

Michael Schillig
Konkretisierungskompetenz
und Konkretisierungsmethoden
im Europäischen Privatrecht

Schriften zum Europäischen
und Internationalen Privat-, Bank-
und Wirtschaftsrecht

EIW Band 28

Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambridge), München

Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M. (Berkeley), Berlin

Professor Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz), Wien

Professor Dr. Wolfgang Kerber, Marburg

Professor Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J. (Austin/Texas), Bochum

Professor Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale), Florenz

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

Professor Dr. Reinhard Singer, Berlin

Professor Dr. Christine Windbichler, LL.M. (Berkeley), Berlin

EWB Band 28



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Michael Schillig

Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. iur. *Michael Schillig*, King's College London.

♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-602-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Laufen

Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit behandelt ein Grundlagenthema der Privatrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, dass im Zuge einer gesteigerten Gesetzgebungs- und Rechtsprechungstätigkeit auf europäischer Ebene in den letzten Jahren viel Aufmerksamkeit erfahren und große praktische Bedeutung erlangt hat. Mit der zunehmenden Ausweitung und Verdichtung des europäischen Rechtsmaterials im Bereich des Privatrechts mehren sich Vorschriften, die im Interesse der Zukunftsoffenheit und Anpassungsfähigkeit relativ vage und wertungsoffen sind. Insoweit stellt sich vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Regelungstechnik das Angleichungsziel überhaupt erreichen kann und welcher Ebene innerhalb des Mehrebenensystems der Gemeinschaft die Aufgabe der Konkretisierung zukommen soll. Noch dringender und von viel grundsätzlicherer Bedeutung ist freilich die Bestimmung derjenigen Methoden und Kriterien, die die Konkretisierungsentscheidungen zum Europäischen Privatrecht im Einzelfall rational begründbar, diskutierbar und vorallem konsensfähig machen können. Dabei kann es nicht um eine beschreibende Darstellung des hergebrachten, rein formalen, Methodenkanons gehen. Anzusetzen ist vielmehr bei den der europäischen Wirtschaftsverfassung und dem Sekundärrecht zugrundeliegenden Prinzipien und Werten.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2008 von der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2009, danach nur noch vereinzelt, berücksichtigt werden. Dank gebührt zuallererst Herrn Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M., der das Thema angeregt und die Arbeit als Doktorvater betreut hat, ferner Herrn Professor Dr. Gerhard Dannemann, M.A. für die Erstellung des Zweitgutachtens. Besonders bedanken möchte ich mich bei Professor Dr. Jan Dalhuisen, LL.M. der mich seit meinem LL.M.-Studium am King's College in London in vielfacher Weise unterstützt und gefördert hat.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen Dr. Ulf Hommel, Dr. Michael Scheuering und Dr. Michael Otto, die mich je auf ihre ganz eigene Art und Weise stets zur Fertigstellung der Arbeit gemahnten. And last but certainly not least, my thanks to Andrea Murray for her patience, support, guidance and, on occasions, her welcome distractions.

London, Mai 2009

Michael Schillig

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
| Einleitung | 1 |
| I. Die Entfaltung des Problembewusstseins in historischer Perspektive | 3 |
| 1. „Gemeinschaftsautonome Auslegung“ im Vorabentscheidungsverfahren | 3 |
| 2. Das Problem der Gemeinschaftskompetenz | 5 |
| II. Mehrdimensionalität der Problematik | 5 |
| III. Gang der Darstellung | 8 |
| | |
| 1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen | |
| Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen | 11 |
| I. Europäisches Privatrecht oder Gemeinschaftsprivatrecht | 11 |
| II. Gemeineuropäisches Privatrecht | 16 |
| III. Rechtsquellen | 17 |
| | |
| Kapitel 2: Die Verbandskompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Privatrechts | 21 |
| I. Querschnittskompetenzen | 22 |
| 1. Binnenmarktfinale Rechtsangleichungskompetenzen | 23 |
| a) Rechtsangleichungsmaßnahmen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben | 23 |
| b) Binnenmarkt und Stärkung des Verbrauchervertrauens | 29 |
| c) Artikel 94 und 95 EG | 32 |
| 2. Artikel 308 EG | 34 |
| 3. Artikel 13 EG | 35 |
| II. Sachbereichsbezogene Kompetenzen | 35 |
| 1. Artikel 44 Abs. 2 lit. g) EG | 35 |
| 2. Artikel 47 Abs. 2 EG (in Verbindung mit Art. 55 EG) | 39 |
| 3. Artikel 137, 139 Abs. 2, 141 Abs. 3 EG | 39 |
| 4. Artikel 153 EG | 40 |
| III. Allgemeine Kompetenzausübungsschranken – Subsidiaritätsprinzip und Erforderlichkeitsgrundsatz | 41 |
| 1. Das Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel 5 Abs. 2 EG | 41 |
| a) Anwendbarkeit im Bereich der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung | 42 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| aa) Zielorientierter Ansatz | 42 |
| bb) Sachbereichsspezifischer Ansatz | 43 |
| cc) Stellungnahme | 43 |
| b) Materielle Vorgaben | 44 |
| 2. Der Erforderlichkeitsgrundsatz gemäß Artikel 5 Abs. 3 EG | 45 |
| IV. Primärrechtliche Vorgaben bezüglich der Rechtsangleichungsintensität | 46 |
| 1. Typen der Rechtsangleichung | 46 |
| a) Totalangleichung oder vollständige Harmonisierung | 47 |
| b) Teilangleichung | 48 |
| c) Mindestangleichung | 50 |
| 2. Rechtsgrundlage und Rechtsangleichungsintensität | 50 |
| a) Insbesondere Artikel 94, 95 EG | 51 |
| aa) Optionelle Harmonisierung anstelle von Minimumharmonisierung | 51 |
| bb) Die Gegenansicht | 53 |
| cc) Die Rechtsprechung des Gerichtshofs | 55 |
| dd) Stellungnahme | 58 |
| b) Insbesondere Artikel 44 Abs. 2 lit. g) EG | 62 |
| V. Zusammenfassung | 63 |

Kapitel 3: Die Verteilung der gemeinschaftsrechtlichen Organkompetenzen auf dem Gebiet des Privatrechts

| | |
|--|----|
| I. Der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts | 64 |
| II. Gemeinschaftsrechtliche Rechtssetzung | 66 |
| 1. Die Praxis der kommunitären Entscheidungsfindung | 67 |
| 2. Insbesondere das Lamfalussy-Verfahren im Europäischen Kapitalmarktrecht | 69 |
| 3. Handlungsformen | 71 |
| a) Die Verordnung gemäß Artikel 249 Abs. 2 EG | 72 |
| b) Die Richtlinie gemäß Artikel 249 Abs. 3 EG | 73 |
| aa) Umfang der Bindungswirkung | 73 |
| (1) Die ältere Literatur: Mindestmaß an mitgliedstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten | 74 |
| (2) Die herrschende Meinung in Literatur und Praxis | 74 |
| (3) Stellungnahme | 75 |
| bb) Erweiterung der Wirkung von Richtlinien durch die Rechtsprechung des EuGH | 77 |
| (1) Unmittelbare Wirkung | 77 |
| (2) Richtlinienkonforme Auslegung | 80 |
| (3) Mitgliedstaatliche Staatshaftung | 83 |
| III. Zur Rolle der Gemeinschaftsgerichte | 84 |
| 1. Das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 234 EG | 85 |
| a) Die Perspektive des nationalen Gerichts | 86 |
| b) Die Perspektive des Gerichtshofs | 89 |

| | |
|--|-----|
| aa) Das Verfahren vor dem EuGH | 91 |
| bb) Die Wirkungen des Vorabentscheidungsurteils | 92 |
| c) Insbesondere Gemeinschaftsrechtsauslegung und Gemeinschaftsrechtsanwendung – zur Funktionsteilung von EuGH und Vorlagegericht | 94 |
| 2. Auslegung und Rechtsfortbildung sekundären Gemeinschaftsrechts | 95 |
| a) Die autonom-gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Sekundärrechts | 95 |
| aa) Die Auslegung nach dem Wortlaut | 96 |
| bb) Die historische Auslegung | 97 |
| cc) Die systematische Auslegung | 98 |
| dd) Die teleologische Auslegung | 100 |
| b) Rechtsfortbildung im Sekundärrecht | 101 |
| aa) Sinnhaftigkeit der Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht | 101 |
| bb) Rechtsfortbildung im Bereich des Europäischen Privatrechts | 102 |
| cc) Grenzen der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH | 103 |
| (1) Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grenzen | 104 |
| (2) Methodische Grenze | 105 |
| IV. Zusammenfassung | 107 |

2. Teil: Rechtstheoretische Grundlagen

| | |
|--|------------|
| Kapitel 4: Unbestimmte Rechtsbegriffe, normative Begriffe, Generalklauseln – Versuch einer Eingrenzung und Begriffsbestimmung | 109 |
| I. Vorüberlegung: Die denkotwendige Unbestimmtheit der Sprache und des Rechts | 109 |
| II. Das kontinental-europäische Verständnis von Lockerungen der gesetzlichen Entscheidungsdeterminierung am Beispiel der deutschsprachigen Methodenlehre | 111 |
| 1. Unbestimmte Rechtsbegriffe, normative Begriffe und Typen | 113 |
| 2. Generalklauseln – Versuche einer Begriffsbestimmung | 116 |
| a) Der normstrukturelle Ansatz | 117 |
| aa) Rechtssätze mit mindestens einem wertausfüllungsbedürftigen oder unbestimmten Begriff | 117 |
| bb) Besonders qualifizierte Vagheit | 118 |
| cc) Nichtsubsumierbarkeit | 118 |
| b) Gesetzgebungstechnischer Ansatz | 119 |
| c) Funktionaler Ansatz | 120 |
| aa) Rezeptions- oder Verweisungsfunktion | 121 |
| bb) Flexibilitäts- und Delegationsfunktion | 121 |
| cc) Funktional-historischer Ansatz | 122 |
| d) Stellungnahme | 123 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| III. Die Problematik wertungsoffener Rechtssätze im englischen <i>Common Law</i> | 126 |
| 1. Die „good faith“ – Debatte | 128 |
| 2. Die Behandlung durch die Rechtsprechung am Beispiel des „reasonableness“ – Tests nach dem Unfair Contract Terms Act 1977 | 131 |
| 3. Die konzeptionelle Behandlung wertungsoffener Rechtssätze in der Literatur | 133 |
| 4. Fazit | 135 |
| IV. Folgerungen und Bestandsaufnahme für das Europäische Privatrecht | 136 |
| 1. Untauglichkeit des Generalklauselbegriffs | 136 |
| 2. Bestandsaufnahme | 137 |
| a) Schuldrecht | 137 |
| aa) Treu und Glauben | 138 |
| bb) Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit | 138 |
| cc) Wesentlichkeit | 139 |
| dd) Umstände des Einzelfalles | 139 |
| ee) Grundsätzliche schuldrechtliche Konzepte | 139 |
| b) Arbeitsrecht | 140 |
| c) Lauterkeitsrecht | 141 |
| d) Gesellschaftsrecht/Kapitalmarktrecht | 141 |
| e) Markenrecht/Geschmacksmusterrecht | 143 |
| V. Zusammenfassung | 143 |
| Kapitel 5: Die Konkretisierung wertungsoffener Rechtssätze – Begriff und Methode | 144 |
| I. Konkretisierung als Kompetenzproblem | 145 |
| II. Konkretisierung und Subsumtionsmodell – Auslegung oder Anwendung | 149 |
| 1. Die Verortung der Konkretisierung bei der Zubereitung des Obersatzes | 150 |
| a) Auslegung als Konkretisierungsvorgang | 150 |
| b) Materiale Konkretisierungsansätze | 152 |
| 2. Konkretisierung als Rechtsanwendung | 152 |
| 3. Konkretisierung als In-Eins-Setzung von Auslegung und Rechtsanwendung | 153 |
| 4. Stellungnahme | 155 |
| III. Methoden zur Konkretisierung wertungsoffener Rechtssätze | 157 |
| 1. Materiale Ansätze | 157 |
| a) Außerrechtliche Maßstäbe | 157 |
| b) Innerrechtliche Maßstäbe | 159 |
| aa) Verfassungsrechtliche Wertordnung | 160 |
| bb) Rechtsprinzipien | 160 |
| cc) Analogie | 161 |
| c) Fazit | 162 |
| 2. Judikativ-legislatorische Ansätze | 163 |

| | |
|---|-----|
| a) Formelle Anforderungen | 163 |
| b) Inhaltliche Anforderungen | 164 |
| c) Fazit | 165 |
| 3. Dem Fallvergleich verpflichtete Ansätze | 166 |
| a) Typisierender Fallvergleich | 167 |
| aa) Spezifizierung | 168 |
| bb) Typisierung | 168 |
| b) Präjudizien-orientierter Ansatz | 170 |
| aa) Exkurs: Die Fallrechtsmethode des englischen Rechts | 170 |
| (1) Vertikale und horizontale Dimension der Präjudizien- bindung | 171 |
| (2) Methode des Fallvergleichs | 174 |
| (3) Rechtsschöpfung durch die Gerichte? | 177 |
| bb) Konkretisierung anhand von Präjudizien | 178 |
| (1) Ermittlung der einschlägigen Präjudizien | 178 |
| (2) Herausarbeitung der ratio decidendi | 178 |
| (3) Fallvergleich | 179 |
| (4) Abstraktion | 180 |
| c) Fazit | 180 |
| 4. Ergebnis | 181 |
| IV. Folgerungen für das Europäische Privatrecht | 182 |
| 1. Konkretisierung als Kompetenzproblem | 182 |
| 2. Konkretisierung als Methodenproblem | 184 |
| V. Zusammenfassung | 185 |

3. Teil: Die Konkretisierung Europäischen Privatrechts als Kompetenzproblem

Kapitel 6: Zulässigkeit und Bindungswirkung wertungsöffener

| | |
|--|------------|
| Rechtssätze im Sekundärrecht | 187 |
| I. Vertikale Kompetenzordnung | 188 |
| 1. Argumente für eine nur eingeschränkte Zulässigkeit | 188 |
| 2. Argumente für eine erweiterte Zulässigkeit | 190 |
| 3. Stellungnahme | 191 |
| II. Horizontale Kompetenzordnung | 192 |
| 1. Sachgebietsbedingte Verwendung | 193 |
| 2. Politische Entscheidungsunfähigkeit des Gesetzgebers | 194 |
| III. Gemeinschaftsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz | 195 |
| 1. Der Bestimmtheitsgrundsatz im Allgemeinen | 196 |
| 2. Hinreichende Bestimmtheit bei der Richtlinienumsetzung | 196 |
| 3. „Inhaltliche Unbedingtheit“ und „hinreichende Genauigkeit“ als Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit | 198 |
| 4. Ergebnis | 199 |
| IV. Zur Anwendung auf die „Generalklauseln“ des Europäischen Privatrechts | 199 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 1. Artikel 3 Klauselrichtlinie | 199 |
| 2. Artikel 5 Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken | 200 |
| 3. Artikel 19 Abs. 1 Finanzmarktrichtlinie | 202 |
| 4. Artikel 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Handelsvertreterrichtlinie | 203 |
| 5. Ausblick: Übergreifende Generalklauseln in einem Gemeinsamen Referenzrahmen und einem eventuellen Verbrauchergesetzbuch | 204 |
| V. Zusammenfassung | 205 |

Kapitel 7: Verteilung der Konkretisierungskompetenz zwischen EuGH und Mitgliedstaaten

| | |
|--|-----|
| I. Die grundsätzliche Konkretisierungszuständigkeit des EuGH und Ansätze zu ihrer Einschränkung | 206 |
| 1. Primärrechtlich-institutioneller Ansatz | 208 |
| a) Argumente aus der Rechtsnatur der Richtlinie und dem Wesen der Rechtsangleichung | 209 |
| b) Subsidiaritätsprinzip und Erforderlichkeitsgrundsatz | 211 |
| c) Vorabentscheidungsverfahren | 213 |
| aa) Eingeschränkte Konkretisierungszuständigkeit des EuGH | 213 |
| bb) Die Gegenansicht | 214 |
| cc) Die Rechtsprechung des EuGH | 215 |
| (1) Beispiel 1: Betriebsübergang im Reinigungsgewerbe | 215 |
| (2) Beispiel 2: Der Tatbestand der „irreführenden Werbung“ | 217 |
| (3) Beispiel 3: Artikel 3 der Klauselrichtlinie | 219 |
| dd) Stellungnahme | 222 |
| (1) Die Ungeeignetheit der Dichotomie von „Auslegung und Anwendung“ als Kriterium für die Verteilung der Konkretisierungskompetenz | 222 |
| (2) Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts | 223 |
| d) Fazit | 225 |
| 2. Sekundärrechtlich-materieller Ansatz | 226 |
| a) Die Bestimmung der Rechtsangleichungsintensität | 226 |
| aa) Formale bzw. regelungstechnische Aspekte | 226 |
| (1) Ausdrückliche mitgliedstaatliche Konkretisierungszuständigkeit | 227 |
| (2) Bestimmung des Anwendungsbereichs | 227 |
| (3) Definitionen und Exemplifikationen | 230 |
| (4) Parallele Vorschriften des Primär- und Verordnungsrechts | 232 |
| bb) Systematisch-teleologische Erwägungen | 235 |
| (1) Ausdrückliche Festlegung der Angleichungsintensität | 235 |
| (2) Allgemeine Öffnungsklauseln | 236 |
| (3) Spezielle Öffnungsklauseln, Wahlrechte und Ausnahmegesetze | 240 |

| | |
|---|-----|
| (4) Fazit: Rechtsangleichungsintensität entsprechend Rechtsgrundlage und Zielsetzung | 244 |
| b) Sachbereichsbezogene Erwägungen | 246 |
| aa) Einbettung in das nationale Recht | 246 |
| (1) Beispiel 1: Artikel 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie | 247 |
| (2) Beispiel 2: Artikel 5 Abs. 1 Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken | 253 |
| bb) Gemeinschaftsrechtliches Konkretisierungsmaterial | 258 |
| 3. Rechtstatsächliche Überlegungen | 259 |
| a) Überlastung des EuGH | 259 |
| b) Ungeeignetheit des <i>Verfahrens</i> der Vorabentscheidung | 260 |
| c) Die Notwendigkeit eines zukünftigen sachgerechten „Konkretisierungsdialogs“ | 261 |
| II. Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Konkretisierungsschranken | 264 |
| 1. Vertikale Konkretisierungsschranken | 264 |
| a) Suspendierung der Kompetenzgrenzen durch wertungsoffene Rechtssätze? | 265 |
| b) Beispiel: Immaterieller Schadensersatz gemäß Artikel 5 Abs. 2 Pauschalreiserichtlinie – Rechtssache C-168/00 (<i>Simone Leitner</i>) | 266 |
| 2. Horizontale Konkretisierungsgrenzen | 268 |
| a) Beispiel 1: Schadensersatz gemäß Artikel 9 Produkthaftungsrichtlinie – Rechtssache C-203/99 (<i>Henning Veedfald</i>) | 268 |
| b) Beispiel 2: Immaterieller Schadensersatz gemäß Artikel 5 Abs. 2 Pauschalreiserichtlinie – Rechtssache C-168/00 (<i>Simone Leitner</i>) | 270 |
| 3. Folgen eines Verstoßes gegen die Konkretisierungskompetenz | 270 |
| III. Zusammenfassung | 274 |

