

Europäische Methodenlehre

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

EIW Band 2

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), Frankfurt (Oder)

Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale), Hamburg

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

Professor Dr. Reinhard Singer, Berlin

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

EIW Band 2



De Gruyter Recht · Berlin

Karl Riesenhuber (Hrsg.)

Europäische Methodenlehre

Grundfragen der Methoden
des Europäischen Privatrechts



De Gruyter Recht · Berlin

Veröffentlichung der Vorträge der Tagung „Europäische Methodenlehre“ am 3. und 4. Juni 2005 an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Veranstaltung mit freundlicher Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung, Köln.

Herausgeber:

Professor Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J., Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Wirtschaftsrecht sowie Immaterialgüterrecht, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen
Stiftung für Wissenschaftsförderung, Köln



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

ISBN-13: 978-3-89949-248-4

ISBN-10: 3-89949-248-X

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

© Copyright 2006 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, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Geleitwort der Herausgeber

Europäisierung und Internationalisierung fordern die Rechtswissenschaft in besonderem Maße heraus. Die Einteilung in Fachgebiete und das Verhältnis zu anderen Sozialwissenschaften bedürfen der kritischen Neubewertung angesichts vielfacher Wechselwirkungen. Querbezüge zwischen wirtschaftsrechtlicher Regulierung und privatautonomer Gestaltung zeigen diese Entwicklung in aller Deutlichkeit. Eine sich über Deutschland hinaus öffnende Rechtswissenschaft muß sich solchen Herausforderungen stellen. Dafür steht exemplarisch das Recht der Finanzdienstleistungen als Querschnittsmaterie von Privatrecht und (öffentlichem) Wirtschaftsrecht. Dem will die vorliegende Reihe inhaltlich und methodisch Rechnung tragen. Neben dem Bank-, Kapitalmarkt- und Finanzrecht als Schwerpunkt zeigen Gesellschaftsrecht, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Immaterialgüterrecht, Insolvenzrecht und auch Arbeitsrecht ähnliche Überlagerungen. Die intensive, international orientierte Bearbeitung der Überschneidungen von klassischem Privatrecht, insbesondere Vertragsrecht, und Wirtschaftsrecht verspricht reichen Ertrag, gerade auch auf europäischer Ebene unter dem zusammenfassenden Aspekt des Unternehmensrechts.

In der Reihe soll die herausragende Monographie ebenso ihren Platz finden wie der Tagungsband, Werke auf Deutsch ebenso wie gelegentlich auf Englisch. Ökonomisch ausgerichtete Arbeiten sollen neben die juristischen treten, die den Schwerpunkt bilden. In der Reihe sollen Werke zu Europäisierung und Internationalisierung zusammen kommen, die das Wirtschaftsrecht und das wirtschaftlich gedachte Privatrecht in hervorragender Weise befördern.

Im September 2004

*Horst Eidenmüller, Stefan Grundmann, Susanne Kalss,
Wolfgang Kerber, Karl Riesenhuber, Heike Schweitzer,
Hans-Peter Schwintowski, Reinhard Singer,
Christine Windbichler*

Vorwort

Methodenfragen des Europäischen Rechts stellen sich in Praxis, Wissenschaft und Ausbildung mit einer fortschreitenden, zunehmend breiten und zunehmend tiefen Rechtsangleichung immer öfter. Im allgemeinen Privatrecht haben vor allem die Kaufgewährleistungsrichtlinie und die Klausel-Richtlinie vor Augen geführt, wie weit das Gemeinschaftsrecht das nationale Recht beeinflusst und prägt. Im Gesellschafts- und im Arbeitsrecht ist der beherrschende Einfluß des Europarechts längst spürbar. Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich in vielen anderen Rechtsgebieten ab. Jeder Praktiker kann daher auch in alltäglichen Fällen mit Fragen der Europäischen Methodenlehre konfrontiert sein: Wie ist eine Richtlinie auszulegen? Ist sie mit dem Primärrecht vereinbar? Ist ein Umsetzungsdefizit im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu beheben? Berechtigt (verpflichtet) eine Zweifelsfrage im Bereich überschießender Umsetzung zur Vorlage an den EuGH? Solche und andere Fragen stellen sich andauernd. Sie werden daher zu Recht auch in der Rechtsausbildung erörtert. Indes mangelt es bislang weitgehend an einer systematischen Gesamtdarstellung zur Europäischen Methodenlehre. Der vorliegende Band, der die Referate der Tagung „Europäische Methodenlehre“ enthält, soll dazu beitragen, diese Lücke zu schließen. Neben Grundlagen werden allgemeine Fragen der Methodenlehre erörtert. Diese werden in einem Besonderen Teil exemplarisch vertieft: für einzelne Rechtsgebiete sowie am Beispiel der Judikatur von EuGH und BGH.

Zwei Referate fehlen in dem vorliegenden Band: Leider konnten Professor Dr. *Christian Baldus* und Professor Dr. *Stephan Breidenbach* ihre anregenden Referate zu Fragen der Rechtsgeschichte (Baldus) und der Gesetzgebungslehre (Breidenbach) aufgrund anderer Verpflichtungen nicht kurzfristig für diese Publikation zur Verfügung zu stellen. Die Referenten und der Herausgeber bedauern das. Beide Referate sollen aber in einem für das Wintersemester 2006/2007 geplanten Lehr- und Handbuch zur Europäischen Methodenlehre mit enthalten sein.

Besondere Hervorhebung verdienen die Beiträge von zwei Nachwuchswissenschaftlern, Herrn Referendar Dr. *Jens-Uwe Franck*, LL.M.oec., und Herrn Referendar *Ronny Domröse*. Beide haben sich kurzfristig bereit erklärt, an der Tagung durch vorbereitete Diskussionsbeiträge mitzuwirken, als zwei Referenten überraschend ausfielen. Beide haben dann aber nicht nur Diskussionsbeiträge vorgelegt, sondern eigenständige Erörterungen des jeweiligen Themas, die zudem die „Hauptreferate“ in sinnvoller Weise ergänzen. Herrn Dr. *Franck* und Herrn *Domröse* bin ich deshalb verbunden, daß sie ihre Beiträge auch für die Publikation dieses Tagungsbandes zur Verfügung gestellt haben.

Vorwort

Die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung hat die Tagung und die Drucklegung in großzügiger Weise gefördert. Für die Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung der Veranstaltung und bei der Drucklegung danke ich meinen Mitarbeitern sehr herzlich: Frau *Aleksandra Mojowska*, mag.iur., M.A., LL.M., Frau stud.iur. *Mona Markowitz*, Frau stud.iur. *Katharina Ziegler*, Herrn cand.iur. *Martin Bredol*, Herrn Referendar *Frank Rosenkranz*, Herrn cand.iur. *Alexander Jüchser*, Herrn Referendar *Markus Schumacher* und Herrn Referendar Dr. *Alexander v. Vogel*. Besonderer Dank gebührt schließlich noch einmal Herrn *Domröse*. Er hat mich in allen Einzelheiten der Vorbereitung und Durchführung unterstützt und durch seine wachsam und kritischen Anregungen zum Gelingen der Veranstaltung und der Publikation wesentlich beigetragen.

Frankfurt (Oder), im März 2006

Karl Riesenhuber

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	IX
Autorenverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII

§ 1 Europäische Methodenlehre – Begriff, Inhalte und Bedeutung <i>Riesenhuber</i>	1
--	---

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Die Rechtsvergleichung <i>Schwartze</i>	5
§ 3 Die ökonomische Theorie <i>Kirchner</i>	23
§ 3.1 Zum Nutzen der ökonomischen Theorie für das Europäische Privatrecht <i>Franck</i>	49
Diskussionsbericht <i>Hofmann</i>	61

2. Teil: Allgemeiner Teil

<i>Abschnitt 1</i> Rechtsquellen	65
§ 4 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts <i>Köndgen</i>	65
<i>Abschnitt 2</i> Primärrecht	91
§ 5 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts <i>Pechstein/Drechsler</i>	91
§ 6 Die primärrechtskonforme Auslegung <i>Leible</i>	116
§ 6.1 Die primärrechtskonforme Auslegung <i>Domröse</i>	139
Diskussionsbericht v. <i>Vogel</i>	156
<i>Abschnitt 3</i> Sekundärrecht	159
§ 7 Systemdenken und Systembildung <i>Grundmann</i>	159
§ 8 Die Auslegung <i>Riesenhuber</i>	186
§ 9 Die Konkretisierung von Generalklauseln <i>Röthel</i>	213
§ 10 Die Rechtsfortbildung <i>Neuner</i>	231
Diskussionsbericht <i>Franck</i>	247
<i>Abschnitt 4</i> Mitgliedstaatliches Recht	250
§ 11 Die richtlinienkonforme Auslegung <i>Roth</i>	250
§ 12 Die Problematik der überschießenden Umsetzung <i>Habersack/Mayer</i>	276
Diskussionsbericht <i>Domröse</i>	307

Inhaltsübersicht

3. Teil: Besonderer Teil

<i>Abschnitt 1 Methodenfragen in einzelnen Rechtsgebieten</i>	309
§ 13 Europäisches Vertragsrecht <i>Schmidt-Kessel</i>	309
§ 14 Europäisches Arbeitsrecht <i>Rebhahn</i>	330
§ 15 Europäisches Gesellschaftsrecht <i>Windbichler/Krolop</i>	357
§ 16 Europäisches Kapitalmarktrecht <i>Kalss</i>	387
Diskussionsbericht <i>Möslein</i>	406
<i>Abschnitt 2 Methodenfragen in der Rechtsprechung</i>	409
§ 17 Die Rechtsprechung des EuGH <i>Stotz</i>	409
§ 18 Die Rechtsprechung des BGH <i>Schmidt-Räntsch</i>	428
Diskussionsbericht <i>Wichary</i>	456
Literaturverzeichnis	459

Autorenverzeichnis

<i>Ronny Domröse</i>	wiss. Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Carola Drechsler</i>	wiss. Mitarbeiterin an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Stefan Grundmann</i>	Dr.iur. Dr.phil., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Jens-Uwe Franck</i>	Dr.iur., LL.M. oec., wiss. Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
<i>Mathias Habersack</i>	Dr.iur., Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
<i>Christian Hofmann</i>	Dr.iur., LL.M. oec.int., wiss. Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Susanne Kalss</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien
<i>Christian Kirchner</i>	Dr.iur., Dr.rer.pol., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Johannes Köndgen</i>	Dr.iur., Professor an der Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn
<i>Kaspar Krolop</i>	Dr.iur., wiss. Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Stefan Leible</i>	Dr.iur., Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena
<i>Christian Mayer</i>	M. Jur., wiss. Mitarbeiter an der Johannes Gutenberg Universität Mainz
<i>Florian Möslein</i>	Dipl.-Kfm., LL.M., wiss. Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Jörg Neuner</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Augsburg
<i>Matthias Pechstein</i>	Dr.iur., Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Robert Rebhahn</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Wien
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr.iur., M.C.J., Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Wulf-Henning Roth</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn
<i>Anne Röthel</i>	Dr.iur., Professor an der Bucerius Law School, Hamburg
<i>Martin Schmidt-Kessel</i>	Dr.iur., Professor am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück
<i>Jürgen Schmidt-Räntsch</i>	Dr.iur., Richter am Bundesgerichtshof
<i>Andreas Schwartz</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Autorenverzeichnis

<i>Rüdiger Stotz</i>	Dr. iur., LL.M., Honorarprofessor an der RWTH Aachen, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
<i>Alexander v. Vogel</i>	Dr.iur., wiss. Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Stefan Wichary</i>	wiss. Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Christine Windbichler</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Appeal Cases
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.M.	anderer Meinung
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AbzG	Abzahlungsgesetz
AE-EuVGB	Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler („Akademieentwurf“)
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ähnl.	ähnlich/e
Am.J.Comp.L.	The American Journal of Comparative Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
ABl.	Amtsblatt
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Jahrgang [Jahr] Seite)
ArbuR	Arbeit und Recht – Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr, Seite)
Art.	Artikel
ASTV	Ausschuß der Ständigen Vertreter (s. Art. 207 Abs. 1 EG), s.a. CoRePer
ausdr.	ausdrücklich
AWD	Außenwirtschaftsdienst (Jahr, Seite; später RIW)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung, Beck Online
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BE	Begründungserwägung; die Gründe, mit denen gem. Art. 253 EGV Ver- ordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zu versehen sind
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
BLRev	Business Law Review (Jahr, Seite)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwal- tungsgerichts, herausgegeben von Buchholz
bzgl.	bezüglich
Cambr.L.J.	Cambridge Law Journal (Jahrgang [Jahr] Seite)
ch.	chapter
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CMLR	Common Market Law Review (Jahr, Seite)
Code civil	Französischer Code civil von 1804
CoRePer	Comité des Représentants Permanents, s.a. AstV
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n

Abkürzungsverzeichnis

DIN	deutsche Industrienorm, herausgegeben vom Deutschen Institut für Normung
E.L. Rev.	European Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)
EB	Erläuternde Bemerkungen (Gesetzesbegründung, Österreich)
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastrichter Fassung)
Einl.	Einleitung
ERCL	European Review of Contract Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht (Jahr und Seite)
EU	1. Europäische Union; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997
EuLF (UK)	The European Legal Forum – englische Ausgabe (Jahr, Seite)
EuLF	The European Legal Forum – deutsche Ausgabe (Jahr, Seite)
EUV	EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastricht-Vertrag)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWIV	Verordnung über die Schaffung einer europäischen Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
FG	Festgabe/Freundesgabe
Fordham Int'l LJ	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
GmbHR	GmbHRundschau
GPR	Zeitschrift für das Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GS	Gedächtnisschrift
Harv. Int. L.J.	Harvard International Law Journal (Jahrgang [Jahr] Seite)
hM	herrschende Meinung
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
i.O.	im Original
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Jahrgang [Jahr] Seite)
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
ILJ	The Industrial Law Journal (Jahr, Seite)
Int. Enc. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int'l. Comp. Corp. LJ	International and Comparative Corporate Law Journal

IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (Entscheidungssammlung; Jahr, lfd. Nr.)
i.S.v.	im Sinne von
Ius Commune	Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. (Band [Jahr] Seite)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
J. Law & Econ.	Journal of Law & Economics (Jahrgang [Jahr] Seite)
J. Law, Econ., Organ.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J.Contract L.	Journal of Contract Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
J.Crim.L.	The Journal of Criminal Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
JbFfSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht (Jahr, Seite)
JbJZ	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Tagungsjahr, Seite)
JBL	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JBL	The Journal of Business Law (Jahr, Seite)
JCE	Journal of Comparative Economics
JCP	Journal of Consumer Policy (Jahrgang [Jahr], Seite)
JIBL	Journal of International Business Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
JRP	Journal für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
K&R	Kommunikation und Recht (Jahr, Seite)
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
l.Sp.	linke Spalte
Leg.Stud.	Legal Studies, The Journal of the Society of Public Teachers of Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
LQR	Law Quarterly Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
LS	Leitsatz
m.E.	meines Erachtens
maW	mit anderen Worten
Mich.L.R.	Michigan Law Review
MindestkapG	Gesetz zur Neuregelung des Mindestkapitals bei der GmbH
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
MLR	Modern Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Northw.J.In.L.Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahr, Seite)
öVfGH	österreichischer Verfassungsgerichtshof
Oxf.J.Leg.Stud.	Oxford Journal of Legal Studies (Jahrgang [Jahr] Seite)
Oxf.Rev.Econ.Pol.	Oxford Review of Economic Policy (Jahrgang [Jahr] Seite)

