

HANNES RÖSLER

Europäische
Gerichtsbarkeit auf dem
Gebiet des Zivilrechts

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

96

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

96

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Hannes Rösler

Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts

Strukturen, Entwicklungen und
Reformperspektiven des Justiz- und
Verfahrensrechts der Europäischen Union

Mohr Siebeck

Hannes Rösler, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaften in Marburg und London (LSE); 2003 Promotion (Marburg); 2003 Zweites Staatsexamen (Frankfurt/M.); 2004 LL.M. (Harvard); seit 2004 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; 2012 Habilitation an der Universität Hamburg.

e-ISBN 978-3-16-152155-3

ISBN 978-3-16-151870-6

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichen Einrichtungen und Unionsgerichten ist so häufig diskutiert worden, wie kaum ein anderes europarechtliches Thema. Dennoch lässt sich hierzu einiges Neues zu Tage fördern. Das vorliegende Buch über Gegenwart und Zukunft der Europäischen Gerichtsbarkeit schlägt in dreierlei Hinsicht neue Wege ein. Erstens wird die Verwirklichung des Unionsprivatrechts durch die EU-Gerichtsbarkeit und die nationalen Gerichte in den Vordergrund gestellt. Leitgesichtspunkt ist dabei die Verwirklichung des Unionsprivatrechts durch Verbesserung der Qualität, Akzeptanz und Wirkkraft des EU-Rechts im gerichtlichen Mehrebenensystem. Zweitens verbindet die Arbeit nicht nur privates und öffentliches Recht, sondern verfolgt zugleich norm- und sozialwissenschaftliche Ansätze. Eine Verknüpfung mit entwicklungsgeschichtlichen, rechtstatsächlichen, rechtsökonomischen und rechtspolitischen Forschungen ermöglicht Einblicke in die Bedingungen effektiver Privatrechtsharmonisierung. Drittens unternimmt die vorliegende Untersuchung einen Perspektivwechsel. Anstelle des Blickwinkels der europäischen Instanz wird vielfach diejenige des entscheidenden Rechtsanwenders auf einer der unteren Ebenen gewählt.

Das vorliegende Buch ist – ausgehend von einem kleineren Aufsatz aus dem Jahr 2000 – das Ergebnis von mehr als einem Jahrzehnt dauernder Überlegungen, die mich über die Fragen der Rechtsvergleichung und des Deliktsrechts sowie über das Europäische Vertragsrecht im Rahmen meiner Dissertation nun zur praktischen Rechtsdurchsetzung innerhalb der EU geführt haben. Skizzen des Projekts erfolgten während eines Studienjahres 2003/2004 an der Harvard Law School und einer kürzeren Forschungszeit an der New York University; doch erst die anschließende Aufnahme als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ermöglichte die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema. Dabei kommt dem Forschungsklima an diesem Institut eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Darüber hinaus haben mir Vortrags- und Lehrtätigkeiten insbesondere in den neuen Mitglied- und den Beitrittskandidatenstaaten Einblick in die Durchsetzungsprobleme einer immer größer werdenden Union eröffnet. Die Arbeit wurde von der

Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Wintersemester 2011/2012 als Habilitationsschrift angenommen.

Großer Dank gebührt meinem Habilitationsbetreuer Prof. Dr. Dr. h.c. *Jürgen Basedow*, LL.M. (Harvard), der mir langjährig viele wertvolle Anregungen gegeben hat. Prof. Dr. *Reinhard Bork* danke ich für die freundliche Erstattung des Zweitvotums. Ebenfalls schulde ich Prof. Dr. *Armin Hatje* Dank für seine ergänzende Stellungnahme. Die Schrift wurde mit dem Förderpreis der Esche Schümann Commichau Stiftung ausgezeichnet. Für Diskussionen und die kritische Durchsicht des Manuskripts gilt mein Dank Ref. iur. *Janina Bohle*, LL.M. (LSE) und in besonderem Maße Ref. iur. *Lukas Mezger*, LL.B., der mir auch bei den Grafiken äußerst hilfreich zur Seite stand. Zu danken habe ich ferner dem großen Kreis der Kollegen. Daraus möchte ich wegen vieler fruchtbarer Diskussionen Dr. *Christian Heinze*, LL.M. (Cambridge) und Jun.-Prof. Dr. *Patrick Leyens*, LL.M. (London) hervorheben. Ebenfalls verbunden bin ich Dr. *Anatol Dutta*, M. Jur. (Oxon.), Dr. *Matteo Fornasier*, LL.M. (Yale), Dr. *Jan D. Lüttringhaus* und Prof. Dr. *Giesela Rühl*, LL.M. (Berkeley). Dank für die drucktechnische Vorbereitung des Buches schulde ich *Ingeborg Stahl*. Anders gelagerter Dank, nämlich der für lebenslange Unterstützung, gebührt *Annegret* und *Rudolf Rösler*.

Hamburg, im März 2012

Hannes Rösler

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
1. Teil: Grundlagen	1
§ 1: Ebenen und Spannungsfelder im ersten Zugriff.....	1
§ 2: Bedeutung und Funktion der Europäischen Zivilgerichtsbarkeit	4
§ 3: Zivilprozessrecht im internationalen Wandel	12
§ 4: Forschungsprogramm	21
§ 5: Gang der Darstellung.....	29
2. Teil: Sieben Kernprobleme der Europäischen Gerichtsbarkeit.....	31
§ 1: Verschiebung fachlicher Herausforderungen.....	31
§ 2: Entscheidungslast bei den Europäischen Gerichten	70
§ 3: Akzeptanz von EuGH-Entscheidungen.....	121
§ 4: Abweichende Vorlagehäufigkeit.....	165
§ 5: Asymmetrie in der Beteiligung beim Interessenvortrag.....	218
§ 6: Auf der nationalen Ebene verbleibende Verfahren	230
§ 7: Besondere Dynamiken	245
§ 8: Zusammenfassende Schlussfolgerungen.....	262
3. Teil: Reformoptionen für die Unionsgerichtsbarkeit.....	275
§ 1: Kontinuierlicher Ausbau.....	276
§ 2: Neugestaltung der Justiz- und Prozessstrukturen.....	303
§ 3: Zusammenfassung aus der Warte effektiver Zivilrechtspflege.....	419
4. Teil: Judizielle und justizielle Konvergenz in Zivilsachen.....	423
§ 1: Bedeutung weicher Strukturen auf der mitgliedstaatlichen Ebene.....	424
§ 2: Belebung der Kooperation seitens der EU-Gerichtsbarkeit.....	450
§ 3: Stärkere Vereinheitlichung des Zivilprozess- und Kollisionsrechts	477
§ 4: Résumé	502

5. Teil: Thesen	505
§ 1: Zum Status quo der Europäischen Gerichtsbarkeit	505
§ 2: Zur Fortentwicklung	506
§ 3: Zur Konvergenz in Zivilsachen	509
§ 4: Zu weiteren Forschungsaufgaben	510
Literaturverzeichnis	513
Stichwortverzeichnis	633

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
1. Teil: Grundlagen	1
§ 1: Ebenen und Spannungsfelder im ersten Zugriff.....	1
§ 2: Bedeutung und Funktion der Europäischen	
Zivilgerichtsbarkeit	4
I. Begrifflichkeit	4
II. Stellung des EU-Gerichtshofs.....	7
III. Zivil- und Vorlageverfahren als Grundlage für das	
Funktionieren des Binnenmarkts	9
§ 3: Zivilprozessrecht im internationalen Wandel	12
I. US-Recht als exemplarisch herangezogenes	
Referenzmodell	12
II. Stand und Stellung der Europäischen	
Prozessrechtswissenschaft	14
III. Herausforderung des US-Zivilprozessrechts aus	
europäischer Sicht	17
§ 4: Forschungsprogramm	21
I. Roter Faden: judikativer Föderalismus im Zivilrecht	21
II. Verhältnis von öffentlichem Recht und Zivilrecht.....	25
III. Schrankenüberschreitende Methodenwahl.....	27
§ 5: Gang der Darstellung.....	29
2. Teil: Sieben Kernprobleme der Europäischen	
Gerichtsbarkeit	31
§ 1: Verschiebung fachlicher Herausforderungen	31
I. Vom öffentlichen Recht zum Privatrecht.....	31
1. Ausgangslage.....	31

2. Gestaltungskraft des Marktrechts.....	37
3. EuGH als Universal- und Zivilgericht.....	41
a) Begriff und Materien des Europäischen Privat- und Verfahrensrechts	41
b) Verschiebung vom völkerrechtlichen zum privatrechtsgesellschaftlichen Integrationsmodell.....	44
c) EuGH als Universalgericht versus mitgliedstaatliche Tradition.....	45
d) Weiter steigende Bedeutung des EuGH als Zivilgericht	47
II. Ambivalenzen zwischen Legalitätskontrolle und Individualrechtsschutz.....	50
1. Besonderheiten des Zivilvorlageverfahrens im arbeitsteiligen System von Rechtsbehelfen	50
2. Zugang des Einzelnen zur EU-Gerichtsbarkeit über die anderen Verfahrensarten	55
3. Spezifika des Vorlageverfahrens gegenüber Rechtsmitteln.....	60
4. Zum Ideal der dienenden Funktion des (Zivil-)Prozessrechts.....	64
5. Zusammenfassende Schlussfolgerungen: ein Zwischenstadium.....	67
§ 2: Entscheidungslast bei den Europäischen Gerichten	70
I. Steigende Verfahrenszahlen	70
1. Quantitativer Befund.....	70
<i>Tabelle 1: Arbeitslast des EuGH seit 1953</i>	71
<i>Grafik 1: Entwicklung der Vorlagezahlen seit</i> <i>1961</i>	74
2. Ursachen	75
a) Rechtliche Umstände.....	75
aa) Entwicklung des Primärrechts	75
bb) Entwicklung des Sekundärrechts (u.a. am Beispiel des IPR).....	77
cc) Entwicklung des Tertiärrechts (selbstgenerierte Zentralisierung)	79
(1) Erweiterung der Rechtskontroll- funktion.....	79
(2) Zur Bindung nationaler Gerichte (Extremfall einer <i>Köbler</i> -Haftung)	83
(3) Explizite Erstreckung des Primär- rechts auf alle Marktbereiche	88

(4) Auslegungsbefugnis bei überschneidender Umsetzung von Zivilrechtsrichtlinien.....	89
(5) Durch neue Rechtsprechung induzierte Fragen (Inhalt und Reichweite).....	92
dd) Ausgestaltung des Vorlageverfahrens.....	93
b) Wirtschaftliche Faktoren.....	94
aa) Theorieansätze in der politischen Ökonomie: Intergouvernementalismus und Neofunktionalismus.....	94
bb) Neofunktionalistische These: Verhältnis zu grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung.....	96
cc) Kritik.....	97
dd) Ursachenbündel.....	100
3. Gesamtbewertung.....	102
II. Verfahrensdauer und effektive Zivilrechtspflege.....	104
1. Grunddilemma.....	104
2. Zusatzproblem: Verfahrensdauer in den Mitgliedstaaten.....	106
3. Analyse der Verfahrensdauer für Vorabentscheidungen.....	109
a) Entwicklung.....	109
<i>Tabelle 2: Dauer der Urteile und Beschlüsse mit Entscheidungscharakter in Monaten seit 2000</i>	110
<i>Grafik 2: Dauer der Vorabentscheidungsverfahren in Monaten (1970–2010)</i>	110
b) Nachhaltigkeit des Rückgangs.....	111
III. Sprachenvielfalt, Übersetzungen und gerichtliche Entscheidungen.....	115
1. Modell grundsätzlicher Gleichrangigkeit.....	115
2. Sprachreform beim EU-Gerichtshof.....	119
§ 3: Akzeptanz von EuGH-Entscheidungen.....	121
I. Bedeutung, Legitimation und Wirkungsweise.....	121
1. Phänomen des „majoritarian activism“.....	122
2. Zweigestufte Einwirkung auf das Zivilrecht in den Mitgliedstaaten.....	123
II. Nationale Grundsatzvorbehalte und fragiles Kooperationsverhältnis.....	126
1. Vorrang des EU-Rechts.....	126

2.	Sanktionenregime.....	132
3.	EuGH als gesetzlicher Zivilrichter.....	134
III.	Fundamentalkritik am EU-Gerichtshof.....	136
1.	Aufruf „Stoppt den EuGH“ und seine Wirkung.....	136
2.	Zur <i>Mangold</i> -Entscheidung als Kristallisationspunkt der Kritik.....	138
3.	Zur These von der Überschreitung der Kompetenzgrenzen.....	141
a)	Grundkonflikt: Gesetz und Richterspruch	141
b)	Aktivistischer Gerichtshof?	144
4.	Erweiterte Öffentlichkeit	146
5.	Neue Konfliktfelder und Rechtsprechungsaufgaben	148
a)	Politisierung.....	148
b)	Gesellschaftsrecht und Unionsrecht als Impulsgeber	149
c)	Arbeitsrecht.....	151
6.	Missverständnisse und Schranken im Zusammenspiel der Ebenen.....	154
a)	Problemaufriss	154
b)	Beispiel des Europäischen Vertragsrechts	156
c)	Ermittlung des <i>acquis</i> einerseits, vertikale Ratsuche andererseits	159
IV.	Zusammenfassende Bewertung	159
1.	Akzeptanzsichernde Maßnahmen	159
2.	Sachgerechte Balance	163
3.	Künftige institutionelle Fragestellungen	164
§ 4:	Abweichende Vorlagehäufigkeit.....	165
I.	Ausgangspunkt: Befund in absoluten Zahlen	165
	<i>Tabelle 3: Eingang von Vorlageverfahren nach Mitgliedstaaten</i>	166
II.	Umgerechnete Vorlagepraxis	167
1.	Föderaler Bezugspunkt und Methodik.....	167
2.	Alte Mitgliedstaaten.....	170
	<i>Grafik 3: Vorlageverfahren der sechs Gründungsstaaten pro 500.000 Einwohner nach Jahrzehnten (EU-6)</i>	170
	<i>Grafik 4: Vorlageverfahren der von 1973 bis 1995 beigetretenen Staaten pro 500.000 Einwohner nach Jahrzehnten</i>	172

	<i>Grafik 5: Vorlageverfahren der Gründungsstaaten und der bis 1995 beigetretenen Staaten pro 500.000 Einwohner zusammengefasst nach Jahrzehnten (EU-15).....</i>	174
3.	Neue Mitgliedstaaten	175
	<i>Grafik 6: Vorlageverfahren der 12 mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten pro 500.000 Einwohner nach Jahren (seit 2004 oder 2007)</i>	176
4.	Bewertung: Neuvermessung des Dialogs	178
	<i>Karte: Durchschnittliche Vorlageverfahren pro 500.000 Einwohner (2001–2010).....</i>	178
III.	Ursachen für unterschiedliche Vorlagefreudigkeit	179
	1. Forschungsprogramm und Methodik	179
	2. Einfluss der volkswirtschaftlichen Tätigkeit.....	180
	a) Neofunktionalistische Theorie.....	180
	b) Bewertung zum Vorliegen einer Korrelation.....	181
	<i>Grafik 7: Pro-Kopf-Bruttoinlandsprodukt (2001–2010) und Vorlageersuchen pro 500.000 Einwohner im Jahrzehnt (2001–2010)</i>	181
3.	Konnex zur Europaskepsis	182
	a) Eurobarometer	182
	<i>Grafik 8: Vertrauen in den EuGH und Vertrauen in die EU in Prozent der Bevölkerung (2007) und durchschnittliche jährliche Vorlageverfahren pro 500.000 Einwohner (2001–2010).....</i>	183
	b) Parallelen zur Beteiligung bei den Wahlen zum Europäischen Parlament?.....	184
	<i>Grafik 9: Beteiligung an den EP-Wahlen in Prozent der Bevölkerung (2009) und durchschnittliche jährliche Vorlageverfahren pro 500.000 Einwohner (2001–2010)</i>	185
	c) Parallelen zu Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten?	186
	<i>Grafik 10: Vertragsverletzungsverfahren und durchschnittliche jährliche Vorlageverfahren pro 500.000 Einwohner 2001–2010</i>	188
	d) Gesamtbewertung	189
4.	Einfluss der nationalen Rechts- und Prozessstrukturen	190

a)	Vergleich innerhalb eines Rechtskreises	191
	<i>Grafik 11: Vorlageersuchen aus Deutschland und Österreich (seit Beitritt 1995) pro 500.000 Einwohner nach Jahren</i>	191
b)	Gründe für wenige Vorlagen aus Großbritannien (und Irland).....	193
aa)	Befund	193
bb)	Gebrauch der <i>acte clair</i> -Doktrin und zivilprozessuale Faktoren	195
cc)	Verständnis der Richterfunktion	199
c)	Ausgestaltung des Zivilprozessrechts und der Zivilprozessrechtspraxis	202
aa)	Grundsätzliche Bedeutung.....	202
bb)	Beispiel Frankreich.....	203
cc)	Prozeshäufigkeit: Abweichungen und Gründe	206
d)	Vorlagelethargie der neuen Mitgliedstaaten.....	211
5.	Zusammenfassung.....	215
§ 5:	Asymmetrie in der Beteiligung beim Interessenvortrag.....	218
I.	Ideal der Beteiligungsgleichheit	218
II.	Demokratische Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens	221
III.	Sektorale Abweichungen und Gründe	223
	<i>Grafik 12: Zusammenfassend zum Nachfragemechanismus von Vorlagen</i>	229
§ 6:	Auf der nationalen Ebene verbleibende Verfahren	230
I.	Stellenwert	230
1.	Gleichheit der Rechtsanwendung und die Verbindung zur Rechtsidee	230
2.	Dezentrale Durchsetzung des EU-Rechts	232
3.	Verfahrensautonomie, Gleichwertigkeit und Effektivität.....	235
4.	Beachtung der Rechtsprechung des EU-Gerichtshofs.....	236
5.	Grenzüberschreitende Verfahren	239
II.	Anforderungen an den effektiven Individualrechtsschutz.....	241
§ 7:	Besondere Dynamiken.....	245
I.	Sprunghaftes Wachstum des Europarechts	245

1. Grundbefund: Bedeutung der Grundfreiheiten und neue Rechtsakte	245
2. EU-IPR und EU-IZVR: Herausforderungen und Änderungen	246
3. EU-Grundrechte (insbesondere justizielle Rechte).....	249
4. Potenzielle Rolle des (D)CFR und optionaler Instrumente	253
II. Institutionelle Dynamik	256
1. Innerinstitutionelle Auswirkungen der Erweiterungen	256
2. Kammern: Wandel zum kontinentaleuropäischen Modell.....	258
3. Erweiterung und umgerechnete Entscheidungslast pro Richter.....	260
§ 8: Zusammenfassende Schlussfolgerungen.....	262
I. Probleme der föderalen Vergerichtlichung des Unionsprivatrechts.....	262
1. Asymmetrische Beteiligung	262
2. Forschungsdesiderate.....	263
3. Unterschiedliche Perspektiven bei der dialogischen Grundkonzeption.....	265
<i>Tabelle 4: Zusammenfassend zu den Perspektiven der Gerichtsbarkeiten</i>	267
II. Verzögerte Krise der Zusammenarbeit: Ausbaunotwendigkeiten	268
III. Spezialisierungsnotwendigkeiten.....	272
3. Teil: Reformoptionen für die Unionsgerichtsbarkeit.....	275
§ 1 Kontinuierlicher Ausbau.....	276
I. Erste Entwicklungsstufe: Anfänge einer unabhängigen Gerichtsbarkeit	276
1. Errichtung als Verwaltungsgericht durch EGKS- Vertrag	276
a) Obligatorische Gerichtsbarkeit statt <i>ad-hoc</i> - Schiedsgericht.....	276
b) Verwaltungs- und zivilverfahrenrechtliche Einflüsse auf Vertrag und Satzung.....	278
2. Übergang zum EWG-Gericht: Kompetenz zur Auslegung des Sekundärrechts.....	281