4. Teil: Die Konkretisierung Europäischen Privatrechts als Methodenproblem

| | |
|---|------------|
| Kapitel 8: Systematik und Teleologie Europäischen Privatrechts | 277 |
| I. Systemdenken und Sytembildung | 277 |
| II. Zur Übertragung des Systemgedankens auf das Europäische Privatrecht | 279 |
| III. Die maßgeblichen systematisch-teleologischen Wertungskriterien | 282 |

| | |
|---|------------|
| Kapitel 9: Primärrechtskonforme Konkretisierung | 284 |
| I. Konkretisierung im Lichte der Grundfreiheiten | 285 |
| 1. Struktur und Wirkungsweise der Grundfreiheiten | 286 |
| 2. Zur Wirkung der Grundfreiheiten im Privatrechtsverhältnis | 290 |
| a) Nationales Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung | 290 |
| b) „Unmittelbare Drittwirkung“ oder über Schutzpflichten vermittelte Drittwirkung der Grundfreiheiten | 294 |
| 3. Grundrechtsbindung der Gemeinschaftsorgane, insbesondere des EuGH | 298 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| a) Schutzpflichtdimension | 299 |
| b) Abwehrrechtliche Dimension | 299 |
| aa) Diskriminierungsverbot | 299 |
| bb) Beschränkungsverbot | 299 |
| 4. Grundfreiheitenkonforme Konkretisierung | 302 |
| a) Schutzpflichtdimension – Die Frage des „Ob“ der gemeinschaftseinheitlichen Konkretisierung | 302 |
| aa) Schutzpflicht bezüglich nationalen Privatrechts | 303 |
| bb) Schutzpflicht bezüglich privatautonomen Handelns der Marktbürger | 304 |
| b) Eingriffsverbot – Das „Wie“ der gemeinschaftsrechtlichen Konkretisierung | 306 |
| aa) Totalharmonisierung am Beispiel der Lauterkeitsrechts | 307 |
| bb) Optionelle Harmonisierung, hohes Verbraucherschutzniveau und Zahlungsbereitschaft des Verbrauchers | 310 |
| II. Konkretisierung im Lichte der Gemeinschaftsgrundrechte | 312 |
| 1. Der gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz | 313 |
| 2. Die privatrechtliche Bedeutung der Gemeinschaftsgrundrechte | 315 |
| a) Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten im Rahmen von Öffnungsklauseln und Ausnahmevorschriften | 316 |
| b) „Unmittelbare Drittwirkung“ oder über Schutzpflichten vermittelte Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte | 317 |
| 3. Grundrechtskonforme Konkretisierung | 323 |
| a) Kompetenzgrundlage und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz | 323 |
| b) Die Gemeinschaftsgrundrechte als Konkretisierungsmaßstab | 325 |
| aa) Güter und Dienstleistungen, „die der Öffentlichkeit [...] zur Verfügung stehen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. h) Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG | 326 |
| bb) Der Tatbestand der „vergleichenden Werbung“ gemäß Art. 2 c) Richtlinie 2006/114/EG | 330 |
| III. Das Zusammenwirken von Grundfreiheiten und Grundrechten | 333 |
| 1. Konkurrenzfall | 333 |
| a) Identisches Schutzgut | 333 |
| b) Verschiedene Schutzgüter | 334 |
| 2. Kollisionsfall | 335 |
| IV. Zusammenfassung | 337 |
| Kapitel 10: Prinzipienorientierte Konkretisierung | 338 |
| I. Das Entdeckungsverfahren | 338 |
| II. Unterschiedliche „Prinzipiendichte“ in den einzelnen Rechtsgebieten | 340 |
| 1. Lauterkeitsrecht: das „Verbraucherleitbild“ | 340 |

| | |
|---|-----|
| 2. Arbeitsrecht: „Gleichbehandlung der Geschlechter“ | 343 |
| 3. Gesellschaftsrecht: Grenzüberschreitende Rechtssicherheit | 345 |
| a) Informationsmodell | 345 |
| b) Gleichbehandlungsgrundsatz | 346 |
| c) Verbot des Rechtsmissbrauchs | 347 |
| III. Insbesondere die Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts | 348 |
| 1. Der Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 349 |
| 2. Legitime Erwartungen, Verbraucherschutz als Rechtsprinzip | 352 |
| 3. Rücksichtnahme und Fairness („vertragliche Solidarität“) | 355 |
| IV. Die Konkretisierungseignung der Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts | 359 |
| 1. Rechtsfolgen des Widerrufs eines Realkreditvertrages – Rechtssache C-350/03 (<i>Schulte</i>) | 359 |
| a) Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 361 |
| b) Legitime Erwartungen | 362 |
| c) Rücksichtnahme und Fairness | 362 |
| 2. Zurechnung der Haustürsituation im Falle der Anlagevermittlung – Rs. C-229/04 (<i>Crailsheimer Volksbank</i>) | 363 |
| a) Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 364 |
| b) Legitime Erwartungen | 365 |
| c) Rücksichtnahme und Fairness | 365 |
| 3. Nutzungersatz und Ersatz des Wertverlusts durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme nach Widerruf im Fernabsatz, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie | 366 |
| a) Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 369 |
| b) Legitime Erwartungen | 370 |
| c) Rücksichtnahme und Fairness | 370 |
| 4. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, Art. 3 Abs. 3, 5 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie | 370 |
| a) Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 372 |
| b) Legitime Erwartungen | 373 |
| c) Rücksichtnahme und Fairness | 374 |
| 5. Nutzungersatz bei Nacherfüllung – EuGH v. 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06 (<i>Quelle</i>) | 374 |
| a) Schutz der informierten Vertragsentscheidung | 378 |
| b) Legitime Erwartungen | 379 |
| c) Rücksichtnahme und Fairness | 379 |
| 6. Abschließende Bewertung | 380 |
| a) Prinzipien als Argumentationstopoi | 380 |
| b) Primärrechtskonformität | 382 |
| V. Zur Rolle des „Gemeinsamen Referenzrahmens“ und eines „optionellen Instruments“ | 383 |
| 1. Funktion und Inhalt | 385 |
| 2. „Gemeinsamer Referenzrahmen“ und „optionelles Instrument“ als Konkretisierungsmaßstab | 387 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| a) Geltung, Wirksamkeit und Autorität des „Gemeinsamen Referenzrahmens“ | 388 |
| b) Autorität durch Verfahren – Diskurstheorie | 391 |
| aa) Anforderungen an einen rationalen pragmatischen Diskurs – <i>Habermas</i> und <i>Alexy</i> | 391 |
| bb) Zur Anwendung auf den Gemeinsamen Referenzrahmen | 393 |
| (1) Die Erstellung des Gemeinsamen Referenzrahmens | 393 |
| (2) Die Verabschiedung des Gemeinsamen Referenzrahmens | 396 |
| c) Vertragliche Rationalität – <i>Adams</i> and <i>Brownsword</i> | 397 |
| aa) Formelle, instrumentelle und materielle Rationalität | 397 |
| bb) Zur Anwendung auf den Gemeinsamen Referenzrahmen | 398 |
| d) Fazit | 403 |
| 3. Konkretisierung von „Gemeinsamem Referenzrahmen“ und „optionellem Instrument“ | 404 |
| a) Konkretisierungszuständigkeit | 404 |
| b) Konkretisierungsmaßstäbe | 405 |
| VI. Zusammenfassung | 406 |
| Kapitel 11: Rechtsvergleichende Konkretisierung | 407 |
| I. Die Legitimität der Rechtsvergleichung als Konkretisierungsmethode | 407 |
| 1. Begriff und Abgrenzung | 407 |
| 2. Gemeinschaftsrechtliche Legitimationsgrundlagen | 408 |
| a) Artikel 220 EG, Artikel 6 Abs. 2, 46 EU | 409 |
| b) Artikel 288 Abs. 2 EG | 409 |
| c) Artikel 94, 95 EG | 410 |
| II. Zur rechtsvergleichenden Methode im Gemeinschaftsrecht | 411 |
| 1. Normative Anforderungen | 412 |
| a) Funktionale Rechtsvergleichung | 412 |
| b) Postmoderne Kritik | 415 |
| 2. Die „wertende Rechtsvergleichung“ in der Rechtsprechung des EuGH | 417 |
| a) „Wertende Rechtsvergleichung“ im Primärrecht | 418 |
| b) „Wertende Rechtsvergleichung“ im Europäischen Privatrecht | 419 |
| c) Inspirations- und Kontrollfunktion am Beispiel der Rechtsache C-85/03 (<i>Mevrona</i>) | 421 |
| d) Fazit | 424 |
| III. Zur Rolle von rechtsvergleichend entwickelten Modellgesetzen | 425 |
| 1. Das CISG als Konkretisierungsmaßstab insbesondere der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie | 426 |
| 2. UNIDROIT Principles und Principles of European Contract Law | 428 |
| a) Anwendungsbereich, Funktion und Inhalt | 428 |
| b) PECL und UP als Konkretisierungsmaßstäbe | 430 |

| | |
|---|-----|
| aa) Autorität durch Verfahren | 431 |
| bb) Inhaltliche Richtigkeit | 432 |
| cc) Fazit | 435 |
| IV. Zusammenfassung | 436 |

Kapitel 12: Konkretisierung unter Heranziehung ökonomischer

| | |
|----------------------------|------------|
| Kriterien | 437 |
|----------------------------|------------|

| | |
|--|-----|
| I. Legitimität der Heranziehung ökonomischer Konkretisierungskriterien | 437 |
| 1. Folgenanalyse und Folgenbewertung als Rechtsanwendungsproblem | 439 |
| 2. Die ökonomische Teleologie des EG-Vertrages | 442 |
| 3. Die ökonomische Teleologie des Europäischen Privatrechts | 445 |
| 4. Ergebnis | 449 |
| II. Methodische Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts | 450 |
| 1. Methodischer und normativer Individualismus | 450 |
| 2. Analytisch-deskriptives Instrumentarium | 451 |
| a) <i>Homo oeconomicus</i> -Modell und REM-Hypothese | 451 |
| b) Angebots- und Nachfrageverhalten, mikroökonomisches Gleichgewicht | 453 |
| c) Das <i>Coase</i> -Theorem und die Bedeutung von Transaktionskosten | 455 |
| 3. Die normativen Kriterien der ökonomischen Analyse des Rechts | 457 |
| a) Wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterien: <i>Pareto</i> und <i>Kaldor/Hicks</i> | 457 |
| b) Die Verhandlungslösung als Entscheidungsmodell | 459 |
| 4. Die Erkenntnisse des <i>Behavioral Law and Economics</i> -Ansatzes | 460 |
| a) Verhaltensanomalien | 460 |
| b) Heuristischer Wert | 462 |
| III. Zur Rolle ökonomischer Kriterien im Rahmen der Konkretisierung | 463 |
| 1. Die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen | 463 |
| a) Inhaltliche Kriterien der Klauselkontrolle | 466 |
| b) Zur Anwendung im Rahmen des Artikel 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie | 467 |
| c) Fazit | 471 |
| 2. Betriebsübergang im Sinne von Artikel 1 Betriebsübergangsrichtlinie | 471 |
| 3. Die Konkretisierung von Informationspflichten des Europäischen Privatrechts | 474 |
| a) Insbesondere Artikel 7 Abs. 1 Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken | 475 |
| aa) Inhalt und Umfang der Informationspflicht | 476 |
| bb) Art und Weise der Informationsvermittlung | 479 |
| b) Fazit | 481 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| 4. Ökonomische Kriterien im Rahmen der Konkretisierung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie | 481 |
| a) Insbesondere die „geringfügige Vertragswidrigkeit“ im Sinne von Artikel 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie | 483 |
| b) Fazit | 486 |
| 5. Ökonomische Analyse durch den EuGH – Rechtssache C-402/03 (<i>Skov/Bilka</i>) zur Auslegung der Produkthaftungsrichtlinie | 487 |
| 6. Abschließende Bewertung | 488 |
| IV. Zusammenfassung | 490 |
| Kapitel 13: Das Zusammenwirken der einzelnen Konkretisierungskriterien | 491 |
| I. Rangfolge und Funktionszuweisung im System der Konkretisierungskriterien | 491 |
| II. Die primärrechtliche Wertungsebene | 492 |
| III. Gemeinschaftskompetenz, Grundfreiheiten und Rechtsvergleichung | 493 |
| IV. Grundfreiheiten, ökonomische Analyse und Verbraucherschutz | 494 |
| V. Prinzipien des Europäischen Privatrechts | 495 |
| Literaturverzeichnis | 497 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|---|
| a. F. | alte Fassung |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| ABl. EG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| ABl. EU | Amtsblatt der Europäischen Union |
| AC | Appeal Cases (Law Reports) |
| AcP | Archiv für civilistische Praxis |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| Alabama L. Rev. | Alabama Law Review |
| All ER | All England Law Reports |
| Am. Econ. Rev. | The American Economic Review |
| Am. J. Comp. L. | American Journal of Comparative Law |
| AöR | Archiv für öffentliches Recht |
| ARSP | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie |
| Art. | Artikel |
| BB | Betriebsberater |
| BCC | British Company Cases |
| BCLC | Butterworths Company Law Cases |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGB-InfV | BGB-Informationspflichten-Verordnung |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BKR | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht |
| BT-Drucks. | Drucksachen des Deutschen Bundestages (Wahlperiode/Drucksachennummer) |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| CMLRev | Common Market Law Review |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe/dieselben |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitung |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| EBLR | European Business Law Review |
| EBOR | Business Organization Law Review |
| ECC | European Commercial Cases |
| ECU | European Currency Unit |
| ECLR | European Competition Law Review |
| EEA | Einheitliche Europäische Akte |
| EG | Europäische Gemeinschaft/EG-Vertrag |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------|--|
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| Einl. | Einleitung |
| ELJ | European Law Journal |
| ELRev | European Law Review |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| endg. | endgültig |
| EPL | European Public Law |
| ERCL | European Review of Contract Law |
| ERPL | European Review of Private Law |
| EU | Europäische Union/EU-Vertrag |
| EuGeI | Europäisches Gericht der Ersten Instanz |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EU-GRCh | Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EG 2000, C 364/01 |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| EuR | Europarecht |
| EuVerf. | Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. EU 2004, C 310/01. |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EVÜ | Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19. 6. 1980, konsolidierte Fassung ABl. EG 1998 Nr. C/34. |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWIR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| f., ff. | folgende bzw. mehrere folgende Seiten, Abschnitte oder Paragraphen |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| FSR | Fleet Street Reports |
| GG | Grundgesetz |
| GLJ | German Law Journal |
| GPR | Gemeinschaftsprivatrecht |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil |
| GYIL | German Yearbook of International law |
| Hansa L. Rev. | Hansa Law Review |
| Harvard Int. L. J. | Harvard International Law Journal |
| Harvard L Rev | Harvard Law Review |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hofstra L. Rev. | Hofstra Law Review |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HWiG | Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften |
| ICQL | International and Comparative Law Quarterly |
| ILJ | Industrial Law Journal |
| InsO | Insolvenzordnung |
| Int. Rev. Law & Econ. | International Review of Law and Economics |
| Iowa L. Rev. | Iowa Law Review |
| IPR | Internationales Privatrecht |
| IPRax | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts |
| JjZRWiss | Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler |
| J. Law & Econ. | The Journal of Law and Economics |
| J. Legal Studies | The Journal of Legal Studies |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------------|---|
| Jnl Publ. Pol. | Journal of Public Policy |
| JÖR | Jahrbuch für öffentliches Recht |
| JURA | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| KB | King's Bench (Law Reports) |
| KOM | Kommissionsdokument |
| KSchG | Konsumentenschutzgesetz |
| L & P | Law & Philosophy |
| LQR | The Law Quarterly Review |
| LT | Law Times |
| MDR | Monatsschrift für das deutsche Recht |
| MJ | Maastricht Journal of European and Comparative Law |
| MLR | The Modern Law Review |
| MR | Master of the Rolls |
| n. F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NYU L. Rev. | New York University Law Review |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| QB, QBD | Queen's Bench (Law Reports) |
| Q.J.Econ. | Quarterly Journal of Economics |
| PECL | Principles of European Contract Law |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| Rn. | Randnummer |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| RTDC | Revue Trimestrielle de Droit Civil |
| S. | Seite oder Satz |
| S.I. | Statutory Instrument |
| Slg. | Sammlung |
| Stanford L.Rev. | The Stanford Law Review |
| TzBfG | Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und andere/unter anderem |
| u. a. | |
| Univ. of Chicago L. Rev. | The University of Chicago Law Review |
| UP | UNIDROIT Principles of international commercial contracts |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. | von bzw. vom |
| verb. Rs. | verbundene Rechtssachen |
| VerbrKrG | Verbraucherkreditgesetz |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| VuR | Verbraucher und Recht |
| WLR | Weekly Law Reports |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen |
| wrp | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| Yale L.J. | The Yale Law Journal |
| YEL | Yearbook of European Law |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|---|
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZEuS | Zeitschrift für Europarechtliche Studien |
| ZfRV | Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht |
| ZG | Zeitschrift für Gesetzgebung |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| zit. | zitiert |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft |

Einleitung

Am 25. März 2007 feierten die Staats- und Regierungschefs der mittlerweile 27 Mitgliedstaaten in Berlin den 50. Jahrestag der Unterzeichnung der Römischen Verträge. Die aus diesem Anlass verabschiedete Berliner Erklärung betont zu Recht, dass die europäische Einigung in einzigartiger Weise Frieden und Wohlstand, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit für die Menschen in der Europäischen Union gebracht hat.¹ Gleichwohl fanden die Feierlichkeiten auch unter dem Eindruck der gescheiterten Verfassungsreferenden in Frankreich und den Niederlanden vom 29. Mai bzw. 1. Juni 2005 statt, in denen die Völker zweier Gründungsstaaten den ambitionierten Vertrag über eine Verfassung für Europa zurückwiesen.² Wenn auch der Ausgang beider Referenden jeweils nicht durch eine grundsätzliche Ablehnung des Europäischen Einigungsprozesses motiviert war³, so verdeutlichen sie doch eine zunehmende Distanz der Bevölkerung einerseits und der politischen Eliten andererseits im Hinblick auf das Projekt Europa.⁴ Diese Diagnose wurde bestätigt durch das irische „Nein“ vom Juni 2008 zum Vertrag von Lissabon,⁵ mit dessen Unterzeichnung am 13. Dezember 2007 man zunächst die Europäische Verfassungskrise überwunden geglaubt hatte.⁶ Die zunehmende Distanz der Bevölkerung gegenüber einzelnen europäischen Politikbereichen sowie Umfang und Geschwindigkeit des Integrationsprozesses insgesamt lässt sich nur überbrücken, indem man den Völkern Europas vor Augen führt, worum es bei der Europäischen Einigung eigentlich geht. Dazu ist aber erforderlich, dass zum einen klar ist, wie die Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union verteilt sind, welche Regelungsebene im Einzelfall für welche Sachfragen verantwortlich zeichnet und verantwortlich zeichnen muss.⁷ Zum an-

1 Vgl. Berliner Erklärung v. 25. 3. 2007, abrufbar unter http://www.eu2007.de/de/News/download_docs/Maerz/0324-RAA/German.pdf.

2 Vorsichtig heißt es daher am Ende der Berliner Erklärung, dass die Europäische Union bis zu den Wahlen zum Europäischen Parlament 2009 „auf eine erneuerte gemeinsame Grundlage“ gestellt werden soll.

