

Martin Franzen
Privatrechtsangleichung durch die
Europäische Gemeinschaft



Martin Franzen

Privatrechtsangleichung
durch die
Europäische Gemeinschaft



1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

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

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Franzen, Martin:

Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft /
Martin Franzen. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1999

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Habil.-Schr., 1998/99

ISBN 3-11-016566-X

© Copyright 1999 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, D-10785 Berlin.

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

Printed in Germany

Datenkonvertierung: buslau intercom services, 12161 Berlin
Druck und Bindearbeiten: Hubert & Co., 73079 Göttingen

für Susanne

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 1998/99 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten noch bis Ende 1998 berücksichtigt werden.

Die Arbeit entstand während meiner Assistententätigkeit am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dieter Heckelmann. Ihm bin ich zu großem Dank verpflichtet. Er hat mich seit meiner Zeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl wohlwollend gefördert und mir stets inhaltliche und zeitliche Freiheiten eingeräumt. Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Helmut Lecheler sowie Herrn Prof. Dr. Helmut Grothe für die zügige Erstellung der weiteren Gutachten im Habilitationsverfahren. Frau Prof. Dr. Renate Käßler, Osnabrück, und Herr Prof. Dr. Curt W. Hergenröder, Würzburg, haben mir in den einzelnen Phasen der Entstehung der Habilitationsschrift stets die Möglichkeit zu Gedankenaustausch und Diskussion gewährt. Hierfür bin ich Ihnen sehr dankbar.

Berlin/Konstanz im Sommer 1999

Martin Franzen

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
§ 1 Einleitung und Problemstellung.....	1

ERSTER TEIL

Legislative Rechtsangleichung

1. <i>Abschnitt:</i> Grundlagen.....	15
§ 2 Strukturprinzipien der Gemeinschaft.....	15
§ 3 Rechtsetzungsgrundlagen mit privatrechtlicher Bedeutung.....	70
2. <i>Abschnitt:</i> Marktintegration und privatrechtliche Rechtsangleichung.....	118
§ 4 Der Anwendungsbereich der Produktverkehrsfreiheiten.....	118
§ 5 Der Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten	163
§ 6 Einordnung privatrechtlicher Rechtsangleichungsmaßnahmen.....	217
3. <i>Abschnitt:</i> Institutionelle Vorgaben.....	244
§ 7 Handlungsformen der Gemeinschaft	244
§ 8 Verfahrensrechtliche Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts.....	265

ZWEITER TEIL

Judikative Rechtsangleichung

1. <i>Abschnitt:</i> Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung innerstaatlichen Rechts.....	291
§ 9 Geltungsgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts.....	292
§ 10 Durchführung richtlinienkonformer Auslegung.....	321
§ 11 Grenzen richtlinienkonformer Auslegung	358
§ 12 Rechtsfortbildung in Konformität mit EG-Richtlinien	405
2. <i>Abschnitt:</i> Auslegung und Fortbildung von Richtlinien im Privatrecht.....	445
1. <i>Unterabschnitt:</i> Auslegung und Konkretisierung von Rechtsbegriffen des Gemeinschaftsrechts	445
§ 13 Grundsätze der Auslegung von Gemeinschaftsrecht	445
§ 14 Autonome Auslegung von in Richtlinien enthaltenen Rechtsbegriffen.....	475
§ 15 Unbestimmte Rechtsbegriffe in privatrechtsangleichenden Richtlinien und die Reichweite autonomer Auslegung.....	504
§ 16 Konkretisierung von Generalklauseln in privatrechtlichen Richtlinien	536

2.	<i>Unterabschnitt</i> Rechtsfortbildung durch Lückenschließung.....	575
	§ 17 Rechtsfortbildung im Rahmen von Richtlinien: Grundlagen.....	575
	§ 18 Rechtsfortbildung im Rahmen von Richtlinien und die Herausbildung allgemeiner privatrechtlicher Rechtsinstitute auf der Ebene der Gemeinschaftsrechtsordnung.....	612
	§ 19 Das Verhältnis von angeglichenen Rechtsgebieten und nicht angeglichenen Sondermaterien im Anwendungsbereich von Harmonisierungsrichtlinien	638

D R I T T E R T E I L

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	657
---	-----

Literaturverzeichnis.....	667
Stichwortverzeichnis	727

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
§ 1 Einleitung und Problemstellung.....	1
I. Die fortschreitende Europäisierung des Privatrechts als Ausgangssituation.....	1
1. Rechtspolitik: Die Forderung nach einem europäischen Zivilgesetzbuch	1
2. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als Erkenntnismittel eines „Gemeineuropäischen Privatrechts“	2
3. Rechtstatsächlicher Befund: Entstehung von „Konventions-“ und „Gemeinschaftsprivatrecht“	4
4. Rechtswissenschaftliche Analysen des in Entstehung befindlichen „Gemeinschaftsprivatrechts“	5
II. Privatrecht und Gemeinschaftsrecht	6
1. Perspektive des Privatrechts	6
2. Perspektive des Gemeinschaftsrechts	8
3. Aufgabenstellung: Praktische Konkordanz beider Rechtsgebiete	9
III. Abgrenzung der Themenstellung	9
1. Angeglichenes Recht und Einheitsrecht	9
2. Positive und negative Rechtsangleichung	10
3. Legislative und judikative Rechtsangleichung.....	12
a) Bedeutung von legislativer und judikativer Rechtsangleichung	12
b) Das Beispiel des Schadensbegriffs in der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG.....	13
IV. Gang der Darstellung.....	14

ERSTER TEIL

Legislative Rechtsangleichung

1. <i>Abschnitt</i> : Grundlagen.....	15
§ 2 Strukturprinzipien der Gemeinschaft.....	15
I. Der rechtliche Charakter der Europäischen Gemeinschaft.....	15
1. Keine Staatlichkeit.....	15
2. Demokratische Legitimation der Gemeinschaft durch Rückkopplung an die mitgliedstaatlichen Organe.....	17
3. Die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft.....	18
II. Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft mit Bedeutung für das Privatrecht	20
1. Der Gemeinsame Markt als Hauptaufgabe der Gemeinschaft	20
a) Ausgangslage in den Römischen Verträgen.....	20

b)	Veränderung durch den Unionsvertrag?	21
c)	System unverfälschten Wettbewerbs.....	23
2.	Gleichbehandlung der Geschlechter als ein zentrales Gemeinschaftsgrundrecht	25
a)	Entstehungsgeschichte	25
b)	Ausformung von Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) in der Rechtsprechung des EuGH.....	26
III.	Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht.....	28
1.	Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht	28
a)	Ausgangspunkt: Keine Höherrangigkeit des Gemeinschaftsrechts.....	28
b)	Die Lösung der Kollisionsfrage	29
aa)	Gemeinschaftsrecht.....	29
bb)	Deutsches Verfassungsrecht.....	30
2.	Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.....	32
a)	Kompetenzen der Gemeinschaft im Überblick	32
b)	Verfassungsgerichtliche Kontrolle bezüglich der Einhaltung der Kompetenzgrenzen.....	34
c)	Fazit	36
IV.	Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts.....	36
1.	Normativer oder deskriptiver Gehalt?	36
2.	Der Grundsatz einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts als Ausprägung des Gleichheitssatzes.....	38
3.	Vorliegen einer Wirksamkeitsbeeinträchtigung	40
a)	EuGH-Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht	40
b)	EuGH-Judikatur im Privatrecht	41
4.	Fazit.....	42
V.	Die rechtliche Einbindung von „nationalen Alleingängen“ als Strukturprinzip der Gemeinschaft?	43
1.	Fragestellung.....	43
2.	Innerstaatlicher Gestaltungsspielraum oder Sperrwirkung des Sekundärrechtsakts?	44
a)	Die Analyse <i>Furrers</i> zur Rechtsprechung des EuGH.....	44
b)	Das Beispiel der „Tabaketikettierungsfälle“	47
c)	Fazit	49
3.	Innerstaatlicher Gestaltungsspielraum und primärrechtliche Vorgaben	49
a)	Das rechtspolitische Anliegen.....	49
b)	Normative Ansätze im Primärrecht	51
aa)	Art. 100a Abs. 4 EGV (Art. 95 Abs. 4 und 5 n.F.)	51
bb)	Art. 118a Abs. 3, 129a Abs. 3, 130t EGV (Art. 137 Abs. 5, 153 Abs. 5, 176 n.F.).....	54
cc)	Materialer Ansatz für die Konzeption des „nationalen Alleingangs“ nach Art. 100a Abs. 4, 118a Abs. 3, 129a Abs. 3, 130t EGV (Art. 95 Abs. 4 und 5, 137 Abs. 5, 153 Abs. 5, 176 n.F.).....	56
c)	Fazit	57
VI.	Das Subsidiaritätsprinzip und seine Bedeutung für die privatrechtliche Rechts- angleichung.....	57
1.	Das rechtspolitische Anliegen.....	57