3. Bedeutung für die Gegenwart: objektiv-rechtlicher Rechtsprechungsauftrag.....	283
II. Zweite Entwicklungsstufe: beginnende Ausdifferenzierung des Gerichtssystems	285
1. EuG: Schaffung und gegenwärtige Bedeutung (seit 1989).....	285
2. EuGöD (seit 2005) und Möglichkeit weiterer Fachgerichte	288
3. Rechtsmittelfilter beim Zugang zu EuG und EuGH	290
a) Vom EuG zum EuGH: Direktklagen.....	290
b) Vom EuG zum EuGH: Vorlageverfahren (nach Satzungsänderung).....	290
c) Vom EuGöD (und den Fachgerichten) zum EuG sowie weiter zum EuGH.....	292
d) Bewertung: zwischen Multifunktionalität und dem neuen Trend zur instanzuell gestuften Spezialisierung	294
4. Steigende Rechtsmitteleinlegung zum EuGH	296
<i>Tabelle 5: Zum EuGH eingelegte Rechtsmittel</i>	<i>297</i>
5. Zusammenfassend zur Ausdifferenzierung im EU-Gerichtssystem	297
<i>Tabelle 6: System ausgewählter Zuständigkeiten und Funktionen.....</i>	<i>299</i>
III. Gesamtbewertung	301
§ 2: Neugestaltung der Justiz- und Prozessstrukturen.....	303
I. Vorbemerkungen	303
1. Reformdiskussionen: Etappen und gegenwärtiger Stand	303
2. Grundlegende Weichenstellung: Zugangsbeschränkungen oder Ausbau der EU-Gerichtsbarkeit?	309
3. Leitgesichtspunkte für Reformen	310
a) Garantie der Rechtseinheit und Konsistenz des EU-Rechts	310
b) Unterschiedliche Bedeutsamkeit und Schwierigkeit der Rechtssachen	310
c) Stärkung der Parteirechte	311
II. Kleinere Modifikationen zur Verringerung der Verfahrenslast- und -dauer	312
1. Verschärfung der Zulassungsvoraussetzungen	312

a)	Rechtsprechungsentwicklung und zu fordernde Normierung.....	312
b)	Definition des vorlageberechtigten Gerichts	314
c)	Strengere Prüfung der Entscheidungserheblichkeit	314
2.	Abschwächung der Vorlagepflicht.....	315
a)	<i>Acte clair</i> -Doktrin.....	315
aa)	Theorie und Praxis des Vorlageermessens.....	315
bb)	Prozessuale Variante: vereinfachtes Verfahren.....	318
b)	Lockerung der <i>acte clair</i> -Rechtsprechung.....	319
aa)	Grundsatz- oder Divergenzfragen.....	319
bb)	Kritik	322
3.	Pflicht zur Unterbreitung eines Antwortvorschlags	324
a)	Basismodell.....	324
b)	Erweiterung: grünes- oder rotes-Licht- Verfahren	326
c)	Bewertung	327
4.	Prinzipielle anstelle konkreter Beantwortung	330
5.	Prozessuale Straffungen	332
a)	Häufigeres Absehen von mündlicher Verhandlung.....	332
b)	Verstärkter oder gänzlicher Verzicht auf Schlussanträge des Generalanwalts.....	335
6.	Größe und Zusammensetzung der Richterbank	339
III.	Weitergehende Zugangsbeschränkungen	340
1.	Vorgeschaltete Filter beim Vorlageverfahren	341
a)	Annahmeverfahren (<i>certiorari</i>) beim U.S. Supreme Court	341
b)	Vorschläge für den EU-Gerichtshof.....	344
c)	Bedenken.....	345
d)	Bewertung gerade vor dem Hintergrund US- amerikanischer Erfahrungen	347
e)	Gesamteinschätzung: Kooperationsmodell auf Nachfragebasis oder Hierarchiemodell mit „agenda setting“.....	349
2.	Beschränkung der Vorlageberechtigung auf obere Gerichte?.....	350
a)	Literaturstimmen	350
b)	Rolle der unteren und mittleren Gerichte bei den Vorlagern	350

	<i>Tabelle 7: Vorlageersuchen nach Gerichten</i>	
	(1961–2010).....	351
	c) Bewertung.....	355
	d) Einschätzung einer Variante: Einwilligungserfordernis des nationalen Obergerichts.....	360
IV.	Überantwortung von Vorabentscheidungsverfahren an das EuG (zweite Ebene).....	361
	1. Grundlagen zur Zuständigkeitsübertragung	362
	2. Argumente für eine Kammerspezialisierung.....	364
	3. Begründung für EuG-Fachkammern statt neuer Fachgerichte	366
	4. Sektorale Konzentration	368
	a) Kriterien für die Auswahl von Sachgebieten.....	368
	b) Marken-, Patent- und gesamtes Immaterialgüterrecht	370
	c) Zivilrecht, IPR und IZVR	372
	d) Wettbewerbsrecht.....	373
	e) Sonstige Bereiche (z.B. Gesellschafts-, Steuer- und Agrarrecht)	375
	5. Andere Übertragungsansätze.....	375
	a) Instanziell (allein von Untergerichten)	375
	b) Je nach Bedeutsamkeit der Rechtssache	376
	c) Vorzugswürdige gänzliche Übertragung.....	377
	6. Anzahl der Richter, deren Qualifikation und Herkunft.....	378
	a) Erhöhung der Richterzahl und der Arbeitslast am EuG.....	378
	b) Herkunft und Qualifikation.....	379
	7. Strukturelle Auswirkungen auf den EuGH.....	382
	8. Zusammenfassende Einschätzung und offene Rechtsmittelfragen	385
V.	Errichtung weiterer Unionsfachgerichte (dritte Ebene).....	387
	1. EuGöD als Sonderfall oder Vorreiter?.....	387
	2. Themenbereiche von Immaterialgüter- bis Wettbewerbsrecht.....	388
	3. Europäisches Fachgericht für Privatrecht.....	390
VI.	Schaffung neuer Gerichtstypen.....	391
	1. Europäische Patentgerichtsbarkeit	392
	a) Übereinkommensentwurf.....	392
	b) EuGH-Gutachten 1/09.....	394

c) Einschätzung des Gutachtens 1/09 (auch hinsichtlich einer Beschränkung des Vorlagerechts).....	397
2. Dezentralisierung: Andere Eingangsinstanzen für Vorabentscheidungen?.....	398
a) Grundüberlegungen.....	398
b) Unionsrechtssenate an nationalen Obergerichten oder Unionsgerichte in den Mitgliedstaaten?	399
c) Als Regionalgerichte (US-Modell)	402
d) Bewertung.....	403
3. Kompetenzgerichtshof.....	407
VII. Stärkung der Parteirechte	410
1. Zugang zum EuGH und zur obersten nationalen Zivilinstanz im Vergleich.....	410
2. Individualzugang zur EU-Gerichtsbarkeit (v.a. Revisionsverfahren).....	415
§ 3: Zusammenfassung aus der Warte effektiver Zivilrechtspflege.....	419
4. Teil: Judizielle und justizielle Konvergenz in Zivilsachen...	423
§ 1: Bedeutung weicher Strukturen auf der mitgliedstaatlichen Ebene.....	424
I. Begriff und Gehalt der Rechtskultur.....	424
II. Vergleich der juristischen Infrastrukturen mit denen der USA.....	428
III. Beispiel: Stil der Vorlagen	431
IV. Anforderungen an eine europäische Auslegung.....	434
1. Rechtsmethoden	434
2. Bedeutung der horizontalen Rechtsvergleichung.....	437
3. Unterstützung durch Institutionen und Netzwerke	439
V. Klärungsbedarf bei Richterleitbild und Bindungswirkung des Richterrechts	443
1. Europäische Aufgaben und nationale Positionen.....	443
2. Wirkungen von Vorabentscheidungen.....	447
§ 2: Belebung der Kooperation seitens der EU- Gerichtsbarkeit	450
I. Zu Generalklauseln: Klarheit bei der Aufgabenteilung	451
II. Verbesserungen bei Argumentation und Methodik.....	455

1. Kritikpunkte.....	455
2. Rechtsvergleichung.....	458
3. Sondervoten?.....	462
4. Zitieren von rechtswissenschaftlichen Arbeiten?	466
III. Zur Richterschaft.....	468
1. Bestellungsverfahren	468
2. Wiederernennung, Amtsdauer, Zusammensetzung und Herkunft.....	472
IV. Erweiterung um Konventionen: Vorlagen über das UN-Kaufrecht?	475
§ 3: Stärkere Vereinheitlichung des Zivilprozess- und Kollisionsrechts	477
I. Traditionelle Prozessrechtsmodelle im Wandel	477
II. Perspektive des Unionsrechts	480
III. EU-IZVR	484
IV. Weitere Angleichung des Zivilprozessrechts.....	488
1. Andere Binnenräume im Vergleich	488
a) USA	488
b) Schweiz	490
2. Bewertung.....	491
3. EuZPO?.....	494
V. EU-IPR.....	498
§ 4: Résumé	502
5. Teil: Thesen	505
§ 1: Zum Status quo der Europäischen Gerichtsbarkeit	505
§ 2: Zur Fortentwicklung.....	506
§ 3: Zur Konvergenz in Zivilsachen	509
§ 4: Zu weiteren Forschungsaufgaben	510
Literaturverzeichnis	513
Stichwortverzeichnis.....	633

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Appeal Cases (Law Reports)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.EU Nr. C	Amtsblatt der Europäischen Union – Mitteilungen und Bekanntmachungen
ABl.EU Nr. L	Amtsblatt der Europäischen Union – Gesetzgebung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 47
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AG	Amtsgericht
AJIL	American Journal of International Law
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
ALI	American Law Institute
All ER	All England Law Reports
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Österreich
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AUR	Agrar- und Umweltrecht
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az.	Aktenzeichen
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BE	Belgien
Beih.	Beiheft

Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Bulgarien
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Brooklyn J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.J.	Cambridge Law Journal
CA	Court of Appeal of England and Wales
Cath. U.L. Rev.	Catholic University Law Review
CCass	Cour de Cassation
CDE	Cahiers de droit européen
CEPEJ	Council of Europe/European Commission for the Efficiency of Justice (Europarat)
CFI	Court of First Instance
CFR	Common Frame of Reference
Ch.	Chapter
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf, BGBI. 1989 II, S. 588, 1990 II, S. 1699; Inkrafttreten BGBI. 1990 II, S. 1477
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CY	Zypern
CZ	Tschechische Republik
d.h.	das heißt
DAJV Newsletter	Zeitschrift der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung e.V.
dasselb.	dasselbe
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DE	Deutschland
ders.	derselbe
DG	Directorate General
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag

DK	Dänemark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.L. Rev.	European Law Review
EAGV	Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl. 1957 II, S. 1014; konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 84, S. 1
EBLR	European Business Law Review
EBLS	Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ecolex	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EE	Estland
EEA	Einheitliche Europäische Akte, ABl.EG 1987 Nr. L 169, S. 1
EG	EG-Vertrag nach den Verträgen von Amsterdam und Nizza, konsolidierte Fassung ABl.EG 2002 Nr. C 325, S. 33
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSv	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 18.4.1951, BGBl. 1952 II, S. 447
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag ab Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht am 1.11.1993, ABl.EG 1992 Nr. C 191, S. 1
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
EJIL	European Journal of International Law
EJLR	European Journal of Law Reform
EL	Griechenland
ELI	European Law Institute
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europarat), Neubekanntmachung BGBl. II 2002, S. 1054
endg.	endgültig
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung
EP	Europäisches Parlament
EPA	Europäisches Patentamt
EPG	Europäische Politische Gemeinschaft
EPL	European Public Law
EPLA	European Patent Litigation Agreement
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ERCL	European Review of Contract Law
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
ERPL	European Review of Private Law
ES	Spanien
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (bis zum Vertrag von Lissabon: Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften)
EuGH	Gerichtshof (als Teil des „Gerichtshofs der Europäischen Union“)

EuGöD	Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl.EG 2001 Nr. L 12, S. 1, auch Brüssel I-Verordnung genannt
EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, konsolidierte Fassung ABl.EG 1998 Nr. C 27, S. 1
EUI	European University Institute
EuLF	European Legal Forum – Forum iuris communis Europae (deutsche und englische Sprachausgabe jeweils gekennzeichnet)
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 13
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EVÜ	Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.6.1980, konsolidierte Fassung ABl.EG 1998 Nr. C 27, S. 34
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBI. 1957 II, S. 766, und zwar modifiziert durch die EEA
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
F. R. App. P.	Federal Rules of Appellate Procedure
F. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr. f.	Festschrift für
FG	Finanzgericht
FI	Finnland
Ford. Int'l L.	Fordham International Law Journal
FR	Frankreich
Fußn.	Fußnote
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GD	Generaldirektion der Europäischen Kommission
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
GG	Grundgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GPÜ	Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt (Gemeinschaftspatentübereinkommen) und Ausführungsordnung vom 21.12.1989, BGBI. 1991 II, S. 136
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 389

grds.	grundsätzlich
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
H.	Heft
h.M.	herrschende Meinung
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRLJ	Human Rights Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
HU	Ungarn
HZÜ	Haager Übereinkommens vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen
i.E.	im Erscheinen
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IE	Irland
IGH	Internationaler Gerichtshof
IHR	Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Ind. J. Global Legal Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
Int. Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int. Enc. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int. J. Const. L.	International Journal of Constitutional Law
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IR	Irish Reports
IT	Italien
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Priv. Int. L.	Journal of Private International Law
JA	Juristische Arbeitsblätter

JBf.	Juristische Blätter
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCP	Journal of Consumer Policy
JETL	Journal of European Tort Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KJ	Kritische Justiz
KOM	Legislativvorschläge und sonstige Mitteilungen der Europäischen Kommission an den Rat und/oder die anderen Organe sowie die entsprechenden vorbereitenden Dokumente
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LAG	Landesarbeitsgericht
Law & Soc. Inquiry	Law and Social Inquiry
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Losebl.-Slg.	Loseblattsammlung
LT	Litauen
LU	Luxemburg
LV	Lettland
M.	Main
m. w. Beisp.	mit weiteren Beispielen
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
M.L.R.	Modern Law Review
MDR	Monatsschrift Deutsches Recht
Mich. J. Int'l L	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MMR	Multimedia und Recht
MPI	Max-Planck-Institut
MT	Malta
n.F.	neue Fassung
N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y	New York University Journal of Legislation and Public Policy
Nachdr.	Nachdruck
NGO	Non-Governmental Organisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NL	Niederlande
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.V.	ohne Verfasser

OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
OPEC	Organization of Petroleum Exporting Countries
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Ox. JLS	Oxford Journal of Legal Studies
PECL	Principles of European Contract Law
Penn St. Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
PL	Polen
PT	Portugal
QJE	Quarterly Journal of Economics
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
Rabelsz	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
Red.	Redaktion
Rev. Int. Org.	Review of International Organizations
Rev. dr. int. et dr. comp.	Revue de droit international et de droit comparé
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RiWG	Richterwahlgesetz
RJ	Rechtshistorisches Journal
RO	Rumänien
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl.EU 2008 Nr. L 177, S. 6
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl.EU 2007 Nr. L 199, S. 40
Rs.	Rechtssache
RsprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RuP	Recht und Politik
S.	Seite/Satz
s.	siehe
S.I.	Statutory Instruments
Satzung des Gerichtshofs	Protokoll Nr. 3 zum Vertrag von Lissabon über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 210
SE	Schweden
SEC	Dokument des Sekretariats der Kommission
SI	Slowenien
SK	Slowakei
Slg.	Sammlung
Sp.	Spalte
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

SubsProt	Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 206
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Syd. L. Rev.	University of Sydney Law Review
Syracuse J. Int'l L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
SZ	Süddeutsche Zeitung
Teilbd.	Teilband
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. Eur. & Civ. L.F.	Tulane European and Civil Law Forum
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.	University of Miami International and Comparative Law Review
U. Pa. J. Int'l L.	University of Pennsylvania Journal of International Law
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
u.a.	unter anderem/und andere
u.Ä.	und Ähnliches
U.S.C.	United States Code
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UCC	Uniform Commercial Code
ÜGA	Abkommen zwischen den EFTA-Staaten über die Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs
UK	Vereinigtes Königreich
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law/Institut International pour l'Unification du Droit Privé
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme
UN	United Nations
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VerfO-EuG	Verfahrensordnung des Gerichts, konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 177, S. 37; zuletzt geändert durch ABl.EU 2011 Nr. L 162, S. 18
VerfO-EuGH	Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 177, S. 1; zuletzt geändert durch ABl.EU 2011 Nr. L 162, S. 17
VerfO-EuGöD	Verfahrensordnung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union, konsolidierte Fassung ABl.EU 2010 Nr. C 177, S. 71; zuletzt geändert durch ABl.EU 2011 Nr. L 162, S. 19

VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVE	Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, ABl.EU 2004 Nr. C 310, S. 1
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
W.L.R.	Weekly Law Reports
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter – Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapiermitteilungen, Teil 4: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969
Yale L.J.	Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law
z.B.	zum Beispiel
z.Z.	zur Zeit
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt.	Zeitschrift für Zivilprozess International – Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts

1. Teil

Grundlagen

„Als wir den Europäischen Gerichtshof schufen, schwebte uns ein ehrgeiziger Gedanke vor: die Verfassungsstruktur der Gemeinschaft mit einem obersten Gericht zu krönen, das im vollen Sinn des Wortes Verfassungsorgan war, einem Gericht wie der amerikanische Supreme Court in seiner glänzenden Zeit unter dem Chief Justice John Marshall, unter dessen Führung die urkundlich kaum skizzierte Verfassung der Vereinigten Staaten in der Gerichtspraxis Inhalt und Festigkeit gewann. Wir sind nicht enttäuscht worden.“¹
Walter Hallstein (1901–1982)¹

§ 1: Ebenen und Spannungsfelder im ersten Zugriff

Die einheitliche, zumindest gleichwertige Durchsetzung von Rechten ist der Prüfstein einer wahren Privatrechtsgemeinschaft. Für die Leichtgängigkeit des Handels- und Geschäftsverkehrs sowie für die sich entwickelnde gemeineuropäische Zivilgesellschaft mit vermehrten grenzüberschreitenden Bezügen ist es essentiell, erworbene materielle Rechtspositionen gerichtlich durchsetzen und unbegründete Ansprüche abwehren zu können. Allerdings erweisen sich die Durchsetzungsmechanismen unionsweit als denkbar heterogen: Europas Zivil- und Zivilprozessrechte sind weiterhin geprägt durch die mitgliedstaatlichen materiellen Normbestände, Gerichts- und Verfahrensordnungen.

Darin liegt eine besondere Herausforderung, weil die Europäische Union nicht nur bei der Rechts*um*setzung von Richtlinien auf die Legislativakte mitgliedstaatlicher Parlamente angewiesen ist. Vielmehr fußt auch die klärende prozessuale Rechts*durch*setzung des (formell nationalisierten) Richtlinienrechts² sowie im Fall von (bekanntlich direkt wirken-

¹ Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. (1979), S. 110; s. freilich zu den unterschiedlichen Vorstellungen bei der Verhandlung des Römischen Vertrages von 1957 Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 441 ff.

² Art. 288 I AEUV (ex-Art. 249 I EG); zur Umsetzungspflicht, die auch die Judikative umfasst („alle [...] erforderlichen Maßnahmen“), s. Art. 291 I AEUV (ex-Art. 10 EG).

den) Verordnungen³ auf einer engen Vernetzung der Ebenen⁴. Das EU-Recht kooperiert zwangsnotwendig mit den einzelstaatlichen Gerichtssystemen, Richter- und Anwaltschaften, obschon sie sich in rechtlicher wie rechtstatsächlicher Hinsicht weiterhin beträchtlich unterscheiden.

