Der von diesem Komitee vorgelegte Abschlussreport stellte „a general dissatisfaction with the administration of justice“ fest; ursächlich hierfür seien zwei Hauptmängel („chief defects“) des US-amerikanischen Rechts, „its uncertainty and its complexity“. Die fehlende Klarheit des US-amerikanischen Rechts beruhe auf „the lack of agreement among members of the profession on the fundamental principles of the common law“, „the lack of precision in the use of legal terms“, „the conflicting and badly drawn statutory provisions“, „the great volume of recorded decisions“ und „the number and nature of novel legal questions“<sup>167</sup>. Die Komplexität des Rechts wurde auf „the lack of systematic development“ sowie „its numerous variations within the different jurisdictions of the United States“ zurückgeführt. Aufgabe eines zu gründenden American Law Institute müsse es daher sein, die verstreuten Grundsätze des Common Law zu sammeln und zu ordnen, um so die bestehende Rechtsunsicherheit und die Komplexität zu reduzieren. Der Bericht wurde ungefähr vierhundert ausgewählten Personen zugeleitet und diese zugleich zu einer am 23. Februar 1923 stattfindenden Tagung eingeladen, auf der der Bericht ausführlich diskutiert wurde und die mit folgendem, einstimmig gefassten Beschluss endete<sup>168</sup>:

„That we approve the formation of the American Law Institute, the object of which shall be to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work“.

---

<sup>164</sup> Zur Zusammensetzung des Komitees vgl. American Law Institute, Restatement in the Courts, Permanent Edition, 25, 26.

<sup>165</sup> *Lewis*, in: American Law Institute, Restatement in the Courts, Permanent Edition, 1, 2.

<sup>166</sup> Zu seiner Zusammensetzung vgl. American Law Institute, Restatement in the Courts, Permanent Edition, 25, 26.

<sup>167</sup> Kurz zur Krise des amerikanischen Fallrechtssystems gegen Ende des 19. Jahrhunderts *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 7.

<sup>168</sup> Vgl. *Lewis*, in: American Law Institute, Restatement in the Courts, Permanent Edition, 1, 3.

Damit war das „American Law Institute“ geboren, das umgehend seine Arbeit aufnahm, finanziell abgesichert vor allem durch eine Zuwendung der Carnegie Corporation in Höhe von 2,5 Mio. Dollar<sup>169</sup>.

#### b) Die Arbeit des American Law Institute

Vornehmliches Anliegen des ALI ist eine Verbesserung der Klarheit und Konsistenz des Fallrechts des Common Law sowie eine Harmonisierung der Rechte der einzelnen Bundesstaaten. Zur Erreichung dieser Ziele bedient sich das Institut zweier unterschiedlicher Techniken. Zum einen werden „Restatements of the Law“ herausgegeben, die das Richterrecht systematisch zusammenfassen. Zum anderen werden Modellgesetze in der Hoffnung erarbeitet, dass sie von den Bundesstaaten zur Grundlage ihrer Gesetzgebung gemacht werden. Der Schwerpunkt der Tätigkeit des ALI liegt aber eindeutig in Veröffentlichung der „Restatement of the Law“<sup>170</sup>.

#### aa) Restatements

Die Bezeichnung „restatement“ ist nicht bloß Titel, sondern zugleich Programm. Es soll kein neues Recht geschaffen, sondern das bestehende Fallrecht gründlich ausgewertet, systematisiert und sodann in präzisen Rechtsregeln zusammengefasst werden:

„The propose of the Institute is to produce clear and accurate expression of the common law into simple terms. ... Rules of law developed in these many jurisdictions, or deriving from the same original source and yet all lawing in small or great degree, have given rise to confusion and conflict increasing, rather than decreasing, day by day“<sup>171</sup>.

Restatements basieren folglich auf dem Fallrecht, sind aber wie statutes formuliert. Man hat sie sogar als „lineal descendant of the Justinian Code“ bezeichnet<sup>172</sup>. Ziel der restatementes ist jedoch keine Reform des Rechts, sondern allein die Feststellung der gemeinsamen Strukturen, d.h. „the law as it is“. Das Fallrecht wird zusammengestellt und in einer konsistenten und klaren Sprache in eine entsprechende Rechtsregel übertragen. Wie diese aussehen können, verdeutlicht das folgende Beispiel, das dem Tentative Draft No. 3 vom 10. März 1994 für ein „Restatement of the Law: Property -Security (Mortgages)“ entnommen ist und sich mit der Wertminderung („waste“) befasst, worunter der zerstörerische Missbrauch eines

<sup>169</sup> Vgl. *Schindler*, ZEuP 1998, 277, 278.

<sup>170</sup> *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht, 14.

<sup>171</sup> *Goodrich*, ABAJ 18 (1932), 779 f.

<sup>172</sup> *Hazard*, The American Law Institute: What it is and What it does..

Grundstücks durch den Hypothekenschuldner, der sich im Besitz des Grundstücks befindet, verstanden wird:

„§ 4.6 Waste

(a) Waste occurs when, without the mortgagee's consent [i.e., consent of the holder of a security interest in the property], the mortgagor:

(1) Physically damages the real estate, whether negligently or intentionally; or

(2) Fails to maintain and repair the real estate in a reasonable manner, except for repair of casualty damage or acts of third parties not the fault of the mortgagor;

(3) Fails to pay before delinquency property taxes or governmental assessments secured by a lien having priority over the mortgage;

...“

Derartige rules werden ergänzt durch Kommentare (comments), die einführende Hinweise enthalten, den Hintergrund der Regelung erläutern und Begründungen für ihre inhaltlich Ausgestaltung liefern, insgesamt also die Rechtsansicht des Instituts wiedergeben. Der Illustration dienen darüber hinaus Beispielsfälle (illustrations), die Anwendungsmöglichkeiten der rules aufzeigen. Bei besonders umstrittenen Sektionen ist es dem Reporter außerdem gestattet, seine Rechtsansicht darzulegen sowie auf Rechtsquellen hinzuweisen, die bei der Formulierung der Regel herangezogen werden<sup>173</sup>. Von Bedeutung ist außerdem, dass sämtliche Entscheidungen, in denen die restatements zitiert werden, in einer besonderen, laufend erscheinenden Publikation, den „Restatement in the Courts“, veröffentlicht werden.

Die Formulierung von restatements gehörte von Anfang an zu den Aufgaben des ALI. Die ersten, in der Zeit zwischen 1923-1944 vorgelegten restatements berührten die Kernbereiche des common law. Veröffentlicht wurden in dieser Periode restatements über „Contracts“, „Torts“, „Property“, „Security“, „Judgments“, „Conflict of Laws“, „Agency“, „Restitution“ und „Trusts“. Schon kurz danach (ab 1952) begannen die Arbeiten an ihrer ersten Revision. Die bestehenden restatements wurden nicht nur aktualisiert und ergänzt, sondern teilweise grundlegend überarbeitet und erweitert<sup>174</sup>. Die hieraus entstandenen „Restatement of the Law Second“ schreiben die bisherigen restatements aber nicht nur fort, sondern behandeln auch völlig neue Materien wie „Foreign Relations Law of the United States“. Die Arbeiten hieran dauerten bis weit in die achtziger Jahre hinein

<sup>173</sup> Zur Entwicklung der Darstellungsform der restatements vgl. *Schindler*, ZEuP 1998, 277, 281 ff.

<sup>174</sup> So entstanden etwa aus „Property“ zwei separate restatements, „Donative Transfers“ und „Landlord and Tenant“.

und gingen unmittelbar in die Formulierung von restatements der dritten Generation, die „Restatement of the Law Third“, über. Einige der „Restatement of the Law Second“ wurden bereits fortgeschrieben<sup>175</sup>, andere befinden sich noch in der Überarbeitungsphase<sup>176</sup> und weitere wurden oder werden völlig neu erstellt<sup>177</sup>

bb) Model laws und andere Projekte

Die Arbeit des ALI beschränkt sich seit 1930 nicht mehr allein auf die Konsolidierung des Fallrechts im Form von restatements, sondern nimmt auch die Gesetzgebung ins Visier. Dies erfolgt in zweierlei Form. Zum einen erarbeitet das ALI Modellgesetze, die bereits die Form einer umfassenden Kodifikation haben und so oder mit wenigen Änderungen in bundesstaatliches Recht übernommen werden können. Während Restatements vornehmlich als Hilfsmittel für Anwälte und Gerichte konzipiert sind, richten sich Modellgesetze also in erster Linie an die Gesetzgeber der Bundesstaaten. Daneben werden in anderen Bereichen etwas allgemeiner gehaltene Prinzipien („principles“) verfasst sowie grundlegende Studien veröffentlicht, die den Gesetzgebungsorganen bei der Ausformlierung von Gesetzen als Leitfaden dienen können oder ihnen zumindest den derzeitigen Forschungs- und Wissensstand vermitteln.

Das bekannteste Projekt des ALI in diesem Bereich ist sicherlich der in Zusammenarbeit mit der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws - einer öffentlichen Kommission von Staatenvertretern, die mit Rechtsvereinheitlichungsprojekten betraut ist<sup>178</sup> - entwickelte Uniform Commercial Code (UCC), der völlig zu recht als das wohl wichtigste Modellgesetz der Vereinigten Staaten angesehen wird. Bereits in den 50er Jahren präsentiert, wurde er bis heute (mit verschiedenen einzelstaatlichen Änderungen) in das Recht von 49 Bundesstaaten der USA sowie des District of Columbia und der Virgin Islands übernommen<sup>179</sup>. Lediglich Louisiana hat den UCC nicht vollständig, sondern aufgrund seiner civil

---

<sup>175</sup> Z.B. „Foreign Relations Law of the United States“; „Apportionment of Liability“ und „Products Liability“ (als Unterfälle von „Torts“); „Prudent Investor Rule“ (vormals „Trusts“) usw.

<sup>176</sup> Z.B. „Agency“ oder „Restitution and Unjust Enrichment“.

<sup>177</sup> Z.B. „Law Governing Lawyers“ oder „Unfair Competition“.

<sup>178</sup> Näher zu dieser Institution *Summers*, ZEup 1999, 201, 202 ff.

<sup>179</sup> Vgl. *Stein*, *RabelsZ* 50 (1986), 166, 170 in Fußn. 11. *Stein*, ebda., weist im übrigen daraufhin, dass bei den Gerichten der Bundesstaaten eine große Bereitschaft besteht, bei der Anwendung des UCC Entscheidungen aus anderen Staaten zu berücksichtigen, und diese darüber hinaus dem Originaltext des UCC häufig größeres Gewicht beimessen als etwaigen Abweichungen in der Fassung ihres eigenen Staates.

law-Tradition nur teilweise adaptiert. Der UCC regelt die wichtigsten Gebiete des Handelsrecht, angefangen vom Kaufrecht über des Kreditsicherungsrecht bis hin zum Wertpapierrecht<sup>180</sup>. Die Bedeutung des UCC wird schon daraus ersichtlich, dass er in der Zeit von Juli 1959 bis zum 15. März 2000 in 40.093 Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte zitiert wurde<sup>181</sup>. Zur Wahrung der mit Hilfe des UCC erreichten Rechtseinheit, die angesichts der einzelstaatlichen Abweichungen<sup>182</sup> zwar nicht vollkommen, aber doch beachtlich ist, existiert ein „Permanent Editorial Board“, das allerdings keinen offiziellen Status besitzt. Es soll zur Verhinderung eines bei Fehlen einer obersten Rechtsprechungsinstantz stets drohenden Auseinanderdriftens des vereinheitlichten Rechts die einzelstaatliche Rechtsprechung zum UCC beobachten<sup>183</sup>. Sofern es notwendig erscheint, schlägt es u.a. dem einzelstaatlichen Gesetzgeber angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung in seinem Staat erforderlich gewordene Gesetzesänderungen vor. Ex officio-Vorsitzender des „Permanent Editorial Board“ ist der Direktor des ALI, ex officio-Mitglied der Direktor des Commercial Code Committee of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL). Das NCCUSL entsendet vier, das ALI weitere fünf Mitglieder, wobei aus demselben Staat jeweils nur ein gewähltes Mitglied kommen darf<sup>184</sup>.

Neben dem UCC sind vom ALI noch zahlreiche weitere Modellgesetze erarbeitet worden. Hinzuweisen ist etwa auf den Model Penal Code (1962), der als Basis der Überarbeitung der Strafgesetze in zahlreichen Bundesstaaten diente und außerdem maßgeblich den Entwurf eines Federal Criminal Code beeinflusste. Er zeitigte darüber hinaus Ausstrahlungswirkungen auf das Strafrecht verschiedener anderer Staaten auf der Welt und dient schließlich als Basistext der Strafrechtsvorlesungen an den amerikanischen law schools<sup>185</sup>. Erwähnenswert ist weiterhin der Model Federal Securities Code, der zwar nie vom Kongress angenommen, aber gleichwohl „as an authorities commentary on the structure and meaning of the

---

<sup>180</sup> Im einzelnen (vgl. Art. 1 - 10): General Provisions, Sales, Commercial Papers, Bank Deposits and Collections, Letters of Credit, Bulk Transfers, Warehouse Receipts, Investment Securities, Secured Transactions, Effective Date and Repealer.

<sup>181</sup> Vgl. die Übersicht „Published Case Citations to Principles of Corporate Governance, Model Penal Code, and Uniform Commercial Code as of March 15, 2000“, im Internet abrufbar unter [www.ali.org/ali/AR2000\\_Cites2.htm](http://www.ali.org/ali/AR2000_Cites2.htm)

<sup>182</sup> Vgl. dazu *Mentschikoff*, *RabelZ* 30 (1966), 403.

<sup>183</sup> *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht, 91.

<sup>184</sup> Vgl. *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht, 91 in Fußn. 108.

<sup>185</sup> *Hazard*, *The American Law Institute: What it is and what it does*.

Federal Securities Laws“<sup>186</sup> anerkannt wurde. Zahlreiche Projekte des ALI beschäftigen sich mit Fragen des Prozess- und neuerdings vor allem des Internationalen Zivilprozessrechts und sowie ganz allgemein des Rechts transnationaler Geschäfte. Dies ist etwa der Fall beim „Transnational Insolvency Project“, dem „International Jurisdiction and Judgement Project“ oder dem „International Secured Transactions Project“. Bereits abgeschlossen sind die Arbeiten über „Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis“. Und zusammen mit UNIDROIT wurde jüngst mit der Formulierung von „Transnational Rules of Civil Procedure“ begonnen.

Hinzu treten zahlreiche sonstige Studien des ALI, insbesondere die bereits angesprochenen principles. Erarbeitet werden zur Zeit etwa „Principles of the Law of Family Dissolution“ oder „Principles of the Law of Criminal Sentencing“. Bei der Mitgliederversammlung des ALI bereits angenommen (1994) wurden die „Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations“. Sie haben zum Ziel, das als unübersichtlich empfundene und in einer wachsenden Flut von Einzelregelungen und Einzelfallentscheidungen kaum mehr auszumachende Recht der Corporate Governance in klar gegliederter, systematisch geordneter Form aufzuzeichnen<sup>187</sup>. Auch sie finden gerichtliche Beachtung, wurden sie doch bis zum 15. März 200 in immerhin 181 Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte zitiert. Verschiedentlich verweisen diese Entscheidungen auf sie, um kurz und knapp den Stand des Rechts darzulegen; mitunter dienen die principles den Gerichten aber auch als Hilfe bei der Entscheidungsfindung<sup>188</sup>.

### c) Organisation und Verfahren

Die Akzeptanz der vom ALI erarbeiteten restatements und model laws hängt maßgeblich von ihrer inhaltlichen Qualität ab. Nahezu genauso wichtig ist aber die Legitimationskraft des Verfahrens, das ihrer Erarbeitung zugrunde liegt<sup>189</sup>; denn nur wenn die Gewissheit besteht, dass das Verfahren aus sich heraus geeignet ist, zu einem neutralen, d.h. von Partikularinteressen freien, sowie dem sachlich besten Ergebnis zu führen, kommt ihre Berücksichtigung in der Praxis, der regelmäßig Zeit und Mittel für eine intensive Prüfung der inhaltlichen Konsistenz privater Regelwerke fehlen, überhaupt in Betracht. Nicht unterschätzt werden darf schließlich

---

<sup>186</sup> Hazard, *The American Law Institute: What it is and what it does*.

<sup>187</sup> Ebke, FS Großfeld, 189, 207.

<sup>188</sup> Ebke aaO.

<sup>189</sup> Ebke, FS Großfeld, 189, 206; Schmid, JJZ 1999, 33, 56.

die Bedeutung der Organisation des Instituts, die sich nicht nur auf die Effizienz seiner Arbeit auswirkt, sondern ebenfalls akzeptanzfördernde Wirkungen entfalten kann.

aa) Organisation

Das ALI ist eine nach dem Recht des District of Columbia gegründete nichtwirtschaftliche Vereinigung<sup>190</sup>. Es hat zur Zeit über 3.000 Mitglieder. Ungefähr die Hälfte von ihnen sind Anwälte, die übrigen Richter und Rechtsprofessoren. Hinzu kommen ca. 20 ausländische Mitglieder<sup>191</sup>. Mitglied kann nur werden, wer von einem ordentlichen Mitglied mit der Untersützung zweier weiterer Mitglieder vorgeschlagen und dessen Aufnahme vom sog. standing membership committee des Rats (council) empfohlen wird<sup>192</sup>. Neben die gewählten Mitglieder treten die ex officio-Mitglieder sowie zahlreiche Mitglieder mit Sonderstatus<sup>193</sup> (darunter mehrere Ausländer<sup>194</sup>)<sup>195</sup>. Ex officio-Mitglieder sind der Chief Justice und die Associate Justices des United States Supreme Court, die Chief Judges der United States Court of Appeals, der Attorney General und der Solicitor General der Vereinigten Staaten, die Chief Justices oder die Chief Judges der höchsten Gerichte aller US-Bundesstaaten einschließlich des Districts of Columbia und des Commonwealth of Puerto Rico, die Dekane aller Rechtsfakultäten, die Mitglied der Association of American Law Schools sind, sowie der Präsident dieser Organisation, die Präsidenten der American Bar Association sowie der einzelnen State Bar Associations und andere führende Vertreter von Rechtsorganisationen.

An der Spitze des Instituts steht ein Rat (Council), der sich aus ungefähr 60 Mitgliedern zusammensetzt. Die Ratsmitgliedschaft dauert in der Regel neun Jahre. Üblicherweise werden Ratsmitglieder aber wiedergewählt, bis sie freiwillig auf eine Wiederwahl verzichten. Gibt es eine Vakanz, schlägt

---

<sup>190</sup> Das „Certificate of Incorporation“ ist u.a. einsehbar unter [www.ali.org/ali/AR99\\_Certificate.htm](http://www.ali.org/ali/AR99_Certificate.htm).

<sup>191</sup> Zu ihnen gehören auch zwei in Deutschland lehrende Universitätsprofessoren, nämlich *Friedrich Kübler* (Frankfurt a. M.) und *Werner F. Ebke* (Konstanz), vgl. *Ebke*, FS Großfeld, 189, 208.

<sup>192</sup> Vgl. 2.06 der Bylaws (as adopted 1994) des ALI, im Internet abrufbar unter [www.ali.org/ali/AR99\\_Bylaws.htm](http://www.ali.org/ali/AR99_Bylaws.htm).

<sup>193</sup> Vgl. 1.01 der „Rules of the Council“: The membership of the Institute consists of five classes: elected members, ex-officio members, honorary members, life members, and members of the legal profession from foreign countries.

<sup>194</sup> Einziges „special status“-Mitglied aus Deutschland ist Prof. *Helmut Steinberger* (Heidelberg), vgl. *Ebke* aaO.

<sup>195</sup> Vgl. The American Law Institute, Annual Reports 2000.

das Nominierungskomitee (nominating committee) geeignete Nachfolger vor, die auf den jährlich stattfindenden Mitgliedertreffen (annual meeting) bestätigt werden müssen. Dabei bemüht man sich darum, für eine ausgewogene Zusammensetzung des Council zu sorgen. Besonderes Augenmerk wird auf eine ausreichende Vertretung der einzelnen Regionen, Geschlechter und Rassen, der verschiedenen Spezialdisziplinen unter den anwaltlichen Mitgliedern sowie ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Richtern, Praktikern und Wissenschaftlern gelegt. Die meisten anwaltlichen Mitglieder kommen aus anerkannten US-amerikanischen law firms und die überwiegende Zahl der Richter von den Federal Courts of Appeal und den State Supreme Courts.

Der Vorstand des Institut setzt sich aus den sog. officers zusammen. Dies sind der Vorsitzende des Council (Chairman of the Council), der Präsident des Council, zwei seiner Vize-Präsidenten, der Schatzmeister, der Direktor des ALI (director) sowie zwei Vize-Direktoren (deputy directors). Die officers werden vom Council nominiert und von der Jahresversammlung gewählt.

Die Tagesarbeit des Instituts leiten der Director und die Deputy directors. Sie sind im übrigen die einzigen Führungspersonen, die für ihre Arbeit entlohnt werden. Traditionellerweise ist der Director ein an einer Rechtsfakultät lehrender Professor<sup>196</sup>. Die Officers einschließlich des Directors werden für jeweils ein Jahr gewählt. Es besteht die Möglichkeit der Wiederwahl, von der regelmäßig Gebrauch gemacht wird. Trotz der kurzen Wahlperiode ist die personelle Konstanz unter den Officers daher sehr hoch. So gab es seit der Gründung des ALI im Jahre 1923 bislang lediglich acht Präsidenten und gar nur fünf Direktoren. Diese Leitungscontinuität wird als einer der Schlüsselfaktoren für die Bedeutung und Stärke des ALI angesehen<sup>197</sup>.

Von gewählten Mitgliedern wird erwartet, dass sie sich regelmäßig an der Arbeit des Instituts beteiligen. Die möglichen Beteiligungsformen reichen von der Teilnahme and den jährlich stattfindenden Mitgliedertreffen über die Abgabe schriftlicher Kommentare zu Vorschlägen, die vor den Jahrestreffen an alle Mitglieder versandt werden, bis hin zur Mitarbeit als Reporter, Adviser oder Consultant an den Institutsprojekten.

Von Interesse ist schließlich auch die Finanzierung des Instituts. Die laufenden Kosten werden durch Mitgliedsbeiträge gedeckt, während für einzelne Projekte zumeist Drittmittel von Stiftungen, Unternehmen, juristi-

---

<sup>196</sup> Zur Zeit z.B. Prof. *Lance Liebman* (Columbia University, School of Law)

<sup>197</sup> Vgl. *Hazard*, *The American Law Institute: What it is und What it does*.

schen Standesvereinigungen oder auch der öffentlichen Hand Verwendung finden<sup>198</sup>.

bb) Verfahren

Die Projektinitiative geht meist vom Direktor des ALI aus. Nach ihrer Autorisierung durch die Officers und den Council benennt der Director einen in diesem Rechtsgebiet ausgewiesenen Experten, in der Regel eine Hochschullehrer, als Berichterstatter („reporter“). Seine Aufgabe ist es, die Durchführung des Projekts zu organisieren und mit Hilfe sog. associate reporters die notwendige Grundlagenforschungen zu betreiben und die gefundenen Ergebnisse in Form eines ersten Entwurfs (initial oder preliminary draft) aufzubereiten. Der „initial draft“ wird einer kleinen Gruppe von „advisors“ - Richtern, Anwälten und Rechtsprofessoren - zugeleitet, die über besondere Kenntnisse in dem berührten Rechtsgebiet verfügen und kritisch zum ersten Vorentwurf Stellung nehmen. Der hieraus hervorgehende überarbeitete Entwurf geht, sofern der Director des ALI ihn für vorlagefähig erachtet, dem Council zu (council draft). Dieser kann ihn nach seiner Beratung entweder zur Überarbeitung an den Reporter und die Advisors zurückverweisen oder aber zum Gegenstand des annual meeting machen (tentative draft). Dort wird er dann umfänglich diskutiert und zugleich der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die Mitgliederversammlung hat wiederum die Möglichkeit, den überarbeiteten Entwurf anzunehmen oder ihn an die Reporter und Advisors zur weiteren Beratung zurückzuverweisen. Bei jedem Projekt der Erarbeitung eines restatements oder Modellgesetzes entsteht so über viele Jahre hinweg eine ganze Serie unterschiedlicher Entwürfe in der oben beschriebenen Weise<sup>199</sup>. Das Verfahren endet schließlich mit der Vorlage eines „proposed final draft“, der dem Council und der Mitgliederversammlung vorgelegt wird. Sobald beide das Projekt angenommen haben, wird der offizielle Text zur Veröffentlichung vorbereitet und anschließend publiziert.

Wichtig sind die strengen internen Regeln zu Neutralität und zum Ausschluss von Interessenkollisionen. Während bei Reportern Interessenkollisionen generell als Ablehnungsgrund gelten<sup>200</sup>, müssen auch einfache Mitglieder, die Stellungnahmen zu Projekten des Instituts abgeben wollen,

---

<sup>198</sup> Vgl. dazu auch den jährlichen Bericht des Schatzmeisters, im Internet über die Homepage des ALI ([www.ali.org](http://www.ali.org)) abrufbar.

<sup>199</sup> So gingen dem „Restatement of Torts, Second“ insgesamt 22 „preliminary drafts“, 41 „council drafts“ sowie 23 „tentative drafts“ voraus. Das gesamte Verfahren dauerte 22 Jahre, vgl. *Ebke*, FS Großfeld, 189, 208 in Fußn. 108.

<sup>200</sup> *Schmid*, JJZ 1999, 33, 56.

Eigeninteressen oder Interessen ihrer Mandanten in geeigneter Weise offenlegen. Art. 9.04 der „Rules of the Council“ hebt dies nachdrücklich hervor:

„To maintain the Institute’s reputation for thoughtful, disinterested analysis of legal issues, members are expected to leave client interests at the door. Members should speak and vote on the basis of their personal and professional convictions and experience without regard to client interests or self-interest. It is improper under Institute principles for a member to represent a client in Institute proceedings. If, in the consideration of Institute work, a member’s statements can be properly assessed only if the client interests of the member or the member’s firm are known, the member should make appropriate disclosure, but need not identify clients“.

Ob diese hehren Verhaltensanweisungen stets befolgt werden, erscheint freilich fraglich, und amerikanische Berichte bestätigen diese Zweifel<sup>201</sup>. Verwunderlich ist das nicht. Denn

„the ALI and its Restatements are enormously influential in the courts. If the ALI is going to take a position on a matter you care about, it is likely to be much more effective to try to persuade the ALI to your own views than to later try to persuade courts, one by one, to reject a Restatement which takes an opposing view“<sup>202</sup>.

#### d) Das American Law Institute - eine Erfolgsgeschichte?

Wie ist die Arbeit des ALI nun zu bewerten? Ist seine Geschichte eine Erfolgsgeschichte? Die Antwort hierauf fällt nicht leicht, zumal eine wissenschaftlich fundierte Evaluation der Arbeit des ALI - obwohl verschiedentlich gefordert<sup>203</sup> - bislang fehlt. Man kann natürlich darauf abheben, wie oft auf Arbeiten des ALI beruhende Modellgesetze oder restatements von den Gerichten zitiert werden. Die vorliegenden Daten sind in der Tat beeindruckend. Gerichtliche Zitate finden sich in jährlich über 4000 Entscheidungen<sup>204</sup>. Und insgesamt beläuft sich etwa die Zahl der „published case citations to restatements of the law“ (Stand: 15. März 2000) auf 148.192. Andererseits gilt es zu bedenken, dass „citation in court decisions, really says nothing about the ALI’s influence on the decision“<sup>205</sup>. So werden etwa die restatements häufig nur zitiert, um zu

<sup>201</sup> Vgl. dazu z.B. *Freedman*, Hofstra L. Rev. 26 (1998), 641; *Fox*, Hofstra L. Rev. 26 (1998), 595.

<sup>202</sup> *Barker*, Hofstra L. Rev. 26 (1998), 567;

<sup>203</sup> Vgl. dazu einerseits *Elson*, Law & Soc. Inquiry 22 (1998) 673, und andererseits *Kritzer*, Law & Soc. Inquiry 23 (1998), 667.

<sup>204</sup> *Farnsworth*, An Introduction to the Legal System of the United States, 88.

<sup>205</sup> *Abrahamson*, Wisc. L. Rev. 1995, 1, 4.

zeigen, dass die Regelung des jeweiligen Staates „Unterstützung von außen“ genießt (sog. „string citations“). Sie dienen dann nicht der Entscheidungsfindung, sondern lediglich ihrer Abstützung<sup>206</sup>. Trotz dieser Einschränkungen und des Umstands, dass die Ziele des ALI nicht immer erreicht worden sind, ist seine Geschichte gleichwohl eine Erfolgsgeschichte. Restatements und Modellgesetze sind aus heutigem amerikanischen Rechtsleben nicht mehr wegzudenken<sup>207</sup>.

Restatements werden in der Praxis sehr häufig verwendet, da sie den Anwälten ein leichteres Recherchieren des Fallmaterials erlauben und die Möglichkeit eröffnen, sich auf eine zusätzliche - wenn auch nicht verbindliche<sup>208</sup> - Autorität zu berufen. Hilfreich ist dies besonders in Bereichen, in denen es an Gesetzen oder Präjudizien mangelt. Gerade hier ist ihr Einfluss enorm. Denn wer im Prozess gegen die restatements argumentiert, der trägt auch die größere Argumentationslast, muss er doch nachweisen, dass die von den renommiertesten Rechtswissenschaftlern, Richtern und Praktikern des Landes herausgearbeitete Lösung nicht überzeugend ist. Angesichts der „persuasive authority“ der restatements, ihrer „prima facie presumption of correctness“<sup>209</sup>, fällt dies nicht leicht. Gerichte bedienen sich häufig der restatements, um ihre Rechtsansicht zu stützen, Lücken auszufüllen und ihr eigenes Recht an Entwicklungen in anderen Bundesstaaten anzupassen. Ihre Autorität als sekundäre Rechtsquelle steht klar über der von Lehrbüchern und Kommentaren, und der mit ihnen erreichte Gewinn an Systematisierung und Vereinheitlichung durch eine Konsolidierung und Fokussierung des existenten Fallrechts ist unübersehbar. Zudem sind einige durch restatements neuformulierte Regeln fester Bestandteil

---

<sup>206</sup> Vgl. auch *Schindler*, ZEuP 1998, 277, 288.

<sup>207</sup> Vgl. dazu auch *Gray*, *RabelsZ* 50 (1986), 111, 120 f.

<sup>208</sup> Eine Ausnahme bilden die zum United States Commonwealth gehörenden Northern Mariana und die Virgin Islands. Hier haben lokale Statutes die von den Restatements eingenommenen Ansichten für die dortigen höchsten Gerichte bindend erklärt, sofern es an geschriebenen Rechtssätzen oder örtlichem Gewohnheitsrecht fehlt, vgl. 7 N. MAR. I. CODE § 3401 (Supp. 1992) („In all proceedings, the rules of the common law, as expressed in the restatements of the law approved by the American Law Institute and, to the extent not so expressed as generally understood and applied in the United States, shall be the rules of decision in the courts of the Commonwealth, in the absence of written law or local customary law to the contrary“); V.I. CODE ANN. tit. 1, § 4 (1995) („The rules of the common law, as expressed in the restatements of the law approved by the American Law Institute, and to the extent not so expressed, as generally understood and applied in the United States, shall be the rules of decision in the courts of the Virgin Islands in cases to which they apply, in the absence of local laws to the contrary.“).

<sup>209</sup> So *Goodrich*, *Mich. L. Rev.* 26 (1927), 157.

des gegenwärtigen common law geworden. Damit haben die restatements den Grundstein sowohl für eine judikative Annäherung der Rechte als auch für etwaige Legislativmaßnahmen gelegt, auch wenn letzteres nicht beabsichtigt war. Sie können rechtsangleichende oder -vereinheitlichende Maßnahmen zwar nicht ersetzen, sind aber immerhin eine „preliminary survey which may afford a basis for further progress“<sup>210</sup>.

Stellt man allein auf die rechtsangleichende Wirkung ab, so ist der Einfluss, der von den vom ALI erarbeiteten Modellgesetze ausgeht, sicherlich weitreichender. Vor allem der Erfolg des UCC macht deutlich, dass in den Vereinigten Staaten von Amerika durchaus ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung besteht, das wesentlich eher durch Modellgesetze überzeugenden Inhalts als lediglich die Zusammenfassung existenter Rechtsregeln in Form von restatements befriedigt werden kann.

### 3. Übertragbarkeit der amerikanischen Erfahrungen

Sind die mit dem ALI gemachten Erfahrungen nun auf Europa übertragbar? Und wenn ja, in welcher Form kann aus ihnen Nutzen gezogen werden? Brauchen wir ein European Law Institute (ELI)? Wie wäre es zu organisieren und welche Aufgaben sollte es übernehmen? Diesen Fragen ist im folgenden nachzugehen.

#### a) Ein „European Law Institute“

Die Grundcharakteristika des ALI - sein „transstaatlicher“ Charakter, die angemessene Repräsentation aller juristischen Berufe und der von ihnen vertretenen sozialen und wirtschaftlichen Interessen, die gute Zusammenarbeit mit politischen Institutionen, ein präzises, legitimitätsstiftendes Verfahren sowie der Vorrang von Qualität und Sachgerechtigkeit gegenüber hierarchischem Octroi als Geltungsvoraussetzungen eines transnationalen Rechts - machen es zu einem attraktiven Modell für eine europäische „Rechtspflegeeinrichtung“ im umfassenden Sinne des Wortes<sup>211</sup>. Ein Europäisches Rechtsinstitut würde außerdem eine Zusammenführung der zahlreichen, derzeit laufenden Projekte erleichtern.

#### aa) Derzeitige Situation

Denn private, d.h. von staatlichen Institutionen unabhängige Wissenschaftlergruppen, die sich mit der möglichen inhaltlichen Ausgestaltung europäischen Privatrechts beschäftigen, gibt es bereits viele. Ihre Ziele,

<sup>210</sup> *Yntema*, Mich. L. Rev. 34 (1936), 647.

<sup>211</sup> *Schmid*, Überlegungen zur Legitimität eines Europäischen Zivilgesetzbuches, 15.

Organisation und Arbeitsweisen sind, bevor dem Gedanken eines „European Law Institute“ weiter nachgegangen werden kann, zunächst kurz darzustellen.

aaa) Das „Common Core“-Projekt

(a) Das „Common Core“-Projekt, nach dem Ort der jährlichen Treffen auch Trento-Gruppe genannt, geht auf eine Initiative der italienischen Rechtswissenschaftler *Mauro Bussani* und *Ugo Mattei* zurück<sup>212</sup>. Inspiriert durch das in den sechziger Jahren von *Rudolf B. Schlesinger* geleitete „Cornell-Project“ haben sie sich zum Ziel gesetzt, die europäische Privatrechtslandschaft zu kartografieren. Angestrebt wird

„to unearn the common law of the bark of european private law, i.e. what is already common, if anything, among the different legal systems of European Union member states“<sup>213</sup>.

Die so entstehende Karte der Privatrechte in Europa kann für die Erarbeitung nachfolgender restatements, Modellgesetze und/oder Kodifikationen hilfreich sein. Als Vorarbeit für Vereinheitlichungsbestrebungen versteht sich das „Common Core“-Projekt gleichwohl nicht. Abgebildet werden soll nur das, was ist, und nicht das, was sein soll:

„While we believe that cultural diversity in the law is an asset, we do not wish to take a preservationist approach nor do we wish to push in the direction of uniformity“<sup>214</sup>.

Gänzlich unumstritten ist dieser zurückhaltende Ansatz, der ihn deutlich z.B. von den Arbeiten der Lando-Kommission unterscheidet, innerhalb der Trento-Gruppe dem Vernehmen nach freilich nicht.

Die Arbeitsgebiete des „Common Core“-Projekts beschränken sich auf das Zivilrecht, und auch hier nur auf ausgewählte Bereiche. Diese umfassen die Gebiete „contract“, „torts“ und „property“. Langfristiges Ziel ist daneben die Herausbildung einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur. Vor allem aufgrund der Arbeitsweise werden Parallelen zum Case Book-Ansatz, der auf die studentische Ausbildung zielt und auf den bereits an anderer Stelle genauer eingegangen wurde<sup>215</sup>, deutlich.

(b) Vorbildcharakter für die vom „Common Core“-Projekt gewählte Methode hatten sowohl die in den sechziger Jahren durchgeführten Cor-

---

<sup>212</sup> Ausführlich dazu *Bussani/Mattei*, Making European Law. Essays on the ‘Common Core’ Project; vgl. auch *Kötz*, Hastings Int’l. & Comp. L. Rev. 21 (1998), 803.

<sup>213</sup> *Bussani/Mattei*, Col. J. Eur. L. 3 (1997/98), 339, 340.

<sup>214</sup> *Bussani/Mattei*, Col. J. Eur. L. 3 (1997/98), 339, 341.

<sup>215</sup> Vgl. § 12, B I 2.

nell-Studies<sup>216</sup> als auch die dynamisch-rechtsvergleichende Methode, wie sie vor allem von *Rodolfo Sacco* in den vergangenen dreißig Jahren entwickelt wurde<sup>217</sup>. Die Arbeitsweise soll daher so offen gehalten werden, dass es möglich bleibt, das Recht maßstabsgetreu, also die „rechtliche Realität“, abzubilden. Das erfordert eine verstärkte Berücksichtigung außerrechtlicher Einflüsse, die sich z.B. in politischen Sachzwängen, denen sich Rechtsanwender bei der Entscheidungsfindung ausgesetzt sehen, ihrem soziologischen Rollenverständnis usw. manifestieren können. Vom „Cornell“-Projekt wurde die Arbeit auf der Basis von Fällen und mit entsprechenden Fragekatalogen übernommen.