2.	Subsidiaritätsprinzip und Rechtssetzung	58
a)	Die ausschließliche Zuständigkeit	58
b)	Eignung des Maßstabs von Art. 3b Abs. 2 EGV (Art. 5 Abs. 2 n.F.) für marktintegrative Rechtsangleichung.....	60
c)	Reichweite und Intensität einer Maßnahme (Art. 3b Abs. 3 EGV, Art. 5 Abs. 3 n.F.)	62
d)	Aussagen des EuGH zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.....	64
3.	Subsidiaritätsprinzip und Rechtsanwendung	65
a)	Bindung der Rechtsprechung des EuGH an das Subsidiaritätsprinzip	65
b)	Folgen für die judikative Rechtsangleichung.....	67
4.	Fazit.....	68
VII.	Folgerungen für die weitere Untersuchung	68
§ 3	Rechtsetzungsgrundlagen mit privatrechtlicher Bedeutung	70
I.	Die Ausgangslage nach den Gründungsverträgen	70
1.	Art. 100 EGV (Art. 94 n.F.).....	70
a)	Rechtsangleichung im Sinne von Art. 100 EGV (Art. 94 n.F.)	70
aa)	Abgrenzung zu anderen Begriffen	70
bb)	Gegenstand der Rechtsangleichung.....	71
b)	Materiell-rechtliche Voraussetzungen: Unmittelbare Auswirkung auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes	73
c)	Praxis der rechtssetzenden Organe.....	75
d)	Fazit	78
2.	Art. 54 Abs. 3g EGV (Art. 44 Abs. 2g n.F.).....	79
a)	Funktion von Art. 54 Abs. 3g EGV (Art. 44 Abs. 2g n.F.) im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit.....	79
aa)	Ausgangspunkt: Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit.....	79
bb)	Bedeutung von Art. 54 Abs. 3g EGV für die verschiedenen Ausübungsformen der Niederlassungsfreiheit.....	80
cc)	Verhinderung eines „Delaware“-Effekts.....	82
dd)	Doppelfunktion: Niederlassungsfreiheit und Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen	83
b)	Voraussetzungen der Rechtssetzungsbefugnis nach Art. 54 Abs. 3g EGV (Art. 44 Abs. 2g n.F.).....	84
aa)	Koordinierung	84
bb)	Schutzbestimmungen	85
cc)	Ermessensspielraum des Rats im Rahmen der Erforderlichkeit	86
c)	Fazit	87
3.	Art. 235 EGV (Art. 308 n.F.)	87
a)	Anwendungsvoraussetzungen.....	87
b)	Bedeutung von Art. 235 EGV (Art. 308 n.F.) für Rechtssetzungsmaßnahmen der Gemeinschaft	90
aa)	Allgemeine Bedeutung	90
bb)	Bedeutung von Art. 235 EGV (Art. 308 n.F.) im Privatrecht	91
II.	Durch die Einheitliche Europäische Akte neu eingefügte Rechtssetzungsgrundlagen.....	93
1.	Art. 100a EGV (Art. 95 n.F.)	93

a)	Tatbestandliche Voraussetzungen.....	93
b)	Gemeinsamer Markt/Binnenmarkt.....	94
c)	Praxis der rechtssetzenden Organe.....	97
2.	Art. 118a Abs. 2 EGV (Art. 137 Abs. 1 Nr. 1 n.F.).....	99
III.	Durch den Unionsvertrag eingeführte Rechtssetzungsgrundlagen.....	100
1.	Verbraucherschutzmaßnahmen nach Art. 129a EGV (Art. 153 n.F.).....	100
2.	Besondere Rechtsgrundlagen durch das Abkommen über die Sozialpolitik.....	102
IV.	Folgerungen.....	103
1.	Die Entwicklung der Rechtssetzungsgrundlagen.....	103
a)	Ausgangspunkt: Marktintegration.....	103
b)	Besetzung eigenständiger binnenmarktunabhängiger Politikbereiche durch die Gemeinschaft.....	105
c)	Fazit.....	107
2.	Aktive und reaktive Rechtsangleichung.....	108
3.	Zuordnung der Rechtssetzungsgrundlagen.....	110
a)	Kategorisierung.....	110
b)	Zuordnungsregeln.....	111
aa)	Rechtsprechung des EuGH.....	111
bb)	Anwendung dieser Grundsätze auf das Verhältnis von Art. 100/100a EGV (Art. 94/95 n.F.) zu den schutzpolitikbezogenen Kompetenznormen der Art. 118a Abs. 2 und Art. 129a EGV (Art. 137 n.F., Art. 153 n.F.).....	113
c)	Aktive und reaktive Rechtsangleichung im Anwendungsbereich von Art. 100a EGV (Art. 95 n.F.).....	115
4.	Angleichungsbedarf im Bereich der privatrechtlichen Rechtsangleichung.....	116
2.	<i>Abschnitt:</i> Marktintegration und privatrechtliche Rechtsangleichung.....	118
§ 4	Der Anwendungsbereich der Produktverkehrsfreiheiten.....	118
I.	Produktverkehrsfreiheiten und Privatrecht: Fallmaterial aus der Rechtsprechung des EuGH.....	118
1.	Vorschriften des bürgerlichen Rechts.....	118
2.	Sonstige privatrechtliche Normengruppen.....	121
3.	Fazit.....	122
II.	Dogmatik der Produktverkehrsfreiheiten.....	123
1.	Warenverkehrsfreiheit.....	123
a)	Historische Entwicklung des EuGH-Richterrechts: „Dassonville“ und „Cassis“.....	123
b)	Neuorientierung durch die „Keck“-Entscheidung.....	126
aa)	Grundanliegen der Entscheidung.....	126
bb)	Bewertung der „Keck“-Rechtsprechung in der Literatur.....	128
2.	Dienstleistungsfreiheit.....	131
III.	Produktgestaltende Vorschriften im innerstaatlichen materiellen Privatrecht.....	133
1.	Warenverkehrsfreiheit.....	133
a)	Präzisierung des Abgrenzungskriteriums.....	133
b)	Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht.....	134
c)	Vertrags- und Deliktsrecht.....	135
d)	Sachenrecht.....	136

