

Anne-Christin Mittwoch

Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht

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

Herausgegeben von
Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambridge),
München; Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M.
(Berkeley), Berlin; Professor Dr. Susanne Kalss, LL.M.
(Florenz), Wien; Professor Dr. Wolfgang Kerber,
Marburg; Professor Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J.
(Austin/Texas), Bochum; Professor Dr. Heike
Schweitzer, LL.M. (Yale), Mannheim; Professor Dr.
Hans-Peter Schwintowski, Berlin; Professor Dr.
Reinhard Singer, Berlin; Professor Dr. Christine
Windbichler, LL.M. (Berkeley), Berlin

EIW Band 47

Anne-Christin Mittwoch

Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht

Methode, Implikationen und Durchführung

DE GRUYTER

Dr. iur. *Anne-Christin Mittwoch*, Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-11-031668-1

e-ISBN 978-3-11-031680-3

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Einbandabbildung: © Mike Kemp/Getty Images

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

☼ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com



Für Momo

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/13 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis April 2013 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M. Er verstand es, mir größtmöglichen Freiraum für mein wissenschaftliches Arbeiten zu lassen und gleichzeitig durch anregende Gespräche und konstruktive Kritik eine optimale Betreuung zu gewährleisten. Auch für die schöne Zeit an seinem Berliner Lehrstuhl möchte ich ihm danken. Ebenso danke ich auch Prof. Dr. Eva Inés Obergfell für ihre engagierte Zweitkorrektur.

Ferner danke ich den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Für die kritische Durchsicht des Manuskripts möchte ich meinem guten Freund Andreas Stoiber danken. Ohne sein Lektorat und seine fortwährende Motivation wäre die Arbeit sicherlich nicht so schnell zum Abschluss gelangt.

Schließlich bedanke ich mich herzlich bei meinen Freunden und Kollegen für Unterstützung und Inspiration. Besonders Prof. Dr. Susanne Augenhöfer, LL.M., Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M. und Prof. Dr. Moritz Renner haben durch konstruktive Anregungen und hilfreiche Gespräche zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Das gleiche gilt für Falko Glasow, der darüber hinaus in den beinahe vier Jahren des Lehrstuhl- und Dissertationsalltags ein ständiger Begleiter und guter Freund war. Daneben danke ich meinen Freunden und Kollegen von Lehrstuhl und Fakultät Julia Redler, Angela Huhn, Tim Engel, Stefan Daniel, Britta Müller, Sarah Sorge und Ilya Levin. Der Dank für die persönliche Unterstützung durch meine Familie versteht sich von selbst. Über den Promotionspreis der Gesellschaft für Europäisches Privatrecht habe ich mich gefreut.

Last but not least möchte ich mich bei meiner Band bedanken, denn ohne Musik sind wir nichts. Danke Andy, Danny, Cam und Rocky Sonnenberg!

Berlin im April 2013

Anne-Christin Mittwoch

Inhaltsübersicht

Vorwort — VII

Abkürzungsverzeichnis — XIX

Einleitung — 1

- A. Ausgangspunkt — 1
- B. Gang der Untersuchung — 1

Teil 1. Konzeption und Bedeutung der Vollharmonisierung — 5

- A. Einordnung der Vollharmonisierung in die generelle Konzeption der Rechtsharmonisierung der EU — 5
- B. Die Geschichte der Harmonisierungsmethoden: ein Weg von der Voll- zur Mindestharmonisierung und wieder zurück? — 43
- C. Die Konzeption der Vollharmonisierung im Privatrecht — 58
- D. Wesentliche Ergebnisse — 94

Teil 2. Recht- und Zweckmäßigkeit der Vollharmonisierung — 97

- A. Primärrechtskonformität vollharmonisierender Richtlinien im Privatrecht — 99
- B. Die Implikationen der Vollharmonisierung im nationalen und Europäischen Privatrecht — 150
- C. Die Vollharmonisierung im Verhältnis zu ihren Alternativen — 211
- D. Wesentliche Ergebnisse — 228

Teil 3. Durchführung der Vollharmonisierung in ausgewählten Regelungsbereichen — 234

- A. Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen — 236
- B. Vollharmonisierung vorvertraglicher Informationspflichten — 260
- C. Wesentliche Ergebnisse und abschließende Bemerkungen — 282

Literaturverzeichnis — 287

Sachregister — 319

Inhaltsverzeichnis

Vorwort — VII

Abkürzungsverzeichnis — XIX

Einleitung — 1

- A. Ausgangspunkt — 1
- B. Gang der Untersuchung — 1

Teil 1. Konzeption und Bedeutung der Vollharmonisierung — 5

- A. Einordnung der Vollharmonisierung in die generelle Konzeption der Rechtsharmonisierung der EU — 5
 - I. Begriff und Wesen der Harmonisierung — 5
 - 1. Die Terminologie des AEUV — 5
 - 2. Die Begriffe der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung — 7
 - 3. Begriffsbestimmung auf der Grundlage des Harmonisierungszwecks — 8
 - 4. Wichtige Wesensmerkmale der Harmonisierung — 10
 - II. Instrumente der Harmonisierung — 12
 - 1. Legislatorische Rechtsharmonisierung — 13
 - a) Die Verordnung, Art. 288 Abs. 2 AEUV — 13
 - b) Die Richtlinie, Art. 288 Abs. 3 AEUV — 15
 - 2. Nichtlegislatorische Rechtsharmonisierung — 18
 - III. Methoden der Harmonisierung — 21
 - 1. Harmonisierungsintensität und Anwendungsbereich eines Rechtsaktes — 22
 - 2. Das Konzept der teilweisen Harmonisierung — 25
 - a) Mindestharmonisierung — 25
 - b) Optionelle Harmonisierung — 27
 - 3. Das Konzept der Vollharmonisierung — 29
 - a) Definition und Vorkommen — 29
 - b) Vollharmonisierung – ein Prinzip mit Ausnahmen — 33
 - aa) Originäre Abweichungsmöglichkeiten — 34
 - bb) Derivative Abweichungsmöglichkeiten — 35
 - c) Ausnahmen vom Anwendungsbereich und Verweise in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten — 38
 - c) Die Vollharmonisierung – ein widersprüchliches Konzept. — 40