In dem geschichtlich geformten, durch gemeinsame Kultur und Werte geprägten und im Wege politischer Kraftanstrengungen geeinten europäischen Rechtsraum⁵ sind strukturelle, materielle und methodologische Rechtsüberlagerungen entstanden. Einmal abgesehen von den gefächerten Konnotationen des Europabegriffs⁶ werden die Überlagerungen durch mindestens fünf Spannungsverhältnisse angereichert. Sie entstehen (1.) zwischen den Vereinheitlichungstendenzen und dem Subsidiaritätsprinzip⁷, (2.) zwischen supranationalen, intergouvernementalistischen und etatis-

³ Art. 288 II AEUV (ex-Art. 249 II EG).

⁴ Zur Idee der vertikalen und horizontalen Vernetzung *Basedow*, Nationale Justiz und Europäisches Privatrecht – Eine Vernetzungsaufgabe, 2003, S. 6 ff., 20 ff.

⁵ Zu diesem Begriff, der wegen seiner horizontalen Beziehungen mehr umfasst als „Rechtsordnung“ in seiner vertikalen Struktur, s. *Broekman*, A Philosophy of European Union Law, 1999, S. 401 ff.

⁶ So erklärt *Stolleis*, in: HRG, 2. Aufl. (2008), Sp. 1439 (1440), dass „Europa“ geschichtlich gesehen zwar räumlich wandelbar und sachlich divergent, aber als Rechtsraum durch Schriftlichkeit, Rationalität und Legalismus geprägt sei und auch in der Entwicklung des wissenschaftlich durchgebildeten Rechts Gemeinsamkeiten aufweise. Ebenso *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (10); über das Recht als essentiellen Bestandteil europäischer Kultur *Coing*, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962; *ders.* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, 1973–1988; zum römischen Recht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen *Metzger*, *Extra legem, intra ius – Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, 2008, S. 427 f.; zur heutigen Bedeutung römischen Rechts beim EuGH *Knütel*, JuS 1996, 768 ff.; exemplarisch zur Relevanz des Lateinischen im Europarecht *Basedow*, ZEuP 2007, 953 f.

⁷ Das Subsidiaritätsprinzip, wie es Art. 5 III EUV (ex-Art. 5 II EG) für den Bereich der nicht-ausschließlichen Zuständigkeit festschreibt, ist justiziabel. Seit dem Vertrag von Lissabon können die Mitgliedstaaten einen EU-Gesetzgebungsakt im Wege der Nichtigkeitsklage wegen Verstoßes gegen die Subsidiarität zu Fall bringen, Art. 8 SubsProt i.V.m. Art. 263 AEUV (ex-Art. 230 EG). In Deutschland wurde deswegen Art. 23 Ia GG geschaffen, wonach der Bundestag und der Bundesrat das Recht haben, wegen Verstoßes eines EU-Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Zu den Hintergründen des mit dem Maastrichter Vertrag eingeführten Subsidiaritätsprinzips im Bereich des Binnenmarktrechts *Rösler*, EuR 2008, 800 (806 ff.). Der Grundsatz dient der Sicherung funktionaler Wirkungseinheiten und der Effektivität als eigenständiges unionsimmanentes Rechtsprinzip; vgl. *Hilf/Hörmann*, in: Festschr. f. Tomuschat, 2006, S. 913 (944). Zur praktischen Wirkungslosigkeit in der Rechtsprechung *Ritzer/Ruttloff*, EuR 2006, 116 ff. Der U.S. Supreme Court hat der Subsidiarität – bei wechselhafter Einstellung zu dem Grundsatz – in *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939) „a lack of judicially discoverable and manageable standards“ bescheinigt.

tischen Strömungen (selbst auf EU-Ebene)⁸, (3.) bei den divergierenden Integrationskonzeptionen und -teleologien (z.B. wirtschaftsliberalen, politischen und sozialen), (4.) hinsichtlich der verschiedenen rechtskulturell geprägten juristischen Vorverständnisse sowie (5.) bezüglich national bzw. regional divergierender Gegebenheiten von Zivilprozessen.

Die EU-Justiz – deren zivilrechtliche Bedeutung, Praxis und Reform den hauptsächlichen Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet – hat die verschiedenartigen Ebenen, Tendenzen und Einheitsvorgaben anhand einer Zivilsache in einen föderal geglückten Ausgleich zu bringen. Zur Wahrung der Rechtseinheit haben die Nationalgerichte das mit innerstaatlichem Geltungsanspruch ausgestattete Unionsrecht primärer und sekundärer Ausprägung gebührend zu berücksichtigen.

Allein schon wegen der föderalen Loyalitätspflicht⁹ nach Art. 4 III EUV (noch anders gefasst ex-Art. 10 EG) müssen die Nationalgerichte auch die Auslegung des EU-Rechts durch den für das EU-Recht zuständigen Gerichtshof der Europäischen Union¹⁰ maßgeblich beachten. Dies geschieht durch die primärrechts- und richtlinienkonforme Auslegung des Zivilrechts. Die Mandate der verschiedenen Gerichtsebenen in der EU erweisen sich als schwierig, da die wahren Konfliktpotenziale vielfach von der Politik unbewältigt sind: Im geschriebenen Recht bleiben Sachfragen und konkrete Rechtsfolgen auch als Resultat vordergründiger Kompromisse ausgeblendet oder werden diffus gestaltet¹¹. Auf diese Tatsache reagieren nicht nur Zivilrichter mit verständlichem Befremden.

Die Gerichte der verschiedenen Ebenen müssen ein kooperatives Verhältnis und verantwortungsvolles Miteinander sicherstellen. Dabei haben sie einerseits die unionseinheitlichen Vollzugsvorgaben und andererseits die Notwendigkeit judizieller Autonomie und Mitsprache der nationalen Ausführungsebenen zu beachten. In der vorliegenden Arbeit geht es deshalb auch um die gerichtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekte eines An- und Abgleichungsprozesses, der ein Hin und Her richterlicher Denk- und

⁸ S. insbesondere zum Rat der EU die politikwissenschaftliche Arbeit von *Lempp*, Die Evolution des Rats der Europäischen Union – Institutionenevolution zwischen Intergovernmentalismus und Supranationalismus, 2009. Ferner für eine intergouvernementalistische Integrationstheorie *Moravcsik*, The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht, 1998.

⁹ Oben Fußn. 2. Zur ähnlichen Funktion wie der Bundestreue im deutschen Verfassungsrecht *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001.

¹⁰ Die Entscheidungen der Europäischen Gerichtsbarkeit üben faktisch eine Leitbildfunktion aus; sie sind aber nicht materiell bindend. Die Bindungswirkung betrifft allein das Gericht des Ausgangsverfahrens. Näher 4. Teil § 1 V 2.

¹¹ Das gilt auch makro- oder verfassungsstrukturell beispielsweise beim Vorrang des Unionsrechts, worauf noch näher in 2. Teil § 1 I 1 einzugehen ist.

Diskursbewegungen¹² erforderlich macht. Dies gilt sowohl zwischen den gerichtlichen Ebenen als auch den verschiedenen Sachmaterien – seien sie nationaler, primär- oder sekundärrechtlicher Natur.

Im größeren Zusammenhang geht die Arbeit zweierlei nach: erstens dem Verfahrens- und Gerichtsorganisationsrecht der EU und zweitens der dahinterstehenden föderalen Grundkonzeption. Föderal sind die beschriebenen Aufgaben, weil die EU – so eine der Thesen der Arbeit – implizit ein föderales Großsystem darstellt. Deshalb ist auch das Privatrecht aus diesem metastrukturellen Blickwinkel zu analysieren. Damit gilt: Aufgabe der Europäischen Zivilgerichtsbarkeit und ihrer Wissenschaft ist es, sich des judikativen Föderalismus anzunehmen und ihn näher ausgestalten zu helfen.

Die Arbeit stellt die verbindliche EU-Zivilgerichtsbarkeit und den effektiven Rechtsschutz in den Vordergrund. Drängend sind diese Fragen wegen der kontinuierlichen Ausdehnung des räumlichen und vor allem sachlichen Anwendungsbereichs des Unionszivilrechts. Dies umfasst insbesondere das Recht der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten innerhalb der EU, aber auch der unionsbürgerlichen Rechte und Belange. Damit hat sich die Notwendigkeit einer Auslegung und Anwendung des Unionsrechts beträchtlich erweitert – eine Aufgabe, die der Gerichtshof der Europäischen Union umso weniger im Alleingang, sondern nur in Kooperation und im Vertrauen auf die Nationalgerichte zu bewerkstelligen vermag.

Allein aus diesem ganz praktischen Grund müssen die vorliegend behandelten Fragen mit vertikaler und horizontaler Dimension ins Zentrum des Forschungsinteresses rücken. Zur Debatte stehen die gegenwärtige Praxis und die zukünftige Ausgestaltung der gerichtlichen Durchsetzung von unionalen Rechtspositionen in einem föderalen Mehrebenensystem des Zivilrechts mit seinen unterschiedlichen Regelungs- und Vollzugssystemen.

§ 2: Bedeutung und Funktion der Europäischen Zivilgerichtsbarkeit

I. Begrifflichkeit

Der Luxemburger Gerichtshof ist Wächter der Union, mit anderen Worten ein *defensor iuris unionis*¹³. Zunächst zur terminologischen Klarstellung:

¹² Parallel zu dem „Hin- und Herwandern des Blickes“ des Richters zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm; dazu *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. (1983), S. 210 in Fußn. 36 und S. 217 in Fußn. 54.

¹³ S. v. *Danwitz*, EuR 2008, 769 (773).

Seit dem 1.12.2009, also dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags, heißt die Gesamtheit des unionseigenen Gerichtssystems endlich klar und deutlich „Gerichtshof der Europäischen Union“¹⁴. Dies resultiert aus der eigenen Rechtspersönlichkeit der EU und der Abschaffung ihrer unglücklichen Säulenkonstruktion, die der Vertrag von Maastricht erst 1992 eingeführt hatte¹⁵.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (hier zumeist EU-Gerichtshof genannt) bildet nach Art. 13 I EUV ein einheitliches Organ. Er besteht aber gemäß Art. 19 I S. 1 EUV aus drei eigenständigen Spruchkörpern, nämlich dem Gerichtshof (EuGH), dem Gericht (EuG), das zuvor noch Gericht erster Instanz hieß¹⁶, sowie den „Fachgerichten“¹⁷. Von diesen ist bislang im Jahr 2004 nur das Gericht für den öffentlichen Dienst (EuGöD) eingerichtet worden¹⁸. Darum sind vorliegend, wenn – großgeschrieben – von Europäischer Gerichtsbarkeit, den Europäischen Gerichten und dem EU-Gerichtshof die Rede ist, EuGH, EuG und EuGöD insgesamt gemeint. Deren Zuständigkeiten und *modi operandi* sind näher geregelt in den Verträgen (Art. 19 EUV, Art. 251–281 AEUV) sowie in der Satzung des Gerichtshofs und in den drei Verfahrensordnungen¹⁹.

¹⁴ Was angesichts der Verflechtungen zwischen den Gemeinschaften und der Union schon zuvor angezeigt gewesen wäre. Vgl. *Everling*, in: Festschr. f. Rengeling, 2008, S. 527. S. auch Art. I-29 VVE.

¹⁵ Mit der Auflösung der Säulenstruktur der EU (*Everling*, EuR-Beih 1/2009, 71 [85]) spricht zutreffend von der „Beseitigung der zwielichtigen Tempelkonstruktion“ erstreckt sich die Gerichtsbarkeit des EuGH auch auf den EUV, für den zuvor nur begrenzte Zuständigkeit bestand (dazu kritisch *Murawiek*, NVwZ 2009, 481 ff.). Nach Art. 267 I b) AEUV erfasst das Vorabentscheidungsverfahren nun auch Handlungen der Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU. Die Beschränkungen der Gerichtsbarkeit im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ wurden weitestgehend aufgehoben (s. aber die Ausnahmen für GASP und Sicherheitsfragen nach Art. 275 f. AEUV); vgl. demgegenüber die alte Rechtslage nach ex-Art. 35 EU (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) und nach ex-Art. 68 EG (Visa, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr, wozu auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen zählte) – dazu noch später im 2. Teil § 7 I 2.

¹⁶ Die Änderung ist ebenfalls konsequent, denn schon vor Lissabon war das EuG nicht allein Gericht erster Instanz, sondern selbst Rechtsmittelinstanz gegenüber dem EuGöD (ex-Art. 225a III EG, nun Art. 256 II UAbs. 1 AEUV).

¹⁷ Alle drei sind Teil des EU-Gerichtshofs, so dass hier ein Intra- und kein Interorganverhältnis besteht; *Thiele*, EuR 2010, 30 (31); *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rdnr. 113, 124 f.

¹⁸ Näher im 3. Teil § 1 II.

¹⁹ Ausführliche Kommentierungen der praktisch überaus wichtigen gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtlichen Normen finden sich bei *Wägenbaur*, EuGH Verfo – Satzung und Verfahrensordnungen des EuGH/EuG – Kommentar, 2008 sowie zur Satzung bei *Hackspiel*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. (2003), nach Art. 245 EG. S. weiter *Hackspiel*, in: *Rengeling/Middeke/*

Statt einer perspektivischen Verkürzung auf den EuGH und die EuGH-Rechtsprechung, wie sie in der Diskussion um die Europäische Gerichtsbarkeit nicht selten geschieht, wird also ein breiteres Bild versucht. Dies ist seit der Ausdifferenzierung des Gerichtssystems durch die Schaffung des EuG im Jahr 1988 angezeigt. Zudem wird – in Übereinstimmung mit dem ehemaligen EuGH-Richter *Everling*²⁰ – anstelle von Europäischer Gerichtsverfassung von Europäischer Gerichtsbarkeit oder auch von EU-Gerichtsbarkeit gesprochen. Als sinnvoll erweist sich dies nicht zuletzt wegen des problematischen Begriffs und der mangelnden Akzeptanz einer Europäischen Verfassung, deren (auch US-amerikanisch inspirierte) Schaffung bekanntlich scheiterte²¹.

Zudem werden damit besagte Gleichsetzungen bzw. Verwechslungen von „Gerichtshof der Europäischen Union“ als Gesamtorgan nach Art. 13 I UAbs. 2 i.V.m. Art. 19 I S. 1 EUV und dem EuGH als seinem auch instanzial eigenständigen Teilorgan vermieden. Ebenfalls ist der hiesige Untersuchungsgegenstand von dem vorliegend unpassenden völkerrechtlichen Begriff der Gerichtsbarkeit²² abgegrenzt²³.

Institutionentheoretisch²⁴ lässt sich die Europäische Rechtsprechungseinheit freilich auch erweitert begreifen. Nach diesem Verständnis bilden die Luxemburger Organisation und die Nationalgerichte ein Gesamtsystem an Regeln, das gemeinsam und auf der Basis des EU-Rechts zur juristischen und gesellschaftlichen Konfliktlösung agiert. So betrachtet, lässt

Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), §§ 21–29; *Klinke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 45. Erg.-Lfg. (2011), Art. 281 AEUV, Rdnr. 1 ff.

²⁰ *Everling*, in: Festschr. f. Rengeling, 2008, S. 527; zur Üblichkeit des Begriffs auch *Pechstein*, Rdnr. 115 in Fußn. 48.

²¹ Es mangelte bei der EU-Verfassung (im Unterschied zum Handelsgeist i.S.v. *Kant*, Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, 1795) am Verfassungsgeist; dazu *Rösler*, ZRP 2005, 244; *ders.*, EuR 2008, 800 (815). Dazu, dass 95 % des Entwurfs des Verfassungsvertrages in den Vertrag von Lissabon herübergerettet wurden *Terhechte*, EuR 2008, 143.

²² Dazu, dass sich unter „Gerichtsbarkeit“ auch die im Zusammenhang mit den völkerrechtlichen Grenzen der Hoheitsgewalt stehende Reichweite der inländischen Rechtsprechungsgewalt verstehen lässt s. *Dutta*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, 2009, S. 683 f.

²³ So wie hier *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 41. Erg.-Lfg. (2010), Art. 19 EUV, Rdnr. 16.

²⁴ Vgl. die institutionentheoretische Definition zusammengefasst von *Voigt*, Institutionenökonomik, 2. Aufl. (2009), S. 27: Institutionen sind „allgemein bekannte Regeln, mit deren Hilfe wiederkehrende Interaktionssituationen strukturiert werden und die mit einem Durchsetzungsmechanismus bewehrt sind, der eine Sanktionierung bzw. Sanktionsdrohung im Falle eines Regelverstößes bewirkt.“ Auch *Wagener/Eger*, Europäische Integration – Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik, 2. Aufl. (2009), S. 191; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. (2010), S. 7.

sich das System funktional beträchtlich ausdehnen. Erfasst sind damit auch die mitgliedstaatlichen Streitentscheidungsorgane und Juristen, die zumindest quantitativ in viel stärkerem Maße als der EU-Gerichtshof zur Achtung, Auslegung und Durchsetzung des Unionsrechts berufen sind. Dann handelt es sich um einen interaktiven Gesamtgerichtskorpus²⁵, also um ein Netzwerk aus Regeln, die kooperativ das Europäische Recht fortschreiben. Auf die Europäische Gerichtsbarkeit in diesem erweiterten Sinne wird der 2. und 4. Teil zurückkommen.

II. Stellung des EU-Gerichtshofs

Nach der begrifflichen Klarstellung sind nun die Institution und Verfahrenswege der Europäischen Gerichtsbarkeit näher zu erörtern. Die Politik schuf mit der zur „Wahrung des Rechts“ bei der Vertragsauslegung und -anwendung berufenen²⁶ Europäischen Gerichtsbarkeit eine maßgebliche institutionelle Rahmenbedingung: Künftige, d.h. im Ausgang ungewisse Konflikte über das autonom zu verstehende Unionsrecht²⁷ können von einem Gericht als unabhängige²⁸, vordergründig unpolitische²⁹ und damit im Vergleich zu Kommission, Rat und Parlament eher subtile Institution³⁰ entschieden werden³¹.

Verstärkt wird die legitimatorische Basis der Dritten Gewalt, indem der Gerichtshof die Mitgliedstaaten vor Machtmissbrauch durch die supranationalen Einrichtungen schützt. Den infolge des (zumeist qualifizierten)

²⁵ Ebenso *Basedow*, Nationale Justiz und Europäisches Privatrecht, S. 19; *ders.*, *RabelsZ* 66 (2002), 203 (212); zur Verantwortung der nationalen Gerichte (insbesondere wegen der Funktionsnachteile von Richtlinien) s. *ders.*, in: *Festschr. f. Brandner*, 1996, S. 651 ff.

²⁶ Art. 19 I S. 2 EUV, der die traditionelle Formulierung des ex-Art. 220 EG übernimmt.

²⁷ Dazu EuGH, Rs. 64/81, *Slg.* 1982, 13 (24) – *Corman/Hauptzollamt Gronau*: im Interesse der einheitlichen Anwendung will „die Gemeinschaftsrechtsordnung ihre Begriffe [grundsätzlich] nicht in Anlehnung an eine oder mehrere Rechtsordnungen definieren, sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist“.

²⁸ Auch die Richter und Generalanwälte am EU-Gerichtshof müssen gemäß Art. 253 I AEUV „jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten“.

²⁹ *Everling*, in: *Festschr. f. Kutscher*, 1981, S. 155 (183) vertritt jedoch, die Rechtsprechung sei „Bestandteil des politischen Prozesses“. Dem kann so nicht zugestimmt werden, sondern nur wie es *Zuleeg*, *JZ* 1994, 1 (8) konzipiert: „Das Bindeglied des Rechts ist gegen politische Einflüsse abgeschirmt, soweit diese sich nicht in rechtlichen Regelungen niederschlagen“.