Abkürzungsverzeichnis

Pa.JIEL	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)
PECL	Principles of European Contract Law
pr.ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Proc.Brit.Acad.	Proceedings of the British Academy (Jahrgang [Jahr], Seite)
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
r.Sp.	rechte Spalte
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Jahrgang [Jahr] Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International (Jahr, Seite)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig (außer bei älteren Entscheidungen) zur Verweisung auf die Absätze der Entscheidungsgründe verwandt (s.a. Tz.)
Rs.	Rechtssache (Aktenzeichen des EuGH)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
S./s.	Siehe/siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
SE	Societas Europea
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
Slg.	Amtliche Sammlung des EuGH
Sps.	Spiegelstrich
Stud.Gen.	Studium Generale (Jahr, Seite)
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
Tz.	Textziffer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig zur Verweisung auf Ausführungen in den Schlußanträgen des Generalanwaltes verwandt (s.a. Rn.)
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
u.a.m.	und andere(s) mehr
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
umstr.	umstritten
UP	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
verb.Rs.	verbundene Rechtssachen (s.a. Rs.)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VuR	Verbraucher und Recht (Jahr, Seite)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Jahr, Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuß
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

Abkürzungsverzeichnis

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Jahr, Seite)
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Jahrgang [Jahr] Seite)

§ 1 Europäische Methodenlehre – Begriff, Inhalte und Bedeutung

Karl Riesenhuber

Übersicht

I. Europa und Methodenlehre	1
II. Inhalte der Europäischen Methodenlehre	2
III. Begriff der Europäischen Methodenlehre	4

I. Europa und Methodenlehre

In vielen Lehrbüchern zum nationalen Recht sucht man das Stichwort Europa nach wie vor vergebens, ebenso in vielen Büchern zur Methodenlehre. Manchmal findet sich dort nicht mehr als ein Hinweis oder die Erörterung von Einzelfragen auf wenigen Seiten oder sogar nur in einer Fußnote. Auf der anderen Seite stoßen Lehre und vor allem die Praxis immer wieder auf Methodenfragen im Zusammenhang mit dem Europäischen Recht. Tatsächlich findet man in der Literatur zunehmend Hinweise auf eine spezifische Methodenlehre. So ist schon in den 1970er Jahren der „Beginn einer Methodenlehre des Rechts der EWG“ beobachtet worden.¹ Gerade auch im Hinblick auf die Rechtsangleichung in Europa ist von einer „harmonisierenden Auslegung“² sowie von einer „international brauchbaren Auslegung“³ gesprochen worden. Man hat ein „europäisches Gemeinrecht der Methode“⁴ gefordert. Eine „europarechtliche Methodenlehre“, zu der neben methodischen Fragen wie der Auslegung und Rechtsfortbildung auch materiell-rechtliche Fragen gerechnet werden, ist konzipiert und kürzlich näher ausgeführt worden.⁵ Man hat auf das Verhältnis von „juristischer Methode und Europäischem Privatrecht“ hingewiesen.⁶ Und schließlich ist die Ausbildung einer „gemeineuropäische Methodenlehre“ gefordert und jüngst als Programm formuliert worden.⁷

¹ Fikentscher, Methoden des Rechts III, S. 784–786: „Es kann nicht ausbleiben, daß auch das Recht der EWG eine eigene Methodik entwickelt.“ Als Forderung formuliert sodann von Behrens, EuZW 1994, 289; auch Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (freilich weithin rechtspolitisch; zu Einzelfragen der Methodenlehre S. 66–76).

² Odersky, ZEuP 1994, 1–4.

³ Berger, FS Sandrock, S. 49–64.

⁴ Berger, ZEuP 2001, 4–29.

⁵ Langenbucher, JbJZ 2000, 65, 67; jetzt dies., in: dies. (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, S. 25–66; auch Müller/Christensen, Juristische Methodik II – Europarecht (2003).

⁶ Flessner, JZ 2002, 14–23.

⁷ Häberle, EuGRZ 1991, 261, 272; ders., Europäische Rechtskultur, S. 66; ähnlich Kramer, in: Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens (2001), S. 31–47; jetzt Vogenauer, ZEuP 2005, 234–263.

Einleitung

Nicht nur die Begriffe unterscheiden sich, sondern auch die Inhalte. Die Inhalte müssen die Grundlage für die Begriffswahl sein.

II. Inhalte der Europäischen Methodenlehre

Schon früh ist darauf hingewiesen worden, daß das Europäische Recht wie jedes Recht seine eigenen Methoden hat.⁸ In diesem Band werden die Methodenfragen untersucht, die mit dem Europäischen Recht in Zusammenhang stehen, speziell dem Privatrecht.

Dafür sind zunächst einige Grundlagen zu legen. Es geht um die Grundlagen des Europäischen (Privat-) Rechts, die in der Rechtsvergleichung (§ 2) und der ökonomischen Theorie (§§ 3, 3.1) liegen.

Vor der Erörterung von Einzelfragen sind anschließend die Rechtsquellen des Europäischen (Privat-) Rechts zu bestimmen (§ 4). Sie finden sich im Primärrecht und im Sekundärrecht. Beide Bereiche weisen Besonderheiten auf und sind daher auch gesondert zu untersuchen. Zunächst ist die Auslegung und Fortbildung von primärem Unions- und Gemeinschaftsrecht zu erörtern (§ 5). Ebenfalls dem primärrechtlichen Bereich kann man auch die primärrechtskonforme Auslegung zurechnen (§§ 6, 6.1). Sie betrifft zwar nicht das Primärrecht selbst, sondern das Sekundärrecht und das nationale Recht, doch ist sie primärrechtlich determiniert.

Das Europäische Privatrecht findet sich überwiegend im Sekundärrecht. Gerade für den Bereich des Privatrechts ist hier zunächst das grundlegende Thema der Systembildung zu untersuchen (§ 7), denn es ist nach wie vor umstritten, ob die Rechtsetzung der Gemeinschaft im Privatrecht als System begriffen werden kann. Zudem weist das System aber durch seine Verbindung mit dem nationalen Recht Besonderheiten auf. Und nicht zuletzt ist es geradezu andauernd in der Entwicklung befindlich. Für die Praxis stehen drei methodische Einzelfragen im Vordergrund. Praktisch jeder gemeinschaftsrechtlich beeinflusste Fall wirft Fragen der Auslegung des Sekundärrechts auf; sie sind in vielem ähnlich zu beantworten wie im nationalen Recht, doch gibt es schon hier Besonderheiten (§ 8). Öfter finden sich im Sekundärrecht Generalklauseln; prominente Beispiele sind die AGB-Richtlinie, die Handelsvertreter-Richtlinie und jetzt die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Gemeinschaftsrecht stellen sich teilweise besondere Fragen, der EuGH beginnt hier, eine eigene Methodik zu entwickeln (§ 9). Und endlich wirft auch die Rechtsfortbildung im Sekundärrecht Fragen auf. Hier gilt es besonders, die Legitimation der Rechtsfortbildung zu ergründen (§ 10).

⁸ M. Schmidt, RabelsZ 59 (1995), 569–597; jetzt Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 235–240, mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer *einheitlichen* Methodenlehre.

Da es sich bei dem System des Europäischen (Privat-) Rechts um ein „Zwei-Ebenen-System“ handelt, bei dem das Gemeinschaftsrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zusammenwirken, wirft auch die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Recht spezifische Fragen auf. Das betrifft besonders die Umsetzung von Richtlinien. Vor allem stellt sich die Frage, ob und inwieweit das mitgliedstaatliche Recht richtlinienkonform ausgelegt werden kann und muß (§ 12). Hier wirken gemeinschaftsrechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Methodenlehre zusammen. Darüber hinaus wirft aber auch die sogenannte überschießende Umsetzung von Gemeinschaftsrecht neben rechtlichen auch methodische Fragen auf (§ 13). Es geht insbesondere darum, ob die überschießende Umsetzung gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist und ob die mitgliedstaatlichen Gerichte dem EuGH Auslegungsfragen im Hinblick auf die überschießende Umsetzung vorlegen dürfen.

Diese Fragen werden nicht nur theoretisch untersucht, sondern in einem Besonderen Teil auch exemplarisch für einzelne Teilgebiete des Privatrechts vertieft: für das Europäische Vertragsrecht (§ 14), das Europäische Arbeitsrecht (§ 15) sowie das Europäische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (§§ 16, 17). Weiterhin wird erörtert, wie der Europäische Gerichtshof (§ 18) und der deutsche Bundesgerichtshof (§ 19) mit Methodenfragen des Europäischen Rechts umgehen. Das bietet nicht nur die Möglichkeit, Methodenaussagen zu überprüfen. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, inwieweit spezielle Rechtsgebiete spezielle Methodenfragen aufwerfen.

Bei alledem geht es nicht nur darum, die die vorgefundene Praxis zu resümieren.⁹ Auch an dieser Stelle soll „der Verzweigung der Rechtswissenschaft zur Rechtsprechungskunde“ entgegengewirkt werden.¹⁰ Methodenlehre wird – wie aus dem nationalen Bereich bekannt – nicht als eine empirische Beschreibung verstanden, sondern vielmehr als eine Lehre von der rechtlich richtigen, rationalen, überzeugenden und vorhersehbaren Rechtsfindung.

Methodenlehre ist damit – ungeachtet mancher Vorurteile – eine ausgesprochen praktische Disziplin. Methodenfragen stellen sich schon den Gemeinschaftsorganen, wenn sie das Primärrecht anwenden, z. B. das Kartellrecht und die Grundfreiheiten. Methodenfragen stellen sich aber auch den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern, z. B. wenn sie Richtlinien umsetzen: Wie sind diese auszulegen? Welche Folgen hat eine überschießende Umsetzung? Vor allem muß der Rechtsanwender mit Methodenfragen umgehen. Welche Anforderungen stellt das Primärrecht, und sind Sekundärrecht oder mitgliedstaatliches Recht ggf. primärrechtskonform auszulegen? Was bedeutet das Sekundärrecht und ist das mitgliedstaatliche Recht etwa richtlinienkonform auszulegen? Wem steht die Befugnis zu, Generalklauseln zu konkretisieren: Kommt eine Vorlage an den EuGH in Betracht? Usf.

⁹ Das kritisiert mit Recht *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 243.

¹⁰ So für das nationale Schuldrecht *Canaris*, Schuldrecht II/2, S. V f.

III. Begriff der Europäischen Methodenlehre

Diese Methodenfragen werden am besten mit dem Begriff der Europäischen Methodenlehre umschrieben.¹¹ Daß es dabei um eine Methodenlehre des Europäischen *Rechts* geht, wie der Begriff der „europarechtlichen Methodenlehre“ hervorheben soll, versteht sich hier so wie bei dem allgemeinen Begriff der Methodenlehre. Die Kennzeichnung als „gemeineuropäisch“ weist auf der anderen Seite eher auf die Gemeinsamkeiten der *nationalen Methoden* europäischer Staaten (oder auch der Mitgliedstaaten) hin.¹² Das ist zwar insoweit treffend, als das Europäische Recht weithin¹³ eine einheitliche (all-„gemeine“) Methodenlehre verlangt. Indes könnte der Begriff zu der Fehlvorstellung verleiten, es ginge um eine in den europäischen (Mitglied-) Staaten einheitliche Methodenlehre, die auch für das autonom-nationale Recht Geltung beansprucht. Ist auch nicht auszuschließen, daß es zukünftig zu einer solchen Konvergenz der nationalen Methoden kommen wird, so ist das doch derzeit nicht abzusehen. – Europäische Methodenlehre.

11 Ebenso jetzt *König*, GPR 2005, 105.

12 Ungeachtet weithin bestehender Übereinstimmung unterscheidet sich daher die von *Vogel*, ZEuP 2004, 234–263 skizzierte „gemeineuropäischen“ Methodenlehre von dem vorliegenden Ansatz darin, daß dort Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte zentrale Bedeutung beigemessen wird (S. 246–252) und die „konstruktiv-dogmatischen“ Elemente erst „zu guter Letzt“ eine Rolle spielen (S. 253).

13 Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es hingegen um die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Methodenlehre.

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Die Rechtsvergleichung

Andreas Schwartz

Übersicht

I. Einleitung – Stellung und Funktionen der rechtsvergleichenden Methode	5
II. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Entstehung von Europäischem Privatrecht	8
1. Primärrechtliche Ebene	8
2. Sekundärrechtliche Ebene	10
a) Herkömmliche Rechtsangleichung	11
b) Neuartige Regelungsinstrumente	13
III. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Anwendung von Europäischem Privatrecht	14
1. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch den EuGH	15
2. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch nationale Gerichte	17
IV. Der Einsatz der Rechtsvergleichung in Forschung und Lehre zum Europäischen Privatrecht	19
1. Wissenschaftliche Projekte	19
2. Juristische Ausbildung	20
V. Zusammenfassung – Rechtsvergleichung in einem zunehmend integrierten Rechtsraum	21

I. Einleitung – Stellung und Funktionen der rechtsvergleichenden Methode

Auf den ersten Blick scheint es keinen Zweifel zu geben, daß die Rechtsvergleichung für das Europäische Privatrecht eine bedeutende Rolle spielt. Die Relevanz dieser Methode fällt besonders ins Auge, wenn man die nebeneinander stehenden nationalen Privatrechtssysteme in Europa, insbesondere in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), betrachtet, die seit jeher reichhaltiges Material für die vergleichende Rechtswissenschaft geliefert und sich auch mittels deren Unterstützung gegenseitig befruchtet haben.¹ Aber ähnliches gilt auch für das Europäische Privatrecht im engeren Sinne, nämlich für die privatrechtlichen Regeln der Europäischen Gemeinschaft (EG),² die zum einen nicht unberührt von den Rechtsordnun-

¹ Zu diesen Rezeptionsvorgängen etwa Rainer, Europäisches Privatrecht, S. 69 ff.; Glendon/Gordon/Osakwe, Comparative Legal Traditions, S. 54 ff.; Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 412 ff.

² Diese sollen im folgenden in Anschluß an Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 31 f., als „Europäisches Privatrecht“ bezeichnet werden. Flessner, JZ 2002, 14, 15, bezeichnet es als „Gemeinschaftsprivatrecht“.

1. Teil: Grundlagen

gen ihrer Mitgliedstaaten im „rechtsleeren Raum“ entwickelt werden können – vielmehr finden sich dort regelmäßig Bezüge zu den verschiedensten nationalen Bestimmungen, die manchmal bis zu einer Übereinstimmung im Wortlaut gehen –³ und die zum anderen auf die innerstaatlichen Privatrechte zurückwirken. Das läßt darauf schließen, daß zumindest bei der Entstehung, vermutlich dann aber auch bei der Anwendung des Europäischen Privatrechts die privatrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten zur Kenntnis genommen und aus gemeinsamen, übergreifenden Perspektiven – hier: des Gemeinschaftsrechts – betrachtet werden, wie es die vergleichende Methode verlangt.⁴ Inwieweit eine wertende Betrachtung der vorgefundenen Lösungsmöglichkeiten, die nach überwiegender Auffassung einen weiteren Bestandteil der Rechtsvergleichung bildet,⁵ die Entscheidungen über konkrete Regelungen des Europäischen Privatrechts oder deren Auslegung beeinflusst, kann dagegen nur für den jeweiligen Einzelfall festgestellt werden.