- IV. Zusammenfassende Bewertung — 42
- B. Die Geschichte der Harmonisierungsmethoden: ein Weg von der Voll- zur Mindestharmonisierung und wieder zurück? — 43
 - I. Relevanz des geschichtlichen Aspekts für die Vollharmonisierung — 43
 - II. Vollharmonisierung als Ausgangspunkt der Rechtsangleichung in der EU — 44
 - 1. Vollharmonisierung als favorisierte Methode — 44
 - 2. Die Gründe für das Scheitern der Vollharmonisierung — 47
 - III. Die Neue Strategie von 1985 – die Geburtsstunde der Mindestharmonisierung und ihrer Folgeprobleme — 50
 - 1. Die Mindestharmonisierung als Katalysator der Privatrechtsangleichung — 50
 - 2. Die Probleme der Mindestharmonisierung — 53
 - IV. Die Rückkehr des Konzeptes der Vollharmonisierung — 56
- C. Die Konzeption der Vollharmonisierung im Privatrecht — 58
 - I. Die vollharmonisierenden Richtlinien des Privatrechts — 58
 - 1. Die Produkthaftungsrichtlinie (1985 / 2002) — 60
 - 2. Die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2002) — 62
 - 3. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005) — 65
 - 4. Die Zahlungsdiensterichtlinie (2007) — 70
 - 5. Die Verbraucherkreditrichtlinie (2008) — 73
 - 6. Die Timesharingrichtlinie (2009) — 76
 - 7. Die Verbraucherrechterichtlinie (2011) — 78
 - 8. Die Pauschalreiserichtlinie (geplante Novelle) — 85
 - II. Auswirkung der Harmonisierungspraxis auf das Konzept der Vollharmonisierung — 86
 - 1. Die Aufweichung des Konzepts der Vollharmonisierung — 86
 - 2. Gezielte Vollharmonisierung: Die Rolle der (Full) Targeted Harmonisation — 89
- D. Wesentliche Ergebnisse — 94

Teil 2. Recht- und Zweckmäßigkeit der Vollharmonisierung — 97

- A. Primärrechtskonformität vollharmonisierender Richtlinien im Privatrecht — 99
 - I. Kompetenz der EU für eine Vollharmonisierung im Privatrecht — 99

1. Privatrechtliche Kompetenzgrundlagen und Vollharmonisierung — **100**
 - a) Art. 81 AEUV — **103**
 - b) Art. 18 Abs. 2, Art. 19 Abs. 1, Art. 157 Abs. 3 AEUV — **105**
 - c) Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV — **105**
 - d) Art. 169 AEUV — **106**
 - e) Art. 53 Abs. 1, 62, 115, 114 AEUV — **110**
 - f) Art. 352 AEUV — **112**
2. Das Verhältnis von Art. 169 AEUV und Art. 114 AEUV — **114**
3. Zusammenfassende Bewertung — **117**
- II. Konkretisierung der Voraussetzungen des Art. 114 AEUV — **117**
 1. Ausgangspunkt und Relevanz der Tatbestandsmerkmale des Art. 114 AEUV — **117**
 2. Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen — **120**
 - a) Vorliegen spürbarer Wettbewerbsverzerrungen im Allgemeinen — **120**
 - b) Spürbare Wettbewerbsverzerrungen durch Unterschiede der nationalen Privatrechte — **121**
 3. Beseitigung von Hemmnissen für die Grundfreiheiten — **126**
 4. Weitere Kriterien: Verbraucher- bzw. Unternehmensvertrauen — **129**
 5. Zusammenfassende Bewertung — **133**
- III. Materielle Grenzen der Vollharmonisierung — **134**
 1. Subsidiaritätsprinzip und Vollharmonisierung im Privatrecht — **135**
 - a) Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen des Art. 114 AEUV — **135**
 - b) Vereinbarkeit der Vollharmonisierung mit dem Subsidiaritätsprinzip — **137**
 - aa) Absinken des nationalen Verbraucherschutzniveaus — **138**
 - bb) Das primärrechtliche Gebot eines hohen Verbraucherschutzniveaus — **140**
 - cc) Zwischenergebnis — **143**
 2. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Vollharmonisierung im Privatrecht — **143**
 - a) Die vollharmonisierende Richtlinie als verhältnismäßige Handlungsform — **145**
 - b) Die Kriterien für die Verhältnismäßigkeit einer Vollharmonisierung — **147**

- B. Die Implikationen der Vollharmonisierung im nationalen und Europäischen Privatrecht — **150**
 - I. Die Auswirkungen der Vollharmonisierung auf Kohärenz und Systembildung — **150**
 - 1. Ausgangspunkt: Die Kohärenz einer Rechtsordnung als Wert an sich — **150**
 - 2. Kohärenz und Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien — **153**
 - a) Defragmentierung der nationalen Privatrechtssysteme durch vollharmonisierende Richtlinien — **153**
 - b) Systemerhaltung bei der Umsetzung von Richtlinien – insbesondere überschießende Umsetzung — **157**
 - c) Systemerhaltung bei Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien — **159**
 - aa) Außerhalb des Anwendungsbereiches: Überschießende Umsetzung — **159**
 - bb) Innerhalb des Anwendungsbereiches: Inhaltliche Übererfüllung — **161**
 - cc) Koordinierung der Unionsrechtsakte im nationalen Recht — **163**
 - d) Zusammenfassende Bewertung — **163**
 - 3. Kohärenz und Auslegung vollharmonisierender Richtlinien — **164**
 - a) Konkretisierungskompetenz und –methoden im Europäischen Privatrecht — **164**
 - aa) Die Verteilung der Konkretisierungskompetenz zwischen EuGH und nationalen Gerichten — **166**
 - bb) Konkretisierungsmethoden des EuGH: Die Problematik der Referenzordnung — **169**
 - b) Die Kompetenz zur Auslegung vollharmonisierender Richtlinien — **170**
 - aa) Notwendige Konkretisierungskompetenz des EuGH bei Vollharmonisierung — **171**
 - bb) Kein Einfluss der Vollharmonisierung auf die Konkretisierungskompetenz — **174**
 - cc) Vollharmonisierung als Indiz für eine Konkretisierungskompetenz des EuGH — **176**
 - c) Zusammenfassende Bewertung — **177**
 - II. Ökonomische Fragestellungen der Vollharmonisierung — **177**

1. Effizienzgewinne für den Binnenmarkt durch Vollharmonisierung — **180**
 - a) Bedeutung der Transaktionskosten im Allgemeinen — **180**
 - b) Rechtsunterschiede als Quelle für Transaktionskosten — **182**
 - c) Transaktionskostenreduktion durch Vollharmonisierung — **184**
 - d) Relevanz einer Transaktionskostenreduktion durch Vollharmonisierung — **187**
2. Die Kosten der Implementierung vollharmonisierender Richtlinien — **192**
3. Wettbewerb der Rechtsordnungen und Vollharmonisierung — **194**
 - a) Problemstellung — **194**
 - b) Der Wettbewerb der Regelgeber: Begriff und Funktionsweise — **197**
 - aa) Institutioneller Wettbewerb oder Systemwettbewerb — **199**
 - bb) Ideenwettbewerb — **201**
 - c) Vorteile des Wettbewerbs gegenüber der Vollharmonisierung — **202**
 - d) Wettbewerb der Regelgeber im Europäischen Vertragsrecht? — **205**
 - aa) Existenz eines direkten institutionellen Wettbewerbs — **206**
 - bb) Existenz eines indirekten institutionellen Wettbewerbs — **208**
 - cc) Existenz eines Ideenwettbewerbs nach Hayek — **209**
 - dd) Die Problematik der Anbieterseite — **210**
4. Zusammenfassende Bewertung — **210**
- C. Die Vollharmonisierung im Verhältnis zu ihren Alternativen — **211**
 - I. Ausgangspunkt — **211**
 - II. Die Dichotomie von Voll- und Mindestharmonisierung — **213**
 - III. Vollharmonisierung und DCFR — **216**
 1. Der DCFR – Entstehung, Wesen und Funktion — **216**
 2. Verhältnis zwischen DCFR und Vollharmonisierung — **219**
 - IV. Vollharmonisierung und Optionales Instrument — **222**
 1. Das Optionale Instrument für ein Europäisches Vertragsrecht — **222**