³⁰ Womit sich aber die Frage der (horizontalen) Gewaltenteilung auftut, was hier allenfalls am Rande, etwa bei der verfehlten Forderung der Schaffung eines Kompetenzgerichtshofs im 3. Teil § 2 VI 3, angesprochen werden kann.

³¹ Vgl. *Mestmäcker*, in: *ders.*, S. 11 (24) unter Hinweis auf die Zukunftsdimension der Institution bei *Helmut Schelsky* und den „veil of ignorance“ von *John Rawls*.

Mehrheitsentscheid im Gesetzgebungsprozess unterlegenen Mitgliedstaaten eröffnet der Gerichtshof Rechtsschutz vor der „Tyrannei der Mehrheit“³². Darum haben die Gründungsstaaten von Montanunion, EWG und Euratom eine zentrale Gerichtsinstitution geschaffen – ungeachtet der damit verbundenen, freilich verhältnismäßig geringen Transaktionskosten³³ und der Unsicherheiten beim Zusammenwirken mit den anderen Gewaltenträgern³⁴.

Auch wenn die Einrichtung des Gerichtshofs durchaus mit einigen Hoffnungen begleitet wurde³⁵ und die Einführung des Vorabentscheidungsverfahrens in der Tat progressiv war³⁶, werden die Schöpfer der Verträge kaum die Dimension erahnt haben, die heute die Judizialisierung der rechtlichen, ökonomischen und politischen Integrationsprozesse erreicht hat. *Mestmäcker* resümiert zur Integrationsrolle des EuGH: „Mit hoher Wahrscheinlichkeit wäre keine der beteiligten Regierungen bereit gewesen, dem Vertrag 1958 zuzustimmen, wenn sie die Einbußen an Souveränität vorausgesehen hätten, die sich daraus [...] ergeben haben. So wichtig in diesem Prozeß die politische Planung der Gemeinschaftsinstitutionen auch gewesen sein mag, als Motor der Integration wirkte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Diese Wirkungsmöglichkeit ergab sich aus dem für sich revolutionären Grundsatz, dass sich die Bürger auf die staatsbezogenen Normen des EWG-Vertrages vor Gerichten ihres Staates berufen können, sofern diese Normen ihrem Inhalt nach justitiabel sind. Mit der Dezentralisierung der Anwendung des Gemeinschaftsrechts war die partielle Entpolitisierung seiner Durchsetzung verbunden.“³⁷

³² Dazu unter dem Gesichtspunkt des Risiko-Nutzen-Gedankens *Tridimas*, *European Journal of Law and Economics* 18 (2004), 99 (102 f., 112).

³³ Dieser Begriff findet damit nicht nur bei Schuldverträgen Anwendung (*Coase*, *Journal of Law and Economics*, 3 [1960], 1 ff.); so etwa von *Tridimas*, *European Journal of Law and Economics* 18 (2004), 99 (103).

³⁴ *Hamilton* hat im *Federalist Paper No. 78* (1788) von der Gerichtsbarkeit als der am wenigsten gefährlichen Gewalt gesprochen; vgl. jedoch zur „counter-majoritarian difficulty“ *Bickel*, *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962, S. 17 ff.

³⁵ Zumindest von bundesstaatlich orientierten Stimmen wie *Hallstein* im Vorspruch zu diesem Teil (oben bei Fußnotenzeichen 1).

³⁶ Dazu näher im 3. Teil § 1 I.

³⁷ *Mestmäcker*, in: *ders.*, S. 11 (24). S. auch *Roth/Hilpold*, in: *dies.*, *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, 2008, S. 5: „Ein Konzept, wie es vom EuGH in *van Gend & Loos* (1963) und *Costa/ENEL* (1964) ausformuliert worden ist, hatten die Gründungsväter der EWG mit größter Wahrscheinlichkeit nicht im Auge.“ Kritik daran von *Basedow*, *EuZ* 2009, 86 (87 f.).

III. Zivil- und Vorlageverfahren als Grundlage für das Funktionieren des Binnenmarkts

Das Vorabentscheidungsverfahren bewirkt eine Dezentralisierung³⁸. Dieses prozessuale Instrument zur Verwirklichung des Unionsrechts setzt die Rechte des Individuums wirkungsvoll in die Praxis um und haucht der Idee einer dezentral-zentralen Kooperation zwischen nationalen Zivilgerichten und EU-Gerichtshof Leben ein. Zunächst schien die mit dem Vorabentscheidungsverfahren geschaffene Novität recht unbedeutend. Doch rasch wurde das Vorabentscheidungsverfahren als Scharnier zwischen nationaler und Europäischer Gerichtsbarkeit bestimmend.

Die neue Verfahrensart der *procédure préjudicielle* erwies sich wegen ihres versteckten Anreiz- und Hebelmechanismus als zukunftsweisend: Auch unterinstanzliche Gerichte können hierüber die Vereinbarkeit des eigenen Rechts mit dem Unionsrecht indirekt und letztverbindlich prüfen lassen³⁹. Die vielen, häufig kleinteiligen Vorlagefragen zur Auslegung des Sekundärrechts sollten sich damit als erheblich bedeutender erweisen als diejenigen über die Gültigkeit eines Gemeinschafts- oder Unionsrechtsakts⁴⁰. Schließlich sah bereits der besagte EGKS-Vertrag aus dem Jahr 1951 Letzteres vor⁴¹. Von den verschiedenen Verfahrensarten der Union ist damit das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG) sowohl das bedeutendste als auch das innovativste, insbesondere im Bereich des Privatrechts.

Für die Entwicklung der europäischen Zivil- und Wirtschaftsrechtsordnung hat das Vorabentscheidungsverfahren höchste Relevanz. Nach Worten des EuGH ist es die „eigentliche Grundlage für das Funktionieren des Binnenmarktes“⁴². Das Vorlageverfahren, für das der EuGH auch nach den Änderungen des Vertrages von Lissabon faktisch allein zuständig bleibt, ist seit Jahrzehnten das zentrale prozessuale Vehikel des Dialogs zwischen den Gerichtsebenen mitgliedstaatlicher und europäischer Art. Dieses Bindeglied institutionalisiert einen Rechtsprechungsverbund zwischen der Europäischen Gerichtsbarkeit und den einzelstaatlichen Zivil-

³⁸ S. im Zusammenhang mit der Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens auch *Broberg/Fenger*, Preliminary References to the European Court of Justice, 2010, S. 3: „It helps to ensure the effective application of Community law, just as it contributes to domesticating Community law and moving Community law away from assuring compliance only through a system of international surveillance so that it also contains a supplementary system of private enforcement that is not influenced by political discretion“.

³⁹ *Basedow*, EuZ 2009, 86 (87).

⁴⁰ S. *Basedow*, EuZ 2009, 86 (87).

⁴¹ Aufgenommen wird dies im 3. Teil § 1 I 1.

⁴² *EuGH*, Bericht über bestimmte Aspekte der Anwendung des Vertrages über die Europäische Union, 22.5.1995, veröffentlicht in EuGRZ 1995, 316 (318) (unter Nr. 11).

gerichten⁴³. Mit seinen beiden Formen, nämlich Gültigkeitskontrolle und Auslegung⁴⁴, erfüllt das Vorabentscheidungsverfahren mindestens fünf Kernfunktionen⁴⁵:

Erstens stellt der Gerichtshof mit den im Wege des Art. 267 AEUV ergangenen Urteilen (idealerweise) die einheitliche und effektive Anwendung und Auslegung des EU-Rechts durch sämtliche Prozessrichter sicher⁴⁶. Hierdurch werden die Rechtssicherheit gefördert sowie Diskriminierungen und Wettbewerbsverzerrungen vorgebeugt⁴⁷. Das hat der EuGH in der Rechtssache *Rheinmühlen* ebenfalls festgestellt: Art. 267 AEUV „ist von entscheidender Bedeutung dafür, daß das vom Vertrag geschaffene Recht wirklich gemeinsames Recht bleibt; er soll gewährleisten, daß dieses Recht in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft immer die gleiche Wirkung hat. Auf diese Weise soll er unterschiedliche Auslegungen des Gemeinschaftsrechts verhindern, das die nationalen Gerichte anzuwenden haben; doch zielt er auch darauf ab, diese Anwendung selbst zu gewährleisten, da er dem nationalen Richter die Möglichkeit gibt, die Schwierigkeiten auszuräumen, die sich aus den Notwendigkeiten ergeben können, dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten zur vollen Geltung zu verhelfen.“⁴⁸ Darauf ist – ebenso wie auf die vor- und nachstehenden Punkte – noch ausführlich zurückzukommen.

Die alleinige Befugnis der Europäischen Gerichtsbarkeit, auch im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens das Unionsrecht für nichtig zu erklären (Verwerfungsmonopol sekundären und tertiären EU-Rechts)⁴⁹,

⁴³ Lindner, JuS 2008, 1.

⁴⁴ Art. 267 I b) AEUV (Gültigkeitsvorlage) einerseits sowie Art. 267 I a) und b) AEUV andererseits (Auslegungsvorlage); etwa Schumann, in: Roth (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2010, S. 197 (222).

⁴⁵ Vgl. Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 10, Rdnr. 5 ff.; Basedow, EuZ 2009, 86 (88 ff.); auch Pitarakis/Tridimas, European Journal of Law and Economics 16 (2003), 357 (359); ferner Wernsmann/Behrmann, Jura 2006, 181 ff.

⁴⁶ Etwa Bork, RabelsZ 66 (2002), 327 (347).

⁴⁷ Huber, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI/2, 2009, § 172, Rdnr. 30.

⁴⁸ EuGH, Rs. 166/73, Slg. 1974, 33 – *Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

⁴⁹ Dieses Vorrecht gegenüber dem EGMR unterstreicht auch das „Reflexionspapier des Gerichtshofs der Europäischen Union zu bestimmten Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ v. 5.5.2010, Nr. 8 f. = EuGRZ 2010, 366 (367), schließlich sieht Art. 6 II EUV auch vor, dass der geplante Beitritt der EU zur EMRK die festgelegten Zuständigkeiten der Union nicht ändern wird; ebenso Art. 2 S. 1 Protokoll Nr. 8 zum Vertrag von Lissabon, ABl.EU 2010 Nr. C 83, S. 273; dazu Reich, EuZW 2010, 641; hierauf Ress, EuZW 2010, 841. S. parallel zum Verwerfungsmonopol des BVerfG für deutsche Parlamentsgesetze Art. 100 I GG.

gewährleistet *zweitens* die Geltungskraft und wiederum die Einheit des Unionsrechts⁵⁰. *Drittens* verdeutlicht Art. 267 AEUV die Verpflichtung der Nationalgerichte, das Unionsrecht anzuwenden. Sie müssen den Unionsbürgern dazu verhelfen, ihre europäischen Rechte auch über den rein nationalen Weg durchzusetzen. Aufgrund dieser – die Europäische Gerichtsbarkeit auch vor Überlastung schützenden – Arbeitsteilung⁵¹ agieren die nationalen Gerichte als quantitativer und qualitativer Filter dafür⁵², welche unionsrechtsrelevanten Fragestellungen vor den EuGH kommen sollen und welche dezentral auf der nationalen Ebene entschieden werden.

Viertens leisten die im Wege des Art. 267 AEUV ergangenen Auslegungen einen konstruktiven Beitrag zur inhaltlichen Verdichtung⁵³ des Europäischen Privatrechts. *Fünftens* hat das Verfahren des Art. 267 AEUV zumindest faktisch auch eine individualrechtsschützende Funktion. Damit ist Art. 267 AEUV die wichtigste zivilprozessuale Norm des Primärrechts, welche bekanntlich direkt wirkt und keiner Präzisierung oder Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedarf⁵⁴.

Wie angedeutet, sind nationale und Unionsgerichtsbarkeit durch das Verfahren nach Art. 267 AEUV nicht im Sinne eines üblichen Instan-

⁵⁰ Über den Wortlaut von Art. 267 III AEUV (ex-Art. 234 III EG) hinausgehend beschränkt sich die Vorlagepflicht aus Gründen der einheitlichen und effektiven Geltung des EU-Rechts bei Fragen der Gültigkeit von Sekundärrecht gerade nicht auf Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können; seit EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 – *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost* (dazu etwa *Glaeser*, EuR 1990, 143 ff.); das gilt auch im Rahmen vorläufiger Rechtsschutzverfahren nationaler Gerichte: EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415 – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest/Hauptzollamt Itzehoe und Hauptzollamt Paderborn* (dazu *Koch*, NJW 1995, 2331 [2332]); bestätigt etwa in EuGH, Rs. C-461/03, Slg. 2005, I-10513 – *Gaston Schul Douane-expéditeur/Minister van Landbouw*.

⁵¹ Auch nach Worten des EuGH, Rs. 244/80, Slg. 1981, 3045, Rdnr. 14 bzw. 20 – *Foglia/Novello (Foglia II)* geht Art. 267 AEUV von einer „Aufgabenteilung zwischen der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit und dem Gerichtshof der Gemeinschaft“ und dem „Geist der Zusammenarbeit“ aus. Zuvor EuGH, Rs. C-6/64, Slg. 1964, 1259 (1269) – *Flaminio Costa/E.N.E.L.*: Die Vorschrift zum Vorabentscheidungsverfahren gehe „von einer klaren Trennung der Aufgaben der staatlichen Gerichte und des Gerichtshofes aus“.

⁵² *Kokott/Dervisopoulos/Henze*, EuGRZ 2008, 10 (14).

⁵³ *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (453) hebt dieses Prozesshafte stets hervor: die „Verdichtung des Gemeinschaftsprivatrechts“ lasse fragen, ob „nicht hinter den punktuellen Richtlinien Rechtsgrundsätze stehen, die sich für eine verbindende Sinngebung eignen und eine gewisse Verallgemeinerung gestatten“.

⁵⁴ S. darum auch die 1996 von zuständigen nationalen Behörden an die nationalen Gerichte übermittelten „Hinweise [des EuGH] zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte“, abgedruckt in ZEuP 1998, 366 ff., zusammenfassend NJW 1997, 1765 f.; erweiterte Fassungen: ABl.EU 2005 Nr. C 143, S. 1 und ABl.EU 2009 Nr. C 297, S. 1; aktuelle Fassung: ABl.EU 2011 Nr. C 160, S. 1.

zuzuges verknüpft. Stattdessen fungiert der EU-Gerichtshof als Auslegungsorgan für die Spezialmaterie „Unionsrecht“⁵⁵. Darin kommt das kooperative Element zwischen den verschiedenen europäischen Ebenen zum Ausdruck⁵⁶. Auch die Befugnis aller mitgliedstaatlichen Gerichte zur Vorlage beim EuGH kennzeichnet den akzeptanzerhöhenden Dialogmechanismus. Festzuhalten bleibt: Der Hauptgrund für die fraglos verfahrensverlängernden Beteiligungsoptionen der Nationalgerichte liegt in der Bedeutung des EuGH und seiner Urteile für die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, die über die Bedeutung für das Ausgangsverfahren weit hinausgeht.

§ 3: Zivilprozessrecht im internationalen Wandel

I. US-Recht als exemplarisch herangezogenes Referenzmodell

Die Erörterung der Europäischen Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts erfordert eine Mehrebenenperspektive. Dieses Erfordernis gilt auch für das US-amerikanische Recht mit seinem föderalen Gerichtssystem, schließlich koordiniert es in vielfältiger Weise verwobene und sich überlagernde Ebenen des Wirtschaftsrechts. Unter anderem darum wird hier der Versuch unternommen, ausgewählte grundlegende Probleme der Europäischen Gerichtsbarkeit im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Gegenstück zu betrachten. Der Mangel an Makrovergleichen des zivilrechtsrelevanten Justiz- und Verfahrensrechts überrascht angesichts der wechselseitigen Befruchtung, der gemeinsamen Werte- und Ideenwelt sowie des praktischen Stellenwerts des US-amerikanischen Gerichtsstandorts, einschließlich des extraterritorial „langen“ Arms des US-amerikanischen Prozessrechts⁵⁷.

Jeweils für sich genommen ist die rechts- und politikwissenschaftliche Literatur zwar reichhaltig, überbordend, beinahe erdrückend: Auf beiden Seiten des Atlantiks füllt das Schrifttum zu Stellung, Rechtsprechung und Wirkung des jeweils höchsten Gerichts dutzende Bibliotheksregale. Dagegen fehlen eingehende Vergleiche der ziviljudiziellen Strukturunter-

⁵⁵ *Everling*, in: Festschr. f. Rengeling, 2008, S. 527 (533).

⁵⁶ Zur vertikalen Vernetzung *Basedow*, Nationale Justiz und Europäisches Privatrecht, S. 6 ff.

⁵⁷ S. zu dem Mechanismus „Unglücke in Europa – Klagen in den USA“ *Schack*, in: Festschr. f. Schlosser, 2005, S. 839 ff.; weiter der Vortrag *Stürner*, Why are Europeans afraid to litigate in the United States?, 2001; zu weitreichenden Einflüssen der anglo-amerikanischen Rechtskultur *Stürner*, AcP 210 (2010), 105 ff.; zur extraterritorialen Anwendung von US-Recht *Hay/Borchers/Symeonides*, Conflict of Laws, 5. Aufl. (2010), S. 258 ff.

schiede der Großrechtsordnungen, obschon beide gewaltenteiligt, rechtsstaatlich und – sowohl materiell als auch verfahrensrechtlich – mehrschichtig organisiert sind.

Die Vereinigten Staaten trennen die privat- und prozessrechtlich relevanten Materien nach Bundesstaat und Einzelstaaten, weshalb auch bei der Rechtsverwirklichung zwei differente Systemtypen bestehen. Ausgeglichen wird die resultierende Zersplitterung ein Stück weit durch die gemeinsame US-weite Rechtskultur, Verfassung und Gesetzgebung. Inwieweit die USA für die Verwirklichung eines wirkungsvollen und gleichwertigen Rechtsschutzes in der EU lehrreich sind, bezieht die vorliegende Arbeit also mit ein. Getragen wird dies – was ebenfalls vorweggenommen sei – von der Sinnhaftigkeit einer funktionalen Vergleichbarkeit zur gerichtlichen Zusammenarbeit im föderalen System. Auch deswegen ist ein Vergleich für die Fortentwicklung der europäischen Gerichtsbarkeit außerordentlich lehrreich.

Maßgeblich geht es der Arbeit also um die Struktur- und Reformfragen der Europäischen Gerichtsbarkeit. Darum wird das US-amerikanische Prozess-, Gerichtsorganisations- und Zivilrecht nur recht selektiv herangezogen. Die Notwendigkeit einer Beschränkung beruht nicht nur auf dem Umstand, den *Erwin N. Griswold* (1904–1994) in einem berühmten Zitat wie folgt beschreibt: „[T]he United States is geographically large, and it has perhaps the most complicated legal structure that has ever been devised and made effective in man’s effort to govern himself.“⁵⁸

Die exemplarische Methode rechtfertigt sich auch aus einer Asymmetrie der bestehenden wissenschaftlichen Abhandlungen: Der Supreme Court ist als politische, soziale und rechtliche Institution ebenso obsessiv betrachtet worden wie seine Richterschaft und Entscheidungen. Die Betrachtungswinkel sind ungewöhnlich vielfältig – etwa rechtlich, geschichtlich⁵⁹, biografisch⁶⁰, soziologisch oder institutionenökonomisch. Das Interesse besteht sowohl in der akademischen Welt als auch seitens der Allgemeinheit. Letzteres erklärt sich aus der öffentlichen Wahrnehmung des Obersten

⁵⁸ *Griswold*, *Law and Lawyers in the United States*, 1964, S. 3.

⁵⁹ Seit 1976 besteht gar ein wissenschaftliches „*Journal of Supreme Court History*“. Zu erwähnen ist auch der „*Supreme Court Economic Review*“, seit 1982.