Allerdings besteht insoweit kein grundlegender Unterschied zur Entwicklung in den mitgliedstaatlichen Privatrechten, denn auch dort wurde – und wird – die Rechtsvergleichung unabhängig vom Einfluß der europäischen Integration sowohl bei der Gesetzgebung⁶ wie in der Rechtsprechung⁷ zur Unterstützung herangezogen. Diese Hilfsfunktion wird allgemein sogar als eigentliche Aufgabe der „angewandten“ oder „legislativen“ Rechtsvergleichung angesehen, welche die in erster Linie zweckfreier Erkenntnis dienende „wissenschaftlich-theoretische“ Rechtsvergleichung für die Praxis nutzbar macht.⁸

Während jedoch auf nationaler Ebene der Vergleich mit ausländischen Regelungen Reformen im Sinne einer inhaltlichen Weiterentwicklung des geltenden Rechts – sei es durch den Gesetzgeber oder den rechtsfortbildenden Richter – dient (Regelungsziel), dürfte für die Europäische Gemeinschaft die Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt für die Zusammenführung der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unter einem „gemeinsamen Dach“ im Vordergrund stehen (Harmonisierungsziel).⁹ Besonders deutlich wird dies bei der Rechtssetzung der Ge-

3 So etwa Art. 2 lit. d Alt. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der vor allem mit nordischen Kaufgesetzen übereinstimmt, *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, S. 98 f.; vgl. auch *Grundmann/Bianca-Grundmann*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, Art. 2 Rn. 34. Zu einem Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht *Lutter*, JZ 1992, 593, 609.

4 Damit beginnt nach allgemeiner Ansicht erst die eigentliche Rechtsvergleichung, vgl. etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 43; ähnlich *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, S. 277 ff.

5 So *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 46; a. A. *Rabel*, in: *Rabel/Leser* (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, S. 3.

6 Zur Nutzung durch den deutschen Gesetzgeber *Drobnig/Dopffel*, *RabelsZ* 46 (1982), 253 ff.; *Drobnig*, *RabelsZ* 50 (1986), 610 ff.

7 Zur Verwendung in der deutschen Rechtsprechung *Aubin*, *RabelsZ* 34 (1970), 458 ff.; *Reinhart*, FS Juristische Fakultät Heidelberg, S. 599 ff.; *Mansel*, JZ 1991, 529, 529 f. Für das komparative Sichten zur Gewinnung von „europäisch vertretbaren“ Lösungen *Flessner*, JZ 2002, 14, 19 f.

8 Vgl. nur *Brand*, JuS 2003, 1082, 1084; *Rösler*, JuS 1999, 1084, 1087 f.; *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, IPR und Rechtsvergleichung, S. 310 ff.

9 Damit wird allerdings weder ausgeschlossen, daß Regelungen ohne Vorbild in einem der Mitgliedstaaten neu entwickelt werden, noch daß Reformgesichtspunkte ebenfalls eine Rolle spielen.

meinschaft, wo im Bereich des Privatrechts die bislang noch dominierende Rechtsangleichung gerade auf die Nivellierung von Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen abzielt.

Damit besitzt die Rechtsvergleichung für die Erarbeitung des Europäischen Privatrechts bislang eine ganz ähnliche Funktion wie in anderen Gebieten der Rechtsvereinheitlichung: So wurde mit Hilfe rechtsvergleichender Studien zunächst im Gefüge der neu gebildeten Nationalstaaten ein wesentlicher Teil der Bausteine zusammengetragen, welche für die Errichtung der Kodifikationsgebäude verwendet wurden,¹⁰ später sind dann auf dem Fundament derartiger Untersuchungen zu den nationalen Rechten wiederum internationale Einheitsrechte gegründet worden.¹¹ Bei der Rechtsanwendung muß insbesondere ein unterschiedliches Verständnis internationalen Einheitsprivatrechts in den beteiligten Rechtsordnungen durch eine „autonome“, vom jeweiligen nationalen Recht unabhängige und daher andere Rechte mit einbeziehende Auslegung verhindert werden, ebenso wie für das Europäische Privatrecht eine einheitliche Anwendung zu sichern ist.

Allerdings werden die mit der Verwendung der rechtsvergleichenden Methode im Gemeinschaftsrecht, speziell auf dem Gebiete des Privatrechts, verbundenen Fragen bisher kaum grundlegend behandelt.¹² In den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern zum Europarecht finden sich nur wenige Hinweise,¹³ in den Werken zum Europäischen Privatrecht wird das Thema zwar angerissen, aber meist nur kurz erörtert.¹⁴ Auch in die Literatur zu Methodenfragen hat es bislang noch wenig Eingang gefunden.¹⁵

Zur Unterscheidung von Harmonisierungsfunktion und Regulierungsfunktion bei der Rechtsangleichung bereits *Schwartz*, Deutsche Bankenrechnungslegung nach Europäischem Recht, S. 115; ähnlich unterscheidet in Regelungs- und Angleichungszweck *Riesenhuber*, unten, § 8 III 4 a.

10 Etwa für das schweizerische ZGB durch *Huber* in seinem „System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts“, 4 Bände (1886–1893).

11 Am prominentesten dürften die Vorarbeiten von *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I und II (1936 bzw. 1958), für das Einheitliche Kaufgesetz (EKG) und damit auch für das nachfolgende UN-Kaufrecht sein. Allgemein zum Einfluß der Rechtsvergleichung auf die Rechtsangleichung *Strömholm*, *RabelsZ* 56 (1992), 611 ff.

12 Dies kritisiert schon *Bleckmann*, *ZVglRWiss* 75 (1976), 106.

13 Unter Bezug auf die Verflechtung von innerstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht allein zur Auslegung etwa *Grabitz/Hilf-Pernice/Mayer*, Art. 220 EGV Rn. 47; *Oppermann*, Europarecht, § 8 Rn. 22; *Calliess/Ruffert-Wegener*, Art. 220 EGV Rn. 15; *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht, S. 77; speziell zum Verwaltungsrecht: *Streinz*, Europarecht, Rn. 178; zu den Grundrechten von der Groeben/Schwarze-Beutler, Art. 6 EUV Rn. 63.

14 *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 47–51, 71; bei der Auslegung nur kurz *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rn. 143, etwas häufiger im Zusammenhang mit der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze a.a.O. 1. Teil Rn. 184, 187, 189, 191; in Bezug auf die Hilfe bei der Kommentierung *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 65–75. Ähnlich wenig findet sich zu konkreten Gemeinschaftsrechtsakten, z. B. *Grundmann/Bianca-Grundmann*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, Art. 2 Rn. 12, Art. 8 Rn. 6.

15 Sehr kurz bei *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 58; *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 117 Rn. 227; etwas mehr bei *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 229–233 zur Lückenfüllung, sowie *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 385–387 zur Rechtsgewinnung, S. 461–463 zur Auslegung. Daher neuestens das Plädoyer für eine gemeineuropäische Methodenlehre, *Vogenaier*, *ZEuP* 2005, 234 ff.

1. Teil: Grundlagen

Ich werde daher im folgenden versuchen, den Einsatz der Rechtsvergleichung sowohl bei der Herausbildung des Europäischen Privatrechts (unten II.) wie auch bei dessen Anwendung (unten III.), darüber hinaus ergänzend im Bereich von Forschung und Lehre auf diesem Gebiet (unten IV.), möglichst umfassend darzulegen und die damit verbundenen Problemlagen herauszuarbeiten. Zum Schluß soll deutlich gemacht werden, inwieweit die Rechtsvergleichung im Europäischen Privatrecht methodisch eine besondere Stellung einnimmt bzw. worin diese besteht (unten V.).

II. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Entstehung von Europäischem Privatrecht

Der Einfluß der rechtsvergleichenden Methode auf die Rechtssetzung im Bereich des Europäischen Privatrechts ist bisher wissenschaftlich fast nicht thematisiert worden, während ihr Einfluß auf die Auslegung¹⁶ immerhin ein wenig mehr Beachtung gefunden hat. Das liegt sicherlich zum Teil daran, daß die Vorgehensweise der Legislative in Ausbildung und Praxis unterbewertet wird und sich die juristische Methode auf die Arbeit mit gegebenen Regelungen konzentriert. Inwieweit die Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Europäischen Privatrechts eingesetzt werden kann, hängt jedoch zum Teil von ihrer Rolle bei der Rechtssetzung ab, so daß auch mit Blick auf die in der Praxis als wichtiger angesehenen Probleme der Interpretation und Fortbildung des Europäischen Privatrechts dieser Bereich zunächst zu untersuchen ist.

1. Primärrechtliche Ebene

Im EG-Vertrag selbst sind auch mit Mühe Regelungen mit privatrechtlichem Inhalt nur schwer zu entdecken, vielleicht einmal abgesehen vom Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft (Art. 81 ff. EG), welches unmittelbar in die Wirksamkeit privater Verträge über konkretes Marktverhalten eingreift.¹⁷ Die vier Grundfreiheiten sowie die Kompetenznormen für die Rechtsangleichung, wie Art. 94 und 95 EG oder Art. 44 Abs. 2 lit. g EG, wirken dagegen allenfalls mittelbar auf das Privatrecht ein, indem sie die Grundlage für eine negative¹⁸ oder aber eine positive Harmonisierung privatrechtlicher Vorschriften bieten, selbst jedoch keine inhaltlichen Vorgaben für diesen Bereich enthalten.

¹⁶ Dazu unten III.

¹⁷ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 33, der außerdem noch das Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG hinzurechnet.

¹⁸ Vom EuGH bisher abgelehnt, EuGH v. 24.1.1991 – Rs. C-339/89 *Alsthom Atlantique*, Slg. 1991, I-107; EuGH v. 13.10.1993 – Rs. C-93/92 *CMC Motorradcenter*, Slg. 1993, I-5009; dazu *Foglar-Deinhardstein*, ZfRv 2005, 22 ff.

Damit verbleiben im Primärrecht allein die allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche die Bestimmungen des EG-Vertrages dort ergänzen, wo dieser Lücken aufweist. Ausdrücklich erfolgt ein Verweis auf derartige gemeinsame Prinzipien nur für den Bereich der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft (Art. 288 Abs. 2 EG), aber der Europäische Gerichtshof ergänzt auch in anderen – allerdings wie bei den Grundrechten meist nicht privatrechtlich gelagerten – Fällen das unvollständige Primärrecht unter Berufung auf Art. 220 Abs. 1 EG.¹⁹ Um in allen Mitgliedstaaten vorfindbare Grundregeln für eine bestimmte Fragestellung zu ermitteln, müssen sämtliche nationalen Rechtsordnungen innerhalb der Gemeinschaft daraufhin untersucht werden.²⁰ So hat der EuGH, immerhin im weiteren Bereich des Schadensersatzrechts, die Haftung der Mitgliedstaaten gegenüber den Bürgern aufgrund einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts unter anderem mit dem Verweis auf die allgemeinen Haftungsgrundsätze in den nationalen Rechtsordnungen begründet.²¹ Welcher Rechtssatz dann aus den vorgefundenen Regelungen abzuleiten ist, bleibt allerdings der Bewertung durch den EuGH überlassen, die er an den Aufgaben und Zielen der Gemeinschaft ausrichtet. Damit nimmt er eine rechtsvergleichende Analyse²² vor, was dazu führt, daß kein gemeinsamer Nenner gesucht wird: Konkret hält der EuGH in der eben erwähnten Entscheidung kein Verschulden für erforderlich, obwohl diese Voraussetzung in vielen Mitgliedstaaten für die Staatshaftung verlangt wird.²³

Abgesehen vom dargestellten engen Bereich der ausschließlichen Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinschaft führt die vergleichende Ermittlung privatrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsätze jedoch nicht zu eigenständigem Gemeinschaftsrecht,²⁴ sondern kann nur bei der Anwendung und Auslegung bestehender Rechtsakte helfen.²⁵ Im Bereich der Primärrechtssetzung hat die Rechtsvergleichung für das Europäische Privatrecht daher nur geringe Bedeutung.

19 Daig, FS Zweigert, S. 401 nennt hier als weitere Beispiele die Frage, was unter einem „Gericht“ i.S.v. Art. 177 EGV (jetzt Art. 234 EG) zu verstehen ist, oder wann eine Willenserklärung als zugegangen gilt. Vgl. auch Schulze, ZfRV 1997, 183, 188; ders., ZEuP 1993, 442, 454 f.

20 Zu dieser Lückenfüllungsfunktion der Rechtsvergleichung bereits Bleckmann, ZVglRWiss 75 (1976), 106, 109 f.

21 „... eine Ausprägung des in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Grundsatzes, daß eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht ...“, EuGH v. 5.3.1996 – verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du pêcheur*, Slg. 1996, I-1029 Rn. 29; vgl. dazu Schroeder, JuS 2004, 180, 184.

22 Sog. „wertende“ Rechtsvergleichung, wie sie sich vor allem im Bereich der Grundrechte herausgebildet hat; dazu näher Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rn. 184 ff.

23 Schroeder, JuS 2004, 180, 184.

24 So dezidiert Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1. Teil Rn. 182, Rn. 187 ff.; ähnlich Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 35.

25 Dazu unten III.1.

1. Teil: Grundlagen

2. Sekundärrechtliche Ebene

Das Europäische Privatrecht im oben beschriebenen Sinne beruht bisher fast ausschließlich auf Rechtsakten des sekundären Gemeinschaftsrechts, vor allem auf Richtlinien und Verordnungen. Die Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich des Internationalen Privat- und Prozeßrechts, deren Abschluß im EG-Vertrag vorgesehen ist (Art. 293 EG), vor allem das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)²⁶ sowie das ehemalige Europäische Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ),²⁷ bilden eine Ausnahme: Bei ihnen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die jedoch eng mit dem Gemeinschaftsrecht verknüpft sind (wie sich insbesondere an der Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung dieser Instrumente zeigt). Sie werden allerdings nach der Erweiterung der Gemeinschaftskompetenzen durch Art. 65 EG Schritt für Schritt als Verordnungen in das Sekundärrecht überführt.

Mittels dieser Rechtsakte agieren die zuständigen Gemeinschaftsorgane bisher ähnlich wie nationale Gesetzgeber, indem sie bindende Regelungen für privatrechtliche Beziehungen aufstellen (unten a).

Vor allem im Bereich des Vertragsrechts, aber in Ansätzen ebenso im Gesellschaftsrecht (etwa bei der Koordinierung der nationalen *Corporate Governance*-Kodizes durch ein europäisches Forum sowie bei der Bereitstellung eigenständiger europäischer Gesellschaftstypen), ist jedoch mittlerweile eine neuartige Strategie der Kommission zu erkennen, mit der sie sich aus der Rolle eines klassischen Rechtssetzers zurückzieht: Nach ihrem Aktionsplan zum Vertragsrecht²⁸ soll in Zukunft auf die herkömmliche Rechtsangleichung weitgehend verzichtet werden, vielmehr werden Regelungssysteme in Aussicht gestellt, an denen sich die privaten Parteien orientieren sollen (gemeinsamer Referenzrahmen) oder vermittels derer sie ihre vertraglichen Beziehungen gestalten können (optionelles Instrument). Damit operiert die Gemeinschaft wie „Formulierungsagenturen“ (*formulating agencies*), etwa UNIDROIT oder die International Chamber of Commerce (ICC), welche ohne legislative Befugnis im internationalen Wirtschaftsrecht den Akteuren einheitliche Bestimmungen an die Hand geben (unten b).

Der Einfluß der Rechtsvergleichung soll für diese beiden unterschiedlichen Arten der Rechtssetzung im Europäischen Privatrecht getrennt dargestellt werden.

²⁶ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.6.1980, konsolidierte Fassung, ABl. 1998 Nr. C 27/34.

²⁷ Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968, konsolidierte Fassung, ABl. 1998 Nr. C 27/1.

²⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1.

a) *Herkömmliche Rechtsangleichung*

Üblicherweise wird dem Entwurf eines Rechtsaktes der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Privatrechts eine – regelmäßig eher kurz gehaltene – Bestandsaufnahme vorausgeschickt, in der die Regelungen des betroffenen Sachgebiets in den Mitgliedstaaten dargestellt werden. Teilweise geschieht dies im Rahmen eines „Grünbuchs“, mit dem das Bedürfnis einer Maßnahme auf Gemeinschaftsebene begründet werden soll (so etwa zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie²⁹ oder zur Umwelthaftungsrichtlinie,³⁰ im Zivilprozessrecht zum Mahnverfahren,³¹ sehr viel detaillierter rechtsvergleichend sind dagegen die Berichte zum EuGVÜ³² sowie zum EVÜ³³ verfaßt). Damit wird auch bereits eine wichtige Funktion dieser Art der Darstellung der verschiedenen Rechtsordnungen deutlich: Mit den dort angeführten Regulationsunterschieden in den Rechten der Mitgliedstaaten werden negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt verbunden, so daß eine rechtsangleichende Maßnahme zumindest sinnvoll erscheint und insoweit die Voraussetzungen der Kompetenzgrundlagen, etwa der Art. 95, 44 Abs. 2 lit. g, 293 EG, als gegeben angesehen werden können.³⁴ Zur Rechtfertigung der Harmonisierung reicht jedoch regelmäßig das Aufzeigen von Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen aus, ohne daß es einer vertieften inhaltlichen Bewertung dieser Regulationsdifferenzen bedarf.³⁵ Damit kommt es auf einen als wesentlich angesehenen Bestandteil der Rechtsvergleichung gar nicht mehr an, sondern es bleibt bei der bloßen Darstellung unterschiedlicher Bestimmungen. Außerdem genügt in der Regel eine Gegenüberstellung der Gesetzeslage im Sinne einer Normenvergleichung, ohne daß noch auf Unterschiede in Rechtsprechung oder Rechtspraxis einzugehen ist. Schließlich ist auch die Auswahl der Rechtsordnungen begrenzt: Sie beschränkt sich auf die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, weil nur sie für die Frage des Regulationsbedarfs ausschlaggebend ist. Diese letztlich aufgrund der begrenzten Einzelermächtigung des Gemeinschaftsgesetzgebers erforderliche Methode der Kompetenzbegründung erfordert daher nur eine reduzierte Art der Rechtsvergleichung.

²⁹ Grünbuch der Kommission v. 15.11.1993 über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, KOM(93) 509 endg.

³⁰ Grünbuch der Kommission v. 14.3.1993 über die Sanierung von Umweltschäden, KOM(1993) 47 endg.

³¹ Grünbuch der Kommission v. 20.12.2002 über ein Europäisches Mahnverfahren und über Maßnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringen Streitwert, KOM(2002) 746 endg., S. 53 ff.; dazu der Vorschlag v. 25.5.2004 zu einer entsprechenden Verordnung, KOM(2004) 173 endg.

³² Bericht von Herrn P. Jenard zu dem Übereinkommen v. 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABL 1979 Nr. C 59/1 (Jenard-Bericht).

³³ Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario Giuliano, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul Lagarde, Professor an der Universität Paris I, ABL 1980 Nr. C 282/1 (Giuliano-Lagarde-Bericht).

³⁴ Ähnlich Bleckmann, ZVglRWiss 75 (1976), 106, 116 ff., der für die Rechtsangleichung allerdings den Nachweis verlangt, daß zumindest in einem Mitgliedstaat bereits eine Regelung vorhanden sein müsse.

³⁵ Allenfalls muß noch festgestellt werden, ob das Ausmaß der Unterschiede die Gemeinschaftsziele in dem Maße beeinträchtigt, daß ein Tätigwerden auf EG-Ebene erforderlich ist.

1. Teil: Grundlagen

Eine weitere Funktion der Rechtsvergleichung bei der Angleichung des Privatrechts durch die Gemeinschaft könnte in der Orientierung der zu erlassenden Bestimmungen an in einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Regelungen bestehen. Dies entspräche der klassischen Verwendung komparativer Studien bei der Rechtssetzung sowohl für Reformen auf nationaler Ebene³⁶ wie bei der Schaffung internationalen Einheitsrechts.³⁷ Ebenso wenig wie staatliche Gesetzgeber und internationale Regelsetzer ist die Gemeinschaft jedoch gehalten, ihre Rechtsvorschriften an denen von Mitgliedstaaten auszurichten. Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Privatrechten können vielmehr auch dadurch entschärft oder ausgeglichen werden, daß in sämtlichen Rechtsordnungen völlig neuartige Bestimmungen eingeführt werden.

Andererseits muß sich die Gemeinschaft bei der rechtsvergleichenden Ermittlung einer angemessenen Problemlösung im Bereich des Rechtsangleichungsakts nicht auf die Rechtslage in den Mitgliedstaaten beschränken, sondern kann auch „externe“ Regelungen berücksichtigen (so etwa bei der Abstimmung der europäischen Rechnungslegungsstandards mit den *International Accounting Standards* durch die IAS/IFRS-Verordnung³⁸ sowie die Änderung der Jahresabschluß-Richtlinien³⁹ oder bei den vom US-amerikanischen System beeinflussten Überlegungen zum zukünftigen Kapitalschutz im Gesellschaftsrecht⁴⁰) – immer vorausgesetzt, ihre Rezeption führt nicht zu Friktionen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, deren negative Folgen die positiven Wirkungen der Rechtsangleichung überwiegen.

Interessanterweise legt die Gemeinschaft ihre aus den Mitgliedstaaten übernommenen Anregungen für Harmonisierungsnormen weniger offen, als dies bei nationalen Gesetzgebungsprojekten oder Entwürfen internationalen Einheitsrechts der Fall ist.⁴¹ Anscheinend soll vermieden werden, daß die jeweilige Vorbildrechtsordnung als Grundlage für die Auslegung herangezogen werden kann und auf diese Weise das Gemeinschaftsrecht von einzelnen Mitgliedstaaten geprägt wird. Das wäre mit der Vorstellung einer „autonomen“ Rechtsordnung auf der Ebene der EG nicht vereinbar.⁴² Vielfach wird allerdings von außen, d.h. durch Wissenschaft und

36 So etwa bei der Erarbeitung des niederländischen „Nieuw“ Burgerlijk Wetboek, vgl. *Hondius*, AcP 191 (1991), 378, 394f.

37 Dazu bereits *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 254 ff.

38 Verordnung 1606/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. 2002 Nr. L 243/1.

39 Richtlinie 2003/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.6.2003 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG, 83/349/EWG, 86/635/EWG und 91/674/EWG über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, von Banken und anderen Finanzinstituten sowie von Versicherungsunternehmen, ABl. 2003 Nr. L 178/16.

40 Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ v. 21.5.2003, KOM(2003) 284 endg., S. 21.

41 So auch *Lutter*, JZ 1992, 593, 602.

42 Davon abgesehen wäre es wohl auch politisch unklug, zumindest vor Verabschiedung der Rechtsakte die inhaltliche Nähe zum Recht bestimmter Mitgliedstaaten deutlich zu machen, da dies unter Umständen Abwehrreaktionen der übrigen, die weniger erfolgreich waren, zur Folge haben könnte. Ähnlich *Schulze*, ZfRV 1997, 183, 189.

Praxis, versucht, das Ausmaß der Übereinstimmung von Gemeinschaftsbestimmungen mit – meist nationalen – Vorschriften mit Hilfe der Rechtsvergleichung zu ermitteln: So wird etwa der Klauselrichtlinie ein prägender Einfluß des – mittlerweile in das BGB überführten – deutschen AGB-Gesetzes zugeschrieben, insbesondere beim Prinzip der Überprüfung von mißbräuchlichen Klauseln in jedem Zivilverfahren sowie bei der Ausrichtung dieser Kontrolle an Treu und Glauben.⁴³

Sichtbar wird eine Verwendung rechtsvergleichender Methoden bei der herkömmlichen Rechtsangleichung daher meist ausschließlich in den zur Rechtfertigung der Harmonisierungsziele vorgenommenen Zusammenstellungen der Regelungsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten, während ihr Einfluß auf die Inhalte und damit auf die Regelungsziele der Rechtsakte im Einzelnen erst nachträglich durch vergleichende Analysen zu entschlüsseln versucht wird.

b) *Neuartige Regelungsinstrumente*

Im Aktionsplan für „ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht“ werden die dort vorgeschlagenen Maßnahmen der Gemeinschaft soweit es den Inhalt, also das Regelungsziel betrifft, erstmals offen auf eine breite rechtsvergleichende Grundlage gestellt.⁴⁴ So sollen als „Basisquellen“ für den gemeinsamen Referenzrahmen „die geltenden nationalen Rechtsordnungen“ herangezogen werden.⁴⁵ Dazu scheinen auf den ersten Blick nur die der Mitgliedstaaten zu gehören, denn als Ziel wird unter anderem ein „gemeinsamer Nenner“ ins Auge gefaßt. Zumindest der Vergleich mit „geeigneten Drittstaaten“ wird jedoch ebenfalls angeregt, da eine Annäherung der Vertragsrechte auch im Verhältnis zu diesen bezweckt wird.⁴⁶ Außerdem soll es nicht beim bloßen Normenvergleich bleiben, vielmehr ist ausdrücklich auch „die Rechtsprechung der nationalen Gerichte ... und die bestehende Vertragspraxis“ zu berücksichtigen.⁴⁷ Schließlich wird der Vergleichsraum über die traditionelle Rechtsvergleichung hinaus vergrößert, indem Einheitsprivatrecht, sowohl in Form vorhandener Gemeinschaftsregelungen wie auch internationaler Instrumente, etwa das UN-Kaufrecht, mit einzubeziehen ist,⁴⁸ welches seinerseits wiederum auf rechtsvergleichenden Erwägungen beruht. Dabei wird wohl auch erwartet, daß Regelungen des internationalen Einheitsrechts aufgrund ihres neutralen Charakters den Mit-

⁴³ Daneben wird aber auch die französische Herkunft einiger Vorschriften vermutet, wie etwa beim Merkmal des erheblichen Ungleichgewichts, vgl. Grabitz/Hilf II-Pfeiffer, A 5 (AGBRL) Vorbem. Rn. 32. Zum Einfluß des UN-Kaufrechts auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie etwa Grundmann, AcP 202 (2002), 40 ff.

⁴⁴ So auch Schmidt-Kessel, unten, § 13 VII 1, 3, der von einer rechtsvergleichenden „Großstudie“ spricht.

⁴⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1, Ziff. 63.

⁴⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1, Ziff. 62.

⁴⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1, Ziff. 63.

⁴⁸ A.a.O. Dafür plädiert schon Kropholler, Internationales Einheitsrecht, S. 257 f., sofern ein vergleichbarer sachlicher (oder räumlicher) Bereich gegeben ist.

1. Teil: Grundlagen

gliedstaaten akzeptabel erscheinen,⁴⁹ jedoch könnten die in ihnen enthaltenen Einflüsse aus Rechtsordnungen außerhalb der Gemeinschaft das Gegenteil bewirken.⁵⁰ Nach dem Aktionsplan wird jedenfalls gegenüber der bisherigen Rechtsangleichung der Einfluß der – vergleichenden – Rechtswissenschaft erheblich vergrößert, denn deren Forschungstätigkeiten sollen mit einbezogen und wirtschaftlich gefördert werden.⁵¹ Dazu hat wohl auch beigetragen, daß die zunächst auf akademische Initiative hin geleisteten Vorarbeiten bereits umfangreiche Ergebnisse hervorgebracht haben.⁵²

Für das im Aktionsplan langfristig in Aussicht gestellte „optionelle Instrument“, eine von den Parteien wählbare, neben die mitgliedstaatlichen Regelungssysteme tretende zusätzliche Vertragsordnung, wird eine mögliche Hilfestellung der Rechtsvergleichung bei der inhaltlichen Erarbeitung nicht näher beschrieben. Da es jedoch auf dem gemeinsamen Referenzrahmen aufbauen soll,⁵³ wird die dort eingesetzte vergleichende Methode in diesem Bereich weitergehend genutzt.

Vergleicht man den beschriebenen komparativen Aufwand für die neuartigen Regelungsinstrumente im Vertragsrecht – zum Gesellschaftsrecht finden sich diesbezüglich keine näheren Angaben – mit dem früher eher reduzierten Einsatz der Rechtsvergleichung bei der herkömmlichen Harmonisierung, dann wird dieser nun für das gesamte Gebiet des Vertragsrechts anscheinend als lohnend angesehen, während ihn die Gemeinschaft in der Vergangenheit bei den überschaubaren Einzelregelungen eher gescheut hat. Die neue Strategie bei der Entwicklung des Europäischen Privatrechts dürfte daher dazu führen, daß die Bedeutung der Rechtsvergleichung in diesem Prozeß zunimmt.

III. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Anwendung von Europäischem Privatrecht

Während die Verwendung rechtsvergleichender Ansätze im Rahmen der Privatrechtssetzung der Gemeinschaft bisher in der Literatur nur wenig Beachtung gefunden hat, scheint die „rechtsvergleichende Auslegung“ etwas mehr Interesse zu wecken. Dies mag – wie oben bereits erwähnt – daran liegen, daß die Tätigkeit der Gerichte, die regelmäßig Normen interpretieren und damit laufend auf die Rechtsordnung einwirken, aus Sicht von Praxis und Lehre als wichtiger angesehen wird als der meist nur in größeren Abständen erfolgende Eingriff des Gesetzgebers.

⁴⁹ So *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 60.

⁵⁰ Auch die Modernität des Einheitsrechts, *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 60, ist relativ: Immerhin gibt etwa das UN-Kaufrecht von 1980 den Stand der Rechtsvergleichung vor mittlerweile mehr als dreißig Jahren wieder.

⁵¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1, Ziff. 66 ff.

⁵² Im einzelnen dazu unter IV.1.

⁵³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“, ABl. 2003 Nr. C 63/1, Ziff. 95.

Da die Auslegung und Fortbildung des primären Gemeinschaftsrechts⁵⁴ anderen Prinzipien folgt als die des auf sekundären Rechtsakten beruhenden Europäischen Privatrechts, wird hier nur letztere, d.h. im wesentlichen die Interpretation von Richtlinien und Verordnungen mit privatrechtlichem Inhalt, auf ihren rechtsvergleichenden Hintergrund hin untersucht. Die Auslegungshoheit auch für diese Normen des Gemeinschaftsrechts liegt letztlich beim EuGH, weshalb dessen Tätigkeit zunächst behandelt wird (unten 1.). Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben ebenfalls Europäisches Privatrecht anzuwenden und auch eigenständig auszulegen, solange sie diesbezüglich keine Zweifel haben, die sie gemäß Art. 234 EG dem EuGH vortragen müssten. Darüber hinaus sind sie aber allein für das auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende – in der Regel nach dessen Vorgabe angeglichene – jeweilige nationale Recht zuständig, bei dessen Anwendung die Rechtsvergleichung ebenfalls zum Einsatz kommen könnte (unten 2.).

1. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch den EuGH

Bezieht sich der EuGH als Maßstab für seine Entscheidung auf ein nationales Recht, was nur dann möglich ist, wenn das anzuwendende Gemeinschaftsrecht im Ausnahmefall auf diese Rechtsordnung verweist,⁵⁵ dann geht er keineswegs *rechtsvergleichend* vor, denn er stellt nicht mindestens zwei Regelungen einander gegenüber, um ihre Gemeinsamkeiten oder Unterschiede herauszuarbeiten. Vielmehr wendet er, ähnlich wie ein nationaler Richter aufgrund einer Anordnung durch eine Verweisungsnorm des Internationalen Privatrechts, von vornherein eine bestimmte Rechtsordnung an.

Auch wenn der EuGH unterschiedliche Sprachfassungen eines Rechtsakts zur Interpretation bestimmter Begriffe heranzieht, liegt darin keine *Rechtsvergleichung*, denn es handelt sich ja um ein und dieselbe Regelung in gleichermaßen verbindlichen Versionen. Damit ist aus den verschiedenen Sprachen zunächst der genaue, „eigentlich“ beabsichtigte Wortlaut zu ermitteln,⁵⁶ der dann zum Gegenstand weiterer Auslegung wird. Wenn allerdings die Begriffe jeweils unter Zuhilfenahme der Rechtsordnungen analysiert werden, denen sie entstammen, liegt eine Art indirekte Rechtsvergleichung vor.⁵⁷ Rein linguistische Vergleiche wird man dagegen regelmäßig weiterhin der Auslegung nach dem Wortlaut zuordnen.⁵⁸

Damit bleibt – wenn man von der oben bereits erörterten Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze absieht, welche als Lückenschließung der Rechtssetzung zuge-

⁵⁴ Dazu Pechstein/Drechsler, unten § 5.