(c) Genauso wie beim „Cornell“-Projekt ist beim „Common- Core“-Projekt das wichtigste Hilfsmittel der sog. questionnaire. Die drei Arbeitsbereiche „property“, „torts“ und „contracts“ sind in eine Vielzahl von Untergruppen aufgeteilt worden, so etwa „torts“ in „pure economic loss“, „strict liability“ und „complex liability“. Jede Unter-Arbeitsgruppe wird durch einen, mitunter auch zwei Vorsitzende geleitet. Dem oder den Vorsitzenden obliegt zunächst der Entwurf eines Fragenkatalog. Dieser wird sodann auf den general meetings, die jedes Jahr im Juli an der Universität Trento (Trient) stattfinden, im Plenum zur Diskussion gestellt. Sobald der Inhalt des Fragenkatalogs endgültig feststeht, erhalten ihn die einzelnen Länderberichtersteller. Liegen alle Länderberichte vor, werden sie vom Vorsitzenden editiert, der außerdem auf ihrer Basis einen Generalbericht erstellt. Die Arbeit jeder Unter-Arbeitsgruppe endet mit der Veröffentlichung der Arbeitsergebnisse (Länderberichte und Generalbericht), die sämtlich im Verlag „Cambridge University Press“ erscheinen sollen. Publiziert wurden bislang ein von *Reinhard Zimmermann* und *Simon Whittaker* herausgegebenes Werk über „Good Faith in European Contract Law“ sowie ein von *James Gordley* über „The Enforceability of Promises in European Contract Law“. Weitere Projekte befinden sich kurz vor ihrer Fertigstellung und einige Abschlussberichte bereits in der Phase der Drucklegung<sup>218</sup>.

#### bbb) Die „Tilburg“-Gruppe (European Group on Tort Law)

Weit fortgeschritten, aber noch längst nicht beendet, ist die Arbeit der „European Group on Tort Law“, die 1993 von dem damals in Tilburg leh-

<sup>216</sup> Vgl. dazu *W. Lorenz*, JZ 1962, 269, 272 ff.; ausführlich Schlesinger (Hrsg.), *Formation of contracts: A study of the common core of legal systems*, 2 Bde.

<sup>217</sup> Vgl. dazu zuletzt *Sacco*, AJCL 39 (1991), 1 und 343.

<sup>218</sup> Nähere Informationen zum gesamten Projekt sowie zum aktuellen Publikationsstand sind im Internet unter <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core> verfügbar.

renden Professor *Jaap Spier*<sup>219</sup> gegründet wurde<sup>220</sup>. Sie hat sich die Formulierung von „European Principles of Tort Law“ zum Ziel gesetzt. Anfangs zahlenmäßig noch recht klein, gehören ihr heute Mitglieder aus allen Mitgliedstaaten der EG, zahlreichen potentiellen Beitrittsländern sowie aus einigen Staaten, die über Erfahrungen bei der Behandlung verschiedener Rechtskulturen verfügen („mixed jurisdictions“) <sup>221</sup>, an.

Formuliert werden sollen, wie schon erwähnt, europäische Prinzipien des Deliktsrechts, wobei von Anfang an eine Fokussierung auf seinen allgemeinen Teil erfolgte. Dieser allgemeine Teil wurde wiederum in verschiedene Einzelelemente unterteilt, wie z.B. „causation“, „wrongfulness“ „damages“ usw. Arbeitssitzungen von jeweils dreitägiger Dauer finden zweimal im Jahr statt. Die Arbeit an jedem Unterabschnitt beginnt mit der Erstellung eines Fragenkatalogs, der in der Regel im ersten Teil einige allgemein gehaltene Fragen<sup>222</sup> und im zweiten Teil sodann zahlreiche kleinere Fälle enthält<sup>223</sup>. Sobald die von den jeweiligen Berichterstattern entwickelten Fragenkataloge von der Arbeitsgruppe diskutiert und beschlossen worden sind, werden von ihren Mitgliedern auf dieser Grundlage die Landesberichte erstellt. Auf ihnen basiert wiederum der rechtsvergleichende Abschlussbericht (comparative report) des Berichterstatters. Er bildet die Basis für die spätere Formulierung der Prinzipien. Auf der folgenden Plenarsitzung werden dann sowohl die Länderberichte als auch der Abschlussbericht ausführlich diskutiert. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob und inwieweit es aufgrund der bislang gefundenen Ergebnisse möglich ist, Prinzipien zu formulieren. Die einzelnen Länderberichte und der Abschlussbericht erhalten dann ihre endgültige Form und werden fortlaufend publiziert. Bislang liegen insgesamt fünf Berichte, und zwar über „limits of liability“<sup>224</sup>, „limits of expanding liability“<sup>225</sup>,

---

219 Heute Generalanwalt beim Hoge Raad.

220 Ausführlich zu ihrer Arbeit *Spier/Haazen*, ZEuP 1999, 469.

221 Gemeint sind damit Staaten, in deren Territorien sowohl common als auch civil law existieren, wie z.B. in Kanada (Quebec), den USA (Louisiana) etc.

222 Vgl. z.B. Frage 10 aus part I des „Questionnaire on the Law of Damages“, in: Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law, Damages*, 3: „Under which conditions, if at all, is compensation for emotional shock (e.g. by watching or hearing of, a very severe accident of relatives or other people) and loss of consortium awarded?“.

223 Vgl. z.B. Fall Nr. 12 aus Part des „Questionnaire on the Law of Damages“, in : Magnus (Hrsg.), aaO: „A Prostitute, who earns 5.000 Euro/month is injured by B’s negligence so that she can’t work for a month. To what amount, if at all, is she entitled to?“.

224 Vgl. Spier (Hrsg.), *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*.

225 Vgl. Spier (Hrsg.), *The Limits of Expanding. 8 Fundamental Cases in a Comparative Perspective*.

„wrongfulness“<sup>226</sup>, „causation“<sup>227</sup> und „damages“<sup>228</sup>, vor. Parallel zu ihrer Veröffentlichung werden die Prinzipien ausformuliert. Sie sollen nach dem Vorbild der PECL durch entsprechende Kommentare und Beispiele erläutert, jedoch nicht abschnittsweise, sondern erst nach dem vollständigen Abschluss aller Arbeiten publiziert werden.

ccc) Die „Accademia dei Giusprivatisti Europei“

Einen etwas ungewöhnlichen Ansatz verfolgt eine von dem italienischen Rechtslehrer *Giuseppe Gandolfi* initiierte Gruppe von Wissenschaftlern. Sie hat sich zum Ziel gesetzt, auf der Basis des italienischen *codice civile* ein europäisches Vertragsrechtsgesetzbuch zu erarbeiten. Zur Begründung, warum die Wahl ausgerechnet auf das italienische Zivilgesetzbuch fiel, führt *Gandolfi* zwei seiner Ansicht nach entscheidende Argumente an:

„Tout d’abord pour la position intermédiaire qu’il revêt par rapport non seulement aux deux principaux courants juridique français et allemand – comme l’a reconnu Wieacker – mais par rapport aussi au droit anglais; ensuite pour sa modernité intrinsèque, une modernité – dirais-je – raisonnablement prononcée, exempte des excès qui ont amené certains pays à faire en toute hâte marche arrière. Ces deux raisons qui, selon moi, engagent à méditer sur la possibilité de l’utiliser, sous une forme peut-être plus appropriée, découlent de sa genèse“<sup>229</sup>

Unabhängig davon, ob man diese Kennzeichnung des *codice civile* für zutreffend erachtet, begegnet der Ansatz des Projekts bereits grundsätzlichen Bedenken. Gemeinsames Privatrecht in Europa sollte nicht auf einzelnen nationalen Kodifikationen aufbauen, sondern auf dem rechtsvergleichend herausgearbeiteten „common core“, der dann – sofern nötig – weiterzuentwickeln ist. Ansonsten ließen sich für jedes nationale Regelwerk gute Gründe finden, die es prädestinieren, den Kern eines EuZGB zu bilden. Warum sollte man nicht z.B. auf das neue niederländische Zivilgesetzbuch zurückgreifen, die derzeit modernste zivilrechtliche Kodifikation innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, die zudem auf intensiven rechtsvergleichenden Vorarbeiten aufbaut? Jedenfalls wurde das erste Buch eines europäischen Vertragsrechtskodex bereits herausgegeben<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> Vgl. Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*.

<sup>227</sup> Vgl. Spier (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*.

<sup>228</sup> Vgl. Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*.

<sup>229</sup> *Gandolfi*, *RTD civ.* 91 (1992) 707, 726. Vgl. auch *dens.*, *Riv. Dir. Civ.* 41 (1995), 203.

<sup>230</sup> *Académie des Privatistes Européens* (Hrsg.), *Code Européen des Contrats*, Avant-Projet, Coordinateur: Giuseppe Gandolfi, 1999.

## ddd) Die Lando-Kommission

Auf die Arbeiten der Lando-Kommission und insbesondere die von ihr herausgegebenen „Principles of European Contract Law“ ist bereits an anderer Stelle ausführlich eingegangen worden<sup>231</sup>. Das ist hier nicht zu wiederholen.

## eee) Die „Working Group on European Trust Law“

Die „Working Group on European Trust Law“ entstand im Rahmen des TMR-Forschungsnetzwerks „Common Principles of European Private Law“. Sie legte bereits nach zweijähriger Forschungstätigkeit ihr Arbeitsergebnis vor<sup>232</sup>. Ihre Arbeitsweise war der der Tilburg-Gruppe sehr ähnlich. Formuliert wurden „Principles of European Trust Law“, die durch Kommentare erläutert werden. Das ganze Werk wird abgerundet durch die Veröffentlichung von Länderberichten, die freilich nicht alle Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft erfassen, sondern sich auf Schottland, Deutschland, die Schweiz, Italien, Frankreich, Spanien, Dänemark und die Niederlande beschränken.

## fff) Die „Study Group on a European Civil Code“

Auslöser für die Gründung der „Study Group on a European Civil Code“ war eine im Jahr 1997 vom niederländischen Justizministerium in Den Haag organisierte internationale Tagung zum Generalthema „Towards a European Civil Code“<sup>233</sup>. Dort bildete sich zumindest bei einem Teil der anwesenden Wissenschaftler die Überzeugung,

„dass Arbeiten an einem europäischen Zivilgesetzbuch, ganz gleich, was man darunter im näheren verstehen will, aus der Mitte der europäischen Privatrechtswissenschaft in Angriff genommen werden müssen. Sie muss die ersten Schritte tun. Denn nur die Rechtswissenschaft kann die erforderliche rechtsvergleichende Grundlagenforschung leisten, nur sie kann Gremien stellen, die frei von nationalen, politischen und gesellschaftlichen Partikularinteressen allein der Sache verpflichtet sind. Die Stunde der Gesetzgebung kann erst schlagen, wenn die wissenschaftliche Vorarbeit abgeschlossen ist.“<sup>234</sup>

Ziel der Study Group ist der Entwurf eines europäischen Zivilgesetzbuches. Mit der Arbeit hieran wurde im Juli 1999 begonnen. Sie wird auf

---

<sup>231</sup> Vgl. § 7, A III 1.

<sup>232</sup> Vgl. Hayton/Kortmann/Verhagen (Hrsg.), *Principles of European Trust Law*.

<sup>233</sup> Vgl. dazu die Tagungsberichte von *Jayme*, IPRax 1997, 375, und *Schmidt-Kessel*, JZ 1997, 1052. Sämtlich auf der Tagung gehaltenen Referate finden sich einschließlich einer Diskussionszusammenfassung in der ERPL 1997, 455-547.

<sup>234</sup> *Von Bar*, FS Henrich, 1, 2.

mehrere Jahre veranschlagt. Organisatorisch untergliedert sich die „Study Group on a European Civil Code“ in drei Ebenen. An ihrer Spitze steht ein derzeit siebenköpfiges „Steering Committee“<sup>235</sup>. Seine Aufgabe ist vor allem die Organisation des gesamten Projekts, etwa die Festlegung und Reihenfolge der zu behandelnden Themen, die Einberufung von Sitzungen sowie die personelle Zusammensetzung der Gruppe. Zuständig für Fragen inhaltlicher Art und die entgeltliche Ausformulierung aller Texte ist die sog. Koordinierungsgruppe (Coordinating-Group). Dabei handelt es sich um ein mit ca. 25 Professoren aus allen EG-Mitgliedstaaten sowie Beobachtern aus den zukünftigen Beitrittsstaaten besetztes Gremium. Ihre Beratungsgrundlage bilden die von den einzelnen Arbeitsgruppen (working teams) erstellten Vorlagen zu den einzelnen Themengebieten. Die working teams werden aus jungen Juristen aus allen Teilen der Gemeinschaft gebildet und arbeiten unter der Verantwortung sog. „team leader“, denen wiederum Professoren aus verschiedenen Rechtskreisen der EG (romanischer, deutscher, skandinavischer Rechtskreis usw.) als Berater (advisors) zur Verfügung stehen. So soll von vornherein verhindert werden, dass allein unter einem nationalen Blickwinkel gearbeitet wird. Finanziert wird das Projekt zur Zeit zum größten Teil durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft. Weitere finanzielle Unterstützung erfährt die „Study Group on a European Civil Code“ durch die Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO), die Onassis-Stiftung Athen sowie die flämische Forschungsorganisation (FEO). Arbeitssprache ist durchweg englisch. Angestrebt wird jedoch sobald als möglich Übersetzungen anzufertigen, die über das Internet zugänglich gemacht werden sollen, um den Grad ihrer Akzeptanz zu erkunden und Anregung für weitere Verbesserungen zu gewinnen.

Anders, als der Name der Initiative vermuten läßt, soll zur Zeit jedoch keine vollumfassende Kodifikation erarbeitet werden, sondern zunächst lediglich

„eine Art vermögensrechtliches ‘Grundgesetz’ für die Staaten der Europäischen Union ..., auf das sie sich verständigen können, ohne ihre gewachsene nationale Rechtskultur (ihre rechtliche Identität, wie manche sagen werden) auf einen Schlag zu verlieren“<sup>236</sup>.

Ausgeklammert bleiben daher vor allem das Familien- und Erbrecht sowie das als besonders vereinheitlichungsresistent eingeschätzte Grundstücksrecht. Im Mittelpunkt stehen das Schuld- und das Mobiliarsachen-

---

<sup>235</sup> Dem Komitee gehören die Professoren *Guido Alpa*, *Christian von Bar*, *Ulrich Drobnig*, *Roy Goode*, *Arthur Hartkamp* und *Ole Lando* an.

<sup>236</sup> *Von Bar*, FS *Henrich*, 1, 3.

recht, wobei bei letzterem das besondere Interesse dem Recht der Kreditsicherheiten gilt. Über die Frage, wie im einzelnen die grobe Struktur eines europäischen Zivilgesetzbuches aussehen könnte, gibt es bislang noch keinen Konsens. Eine gewisse Richtung wird aber immerhin deutlich. So kann sich z.B. *von Bar* eine Aufteilung des Stoffes auf zunächst vier Bücher vorstellen,

„von denen das erste dem Vermögensrecht im allgemeinen, das zweite dem Vertragsrecht (dieses wiederum zweigeteilt in allgemeine Bestimmungen und in das Sonderrecht der einzelnen Verträge), das dritte dem Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und das vierte dem Eigentums- oder Sachenrecht zu widmen wäre“<sup>237</sup>.

Es ist geplant, die bereits nahezu fertiggestellten Principles on European Contract Law miteinzubeziehen. Rücksicht genommen werden soll darüber hinaus auf das schon vorhandene Einheitsrecht, d.h. bereits existierende Staatsverträge und insbesondere das Gemeinschaftsprivatrecht, also EG-Verordnungen und -Richtlinien privatrechtlichen Inhalts. Gerade letzteres bereitet der Gruppe aufgrund der Detailverliebtheit des Gemeinschaftsprivatrechts, die dem Stil und der Tradition einer Kodifikation kontinentaleuropäischen Ursprungs zuwiderläuft, freilich Schwierigkeiten. Darüber, ob man sie in vollem Wortlaut übernimmt („hineinkopiert“) oder sich mit der Kodifikation ihrer wesentlichen Prinzipien begnügt, ist bislang noch nicht abschließend entschieden und soll von einer Einzelfallbetrachtung abhängig gemacht werden<sup>238</sup>.

Die „Study Group on a European Civil Code“ ist bemüht, Verbindung zu einigen der zuvor bereits dargestellten Arbeitsgruppen zu unterhalten. Enge Verbindungen bestehen vor allem zur „Commission on European Contract Law“, mit der es ohnehin eine Reihe von Personalunionen gibt. Darüber hinaus erfolgt ein kontinuierlicher Meinungsaustausch mit der Tilburg-Gruppe. Auch die Ergebnisse der Accademia dei Giusprivatisti Europei „werden aufmerksam verfolgt“<sup>239</sup>. Außerdem wurden die nationalen Justizministerien in Einzelgesprächen und im sog. „K4-Ausschuss“ über das Projekt unterrichtet<sup>240</sup>.

---

237 *Von Bar*, FS Henrich, 1, 4.

238 *Von Bar*, FS Henrich, 1, 10.

239 *Von Bar*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 134, 137.

240 Vgl. *Schmidt-Jortzig*, AnwBl. 1998, 63, 66.

#### bb) Bündelung des Sachverstands in einem European Law Institute

Bereits vor Jahren ist vor einer unkoordinierten wissenschaftlichen Aufarbeitung der mitgliedstaatlichen Privatrechte und der sie tragenden Prinzipien gewarnt worden. Gleichwohl beschäftigen sich, wie die vorangehende Darstellung der einzelnen Projekte gezeigt hat, heute eine Vielzahl von Wissenschaftlergruppen mit inhaltlichen Fragen einer Europäisierung des Privatrechts. Das ist Ausfluss der wissenschaftlichen Freiheit und nicht zu beanstanden. Aber es drohen, so scheint es, zahlreiche „Doppelbearbeitungen“ und damit ein überproportionaler Einsatz in Zeiten knapper werdender öffentlicher Mittel ohnehin nur noch in begrenztem Umfang zur Verfügung stehender Ressourcen. Eine Bündelung des „europäischen Sachverstands“ in einer gemeinsamen Trägerinstitution ist daher dringend erforderlich. Hinzu kommt, dass fast sämtliche der vorgestellten Arbeitsgruppen sich allein aus Wissenschaftlern zusammensetzen. Nun ist es sicherlich richtig, dass jeder Kodifikation oder wie auch immer ausgestalteten Regelung mit systematischem Anspruch eine wissenschaftliche Durchdringung und Aufbereitung des vorhandenen Rechtsmaterials vorangehen muss. Jedoch bezeichnet Wissenschaftlichkeit keinen Status (Professor), sondern eine Arbeitsweise. Sie kann aber - zumindest theoretisch - von jedermann und - bezogen auf das Recht - von jedem Juristen erbracht werden. Um der Gefahr eines reinen, möglicherweise praxisfernen und daher politisch nicht durchsetzbaren Professorenrechts zu entgehen, sollte daher von Anfang an für eine Einbeziehung von Praktikern, also vor allem von Richtern und Rechtsanwälten, Sorge getragen werden. Nach dem Vorbild des ALI erscheint es daher am besten, wenn Rechtswissenschaftler gemeinsam mit Praktikern ein Europäisches Rechtsinstitut gründen und leiten könnten. Besonders geeignet hierfür wären die schon existierenden akademischen Arbeitsgruppen wie die „Study Group on a European Civil Code“ oder die Tilburg-Gruppe sowie europäische Standesorganisationen wie die Union des Avocats Européens oder der Conseil des Barreaux de l'Union Européenne<sup>241</sup>. Einbezogen werden sollten weiterhin die Standesorganisationen, damit sich das Institut auf eine möglichst breite Basis stützen kann.

#### b) Organisation

Die Organisationsstruktur eines Europäischen Rechtsinstituts wäre ebenso wie die des ALI in einem eigenen Statut niederzulegen. Großer Wert sollte dabei auf geeignete Verfahrenskautelen zur Sicherung seiner

---

<sup>241</sup> Ebenso *Schmid*, JJZ 1999, 33, 59.

politischen Neutralität und zur Vermeidung von Interessenkollisionen gelegt werden. Nur wenn dies sichergestellt ist, kann Empfehlungen des Instituts die Legitimationswirkung zukommen, die sie benötigen, um die nationalen Gesetzgeber oder die entscheidungsbefugten Organe der Gemeinschaft überzeugen zu können. Unverzichtbar ist weiterhin eine ausgewogene Beteiligung von Wissenschaftlern und Praktikern aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. In diesem Zusammenhang erscheinen die Statuten der Académie des Privatistes Européens, die auf die Vertretung der Mitgliedstaaten im Europäischen Parlament Bezug nehmen, ein erwägenswertes Beispiel<sup>242</sup>. Anzustreben ist darüber hinaus die Aufnahme einiger (weniger) Mitglieder aus Staaten, die nicht der EU angehören, aber als sog. „mixed jurisdictions“ in ihren Territorien sowohl common law- als auch civil law-Systeme vereinen (z.B. Kanada, USA). In fachlicher Hinsicht darf für die Aufnahme in ein Europäisches Rechtsinstitut allein die wissenschaftliche Qualifikation ausschlaggebend sein. Da die Überzeugungskraft der vom Institut ausgesprochenen Empfehlungen maßgeblich von der Sachautorität ihrer Verfasser abhängt, sind hier besonders strenge Kriterien anzulegen.

#### c) Aufgaben

Die Aufgaben eines ELI könnten sehr vielfältig sein. So lässt sich etwa daran denken, zur Unterstützung der Rechtsetzungstätigkeit der Kommission innerhalb des Instituts beratende wissenschaftliche Ausschüsse bilden. Insbesondere der andernorts angeregte „Wissenschaftliche Ausschuss für Europäisches Zivilrecht“<sup>243</sup> könnte hier seine „Heimat“ finden. Vorstellbar ist weiterhin, dass ein solches Institut über das Internet juristische Arbeitshilfen wie Gesetzestexte und Sekundärliteratur, Informationen über nationale Rechtssysteme sowie Gerichtsurteile zur Verfügung stellt, Konferenzen und Fortbildungsveranstaltungen für Wissenschaftler und Praktiker ausrichtet etc., um im täglichen Arbeitsalltag der Juristen präsent zu sein und so die Entstehung einer transnationalen „legal community“ zu fördern<sup>244</sup>.

Seine hauptsächliche Aufgabe sollte jedoch die Erarbeitung von Modellgesetzen sein. Am wichtigsten ist zunächst der Entwurf eines EuZGB, das sich auf das Vermögensrecht im oben skizzierten Sinne beschränkt und die Basis für einen umfänglichen europäischen Diskurs über die Zukunft

---

<sup>242</sup> Stein, in: Académie des Privatistes Européens (Hrsg.), Code Européen des Contrats, 5.

<sup>243</sup> Vgl. § 12, A.

<sup>244</sup> Schmid, JJZ 1999, 33, 60.

des Gemeinschaftsprivatrechts bilden könnte. Allerdings sollten die Arbeiten eines Europäischen Rechtsinstituts nicht auf Gebiete beschränkt werden, deren Angleichungs- oder Vereinheitlichungsbedarf Gegenstand der tagespolitischen Diskussion ist. In den Blick zu nehmen sind vielmehr auch das Familien- und Erbrecht, Fragen des Zivilprozessrechts, des Gesellschaftsrechts<sup>245</sup> usw. Insbesondere sollte es für die Arbeit des Instituts darauf, ob der Gemeinschaft in diesen Bereichen Rechtsetzungskompetenzen zustehen, nicht ankommen. Denn primäres Ziel eines Europäischen Rechtsinstituts darf nicht die Unterstützung gemeinschaftlicher Rechtsetzungstätigkeit, sondern sollte die Verbesserung der Funktionsvoraussetzungen autonomer Rechtsangleichung sein. Aus wissenschaftlichem und praktischem Sachverstand geborene Modellgesetze können so überzeugend sein, dass sie die nationalen Gesetzgeber zu bewegen vermögen, sie freiwillig vollständig oder in abgewandelter Form in ihr nationales Recht zu übernehmen. Sie führen dann zwar, wie das Beispiel der USA deutlich gemacht hat, nicht zwangsläufig zur Rechtseinheit. Gleichwohl können sie einen bedeutenden Beitrag zu einer Annäherung der mitgliedstaatlichen Rechte leisten und damit als Alternative zur legislatorischen Rechtsangleichung diese zumindest partiell überflüssig machen. Bereits damit wäre viel gewonnen. Dieser Prozess ließe sich außerdem noch intensivieren, sofern man den Parteien die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl der von einem Europäischen Rechtsinstitut erarbeiteten Modellgesetze eröffnete<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Dazu *Ebke*, FS Großfeld, 189, 213 f.

<sup>246</sup> Vgl. dazu bereits § 7, B II 2.

# Fazit und Thesen

## § 13: Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Angleichung der mitgliedstaatlichen Privatrechte eine wichtige Voraussetzung für ein optimales Funktionieren des Binnenmarktes ist. Der Prozess der Rechtsangleichung führt jedoch zu zahlreichen Friktionen. Sie beruhen zum einen auf dem durch das Tätigwerden eines zusätzlichen, supranationalen Gesetzgebers entstandenen Mehrebenensystem, das eine erhöhte Komplexität bei der Rechtsanwendung und die Bildung eines eigenen „Binnenmarktkollisionsrechts“ zur Folge hat. Erschwerend wirken sich außerdem wertungsmäßige Unterschiede zwischen Gemeinschafts- und nationalem Privatrecht aus, deren Auflösung die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen vor erhebliche Probleme stellt. Ihr inneres System, ihre Einheit und Ordnung drohen verloren zu gehen, ohne dass an ihre Stelle ein neues, nunmehr gemeinschaftliches System tritt. Denn Gemeinschaftsprivatrecht entwickelt sich aufgrund der funktional begrenzten Kompetenzen der EG nur ganz allmählich vom besonderen zum allgemeinen.

Wo Rechtsangleichung an ihre Grenzen stößt, ist nach Alternativen zu fragen. Sie werden zum einen in der Rechtsvereinheitlichung, d.h. in der Schaffung strengen Einheitsrechts in Form eines sowohl auf innerstaatliche als auch auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbaren Europäischen Zivilgesetzbuchs gesehen. Dem gegenüber steht ein evolutionärwissenschaftlicher Ansatz, der den Gedanken einer „harmonization from below“ durch eine verstärkt rechtsvergleichende Ausrichtung der Rechtswissenschaft und -ausbildung in den Vordergrund rückt.

Der hier präferierte Weg ist ein anderer, auch wenn er Elemente beider Ansätze aufnimmt. Für notwendig erachtet wird neben einer Konsolidierung und Systematisierung des bisherigen Bestandes gemeinschaftlicher Rechtstexte und einer weiter voranschreitenden Europäisierung von Rechtswissenschaft und -studium die Schaffung eines Referenzsystems in

Form eines auf *grenzüberschreitende* Sachverhalte anwendbaren und einer Rechts(ab-)wahl zugänglichen Europäischen Zivilgesetzbuchs. Dieses „15+1“-Modell reduziert die Komplexität der Rechtsanwendung im europäischen Mehrebenenregime zwar nur in geringerem Umfang als eine „Vollkodifikation“; andererseits lässt es jedoch in hohem Maße Lernprozesse zu und nimmt damit einen tragenden Gedanken des Systemwettbewerbs auf. Selbst wenn dessen Funktionsmöglichkeit als echter Institutionenwettbewerb im Privatrecht begrenzt ist, bleibt immer noch seine Vorstufe des Ideenwettbewerbs. Und das hierin liegende Potential sollte genutzt werden.

Dem trägt auch der Gedanke einer verstärkten Verwendung von Modellgesetzen Rechnung. Modellgesetze können Rechtsangleichung dort, wo sie zum Funktionieren des Binnenmarktes nötig ist, nicht entbehrlich machen. Sie sind aber bei sachlicher Überzeugungskraft geeignet, zu einer autonomen Annäherung der mitgliedstaatlichen Privatrechte zu führen, damit Rechtsdivergenzen zu minimieren und unter die „Harmonisierungsschwelle“ fallen zu lassen.

Die Erarbeitung sowohl eines Europäischen Zivilgesetzbuchs als auch von Modellgesetzen setzt eine systematische und rechtsvergleichende Durchdringung und Aufbereitung des vorhandenen Rechtsmaterials voraus. Diese Leistung kann nur von der Wissenschaft erbracht werden, die sich dabei der Unterstützung wissenschaftlich ausgewiesener Praktiker versichern sollte. Um die Arbeiten zu fokussieren, bedarf es einer Trägerinstitution in Form eines Europäischen Rechtsinstituts.

## § 14: Thesen

1. Gemeinschaftsprivatrecht kann zum einen auf Normen des Primärrechts basieren. Die Bildung von Rechtssätzen privatrechtlichen Inhalts erfolgt dabei auf zwei unterschiedlichen Wegen. Einerseits enthält der EG-Vertrag Regelungen mit unmittelbar privatrechtsgestaltendem Charakter (Art. 81, 141 EGV). Andererseits wirken zahlreiche Normen des EG-Vertrages limitierend auf die nationalen Privatrechte ein (Grundfreiheiten).

2. Den Grundfreiheiten kommt im Gemeinsamen Markt respektive Binnenmarkt eine doppelte Funktion zu. Sie gewährleisten zunächst Marktgleichheit durch das ihnen inhärente Diskriminierungsverbot. Darüber hinaus sind sie umfassende Marktzugangsfreiheiten. Die Freiheit des Zugangs zu allen nationalen Märkten wird mit Hilfe der Beschränkungsverbote durchgesetzt.

3. Die dogmatischen Grundstrukturen der einzelnen Grundfreiheiten haben sich in zeitlicher Hinsicht recht unterschiedlich entwickelt, mittlerweile jedoch so sehr angenähert, dass heute von einer „Konvergenz der Grundfreiheiten“ gesprochen werden kann.

4. Sie sind immer dann anwendbar, wenn es sich nicht um rein innerstaatliche Sachverhalte handelt, die keinerlei Bezüge zum Gemeinschaftsrecht aufweisen, und erschöpfen sich nicht in Verboten formeller und materieller Diskriminierungen, sondern statuieren durchgehend auch Beschränkungsverbote. Die vom EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelte Keck-Formel beanspruchen über Art. 28 ff. EGV hinaus Geltung für sämtliche Freiheiten. Dieselbe Konvergenz lässt sich auf der Rechtfertigungsebene feststellen. Den Schutzbereich der Grundfreiheiten beeinträchtigende mitgliedstaatliche Maßnahmen können nicht nur aus den im Vertrag explizit aufgeführten Gründen, sondern auch aus sonstigen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, sofern sie nichtdiskriminierend ausgestaltet und zur Erreichung eines solchen legitimen Ziels erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sind.

5. Verpflichtet aus den Grundfreiheiten sind allein die Mitgliedstaaten. Eine unmittelbare Bindung Dritter, d.h. Privater, an die Grundfreiheiten, wie sie insbesondere vom EuGH vertreten wird, ist abzulehnen. Anzuerkennen ist lediglich eine mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten. Die Mitgliedstaaten trifft eine Garantenpflicht für den Schutz der Grundfreiheiten

vor Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen. Diese Garantienpflicht umfasst den Schutz vor sämtlichen freiheitsbeschränkenden Verhaltensweisen in den Formen des Privatrechts, sofern sich hierfür nicht ausnahmsweise Rechtfertigungsgründe anführen lassen. Die Mitgliedstaaten sind dann verpflichtet, ihr Privatrecht so auszugestalten, dass derartige Beschränkungen nicht möglich sind.

6. Ohne Privatrecht und insbesondere Vertragsrecht sind grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten und damit die Wahrnehmung der Grundfreiheiten nicht möglich. Die Inanspruchnahme der grundfreiheitlich verbürgten Rechte erfordert nicht nur, dass überhaupt Regeln existieren, die die Möglichkeit rechtlichen Handelns durch Einzelne sichern, sondern bedingt darüber hinaus, dass die Einzelnen ihre privatrechtlichen Beziehungen zueinander auch weitgehend autonom gestalten können. Privatautonomie ist daher nicht nur das Fundament der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen, sondern zugleich eine *conditio sine qua non* für die Ausübung der Grundfreiheiten und das Funktionieren des europäischen Binnenmarkts.

7. Zu Konflikten zwischen nationalem Privatrecht und den Grundfreiheiten kommt es immer dann, wenn die dem einzelnen vom nationalen Gesetzgeber eingeräumte Freiheit privatautonomes Handeln nicht weit genug reicht, um ihm die volle Wahrnehmung der Grundfreiheiten zu ermöglichen.

8. Rechtssätze privatrechtlichen Inhalts können überhaupt nur dann zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führen, wenn sie der Parteidisposition entzogen sind. Dispositives Recht ist daher von vornherein zu keiner Behinderung des Freiverkehrs geeignet. Zwingendes Recht ist nur dann beschränkungstauglich, sofern es rechtswahlfest ist.

9. Der EuGH negiert die Beschränkungswirkung privatrechtlicher Normen häufig mit der Begründung, die durch sie verursachte Behinderung des innergemeinschaftlichen Güter- und Leistungsaustausch sei zu ungewiss und mittelbar. Die Argumentation der lediglich „hypothetischen Beeinträchtigung“ ist dogmatisch nicht überzeugend und unterschätzt die von privatrechtlichen Normen ausgehenden Wirkungen.

10. Beschränkungsfähig und damit rechtfertigungsbedürftig sind sämtliche Begrenzungen der Freiheit privatautonomes Handeln, die zu einer Erschwerung des Marktzutritts führen oder diesen gar unmöglich machen. Unter Rechtfertigungsdruck gelangen alle Vorschriften, die über Vertragsbedingungen das vertriebene Produkt selbst definieren und mitgestalten, aber auch Haftungsmaßstäbe im Rahmen der Produkt- oder Dienstleistungshaftung und schließlich der *numerus clausus* der Sachenrechte. Rein

transaktionsbezogene Regelungen hingegen ist ein Behinderungspotential in der Regel ab- und nur ausnahmsweise dann zuzusprechen, sofern sie zu einer spezifischen Erschwerung grenzüberschreitender Vertriebs- oder Nachfrageraktivitäten führen.

11. Auf der Rechtfertigungsebene stehen zunächst die bereits aus der bisherigen EuGH-Rechtsprechung bekannten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung, die sich häufig auch für das Privatrecht nutzbar machen lassen. Darüber hinaus werden aber auch genuin privatrechtliche Ordnungsinteressen anerkannt. Sie werden allerdings nicht vorbehaltlos hingenommen, sondern auf ihre Folgerichtigkeit überprüft. Dies führt zu einer Rationalitätskontrolle des Privatrechts.

12. Außer auf das Sachrecht können die Grundfreiheiten auch auf die nationalen Kollisionsrechte einwirken. Zu Konflikten kommt es nicht nur bei diskriminierenden, sondern ebenso bei unterschiedslos anwendbaren Vorschriften des Verweisungsrechts, sofern sie zur Anwendung seinerseits beschränkenden Sachrechts führen. Sie nehmen dann an dem in der Anwendung des Sachrechts begründeten Grundfreiheitenverstoß teil. Zahlreiche Anknüpfungen des deutschen Rechts lassen sich jedoch rechtfertigen.

13. Wesentlich weitreichender als die Einflüsse des Primärrechts sind die vom gemeinschaftlichen Sekundärrecht ausgehenden Einwirkungen auf die mitgliedsstaatlichen Privatrechtssysteme. Die nationalen Privatrechte sind mittlerweile mit einem dichten Netz sekundärrechtlicher Gemeinschaftsakte überzogen. Entstanden ist so ein kompliziertes Beziehungsgeflecht zwischen nationalen und supranationalen, mitunter noch durch internationales Einheitsrecht ergänzten Regelungen, das den Rechtsanwender vor erhebliche Probleme stellt.

14. Vor allem die Handhabung von EG-Richtlinien bereitet Schwierigkeiten. Verbindungslinien zwischen den Ebenen des europäischen und nationalen Rechts bilden hier die im EG-Vertrag statuierte Umsetzungspflicht und die ihrer Erfüllung dienende Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Sie werden ergänzt durch das im Privatrecht allerdings nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehende Instrument einer unmittelbaren Richtlinienwirkung und schließlich notdürftig abgesichert durch die Möglichkeit einer Staatshaftung.

15. Die Mehrstufigkeit des Gemeinschaftsprivatrechts und seine Einbindung in das transnationale und die Vielfalt der nationalen Privatrecht(e) macht die Entwicklung eines Binnenmarktkollisionsrechts, d.h. einer Verfassung für das Zusammenspiel der Rechtsordnungen im Binnenmarkt, erforderlich. So sehr man dieses System aber auch konturiert und ausdifferenziert, kann es doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das derzeitige

Mehrebenen-Regime zu einem Grad der Komplexität bei der Rechtsanwendung geführt hat, der den Wert der erreichten Rechtsangleichung häufig wieder in Frage stellt.

16. Das europäische Mehrebenensystem hat aber nicht nur eine Methodenkplexität zur Folge, sondern provoziert auch materielle Disharmonien. Wo verschiedene Akteure relativ autonom handeln, bleiben bei fehlender Abstimmung unterschiedliche Ergebnisse im Rechtsetzungsergebnis nicht aus. Spannungen, die sich insbesondere in dogmatischen Verwerfungen innerhalb der nationalen Privatrechtssysteme manifestieren, sind die fast zwangsläufige Folge.