⁶⁰ Man denke an die vielen Untersuchungen zu rechtspolitischen Präferenzen und dem „Innenleben“ der *Warren*, *Rehnquist* und *Roberts Courts*. Anders beim EuGH. Den Grund dafür sieht *v. Danwitz*, *EuR* 2008, 769 (770) „in der geradezu unspektakulären Nüchternheit der rechtlichen Aufgabenstellung, die der Gerichtshof alltäglich zu bewältigen hat und die sich im besten Sinne in die Tradition der europäischen Rechtsprechung einfügt, die von Unabhängigkeit und Zurückhaltung ihrer Richter durchdrungen ist“.

Gerichtshofs als politischer Faktor in der gesellschaftlichen Ordnung⁶¹, die über die Fachdiskurse deutlich hinausgeht.

Es fehlen methodisch vergleichbar ansetzende und entsprechend umfangreiche Untersuchungen zur Europäischen Gerichtsbarkeit. Sie hat bis in die letzten Jahre recht verborgen vor der Öffentlichkeit agiert. Zur Behebung dieses – nicht allein rechtswissenschaftlichen – Desiderats möchte die Arbeit einen sachbedingt eingeschränkten Beitrag leisten. Eine weitere Asymmetrie tut sich bei der sprachlichen Zugänglichkeit auf, denn wegen ihrer deutschen Sprache wird die Arbeit eher einen europa- als amerika-rechtlich interessierten Leserkreis ansprechen. Aus diesen vielfältigen Gründen wird das US-Recht an verschiedenen Abschnitten zur Bewertung der Europäischen Gerichtsbarkeit nur ausgewählt herangezogen.

II. Stand und Stellung der Europäischen Prozessrechtswissenschaft

Die Bedeutung der justiz- und prozessrechtlichen Rahmenordnung für die Verwirklichung des materiellen Rechts sowie die verfahrensrechtliche und institutionelle Ausbalancierung von Justizebenen war bislang wohl auch deswegen nicht hinreichender Gegenstand der privatrechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung, weil die europäische Harmonisierung des (materiellen) Privatrechts erst in den vergangenen Jahrzehnten an Bedeutung und Dynamik gewonnen hat. Der Blick war darum eher systemintern, also auf das Zusammenspiel und die Kohärenz von mitgliedstaatlichem und Unionsprivatrecht gerichtet.

Ein weiterer Grund für die bislang zu wenig erfolgte Gesamtbetrachtung kann in der Sorge liegen, eine Gleichsetzung von Staat (USA) und dem neuen Gebilde der E(W)G bzw. EU wäre eine irreführende oder provokante Gleichsetzung verschiedener Entwicklungsstufen. Gleichwohl besteht eine kategorische Vergleichbarkeit. Was den bisherigen Mangel der amerikanischen Komponente in der europäischen Diskussion anbelangt, so mag er sein Übriges dazu beigetragen haben, dass die Prozessrechtsforschung in der Vergangenheit traditionell eher national aufgestellt und orientiert war⁶².

⁶¹ Allein aufgrund der Bedeutung von *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), wonach die Rassentrennung an öffentlichen Schulen den Gleichheitsgrundsatz im 14. Zusatzartikel der US-Verfassung verletzt. S. weiter *Fine*, DAJV Newsletter 2005, 45 ff.

⁶² Vgl. zur besonderen Stellung der deutschen Prozessrechtswissenschaft in Europa *Stürner*, in: *Grunsky/Stürner/Walter/Wolf* (Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht – Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, 1992, S. 1 (22 ff.).

Die Betrachtungsweise hat sich grundlegend gewandelt⁶³. Inner- und außerhalb der EU gewinnt auch die Vergleichung und Vereinheitlichung des Prozessrechts enorm an Bedeutung⁶⁴. Zu verdanken ist dies vor allem der Konstitutionalisierung des Prozessrechts durch Art. 6 EMRK, die seit dem 1.12.2009 durch Art. 47 GRCh unterstützt wird. Die europäischen Justizgrundrechte wirken insbesondere auf Grundprinzipien des Zivilgerichtsverfahrens in Europa ein. Ihre Vorgaben sind übrigens erst seit einiger Zeit auch vor britischen Gerichten einklagbar⁶⁵.

Zu den zentralen Prinzipien zählen: freier Zugang zum Gericht, Öffentlichkeit des Verfahrens, Gebot eines neutralen Richters, Dispositionsmaxime⁶⁶, Gewährung rechtlichen Gehörs, Gleichbehandlung der Parteien, Recht auf Beweis bei streitigen Tatsachen sowie Rechtzeitigkeit und Endgültigkeit richterlicher Entscheidungen⁶⁷. Eine rasche Öffnung der nationalen Verfahrensrechte⁶⁸ bewirken auch die neuen EU-Rechtsakte im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, verschiedene EuGH-Entscheidungen zu den auf den Prüfstand gestellten mitgliedstaatlichen Prozessrechtsinstituten⁶⁹ sowie der nationale Wettbewerb der Justizstandorte⁷⁰.

⁶³ Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht – Ein Lehrbuch*, 2010, § 13, Rdnr. 9.

⁶⁴ Zur zunehmenden Bedeutung der Prozessrechtsvergleichung ebenfalls Koch, *ZEuP* 2007, 735 ff.; Gottwald, in: *Festschr. f. Schlosser*, 2005, S. 227 ff.; s. weiter zu Rechtsvergleichung und Prozessrecht Goldstein, *ZZPInt* 5 (2000), 375; Gilles, *Prozessrechtsvergleichung – Zustand, Bedeutung und Eigenheiten einer Rechtsdisziplin im Aufschwung*, 1995, S. 3 ff.; s. auch das „Symposium on Civil Procedure Reform in Comparative Context“, *Am. J. Comp. L.* 45 (1997), 647 ff. Zur Prozessrechtsvereinheitlichung Storme (Hrsg.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, 2003; dazu noch eingehender im 4. Teil § 3.

⁶⁵ Seit 2000 ist infolge des Human Rights Act 1998 auch die EMRK vor englischen Gerichten einklagbar („human rights brought home“); Rösler, *ZVglRWiss* 100 (2001), 448 (449 f.); zum Einfluss auf „English Civil Procedure Rules“ Dwyer, in: *Snijders/Vogenauer* (Hrsg.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, 2009, S. 39 ff. Zum „opt-out“ aus der EU-Charta noch 2. Teil § 7 I 3.

⁶⁶ Zur Anerkennung dieses auf der Privatautonomie beruhenden Prozessrechtsgrundsatzes in den ost- und mitteleuropäischen Staaten Stadler, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler*, *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft: Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?*, 2007, S. 177 (182) m. w. Nachw.

⁶⁷ Stadler, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler*, S. 177 (181, 182).

⁶⁸ Hess, § 13, Rdnr. 9.

⁶⁹ Dazu Dutta/Heinze, *EuZW* 2007, 489 ff.

⁷⁰ S. die Broschüre *The Law Society, England and Wales: The jurisdiction of choice*, 2007, die die Vorzüge des englischen Rechts propagiert (dazu die Kritik von Kötz, *ERPL* 18 [2010], 1243 ff.; ders., *AnwBl* 2010, 1 ff.). Als Reaktion darauf die Broschüre *BNotK u.a., Law – Made in Germany*, 2009, die zu Recht auf die im Vergleich besonders günstigen und gut kalkulierbaren Gerichts- und Anwaltskosten nach deutschem Recht hinweist. S. zu Kostenfragen Hess/Hilbner, in: *Basedow/Kischel/Sieber* (Hrsg.), *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, 2010, S. 161 ff. Ferner zu „Recht als Produkt“ Eidenmüller, *JZ* 2009, 641 ff.; zur Sammelklage und den

Obwohl es sich beim Makrovergleich noch weitgehend um Neuland gerade unter dem zivil(prozess)rechtswissenschaftlichen Pflug handelt, findet das generelle Thema der judikativen Vergleichbarkeit von EU und USA Beachtung beispielsweise in Beiträgen⁷¹ des mehrbändigen Werkes „Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience“, das Mitte der achtziger Jahre vom Florentiner European University Institute veröffentlicht wurde⁷². Dennoch hat dieses Großprojekt – soweit erkennbar – keine aktuelle Nachfolge gefunden. Neben vielen Aufsätzen zu einzelnen Aspekten des Themas ist in monografischer Hinsicht in erster Linie die öffentlichrechtliche Doktorarbeit des späteren EuG- und dann EuGH-Richters *Lenaerts* „Le juge et la Constitution aux États-Unis d’Amérique et dans l’ordre juridique européen“ aus dem Jahre 1988 hervorzuheben⁷³.

In privatrechtsvergleichender Perspektive war das Thema Gegenstand auf dem Symposium zum 75-jährigen Bestehen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg im Jahr 2001⁷⁴: Ein Teil der Beiträge zu der Tagung „Europäische Gerichtsbarkeit – Erfahrungen und Reformdiskussion im Lichte des europäischen Privatrechts“ leistet einen Vergleich zu den föderal strukturierten Gerichtsverfassungen Brasiliens, Argentiniens, Mexikos, Australiens, der Schweiz und nicht zuletzt der USA⁷⁵. *Basedow* erklärte den Ansatz dieser Veranstaltung damit, dass „zwischen der Debatte über die europäische Justizreform und den gerichtlichen Strukturen in föderalen Rechtssystemen eine funktionale

Justizstandorten im internationalen Wettbewerb (auch im Vergleich zu den USA) *Koch*, JZ 2011, 438 ff.; zur u.a. von der „Authors Guild“ als „class action“ nach Rule 23 F. R. Civ. P. wegen „google books“ anhängig gemachten Klage und den weltweiten Diskussionen s. *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489 (490).

⁷¹ Hervorzuheben sind zwei Beiträge: *Jacobs/Karst*, in: *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1: Methods, Tools and Institutions, Book 1 – A Political, Legal and Economic Overview, 1986, S. 169 ff. sowie *Cappelletti/Golay*, in: *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1: Methods, Tools and Institutions, Book 2: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process, 1986, S. 261 ff.

⁷² *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, 1986. S. weiter *Pernice* (Hrsg.), *Harmonisation of Legislation in Federal Systems – Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Bd. I, 1996; der zweite Band wurde 1997 von *Bermann* herausgegeben. Später mit einigen Vergleichen, wenngleich öffentlichrechtlich, *Pernice/Kokott/Saunders* (Hrsg.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 2006.

⁷³ Weiter *Lenaerts* (Hrsg.), *Two Hundred Years of U.S. Constitution and Thirty Years of EEC Treaty – Outlook for a Comparison*, 1988.

⁷⁴ Die 18 Beiträge sind veröffentlicht in *RabelsZ* 66 (2002), 203–631 (also H. 2–3).

⁷⁵ Zu den USA *Halberstam*, *RabelsZ* 66 (2002), 216 ff.

Verwandtschaft besteht, die die Vergleichbarkeit begründet⁷⁶. Dass sich eine Untersuchung der EU-Ziviljustiz in der Tat durch einen Vergleich mit den USA um wichtige Erkenntnisse anreichern lässt, wird diese Abhandlung näher belegen⁷⁷.

III. Herausforderung des US-Zivilprozessrechts aus europäischer Sicht

Die internationalen Fragestellungen werden damit seit einiger Zeit von einer neu ausgerichteten, nicht mehr traditionell binnenorientierten Prozessrechtswissenschaft angegangen. Die zu bearbeitenden Probleme drängen sich mittlerweile auch bei der justiziellen Zusammenarbeit und der effektiven Rechtsverwirklichung im europäischen Justizraum auf. Außerdem sind Konvergenzen zwischen den kontinentalen und anglo-amerikanischen Modellen zu verzeichnen. Während stark kontinentaleuropäische Vorstellungen z.B. das EU-Kollisionsrecht⁷⁸ prägen, finden sich insbesondere US-amerikanische Einflüsse im EU-Prozessrecht⁷⁹: Zu nennen sind die vorprozessualen Informationspflichten nach der sog. Durchsetzungsrichtlinie⁸⁰, die Mediationsrichtlinie⁸¹, „private enforcement“⁸² im Kartell-

⁷⁶ *Basedow*, *RabelsZ* 66 (2002), 203 (213). Die Bedeutung von Konzeption und Entwicklung des US-amerikanischen Föderalismus wird weitergehend in Politik- und Rechtswissenschaft betont, so z.B. von *Weiler*, *Mich. L. Rev.* 82 [1984], 1160 [1161] in einer Würdigung von *Eric Stein* (1913–2011); s. von ihm auch *Stein/Hay/Waelbroeck*, *European Community Law in Perspective – Text, Cases and Reading 1976* (insbesondere S. 133 ff., 172 ff., 420 ff., 753 ff.). Zur Ähnlichkeit der Probleme im IPR *Basedow*, *Tul. L. Rev.* 82 (2008), 2119 (2120).

⁷⁷ Erste Überlegungen bereits bei *Rösler*, *ZRP* 2000, 52 ff.

⁷⁸ Dazu im 4. Teil § 3.

⁷⁹ *Hess*, § 13, Rdnr. 8; s. auch *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung*, 2008.

⁸⁰ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, *ABl.EU* 2004 Nr. L 195, S. 16; zu Bedeutung und Umsetzung *Heinze*, *ZEuP* 2009, 282 ff.; *ders.*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, 2009, S. 652 ff.

⁸¹ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, *ABl.EU* 2008 Nr. L 136, S. 3. Dazu *Hopt/Steffek* (Hrsg.), *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, 2008; zu „Mediation in Deutschland, Europa und der Welt“ die Beiträge in *RabelsZ* 74 (2010), 723 ff.; zu den US-amerikanischen Vorbildern etwa *Hay*, in: *Breidenbach/Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf* (Hrsg.), *Konsensuale Streitbeilegung*, 2001, S. 101 ff.; zur „Flucht aus der Ziviljustiz“ *Murray*, *ZZPInt* 11 (2006), 295 ff.

⁸² *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007; *ders.*, in: *Augenhofer* (Hrsg.), *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, 2009, S. 1 ff.; *Basedow/Terhechte/Tichý* (Hrsg.), *Private Enforcement of Competition Law*, 2011; zu „private law enforcement“, Kollektivklagen und dem Änderungsbedarf im deutschen Zivilprozessrecht *Hess*, *JZ* 2011, 66 ff.; *ders.*, § 11, Rdnr. 41 ff.

recht⁸³ sowie die Planungen zu einem verstärkten kollektiven Rechtsschutz⁸⁴.

Ambitionierte wissenschaftliche Bemühungen richten sich darauf, weltweit zu einer stärkeren Vereinheitlichung des Verfahrensrechts zu gelangen, schließlich ist dies in Teilen des Vertrags- und Haftungsrechts schon gelungen. Aus diesem schwierigen Gebiet des Verfahrensrechts sind die „Principles of Transnational Civil Procedure“ zu nennen. Diese 31 Grundregeln hat 2004 ein weltweites Forschungsteam um das American Law Institute⁸⁵ und das römische UNIDROIT vorgelegt⁸⁶. Das Ergebnis wird teils kritisch beurteilt: Die Grundsätze, welche „standards for adjudication of transnational commercial disputes“⁸⁷ darstellen sollen, werden als zu wenig US-rechtlich bemängelt⁸⁸. Allerdings ist Kritik wegen des grund-

⁸³ Auch als Ausgleich zur durch Verordnung Nr. 1/2003 erfolgten Verlagerung der Missbrauchskontrolle von der Europäischen Kommission auf die nationalen Behörden und Gerichte.

⁸⁴ *Stadler*, in: *Basedow/Kischel/Sieber* (Hrsg.), German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, 2010, S. 181 ff.; *Fiedler*, Class actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts – Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, 2010, S. 48 ff.; *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze* (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009; *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen – Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, 2010; zum Grünbuch KOM(2008) 794 endg. etwa *Tamm*, EuZW 2009, 439 ff.; zur Europäisierung der Sammelklage *Koch/Zekoll*, ZEuP 2010, 107 ff.; zum kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht *Kocher*, ZEuP 2004, 260 ff.; zu IPR-Fragen *Stadler*, JZ 2009, 121 ff.; s. unten in diesem Teil bei Fußnotenzeichen 117 ff.

⁸⁵ Erstmals widmete sich damit das ALI einer internationalen Angleichung; zu den Hintergründen sowie der Kooperation mit dem UNIDROIT, das sich erstmals eines zivilprozessualen Projekts annahm, *Stürner*, *RabelsZ* 69 (2005), 201 ff.; *Stadler*, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler*, S. 177 (194); *Hazard/Taruffo/Stürner/Gidi*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 33 (2001), 769 ff.

⁸⁶ *American Law Institute/UNIDROIT*, Principles of Transnational Civil Procedure, 2006; Auszug *RabelsZ* 69 (2005), 341 ff. sowie *Unif. L. Rev.* 9 (2004), 758 (mit zahlreichen Beiträgen in jenem H. 4); dazu der Aufsatz des „Co-Reporters“ *Stürner*, *RabelsZ* 69 (2005), 201 ff. (mit besonders umfangreichen Nachweisen); zuvor die „Machbarkeitsstudie“ *ders.*, *ZZP* 112 (1999), 185 ff.; im Vergleich zum Schweizer Prozessrecht *Walder-Richli*, in: *Festschr. f. Kramer*, 2004, S. 1051 ff.; aus Sicht des deutschen Rechts *Gottwald*, in: *Festschr. f. Leipold*, 2009, S. 33 ff.; s. ferner *Huber*, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren am Beispiel der Dokumentenvorlage, 2008, S. 387 ff.

⁸⁷ So am Anfang unter „Anwendungsbereich und Umsetzung“. Die Schöpfer der Principles schließen eine Anwendung auf andere Bereiche des Prozessrechts nicht aus.

⁸⁸ *Parker*, in: *Bork/Eger/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, 2009, S. 387 (398 f.): „[M]uch of what is distinctive about American civil procedure is sought to be suppressed“.

sätzlichen Spannungsverhältnisses zwischen europäischen und US-rechtlichen Prozessmodellen ohnehin vorprogrammiert.

Das Verhältnis von EU und USA schwankt zwischen Kooperation und Blockbildung. Die transatlantischen Bemühungen im Bereich des Prozessrechts dürfen nicht über die weiterhin bestehenden gravierenden Interessenunterschiede hinwegtäuschen, die einer Annäherung noch entgegenstehen. Sie werden häufig als Justizkonflikt zwischen den USA und Europa gekennzeichnet⁸⁹.

Dies verdeutlichen etwa die äußerst schwierigen Verhandlungen um ein weltweites Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen: Der von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht⁹⁰ im Jahr 1999 unterbreitete (und am EuGVÜ ausgerichtete) Entwurf scheiterte 2001. Ursache war insbesondere der Widerstand der US-Amerikaner⁹¹, die ihre großzügigen Zuständigkeitsregelungen bedroht sahen⁹². Einigen konnte man sich letztlich nur auf das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten⁹³.

⁸⁹ S. etwa den Vortrag *Schlosser*, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa, 1985; *Habscheid* (Hrsg.), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika – The jurisdiction conflict with the United States of America, 1986; *Junker*, JZ 1989, 121 ff.; *Leipold*, Lex fori, Souveränität, Discovery – Grundfragen des internationalen Zivilprozessrechts, 1989; zu *punitive damages* nach US-amerikanischem Recht und deutschem IPR *Coester-Waltjen*, in: *Heldrich/Kono* (Hrsg.), Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 1994, S. 15 ff.; weiter *Ghassabeh*, Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen – Zugleich ein Beitrag zum „unnötigen“ transatlantischen Justizkonflikt, 2009, S. 73 ff.

⁹⁰ Gewürdigt durch *Schack*, *RabelsZ* 57 (1993), 224 ff.