⁵⁵ Vgl. dazu Kohler/Knapp, ZEuP 2002, 701, 706 ff.; Riesenhuber, unten, § 8 II.

⁵⁶ Lutter, JZ 1992, 593, 599, sieht darin bloße Textkritik. Vgl. auch Martiny, ZEuP 1998, 227, 239 ff.

⁵⁷ Schulze, ZfRV 1997, 183, 190. Häberle, JZ 1989, 913, spricht insoweit von der Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode.

⁵⁸ Kohler/Knapp ZEuP 2002, 701, 720 f. So auch Riesenhuber, unten § 8 IV.1.b); ebenso bereits Kropholler, Internationales Einheitsrecht, S. 266 ff.

1. Teil: Grundlagen

ordnet wurde – die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den EuGH, um im Rahmen der gemeinschaftsautonomen Auslegung Erkenntnisse über mögliche Interpretationsvarianten des Europäischen Privatrechts zu gewinnen⁵⁹ und vor allem die privatrechtliche Argumentationsbasis zu verbreitern. Dies ist deshalb erforderlich, weil der EuGH sich bei der Auslegung des EG-Rechts traditionellerweise ganz überwiegend an der Sichtweise des institutionellen Europarechts, im Bereich des Europäischen Privatrechts bisher vor allem an den Zielen des Binnenmarktes sowie der damit verbundenen Rechtsangleichung, kurz: dem Harmonisierungszweck, orientiert. Die in Rede stehenden Rechtsakte, also derzeit – abgesehen von den gemeinschaftsnahen Übereinkommen – Richtlinien oder Verordnungen, bezwecken jedoch daneben immer auch eine inhaltliche, genuin privatrechtliche Problemlösung im Sinne eines Regelungsziels.⁶⁰ Daher sind Rechtsmeinungen und Streitpunkte aus dem von der Anpassung betroffenen Rechtsgebiet in die Auslegung mit einzubeziehen, um die Sachfragen angemessen zu klären. Während auf EG-Ebene derzeit vor allem eine übergreifende privatrechtliche Systematik fehlt, bieten die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten diesbezüglich einen reichen Fundus, der nicht unbeachtet bleiben sollte. Diese Art der Rechtsvergleichung ist jedoch auf die jeweils verwendete Auslegungsmethode abzustimmen.

Im Rahmen der historischen Auslegung einer Richtlinie oder Verordnung könnten etwa die privatrechtlichen Anwendungserfahrungen aus denjenigen Mitgliedstaaten berücksichtigt werden, bei denen bereits vor Erlass des Gemeinschaftsrechtsakts ähnliche Bestimmungen galten;⁶¹ dies darf jedoch keinesfalls dazu führen, daß auf längere Sicht eine national geprägte Interpretation der gemeinschaftsrechtlichen Regelung nach bestimmten Vorbildern festgeschrieben wird, denn dies widerspräche dem bereits erwähnten autonomen Charakter des Gemeinschaftsrechts.⁶²

Für die systematische Auslegung, die sich ansonsten meist auf benachbartes Gemeinschaftsrecht – hier: andere Richtlinien im Bereich des Privatrechts – bezieht, könnten etwa zusätzlich die Europäischen Vertragsgrundregeln der *Lando*-Kommission als Hilfsmittel herangezogen werden, wodurch die darin eingeflossene Rechtsvergleichung nutzbar gemacht würde.⁶³ Auch wenn diese *principles* (noch)⁶⁴ kein Gemeinschaftsrecht darstellen, bieten sie, in Anlehnung an die US-amerikanischen *Re-*

⁵⁹ Bei *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 533, als Inspirationsfunktion bezeichnet. *Basedow*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 79, 98, spricht von der horizontalen Funktion einer „komparativen Dogmatik“.

⁶⁰ So steht etwa bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie neben der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt (BE 3) als Harmonisierungsziel die Stärkung des Vertrauens sowie ein Mindestmaß an Schutz für den Verbraucher Käufer (BE 5, 7) als Regelungsziel.

⁶¹ Dies ist jedenfalls dort möglich, wo die Bestimmung, die Modell gestanden hat, hinreichend eindeutig zu erkennen ist, dazu oben II.2.a) bei Fn. 39. Für das UN-Kaufrecht wird unter diesen Umständen eine derartige nationale Einfärbung der Interpretation als Ausnahme von der autonomen Auslegung angeregt, *Schlechtriem-Schwenzer-Ferrari*, Art. 7 CISG Rn. 10.

⁶² *Schulze*, ZfRV 1997, 183, 189; *Lutter*, JZ 1992, 593, 601 f. Vgl. auch *Riesenhuber*, unten, § 8 II.

⁶³ Ebenso *Berger*, FS Sandrock, S. 60 f., zur Verwendung der UNIDROIT-Principles.

⁶⁴ Inwieweit sie bei der Erarbeitung des Gemeinsamen Referenzrahmens bzw. des optionellen Instruments nach dem Aktionsplan, dazu oben II.2.b), verwendet werden, ist noch nicht abschbar.

statements, ein privatrechtliches Argumentationsreservoir, welches leichter als die nationalen Rechtsordnungen zugänglich ist. Ebenso wie Regelungsentwürfe⁶⁵ ergänzen sie andere Auslegungsmittel. Auch im Europäischen Privatrecht könnten damit Lücken geschlossen werden, wie es Art. 1:101 Abs. 4 PECL grundsätzlich vorsieht.⁶⁶

Ob darüber hinaus speziell bei der Auslegung von Richtlinien durch den EuGH im Wege der teleologischen Auslegung eine Einbeziehung des von den Mitgliedstaaten in Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung angeglichenen nationalen Rechts – einschließlich der jeweiligen Rechtsprechung und Lehre – sinnvoll ist,⁶⁷ dürfte zweifelhaft sein. In diesem Fall bestünde nämlich die Gefahr, daß die Auslegung der Richtlinie, an deren Inhalt die mitgliedstaatlichen Rechte auszurichten sind,⁶⁸ von den Umsetzungsregeln in den Mitgliedstaaten beeinflusst wird. Dieser Zirkelschluß ist jedoch zu vermeiden.

Festzuhalten bleibt, daß die Auslegungsmethoden in unterschiedlichem Maße Raum für eine Unterstützung durch die Rechtsvergleichung bieten, deren Anwendung in den Entscheidungen des EuGH jedoch nur selten offen gelegt wird.⁶⁹ Allerdings ist auch bei der Anwendung des Europäischen Privatrechts das Gemeinschaftsorgan, hier der EuGH, nicht verpflichtet, rechtsvergleichende Analysen vorzunehmen. Insofern besteht kein Unterschied zu den nationalen Gerichten, die bei der Auslegung ihres heimischen Rechts daran ebenso wenig gebunden sind.

2. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch nationale Gerichte

Für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch die Gerichte der Mitgliedstaaten gilt das oben zum EuGH Ausgeführte. Die Anwendung des an die Vorgaben vor allem von Richtlinien angepaßten innerstaatlichen Rechts, bei dem es sich ebenfalls um Europäisches Privatrecht, allerdings in nationalem Gewande, handelt, steht jedoch allein den heimischen Gerichten zu, weshalb dieser Teil ihrer Tätigkeit hier getrennt zu untersuchen ist.

Einhelligkeit besteht darüber, daß das vom Gemeinschaftsrecht beeinflusste nationale Privatrecht bei der Rechtsanwendung anders zu behandeln ist, als die allein auf innerstaatlichen Erwägungen gegründeten Rechtssätze. Dies beruht auf der Fortwirkung der europäischen Vorgaben im nationalen Recht.⁷⁰ Damit wird es erforderlich, einer national geprägten Anwendung und Auslegung des gemeinschaftsrechtlich angeglichenen Rechts entgegenzuwirken und zu einer möglichst einheitlichen Interpretation innerhalb der EG zu gelangen. Dazu kann vor allem ein Vergleich

⁶⁵ Dazu *Riesenhuber*, unten, § 8 III 2 c.

⁶⁶ Auch wenn in erster Linie an Lückenfüllung in einem nationalen Recht gedacht ist, von *Bar/Zimmermann* (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, S. 89 f.

⁶⁷ So *Lutter*, JZ 1992, 593, 604.

⁶⁸ Siehe dazu unten 2.

⁶⁹ Vgl. *Rodríguez Iglesias*, NJW 1999, 1, 8; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 533.

⁷⁰ Zur richtlinienkonformen Auslegung *W.-H. Roth*, unten § 11.

1. Teil: Grundlagen

mit der Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten zu deren auf dem gleichen Rechtsakt der Gemeinschaft beruhenden Umsetzungsbestimmungen beitragen. Eine derartige „Beobachtung“ parallel ergangener Entscheidungen wird deshalb im internationalen Einheitsrecht vielfach durch spezielle teleologisch geprägte Auslegungsregeln angeregt. So verlangt etwa Art. 7 Abs. 1 CISG unter anderem, bei der Interpretation des Übereinkommens „seine einheitliche Anwendung ... zu fördern“, wozu in erster Linie die Aufdeckung möglicher abweichender Auslegung durch die Ermittlung ausländischer Rechtsprechung beiträgt.⁷¹ Auch im europäisch verankerten Einheitsrecht wird dieser Grundsatz etwa in Art. 18 EVÜ für die Auslegung des Europäischen Vertragskollisionsrechts ganz ähnlich formuliert und verstanden,⁷² ebenso in den Europäischen Vertragsgrundregeln (Art. 1:106 Abs. 1 S. 2 PECL).⁷³ Wenn auch in den EG-Richtlinien entsprechende Anweisungen fehlen, so verlangt der Vorrang des selbstverständlich einheitlich anzuwendenden Gemeinschaftsrechts eine entsprechende rechtsvergleichend ausgerichtete Interpretation für das angegliche Privatrecht der Mitgliedstaaten.⁷⁴

Für den Vergleich heranzuziehen sind allerdings allein die Rechtsordnungen, für die eine einheitliche Auslegung verlangt wird, also die EG-Mitgliedstaaten (einschließlich wohl auch der EWR-Staaten).⁷⁵ Diese haben in Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung ihr nationales Recht angeglichen, so daß jeweils erkennbar wird, wie ihre Gesetzgeber und Gerichte die Zielvorgaben der Gemeinschaft verstehen. Dafür ist es allerdings erforderlich, den Gerichten die notwendigen Informationen über ausländische Gerichtsentscheidungen zugänglich zu machen. Der Aufbau entsprechender Datenbanken, ähnlich wie zum UN-Kaufrecht CLOUT oder UNILEX, steht jedoch noch am Anfang.⁷⁶ Auch die aufbereitende Literatur fehlt bisher nahezu vollständig, da die Kommentare zu den nationalen Umsetzungsregelungen kaum auf ausländische Entscheidungen zu parallelen Normen in den anderen Mitgliedstaaten eingehen.

Inwieweit eine Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte bezüglich dieser Art der Rechtsvergleichung angenommen werden kann, ist wie regelmäßig bei Auslegungs-

⁷¹ Schlechtriem-Schwenzer-Ferrari, Art. 7 CISG Rn. 17; Staudinger-Magnus, Art. 7 CISG Rn. 21; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 232.

⁷² Zur rechtsvergleichenden Orientierung an ausländischer Rechtsprechung etwa in: Rummel-Verschraegen, ABGB-Kommentar, Art. 18 EVÜ Rn. 13.

⁷³ Inhaltlich übereinstimmend Art. 1.6. UP.

⁷⁴ Dafür auch Lutter, JZ 1992, 593, 604; Kötz, JZ 2002, 257, 258; Mansel, JZ 1991, 529, 531; weitergehend Odersky, ZEuP 1994, 1, 3f. Zum dadurch entstehenden Aufwand skeptisch Berger, FS Sandrock, S. 60.

⁷⁵ Die Schweiz oder andere, etwa osteuropäische, Staaten, in denen Gemeinschaftsrecht teilweise freiwillig übernommen wird („autonomer Nachvollzug“), sind aus dieser Perspektive nicht in die rechtsvergleichenden Überlegungen mit einzubeziehen.

⁷⁶ Eines der ersten Projekte dieser Art stellt die „JURE Database – JURisdiction and the REcognition and Enforcement of judgments in civil and commercial matters“ zur EuGVVO, http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/recognition/jure/tools/about_en.htm (zuletzt durchgesehen am 25.7.2005), dar, an der der Verfasser als zuliefernder Experte für österreichische Entscheidungen mitwirkt.

fragen nur schwer zu bestimmen: Zumindest sollte eine Auseinandersetzung mit dem Richtlinienverständnis in anderen Mitgliedstaaten erkennbar werden, die Bewertung unterliegt dagegen dem Ermessen der Richter. Natürlich besteht keine Bindung an die Entscheidungen ausländischer Gerichte, man sollte ihnen allerdings eine nicht unerhebliche *persuasive authority* zumessen.⁷⁷

Da der Bestand des Europäischen Privatrechts in den letzten Jahren zugenommen hat, dürfte vor allem bei den Gerichten der Mitgliedstaaten die Zahl der Entscheidungen zum umgesetzten Recht ansteigen. Damit müsste auch die Bedeutung der rechtsvergleichenden Methode bei der Anwendung dieser Regelungen zunehmen.

IV. Der Einsatz der Rechtsvergleichung in Forschung und Lehre zum Europäischen Privatrecht

Im Bereich der Wissenschaft tritt der bislang erörterte Anwendungsbezug der rechtsvergleichenden Methode in den Hintergrund. Dort dient sie weniger als Hilfsmittel, vielmehr erfüllt sie vor allem ihre primäre Funktion, die Erkenntnisse über rechtliche Normen zu bereichern und die Vielfalt möglicher Regelungsmodelle zu veranschaulichen.⁷⁸ Dadurch eignet sie sich besonders für die juristische Ausbildung,⁷⁹ wo sie allerdings wiederum eine unterstützende Aufgabe wahrnimmt und ihre praktische Verwertung dominiert. Beide Aspekte, Forschung wie Lehre, wirken sich im Gegenzug auf die zuvor dargestellte Rechtssetzung und Rechtsanwendung aus, soweit die Ergebnisse der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung wahrgenommen werden und die rechtsvergleichend ausgebildeten Juristen ihre erworbenen Kenntnisse anwenden. In welchem Maße dies für das Europäische Privatrecht gilt, soll daher ergänzend dargestellt werden.

1. Wissenschaftliche Projekte

Es drängt sich der Eindruck auf, daß in den letzten Jahren die wissenschaftlich fundierte Rechtsvergleichung mit Bezug zum Europäischen Privatrecht einen starken Aufschwung erlebt hat. Das liegt sicherlich daran, daß eine ganze Anzahl unterschiedlicher Forschungsgruppen oder akademischer Netzwerke gebildet wurden, die sich mit verschiedenen Aspekten dieser Materie befassen:⁸⁰ Neben der bereits Anfang der Achtziger Jahre von *Ole Lando* (Kopenhagen) gegründeten, aber erst etwa zehn Jahre später an die Öffentlichkeit getretenen⁸¹ „Commission on European

⁷⁷ Ähnlich für das UN-Kaufrecht Schlechtriem-Schwenzer-Ferrari, Art. 7 CISG Rn. 24.

⁷⁸ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14.

⁷⁹ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 20; vgl. auch Brand, JuS 2003, 1083, 1084.