2. Verhältnis zwischen Vollharmonisierung und Optionalem Instrument — 225

D. Wesentliche Ergebnisse — 228

Teil 3. Durchführung der Vollharmonisierung in ausgewählten Regelungsbereichen — 234

A. Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen — 236

I. Ausgangspunkt — 236

II. Mindestharmonisierung des AGB-Rechts durch die Klauselrichtlinie von 1993 — 238

1. Entwicklung, Ziel und Grundproblematik der Klauselrichtlinie — 238

2. Die Inhaltskontrolle nach Art. 3 KRL — 240

a) Die Problematik des Anhangs nach Art. 3 Abs. 3 KRL — 240

b) Die Problematik der Generalklausel — 242

III. Vollharmonisierung des AGB-Rechts im Entwurf für eine Verbraucherrechterichtlinie — 245

1. Die Inhaltskontrolle im Entwurf für eine Verbraucherrechterichtlinie — 245

2. Die Probleme vollharmonisierender Verbotslisten — 247

a) Systembrüche im Verhältnis zum nationalen Recht — 248

b) Änderung der Listen im Komitologieverfahren — 250

3. Probleme der vollharmonisierenden Generalklausel — 251

a) Fehlender Vergleichsmaßstab und Klauselkontrolle — 253

b) Überlegungen für eine Referenzordnung auf Unionsebene — 254

IV. Zusammenfassende Bewertung — 258

B. Vollharmonisierung vorvertraglicher Informationspflichten — 260

I. Vorvertragliche Informationspflichten im System des Europäischen Vertragsrechts — 261

1. Begründung und Bedeutung der Informationspflichten — 261

2. Die einzelnen verbraucherrechtlichen Richtlinien — 263

a) Fernabsatz und Haustürwiderruf — 263

b) E-Commerce — 264

c) Pauschalreisen — 265

d) Timesharing — 266

- II. Die Vollharmonisierung vorvertraglicher Informationspflichten in der Verbraucherrechterichtlinie — **266**
 - 1. Vollharmonisierung mit Einschränkungen — **266**
 - 2. Inhaltliche Ausgestaltung — **267**
 - 3. Vorteile der Vollharmonisierung — **269**
 - 4. Probleme der Vollharmonisierung — **270**
 - a) Generalklauselartige Informationspflichten — **270**
 - b) Unflexibler Pflichtenkatalog — **271**
 - c) Verhältnis zu bestehenden Informationspflichten — **272**
 - d) Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten — **277**
- III. Zusammenfassende Bewertung — **280**
- C. Wesentliche Ergebnisse und abschließende Bemerkungen — **282**

Literaturverzeichnis — 287

Sachregister — 319

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.O	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Acquis Principles (Principles of Existing EC Contract Law)
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CFR	Common Frame of Reference
C. M. L. Rev.	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Dok.	Dokument
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

EAGV	Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice
ECL	European Company Law
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ELR	European Law Review
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics
Eur. J. Pol. Econ	European Journal of Political Economy
EUV	Vertrag über die Europäische Union
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende bzw. Mehrere folgende Seiten, Abschnitte oder Paragraphen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FSAP	Financial Services Action Plan, Aktionsplan für Finanzdienstleistungen
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Harv.Int.L.J.	Harvard International Law Journal
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. e.	Im Sinne einer/s

i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
J. C. P.	Journal of Consumer Policy
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KMU	kleinere und mittlere Unternehmen
KOM	Kommissionsdokument
lit.	litera
Ltd.	Private Limited Company
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	The Modern Law Review
MMR	MultiMedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
ÖstZöfFR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PECL	Principles of European Contract Law
PHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
PICC	Principles of International Commercial Contracts (Unidroit)
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. trim. dr. eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RRa	ReiseRecht aktuell
Rs.	Rechtssache
S.	Seite oder Satz
s.a.	siehe auch
SE	Societas Europaea, Europäische (Aktien)Gesellschaft
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/r/s
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktiken
u. a.	unter anderem/n
UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nations, Vereinte Nationen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

v.	vom/von
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapiermitteilungen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Zak	Zivilrecht aktuell
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Ausgangspunkt

In der gegenwärtigen Phase der Privatrechtsangleichung mag der scheinbare Paradigmenwechsel der Europäischen Kommission hin zum Konzept der Vollharmonisierung verwundern, da die Methode im Kontext ihres legislativen Umfeldes unpassend, ja beinahe anachronistisch anmutet: In einer Phase, in der sich die wissenschaftliche und politische Aufmerksamkeit auf einen Wettbewerb der verschiedenen Privatrechtskodifikationen der Mitgliedstaaten richten und darüber hinaus ein vertikaler Wettbewerb nationaler Kodizes im Verhältnis zu europäischen und supranationalen Regelwerken anklingt, erscheinen vollharmonisierende Richtlinien eher als Rückschritt für die Fortentwicklung des Europäischen Privatrechts. Denn Vollharmonisierung verbietet bekanntlich per definitionem ein Abweichen des nationalen Regelgebers von den unionsrechtlichen Vorgaben, die stattdessen punktgenau in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu transformieren sind. Verglichen mit der bislang in der Privatrechtsangleichung vorherrschenden Methode der Mindestharmonisierung enthält das Postulat der Vollharmonisierung einen Absolutheitsanspruch, der nicht nur notorische Europaskeptiker an dessen Sinnhaftigkeit zweifeln lässt. Warum sollte man einer solchen Methode zutrauen, einen sinnvollen Beitrag für die Zukunft des Privatrechts leisten zu können, wenn gleichzeitig die jüngsten Entwicklungen im Vertragsrecht den Universalitätsanspruch der Kodifikationsidee in Frage stellen?¹

Die vorliegende Arbeit will versuchen, sich diesen Fragen zu nähern und auszuloten, was das Konzept der Vollharmonisierung im Privatrecht tatsächlich zu leisten im Stande ist. Trotz des aktuellen Eindrucks schwer lastender Kritik² verdient die Vollharmonisierung als durchaus traditionsreiche Methode der Rechtsangleichung eine unvoreingenommene Untersuchung ihrer Wirkweise, ihrer Implikationen und ihrer Praxistauglichkeit.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist dreistufig angelegt. In einem ersten Teil ist zu klären, was unter der Methode der Vollharmonisierung zu verstehen ist. Konzeption und

¹ Vgl. statt aller *Grundmann*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1015 ff. (1031 ff.).

² Für eine Zusammenstellung der Kritik vgl. Fn. 300 f.