17. Die die nationalen Privatrechtssysteme bislang kennzeichnende normative Kohärenz wird sich auch bei einer besseren Koordination der Rechtsetzungstätigkeit auf den einzelnen Ebenen nicht vollumfänglich wahren lassen. Ursächlich hierfür sind die divergenten Ziele der tätigen Akteure. Während die nationalen Privatrechte vom Gedanken der Herstellung von Austauschgerechtigkeit dominiert werden, steht (jedenfalls bisher) beim Gemeinschaftsprivatrecht die Sicherung des Funktionierens von Märkten durch Beseitigung von Handelshemmnissen und Herstellung von Wettbewerbsgleichheit im Vordergrund. Ähnlich dissonante Anätze begegnen im Kollisionsrecht.

18. Auf lange Sicht drohen das innere System, die Einheit und Ordnung der mitgliedstaatlichen Privatrechte verloren zu gehen, ohne dass an ihre Stelle ein neues, nunmehr gemeinschaftliches System tritt. Denn Gemeinschaftsprivatrecht entwickelt sich aufgrund der funktional begrenzten Kompetenzen der EG nur ganz allmählich vom besonderen zum allgemeinen und wird daher auch in den nächsten Jahren „pointillistisch“ bleiben.

19. All dies führt zu Reibungsverlusten bei der Rechtsanwendung und zu erhöhten Kosten. In den Mittelpunkt rückt daher die Frage nach der Notwendigkeit und den Grenzen einer Europäisierung des Privatrechts, den hierfür zur Verfügung stehenden Methoden und den mit ihnen verbundenen Vor- und Nachteilen.

20. Ein Binnenmarkt kommt, soll er *optimal* funktionieren, ohne gemeinsames Recht nicht aus. Das gilt aufgrund seiner marktstituierenden Wirkung auch und gerade für das Zivilrecht. Gemeinsames Zivilrecht in Europa vermeidet Beschränkungen der Grundfreiheiten, vermindert Wettbewerbsverzerrungen und senkt Transaktionskosten.

21. Der Schaffung einheitlichen Privatrechts stehen *im Grundsatz* weder ein vermeintliches Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft noch die Verschiedenheit der Sprachen und Rechtskulturen in Europa oder der Gedanke des Systemwettbewerbs entgegen. Den mit diesen Topoi verbun-

denen Bedenken ist aber so weit wie möglich bei der Auswahl aus den zur Verfügung stehenden Rechtsetzungsinstrumenten, insbesondere aber durch die Berücksichtigung von Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, Rechnung zu tragen.

22. Das Kompetenzsystem des EG-Vertrags erlaubt der Gemeinschaft bereits heute in zahlreichen Bereichen eine Angleichung oder Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Privatrechte. Ein „flächendeckendes“ Tätigwerden ist ihr hingegen nicht möglich. Es wird daher auch in Zukunft vorerst bei punktuellen Eingriffen bleiben, was allerdings die Kreation wichtiger zivilrechtlicher Institute, wie z.B. eines europäischen Mobiliarsicherungsrechts, nicht ausschließt.

23. Als Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung stehen vor allem die Möglichkeiten der Erarbeitung von restatements und Modellgesetzen sowie die Weiterentwicklung staatenunabhängigen „soft laws“ durch die am Wirtschaftsleben Beteiligten zur Verfügung. Inwieweit sie Berücksichtigung finden können, hängt vom Grad der angestrebten Rechtseinheit ab.

24. Im Vordergrund der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts muss auf kurze Sicht der Gedanke seiner Konsolidierung und qualitativen Verbesserung stehen. Anzustreben ist außerdem eine Verbesserung der Funktionsvoraussetzungen spontaner Rechtsangleichung. Dem dient u.a. eine verstärkt rechtsvergleichende und zugleich europäische Ausrichtung des Rechtsstudiums, der Rechtswissenschaft sowie der Rechtsanwendung.

25. Darüber hinaus ist ein Referenzsystem in Form eines auf *grenzüberschreitende* Sachverhalte anwendbaren und einer Rechts(ab-)wahl zugänglichen Europäischen Zivilgesetzbuchs zu errichten. Außerdem sollte in verstärktem Maße auf die Regelungstechnik von Modellgesetzen zurückgegriffen werden. Beides setzt eine systematische und rechtsvergleichende Durchdringung und Aufbereitung des vorhandenen Rechtsmaterials voraus. Diese Leistung kann nur von der Wissenschaft erbracht werden, die sich dabei der Unterstützung wissenschaftlich ausgewiesener Praktiker versichern sollte. Um die notwendigen Arbeiten zu fokussieren, bedarf es einer Trägerinstitution in Form eines privaten, d.h. gemeinschaftsunabhängigen Europäischen Rechtsinstituts.



# Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.*: Der neue Statutenvorschlag für eine Europäische Aktiengesellschaft, in: AG 1990, S. 289 ff.
- Abmeier, Klaus*: Die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht, in: NJW 1986, S. 2987.
- Abrahamson, Shirley*: Refreshing Institutional Memories: Wisconsin and the American Law Institute, in: Wisconsin L. Rev. 1995, S. 1 ff.
- Ackermann, Thomas*: Warenverkehrsfreiheit und Verkaufsmodalitäten. Zu den EuGH-Entscheidungen „Keck“ und „Hünermund“, in: RIW 1994, S. 189 ff.
- Aguilar Benítez de Lugo, Mariano*: La cautio iudicatum solvi a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso „Hubbard/Hamburger“, in: Boletín de Información de Ministerio de Justicia 1994, S. 100 ff.
- Ders.*: La cautio iudicatum solvi y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 1996 en el caso Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd, in: La Ley Nr. 4239 vom 28.2.1997, S. 5 ff.
- Ahlfeld, Martin*: Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, Baden-Baden 1997
- Alfaro Aguila-Real, Jesús*: La unificación del Derecho comunitario en la Union Européa: Planteamiento, in: Suplemento BEUR, August 1999, S. 6 ff.
- Allen, Barry*: Ladies & Gentlemen, No More Bets Please, in: LIEI 27 (2000), S. 201 ff.
- Alpa, Guido*: European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’, in: ERPL 2000, S. 321 ff.
- Antenbrink, Fabian/Schneider, Claudia*: Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und –garantien, in: VuR 1996, S. 367 ff.
- Ankele, Jörg*: Harmonisiertes Handelsvertreterrecht für die Europäische Gemeinschaft, in: DB 1987, S. 569 ff.
- Antoniolli Deflorian, Luisa*: La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: Competizione e circolazione del modelli giuridici, Trient 1996
- Anweiler, Jochen*: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997
- Apel, Jürgen/Grapperhaus, Tanja*: das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, in: WRP 1999, S. 1247 ff.
- Arcagni, José Luis*: La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in: La Ley 1996, S. 1434 ff.
- Armbrüster, Christian*: Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach „Maastricht“ und „Keck“, in: RabelsZ 60 (1996), S. 72 ff.
- Armbrüster, Klaus*: Rechtliche Folgen von Übersetzungsfehlern oder Unrichtigkeiten in EG-Dokumenten, in: EuZW 1990, S. 246 ff.

- Ders.*: Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach „Maastricht“ und „Keck“, in: *RabelsZ* 60 (1996); S. 72 ff.
- Arnold, Dirk*: Verbraucherschutz im Internet. Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie, in: *CR* 1997, S. 526 ff.
- Arnold, Anthony*: 1. European Communities [S. 40], 3. Legal order of the communities [S. 42] Having your cake and eating it ruled out, in: *ELR* 1988, S. 42 ff.
- Asshoff, Gregor/Bachner, Michael/Kunz, Olaf*: Europäisches Arbeitsrecht im Betrieb. Ein praktischer Ratgeber, Köln 1996
- Aubin, Bernhard*: Europäisches Einheitsrecht oder innereuropäische Rechtsharmonie, in: Konrad Zweigert (Hrsg.), *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen*, Tübingen 1955, S. 45 ff.
- Ders.*: Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internene Rechts in der deutschen Rechtsprechung, in: *RabelsZ* 34 (1970), S. 458 ff.
- Bach, Albrecht*: Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, in: *JZ* 1990, S. 1108 ff.
- Baldus, Christian*: Europarecht im Zivilprozeß, in: *JA* 1996, S. 894 ff.
- Baldus, Christian/Becker, Rainer*: Haustürgeschäfte und richtlinienkonforme Auslegung. Probleme bei der Anwendung angeglichenen europäischen Privatrechts. Vorlagebeschluß des BGH vom 11. Januar 1996 – IX ZR 56/95, in: *ZEuP* 1997, S. 874 ff.
- Bamberger, Heinz Georg*: Mitglied zu Zwecken des Eigennutzes, in: Willi Erdmann/Wolfgang Gloy/Rolf Herber, *Festschrift für Henning Piper*, München 1996, S. 41 ff. (zit.: Bamberger, FS Piper)
- Bamforth, Nicholas*: The limits of European Union consumer contract law, in: *ELR* 1999, S. 410 ff.
- Bar, Christian von*: Internationales Privatrecht. Erster Band. Allgemeine Lehren, München 1987 (zit.: von Bar, IPR I)
- Ders.*: Internationales Privatrecht. Zweiter Band. Besonderer Teil, München 1991 (zit.: von Bar, IPR II)
- Ders.*: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I, München 1996
- Ders.*: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, München 1999
- Ders.*: Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, in: *ZfRV* 1994, S. 221 ff.
- Ders.*: Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Ein Forschungsprojekt an der Universität Osnabrück, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), *Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Instituts für Europarecht der Universität Osnabrück*, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 167 ff.
- Ders.*: The Study Group on a European Civil Code, in: *JFT* (Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningarna i Finland) 2000, S. 323 ff.
- Ders.*: Die Study Group on a European Civil Code, in: Peter Gottwald/Erik Jayme/Dieter Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag* 1. Dezember 2000, Bielefeld 2000, S. 1 ff. (zit.: von Bar, FS Henrich)
- Barker, William T.*: Lobbying and The American Law Institute: The Example of Insurance Defense, in: *Hofstra L. Rev.* 26 (1998), S. 573 ff.
- Barnard, Catherine/Sharpston, Eleanor*: the Changing Face of Article 177 References, in: *CMLR* 1997, S. 1113 ff.
- Basedow, Jürgen*: Der Transportvertrag. Studien zur Privatrechtsangleichung auf regulierten Märkten, Tübingen 1987
- Ders.*: Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992
- Ders.*: Konstantinidis v. Bangemann - oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in *ZEuP* 1994, S. 197 ff.

- Ders.*: Europäisches Vertragsrecht für europäische Märkte, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Vorträge und Berichte Nr. 62, Bonn 1996
- Ders.*: Weltkartellrecht. Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1998
- Ders.*: Die Incoterms und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert, *RabelsZ* 43 (1979), S. 116 ff.
- Ders.*: Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR, in: Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1 (1989), S. 3 ff.
- Ders.*: Europäisches Privatrecht. Das UN-Kaufrecht vor dem EuGH?, in: *EuZW* 1992, S. 489 ff.
- Ders.*: Euro-Zitrone für den Palandt!, in: *ZEuP* 1993, S. 656 f.
- Ders.*: Das österreichische Bundesgesetz über internationales Versicherungsvertragsrecht - eine rechtspolitische Würdigung, in: Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum, Tübingen 1994, S. 89 ff.
- Ders.*: Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, in: *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 ff.
- Ders.*: Europäisches Internationales Privatrecht, in: *NJW* 1996, S. 1921 ff.
- Ders.*: Rechtskultur - zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal, in: *ZEuP* 1996, S. 379 ff.
- Ders.*: Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht, in: Gerd Pfeiffer/Joachim Kummer/Silke Scheuch (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 651 ff. (zitiert: Basedow, FS Brandner)
- Ders.*: Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 347 ff. (zit.: Basedow, FS Mestmäcker)
- Ders.*: Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: *EuZW* 1997, S. 609
- Ders.*: Hundert Jahre Transportrecht: Vom Scheitern der Kodifikation und ihrer Renaissance, in: *ZHR* 161 (1997), S. 186 ff.
- Ders.*: Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und UNIDROIT-Konvention, in: *ZEuP* 1997, S. 615 ff.
- Ders.*: Die UNIDROIT-Prinzipien der Internationalen Handelsverträge und die Übereinkommen des einheitlichen Privatrechts, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 19 ff. (zit.: Basedow, FS Drobnig)
- Ders.*: The renaissance of uniform law: European contract law and its components, in: *Leg. Stud.* 18 (1998), S. 121 ff.
- Ders.*: Die Klauselrichtlinie und der Europäische Gerichtshof - eine Geschichte der verpaßten Gelegenheiten, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 277 ff
- Ders.*: Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kontext. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, in: *AcP* 200 (2000), S. 445 ff.
- Ders.*: Depositivierungstendenzen in der Rechtsprechung zum Internationalen Einheitsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe

- der Wissenschaft, Bd. II, München 2000, S. 777 ff. (zit.: Basedow, Festgabe 50 Jahre BGH)
- Ders.*: Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht, Haimo Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S. 1 ff. (zit.: Basedow, GS Lüderitz)
- Ders.*: The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, in: CMLR 37 (2000), S. 687 ff.
- Ders.*: Creutzfeldt-Jakob im Bundesrat?, in: ZEuP 2000, S. 985 f.
- Ders.*: Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: ULR 2000, S. 129 ff.
- Ders.*: EC Regulations in European Private Law, in: Jürgen Basedow/Isaak Meier/Anton K. Schnyder/Talia Einhorn/Daniel Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification, Liber Amicorum Kurt Siehr, Zürich 2000, S. 17 ff. (zit.: Basedow, FS Siehr)
- Basedow, Jürgen/Diehl-Leistner, Barbara*: Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland, in: Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1990, S. 13 ff.
- Basedow, Jürgen/Drasch, Wolfgang*: Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht, in: NJW 1991, S. 785 ff.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. Aufl., München 2001 (zit.: Baumbach/Hefermehl, UWG)
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 30. Aufl., München 2000 (zit.: Baumbach/Hopt, HGB)
- Baur, Jürgen F.*: Wirtschaftliche Integration durch Recht, durch Gemeinschaftsrecht. Probleme, Chancen und Risiken einer solchen Konzeption, in: Rudolf Wendt/Wolfram Höfling/Ulrich Karpen/Martin Oldiges (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 3 ff. (zit.: Baur, FS Friauf)
- Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*: Sachenrecht, 17. Aufl., München 1999
- Beale, Hugh*: Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law, in: Günter Weick (Hrsg.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, Frankfurt a. M. 1993, S. 177 ff.
- Beater, Axel*: Zur Europarechtswidrigkeit von § 6 e des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), Anm. zur Entscheidung des EuGH vom 18.5.1993 (Rechtssache C-126/91, Yves Rocher), in: ZEuP 1994, 506 ff.
- Beatson, J.*: The Role of Statutes in the Development of Common Law, in: LQR 117 (2001), S. 247 ff.
- Beaumont, Paul*: European Court of Justice and Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, in: ICLQ 48 (1999), S. 223 ff.
- Bebr, Gerhard*: Anmerkung zu Joined Cases C-6/90 and C-9/90, Francovich v. Italy, Bonifaci v. Italy, Judgment of the Court of Justice of 19 November 1991, not yet reported, S. 557 ff.
- Becker, Claus Dieter*: Die Aufhebung des Verbotes der Werbung mit Preisgegenüberstellungen gemäß § 6e UWG und das neue EG-Recht, Münster 1996
- Becker, Ulrich*: Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ - Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, in: EuR 1994, S. 162 ff.
- Behm, Ulrich*: Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über "Telefonsex", in: NJW 1990, S. 1822 ff.

- Behrens, Peter*: Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: EuR 1992, S. 145 ff.
- Ders.*: Krisensymptome in der Gesellschaftsangleichung, in: EuZW 1995, S. 193 ff.
- Ders.*: Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker 1996, S. 831 ff.
- Ders.*: Kommentar, in: JNPÖ 17 (1998), S. 231 ff.
- Beier, Friedrich-Karl*: Herkunftsangaben und Ursprungsbezeichnungen im Gemeinsamen Markt, in: GRUR Int. 1959, S. 277 ff.
- Ders.*: Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, in: GRUR Int. 1989, S. 603 ff.
- Beier, Friedrich-Karl/Knaak, Roland*: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in der Europäischen Gemeinschaft, in: GRUR Int, 1992, 411,
- Beitzke, Günther*: Grundgesetz und Internationalprivatrecht, Berlin 1961
- Ders.*: Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: ZfRV 1964, S. 80 ff.
- Bello Martín-Crespo, María Pilar*: Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional, Madrid 1999
- Belser, Eva Maria*: Die Inhaltskontrolle internationaler Handelsverträge durch internationales Recht – Ein Blick auf die Schranken der Vertragsfreiheit nach Unidroit Principles, in: Martin Immenhauser/Jürg Wichterich (Hrsg.), Vernetzte Welt - globales Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998, Stuttgart usw. 1999, S. 73 ff. (zit.: Belser, JJZ 1998)
- Bender, Gunnar/Sommer, Christian*: E-Commerce-Richtlinie: Auswirkungen auf den elektronischen Geschäftsverkehr in Deutschland, in: RIW 2000, S. 260 ff.
- Bengoetxea, Joxerramon*: The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence, Oxford 1993
- Benicke, Christoph/Zimmermann, Andreas*: Internationales Namensrecht im Spannungsfeld zwischen Internationalem Privatrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und Europäischer Menschenrechts Konvention, in: IPRax 1995, S. 141 ff.
- Berger, Klaus Peter*: Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, Berlin/New York 1992
- Ders.*: Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, Berlin 1996
- Ders.*: Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge, in: ZVglRWiss 94 (1995), S. 217 ff.
- Ders.*: International Arbitration Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: AJCL 46 (1998), S. 129 ff.
- Ders.*: The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria, in: ULR 2000, S. 153 ff.
- Bernard, Nicolas*: The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiary, in: CMLR 1996, S. 633 ff.
- Bernstorff, Christoph Graf von*: Großbritannien: Neues Gesetz zum Vertrag zu Gunsten Dritter, in: RIW 2000, S. 435 ff.
- Berteloot, Pascale*: Babylone à Luxembourg. Jurilinguist. à la Cour de Justice, Saarbrücken 1988
- Besse, Dirk*: Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, in: ZEuP 1999, S. 107 ff.

- Bettermann, Karl A.:* Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren, Heidelberg 1986
- Beul, Carsten René:* Kein Richterprivileg bei unterlassener Vorlage gem. Art. 177 EGV - Folgerungen aus der Entscheidung EuGH, EuZW 1996, 205 - Brasserie du Pêcheur, in: EuZW 1996, S. 748 ff.
- Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen:* Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., Baden-Baden 1993
- Bieber, Roland:* Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organen, Baden-Baden 1987
- Ders.:* Das Gesetzgebungsverfahren der Zusammenarbeit gemäß Art. 149 EWGV, in: NJW 1989, S. 1395 ff.
- Ders.:* Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union, in: Knut Wolfgang Nörr/Thomas Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 165 ff.
- Bierle, Michael:* Pfandrechte an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der USA, Englands, Frankreichs, und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Mainz 1993
- Black, Donald:* The Behaviour of Law, New York 1976
- Blank, Josef:* Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, Baden-Baden 1991
- Blaszczyk, Andreas:* Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Köln usw. 1993
- Blaurock, Uwe:* Europäisches Privatrecht, in: JZ 1994, S. 270 ff.
- Ders.:* Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, in: Christian Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, Göttingen 1992, S. 90 ff.
- Bleckmann, Albert:* Europarecht. Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln 1997 (zit.: Bearbeiter, in: Bleckmann, Europarecht)
- Ders.:* Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, in: ZVglRWiss 1975, S. 106 ff.
- Ders.:* Die Freiheiten des gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: Roland Bieber/Dietmar Nickel (Hrsg.), Das Europa der Zweiten Generation, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Band 2, Kehl 1981, S. 665 ff. (zit.: Bleckmann, GS Sasse)
- Ders.:* Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-Richtlinie, in: RIW 1984, S. 774 ff.
- Blomeyer, Wolfgang:* Auf dem Weg zur (E)uropäischen Genossenschaft, in: BB 2000, S. 1741 ff.
- Bodewig, Theo:* Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, in: DZWIR 1997, S. 447 ff.
- Böhm, Reinhard:* Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht. Ein Beitrag zur Klärung und Abgrenzung von effet utile, implied powers, resulting powers und Lückenklauseln, Frankfurt am Main 1985
- Böhmer, Christof:* Die Transliteration ausländischer Namen (zu EuGH, 30.3.1993 - C-168/91; IPRax 1994 S. 113 Nr. 8), in: IPRax 1994, S. 80 ff.
- Boele-Woelki, Katharina:* Principles and Private International Law, in: ULR 1996, S. 652 ff.
- Dies.:* Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge, IPRax 1997, S. 161 ff.
- Dies.:* European and Unidroit Principles of Contract Law, in: Bernd von Hoffmann (Hrsg.), European Private International Law, Nijmegen 1998, S. 67 ff.

- Dies.*: Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in: Jürgen Basedow/Isaak Meier/Anton K. Schnyder/Talia Einhorn/Daniel Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr, Zürich 2000, S. 61 ff. (zit.: Boele-Woelki, FS Siehr)
- Börstinghaus, Ulf*: Vom Berufe einer „Expertenanhörung“ in Zeiten der Mietrechtsreform 2001, in: NZM 5/2001, S. V.
- Bogdandy von, Armin*: Europäisches Protektorium im Medienbereich zu Inhalt und Rechtmäßigkeit der Quotenregelung in der Fernsehrichtlinie, in: EuZW 1992, S. 9 ff.
- Boggiano, Antonio*: La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT, ULR 1996, S. 219 ff.
- Bonell, Michael J.*: An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Aufl., New York 1997
- Ders.* (Hrsg.): A new approach to international commercial contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Congress of Comparative Law, Bristol, 26 July - 1 August 1998, Den Haag/London/Boston 1999
- Ders.*: International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, in: AJCL 38 (1990), S. 865 ff.
- Ders.*: Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, in: RabelsZ 56 (1992), S. 274 ff.
- Ders.*: Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts, in: AJCL 40 (1992), S. 617 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1121 ff.
- Ders.*: Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the UNIDROIT Principles, in: Tul. J. Int. Comp. L. 3 (1995), S. 73 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments?, in: ULR 1996, S. 26 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?, in: ULR 1996, S. 229 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years, in: ULR 1997, S. 34 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT-Principles: What Next, in: ULR 1998, S. 275 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: ULR 2000, S. 199 ff.
- Ders.*: Do We Need a Global Commercial Code?, in: ULR 2000, S. 469 ff.
- Bonell, Michael J./Schipani, Sandro* (Hrsg.): „Principi per i contratti commerciali internazionali“ e il sistema giuridico latinoamericano, Padua 1996
- Bonell, Michael J./Bonelli* (Hrsg.): Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT, Mailand 1997
- Boodman, Martin*: The Myth of Harmonization Of Laws, in: AJCL 39 (1991), S. 699 ff.
- Boodmann, Martin*: The Myth Of Hamonization Of Laws, in: AJCI 39 (1991), S. 699 ff.
- Booyesen, Hercules*: International Transactions and the International Law Merchant, Pretoria 1996
- Borchmann, Michael*: Der Vertrag von Nizza, in: EuZW 2001, S. 170 ff.
- Borel, Jean*: Die Frage einer internationalen Hilfssprache und das Esperanto, 5. Aufl., Berlin 1905
- Borges, Georg*: Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozeß, in: RWI 2000, S. 933 ff.

- Bork, Reinhard/Schmidt-Parzefall, Tillmann:* Zur Reformbedürftigkeit des § 110 ZPO, in: JZ 1994, S. 18 ff.
- Bornkamm, Joachim:* Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung zwischen nationalen und europäischem Recht, in: Karl Geiß/Kay Nehm/Hans Erich Brandner/Horst Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des 50jährigen Bestehens von Bundesgericht, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 343 ff.
- Borrás, Alegría:* Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam, in: REDI 51 (1999), S. 383 ff.
- Borries, Reimer von:* Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Ulrich Everling/Karl-Heinz Narjes/Jochim Sedemund (Hrsg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 22 ff. (zit.: von Borries, FS Deringer)
- Ders.:* Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, in: EuR 1994, S. 263 ff.
- Ders.:* Die Regierungskonferenz 1996 und das Privatrecht, in: ZEuP 1996, S. 193 ff.
- Borris, Christian:* The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, in: Stefan N. Frommel/Barry A. K. Rider (Hrsg.), Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration. Old Issues and New Trends, Den Haag/London/Boston 1999, S. 1 ff.
- Bortolotti, Fabio:* The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals, in: ULR 2000, S. 141 ff.
- Bozkurt, Gülnihal:* Die Rezeption westlichen Rechts in der Türkei, in: Christian Tomuschat/Hein Kötz/Bernd von Maydell (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen. Referate des 13. Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 19. bis 23. September 1993 in Bamberg, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 51 ff.
- Braga, Sevdol:* Zur Methode der rechtsvergleichenden Arbeit, in: Gerhard Lücke/Georg Röss/Michael R. Will (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln/Berlin/Bonn/München 1983, S. 99 ff. (zit.: Braga, GS Constantinesco)
- Brandner, Hans Erich:* Aufgaben der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Umsetzung europäischen Privatrechts und der Auslegung angeglichenen Rechts, in: Karlmann Geiß/Kay Nehm/Hans Erich Brandner/Horst Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 299 ff. (zit.: Brandner, FS 50 Jahre BGH)
- Brauneder, Wilhelm:* Faktoren der Privatrechtsvereinheitlichungen um 1800 und um 1900, in: Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit, Lund 1993, S. 1 ff.
- Brechmann, Winfried:* Die richtlinienkonforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994
- Bredow, Jens/Seiffert, Bodo:* Incoterms 1990. Wegweiser für die Praxis, 2. Aufl., Bonn 1994
- Dies.:* Incoterms 2000. Kommentar und deutsch, englischer Text der ICC-Incoterms, Bonn 2000
- Brehm, Wolfgang/Berger, Christian:* Sachenrecht, Tübingen 2000
- Brenn, Christoph:* Der elektronische Geschäftsverkehr, in: ÖJZ 1999, S. 481 ff.
- Briguglio, Antonio R.:* Zur Vorlage gemäß Art. 177 EWG-Vertrag nach einer Zurückverweisung vom Revisions-/Kassationsgericht an das untergeordnete Gericht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und italienischen Zivilprozeßrechts, in: Walter F. Lindacher/Dieter Pfaff/Günter H. Roth/Peter Schlos-

- ser/Eberhard Wieser (Hrsg.), Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag am 6. April 1989, Bielefeld 1989, S. 47 ff. (zit.: Briguglio, FS Habscheid)
- Brisch, Klaus M.*: EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, in: CR 1999, S. 235 ff.
- Brödermann, Eckart*: Europäisches Gemeinschaftsrecht versus IPR: Einflüsse und Konformitätsgebot, in: MDR 1992, S. 89 ff.
- Brödermann, Eckart/Iversen, Holger*: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Tübingen 1994
- Broggini, Gerardo*: Conflitti di leggi, armonizzazione e unificazione nel diritto europeo delle obbligazione e delle imprese, in: RDIPP 1995, S. 241 ff.
- Ders.*: Was bedeutet heute gemeineuropäisches Vertragsrecht?, in: ZfRV 1997, S. 221 ff.
- Brüggemeier, Gert*: Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999
- Brüggemeier, Gert/Joerges, Christian*: Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 301 ff.
- Brüggemeier, Gert/Reich, Norbert*: Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: BB 2001, S. 213 ff.
- Brüsselbach, Christiane*: Vorvertragliche Rechtspflichten als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung – EuGH, EuZW 1993, 743, in: JuS 1995, S. 21 ff.
- Bruha, Thomas*: Rechtliche Aspekte der Vielsprachigkeit: Vertrags-, Amts-, Arbeits- und Verkehrssprachen in der Europäischen Union, in: Thomas Bruha/Hans-Joachim Seeler (Hrsg.), Die Europäische Union und ihre Sprachen, Baden-Baden 1998, S. 83 ff.
- Buchholz, Stephan*: Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: RabelsZ 50 (1986), S. 77 ff.
- Buchmann, Heike*: Die Vorschrift des § 609a BGB und die Grundfreiheiten des EGV. Zugleich eine Untersuchung der Frage nach den Auswirkungen des europäischen Primärrechts auf die nationale Zivilrechtsordnung, Aachen 1999
- Buck, Carsten*: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt a. M. 1998
- Bülow, Peter*: Zum internationalen Anwendungsbereich des deutschen Verbraucherkreditgesetzes, in: EuZW 1993, S. 435 ff.
- Ders.*: Anmerkung zur Wettbewerbswidrigkeit einer Image-Werbung mit dem Elend der Kreatur („Ölverschmutzte Ente“), BGH; Urt. 6.7.1995 - I ZR 239/93 (Frankfurt/M.) UWG § 1, ZIP 1995, S. 1289 ff.
- Ders.*: Fernabsatzrichtlinie und Verbraucherkreditgesetz, in: DZWIR 1998, S. 89 ff.
- Ders.*: Der Grundsatz pacta sunt servanda im europäischen Sekundärrecht, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 189 ff. (zit.: Bülow, FS Söllner)
- Bungenberg, Marc*: Art. 235 EGV nach Maastricht. Die Auswirkungen der Einheitlichen europäischen akte und des Vertrags über die europäische Union auf die Handlungsefugnis des art. 235 EGV (Art. 308 EGV n.F.), Baden-Baden 1999
- Bungert, Hartwin*: Sicherheitsleistung durch Ausländer und europäische Dienstleistungsfreiheit - zum Urteil des EuGH vom 1.7.1993, in: IstR 1993, S. 481 ff.
- Ders.*: Prozeßkostensicherheitsleistung ausländischer Kapitalgesellschaften und Diskriminierungsverbote des EWG-Vertrages, in: EWS 1993, S. 315 ff.

- Burgi, Martin*: Mitgliedstaatliche Garantiepflcht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327 ff.
- Burkart, Fabian*: Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles, Baden-Baden 2001
- Burman, Harold S.*: International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 28 (1995), S. 367 ff.
- Busch, D./Hondius, Ewoud H.*: Een nieuw contractenrecht voor Europa: de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief, in: *Nederlands Juristenblad* 2000, S. 8237 ff.
- Buschhaus, Gabriele*: Das „Francovich-Urteil“ des EuGH - gemeinschaftsrechtlich begründete Haftungsansprüche der EG-Bürger gegenüber den Mitgliedstaaten bei Nichtumsetzung einer Richtlinie, in: *JA* 1992, S. 142 ff.
- Bussani, Mauro*: Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés, in: *ERPL* 6 (1998), S. 23 ff.
- Ders.*: „Integrative“ Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems, *ERPL* 2000, S. 85 ff.
- Bussani, Mauro/Mattei, Ugo*: The common core approach to the european private law, in: *Col. J. Eur. L.* 3 (1997/98), S. 339 ff.
- Dies.*: Making European Law. Essays on the ‘Common Core’ Project, Trient 2000
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, 2. Aufl., Wien/New York 1991
- Caemmerer, Ernst von*: Rechtsvereinheitlichung und internationales Privatrecht, in: Ernst von Caemmerer/Hans-Jürgen Schlochauer/Ernst Steindorff (Hrsg.), *Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1966, S. 63 ff. (zit.: von Caemmerer, FS Hallstein)
- Cahier, P.*: Les articles 169 et 171 du traité instituant la CEE à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour, *CDE* 1974, S. 3 ff.
- Calavros, Constantin*: Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1988
- Callies, Christian*: Der Schlüsselbegriff der „ausschließlichen Zuständigkeit“ im Subsidiaritätsprinzip des Art. 3 b II EGV, in: *EuZW* 1995, S. 693 ff.
- Ders.*: Nach dem „Tabakwerbung-Urteil“ des EuGH: Binnenmarkt und gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, in: *Jura* 2001, S. 311 ff.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Neuwied 1999 (zit.: Callies/Ruffert-Bearbeiter)
- Calvo Carravaca, Alfonso Luis/Carrascosa González, Javier/Blanco-Morales Limones, Pilar/Iriarte Ángel, José Luis/Eslava Rodríguez, Manuela*: *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada 1998
- Calvo Carravaca, Alfonso Luis/Carrascosa González, Javier/Blanco-Morales Limones, Pilar/Iriarte Ángel, José Luis/Eslava Rodríguez, Manuela/Sánchez Jiménez, María Ángelesa*: *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 2. Aufl., Granada 2000
- Campana, Marie-Jeanne*: Vers un langage commun en Europe?, in: *ERPL* 2000, S. 33 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: *Handelsrecht*, 23. Aufl., München 2000
- Ders.*: Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Supervisionsinstanz, in: *EuZW* 1994, S. 417 ff.
- Ders.*: Die Stellung der „UNIDROIT-Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000, S. 5 ff.
- Ders.*: Wandlungen des Schuldvertragsrechts, in: *AcP* 200 (2000), S. 273 ff.

- Caruso, Daniela*: The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, in: ELJ 3 (1997), S. 3 ff.
- Castronovo, Carlo*: I „Principi di diritto europeo del contratti“ e l’idea di codice, in: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione 1995, S. 21 ff.
- Chamboredon, Anthony*: The Debate on a European Civil Code: For an „Open texture“, in: Mark Van Hoecke/Francois Ost (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law, Oxford 2000, S. 63 ff.
- Chavrier, Matthieu*: La Cour des Justice après le traité d’Amsterdam: Palingénésie ou palinodies?, in: RMC 2000, S. 542 ff. und 620 ff.
- Clarke, Malcolm*: The Transport of Goods in Europe. Patterns and Problems of Uniform Law, in: Franco Ferrari (Hrsg.), The Unification of International Commercial Law, Baden-Baden 1998, S. 59 ff.
- Classen, Claus Dieter*: Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, in: EuZW 1993, S. 83 ff.
- Ders.*: Europäische Integration und demokratische Legitimation, in: AöR 1994 (119. Band), S. 238 ff.
- Ders.*: Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, in: EWS 1995, S. 97 ff.
- Cläßen, Christiane*: Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, Berlin 2000
- Clausen, Leif/Eck, Lothar*: Staatshaftung nach Francovich: § 839 BGB auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, in: JA 1993, S. 329 ff.
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutter-schaft, in: NJW 1982, S. 2528 ff.
- Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, 1968
- Ders.*: Europäisches Privatrecht 1, 1. Aufl., München, 1985
- Ders.*: Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts. Nationale Gesetzgebung und europäische Rechtsdiskussion im 19. Jahrhundert, Opladen 1986
- Ders.*: Europäisches Privatrecht 2, 1. Aufl., München, 1989
- Ders.*: Einführung, in: Methoden der Rechtsvereinheitlichung, Frankfurt am Main 1974, S. 7 ff.
- Ders.*: Ius commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen: Drei historische Formenj der Rechtsvereinheitlichung, in: Le nuove frontiere del diritto e il problema dell’unificazione. Atti del Congrso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Universtà di Bari, Mailand 1979, S. 171 ff.
- Collins, Hugh*: European Private Law and the Cultural Identity of States, in: ERPL 3 (1995), S. 353 ff.
- Ders.*: The Voice of the Community in Private Law Discourse, ELJ 3 (1997), S. 407 ff.
- Constantinesco, Léontin-Jean*: Rechtsvergleichung, Band II: Die rechtsvergleichende Methode, Köln/Berlin/Bonn/München 1972 (zit.: Constantinesco, Rechtsvergleichung II)
- Ders.*: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I. Das institutionelle Recht, Baden-Baden 1977
- Ders.*: Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, in: ZfRV 1981, S. 161 ff.
- Constantinesco, Vlad/Hübner, Ulrich*: Einführung in das französische Recht, 3. Aufl., München 1994
- Corbin, Arthur L.*: The Restatement of the Common Law by the American Law Institute, in: Iowa Law Review, 15 (1929-1930), S. 19 ff.
- Cornils, Matthias*: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1. Aufl., Baden-Baden, 1995

- Costello, Cathryn*: Market Access All Areas – The Treatment of Non-discriminatory Barriers to the Free Movement of Workers, in: LIEI 27 (2000), S. 267 ff.
- Cotterrell, Roger*: The Concept of Legal Culture, in: David Nelken (Hrsg.), Comparing Legal Cultures, Aldershot 1997, S. 13 ff.
- Craig, Paul*: Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, in: ELR 1997, S. 519 ff.
- Crystal, Nathan M.*: Codification and the Rise of the Restatement Movement, in: Wash. L. Rev. 54 (1979), S. 239 ff.
- Curoni, Pio*: Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neopandektismus, in: ZNR 1994, S. 85 ff.
- Currie, David P.*: Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt am Main 1988
- Ders.*: Die Vereinheitlichung des amerikanischen Privatrechts, in: JZ 1996, S. 930 ff.
- Curtin, Deirdre*: Directives: The effectiveness of judicial protection of individual rights, in: CMLR 27 (1990), S. 709 ff.
- Czernich, Dietmar*: Die Ausländerprozeßkostensicherheit nach § 57 ZPO, in: ÖJZ 1998, S. 251 ff.
- Dageförde, Heinrich*: Internationales Finanzierungsleasing, 1. Aufl., München, 1992
- Dahan, Frédérique*: La Floating Charge: Reconnaissance en France d'une sûreté anglaise, in: JDI 123 (1996), S. 381 ff.
- Daig, Hans-Wolfram*: Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre in Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Bernstein, Herbert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, S. 395 ff.
- Damm, Reinhard*: Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht. Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: JZ 1994, S. 161 ff.
- Dänzer-Vanotti, Wolfgang*: Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, in: RIW 1992, S. 733 ff.
- Darrell, Norris/Wolkin, Paul A.*: American Law Institute, in: New York State Bar Journal 52 (1980), S. 99ff.
- Dasser, Felix*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria, Zürich 1989
- Daumann, Frank*: Zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen in einem Gemeinsamen Markt, in: Erhard Katzenbach/Bruno Molitor/Otto G. Mayer (Hrsg.), Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1994, S. 281 ff.
- Ders.*: Faktormobilität, Systemwettbewerb und die Evolution der Rechtsordnung, in: Peter Oberender/Manfred E. Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß, Baden-Baden 1995, S. 53 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Berlin 1983
- Dies.*: Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß, in: JZ 2001, S. 8 ff.
- Dauses, Manfred*: Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 2. Aufl., München 1995
- Ders.* (Hrsg.): Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, München, Loseblatt, Stand: November 1999, (zit.: Bearbeiter, in: Hdb. EG-WirtschaftsR)
- Ders.*: Tabakrauch und Werberverbot: neuer Institutionenkonflikt am Horizont?, in: EuZW 1994, S. 545 ff.