3 Vgl. die detaillierte Analyse beider Referenden bei *Piris*, *The Constitution for Europe*, S. 9ff.

4 *Piris*, *The Constitution for Europe*, S. 14.

5 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. EU 2007 Nr. C 306/1. Die Zukunft dieses Vertrags ist nach dem Scheitern des irischen Referendums derzeit ungewiss. Gleichwohl soll auf die entsprechenden Vorschriften in den folgenden Kapiteln kurz hingewiesen werden. Die Zitierung erfolgt nach der konsolidierten Fassung des Vertrages über die Europäische Union (EUV) und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), wie sie bei Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon vorliegen würde.

6 *De Búrca*, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 03/2009*. Dazu nunmehr auch BVerfG, 2 BvE 2/08 v. 30. 6. 2009.

7 *Piris*, *The Constitution for Europe*, S. 34.

Einleitung

deren geht es um die Bestimmung des Endziels des Europäischen Einigungsprozesses⁸: besteht dieses in der Schaffung und Stärkung eines Binnenmarktes mit umfassender Faktormobilität und unverfälschtem Wettbewerb, der die Staaten und Völker Europas immer reicher macht, so dass sie sich nicht gegenseitig umbringen.⁹ Oder ist Endziel eine weitgehende politische Einigung hin zu einem föderalen staatsähnlichen Gebilde, getragen durch gemeinsame Werte (welche?)¹⁰ und ein bestimmtes Sozialmodell und legitimiert durch ein europäisches Volk mit gemeinsamer Identität.¹¹

Diese grundsätzlichen europaverfassungsrechtlichen Fragen sind auch für die weitere Entwicklung des Europäischen Privatrechts von aller größter Bedeutung. Dies zeigt sich an der derzeit mit Windeseile und großem Aufwand betriebenen Erarbeitung eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“, der nach allgemeiner Meinung die Grundlage für ein künftiges Europäisches Zivilgesetzbuch bilden soll.¹² Die Kommission selbst hat die Frage nach der Kompetenz der Gemeinschaft für ein solches Instrument bisher weitgehend ausgeblendet. In der Literatur ist jedoch das Problem der Gemeinschaftskompetenz zur umfassenden Angleichung und Vereinheitlichung des Privatrechts seit der Bewusstwerdung der privatrechtlichen Relevanz des Gemeinschaftsrechts ein Dauerthema.¹³ Inhaltlich wird gefordert, dass sich der „Gemeinsame Referenzrahmen“ nicht lediglich an einem neo-liberalen Konzept der Marktfreiheit orientiert, sondern ein wie auch immer definiertes Prinzip der sozialen Gerechtigkeit verwirklichen soll¹⁴; oder dass jedenfalls die maßgeblichen politischen Entscheidungen vorab in demokratischer Weise durch das Europäische Parlament getroffen werden.¹⁵

Beide Fragen stellen sich schließlich auch im Bereich der Rechtsanwendung und liegen dem Problem der Konkretisierung von „Generalklauseln“ und „unbestimmten Rechtsbegriffen“ des Europäischen Privatrechts zu Grunde. Durch welche Ebene soll die Präzisierung vager Rechtssätze erfolgen: durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Gerichte und Gesetzgeber oder den Gerichtshof als letztverbindlicher europäischer Entscheidungsinstanz? Unmittelbar schließt sich die weitere Frage nach denjenigen maßgeblichen Wertungskriterien an, welche die vorzunehmende Präzisierung im Einzelfall richtungweisend anleiten können und sollen.

8 *Piris*, The Constitution for Europe, S. 5; *Habermas*, Süddeutsche Zeitung v. 16. 6. 2008.

9 So *Chalmers u. a.*, EU Law, S. 84; in Anlehnung an *Haltern*, (2003) 9 ELJ, 14 (19 ff.).

10 In der Berliner Erklärung heißt es dazu: „Wir verwirklichen in der Europäischen Union unsere gemeinsamen Ideale“: Menschenwürde, „Frieden und Freiheit“, „Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“, „Respekt und Verantwortung“, „Wohlstand und Sicherheit“, „Toleranz und Teilhabe, Gerechtigkeit und Solidarität“.

11 Vgl. etwa *Mancini*, (1998) 4 ELJ, 29 (39 f.); *De Búrca*, UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 03/2009.

12 Ausführlich Kapitel 10.

13 Statt aller *Weatherill*, ERPL 2005, 405 ff.

14 Vgl. *Study Group on Social Justice in European Private Law*, (2004) 10 ELJ, 653 ff.

15 *Wagner*, ZEuP 2007, 180 (211); *Hesselink*, (2004) 10 ELJ, 675 (689 ff.).

I. Die Entfaltung des Problembewusstseins in historischer Perspektive

Die Problematik der Verwendung unbestimmter und wertungsoffener Rechtssätze durch europäische Rechtsakte ist freilich nicht sogleich in das Bewusstsein der europäischen Privatrechtswissenschaft gedrungen. Erst allmählich wurde im Rahmen der fortschreitenden Entwicklung und Verdichtung des Europäischen Privatrechts auch die Tragweite der vorliegenden Problematik erkannt.¹⁶

1. „Gemeinschaftsautonome Auslegung“ im Vorabentscheidungsverfahren

Der Bereich des Privatrechts, der als erster in das Visier der gemeinschaftsrechtlichen Angleichungsbemühungen geriet, war das Gesellschaftsrecht.¹⁷ Die 1. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Publizitätsrichtlinie)¹⁸ stammt aus dem Jahr 1968. Zehn Jahre später wurde mit Art. 2 Abs. 3 der 4. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Bilanzrichtlinie)¹⁹, wonach der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln soll, an zentraler Stelle des Bilanzrechts europarechtlich ein Maßstab von „generalklauselartiger Weite“ vorgegeben. Eine Diskussion der Problematik von Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethode fand jedoch zunächst nicht statt, ja überwiegend wurde die europarechtliche Dimension der nationalen handelsbilanzrechtlichen Vorschriften schlicht übergangen.²⁰ Erst mit dem Vorlagebeschluss des BGH vom 21. Juli 1994 und der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Tomberger*²¹ zur Problematik der phasengleichen Aktivierung von Dividendenansprüchen rückte die Frage, inwieweit die handelsbilanzrechtlichen Vorschriften europarechtlich determiniert sind, in den Mittelpunkt des Interesses. Diskutiert wurde hierbei, ob die Richtlinie aufgrund der Verwendung „skizzenhafter Rahmenvorschriften“, „extrem unbestimmter Rechtsbegriffe“²² bzw. von Begriffen, die einen „bereiten Interpretationsspielraum“ einräumen, der eindeutige Aussagen aus europarechtlicher Sicht verbiete,²³ implizite

16 Vgl. aber *Bleckmann*, RIW 1987, 929 (934 f.); *ders.*, ZGR 1992, 364 (373 ff.).

17 Vgl. *Jung*, GPR 2003/04, 233.

18 1. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 68/151/EWG v. 9. 3. 1968, ABL EG 1968 L 65/8.

19 4. gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates 78/660/EWG vom 25. 7. 1978 aufgrund von Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsform, ABL EG 1978 Nr. 222/1; geändert durch Richtlinie 90/604/EWG des Rates vom 8. November 1990 zur Änderung der Richtlinie 78/660/EWG über den Jahresabschluss und der Richtlinie 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss hinsichtlich der Ausnahme für kleine und mittlere Gesellschaften sowie der Offenlegung in Ecu (Mittelstandsrichtlinie), ABL EG 1990 Nr. L 317/57, und Richtlinie 90/605/EWG des Rates vom 8. November 1990 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG über den Jahresabschluss bzw. konsolidierten Abschluss hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs (GmbH & Co. KG Richtlinie), ABL EG 1990 Nr. L 317/60.

20 Vgl. *De Weerth*, RIW 1996, 763 m. N.

21 EuGH v. 27. 6. 1996 – Rs. C-234/94, (*Tomberger*), Slg. 1996, I-3133.

22 *Moxter*, BB 1995, 1463 f.

23 *Schulze-Osterloh*, ZGR 1995, 170 (187 f.).

Einleitung

Wahlrechte und Entscheidungsspielräume zugunsten der Mitgliedstaaten enthalten und folglich nur eine eingeschränkte Regelungsdichte und Angleichungsintensität aufweise.²⁴ Für diesen Fall wurde dann zugleich die Vorabentscheidungskompetenz des EuGH verneint.²⁵

Ähnlich verlief die Diskussion hinsichtlich des Irreführungstatbestandes der Werberichtlinie vom 10. September 1984.²⁶ Da Art. 7 der Richtlinie einen weitergehenden Schutz durch die Mitgliedstaaten zuließ und das deutsche Recht nach allgemeiner Ansicht einen solchen weitergehenden Schutz auch gewährte, wurde die Werberichtlinie zunächst für das deutsche Recht überwiegend als irrelevant angesehen.²⁷ Dies änderte sich erst, als *Everling* im Jahre 1990 die Auffassung vertrat, Art. 7 beziehe sich lediglich auf die Sanktionen gegen irreführende Werbung, nicht jedoch den Tatbestand der irreführenden Werbung selbst, dessen Auslegung vielmehr allein dem Gerichtshof vorbehalten sei.²⁸ Als sich der EuGH kurze Zeit später in der *Nissan*-Entscheidung²⁹ dieser Auffassung scheinbar stillschweigend anschloß³⁰, war die Diskussion um die Angleichungsintensität der Werberichtlinie in vollem Gange.³¹

Hinsichtlich der Produkthaftungsrichtlinie vom 25. Juli 1985³² wurde die Frage, inwieweit „mit der Benutzung bestimmter Begriffe, die nicht erschöpfend definiert werden – z. B. Fehler, Schaden, Verschulden – auf das je anwendbare nationale Recht Bezug genommen oder eine EG-autonome Auslegung solcher Begriffe erreicht werden soll“³³, von Anfang an diskutiert. Dabei wurde angenommen, dass „mangels ausreichender gemeinschaftlicher Vorgaben ... eine vollständige autonome Interpretation derartiger Tatbestandsmerkmale nicht praktikabel“ wäre.³⁴ Zum Teil wird diese Auslegungsproblematik von der damit verbundenen Frage, ob und wann nationale Gerichte Auslegungsfragen der Produkthaftungsrichtlinie dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen können bzw. müssen, unterschied-

24 Zusammenfassend *De Weerth*, RIW 1996, 763 ff.; *Hennrichs*, ZGR 1997, 66 (70 ff.).

25 *Moxter*, BB 1995, 1463 (1466); dazu *Hennrichs*, ZGR 1997, 66 (72).

26 Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10. 9. 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG 1984 Nr. L 250/17 und Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 6. 10. 1997 zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung vergleichender Werbung, ABl. EG 1997 Nr. L 290/18; nunmehr Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 12. 12. 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2006 L 376/21.

27 Zusammenfassend *Köhler*, GRUR Int. 1994, 396.

28 *Everling* in: Irreführende Werbung in Europa – Maßstäbe und Perspektiven, 43 (51 ff.).

29 EuGH v. 16. 1. 1992, Rs. C-373/90 (*Strafverfahren gegen X*), Slg. 1992, I-131.

30 *Köhler*, GRUR Int. 1994, 396 (398).

31 Vgl. etwa *Meier*, EuZW 1994, 391 ff.; *Sack*, GRUR Int. 1998, 263 ff. m. N.; sowie Kapitel 7.

32 Richtlinie des Rates vom 25. 7. 1985 83/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG Nr. L 210/29.

33 *Koch*, ZHR 152 (1988), 537 (541).

34 MüKo(3. Auflage)-*Cahn*, Vor § 1 ProdHaftG, Rn. 3.

den.³⁵ Mittlerweile hat der EuGH den abschließenden Charakter der Produkthaf-
tungsrichtlinie für den angelegenen Bereich ausdrücklich festgestellt.³⁶

2. Das Problem der Gemeinschaftskompetenz

Die Handelsvertreterrichtlinie vom 18. Dezember 1986³⁷ wurde zunächst nur als
Anlass zur Änderung der nationalen Vorschriften wahrgenommen, ohne dass eine
eigenständige Würdigung der Richtlinie selbst erfolgte.³⁸ Erst 1994 machte *Canaris*
darauf aufmerksam, dass möglicherweise der „EuGH als zukünftige privatrecht-
liche Superrevisionsinstanz“ zur umfassenden Auslegung privatrechtlicher „Ge-
neralklauseln“ berufen sein würde und setzte damit die Problematik auf die
Tagesordnung der wissenschaftlichen Diskussion.³⁹ *Canaris* selbst verankerte das
Problem vor allem im Primärrecht bei der vertikalen Kompetenzverteilung
zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten im Hinblick auf das Prinzip der be-
grenzten Ermächtigung.⁴⁰ Damit trat eine Verlagerung von der Frage der Anglei-
chungsintensität der konkreten Richtlinie hin zu allgemeinen Fragen der gemein-
schaftsverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung ein.

Canaris stand aber auch schon unter dem Eindruck der Klauselrichtlinie vom
5. April 1993.⁴¹ Mit der Einführung einer europarechtlichen Missbrauchskontrolle
für nicht ausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen postierte die Richtlinie
an zentraler Stelle der nationalen Vertragsrechte sektorenübergreifend eine „Ge-
neralklausel“, die überwiegend als der bis dahin intensivste Eingriff in die nation-
alen Privatrechtssysteme angesehen wurde. Es ist daher nicht verwunderlich, dass
gerade Art. 3 der Klauselrichtlinie den Anlass für eine differenzierte Aufarbeitung
der Problematik bildete und auch anhand dieser Bestimmung die Vielschichtigkeit
der Problematik erstmals voll ins Bewusstsein trat.⁴²

II. Mehrdimensionalität der Problematik

Die Unbestimmtheit und Wertungs Offenheit von Rechtsätzen bedeutet eine Re-
duzierung der Entscheidungs determinierung durch das positive Recht im konkre-

35 *Magnus*, JZ 1990, 1100 (1103).

36 EuGH v. 25. 4. 2002 – Rs. C-52/00 (*Kommission ./. Frankreich*), Slg. 2002, I-3856, Rn. 14, 17;
EuGH v. 25. 4. 2002 – Rs. C-154/00 (*Kommission ./. Griechenland*), Slg. 2002, I-3887, Rn. 10, 13; EuGH
25. 4. 2002 – Rs. 183/00 (*Gonzalez Sanchez ./. Medicina Asturiana SA*), Slg. 2002, I-3905, Rn. 23, 26.

37 Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1986 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvor-
schriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. EG 1986 L
382/17.

38 Vgl. etwa *Eckert*, NZA 1990, 384; *Kindler*, RIW 1990, 358 ff.; anders *J. Schmidt*, ZHR 156 (1992),
512 ff.

39 *Canaris*, EuZW 1994, 417: „Sensibilisierung des Bewusstseins für ein Problemfeld, das zuneh-
mend dringlicher wird“.

40 *Canaris*, Handelsrecht, § 15 Rn. 21 f.

41 Richtlinie 93/13/EWG des Rates v. 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-
verträgen, ABl. EG 1993 Nr. L 95/29.

42 So etwa ausdrücklich *Remien*, RabelsZ 62 (1998), 627 (642).

Einleitung

ten Einzelfall. Die Bestimmung der für die Einzelfallentscheidung maßgeblichen Kriterien verlagert sich graduell weg vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber hin zum Rechtsanwender, im Regelfall also dem Richter. Bis zu dessen Entscheidung muss der betroffene Bürger mit einer gewissen Rechtsunsicherheit leben. Im nationalen Verfassungsstaat sind damit die Grundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit unmittelbar angesprochen.⁴³

Im Mehrebenensystem der Gemeinschaft gestalten sich die Verhältnisse komplizierter. Die Gemeinschaft beruht auf dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung, kann also nur insoweit tätig werden, als ihr die Kompetenz zur Rechtssetzung durch die Mitgliedstaaten als den „Herren der Verträge“ ausdrücklich zugewiesen wurde. Hinzu kommt der Gedanke der Subsidiarität. Dem entspricht wiederum das Rechtsinstrument der Richtlinie, auf dem das materielle Europäische Privatrecht zum ganz überwiegenden Teil beruht. Denn danach werden den Mitgliedstaaten grundsätzlich nur bestimmte zu erreichende Ziele vorgegeben, während sie bezüglich deren Umsetzung in das innerstaatliche Recht frei bleiben. Das im Privatrechtsstreit zwischen den Parteien anwendbare Recht sind folglich grundsätzlich nicht die Richtlinienbestimmungen selbst – diesen kommt keine horizontale Direktwirkung zu⁴⁴ – sondern ist der nationale Umsetzungsrechtsakt. Dieser und auch das übrige nationale Recht⁴⁵ sind nun freilich im Lichte und anhand von Ziel und Zweck der Richtlinie – richtlinienkonform – zu interpretieren.⁴⁶ Dazu ist jedoch erforderlich, dass der Regelungsgehalt der Richtlinie selbst feststeht. Die Letztentscheidungsbefugnis für die Interpretation des Richtlinienrechts ist gemäß Art. 234 Abs. 1 lit. b) EG grundsätzlich dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens übertragen, wobei letztinstanzliche Gerichte bei Entscheidungserheblichkeit einer auslegungsbedürftigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift zur Vorlage verpflichtet sind.⁴⁷

Das Richtlinienrecht im Bereich des materiellen Privatrechts ist, anders als die Verordnungen des Europäischen Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, in seiner Anwendbarkeit nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt, sondern erfasst auch den reinen Inlandssachverhalt. Durch die Verwendung unbestimmter Rechtssätze mit geringer Intension und großer Extension⁴⁸ im Richtlinienrecht erhält der EuGH, vermittelt durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und die korrespondierende Vorlagebefugnis bzw. Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 2 und 3 EG, die Möglichkeit, durch „Auslegung“ auch rein innerstaatliche Sachverhalte in großem Umfang in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts hereinzuholen und einer Lösung nach Gemeinschaftsrecht zuzuführen. Dies betrifft insbesondere Vorschriften wie den Missbräuchlichkeits-

43 Vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung, § 4.

44 Ausführlich Kapitel 3.

45 Vgl. nur EuGH v. 5. 10. 2004 – verb. Rs. C-397/01, C-403/01 (*Pfeiffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn. 115–118.

46 Vgl. Kapitel 3.

47 Vgl. Kapitel 3.

48 Zur Begrifflichkeit Kapitel 4.

tatbestand nach Art. 3 der Klauselrichtlinie im Vertragsrecht oder die neue zentrale „Generalklausel“ des europäischen Lauterkeitsrechts in Art. 5 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.⁴⁹ In ihrem Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz hatte die Kommission sogar eine „übergreifende allgemeine Klausel“ zur Festschreibung eines „verbindlichen Grundsatzes des guten Glaubens und der Redlichkeit in Vertragsangelegenheiten“ für ein horizontales Verbraucherschutzinstrument ins Auge gefasst.⁵⁰ Nach einer eher durchwachsenen Reaktion der interessierten Öffentlichkeit im Konsultationsprozess⁵¹ wurde eine entsprechende Klausel nicht in den Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher übernommen.⁵² Freilich verpflichtet der nunmehr vorliegende endgültige akademische Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR) die Vertragsparteien auf die Grundsätze des guten Glaubens und der Redlichkeit in Vertragsangelegenheiten,⁵³ und zwar vom Eintritt in Vertragsverhandlungen⁵⁴ bis hin zum Stadium der Vertragserfüllung.⁵⁵ Die Verwendung solcher „Generalklauseln“ im Europäischen Privatrecht birgt die Gefahr einer schleichenden Europäisierung der Kerngebiete nationalen Privatrechts durch die Hintertür, entgegen dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung⁵⁶ vorbei an den nationalen Gesetzgebern, ohne hinreichende Entscheidungsdeterminierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber und damit ohne hinreichende demokratische Legitimation.