Methode sind dabei im Kontext ihrer praktischen Anwendungsgeschichte zu verstehen. Gerade diese ist von Bedeutung, da die Handhabung der Vollharmonisierung im Rahmen technischer Vorschriften erheblich von der Vollharmonisierung, wie sie im Privatrecht ausgestaltet wird, abweicht. Somit ist es erforderlich, neben der abstrakten Methode und der Entwicklung des Konzepts in den inzwischen über 50 Jahren Harmonisierungsgeschichte der Union, vor allem die bislang existenten vollharmonisierenden Richtlinien des Privatrechts zu untersuchen. Hier werden die Unterschiede zum ursprünglichen Begriffsverständnis deutlich, das – im Sinne einer Erosion des anfangs restriktiv gehandhabten Ansatzes – seinen vorläufigen Schlusspunkt in der Entwicklung eines neuen Ansatzes für die Privatrechtsangleichung gefunden hat: der gezielten Harmonisierung oder Targeted Harmonisation.

Im zweiten Teil, gleichzeitig dem Hauptteil der Arbeit, sind die Recht- und Zweckmäßigkeit des Konzepts der Vollharmonisierung im Privatrecht zu beleuchten. Die Trennlinie ist insoweit nicht immer scharf zu ziehen, da eine unpraktikable Methode gleichzeitig unverhältnismäßig sein kann und es folglich auch an der Rechtmäßigkeit fehlt. Daneben berühren ökonomische Implikationen der Vollharmonisierung zugleich auch die Frage der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV, der zentralen Kompetenznorm für rechtsangleichende Maßnahmen im Privatrecht. Dies zeigt bereits deutlich, wie vielfältig die Materien sind, die das Konzept der Vollharmonisierung berührt. Auf diese Auswirkungen soll im zweiten Teil der Arbeit abstrakt eingegangen werden, ohne die Betrachtung auf eine bestimmte Richtlinie zu beschränken.

Diskussionsbestimmend sind insbesondere die Herausforderungen, die eine Vollharmonisierung an die Systembildung und –erhaltung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stellt. Zum einen verursacht die Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien zweifelsohne größere Friktionen für die nationalen Privatrechte, als dies bei einer bloßen Mindestharmonisierung der Fall ist. Zentral ist dabei die Frage, inwieweit der nationale Regelgeber kohärenzbildende Maßnahmen – wie etwa eine überschießende Umsetzung – auch unter dem Gesichtspunkt der Vollharmonisierung vornehmen kann. Zum anderen ist die Auslegung vollharmonisierender Bestimmungen als Methode zur Kohärenzbildung interessant: Hier steht die Verteilung der Konkretisierungskompetenz zwischen den Mitgliedstaaten und der Union im Vordergrund. Diese entscheidet letztlich darüber, wie effizient eine Rechtsangleichung durch Vollharmonisierung im Hinblick auf ihre praktische Anwendung betrieben werden kann.

Neben den systematischen Implikationen der Vollharmonisierung sind vor allem ihre ökonomischen Auswirkungen von Interesse: Kann es gelingen, durch eine vollharmonisierende Angleichung von Teilen des Vertragsrechts so weit einheitliche Rechtsbedingungen im Binnenmarkt zu schaffen, dass dadurch der

grenzüberschreitende (insbesondere Online-) Handel signifikant gefördert wird? Hängt von der Beantwortung dieser abstrakt gestellten Frage der Binnenmarktförderung zunächst das Vorliegen einer Kompetenz des Unionsgesetzgebers ab, überhaupt vollharmonisierende Maßnahmen zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt erlassen zu dürfen, so steht im Rahmen der ökonomischen Bewertung der Vollharmonisierung deren Kosten-Nutzen-Relation im Mittelpunkt. Denn selbst, wenn von dem Konzept aufgrund seiner gegenüber der Mindestharmonisierung erhöhten Angleichungswirkung belebende Effekte für den Binnenmarkt ausgehen, so sind diesen umgekehrt Implementierungskosten gegenüberzustellen. Dazu zu rechnen ist insbesondere der Umstand, dass durch eine Vollharmonisierung der Wettbewerb der Regelgeber im Vertragsrecht zum Erliegen käme – sofern von dessen Existenz überhaupt in nennenswertem Umfang ausgegangen werden kann.

Ist der Wettbewerbsgedanke dabei zunächst im horizontalen Sinne zu verstehen, so entfaltet die Vollharmonisierung auch im Hinblick auf einen vertikalen Wettbewerb der Regelgeber Bedeutung: Denn wie jedes Legislativinstrument ist sie nicht isoliert zu betrachten, sondern vielmehr im Systemvergleich der gegenwärtig im Privatrecht diskutierten Integrationsmethoden. Auch insoweit sind die Fragen vielfältig: Stehen Voll- und Mindestharmonisierung nach wie vor im Alternativverhältnis? Welche Rolle spielt die Vollharmonisierung im Zusammenhang mit Projekten wie dem DCFR und dem Optionalen Instrument für ein Europäisches Kaufrecht? Ist hier eine parallele Fortentwicklung sinnvoll und lassen sich sogar Synergieeffekte nutzbar machen? Diese interessanten Fragen sind von zentraler Bedeutung für die Fortentwicklung des Europäischen Privatrechts. Will man sich ihnen nähern, so ist eine Analyse der Vollharmonisierung anhand einer einzelnen Richtlinie nicht ausreichend, da jeder Rechtsakt und sogar einzelne Richtlinienbestimmungen verschiedene Aspekte dieses Konzepts in verschiedener Intensität betreffen.

Gleichwohl wird deutlich, dass die in den ersten beiden Teilen der Untersuchung gefundenen Ergebnisse anhand konkreter Richtlinienbestimmungen zu überprüfen sind, um die praktische Durchführung der Vollharmonisierung im Privatrecht hinreichend beurteilen zu können. Der dritte und letzte Teil der Arbeit dient daher gewissermaßen als Praxistest; die Erkenntnisse über das Konzept der Vollharmonisierung werden hier anhand konkreter Beispiele veranschaulicht. Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU³, die den Höhepunkt der Vollharmonisierungsdiskussion markiert. Ihr

³ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der

drei Jahre währendes Entwurfsstadium verdeutlicht in praktischer Hinsicht, wie vielfältig die Auswirkungen der Vollharmonisierung im Privatrecht sein können. Ihre verschiedenen Regelungsbereiche können solchermaßen als Versuchsfelder unterschiedlicher Anwendungen des Konzepts betrachtet werden⁴. Zwei dieser Versuchsfelder sollen schwerpunktmäßig besprochen werden: Zum einen die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, da hier die systematisch schwerwiegendsten Probleme des Konzepts beobachtet werden. Zum anderen die Vollharmonisierung vorvertraglicher Informationspflichten, da die Verbraucherrechterichtlinie hier weitgehend an ihrem ursprünglich anvisierten Angleichungskonzept einer durchgängigen Vollharmonisierung festhält und die praktische Relevanz des Konzepts insoweit am größten ist.