- Ders.*: Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, in: EuZW 1995, S. 425 ff.
- Ders./Sturm, Michael*: Rechtliche Grundlagen des Verbraucherschutzes im Binnenmarkt, in: ZfRV 1996, S. 133 ff.
- David, René/Grasmann, Günther (Hrsg.)*: Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl., München 1988
- Dean, Meryll*: Unfair Contract Terms: The European Approach, in: The Modern Law Review 56 (1993), S. 581 ff.
- Deckert, Martina*: Der ‚Binnenmarkt für Juristenausbildung‘: Europäische Impulse für Forschung und Lehre, in: ERPL 1998, S. 1 ff.
- Dies.*: Zu Harmonisierungsbedarf und Harmonisierungsgrenzen im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: RabelsZ 2000, S. 478 ff.
- Deckert, Martina/Lilienthal, Nicolas O.*: Die Rechtsetzungskompetenzen der EG im Privatrecht, in: EWS 1999, S. 121 ff.
- Dendrinios, Antonios*: Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Griechenland, Frankfurt a. M. 1989
- Depenheuer, Otto*: Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsverinterpretation, Heidelberg, 1988
- Derleder, Peter*: Die Sackgasse des Leasing, in: VuR 1989, S. 301 ff.
- Dethloff, Nina*: Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: JZ 2000, S. 179 ff.
- Deutsch, Erwin*: Haftung der Dienstleistungsberufe. Natürliche Vielfalt und europäische Rechtsangleichung, Heidelberg 1993
- Diedrich, Frank*: Lückenfüllung im Internationalen Einheitsrecht, in: RIW 1995, S. 353 ff.
- Diehl-Leistner, Barbara A.*: Internationales Factoring. Eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der Vereinigten Staaten unter Einschluß der UNIDROIT-Konvention über das Internationale Factoring (1988). Mit Vertragsmustern, FCI-Vorschriften und dem Text des Übereinkommens vom 28. Mai 1988, München 1992
- Dittrich, Alfred*: Der Schutz der Unionsbürger durch die justitielle Zusammenarbeit, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Der dritte Pfeiler der Europäischen Union, Baden-Baden 1996, S. 101 ff.
- Dohnold, Heike*: Die Haftung des Staates für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: DÖV 1991, S. 152 ff.
- Dölle, Hans*: Vom Stil der Rechtssprache, Tübingen 1949
- Dörr, Oliver/Mager, Ute*: Rechtswahrung und Rechtsschutz nach Amsterdam, in: AöR 125 (2000), S. 386 ff.
- Downes, Noemi/Heiss, Helmut*: Sprachregulierungen im Vertragsrecht: Europa- und internationalprivatrechtliche Aspekte, in: ZVglRWiss 98 (1999), S. 28 ff.
- Dougan, Michael*: Minimum Harmonization and the Internal Market, in: CMLR 2000, S. 853 ff.
- Drasch, Wolfgang*: Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut, Baden-Baden 1997
- Dreher, Meinrad*: Die Versicherung als Rechtsprodukt. Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung, Tübingen 1991
- Ders.*: Der Verbraucher - Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, in: JZ 1997, S. 167 ff.

- Ders.*: Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, in: JZ 1999, S. 105 ff.
- Drexl, Josef*: Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, in: JZ 1998, S. 1046 ff.
- Dreyzin de Klor, Adriana S./Saracho Cornet, Teresita Nelly*: Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994), in: La Ley 1995, S. 1037 ff.
- Drobnig, Ulrich*: Private Law in the European Union, Maastricht 1996
- Ders.*: Conflict of Laws and the European Community, in: AJCL 15 (1966-67), S. 204 ff.
- Ders.*: Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?, in: RabelsZ 34 (1970), S. 636 ff.
- Ders.*: Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Schuldrechts, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts - Bewahrung oder Wende? -, Frankfurt/Main 1977, S. 141 ff.
- Ders.*: Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, in: RabelsZ 50 (1986), S. 610 ff.
- Ders.*: Ein Vertragsrecht für Europa, in: Jürgen F. Baur/Klaus J. Hopt/K. Peter Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, S. 1141 ff. (zit.: Drobnig, FS Steindorff)
- Ders.*: Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht, in: ERPL 1993, S. 171 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles in the conflict of laws, in: ULR 1998, S. 385 ff.
- Ders.*: Neue rechtliche Konzepte für den europäischen Verbraucherschutz, in: Wolfgang Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz. Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Zivilrechtsordnungen, Köln 1999, S. 201 ff. = Notarius International 1998, S. 98 ff.
- Ders.*: Europäisches Zivilgesetzbuch - Gründe und Grundgedanken, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Heidelberg 1999, S. 109 ff.
- Drobnig, Ulrich/Dopffel, Peter*: Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, in: RabelsZ 46 (1982), S. 253 ff.
- Drobnig, Ulrich/Kronke, Herbert*: Die Anerkennung ausländischer Mobiliarsicherungsrechte nach deutschem internationalen Privatrecht, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.), Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978, Tübingen 1978, S. 91 ff.
- Drygala, Tim*: Die Vollharmonisierung des Vertriebsrechts für Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, in: Uwe H. Schneider/Peter Hommelhoff/Karsten Schmidt/Wolfgang Timm/Barbara Grunewald/Tim Drygala (Hrsg.), Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 1563 ff. (zit.: Drygala, FS Lutter)
- Duintjer Tebbens, Harry*: Les conflits de los en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire, in: Rev. crit. dr. int. pr. 83 (1994), S. 451 ff.
- Ebenroth, Carsten Thomas*: Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenverkehrsfreiheit, Heidelberg 1992
- Ders.*: Neue Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt der Europäischen Union, in: Willi Erdmann/Wolfgang Gloy/Rolf Herber (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 133 ff.

- Eberhartinger, Michael*: Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, in: EWS 1997, S. 43 ff.
- Ebke, Werner F.*: Renaissance-Juristinnen und –Juristen für das 21. Jahrhundert, in: JZ 1996, S. 995 ff.
- Ders.*: Company Law and the European Union: Centralized versus Decentralized Lawmaking, in: The International Lawyer 31 (1997), S. 961 ff.
- Ders.*: Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?, in: Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 189 ff. (zit.: Ebke, FS Großfeld)
- Ders.*: Märkte machen Recht – auch Gesellschafts- und Unternehmensrecht!, in: Uwe H. Schneider/Peter Hommelhoff/Karsten Schmidt/Wolfgang Timm/Barbara Grunewald/Tim Drygala (Hrsg.), Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 17 ff. (zit.: Ebke, FS Lutter)
- Eck, Matthias/Ihas, Klaus*: Neue Grenzen vergleichender Werbung zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 97/55/EG vom 6. Oktober 1997, in: WRP 1999 S. 251 ff.
- Eckert, Hans-Werner*: Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, in: WM 1993, S. 1070 ff.
- Ders.*: Europäisierung des Privatrechts. Die Bedeutung der Richtlinien der Europäischen Union für die Schaffung einer einheitlichen Rechtsordnung, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 239 ff. (zit.: Eckert, FS Söllner)
- Edelmann, Hervé*: Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaftsverträge - zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 17.3.1998 - C 45/96, VuR 1998, S. 179 ff.
- Eger, Thomas*: Harmonisierung von Rechtsregeln versus Wettbewerb zwischen Jurisdiktionen in Europa, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Heidelberg 1999, S. 95 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter*: Die Verfolgung von Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten durch die Kommission. Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Wilhelm G. Grewe (Hrsg.), Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, Baden-Baden 1981 (zit.: Ehlermann, FS Kutscher)
- Ders.*: Rechtliche Überlegungen zum Konzept der abgestuften Integration, Saarbrücken 1985
- Ders.*: Ökonomische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips: Harmonisierung versus Wettbewerb der Systeme, in: Integration 1995, S. 11 ff
- Ehlers, Dirk*: Die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts Teil I), in: Jura 2001, S. 266 ff.
- Ders.*: Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, in: JZ 1996, S. 776 ff.
- Ehmann, Eugen/Helfrich, Andreas*: EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkommentar, Köln 1999
- Ehmann, Horst/Rust, Ulrich*: Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: JZ 1999, S. 853 ff.
- Ehricke, Ulrich*: Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Saarbrücken 1997
- Ders.*: Zur teleologischen Reduktion des § 917 II ZPO, in: NJW 1991, S. 2189 ff.

- Ders.*: Nochmals: Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in § 917 II ZPO, in: NJW 1992, S. 603 f.
- Ders.*: Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf § 917 II ZPO, in: IPRax 1993, S. 380 ff.
- Ders.*: Der „Taugliche Bürge“ gemäß § 239 BGB auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, in: EWS 1994, S. 259 ff.
- Ders.*: Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, in: RabelsZ 1995, S. 598 ff.
- Ders.*: Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, in: EuZW 1999, S. 553 ff.
- Ders.*: Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozeßrecht - Bilanz und Perspektiven, in: IPRax 1999, S. 311 ff.
- Ders.*: Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU, in: RabelsZ 64 (2000), S. 478 ff.
- Ders.*: Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU. Ein Beitrag zur Entwicklung einer sog. Société Fermée Européenne (Europäische Privatgesellschaft), in: RabelsZ 64 (2000), S. 497 ff.
- Ehrmann, Henry W.*: Vcomparative Legal cultures, Englewood Cliffs 1976
- Eidenmüller, Horst*: Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zuünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, in: IPRax 2001, S. 2 ff.
- Eilmansberger, Thomas*: Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Staatshaftungsdoktrin des EuGH, Baden-Baden 1997
- Ders.*: Die Zivilrechtsfolgen gemeinschaftswidriger Beihilfegewährung – Zur Bedeutung der Art. 87 f EGV für das österreichische Zivilrecht (= Hans-Georg Koppensteiner [Hrsg.], Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2: Staatliche Beihilfen), Wien 2000
- Ders.*: Die Liberalisierung des Hypothekarkredits in der EWG, in: EuZW 1991, S. 193 ff.
- Ders.*: Zur Reichweite der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: JBl. 1999, S. 345 ff. und 434 ff.
- Einsle, Dorothee*: Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht, in : RabelsZ 60 (1996), S. 417 ff.
- Emmerich, Volker*: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl., München 1998
- Ders.*: Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München 1997
- Ders.*: EuGH: Aufklärungspflichten des Verkäufers und freier Warenverkehr, in: WIB 1994, S. 77 ff.
- Emmerich-Fritsche, Angelika*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, Berlin 2000
- Emmert, Frank*: Europarecht, München 1996
- Ders.*: Horizontale Drittwirkung von Richtlinien? Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!, in: EWS 1992, S. 56 ff.
- Endrös, Florian*: Das französische Sprachschutzgesetz und seine Unvereinbarkeit mit EG-Recht, in: RIW 1995, S. 17 ff.
- Engisch, Karl*: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Epiney, Astrid*: Umgekehrte Diskriminierungen: Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1995

- Erdmann, Willi/Melullis, Klaus-Jürgen*: Einfluß des europäischen Rechts auf den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe der Wissenschaft, Bd. II, München 2000, S. 315 ff. (zit.: Erdmann/Melullis, Festgabe 50 Jahre BGH)
- Erman*: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Münster 2000 (zit.: Erman-Bearbeiter)
- Ernst, Stefan*: Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Eu-Richtlinienvorschlags zum Electronic Commerce, in: VuR 1999, S. 397 ff.
- Ernst, wolfgang*: Zum Fortgang der schuldrechtsmodernisierung, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 559 ff.
- Erp, J. H. M. van*: Europeese privaatrecht in ontwikkeling?, in: Themis en Europa/Een opening con nieuwe grenzen?, Zwolle 1989, S. 61 ff.
- Esplugues Mota, Carlos*: Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho internacional privado en Europa, in: Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000, S. 481 ff.
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Ders.*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Tübingen 1972
- Europäisches Parlament (Hrsg.)*: Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches. Vergleichende Untersuchung der Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU im Hinblick auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie zur Möglichkeit und Notwendigkeit der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, JURI 103 DE, Luxemburg 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Europäisches Parlament [Hrsg.], Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU)
- European Bank for Reconstruction and Development*: Model Law on Secured Transactions. A model law produced by the Office of the General Counsel of the European Bank for reconstruction and Development and financed by the Japan-European Fund, London 1994
- Everling, Ulrich*: Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Praxis und Rechtsprechung, Baden-Baden 1986
- Ders.*: Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschliefungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in: Gerhard Lüke/Georg Röss/Michael R. Will), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration - Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, 1993, S. 133 ff.
- Ders.*: Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 - dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, in: Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans Möller/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), Eine Ordnungspolitik für Europa. Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden 1987, S. 111 ff.
- Ders.*: Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, S. 936 ff.
- Ders.*: Zur Funktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als Verwaltungsgericht, in: Bernd Bender/Rüdiger Breuer/Fritz Ossenbühl/Horst Sender (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 293 ff. (zit.: Everling, FS Redeker)

- Ders.*: Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, S. 127 ff.
- Ders.*: Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes, ZLR 1994, S. 221 ff.
- Ders.*: Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union, in: EuR 1997, S. 398 ff.
- Ders.*: Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot, in: Wolfgang Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 607 ff. (zit.: Everling, GS Knobbe-Keuk)
- Ders.*: Subsidiaritätsprinzip und „ausschließliches“ Gemeinschaftsrecht - ein „faux problème“ der Verfassungsauslegung, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997 (zit.: Everling, FS Stern)
- Ders.*: Einlagensicherung der Banken im Europäischen Binnenmarkt. Zum Urteil des Gerichtshofs der EG vom 13.5.1997; in: ZHR 162 (1998), S. 403 ff.
- Ewald, William*: Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, in: AJCL 43 (1995), S. 489 ff.
- Ewert, Daniel*: Schadensersatzpflicht der Bundesrepublik bei Verletzung des europäischen Gemeinschaftsrechts - Staatshaftung bei Nichtumsetzung von EG-Richtlinien und Verstößen gegen den EWG-Vertrag?, in: RIW 1993, S. 88 1 ff.
- Eyles Uwe*: Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft. Die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990
- Faber, Wolfgang*: Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, S. 854 ff.
- Ders.*: Zur Richtlinie bezügliche Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, in: Juristische Blätter 1999, S. 413 ff.
- Fallon, Marc*: Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé, in: Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à Francois Rigaux, Brüssel 1993, S. 187 ff.
- Ders.*: Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, ERPL 7 (1999), S. 45 ff.
- Fallon, Marc/Francq, Stéphanie*: Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?, in: Jürgen Basedow/Isaak Meier/Anton K. Schnyder/Talia Einhorn/Daniel Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr, Zürich 2000, S. 155 ff. (zit.: Fallon/Francq, FS Siehr)
- Farnsworth, E. Allan*: An Introduction to the Legal System of the United States, 3. Aufl., New York 1996
- Ders.*: Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, relevant International Conventions and National Laws, in: Tul. J. Int. Comp. L. 3 (1995), S. 47 ff.
- Feldstein de Cárdenas, Sara L.*: Contratos internacionales, Buenos Aires 1995
- Fenge, Anja*: Probleme der floating charge im schottischen Sachenrecht, in: ZEuP 2000, S. 342 ff.
- Ferid, Murad*: Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung, in: ZfRV 3, S. 193 ff.
- Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen*: Das französische Zivilrecht, Band 2. Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986

- Fernández Arroyo, Diego P.:* La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V (hecha en México, D. F., el 17 de marzo de 1994), in: REDI 46 (1994), S. 929 ff.
- Ders.:* La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux - certains chemins conduisent au-delà de Rome, in: Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), S. 178 ff.
- Fernández Rozas, José Carlos:* Derecho del comercio internacional, Madrid 1996
- Ferrari, Franco (Hrsg.):* Il factoring internazionale. Commento alla Convenzione unidroit sul factoring internazionale, Padua 1999
- Ders.:* Defining the Sphere of Application of the 1994 „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1225 ff.
- Ders.:* Le champ d'application des „Principes pour les Contrats Commerciaux Internationaux“ élaborés par UNIDROIT, in: Rev. int. dr. t comp. 1995, S. 985 ff.
- Ders.:* General Principles and International Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit Conventions, in: ULR 1997, S. 451 ff.
- Ders.:* Das Verhältnis zwischen den UNIDROIT-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, in: JZ 1998, S. 9 ff.
- Ferri, Giovanni B.:* Considerazione intorno all'ipotesi di un progetto di codice europeo del contratti, in: Quadrimestre. Rivista di diritto privato 1991, S. 366 ff.
- Fezer, Karl-Heinz:* Europäisierung des Wettbewerbsrecht. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs - Kommentar zur jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Warenverkehrsrecht (Rechtssachen „Yves Rocher“, „Keck und Mithouand“ und „Hünernmund“), JZ 1994, S. 317 ff.
- Fezer, Karl-Heinz/Koos, Stefan:* Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie. Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe, in: IPRax 2000, S. 349 ff.
- Fikentscher, Wolfgang:* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Tübingen, 1975 ff.
- Fina, Siegfried:* Die Harmonisierung der nationalen Regelungen für Zahlungsfristen des Handelsverkehrs. Der geänderte Richtlinienvorschlag der Kommission – eine Zwischenbilanz, in: ÖJZ 1999, S. 534 ff.
- Fischer, Detlev:* Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschlisierung (1. Aufl), Frankfurt am Main 1981.
- Fischer, Gerfried:* Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip, in: Christian von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 157 ff.
- Fischer, Hans-Georg:* Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, in: EuZW 1992, S. 41 ff.
- Fischer, Peter/Köck, Heribert Franz:* Europarecht. Einschließlich des Rechtes supranationaler Organisationen, 3. Aufl., Wien 1997
- Flessner, Axel:* Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen 1990
- Ders.:* Fakultatives Kollisionsrecht, in: RabelsZ 34 (1970), S. 547 ff.
- Ders.:* Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, in: RabelsZ 56 (1992), S. 243 ff.
- Ders.:* Deutsche Juristenausbildung. Die kleine Reform und die europäische Perspektive, in: JZ 1996, S. 689 ff.
- Fögen, Marie Theres:* Brüssel, Beirut, Byzanz. Viele Sprachen, ein Recht?, in: RJ 12 (1993), S. 349 ff.

- Fox, Lawrence J.:* Leave Your Clients at the Door, in: Hofstra L. Rev. 26 (1998), S. 595 ff.
- Frank, Helmar:* Demokratische Zweisprachigkeit in Europa (Möglichkeiten einer europäischen Sprachpolitik unter Berücksichtigung der sprachlichen Minderheiten, in: P. S. Ureland (Hrsg.), Kulturelle und sprachliche Minderheiten in Europa, Tübingen 1981, S. 17 ff.
- Frank, John P.:* The American Law Institute 1923 - 1998, in: Hofstra L. Rev. 26 (1998), S. 615 ff.
- Franzen, Martin:* Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin/New York 1999
- Ders.:* Auslegung und Fortbildung von privatrechtsangleichenden Richtlinien, in: Christoph Weber/Anja Steinbeck/Joachim Hennrichs/Helmar Ingelfinger/Matthias Jacobs/Hans-Friedrich Müller/Thomas Raab/Jürgen Treber (Hrsg.), Europäisierung des Privatrechts. Zwischenbilanz und Perspektiven, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, Stuttgart usw. 1998, S. 285 ff. (zit.: Franzen, JJZ 1997)
- Freedman, Monroe H.:* Caveat Lector: Conflicts of Interest of ALI Members in Drafting the Restatements, in: Hofstra L. Rev. 26 (1998), S. 641 ff.
- Freitag, Robert:* Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse der Einwirkungen der Warenverkehrsfreiheit und der EG-Produkthaftungsrichtlinie auf die grenzüberschreitende Herstellerverantwortlichkeit im deutsch-französischen Handel, Tübingen 2000
- Ders.:* Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: EWS 1997, S. 186 ff.
- Ders.:* Ein Europäisches Verzugsrecht für den Mittelstand? Zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr, in: EuZW 1998, S. 559 ff.
- Freitag, Robert/Leible, Stefan:* Von den Schwierigkeiten der Umsetzung kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen. Einige Anmerkungen zum Entwurf eines Art. 29a EGBGB, in: ZIP 1999, S. 1296 ff.
- Dies.:* Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht, in: ZVglRWiss 99 (2000), S. 101 ff.
- Dies.:* Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29a EGBGB, in: EWS 2000, S. 442 ff. ff.
- Dies.:* Grundfragen der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verträge, JA 2000, S. 887 ff.
- Dies.:* Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?, in: RIW 2001, S. 287 ff.
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia:* La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V) - México - 1994, in: Anuario de Derecho Comercial 7 (1996), S. 191 ff.
- Freudenthal, M./Milo, J.M.:* Betalingsachterstanden in handelstransacties: een richtlijnvoorstel met Europees-privaatrechtelijke consequenties, in: NTBR 1996, S. 153 ff.
- Freund, Thorsten:* Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: Horn, Norbert/Baur, Jürgen F./Stern, Klaus (Hrsg.), Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel, Berlin u.a. 1997, S. 228 ff.
- Frey, Kaspar:* Das IBH-Urteil - Zur Umwandlung von Altforderungen in Beteiligungen, in: ZIP 1990, S. 288 ff.
- Ders.:* Wie ändert sich das AGB-Gesetz, in: ZIP 1993, S. 572 ff.

- Freyer, Helge*: Richtlinien-spezifische Probleme am Beispiel der Produkthaftung. Gestaltungsspielräume, unmittelbare Anwendung, Gegenseitigkeitsgrundsatz, in: *EuZW* 1991, S. 49 ff.
- Friedman, Lawrence M.*: The Concept of Legal Culture: A Reply, in: David Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot 1997, S. 33 ff.
- Friedman, Lawrence M./Teubner, Gunther*: Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experiences, in: Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law. Europe and the American Experience, Volume 1: Methods, Tools and Institutions, Book 3: Forces and Potentials for a European Identity*, Berlin/New York 1986, S. 345 ff.
- Frigge, Bettina*: Externe Lücken und internationales Privatrecht nach dem UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2), Frankfurt am Main 1994
- Fritze, Ulrich/Holzbach, Christoph*: Die Electronic-Commerce-Richtlinie. Ende oder Chance für das Deutsche Wettbewerbsrecht, in: *WRP* 2000, S. 872 ff.
- Fritzemeyer, Verena*: Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme bei Mobiliarsicherheiten. Eine internationalprivatrechtliche und rechtsvergleichende Untersuchung des französischen, englischen und deutschen Rechts, Konstanz 1984
- Fronia, Joachim*: Transparenz und Vermeidung von Handelshemmnissen bei Produktspezifikationen im Binnenmarkt. Das Kontrollverfahren für technische Vorschriften gemäß der geänderten Richtlinie 83/189 EWG, in: *EuZW* 1996, S. 101 ff.
- Frowein, Jochen Abr.*: Eigentumsschutz im Europarecht, in: Wilhelm G. Grewe/Hans Rupp/Hans Schneider (Hrsg.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden 1981, S. 189 ff.
- Fuchs, Angelika*: Sicherheitsleistung durch Bürgschaften ausländischer Banken, in: *RIW* 1996, S. 280 ff.
- Dies.*: § 917 Abs. 2 ZPO erneut auf dem Prüfstand, in: *IPRax* 1998, S. 25 ff.
- Füller, Jens Thomas*: Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden 2000
- Funkat, Dörte*: Die praktische Akzeptanz der EWIV als Gesellschaftsform, in: *EWS* 1998, S. 122 ff.
- Furrer, Andreas*: Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen. Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“, St. Gallen, 1994
- Ders.*: Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, (St. Galler Habilitationsschrift 1999)
- Fuß, Ernst-Werner*: Zur Rechtsstaatlichkeit der europäischen Gemeinschaften, in: *DÖV* 1964, S. 577 ff.
- Ders.*: Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Gesellschafterhaftung für rechtswidrige Verordnungen, in: Vapp, Heirich u.a. (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit - Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, 1. Halbband, Berlin 1977, S. 173 ff.
- Ders.*: Die Verantwortung der nationalen Gerichte für die Wahrung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Roland Bieber/Albert Bleckmann/Franco Capotari u.a. (Hrsg.), *Das Europa der zweiten Generation - Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Kehl am Rhein, 1981, S. 171 ff.

- Gärtner, Rudolf*: EG-Versicherungsbinnenmarkt und Versicherungsvertragsrecht, in: EWS 1994, S. 114 ff.
- Galmot, Yves*: Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes, in: Rev. fr. Droit adm. 1990, S. 255 ff.
- Gamillschegg, Franz*: Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, in: AcP 157 (1958/59), S. 303 ff.
- Gandolfi, Giuseppe*: Pour un code européen des contrats, in: RTD civ. 91 (1992), S. 707 ff.
- Ganten, Ted Oliver*: Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Berlin 2000
- Garimartín Alférez, Francisco J.*: Regulatory Competition: A Private International Law Approach, in: Eur. J. L. & Econ. 8 (1999), S. 251 ff.
- Gardeñes Santiago, Miguel*: La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional, Madrid 1999
- Garro, Fernando*: Garro, The Gap-Filling Role of the UNIDROIT-Principles in Internatiuonal Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1149 ff.
- Ders.*: The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration, in: Tul. J. Int. Comp. L. 3 (1995), S. 93 ff.
- Gassner, Ulrich M.*: Horizontale Direktwirkung von EG-Richtlinien – EuGH, Slg. I 1994, 3325, in: JuS 1996, S. 303 ff.
- Gausepohl, Ulrike*: Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte? Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht unter dem Einfluß des Europäischen Binnenmarktes, Frankfurt am Main 2000
- Gebauer, Martin*: Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg 1998
- Ders.*: Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa, IPRax 1995, S. 152 ff.
- Ders.*: Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, in: ULR 2000, S. 683 ff.
- Geiger, Rudolf*: EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Aufl., München 2000
- Ders.*: Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung (§ 917 Abs. 2 ZPO) und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 6 EG-Vertrag), in: IPRax 1994, S. 415 ff.
- Geiger, Jutta*: Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts. Das Francovich-Urteil des EuGH und seine Folgen, in: DVBl. 1993, S. 465 ff.
- Geimer, Reinhold*: Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Köln 1997
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.*: Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1. Aufl., München, 1997
- Gellermann, Martin*: Staatshaftung und Gemeinschaftsrecht. Nochmals zum Francovich-Urteil des EuGH, in: EuR 1994, S. 342 ff.
- Georgiades, Apostolos*: Zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - Illusion oder Realität, in: Christian Tomuschat/Hein Kötz/Bernd von Maydell (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 45 ff.
- Gernhuber, Joachim*: Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkungen, Tübingen 1989
- Ders.*: § 242 BGB – Funktionen und Tatbestände, in: JuS 1983, S. 764 ff.
- Gerstenberg, Ekkehard/Buddeberg, Michael*: Geschmacksmustergesetz. Kommentar und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1996

- Gerven, Walter van*: The Case-Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law, in: ERPL 1995, S. 367 ff.
- Gerven, Walter van u.a.* (Hrsg.): Torts. Scope of protection. Cases, materials and text on national, supranational and international tort law, Oxford 1999
- Gessner, Volkmar/Hoeland, Armin/Varga, Csaba* (Hrsg.): European Legal Cultures, Aldershot 1996.
- Giardina, Andrea*: Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux, in: JDI 122 (1995), S. 547 ff.
- Giario, Tomasz*: Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung, in: ius commune 21 (1994), S. 1 ff.
- Ders.*: Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa, in: ius commune 22 (1995), S. 1 ff.
- Gierschmann, Sibylle*: Die E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2000, S. 1315 ff.
- Gieseke, Horst*: Neue Entwicklungen zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung im Europarecht, in: EWS 1994, S. 149 ff.
- Girerd, Jaques*: L' article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d' application incertaines, in: RTDE 1999, S. 239 ff.
- Glaesner, Adrian*: Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren, in: EuR 1990, S. 143 ff.
- Gleichmann, Karl*: Methoden der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EWG, in: Methoden der Rechtsvereinheitlichung, Frankfurt am Main 1974, S. 35 ff.
- Glenn, H. Patrick*: Legal Traditions of the World, Oxford 2000
- Ders.*: La civilisation de la common law, in: Rev. int. dr. comp. 45 (1993), S. 559 ff.
- Gloy, Wolfgang* (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl., München 1997
- Göckel, Andreas*: Die EU-Fernabsatzrichtlinie, Archiv PT 1998, S. 362 ff.
- Götz, Volkmar*: Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, in: NJW 1992, S. 1849 ff.
- Goleva, Plja*: Schwierigkeiten bei der Anwendung der westeuropäischen Regelungsmodelle in den osteuropäischen Staaten, in: Christian Tomuschat/Hein Kötz/Bernd von Maydell (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen. Referate des 13. Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 19. bis 23. September 1993 in Bamberg, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 57 ff.
- González Alonso, Luis Norberto*: La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, in: RDC 1998, S. 501 ff.
- Goode, Roy*: Commercial Law in the Next Millenium, London 1998
- Ders.*: The UNIDROIT Draft Mobile Equipment Convention: Confluence of Legal Concepts and Philosophies, in: Mélanges en l'honneur de Dennis Tallon. D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit, Paris 1999, S. 69 ff. (zit.: Goode, FS Tallon)
- Goodrich, Herbert F.*: The Restatement of Contracts is Published, in: ABAJ 18 (1932), S. 779 ff.
- Gordley, James*: The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge 2000
- Ders.*: European Codes and American Restatements: Some Difficulties, in: Col. L. Rev. 81 (1981), S. 140 ff.
- Gottwald, Peter*: Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Münster, 1997
- Gounalakis, Georgios/Radke, Wolfram*: Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art.

- 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie, in: ZVglRWiss 98 (1999), S. 1 ff.
- Grabitz, Eberhard*: Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Jürgen F. Baur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, S. 1229 ff.
- Ders.*: Die Wirkungsweise von Richtlinien, in: Everling, Ilrich/Narjes, Karl-Heinz/Sedemund, G., Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 59 ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*: Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, München, Loseblatt, Stand: Januar 2000 (zit.: Grabitz/Hilf-Bearbeiter)
- Gramlich, Ludwig*: Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht? - Überlegungen aus Anlaß der EuGH-Entscheidung „Bosman“, DÖV 1996, S. 801 ff.
- Grandpierre, Andreas*: Herkunftsprinzip kontra Marktortanknüpfung. Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Kollisionsregeln im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1999
- Gratias, Matthias*: Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt, 1. Aufl., Baden-Baden, 1999
- Ders.*: Bauherrenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaftung - Zur staatshaftungsrechtlichen Relevanz der verspäteten Umsetzung der EG-Einlegerschutzrichtlinie und zur Rechtmäßigkeit des § 6 IV KWG, in: NJW 2000, S. 786 ff.
- Grau, Ulrich/Schmidt-Bremme, Götz*: Gesetz über den auswärtigen Dienst. Kommentar unter Berücksichtigung des Auslandsvertretungsgesetzes und der einschlägigen Tarifverträge, Baden-Baden 1996
- Gray, Whitmore*: E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States, in: RabelsZ 50 (1986), S. 111 ff.
- Grimm, Jacob*: Über die Alterthümer des deutschen Rechts, in: Jacob Grimm, Kleinere Schriften, Bd. 8: Vorreden, Zeitgeschichtliches und Persönliches, Gütersloh 1890, S. 545 ff.
- Groeben, Hans von der*: Legitimationsprobleme der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1987
- Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Klaus-Dieter (Hrsg.)*: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Baden-Baden 1997 ff. (zit.: GTE-Bearbeiter)
- Groh, Manfred*: Der Fall Tomberger - Nachlese und Ausblick, in: DStR 1998, 813 ff.
- De Groot, Gerard-René/Schulze, Reiner (Hrsg.)*: Recht und Übersetzen, Baden-Baden, 1999
- De Groot, René/Schneider, Hildgard*: Juristenausbildung in Europa am Vorabend des 21. Jahrhunderts, in: Hübner, Ulrich, Ebke, Werner F. (Hrsg.) Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 30 7 ff.
- Großfeld, Bernhard*: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984
- Ders.*: Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen, Opladen 1990
- Ders.*: Zeichen und Zahlen im Recht. Zahlen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Tübingen 1995
- Ders.*: Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen 1996
- Ders.*: Recht und Sprache, in: JZ 1984, S. 1 ff.
- Ders.*: Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: AcP 184 (1984), S. 289 ff.
- Ders.*: Grundfragen der Rechtsvergleichung, in: Herbert Leßmann/Bernhard Großfeld/Lothar Vollmer (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, S. 655 ff. (zit.: Großfeld, FS Lukes)
- Ders.*: Examensvorbereitung und Jurisprudenz, in: JZ 1992, S. 22 ff.

- Ders.*: Sprache und Schrift als Grundlagen unseres Rechts, in: JZ 1997, S. 633 ff.
- Großfeld, Bernhard/Bilda, Karen*: Europäische Rechtsangleichung, in: ZfRV 1992, S. 421 ff.
- Großfeld, Bernhrad/Erlinghagen, Lawrence A.*: The Concept of Legal Culture: A Reply, in: David Nelken, Comparing Legal Cultures, Aldershot 1997,
- Grube, Claudia*: Verbraucherschutz durch Lebensmittelkennzeichnung? Eine Analyse des deutschen und europäischen Lebensmittelkennzeichnungsrechts, Berlin usw. 1997
- Gruber, Urs Peter*: Die neue „europäische Rechtshängigkeit“ bei Scheidungsverfahren, in: FamRZ 2000, S. 1129 ff.
- Grünwald, Alfons*: Europäisches Gesellschaftsrecht, Wien 1999 (Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht)
- Grundmann, Stefan*: Das Europäische Bankaufsichtsrecht wächst zum System. Wie weit reicht fortan die nationale Rechtsetzungsmacht?, Heidelberg 1990
- Ders.*: Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, Berlin/New York 1998
- Ders.*: Europäisches Vertragsübereinkommen, EWG-Vertrag und § 12 AGBG, in: IPRax 1992, S. 1 ff.
- Ders.*: EG-Richtlinie und nationales Privatrecht. Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht, in: JZ 1996, S. 274 ff.
- Ders.*: Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: Der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, in: ZEuP 1996, S. 399 ff.
- Ders.*: Ius Commune und Ius Communitatis - ein Spannungsverhältnis, in: Bernhard Großfeld/Rolf Sack/Thomas M. J. Möllers/Josef Drexl/AndreasHeinemann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, S. 671 ff. (zit.: Grundmann, FS Fikentscher)
- Ders.*: Law merchant als lex lata Communitatis - insbesondere die Unidroit-Principles, in: Uwe Diederichsen/Gerfried Fischer/Dieter Medicus/Jörg Pirrung/Thomas Wagenitz (Hrsg.), Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 145 ff. (zit.: Grundmann, FS Rolland)
- Ders.*: Europäisches Handelsrecht. Vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, in: ZHR 163 (1999), S. 635 ff.
- Ders.*: Europäisches Schuldvertragsrecht. Struktur und Bestand, in: NJW 2000, S. 14 ff.
- Ders.*: General Principles of Private Law and Ius Commune as Applicable Law, in: Theodor Baums/Klaus J. Hopt/Norbert Horn (Hrsg.), Cooperations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London/Den Haag/Boston 2000, S. 213 ff.
- Ders.*: Das Thema Systembildung im Europäischen Privatrecht - Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, in: Stefan Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2000, S. 1 ff.
- Ders.*: Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zur Integrationsordnung, in: RabelsZ 64 (2000), S. 457 ff.
- Ders.*: Privatautonomie im Binnenmarkt, in: JZ 2000, S. 1133 ff.
- Ders.*: Europäisches Schuldvertragsrecht, NJW 2000, 14 ff.
- Ders.*: Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: Stefan Grundmann/Dieter Medicus/ Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht - Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 281 ff.
- Gsell, Beate*: Der EU-Richtlinienentwurf zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, in: ZIP 1998, S. 1569 ff.