Vermeidungsstrategien bestehen in primärrechtlich-institutioneller Hinsicht darin, unter Heranziehung der Grundsätze der Subsidiarität und Erforderlichkeit, der Berufung auf die Rechtsnatur der Richtlinie und die Besonderheiten des Vorabentscheidungsverfahrens die Konkretisierungskompetenz des EuGH und damit einhergehend die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte zu beschränken. In sekundärrechtlich-materieller Hinsicht wird auf eine reduzierte Angleichungsintensität bei Verwendung unbestimmter Rechtssätze abgestellt, die den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum einräumen. Hinzu kommen rechtstatsächli-

49 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG 2005 Nr. L 149/22.

50 Vgl. Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007, KOM (2006) 744 endg., S. 13, 19.

51 Vgl. DG Health and Consumer Protection, Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, 6/11/2007, S. 60–62.

52 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

53 *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC private law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), 85: “A recurring and important idea is that parties are expected to act in accordance with good faith and fair dealing.”

54 Art. II.-3:301(2) DCFR.

55 Art. III.-1:103 DCFR.

56 Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 15 Rn. 22.

Einleitung

che Überlegung im Hinblick auf eine mögliche Überlastung des EuGH sowie die methodische Frage danach, ob das Gemeinschaftsrecht bei seinem gegenwärtigen Stand überhaupt die zur gemeinschaftsautonomen Konkretisierung erforderlichen Wertungskriterien enthalte. All diese Ansätze zielen in ihrer Konsequenz darauf ab, die praktische Wirksamkeit des Europäischen Privatrechts zum Schutze der eigenen Privatrechtssysteme möglichst gering zu halten. Europäische Privatrechtsangleichungsmaßnahmen werden so gelegentlich als politische Erfolge gefeiert, meist aus Sicht der Wissenschaft kritisch analysiert und hinterfragt; in der praktischen Rechtsanwendung soll sich freilich möglichst wenig ändern. Vor dem Hintergrund der verfassungspolitischen Problematik in Europa ist dies äußerst unbefriedigend. Wird doch so dem Marktbürger auf europäischer Ebene (gesetzgeberische) Aktivität vorgegaukelt, während für ihn de facto weitgehend alles beim Alten bleibt. Der Akzeptanz der Europäischen Idee durch die Bürger ist dies abträglich.

Dementsprechend wird hier ein anderer Ansatz gewählt. Danach sind die Kompetenzvorschriften der Gemeinschaft für das Gebiet des Privatechts, wie auch sonst, in ihrer jeweiligen tatbestandlichen Begrenzung ernst zu nehmen. Der EuGH selbst hat hierfür mit seiner ersten Entscheidung zur Nichtigkeit der Tabakwerberichtlinie⁵⁷ die Grundlage geliefert.⁵⁸ Eine Gemeinschaftskompetenz aufgrund der binnenmarktfinalen Rechtsgrundlagen besteht nur insoweit, als die Rechtsangleichung der Beseitigung tatsächlicher Grundfreiheitenbeschränkungen bzw. spürbarer Wettbewerbsverzerrungen dient und erforderlich ist. Dies hat zuvörderst der Gemeinschaftsgesetzgeber zu beachten, bindet aber auch den Gerichtshof bei der Auslegung und Konkretisierung des Europäischen Privatrechts. Sind die gemeinschaftsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen aber gegeben und ist der Gemeinschaftsgesetzgeber entsprechend tätig geworden, so ist dem Zweck der Maßnahme im Rahmen der Rechtsanwendung zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen. Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume sind damit nur eingeschränkt und in ganz spezifischen Ausnahmereichen vereinbar.

III. Gang der Darstellung

Im Ersten Teil der Arbeit werden die gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen aufgearbeitet. Dabei ist zunächst der Begriff des Europäischen Privatrechts näher zu bestimmen und abzugrenzen, und sind dessen wesentliche Rechtsquellen zu benennen (Kapitel 1). In Kapitel 2 wird die Verbandskompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Privatrechts untersucht und insbesondere der Frage nachgegangen, inwieweit die einzelnen Rechtsgrundlagen selbst Vorgaben für die Angleichungsintensität einer Maßnahme enthalten. Im 3. Kapitel geht es sodann um die Verteilung der Organkompetenzen zwischen Gerichtshof und Gemein-

57 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland/Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247. Vgl. nunmehr aber EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573.

58 Ausführlich Kapitel 2.

schaftsgesetzgeber. Einzugehen ist dabei insbesondere auf die dem Gemeinschaftsgesetzgeber zur Verfügung stehenden Handlungsformen samt deren Charakteristika, sowie den Besonderheiten des Vorabentscheidungsverfahrens und der Methodenpraxis des Gerichtshofs.

Der Zweite Teil beschäftigt sich mit den rechtstheoretischen Grundlagen. In Kapitel 4 erfolgt im Hinblick auf deren Tauglichkeit für das Europäische Privatrecht eine Auseinandersetzung mit den meist unreflektiert verwendeten Kategorien „unbestimmter Rechtsbegriff“ und „Generalklausel“ unter Einbeziehung rechtsvergleichender Überlegungen. Kapitel 5 dient einer Strukturanalyse der unterschiedlichen Dimensionen des Problems der „Konkretisierung“ wertungsoffener Rechtssätze.

Im Dritten Teil wird die Konkretisierung wertungsoffener Rechtssätze als gemeinschaftsrechtliches Kompetenzproblem behandelt. Dabei stellt sich vor dem Hintergrund der vertikalen und horizontalen Kompetenzverteilung zunächst die Frage, inwieweit die Verwendung wertungsoffener Rechtssätze durch den Gemeinschaftsgesetzgeber überhaupt zulässig ist (Kapitel 6). Anschließend ist zu klären, wie die Konkretisierungskompetenzen zwischen Gerichtshof einerseits und mitgliedstaatlichen Gesetzgebern und Gerichten andererseits verteilt sind (Kapitel 7).

Der Vierte Teil schließlich beschäftigt sich mit der Konkretisierung wertungsoffener Rechtssätze als Methodenproblem. Es geht dabei um die Benennung derjenigen Wertungskriterien und Methoden, die den Konkretisierungsvorgang im Einzelfall rationalisieren und steuern. Nach Klärung der Frage, inwieweit Europäisches Privatrecht dem System- und Prinzipiendenken zugänglich ist (Kapitel 8), werden vier Ansätze näher betrachtet. In Kapitel 9 wird untersucht, welche Rolle den Grundfreiheiten und den EU-Grundrechten im Rahmen einer primärrechtskonformen Konkretisierung zukommt. Kapitel 10 geht der Frage nach, inwieweit die bisher am Europäischen Privatrecht entdeckten Prinzipien zu dessen Konkretisierung geeignet sind. Dabei ist auch auf die zukünftige Rolle eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ einzugehen. In Kapitel 11 werden Legitimität und Funktion der Rechtsvergleichung als Konkretisierungsmethode untersucht sowie der Stellenwert im Wege der Rechtsvergleichung entwickelter Modellgesetze bestimmt. Gegenstand von Kapitel 12 ist die Frage, welcher Nutzen den Argumentationsstrukturen der ökonomischen Analyse des Rechts im Rahmen der Konkretisierung zukommt. Kapitel 13 verdeutlicht das Zusammenwirken der einzelnen Konkretisierungskriterien und -methoden.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen

Zunächst gilt es, die Begriffe „Europäisches Privatrecht“, „Gemeinschaftsprivatrecht“ und „gemeineuropäisches Privatrecht“ zu klären und voneinander abzugrenzen (I., II.). Anschließend ist kurz auf die Rechtsgebiete und zugehörigen Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts einzugehen (III.).

I. Europäisches Privatrecht oder Gemeinschaftsprivatrecht

Müller-Graff unterscheidet unter dem Gesichtspunkt der Herkunft ihrer Verbindlichkeit drei Ebenen, auf denen verbindende Elemente der Privatrechtsordnungen im institutionalisierten Europa vorkommen können: als gemeineuropäisches mitgliedstaatliches Zivilrecht ohne völkerrechtliche Verpflichtungen, als Konventionsprivatrecht außerhalb gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen und als Gemeinschaftsprivatrecht.¹ Gemeinschaftsprivatrecht ist danach die Summe der privatrechtlichen Regelungen, die im Primärrecht, insbesondere dem EG-Vertrag, und dem auf seiner Grundlage gesetzten Sekundärrecht enthalten sind.² Synonym hierzu wird teilweise auch der Begriff des „Europäischen Privatrechts“ verwendet.³ Mitunter versteht man „Europäisches Privatrecht“ jedoch umfassender: das „Gemeinschaftsprivatrecht“ ist danach nur eine Teilmenge; weitere Quellen sind das „in internationalen Konventionen niedergelegte Einheitsprivatrecht“ und der „gemeinsame Fundus der heute geltenden Rechtsordnungen“.⁴

¹ *Müller-Graff* in: FS Börner, 1992, 303 (309); *ders.* in: *ders.* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 9 (21).

² *Müller-Graff* in: FS Börner, 1992, 303 (313); *ders.* in: *ders.* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 9 (26); *ders.*, NJW 1993, 13; ebenso *Rittner*, JZ 1995, 849 (851 f.); *Schulze*, ZEuP 1993, 442 (444) und wohl auch die *Herausgeber der ZEuP*, vgl. Editorial, ZEuP 1993, 1(2).

³ *Riesenhuber*, *System und Prinzipien*, 2003, S. 31; *Paschke*, in: *dies./Iliopoulos* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, 1998, S. 1 (2); *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, S. 7 ff.

⁴ Editorial ZEuP 1993, 1 (2); ebenso *Basedow*, AcP 200 (2000) 445 (447 f.); *ders.*, JuS 2004, 89 ff.; *Gebauer*, *Grundfragen*, 1998, §§ 7, 8. Weitergehend *Jansen*, ZEuP 2005, 750 (759): „Privatrecht ist in Europa nicht nur eine Summe von Rechtsnormen, sondern ebenso ein Corpus überlieferten kulturellen Wissens hinsichtlich der gedanklichen Ordnung des Rechts.“

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

Die Begriffswahl ist letztlich Geschmackssache. Dies verdeutlichen die Ausführungen *Grundmanns*, der bewusst für seine Darstellung des „Bestandes an Vereinheitlichungsinstrumenten und -maßnahmen“ im Bereich des Schuldvertragsrechts den Begriff „Europäisches Schuldvertragsrecht“ und nicht den „farbloseren“ Begriff „Gemeinschaftsschuldvertragsrecht“ wählt; so werde „den Begriffen das ihnen zustehende Gewicht“ gegeben.⁵ Auch hier soll daher unter „Europäischem Privatrecht“ grundsätzlich das im EG-Vertrag enthaltene und von den Gemeinschaftsorganen auf seiner Grundlage hervorgebrachte Privatrecht verstanden werden.⁶ Dafür spricht auch, dass sich bezüglich einzelner privatrechtlicher Rechtsgebiete die Bezeichnung der jeweils ergangenen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte und primärrechtlichen Grundlagen als „Europäisches Gesellschaftsrecht“⁷, „Europäisches Schuldrecht“⁸, „Europäisches Schuldvertragsrecht“⁹, „Europäisches Wettbewerbsrecht“¹⁰, „Europäisches Arbeitsrecht“¹¹ oder „Europäisches Urheberrecht“¹² weithin eingebürgert haben. Es liegt daher nahe, diese Rechtsgebiete und die zugehörigen primär- und sekundärrechtlichen Gemeinschaftsnormen unter dem Oberbegriff „Europäisches Privatrecht“ zusammenzufassen.¹³ Der EG-Vertrag und die auf ihm beruhende Rechtssetzungskompetenz der Gemeinschaft bilden somit das äußerlich verbindende Element.¹⁴

Inhaltlich muss es sich um privatrechtliche Regelungen handeln, die folglich von solchen des öffentlichen Rechts abzugrenzen sind. Der EG-Vertrag setzt diese Unterscheidung etwa in Art. 238 EG und Art. 65 EG voraus, ohne jedoch selbst Anhaltspunkte für eine Abgrenzung vorzugeben.¹⁵ Diese gestaltet sich für gemeinschaftsrechtliche Regelungen, wie auch sonst im Bereich der internationalen Rechtsangleichung und -vereinheitlichung,¹⁶ als äußerst problematisch. Die Schwierigkeiten resultieren zum einen daraus, dass vielen Rechtsordnungen eine scharfe Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht unbekannt ist;¹⁷

5 *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 7 f.

6 Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 31; *Paschke*, in: *dies./Iliopoulos* (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, S. 1 (2); *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 7 ff.

7 Beispielsweise *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht.

8 Beispielsweise *Magnus* (Hrsg.), Europäisches Schuldrecht.

9 Beispielsweise *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht.

10 Beispielsweise *Goyder*, EC Competition Law.

11 Beispielsweise *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht; *Marlene Schmidt*, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft; vgl. auch *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 17–19, die zwischen einer rechtsvergleichenden, völkerrechtlichen und einer Perspektive der Europäischen Union unterscheidet. Auch bei ihr steht die EU-rechtliche Perspektive jedoch im Mittelpunkt.

12 Beispielsweise *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht; *Tritton*, Intellectual Property in Europe.

13 Vgl. nunmehr auch *Basedow* (Hrsg.), European Private Law – Sources Bde. 1–3, 1998–2002.

14 *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 31.

15 Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 42 f.

16 Vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 5 f.

17 Vgl. *Taupitz*, ZEuS 1998, 17 (25); v. *Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 54. Vgl. jedoch zum englischen Recht *Slapper/Kelly*, English Law, S. 4: „In the 19th century, it was at least possible to claim, as AV Dicey did, that there was no such thing as public law in this distinct administrative sense and that

Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen

zum anderen erfolgt die Grenzziehung in den einzelnen Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich.¹⁸ Im Falle von Richtlinien wird die Abgrenzung dadurch erschwert, dass sie den Mitgliedstaaten die Wahl von Form und Mitteln freistellen und diesen somit regelmäßig die Freiheit belassen, ihrer Rechtstradition folgend, eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Umsetzung zu wählen.¹⁹ So erfolgte die Umsetzung der Richtlinie 84/450 EWG über irreführende Werbung²⁰ in Frankreich beispielsweise als Straftatbestand.²¹ Bei zahlreichen Richtlinien handelt es sich um gemischte Rechtsakte, etwa die Richtlinien zum Versicherungswesen, die soweit sie die staatliche Genehmigung von Prämien und Konditionen oder die Kompetenz von Aufsichtsbehörden regeln, dem öffentlichen Recht zugehörig sind, daneben aber auch versicherungsvertragliche Regelungen enthalten;²² auch den Wohlverhaltensregeln nach Art. 19 Finanzmarktrichtlinie²³ kommt eine Doppelnatur als öffentlich-rechtlich aufsichtsrechtliche Verhaltensnormen einerseits und als privatrechtliche vertragliche oder vorvertragliche Pflichten andererseits zu.²⁴

Die im deutschen Recht vorherrschende²⁵, und auch vom EuGH in seiner Rechtsprechung zum öffentlichen Dienst²⁶ und zum EuGVÜ²⁷ herangezogene modifizierte Subjektstheorie, nach der diejenigen Regelungen dem öffentlichen Recht

the powers of the State with regard to individuals were governed by the ordinary law of the land, operating through the normal courts. Whether such a claim was accurate or not when it was made – and it is unlikely – there certainly can be no doubt now that public law constitutes a distinct and growing area of law in its own right.”

18 Vgl. *Hallstein*, *RabelsZ* 28 (1964), 211 (213f.); *Riesenhuber*, *System und Prinzipien*, S. 42; *Michaels/Jansen*, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 137, 2007, 5 ff.

19 Sogenannte „funktionale Äquivalenz“ von Privatrecht und öffentlichem Recht, vgl. *Herresthal*, in *Langenbacher* (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge*, § 2 Rn. 41; *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, S. 399 ff.

20 Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, *ABl. EG* 1984 Nr. L 250/17.

21 Vgl. Art. L.121-1 bis L.121-7 *Code de la Consommation*; vgl. hierzu auch die sogenannte *Nissan*-Entscheidung des EuGH v. 16. 1. 1992, Rs. C-373/90 (*Ermittlungsverfahren gegen X*), *Slg.* 1992, I-131.

22 Vgl. *Basedow*, *JuS* 2004, 89 (93).

23 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, *ABl. EU* 2004, L 145/1.

24 Vgl. *Kalss*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, S. 387 (398 ff.).

25 Vgl. etwa *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3 Rn. 10; *Larenz/Wolf*, *BGB Allgemeiner Teil*, § 1 Rn. 27.

26 Vgl. *EuGH v. 16. 12. 1960 – Rs. 44/59 (Fiddelaar)*, *Slg.* 1969, 1115 (1133 f.): „Eine der Vertragsparteien, nämlich die Kommission der EWG, die im Rahmen der ihr vom Vertrag erteilten Befugnisse handelte, besitzt gemäß Art. 210 dieses Vertrages Rechtspersönlichkeit. Diese Rechtspersönlichkeit ist angesichts der mit ihr verbundenen Befugnisse und Funktionen öffentlich-rechtlicher Natur. Somit ist der streitige Vertrag von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossen worden. ... Der streitige Vertrag untersteht nach alledem dem öffentlichen Recht ...“.

27 *EuGH v. 14. 10. 1976 – Rs. 29/76 (LTU ./ Eurocontrol)*, *Slg.* 1976, 1541 Rn. 4: „Zwar können bestimmte Entscheidungen, die in Verfahren ergehen, in denen sich eine Behörde und eine Privatperson gegenüber stehen, unter das Übereinkommen fallen, doch verhält es sich anders, wenn die Behörde einen Rechtsstreit im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse führt.“

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

zugehören, die einseitig Hoheitsträger – als solche – berechtigen und/oder verpflichten, hilft daher häufig nicht weiter.²⁸ Unergiebig ist auch die Interessentheorie, nach der Rechtsnormen die vornehmlich dem Allgemeininteresse dienen, dem öffentlichen Recht, solche die überwiegend dem Individualinteresse dienen, dem Privatrecht zuzuordnen sind.²⁹ Gerade im Europarecht ist die auch ansonsten schwierige Abgrenzung von Allgemein- und Individualinteresse³⁰ besonders problematisch. Denn immer dann, wenn Regelgebung auf Gemeinschaftsebene die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes/Binnenmarktes erstrebt, wie insbesondere die auf Grundlage der Art. 94, 95 EG ergangenen Rechtsakte, dient die jeweilige Regelung immer auch, wenn nicht gar überwiegend, dem Allgemeininteresse.