⁹¹ Dazu *Michaels*, Mich. J. Int'l L. 27 (2006), 1003 ff.; v. *Mehren*, IPRax 2000, 465 ff.; *ders./Michaels*, DAJV-NL 2000, 124 ff.; *Hess*, IPRax 2000, 342 ff.; *Born/Rutledge*, International Civil Litigation in United States Courts, 4. Aufl. (2007), S. 101 f.; zuvor das Plädoyer v. *Mehren*, *RabelsZ* 57 (1993), 449 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 61 (1997), 86 ff.; auch *Schack*, ZEuP 1993, 306 ff. Den beiden Haager Zustellungs- und Beweisübereinkommen von 1965 und 1970 sind die USA (auch nach Kompromissen Europas) freilich beigetreten; s. aber zu den Problemen beim HZÜ *Hopt/Kulms/v. Hein*, Rechtshilfe und Rechtsstaat – Die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland, 2006, S. 77 ff.; *Merkt*, in: Festschr. f. Leipold, 2009, S. 265 ff.; für den hier schon viel weiter internationalisierten Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit s. das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 (New Yorker Konvention), BGBl. 1961 II, S. 122; zudem *International Bar Association*, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 1999.

⁹² Zur schwierigen Anerkennung und Vollstreckung von Verleumdungsurteilen in den USA s. *Dinse/Rösler*, IPRax 2011, 414 ff.

⁹³ Deutsche Fassung der Regelungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen abgedruckt in *RabelsZ* 73 (2009), 150 ff.; ausführlich *Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), 100 ff.; *Rühl*, IPRax 2005, 410 ff.; *dies.*, ZfRV 2006, 175 ff.; ebenfalls mit Blick auf die USA *Bläsi*, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, 2010.

Zu bedenken ist weiter das geltende Recht der internationalen Rechtshilfe mit seiner Möglichkeit der Verweigerung einer Auslandszustellung. Immerhin hat das BVerfG⁹⁴ in diesem Zusammenhang klargestellt, die Zustellung US-amerikanischer *class actions* in Deutschland verletze keine unverzichtbaren Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaats⁹⁵. Damit ist eine Verweigerung der Zustellung nach Art. 13 I des weltweiten Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen von 1965 (HZÜ) nicht möglich. Anderes gilt nach dem BVerfG nur, sofern das Ziel und die konkreten Umstände des Klageverfahrens auf einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch schließen lassen⁹⁶. Diese Rechtsauffassung überzeugt, denn die hohen Schadensersatzforderungen bei *class actions* dürfen nicht über den falschen Weg des Zustellungsrechts unterbunden werden. Andernfalls würde die internationale Rechtshilfe zum Ausgleich unterschiedlicher zivilprozessualer und schadensersatzrechtlicher Konzeptionen schlicht missbraucht⁹⁷.

In der Summe bestehen Tendenzen auch zu wirtschaftsrechtlicher Blockbildung⁹⁸ zwischen den USA und Europa⁹⁹ (mit Asien als dynami-

⁹⁴ BVerfG, NJW 2007, 3709; s. auch BVerfG, RIW 2007, 211; besprochen durch v. Hein, RIW 2007, 249 ff.; s. weiter BGH, IPRax 2008, 349 und die Besprechung Stürner/Müller, IPRax 2008, 339 ff.

⁹⁵ Konkret Art. 2 I, Art. 12 I und Art. 14 GG.

⁹⁶ In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine gegen einen deutschen KFZ-Hersteller gerichtete Sammelklage auf Zahlung von Schadensersatz. Die Importe von Fahrzeugen aus Kanada seien durch Kartellabsprachen verhindert und darum Preissenkungen zugunsten der klagenden US-Verbraucher unterbunden worden; s. zuvor BVerfG, NJW 2004, 3552. Zu beachten ist ferner das *Bertelsmann/Napster*-Verfahren, bei dem BVerfGE 108, 238 die Zustellung einer Sammelklageschrift mit einer einstweiligen Anordnung untersagt hatte; später wurde aber die Verfassungsbeschwerde zurückgenommen; dazu *Hopt/Kulms/v. Hein*, S. 171 f.; *Schack*, AG 2006, 823 ff.; zu BGHZ 141, 286 s. *Stürner/Bormann*, JZ 2000, 81 ff.

⁹⁷ Stichwort: „regulation through litigation“; dazu *Hopt/Kulms/v. Hein*, ZIP 2006, 973.

⁹⁸ Eine in der Politik immer mal wieder vorgeschlagene transatlantische Freihandelszone (sog. Transatlantic Free Trade Area – TAFTA) wird wohl länger auf sich warten lassen. Die deutsche Ratspräsidentschaft hatte sie in der ersten Hälfte des Jahres 2007 recht ergebnislos auf die Tagesordnung gesetzt. Es sollte aber bereits nach einer Entschließung des Europäischen Parlaments zu den transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen EU-USA, 2005/2082(INI) bis 2015 ein transatlantischer Markt ohne Schranken geschaffen werden. Zu den rechtlichen Hürden und verschiedenen Initiativen s. *Herdegen*, CML Rev. 45 (2008), 1581 ff.

⁹⁹ S. zu den transatlantischen Beziehungen *Lundestad*, *The United States and Western Europe since 1945 – From „Empire“ by Invitation to Transatlantic Drift*, 2005; *ders.* (Hrsg.), *Just Another Major Crisis? The United States and Europe since 2000*, 2008 (etwa zur Unterscheidung „new Europe“ und „old Europe“); *Habermas*, *Der gespaltene*

schem dritten Machtzentrum) bei gleichzeitig unausweichlicher Rechtsglobalisierung im Schlepptau der Weltwirtschaft. Angesichts dieser Blockbildung steigt das Interesse in den USA an dem außergewöhnlichen Gebilde „EU“. Seit den neunziger Jahren steht darum auch die Europäische Gerichtsbarkeit und ihr Beitrag zur Entwicklung der Rechts- und Wirtschaftsintegration verstärkt im Forschungsinteresse US-amerikanischer Juristen und Sozialwissenschaftler¹⁰⁰. Auch aufgrund dieser innovativen und bislang in Europa unzulänglich beachteten Forschungen lohnt sich ein Blick über den Atlantik.

Trotz des allgemein zu beklagenden Desinteresses an der Rechtsvergleichung in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft¹⁰¹ wächst in den USA das Interesse am Recht des einzigartigen europäischen „Konstrukts“. Zugleich öffnet man sich wieder vermehrt der Rechtsvergleichung und dem Völkerrecht¹⁰². Hintergrund für die US-seitige Neugierde am EU-Recht ist fraglos auch ein pragmatisch-volkswirtschaftlicher: Der europäische Binnenmarkt hat schon vor längerem überholt: So übersteigt das europäische Bruttoinlandsprodukt das der USA. 307 Millionen US-Einwohner¹⁰³ stehen fast einer halben Milliarde Unionsbürger gegenüber.

§ 4: Forschungsprogramm

I. Roter Faden: judikativer Föderalismus im Zivilrecht

Der unter Bezugnahme auf die englische Marine¹⁰⁴ von *Johann Wolfgang v. Goethe* (1749–1832) als Redewendung geprägte und seitdem viel-

Westen, 2004; *Kagan*, Of Paradise and Power, America and Europe in the New World Order, 2003.

¹⁰⁰ So der Befund von *Friedman/Goldstein*, American Political Science Review 96 (2002), 874.

¹⁰¹ S. etwa *Basedow*, in: *Gottschalk/Michaels/Rühl/v. Hein* (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World, 2007, S. 3; aber zu Curricula-Reformen der US-amerikanischen Rechtsfakultäten (ausgehend von der Harvard Law School), die obligatorische Kurse mit internationalen Bezügen einführen, *Dedek*, JZ 2009, 540 (549); weiter *Hay*, in: *Liber amicorum Kurt Siehr*, 2010, S. 37 ff.; *Fine*, DAJV Newsletter 2006, 107 ff.

¹⁰² Zum relativierten Stand des Völkerrechts in den internationalen Beziehungen der USA in der Amtszeit von *George W. Bush* bis 2009 (d.h. vor Präsident *Barack H. Obama*) s. *Wolfrum*, DAJV Newsletter 2008, 159 ff.

¹⁰³ Nach U.S. Census Bureau.

¹⁰⁴ Die zwecks Kenntlichmachung sämtliche Tauwerke mit einem roten Faden durchwob.

bemühte rote Faden, „der alles verbindet und das Ganze bezeichnet“¹⁰⁵, liegt vorliegend in der strukturellen Aufgabe eines judikativen Föderalismus im Zivilrecht. Diese strukturelle Leitidee bezeichnet sowohl das Erkenntnisinteresse der Arbeit als auch das *tertium comparationis*.

Im Zentrum stehen folgende Fragen: Wie ist die Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts in der grundsätzlichen Konzeption strukturiert und wie fällt sie in der Handhabung praktisch aus? Ist sie effektiv? Ist sie weiterhin tragfähig in einer sich kontinuierlich geografisch und sachlich erweiternden Union und bei einer zwangsnotwendig steigenden Zahl von Zivilvorlageverfahren? Ist am EuGH als Einheitsgericht mit seiner Universalzuständigkeit in allen Sachen des Unionsrechts festzuhalten? Oder ist davon wegen des hohen Detail- und Spezialisierungsgrades gerade im Zivil- und Wirtschaftsrecht der EU Abstand zu nehmen? Gelingt dem EuGH die Balance zwischen Integrationserfordernissen und den legitimen individuellen Gestaltungsansprüchen der Mitgliedstaaten¹⁰⁶ mit dem rechten föderalen Augenmaß?¹⁰⁷

Fraglos ist Föderalismus ein schillernder Begriff – ideengeschichtlich ebenso wie gegenwärtig. Darum eine begriffliche Vorbemerkung: Föderal bezeichnet im Nachfolgenden nicht ein bundesstaatliches System, mit dem seit Gründung der USA Föderalismus häufig und verengend gleichgesetzt wird, sondern meint einen Gattungsbegriff für verschiedene Ordnungen bundesstaatlicher und staatenbündischer Couleur. Ausgehend von der Erkenntnis der Staatstheorie und Politikwissenschaft¹⁰⁸, dass eine eindeutige Definition angesichts unterschiedlicher Verständnisse kaum leistbar ist¹⁰⁹,

¹⁰⁵ v. Goethe, Die Wahlverwandtschaften – Ein Roman [urspr. 1809], in: Goethe Werke – Hamburger Ausgabe, Bd. VI: Romane und Novellen I, 14. Aufl. (1982), S. 241 (368) (2. Teil, 2. Kapitel).

¹⁰⁶ S. dazu jüngst *Micklitz/de Witte* (Hrsg.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012.

¹⁰⁷ Zu dieser Aufgabe *Hatje*, DRiZ 2006, 161. Vgl. zur Rolle der Richter in bundesstaatlichen Ordnungen *Schneider/Kramer/Caravita di Toritto* (Hrsg.), *Judge made Federalism? – The Role of Courts in Federal Systems*, 2009.

¹⁰⁸ Vgl. allgemein zum politischen Einschlag der Europawissenschaft („zum Politischen des Europarechts und dem Recht des Politischen“) *Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005, S. 44 ff.; *Schuppert/Pernice/Haltern* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005. Ferner zu Recht und Politik in der EU (etwa zur Politik als „ausübende Rechtslehre“ bei *Kant*) *Mestmäcker*, in: *ders./Möschel/Nettesheim* (Hrsg.), *Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration*, 2008, S. 9 ff.

¹⁰⁹ So auch *Dieringer*, in: *Gabriel/Kropp* (Hrsg.), *Die EU-Staaten im Vergleich, Strukturen, Prozesse, Politikinhalt*, 3. Aufl. (2008), S. 550 m. w. Nachw.; s. weiter v. *Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507 ff.; *Everling*, in: *Festschr. f. Doehring*, 1989, S. 179 ff.; mit Blick auf das Europäische Privatrecht jüngst *van Gerven*, in: *Brownsword/Micklitz/Niglia/Weatherill* (Hrsg.), *The Foundations of European Private*

folgt diese Arbeit einem weiten Föderalismusbegriff. Die hier berufene politik- und staatswissenschaftliche Föderalismusforschung handhabt dies größtenteils so¹¹⁰, da die Konzeptionen von Souveränität¹¹¹ und die gegenwärtigen Ausprägungen vom „Leviathan“¹¹² im europäischen Mehrebenengefüge zu divergent sind.

Entsprechendes gilt für die verschiedenen, bis heute fortwirkenden rechtsphilosophischen Hintergründe etwa bei *Alexander Hamilton* (1757–1855) und *James Madison* (1751–1836) in den „Federalist Papers“¹¹³ einerseits und bei *Charles de Montesquieu* (1689–1755) in „Geist der Gesetze“ oder *Immanuel Kant* (1724–1804) in „Zum ewigen Frieden“ andererseits. Auf eine weite Betrachtung des Föderalismus, die auf eine territoriale Aufgliederung und Aufgabenverteilung zwischen verschiedenen Ebenen abstellt, wird noch zurückzukommen sein. Indes bleibt es bei folgendem Befund für Europa: Die EU ist ein Staatenbund *sui generis*, d.h. ein Staatenbund außergewöhnlich enger und tiefgreifender Art¹¹⁴, der die Kategorien von Nationalstaat, Souveränität und überstaatlicher Zusammenarbeit anders als insoweit üblich ins Verhältnis setzt¹¹⁵ – nicht zuletzt bedingt durch die teilsouveräne und supranationale Stellung der EU und ihres Gerichtshofs.

Die Arbeit widmet sich erstmals gerade mit Blick auf das Privatrecht den zugrundeliegenden institutionellen, rechtsstaatlichen und föderalen Strukturprinzipen, der prozeduralen Organisation sowie der vertikalen und (weniger) der horizontalen Verhältnisse der Europäischen Gerichtsbarkeit. Ausgewählte entweder fundamentale oder besonders prozessbezogene Entscheidungen, insbesondere des EuGH, werden erörtert. Die Rechtspre-

Law, 2011, S. 337 ff.; *Reimann/Halberstam*, in: aaO, S. 363 ff.; vgl. zu den Formen territorialer Herrschaftsteilung in Europa *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, 13. Kap., Rdnr. 1 ff.; vergleichend *Nicolaidis/Howse* (Hrsg.), *The Federal Vision – Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, 2001; ausführlich *Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, 2009, S. 14 ff.

¹¹⁰ S. allein *Kilper/Lhotta*, *Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland*, 1996, S. 15.

¹¹¹ Zur Souveränität als Schlüsselbegriff von Recht, Politik und Gesellschaft s. *Haltern*, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007 (speziell zur Souveränität im Europarecht S. 98 ff.).

¹¹² Zurückgreifend auf *Thomas Hobbes* (1588–1679), *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651.

¹¹³ Näher *Lhotta* (Hrsg.), *Die Federalists*, 2010.

¹¹⁴ *Grimm*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/2, 2009, § 168, Rdnr. 10: „gesteigerte Supranationalität“.

¹¹⁵ Vgl. *Hoffmann*, *Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts*, 2009, S. 210, 212, der in seiner Untersuchung feststellt, dass ansonsten das rechtliche Grundprinzip der souveränen Freiheit und Gleichheit internationale Beziehungen beherrscht.

chung der Europäischen Justiz zu materiellrechtlichen Einzelfragen wird dagegen zumeist lediglich exemplarisch herangezogen oder gestreift, wobei stets ausführlich auf das Fachschrifttum verwiesen wird.

Das Augenmerk liegt auf dem klassischen Individualrechtsschutz¹¹⁶. Einer gesonderten Darstellung überlassen bleiben damit Sammelklagen oder ähnlich innovative Instrumente zur Bündelung gleichgerichteter Interessen¹¹⁷. Dies wird im europäischen Prozessrecht seit neuerem diskutiert¹¹⁸. Die Europäische Kommission verfolgt Pläne für Sammelklagen im Kartell- und Verbraucherrecht¹¹⁹ derzeit mit neuem Elan weiter¹²⁰. Grundsätzlich wäre ein solches in der EU neuartiges Instrument überaus zu begrüßen: Damit könnten faktische Asymmetrien beim Zugang von Prozessparteien zur Gerichtsbarkeit und damit das Vorbringen von Interessen¹²¹ in Europa verbessert werden. Aber diese Vorschläge basieren auf eher noch geringen Erfahrungswerten in den Mitgliedstaaten¹²² und erst recht auf der internationalen Ebene. Die Pläne weisen über den hier abgesteckten Rahmen hinaus, innerhalb dessen es um eine Aufarbeitung und Neubewertung des halbwegs gesicherten gerichtlichen, prozess- und zivilrechtlichen Bestandes geht.

¹¹⁶ Das ist auch ein Kernthema der Prozessrechtsvergleichung; *Gottwald*, in: Festschr. f. Schlosser, 2005, S. 227 (236): „Die meisten Bereiche der Prozessrechtsvergleichung kann man eigentlich als Unterthemen des Zugangs zum Recht im Sinne der Effizienz des Rechtsschutzes auffassen“.

¹¹⁷ *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge* (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999.

¹¹⁸ Bereits oben Fußn. 84.

¹¹⁹ S. *Europäische Kommission*, Weißbuch – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg.

¹²⁰ Zwar sagte die EU-Justizkommissarin in einem Interview (*Financial Times* Deutschland, 20.9.2010), die Initiative stehe nicht mehr auf der Tagesordnung. Priorität hatte es offensichtlich, den Unternehmen in der Wirtschaftskrise keine zusätzlichen Kosten aufzubürden, sollen doch Sammelklagen in den USA 2008 die Unternehmen rund 255 Milliarden US-Dollar gekostet haben (aaO). Aber kurz danach, am 12.10.2010, beschloss die Europäische Kommission einen neuen Anlauf zur Einführung kollektiver Klagemöglichkeiten. Die Wettbewerbs-, Justiz- und Verbraucherschutzkommissare haben sich dabei auf Eckpunkte geeinigt (*Clausnitzer*, *EuZW* 2010, 842). Eine Konsultation „Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz“ folgte am 4.2.2011 mit SEK(2011) 173 endg. Befürwortend die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2.2.2012 (2011/2089(INI)).

¹²¹ So stellt *Maduro*, *EuR* 2007, 3 (25) fest, dass insbesondere multinationale Unternehmen bei der Interessenvertretung dominieren.

¹²² S. zu den Erfahrungen *Micklitz*, in: *van Boom/Loos* (Hrsg.), *Collective Enforcement of Consumer Law*, 2007, S. 11 ff.; zum deutschen KapMuG *Tamm*, *ZHR* 174 (2010), 525 ff.; dagegen hält *Stürner*, *International Journal of Procedural Law* 1 (2011), 50 (65 ff.) die Erfolgsbilanz von *class actions* (und *private law enforcement*) für mäßig.

II. Verhältnis von öffentlichem Recht und Zivilrecht

Die Arbeit überschreitet – wie *Basedow* es bei den übergreifenden Denkmustern formuliert – den „Äquator“ zwischen Privat- und öffentlichem Recht: Zurückführend auf die römische Jurisprudenz teilt dieser allein in den kontinentalen Rechtsordnungen „die juristische Welt in zwei Hemisphären“ auf¹²³. Diese Grenzüberschreitung rechtfertigt sich aus mehreren Gründen: Gerade der Zivilprozess bewegt sich zwischen den Polen des öffentlichen und des Privatrechts¹²⁴. Zudem sind angesichts der rechtsstaatlichen Relevanz des Themas¹²⁵ entsprechend ausgerichtete verfassungsgeschichtliche und -rechtliche Bezugnahmen unverzichtbar.

Ohnehin prägen nicht nur die Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte sowohl die zivilprozessuale Rechtsprechung¹²⁶ als auch das Privatrecht¹²⁷. Festzustellen ist auch die Tendenz zur „Privatisierung“ des öffentlichen

¹²³ *Basedow*, JuS 2004, 89; er weist zudem auf S. 93 – wie vorliegend – darauf hin, dass die EU die Grenze zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht und die Kategorien des gewachsenen Privatrechts nicht groß beachtet, was „den verstreuten Gesetzgebungsgrundlagen und ihrer Verbindung zu speziellen Gemeinschaftszielen“ geschuldet ist. Weiter (zum Sekundärrecht) *Schepel*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 8 (2005–2006), 259 ff.