- Dies.*: Zahlungsverzug im Handelsverkehr: Gemeinsamer Standpunkt des Rates, in: ZIP 1999, S. 1281 ff.
- Dies.*: Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: ERPL 1999, S. 151 ff.
- Dies.*: EG-Verzugsrichtlinie und Reform der Reform des Verzugsrechts in Deutschland, in: ZIP 2000, S. 1810 ff.
- Gündisch, Jürgen*: Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Ein Leitfaden für die Praxis, Stuttgart usw. 1994
- Günther, Andreas*: Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Art. 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, in: CR 1999, S. 172 ff.
- Gundel, Jörg*: Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten. Zur Unanwendbarkeit richtlinienwidriger nationaler Verbotsgesetze in Konflikten unter Privaten, in: EuZW 2001, S. 143 ff.
- Ders.*: Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, in: Jura 2001, S. 79 ff.
- Gundel, Jörg*: Die Bestimmung des richtigen Anspruchsgegners der Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht - zugleich zum Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanforderungen und nationalem Staatshaftungsrecht, in: DVBl. 2001, S. 95 ff.
- Habersack, Mathias*: Europäisches Gesellschaftsrecht, München 1999
- Ders.*: Haustürgeschäftsrichtlinie und Realkreditverträge, in: WM 2000, S. 981 ff.
- Ders./ Mathias/Mayer, Christian*: Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: JZ 1999, S. 913 ff.
- Ders./Kleindieck, Detlef/Wiedenmann, Kai-Udo*: Die Eg-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz, in: ZIP 1993, S. 1670 ff.
- Häberle, Peter*: Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, Baden-Baden 1997
- Ders.*: Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, in: JZ 1989, S. 913 ff.
- Ders.*: Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, in: JZ 1992, S. 1033 ff.
- Ders.*: Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, in: EuGRZ 1992, S. 429 ff.
- Hänlein, Andreas*: Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbraucher, in: DB 1999, S. 1641 ff.
- Ders.*: Die Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und ihre Umsetzung in Deutschland, in: EuZW 2000, S. 680 ff.
- Hackbarth, Ralf*: Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 22.6.1994 - Rs. C-9/93 (IHT Internationale Heiztechnik GmbH u. Uwe Danzinger/Ideal-Standard GmbH u. Wabco Standard GmbH), EuZW 1994, S. 467 ff.
- Häde, Ulrich*: Staatshaftung für legislatives Unterlassen zugleich zum Urteil des EuGH vom 19.11.1991 Rs. C-6/90 und C-9/90, in: BayVBl. 1992, S. 449 ff.
- Hafner Claudia*: Systemwettbewerb versus Harmonisierung im Europa, Frankfurt a.M 1999,
- Hager, Johannes*: Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.
- Hailbronner, Kay*: Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien - Zur Entscheidung des EuGH v. 19.11.1991 - Rs. C 6/90 und C 9/90, in: JZ 1992, S. 284 ff.

- Hailbronner, Kay/Thiery, Claus*: Amsterdam - Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstandes auf EU-Ebene, in: *EuR* 1998, S. 583 ff.
- Hakenberg, Waltraud*: Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 2. Aufl., München 1999 (Hakenberg, Grundzüge)
- Dies.*: Keine horizontale Richtlinienwirkung. Eine Besprechung des Urteils des EuGH vom 14. Juli 1994, ZIP 1994, 1187 - Faccini Dori, in: *ZIP* 1994, S. 1510 ff.
- Dies.*: Der europäische zivilrechtliche Verbraucherschutz, in: *AnwBl.* 1997, S. 56 ff.
- Dies.*: Der Dialog zwischen nationalen und europäischen Richtern: Das Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, in: *DRiZ* 2000, S. 345 ff.
- Dies.*: Vorschläge zur Reform des Europäischen Gerichtssystems, in: *ZEuP* 2000, S. 860 ff.
- Hallstein, Walter*: Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: *RabelsZ* 28 (1964), S. 211 ff.
- Hamann, Andreas*: Der Entwurf einer E-Commerce-Richtlinie unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten, in: *ZUM* 2000, S. 290 ff.
- Hammerl, Christoph*: Inländerdiskriminierung, Berlin 1997
- Hammerl, Christoph/Sippel, Harald*: Der Erwerb von Sommerhäusern in Dänemark durch EG-Ausländer und das Recht der Europäischen Gemeinschaften, *RIW*, 1992, S. 883 ff.
- Harrer, Friedrich*: Benetton und das Wettbewerbsrecht, *WBI* 1996, S. 465 ff.
- Hartkamp, Arthur S.*: Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht - Teil I: Rechtsgeschäft und Verträge, in: *AcP* 191 (1991), S. 396 ff.
- Ders.*: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, *ERPL* 1994, S. 341 ff.
- Ders.*: Principles of Contract Law, in: Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 2. Aufl., Nijmegen/Den Haag 1998, S. 105 ff.
- Ders.*: Perspectives for the Development of a European Civil Law, in: *Notarius International* 5 (2000)S. 76 ff.
- Hattenhauer, Hans*: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, München 1973
- Hauschka, Christoph E.*: Der Stand der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung im Recht der privaten Wirtschaft drei Jahre vor Vollendung des Binnenmarktes 1992, in: *NJW* 1989, S. 3048 ff.
- Ders.*: Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: *JZ* 1990, S. 521 ff.
- Ders.*: Zur privatrechtlichen Wirkung des Verbots nichttarifärer Handelshemmnisse in der EG, in: *DB* 1990, S. 873 ff.
- Ders.*: Die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft im Gesellschaftsrecht zwischen Rechtsangleichung und Funktion allgemeiner Gesetzgebung, in: *ZRP* 1990, S. 179 ff.
- Hau, Wolfgang*: Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht, in: *FamRZ* 2000, S. 1333 ff.
- Ders.*: Vorgaben des EuGH zur Klausel-Richtlinie, in: *IPRax* 2001, S. 96 ff.
- Haverkate, Görg/Weiss, Manfred/Huster, Stefan/Schmidt, Marlene (Hrsg.)*, Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU, Baden-Baden 1999
- Hay, Peter*: Einführung in das amerikanische Recht, 4. Aufl., Darmstadt 1995
- Hayder, Roberto*: Strategie für eine bessere Gesetzgebung, in: *Eumagazin* 4/2001, S. 40 ff.
- Hayek, Friedrich A. von*: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968

- Hayton, David J./Kortmann, S. C. J. J./Verhagen, H. L. E.* (Hrsg.): Principles of European Trust Law, Den Haag/Deventer, 1. Aufl., The Hague, 1999 (abgedruckt mit deutscher Übersetzung in ZEuP 1999, S. 745 ff.)
- Hazard Jr., Geoffrey C.*: The American Law Institute: What it is and What it does, Rom 1994
- Hecke, G. van*: Integration économique et unification du droit privé, in: NITR 9 (1962), S. 198 ff.
- Hedemann, Justus Wilhelm*: Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen, Tübingen 1998
- Ders.*: Das deutsche Wettbewerbsrecht und die „Keck“-Rechtsprechung des EuGH. Mißverständnisse und Argumentationsdefizite rund um den Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, WRP 1999, S. 381 ff.
- Ders.*: Auswirkungen der europäischen Rechtsentwicklung auf das deutsche Wettbewerbsrecht oder: Wohin steuert das deutsche Werberecht nach der Entscheidung des EuGH vom 7.3.1990 in Sachen „GB-INNO-BM./ Confédération du commerce Luxembourgeois“? (EuGH GRUR Int. 1990, 955), in: Rupert Scholz (Hrsg.), Deutschland auf dem Weg in die europäische Union: Wieviel Eurozentrismus, wieviel Subsidiarität?, Köln 1994, S. 364 ff.
- Ders.*: Art. 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands?, in: GRUR Int. 1999, S. 579 ff.
- Heinemann, Klaus*: Auf dem Wege zur europäischen Dienstleistungshaftung, in: ZIP 1997, S. 2172 ff.
- Heinrichs, Helmut*: Die EG- Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW 1993, S. 1817 ff.
- Ders.*: Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, in: NJW 1996, S. 2190 ff.
- Ders.*: Das Widerrufsrecht nach der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert (Hrsg. ), Festschrift für Dieter Medicus, Köln u.a. 1999, S. 177 ff.
- Heiss, Helmut*: Europäisches Vertragsrecht: in statu nascendi?, in: ZfRV 1995, S. 54 ff.
- Ders.*: Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, in: ZEuP 1996, S. 625 ff.
- Ders.*: Europarecht, Verbraucherrecht und allgemeines Privatrecht: eine schwierige Dreiecksbeziehung, in: JZ 1997, S. 83 ff.
- Ders.*: Die Europäisierung des internationalen Schuldvertragsrechts. Grundlagen – Bewertung – Konsequenzen, in: Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Recht und Europa, Bd. 2, Wien 1998, S. 91 ff.
- Heiss, Helmut/Rudisch, Bernhard*: Anmerkungen zum neuen Teilzeitnutzungsgesetz, exolex 1997, S. 238 ff.
- Heitsch, Christian*: Prüfungspflichten des Bundesverfassungsgerichts unter dem Staatsziel der europäischen Integration. Auswirkungen des Art. 23 Abs. 1 GG auf die Kontrolle unterlassener Richter-Vorlagen gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV durch das Bundesverfassungsgericht, in: EuGRZ 1997, S. 461 ff.
- Hellmich, Stefanie*: Kreditsicherungsrechte in der spanischen mehrrechtsordnung, Tübingen 2000
- Helmsberg, Monika*: Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR, in: WBl. 1997, S. 89 ff. und 137 ff.

- Helms, Dietmar*: Die Europäische Privatgesellschaft. Rechtliche Strukturen und Regelungsprobleme einer supranationalen Gesellschaft des Gemeinschaftsrechts, Köln 1998
- Henning-Bodewig, Frauke*: Neue Angaben für die Generalklausel des UWG? - von „Benetton“ zu „Busengrapscher“ -, GRUR 1997, S. 180 ff.
- Henrichs, Joachim*: Die Bedeutung der EG-Bilanzrichtlinie für das deutsche Handelsbilanzrecht, in: ZGR 1997, S. 66 ff.
- Herber, Rolf*: Gedanken zur internationalen Vereinheitlichung des Seehandelsrechts, in: Hans-Peter Ipsen (Hrsg.), Recht über See. Festschrift für Rolf Stödter zum 70. Geburtstag am 22. April 1979, Hamburg 1979, S. 55 ff. (zit.: Herber, FS Stödter)
- Ders.*: Hat der deutsche Richter das Bilanzrichtlinien-Gesetz an der ihm zugrundeliegenden EG-Richtlinie zu messen?, in: Knobbe-Kluk, Brigitte/Klein, Franz/Moxter, Adolf (Hrsg.), Handels- und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 225 ff.
- Ders.*: Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien? Anmerkungen zu OLG Celle, EuZW 1990, 550, in: EuZW 1991, S. 401 ff.
- Ders.*: Keine unmittelbare Wirkung horizontaler Richtlinien. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Juli 1994 (Rechtssache C-91/92, Paolo Faccini Dori /J. Recreb Srl), in: ZEuP 1996, S. 117 ff.
- Herbert, Ronald*: La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in: Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado 1 (1994), S. 1 ff.
- Herdegen, Matthias*: Internationales Wirtschaftsrecht, 1. Aufl., München, 1993
- Ders.*: Europarecht, 2. Aufl., München 1999
- Ders.*: Auslegende Erklärungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten zu EG-Rechtsakten, in: ZHR 155 (1991), S. 52 ff
- Herdegen, Matthias/Rensmann, Thilo*: Die neuen Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, in: ZHR 161 (1995), S. 522 ff.
- Hernández-Bretón, Eugenio*: Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf Verträge anwendbare Recht, in: IPRax 1998, S. 378 ff.
- Herr, Gunther/Fiege, Carsten*: Europäischer Bürgenschutz - eine Bestandsaufnahme, in: EWS 2001, S. 23 ff.
- Heß, Burkhard*: Die Einwirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV auf das deutsche Zivilprozeßrecht, in: ZZP 108 (1995), S. 59 ff.
- Ders.*: Die „Europäisierung“ des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren, in: NJW 2000, S. 23 ff.
- Ders.*: Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen vor dem Aus?, in: IPRax 2000, S. 342 ff.
- Heydt, Volker*: Der Funktionswandel der EG-Grundfreiheiten infolge der Verwirklichung des Binnenmarktes, EuZW 1993, S. 105 ff.
- Hilf, Meinhard*: Die Auslegung mehrsprachiger Verträge. Eine Untersuchung zum Völkerrecht und zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1973
- Ders.*: Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen, Berlin 1982
- Ders.*: The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities, in: Armand de Mestral/Suzanne Birks/Michael Bothe/Irwin Cotler/Dennis Klinck/André Morel (Hrsg.), The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville 1986, S. 549 ff.

- Ders.*: Die Richtlinie der EG - ohne Richtung, ohne Linie? Hans Peter Ipsen zum 85. Geburtstag, in: EuR 1993, S. 1 ff.
- Hill, Hermann*: Akzeptanz des Rechts - Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements, in: JZ 1988, S. 377 ff.
- Hillgruber, Christian*: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992
- Hintersteiner, Margit*: Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot. Unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten, Berlin 1999
- Dies.*: Die Drittwirkung der Warenverkehrsbestimmungen des EGV, in: Heribert Franz Köck, Rechtsfragen der Jahrtausendwende. Akten des 22. Österreichischen Völkerrechtstages, Wien 1998, S. 103 ff.
- Hirsch, Günter*: Die Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips auf die Rechtsetzungsbefugnis der Europäischen Gemeinschaften, Saarbrücken 1995
- Ders.*: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Nr. 80 (1997), Vorträge und Berichte.
- Ders.*: Dezentralisierung des Gerichtssystems der Europäischen Union?, in: ZRP 2000, S. 57 ff.
- Hirte, Heribert*: Wege zu einem europäischen Zivilrecht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1996
- Hoecke, Mark van*: The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings, in: Mark Van Hoecke/Francois Ost (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law, Oxford 2000, S. 1 ff.
- Ders./Ost, Francois*: Legal Doctrine in crisis: towards a European legal science, in: Leg. Studies 18 (1998), S. 197 ff.
- Höpping, Ulrike*: Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR. Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Produkthaftungsrechts und des internationalen Vertragsrechts, Frankfurt a. M. 1997
- Hoeren, Thomas*: Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, in: MMR 1999, S. 192 ff.
- Ders./Oberscheidt, Jörn*: Verbraucherschutz im Internet, in: VuR 1999, S. 371 ff.
- Hösch, Ulrich*: Der Einfluß der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Frankfurt a. M. 1994
- Hösl, Friedrich Emanuel*: Interessenabwägung und rechtliche Erheblichkeit der Irreführung bei § 3 UWG, Köln/Berlin/Bonn/München 1986
- Hoffmann, Bernd von*: Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., München 2000
- Ders.*: Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalen Anwendungsbereich, in: IPRax 1989, S. 261 ff.
- Ders.*: Produkthaftung des Importeurs und Freihandel, in: Walter A. Stoffel/Paul Volken (Hrsg.), Conflits et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire, Fribourg 1990, S. 769 ff.
- Ders.*: Internationales Haftungsrecht im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993, in: IPRax 1996, S. 1 ff.
- Ders.*: The Relevance of European Community Law, in: Bernd von Hoffmann (Hrsg.), European Private International Law, Nijmegen 1998, S. 19 ff.
- Hoffmann, Dieter*: Directive 'Actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs' (Dir. 98/27/CE du 19/5/98), in: ERPL 2000, S. 147 ff.
- Hoffmann, Helmut*: Die Entwicklung des Internet-Rechts, in: Beilage zu NJW 14/2001, S. 1 ff.
- Hohloch, Gerhard*: Rechtsangleichung und Subsidiaritätsprinzip. Anmerkungen zur Vereinheitlichung und zum Kollisionsrecht der Produkthaftung in Europa, in: Rozprawy z

- polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skapskiemu, Krakau 1994, S. 105 ff. (zit.: Hohloch, FS Skapskiemu)
- Holznagel, Bernd/Holznagel Ina*: Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider. Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, in: K&K 1999, S. 103 ff.
- Hommelhoff, Peter*: Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, Heidelberg 1996
- Ders.*: Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, in: AcP 192 (1992), S. 71 ff.
- Ders.*: Zur Harmonisierung der nationalen Kartellrechte in Europa, in: Festschrift für Rudolf Nirk, 1992, S. 469 ff.
- Ders.*: „Europarechtliche Bezüge“ im Zivilrecht. Überlegungen zur Gestaltung des akademischen Unterrichts, in: Klaus Letzgas/Hermann Hill/Hans Hugo Klein/Detlef Kleinert/Georg-Berndt Oschatz/Hans de With (Hrsg.), Für Recht und Staat. Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, München 1994, S. 329 ff. (zit.: Hommelhoff, FS Helmrich)
- Ders.*: Die Société fermée européenne“ eine supranationale Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt, in: WM 1997, S. 2101 ff.
- Ders.*: Die Auslegung angeglichenen Gesellschaftsrechts - eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung, in: Reiner Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden 1999, S. 29 ff.
- Ders.*: Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, in: AcP 192 (1992), S. 71 ff.
- Ders.*: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe der Wissenschaft, Bd. II, München 2000, S. 889 ff. (zit.: Hommelhoff, Festgabe 50 Jahre BGH)
- Hommelhoff, Peter/Boucourechliev, Jeanne*: Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft. Strukturelemente einer kapitalmarktfernen europäischen Gesellschaftsform nebst Entwurf für eine EG-Verordnung der Europäischen Gemeinschaft; eine Studie des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires der Industrie- und Handelskammer Paris, Köln 1993
- Hommelhoff, Peter/Helms, Dieter*: Weiter auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, in: GmbHR 1999, S. 53 ff.
- Hommelhoff, Peter/Wiedenmann, Kai-Udo*: Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, in: ZIP 1993, S. 562 ff.
- Hondius, Ewoud H.*: Das neue niederländische Zivilgesetzbuch - Allgemeiner Teil, in: AcP 191 (1991), S. 378 ff.
- Ders.*: Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act?, Rom 1996
- Ders.*: Consumer Law and Private Law: the Case for Integration, in: Wolfgang Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz. Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Zivilrechtsordnungen, Köln 1999, S. 19 ff.
- Honrath, Alexander*: Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs. Die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998 (Honrath, Freiheit des Kapitalverkehrs)

- Honsell, Heinrich* (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Berlin/Heidelberg/New York 1999 (zit.: Honsell-Bearbeiter, VVG)
- Ders.*: Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, S. 18 ff.
- Ders.*: Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, in: JZ 2001, S. 278 ff.
- Hoppmann, Carsten*: Der Vorschlag für eine Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, in: VersR 1999, S. 673 ff.
- Hopt, Klaus G.*: Änderungen von Anleihebedingungen - Schuldverschreibungsgesetz, § 796 BGB und AGBG, in: Jürgen F. Baur/Klaus G. Hopt/K. Peter Mailander (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff Band I, Berlin 1990, S. 341 ff.
- Ders.*: Europäisches Gesellschaftsrecht - Krise und neue Anläufe, in: ZIP 1998, S. 96 ff.
- Horn, Norbert*: Bürgschaftsrecht 2000. Entwicklungen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: ZIP 2001, S. 93 ff.
- Houtte, van*: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: Arbitration International 11 (1995), S. 373 ff.
- Howells, Geraint/Wilhelmsson, Thomas*: EC Consmer Law, Aldershot 1997
- Hsun-Yang, Chang*: Die Übertragbarkeit abendländischer Rechtsordnungen auf China, in: ZVglRWiss 71 (1970), S. 45 ff.
- Huber, Peter M.*: Maastricht - Ein Staatsstreich?, Stuttgart usw. 1993
- Ders.*: Recht der Europäischen Integration, München 1996
- Ders.*: Deutsch als Amtssprache, in: BayVBl. 1992, S. 1 ff.
- Ders.*: Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der Europäischen Union, in: Peter M. Huber/Wilhelm Mößle/Martin Stock (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie. Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Badura, Tübingen 1995, S. 105 ff.
- Huber, Ulrich*: Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, in: JZ 2000, S. 957 ff.
- Ders.*: Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 31 ff.
- Hubmann, Heinrich/Götting, Horst-Peter*: Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl., München 1998
- Hübner, Ulrich*: Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme bei besitzlosen Mobiliarsicherheiten, in: ZIP 1980, S. 825 ff.
- Ders.*: Rechtsprobleme der Deckung politischer Risiken, in: ZversWiss 1981, S. 1 ff.
- Ders.*: Internationalprivatrechtliche Probleme der Anerkennung und Substitution bei globalen Sicherheiten an Unternehmen, in: Paul Hofmann/Ulrich Meyer-Cording/Herbert Wiedemann, Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag, Köln 1986, S. 41 ff.
- Ders.*: Der Verbrauchsgüterkauf: ein weiterer Schritt in Richtung Europäisierung des Privatrechts, in: EuZW 1999, S. 481
- Huff, Martin W.*: Nachdenken über das Gerichtssystem beim Europäischen Gerichtshof und beim Europäischen Gericht Erster Instanz, in: EuZW 2000, S. 97 ff.
- Hull, N. E. H.*: Restatement and Reform: A New Perspective on the Origins of the American Law Institute, in: Law and Hist. Rev. 8 (1990), S. 55 ff.
- Hulle, Karl Van*: Aktuelle Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht, EWS 2000, S. 521 ff.

- Huntington, Robert*: European Unity and the Tower of Babel, in: Boston University International Law Journal 1991, S. 321 ff.
- Hußlein-Stich, Gabriele*: Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 1990
- Iglesias Buhigues, José Luis*: La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam, in: RGD 1998, S. 5847 ff.
- Iglesias, Gil Carlos Rodríguez/Riechenberg, Kurt*: Zur richtlinienkonformen Auslegung des materiellen Rechts (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?), in : Festschrift für Ulrich Everling Band II, Baden-Baden 1995, S. 1213 ff.
- Ihering, Rudolf von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner entwicklung, Darmstadt 1907
- Impallomeni, Giambattista*: Auf der Suche nach einem positiven Europäischem Recht, in: ZfRV 38 (1997), S. 1 ff.
- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian*: Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Zeichen, München 1998
- Institute of International Business Law and Practice* (Hrsg.), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC Publication n° 490/1, Paris 1995
- Ipsen, Hans Peter*: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
- Ipsen, Knut*: Völkerrecht, 4. Aufl., München 1999
- Israël, Jona*: Conflict of Laws and the EC after Amsterdam: A Change for the Worse?, in: MJ 7 (2000), S. 81 ff.
- Jaeckel, Fritz*: Abschied vom BGB? - Zum Stand der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung, in: Arno Scherzberg/Stefan Ulrich Piper (Hrsg.), Deutschland und Binnenmarkt. Ringvorlesung der Assistentenschaft der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, S. 17 ff.
- Jäger, Almut*: Die Prozeßkostensicherheit für Kläger aus EU-Mitgliedstaaten gehört nicht der Vergangenheit an, in: EWS 1997, S. 37 ff.
- Dies.:* Stellung einer Ausländersicherheit durch Kläger aus Mitgliedstaaten der EU, in: NJW 1997, S. 1220 ff.
- Jaensch, Michael*: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73 b EGV, Baden-Baden 1997
- Jahn, Andreas/Herfs-Röttgen, Ebba*: Die Europäische Aktiengesellschaft - Societas Europaea, in: DB 2001, S. 631 ff.
- Jann, Peter/Hakenberg, Waltraud*: Der Rückgriff auf die nationalen Rechte in der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofes, in: Gil Carlos Rodríguez Iglesias/Ole Due/Romain Schintgen/Charles Elsen (Hrsg.), Mélanges en hommages à Fernand Schockweiler, Baden-Baden 1999, S. 255 ff. (zit.: Jann/Hakenberg, Mélanges Schockweiler)
- Jarass, Hans D.:* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts. Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln/Berlin/Bonn/München 1994
- Ders.:* Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, in: NJW 1991, S. 2665 ff.
- Ders.:* Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, in: EuR 1991, S. 211 ff.
- Ders.:* Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft. Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, in: RIW 1993, S. 1 ff.

- Ders.*: Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, in: NJW 1994, S. 881 ff.
- Ders.*: Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 593 ff. (zit.: Jarass, FS Everling)
- Ders.*: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, in: EuR 1995, S. 202 ff.
- Ders.*: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, in: AöR 121 (1996), S. 173 ff.
- Ders.*: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, in: EuR 2000, S. 705 ff.
- Jarzembowski, Georg*: Das Europäische Parlament auf dem Weg zum gleichberechtigten Mitgesetzgeber in der Europäischen Union, in: Carl Otto Lenz/Werner Thieme/Friedrich Graf von Westphalen (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und europäischen Recht. Freundesgabe für Jürgen Gündisch, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 113 ff. (zit.: Jarzembowski, FS Gündisch)
- Jauernig, Othmar*: Zivilprozeßrecht, 26. Aufl., München 2000
- Ders.* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Aufl., München 1999
- Jayme, Erik*: Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich (zu EuGH, 9.11.2000 – Rs. C-381/98 – ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.), in: IPRax 2001, S. 190 f.
- Ders./ Erik/Hausmann, Rainer*: Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Textausgabe, 10. Aufl., München 2000
- Ders.*: Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten, in: Ulrich Huber/Erik Jayme, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1992, S. 241 ff.
- Ders.*: Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der europäischen Union, Heidelberg 1998, S. 1 ff.
- Ders.*: Zur Revision des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens. Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht in Rom und Castelgandolfo, IPRax 2001, S. 65 ff.
- Jayme, Erik/Kohler, Christian*: Europäisches Kollisionsrecht 1997 - Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“?, in: IPRax 1997, S. 385 ff.
- Dies.*: Internationales Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, in: IPRax 1999, S. 129 ff.
- Jestaz, Philippe*: Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre, in: RTD civ. 1996, S. 299 ff.
- Joerges, Christian*: Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus/Mailänder, U. Peter (Hrsg.) Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1247 ff.
- Ders.*: Legitimationsprobleme des Europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in: Gert Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994, S. 91 ff.
- Ders.*: Die Europäisierung des Privatrechts als Rationalisierungsprozeß und als Streit der Disziplinen. Eine Analyse der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: ZEuP 1995, S. 181 ff.
- Ders.*: Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein komplexes Problem und ein unscheinbares Exempelo, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 205 ff.

- Joost, Detlev*: Verdeckte Sacheinlagen, in: ZIP 1990, S. 549 ff.
- Joustra, Carla*: Consumer Law, in: Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., Nijmegen/Den Haag 1998, S. 133 ff.
- Jsav, Hermann/Mintz, M.*: Zur Frage der Weltmarke und des Warenzeichenausschusses der L.L.A., in: GRUR 1928, S. 669 ff.
- Jud, Brigitta*: Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht, in: ÖJZ 1997, S. 441 ff.
- Juenger, Friedrich K.*: The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts - Some Highlights and Comparisons, in: AJCL 42 (1994), S. 381 ff.
- Ders.*: Listening to Law Professors Talk about Good Faith: Some Afterthoughts, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1253 ff.
- Ders.*: Contract Choice of Law in the Americas, in: AJCL 45 (1997), S. 195 ff.
- Ders.*: Eine Haager Konvention über die Urteilsanerkennung?, in Haimo Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S. 329 ff. (zit.: Juenger, GS Lüderitz)
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992
- Ders.*: Die einheitliche Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen, in: RabelsZ 55 (1991), S. 674 ff.
- Ders.*: Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch - Der Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, in: DZWIR 1997, S. 271 ff.
- Ders.*: Neuere Entscheidungen im Internationalen Privatrecht, in: RIW 1998, S. 741 ff.
- Ders.*: Empfiehlt es sich Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund bisheriger Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 200, S. 65 ff.
- Kadner, Thomas*: Auslandsstudien in Europa - ein Überblick über die Möglichkeiten, in: ZEuP 1996, S. 499 ff. und 690 ff.
- Ders.*: „Comparative Tort Litigation and Rules of Procedure“ an der University of Florida. Induktive Rechtsvergleichung - ein Modell für den Unterricht in Europa?, in: ZEuP 1997, S. 1153 ff.
- Kahl, Arno*: Das Subsidiaritätsprinzip im EGV vor und nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam, in: JBl. 1999, S. 701 ff.
- Kahl, Wolfgang*: Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, in: AöR 1993 (118. Band), S. 414 ff.
- Kahn-Freund, Otto*: On Uses and Misuses of Comparative Law, in: MLR 37 (1974), S. 1 ff.
- Kainer, Friedemann*: Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten - EuGH, NJW 1998, 1931, in: JuS 2000, S. 431 ff.
- Kampf, Roger*: Sicherheitsleistung durch britische Staatsangehörige, in: NJW 1990, S. 3054 ff.
- Kapnopoulou, Elissavet N.*: Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997
- Kappus, Andreas*: „Lex mercatoria“ in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980: „Conflict avoidance“ in Theorie und Praxis schiedsrichterlicher und ordentlicher Rechtsprechung in Konkurrenz zum Einheitskaufrecht der Vereinten Nationen, Frankfurt a. M. 1990
- Ders.*: „Lex mercatoria“ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, in: IPRax 1993, S. 137 ff.
- Ders.*: EU-Time-Sharing-Richtlinie und deutsche Umsetzungsgesetzgebung, in: EWS 1996, S. 273 ff.

- Kapteyn, Paul J./VerLoren van Themaat, Pieter*: Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl., London 1998
- Karenfort, Jörg/Weißengerber, Arnd*: Lauterkeit des Wirtschaftsverkehrs in Gefahr? Die Konsequenzen der E-Commerce-Richtlinie für RabattG und ZugabeVO, in: Beilage MMR 7/2000, S. 38 ff.
- Karl, Joachim*: Zur Rechtswirkung von Protokollerklärungen in der Europäischen Gemeinschaft, in: JZ 1991, S. 593 ff.
- Ders.*: Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 19. November 1991, in: RIW 1992, S. 440 ff.
- Karollus, Martin*: UN-Kaufrecht, Wien, 1991
- Kassis, Antoine*: Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationale, lex mercatoria, Paris 1984
- Kasper, Wolfgang/Streit, Manfred E.*: Institutional Economics, Cheltenham/Northampton 1998
- Kassau, Melanie*: Das Recht auf kommerzielle Nutzung des Handelsregisters. Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages, Baden-Baden 1998
- Katz, Edwin*: Weltmarkenrecht, Berlin 1926
- Katz, Hanna*: Weltmarkenrechts-Ausschuß der International Law Association. Tätigkeitsbericht 1927, in: GRUR 1928, S. 669 ff.
- Kaufhold, Sylvia*: Verbraucherschutz durch europäisches Vertragsrecht - materielle und institutionelle Bezüge zur notariellen Praxis, in: DnotZ 1998, S. 254 ff.
- Kaufmann, Marcel*: Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden 1997
- Kaum, Markus*: Ausländersicherheit und Europarecht, in: IPRax 1994, S. 180 ff.
- Kegel, Gerhard*: Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, S. 9 ff.
- Ders.*: Internationales Privatrecht, 7. Aufl., München 1995
- Kellermann, Alfred E./Azzi, Guiseppe Ciavarini/Jacobs, Scott H./Deighton-Smith, Rex* (Hrsg.): Improving the quality of legislation in Europe, Den Haag 1998
- Kendall, Vieviene*: EC consumer law, London 1994
- Kenntner, Markus*: Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrags. Anmerkungen zum Begrenzungscharakter des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, in: NJW 1998, S. 2871 ff.
- Kessedijan, Catherine*: Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit, in: Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), S. 641 ff.
- Kieninger, Eva-Maria*: Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt. Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1996
- Dies.*: Institutioneller Wettbewerb und Binnenmarkt. Studien zur Privatrechtskoordination in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Habilitationsschrift Hamburg 2001
- Dies.*: Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr, Entscheidung der Corte di Cassazione (Civ. II) vom. 23. Mai 1994 und der Cour de Cassation, Chambre civile 1ère vom 24. Januar 1995 (Sté Heliogravure Jean Didier c/EDF), in: ZEuP 1996, S. 468 ff.
- Dies.*: 100 Jahre BGB - Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, in: Armin Willingmann/Hans-Peter Glöckner/Olaf Deinert/Frank Diedrich/Barbara Gräfin Finkenstein/Alexander Wolff (Hrsg.), Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkün-

- derung des BGB. Erreichtes, Verfehltes, Übersehenes, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, Stuttgart usw. 1997, S. 245 ff. (zit.: Kieninger, JJZ 1996)
- Dies.*: Kommentar, in: JNPÖ 17 (1998), S. 338 ff.
- Dies.*: Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr, in: WM 1998, S. 2213 ff.
- Kieninger, Eva-Maria/Leible, Stefan*: Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kaufmännischen Verkehr, ZEuP 1998, S. 468 ff.
- Dies.*: Plädoyer für einen „Europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht“, in: EuZW 1999, S. 37 ff.
- Kiesel, Helmut*: Verzug durch Mahnung bei Geldforderungen trotz § 284 III BGB, in: NJW 2001, S. 108 ff.
- Kimms, Frank*: Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, Frankfurt am Main 1996
- Kind, Sandra*: Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information - aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtegesetz, Berlin 1998
- Kindler, Peter*: Karlsruhe und das Europäische Gesellschaftsrecht - Kritisches zur Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen das Video-Urteil, in: NJW 1993, S. 3120 ff.
- Kingreen, Thorsten*: Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999
- Kingreen, Thorsten/Störmer, Rainer*: Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, S. 263 ff.
- Kircher, Wolfgang*: Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf- und -garantien, in: ZRP 1997, S. 290 ff.
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, Berlin 1987
- Kirchner, Christian*: Europäisches Vertragsrecht, in: Hans-Leo Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht, Baden-Baden 1997, S. 103 ff.
- Ders.*: A „European Civil Code“: Potential, Conceptuals, and Methodological Implications, in: U. C. Dav. L. Rev.31 (1998), S. 671 ff.
- Klaka, Rainer; Schulz, Andreas*: Die europäische Gemeinschaftsmarke. Überblick für die Praxis, Bonn 1996
- Klauer, Irene*: Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter, Baden-Baden 1998
- Dies.*: General Clauses in European Private Law and „Stricter“ National Standards: The Unfair Terms Directive, in: ERPL 2000, S. 187 ff.
- Klein, Eckart*: Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, Saarbrücken 1988
- Kleindiek, Detlef*: Aspekte gemeinschaftsweiter Privatrechtsangleichung: Ein Sonderprivatrecht für Verbraucher?, in: Peter Hommelhoff/Erik Jayme/Werner Mangold (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung, Heidelberg 1995, S. 297 ff.
- Klippel, Diethelm*: Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, Goldbach, 1996
- Kluiver, Harm-Jan de/Biancia, Luigi A. (Hrsg.)*: The European Private Company?, Antwerpen 1995
- Kluth, Winfried*: Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive, Berlin 1995
- Ders.*: Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages - Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH -AÖR 122 (1997), S. 557 ff.

- Knapp, Andreas*: Das Problem der bewußten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr, in: *RabelsZ* 63 (1999), S. 295 ff.
- Knutel, Rolf*: Rechtssicherheit in Europa und römisches Recht, in: *ZEuP* 1994, S. 244 ff.
- Ders.*: Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, in: *JuS* 1996, S. 768 ff.
- Koch, Harald*: Die Präventions- und Steuerungswirkung des Schuld- und Wettbewerbsrechts. Vertrags-, delikts- und wettbewerbsrechtliche Instrumente zur Kontrolle wirtschaftlicher Tätigkeit, in: *JZ* 1999, S. 922 ff.
- Koch, Robert*: Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht im Falle richterlicher Vertragsverletzungen im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1994
- Ders.*: Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, in: *EuZW* 1995, S. 78 ff.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas*: *Europarecht*, 3. Aufl., Tübingen 2000
- Koenig, Christian/Braun, Jens-Daniel/Capito, Ralf*: Europäischer systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen?, in: *EWS* 1999, S. 401 ff.
- Köhler, Helmut*: Parallelimporte, culpa in contrahendo und freier Warenverkehr im Binnenmarkt. Anm. zur Entscheidung des EuGH vom 13. Oktober 1993 (Rechtssache C-93/92), in: *ZEuP* 1994, S. 664 ff.
- Köhler, Helmut/Piper, Henning*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Preisangabenverordnung, München 1995
- Köndgen, Johannes*: Mindestharmonisierung im Bankrecht, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden 1997, S. 111 ff.
- Kötz, Hein*: Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, Konstanz 1973
- Ders.*: *Europäisches Vertragsrecht*, Band I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrags; Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996
- Ders.*: *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobnig/Hein Kötz (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1981, S. 481 ff. (zit.: Kötz, FS Zweigert)
- Ders.*: Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, in: *RabelsZ* 50 (1986), S. 1 ff.
- Ders.*: Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*. Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1990, S. 75 ff.
- Ders.*: Ziele des Haftungsrechts, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus/Mailänder, U. Peter (Hrsg.) *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin u.a. 1990, S. 643 ff.
- Ders.*: Europäische Juristenausbildung, in: Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), *Privatrechtsvergleichung und internationales Privatrecht an der Universität Innsbruck*, Innsbruck 1992, S. 21 ff.
- Ders.*: Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung. Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 215 ff.
- Ders.*: Abschied von der Rechtskreislehre?, in: *ZEuP* 1998, S. 493 ff.
- Ders.*: The Common Core of European Private Law: Presented at the Third General Meeting of the Trento Project, in: *Hastings Int'l. & Comp. L. Review*, S. 803 ff.
- Ders.*: Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 149 ff.