Soweit das Problem überhaupt behandelt wird, erfolgt eine Abgrenzung letztlich entweder „pragmatisch“ oder „funktional“ für einzelne privatrechtliche Teilgebiete. Nach dem „pragmatischen Ansatz“ *Riesenhubers* ist eine europarechtliche Regelung schon immer dann dem Privatrecht zuzuordnen, wenn eine privatrechtliche Umsetzung zumindest in Betracht kommt.³¹ „Funktional“ und rechtsgebietsbezogen erfolgt die Abgrenzung, wenn darauf abgestellt wird, ob eine Regelung als rechtlicher Rahmen für Schuldverträge fungiert und der betroffenen Partei in Abhängigkeit von Vertragsverhandlungen bzw. Vertragsschluss auferlegt wird;³² ob es sich um vom EG-Gesetzgeber stammendes Recht der privaten Zweckverbände handelt;³³ oder ob die Verwertungsbedingungen des Produktionsfaktors Arbeit geregelt werden.³⁴

Das Problem dieser Ansätze ist jeweils ihre uferlose Weite,³⁵ die eine trennscharfe Abgrenzung weitgehend nicht zulässt. Damit stellt sich aber allgemein die Frage, ob eine Trennung von europäischem Privat- und öffentlichem Recht überhaupt sinnvoll ist, und nicht besser eine hiervon unabhängige Kategoriebildung, wie etwa die des Europäischen Wirtschaftsrechts aus Sicht des passiven Marktbürgers,³⁶ gewählt werden sollte. Für die Beibehaltung der traditionellen Unterscheidung spricht jedoch, dass sie zumindest einen gewissen Annäherungswert³⁷ für diejenigen Sachbereiche liefern kann, in denen zum einen grundsätzlich den Marktbürgern die Regelung ihrer Angelegenheiten in freier Selbstbestimmung zu

28 Nach *Leisner*, JZ 2006, 869 (870 ff.), handelt es sich bei der Subjektstheorie in jeder ihrer Varianten stets nur um eine Tautologie.

29 Für deren ergänzende Heranziehung *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 44; *Basedow*, JuS 2004, 89; dagegen dezidiert *Leisner*, JZ 2006, 869 (872): „In ‚Kombination‘ mit einer anderen Theorie angewendet infiziert das Interessenkriterium diese notwendig mit ihrer vollständigen Haltlosigkeit, entwertet aber insbesondere alle Formen der Subjektstheorie.“

30 *Larenz/Wolf*, BGB Allgemeiner Teil, § 1 Rn. 24; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 11; *Leisner*, JZ 2006, 869 (872).

31 Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 44.

32 Vgl. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, S. 15.

33 Vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 6.

34 Vgl. *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 28.

35 Vgl. *Basedow*, ZEuP 2000, 741 f.

36 Vgl. *Reich/Micklitz-Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, S. 11.

37 Vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 5.

Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen

überlassen ist,³⁸ so dass staatliche Regulierung, soweit sie über die Bereitstellung der nötigen rechtlichen Infrastruktur hinausgeht, im Hinblick auf konkretes Marktversagen rechtfertigungsbedürftig ist; in denen es zum anderen im Falle eines Rechtsstreites grundsätzlich um einen angemessenen Ausgleich grundsätzlich gleichwertiger, jedoch konfligierender Interessen der Marktteilnehmer untereinander geht. Insoweit kommt der Einordnung als (Europäisches) Privatrecht eine wichtige Freiheitssicherungsfunktion im Hinblick auf den Gemeinschaftsgesetzgeber zu; im Hinblick auf Gemeinschafts- und mitgliedstaatliche Gerichte eine Verdeutlichungsfunktion in dem Sinne, dass bei der Auslegung der jeweiligen Vorschriften die berechtigten Interessen der nicht durch den jeweiligen Rechtsakt geschützten Partei nicht von vornherein vollständig ausgeblendet werden dürfen.

Für die Abgrenzung bleibt aber in der Tat nur ein pragmatischer Ansatz, der sich jedoch an den genannten Funktionen orientieren muss. Im Bereich des Richtlinienrechts ist zunächst erforderlich, auf den Inhalt der Umsetzungsbefehle im jeweiligen Sachbereich abzustellen.³⁹ Sodann erscheint es zweckmäßig, die positive Abgrenzung *Riesenhubers*, in eine negative umzukehren: Umsetzungsbefehle sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn ausschließlich eine Umsetzung in Betracht kommt, bei der einem Beteiligten zur Erreichung des mit der Richtlinie angestrebten Zwecks die Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Gewalt in dem Sinne einzuräumen ist, dass zur endgültigen Durchsetzung etwaiger Rechtsakte keine andere Instanz, insbesondere kein Gericht bemüht werden muss.⁴⁰ Alles andere gehört dann zum Europäischen Privatrecht. Diese Abgrenzung führt die auch vom EuGH angewandte Subjektstheorie auf ihren eigentlichen Kern, die Ausübung hoheitlicher Gewalt und damit Subordination, zurück.⁴¹ Die weite Ausdehnung des Bereichs des Europäischen Privatrechts ist im Hinblick auf Freiheitssicherungsfunktion und Verdeutlichungsfunktion der Abgrenzung gerechtfertigt, da so Sensibilität für privatautonome Gestaltung der Marktbürger in größtmöglichem Umfang gefördert wird. Grenz- und Grauzonen⁴² lassen sich freilich nicht vermeiden. Eine Annäherung an den traditionellen Kernbestand privatrechtlicher Rechtsgebiete, d. h. dem Recht der durch privatautonomes Handeln begründeten Obligationen einschließlich der Definierung der an diesen beteiligten Rechtssubjekten sowie der zugrundeliegenden Eigentumspositionen,⁴³ ist aber jedenfalls möglich.

38 Vgl. beispielsweise *Slapper/Kelly*, English Law, S. 4: „One corollary of the divide is that matters located within the private sphere are seen as purely a matter for individuals themselves to regulate, without the interference of the State, whose role is limited to the provision of the forum for deciding contentious issues and mechanisms for the enforcement of such decisions.”

39 Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 43; *ders.*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 40.

40 Zur dieser Definition der „hoheitlichen Gewalt“ vgl. *Leisner*, JZ 2006, 869 (873).

41 Vgl. *Leisner*, JZ 2006, 869 (870 ff.).

42 V. *Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 54.

43 *Michaels/Jansen*, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 137, 2007, 5; vgl. auch *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 5.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

II. Gemeineuropäisches Privatrecht

Während hier unter „Europäischem Privatrecht“ die Summe der positiven, durch den Vertrags- und Gemeinschaftsgesetzgeber hervorgebrachten Rechtssätze mit privatrechlichem Inhalt verstanden wird, bezeichnet der Begriff „gemeineuropäisches Privatrecht“ regelmäßig die Summe der Regeln, die den europäischen Staaten aus rechtshistorischer und/oder rechtsvergleichender Sicht gemein sind und durch die europäische Privatrechtswissenschaft erarbeitet werden.⁴⁴ Besondere Bedeutung haben insoweit die von der *Commission on European Contract Law* (nach ihrem Begründer auch Lando-Kommission) vorgelegten *Principles of European Contract Law* (PECL) erlangt, die in leicht handhabbarer zusammengefasster Form bestehend jeweils aus Prinzip, dazugehörigem Kommentar und rechtsvergleichender Anmerkung zur Verfügung stehen.⁴⁵ Die Arbeit der Lando-Kommission wird nunmehr von der „*Study Group on a European Civil Code*“ fortgeführt, die ebenfalls auf der Basis von Rechtsvergleichung Grundregeln für über den Sachbereich der PECL hinausgehende weitere Rechtsbereiche aufstellt. Zugleich werden die PECL im Hinblick auf deren Einpassung in einen „Gemeinsamen Referenzrahmen“⁴⁶ überarbeitet. Das Ergebnis dieser Bemühungen liegt nunmehr in Form ei-

44 Eine Vielzahl von Wissenschaftlergruppen beschäftigt sich mit der Aufdeckung der gemeinsamen Grundlagen des Privatrechts in den Mitgliedstaaten und darüber hinaus. Was die wichtigsten Gruppen anbelangt, so lassen sich drei grundsätzliche Ansätze unterscheiden. Beim sogenannten *Common Core* – Ansatz soll rechtsvergleichend ein *common core* von Gemeinsamkeiten der nationalen Privatrechtsordnungen erarbeitet werden. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der untersuchten Privatrechte werden in einem rechtsvergleichenden Bericht abgebildet, ohne dass durch eigene Lösungen bestehende Differenzen überbrückt werden sollen. Hierher gehören das Projekt „The Common Core of European Private Law“ (<http://www.common-core.org/>) und die „Commission on European Family Law“ (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>). Beim sogenannten *Restatement* – Ansatz werden entsprechend den US-amerikanischen *Restatements* durch Rechtsvergleichung funktionale Grundprinzipien eines Europäischen Privatrechts aufgestellt. Die so ermittelten Prinzipienkataloge sollen zwar, mangels der erforderlichen Regelungsdichte, kein Gesetzesvorentwurf sein, aber nationalen wie europäischem Gesetzgeber bei neuen Vorhaben als Grundlage und Gerichten als Auslegungshilfe dienen. Die prominenteste Gruppe war insoweit die „Commission on European Contract Law“. Weiterhin zu nennen sind die „European Group on Tort Law“ (<http://civil.udg.edu/tort/>) und die Projektgruppe „Restatements of European Insurance Law“. Beim Kodifikationsansatz schließlich geht es um die Erarbeitung detaillierter Regelwerke für Teilbereiche des Privatrechts, die entweder als Grundlage eines späteren politischen Kodifikationsprozesses oder Hilfsmittel bei der Verabschiedung neuer privatrechtlicher Regelungen auf Gemeinschaftsebene dienen, oder weitergehend, sogar schon die Kodifikation selbst sein soll. Ersteres ist Ziel der „Study Group on a European Civil Code“ (<http://www.sgecc.net/>), die sich selbst als Nachfolger der Lando-Kommission versteht; letzteres Ziel der „Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler“ auch *Gandolffi*-Gruppe genannt. Vgl. im einzelnen zu Ziel, Arbeitsweise und Forschungsergebnissen der genannten und weiterer Gruppen *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714 ff.; *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 237 ff.; *Zimmermann*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 540 (546 ff.). Im Hinblick auf die Erarbeitung eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ sind nun die *Common-Core*-Gruppe und die *Study Group* unter Beteiligung weiterer Wissenschaftlergruppen, insbesondere der sogenannten *Acquis-Group*, in einem Experten-Netzwerk zusammengefasst, vgl. dazu unten Kapitel 10.

45 *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part I and II, 2000; *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

46 Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht, Ein Aktionsplan, KOM(2003), 68 endg.; Mitteilung der Kommission

Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen

nes akademischen Entwurfs für den Gemeinsamen Referenzrahmens, sogenannter Draft Common Frame of Referenz (DCFR), vor.⁴⁷

Im Unterschied zum Europäischen Privatrecht kommt dem gemeineuropäischen Privatrecht bei rechtspositivistischer Betrachtungsweise nicht der Charakter einer Rechts(geltungs)quelle zu, da es sich innerhalb des Stufenbaus⁴⁸ der supranationalen Rechtsordnung der Gemeinschaft nicht auf eine Delegation der Befugnis zur Normsetzung durch ein dafür kompetentes Organ in dem dafür vorgesehenen Verfahren zurückführen lässt.⁴⁹ Dem gemeineuropäischen Privatrecht könnte jedoch Bedeutung für das Europäische Privatrecht als Rechtserkenntnis- bzw. Rechtsgewinnungsquelle⁵⁰ zu kommen.

III. Rechtsquellen

Vorschriften mit privatrechtlichem Inhalt finden sich vereinzelt im Primärrecht. Zu nennen sind insbesondere Art. 81f. EG⁵¹, sowie Art 39⁵² und Art. 141 EG⁵³, die ebenfalls als auch unter Privaten unmittelbar anwendbar angesehen werden.⁵⁴ Überwiegend basiert Europäisches Privatrecht jedoch auf Sekundärrecht, wobei die Richtlinie die bei weitem häufigste Handlungsform darstellt. Dies gilt für nahezu alle Sachgebiete des klassischen bürgerlichen und privaten Wirtschaftsrechts, auf denen der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig geworden ist, so insbesondere dem Recht der Schuldverhältnisse⁵⁵, dem Gesellschafts-

an das Europäische Parlament und den Rat: Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM(2004), 651 endg.

47 *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC private law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR).

48 Vgl. zur Lehre vom Stufenbau unten Kapitel 5 I und IV.

49 Vgl. *Grundmann*, in: FS Fickentscher, S. 671 (683 ff.); *ders.* in: FS Buxbaum, S. 213 (225 f.); speziell für den Fall der PECL und Unidroit Principles *Canaris* in: *Basedow* (Hrsg), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, S. 6 (13).

50 Vgl. zu diesen Begriffen *Canaris* in: *Basedow* (Hrsg), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000., S. 6 (8 ff.). Ausführlich zur Eignung der Prinzipienkataloge als Konkretisierungsmaßstab unten Kapitel 11.

51 Grundlegend EuGH v. 6. 4. 1962 – Rs. 13/61 (*de Geus/Bosch*), Slg. 1962, 97 (111 f.).

52 Vgl. EuGH v. 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 (*Walrave*), Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19; EuGH v. 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 ff.

53 Vgl. EuGH v. 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 (*Defrenne II*), Slg. 1976, 5755, Rn. 4/6 ff.

54 Vgl. noch unten Kapitel 9.

55 Die bedeutendsten Rechtsakte sind:

die Haustürgeschäfte-Richtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG 1985 Nr. L 372/31); die Verbraucherkreditrichtlinie (nunmehr Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU 2008 Nr. L 133/66); die Pauschalreise-Richtlinie (Richtlinie 90/314/EWG des Rates v. 13. 6. 1990 über Pauschalreisen, ABl. EG 1990 Nr. L 158/59); die Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates v. 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 Nr. L 95/29); die Timesharing-Richtlinie (nunmehr Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. 1. 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

recht⁵⁶, dem Arbeitsrecht⁵⁷, dem Lauterkeitsrecht⁵⁸, dem Recht des gewerblichen

Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABL. EU 2009 Nr. L 53/10); die Fernabsatz-Richtlinie (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABL. EG 1997 Nr. L 144/19); die Preisangaben-Richtlinie (Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. 2. 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABL. EG 1998, Nr. L 80/27); die Unterlassungsklagen-Richtlinie (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. 5. 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABL. EG 1998 Nr. L 166/51) die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABL. EG 1999 Nr. L 171/12). Die vorgenannten Richtlinien, mit Ausnahme der Verbraucherkreditrichtlinie bilden den Gegenstand der Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz (vgl. Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007, KOM (2006) 744 endg.). Haustürgeschäfte-Richtlinie, Klausel-Richtlinie, Fernabsatz-Richtlinie und Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie werden im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg. konsolidiert. Zu nennen sind weiterhin die Finanzdienstleistungsfernabsatz-Richtlinie (Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABL. EG 2002 Nr. L 271/16); die Zahlungsverzugs-Richtlinie (Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 29. 6. 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr, ABL. EG 2000 Nr. L 200/35); die Handelsvertreter-Richtlinie (Richtlinie 86/653/EWG des Rates v. 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABL. EG 1986 L 382/17); die Überweisungs-Richtlinie (Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 27. 1. 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABL. EG 1997 Nr. L 43/25; vgl. auch Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- und Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen v. 19. 5. 1998, ABL. EG 1998 Nr. L 166/45); sowie die Produkthaftungs-Richtlinie (Richtlinie 85/374/EWG des Rates v. 25. 7. 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABL. EG 1985 Nr. L 210/29).

56 Die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien haben zum Gegenstand: die Offenlegung der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, die unbeschränkte Vertretungsmacht und die Beschränkung der Nichtigkeit (1. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 68/151/EWG v. 9. 3. 1968, ABL. EG 1968 L 65/8; geändert durch Richtlinie 2003/58/EG v. 15. 7. 2003, ABL. EU 2003 L 221/13), die Kapitalaufbringung und -erhaltung (2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 77/91/EWG v. 13. 12. 1976, ABL. EG 1977 L 26/1; geändert durch Richtlinie 2006/68/EG v. 6. 9. 2006, ABL. EU 2006 L 264/32); die Fusion und Spaltung (3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/855/EWG v. 9. 10. 1978, ABL. EG 1978 L 295/36; 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 82/891/EWG v. 17. 12. 1982, ABL. EG 1982 L 378/47; jeweils geändert durch Richtlinie 2007/63/EG v. 13. 11. 2007, ABL. EU 2007 L 300/47), das Bilanzrecht, Konzernbilanzrecht und die Abschlussprüfung (4. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/660/EWG v. 25. 7. 1978, ABL. EG 1978 L 222/11; 7. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 83/349/EWG v. 13. 6. 1983, ABL. EG 1983 L 193/1; jeweils geändert durch Richtlinie 2006/46/EG v. 14. 6. 2006, ABL. EU 2006 L 224/1; sowie 8. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 84/253/EWG v. 10. 4. 1984, ABL. EG 1984 L 1267/20), die grenzüberschreitende Eröffnung von Zweigniederlassungen (11. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 89/666/EWG v. 21. 12. 1989, ABL. EG 1989 L 395/36); die Einmann-Kapitalgesellschaft (12. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 89/667/EWG v. 21. 12. 1989, ABL. EG 1989 L 395/40), die Übernahme von börsennotierten Gesellschaften durch Anteilserwerb (Richtlinie 2004/25/EG v. 21. 4. 2004, ABL. EG 2004, L 142/12); die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Richtlinie 2005/56/EG v. 26. 10. 2005, ABL. EU 2005 L 310/1); und schließlich die Ausübung bestimmter Aktionärsrechte in börsennotierten Gesellschaften (Richtlinie 2007/36/EG v. 11. 7. 2007, ABL. EU 2007 L 184/17). Zum Europäischen Gesellschaftsrecht (in einem weiteren Sinne) kann man auch die kapitalmarktrechtlichen Richtlinien zählen, die sich insbesondere mit Regelungen für die Zulassung von Effekten zu geregelten Märkten und öffentlichen Angeboten (Richtlinie 2003/71/EG v. 4. 11. 2003, ABL. EG 2003 L 345/64), Trans-

Kapitel 1: Europäisches Privatrecht – Begriff und Rechtsquellen

Rechtsschutzes⁵⁹ und dem Urheberrecht.⁶⁰ Im Hinblick auf das internationale Pri-

parenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an geregelten Märkten zugelassen sind (Richtlinie 2004/109/EG v. 15. 12. 2004, ABl. EU 2004 L 390/38); die Zulassung und Tätigkeitsbedingungen von Wertpapierfirmen (Richtlinie 2004/39/EG v. 21. 4. 2004, ABl. EG 2004 L145/1), sowie dem Marktmissbrauch (Richtlinie 2003/9/EG v. 28. 1. 2003, ABl. EG 2003 L96/16) beschäftigen; vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 5f., *ders.*, ZIP 2004, 2401(2402). Hinzu kommen jeweils die im Wege des Lamfalussy-Verfahrens auf zweiter Stufe erlassenen Durchführungsbestimmungen. Dem Rechtsverkehr stehen daneben auch genuin-europäische, vom Recht der Mitgliedstaaten grundsätzlich unabhängige Organisationsformen zur Verfügung, so die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 v. 25. 7. 1985, ABl. EG 1985 L 199, 1); die Europäische Aktiengesellschaft (Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 v. 8. 10. 2001, ABl. EG 2001 L 294/1; ergänzt durch Richtlinie 2001/86/EG v. 8. 10. 2001, ABl. EG 2001 294/1, bezüglich der Beteiligung der Arbeitnehmer) sowie die Europäische Genossenschaft (Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 ABl. EG 2003, L 207/1; ergänzt durch Richtlinie 2003/72/EG v. 22. 7. 2003, ABl. EG 2003, L 207/25 bezüglich der Beteiligung der Arbeitnehmer). Ein Vorschlag für das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft liegt ebenfalls vor; vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008), 396.