⁸⁰ Dazu auch Schmidt-Kessel, RIW 2003, 481, 483 f.

⁸¹ Lando, RabelsZ 56 (1992), 261 ff.

1. Teil: Grundlagen

Contract Law“ beschäftigen sich sowohl die „Academia dei Giusprivatisti Europei“ unter dem Vorsitz von *Giuseppe Gandolfi* (Pavia) wie auch die von *Stefan Grundmann* (Berlin) geleitete „Gesellschaft für Europäisches Vertragsrecht (SECOLA)“ mit den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten. Ein breiteres Gebiet bearbeiten sowohl die durch *Christian von Bar* (Osnabrück) geführte „Study Group on a European Civil Code“ mit ihren mittlerweile sieben Untergruppen (einschließlich des in Innsbruck beheimateten *Restatement*-Projekts zum Versicherungsvertrag) wie die von *Hans Schulte-Nölke* (Bielefeld) koordinierte „Acquis Group“, die sich am geltenden Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft ausrichtet. Weitere derartige *think tanks* befassen sich mit dem Deliktsrecht („European Centre of Tort and Insurance Law – EC-TIL“, geleitet von *Helmut Koziol*, Wien), dem Verfahrensrecht (*Storme*-Kommission, mittlerweile unter der Obhut von UNIDROIT) oder generell mit dem „Common Core of European Private Law“ (*Mauro Bussani/Ugo Mattei*, Trento).

Allen diesen Gruppen ist gemeinsam, daß sie dezidiert rechtsvergleichend arbeiten, einige vorwiegend (Acquis Group) oder teilweise (SECOLA) innerhalb des von der Gemeinschaft erlassenen Privatrechts. Ebenfalls sämtliche Initiativen haben bereits umfangreiche Ergebnisse vorgelegt oder planen dies in naher Zukunft, wobei sowohl Regelungstexte entstanden sind – am bekanntesten bisher die Europäischen Vertragsgrundregeln der *Lando*-Gruppe – wie auch monographisch-deskriptive Untersuchungen. In nächster Zeit könnte es allerdings notwendig werden, die zwar personell teilweise verknüpften aber inhaltlich unabhängig voneinander operierenden Einheiten zu koordinieren oder zumindest die Früchte ihrer Arbeit zu konsolidieren.⁸²

Auf jeden Fall steht schon bisher umfangreiches rechtsvergleichendes Material zur Verfügung, welches von Rechtssetzung und Rechtsprechung sowohl auf Gemeinschaftsebene als auch in den Mitgliedstaaten, aber ebenso von Rechtsanwendern wie etwa Vertragsparteien, verwendet werden kann. In dem Maße, in dem dieses Angebot genutzt wird, steigt auch die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Weiterentwicklung des Europäischen Privatrechts. Der Aktionsplan der Kommission zum Vertragsrecht, in dem die Einbeziehung der Europäischen Vertragsgrundregeln vorgesehen ist und dessen Ausführung zum gewichtigen Teil der „Study Group“ übertragen wurde, zeigt einen gangbaren Weg auf, die Vorteile einer wissenschaftlich fundierten Rechtsvergleichung umfassend auszuschöpfen – auch wenn viele der oben erwähnten Ressourcen dabei noch ungenutzt bleiben.

2. Juristische Ausbildung

Eine ähnliche Entwicklung wie in der rechtsvergleichenden Forschung deutet sich in den juristischen Studiengängen an: Auf der Grundlage der vermehrt erscheinenden rechtsvergleichend angelegten Lehr- und Handbücher, vom „Europäischen Ver-

82 So für die Privatrechtsvereinheitlichung allgemein bereits *Kramer*, JBl. 1988, 477, 487.

tragsrecht“ (*Kötz/Flessner*)⁸³ über das „Europäische Obligationenrecht“ (*Ranieri*)⁸⁴ bis hin zum „Ius Commune Casebook – Contract Law“ (*Beale u.a.*)⁸⁵, wird eine Einbeziehung der verschiedenen Privatrechte der Mitgliedstaaten im Sinne eines „gemeineuropäischen Privatrechts“ in die Veranstaltungen zum innerstaatlichen Recht erleichtert. Auf diese Weise gelangt die Rechtsvergleichung aus der Abgeschiedenheit der Wahl- oder Nebenfächer in das Zentrum des Rechtsunterrichts.

Darüber hinaus wurden bereits Studiengänge entwickelt, in denen die Grundlagen auch des Privatrechts ohne Beschränkung auf eine bestimmte nationale Rechtsordnung vermittelt werden, wie etwa das Beispiel der von Bremen, Oldenburg sowie Groningen getragenen „Hanse Law School“⁸⁶ zeigt. Ähnlich wie in den USA wird in diesem Programm nicht mehr ein regionales (dort: Bundesstaaten-, hier: Mitgliedstaaten-)Recht gelehrt, sondern es werden die wesentlichen Elemente der europäischen Rechtsordnungen übergreifend dargestellt.

Auch auf diesem Feld, der Vermittlung des Europäischen Privatrechts, ist damit zu erwarten, daß die Bedeutung der Rechtsvergleichung zunimmt.

V. Zusammenfassung – Rechtsvergleichung in einem zunehmend integrierten Rechtsraum

Die bisher vorgenommene Einschätzung der Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Europäische Privatrecht, nach der diese insgesamt eher zunimmt, basiert auf der derzeitigen Situation, in der sich eine gemeinsame europäische Rechtsordnung noch im Werden befindet – wenn dieser Prozeß anscheinend auch zunehmend an Dynamik gewinnt. Geht man davon aus, daß in der EG mehr und mehr einheitliches Recht entsteht, bis diese Entwicklung irgendwann einmal an ihr Ende kommt, dann sinkt allerdings die Relevanz eines Vergleichs nationaler Rechtsordnungen innerhalb der Gemeinschaft, weil es dafür zunehmend weniger Material gibt sowie ein geringeres Bedürfnis besteht. Ähnlich wie früher zwischen den nationalen Rechtsordnungen nach der jeweiligen internen Vereinheitlichung durch die Zivilrechtskodifikationen Rechtsvergleichung betrieben wurde, könnte jedoch für den Vergleich mit außerhalb der EG bestehenden Privatrechten ein Bedürfnis entstehen.

Zumindest im Vertragsrecht, aber wohl auch im Gesellschaftsrecht, erscheint es nach der „Wende“ hin zu freiwilligen statt verpflichtenden Gemeinschaftsregelungen jedoch eher wahrscheinlich, daß in vielen Bereichen neben den derzeit 25 nationalen Regelungssystemen ein weiteres, europäisches Normengefüge dauerhaft etab-

83 Bisher nur *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluß. Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag.

84 Ein Handbuch mit Texten und Materialien.

85 *Beale/Kötz/Hartkamp/Tallon*, Cases, Materials and Text on Contract Law. In der gleichen Reihe *van Gerven/Larouche/Lever*, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, sowie *Beatson/Schrage*, Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment.

86 <http://www.rug.nl/hls/index?lang=de>, zuletzt durchgeschaut am 25.7.2005.

1. Teil: Grundlagen

liert wird. Auch für die Wahl zwischen diesen Rechtsordnungen müssen deren Vor- und Nachteile im Einzelfall verglichen werden, wodurch sich der Rechtsvergleichung ein zusätzliches Arbeitsfeld erschließt.

Letztlich ist aber festzuhalten, daß die Anwendung der Rechtsvergleichung – abgesehen vom Ausnahmebereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze⁸⁷ – in keinem der betrachteten Gebiete vorgeschrieben wird. Vielmehr hängt ihr Einsatz davon ab, daß die jeweiligen Nutzer (Gesetzgeber, Richter, Praktiker, aber auch Wissenschaftler, Studierende und Lehrende) sich von ihr Vorteile versprechen. Daher kann die Bedeutung dieser Methode auch im Bereich des Europäischen Privatrechts langfristig nur schwer abgeschätzt werden.

87 Siehe oben II.1.

§ 3 Die ökonomische Theorie

Christian Kirchner

Übersicht

I.	Problemstellung und Gang der Darstellung	24
II.	Grundüberlegungen zur Integration ökonomischer Theorieansätze in Interpretationsansätze rechtlicher Regelungen	25
III.	Grundüberlegungen zur am Normzweck ausgerichteten Interpretationsmethode rechtlicher Regelungen	26
IV.	Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts: Implikation für die Methodik der Interpretation	27
	1. Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts	27
	2. Methodische Implikationen der ökonomischen Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts	28
	3. Methodische Antworten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der Literatur	29
V.	Methodische Defizite herkömmlicher Ansätze	31
	1. Methodische Defizite des Zweck-Mittel-Paradigmas	31
	2. Methodische Defizite von Wirkungsanalysen	32
	3. Zwischenfazit	33
VI.	Ein ökonomischer Ansatz für vergleichende Wirkungsanalysen	33
	1. Hypothesenbildung	33
	2. Unabhängige und abhängige 'ökonomische' Variable	33
	3. Wirkungsweise der Änderung von Restriktionen (unabhängigen Variablen)	34
	4. Rechtliche Regelungen als unabhängige Variable	34
	5. Änderung von Restriktionen bei Konstanz der Präferenzen	35
	6. Annahme eigennutzorientierten Rationalverhaltens	35
	7. Methodologischer Individualismus/Prinzipal-Agent-Verhältnis	36
	8. Wirkungsanalyse auf der Grundlage des ökonomischen Theorieansatzes	36
VII.	Integration des ökonomischen Ansatzes in den rechtswissenschaftlichen Interpretationsansatz	37
VIII.	Wahl des ökonomischen Ansatzes	38
	1. Vorüberlegungen	38
	2. Ökonomische Analyse des Rechts: Verwendung des neoklassischen Ansatzes	39
	3. Ökonomische Theorie des Rechts: Institutionenökonomischer Ansatz	40
	a) Vorüberlegungen	40
	b) Annahmen der Institutionenökonomik in der positiven Theorie	40
	c) Unterschiedlicher normativer Ansatz	42
IX.	Zwischenfazit: eine institutionenökonomische Interpretationsmethode für das europäische Gemeinschaftsrecht	44
X.	Legislative Rechtsfortbildung: der Beitrag der ökonomischen Theorie	44
	1. Vorüberlegungen	44
	2. Positive Analyse von Normsetzungsverfahren	46
	3. Normative Fragestellung aus institutionenökonomischer Sicht	46
	4. Ökonomische Problematik von Komitologieverfahren	48
XI.	Ausblick	48

I. Problemstellung und Gang der Darstellung

Die Europäische Gemeinschaft ist eine Rechtsgemeinschaft¹, gerichtet auf Integration. Europäisches Gemeinschaftsrecht ist damit vornehmlich Integrationsrecht. Es zielt auf die ökonomische, politische, rechtliche und soziale Integration der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Im Vordergrund steht die Realisierung des europäischen Binnenmarktes², also eine ökonomische Zielsetzung.

Diese ökonomische Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts sollte sich in einer ‚europäischen Methodenlehre‘ widerspiegeln. Das zentrale methodische Problem einer Integration der ökonomischen Theorie bei der Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts scheint dort zu liegen, wo Auslegung des Rechts übergeht in judikative Rechtsfortbildung. Der Streit, ob und wie zwischen Normauslegung durch Gerichte und judikativer Rechtsfortbildung zu unterscheiden sei³, ist hier nicht aufzugreifen. Es steht außer Frage, daß sowohl der Europäische Gerichtshof wie auch das Gericht Erster Instanz Rechtsfortbildung betreiben, indem sie Primär- und Sekundärrecht der Gemeinschaft auslegen. Insbesondere die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs war und ist treibende Kraft im europäischen Integrationsprozeß.⁴

Die von den Gerichten verwendeten Auslegungsmethoden sind ein wichtiger Faktor für die Rechtsfortbildung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Sie steuern bis zu einem gewissen Grad Richtung und Geschwindigkeit der judikativen Rechtsfortbildung. Im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen steht deshalb die These, daß die gegenwärtig von den Gerichten angewandten und in der Literatur diskutierten Interpretationsmethoden Defizite aufweisen und daß diese darin begründet liegen, daß bisher die ökonomische Theorie in unzureichendem Maße Eingang in die Interpretationsmethodik gefunden hat. Dann gilt es in einem zweiten Schritt zu klären, wie eine Integration ökonomischer Ansätze in Interpretationsmethoden, die für die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts verwendet werden, zu erfolgen hat. Dabei ist entscheidend, welcher ökonomische Ansatz sich für eine solche Integration eignet. Zu trennen sind dabei positive und normative ökonomische Theorie. Während die erste als Realwissenschaft Wissen über Funktionszusammenhänge zwischen Änderungen rechtlicher Regelungen und den dadurch bewirkten Folgen (Wirkungsanalyse) produzieren kann, fragt die normative Theorie nach der wünschbaren Gestaltung rechtlicher Regelungen.

1 Vgl. *Hallstein*, in: Oppermann/Hallstein (Hrsg.), *Europäische Reden*, S. 109; *ders.*, *Die Europäische Gemeinschaft*, S. 51–57; *Zuleeg*, NJW 1994, 545; *Pernice*, in: *Zuleeg* (Hrsg.), *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas*, S. 56 ff.; *Mayer*, in: *Schuppert u.a.* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, S. 429–487.

2 *Kirchner*, in: *Schuppert u.a.* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, S. 398 f., 413–415.

3 Vgl. zu diesem Streit: *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 618–621; *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 796–820; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 253–257.

4 Vgl. für viele *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 494.

Neben die skizzierten methodischen Fragen der judikativen Rechtsfortbildung europäischen Gemeinschaftsrechts treten solche der legislativen Rechtsfortbildung, also der Gesetzgebung. Der Beitrag der Ökonomik beruht hier auf der Tatsache, daß es sich bei ihr um eine individualistische Gesellschaftswissenschaft handelt, die nicht von Interessen von Kollektiven ausgeht, sondern von Individualinteressen. Deshalb wird nicht auf das ‚Gemeinschaftsinteresse‘ oder auf ‚nationale Interessen‘ abgestellt, sondern auf die Interessen der Bürger. Dies hat weitreichende Konsequenzen für methodische Fragen der legislativen Normsetzung. Im Vordergrund der hier angestellten Überlegungen stehen allerdings methodische Fragen der judikativen Rechtsfortbildung.

Wenn nach einer ‚ökonomischen‘ Interpretationsmethode für das europäische Gemeinschaftsrecht gesucht wird, geht es nicht um eine radikale Abkehr von herkömmlichen Interpretationsmethoden, sondern um ihre sinnvolle Fortentwicklung. Dabei wird es erforderlich sein, im ständigen Perspektivenwechsel – nämlich einmal aus der rechtswissenschaftlichen, dann aus der wirtschaftswissenschaftlichen Sichtweise – die derzeit bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht vorherrschende teleologische Interpretationsweise zu analysieren, zu kritisieren und fortzuentwickeln. Entscheidend für das Gelingen eines derartigen Unterfangens ist nicht nur eine kritische Analyse traditioneller rechtswissenschaftlicher Methodik, sondern ebenso eine kritische Auseinandersetzung mit verschiedenen theoretischen Ansätzen der Ökonomik. Der Schwerpunkt dieser Auseinandersetzung wird dabei auf den Unterschieden zwischen dem neoklassischen wohlfahrtstheoretischen und dem institutionenökonomischen Ansatz liegen. Dies ist dann auch die Grundlage für die Frage, wie sich die ökonomische Theorie für eine europäische Methodenlehre der legislativen Normsetzung fruchtbar machen läßt. Es ist innerhalb der Institutionenökonomik weiter zu differenzieren. Dabei gelangt die Subdisziplin Konstitutionenökonomik (ökonomische Theorie der Verfassung, *constitutional economics*) in den Blick, aus deren Perspektive sich Gesetzgebungsfragen oftmals grundlegend anders darstellen als in rechtswissenschaftlichen Ansätzen.