- Kohler, Christian*: La Cour de Justice des Communautés et le droit international privé, in: Travaux du comité français de droit international privé (1993-1994), S. 71 ff.
- Ders.*: Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 1995, in: ZEuP 1996, S. 452 ff.
- Ders.*: Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, in: Rev. crit. dr. int. pr. 88 (1999), S. 1 ff.
- Ders.*: Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II“, in: NJW 2001, S. 10 ff.
- Kohler, Josef*: Das Recht als Kulturerscheinung. Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft, Würzburg 1885
- Kollhossler, Helmut*: Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 2.12.1985 - W 18/85 [JZ 1986, S. 441], in: JZ 1986, S. 446 ff.
- Koopmans, Thijmen*: The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions, in: AJCL 39 (1991), S. 493 ff.
- Ders.*: Comparative Law and the Courts, in: ICLQ 45 (1996), S. 545 ff.
- Koschaker, Paul*: Europa und das römische Recht, 4. Aufl., München, 1966
- Koziol, Helmut*: Ein europäisches Schadenersatzrecht - Wirklichkeit oder Traum?, in: JBl. 2001, S. 29 ff.
- Koziol, Helmut* (Hrsg.): Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag/London/Boston 1998
- Ders.* (Hrsg.): Unification of Tort Law: Causation, Den Haag/London/Boston 2000
- Kramer, Ernst A.*: Juristische Methodenlehre, Bern 1998
- Ders.*: Europäische Privatrechtsvereinheitlichung (Institutionen, Methoden, Perspektiven), in: JBl. 1988, S. 477 ff.
- Ders.*: Vielfalt und Einheit der Wertungen im Europäischen Privatrecht, in: Walter R. Schlupe (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des Zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 729 ff. (zit.: Kramer, FS Koller)
- Ders.*: Uniforme Interpretation von Einheitsprivatrecht - mit besonderer Berücksichtigung von Art. 7 UNKR, in: JBl. 1996, S. 137 ff.
- Kranjc, Janez*: Die Übernahme ausländischer Rechtssätze in das nationale Rechtssystem als Problem der Rechtskultur, in: Christian Tomuschat/Hein Kötz/Bernd von Maydell (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen. Referate des 13. Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 19. bis 23. September 1993 in Bamberg, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 33 ff.
- Kraßer, :* in: GRUR Int. 1999, S. 527 ff.
- Krauß, Hans-Peter*: Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991
- Krebs, Peter*: Die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr- Eine Chance zur Korrektur des neuen § 284 Abs. 3 BGB, in: DB 2000, S. 1697 ff.
- Kreuzer, Karl*: Die Inlandswirksamkeit fremder besitzloser vertraglicher Mobiliarsicherheiten: die italienische Autohypothek und das US-amerikanische mortgage an Luftfahrzeugen, in: IPRax 1993, S. 157 ff.
- Ders.*: Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 457 ff.
- Ders.*: La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères, in: Rev. crit. dr. int. pr. 84 (1995), S. 465 ff.

- Krieger, Albrecht*: Das Gemeinschaftspatent - ein essential des europäischen Binnenmarktes, in: : Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 701 ff. (zit.: Krieger, FS Everling)
- Ders.*: Der internationale Schutz von geographischen Bezeichnungen aus deutscher Sicht (Referat beim 2. Int. Weinrechtskongreß zum Thema „Weinkennzeichnung und Wettbewerbsrecht“, veranstaltet vom Institut für Weinrecht, Trier, und der Universität Hohenheim, vom 10.-12. November 1983 in Hohenheim, GRUR Int. 1984, S. 71 ff.
- Krimphove, Dieter*: Europäisches Arbeitsrecht, München 1996
- Kröll, Stefan*: Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaften nach den "Dietzinger"-Entscheidungen des EuGH und des BGH, in: DZWiR 1998, S. 426 ff.
- Kronke, Herbert*: Der Gesetzgeber als Rechtsvergleicher, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 579 ff. (zit.: Kronke, FS Drobnig)
- Kropholler, Jan*: Internationales Einheitsrecht. Bade I-III, 1. Aufl., Tübingen, 1975
- Ders.*: Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Tübingen 2001
- Kropholler, Jan/Hartmann, Claus Hinrich*: Die Europäisierung des Arrestgrundes der Auslandsvollstreckung, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 337 ff. (zit.: Kropholler/Hartmann, FS Drobnig)
- Kuchinke, Kurt*: Über die Notwendigkeit, ein gemeineuropäisches Familien- und Erbrecht zu schaffen, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 589 ff. (zit.: Kuchinke, FS Söllner)
- Kühne, Hans-Heiner*: Prostitution als bürgerlicher Beruf?, in: ZRP 1975, S. 184 ff.
- Lackhoff, Klaus/Raszinski, Bernd*: Umgekehrte Diskriminierung, EWS 97, S. 109 ff.
- Lagarde, Paul*: Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, in: Rev. crit. dr. int. pr. 80 (1991), S. 287 ff.
- Lagarde, Paul/Hoffmann, Bernd von*: Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, Köln 1996
- Landfermann, Hans-Georg*: Der Richtlinienvorschlag „Elektronischer Geschäftsverkehr“ – Ziele und Probleme, in: ZUM 1999, S. 795 ff.
- Lando, Ole*: Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code, in: Cappelletti (Hrsg.), New Perspectives for a Common Law of Europe, Florenz 1978, S. 267 ff.
- Ders.*: Principles of European Contract Law, in: Liber Memorialis Francois Laurent, Brüssel 1989, S. 555 ff. (zit.: Lando, GS Laurent)
- Ders.*: Teaching a European Law of Contracts, in: S. Bruno de Witte/Caroline Forder (Hrsg.), The common law of Europe and the future of legal education, Deventer 1992, 223 ff.
- Ders.*: Principles of European Contract Law. A First Step towards a European Civil Code?, in: Rev. dr. aff. int. 1997, S. 189 ff.
- Ders.*: Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 473 ff.
- Ders.*: The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria, in: Jürgen Basedow/Isaak Meier/Anton K. Schnyder/Talia Einhorn/Daniel Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards

- Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr, Zürich 2000, S. 391 ff. (zit.: Lando, FS Siehr)
- Ders.*: Optimal or Mandatory Europeanisation of Contract Law, in: ERPL 2000, S. 59 ff.
- Lando, Ole/Beale, Hugh* (Hrsg.): Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies. Prepared by The Commission on European Contract Law, Dordrecht/Boston/London 1995
- Dies.*: Principles of European Contract Law. Part I and II. Combined and Revised. Prepared by The Commission on European Contract Law, Dordrecht/Boston/London 2000
- Landsmeer, Arie*: Capital Movements: On the Interpretation of Article 73b of the EC Treaty, in: LIEI 27 (2000), S. 195 ff.
- Landy, Laurence*: Le consommateur européen: une notion éclatée, in: Filali Osman (Hrsg.), Vers un Code Européen de la Consommation, Brüssel 1998, S. 57 ff.
- Langenfeld, Christine*: Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, in: DÖV 1992, S. 955 ff.
- Langer, Olaf*: Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, in: RabelsZ 65 (2001), S. 222 ff.
- Langguth, Susanne*: Die Werbung mit "Natur", "Bio" und "Vollwert" bei Lebensmitteln unter Berücksichtigung der Irreführungsverbote des § 17 LMBG, in: ZLR 1989, S. 14 ff.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts. Band II: Besonderer Teil. 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986 (zit.: Larenz, BSchR II/1)
- Ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997
- Larouche, Pierre*: Ius Commune casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale, in: ERPL 2000, S. 101 ff.
- Lauklien, Annette-Tabea/Varadinek, Brigitte*: Der Vertragsabschluss im Internet, in: ZUM 2000, S. 466 ff.
- Lawson, F. H./Markesinis, Basil S.*: Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, Volume I: Text, Cambridge usw. 1982
- Lecheler, Helmut*: Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer Europäischen Union, Berlin 1993
- Ders.*: Einführung in das Europarecht, München, 2000
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 1996
- Legrand, Pierre*: Strange Power of Words: Codification Situated, in: The Tulane European and Civil Law Forum 9 (1994), S. 1 ff.
- Ders.*: Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality, in: Robert Jagtenberg/Esin Öricü/Amie J. de Roo (Hrsg.), Transfrontier Mobility of Law, Den Haag/London Boston 1995, S. 63 ff.
- Ders.*: Comparative Legal Studies and Commitment to Theory, in: MLR 58 (1995), S. 262 ff.
- Ders.*: European Legal Systems are not Converging, in: ICLQ 45 (1996), S. 52 ff.
- Ders.*: Against a European Civil Code, in: MLR 60 (1997), S. 44 ff.
- Ders.*: The Impossibility of 'Legal Transplants', in: MJ 4 (1997), S. 111 ff.
- Lehmann, Michael*: Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – der Richtlinien-vorschlag der EU-Kommission, in: ZUM 1999, S. 180 ff.
- Ders.*: Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, in: JZ 2000, S. 280 ff.

- Ders.*: Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, in: EuZW 2000, S. 517 ff.
- Ders./Dürschmidt, Armin*: Haftung für irreführende Werbung über Garantien – Zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und – garantien vom 18.6.1996, in: GRUR 1997, S. 549 ff.
- Lehr, Wolfgang*: Neuer Vorschlag für eine EU-Richtlinie über den Zahlungsverzug und Eigentumsvorbehalt im Handelsverkehr, in: EWS 1999, S. 241 ff.
- Ders./Wendel, Heiko*: Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und –garantien, in: EWS 1999, S. 321 ff.
- Leible, Stefan*: Finanzierungsleasing und „arrendamiento financiero“. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Finanzierungsleasing beweglicher Anlagegüter in Deutschland und Spanien, Berlin 1996 (
- Ders.*: Abschied vom „flüchtigen Verbraucher“? Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2.2.1994 „Clinique“, in: DZWIR 1994, S. 177 ff.
- Ders.*: Competencia desleal y Derecho de la Unión Europea. Hacia dónde nos dirigimos?, in: ADI XVI (1994-95), S. 345 ff.
- Ders.*: Rechtswahlfreiheit und kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz, in: Christian Armbrüster/Martin Franzen/Michael Georgi/Lutz Haertlein/Peter W. Heermann/Susanne Sieker/Regina Wolfram (Hrsg.), Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1996, S. 245 ff. (zit.: Leible, JJZ 1995)
- Ders.*: Kfz-Parallelimporte und deutsches Irreführungsverbot. Einige Anmerkungen zu OLG Dresden, WRP 1997, 197, in: WRP 1997, S. 517 ff.
- Ders.*: Außenhandel und Rechtssicherheit, in: ZVglRWiss 97 (1998), S. 286 ff.
- Ders.*: Comercio exterior y seguridad jurídica, in: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 31 (1998), S. 397 ff.
- Ders.*: Bilanzpublizität und Effektivität des Gemeinschaftsrechts, in: ZHR 162 (1998), S. 594 ff.
- Ders.*: Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin/Heidelberg 1999, S. 53 ff.
- Ders.*: Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 353 ff.
- Ders.*: Der Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferungen in EU-Staaten, in: Praxis-Handbuch Export, Loseblatt, Gruppe 6/7, S. 1 ff.
- Ders.*: El significado des lor „Principios de Unidroit“ para le seguridad jurídica en el comercio internacional, in: DN Sept. 1999, S. 11 ff.
- Ders.*: Der Vorschlag für eine EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr als Baustein eines europäischen Unternehmensrechts, in: Rupert Scholz (Hrsg.), Europa als Union des Rechts- Eine notwendige Zwischenbilanz im Prozeß der Vertiefung und Erweiterung, VI. Kongreß Junge Juristen und Wirtschaft, Leipzig, 26.-28. Mai 1999, Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Köln 1999, S. 90 ff.
- Ders.*: Werbung für EG-Neuwagen, in: NJW 2000, S. 1242 f.
- Ders.*: Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, in: RIW 2001, Heft 6 (im Druck)
- Leible, Stefan/Sosnitza, Olaf*: „MP Travel Line“, EG-Recht und Staatshaftung, in: MDR 1993, S. 1159 ff.

- Dies.:* „2 für 1 - Vorteil“, Rabattgesetz und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Anmerkungen zur Entscheidung des BGH vom 23. März 1995, GRUR 1995, 515 - „2 für 1 - Vorteil“, in: GRUR 1995, S. 799 ff.
- Dies.:* Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie, in: K & R 1998, S. 281 ff.
- Dies.:* Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, in: NJW 1998, S. 2507 ff
- Dies.:* § 17 LMBG nach „Darbo“. Plädoyer für die Streichung von § 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG, in: WRP 2000, S. 610 ff.
- Leible, Stefan/Staudinger, Ansgar:* Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, in: KTS 2000, S. 533 ff.
- Dies.:* Art. 65 EGV im System der EG-Kompetenzen, in: EuLF 4-2000/01, S. 225 ff.
- Leidenmühler, Franz:* Warenverkehrsfreiheit im Wandel der Judikatur. Vom Diskriminierungsverbot über das Beschränkungsverbot hin zu positiven Schutzpflichten der Mitgliedstaaten, in: WBl. 2000, S. 245 ff.
- Leipold, Dieter:* Europa und das Erbrecht, in: Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 647 ff.
- Leleu, Yves-Henri:* Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe, in: ERPL 1998, S. 159 ff.
- Lemhöfer, Bernt:* Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte, in: RabelsZ 25 (1960), S. 401 ff.
- Lensdorf, Lars:* Das deutsche Werberecht im Rahmen des Euro-Marketing. Liberalisierung im Wege der Harmonisierung?, Konstanz 1998
- Lenz, Carl Otto (Hrsg.):* Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 1. Aufl., Köln, Basel Wien, 1994
- Ders. (Hrsg.):* EG-Vertrag. Kommentar, 2. Aufl., Köln 1999 (zit.: Lenz-Bearbeiter)
- Ders.:* Gemeinsame Grundlagen und Grundwerte des Rechts der Europäischen Gemeinschaften, in: ZRP 1988, S. 449 ff.
- Ders.:* Entwicklung und unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts, in: DVBl. 1990, S. 903 ff.
- Ders.:* Ein undeutlicher Ton, in: NJW 1994, S. 1633 ff.
- Lepoivre, Marc:* Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996, in: CDE 1995, S. 323 ff.
- Levitsky, Jonathan E.:* The Europeanization of the British Legal Style, in: AJCL 42 (1994), S. 347 ff.
- Lewald, Hans:* Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931,
- Lewis, William Draper:* History of the American Law Institute and the First Restatement of the Law. „How We Did It“, in: American Law Institute, Restatement in the Courts. Permanent Edition, St. Paul (Minnesota) 1945, S. 1 ff.
- Lewis, Xavier:* The Europeanisation of the Common Law, in: in: Robert Jagtenberg/Esin Öricü/Amie J. de Roo (Hrsg.), Transfrontier Mobility of Law, Den Haag/London Boston 1995, S. 47 ff.
- Lieb, Manfred:* Grundfragen einer Schuldrechtsreform, in: AcP 183 (1983), S. 327 ff.
- Limmer, Peter:* Europäisches Privatrecht – das Ende des Zeitalters der einheitlichen Zivilrechtskodifikation?, in: MittBayNot 1999, S. 325 ff.
- Lindacher, Walter F.:* Phänomenologie der „Vertragsstrafe“, 1. Aufl., Frankfurt a.Main, 1972

- Ders.*: Wettbewerbsrecht und privilegium germanicum. Zur Sperrwirkung des deutschen Rechts nach Art. 38 EGBGB, in: Willi Erdmann/Wolfgang Gloy/Rolf Herber (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 355 ff. (zit.: Lindacher, FS Piper)
- Ders.*: Anmerkung [zum Urteil des BGH vom 5.2.1998 - IZR 211/95; DZWir 1998, S. 509], in: DZWir 1998, S. 514 ff.
- Linder, Bettina*: Vertragsabschluß beim grenzüberschreitenden Verbraucherleasing, Frankfurt am Main 1999
- Lindner, Andreas*: Time-Sharing-Richtlinie 94/47/EG verabschiedet, in: VuR 1995, S. 122 ff.
- Lipgens, Walter*: Documents on the history of European Integration, 4 Bde., Berlin 1985 - 1991
- Lipp, Volker*: Entwicklung und Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit, in: JZ 1997, S. 320 ff.
- Lipsius, Justus*: The 1996 Intergovernmental Conference, in: ELR 20 (1995), S. 235 ff.
- Loos, Marco*: Naar een Europees dienstverleningsrecht, in: Nederlands Juristenblad 2000, S. 452 ff.
- Lord Goff of Chieveley*: The Future of Common Law, in: ICLQ 46 (1997), S. 745 ff.
- Lord Oliver of Aylmerton*: Requiem for the Common Law?, in: Austr. L. J. 67 (1993), S. 675 ff.
- Lorenz, Egon*: Zur Struktur des internationalen Privatrechts, Berlin 1977
- Ders.*: Zur Kontrolle grenzüberschreitender Versicherungsverträge anhand der „Rechtsvorschriften des Allgemeininteresses“ im freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU, in: VersRdsch 3/1995, S. 8 ff.
- Lorenz, Tanja/Pühs, Wolfgang*: Eine Generalermächtigung im Wandel der Zeit: Art. 235 EG-Vertrag, in: ZG 1998, S. 142 ff.
- Lorenz, Werner*: Vertragsabschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands, Heidelberg 1957
- Ders.*: Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, in: JZ 1962, S. 269 ff.
- Ders.*: Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Rolf Dietz/Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag am 21. Januar 1965, München/Berlin 1965, S. 797 ff. (zit.: W. Lorenz, FS Nipperdey)
- Lüder, Tilman*: Mars: Zwischen Keck und Cassis, in: EuZW 1995, S. 609 ff.
- Lurger, Brigitta*: Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1997
- Dies.*, Vertragliche Solidarität. Entwicklungschancen für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998
- Dies.*: Zur Umsetzung der Kollisionsnormen von Verbraucherschutzrichtlinien, in: Ulfried Terlitz/Peter Schwarzenegger/Tomislava Bori (Hrsg.), Die internationale Dimension des Rechts. Festschrift für Willibald Posch zum 50. Geburtstag, Wien 1996, S. 179 ff. (zit.: Lurger, FS Posch)
- Lutter, Marcus*: Stand und Dynamik des europäischen Wirtschaftsrechts, Bonn 1991
- Ders.*: Europäisches Unternehmensrecht. Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung, 4. Aufl., Berlin 1996
- Ders.*: Die Auslegung angeglichenen Rechts, in: JZ 1992, S. 593 ff.
- Ders.*: Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 765 ff.
- Luttermann, Claus*: Die Europäische Genossenschaft, in: ZVglRWiss 93 (1994), S. 1 ff.
- de Ly, Filip*: De lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht, Antwerpen 1989

- Maennel, Fritjof A.* : Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinien-vorschlag der Europäischen Kommission, in: MMR 1999, S. 187 ff.
- Mäsch, Gerald*: Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, Berlin 1993
- Ders.*: Die Time-Sharing-Richtlinie. Licht und Schatten im europäischen Verbraucher-schutzrecht, in: EuZW 1995, S. 8 ff.
- Magnus, Ulrich* (Hrsg.): Unification of Tort Law: Damages, Den Haag 2000
- Magnus, Ulrich*: Europäische Kaufrechtsvereinheitlichung, in: RabelsZ 45 (1981), S. 144 ff.
- Ders.*: Die allgemeinen Grundsätze des UN-Kaufrechts, in: RabelsZ 59 (1995), S. 467 ff.
- Ders.*: Wesentliche Frage des UN-Kaufrechts, in: ZEuP 1999, S. 642 ff.
- Ders.*: Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das IN-Kaufrecht, in: Stefan Grundmann/Dieter Medicus/ Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht - Reform und Internationalisierung des deut-schen Schuldrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 79 ff.
- Maier, Joachim*: Der Verkauf von Körperorganen. Zur Sittenwidrigkeit von Übertra-gungsverträgen, Heidelberg 1991
- Malloy, Susie A.*: The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts, in: Fordh. Int. L. J. 19 (1995), S. 662 ff.
- Mankowski, Peter*: Seerechtliche Vertragsverhältnisse, Tübingen 1996
- Ders.*: Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in § 917 Abs. 2 ZPO, in: RIW 1991, 182 ff.
- Ders.*: Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in § 917 II ZPO, in: NJW 1992, S. 599 ff.
- Ders.*: Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung und das Europäische Gemeinschafts-recht, in: TranspR 1993, S. 182 ff.
- Ders.*: Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung und das Europäische Gemeinschafts-recht, in: NJW 1995, S. 306 ff.
- Ders.*: Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzrechts über Art. 34 EGBGB, in: DZWIR 1996, S. 273 ff.
- Ders.*: Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht!, in: RIW 1996, S. 8 ff.
- Ders.*: Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts, in: RIW 1998, S. 287 ff.
- Ders.*: Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR Int. 1999, S. 909 ff.
- Mansel, Heinz-Peter*: Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, in: JZ 1991, S. 529 ff.
- Marazzi, Alessandro*: Diritto internazionale privato e Comunita' Europa, in: Il diritto dell'economia 8 (1962), S. 791 ff.
- Markesinis, Basil S.*: Learning from Europe and Learning in Europe, in: Basil S. Markesinis (Hrsg.), The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and the English Law on the Eve of the 21<sup>st</sup> Century, Oxford 1994, S. 1 ff.
- Ders.*: Foreign Law and Foreign Ideas in the English Courts. The Contemporary English Contribution to the Use of Foreign Law and Contemporary Methodology, Amsterdam 1998
- Ders.*: Our Debt to Europe: Past Present and Future, in: Basil S. Markesinis (Hrsg.), The Clifford Chance Millenium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law, Oxford/Portland (Oregon) 2000, S. 37 ff.
- Ders.*: Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany, in: Cambridge Law Journal 59 (2000), S. 294 ff.

- Markesinis, Basil S. (Hrsg.):* The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and the English Law on the Eve of the 21<sup>st</sup> Century, Oxford 1994
- Ders. (Hrsg.):* The Clifford Chance Lectures. Volume I: Bridging the Channel, Oxford 1996
- Ders. (Hrsg.):* The Clifford Chance Millenium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law, Oxford/Portland (Oregon) 2000
- Martin-Ehlers, Andrés:* Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, Berlin 1996
- Martinek, Michael:* Das Terilzeiteigentum an Immobilien in der Europäischen Union, in: ZEuP 1994, S. 470 ff.
- Ders.:* Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, in: NJW 1998, S. 207 ff.
- Martiny, Dieter:* Rechtskultur - Berührungspunkte zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 421 ff. (zit.: Martiny, FS Blankenburg)
- Ders.:* Babylon in Brüssel? Das Recht und die Sprachenvielfalt, in: ZEuP 1998, S. 227 ff.
- Ders.:* Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?, in: Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., Nijmegen/Den Haag 1998, S. 151 ff.
- Ders.:* Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts in der Europäischen Union, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin/Heidelberg/New York 1999, S. 177 ff.
- Ders.:* Autonome und einheitliche Auslegung im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, in: RabelsZ 45 (1981), S. 427 ff.
- Markwardt, Karsten:* Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, Baden-Baden 1999
- Mattei, Ugo:* Comparative Law and Economics, Ann Arbor 1997
- Matthies, Heinrich:* Art. 30 EG-Vertrag nach Keck, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, S. 802 ff.
- Ders.:* Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, in: AJCL 43 (1994), S. 199 ff.
- Ders.:* A transaction costs approach to the European Code, in: ERPL 1998, S. 537 ff.
- Ders.:* The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments, in: Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 21 (1998), S. 883 ff.
- Mattai, Ugo:* The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments, in: Hastings Int'l. Com. L. Rev. 21 (1997/1998), S. 883 ff.
- Mayer, Ernst:* Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, in: AJP/PJA 1998, S. 499 ff.
- Mayer-Maly, Theo:* Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, in: JZ 1971, S. 1 ff.
- McGregor, Harvey:* Contract Code. Drawn up on behalf of the English Law Commission, Mailand 1993
- Medicus, Dieter:* Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 2000
- Mehren, Arthur T. von:* The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse - A Diagnosis and Guidelines for a Cure, in: IPRax 2000, S. 465 ff.
- Mehren, Arthur T. von/Michaels, Ralf:* Pragmatismus und Realismus für die Haager Verhandlungen zu einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, in: DAJV-NL 2000, S. 124 ff.

- Meier, Gert*: Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, in: EuZW 1991, S. 11 ff.
- Ders.*: Anm. zu EuGH, Urt. v. 19.11.1991 - Rs. C-6/90 und 9/90, Andrea Francovich und Danila Bonifaci gegen Italien, in: RIW 1992, S. 243 ff.
- Méndez Pinedo, Elvira*: La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo, Madrid/Barcelona 1998
- Mengoni, Luigi*: L'Europa die codici o un codice per l'Europa?, Rom 1993
- Menke, Burkhardt*: Die vergleichende Werbung in Deutschland nach der Richtlinie 97/55/EG und die BGH-Entscheidung „Testprei-Angebot“, in: WRP 1998, S. 811 ff.
- Mennicke, Petra*: Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung bei Urteilen aus Vertragsstaaten des EuGVÜ, in: EWS 1997, S. 117 ff.
- Mentschikoff, By Soia*: The Uniform Commercial Code, in: *RabelsZ* 30 (1966), S. 403 ff.
- Merkt, Hanno*: Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des „Wettbewerbs der Gesetzgeber“, in: *RabelsZ* 59 (1995), S. 545 ff.
- Merten, Detlef*: Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Detlef Merten (Hrsg.), *Die Subsidiarität in Europa*, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 77 ff.
- Mertens, Hans-Joachim*: Rechtsvereinheitlichung rechtspolitisch betrachtet. Bemerkungen zum Anlaß des Haager einheitlichen Kaufrechts, in: Marcus Lutter/Helmut Kohler/Winfried Trusen (Hrsg.), *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag*, München 1975, S. 651 ff. (zit.: Mertens, FS Bärmann)
- Ders.*: Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 219 ff.
- Mertens de Wilmars, J.*: Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in: *Journal des Tribunaux* 1991, S. 37 ff.
- Merz, Hans*: Die Quellen des schweizerischen Obligationsrechts von 1881 - Ein Beispiel interner Rechtsvereinheitlichung, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobnig/Hein Kötz (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, S. 667 ff.
- Mes, Peter*: Patentgesetz, Geschmacksmustergesetz, München 1997
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974
- Metallinos, Alexander S.*: Die europarechtskonforme Auslegung, Münster 1995
- Metzger, Axel*: Neue Entscheidungen des BGH zur „EG-Neuwagen“-Problematik. Anmerkung zu den Entscheidungen BGH, Urteil vom 15. Juli 1999 - I ZR 44/97 - EG Neuwagen I und BGH, Urteil vom 19. August 1999, I ZR 225/97 - EG Neuwagen II, WRP 1999, S. 1237 ff.
- Meyer, Alfred Hagen*: Lebensmittelrecht. Leitfaden für Studium und Praxis, Stuttgart 1998
- Ders.*: Bemerkungen zur „Mars“-Entscheidung des EuGH vom 6.7.1995, GRUR Int. 1996, S. 98 ff.
- Ders.*: Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs - Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“, in: WRP 1993, S. 215 ff.
- Meyer, Andreas*: Produktspezifische Werberegeln in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft. Zur rechtlichen Problematik von Werbevorschriften für Lebensmittel, alkoholische Getränke, Arznei- und Heilmittel, Kosmetika sowie Tabakerzeugnisse, Köln 1996
- Meyer, Peter*: Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Jura 1994, S. 455 ff.
- Meyer, R.*: *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994

- Michaels, Ralf*: Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, in: *RabelsZ* 62 (1998), S. 580 ff.
- Ders.*: Anerkennung internationaler Schiedssprüche und ordre public, in: *ZfRV* 1999, S. 5 ff.
- Michalski, Lutz*: Änderung des AGB-Gesetzes durch die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: *DB* 1994, S. 665 ff.
- Micklitz, Hans-W.*: Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: *VuR* 1993, S. 129 ff.
- Ders.*: AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, in: *ZEuP* 1993, S. 522 ff.
- Ders.*: Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, in: *EuZW* 1997, S. 229 ff.
- Ders.*: Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: *VUR* 1997, S. 153 ff.
- Ders.*: Perspektiven eines Europäischen Privatrechts. Ius commune praeter legem?, in: *ZEuP* 1998, S. 253 ff.
- Ders.*: Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: *EuZW* 1999, S. 485 ff.
- Ders.*: Principles of Social Justice in European Private Law, in: *Yearbook of European Law* 19 (1999/2000), S. 167 ff.
- Micklitz, Hans-W./Reich, Norbert*: Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union - Perspektiven für 1993, in: *EuZW* 1992, S. 593 ff.
- Dies.*: Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, Baden-Baden 1998
- Miebach, Klaus*: Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Geschichte, Probleme und die Stellung des Gemeinsamen Senats zum Bundesverfassungsgericht, Berlin 1971
- Miguel Asensio, Pedro A. de*: El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado, in: *La Ley* Nr. 4510 v. 30.3.1998, S. 1 ff.
- Mincke, Wolfgang*: Die Problematik von Recht und Sprache in der Übersetzung von Rechtstexten, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 77 (1991), S. 446 ff.
- Mittmann, Patrick*: Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Frankfurt a. M. 2000
- Möllers, Thomas M. J.*: Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, Tübingen 1999
- Möschel, Wernhard*: Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum?, in: *JZ* 1992, S. 877 ff.
- Mohn, Astrid Sybille*: Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht. Differenzierungen im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz, Kehl 1990
- Moltke, Heinrich von*: Zum Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, in: *VersW* 1993, S. 688 ff.
- Montesquieu, Charles-Louis de*: De l'esprit des lois. Vom Geist der Gesetze, Übersetzung und Einleitung von Kurt Weigand, Stuttgart 1994
- Morán Bovio, David (Hrsg.)*: Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Pamplona 1999
- Mosiek-Urbahn, Marlies*: Rechtsvereinheitlichung durch europäisches Privatrecht - eine Herausforderung für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: *ZRP* 2000, S. 297 ff.
- Mouly, Christian*: La publicité des sûreté réelles mobilières, in: *ERPL* 6 (1998), S. 51 ff.

- Mühlendahl, Alexander von/Ohlgart, Dietrich C./Bomhard, Verena von. Die Gemeinschaftsmarke, Bern 1998
- Müllbert, Peter O.: Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt. Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkungen im EG-Binnenmarkt, in: ZHR 159 (1995), S. 2 ff.
- Müller, Helene Boriths: Die Umsetzung der europäischen Übereinkommen von Rom und Brüssel in das Recht der Mitgliedstaaten. Dargestellt am Beispiel Deutschlands und Dänemarks, Frankfurt am Main 1997
- Müller, Markus: Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung. Europa zwischen einem Wettbewerb der Gesetzgeber und vollständiger Harmonisierung, Baden-Baden 2000
- Müller-Graff, Peter-Christian: Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff/Manfred Zuleeg, Staat und Wirtschaft in der EG. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Bodo Börner, Baden-Baden 1987, S. 17 ff.
- Ders.: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsrechtliche Grundfragen, in: Jürgen F. Baur (Hrsg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln 1992, S. 303 ff. (zit.: Müller-Graff, FS Börner)
- Ders.: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, in: NJW 1993, S. 13 ff.
- Ders.: Europäische Normgebung und ihre judikative Umsetzung in nationales Recht, Teil I, in: DRiZ 1996, S. 259 ff.
- Ders.: Diritto privato comunitario. Reltà in Germania e prospettive per l'Europa, in: Rassegna di diritto civile 1997, S. 281 ff.
- Ders.: The Quality of European and National Legislation. German Experiences and initiatives, in: EuZW 1998, S. 325 ff.
- Ders.: Justiz und Inneres nach Amsterdam - Die Neuerungen in erster und dritter Säule, in: Integration 1997, S. 271 ff.
- Müller-Graff/Kainer: Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, in: DRiZ 2000, S. 350 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann u.a., 3. Aufl., München 1993 ff. (zit.: MünchKomm-BGB-Bearbeiter)
- Mugdan, Benno: Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1899
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 1999 (zit.: Musielak-Bearbeiter, ZPO)
- Mussler, Werner: Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht, Baden-Baden 1998
- Ders.: Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, in: Streit, Manfred E./Wohlgemuth, Michael (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Baden-Baden 1999, S. 71
- Mussler, Werner/Wohlgemuth, Michael: Institutionen im Wettbewerb – Ordnungstheoretische Anmerkungen zum Systemwettbewerb in Europa, in: Peter Oberender/Manfred E. Streit (Hrsg.), Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß, Baden-Baden 1995, S. 9 ff.
- Nachbaur, Andreas: Niederlassungsfreiheit. Geltungsbereich und Reichweite des Art. 52 EGV im Binnenmarkt, Baden-Baden 1999
- Nassall, Wendt: Die Auswirkungen der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf nationale Individualprozesse, in: WM 1994, S. 1645 ff.
- Ders.: Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: JZ 1995, S. 689 ff.

- Ders.*: Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für Insolvenzschäden? - Konsequenzen aus den Urteilen des EuGH vom 14.12.1997 und vom 29.09.1998, in: WM 1999, 657 ff.
- Nelken, David (Hrsg.)*: Comparing Legal Cultures, Aldershot 1997
- Nentwich, Michael*: Das Lebensmittelrecht der Europäischen Union: Entstehung, Rechtsprechung, Sekundärrecht, nationale Handlungsspielräume, Wien 1994
- Neßler, Volker*: Richterrecht wandelt EG-Richtlinien. Die EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien als Problem des europäischen Richterrechts, in: RIW 1993, S. 206 ff.
- Ders.*: Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? – Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, in: ZfRV 2000, S. 1 ff.
- Nettesheim, Martin*: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: DÖV 1992, S. 999 ff.
- Ders.*: Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in: AöR 1994 (119. Band), S. 261 ff.
- Ders.*: Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52), in: NVwZ 1996, S. 342 ff.
- Neubauer, Anne*: Implizite Vertragsschlußzuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft und Subsidiaritätsprinzip. Eine Untersuchung anhand des Partnerschafts- und Kooperationsabkommens mit Rußland, Münster/Hamburg/London 2000
- Neuhaus, Paul-Heinrich*: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976
- Neuhaus, Paul-Heinrich/Kropholler, Jan*: Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?, in: RabelsZ 45 (1981), S. 73 ff.
- Neumann-Duesberg, Horst*: Sprache im Recht, Münster 1949
- Nève, Paul L.*: (Europäisches) Ius Commune und (nationales) Gemeines Recht: Verwechslung der Begriffe?, in: Gerhard Köbler/Hermann Nehlsen (Hrsg.), Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 871 ff.
- Neye, Hans-Werner*: Der Vorschlag 1997 einer Takeover-Richtlinie, in: ZIP 1997, S. 2172.
- Nicolaysen, Gert*: Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften, in: EUR 1966, S. 129 ff.
- Ders.*: Richtlinienwerbung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf. Besprechung der EuGH-Urteile vom 10.4.1984 - Rs. 14/83 und Rs. 79/83, in: EuR 1984, S. 380 ff.
- Ders.*: Keine horizontale Wirkung von Richtlinien-Bestimmungen. Anmerkung zum EuGH-Urteil Rs. 152/84 vom 26.2.1986, in: EuR 1986, S. 370 ff.
- Niemöller, Stefan*: Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung. Verhandlungs- und Vertragsparität als Regelungsgehalt des § 3 UWG, München 1999
- Niessen, Helmut*: Bindung und Freiheit der mitgliedstaaten der Europäischen Union bei der Umsetzung von Richtlinien am Beispiel der Angleichung des Bilanzrechts, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 971 ff. (zit.: Streinz, FS Everling)
- Niessen, Hermann*: Internationales Privatrecht für unerlaubte Handlungen im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?, in: NJW 1968, S. 2170 ff.
- Nirk, Rudolf/Kurtze, Helmut*: Geschmacksmustergesetz. Kommentar, 2. Aufl., Köln 1997
- Nobbe, Gerd*: Konsequenzen aus dem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs zur Sicherheitenfreigabe, in: Norbert Horn/Hans-Jürgen Lwows-

- ki/Gerd Nobbe (Hrsg.), Bankrecht - Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, S. 433 ff. (zit.: Nobbe, FS Schimansky)
- Noodt Taquela, María Blanca*: Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 29 (1996), S. 397 ff.
- Novak, Meinhard*: Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen - Einheitliche Rechtfertigungstatestände im EG-Vertrag?, in: DB 1997, S. 2589 ff.
- Nowak, Carsten/Schnitzler, Jörg*: Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten. Genereller Rechtsprechungswandel oder Sonderweg im Bereich der sozialen Sicherheit?, in: EuZW 2000, S. 627 ff.
- Odersky, Walter*: Art. 85/86 EG-Vertrag und die nationalen Gerichte. Einige Bemerkungen aus der Sicht der Bundesgerichtshofes, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, S. 699 ff.
- Ders.*: Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, in ZEuP 1994, S. 1 ff.
- Öhlinger, Theo (Hrsg.)*: Recht und Sprache. Fritz-Schönherr-Gedächtnissymposium 1985, Wien 1986
- Örücü, Esin*: Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition, Deventer 1999
- Ders.*: A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law, in: Robert Jagtenberg/Esin Örücü/Amie J. de Roo (Hrsg.), Transfrontier Mobility of Law, Den Haag/London Boston 1995, S. 5 ff.
- Ders.*: Turkey: Change Under Pressure, in: Esin Örücü/Elspeth Attwooll/Sean Coyle (Hrsg.), Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing, Den Haag/London/Boston 1996, S. 89 ff.
- Ogus, Anthony*: Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economical Analysis to Comparative Law, in: ICLQ 48 (1999), S. 405 ff.
- Ohler, Christoph*: Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, in: WM 1996, S. 1801 ff.
- Ohly, Ansgar*: Generalklausel und Richterrecht, in: AcP 2001, S. 1 ff.
- Oliver, Peter*: Is „Ideal-Standard“ ideal?, EuZW, 1995, S. 289 ff.
- O'Keefe, David*: Recasting the third pillar, in: CMLR (1995), S. 893 ff.
- Ophüls, Carl-Friedrich*: Über die Auslegung der Europäischen Gemeinschaftsverträge, in: Franz Greiß/Fritz W. Meyer (Hrsg.), Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur. Festgabe für Alfred Müller-Armack, Berlin 1961, S. 279 ff. (zit.: Ophüls, FS Müller-Armack)
- Oppermann, Thomas*: Europarecht, 2. Aufl., München 1999
- Oppermann, Thomas/Hiermaier, Werner*: Zur Einführung. Das Rechtsschutzsystem des EWG-Vertrags, in: JuS 1980, S. 782 ff.
- Osman, Filali (Hrsg.)*: Vers un Code Européen de la Consommation, Brüssel 1998
- Ossenbühl, Fritz*: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, in: DVBl. 1992, 993 ff.
- Othraus, Hans-Jürgen*: Benetton und Busengrapscher - ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit, JZ 1995, S. 1096 ff.
- Pache, Eckhard/Schorkopf, Frank*: Der Vertrag von Nizza. Institutionelle Reform zur Vorbereitung der Erweiterung, in: NJW 2001, S. 1377 ff.
- Pagenberg, Jochen/Munzinger, Peter J.*: Leitfaden Gemeinschaftsmarke, Köln/München 1996

- Pajunk, Axel*: Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages. Die gegenseitige Anerkennung von Privatrechtsinstituten am Beispiel der englischen Mobiliarskreditsicherheiten, Frankfurt am Main 1999
- Parra-Aranguren, Paolo*: Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1239 ff.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001 (zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Pascke, Marian/Andresen, Julia (Hrsg.)*: Europäisches Privatrecht, Münster 1998
- Pearce, Graham/Platten, Nicholas*: Promoting the Information Society: The Directive on Electronic Commerce, in: ELJ 6 (2000), S. 363 ff.
- Pechstein, Matthias*: Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“. Gesetzgebungsnotstand im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1987
- Ders.*: Die Bedeutung von Protokollerklärungen zu Rechtsakten der EG, in: EuR 1990, S. 249 ff.
- Ders.*: Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnis der EG, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin/Heidelberg 1999, S. 19 ff.
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian*: Die Europäische Unin, 3. Aufl. Tübingen, 2000
- Perau, Guido*: Die „Clinique“-Entscheidung des EuGH, in: ZIP 1994, S. 513 ff.
- Pereznieto Castro, Leonel*: Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in: Riv. dir. int. priv. proc. 30 (1994), S. 765 ff.
- Pernice, Ingolf*: Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, Baden-Baden 1979
- Pescatore, Pierre*: Recht in einem mehrsprachigen Raum, in: ZEuP 1998, S. 1 ff.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*: Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993, S. 593 ff.
- Pfeiffer, Thomas*: Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik, Frankfurt a. M. 1995
- Ders.*: Grundlagen und Grenzen der autonomen Auslegung des EuGVÜ, in: Joachim Jickeli/Herbert Kotzur/Ulrich Noack/Helmut Weber (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, Stuttgart usw. 1992, S. 71 ff. (zit.: Pfeiffer, JJZ 1991)
- Ders.*: Keine Beschwerde gegen EuGH-Vorlagen?, in: NJW 1994, S. 1996 ff.
- Ders.*: Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96, in: NJW 1997, S. 1207 ff.
- Ders.*: Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96, in: NJW 1997, S. 1207 ff.
- Ders.*: Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, in: ZIP 1998, 1129 ff.
- Ders.*: Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 21 ff.
- Ders.*: Der Stand des internationalen Sachenrechts nach der Kodifikation, in: IPRax 2000, S. 270 ff.
- Ders.*: Die Reichweite der Inhaltskontrolle nach Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EG und § 8 AGBG im Kontext der „Schuldrechtsmodernisierung“, in: VuR 2001, S. 95 ff.