aa)	Skizzierung der kollisions- und sachrechtlichen Lage.....	136
bb)	Einordnung	137
2.	Dienstleistungsfreiheit	139
a)	Übertragbarkeit des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf die zivilrechtliche Ausgestaltung einer Dienstleistung?.....	139
aa)	Ausgangspunkt: Produktorientierte Betrachtungsweise bei der Dienstleistungsfreiheit.....	139
bb)	Hintergrund des Prinzips gegenseitiger Anerkennung nach der „Cassis“-Rechtsprechung.....	140
cc)	Kollision mit der „passiven“ Dienstleistungsfreiheit?.....	141
dd)	Spezifische Besonderheiten der Erbringung von Dienstleistungen	143
b)	Kollisionsrecht und Dienstleistungsfreiheit.....	144
aa)	Rechtswahlfreiheit für internationale Schuldverträge und Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.....	144
bb)	Das Beispiel des § 609a Abs. 2 BGB.....	147
cc)	Kompatibilität mit EuGH-Rechtsprechung	149
c)	Die rechtliche Determinierung durch Privatrecht als Gestaltung des Produkts Dienstleistung?	150
3.	Fazit.....	153
IV.	Privatrechtliche Vorschriften als „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung.....	154
1.	Der Zwang zur Anpassung des Produktumfelds an unterschiedliche Rechtsordnungen als „tatsächliche ungleiche Berührung“ im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung?	154
2.	Die Bedeutung der „Oosthoek“-Rechtsprechung	155
3.	Weitergeltung der „Oosthoek“-Formel?	158
4.	Fazit.....	161
V.	Ergebnis	162
§ 5	Der Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten	163
I.	Personenverkehrsfreiheiten und Privatrecht: Fallmaterial aus der Rechtsprechung des EuGH.....	163
1.	Ungleichbehandlung durch privatrechtliche Regelungen	163
a)	Die Befristung von Lektorenverträgen.....	163
b)	Der Fall „Konstantinidis“	164
c)	Bewertung.....	165
2.	Beschränkungen der Personenverkehrsfreiheiten durch Privatrecht	167
a)	Die „Bosman“-Entscheidung des EuGH	167
b)	Die „Daily-Mail“-Entscheidung des EuGH.....	169
3.	Folgerungen	171
II.	Gemeinsame dogmatische Struktur der Personenverkehrsfreiheiten.....	173
1.	Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot	173
a)	Ausgangspunkt: Inländergleichbehandlung.....	173
b)	Abweichende Fallkonstellationen.....	174
c)	Ausweitung des allgemeinen Obersatzes zu einem Beschränkungsverbot.....	176
2.	Dogmatische Präzisierung des Beschränkungsstatbestands der Personenverkehrsfreiheiten	178

a)	Die Problematik des weiten Obersatzes in der „Kraus“- und in Folgeentscheidungen	178
b)	Heranziehung von Erkenntnissen aus dem Bereich der Warenverkehrsfreiheit	180
3.	Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH zur Präzisierung des Beschränkungstatbestands	181
a)	Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung?	181
b)	Das Kriterium der Marktzutrittsbeschränkung	183
4.	Fazit	184
III.	Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftsrecht	184
1.	Internationales Gesellschaftsrecht im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit?	184
a)	Kollisionsrechtliche Grundlagen	184
aa)	Die Sitztheorie und ihre Gründe	184
bb)	Sitz- und Gründungstheorie und ihre Auswirkungen auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen	186
b)	Die gemeinschaftsrechtliche Perspektive der Niederlassungsfreiheit	188
aa)	Primäre Niederlassungsfreiheit	188
bb)	Sekundäre Niederlassungsfreiheit	190
cc)	Zwischenergebnis	194
c)	Die Perspektive des angeglichenen Gesellschaftsrechts	195
aa)	Überblick über den Rechtsbestand	195
bb)	Kursorische Würdigung des erreichten Harmonisierungsumfangs	197
cc)	Auswirkungen der europäischen gesellschaftsrechtlichen Rechtsangleichung auf die gemeinschaftsrechtliche Determinierung innerstaatlichen Gesellschaftskollisionsrechts?	200
d)	Fazit	204
2.	Materielles Gesellschaftsrecht im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit?	205
a)	Nicht harmonisiertes Gesellschaftsrecht	205
aa)	Recht der autonomen Gesellschaften	205
(1)	Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten	205
(2)	Beteiligung an Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten	207
(3)	Gründung unselbständiger Zweigniederlassungen	208
bb)	Recht der Unternehmensverbindungen	209
b)	Harmonisiertes Gesellschaftsrecht	211
c)	Fazit	213
IV.	Sonstige privatrechtliche Vorschriften im Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten?	213
1.	Dimension des Diskriminierungstatbestands	213
2.	Dimension des Beschränkungstatbestands	214
V.	Ergebnis	215
§ 6	Einordnung privatrechtlicher Rechtsangleichungsmaßnahmen	217
I.	Allgemeines Zivilrecht	217
1.	Vertragsrecht	217

a)	Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit.....	217
b)	Richtlinie über Pauschalreisen (RL 90/314/EWG).....	220
c)	Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13/EWG)	221
d)	Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen (RL 97/5/EG).....	222
e)	Sonstige Richtlinien aus dem Bereich des Vertragsrechts.....	223
2.	Deliktsrecht.....	223
3.	Folgerungen im Hinblick auf die anzuwendenden Rechtsgrundlagen.....	225
II.	Arbeitsrecht und verwandte Gebiete.....	226
1.	Arbeitsvertragsrecht.....	226
a)	Internes Sachrecht	226
b)	International zwingendes Arbeitsrecht (Entsenderichtlinie)	227
2.	Handelsvertreterrecht.....	228
III.	Gesellschaftsrecht	230
IV.	Materielles und kollisionsrechtliches Versicherungsvertragsrecht.....	231
1.	Das kollisionsrechtliche Regelungsgefüge der Versicherungsrichtlinien.....	231
2.	Einschränkung der Rechtswahlfreiheit durch die Versicherungsrichtlinien als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit?	233
3.	Reichweite der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Versicherungen.....	235
V.	Gewerblicher Rechtsschutz, Urheber- und Lauterkeitsrecht	237
VI.	Die Unterscheidung von reaktiver und aktiver Rechtsangleichung im Lichte privatrechtlicher Rechtsangleichungsmaßnahmen	238
1.	Ausdrückliche Öffnungsklauseln und Wahlrechte als Indiz für aktive Rechtsangleichung außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten	238
2.	Einordnung der behandelten Rechtsangleichungsmaßnahmen	239
a)	Eindeutige Zuordnungen.....	239
b)	Grenzfälle	240
3.	Bedeutung für das Harmonisierungsausmaß einer Rechtsangleichungsmaßnahme	242
3. Abschnitt:	Institutionelle Vorgaben	244
§ 7	Handlungsformen der Gemeinschaft	244
I.	Richtlinie.....	244
1.	Begriff und Charakteristika der Richtlinie	244
2.	Umsetzungsverpflichteter	246
3.	Erweiterungen der Wirkungen der Richtlinie im innerstaatlichen Rechtsraum durch rechtsfortbildende Rechtsprechung des EuGH.....	247
a)	Unmittelbare Wirkung der Richtlinie im innerstaatlichen Rechtsraum.....	248
aa)	Subjektive Wirkung der Richtlinie	248
bb)	Objektive Wirkung der Richtlinie.....	249
cc)	Voraussetzungen und Grenzen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in der Rechtsprechung des EuGH	251
b)	Staatshaftung.....	253
c)	Fazit	255
4.	Richtlinien und der Vorrang des Gemeinschaftsrecht.....	255
a)	Herkömmliche Betrachtungsweise der Rangfrage als Kollisionsproblem	255