57 Zu nennen ist insbesondere die neue, Art. 141 EG, ergänzende und frühere Gleichbehandlungsrichtlinien zusammenfassende Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 5. 7. 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern- und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EU 2006 L 204/23. In diesen Zusammenhang gehören auch die Anti-Diskriminierungsrichtlinien: Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 Nr. L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 Nr. L 303/16; sowie, jedoch außerhalb des Arbeitsrecht, Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG 2004 Nr. L 373/37. Genannt seien ferner die Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG 2003 Nr. L 299/9; vgl. auch den geänderten Vorschlag der Kommission v. 31. 5. 2005, KOM(2005) 246 endg.; Richtlinie 97/81/EG des Rates v. 15. 12. 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. EG 1998 Nr. L 14/9; in der Fassung der Richtlinie 98/23/EG des Rates v. 7. 4. 1998 zur Ausdehnung der Richtlinie 97/81/EG auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABl. EG 1998 Nr. L 131/10); die Nachweisrichtlinie (Richtlinie 91/533/EWG des Rates v. 14. 10. 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. EG 1991 Nr. L 288/32) sowie die Betriebsübergangsrichtlinie (Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. EG 2001 Nr. L 82/16).

58 Insbesondere Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG 2005 Nr. L 149/22; sowie nunmehr Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 12. 12. 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2006 L 376/21, die anstelle der Richtlinien 84/450/EWG über irreführende Werbung, ABl. EG 1984 Nr. L 250/17 und 97/55/EG zur Einbeziehung vergleichender Werbung, ABl. EG 1997 Nr. L 290/18 getreten ist.

59 Insbesondere Markenrichtlinie (Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG 1989 Nr. L 40/1, berichtigt ABl. EG 1989 Nr. L 159/60) und Geschmacksmusterrichtlinie (Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

vat.⁶¹ und Zivilverfahrensrecht⁶² sowie das Kartellrecht⁶³ überwiegt jedoch Ver-

Mustern und Modellen, ABl. EG 1998 Nr. L 289/28) sowie Markenverordnung (Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1994 Nr. L 11/1, samt Änderungen) und Geschmacksmusterverordnung (Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG 2002 Nr. L 3/1, berichtigt ABl. EG 2002 Nr. L 179/31, samt Änderungen).

60 Beispielsweise Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG 1991 Nr. L 122/44; Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG 1996 Nr. L 77/20; Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2006 L 376/28; Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen ABl. EG 1998 L 213/13; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG 2001 Nr. L 167/10; Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. EG 2001 Nr. L 272/32; Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG 2004 Nr. L 195/16; Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2006 L 372/12.

61 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU 2007 L 199/40; Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rome I), ABl. EG 2008 Nr. L 177/6. Letztere Verordnung tritt an Stelle des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980 (EVÜ), BGBl. 1986 II, 810. Obwohl nicht auf der Grundlage von Art. 293 EG, sondern als selbständiges völkerrechtliches Übereinkommen zustande gekommen, wird es üblicherweise zum Europäischen Privatrecht gezählt (vgl. *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 45). Seit August 2004 besteht auch insoweit die Auslegungskompetenz des EuGH, vgl. *Hakenberg/Seyr*, ZEuP 2005, 832 (833).

62 Die durch den Amsterdamer Vertrag neu eingefügten Kompetenznorm der Art. 61 ff. EG wurden für eine Vielzahl von Rechtsakten, meist Verordnungen, genutzt. Genannt seien hier nur Verordnung (EG) Nr. 44/2001 v. 22. 12. 2002 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 Nr. L 12/1, die das im Jahre 1968 auf völkerrechtlicher Basis des Art. 293 EG geschlossene Übereinkommen von Brüssel (über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968 (konsolidierte Fassung); ABl. EG 1998 Nr. C 27/1, ablöst; Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000 Nr. L 160/1; Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. EU 2004 Nr. L 143/15; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EU 2006 Nr. L 399/1; Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. EU 2007 Nr. L 199/1; Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008 Nr. L 136/3.

63 Das europäische Kartellrecht basiert zum einen auf den unmittelbar anwendbaren Art. 81 ff. EG zum anderen auf einer Vielzahl von Verordnungen, etwa Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1; Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission v. 7. 4. 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 des Vertrages durch die Kommission, ABl. EG 2004 L 123/18; Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 L 24/1.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

ordnungsrecht. Da sich die beiden letztgenannten Rechtsgebiete ihrem Anwendungsbereich nach auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränken, sollen sie für die weitere Untersuchung außer Betracht bleiben.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Privatrechts

Art. 5 EG¹ enthält die „europarechtliche Schrankentrias“² für die Verbandskompetenz³ der Gemeinschaft. Einen umfassenden Kompetenztitel für das materielle Privatrecht kennt der EG-Vertrag nicht.⁴ Wird der Gemeinschaftsgesetzgeber in diesem Bereich tätig, so ist er auf die allgemeinen Kompetenzgrundlagen angewiesen. Daraus erklärt sich der vielfach beklagte fragmentarische und punktuelle Charakter des Europäischen Privatrechts.⁵ Im Folgenden sollen die für das Europäische Privatrecht relevanten Kompetenzgrundlagen⁶ der Gemeinschaft (I., II.) sowie die allgemeinen Kompetenzausübungsschranken des Subsidiaritäts- und Erforderlichkeitsprinzips dargestellt werden (III.). Im Anschluss daran wird der Frage

1 Art. 5 EUV enthält insoweit nur gewisse Präzisierungen, jedoch, abgesehen von einer verstärkten Einbeziehung der nationalen Parlamente im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip, keine Änderung in der Sache.

2 Merten in, ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, S. 77 (78).

3 Vgl. zur im Europarecht schwierigen Abgrenzung von Verbands- und Organisationskompetenz v. Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 441 (444); Von der Groeben/Schwarze-Zuleeg, Art. 5 EG Rn. 1; Calliess/Ruffert-Calliess, Art. 5 EGV Rn. 9 und nachfolgend Kapitel 3.

4 Vgl. Deckert/Lilienthal, EWS 1999, 121 (123). Mit Art. 65 EG wurde jedoch eine Kompetenz bezüglich des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts in den Vertrag eingefügt, vgl. Calliess/Ruffert-Rossi, Art. 65 EGV Rn. 1.

5 Vgl. Basedow, AcP 200 (2000), 445 (450); Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71 (102 ff.); Müller-Graf, NJW 1993, 13 (19); Tröger, ZEuP 2003, 525 (532 ff.); Rittner, JZ 1995, 849 (851).

6 Gemäß dem „Prinzip der begrenzten Ermächtigung“ in Abs. 1 ist zunächst für jeden verbindlichen Rechtsakt der Gemeinschaft nicht nur eine ausdrückliche, sondern die nach objektiven, gerichtlich überprüfbaren Kriterien mit Blick auf Ziel und Inhalt des Rechtsaktes richtige Kompetenzgrundlage zu finden; ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH v. 26. 3. 1987 – Rs. 45/86 (*Kommission/Rat*), Slg. 1987, 1493 Rn. 11; EuGH v. 4. 10. 1991 – Rs. 70/88 (*Parlament/Rat*), Slg. 1991, I-4529 Rn. 9; EuGH v. 11. 6. 1991 – Rs. C-300/89 (*Kommission/Rat*), Slg. 1991, I-2867 Rn. 10 (*Titan-dioxid*); EuGH v. 10. 12. 2002 – Rs. C-491/01 (*The Queen/Secretary of Health ex parte British American Tobacco and Imperial Tobacco*), Slg. 2002, I-11453 Rn. 93. Ausnahmsweise kann ein Rechtsakt dann auf mehrere Rechtsgrundlagen gestützt werden, wenn mit dem Rechtsakt gleichzeitig mehrere Ziele verfolgt werden, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass das eine im Verhältnis zum anderen zweitrangig ist oder mittelbaren Charakter hat. Grundsätzlich gilt es jedoch dann, wenn mehrere Ziele verfolgt werden, dass wesentliche oder überwiegende Ziel auszumachen, und allein die Rechtsgrundlage heranzuziehen, die die wesentliche oder überwiegende Zielsetzung erfordert. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze führt jedoch nur dann zur Nichtigkeit des entsprechenden Rechtsaktes, wenn die Heranziehung mehrerer Rechtsgrundlagen dazu führt, dass der fragliche Rechtsakt aufgrund des falschen Verfahrens erlassen wurde, vgl. EuGH v. 27. 9. 1988 – Rs. 165/87 (*Kommission/Rat*), Slg. 1988, 5545 Rn. 11; EuGH v. 11. 6. 1991 – Rs. C-300/89 (*Kommission/Rat*), Slg. 1991, I-2867 Rn. 17–25 (*Titan-dioxid*); EuGH v. 17. 3. 1993 – Rs. C-155/91 (*Kommission/Rat*), Slg. 1993, I-939 Rn. 19 f.; EuGH v. 10. 12. 2002 – Rs. C-491/01 (*The Queen/Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco and Imperial Tobacco*), Slg. 2002, I-11453 Rn. 94–99.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

nachgegangen, inwieweit sich aus diesen primärrechtlichen Grundlagen Vorgaben für die Angleichungsintensität eines Sekundärrechtsaktes ableiten lassen (IV).

I. Querschnittskompetenzen

Die im EG-Vertrag der Gemeinschaft zugewiesenen Kompetenzen lassen sich (u.a.)⁷ nach ihrer Finalstruktur unterscheiden: (Querschnitts-)Kompetenzen, die ohne sachliche Begrenzung final auf ein zu erreichendes Ziel hin ausgerichtet sind, stehen solche gegenüber, die sich auf ein bestimmtes Sachgebiet beschränken.⁸ Von den für das Privatrecht relevanten Kompetenznormen gehören zur ersteren Kategorie die final auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes ausgerichteten allgemeinen Rechtsangleichungskompetenzen⁹ der Art. 94¹⁰ und 95 EG¹¹ sowie die Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art. 308 EG.¹² Auch die Anti-Diskriminierungskompetenz des Art. 13 EG¹³ hat Querschnittscharakter.

Im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Ermächtigung sind die Art. 94 bzw. 95 EG, aber auch Art. 308 EG, besonders problematisch.¹⁴ Gerade sie bedürfen daher der tatbestandlichen Konturierung und Eingrenzung.

7 Für weitere Einteilungskriterien vgl. v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, 441 (446 ff.).

8 Vgl. etwa *Von der Groeben/Schwarze-Zuleeg*, Art. 5 EG Rn. 4. Freilich weisen auch die sachbezogenen Kompetenzen schon im Hinblick auf die Ziele der Art. 2 und 3 EG meist eine finale Struktur auf, v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, 441 (446).

9 Vgl. *Callies/Ruffert-Kahl*, Art. 94 EGV Rn. 3.

10 Auf Art. 94 EG wurden etwa gestützt die Haustürgeschäfte-Richtlinie, die Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EG) in ihrer ursprünglichen Fassung, die Produkt-Haftungsrichtlinie, die Werbe-Richtlinie (84/450/EWG) in ihrer ursprünglichen Fassung, die Nachweis-Richtlinie, die Betriebsübergangs-Richtlinie und die Handelsvertreter-Richtlinie, wobei für letztere zusätzlich Art. 47 Abs. 2, Art. 55 EG herangezogen wurden.

11 Art. 95 EG ist die mit Abstand wichtigste Rechtsgrundlage im Bereich des allgemeinen Zivilrechts. Die Vorschrift diente als Rechtsgrundlage für die Klausel-Richtlinie, die Fernabsatz-Richtlinie, die Finanzdienstleistungsfernabsatz-Richtlinie, die Zahlungsverzugs-Richtlinie, die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die Pauschalreise-Richtlinie, die Timesharing-Richtlinie, die Überweisungs-Richtlinie, die e-commerce-Richtlinie, letztere zusätzlich gestützt auf Art. 47, 55 EG.

12 Art. 308 EG diente als Rechtsgrundlage für die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EG in ihrer ursprünglichen Fassung. Maßgeblich in diesem Bereich ist nunmehr Art. 141 Abs. 3 EG. Auch die Verordnungen über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft sowie die Europäische Genossenschaft finden ihre Rechtsgrundlage in Art. 308 EG.

13 Art. 13 EG diente bisher als Rechtsgrundlage für die Anti-Diskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG (Rasse und ethnische Herkunft); 2000/78/EG (Beschäftigung und Beruf) und 2004/113/EG (Männer und Frauen bei Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen).

14 V. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, 441 (446); *Götz*, 2001, 34 (35); *Weatherill*, (2005) 30 ELRev., 23 (24); vgl. auch *GA Fenelly*, Schlussanträge v. 15. 6. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland/Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 4, und *Europäischer Rat*, Die Zukunft der Europäischen Union – Erklärung von Laeken v. 15. 12. 2001 (<http://european-convention.eu.int/pdf/LKND E.pdf>).

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

1. Binnenmarktfinale Rechtsangleichungskompetenzen

Rechtsangleichung¹⁵ bedeutet grundsätzlich die sachbezogene Annäherung nationaler Rechtsvorschriften an einen gemeinschaftsrechtlich definierten Standard.¹⁶ Dabei lässt sich die Rechtsangleichung im engeren Sinne, die lediglich zu einer Annäherung der mitgliedstaatlichen Rechte führt, unterscheiden von der Rechtsangleichung im weiteren Sinne, die als Oberbegriff auch die Rechtsvereinheitlichung, etwa durch Setzung von Einheitsrecht, umfasst.¹⁷ In den Art. 94 und 95 EG wird der Begriff „Angleichung“ in dem soeben beschriebenen weiteren Sinne verwendet.¹⁸

Der Begriff des Gemeinsamen Marktes ist im EG-Vertrag nicht definiert. Gemäß Art. 14 Abs. 2 EG umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrages gewährleistet ist. Aus der sich an den Art. 2 und 3 EG orientierenden Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass Kernaspekte sowohl des Gemeinsamen Marktes als auch des Binnenmarktes zum einen die Gewährleistung der Grundfreiheiten, zum anderen die Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs sind.¹⁹

- a) Rechtsangleichungsmaßnahmen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben

In materieller Hinsicht müssen die von der Gemeinschaft erlassenen Rechtsangleichungsmaßnahmen die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes

15 Der EG-Vertrag verwendet die Worte „Angleichung“ (Art. 94, 95, 3 lit. h) EG), „Koordination“ (Art. 44 Abs. 2 lit. g), 47 Abs. 2 EG) und „Harmonisierung“ (Art. 93 EG), ohne das damit ein inhaltlicher Unterschied verbunden wäre, vgl. zur Begründung etwa *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 70 m. w. N.

16 *Calliess/Ruffert-Kahl*, Art. 94 EGV Rn. 1; *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (126); *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 141.

17 *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 141.

18 Dies ergibt sich für Art. 95 EG daraus, dass diese Vorschrift nicht auf das Regelungsinstrument der Richtlinie beschränkt ist, also auch mittels einer Verordnung die Schaffung von Einheitsrecht erlaubt, vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 141. Im Hinblick auf Art. 94 EG wäre es verwunderlich, wenn innerhalb des Kapitels 3, dass mit „Angleichung der Rechtsvorschriften“ überschrieben ist, der Begriff „Angleichung“ nicht in einem einheitlichen Sinne verstanden werden sollte. Daraus, dass Art. 94 EG nur für den Erlass von Richtlinien herangezogen werden kann, ergibt sich nichts anderes; auch Richtlinien können so detailliert sein, dass dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber kein Umsetzungsspielraum mehr verbleibt und die nationale Umsetzungsregelung durch die Richtlinie praktisch vorweggenommen wird, vgl. nachfolgend Kapitel 3.

19 Vgl. für den Binnenmarkt EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland/Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-8419, Rn. 82, 95; EuGH v. 11. 6. 1991 – Rs. C-300/89 (*Kommission/Rat*), Slg. 1991, 2867 Rn. 14; EuGH v. 13. 7. 1995 – Rs. 350/92 (*Spanien/Rat*), Slg. 1995, I-1985 Rn. 32; für den Gemeinsamen Markt EuGH v. 5. 5. 1982 – Rs. 15/81 (*Schul*), Slg. 1409 Rn. 33; für den engen Zusammenhang zwischen Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsaspekt vgl. auch EuGH v. 19. 3. 1991 – Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, 1223 Rn. 41. Aus der Literatur etwa *Basedow*, in: FS Mestmäcker, S. 352 f.; *MüKoUWG-Leible*, Band 1, EG A, Rn. 65 f. Im übrigen ist fraglich, wie sich der Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ zu demjenigen des „Binnenmarktes“ verhält, vgl. zu dieser Kontroverse *Calliess/Ruffert-Kahl*, Art. 14 EGV, Rn. 6 ff.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 94 ff.; *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (125 ff.) jeweils mit Nachweisen.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

zum Gegenstand haben bzw. sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Dieses Erfordernis hat der EuGH in seinem Urteil zur Nichtigkeit der 1. Tabakwerberichtlinie maßgeblich konkretisiert.²⁰ Gegenstand der Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland war die auf Art. 57 Abs. 2, Art. 66 und Art. 100a EGV (nunmehr Art. 47 Abs. 2, Art. 55 und Art. 95 EG) gestützte 1. Tabakwerbe-Richtlinie.²¹ Diese Richtlinie statuierte in Art. 3 Abs. 1 ein gemeinschaftsweites Verbot für jegliche Form der Werbung und des Sponsoring für Tabakerzeugnisse; Art. 3 Abs. 5 enthielt hiervon eng umgrenzte Ausnahmen; Art. 5 erlaubte den Mitgliedstaaten die Beibehaltung strengerer nationaler Vorschriften. Der EuGH erklärte Richtlinie 98/43/EG mangels geeigneter Rechtsgrundlage insgesamt für nichtig.²²

Aus einer Zusammenschau der Art. 3 Abs. 1 lit. c) und 14 Abs. 2 EG leitet der EuGH ab, dass Art. 95 EG dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt. Eine solche Auslegung widerspräche dem Wortlaut der genannten Bestimmungen und wäre unvereinbar mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EG. Die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften genüge gerade nicht, um die Wahl des Art. 95 EG als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen. Andernfalls könnte der EuGH die ihm nach Art. 220 EG obliegende gerichtliche Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage nicht wirksam ausüben.²³ Der fragliche Gemeinschaftsrechtsakt müsse vielmehr tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit bzw. von Wettbewerbsverzerrungen beitragen.²⁴ Dabei könne Art. 95 EG zwar auch herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel vorzubeugen; jedoch nur, soweit das Entstehen solcher Hindernisse wahrscheinlich ist.²⁵ Zielt der Rechtsakt auf die

20 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247. Das Urteil ist zwar unmittelbar im Rahmen des Art. 95 EG ergangen. Die hierfür niedergelegten Grundsätze beanspruchen wegen des unmittelbaren Bezugs zu Art. 5 Abs. 1 EG jedoch auch im Rahmen des Art. 94 EG entsprechende Gültigkeit. Hinzu kommt, dass sich die Anwendungsbereiche von Art. 94 und 95 EG nach allgemeiner Ansicht weitgehend überschneiden und der wesentliche Unterschied vor allem in dem Bereichsvorbehalt des Art. 95 Abs. 2 EG besteht, vgl. *Schaub*, ZEuP 2003, 562 (567). Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass obwohl Produkthaftungsrichtlinie und die ursprüngliche Verbraucherkreditrichtlinie (87/102/EWG) ihre Rechtsgrundlage jeweils in Art. 94 EG haben, die jeweiligen Änderungsrichtlinien 1999/34/EG bzw. 90/88/EWG, sowie die Nachfolgerichtlinie zur Verbraucherkreditrichtlinie (2008/48/EG) jeweils auf Grundlage des Art. 95 EG ergingen.