- Ders.*: Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001, S. 481 ff.
- Pfeil, Werner*: Der Aspekt der Mehrsprachigkeit in der Union und sein Einfluß auf die Rechtsfortbildung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *ZfRV* 1996, S. 11 ff.
- Philipps, Günther*: Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung. Ein Beitrag zur Methodenlehre der Privatrechtsvereinheitlichung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse Westeuropas, Frankfurt a. M./Berlin 1965
- Piepenbrock, Hermann-Josef/Schmitz, Peter*: Fernabsatzgesetz: Neuer Rechtsrahmen für E-Commerce, in: *K & R* 2000, S. 378 ff.
- Pieper, Stefan*: Mitgliedstaatliche Haftung für die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht, in: *NJW* 1992, S. 2454 ff.
- Ders.*: Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, in: *DVBl.* 1993, S. 705 ff.
- Piltz, Burghard*: Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993
- Ders.*: Incoterms 2000 - ein Praxisüberblick, in: *RIW* 2000, S. 485 ff.
- Ders.*: Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, in: *NJW* 2000, S. 553 ff.
- Pintens, Walter*: Der Fall Konstantinidis. Das Namensrecht als Beispiel für die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Gemeinschaftsrecht, in: *ZEuP* 1995, S. 89 ff.
- Pirrung, Jörg*: EuGH und Versorgungsausgleich - keine Diskriminierung durch Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, in: Haimo Schack (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, München 2000, S. 543 ff. (zit.: Pirrung, GS Lüderitz)
- Ders.*: Europabeamtenrecht und Scheidungsfolgen, in: Peter Gottwald/Erik Jayme/Dieter Schwab (Hrsg.), *Gestschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag* 1. Dezember 2000, Bielefeld 2000, S. 461 ff. (zit.: Pirrung, FS Henrich)
- Plassmann, Clemens*: Vergleichende Werbung im Gemeinsamen Markt – Die geplante EG-Richtlinie über vergleichende Werbung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht, in: *GRUR* 1996, S. 377 ff.
- Plaza, C.*: Furthering the Effectiveness of Directives and Judicial Protection of Individual Rights thereunder, in: *ICLQ* 43 (1994), S. 26 ff.
- Pöttler, Gerhard*: Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in europäischen Mitgliedstaaten. Anhand ausgewählter Beispiele der Pauschalreise-, Timesharing- und Produkthaftungsrichtlinie, Frankfurt a. M. 2001
- Poiares Maduro, Miguel*: The Saga of Article 30 EC Treaty: to Be Continued, in: *MJ* 5 (1998), S. 298 ff.
- Posch, Willibald*: Probleme „autonomer Rechtsanpassung“ - dargestellt am Produkthaftungsgesetz, in: Josef Aicher/Hans-Georg Koppensteiner (Hrsg.), *Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht. Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag*, Wien 1990, S. 665 ff. (zit.: Posch, FS Ostheim)
- Ders.*: Über die Weiterentwicklung des EG-Verbraucherrechts und seine Ausstrahlung auf Drittstaaten, in: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skapskiemu*, Krakau 1994, S. 357 ff. (zit.: Posch, FS Skapskiemu)
- Prechal, Sacha*: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Oxford 1995
- Prieß, Hans-Joachim*: Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht, in: *NVwZ* 1993, S. 118 ff.

- Prölss, Jürgen/Armbrüster, Christian*: Europäisierung des deutschen Privatversicherungsrechts, in: DZWIR 1993, S. 397 ff. und 449 ff.
- Püls, Joachim*: Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. Und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995
- Pützhoven, Andreas*: Harmonisierung des europäischen Verbraucherschutzrechts, in: EWS 1999, S. 447 ff.
- Puttfarcken, Hans-Jürgen*: Droit commun législatif und die Einheit der Profession. Eine ketzerische Reflexion zur Rechtsvereinheitlichung, in: RabelsZ 45 (1981), S. 91 ff.
- Raape, Leo*: Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin 1961
- Rabe, Hans-Jürgen*: Vorlagepflicht und gesetzlicher Richter, in: Bernd Bender/Rüdiger Breuer/Fritz Ossenbühl/Horst Sandler (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 201 ff. (zit.: Rabe, FS Redeker)
- Ders.*: Zur Reform des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, in: EuR 2000, S. 811 ff.
- Rabel, Ernst*: Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1. Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1936 und 1957, Berlin, 1964
- Ders.*: Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2. Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1958, Berlin, 1967
- Ders.*: The conflict of laws, 4 Bde., Ann Arbor 1945 ff.
- Ders.*: Deutsches und amerikanisches Recht, in: RabelsZ 16 (1951), S. 340 ff.
- Radicati di Brozolo, Luca*: L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, in: Rev. crit. dr. int. pr. 82 (1993), S. 401 ff.
- Ranieri, Filippo*: Europäisches Obligationenrecht. Lehr- und Textbuch, Wien/New York 1999
- Ders.*: Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts, in: Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische rechts- und Verfassungsgeschichte, Baden-Baden 1991, S. 89 ff.
- Ders.*: Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe, in: Ius Commune 17 (1990), S. 9 ff.
- Ders.*: Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, in: JZ 1997, S. 801 ff.
- Ders.*: Juristenausbildung und Richterbild in der europäischen union, in: DRiZ 1998, S. 285 ff.
- Rauscher, Thomas*: Internationales Privatrecht, Heidelberg 1999
- Ders.*: Sicherungsübereignung im deutsch-französischen Rechtsverkehr, in: RIW 1985, S. 265 ff.
- Redeker, Helmut*: EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, in: CR 2000, S. 455 ff.
- Reese, Ulrich*: Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft - unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, München 1994
- Reich, Norbert*: Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäischen Union, Bonn 1995
- Ders.*: Europäisches Verbraucherrecht. Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1996
- Ders.*: Bürgerrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999
- Ders.*: Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?, in: CMLR 29 (1992), S. 861 ff.

- Ders.*: Zur Theorie der Europäischen Verbraucherrechtes, in: ZEuP 1994, S. 381 ff.
- Ders.*: Garaantien unter Gemeinschaftsrecht, in: EuZW 1995, S. 71 ff.
- Ders.*: Das Phantom „Verbraucherrecht“ - Erosion oder Evolution des Privatrechts? Einige Anmerkungen zu Dreher, Der Verbraucher- das Phantom in den Opera des Europäischen und deutschen Rechts?, in: JZ 1997, 166
- Ders.*: Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: EuZW 1997, S. 581 ff.
- Ders.*: Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, in: NJW 1999, 2397 ff.
- Ders.*: Europäische Grundfreiheiten - terra incognita?, in: ZBB 2000, S. 177 ff.
- Reichold, Hermann*: Arbeitsrechtsstandards als „Aufenthaltsmodalitäten“. Personenverkehrsfreiheiten zwischen „Bosman“-Urteil und Entsende-Richtlinie, in: ZEuP 1998, S. 434 ff.
- Reichsgerichtsräte*: Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl., Berlin 1989 ff. (zit.: RGRK-BGB-Bearbeiter)
- Recq, Jean-Gabriel*: Das neue Anwaltsgesetz in Frankreich, in: AwBl. 1993, S. 67 ff.
- Reimann, Mathias*: Zur Lehre vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag, Bonn 1970
- Ders.*: Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, München 1997
- Ders.*: American Private Law and European Legal Unification - Can the United States be a Model?, in: MJ 3 (1996), S. 217 ff.
- Reinhart, Gert*: UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*: Schutz des Bürgers durch das Haustürwiderrufsgesetz - Ein Besprechung des Urteils des EuGH v. 17.3.1998, ZIP 1998, S. 554, in: ZIP 1998, S. 893 ff.
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter*: Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996
- Remien, Oliver*: Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2001 (zitiert nach dem Manuskript der Hamburger Habilitationsschrift)
- Ders.*: Ansätze für ein Europäisches Privatrecht, in: ZVglRWiss 87 (1988), S. 105 ff.
- Ders.*: Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, in: Joachim Jickeli/Herbert Kotzur/Ulrich Noack/Helmut Weeber (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar 1992, S. 11 ff. (zit.: Remien, JJZ 1991)
- Ders.*: Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, in: JZ 1992, S. 277 ff.
- Ders.*: Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? - Zum Symposium „Alternativen zur legislativen Rechtsvereinheitlichung“, in: RabelsZ 56 (1992), S. 300 ff.
- Ders.*: Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, JZ 1994, S. 349 ff.
- Ders.*: Das neue Burgerlijk Wetboek der Niederlande und seine Erschließung durch die Rechtsliteratur, in: ZEuP 1994, S. 187b ff.
- Ders.*: AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, in: ZEuP 1994, S. 34 ff.
- Ders.*: Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? - Legislative und gerichtliche Wege, in: ZfRV 1995, S. 116 ff.
- Ders.*: Über den Stil des europäischen Privatrechts - Versuch einer Analyse und Prognose, in: RabelsZ 60 (1996), S. 1 ff.

- Ders.*: Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht – Stellungnahme, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, S. 181 ff.
- Ders.*: Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, in: *RabelsZ* 62 (1998), S. 627 ff.
- Ders.*: Europäisches Zivilgesetzbuch - Einheitsrecht mit nationaler Abänderungsbefugnis, in: Dieter Martiny/Normann Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Heidelberg 1999, S. 53 ff.
- Ders.*: Verbraucherrecht oder allgemeines Privatrecht für die Europäische Union, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 107 ff.
- Ders.*: European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, in: *CMLR* 38 (2001), S. 53 ff.
- Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin*: Rechtsschutz in der Europäischen Union, München 1994
- Reppen, Tilmann*: Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*?, in: Christoph Weber/Anja Steinbeck/Joachim Hennrichs/Helmar Ingelfinger/Matthias Jacobs/Hans-Friedrich Müller/Thomas Raab/Jürgen Treber (Hrsg.), Europäisierung des Privatrechts. Zwischenbilanz und Perspektiven, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, Stuttgart usw. 1998, S. 9 ff. (zit.: Reppen, JJZ 1997)
- Ress, Georg*: Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, in: Wilfried Fiedler (Hrsg.), Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, KälN/Berlin/Bonn/München 1989, S. 625 ff. (zit.: Ress, GS Geck)
- Ders.*: Die Direktwirkung von Richtlinien: Der Wandel von der prozeßrechtlichen zur materiellrechtlichen Konzeption, in: Leipold, Dieter/Lüke, Wolfgang/Yoshino, Shozaburo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Arens, München 1993.
- Ders.*: Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, in: *DÖV* 1994, S. 489 ff.
- Ders.*: Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung nach § 917 II ZPO und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, in: *JuS* 1995, S. 967 ff.
- Rheinstein, Max*: Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., München 1987
- Riedl, Kristina*: The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint, in: *ERPL* 2000, S. 71 ff.
- Riegel, Reinhard*: Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrecht auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten - zugleich ein Betrag zur Auslegung von Art. 222 EWGV, in: *RIW* 1979, S. 744 ff.
- Riesenhuber, Karl*: Formabsatz von Finanzdienstleistungen im europäischen Schuldvertragsrecht - Zum Richtlinienentwurf der Kommission vom 14.10.1998 KOM (98) 468 endg., *Abl.* 1998 C 385/10, *WM* 1999, S. 1441 ff.
- Rigaux, Francois*: Droit international privé et droit communautaire, in: *L'internalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Brüssel 1994, S. 341 ff. (zit.: Rigaux, Mélanges Loussouarn)
- Ders.*: „Versorgungsausgleich“ and Art. 12 EC: Discriminations based on the nationality an German private international law, in: *IPRax* 2000, S. 287 f.
- Ritter, Markus*: Sprachliche Anforderungen an Warenkennzeichnungen und freier Warenverkehr. Maßnahmen gleicher Wirkung, die keine technischen Vorschriften, sondern zusätzliche Vorschriften sind: zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Rs C-33/97 - Colim, in: *ÖZW* 1999, S. 105 ff.

- Ritterhoff, Ann-Christin*: Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht. Entwicklung eines Vorschlags insbesondere für das deutsche Kollisionsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des englischen Kollisionsrechts, Berlin 1999
- Rittner, Fritz*: Die wirtschaftliche Ordnung der EG und das Privatrecht, in: JZ 1990, S. 838 ff.
- Ders.*: Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, in: JZ 1995, S. 849 ff.
- Ders.*: Ein Gesetzbuch für Europa?, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 449 ff. (zit.: Rittner, FS Mestmäcker)
- Ders.*: Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis, in: DB 1996, S. 25 ff.
- Ders.*: Wieviel Europa braucht Europa?, in: EuR 1998, S. 3 ff.
- Rodi, Michael*: Vorlageentscheidung, gesetzlicher Richter und Willkür, in: DÖV 1989, S. 750 ff.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos*: Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewaltenteilung in der Europäischen Union, in: NJW 2000, S. 1889 ff.
- Rodríguez Mateos, Pilar*: El contrato de leasing mobiliario internacional, Madrid 1997
- Römer, Wolfgang*: Die Umsetzung der EG-Richtlinien im Versicherungsrecht, in: Karlmann Geiß/Kay Nehm/Hans Erich Brandner/Horst Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 375 ff. (zit.: Römer, FS 50 Jahre BGH)
- Röhrich, Volker*: Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, in: ZGR 1999, S. 445 ff.
- Rönck, Rüdiger*: Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Zulässigkeit und Praktikabilität ihrer Rezeption zur Realisierung des Gemeinsamen Marktes, Berlin 1995
- Rösler, Hannes*: Zur Zukunft des Gerichtssystems der EU, in: ZRP 2000, S. 52 ff.
- Röver, Jan-Hendrik*: Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten. Eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung, München 1999
- Rohde, Andreas*: Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1999
- Rohe, Mathias*: Staatsangehörigkeit oder Lebensmittelpunkt? Anknüpfungsgerechtigkeit im Lichte neuerer Interessen, in: Christoph Engel/Helmut Weber (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Rothoefl zum 65. Geburtstag, München 1994, S. 1 ff. (zit.: Rohe, FS Rothoefl)
- Ders.*: Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag, RabelsZ 61 (1997), S. 1 ff.
- Rohlf, Angelo O.*: Die Anwendbarkeit des § 110 ZPO bei Klagen natürlicher und juristischer Personen des EU-Auslandes, in: NJW 1995, S. 2211 ff.
- Rosen, Mark D.*: What Has Happened to the Common Law? - Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development, in: Wisc. L. Rev. 1994, S. 1119 ff.
- Rossi, Matthias*: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, in: EuR 2000, S. 197 ff.
- Rossun, Madelaine van*: The Principles of European Contract Law, in: MJ 3 (1996), S. 69 ff.
- Roth, Herbert*: Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen, in: AcP 190 (1990), S. 292 ff.
- Ders.*: EG-Richtlinien und bürgerliches Recht, in: JZ 1999, S. 529 ff.

- Roth, Wulf-Henning*: Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG (Schluß), in: EuR 1987, S. 7 ff.
- Ders.*: Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, in: RabelsZ 55 (1991), S. 623 ff.
- Ders.*: Das Allgemeininteresse im europäischen internationalen Versicherungsvertragsrecht, in: VersR 1993, S. 129 ff.
- Ders.*: Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, in: ZEuP 1994, S. 5 ff.
- Ders.*: Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept, in: Marktwirtschaft und Wettbewerb im sich erweiternden europäischen Raum. Referate des XXVII. FIW-Symposiums, FIW-Schriftenreihe Bd. 160, Köln 1994, S. 21 ff.
- Ders.*: Joined Cases C-267 and C-268/91, Bernard Keck and Daniel Mithouand, Judgement of 24 November 1993, [1993] ECR I-6097; Case C-292/92, Ruth Hünermund et al. V. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, Judgement of 15 December 1993 [1993] ECR-I-6787, CMLR 31 (1994), S. 845 ff.
- Ders.*: Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller? Plädoyer für eine Neubestimmung des Art. 34 EGV, in: ZHR 159 (1995), S. 78 ff.
- Ders.*: Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention, in: Anton K. Schnyder/Helmut Heiss/Bernhard Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Tübingen 1995, S. 35 ff.
- Ders.*: Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Wolfgang Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 729 ff. (zit.: Roth, GS Knobbe-Keuk)
- Ders.*: Generalklauseln im Europäischen Privatrecht. Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 135 ff. (zit.: W.-H. Roth, FS Drobnig)
- Ders.*: Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 45 ff.
- Ders.*: Freier Warenverkehr nach „Keck“, in: Ulrich Hübnerr/Werner F. Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 929 ff. (zit.: W.-H. Roth, FS Großfeld)
- Ders.*: Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht – das Beispiel Produkthaftung, in: Haimo Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S. 635 ff. (zit.: W.-H. Roth, GS Lüderitz)
- Ders.*: Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, in: WRP 2000, S. 979 ff.
- Ders.*: Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in: Stefan Grundmann/Dieter Medicus/Walter Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 113 ff.
- Ders.*: Europäisches Recht und nationales Recht, in: Karlmann Geiß/Kay Nehm/Hans Erich Brandner/Horst Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 848 ff. (zit.: W.-H. Roth, FS 50 Jahre BGH)

- Ders.*: Die Schuldrechtsharmonisierung im Kontext des Europarechts, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 225 ff.
- Rother, Werner*: Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, in: AcP 172 (1972), S. 498 ff.
- Rotmn, Edgardo*: The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects, in: Indiana Int'l. & Comp. L. Rev. 6 (1995), S. 187 ff.
- Rott, Thilo*: Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, Tübingen 2000
- Rudisch, Bernhard*: Österreichisches internationales Versicherungsvertragsrecht. Das Kollisionsrecht des Versicherungsvertrages vor und nach einem EWR- bzw. EG-Beitritt, Wien 1994
- Rüffler, Friedrich*: Der Einfluß des Europarechts auf das österreichische Wettbewerbsrecht, Band 6/2 der von Koppensteiner hrsg. Reihe „Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht“, Wien 1998
- Ders.*: Irreführende Werbung und Europarecht, in: WBl. 1996, S. 89 ff. und 133 ff.
- Ders.*: Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, in: ÖJZ 1997, S. 121 ff.
- Ders.*: Europäisches Verbraucherleitbild und Demoskopie, in: WBl. 1998, S. 381 ff.
- Ders.*: Niederlassungsfreiheit, Keck und die Bestimmung der Verwechslungsgefahr bei Kollision unternehmerischer Kennzeichen. Eine Besprechung der E des EuGH vom 11.5.1999, Rs C-255/97 (Pfeiffer/Löwa), in: WBl. 1999, S. 297 ff.
- Ders.*: Aspekte primärrechtskonformer und sekundärrechtskonformer Auslegung nationalen Lauterkeitsrechts, in: Reiner Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts, Baden-Baden 1999, S. 97 ff.
- Rüthers, Bernd*: Rechtstheorie, München 1999.
- Rupp, Hans Heinrich*: Wahlrechtsgleichheit bei der Verteilung der Sitze im Europäischen Parlament auf die Mitgliedstaaten, in: NJW 1995, 2210 ff.
- Sacco, Rodolfo*: Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law, in: AJCL 39 (1991), S. 1 ff. und 343 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.)*: Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 1999 (zit.: Sachsbearbeiter)
- Sach, Jörn*: Zur künftigen europäischen Gerichtsbarkeit nach Nizza, in: EuZW 2001, S. 77 ff.
- Sack, Rolf*: Die kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, in: GRUR Int. 1988, S. 320 ff.
- Ders.*: Wettbewerbsrechtliche Folgen von Richtlinien der Europäischen Union - zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 7.7.1994 (6 U 17/94) VersR 94, S. 514, in: VersR 1994, S. 1383 ff.
- Ders.*: Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, in: WRP 1998, S. 103 ff.
- Ders.*: Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, S. 37 ff.
- Ders.*: Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, in: WRP 2000, S. 269 ff.
- Samtleben, Jürgen*: Das Internationale Privatrecht der Börsentermingeschäfte und der EWG-Vertrag. Zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.10.1978, in: RabelsZ 45 (1981), S. 218 ff.
- Ders.*: Warentermingeschäfte im Ausland - ein Glücksspiel?, in: IPRax 1989, S. 148 ff.
- Ders.*: Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht, in: IPRax 1998, S. 385 ff.

- Samuel, Geoffrey*: System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und common law, in: ZEuP 1995, S. 375 ff.
- Ders.*: Comparative Law and Jurisprudence, in: ICLQ 47 (1998), S. 817 ff.
- Ders.*: English Private Law in the Context of the Codes, in: Mark Van Hoecke/Francois Ost (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law, Oxford 2000, S. 47 ff.
- Samuel, Geoffrey Howard/Rinkes, Jac G. J.*: The English Law of Obligations, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 109 ff.
- Sandrock, Otto*: Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt?, in: EWS 1994, S. 1 ff.
- Ders.*: Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Europa - und die Welt, in: JZ 1996, S. 1 ff.
- Ders.*: Die deutsche Sprache und das internationale Recht: Fakten und Konsequenzen, in: Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 971 ff. (zit.: Sandrock, FS Großfeld)
- Ders.*: Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt. Von der „Weltstellung“ des deutschen zur „Hegemonie“ des U.S.-amerikanischen Rechts, in: ZvgIRWiss 100 (2001) S. 3 ff.
- Saulle, Maria Rita*: Diritto comunitario e diritto internazionale privato, Neapel 1983
- Savatier, René*: Le Marché commun au regard du droit international privé, in: Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 48 (1959), S. 237 ff.
- Savigny, Friedrich Carl von*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814
- Ders.*: System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde., Berlin 1840 - 1856
- Schack, Haimo*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997
- Ders.*: Rechtsangleichung mit der Brechstange des EuGH - Vom Fluch eines falsch verstandenen Diskriminierungsverbots, in: ZZZ 108 (1995), S. 47 ff.
- Ders.*: Die Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam, in: ZEuP 1999, S. 805 ff.
- Schäfer, Burkhard/Bankowski, Zenon*: Mistaken Identities: The Integrative Force of Private Law, in: Mark Van Hoecke/Francois Ost (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law, Oxford 2000, S. 21 ff.
- Schaefer, Detlef*: Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts, gezeigt am Beispiel des Art. 30 EWGV, Frankfurt am Main 1987
- Schäfer, Frank A.*: Wertpapierhandelsgesetz, Börsengesetz mit BörsZulV, Verkaufsprospektgesetz mit VerkProspV, Stuttgart 1999 (zit.: Schäfer-Bearbeiter)
- Schäfer, Peter/Pfeiffer, Karen*: Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: ZIP 1999, S. 1829 ff.
- Schalch, Stefan*: EG-Gesetzgebung betreffend Time-Sharing an Ferienimmobilien, in: AJP 1996, S. 679 ff.
- Scheffer, Urban*: Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers, Frankfurt a. M. 1997
- Scherer, Josef/Butt, Mark Eric*: Rechtsprobleme beim Vertragsschluss via Internet, in: DB 2000, S. 1009 ff.
- Scherzberg, Arno*: Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, in: Jura 1993, S. 225 ff.
- Schiek, Dagmar*: Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 1997
- Schiemann, Sir Konrad*: Europe - Our Common Legal Principles, in: Yearbook of European Law 19 (1999/2000), S. 205 ff.

- Schiffauer, Peter*: Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Entwickelt anhand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie, Berlin 1999
- Schilling, Theodor*: Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Privatrecht: Versuch einer vergleichenden Darstellung unter Berücksichtigung der Rechte des deutschen und französischen Rechtskreises sowie des common law, München 1985
- Ders.*: Rechtsfragen zu Art. 30 EGV - Zugleich eine Anm. zum EuGH-Urteil vom 24.11.1993, in: EuR 1994, S. 50 ff.
- Ders.*: Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Privatrecht. Versuch einer vergleichenden Darstellung unter Berücksichtigung der Rechte des deutschen und französischen Rechtskreises sowie des common law, München 1985
- Schima, Bernhard*: Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: ÖJZ 1997, S. 761 ff.
- Schimke, Martin*: Zur Haftung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber Bürgern wegen Nichtumsetzung der EG-Richtlinie über Pauschalreisen, in: EUZW 1993, S. 698 ff.
- Schindler, Thomas*: Die Restatements und ihre Bedeutung für das amerikanische Privatrecht, in: ZEuP 1998, S. 277 ff.
- Schirnding, Clemens Graf*: Zur geplanten EG-Richtlinie „Fernverträge über Finanzdienstleistungen“, FLF 1998, S. 11 ff.
- Schlacke, Sabine*: Risikoentscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht, Baden-Baden 1998
- Schlechtriem, Peter*: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 1987
- Ders.*: Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 1996
- Ders.*: Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, in: Hans G. Leser/Wolfgang Marschall von Bieberstein (Hrsg.), Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 51 ff.
- Ders.*: Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, in: ZEuP 1993, S. 217 ff.
- Ders.*: Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, in: JZ 1997, S. 441 ff.
- Ders.*: Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherrecht, in: ZSchwR 1999, S. 335 ff.
- Ders.*: Kaufrechtsangleichung in Europa. Licht und Schatten in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, in: Haimo Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S. 675 ff. (zit.: Schlechtriem, GS Lüderitz)
- Schlemmer-Schulte, Sabine/Ukrow, Jörg*: Haftung des Staates gegenüber dem Marktbürger für gemeinschaftsrechtswidriges Verhalten. Zum Frau-Covach-Urteil des EuGH vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, in: EuR 1992, S. 82 ff.
- Schlesinger, Rudolf Berthold*: Formation of contracts: A study of the common core of legal systems, Dobbs Ferry (New York) 1968
- Schlösser, Peter F.*: Das Recht der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen 1989
- Ders.*: EuGVÜ, 1. Aufl., München, 1996
- Ders.*: Prozeßkostensicherheitsleistung durch Ausländer und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot, in: EuZW 1993, S. 659 ff.
- Ders.*: Die europäische justizielle Infrastruktur ohne Diskriminierungen, in: ZEuP 1995, S. 250 ff.

- Schmeder, Winfried*: Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaft, Köln/Berlin(Bonn/München 1978)
- Schmeinck, Sabine*: Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche, in: Coen/Hölscheidt/Piper (Hrsg.), Europa '93 - Auf dem Weg zur Europäischen Union. Festschrift für Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann zum 60. Geburtstag, Herne Berlin 1993, S. 251 ff. (zit.: Schmeinck, FS Bleckmann)
- Schmid, Christoph*: „Bottom-Up“ Harmonisation of European Private Law: Ius Commune and Restatement, in: Veijo Heiskanen/Kati Kulovesi (Hrsg.), Function and Future of European Law, Helsinki 1999, S. 75 ff.
- Ders.*: Ways Out of the Maquis communautaire, On Simplification and Consolidation and the Need for a Restatement of European Primary Law, in: EUI Working Paper RSC No. 99/6, Badia Fiesolana, San Domenico (FI)
- Ders.*: Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa, in: ZfRV 1999, S. 213 ff.
- Ders.*: Desintegration und Neuordnungsperspektiven im europäischen Privatrecht. Plädoyer für ein Europäisches Rechtsinstitut und für „Restatements“ über europäisches Recht, in: Thomas Ackermann/Arnd Arnold/Diederich Eckardt/Richard Giesen/Oliver Klose/Gerd Krämer/Panajotta Lakkis/Martina Müller-Ehlen/Oliver Ricken/Randolf Schnorr/Hans-Jörg Schultes (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, Stuttgart usw. 2000, S. 33 ff.(zit.: Schmid, JJZ 1999)
- Schmidhuber, Peter M./Hitzler, Gerhard*: Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: NVwZ 1992, S. 720 ff.
- Schmidt, Johann*: Geschichte der Universalsprache Volapük, Saarbrücken 1986
- Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1997
- Ders.*: Handelsrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1999
- Ders.*: Vorlagefragen nach Art. 177 EGV und Zivilprozeßordnung. Aussetzung und Vorlage als gegensätzliche Methoden der externen Vorfragenentscheidung, in: Hanns Prütting/Helmut Rüssmann (Hrsg.), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 721 ff.
- Ders.*: Woher - wohin? ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken, in: ZHR Band 161 1997, S. 5 ff.
- Schmidt, Marek*: Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, in: RabelsZ 59 (1995), S. 569 ff.
- Schmidt-Kessel, Martin*: Euro und AGB – einige Fragen zu Verbrauchergeschäften, in: WM 1997, S. 1732 ff.
- Ders.*: Zahlungsverzug im Handelsverkehr – ein neuer Richtlinienentwurf, in: JZ 1998, S. 1135 ff.
- Ders.*: Entwurf der Richtlinie zum Zahlungsverzug und die Folgen für die Vertragsgestaltung, in: ZNotP 1999, S. 95 ff.
- Ders.*: Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, in: NJW 2001, S. 97 ff.
- Ders.*: Der Rückgriff des Letztverkäufers, in: ÖJZ 2000. S. 668 ff.
- Schmidt-Leithoff, Christian*: Gedanken über die Privatrechtsordnungen als Grundlage zum EWG-Vertrag, in: Manfred Löwisch/Christian Schmidt-Leithoff/Burkhard Schmiedel (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 597 ff. (zit.: Schmidt-Leithoff, FS Rittner)
- Schmidt-Ränsch, Jürgen*: Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie, in: ZIP 1998, S. 849 ff.

- Schmidt-Salzer, Joachim*: Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW1995, S. 1641 ff.
- Ders.*: Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft, in:
- Schmuck, Otto*: Demokratiedefizit in Europa - Neue Herausforderungen für eine Politische Union, in: Reihe Eurokolleg 25 (19993), S. 1 ff.
- Schneider, Hartmut*: Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJW 1996, S. 512 ff.
- Schneider, Uwe H.*: Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht - dargestellt am Beispiel des Bankvertragsrechts. Der Weg in die Harmonie oder in die neue Unordnung, Bonn 1992
- Ders.*: Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts. Zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, in: NJW 1991, S. 1985 ff.
- Ders.*: Die Angleichung des Rechts der grenzüberschreitenden Überweisungen, in: EuZW 1997, S. 589 ff.
- Schneider, Uwe H./Burgard, Ulrich*: Die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Privatrechts, in: EuZW 1993, S. 617
- Schnyder, Anton K./Straub, Michael*: Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst – Erster Schritt zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?, in: ZEuP 1996, S. 8ff.
- Schockweiler, Fernand*: Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten gegenüber dem einzelnen bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts, in: EuR 1993, S. 107 ff.
- Schön, Wolfgang*: Gesellschaftsrecht nach Maastricht - Art. 56 EGV und das europäische Gesellschaftsrecht, in: ZGR 1995, S. 1 ff.
- Ders.*: Mindestharmonisierung im Gesellschaftsrecht, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, S. 55 ff.
- Schönherr, Fritz*: Sprache und Recht, Wien 1985
- Scholz, Ingo*: Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ, Tübingen 1998
- Schroeder, Werner*: Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Transferregeln und Ausländerklauseln im Profisport, in: JZ 1996, S. 254 ff.
- Ders.*: Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, in: EuR 1999, S. 452 ff.
- Schröder, Thomas*: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, Berlin 1992
- Schubert, Thure*: Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff - Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, München 1999
- Schütze, Rolf A.*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Ausländerkaution - Luxemburg locuta causa finita, in: RIW 1998, S. 285 ff.
- Ders.*: Zur Neuregelung der cautio iudicatum solvi in Deutschland, in: RIW 1999, S. 10 ff.
- Schulte-Braucks, Reinhard*: Zahlungsverzug in der Europäischen Union, in: NJW 2001, S. 103 ff.
- Schulte-Nölke, Hans*: Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Frankfurt a. M. 1995
- Ders.*: Europäisches Verbrauchervertragsrecht und deutsches Bürgerliches Recht, Tübingen 2001

- Ders.*: Elf Amtssprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden 1999, S. 143 ff.
- Schulz, Martina*: Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen: rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung von Erweiterungen und Verlängerungen, Frankfurt am Main 1998
- Schulz, Richard*: Das wundersame Leben des armen Doktor Lazarus, in: Heinz M. Bleicher (Hrsg.), *Was nun Esperanto betrifft... Aufsätze und Vorträge von Richard Schulz*, Gerlingen 1986, S. 83 ff.
- Schulze, Reiner*: Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Saarbrücken 1991
- Ders.*: Vom *Ius commune* bis zum Gemeinschaftsrecht - das Forschungsfeld der europäischen Rechtsgeschichte, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Baden-Baden 1991, S. 3 ff.
- Ders.*: Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht, in: *ZEuP* 1993, S. 442 ff.
- Ders.*: Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung, in: *ZfRV* 1997, S. 183 ff.
- Ders.*: Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 127 ff.
- Ders.*: Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts - Einführung, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden 1999, S. 9 ff.
- Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.): *Casebook Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden 1999
- Dies.*: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001
- Schulze, Reiner/ Engel, Arno/Jones, Jackie* (Hrsg.), *Casebook Europäisches Privatrecht*, Baden-Baden 2000
- Schulze-Osterloh, Joachim*: Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zum Handelsbilanzrecht - zugleich Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 1994, 1259, in: *ZGR* 1995, 170 ff.
- Ders.*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.12.1997 Rs. C-97/96 [Schadensersatzpflicht der Bundesrepublik wegen unzureichender Umsetzung der EG-Vorschriften zur Offenlegung des Jahresabschlusses („Daihatsu-Händlerverband“) ZIP 1997, S. 2155], in: *ZIP* 1997, S. 2157 ff.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH ZIP 1997, S. 1374, in: *ZIP* 1997, S. 1375 ff.
- Schumann, Ekkehard*: Kein Arrestgrund der Auslandsvollstreckung im Bereich des EuGVÜ, in: *IPRax* 1992, S. 302 ff.
- Schurig, Klaus*: *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin 1981
- Ders.*: Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?, in: Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hrsg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, S. 1089 ff.
- Schurr, Francesco A.*: Die neue Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für das deutsche Kaufrecht, in: *ZfRV* 1999, S. 222 ff.
- Schwab, Karl H./Walter, Gerhard*: *Schiedsgerichtsbarkeit. Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsver-*

- träge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsverfahren, 5. Aufl., München 1995
- Schwab, Martin*: Der Dialog zwischen dem EuGH und nationalen Exegeten bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht und angeglichenem Recht, in: ZGR 2000, S. 446 ff.
- Schwark, Eberhard*: Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts des BGB, in: JZ 1980, S. 741 ff.
- Schwartz, Ivo E.*: Zur Konzeption der Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Ernst von Caemmerer/Hans-Jürgen Schlochauer/Ernst Steindorff (Hrsg.), Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1966, S. 474 ff. (zit.: Schwartz, FS Hallstein)
- Ders.*: Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung: Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft oder Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten?, in: Hans Claudius Ficker/Detlef König/Karl F. Kreuzer/Hans G. Leser/Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein/Peter Schlechtriem (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 1067 ff. (zit.: Schwartz, FS von Caemmerer)
- Ders.*: Übereinkommen zwischen EG-Staaten: Völkerrecht oder Gemeinschaftsrecht?, in: Friedrich J. Kroneck/Thomas Oppermann (Hrsg.), Im Dienste Deutschlands und des Rechts. Festschrift für Wilhelm G. Grewe zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 1981, Baden-Baden 1981, S. 551 ff. (zit.: Schwartz, FS Grewe)
- Ders.*: Subsidiarität und EG-Kompetenzen. Der neue Titel „Kultur“. Medienvielfalt und Binnenmarkt, in: AfP 1993, S. 409 ff.
- Ders.*: Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, in: ZEuP 1994, S. 559 ff.
- Ders.*: Artikel 235 EG-Vertrag nach „Maastricht“, in: Ulrich Immenga (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Badeb 1996, S. 467 ff. (zit.: Schwartz, FS Mestmäcker)
- Schwartze, Andreas*: Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Tübingen 2000
- Ders.*: European Enforcment of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation, in: ERPL 2000, S. 135 ff.
- Schwarz, Eckhard*: Das "Sprachrisiko" im internationalen Geschäftsverkehr - ein deutsch-portugiesischer Fall (zu OLG Stuttgart v. 16.6.1987 - 2 U 291/86 , IPRax 1988, S. 293), in IPRax 1988, S. 278 ff.
- Schwarz, Günter Christian*: Europäisches Gesellschaftsrecht. Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000
- Ders.*: § 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik?, in: NJW 2001, S. 1449 ff.
- Schwartze, Jürgen*: EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Schweitzer, Michael*: Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 7. Aufl., Heidelberg 2000
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar*: Europarecht, 5. Aufl., Neuwied 1996
- Schweitzer, Michael/Fixson, Oliver*: Subsidiarität und Regionalismus in der Europäischen Gemeinschaft, Jura 1992, S. 579 ff.
- Schwemer, Rolf-Oliver*: Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, Frankfurt a. M. 1995
- Sedelmeier, Klaus*: Vergleichende Werbung auch in Deutschland?, in: ZRP 1991, S. 370 ff.
- Sethe, Rolf*: Einlagensicherung und Anlegerentschädigung nach europäischem und deutschem Recht, in: ZBB 1998, 305 ff.
- Shao, Jiandong*: Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, in: JZ 1999, S. 80 ff.