¹²⁴ *Nörr*, Naturrecht und Zivilprozeß – Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert, 1976, S. 47, 50.

¹²⁵ Hervorgehoben auch von *Basedow*, *RabelsZ* 66 (2002), 203.

¹²⁶ Dazu für Deutschland *Schumann*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III, 2000, S. 3 ff.; zu Verfassung und Zivilprozess in vergleichender Betrachtung *Cappelletti/Talion*, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, 1973; *Gottwald/Schwab*, in: *Habscheid* (Hrsg.), Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S. 1 ff.; zu funktionalen Äquivalenten (mit Blick auf die Rechtsbindung der englischen Justizhoheit) *Müßig*, Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat? – Eine historisch-vergleichende Spurensuche, 2007, S. 14 ff.; zum Einfluss der EMRK noch später.

¹²⁷ Dies hat die „Common Core Group“ unter dem Stichwort „Konstitutionalisierung des Privatrechts“ für Europa näher dargelegt, *Brüggemeier/Ciacchi/Comandé* (Hrsg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Bd. I: A Comparative Overview, Bd. II: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, 2010; weiter *Ciacchi*, ECRL 2006, 167 ff.; *Cherednychenko*, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party – A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions, 2008; *Mak*, Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands and England, 2008; auch *Busch/Schulte-Nölke* (Hrsg.), EU Compendium – Fundamental Rights and Private Law, 2010; *Neuner* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007; zu diesem Fragenkomplex (Bürgschaftsrechtsprechung) auch *Rösler*, *RabelsZ* 73 (2009), 889 ff. S. ferner *Diederichsen*, in: *Jayme* u.a. (Hrsg.), Verfassungsprivatrecht, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Unternehmensbesteuerung, Jahrbuch für Italienisches Recht, Bd. 10, 1997, S. 3 ff.; *Röthel*, JuS 2001, 424 ff.

Rechts¹²⁸. Kennzeichnenderweise verwischen gerade das Wirtschafts-¹²⁹ und Europarecht¹³⁰ sowie die entsprechend kombinierten Regulierungs-¹³¹ und demgemäß geprägten Durchsetzungsinstrumente¹³² die Grenzen zwischen öffentlichem und Privatrecht. Diese Unterscheidung kennt z.B. Art. 19 EUV (im Wesentlichen Nachfolger von ex-Art. 220 EG) und Art. 115 AEUV (ex-Art. 94 EG) nicht, was einmal mehr verdeutlicht, dass die europäische Terminologie häufig quer zu den nationalstaatlich gewachsenen Strukturen und Parzellierungen liegt.

Das angelsächsische¹³³ und US-amerikanische Recht vollziehen die Differenzierung zwischen *ius privatum* und *ius publicum*, wie angedeutet, nur beschränkt¹³⁴. Um dies ganz knapp mit Blick auf die Vereinigten Staaten

¹²⁸ *Leisner*, „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts – Von der „Hoheitsgewalt“ zum gleichordnenden Privatrecht, 2007, der die Gegenüberstellung von öffentlichem Recht und Privatrecht als gelehrt-praxisfern einstuft.

¹²⁹ Vgl. *Basedow*, Am. J. Comp. L. 56 (2008), 703 ff.; anhand des Vergaberechts und angesichts von Privatisierungen aufgrund des Unionsrechts *Skouris*, EuR 1998, 111.

¹³⁰ *Reich*, in: *Micklitz/Cafaggi* (Hrsg.), *European Private Law After The Common Frame of Reference*, 2010, S. 56 ff.

¹³¹ Speziell zum Regulierungsgedanken im Europäischen Privatrecht (anhand der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) *Collins*, ERCL 2 (2006), 213 (224), der zudem argumentiert, die EU-Gesetzgebung zeige überwiegend regulatorische Züge (S. 217). Zum US-Regulierungsrecht als Vorbild für die Telekommunikations-, Eisenbahn-, Energie-liberalisierung der EU s. *Lepsius*, in: *Fehling/Ruffert*, *Regulierungsrecht*, 2010, § 1: Das Regulierungsverwaltungsrecht sei zweimal geboren worden, und zwar um 1890 in den USA sowie um 1990 in der EU (Rdnr. 1). Dabei bilde im US-amerikanischen Bundesverwaltungsrecht die Regulierungsbehörde die institutionelle Regel, wohingegen die Regulierungsbehörden in der EU sektoral bezogene Ausnahmen seien, bei der es erst um die Hervorbringung von Wettbewerb auf Märkten gehe, die zuvor staatsmonopolistisch geprägt waren (Rdnr. 2). Zu den Regulierungstraditionen *Michalczyk*, *Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb*, 2010. Zur De- bzw. Re-Regulierung von Märkten *Basedow*, *Mehr Freiheit wagen – Über Deregulierung und Wettbewerb*, 2002; zu den Übergängen vom Wettbewerb zur Regulierung (auch mit Blick auf die USA) *Mestmäcker*, in: *Festschr. f. Zuleeg*, 2005, S. 397 (398 ff.).

¹³² *Micklitz*, in: *Brownsword/Micklitz/Niglia/Weatherill* (Hrsg.), *The Foundations of European Private Law*, 2011, S. 563 ff.; *Cafaggi/Micklitz*, in: *dies.* (Hrsg.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, 2009, S. 1, wo auch auf die USA sowie Gruppenklagen und Ähnlichem Bezug genommen wird; zu „private enforcement“ oben Fußn. 82.

¹³³ *Ruffert* (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?*, 2009; *Allison*, *A Continental Distinction in the Common Law – A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, 1996/2000* (v.a. im Vergleich mit und als „legal transplant“ aus dem französischen Recht); weiter *Freedland/Auby* (Hrsg.), *The Public Law/Private Law Divide – Une entente assez cordiale?*, 2006; *van Caenegem*, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 1995, S. 1 ff.

¹³⁴ Das erklärt *Pound*, *L.Q.Rev.* 67 (1951), 49 (57 f.) mit den *Commentaries* von *Blackstone*, die das öffentliche Recht schlicht als Zweig des Privatrechts ansahen. Für

von Amerika anhand von zwei Beispielen zu illustrieren: In den USA werden erstens verwaltungsrechtliche Streitigkeiten – etwa zwischen Umweltbehörden und Unternehmen – im Wege der Zivilgerichtsbarkeit ausgetragen¹³⁵.

Zweitens übernimmt das dortige Privatrecht umgekehrt öffentliche Funktionen, was entsprechende zivilprozessuale und gebührenrechtliche Folgen¹³⁶ nach sich zieht, so etwa bei der Durchsetzung von *antitrust laws* mit der Möglichkeit der *treble damages* für private Kartellrechtskläger¹³⁷ und einem Anspruch auf „the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee“¹³⁸. Zu denken ist auch an das Delikt- und Produkthaftungsrecht mit den *punitive damages*, die einen Anreiz für Klageanstrengungen schaffen¹³⁹. Weiterer Gegenstandsbereich ist der aus den USA stammende und seit Ende des Zweiten Weltkriegs vorbildgebende¹⁴⁰ Vorrang des Verfassungsrechts unter Einschluss der Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit.

III. Schrankenüberschreitende Methodenwahl

Die Arbeit spannt mit ihrem funktionalen Gesamtansatz einen breiten Betrachtungswinkel auf. Auch darum gilt es in jedem Abschnitt, wieder auf die Erfordernisse des Zivilrechts und auf die zentrale These vom judikativen Föderalismus gerade im Zivilrecht zurückzukommen und darüber hinausgehende Themen in den Hintergrund zu stellen. Neben den klassischen juristischen Methoden und der rechtsvergleichenden Grundlagen-

Blackstone waren Amtsträger nichts anderes als ein spezieller Typus des privaten Personenrechts.

¹³⁵ Wobei die richterliche Funktion der „administrative agencies“ zu beachten ist. S. *Findley/Farber*, *Environmental Law in a Nutshell*, 2004, S. 1 ff.; *Brugger*, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Aufl. (2001), S. 246 ff.

¹³⁶ Ein Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) besteht in den USA auch wegen des *antitrust law* nicht.

¹³⁷ Zur Vereinbarkeit mit dem deutschen *ordre public* s. *Stürner*, in: *Festschr. f. Schlosser*, 2005, S. 967 ff.

¹³⁸ Nach § 4 (a) Clayton Act (1914), 15 U.S.C. § 15, was damit von der „American rule“ abweicht; zu letzterer – trotz Art. 74 CISG – auch im Bereich des UN-Kaufrechts *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 313 F.3d 385 (7th Cir. 2002). S. dagegen zur bejahten Europarechtskonformität von Mindestgebühren in vom Staat verantworteten Gebührenordnungen für Rechtsanwälte EuGH, verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421 – *Cipolla/Portolese u.a.*; dazu *Kern*, ZEuP 2008, 411 ff.

¹³⁹ Zur entsprechenden Idee eines „private attorney general“ s. *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. (2004), S. 285 f.; vgl. auch *Basedow*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 703 ff.

¹⁴⁰ Dazu in einem Rechtsvergleich zwischen USA und Deutschland und gerade mit Blick auf das Privatrecht *Rösler*, *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 23 (2008), 1 ff.; *ders.*, *Berkeley J. Int’l L.* 26 (2008), 153 ff.

analyse¹⁴¹ kommen auch interdisziplinäre Methoden und Erkenntnisse zu ihrem Recht. Darum wird hier – neben der tradierten Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht – eine zweite Schranke überschritten¹⁴², und zwar zwischen der Rechtswissenschaft (als Normwissenschaft) und den Sozialwissenschaften. Angesichts der zahlreichen außerrechtlichen Determinanten richterlicher Entscheidungsprozesse sind nämlich auch die historischen und ideengeschichtlichen Entwicklungshintergründe und soziologischen Gegebenheiten jeweils einzubinden. Gleiches gilt hinsichtlich der politikwissenschaftlichen Perspektive.

Außerdem wird – soweit ersichtlich zum ersten Mal in der deutschen Rechtswissenschaft – das Vorlageverfahren eingehend empirisch analysiert und bewertet, was in der Natur der Sache liegend nicht nur von Relevanz für das Privatrecht ist. In diesem Zusammenhang wird eine eigene statistische Auswertung der Vorlagetätigkeit vorgenommen, die in gewissem Sinne auf eine Neuvermessung des judiziellen Dialogs hinausläuft. Berücksichtigt werden dabei auch neuere sozialwissenschaftliche Forschungen (insbesondere aus den USA) über die Entwicklung und Bedeutung der Judizialisierung für die rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Integrationsprozesse in Europa. Diese von der Rechtswissenschaft bislang kaum beachteten Forschungen verbinden verschiedene Methoden und Perspektiven insbesondere der vergleichenden Politikwissenschaft, Ökonomie und Soziologie. Diese Forschungsansätze werden hier möglichst gewinnbringend, aber nicht unkritisch eingebunden.

In einer dritten Hinsicht überschreitet die Arbeit eine kleinere Grenze: zwischen dem Unionsrecht und der Rechtsvergleichung. Während die Perspektive des EU-Rechts die Einheit betont, verweist die komparative Betrachtung häufiger auf die Vielfalt¹⁴³. Dabei muss eine moderne Rechtsvergleichung auch die Anwendung des Unionsrechts und die Rechtskulturforschung umfassen. Eingelöst wird dies beim unterschiedlichen Dialog der Mitgliedstaaten mit dem EU-Gerichtshof und der Handhabung des Europarechts in den Mitgliedstaaten.

¹⁴¹ Auch die vorliegend unternommenen Vergleiche des Prozess- und Gerichtsorganisationsrechts sind auf mittlerweile traditionellem Boden, da sie in der funktional ausgerichteten Schule von *Ernst Rabel* (1874–1955) und *Konrad Zweigert* (1911–1996) stehen. Vgl. methodisch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. (1996), S. 33; *Rösler*, JuS 1999, 1084 (1186 f.).

¹⁴² S. oben im Text bei Fußnotenzeichen 123.

¹⁴³ Der Rechtsvergleichung ist auch das Ziel der Einheit implizit. Dazu *Thomas Mann* (1875–1955): „Denn nur durch Vergleichung unterscheidet man sich und erfährt, was man ist, um ganz zu werden, der man sein soll.“ Aus dem 2. Teil von „Joseph und seine Brüder“, Gesammelte Werke in dreizehn Bänden, Bd. V, 1990, S. 1139.

§ 5: Gang der Darstellung

Die Arbeit liefert erstmalig eine geschlossene und systematische Untersuchung mit rechtsvergleichenden Bezügen zur Gegenwart und Zukunft der Europäischen Gerichtsbarkeit auf dem erst in Entstehung begriffenen Gebiet des Europäischen Privatrechts. Sie führt ausgehend von einer detaillierten Problemanalyse über die sich daraus ergebenden Reformfragen der EU-Gerichtsbarkeit zu den weiteren Anpassungserfordernissen, die ebenfalls die nationale Ebene betreffen.

Die Gesamtdarstellung erfolgt in fünf Teilen. Der recht umfangreiche 2. Teil arbeitet sieben praktische Kernprobleme der Europäischen Gerichtsbarkeit heraus. Dabei zeigt sich: Schon seit längerem sind die Grenzen der Belastbarkeit offensichtlich, die auch einhergehen mit der Verfahrensdauer vor den Europagerichten. Unter der Arbeitslast von 2010 insgesamt 1.406 neu anhängig gemachten Rechtssachen (die höchste Zahl in der Geschichte des EU-Gerichtshofs)¹⁴⁴ leidet die fachliche Qualität der Entscheidungen. Das kann wiederum zu Autoritäts- und Legitimitätsverlusten beitragen, schließlich sind viele der Vorlagen hochspezieller Natur mit ganz unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen und praktischen Fachdiskursen.

Um ein Ergebnis bereits etwas vorwegzunehmen: Der Gerichtshof fungiert meist als Verfassungs- und Verwaltungsgericht. Er muss jedoch vermehrt ebenfalls als Zivilgericht entscheiden. Diese Funktion ist Folge der seit dem Binnenmarktprogramm von 1985 erlassenen Rechtsakte, die den Beginn eines neuen und schrittweise zu verwirklichenden supranationalen Gemeinwesens im Wirtschafts- und Privatleben markieren. Zwar sind Vorlagen zu den zentralen Rechtsakten des Unionsprivatrechts bisher noch erstaunlich zurückhaltend. Allerdings muss sich auch die Vorlagepraxis ändern, damit ein wirklicher Diskurs der zivilgerichtlichen Ebenen Europas entsteht.

Der 3. Teil antwortet auf die im 2. Teil festgestellten Dysfunktionalitäten. Vorgeschlagen wird eine Reform der verfahrens- und gerichtsorganisationsrechtlichen Strukturen. Zunächst erfolgt eine historische Darstellung der institutionellen und prozessrechtlichen Entwicklung gefolgt vom *status quo* der grundlegenden privatrechtsrelevanten Bestandteile des EU-Gerichtssystems. Dazu sind die Stellung und der Aufbau der Europäischen Gerichtsbarkeit in Erinnerung zu rufen. Nach dieser Standortbestimmung werden – dogmatisch vertieft – die verschiedenen Reformoptionen diskutiert und auf den Prüfstand gestellt. Der 3. Teil zieht daraus abschließend Lehren für die Fortentwicklung der Gerichtsbarkeit des Europäischen Pri-

¹⁴⁴ Die Zahlen betreffen EuGH, EuG und EuGÖD zusammen; *Gerichtshof der Europäischen Union*, Jahresbericht 2010, 2011, S. 1.

vatrechts. Dies betrifft primär das Vorabentscheidungsverfahren als Herzstück des unionalen Rechtsschutzsystems.

Deshalb weist der 3. Teil zwei Themenkomplexe auf: Zum einen geht es um verfahrensrechtliche Fragen, welche für die Durchsetzung des föderalen Privatrechts vor den übergeordneten Gerichten grundlegend sind. Zum anderen sind die gerichtsorganisatorischen Aspekte von Belang, also insbesondere die Aufteilung der Rechtsprechungsmandate zwischen den verschiedenen Gerichtsebenen. Deshalb werden die *de lege ferenda* eröffneten Möglichkeiten einer Effektivierung des europäischen Prozess- und Gerichtsorganisationsrechts durch Seitenblicke auf ausgewählte Aspekte des US-amerikanischen Modells angereichert.

Durchgängige Aufgabe ist es nämlich, denkbare Reformansätze für die europäische Ebene zu gewinnen. Die Untersuchung nimmt bis zu einem gewissen Grad das US-amerikanische Recht und seine wissenschaftlichen Erkenntnisse in die Überlegungen mit auf, da sich unter dem Gesichtspunkt des Föderalismus – als rechtspolitischem Exportschlager der USA¹⁴⁵ – Lehren für die Föderalisierung der Europäischen Gerichtsbarkeit ziehen lassen. Das Problem der Stofffülle nötigt aber wie erwähnt zu einem Verzicht auf eine umfassende Darstellung des US-Rechts.

Das Unionsprivatrecht stellt die Frage nach dem Verhältnis der Richter untereinander und im Verhältnis zum gesetzten Recht neu. Der 4. Teil kann diese großen Themen nur ergänzend als weitere Ebenen einblenden. Ein entsprechend kurz gefasster vorletzter Teil „Judizielle und justizielle Konvergenz in Zivilsachen“ diskutiert zunächst Ansätze zur Verstärkung „weicher“ Faktoren bei der Rechtsentwicklung. Das umfasst auch die bessere vertikale und horizontale Vernetzung der Gerichte. Diese Faktoren steuern zu einer wirklichen Europäisierung der Rechtsprechung ebenso bei wie zur Belebung des Dialogs der Rechtsprechungskulturen. Sodann wendet sich der Blick auf das Verhältnis zum EU-Gerichtshof, d.h. welche vertikal zu ergreifenden Maßnahmen eine Diskursbelebung fördern könnten. Abschließend wird eine stärkere horizontale Vereinheitlichung des Zivilprozess- und Kollisionsrechts reflektiert. Der 5. Teil leistet die obligatorische Gesamtbewertung und Thesenbildung.

¹⁴⁵ Bothe, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 175; ders., JöR 31 (1982), 109; Kilper/Lhotta, S. 40 ff.

2. Teil

Sieben Kernprobleme der Europäischen Gerichtsbarkeit

„*But the life of the law is in its enforcement.*“
Roscoe Pound (1870–1964)¹

Dieser Teil arbeitet in sieben Schritten die Hauptprobleme und Herausforderungen der Europäischen Gerichtsbarkeit heraus. Dazu zählt (unter § 1 behandelt) die fachliche Verschiebung vom öffentlichen Recht zum Privatrecht, aber auch (§ 2) die Entscheidungslast und Verfahrensdauer der Europäischen Gerichte ebenso wie (§ 3) die Frage nach der nationalen Akzeptanz von EuGH-Entscheidungen. Bemerkenswert sind (§ 4) die je nach Mitgliedstaat divergierenden Vorlagehäufigkeiten und (§ 5) die Gewähr der Beteiligungsgleichheit am Unionsrecht. Als besondere Anforderungen sind (§ 6) die Bedeutung der auf der nationalen Ebene verbleibenden Verfahren ebenso hervorzuheben wie (§ 7) der unionale Anpassungsdruck wegen der hohen Dynamiken des primären und sekundären Europarechts. Zusammenfassend würdigt § 8 die Aufgaben der föderalen Vergerichtlichung des Privatrechts.

§ 1: Verschiebung fachlicher Herausforderungen

Der folgende Abschnitt expliziert die Wandlungen, denen die Europäische Gerichtsbarkeit in der Entwicklung vom öffentlichen Recht zum Privatrecht unterliegt. Das betrifft materiellrechtliche (unten I.) und verfahrensrechtliche Bereiche (unten II.).