	b) Richtlinie als Maßstabsnorm?	256
	c) Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts	259
	d) Fazit	260
	5. Ergebnis	261
	II. Sonstige Handlungsformen	261
	1. Verordnung	261
	2. Weitere Handlungsformen der Gemeinschaft	263
	III. Zusammenfassung und Ausblick	264
§ 8	Verfahrensrechtliche Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts	265
	I. Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EGV (Art. 226 n.F.)	265
	1. Bedeutung für die legislative Rechtsangleichung	265
	2. Bedeutung für die judikative Rechtsangleichung	267
	II. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV (Art. 234 n.F.)	269
	1. Das Vorabentscheidungsverfahren im Überblick	269
	2. Zuständigkeitsverteilung zwischen EuGH und innerstaatlichen Gerichten	271
	a) Die Abgrenzung von Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts	271
	b) Praxis des EuGH: „Zweckdienliche“ Auslegung	272
	c) Folgerungen	274
	3. Wirkung eines Vorabentscheidungsurteils des EuGH	275
	a) Ungültigkeitsurteile	275
	b) Auslegungsurteile	276
	aa) Normative Bindung?	276
	bb) Faktische Bindungswirkung	276
	c) Fazit	278
	4. Umfang der Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EGV (Art. 234 Abs. 3 n.F.)	278
	a) Rechtsprechung des EuGH	278
	b) Sanktionen bei Nichteinhaltung der Vorlegungspflicht	281
	aa) Verfassungsrechtliche Sanktionen: der EuGH als gesetzlicher Richter	281
	bb) Gemeinschaftsrechtliche Sanktionen	282
	c) Vorlegungspraxis der Zivilgerichtsbarkeit	283
	d) Bewertung von Vorlegungspflicht und -praxis in der Literatur	284
	aa) Ausgangspunkt	284
	bb) Beschränkung der Vorlegungspflicht auf Divergenzfälle?	285
	cc) Vorlegungspflicht nur bei Fällen mit „grundsätzlicher Bedeutung“?	286
	dd) Folgerungen: Keine Abkehr von den Grundsätzen der „C.I.L.F.I.T.“- Entscheidung	289
	III. Ergebnis	290

2. TEIL

Judikative Rechtsangleichung

	1. <i>Abschnitt</i> : Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung innerstaatlichen Rechts	291
§ 9	Geltungsgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts	292
	I. Gemeinschaftsrecht	292
	1. Rechtsprechung des EuGH	292

2.	Dogmatische Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	294
a)	Vorrang des Gemeinschaftsrechts?	294
b)	Art. 5 EGV (Art. 10 n.F.)?	295
c)	Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des Mitgliedstaats zur Umsetzung einer Richtlinie.....	296
aa)	Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der Umsetzungsverpflichtung.....	296
bb)	Die richtlinienkonforme Auslegung als Teil der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten	297
3.	Kontrollüberlegungen.....	299
a)	Unterscheidung von gemeinschaftsrechtskonformer und richtlinienkonformer Auslegung.....	299
b)	Beginn der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung	300
4.	Fazit.....	303
II.	Innerstaatliches Recht	303
1.	Der in der jeweiligen Umsetzungsvorschrift verkörperte gesetzgeberische Wille....	303
a)	Ausgangspunkt	303
b)	Die Rechtsprechung der deutschen Obergerichte in Zivilsachen.....	304
c)	Regelungsabsichten des Gesetzgebers als Ziel der Auslegung?	306
aa)	Regelungsabsichten des Gesetzgebers als bloßes unbeachtliches Motiv?	306
bb)	Neuere methodologische Entwicklungen in der Literatur	307
cc)	Stellenwert gesetzgeberischer Regelungsabsichten in der Rechtsprechung	308
d)	Normative Festlegung bestimmter Auslegungsmittel zur Erreichung des Auslegungsziels?	310
aa)	Rangverhältnis der Auslegungskriterien?.....	310
bb)	Kollision zwischen allgemeinen und speziellen Regelungsabsichten.....	311
e)	Fazit	313
2.	Art. 36 EGBGB analog	314
a)	Funktion von Art. 36 EGBGB.....	314
b)	Voraussetzungen einer Analogiebildung	315
aa)	Regelungslücke	315
bb)	Übereinstimmende Wertungen	315
c)	Reichweite einer analogen Anwendung von Art. 36 EGBGB.....	317
d)	Die analog Art. 36 EGBGB entwickelte Rechtsregel	320
III.	Ergebnis: Zweifacher Geltungsgrund der richtlinienkonformen Auslegung	320
§ 10	Durchführung richtlinienkonformer Auslegung.....	321
I.	Konformitätsbegriff	321
1.	Widerspruchsfreiheit oder Zweckkonformität?.....	321
2.	Relevanz der Fragestellung.....	321
3.	Die Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten als Festlegung auf Wortlaut und Zweck der Richtlinie	322
II.	Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung.....	323
1.	Verfassungskonforme Auslegung als Inhaltbestimmung und Inhaltskontrolle von Unterverfassungsrecht	323

a)	Begründungselemente verfassungskonformer Auslegung	323
b)	Funktion der Verfassung als Erkenntnisnorm	325
c)	Funktion der Verfassung als Kontrollnorm.....	326
2.	Übertragung auf die richtlinienkonforme Auslegung	327
a)	Normenkontrollfunktion	327
b)	Erkenntnisfunktion	328
c)	Fazit	329
III.	Vergleich mit der Auslegung von internationalem Einheitsrecht	329
1.	Begriff und Erscheinungsformen internationalen Einheitsrechts	329
2.	Auslegung internationalen Einheitsrechts: Das Beispiel des Wechsel- und Scheckrechts.....	331
a)	Modifizierung der innerstaatlichen Auslegungskriterien.....	331
b)	Beachtung dieser Modifizierungen in der Rechtsprechung	332
c)	Inhaltliche Bedenken gegen die diskutierten Modifikationen	333
aa)	Die Problematik des „eindeutigen“ Wortlauts	333
bb)	Notwendigkeit der Einbettung internationalen Einheitsrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung.....	333
d)	Fazit	334
3.	Auslegung der Vorschriften über das internationale Schuldvertragsrecht auf der Grundlage von Art. 36 EGBGB.....	335
a)	Grundlagen.....	335
b)	Modifikationen anerkannter Auslegungsgrundsätze	335
c)	Haltung der Rechtsprechung	336
4.	Folgerungen für die richtlinienkonforme Auslegung	337
IV.	Verhältnis der richtlinienkonformen Auslegung zu den konventionellen Auslegungskriterien	338
1.	Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung vor den konventionellen Auslegungskriterien des innerstaatlichen Rechts aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben?.....	339
a)	Mögliche dogmatische Ansatzpunkte im Gemeinschaftsrecht.....	339
b)	Rechtsprechung des EuGH	340
aa)	Die „Marleasing“-Entscheidung als Ausgangspunkt.....	340
bb)	Die Auslegungsfähigkeit einer Norm als Problem des innerstaatlichen Rechts	341
c)	Richtlinienkonformität als vorzugswürdiges Auslegungskriterium im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen und methodisch Möglichen	343
2.	Richtlinienkonforme Auslegung als eigenständiger Auslegungsschritt?.....	344
a)	Das Beispiel des § 611a Abs. 2 a. F. BGB.....	344
b)	Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung	345
c)	Zweckmäßigkeitüberlegungen	346
3.	Fazit.....	347
V.	Die einzelnen Auslegungsschritte.....	347
1.	Die Auslegung kongruenter bzw. identischer Begriffe in Richtlinie und Umsetzungsgesetz – das Beispiel von Art. 1 Abs. 1 RL 77/187/EWG und § 613a Abs. 1 S. 1 BGB.....	347
a)	Normhintergrund.....	348