21 Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 7. 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG 1998 Nr. L 213/9.

22 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 118. Damit war zugleich das aus Furcht vor einer Rücknahme des Verfahrens C-376/98 eingeleitete Parallelverfahren C-74/99 für erledigt zu erklären, vgl. EuGH v. 5. 10. 2001 – Rs. C-74/99 (*The Queen/secretary of State for Health ex parte Imperial Tobacco*), Slg. 2000, I-8599 Rn. 5.

23 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 83 f.

24 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 95 ff.

25 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 86.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, so müssen diese spürbar sein.²⁶ Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Die Heranziehung des Art. 95 EG auch zur Beseitigung geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen wäre mit dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung unvereinbar.²⁷

Die Entscheidung ist im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen und wurde als wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer klaren Abgrenzung der Kompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten nach dem EG-Vertrag gewürdigt.²⁸ Für die Heranziehung des Art. 95 EG als Kompetenzgrundlage ist danach zu prüfen,

- ob der Gemeinschaftsgesetzgeber tatsächlich die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes verfolgt, und nicht etwa Verbraucher- oder Gesundheitsschutz,
- ob durch die Divergenz der nationalen Rechtsvorschriften Hindernisse für den Handel mit Wahrscheinlichkeit entstehen und die fraglichen Maßnahmen ihre Vermeidung bezwecken, oder²⁹
- ob die Unterschiedlichkeit der Regelungen zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führt, auf deren Beseitigung der Rechtsakt abzielt.³⁰

26 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 106 unter Hinweis auf EuGH v. 11. 6. 1991 – Rs. C-300/89 (*Kommission/Rat*), Slg. 1991, 2867 Rn. 23 (Titaniodioxid).

27 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 107.

28 Vgl. *Wägenbaur*, EuZW 2000, 701 (703): Der EuGH habe „dem Gemeinschaftsrecht und seiner Glaubwürdigkeit einen großen Dienst erwiesen“; *Hilf/Frahm*, RIW 2001, 128 (132) weisen darauf hin, dass der EuGH im Falle einer weiteren Kompetenzerweiterung der Gemeinschaft möglicherweise im Hinblick auf das Maastricht-Urteil des BVerfG eine Verfassungskrise heraufbeschworen hätte; *Götz*, JZ 2001, 34 (36); *Streinz*, JuS 2001, 288: Das Urteil sei in die „grundlegenden Urteile des EuGH (wie z. B. *Costa/ENEL*, *Nold*, *Cassis*, *Francovich*) einzureihen“; *Editorial Comment*, (2000) 37 CMLRev., 1301: Taking (the limits of) competences seriously; vgl. auch *Calliess*, Jura 2001, 311 (314): der EuGH sei seiner Rolle als „europäisches Verfassungsgericht“ gerecht geworden; und *Weatherill*, in: *Cafaggi* (Hrsg.), *Institutional Framework*, S. 79 (91): Das Urteil sei „of highest significance“.

29 Klargestellt in EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573, Rn. 67; vgl. auch *Ludwigs*, (2007) 44 CMLRev., 1159 (1166).

30 Vgl. zu diesen Voraussetzungen *W.-H. Roth*, JZ 2001, 475 (477); ähnlich *Usher*, (2002) 39 CMLRev., 1519 (1536); *Barnard*, *Substantive Law*, S. 573; *Streinz-Leible*, Art. 95 EGV Rn. 14ff. Sind die Voraussetzungen für die Begründung der Kompetenz nach Art. 95 EG jedoch einmal erfüllt, so steht deren Heranziehung nicht entgegen, dass auch anderen Zielen, wie etwa dem Gesundheitsschutz oder Verbraucherschutz, bei den zu treffenden Maßnahmen maßgebende Bedeutung zukommt, vgl. EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 88. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann auch ergänzende, dem Binnenmarkt nicht unmittelbar dienende Vorschriften erlassen, soweit dies etwa zur Verhinderung von Umgehungen erforderlich ist (Rn. 100). Andererseits kann Art. 95 EG nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, wenn der zu erlassende Rechtsakt nur nebenbei eine Harmonisierung der Marktbedingungen in der Gemeinschaft bewirkt, eigentlich aber andere Zwecke verfolgt, vgl. EuGH v. 4. 10. 1991 – Rs. C-70/88 (*Parlament ./ Rat*), Slg. 1991, I-4529, Rn. 17; EuGH v. 17. 3. 1993 – Rs. C-155/91 (*Kommission ./ Rat*), Slg. 1993, I-939, Rn. 19; EuGH v. 28. 6. 1994 – Rs. C-187/93 (*Parlament ./ Rat*), Slg. 1994, I-2857, Rn. 25.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

Diese Voraussetzungen sind freilich noch immer relativ unbestimmt.³¹ Damit kommt der Kontrolldichte, mit welcher der EuGH die von ihm selbst aufgestellten Anforderungen überprüft, entscheidende Bedeutung zu.³² Insoweit hat der EuGH in seiner Folgerechtsprechung das mit dem 1. Tabakwerbe-Urteil gegebene Versprechen, die gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzgrundlagen fortan ernst zu nehmen, bisher nicht erfüllt.³³ Insbesondere hat der EuGH die 2. Tabakwerberichtlinie³⁴, die sich auf ein Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in Druckerzeugnissen, den „Diensten der Informationsgesellschaft“, dem Rundfunk sowie dem Sponsoring beschränkt, entsprechend seinen Andeutungen im 1. Tabakwerbe-Urteil für kompetenzgemäß erklärt.³⁵ Formal hält der EuGH zwar an den im 1. Tabakwerbe-Urteil aufgestellten Voraussetzungen fest,³⁶ bejaht diese jedoch pauschal unter Hinweis auf unterschiedliche mitgliedstaatliche Regelungen ohne zu prüfen, ob diese Regelungen tatsächlich und konkret Grundfreiheitenbeschränkungen zur Folge haben.³⁷ Dies war im vorliegenden Fall schon deswegen unwahrscheinlich, weil, wie der EuGH beiläufig erwähnt³⁸, nationale Werbeverbote ausländische Erzeugnisse ausnehmen, so dass Produkte aus anderen Mitgliedstaaten nach den in ihrem Herkunftsland geltenden Vorschriften gemeinschaftsweit in

31 *Weatherill*, [2002] EBLR, 497 (507); anders *Calliess*, Jura 2001, 311 (316): „klare und handhabbare Grenzen“.

32 *Götz*, JZ 2001, 34 (36).

33 Bereits im 1. Tabakwerbe-Urteil hatte der EuGH freilich pauschal und ohne nähere Begründung das wahrscheinliche Entstehen zukünftiger Behinderungen des Binnenmarktes im Hinblick auf Zeitungen und Zeitschriften behauptet, EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 96f.; kritisch insoweit *Wägenbaur*, EuZW 2000, 701 (702). Vgl. auch EuGH v. 10. 12. 2002 – Rs. C-491/01 (*The Queen/Secretary of Health es parte British American Tobacco and Imperial Tobacco*), Slg. 2002, I-11453 Rn. 64–75; EuGH v. 14. 12. 2004 – Rs. C-434/02 (*Arnold Andre GmbH*), Slg. 2004, I-11825, Rn. 38–43; EuGH v. 14. 12. 2003 – Rs. C-210/03 (*Swedish Match*) Slg. 2004, I-11893, Rn. 37–41; EuGH v. 12. 7. 2005 – verb. Rs. C-154, 155/04 (*Alliance for Natural Health*), Slg. 2005, I-6451, Rn. 35–39. In den zuletzt genannten Entscheidungen ist der EuGH sichtlich bemüht, den aufgestellten Anforderungen im Hinblick auf tatsächliche Beschränkungen der Grundfreiheiten besser gerecht zu werden. So argumentiert der Gerichtshof etwa in verb. Rs. C-154, 155/04 damit, dass der Gerichtshof vor Erlass der fraglichen Richtlinie 2002/46/EG mit mehreren Rechtssachen befasst war, in denen Wirtschaftsteilnehmer in einem anderen Mitgliedstaat auf Hindernisse für den Vertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln gestoßen waren, sowie damit, dass dem Richtlinienvorschlag zahlreiche Beschwerden der Wirtschaftsteilnehmer vorausgegangen seien. Vgl. auch *Weatherill*, ERCL 2006, 90 (105 ff.). Anders dagegen EuGH v. 6. 12. 2005 – Rs. C-66/04 (*Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*), Slg. 2005, I-10553, Rn. 42f.: pauschaler Hinweis auf Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen; vgl. weiterhin EuGH v. 2. 5. 2006 – Rs. C-217/04 (*Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-3771.

34 Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 5. 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EU 2003 L 152/16.

35 EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573.

36 EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573 Rn. 37–41.

37 EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573 Rn. 46–65.

38 EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573 Rn. 59.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

Verkehr gebracht werden konnten.³⁹ Indem der EuGH hierauf nicht eingeht, sondern das abstrakte Vorhandensein irgendwelcher Regelungsunterschiede genügen lässt, kappt er den zwischen Harmonisierungskompetenz und Grundfreiheiten bestehenden Nexus.⁴⁰ Art. 95 EG wird so zur konturenlosen allgemeinen Binnenmarktregulierungskompetenz.⁴¹

Dies ist vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Ermächtigung nicht hinnehmbar. Die bloße, unbegründete Behauptung von möglichen Grundfreiheitenbeschränkungen oder Wettbewerbsverzerrungen⁴² aufgrund nationaler Rechtsunterschiede darf danach nicht genügen. Erforderlich muss vielmehr sein der konkrete und empirisch belegte Nachweis, dass Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bezüglich eines bestimmten Sachbereichs Grundfreiheitenbeschränkungen oder Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen oder wahrscheinlich hervorrufen werden; der Kommission obliegt damit die Sammlung konkreter empirischer Daten, die die Gebiete offen legen, in denen mangelnde Rechtsangleichung nachweisbar zu erhöhten Transaktionskosten führt, die die Erreichung oder das Funktionieren des Binnenmarktes spürbar erschweren.⁴³

Insoweit hat das 1. Tabakwerbe-Urteil des EuGH bereits Wirkung gezeigt.⁴⁴ So hat die Kommission in ihrer Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht vom 11. 7. 2001⁴⁵ ausdrücklich um Informationen gebeten, inwieweit das Vorhandensein unterschiedlicher Vertragsrechtsordnungen in Europa die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes beeinträchtigt. Als Hindernisse und Beeinträchtigungen grenzüberschreitender Geschäfte, die sich aus unterschiedlichen nationalen Vertragsrechten ergeben wurden im Aktionsplan: Ein kohärentes Vertragsrecht für Europa⁴⁶ etwa unterschiedliche Vertretungsbestimmungen ausländischer Unternehmen und unterschiedliche Formerfordernisse für den Vertragsabschluss, Unterschiede im Hinblick auf die Einbeziehung und Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen oder divergierende Bestimmungen hinsichtlich Eigentumsübertragung und Bestellung von Sicherheiten an beweglichen Sachen; aber auch die auf dem Grundsatz der Mindestharmonisierung beruhenden, verbleibenden nationalen Unterschiede im Bereich angeglichenen Verbraucherrechts, identifiziert.⁴⁷

39 *Maierhöfer*, JZ 2007, 463 (464); *Ludwigs*, (2007) 44 CMLRev., 1159 (1168).

40 *Maierhöfer*, JZ 2007, 463 (464); *Ludwigs*, (2007) 44 CMLRev., 1159 (1168).

41 Vgl. *Maierhöfer*, JZ 2007, 463 (466); *Ludwigs*, (2007) 44 CMLRev., 1159 (1168), der allerdings im Hinblick auf den Beurteilungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers dem EuGH im Ergebnis zustimmt.

42 Vgl. z. B. Begründungserwägung 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie; Begründungserwägung 2 der Klausel-Richtlinie.

43 *Weatherill*, [2002] EBLR, 497 (509, 512); *ders.*, ERPL 2005, 405 (414); dagegen *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 6 ff., insbesondere 11.

44 Vgl. *Weatherill*, in: *Cafaggi* (Hrsg.), Institutional Framework, S. 79 (100 ff.); *ders.*, ERCL 2006, 90 (108); *Mak*, ERPL 2009, 55 (63).

45 KOM (2001) 398 endg. Rn. 23–32.

46 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärentes Vertragsrecht für Europa, Ein Aktionsplan v. 12. 2. 2003, KOM (2003) 68 endg.

47 Vgl. KOM (2003) 68 endg. Rn. 25–51, insbesondere Rn. 34–37, 41 ff., 50.; sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Europäisches Vertragsrecht und Überar-

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

In ihrer Folgenabschätzung⁴⁸ zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher⁴⁹ beruft sich die Kommission nunmehr u. a. auf die Flash-Eurobarometer-Umfrage Nr. 224, wonach 60% der befragten Einzelhandelsunternehmen dem Sonderaufwand für die Einhaltung unterschiedlicher nationaler Rechtsvorschriften über den Abschluss von Geschäften mit Verbrauchern große Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkauf beimessen.⁵⁰ 46% aller Einzelhandelsunternehmen in der EU sind danach der Meinung, dass eine Harmonisierung der Verbraucherschutzvorschriften sich positiv auf ihren grenzüberschreitenden Umsatz auswirken würde. Auch eine im Auftrag von Clifford Chance 2005 durchgeführte Befragung⁵¹ von 175 Unternehmen aus 8 Mitgliedstaaten ergab, dass ein signifikanter Anteil der befragten Unternehmen durchaus durch unterschiedliche vertragsrechtliche Bestimmungen bei grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit beeinträchtigt oder von dieser sogar abgehalten wird.⁵²

Damit ist auch bei Zugrundelegung der strengen Anforderungen des 1. Tabakwerbe-Urteils die Gemeinschaftskompetenz für eine weitere Harmonisierung des Privat- insbesondere des (Verbraucher-)Vertragsrechts zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen.⁵³ Nicht geführt ist freilich der Nachweis, dass durch weitere Harmonisierung bis hin zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch auch tatsächlich der Binnenmarkt in relevanter Weise verbessert werden würde. So steht ja in den meisten Mitgliedstaaten auch bisher schon mit dem CISG ein neutrales Vertragsrecht zur Verfügung, von dem allerdings nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht wird.⁵⁴ Auch können die mit weiterer Rechtsangleichung verbundenen Anpassungskosten den damit erzielten Nutzen leicht aufwiegen. Hier, also basierend auf konkreten empirischen Erhebungen, muss der immer wieder betonte politische Entscheidungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers ansetzen, indem Kosten und Nutzen einer weiteren Angleichung gegeneinander abgewogen werden. Dieser Beurteilungsspielraum kann freilich nur ein eingeschränkter sein, könnte doch der EuGH andernfalls, wie er im 1. Tabakwerbe-Urteil zutreffend

beutung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg. Abschnitt 2.1.1. (S. 4).

48 Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a directive on consumer rights: Impact Assessment Report (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf), 11.

49 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

50 Flash Eurobarometer 224: Business attitudes towards cross-border sales and consumer protection, Summary, (2008), abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_224_sum_en.pdf. Dem Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007, KOM (2006) 744 endg., S. 7, lag noch eine entsprechende Umfrage aus dem Jahre 2006 zugrunde (Eurobarometer 186), wonach die entsprechenden Zahlen bei 55% bzw. 43% lagen.

51 Abrufbar unter <http://www.cliffordchance.com/expertise/publications/details.aspx?FilterName=URL&contentitemid=8354>.

52 Zusammenfassend *Vogenaue/Weatherill*, (2005) 30 ELRev., 821 ff.

53 Vgl. *Vogenaue/Weatherill*, (2005) 30 ELRev., 821 (836).

54 Vgl. *Jansen*, JZ 2006, 536 (540).

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

ausführt, die ihm zugewiesene Aufgabe der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages nicht wirksam erfüllen.⁵⁵

b) Binnenmarkt und Stärkung des Verbrauchervertrauens

Der nötige Binnenmarktbezug kann nicht nur über die Anbieterseite hergestellt werden. In neuerer Zeit wird die Bedeutung der Nachfragerseite zur Vollendung des Binnenmarktes immer stärker betont. In der Verbraucherpolitischen Strategie der EU (2007–2013) heißt es etwa: „Der Binnenmarkt ist der grundlegende Rahmen für die Verbraucherpolitik, die ihrerseits für die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes von wesentlicher Bedeutung ist.“⁵⁶ Folglich müsse die Verbraucherdimension des Binnenmarktes und insbesondere der Einzelhandelsmärkte weiter gestärkt werden.⁵⁷ Der Verbraucher wird danach nicht in erster Linie geschützt, weil er unterlegen ist, sondern er wird geschützt, weil er verstärkt wirtschaftlich tätig werden soll. Man geht davon aus, dass der Verbraucher dann am ehesten grenzüberschreitend konsumiert, wenn er zuversichtlich, entspannt und voller Vertrauen in die Rechtslage ist.⁵⁸ „Zuversichtliche, gut informierte und mündige Verbraucher sind der Motor des wirtschaftlichen Wandels, da ihre Entscheidungen Innovation und Effizienz vorantreiben.“⁵⁹ Die Stärkung des Verbrauchervertrauens begründet danach den Binnenmarktbezug und eröffnet die Kompetenzgrundlage des Art. 95 EG auch für ausschließlich verbraucherschützende Maßnahmen.⁶⁰

55 EuGH v. 5. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 84. Deutlich auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 15. 6. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247 Rn. 4; „Als die Instanz, der die Gemeinschaftsorgane, die Mitgliedstaaten und die Unionsbürger ihr Vertrauen entgegen bringen, hat der Gerichtshof die schwierige Aufgabe die verfassungsmäßige Gewaltenteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf der Grundlage objektiver Kriterien zu schützen.“ Anders EuGH v. 12. 12. 2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573, Rn. 42, 144, wo der weite Ermessensspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers betont wird.

56 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss v. 13. 3. 2007, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007–2013), KOM (2007), 99 endg., S. 4.

57 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss v. 13. 3. 2007, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007–2013), KOM (2007), 99 endg., S. 2.

58 *Heiderhoff*, ZEuP 2003, 769 (772); vgl. auch *W.-H. Roth*, JZ 2001, 475 (478). In Begründungserwägung 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie heißt es ganz deutlich: „Dem Verbraucher, der die Vorzüge des Binnenmarktes dadurch nutzen möchte, dass er sich Waren in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Wohnsitzland beschafft, fällt eine fundamentale Aufgabe bei der Vollendung des Binnenmarktes zu; ... Die Schaffung eines Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten, stärkt das Vertrauen der Verbraucher und gestattet es ihnen, die durch Schaffung des Binnenmarktes gebotenen Vorzüge besser zu nutzen“.

59 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss v. 13. 3. 2007, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007–2013), KOM (2007), 99 endg., S. 1.