I. Vom öffentlichen Recht zum Privatrecht

1. Ausgangslage

Die Rechtsprechungsaufgaben der EU-Gerichte unterliegen einem fundamentalen Wandel: der Hinwendung von Fragestellungen überwiegend

¹ Harv. L. Rev. 25 (1912), 489 (514); s. weiter *Llewellyn, The Bramble Bush*, 1930, S. 17: „[P]rocedural regulations are the door, and the only door, to make real what is laid down by substantive law“.

völkerrechtlich-internationaler und verwaltungsrechtlicher Natur zur gesamten Spannweite juristischer Themen. Die wachsenden Regelungsfelder betreffen – einsetzend Ende der achtziger, seit den neunziger Jahren langsam, dann aber rasch zunehmend – Kernbereiche des Zivilrechts. Die sukzessive Ausdehnung entspricht dem umfassenden Mandat der Dritten EU-Gewalt. Deren Aufgabe ist es bekanntlich, die Wahrung des Rechts² bei der Anwendung und Auslegung der europäischen Verträge zu sichern (Art. 19 EUV)³. Als abgeleitetes Recht erfasst dieses Mandat auch die Auslegung der unterschiedlich gelagerten Sekundärrechtsakte sowohl zum materiellen wie auch dem Verfahrens- und Kollisionsprivatrecht.

Der EuGH hat in den sechziger Jahren makrostrukturell die Verträge im Wege autonomer Fortentwicklung konstitutionalisiert und nicht zuletzt auf diese Art und Weise die Vergemeinschaftung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beträchtlich konsolidiert und vorangetrieben. Die ebenfalls außerhalb der EU auszumachenden Großtendenzen von Judizialisierung, Konstitutionalisierung⁴ und Internationalisierung des Rechts potenzieren sich bei diesem auch als „Motor der Integration“⁵ gesehene EU-

² D.h. nicht nur nach den Verträgen, sondern auch nach allgemeinen Grundsätzen.

³ Zuvor auch ex-Art. 46, 35 EU, nun gestrichen.

⁴ In Frankreich hat die Verfassungsänderung vom 23.7.2008 die Zuständigkeit des Conseil constitutionnel erweitert: Hervorzuheben ist der neu in die Constitution de la République française eingefügte Art. 61-1, der eine Normenkontrolle schafft; zur neuen „question prioritaire de constitutionnalité“ *Simon*, *Revue critique de droit international privé* 2011, 1 ff. Zu den Besonderheiten der französischen Verfassungsrechtsprechung *Ponthoreau/Hourquebie*, *Journal of Comparative Law* 3 (2009), H. 2, 269 (272 ff.); s. auch *Masing/Jouanjan* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit – Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, 2011; weiter zum Aufstieg des Honoratioren-gremiums „Verfassungsrat“, das aus „neun Weisen“ (*neuf sages*) besteht, *Schnapper*, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, 2010. Zu den Auswirkungen des Human Rights Act 1998 in Großbritannien *Bogdanor*, *The New British Constitution*, 2009, S. 53 ff. (die neue Verfassungsordnung betont statt der „sovereignty of Parliament“ die Gewaltenteilung); *Rösler*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 448 (449 ff.). Zur Regionalisierung und Ansätzen von Föderalismus in Großbritannien bezogen auf Schottland, Wales und Nordirland (*devolution*, d.h. Dezentralisierung) *Markesinis/Fedtke* (Hrsg.), *Patterns of Regionalism and Federalism*, 2006.

⁵ *Everling*, *EuR* 1987, 214 (235); *Dehousse*, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, 1998, S. 177; für die Parallele zum U.S. Supreme Court *Höreth*, *Die Selbstautorisierung des Agenten – Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court*, 2008, S. 191 ff., der insbesondere die „commerce power“ des US-Kongresses und die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zum *New Deal* untersucht.

Gerichtshof, oder – in den Worten *Hallsteins* – „Integrationsfaktor erster Ordnung“⁶.

Eine solch herausgehobene Rolle bleibt naturgemäß nicht ohne Fundamentalkritik. So wurde dem EuGH auf dem Gebiet des (Wirtschafts-) Verfassungsrechts schon in den sechziger Jahren vorgeworfen, er schaffe ein „gouvernement des juges dans les Communautés Européennes“⁷. Dem demokratischen „We, the people“, wie er als Politikprogramm in der Präambel der Verfassung der USA von 1787 prononciert zum Ausdruck kommt, wird ein aus Luxemburg stammendes, richterlich-elitäres „We, the Court“ entgegengesetzt⁸.

Hier sei präzisierend, aber geboten konzis an die Ausgangslage erinnert. Die Rechtsprechung zur direkten Wirkung des E(W)G-Vertrages⁹ und zum Vorrang des Unionsrechts insgesamt¹⁰ verdeutlicht die wirkungsvolle Sicherung der einheitlichen Geltung des Unionsrechts. Diese wurde kennzeichnenderweise¹¹ im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens ent-

⁶ So *Hallstein*, Die echten Probleme der europäischen Integration, 1965, S. 9 = in: *ders.*, Europäische Reden (Hrsg.: *Oppermann*), 1979, S. 522 (529); dazu die Würdigung *Schlochauer*, in: Festschr. f. Hallstein, 1966, S. 431 ff.

⁷ *Colin*, Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes, 1966; s. auch *Rasmussen*, On Law and policy in the European Court of Justice – A comparative study in judicial policymaking, 1986. S. zum Ausdruck „gouvernement des juges“ im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung unten bei Fußnotenzeichen 1053 und im Zusammenhang mit dem Conseil d'État des 19. Jahrhunderts *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193 (197). S. mit anderer Stoßrichtung der EuGH-Richter (1967–1976) *Lecourt*, *L'Europe des Juges*, 1976.

⁸ *Maduro*, *We, The Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, 1998.

⁹ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*.

¹⁰ EuGH, Rs. C-6/64, Slg. 1964, 1259 – *Flaminio Costa/E.N.E.L.*; der Vorrang gilt grundsätzlich auch in Bezug auf das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten: EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 – *Internationale Handelsgesellschaft*; s. zur Pflicht des Richters s. EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 – *Simmenthal II*: „Aus alledem folgt, daß jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet läßt“.

¹¹ Fast alle wichtigen Entscheidungen sind im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens ergangen; so etwa die maßgeblichen zu den Grundfreiheiten: EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (sog. *Cassis de Dijon*-Entscheidung) und Rs. C-267/91, Slg. 1993, I-6097 – *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*; weiter zur Staatshaftung: EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 – *Francovich u.a./Italien*, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 – *Brasserie du Pêcheur/Deutschland (ex parte Factortame)* und

wickelt. Bedeutung erlangen der – wohlgerneht von sieben Richtern entwickelte – Suprematieanspruch und die Direktwirkungslehre auch für die Justitiabilität des Privat- und Wirtschaftsrechts¹²: Zum einen können die Prozessparteien die nationale Gesetzgebung und sonstigen Maßnahmen staatlicher Autoritäten im Fall der Verletzung unionaler Rechte unmittelbar vor den nationalen Gerichten angreifen. Zum anderen sichert der EU-Gerichtshof die Geltungskraft des Europarechts und die unionsgerichtliche autoritativ-einheitliche Entscheidungskompetenz.

Zu unterscheiden ist die verfassungsrechtliche Judikatur von der einfachrechtlichen, was hier konkret die zivil- und zivilprozessrechtlichen Fragestellungen umfasst. Zunächst zur verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. Bei ihr ist zwischen strukturellen, institutionellen und materialen Beiträgen des EuGH zu unterscheiden¹³: (1.) Die strukturellen Beiträge betreffen das durch den EuGH föderalisierte Verhältnis von EU-Recht und mitgliedstaatlichem Recht. In diesem Bereich hat der EuGH die besagten Direktwirkungs- und Vorrangdoktrinen entwickelt und damit die Verträge in eine vertikal integrierte und föderale Rechtsordnung umgedeutet¹⁴. In einem weiteren Schritt ermöglichte der Gerichtshof mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz *venire contra factum proprium* und unter engen Bedingungen die direkte Anwendung von Richtlinien¹⁵.

(2.) Eine Rolle spielt auch die institutionelle Verfassungsrechtsprechung, welche sich mit den Kompetenzen und Beziehungen der europäischen Institutionen befasst, obschon dies vorliegend von geringerem Interesse ist. (3.) Als hochrelevant erweisen sich dagegen die materialen Beiträge u.a. zu den Marktfreiheiten und zum Wettbewerbsrecht sowie zum Schutz der judikativen Menschenrechte¹⁶.

Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – *Köbler/Österreich*; zu den Grundrechten: EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 – *Erich Stauder/Ulm*.

¹² Auch wenn dies von den Verträgen so nicht vorgesehen war; s. *Hartkamp*, ERPL 18 (2010), 527 ff.; weiter *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193 (194).

¹³ *Schmid*, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, 2010, S. 103 ff.; *Schmid*, in: *Eriksen/Joerges/Rödl* (Hrsg.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union – The unsettled political order of Europe*, 2008, S. 85 (86); s. grundlegend *Weiler*, *Yale L.J.* 100 (1990–1991), 2403 ff.; wiederabgedruckt in: *ders.*, *The Constitution of Europe – Do the New Clothes have an Emperor?*, 1998, S. 10 ff.

¹⁴ *Schmid*, S. 103; *Fligstein/Stone Sweet*, *American Journal of Sociology* 107 (2002), 1206 (1215, 1219).

¹⁵ *Schmid*, in: *Eriksen/Joerges/Rödl*, S. 85 (88); s. etwa auch *Johnston/Unberath*, in: *Twigg-Flesner* (Hrsg.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, 2010, S. 85 (96); s. noch unten bei Fußnotenzeichen 330 zu EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 – *Ratti*.

¹⁶ Vgl. auch *Schmid*, S. 110 ff.

Die strukturprägenden EuGH-Beiträge bilden die Basis zur effektiven Verwirklichung des Unionsprivatrechts. Im Rahmen ihres unionsrechtsfreundlich zu handhabenden Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte das Unionsprivatrecht als direkt geltenden Prüfungsmaßstab selbstständig anwenden und auslegen¹⁷. Doch schuf der EuGH am Vorbild des klassisch-nationalen Rechtsverständnisses¹⁸ und an der Rechtshierarchie orientiert¹⁹ nicht nur – wie erwähnt – die im Vertrag von Rom (1957) fehlende Lösung zum Konflikt zwischen der unions- und der nationalrechtlichen Ebene²⁰. Einhergehend mit dem Anwendungsvorrang stellt der EuGH auch das Individuum in das Zentrum der Rechtsordnung.

Der Unterschied, den der EuGH in *Van Gend & Loos*²¹ zwischen dem Völkerrecht und der Europäischen Gemeinschaft sieht, ist damit auch für das Zivilrecht nicht nur von akademischer Natur. Die Entscheidung markiert vielmehr – mit *Haltern* – „das Ende des Staates als klassischem Nukleus des zwischenstaatlichen Rechts und setzt an seine Stelle das Individuum, das sich zuvor im Völkerrecht stets nur als mediatisiertes Objekt berücksichtigt sah.“²² Der EuGH hat den Vertrag von Rom von einer internationalen Vereinbarung zu einer vertikal integrierenden Struktur mit Rechten und Pflichten für alle Rechtsteilnehmer ausgebaut²³.

Die Orientierung am Vorbild des nationalen (anstatt des internationalen) Rechts trifft sowohl auf die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts als auch auf die Geltungskraft seiner Entscheidungen zu. Die Urteile ergehen nicht zuletzt wegen des autoritativen und axiomatischen Stils des EuGH

¹⁷ S. Lindner, JuS 2008, 1.

¹⁸ Vgl. Zimmermann, JZ 2007, 1 (10), wonach Europa – wie auch im 1. Teil § 1 erwähnt – durch Schriftlichkeit, Rationalität und Legalismus kennzeichnet ist. Dies hängt selbstverständlich mit der Professionalisierung des Juristenstandes (v.a. durch die Universitätsausbildung) und der im 15. Jahrhundert entstehenden neuen Führungselite der Juristen zusammen; dazu und zur Mobilität von Juristen im Alten Reich Ranieri, *Ius Commune XIV* (1987), 183 ff.; zur Identität des Privatrechts Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, S. 19 ff.

¹⁹ Vgl. Maduro, EuR 2007, 3 (13); ferner Nettesheim, EuR 2006, 737 ff.

²⁰ Aus der überreichen Literatur zu dieser „Europapolitik durch Rechtsprechung“ sei hier schon verwiesen auf Hallstein, in: *Festschr. f. Böhm*, 1975, S. 205 ff.; Stein, *AJIL* 75 (1981), 1 ff.; Mancini, *CML Rev.* 26 (1989), 595 ff.; de Witte, in: *Craig/de Búrca* (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. (2011), S. 323 ff.; Tomuschat, in: *Festschr. f. Ress*, 2005, S. 857 ff.

²¹ Oben Fußn. 9.

²² *Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, S. 99.

²³ Tohidipur, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU – Zu Genese und Zustand justizieller Konstitutionalisierung*, 2008, S. 134 ff.

insoweit mit dem Anspruch eines „top down“²⁴ – unabhängig von der Diktion einer gleichberechtigten Zusammenarbeit²⁵ und einem Kooperationsverhältnis²⁶. Diese prozessuale Arbeitsteilung geschieht auf Grundlage einer föderalen Kompetenzverteilung. Deshalb wird teils auch statt von einem Kooperationsverhältnis von einem „Komplementärverhältnis“ gesprochen²⁷. Fernab dieser Begrifflichkeiten ist entscheidend: Die autoritative Stärke in der vertikalen institutionellen Struktur gibt den beteiligten Interessenvertretern den Anreiz zur (indirekt veranlassten) Anrufung der Europäischen Gerichtsbarkeit²⁸. Schließlich können dessen Urteile in der Bedeutung über den jeweilig zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt weit hinausreichen.

Bei diesem Prozess vermochte die Union auch an die Justiztradition der Mitgliedstaaten anzuknüpfen. Kennzeichnend für die Rechtstradition Europas ist schließlich eine hohe Akzeptanz nationaler Gerichte²⁹ als zentrale Instanz zur Rechtsauslegung und – mit einigen Divergenzen – zur Rechtsfortbildung. Die Mitgliedstaaten stecken den Freiheits- und Entscheidungsspielraum der Gerichte unterschiedlich, aber jeweils staatsintern beträchtlich großzügiger ab als extern im Bereich des Völkerrechts. Mit der klaren Zuordnung zu einem Gerichtshof, also einer zentral ausgerichteten Struktur unter Trennung von Politik und Recht, weist die EU insoweit eher Parallelen zu einer nationalen als zu einer internationalen Rechtsordnung auf.

Dagegen ist beim (sonstigen) internationalen Recht das Fehlen einer klaren Jurisdiktionsbefugnis geradezu kennzeichnend³⁰. Der schon mit dem

²⁴ Vgl. *Maduro*, EuR 2007, 3 (4, 16 f., 19 ff.), der – gegen die wohl h.M. – vertritt, die Legitimation des EU-Rechts beruhe gerade auf seiner „bottom-up“-Struktur, da er auf die Akzeptanz und Mitwirkung der nationalen Gerichte angewiesen ist. Damit verbindet er ein neues Modell, das „nicht länger von einer hierarchischen Konstruktion des Rechts und einer Konzeption der Souveränität als unteilbar ausgeht“ (S. 20). Vgl. weiter *Mortelmans*, *Legal Issues of European Integration* 23 (1996), 42 ff.; zur Durchsetzung der Normenhierarchie *Kokott*, in: *Festschr. f. Hirsch*, 2008, S. 117 ff.; zur Frage, ob der Dialog mit dem EuGH eher hierarchischer oder kooperativer Natur ist s. auch *de la Mare/Donnelly*, in: *Craig/de Búrca* (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. (2011), S. 363 (373 ff.); weiter *Giorgi/Triart*, *ELJ* 14 (2008), 693 ff.

²⁵ *Rodríguez Iglesias*, *NJW* 2000, 1889 (1890).

²⁶ BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*.

²⁷ *Broß*, *JZ* 2008, 227 (229); *Schumann*, in: *Roth*, S. 197 (238).

²⁸ *Maduro*, EuR 2007, 3 (14); nach *Volcansek*, *Judicial Politics in Europe: An Impact Analysis*, 1986, S. 265 ist hierüber ein Muster von „positive reinforcement“ geschaffen worden.

²⁹ Vgl. ferner unten bei Fußnotenzeichen 622.

³⁰ Die internationale Ebene ist nach *Biehler*, *Procedures in International Law*, 2008, S. 35 charakterisiert von einer „unco-ordinated variety of different *fora* reflecting the fact that global courts lack compulsory jurisdiction“.

Westfälischen Friedensvertrag von 1648 vorangetriebenen Verrechtlichung der völkerrechtlichen Beziehungen³¹ zum Trotz bleibt eine schwache internationale Rechtsprechungsstruktur bis in die Gegenwart symptomatisch. Deutlich wird das beispielsweise am Internationalen Gerichtshof. Dieser Prototyp einer international-gerichtlichen Streitbeilegungsinstitution³² fungiert seit 1945 als hauptsächliches Rechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen. Die Zuständigkeit des Haager Gerichtshofs ist nur eröffnet³³, wenn die beteiligten Parteien die Zuständigkeit anerkannt haben³⁴. Für weite Bereiche des Einheitsprivatrechts, etwa für das UN-Kaufrecht, das Genfer Wechsel- und Scheckrecht und das vereinheitlichte Transportrecht, fehlt ein internationaler Gerichtshof fast gänzlich³⁵.

2. Gestaltungskraft des Marktrechts

Das Fortschreiten und die Gestaltungskraft des Marktrechts haben die Aufgaben des Gerichtshofs verändert. Seit 1957 dringt der gewaltige Strom des gesetzten Europarechts und auch die bis dato mehr als 17.000 EuGH-Urteile³⁶ praktisch bis in jede Spalte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen³⁷. Diese Durchwirkung des nationalen Rechts hat Lord *Denning*

³¹ Dazu im Kontext der im Westfälischen Frieden festgeschriebenen Reichsverfassung des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation (962–1806) *Schmidt*, Wandel durch Vernunft – Deutsche Geschichte im 18. Jahrhundert, 2009, S. 61, der auf S. 400 f. auch auf eine föderale Parallele zum Heiligen Römischen Reich hinweist: „Wie damals ist heute erneut darüber zu befinden, auf welche Weise sich kulturelle Vielfalt, das Nebeneinander aller Formen des Religiösen und Fundamentalistischen, mit Freiheits-, Autonomie- und Identitätsansprüchen friedlich organisieren lässt. Der komplementäre Reichs-Staat und die föderative Nation boten dafür eine Plattform. Das nationale Weltbürgertum und die weltbürgerliche Nation, Aufklärer, die kulturelle Vielfalt und sozio-politische Pluralisierung als Bereicherung begriffen, stehen dem 21. Jahrhundert spürbar näher als der Epoche des geschlossenen Nationalstaates“.

³² Das macht *Oeter*, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler* (Hrsg.), Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft: Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?, 2007, S. 149 (171) deutlich.

³³ Nach Statute of the International Court of Justice, 26.6.1945, UNTS Vol. 15, 355; Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26.6.1945, BGBl. 1973 II, S. 505.

³⁴ Art. 36 I IGH-Statut: „The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties [d.h. alle Parteien] refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.“ *Biehler*, S. 35; für einen Vergleich der IGH- und EuGH-Verfahrensregeln *Plender*, EJIL 2 (1991), 1 ff.; für eine Kommentierung des IGH-Statuts *Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm* (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, 2006; vgl. zur Vielfalt der Gerichte und der Einheit des Völkerrechts *Oeter*, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler*, S. 149 ff.

³⁵ *Remien*, *RabelsZ* 66 (2002), 503 (504 f.); *Basedow/Rösler*, *Jura* 2006, 228 (232).

³⁶ S. unten die Tabelle 1.

³⁷ Zum Einfluss der Grundfreiheiten *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, S. 178 ff.