b) Grammatik.....	348
c) Systematik.....	350
d) Historische und genetische Aspekte	351
e) Objektiv-teleologische Kriterien.....	352
f) Fazit	354
2. Unbestimmte Vorgaben für innerstaatliches Recht durch EG-Richtlinie.....	355
VI. Folgerungen für die weitere Untersuchung	357
§ 11 Grenzen richtlinienkonformer Auslegung	358
I. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen.....	358
1. Vorbemerkung: Keine Beschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen auf Auslegung im engeren Sinn.....	358
2. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Grenze richtlinienkonformer Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH	359
3. Begrenzung der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht richtlinienkonformer Auslegung durch die dogmatische Struktur der Richtlinie.....	360
a) Unmittelbare Wirkung der Richtlinie und richtlinienkonforme Auslegung.....	360
b) Das Beispiel „El Corte Inglés“ EuGH Slg. 1996, 1281	361
aa) Rechtliche Situation des Einwendungsdurchgriffs im finanzierten Kauf nach Art. 11 Abs. 2 RL 87/102/EWG und nach spanischem Recht vor Richtlinienumsetzung.....	361
bb) Rechtliche Situation in Deutschland	363
c) Folgerungen.....	364
4. Begrenzung richtlinienkonformer Auslegung durch gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien?.....	364
a) Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die Umsetzung einer Richtlinie	364
b) Regelungszwecke der Gebote richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung und rechtssicherer Umsetzung von Richtlinien.....	366
5. Praktische Konkordanz der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit.....	368
a) Rückkoppelung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung an die innerstaatlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen	368
b) Weitere in die verhältnismäßige Zuordnung einzustellende Gesichtspunkte.....	370
aa) Die Umsetzung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber	370
bb) Die Struktur des betroffenen Rechtsverhältnisses	371
6. Anwendungsbereich der Richtlinie in sachlicher und zeitlicher Hinsicht	372
II. Grenzen innerstaatlichen Rechts.....	373
1. Die in Literatur und Rechtsprechung genannten Grenzen richtlinienkonformer Auslegung.....	373
2. Die allgemeinen Grenzen der Auslegung nach innerstaatlicher Methodenlehre	375
a) Der mögliche Wortsinn	375
aa) Die Unbestimmtheit des Abgrenzungskriteriums	375
bb) Der Gesetzessinn als Abgrenzungskriterium zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung?.....	376

cc)	Die Wortsinnngrenze als Gebot der Rechtssicherheit	378
b)	Gesetzgeberische Regelungszwecke	378
3.	Veränderung dieser Grenzen bei richtlinienkonformer Auslegung durch die analoge Anwendung von Art. 36 EGBGB	379
a)	Der mögliche Wortsinn	379
b)	Gesetzgeberische Regelungsabsichten.....	380
c)	Fazit	381
4.	Fallmaterial aus der Rechtsprechung: Die Bürgschaft als Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinne von § 1 Abs. 1 HausTWG?	382
a)	Divergierende Entscheidungen des BGH	382
b)	Die Auslegung des Begriffs „Vertrag über eine entgeltliche Leistung“ im Sinne von § 1 Abs. 1 HausTWG	382
aa)	Die Pflichtenstruktur der Bürgschaft im Hinblick auf den Terminus der „Entgeltlichkeit“ im Sinne von § 1 Abs. 1 HausTWG	383
bb)	Die Teleologie des HausTWG.....	384
cc)	Folgerungen	385
c)	Der Aussagegehalt der Richtlinie 85/577/EWG.....	386
d)	Richtlinienkonforme Auslegung von § 1 Abs. 1 HausTWG.....	388
e)	Fazit	389
5.	Fallgruppen der Richtlinienumsetzung durch den Gesetzgeber	389
a)	Normalfall: Korrekte und vollständige Umsetzung aus Sicht des einzelstaatlichen Gesetzgebers.....	389
aa)	Wortidentische Umsetzung: Das Beispiel des EuGH-Urteils „Christel Schmidt“	390
(1)	Die Entscheidung des EuGH	390
(2)	Der mögliche Wortsinn des Begriffs „Betriebsteil“ im Sinne von § 613a Abs. 1 BGB	391
(3)	Fazit.....	392
bb)	Unbewusste Normierung richtlinienwidriger Tatbestandsmerkmale: Das Beispiel der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Finanzierungsleasingverträge.....	393
(1)	Problemstellung.....	393
(2)	Aussagegehalt der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG	394
(3)	Teleologische Reduktion von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG?	395
(4)	Fazit.....	396
cc)	Abweichung von unbestimmten Vorgaben in Richtlinien: Das Beispiel des Art. 8 S. 2 RL 87/102/EWG und § 14 S. 3 VerbrKrG.....	397
dd)	Allgemeine Normen im Anwendungsbereich der Richtlinie	398
ee)	Rückgriff auf allgemeine Vorschriften außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie?.....	399
b)	Ausnahmefall: Bewußte Verweigerung der Umsetzung einer Richtlinie durch den innerstaatlichen Gesetzgeber.....	399
c)	Richtlinienkonforme Auslegung vor Abschluß der legislativen Umsetzungsmaßnahmen	400
aa)	Geltungszeitliche Veränderungen des Normumfelds durch Inkrafttreten einer EG-Richtlinie.....	400

bb)	Sperrwirkung bevorstehender Gesetze: Das Beispiel BAG AP Nr. 17 zu § 613a BGB.....	401
cc)	Fazit.....	403
III.	Ergebnis.....	403
§ 12	Rechtsfortbildung in Konformität mit EG-Richtlinien.....	405
I.	Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung: Die Judikate des BAG vom 14.3.1989.....	405
1.	Anforderungen des EuGH und Umsetzung durch das BAG.....	405
2.	Abschließende Regelung von § 611a BGB a. F.?.....	406
3.	Geschlechtsbezogene Benachteiligung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?.....	408
a)	Der Unrechtstatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	408
b)	Die Eingriffsintensität.....	410
4.	Fazit.....	410
5.	Anwendung der bisherigen Erkenntnisse und Folgerungen für die weitere Untersuchung.....	411
II.	Methodische Voraussetzung richterlicher Rechtsfortbildung: Feststellung einer Gesetzeslücke.....	412
1.	Lückenbegriff.....	412
2.	Modifikation durch Einwirkung des Gemeinschaftsrechts.....	414
a)	Die Vollständigkeit einer Regelung.....	414
aa)	Die Perspektive der innerstaatlichen Rechtsordnung.....	414
bb)	Die Perspektive der Gemeinschaftsrechtsordnung.....	415
b)	Der gesetzgeberische Regelungsplan.....	416
3.	Anwendung auf die Beispielfälle.....	418
4.	Fazit.....	419
III.	Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.....	420
1.	Die maßgeblichen Verfassungsprinzipien.....	420
a)	Kriterien aus dem Gewaltenteilungsprinzip.....	421
b)	Kriterien aus dem Rechtsstaatsprinzip.....	423
aa)	Verletzung von Gesetzgebungsaufträgen durch den Gesetzgeber.....	423
bb)	Vorbehalt des Gesetzes als Rechtsfortbildungsschranke?.....	425
c)	Kriterien aus dem Demokratieprinzip.....	425
aa)	Die „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts.....	425
bb)	Folgerungen.....	427
d)	Fazit.....	428
2.	Anwendung dieser Grundsätze auf BAG AP Nr. 5 und 6 zu § 611a BGB.....	428
a)	Grundlegende politische Entscheidung?.....	428
b)	Fehlendes Tätigwerden des Gesetzgebers bei einem Gesetzgebungsauftrag?.....	429
c)	Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers?.....	430
d)	Weitere Gesichtspunkte.....	431
e)	Fazit.....	432
IV.	Methodengeleitete Lückenschließung.....	433
1.	Bei der Lückenschließung zu beachtende Aspekte.....	433
a)	Grundlagen der innerstaatlichen Methodenlehre.....	433