Ein besseres Verständnis der Vollharmonisierung wie sie im Privatrecht verwandt wird, verbunden mit dem Wissen um ihre Implikationen und praktischen Auswirkungen schärft das Bewusstsein dafür, was dieses Konzept tatsächlich zu leisten im Stande ist. Es bleibt zu hoffen, dass dadurch ein Beitrag zur Diskussion geleistet wird, wie die Methode der Vollharmonisierung künftig genutzt werden kann: um eine effiziente Fortentwicklung eines kohärenten Europäischen Privatrechts zu ermöglichen, die Systembildung sucht, ohne gleichzeitig die Vorteile der Vielfalt nationaler europäischer Rechtsordnungen zu unterschätzen.

Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304/64.

⁴ Zoll, in: Stürmer (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010, S. 133 ff. (136).

Teil 1. Konzeption und Bedeutung der Vollharmonisierung

A. Einordnung der Vollharmonisierung in die generelle Konzeption der Rechtsharmonisierung der EU

Um das Konzept der Vollharmonisierung zu erfassen und um später seine Bedeutung und sein Potenzial für das Privatrecht in der Europäischen Union untersuchen zu können, ist als Fundament die generelle Konzeption der Harmonisierung des Rechts in Europa zu beleuchten, so wie sie sich in deren Verträgen und in der Rechtswirklichkeit darstellt. Dabei sind zunächst der Begriff der Harmonisierung sowie ihre zentralen Wesensmerkmale, Zwecke und Konsequenzen zu klären (unter I). Sodann sind die Instrumente zu untersuchen, die zu ihrer Realisierung zur Verfügung stehen (unter II). Denn diese sind gleichsam das Handwerkszeug für jede Harmonisierungstätigkeit der EU und bestimmen durch ihren Charakter maßgeblich die jeweils erreichbaren Harmonisierungswirkungen. Erst in diesen Kontext sollen die verschiedenen Harmonisierungsmethoden eingeordnet werden (unter III), wobei zuletzt die hier im Fokus stehende Vollharmonisierung zu besprechen sein wird. Ihre abstrakte Definition und Wirkungsweise vor dem Hintergrund der Harmonisierungsidee der Europäischen Union zu klären, ist wesentliches Ziel dieses ersten Teiles der vorliegenden Untersuchung.

I. Begriff und Wesen der Harmonisierung

1. Die Terminologie des AEUV

Der AEUV enthält selbst keine Aussage über Begriff und Wesen der Harmonisierung, es fehlt insoweit schon an einer allgemeinen Definition, wie auch an einer einheitlichen Terminologie des Vertragstextes. Vielmehr tauchen dort verschiedene Bezeichnungen auf: So ist im Niederlassungsrecht die Rede von einer „*Koordinierung*“ der mitgliedstaatlichen Vorschriften (Art. 50 Abs. 2 lit. g), 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 AEUV), während die Art. 114 Abs. 1 und 115 AEUV von einer „*Angleichung*“ sprechen⁵. Die Absätze 5, 7, 8 und 10 des Art. 114 AEUV sowie Art. 113 AEUV sprechen demgegenüber von „*Harmonisierungsmaßnahmen*“ bzw. von „*Harmo-*

⁵ Den Begriff der Angleichung verwandte auch der im Zuge des Vertrags von Lissabon aufgehobene Art. 3 Abs. 1 lit. h) EG; allgemein zu den Auswirkungen des Vertrags von Lissabon auf die Privatrechtsangleichung *Streinz*, in Stürmer (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 2010, S. 23ff.

nisierung“. Der im Zuge der Neufassung des Vertrags von Lissabon aufgehobene Art. 132 Abs. 1 EG verwendete schließlich den Begriff „*Vereinheitlichung*“. Zunächst war strittig, in welchem Verhältnis diese Begriffe zueinander stehen, was zu zahlreichen sorgfältigen Auslegungs- und Abgrenzungsversuchen führte, da man glaubte, aus ihrer unterschiedlichen Verwendung unterscheidbare Anwendungsbereiche abgrenzen zu können⁶.

Hinsichtlich der Begriffe *Angleichung*, *Harmonisierung* und *Koordinierung* besteht mittlerweile Einigkeit darüber, dass diese austauschbare Bezeichnungen darstellen, also synonym für denselben Vorgang verwendet werden können⁷. Denn wenn auch nach üblicher Auslegung des Gesetzeswortlautes nur gleiche Begriffe auch Identisches meinen⁸, so bezeichnen alle drei Begriffe von der Sache her nach ihrem Sinn und Zweck den gleichen Vorgang. Sämtliche Unterscheidungsversuche haben sich denn auch als undurchführbar erwiesen, vielmehr konnte schon früh dargelegt werden, dass die sprachlichen Formulierungen des AEUV willkürlich zueinander gesetzt wurden und auch keiner der Begriffe durchgehend identisch mit einer bestimmten Bezeichnung einer anderen Sprache gebraucht wird⁹. Im Folgenden werden die Begriffe *Angleichung*, *Harmonisierung* und *Koordinierung* daher in Übereinstimmung mit dieser gefestigten Ansicht auch synonym verwendet, zumal auch ein Vergleich mit anderssprachigen Fassungen des AEUV insoweit keine geeigneten Differenzierungskriterien erkennen lässt¹⁰.

Anders verhält es sich mit dem Begriff der *Rechtsvereinheitlichung*, dem schon nach allgemeinem rechtlichen Sprachgebrauch eine andere Bedeutung

6 Zweigert, *RabelsZ* 24 (1959), S. 551ff.; vgl. aber *ders.*, in: v. Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Dölle*, Bd. II, 1963, S. 401ff. (405) (bloße „anfängliche Verwirrung“); *Lochner*, *ZgesStW* 118 (1962), S. 35ff.; vgl. auch *Lutter*, *NJW* 1966, S. 273ff. (275); *Kegel*, in: Carstens/Börner (Hrsg.), *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, 1971, S. 5 ff. (10); *M. Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 2001, S. 18; *von Danwitz*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU Wirtschaftsrechts*, 2011, B. II, Rn. 86; *Versuche einer Abgrenzung der Begriffe* finden sich bei *Everling*, in: *Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung* (Hrsg.), *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, 1960, Art. 56 EWGV Anm. 4; Art. 57 EWGV Anm. 3; Art. 100 EWGV Anm. 4; *Marx*, *Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Artikel 100 EWG-Vertrag*, 1976, S. 23 ff.

7 So bereits *Lutter*, *NJW* 1966, S. 273ff. (275); vgl. auch *M. Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 2001, S. 19; *Riedl*, *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa*, 2004, S. 101; *Sonntag*, *Das BGB unter europäischem Einfluss*, 2009, S. 29.

8 *Zweigert*, in: v. Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Dölle*, Bd. II, 1963, S. 401ff. (405).

9 Eingehend zu den sprachlichen Divergenzen *Lochner*, *ZgesStW* 1962, S. 35 ff.; vgl. auch *Lutter*, *NJW* 1966, S. 273ff. (274); *M. Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 2001, S. 18.

10 *Strese*, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Privatrechtsangleichung im Binnenmarkt*, 2006, S. 33.

zugrunde liegt als der Begriff der Rechtsangleichung: Eine Definition soll daher zunächst in Abgrenzung dieser beiden Termini nach dem allgemeinen (juristischen) Sprachgebrauch erfolgen, sodann wird auf den AEUV zurückzukommen sein.