60 Vgl. etwa *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 138; *Heiderhoff*, ZEuP 2003, 769 (772) und sehr weitgehend *Davies*, (2005) 30 ELRev 370 ff. Vgl. Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitztsandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007,

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

Fraglich ist ob die Einschränkungen des 1. Tabakwerbe-Urteils auch auf die Rechtsangleichung im Interesse der Nachfragerseite übertragbar sind. Teilweise wird vorgetragen, dass das Urteil keine explizite Aussage darüber enthalte, inwieweit Maßnahmen nach Art. 95 EG unter dem Gesichtspunkt des Verbrauchervertrauens begründet werden können⁶¹; oder jedenfalls einer Angleichung mit dem Ziel der Förderung der Rechtssicherheit und des Verbrauchervertrauens im grenzüberschreitenden Verkehr nicht entgegen stehe.⁶²

Allerdings könnte gestützt auf den Gedanken des Verbrauchervertrauens praktisch jeder Unterschied der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Rechtfertigung für eine Angleichungsmaßnahme herangezogen werden. Damit hätte die Gemeinschaft wiederum eine unbegrenzte Harmonisierungskompetenz. Jedenfalls insoweit, als der Gemeinschaft eine solche gerade nicht zukommen soll, sind die Grundsätze des 1. Tabakwerbe-Urteils auch auf die Nachfragerseite übertragbar;⁶³ dies folgt letztendlich aus dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EG. Will man daher den Gesichtspunkt des Verbrauchervertrauens zur Abstützung einer Maßnahme nach Art. 95 EG heranziehen, so ist der empirische Nachweis erforderlich, dass durch die konkrete Maßnahme tatsächlich das Verbrauchervertrauen in einer Weise gefördert wird, die die grenzüberschreitende Nachfrage der Verbraucher anregt.⁶⁴

Im Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz⁶⁵ sowie in ihrer Folgenabschätzung⁶⁶ zum Vorschlag einer Richtlinie

KOM (2006) 744 endg., S. 4: „Es gilt, die Zuversicht der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken, indem ihnen EU-weit ein gleich hoher Schutz zugesichert werden kann. Die Verbraucher sollten sich auf gleichwertige Rechte berufen und gleichwertige Möglichkeiten nutzen können, um im Problemfall zu ihrem Recht zu kommen.“; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg., 2: „Ziel dieses Vorschlags ist es, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes für Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern durch Stärkung des Vertrauens der Verbraucher in den Binnenmarkt ... zu verbessern.“

61 Doehner, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, S. 79.

62 Riesenhuber, System und Prinzipien, S. 138; ders. Europäisches Vertragsrecht, Rn. 149.

63 W.-H. Roth, JZ 2001, 475 (479); ders., (2003) 40 CMLRev., 937 (944); die Gemeinschaftskompetenz insoweit bezweifelnd auch Weatherill, [2002] EBLR, 497 (512); Unberath/Johnston, (2007) 44 CMLRev., 1237 (1254f.). Gleiches gilt für den Gesichtspunkt der Förderung der Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Verkehr, vgl. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 3.60 Rn. 15: „andernfalls bestünde für jeden ordentlich gefassten Rechtssetzungsakt aufgrund seiner klärenden Wirkung eine Kompetenz.“

64 In diesem Sinne auch Weatherill, [2002] EBLR, 497 (512); ders., [2004] EBLR 23 (27); ders., ERPL 2005, 405 (417); ders., in: Cafaggi (Hrsg.), Institutional Framework, S. 79; im Ergebnis wohl ähnlich Doehner, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, S. 81: „Um dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Rechnung zu tragen, sollte die Gemeinschaft über die Binnenmarktkompetenz allerdings nur solche schuldvertraglichen Beziehungen harmonisieren, die unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung des Konsumenten ausüben, im Ausland Waren oder Dienstleistungen nachzuzufügen.“

65 Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007, KOM (2006) 744 endg., S. 8.

66 Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a directive on consumer rights: Impact Assessment Report (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf), 11.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

über Rechte der Verbraucher⁶⁷ beruft sich die Kommission insoweit auf eine Eurobarometer-Umfrage, wonach 56% der Verbraucher der Meinung waren, dass sie bei Käufen im Ausland weniger geschützt seien; gar 71% glaubten, es sei schwieriger, Probleme wie Beschwerden, Preisnachlässe, Garantieansprüche etc. zu lösen, wenn der Verkäufer in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sei. Diese Studie gelangt zu dem Ergebnis, dass verbesserter Verbraucherinformation und verstärkten Verbraucherrechten eine Schlüsselrolle zur Stärkung des Verbrauchervertrauens und damit verbunden der Anregung grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit zukomme.⁶⁸

Hier gilt jedoch ähnliches wie für die Anbieterseite. Der Aufwand weiterer Rechtsangleichung kann sich, gemessen am erzielbaren Nutzen leicht als unverhältnismäßig erweisen, dies vor allem auch deswegen, weil Sprachbarrieren, kulturelle Unterschiede im Hinblick auf Geschmack und Bräuche⁶⁹ oder die unterschiedliche Wahrnehmung von Unternehmen und deren Reputation möglicherweise die grenzüberschreitende Nachfrage viel gravierender einschränken als rechtliche Hindernisse.⁷⁰ Auch hier ist somit eine politische Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers gefragt, die allerdings stets den empirischen Nachweis der Binnenmarktrelevanz der entsprechenden Maßnahme voraussetzt.

Im Übrigen kann sich gerade der Grundsatz der Mindestharmonisierung im Hinblick auf das Verbrauchervertrauen als kontraproduktiv erweisen, verbleiben doch trotz Angleichung meist erhebliche Rechtsunterschiede⁷¹ und kann der Verbraucher, der den hohen Schutzstandard seines Heimatstaates gewöhnt ist, bei grenzüberschreitender Nachfrage durch den gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard gerade enttäuscht werden.⁷² Dem entspricht es, wenn die Kommission in ihrem Vorschlag einer Richtlinie über die Rechte der Verbraucher zur Beseitigung der „Zersplitterung des gemeinschaftlichen Verbraucherrechts“ eine vollständige Harmonisierung der geregelten Bereiche propagiert.⁷³ Weiterhin ist zu beachten, dass nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der Rom-I-Verordnung Verbraucher viel öfter als bisher bei grenzüberschreitender Nachfrage durch das Verbraucherrecht ihres Hei-

67 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

68 Vgl. Special Eurobarometer Nr. 252, Consumer Protection in the Internal Market, February/March 2006 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf), S. 111.

69 Vgl. Special Eurobarometer Nr. 252, Consumer Protection in the Internal Market, February/March 2006 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf), S. 111.

70 *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277 (288).

71 *Basedow*, JuS 2004, 89 (94).

72 Vgl. Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitztsandes im Verbraucherschutz (Vorlage der Europäischen Kommission) v. 8. 2. 2007, KOM (2006) 744 endg., S. 8: „Mit zu den Gründen, die Verbraucher davon abhalten, außerhalb ihres Wohnlandes einzukaufen, gehört die Befürchtung, nicht im gleichen Maße wie beim Kauf zu Hause geschützt zu sein.“

73 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg., Art. 4 und Erwägungen (6) – (8).

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

matstaates geschützt sind.⁷⁴ Einer Kompetenzbegründung über die Schaffung von Verbrauchervertrauen scheint damit weitgehend die Grundlage entzogen. Denn soweit die Verbraucher ohnehin ihrem Heimatrecht unterliegen, kann der Binnenmarkt durch die Harmonisierung der nationalen Verbraucherrechte nicht mehr gefördert werden.⁷⁵ In ihrer Folgenabschätzung⁷⁶ zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher weist die Kommission dann auch zutreffend darauf hin, dass das mangelnde Vertrauen der Verbraucher in gleichwertigen Verbraucherschutz insbesondere wegen Art. 6 Abs. 1 der Rome-I-Verordnung weitgehend ein Problem fehlerhafter Wahrnehmung seitens der Verbraucher sei. Ob dies freilich durch weitergehende Rechtsangleichung wirksam beseitigt werden kann, erscheint zumindest zweifelhaft.

c) Artikel 94 und 95 EG⁷⁷

Art. 94 EG bildet die Grundnorm der Rechtsangleichung, die gegenüber speziellen, sektoralen Rechtsangleichungskompetenzen der Gemeinschaft, wie auch gegenüber Art. 95 EG nur subsidiär zur Anwendung kommt.⁷⁸ Mit Einführung des Art. 95 EG hat Art. 94 EG an Bedeutung verloren, da er im Hinblick auf die geforderte Einstimmigkeit und die Beschränkung auf die Handlungsform der Richtlinie unter dem Aspekt der Integrationsdynamik nicht mithalten kann.⁷⁹ Für die auf ihn gestützten Richtlinien ist Art. 94 EG aber natürlich nach wie vor bedeutsam, wie neuere Entscheidungen des EuGH zur Produkthaftungsrichtlinie belegen.⁸⁰

74 Nach Art. 5 Abs. 2 des Römischen Vertragsrechtsübereinkommens war der Verbraucher durch sein Heimatrecht geschützt, soweit dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Heimatstaat des Verbrauchers vorausgegangen war und der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hatte; oder wenn der Vertragspartner des Verbrauchers die Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat entgegengenommen hat. Aktive Verbraucher waren nur geschützt, soweit die Auslandsreise des Verbrauchers durch den Verkäufer mit dem Ziel des Vertragsabschlusses veranlasst worden war. Nach Art. 6 Abs. 2 der Rome-I-Verordnung genügt es, dass die berufliche Tätigkeit des Unternehmers in irgendeiner Weise auf den Heimatstaat des Verbrauchers ausgerichtet worden ist. Vgl. auch *Lando/Nielsen*, (2008) 45 CMLRev., 1687 (1707 ff.).

75 Vgl. *G.-P. Calliess*, ZEuP 2006, 742 (752 f.). Aus Sicht der Anbieterseite scheint freilich Art. 6 der Rom-I-Verordnung das Auffinden von Grundfreiheitenbeschränkungen durch Verbraucherschutzrecht und damit die Kompetenzbegründung eher zu begünstigen, vgl. dazu Kapitel 9.

76 Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a directive on consumer rights: Impact Assessment Report (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf), 8, insbesondere Fn. 8.

77 Nach dem Vertrag von Lissabon wird Art. 94 EG zu Art. 115 VAEU und Art. 95 EG entsprechend seiner größeren Bedeutung zu Art. 114 VAEU. Substantielle Änderungen sind dabei nicht vorgesehen.

78 *Calliess/Ruffert-Kahl*, Art. 94 EGV Rn. 3; *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (125); *Franzen*, Privatvertragsangleichung, S. 70.

79 *Calliess/Ruffert-Kahl*, Art. 94 EGV, Rn. 19.

80 Etwa EuGH v. 25. 4. 2002 – Rs. C-52/00 (*Kommission ./. Frankreich*), Slg. 2002, I-3856; EuGH v. 25. 4. 2002 – Rs. C-154/00 (*Kommission ./. Griechenland*), Slg. 2002, I-3887; EuGH 25. 4. 2002 – Rs. 183/00 (*Gonzalez Sanchez ./. Medicina Asturiana SA*), Slg. 2002, I-3905; dazu noch unten Kapitel 7.

Kapitel 2: Die Verbandskompetenz d. Gemeinschaft auf d. Gebiet d. Privatrechts

Art. 95 EG tritt als Generalrechtsangleichungskompetenz gegenüber spezielleren Vorschriften zurück, ist selbst aber zugleich gegenüber Art. 94 EG vorrangig.⁸¹ An Handlungsformen steht das gesamte Repertoire des Art. 249 EG zur Verfügung. Der Rat entscheidet im Rahmen des Art. 95 EG grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit, Art. 205 Abs. 2 EG. Für die Beteiligung des Europäischen Parlaments gilt das Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 251 EG.

Der mit der Einführung des Mehrheitsprinzips verbundenen Sorge einiger Mitgliedstaaten, durch die Rechtsangleichung würden hohe nationale Schutzniveaus zu Nichte gemacht, wird einerseits durch die Verpflichtung von Kommission, Europäischem Parlament und Rat auf ein hohes Schutzniveau⁸², andererseits durch ein fein abgestuftes System Rechnung getragen, welches den Mitgliedstaaten erlaubt, nur unter engen Voraussetzungen strengere nationale Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, Art. 95 Abs. 4–10 EG.⁸³

81 Art. 94 EG kommt im wesentlichen nur noch im Rahmen der von Art. 95 Abs. 2 EG vorgesehenen Bereichsausnahmen Steuern, Freizügigkeit und Rechte und Interessen der Arbeitnehmer zur Anwendung.

82 „Hohes Schutzniveau“ bedeutet dabei nicht das innerhalb der EU höchste Schutzniveau. Dies ergibt sich schon aus der von Art. 95 Abs. 4–6 EG vorgesehenen Möglichkeit von Beibehaltung bzw. Einführung weitergehender nationaler Schutzstandards; vgl. EuGH v. 13. 5. 1997 – Rs. C-233/94 (*Deutschland/Parlament und Rat*), Slg. 1997, I-2405 Rn. 49; EuGH v. 14. 7. 1998 – Rs. C-284/95 (*Safety Hi-Tech*), Slg. 1998, I-4301 Rn. 43, 49; EuGH v. 14. 7. 1998 – Rs. C-341/95 (*Bettati*), Slg. 1998, I-4355 Rn. 41, 47. Aber auch das arithmetische Mittel soll nicht ausreichen; vielmehr müsse das angestrebte Schutzniveau unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit über dem gemeinschaftlichen Durchschnitt liegen, vgl. Calliess/Ruffert-Kahl, Art. 95 EGV Rn. 27; Streinz-Leible, Art. 95 EGV Rn. 54 ff.; Mak, ERPL 2009, 55 (65 ff.).

83 Werden bereits während des Gesetzgebungsverfahrens mögliche Vorbehalte der Mitgliedstaaten offenbar, so „sind in geeigneten Fällen“ die Harmonisierungsmaßnahmen mit einer sogenannten Schutzklausel zu verbinden, welche Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren der in Art. 30 EG genannten Gründe vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem gemeinschaftlichen Kontrollverfahren unterliegen. Ein Beispiel einer Schutzklausel nach Art. 95 Abs. 10 EG bilden Art. 3 Abs. 4–6 der e-commerce-Richtlinie. Zeigen sich mögliche Vorbehalte erst nach Erlass des Rechtsaktes, ist gemäß Art. 95 Abs. 4–6 EG zwischen der Beibehaltung und der Neueinführung strengerer mitgliedstaatlicher Vorschriften zu differenzieren. In beiden Fällen ist formelle Voraussetzung die Billigung durch die Kommission, Art. 95 Abs. 6 EG. Im Falle der Beibehaltung strengerer nationaler Vorschriften ist diese zu erteilen, wenn die Regelung zum Schutz wichtiger Erfordernisse im Sinne des Art. 30 EG sowie der Arbeitsumwelt oder Umwelt erforderlich ist, Art. 95 Abs. 4 EG, und keine willkürliche Diskriminierung, verschleierte Handelsbeschränkung oder Behinderung des Binnenmarktes darstellt, Art. 95 Abs. 6 EG. Die Neueinführung weitergehender Schutzstandards kann ausschließlich auf den Schutz von Umwelt und Arbeitsumwelt gestützt werden; eine Billigung kommt zudem nur dann in Betracht, wenn die Regelung aufgrund neuer, nach Erlass der Angleichungsmaßnahme erlangter wissenschaftlicher Erkenntnisse und aufgrund eines für diesen Mitgliedstaat spezifischen Problems erforderlich ist, Art. 95 Abs. 5 EG. Dieses Regime wird abgerundet durch eine Prüfungs- und gegebenenfalls Anpassungspflicht der Kommission, Art. 95 Abs. 7 und 8 EG, sowie die Möglichkeit zu einem beschleunigten Vertragsverletzungsverfahren. Vgl. allgemein zu Art. 95 Abs. 4–10 EG Gundel, JuS 1999, 1171; Calliess/Ruffert-Kahl, Art. 95 EGV Rn. 32; Streinz-Leible, Art. 95 EGV Rn. 62 ff.

1. Teil: Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

2. Artikel 308 EG⁸⁴

Die als (begrenzte) Generalermächtigung⁸⁵, Kompetenzergänzungsvorschrift⁸⁶, Kompetenzabrundungskompetenz⁸⁷ oder Reserveermächtigung⁸⁸ bezeichnete Vorschrift gehört zu den umstrittensten des EG-Vertrages überhaupt. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift sind so ungenau, dass eine sachliche Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Art. 308 EG bisher nur unzureichend gelungen ist.⁸⁹

Dies gilt vor allem für das Tatbestandsmerkmal „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“. Im Hinblick auf das 1. Tabakwerbe-Urteil des EuGH⁹⁰ wird man verlangen müssen, dass die jeweilige Maßnahme der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes dient, jedenfalls aber keine negativen Auswirkungen auf das System des gemeinsamen Marktes hat. Mit den in diesem Urteil niedergelegten Grundsätzen wäre es nicht vereinbar, wollte man dem Tatbestandsmerkmal „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ jegliche Bedeutung absprechen.⁹¹ Die tatsächliche Förderung des Gemeinsamen Marktes wird man freilich nicht verlangen können, da Art. 308 EG, anders als Art. 95 EG, alle in Art. 3 EG genannten Ziele einbezieht und damit auch die Verfolgung nicht unmittelbar binnenmarktrelevanter Ziele, etwa der Sozialpolitik, ermöglicht.⁹²

Aufgrund seiner strengen Subsidiarität hat Art. 308 EG mit Einführung des Art. 95 EG seine Bedeutung im Bereich des Privatrechts weitgehend eingebüßt.⁹³ Relevant bleibt Art. 308 EG jedoch weiterhin für die Schaffung neuer supranationaler Rechtsformen, wie die Europäische Aktiengesellschaft oder die Gemeinschaftsmarke, die parallel neben den mitgliedstaatlichen Rechtsinstituten bestehen.⁹⁴

84 Art. 352 VAEU.

85 *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 87; *Häde/Puttler*, EuZW 1997, 13.

86 *Geiger*, Art. 308 EGV Rn. 1.

87 *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (131); *Lorenz/Pühs*, ZG 1998, 142 (143).

88 *Schwartz*, in: FS Mestmäcker, 467 (468).

89 *Lorenz/Pühs*, ZG 1998, 142 (143); *Calliess/Ruffert-Rossi*, Art. 308 EGV Rn. 1.

90 EuGH v. S. 10. 2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./. Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-2247. Die Bedeutung dieses Urteils auch für Art. 308 EG betont *Calliess*, Jura 2001, 311 (316).

91 So etwa *Lohrenz/Pühs*, ZG 1998, 142 (144); zweifelnd auch *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 89.

92 Art. 352 Abs. 1 VAEU verzichtet auf die Einschränkung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ und stellt pauschal auf die Politikbereiche der Union ab. Weiterhin wird die Zustimmung des Europäischen Parlaments, nicht mehr nur dessen Anhörung, verlangt. Die nationalen Parlamente haben die Möglichkeit, die Einhaltung der Kompetenzgrenzen zu überwachen und mit einer begründeten Stellungnahme die Nichteinhaltung zu rügen, vgl. Art. 352 (2) VAEU und Art. 6 des Subsidiaritätsprotokoll, vgl. noch *Weatherill*, (2005) 30 ELRev. 2005, 23 ff.; sowie BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Absatz-Nr. 325–329.

93 *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (132); *Lorenz/Pühs*, ZG 1998, 142 (147); *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 92; *Calliess/Ruffert-Rossi*, Art. 308 EGV Rn. 10; *Schwartz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 132.

94 Vgl. *Schwartz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 133; EuGH v. 2. 5. 2006 – Rs. C-436-03 (*Parlament/Rat*), Slg. 2006, I-3733.