- Siehr, Kurt*: Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, in: *RabelsZ* 37 (1973), S. 466 ff.
- Smits, Jan*: Europees Privaatrecht in wording. Naar een Ius Commune Europeum als gemengd rechtsstelsel, Antwerpen/Groningen 1999
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Stuttgart 1989 ff. (zit.: Soergel-Bearbeiter)
- Solomon, Dennis*: Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht, in: *RIW* 1997, S. 981 ff.
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1991
- Ders.*: Europarecht und Internationales Privatrecht, in: *ZVglRWiss* 95 (1996), S. 3 ff.
- Ders.*: Die Umsetzung kollisionsrechtlicher Regelungsgebote in EG-Richtlinien, in: *ZEuP* 1996, S. 382 ff.
- Ders.*: Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts, in: *JZ* 1998, S. 982 ff.
- Sosa, Gualberto Lucas*: El Derecho Internacional Privado Interamericana y el Derecho de Integración, Corrientes 1996
- Sosnitza, Olaf*: Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, Baden-Baden 1995
- Ders.*: Nationale, gemeinschaftsweites und internationales Markenrecht. Auf dem Weg zur globalen Marke?, in: Martin Immenhauser/Jürg Wichtermann (Hrsg.), *Vernetzte Welt - globales Recht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998, Stuttgart usw. 1999, S. 181 ff. (zit.: Sosnitza, *JJZ* 1998)
- Ders.*: Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht. Anmerkungen zu EuGH, WRP 1998, 851- „Silhouette“, WRP 1998, S. 951 ff.
- Ders.*: Interpretation von Gesetz und Rechtsgeschäft, in: *JA* 2000, S. 708 ff.
- Ders.*: Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB: Die Reichweite des neuen § 241a BGB, in: *BB* 2000, S. 2317 ff.
- Spellenberg, Ulrich*: Fremdsprache und Rechtsgeschäft, in: Andreas Heldrich/Hans-Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*, Frankfurt (M.), 1988, S. 463 ff.
- Spellenberg, Ulrich/Leible, Stefan*: Die Notwendigkeit vorläufigen Rechtsschutzes bei transnationalen Streitigkeiten, in: Peter Gilles (Hrsg.), *Transnationales Prozeßrecht*, Baden-Baden 1995, S. 293 ff.
- Spengler, Albrecht*: Die Behandlung des gewerblichen Rechtsschutzes im Rahmen des EWG-Vertrages unter besonderer Berücksichtigung der Art. 85 ff. im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *GRUR Int.*, 1958, S. 321 ff.
- Spickhoff, Andreas*: Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 116 ff.
- Spier, Jaap* (Hrsg.): *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag 1996
- Ders.*: *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Den Haag 1998
- Ders.*: *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag 2000
- Spier, Jaap/Haazen, Olav A.*: The European Group on Tort Law („Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, in: *ZEuP* 1999, S. 469 ff.
- Spindler, Gerald*: Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, in: *MMR* 1999, S. 199 ff.

- Ders.*: E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, in: Beilage zu MMR 7/2000, S. 4 ff.
- Springer, Ralf*: Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäss § 3 UWG, Baden-Baden 1996
- Stapel, Babette*: Die einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive der Internationalen Handelskammer von 1993. Vergleichende Darstellung ihrer Anwendung in Deutschland, Großbritannien, Kanada und den Vereinigten Staaten, Neuwied 1998
- Staudenmayer, Dirk*: Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam - Stand und Perspektiven, in: RIW 1999, S. 733 ff.
- Ders.*: Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts - Bausteine für ein europäisches Privatrecht?, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden 1999, S. 63 ff.
- Ders.*: Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: NJW 1999, S. 2393 ff.
- Ders.*: The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees - a Milestone in the European Consumer and Private Law, in: ERPL 2000, S. 547 ff.
- Ders.*: Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 419 ff.
- Stauder, Bernd*: Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 71 ff.
- Staudinger, Ansgar*: Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz, in: IPRax 1999, S. 414 ff.
- Ders.*: Die Kontrolle grenzüberschreitender Versicherungsverträge anhand des AGBG, in: VersR 1999, S. 401 ff.
- Ders.*: Form und Sprache, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 295 ff.
- Ders.*: Rom, Brüssel, Berlin und Amsterdam: Chiffren eines Europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge, in: ZfRV 2000, S. 93 ff.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.06.2000 - Rs. C-240/98 bis C-244/98 = DB 2000, S. 2056 ff.
- Ders.*: Zur Novellierung des Produkthaftungsgesetzes, in: NJW 2001, 275 ff.
- Staudinger, Julius*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung, Berlin 1993 ff. (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- Steiger, Heinhard*: European Orientation of Legal Education in Germany, in: Günter Weick (Hrsg.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, Frankfurt a. M. 1993, S. 331 ff.
- Stein, Eric/Arbor, Ann*: Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht die amerikanische Erfahrung, in: RabelsZ 50 (1986), S. 168 ff.
- Stein, Ursula*: Lex mercatoria. Realität und Theorie, Frankfurt am Main 1995
- Steindorff, Ernst*: Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, Berlin 1965
- Ders.*: Grenzen der EG-Kompetenzen, Heidelberg 1990
- Ders.*: EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996
- Ders.*: Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Internationales Privatrecht, in: EuR 1981, S. 426 ff.

- Ders.*: Termingeschäfte an ausländischen Börsen, in: IPRax 1982, S. 49 ff.
- Ders.*: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, EuR 1988, S. 19 ff.
- Ders.*: Sanktionen des staatlichen Privatrechts für Verstöße gegen EG-Recht, in: Jura 1992, S. 561 ff.
- Ders.*: Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt, in: Gert Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994, S. 131 ff.
- Ders.*: Unvollkommener Binnenmarkt, in: ZHR 158 (1994), S. 149 ff.
- Ders.*: Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, S. 575 ff.
- Steindorff, Ernst/Gibson, James L./Caldeira, Gregory*: The Legal Cultures of Europe, in: Law & Society Rev. (1996) S. 19 ff.
- Steiner, Josephine*: From direct effects of Francovich: shifting means of enforcement of Community Law, in: ELR 1993, S. 3 ff.
- Stewing, Clemens*: Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht, DVBl. 1992, S. 1516 ff-.
- Stevens, Lisbeth*: The Principle of Linguistic Equality in Judicial Proceedings and in the Legal Instruments: The Régime Linguistique in the Court of Justice of the European Communities, in: Northwestern University Law Review, 62 (1967), S. 701 ff.
- Stöcker, Otmar M.*: Die „Eurohypothek“. Zur Bedeutung eines einheitlichen, nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines „Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit“; mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts, Berlin 1992
- Stödter*: International Chamber of Commerce, in: EPIL 9 (1986), S. 175 ff.
- Stoll, Hans*: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1. Aufl., Heidelberg, 1993
- Ders.*: Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43 - 46 EGBGB, in: IPRax 2000, S. 259 ff.
- Stone Sweet, Alec/Brunell, Thomas L.*: The European Court, National Judges, and Legal Integration: A Researcher's Guide to the Data Set on Preliminary References in EC Law, 1958 - 98, in: ELJ 6 (2000), S. 117 ff.
- Streinz, Rudolf*: Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1989
- Ders.*: Europarecht, 4. Aufl., Heidelberg 1999
- Ders.*: Europäisches Lebensmittelrecht unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf Österreich, Linz 1994
- Ders.*(Hrsg.): Lebensmittelrechts-Handbuch, Loseblatt, München, Stand: Juni 2000
- Ders.*: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in: DVBl. 1990, S. 949 ff.
- Ders.*: Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane (§ 182), in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Heidelberg, 1992
- Ders.*: Gemeinschaftsrecht und deutsches Personenstandsrecht, in: StAZ 1993, S. 245 ff.
- Ders.*: Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995 (zit.: Streinz, FS Everling)
- Ders.*: Anmerkungen zu dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Brasserie du Pêcheur und Factortame, in : EuZW 1996, S. 201 ff.

- Ders.*: Die demokratische Legitimation der Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft, in: ThürVBl. 1997, S. 73 ff.
- Ders.*: Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, S. 9 ff.
- Ders.*: Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, in: SpuRt 1998, S.45 ff. und 89 ff.
- Ders.*: „Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht“. Verlust und Möglichkeiten nationaler politischer Gestaltungsfreiheit nach der Integration in eine supranationale Gemeinschaft, aufgezeigt am Beispiel des Lebensmittelrechts, insbesondere der sog. Novel-Food-Verordnung, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 1139 ff. (zit.: Streinz, FS Söllner)
- Ders.*: Frauen an die Front. Bewertung und Folgen der Urteile des EuGH vom 26. Oktober 1999 - Rs. C-273/97 (Angela Maria Sirdar) - und vom 11. Januar 2000 - Rs. C-285/98 (Tanja Kreil), in: DVBl. 2000, S. 585 ff.
- Streinz, Rudolf/Leible, Stefan*: 10 % mehr Eiskrem für alle!, in: ZIP 1995, S. 1236 ff.
- Dies.*: Staatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, in: ZIP 1996, S. 1931 ff.
- Dies.*: Staatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, in: ZIP 1996, S. 11931 ff.
- Dies.*: Prozeßkostensicherheit und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot, in: IPRax 1998, S. 162 ff.
- Dies.*: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, in: EuZW 2000, S. 459 ff.
- Dies.*: Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaft - Reflexionen über Reflexionspapiere, in: EWS 2001, S. 1 ff.
- Ders.*: Konvergenz der Grundfreiheiten. Aufgabe der Differenzierungen des EG-Vertrags und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, in: Hans-Wolfgang Arndt/Franz-Ludwig Knemeyer/Dieter Kugelmann/Werner Meng/Michael Schweitzer (Hrsg.), Völkerrecht und deutsches Recht. Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 199 ff. (zit.: Streinz, FS Rudolf)
- Streit, Manfred E.*: Systemwettbewerb und Harmonisierung im europäischen Integrationsprozeß, Jena 1995
- Ders.*: Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in: Ulrich Immenga (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Badeb 1996, S. 521 ff. (zit.: Streit, FS Mestmäcker)
- Streit, Manfred E./Kiwit, Daniel*: Zur Theorie des Systemwettbewerbs, in: Streit, Manfred E./Wohlgemuth, Michael (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Baden-Baden 1999, S. 13 ff.
- Streit, Manfred E./Mangels, Antje*: Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, Jena 1996
- Streit, Manfred E./Mussler, Werner*: Wettbewerb der Systeme zur Verwirklichung des Binnenmarktprogramms?, Jena 1995
- Dies.*: Wettbewerb der Systeme und das Binnenmarktprogramm der Europäischen Union, in: Lüder Gerken (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung. Europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität, Berlin usw. 1995, S. 75 ff.

- Storme, Mathias*: Applications possible et caractères généraux des principes de droit uniforme des contrats, in: Rev. crit. dr. int. comp. 72 (1995), S. 309 ff.
- Strohmaier, Peter*: Die Befugnis von Rat und Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Einsetzung von Ausschüssen, Dissertation Saarbrücken 1972
- Stürner, Rolf*: Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 839 ff. (zit.: Stürner, FS Rebmann)
- Ders.*: Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?, in: JZ 1996, S. 741 ff.
- Ders.*: Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT, in: The Int. Lawyer 34 (2000), S. 1071 ff.
- Stürner, Rolf/Bruns, Alexander*: Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien und ihre Auswirkungen im nationalen Recht, in: Wolfgang Heusel (Hrsg.), Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz. Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Zivilrechtsordnungen, Köln 1999, S. 81 ff.
- Summers, Robert S.*: Unification of Private Commercial Law in Europe - Possible Relevance of the American Experience, in: ZEuP 1999, S. 201 ff.
- Sutton, John*: Sunk Costs and Market Structure. Price Competition, Advertising and the Evolution of Concentration, Cambridge (Mass.)/Oxford 1991
- Tallon, Denis*: Vers und droit européen du contrat?, in: Mélanges offerts à André Colomer, Paris 1993, S. 485 ff. (zit.: Tallon, Mélanges Colomer)
- Tarko, Ihor*: Ein Europäischer Justizraum: Errungenschaften auf dem Gebiet der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: ÖJZ 1999, S. 401 ff.
- Taschner, Hans Claudius*: Richtlinie oder internationale Übereinkommen? Rechtsinstrumente zur Erreichung der Ziele der Europäischen Union, Bonn 1996
- Ders.*: Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, S. 159 ff.
- Ders.*: Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft – Rechtsgrundlagen, Ziele, Verfahren, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 225 ff.
- Taupitz, Jochen*: Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen 1993
- Ders.*: Privatrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung in Europa?, Bonn 1995
- Ders.*: Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, in: JZ 1993, S. 533 ff.
- Ders.*: Ökonomische Analyse und Haftungsrecht - Eine Zwischenbilanz, in: AcP 196 (1996f), S. 114 ff.
- Ders.*: Prozeßbürgschaft durch ausländische Kreditinstitute?, in: Hanns Prütting/Helmut Rüßmann (Hrsg.), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 845 ff. (zit.: Taupitz, FS Lüke)
- Ders.*: Das internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der europäischen Warenverkehrsfreiheit: Abschied vom favor laesi?, in: ZEuP 1997, S. 986 ff.
- Ders.*: Europäisches Gemeinschaftsrecht versus nationales IPR: Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit für den Gestaltungsspielraum des Internationalen Produkthaftungsrechts, in: ZEuS 1998, S. 17 ff.

- Teichmann, Arndt*: Ein Europäisches Zivilgesetzbuch – Notwendigkeit, Utopie, Illusion?, in: Dieter Dörr/Meinrad Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997, S. 17 ff.
- Ders.*: Die „Europäisierung des Zivilrechts“ und ihre Auswirkungen auf die Hermeneutik, in: Walther Hadding (Hrsg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin/New York 1999, S. 629 ff.
- Teplitzky, Otto*: Wettbewerbsrechtliche Ansprüche. Unterlassung - Beseitigung - Schadensersatz. Anspruchsdurchsetzung und Anspruchsabwehr, 7. Aufl., Köln usw. 1997
- Ter Meulen, Edzard*: Die Floating Charge - ein Sicherungsrecht am Vermögen einer englischen Company, Dissertation Münster 1968
- Tettenborn, Alexander*: Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K&K 1999, S. 252 ff.
- Ders.*: E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, in: K&K 2000, S. 59 ff.
- Ders.*: E-Commerce-Richtlinie – Erste Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, in: K&K 2000, S. 386 ff.
- Thiele, Gereon*: Das Recht der Gemeinsamen Agrarpolitik der EG, dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Milchmarktes mit Bezügen zum Durchführungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1997
- Teubner, Gunther*: Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 233 ff. (zit.: Teubner, FS Blankenburg)
- Ders.*: Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, in: The Modern Law Review 61 (1998), S. 11 ff.
- Thibaut, Anton F.*: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814
- Thiel, Jürgen Michael*: Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, in: JuS 1991, S. 274 ff.
- Thorn, Karsten*: Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, in: IPRax 1999, S. 1 ff.
- Thümmel, Roderich C.*: Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung im Fadenkreuz des Europäischen Rechts, in: EuZW 1994, S. 242 ff.
- Thünken, Alexander*: Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: IPRax 2001, S. 15 ff.
- Tilman, Winfried*: Ansätze und Leitlinien für ein europäisches Zivilrecht, Düsseldorf 1979
- Ders.*: Wirtschaftsrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1986
- Ders.*: Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: Walter Jagenburg (Hrsg.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum achtzigsten Geburtstag, München 1985, S. 495 ff.
- Ders.*: Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft, in: Klaus Letzgus/Hermann Hill/Hans Hugo Klein/Detlef Kleinert/Georg-Berndt Oschatz/Hans de With (Hrsg.), Für Recht und Staat. Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, München 1994, S. 437 ff.
- Ders.*: Zweiter Kodifikationsbeschluß des Europäischen Parlaments, in: ZEuP 1995, S. 534 ff.
- Ders.*: Richtlinie vergleichende Werbung, in: GRUR 1997, S. 790 ff.
- Ders.*: Eine Privatrechtzkodifikation für die Europäische Gemeinschaft?, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 579 ff.

- Timmermanns, Christiaan*: How Can One Improve the Quality of Community Legislation?, in: CMLR 34 (1997), S. 1229 ff.
- Tonner, Klaus*: Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: JZ 1996, S. 533 ff.
- Ders.*: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und Europäisierung des Zivilrechts, in: BB 1999, S. 1769 ff.
- Trägner, Werner*: Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im europäischen Binnenmarkt, Konstanz 1993
- Traub, Fritz*: Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis. Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1991
- Treitl, Günter H.*: Remedies for Breach of Contract, 1. Aufl., Oxford, 1991
- Triantafyllon, Dimitris*: Haftung der Mitgliedstaaten für Nichtumsetzung von EG-Recht - Zur Europäisierung des Staatshaftungsrechts -, in: -DÖV 1992, S. 564 ff.
- Trochu, Michel*: Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997, in: Dalloz 1999, chr. 179 ff.
- Troge, Thorsten*: „Berechtigte Verbrauchererwartungen“ und Schutz der Verbraucherinteressen im europäischen Recht, in: AJP 1998, S. 158 ff.
- Ukrow, Jörg*: Unmittelbare Wirkung von Richtlinien und gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung nach Maastricht, in: NJW 1994, S. 2469 ff.
- Ulmer, Michael J.*: Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, Heidelberg 1998
- Ders.*: Rechtskultur als Harmonisierungsschranke, in: Juristische Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), Kultur, Tradition, eigenes Kulturbewußtsein und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1999, S. 199 ff.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Ereich/Hensen, Horst-Diether. (Hrsg.)*: AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Ulmer/Brandner/Hensen)
- Ulmer, Peter*: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, in: JZ 1992, S. 1 ff.
- Ders.*: Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: EuZW 1993, S. 337 ff.
- Urban, Nikolaus*: One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity?, in: ERPL 2000, S. 51 ff.
- Usher, J. A.*: Community Law and Private Law - a view from the United Kingdom, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 241 ff.
- Varga, Csaba (Hrsg.)*: Comparative Legal Cultures, Aldershot 1992
- Vedder, Chrisoph*: Ein neuer gesetzlicher Richter? Zum Beschluß des BVerfG vom 22.10.1986, in: NJW 1987, S. 526 ff.
- Vehslage, Thorsten*: Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, in: GRUR 1999, S. 656 ff.
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno*: Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984
- Veytia, Andrea*: The Requirement of Justice and Equity in Contracts, in: Tul. L. Rev. 69 (1995), S. 1191 ff.
- Vieweg, Klaus*: Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, Berlin 1990
- Vollmer, Lothar*: Der Europäische Verein, in: ZHR 157 (1993), S. 373 ff.
- Vranken, J.B.M.*: Einführung in das neue niederländische Schuldrecht - Teil II - Das Recht der unerlaubten Handlung, Schadensersatz und Bereicherungsrecht, in: AcP 1991 (1991) S. 411 ff.

- Waas, Bernd*: Die neue EG-Richtlinie zum Verbot der Diskriminierung aus rassistischen oder ethnischen Gründen im Arbeitsverhältnis, in: ZIP 2000, S. 2151 ff.
- Wachter, Thomas*: Die Eurohypothek. Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, in: WM 1999, S. 49 ff.
- Wacke, Andreas*: Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden. Zur Risikoverteilung bei Rückgabepflichten im Spannungsfeld der Zurechnungsprinzipien *casum sentit dominus, fur semper in mora* und *versari in re illicita*, in: Baumgärtel, Gottfried/Becker, Hans-Jürgen/Klingmüller, Ernst/Wacke, Andreas, Festschrift für Heinz Hübner, zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin 1984, S. 669 ff.
- Von Wächter*: Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, in: AcP 25 (1842), S. 361 ff.
- Wägenbaur, Rolf*: Zahlungsverzug im Handelsverkehr: Rechtsangleichung in Bruchstücken, in: EuZW 1998, S. 417
- Wagner, Gerhard*: Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie, in: ZEuP 1999, S. 6 ff.
- Ders.*: Scheidung von EU-Auslandsdeutschen nach Inlandsrecht – europarechtswidrig?, in: IPRax 2000, S. 512 ff.
- Wagner, Jens*: Der europäische Verein. Eine Gesellschaftsform europäischen oder mitgliedstaatlichen Rechts?, Baden-Baden 2000
- Wagner, Martin*: Das Konzept der Mindestharmonisierung, Berlin 2001
- Wagner, Rolf*: Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene, EuZW 1999, S. 709 ff.
- Waldenberger, Arthur*: Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, in: EuZW 1999, S. 296 ff.
- Wang, Tze-Chièn*: Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, in: AcP 166 (1966), S. 343 ff.
- Wank, Rolf*: Die juristische Begriffsbildung, München 1985
- Wassermeyer, Franz*: Die Verpflichtung der obersten Bundesgerichte zur Vorlage von Bilanzierungsfragen an den EuGH, in: Uwe H. Schneider/Peter Hommelhoff/Karsten Schmidt/Wolfgang Timm/Barbara Grunewald/Tim Drygala (Hrsg.), Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 1633 ff. (zit.: *Wassermeyer*, FS Lutter)
- Watson, Alan*: Society and Legal Change, Edinburgh 1977
- Ders.*: The nature of law, Edinburgh 1977
- Ders.*: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., Athens/London 1993
- Ders.*: Law out of context, Athens 2000.
- Ders.*: Legal Transplants and European Private Law, Maastricht 2000
- Ders.*: The Evolution of Western Private Law, Baltimore/London 2001
- Ders.*: Legal Transplants and Law Reform, in: Law Quarterly Rev. 92 (1976), S. 79 ff.
- Ders.*: Aspects of Reception of Law, in: AJCL 44 (1996), S. 335 ff.
- Weatherill, Stephen*: EC consumer law and policy, London 1997
- Ders.*: Prospects for the Development of European Private Law Through „Europeanisation“ in the European Court - the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, in: ERPL 1995, S. 307 ff.
- Weber, Rolf H.*: Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht, in: RabelsZ 44 (1980), S. 510 ff.
- Wechsler, Herbert*: Restatements and Legal Change: Problems of Policy in the Restatement Work of the American Law Institute, in: St. Louis Univ. L. J. 13 (1968), S. 185 ff.

- Wechsler, Martina*: Die Zukunft des gemeinen Rechts im europäischen Privatrecht, in: Martin F. Polaschek u.a. (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen - Grenzen des Rechts. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker* (Graz 1997). Frankfurt am Main 1998, S. 151 ff.
- Weerth, Jan de*: Europarechtliche Sanktionierung der unterlassenen Offenlegung des Jahresabschlusses? - Zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil „Verband deutscher Daihatsu-Händler e.V.“, in: *BB* 1998, S. 366 ff.
- Weick, Günter*: Some Aspects of Competition and Convergence in Contract Law, in: Ders. (Hrsg.), *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, Frankfurt aM. 1999, S. 177 ff.
- Weiler, Joseph H. H.*: The State über alles. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden 1995, S. 1651 ff. (zit.: Weiler, FS Everling)
- Ders.*: *The Constitution of Europa*, Cambridge, 1999
- Weimer, Thomas*: *Grundfragen grenzüberschreitender Rechtsetzung*, 1. Aufl., Baden-Baden, 1995
- Weir, Tony*: Die Sprachen des europäischen Rechts. Einer skeptische Betrachtung, in: *ZEuP* 1995, S. 368 ff.
- Weise, Paul-Frank*: *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a. M. 1990
- Weiß, Wolfgang*: *Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU. Eine vergleichende Analyse der Assoziationsabkommen*, Frankfurt am Main 1998
- Ders.*: Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, in: *DVBl.* 1998, S. 568 ff.
- Ders.*: Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit, in: *EuZW* 1999, S. 493 ff.
- Wernicke, Thomas*: *Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt*, Baden-Baden 1996
- Werro, Franz*: Towards Denationalization of Private Law in Europe, in: Franz Werro (Hrsg.), *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg 1998, S. 23 ff.
- Wesel, Uwe*: Frauen schaffen an, das Patriarchat kassiert ab, in: *NJW* 1998, S. 120 f.
- Westphal, Bernd*: *Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union*, Dissertation Münster 1994
- Westphalen, Friedrich Graf von*: Die neuesten BGH-Entscheidungen zum Finanzierungsleasing - Konsequenzen für die Praxis, in: *ZIP* 1985, S. 1033 ff.
- Ders.*: AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz, in: *EWS* 1993, S. 161 ff.
- Ders.*: die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Blick auf den Regreß zwischen Händler und Hersteller, in: *DB* 1999, S. 2553 ff.
- Weyer, Hartmut*: *Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union*, Berlin/New York 1997
- Ders.*: Freier Warenverkehr, rein innerstaatliche Sachverhalte und umgekehrte Diskriminierung, in: *EuR* 1998, S. 435 ff.
- Ders.*: Gemeinschaftsrechtliches Verbot und nationale Zivilrechtsfolgen - Eine Untersuchung am Beispiel der Artikel 81, 82 EG-Vertrag, in: *ZEuP* 1999, S. 424 ff.
- Ders.*: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren - Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV, in: *EuR* 2000, S. 145 ff.
- Wichard, Christian*: Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien über internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, in *RabelsZ* 60 (1996), S. 269 ff.
- Wieacker, Franz*: *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, Göttingen 1985

- Wiegand, Wolfgang*: The Reception of American Law in Europe, in: AJCL 39 (1991), S. 229 ff.
- Ders.*: Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: Lawrence M. Friedman/Harry N. Scheiber (Hrsg.), Legal Culture and the Legal Profession, Boulder (colorado)/Oxford 1996, S. 137 ff.
- Ders.*: Europäisierung - Globalisierung - Amerikanisierung, in: Martin Immenhauser/Jürg Wichtermann (Hrsg.), Vernetztes Recht - globale Welt, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998, Stuttgart usw. 1999, S. 9 ff. (zit.: Wiegand, JJZ 1998)
- Ders.*: Die Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts, in: Theodor Baums/Klaus J. Hopt/Norbert Horn (Hrsg.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London/Den Haag/Boston 2000, S. 601 ff. (zit.: Wiegand, FS Buxbaum)
- Wiesner*: Der Nizza-Kompromiss zur Europa-AG - Triumph oder Fehlschlag, in: ZIP 2001, S. 397 f.
- Wilderspin, Michael*: The Rome Convention - Experience to date before the Courts of Member States, and Interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Brussels Convention and its possible impact on the interpretation of the Rome Convention, in: Paul Lagarde/Bernd von Hoffmann (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, Köln 1996, S. 47 ff.
- Wilhemsson, Thomas*: Is there a European Consumer Law - and Should There be One?, Rom 2000
- Willigmann, Armin* : Auf dem Weg zu einem einheitlichen Vertriebsrecht für Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union? - Die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG), in: VuR 1998, S. 395 ff.
- Willigmann, Armin/Hirse*: Das Leistungsstörungen- und Rücktrittsrecht im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung, in: VUR 2001, 99 ff.
- Willoweit, Dieter/Großfeld, Bernhard*: Juristen für Europa, in: JZ 1990, S. 605 ff.
- Wilmowsky, Peter von*: Europäisches Kreditsicherungsrecht, Tübingen 1996
- Ders.*: Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt. Europarechtlicher Gestaltungsspielraum für kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz, in: ZEuP 1995, S. 735 ff.
- Ders.*: EG-Freiheiten und Vertragsrecht, in: JZ 1996, S. 590 ff.
- Ders.*: EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, in: RabelsZ 62 (1998), S. 1 ff.
- Ders.*: Sicherungsrechte im europäischen Binnenmarkt, in: Bernd H. Oppermann/Peter von Wilmowsky, Integration im europäischen Zivil- und Wirtschaftsrecht, 1998, S. 33 ff.
- Winkler, Tobias*: Die gegenseitige Anerkennung - Achillesferse des Regulierungswettbewerbs, in: Streit, Manfred E./Wohlgemuth, Michael (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Baden-Baden 1999, S. 103 ff.
- Winter, Gerd*: Direktwirkung von EG-Richtlinien, in: DVBl. 1991, S. 567 ff.
- Ders.*: Drei Arten gemeinschaftlicher Rechtssetzung und ihre Legitimation, in: Gert Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994, S. 45 ff.
- Witte, Bruno de*: Surviving in Babel? Language Rights and European integration, in: Yoram Dinstein/Mala Tabory (Hrsg.), The Protection of Minorities and Human Rights, Dordrecht/Boston/London 1992, S. 277 ff.
- Witte, Bruno de (Hrsg.)*: The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, Deventer 1992

- Wölker, Ulrich*: Wann verletzt eine Nichtvorlage an den EuGH die Garantie des gesetzlichen Richters, in: EuGRZ 1988, S. 97 ff.
- Wohlgemuth, Michael*: Institutioneller Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. Zur Rolle von Abwanderung und Widerspruch im Europäischen Binnenmarkt, Jena 1998
- Ders.*: Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Streit, Manfred E./Wohlgemuth, Michael (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Baden-Baden 1999, S. 49 ff.
- Wolf, Christian*: Rechtswidrigkeit der Ausländersicherheit nach § 110 ZPO nach EG- und Verfassungsrecht, in: RIW 1993, S. 797 ff.
- Ders.*: Die faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Systematisierungsmethode der Begleitfreiheiten nach dem EG-Vertrag, in: JZ 1994, S. 1151 ff.
- Ders.*: Haustürgeschäft und Bürgschaft - eine unendliche Geschichte, in: EWS 1998, S. 324 ff.
- Wolf, Manfred*: Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt. Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte, in: WM 1990, S. 1941 ff.
- Ders.*: Störungen des Binnenmarktes durch das Verbraucherkreditgesetz, in: Friedrich Kübler/Hans-Joachim Mertens/Winfried Werner (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Berlin/New York 1991, S. 967 ff. (zit.: Wolf, FS Heinsius)
- Ders.*: Vertragsfreiheit und Vertragsrecht im Lichte der AGB-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe der Wissenschaft, Bd. II, München 2000, S. 111 ff. (zit.: Wolf, Festgabe 50 Jahre BGH)
- Ders.*: Anlegerschutz durch Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen bei Kapitalmarktitteln, in: Manfred Lieb/Ulrich Noack, Hans Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Bd. I, Köln 1998, S. 651 ff.
- Wolf, Sabine*: Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie – ein Vorteil für die Wirtschaft? Die möglichen Auswirkungen einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien auf das deutsche Recht und die Wirtschaft, in: RIW 1997, S. 899 ff.
- Wood, Philip*: Law and Practice of International Finance, New York 1986
- Wouters, Jan*: Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services, in: MJ 4 (1997), S. 161 ff. und 285 ff.
- Wuermeling, Joachim*: Kooperatives Gemeinschaftsrecht durch Rechtsakte der Gesamtheit der EG-Mitgliedstaaten, insbesondere der Gemeinschaftskonventionen nach Art. 220 EWGV, Kehl 1988
- Yasue, Noriko*: Le multilinguisme dans l'Union Européenne et la politique linguistique des états membres, in: RMCUE 1999, S. 277 ff.
- Yeun, Kee-Young*: Verbraucherschutz im internationalen Vertragsrecht - Art. 29 EGBGB und die Bedeutung der "unconscienability doctrine", in: IPRax 1994, S. 257 ff.
- Yntema, Hessel E.*: The American Law Institute, in: Can. B. Rev. 12 (1934), S. 319 ff.
- Zahlbruckner, Martin*: Die Empfehlung im EWG-Vertrag - Rechtswirkung und Auslegung durch den EuGH, in: JBl. 1993, S. 345 ff.
- Zajtay, Imre*: Ztüm Begriff der Gesamtrezeption fremder rechte, in: AcP 170 (1970), S. 251 ff.
- Zeller, Ernst*: Auslegung von Gesetz und Vertrag - Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich, 1989
- Zeno-Zencovich, Vincenzo*: The 'European Civil Code', European legal traditions and neo-positivism, in: ERPL 1998, S. 349 ff.

- Zimmermann, Andreas*: Die Ausländersicherheit des § 110 ZPO auf dem Prüfstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: RIW 1992, S. 707 ff.
- Zimmermann, Erich*: Durchsetzung der Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag mittels deutschen Verfassungsrechts, in: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring, Berlin usw. 1989, S. 1033 ff. (zit.: Zimmermann, FS Doehring)
- Zimmermann, Reinhard*: The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition, München 1993
- Ders.*: Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in: JZ 1992, S. 8 ff.
- Ders.*: Römisches Recht und europäische Rechtseinheit, in: Walther Ludwig (Hrsg.), Die Antike in der europäischen Gegenwart - Referate gehalten auf dem Symposium der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften in Hamburg am 23./24.10.1993, Göttingen, 1993. S. 151 ff.
- Ders.*: „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...“. *Condictio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, in: AcP 193 (1993), S. 121 ff.
- Ders.*: Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: ZEuP 1993, S. 4 ff.
- Ders.*: Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, in: JZ 1995, S. 477 ff.
- Ders.*: Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, in: JBl. 1998, S. 273 ff.
- Ders.*: Roman Law and European Legal Unity, in: Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., Nijmegen/Den Haag 1998, S. 21 ff.
- Ders.*: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 103 ff.
- Ders.*: Die "Principles of European Contract Law", Teile I u. II, in: ZEuP 2000, S. 391 ff.
- Ders.*: Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 1 ff.
- Zimmermann, Reinhard/Whittaker, Simon*: Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000
- Zippelius, Reinhold*: Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., München 1999
- Zitelmann, Ernst*: Die Möglichkeit eines Weltrechts, Wien 1888
- Zitscher, Harriet Christiane*: Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts zu einem europäischen Rechtssystem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: RabelsZ 60 (1996), S. 648 ff.
- Zöllner, Wolfgang*: Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, in: WM 2000, S. 1 ff.
- Zubke-von Thünen, Thomas*: Technische Normung in Europa: mit einem Ausblick auf grundlegende Reformen der Legislative, Berlin 1999
- Zuleeg, Manfred*: Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrecht, in: EuR 1969, S. 97.
- Ders.*: Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, in: JZ 1994, S. 1 ff.
- Ders.*: Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus europarechtlicher Sicht, in: RdA 1996, S. 71 ff.
- Ders.*: Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips, in: Knut Wolfgang Nörr/Thomas Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 185 ff.

- Zweigert, Konrad*: Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, in: *RabelsZ* 15 (1949/50), S. 5 ff.
- Ders.*: Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, in: *RabelsZ* 28 (1964), S. 601 ff.
- Ders.*: Einige Auswirkungen des Gemeinsamen Marktes auf das internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten, in: Ernst von Caemmerer/Hans-Jürgen Schlochauer/Ernst Steindorff (Hrsg.), *Probleme des europäischen Rechts*. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1966, S. 554 ff.
- Ders.*: Nationale Rechtstraditionen, Weltrecht und Gerechtigkeit, in: Carsten Peter Clausen (Hrsg.), *Neue Perspektiven aus Wirtschaft und Recht*. Festschrift für Hans Schäffer zum 80. Geburtstag am 11. April 1966, Berlin 1966, S. 333 ff. (zit.: *Zweigert, FS Schäffer*)
- Ders.*: Einige Überlegungen zu Recht und Sprache, in: Fritz Reichert-Facilides/Fritz Rittner/Jürgen Sasse (Hrsg.), *Festschrift für Reimer Schmidt*, Karlsruhe 1976, S. 55 ff.
- Zweigert, Konrad/Drobnig, Ulrich*: *Einheitliches Kaufgesetz und IPR*, in: *RabelsZ* 29 (1965), S. 146 ff.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996