2. Die Begriffe der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung

Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung stehen von der eigentlichen Wortbedeutung her gewissermaßen in einem Stufenverhältnis zueinander. Dabei lässt sich die Rechtsvereinheitlichung zunächst beschreiben als das Verändern von Recht durch Beseitigung von Unterschieden, was durch Änderung eines der involvierten Rechte oder durch Umformung aller beteiligten Rechte in eine neue, nunmehr gemeinsame Form geschehen kann¹¹. Rechtsvereinheitlichung ist demgemäß die Methode, Einheitsrecht zu erlangen; der gezielte Vorgang des Einheitlichmachens, wobei ihr Ergebnis, das Einheitsrecht, im Einheitlichsein besteht¹². Der Unterschied zur Rechtsangleichung liegt – was sich schon aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt – im Grad der erreichten Einheitlichkeit; hierbei gilt der Grundsatz, dass Angleichung im Vergleich zur Vereinheitlichung hinter dieser zurückbleibt¹³. Denn Angleichung beschreibt dem Wortsinn nach einen Prozess der Annäherung, dessen Ergebnis typischerweise nicht in einer völligen Kongruenz der jeweils anzunähernden Materien – bestimmter Regelungsbereiche oder ganzer Rechtsordnungen – besteht, sondern in einer Verringerung der insoweit auftretenden Unterschiede. Stellt man somit maßgeblich auf die graduellen Unterschiede der Ergebnisse von Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung als Maßstab für ihre kategoriale Unterscheidung ab, so muss der Terminus Rechtsvereinheitlichung der völligen inhaltlichen Übereinstimmung vorbehalten bleiben; dennoch stellen beide Begriffe kein Gegensatzpaar dar; die Rechtsvereinheitlichung beinhaltet vielmehr die Rechtsangleichung oder, anders ausgedrückt, die Rechtsvereinheitlichung stellt die stärkste Form der Rechtsan-

¹¹ Statt Vieler *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1993, S. 2.

¹² *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, 2004, S. 40.

¹³ *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 14; *Schmeder*, Rechtsangleichung, 1978, S. 9; *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, 2004, S. 41; in diesem Sinne zwischen Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung differenzierend auch *Schwartz*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsordnung, 2007, S. 130 ff. (131); von *Danwitz*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU Wirtschaftsrechts, 2011, B. II, Rn. 86.

gleichung dar¹⁴. Beide Konzepte bezeichnen damit graduell verschiedene Abstufungen innerhalb desselben Prozesses.

3. Begriffsbestimmung auf der Grundlage des Harmonisierungszwecks

Ausgehend von der Bestimmung der Phänomene Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung nach allgemeinem Sprachgebrauch und unter Zugrundelegung der Terminologie des AEUV ist als drittes Kriterium für die Definition der Harmonisierung auf deren im AEUV genannte Zielsetzung abzustellen. Aus dem Wortlaut der Art. 114, 115 AEUV und dem Kontext der Harmonisierungsvorschriften des Vertrages ergibt sich als solche Zielsetzung vor allem die Verringerung oder Abschaffung von Unterschieden zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken¹⁵.

Der Binnenmarkt ist mithin wesentlicher Bezugspunkt jeder Harmonisierungstätigkeit, vgl. Art. 26 AEUV¹⁶. Dies gilt auch für das Privatrecht¹⁷. Ausgehend von diesem Zweck lässt sich der Begriff Harmonisierung umschreiben als ein Ersetzen von zumeist unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften durch eine von den Unionsorganen angeordnete Regelung, welche der Errichtung oder dem

14 So im Ergebnis auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 141; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006, S. 25; v. *Caemmerer*, in: ders./Schlochauer/Steindorff (Hrsg.), Festschrift für Hallstein, 1966, S. 63 ff. (69 ff.); *Kegel*, in: Carstens/Börner (Hrsg.), Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, 1971, S. 5 ff. (9 ff.); *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 17 ff.; zur englischen und französischen Terminologie vgl. *Rieg*, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges Overbeck, 1990, S. 473 ff.

15 So auch *M. Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 20.

16 Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 verwendete das Gemeinschaftsrecht neben dem Binnenmarktbezug den Begriff des *Gemeinsamen Marktes*. Solchermaßen existierte seit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte im Jahr 1987 ein Dualismus der Marktbezüge, der lange Zeit für Abgrenzungskontroversen gesorgt hat, vgl. *Nowak*, Europarecht nach Lissabon, 2011, S. 193 ff. mit einem Überblick über die insoweit vertretenen Theorien. Diese Frage dürfte sich nunmehr weitgehend erledigt haben. Nach herrschender Ansicht umfasst der Begriff des Gemeinsamen Marktes den im Zuge der EEA eingeführten Begriff des Binnenmarktes und geht darüber hinaus; zum Verhältnis beider Konzepte vgl. etwa *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag, 2004, S. 168 ff.; *M. Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 21 ff., zur Konzeption des Binnenmarktes etwa *Strese*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Privatrechtsangleichung im Binnenmarkt, 2006, S. 41 ff.

17 *Müller-Graff*, NJW 1993, S. 13 ff. (18) spricht vom „Binnenmarktbezug des Privatrechts“.

Funktionieren des Binnenmarktes dient¹⁸. Wie diese unionsrechtliche Regelung im Einzelfall aussieht, also ob sie vereinheitlichend wirkt, oder eine bloße Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften – in welcher Intensität auch immer – bewirkt, ist damit noch nicht gesagt. Vielmehr kann von Harmonisierung bzw. Rechtsangleichung als Oberbegriff bereits gesprochen werden, sobald eine Maßnahme entsprechend der Zielsetzung des AEUV der Errichtung oder dem Funktionieren des Binnenmarktes dient.

Der Begriff der Harmonisierung oder Rechtsangleichung umfasst demgemäß sowohl die im AEUV genannten, synonym zu verwendenden Begriffe der Harmonisierung, Koordinierung und Angleichung i.e.S., als auch die Vereinheitlichung als stärkste Form der Angleichung¹⁹. Formal führt diese Begriffsbildung freilich zu einer Unterscheidung zwischen Harmonisierung im engeren und im weiteren Sinne. Diese Konzeption ist jedoch mit Blick auf die Zielsetzung des AEUV zu befürworten, zumal sie auch der Sache nach keine Unterschiede zum allgemeinen juristischen Begriffsverständnis bringt, da die Rechtsvereinheitlichung auch insoweit als stärkste Form der Rechtsangleichung (sowohl im engeren als auch im weiteren Sinn) gesehen wird. Darüber hinaus besteht auch ein praktisches Bedürfnis für diese Differenzierung, da es die Bildung eines Oberbegriffs ermöglicht, alle Bestrebungen der Union auf dem Gebiet der Harmonisierung des Privatrechts zu erfassen. Ob der einzelne harmonisierende Rechtsakt eine bloße Angleichung oder sogar eine Vereinheitlichung der betreffenden mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften bewirkt, ist sodann für jeden Einzelfall gesondert zu ermitteln. Im Folgenden soll daher von Harmonisierung bzw. Rechtsangleichung gesprochen werden, wann immer ein Rechtsakt der Union in Rede steht, der entsprechend der Zielsetzung des AEUV der Verringerung oder Abschaffung von Unterschieden zwischen den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten dient, die sich auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.