b) Modifikation dieser Vorgaben zur Herstellung von Richtlinienkonformität	434
2. Anwendung auf BAG AP Nr. 5 und 6 zu § 611a BGB	435
a) Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	435
aa) Grundlagen	435
bb) Schutz vor Herabsetzung des persönlichen Achtungsanspruchs.....	436
cc) Schutz der Selbstentfaltung.....	437
b) Rechtsfolgen: Schmerzensgeld	439
aa) Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung als richterrechtlich normiertes Tatbestandsmerkmal.....	439
bb) Verschulden.....	440
c) Fazit: Mangelnde Eignung der BAG-Rechtsprechung zur Herstellung von Richtlinienkonformität	441
3. Rechtsfortbildung und Nachbesserung durch den Gesetzgeber	442
V. Ergebnis	443
2. <i>Abschnitt</i> : Auslegung und Fortbildung von Richtlinien im Privatrecht	445
1. <i>Unterabschnitt</i> : Auslegung und Konkretisierung von Rechtsbegriffen des Gemein- schaftsrechts	445
§ 13 Grundsätze der Auslegung von Gemeinschaftsrecht.....	445
I. Rechtsprechung des EuGH	445
1. Gemeinschaftsrechtliche Auslegungsmethoden zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht	445
2. Grammatik.....	446
3. Systematik.....	447
a) Der Grundsatz der vertragsrechtskonformen Auslegung des Sekundär- rechts.....	448
b) <i>Singularia non sunt extendenda</i>	449
4. Genetische und historische Auslegungsaspekte.....	450
a) Äußerungen von Rat und Kommission im Gesetzgebungsverfahren.....	450
b) Äußerungen anderer am Gesetzgebungsverfahren beteiligter Organe.....	451
5. Teleologische Argumente.....	452
6. Rechtsvergleichung als Erkenntnismittel der Auslegung	454
7. Fazit.....	455
II. Sachangemessenheit dieser Kriterien für die Auslegung von privatrechts- angleichenden Richtlinien?.....	456
1. Argumente zu Wortlaut und Entstehungsgeschichte.....	456
2. Argumente zur Systematik, insbesondere der Grundsatz „ <i>Singularia non sunt</i> <i>extendenda</i> “	456
3. Teleologische Argumente.....	457
a) Vertragsziele	457
b) <i>Effet utile</i>	458
aa) Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 RL 76/207/EWG.....	458
bb) Kritik	459
cc) Fazit	461
c) Zwecke der auszulegenden Richtlinie.....	461
aa) Eindimensionalität der Vorgaben der Richtlinie	461

bb)	Einbettung in das rechtliche Umfeld des Mitgliedstaats	463
cc)	Fazit	465
4.	Rechtsvergleichend gewonnene Auslegungsargumente	465
a)	Interdependenz der Privatrechtssetzung auf gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene	465
b)	Beispielsfälle aus der Judikatur des EuGH	467
aa)	Die „Di Pinto“-Entscheidung zur Auslegung des Verbraucherbegriffs der Richtlinie 85/577/EWG	467
bb)	Die „Kontogeorgas“-Entscheidung zur Auslegung der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG	468
cc)	Die Judikatur des EuGH zur Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG	470
5.	Fazit	471
III.	Ausblick: Auslegungsintensität bei auslegungsbedürftigen Richtlinienbegriffen	471
1.	„Vergemeinschaftung“ des innerstaatlichen Umsetzungsrechts durch Richtlinien	471
2.	Kodifikations- und Auslegungsermessen zugunsten der Mitgliedstaaten?	473
§ 14	Autonome Auslegung von in Richtlinien enthaltenen Rechtsbegriffen	475
I.	Rechtsprechung des EuGH zum Gemeinschaftsrecht	475
1.	Entscheidungen zum Primär- und Verordnungsrecht	475
a)	Grundsatz autonomer Auslegung	475
b)	Stillschweigende Verweisung auf innerstaatliches Recht?	476
c)	Fazit	477
2.	Judikate des EuGH zu Richtlinien	478
a)	Ausdrückliche Verweisung auf innerstaatliches Recht	478
b)	Ansätze für die Annahme einer (partiellen) stillschweigenden Verweisung auf innerstaatliches Recht	479
3.	Fazit	481
II.	Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht	483
1.	Grundlagen	483
2.	Autonome Auslegung im Europäischen Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) durch den EuGH	484
3.	Autonome Auslegung des EuGVÜ als Qualifikationsproblem?	486
4.	Übertragbarkeit der für das EuGVÜ gewonnenen Erkenntnisse auf die Frage der autonomen Auslegung von Gemeinschaftsrecht?	487
5.	Folgerungen	490
III.	Die Praxis des Gemeinschaftsgesetzgebers – erläutert am Beispiel der Produkthaftungsrichtlinie (RL 85/374/EWG)	490
1.	Definitionen als Argument für eine gemeinschaftsrechtliche Begriffsbildung?	490
2.	Unvollständige Definitionen	491
3.	Definitionen unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als Kodifikationsermessen zugunsten der Mitgliedstaaten?	493
4.	Folgerungen	494
IV.	Autonome Auslegung von Richtlinien und primäres Gemeinschaftsrecht	496
1.	Rechtsgrundlagen der Richtlinie	496

a) Rückgriff auf die Unterscheidung von „aktiver“ und „reaktiver“ Rechtsangleichung.....	496
b) Die einzelnen Rechtssetzungsgrundlagen.....	497
aa) Art. 100/100a EGV (Art. 94, 95 n.F.).....	497
bb) Art. 54 Abs. 3g EGV (Art. 44 Abs. 2g n.F.).....	498
cc) Art. 235 EGV (Art. 308 n.F.).....	499
c) Fazit	500
2. Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV; Art. 5 n.F.).....	500
a) Formale Dimension.....	500
b) Materiale Dimension.....	500
V. Ergebnis	503
§ 15 Unbestimmte Rechtsbegriffe in privatrechtsangleichenden Richtlinien und die Reich- weite autonomer Auslegung	504
I. Fehlerbegriff in der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG	504
1. Relevante Gesichtspunkte autonomer Auslegung	504
2. Existenz von gemeinschaftsrechtlichen Kriterien zur Konkretisierung des Fehlerbegriffs?.....	505
a) Sicherheitserwartungen nach Art. 6 RL 85/374/EWG	505
b) Gemeinschaftsweite Standards für die berechtigten Sicherheits- erwartungen?	506
c) Die Bezugnahme auf „alle Umstände“ als Verweisung auf die Konkreti- sierung durch innerstaatliche Gerichte?.....	507
d) Produktsicherheitsrichtlinie 92/59/EWG.....	508
3. Entstehungsgeschichte der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG.....	509
4. Gewichtung der gewonnenen Auslegungsargumente	510
II. Schadensbegriff der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG	511
1. Die Argumentation von <i>Sack</i>	511
2. Der Harmonisierungsumfang der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG im Hinblick auf den Begriff „Schaden“	512
a) Das unmittelbare Regelungsfeld der Produkthaftungsrichtlinie.....	512
b) Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie	513
3. Konkretisierungsmöglichkeiten auf Gemeinschaftsebene?	514
4. Fazit.....	515
III. Begriff der irreführenden Werbung (Art. 2 und 3 RL 84/450/EWG).....	515
1. Aussagegehalt der Richtlinie im Hinblick auf die Frage der autonomen Auslegung	515
2. Entstehungsgeschichte	516
a) Genese der Richtlinie 84/450/EWG	516
b) Wandel der Normsituation durch die Änderungsrichtlinie 97/55/EG?	519
3. Konkretisierungsmöglichkeiten auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts?	519
a) Die Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung verbraucher- schützender Regelungen der Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. 30 EGV (Art. 28 n.F.).....	519
b) Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Konkretisierung von Art. 2 RL 84/450/EWG?.....	521
4. Die „Nissan“-Entscheidung des EuGH	523