II. Grundüberlegungen zur Integration ökonomischer Theorieansätze in Interpretationsansätze rechtlicher Regelungen

Rechtliche Regelungen, besonders solche des europäischen Gemeinschaftsrechts, werden zielgerichtet eingesetzt, um bestimmte Zwecke – etwa die Realisierung des europäischen Binnenmarktes – zu erreichen. Ist im konkreten Fall zu entscheiden, wie solche Regelungen anzuwenden sind, können unterschiedliche Interpretationsvarianten zu einem je verschiedenen Zielerreichungsgrad führen. Dann liegt es nahe, der Variante den Vorzug zu geben, bei der die Zielerreichung besser gewährleistet erscheint.

Um eine gehaltvolle, nachprüfbare Aussage darüber machen zu können, wie sich verschiedene Interpretationsvarianten auf die Zielerreichung auswirken (vergleichende Wirkungsanalyse), ist es erforderlich, realwissenschaftlich vorzugehen. Da rechtliche

1. Teil: Grundlagen

Regelungen an Menschen adressiert sind und ihre Wirkung über Anreize und Sanktionen entfalten, sie damit Einfluß auf soziale Interaktionen nehmen, erscheint es geraten, auf eine Sozialwissenschaft zuzugreifen, die es erlaubt, im Sinne einer positiven Analyse die erforderlichen gehaltvollen, nachprüfbaren Aussagen zu generieren.

Die Ökonomik ist diejenige Sozialwissenschaft, die in ihrer positiven Variante Aussagen darüber generiert, wie menschliche Akteure unter Knappheitsbedingungen in der sozialen Interaktion auf Änderungen von Anreizen und Sanktionen reagieren. Sie verwendet für solche positiven Analysen einen Satz von Annahmen (ökonomisches Paradigma): eigennutzorientiertes Rationalverhalten individuell handelnder Akteure. Setzt man das methodische Instrumentarium der Ökonomik ein, um zu klären, welche unterschiedlichen Wirkungen aus der Wahl unterschiedlicher Interpretationsvarianten folgen (Folgenberücksichtigung), so sind die gewonnenen Aussagen für die Interpretation rechtlicher Regelungen deshalb von Wert, weil der Zusammenhang zwischen Interpretation und Normzielerreichung erhellt wird. Der ökonomische Ansatz wird also im Rahmen einer folgenorientierten Norminterpretation eingesetzt.⁵

Während die Integration ökonomischer Ansätze der positiven Theorie in Interpretationsansätze rechtlicher Regelungen sich damit zuerst einmal recht einfach darstellt, erweist sich eine Integration normativer Ansätze erheblich schwieriger. Es geht darum, wie ökonomische Ansätze im Rahmen rechtlicher Güterabwägungen fruchtbar gemacht werden können. Hier ist die Wahl des ökonomischen Theorieansatzes deshalb von zentraler Bedeutung, da ein auf das Ziel der effizienten Ressourcenallokation gerichteter Ansatz sich nur schwer in normative rechtswissenschaftliche Ansätze einfügen läßt. Ob dieses Problem mit einem normativen Ansatz, der nach Lösungen sucht, die seitens der Regelungsadressaten als zustimmungsfähig erachtet werden (hypothetischer Konsens), lösbar ist, bedarf der sorgfältigen Prüfung.

III. Grundüberlegungen zur am Normzweck ausgerichteten Interpretationsmethode rechtlicher Regelungen

In der herkömmlichen Methodendiskussion der Rechtswissenschaft steht der Zusammenhang zwischen Normziel und Interpretation im Zentrum der teleologischen Interpretationsmethode.⁶ Schließt diese vom Normzweck auf die angemessene Interpretation, so verwendet sie das Zweck-Mittel-Paradigma.⁷ Sie arbeitet mit

⁵ Vgl. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 605–609; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 172, 227–236; Rottleuthner, *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz*, S. 27 ff.; Kirchner, in: Hof/Schulte (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht III*, S. 33; Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*; Wälde, *Juristische Folgenorientierung*.

⁶ Vgl. für viele: Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 600–603; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 435–463; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 222–227; Rüthers, *Rechtstheorie*, Rn. 717–730.

⁷ Zum Zweck-Mittel-Paradigma: Streit, *Theorie der Wirtschaftspolitik*, S. 270; Mertens/Kirchner/Schanze, *Wirtschaftsrecht*, S. 46 f.

der These, daß die Interpretation ein relevanter Faktor für die Erreichung des Normzwecks ist. Unterschiedliche Interpretationsvarianten stellen Mittel dar, die im Rahmen des Zweck-Mittel-Verhältnisses unter dem Gesichtspunkt einer möglichst genauen Zielerreichung eingesetzt werden.

Dann geht es um zwei Probleme: (1) Mögliche methodische Defizite des Zweck-Mittel-Paradigmas, (2) Qualität der Analyse, ob und wie weit unterschiedliche Interpretationsvarianten sich zur Erreichung des Normzwecks eignen (Wirkungsanalyse).

Bezüglich der Verwendung des Zweck-Mittel-Paradigmas wird zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls wie in der rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion auf die in der Ökonomik vorgebrachten methodischen Einwände eingegangen wird.

Bezüglich der vorzunehmenden Wirkungsanalyse ist entscheidend, daß synthetisch-nomologische, also empirisch gehaltvolle, nachprüfbare Aussagen darüber gemacht werden können, wie sich unterschiedliche Interpretationsvarianten für die Zielerreichung eignen. Die Qualität dieser – positiven – Aussagen ist zentrales Element bei der Verwendung einer teleologischen Methode der Norminterpretation. Sie wiederum hängt vom verwendeten methodischen Ansatz ab.

Die zwei möglichen Schwachpunkte des skizzierten methodischen Vorgehens liegen zum einen in möglichen Defiziten des Zweck-Mittel-Paradigmas, zum anderen im für die Wirkungsanalyse gewählten theoretischen Ansatz.

IV. Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts: Implikation für die Methodik der Interpretation

1. Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁸ stellt in der Präambel, in Art. 2 und 3 maßgeblich auf wirtschaftliche Zielsetzungen ab. Die Tätigkeit der Gemeinschaft erschöpft sich allerdings nicht darin. Dennoch ist unverkennbar, daß die wirtschaftliche Integration das Herzstück der europäischen Integration ist.⁹ Die Durchsetzung der Grundfreiheiten (Freizügigkeit von Personen, Waren, Dienstleistungen, Kapital und Niederlassungsfreiheit) zusammen mit dem am Binnenmarktziel orientierten Harmonisierungsprogramm (Art. 94, 95 EG) stellen sich ökonomisch als Instrumente der Integration der früher voneinander getrennten und gegeneinander abgeschotteten nationalen Märkte der Mitgliedstaaten dar.

Die Richtlinie gem. 249 Abs. 3 EG ist das wichtigste Instrument der Harmonisierung des Rechts der Mitgliedstaaten. Sie legt die Ziele verbindlich fest, überläßt den Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet ist, jedoch die Wahl der Form und der Mittel. Das hat zur Konsequenz, daß – unabhängig von der Detailliertheit der Regelungen

⁸ ABl. Nr. C 325/33.

⁹ *Kirchner*, in: Schuppert u.a. (Hrsg.), *Europawissenschaft*, S. 398 f., 413–415.

1. Teil: Grundlagen

der Richtlinie, die den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten stark einschränken kann – die Richtlinie entweder in ihren Regelungen explizit die Ziele nennt oder diese in den Erwägungsgründen aufführt.¹⁰

Sowohl das Primärrecht der Gemeinschaft wie auch das Sekundärrecht sind also stark ökonomisch zielorientiert. Der Grund dafür liegt darin, daß die Konstruktion der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, später der Europäischen Gemeinschaft, so angelegt war, daß rechtliche Instrumente in Gestalt von Zweckprogrammen eingesetzt werden, um das wirtschaftliche Integrationsziel zu erreichen. Die Europäische Gemeinschaft ist deshalb Rechtsgemeinschaft, um Wirtschaftsgemeinschaft zu werden. Das muß sich auf den spezifischen Charakter der zielgerichtet eingesetzten rechtlichen Regelungen auswirken.

2. Methodische Implikationen der ökonomischen Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts

Die ökonomische Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts erfordert ein besonderes Zusammenwirken zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht auf der einen Seite und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten auf der anderen Seite. Dies ist durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gekennzeichnet¹¹, der damit gerechtfertigt wird, daß andernfalls das Integrationsziel verfehlt würde. Für die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bedeutet der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, daß sie (1) Gemeinschaftsrecht in einer Art und Weise umzusetzen haben, daß die (gemeinschaftsrechtlich definierte) Zielerreichung gewährleistet ist, (2) die Interpretation des in nationales Recht umgesetzten Gemeinschaftsrechts sich an der gemeinschaftsrechtlich definierten Zielsetzung orientiert, und (3) der nationale Gesetzgeber keine Regelungen erläßt, die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen oder dessen Wirkung behindern. Damit werden für Gebiete, die der gemeinschaftsrechtlichen Regelung unterworfen sind, enge Grenzen für eine nationale Rechtsfortbildung seitens der Mitgliedstaaten gesetzt. Das gilt sowohl für die legislative wie für die judikative Rechtsfortbildung. Für letztere ist mit dem Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 EG nicht nur eine spezifische Verfahrensnorm für die Behandlung von Auslegungsproblemen umgesetzten Gemeinschaftsrechts geschaffen worden, sondern auch eine Kompetenznorm für den Europäischen Gerichtshof. Er hat es in der Hand, über seine Judikatur in Vorabentscheidungen die Zielerreichung des Gemeinschaftsrechts zu sichern. Das gilt nicht nur für Sekundärrecht der Gemeinschaft, sondern auch für Primärrecht, soweit nämlich nationales Recht der Mitgliedstaaten mit diesem Primärrecht kollidiert.

¹⁰ Vgl. EuGH v. 4.12.1997 – Rs. C-97/96 *Daihatsu*, Slg. 1997, I-684 Rn. 22; EuGH v. 19.11.1996 Rs. C-42/95 *Siemens* ./ *Nold*, Slg. 1996, I-6017 Rn. 13; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 156; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 531.

¹¹ EuGH v. 3.6.1964 – Rs. 6/64 *Costa* ./ *E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251; vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 168–225; *Mayer*, in: *Schuppert u.a.* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, S. 458–462; *Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*.

Ist es sowohl Aufgabe der nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten wie auch des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz, bei der Rechtsfortbildung von Gemeinschaftsrecht die Zielorientierung der betreffenden Regelungen nicht nur zu beachten, sondern sie zum Leitstern der Interpretation zu machen, so muß sich dies in der gewählten Interpretationsmethode niederschlagen.

3. Methodische Antworten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der Literatur

Die in den Vorabschnitten dargelegte Problematik schlägt sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der Literatur nieder. Die Problemlösungen unterscheiden sich zwar in Nuancen, sind aber im Ansatz sehr wohl vergleichbar. Es wird eine Interpretationsmethode gewählt, die auf die Zielsetzung der Norm abstellt (teleologische Interpretationsmethode).¹² Daneben wird auf die systematische Interpretationsmethode abgestellt¹³ sowie auf die dynamische.¹⁴

Nach der teleologischen Interpretationsmethode wird die Auslegung gesucht, die am besten dem Normzweck entspricht.¹⁵ Entscheidend ist dann zuerst, wie der Normzweck zu bestimmen ist. Während in der Methodendiskussion in Deutschland¹⁶ weithin im Sinne einer objektiv-teleologischen Interpretationsmethode auf die Position des objektivierten Gesetzgebers abgestellt wird,¹⁷ wird für die Auslegung europäischen Gemeinschaftsrechts darauf verwiesen, daß die Integration ein fortschreitender Prozeß sei und deshalb dieser Dynamik auch in der Interpretation Rechnung zu tragen sei, also eine ‚dynamische Interpretation‘ im Sinne integrationsfördernder Lösungen zu suchen seien; dieser Gedanke wird mit dem Grundsatz verbunden, die Auslegung habe der Norm praktische Wirksamkeit zu verleihen (*effet utile*).¹⁸

¹² Vgl. EuGH v. 26.2.1975 – Rs. 67/74 *Bonsignore* ./, *Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, Slg. 1975, 297 Rn. 5; EuGH v. 14.2.1980 – Rs. 84/79 *Meyer Uetze* ./, *Hauptzollamt Berlin-Packdorf*, Slg. 1980, 291 Rn. 5 ff.; EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 *C.I.L.F.I.T.*, Slg. 1982, 3415; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 202–230; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 531; *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, S. 37; *Kilian*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Rn. 335; *Lutter*, JZ 1992, 593, 602 f.; *Menzel*, in: Paschke (Hrsg.), *Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht*, S. 60–62; *Möllers*, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*, S. 57; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 498.

¹³ Vgl. *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 177–201; *Hommelhoff*, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, S. 34–36; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 531; *Zuleeg*, EuR 1969, 97, 102 f.

¹⁴ Vgl. *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 213–216; *Meyer*, *Jura* 1994, 455, 457; *Zuleeg*, EuR 1969, 97, 105 f.

¹⁵ Vgl. für viele: *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 600–603; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 435–463; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 222–227; *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 717–730.

¹⁶ Kritisch insbes. *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 717–730.

¹⁷ Vgl. *Kirchner*, in: Hof/Schulte (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht III*, S. 34.

¹⁸ Vgl. *Bleckmann*, NJW 1982, 1180; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 208–211; *Everling*, JZ 2000, 217, 223; *Kilian*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Rn. 355.

1. Teil: Grundlagen

Allerdings wird dem entgegengehalten, daß mit der Einführung des Subsidiaritätsprinzips keineswegs einseitig auf eine fortschreitende Integration hinarbeiten sei, daß vielmehr ein Ausgleich zwischen den Interessen an der europäischen Integration und den Interessen der Mitgliedstaaten zu suchen sei.¹⁹ Damit eröffnen sich für denjenigen, der eine Norm des Gemeinschaftsrechts auslegt und fortentwickelt, weite Spielräume, da nunmehr mit der Gewichtung der Interessen – entweder mehr Integration oder mehr Regelungskompetenz auf der Mitgliedstaatenebene im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – der Norminterpret in der Lage ist, mit der Wahl des Normzwecks das Ergebnis der Auslegung zu steuern. Es besteht die Gefahr einer tautologischen Argumentation.

Die Gefahr tautologischer Argumentation ist ein Defizit der objektiv-teleologischen Interpretationsmethode nicht nur bei ihrer Anwendung auf die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Dieses Defizit ist immer dort besonders groß, wo entweder mit inkonsistenten Zielkatalogen gearbeitet wird, wo aufgrund politischer Abstimmung die Ziele als Formelkompromisse formuliert sind, oder wo besonders unbestimmte Zielsetzungen gewählt wurden, um der Entwicklung der Regelungsmaterie durch die Rechtsprechung keine zu engen Grenzen abzustecken. An diesen drei Beispielen zeigt sich, daß die Wahl der Interpretationsmethode ein entscheidender Faktor für die Abgrenzung der Gewalten Legislative und Judikative ist. Wird auf den objektivierten Normzweck einer Regelung für deren Interpretation abgestellt, so kann die Legislative gleichsam Normsetzungsbefugnis auf die Judikative verlagern. Umgekehrt kann die Judikative, insbesondere, wenn sie Argumente einer ‚dynamischen‘ Interpretation verwendet, ihren eigenen Rechtsfortbildungsspielraum autonom erweitern. Ohne wertend beurteilen zu wollen, ob die Entwicklung im europäischen Gemeinschaftsrecht positiv oder negativ zu sehen ist, kann jedenfalls festgestellt werden, daß die Rolle des Europäischen Gerichtshofs als ‚Motor der Integration‘²⁰ auf die ‚dynamische‘ Interpretationsmethode zurückzuführen ist, die dieser in wichtigen Urteilen herangezogen hatte.²¹

Die in der rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion erörterten Defizite der objektiv-teleologischen Interpretationsmethode blenden zwei wichtige weitere methodische Defizite aus, nämlich die methodische Angreifbarkeit des Zweck-Mittel-Paradigmas und die Gefahr des Verzichts auf vergleichende Wirkungsanalysen unterschiedlicher Interpretationsvarianten.