Die Begriffe der Vereinheitlichung und Angleichung i.e.S. werden zur Bezeichnung einzelner harmonisierender Rechtsakte gebraucht, je nachdem, welcher Grad der Harmonisierung diesen zugrunde liegt.

¹⁸ Seidel, EuR 1979, S. 171 ff. (175); M. Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 20.

¹⁹ Diesen differenzierenden Ansatz befürworten auch Zweigert, *RebelsZ* 24 (1959), S. 551 ff. (552); Polach, *Am. J. Comp. L.* 8 (1959), S. 148 ff. (152 ff.); Bruha, *ZaöRV* 46 (1986), S. 1 ff. (21); Schmeder, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der EG, 1978, S. 5 ff.; Tilmann, *ZEuP* 1995, S. 534 ff. (540), unter Bezugnahme auf den von Carlos Maria Bru Puron verfassten Entwurf der Entschließung des EG-Parlaments vom 6.5.1994 (Dok A3 – 0329/94); Riedl, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, 2004, S. 101.

4. Wichtige Wesensmerkmale der Harmonisierung

Aus dem Begriff der Harmonisierung als ein Ersetzen von zumeist unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften durch eine von den Unionsorganen angeordnete Regelung geht freilich nicht das gesamte Ausmaß ihrer Bedeutung sowie der mit ihr notwendigerweise verbundenen Folgen hervor. Die Definition soll daher durch einige Überlegungen zum Wesen der Harmonisierung ergänzt werden²⁰. Dies soll unabhängig von verschiedenen Harmonisierungsmethoden bzw. von der Frage geschehen, welche Methode der Harmonisierung man als das grundsätzlich zu favorisierende Konzept ansehen mag. Namentlich die Unterscheidung zwischen Voll- und Mindestharmonisierung spielt auf der Ebene der folgenden Überlegungen noch keine Rolle; um sie zu treffen, sollen folgende Thesen vielmehr berücksichtigt werden und ihre Bedeutung für das Wesen der Harmonisierung an sich bei der Frage nach der Methodenwahl bedacht werden.

Erste Überlegung im Zusammenhang mit der Frage nach dem Wesen der Harmonisierung im AEUV ist diejenige, dass die Rechtsangleichung in der Union nicht um ihrer selbst Willen betrieben werden darf, sondern immer nur Mittel zur Erreichung eines im AEUV vorgegebenen Ziels sein kann²¹. Vorrangiges Ziel ist insoweit wie gezeigt die Integration von Märkten²². Die Harmonisierung ist somit ausschließlich funktional zu sehen, die Unterschiedlichkeit von nationalen Rechtsvorschriften als solche noch keine Rechtfertigung für eine unionsrechtliche Rechtsangleichung²³. Diese Zielgebundenheit der Harmonisierung kommt insbesondere im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung²⁴ zum Ausdruck, das die Angleichung nationaler Rechtsvorschriften davon abhängig macht, dass sie für

20 Das weitgehende Fehlen dogmatischer Aussagen für eine allgemeine Lehre der europäischen Rechtsangleichung beklagt von *Danwitz*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU Wirtschaftsrechts*, 2011, B. II, Rn. 85.

21 Grundlegend *Hallstein*, *RabelsZ* 28(1964), S. 211ff. (214): Rechtsangleichung ist nicht l'art pour l'art zu betreiben; *Götz*, *JZ* 1994, S. 265ff. (266); *Hayder*, *RabelsZ* 53 (1989), S. 622ff. (624); *Seidel*, *EuR* 1979, S. 171ff. (174); *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), S. 71ff. (73); *Streinz*, in: Everling/Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 1997, S. 9ff. (21); *Lutter*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Everling Bd. I*, 1995, S. 765ff. (771); *ders.*, *NJW* 1966, S. 273ff. (275) spricht von der „dienenden Funktion“ der Rechtsangleichung; anders aber *Taschner*, in: Everling/Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 1997, S. 159ff. (173): „Rechtsangleichung ist ein Wert an sich“.

22 So auch *Grundmann*, *ZGR* 2001, S. 783ff. (801).

23 So auch der EuGH im „Tabakwerbung-Urteil“, EuGH v. 5.10.2000 – C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-8419, Rn. 84; bestätigt durch EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-380/03 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2006, I-11573 Rn. 37, sowie unlängst durch EuGH v. 8.6.2010 – Rs. C-58/08 (*Vodafone u. a.*), Slg. 2010, I-4999.

24 Dazu näher im 2. Teil der Untersuchung unter A. I. 1.

das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist²⁵. Dieses Erforderlichkeitskriterium, das für alle Rechtsangleichungsmaßnahmen gilt, ist bei der Frage der Rechtmäßigkeit eines Harmonisierungsaktes der Union schon als Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen und muss erfüllt sein, damit überhaupt eine Kompetenzbegründung zugunsten der Union vorliegt²⁶. Die Funktionalität der Rechtsangleichung ist damit zugleich eines ihrer wichtigsten Wesensmerkmale.

Neben ihrer Funktion ist, wenn man das Wesen der Harmonisierung erörtert, entscheidend ihre zwangsläufige Folge zu berücksichtigen: Der Übergang der Gesetzgebungshoheit in den von der Harmonisierung erfassten Bereichen von den Mitgliedsstaaten auf die EU²⁷. Durch diesen Kompetenzübergang entsteht ein Vorrang des Unionsrechts, aufgrund dessen diesem widersprechendes innerstaatliches Recht unanwendbar wird, unabhängig davon, ob es vor oder nach dem Eintritt der Vorrangwirkung erlassen wurde²⁸. Dieser Mechanismus ist notwendig, da ansonsten die Mitgliedstaaten den erreichten Integrationsstand jederzeit wieder in Frage stellen könnten²⁹. Aus diesem Grund muss neben der Rechtsetzungs-, auch die Auslegungskompetenz hinsichtlich des harmonisierten Bereichs auf die Union übergehen, damit die Harmonisierungswirkung nicht durch unterschiedliche Auslegungsarten der Mitgliedstaaten wieder zunichte gemacht werden kann³⁰. Insoweit steht dem EuGH das Auslegungsmonopol zu.

Schließlich ist der dynamische Charakter der Harmonisierung zu berücksichtigen. Dieser erfordert es, die im Zusammenhang mit der Harmonisierung angestellten dogmatischen Überlegungen stets im Lichte der aktuellen Bedürfnisse, die an die Rechtsangleichung gestellt werden, zu sehen. Denn die Har-

25 So bereits EuGH v. 13.7.1966, Rs. C-32/65 (*Italien ./ Kommission*), Slg. 1966, 458.

26 *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 54.

27 *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 114 AEUV Rn 3; im Kontext der Richtlinie *Prokopf*, Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, 2007, S. 110 ff. (Sperrwirkung der Richtlinie für die nationalen Rechtsetzungsorgane).