a)	Die Entscheidung des EuGH und ihre Rezeption in der Literatur.....	523
b)	Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit	525
5.	Gewichtung der gegenläufigen Abwägungsgesichtspunkte	526
IV.	Die vorsichtige Bilanzierung: Zur Auslegung des Begriffs „realisierter Gewinn“ nach Art. 31 Abs. 1c RL 78/660/EWG (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB).....	526
1.	Das Sachproblem.....	526
a)	Der Vorlagebeschluß des BGH	526
b)	Die Rechtslage in Deutschland.....	527
c)	Der Entscheidungsvorschlag von Generalanwalt <i>Tesauro</i>	528
2.	Spielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Auslegung des Begriffs „realisierter Gewinn“ nach Art. 31 Abs. 1c RL 78/660/EWG?.....	529
a)	Die Auffassung <i>Schulze-Osterlohs</i>	530
b)	Die Ansicht <i>Moxters</i>	530
c)	Die Auffassung von Generalanwalt <i>Tesauro</i>	531
3.	Das Urteil des EuGH vom 27.6.1996 – Rs. C-234/94 („Tomberger“).....	532
a)	Begründungslinie des EuGH.....	532
b)	Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten?.....	533
V.	Ergebnis	534
§ 16	Konkretisierung von Generalklauseln in privatrechtlichen Richtlinien	536
I.	Grundlagen	536
1.	Begriff und Funktion von Generalklauseln	536
2.	Die Fallgruppenbildung als Konkretisierungsmethode von Generalklauseln.....	537
3.	Eignung des gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensrechts für die Konkretisierung von Generalklauseln in sekundärem Gemeinschaftsrecht?	538
4.	Die Bedeutung des Umsetzungserfordernisses von Richtlinien für die Konkretisierung von Generalklauseln.....	540
5.	Fazit.....	543
II.	Generalklauseln in Richtlinie 86/653/EWG (Handelsvertreter-Richtlinie).....	543
1.	Regelungsgehalt der Bestimmungen	543
2.	Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 RL 86/653/EWG	544
a)	„Autonome“ Konkretisierung der Grundpflichten von Handelsvertreter und Unternehmer durch die Richtlinie 86/653/EWG?.....	544
aa)	Allgemeine Auslegungsgesichtspunkte.....	544
bb)	Rechtslage ohne Normierung von Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 RL 86/653/EWG.....	546
b)	Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters während der Vertragszeit.....	548
3.	Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (Art. 17 Abs. 2a RL 86/653/EWG): „Billigkeit“	551
4.	Ergebnis.....	552
III.	Die Konkretisierung der Generalklausel von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG	552
1.	Ausgangspunkt: Konkretisierungsmöglichkeiten auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts als Indiz für autonome Auslegung.....	552
2.	Herausbildung eines Maßstabs für die Bestimmung des Mißverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG	554
a)	Das ohne Vertragsklausel anwendbare Schuldrecht als Maßstab zur Bestimmung des Mißverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten	554

b)	Anwendung dieses Maßstabs des Mißverhältnisses im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts	556
c)	Fazit	557
3.	Erschließung des Anhangs nach Art. 3 Abs. 3 RL 93/13/EWG für die Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG?.....	558
a)	Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Normierung eines Katalogs unzulässiger Klauseln?	558
b)	Katalog unzulässiger Klauseln als Konkretisierung der innerstaatlichen Generalklausel?	559
c)	Katalog unzulässiger Klauseln als Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG?.....	561
d)	Fazit	563
4.	Sonstige gemeinschaftsrechtliche Kriterien zur autonomen Konkretisierung des Tatbestandes der Mißbräuchlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG	564
a)	Entwicklung sekundärrechtlicher Prinzipien aus anderen Richtlinien privatrechtlichen Inhalts?.....	564
aa)	Aufklärungspflichten und Transparenzgebot zugunsten der Verbraucher	564
(1)	Das dogmatische Verhältnis von Aufklärungspflichten und Transparenzgebot	564
(2)	Das Transparenzgebot in der Richtlinie 93/13/EWG.....	566
bb)	Herausbildung weiterer in privatrechtsangleichenden Richtlinien enthaltenen Prinzipien	568
cc)	Fazit	569
b)	Maßstäbe aus Art. 86 Abs. 2 lit. a EGV (Art. 82 Abs. 2 lit. a n.F.)?.....	569
c)	Substrat der mitgliedstaatlichen Privatrechtordnungen als gemeinschaftsrechtliches Zivilrecht?	571
5.	Ergebnis.....	574
2.	<i>Unterabschnitt:</i> Rechtsfortbildung durch Lückenschließung.....	575
§ 17	Rechtsfortbildung im Rahmen von Richtlinien: Grundlagen.....	575
I.	Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung.....	575
1.	Begriff der Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht	575
2.	Grundsätzliche Befugnis des EuGH.....	577
3.	Das Rechtsverweigerungsargument	577
4.	Das Argument der Effektivität des Gemeinschaftsrechts	579
5.	Folgerungen	580
II.	Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH im horizontalen Verhältnis	582
1.	Institutionelles Gleichgewicht zwischen den Organen der Gemeinschaft.....	582
2.	Korrekturmöglichkeiten rechtsfortbildender Entscheidungen des EuGH durch Gesetzgebungsorgane bzw. Mitgliedstaaten	583
a)	Intraorganschaftliche Dimension.....	583
b)	Interorganschaftliche Dimension.....	585
aa)	Sekundäres Gemeinschaftsrecht.....	585
bb)	Primäres Gemeinschaftsrecht.....	586