¹⁹ Vgl. *Zuleeg*, EuR 1969, 97, 104.

²⁰ Vgl. für viele *Streinz*, Europarecht, S. 21 f.

²¹ Vgl. *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 213–216; *Meyer*, Jura 1994, 455, 457; *Zuleeg*, EuR 1969, 97, 105 f.

V. Methodische Defizite herkömmlicher Ansätze

1. Methodische Defizite des Zweck-Mittel-Paradigmas

Das Zweck-Mittel-Paradigma²² ist ein Optimierungsprogramm. Es fragt alternativ, welches bestmögliche Ziel mit einem gegebenen Mitteleinsatz erreicht werden kann, oder wie ein gegebenes Ziel mit einem minimalen Mitteleinsatz erreicht werden kann. Damit ist es Ausdruck der ökonomischen Zweckrationalität im Sinne von Max Weber.²³ Es war und ist ein in der Theorie der Wirtschaftspolitik viel verwendetes Paradigma. Das liegt schon deshalb nahe, weil es auf der Linie einer normativen Ökonomik liegt, die ihre Aufgabe darin sieht, Beiträge zur Überwindung oder Linderung der Ressourcenknappheit zu leisten. Jede Vergeudung von Ressourcen widerspricht diesem Ziel. Also geht es im Sinne des auch als ‚ökonomisches Prinzip‘ bezeichneten Paradigmas um sparsame Ressourcenverwendung. Ein gegebenes Ziel ist also mit einem minimalen Ressourceneinsatz zu erreichen. Dann sind diese Ressourcen so einzusetzen, daß keine Allokation denkbar ist, bei der ein besseres Ergebnis (output) erzielt werden könnte (effiziente Ressourcenallokation). Zwischen Zweck-Mittel-Paradigma, ökonomischem Prinzip und effizienter Ressourcenallokation besteht also sowohl methodisch wie wertungsmäßig ein Gleichklang.

Ohne hier auf die methodischen Defizite des Ziels der Allokationseffizienz einzugehen, können gegen das Zweck-Mittel-Paradigma drei grundsätzliche Einwände formuliert werden.²⁴ (1) Die Konzentration auf die Zweck-Mittel-Problematik klammert die Zieldiskussion weitgehend aus; es wird axiomatisch argumentiert. (2) ‚Nebenwirkungen‘ der eingesetzten Mittel werden entweder nicht in Rechnung gestellt oder allenfalls als Störfaktoren gesehen. Es geht dabei um die nicht intendierten Handlungsfolgen im Hayekschen Sinne²⁵, die ein erhebliches Problem für den zweckrationalen Einsatz von Instrumenten zur Steuerung sozialer Interaktionen darstellt. (3) Die Wechselwirkungen zwischen Mitteln und Zwecken werden systematisch ausgeblendet. Damit geraten Zirkularitäten zwischen Mitteln und Zwecken nicht in den Blick.

Solange das Zweck-Mittel-Paradigma auf der Ebene einer Common Sense-Argumentation eingesetzt wird, fallen die genannten Defizite nicht weiter ins Auge. Das bedeutet aber nicht, daß sie deshalb hinzunehmen wären. Eine Auswahl von Mitteln im Sinne des Optimierungsprogramms des Zweck-Mittel-Paradigmas kann damit zur Folge haben, daß die Diskussion verkürzt geführt wird und das normative Fundament – nämlich das ökonomische Prinzip – nicht tragfähig ist. Diese gravierende Problematik wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der objektivteleologischen Interpretationsmethode nicht angesprochen.

²² Zum Zweck-Mittel-Paradigma Nachweise oben in Fn. 7.

²³ Vgl. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 13.

²⁴ Zur Kritik des Zweck-Mittel-Schemas vor allem: Homann, *Die Interdependenz von Zielen und Mitteln*.

²⁵ Hayek, *Freiburger Studien*, S. 97.

1. Teil: Grundlagen

2. Methodische Defizite von Wirkungsanalysen

Um beurteilen zu können, ob und welche Probleme in Bezug auf Wirkungsanalysen im Rahmen der teleologischen Interpretationsmethode auftreten, ist zuerst kurz zu skizzieren, wie solche Wirkungsanalysen durchzuführen wären, bewegte man sich streng auf dem Boden des Zweck-Mittel-Paradigmas und dem ‚klassischen‘ Kanon der rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden. Es wären dann in einem ersten Schritt mit Hilfe des Instrumentariums der Wortauslegung und der systematischen Auslegung diejenigen Interpretationsvarianten herauszufiltern, die juristisch-dogmatisch als Lösungen in Betracht kommen.²⁶ Dadurch wird der Möglichkeitsraum für Rechtsfortbildung über Rechtsauslegung aus juristisch-dogmatischer Sicht abgesteckt. Übertragen in eine demokratietheoretische Argumentation geht es um ein Legitimationsproblem, nämlich das Abstecken der Grenzen der Rechtsetzung durch die Judikative, die ihre Legitimation – und damit auch ihre Unabhängigkeit – aus ihrer Funktion als Rechtsanwenderin des von der Legislative gesetzten Rechts zieht. Die Diskussion um diese Grenzen wird streitig geführt.²⁷ Dem ist hier aber nicht nachzugehen. Denn auf dem Gebiet des europäischen Gemeinschaftsrechts wird eine Rechtsfortbildungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs heute weitgehend akzeptiert, aber in den Grenzen, die durch die ‚klassischen‘ Interpretationsmethoden gezogen werden, zu denen auch Wortlautauslegung und systematische Auslegung zählen.

Sind die ‚möglichen‘ Interpretationsvarianten bestimmt, ist in einem zweiten Schritt – sofern man unterstellt, daß Einigkeit bezüglich des Regelungszieles besteht, – zu klären, welche dieser Varianten sich als für die Zielerreichung am geeignetsten erweist. Für die verschiedenen Interpretationsvarianten sind Prognosen erforderlich, welche Auswirkungen tatsächlich zu erwarten sind. Es geht nicht um Sollensaussagen, sondern um Ist-Aussagen. Die Aussagen sind, sollen sie wissenschaftlich nachprüfbar sein, als falsifizierbare Hypothesen zu formulieren. Werden sie falsifiziert, etwa durch wissenschaftliche Urteilsanalysen, können sie in dieser Form nicht mehr als Fundament der Auslegung verwendet werden. Im Lichte dieser Anforderungen an Wirkungsanalysen im Rahmen der Normauslegung nach der teleologischen Interpretationsmethode lassen sich zwei Anforderungen formulieren, die an diese Analysen zu stellen sind: (1) Es sind *vergleichende* Wirkungsanalysen zu erstellen, da es um den relativen Grad der Zielerreichung geht. (2) Die verwendeten Annahmen und die Methodik sind offenzulegen, damit eine Falsifizierung der gewonnenen Hypothesen möglich ist.

Vor dem Hintergrund dieser Skizze einer modellhaften Anwendung der teleologischen Interpretationsmethode wird deutlich, wo in der Realität mögliche Defizite liegen: (1) Es wird nur auf *eine* Interpretation abgestellt, ohne den Möglichkeitsraum der Interpretationsvarianten abzustecken. Eine *vergleichende* Wirkungsanalyse

²⁶ Vgl. Kirchner/Koch, Zeitschrift für Sozialwissenschaften, 11 (1989), S. 120–124.

²⁷ Vgl. Everling, JZ 2000, 217, 223; Hillgruber, in: Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit; Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 535; Ott, EuZW 2000, 293–298.

wird dann unmöglich. (2) Es werden Annahmen und Methodik des Vorgehens nicht offengelegt. (3) Es werden Aussagen in einer Weise formuliert, daß sie nicht falsifiziert werden können.

3. Zwischenfazit

Bei der Interpretation europäischen Gemeinschaftsrechts wird der Funktionszusammenhang zwischen ökonomischer Zielsetzung der Norm und der Wahl der angemessenen Interpretation gesehen. Die verwendete Methodik weist aber zwei grundlegende Defizite auf: (1) Das zur Anwendung gelangende Zweck-Mittel-Paradigma eröffnet unkontrollierte Spielräume und führt zu zirkulären Argumentationen. (2) Die in der teleologischen Interpretationsmethode durchzuführenden vergleichenden Wirkungsanalysen weisen erhebliche methodische Mängel auf.

VI. Ein ökonomischer Ansatz für vergleichende Wirkungsanalysen

1. Hypothesenbildung

Für die Auslegung rechtlicher Regelungen, die auf ökonomische Zielsetzungen gerichtet sind, liegen Wirkungsanalysen nahe, die sich des Instrumentariums der ökonomischen Theorie bedienen, die zu Hypothesen über die erwarteten Wirkungen der Auslegung führen. Wenn es etwa darum geht, welche Interpretationsvariante zu einer deutlicheren Reduktion von Transaktionskosten führt, die wiederum Voraussetzung für eine schnellere Realisierung des europäischen Binnenmarktes ist, sind Hypothesen über die erwarteten ökonomischen Wirkungen der betreffenden Interpretationsvarianten aufzustellen.

2. Unabhängige und abhängige ‚ökonomische‘ Variable

Die Art von Hypothesenbildung für die Interpretation rechtlicher Regelungen liegt auf der Ebene dessen, was ökonomische Theorie üblicherweise leistet, wenn sie fragt, wie sich die Änderung einer unabhängigen Variablen (etwa der Zinssatz, zu dem die Zentralbank Wechsel ankauft – Diskontsatz) auf abhängige Variablen auswirkt (etwa die prozentuale Änderung der Anlageinvestitionen). Unabhängige Variablen werden auch als Restriktionen (*constraints*) oder Sanktionen (*sanctions*) oder Anreize (*incentives*) bezeichnet. Man kann bei der Änderung unabhängiger Variablen auch von einer Änderung des Anreiz-/Sanktionssystems sprechen. Allgemeiner ist im umfassenden Sinne von Änderungen von Restriktionen die Rede.

1. Teil: Grundlagen

3. Wirkungsweise der Änderung von Restriktionen (unabhängigen Variablen)

Verändern sich Restriktionen (unabhängige Variable), führt dies zu Verhaltensänderungen bei den Adressaten dieser Restriktionen, also bei denen, deren Anreiz-/Sanktionssystem verändert wird. Im Beispiel der veränderten Höhe der Anlageinvestitionen werden diejenigen, die Investitionsentscheidungen zu treffen haben, die veränderten Restriktionen in ihr Entscheidungskalkül aufnehmen. Die Folge ist eine Änderung sozialer Interaktionen. Insofern ist Ökonomik eine Sozialwissenschaft.²⁸

4. Rechtliche Regelungen als unabhängige Variable

Bei der Änderung der unabhängigen Variable ist es nicht ausschlaggebend, ob diese auf natürliche Ursachen zurückzuführen ist (etwa eine Erwärmung infolge einer Klimaänderung), ob sie auf administrativen Maßnahmen beruht (etwa Änderung des Diskontsatzes durch die Zentralbank) oder ob es sich um Änderungen im rechtlich-institutionellen Rahmen der betreffenden Volkswirtschaft handelt (etwa um eine Änderung im Außenhandelsrecht, durch welche Handelsschranken gesenkt werden). Unterscheidet man – wie dies in modernen ökonomischen Abhandlungen getan wird²⁹ – zwischen der Handlungsebene und der Ebene der Handlungsbedingungen, so sind es Änderungen auf der Ebene der Handlungsbedingungen, die als ökonomische Variable von Interesse sind, wenn der ökonomische Ansatz auf Fragen der Gestaltung der Rechtsordnung bezogen werden soll. Es ist von daher problemlos möglich, Änderungen rechtlicher Regelungen als ‚ökonomische‘ Variable zu behandeln, bzw. sie als Variable in Untersuchungen zu behandeln, in denen der ökonomische Theorieansatz verwendet wird. Das ist nicht eine Neuerung, die erst mit der Entwicklung der Ökonomischen Analyse des Rechts (*economic analysis of law*) entdeckt worden ist.³⁰ In der Außenhandelstheorie wurden Änderungen im Außenhandelsrecht, etwa die Einführung oder Abschaffung von Zöllen oder Einfuhrkontingenten, in der Wettbewerbstheorie Änderungen kartellrechtlicher Regelungen als ‚ökonomische‘ Variable behandelt. Änderungen rechtlicher Regelungen können solche legislativer Art (etwa Gesetzesänderungen) oder judikativer Art (richterliche Rechtsfortbildung) sein.

Handelt es sich bei der betreffenden unabhängigen Variablen um eine rechtliche Regelung – oder eine Interpretationsvariante einer solchen –, so fragt ein ökonomischer Ansatz, welche Verhaltensänderungen beim Regelungsadressaten durch eine Änderung der Variablen bewirkt werden. Daß diese Art der Herangehensweise an

²⁸ Homann/Suchanek, *Ökonomik*, S.29–31; Frey, *Ökonomie ist Sozialwissenschaft*.

²⁹ Homann/Suchanek, *Ökonomik*, S. 37 f.

³⁰ Vgl. Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, S. 45 ff.; Schmoller, *Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre*.

die Analyse von Rechtsänderungen in der Rechtswissenschaft keineswegs unbekannt ist, zeigt die Lehre von der Generalprävention im Strafrecht. Dort wird mit der Hypothese gearbeitet, daß ein Zusammenhang zwischen der rechtlich angeordneten Sanktion und dem Verhalten potentieller Straftäter besteht.³¹

5. Änderung von Restriktionen bei Konstanz der Präferenzen

Im ökonomischen Theorieansatz ist entscheidend, daß bei der Untersuchung der Abhängigkeit einer Variablen von Änderungen einer anderen Variablen – einer Restriktion – nicht gleichzeitig andere Faktoren geändert werden, die Einfluß auf das Ergebnis haben. So ist von der Konstanz der Präferenzen der handelnden Akteure im Zeitraum, auf den sich die Untersuchung bezieht, auszugehen.³² Man kann den ökonomischen Ansatz deshalb als eine Untersuchung von Handlungsänderungen aufgrund der Änderungen von Anreizen und Sanktionen bei konstanten Präferenzen begreifen.

6. Annahme eigennutzorientierten Rationalverhaltens

Will man Aussagen zur Auswirkung der Änderung unabhängiger Variablen – nämlich von Restriktionen – auf abhängige Variable machen, so setzt dies voraus, Verhaltensannahmen zu machen, wie die Betroffenen reagieren. Es ist eine allgemeine Annahme darüber erforderlich, wie Menschen Entscheidungen treffen, wenn sich Anreize oder Restriktionen ändern. Die Ökonomik unterscheidet sich von anderen Sozialwissenschaften dadurch, daß sie Annahme eigennutzorientierten Rationalverhaltens einführt.³³ Es wird davon ausgegangen, daß Akteure auf Änderungen von Anreizen und Sanktionen so reagieren, daß sie sich an ihrer individuellen Wohlfahrt, ihrem Nutzen, orientieren. Eine Entscheidung soll dann als rational gelten, wenn sie entsprechend diesem Nutzenkalkül gefällt wird. Entscheidend ist der individuelle Nutzen.³⁴

³¹ Vgl. Kirchner, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, S. 108 ff.

³² Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 4; Voigt, Institutionenökonomik, S. 27.

³³ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 3; Homann/Suchanek, Ökonomik, S. 27 f.; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 3.

³⁴ Vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 3; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 3.