28 Seine Rechtsprechung zusammenfassend EuGH v. 22.10.1998 – verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, *Ministerio delle Finanze*, Slg. 1998, I-6307 Rn. 19 ff. m.w.N.

29 *Seidel*, EuR 1979, S. 171 ff. (175).

30 *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, S. 60; *Zitelmann* beschrieb die Notwendigkeit der einheitlichen Auslegungskompetenz bezogen auf internationales Einheitsrecht bereits 1888, vgl. *Zitelmann*, Die Möglichkeit eines Weltrechts, 1888, S. 46: „(...) mit der Gleichheit des Gesetzeswortlauts ist noch nicht gewährleistet, dass das lebendige Recht in dem einen Staat dasselbe ist wie in dem anderen; (...)“; dennoch ist die Kompetenz des EuGH zur letztverbindlichen Auslegung des harmonisierten Rechts – insbesondere im Bereich der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe – nicht unumstritten; vgl. dazu im zweiten Teil der Untersuchung unter B. I. 3., sowie den Praxistest anhand der AGB-rechtlichen Generalklausel im dritten Teil der Untersuchung unter A.

monisierung ist ein fortschreitender Prozess, eine Daueraufgabe der Union³¹, zu deren bestmöglicher Durchführung sich das Verständnis ihrer selbst wandeln kann. Mit der soeben genannten Zielgebundenheit der Harmonisierung im Hinblick auf die Durchsetzung und Verbesserung des Binnenmarktes geht solchermaßen auch die Aufgabe der Union einher, für jede Maßnahme der Rechtsangleichung den Grad der Harmonisierung zu ermitteln, der konkret am besten geeignet ist, diese Zielsetzung zu verwirklichen³². Dabei kann und soll sich die Auffassung darüber, auf welche Art die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsregeln am effektivsten zu erreichen ist, im Hinblick auf die jeweiligen Bedürfnisse auch ändern. Mit dem Paradigmenwechsel betreffend die Konzeption der harmonisierenden Rechtsakte auf dem Gebiet des Privatrechts von der Mindest- zur Vollharmonisierung hat die Harmonisierungspraxis im Privatrecht eine solche Änderung erfahren. Es bleibt zu untersuchen, ob die Umstellung auf das Konzept der Vollharmonisierung unter dem Gesichtspunkt des dynamischen Charakters der Harmonisierung zu befürworten ist.

II. Instrumente der Harmonisierung

Die Angleichung verschiedener Rechtsordnungen ist auf verschiedenen Wegen zu erreichen. *Taupitz* hat es gerade als ein Charakteristikum der Rechtsvereinheitlichung bezeichnet, dass diese nie ein monokausaler Prozess ist, sondern durch vielfältige Faktoren bewirkt wird, die sich gegenseitig beeinflussen, miteinander verknüpft und voneinander abhängig sind³³.

Grob lassen sich die Instrumente der Rechtsangleichung dabei in zwei Arten unterteilen. Einerseits die legislatorische Angleichung, also die Angleichung durch den Erlass von Rechtsakten³⁴, und andererseits die nichtlegislatorische Angleichung, die insbesondere in Gestalt von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zur Harmonisierung beiträgt. Besagte Wechselwirkungen zwischen beiden Kategorien entstehen insbesondere dadurch, dass einerseits die Rechtsakte der EU durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert und fortgebildet werden, umgekehrt dadurch, dass die Rechtsprechungspraxis sowie rechtsvergleichende wissenschaftliche Projekte letztlich in weitere Unionsrechtsakte münden können.

³¹ M. Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 20.

³² H. Wagner, in: Smits (Hrsg.), The Need for a European Contract Law, 2005, S. 25 ff. (28).

³³ *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1993, S. 2.

³⁴ Diese stellt in der Realität der europäischen Rechtsharmonisierung die dominante Methode dar, näher *Taupitz*, JZ 1993, S. 533 ff. (534).

1. Legislatorische Rechtsharmonisierung

Der AEUV sieht für die Harmonisierungstätigkeit des Europäischen Gesetzgebers³⁵ die in Art. 288 genannten Instrumente, namentlich Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen vor³⁶. Im europäischen Privatrecht spielen Empfehlungen und Stellungnahmen bislang keine Rolle³⁷. Somit verdienen vorliegend lediglich die Verordnung und die Richtlinie eine genauere Betrachtung.

a) Die Verordnung, Art. 288 Abs. 2 AEUV

Gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV hat die Verordnung allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Allgemeine Geltung bedeutet in diesem Kontext, dass die Verordnung eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten generell und abstrakt regelt und somit Rechtsatzqualität besitzt³⁸. Zur Geltung ihres Inhalts in den Mitgliedstaaten bedarf es keines mitgliedstaatlichen Umsetzungsaktes, vielmehr ist Folge der unmittelbaren Geltung der Verordnung, dass die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden diese selbst anzuwenden haben; entgegenstehendes nationales Recht ist außer Acht zu lassen³⁹. Solchermaßen wird die Verordnung zum strengsten legislatori-

35 Dem EuGH folgend wird hier ungeachtet der Besonderheiten hinsichtlich Kompetenz und Verfahren der Rechtsetzung der EU schlicht vom „Europäischen Gesetzgeber“ gesprochen, vgl. beispielsweise EuGH v. 5.10.2000 – Rs. C-376/98 (*Deutschland ./ Parlament und Rat*), Slg. 2000, I-8419, Rn. 107 (Tabakwerbung); so auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 2003, S. 36; sowie nunmehr (seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon) die Terminologie des EUV, vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 bzw. Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EUV.

36 Mit dem Vertrag von Lissabon hat zum 1.12.2009 die Handlungsform der Entscheidung gem. Art. 249 Abs. 4 EG eine Umbenennung erfahren; nunmehr ist die Rede von „Beschlüssen“, vgl. *Nowak*, Europarecht nach Lissabon, 2011, S. 126. Die Entscheidung entfaltete keine Bedeutung für die Angleichung des Vertragsrechts, war jedoch das zentrale Instrument der Rechtsetzung im Europäischen Lauterkeitsrecht, so *Schwarze*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, S. 257.

37 Etwa *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, 2009, S. 8 f. Vielmehr ist die Richtlinie das zentrale Rechtsetzungsinstrument im Privatrecht, *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, S. 2.

38 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2009, Art. 249 EG Rn. 110 f.; *Streinz*, Europarecht, 2012, S. 163; zum Ordnungsbegriff grundlegend EuGH v. 5.5.1977 – 101/76 (*Koninklijke Scholten Honig NV ./ Rat und Kommission*), Slg. 1977, 797/807.

39 *M. Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 36; *Streinz*, Europarecht, 2012, S. 164. Die unmittelbare Geltung schließt grundsätzlich eine Befugnis der Mitgliedstaaten aus, Rechtsakte zu erlassen, die die Tragweite der Verordnung selbst berühren, EuGH Urteil v. 18.2.1970 – Rs. C-40/69 (*Hauptzollamt Hamburg ./ Bollmann*), Slg. 1970, I-69, Rn. 2 ff.; *Streinz*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 9 ff. (18);