cc) Fazit.....	588
3. Gemeinschaftsverfassungsorganstreue.....	588
4. Praxis des EuGH	590
III. Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH im vertikalen Verhältnis	591
1. Folgerungen aus dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV, Art. 5 n.F.)	591
a) Kein politischer Entscheidungsspielraum des EuGH	591
b) Das Beispiel EuGH vom 8.6.1994 – Slg. 1994, I-2435 (Kommission/Vereinigtes Königreich)	594
aa) Problemstellung.....	594
bb) Vorgehensweise des EuGH	595
cc) Methodische Bedenken	596
dd) Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH.....	597
c) Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 2 VO-EWG 1612/68.....	598
d) Fazit	598
2. Akzeptanz der Rechtsfortbildung in den Mitgliedstaaten.....	599
a) Die Perspektive des innerstaatlichen Rechts.....	599
b) Durchsetzungsschwäche des Gemeinschaftsrechts.....	600
c) Das weitgehende Fehlen einer „europäischen“ Öffentlichkeit	602
3. Praxis des EuGH: Grundsätzliche Anerkennung von Beurteilungsspielräumen zugunsten der Mitgliedstaaten.....	603
IV. Methodische Voraussetzung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfortbildung: Vorliegen einer Gesetzeslücke	604
1. Übertragung des herkömmlichen Lückenbegriffs auf das Gemeinschaftsrecht	604
2. Die Unterscheidung von internen und externen Lücken.....	605
a) Begriffliches	605
b) Die Abgrenzung nach der Qualität des Gemeinschaftsrechtsakts.....	607
aa) Lücken im primären Gemeinschaftsrecht	607
bb) Lücken im sekundären Gemeinschaftsrecht.....	608
3. Das Beispiel EuGH vom 28.2.1984 – Slg. 1984, 1177 zur Auslegung einer umsatzsteuerrechtlichen Richtlinie	609
V. Ergebnis	610
§ 18 Rechtsfortbildung im Rahmen von Richtlinien und die Herausbildung allgemeiner privatrechtlicher Rechtsinstitute auf der Ebene der Gemeinschaftsrechtsordnung.....	612
I. Die arbeitnehmerseitige Zustimmung zum Übergang des Arbeitsverhältnisses als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Richtlinie 77/187/EWG?.....	612
1. Das Widerspruchsrecht im Rahmen von § 613a BGB.....	612
2. Die Judikatur des EuGH zur Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG	613
3. Diskrepanz zwischen den grundrechtlichen Anforderungen und dem vom EuGH eingeräumten Kodifikationsermessen der Mitgliedstaaten?	614
4. Vermeidung der Diskrepanz durch die Unterscheidung von internen und externen Lücken.....	616
II. Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage und die 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Kapitalrichtlinie 77/91/EWG).....	618

1.	Das Sachproblem und die bislang in Deutschland überwiegend vertretene Auffassung	618
2.	Interne Regelungslücke hinsichtlich des Umgehungsschutzes von Sacheinlagen in der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG?	620
	a) Systematische Überlegungen	620
	b) Genetische Aspekte	622
	c) Die Auffassung von Generalanwalt <i>Tesouro</i>	623
	d) Kein abgeschlossenes kodifikatorisches Konzept der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG	624
3.	Vorschläge zur Lückenschließung	626
	a) Die „Mindestnormtheorie“ des BGH	626
	b) Die Auffassung <i>Kindlers</i>	628
4.	Differenzierung zwischen externer und interner Lücke	629
III.	Lückenschließung auf der Ebene der Gemeinschaftsrechtsordnung durch Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze der Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten?	631
	1. Lückenschließung im internationalen Einheitsrecht	631
	2. Folgerungen aus den erörterten Beispielfällen	633
	3. Fehlende Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH	635
IV.	Ergebnis: Die Differenzierung zwischen internen und externen Lücken als methodische Problemstrukturierung	636
§ 19	Das Verhältnis von angeglichenen Rechtsgebieten und nicht angeglichenen Sondermaterien im Anwendungsbereich von Harmonisierungsrichtlinien	638
I.	Problemstellung	638
II.	Die Anwendbarkeit der Richtlinie 77/187/EWG im Konkurs und ähnlichen Verfahren	639
	1. Die Rechtsprechung des EuGH	639
	a) Die Ausgangsentscheidung des EuGH vom 7.2.1985 – Slg. 1985, 469 („Abels“)	639
	b) Folgejudikatur	641
	2. Die Paralleldiskussion in Deutschland zur Anwendbarkeit von § 613a BGB in Konkursverfahren	641
	a) Meinungsstand in der Literatur	641
	b) Rechtsprechung des BAG	642
	c) Vergleich der Argumentationsmuster auf europäischer und nationaler Ebene	643
	3. Externe Lücke in der Richtlinie 77/187/EWG a. F. im Hinblick auf die Anwendung in Konkurs- und ähnlichen Verfahren?	644
	a) Gründe für die Rechtsprechung des EuGH	644
	b) Ansatzpunkte für eine Lückenschließung im Gemeinschaftsrecht	646
	c) Wertungen des Insolvenzrechts sowie des angeglichenen Rechtsgebiets	647
III.	Die zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie (77/91/EWG) und innerstaatliche Sanierungs- bzw. Liquidationsverfahren	649
	1. Die griechischen Unternehmenssanierungen durch Zwangskapitalerhöhung	649
	2. Die Lösung des EuGH	650
	3. Die Auffassung von Generalanwalt <i>Tesouro</i>	651

4. Tauglichkeit des Abgrenzungskriteriums „endgültige Auflösung der Gesellschaft“?.....	652
IV. Übergreifende Gesichtspunkte der Beispielfälle.....	654
1. Präponderanz des angeglichenen Rechtsgebiets wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts.....	654
2. Berücksichtigung der Präponderanz des angeglichenen Rechtsgebiets als Abwägungsgesichtspunkt zugunsten einer externen Lücke.....	655
3 . T E I L	
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	657
Literaturverzeichnis.....	667
Stichwortverzeichnis	727

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
All E.R.	The All England Law Reports
ArbRGgw	Das Arbeitsrecht der Gegenwart
CDE	Cahiers de droit européen
CISG	United Nations Convention on the International Sale of Goods (Wiener UN-Kaufrecht)
CMLR	Common Market Law Review
CMLRep.	Common Market Law Reports
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Loseblattsammlung, hg. v. Oetker, Hartmut / Preis, Ulrich
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
ELR	European Law Review
ERPL	European Review of Private Law
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968
EuR	Europarecht
EuroAS	Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuZVR	Europäische Zeitschrift für Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	Festschrift
GS	Gedächtnisschrift
GTE	Kommentar zum E(W)G-Vertrag, hg. von Groeben, Hans von der / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter, 4. Aufl. 1991, 5. Aufl. 1997 ff.
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILJ	Industrial Law Journal
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JCL	Journal of Contract Law
JCP	Juris classeur périodique
JDI	Journal du Droit International
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung
lit.	littera (Buchstabe)
LQR	The Law Quarterly Review
Mod.LR	The Modern Law Review
n.F.	neue Fassung
NILR	Netherlands International Law Review
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Oxford JLS	Oxford Journal of Legal Studies
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev.crit.d.i.p.	Revue critique de droit international privé
RL	Richtlinie

RMC	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
Tul.JICL	Tulane Journal of International and Comparative Law
VuR	Verbraucher und Recht
YLJ	The Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZgesStWiss	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZIAS	Zeitschrift für internationales und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht

Im übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis von *Kirchner*, 4. Aufl. 1993, verwiesen.

§ 1 Einleitung und Problemstellung

I. Die fortschreitende Europäisierung des Privatrechts als Ausgangssituation

Kaum ein Gegenstand hat die Entwicklung des deutschen Privatrechts in den letzten Jahren mehr beschäftigt als der Vorgang der „Europäisierung“ dieses Rechtsgebiets. Dieser in den 90er Jahren mit Macht einsetzende Prozeß war zuvor nach Form, Inhalt und Ausmaß nicht absehbar. So konnte *Zöllner* noch vor etwas mehr als 10 Jahren in seiner Rede zur Eröffnung der Zivilrechtslehrertagung 1987 über „Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert“¹ sprechen, ohne explizit auf diese Entwicklung einzugehen. Lediglich am Rande, aber umso deutlicher hat *Zöllner* dieses Thema mit seiner Bemerkung angeschnitten, daß es ihm nicht möglich sei, dem Freiheitswert bestimmter neuer zivilrechtlicher Errungenschaften besonderes Gewicht beizumessen, wie er darin liegen solle, daß Persönlichkeiten wie *Marcus Lutter* oder *Eike von Hippel* ein Haustürgeschäft widerrufen dürfen.² Im Rahmen dieses vielschichtigen und komplexen Vorgangs der „Europäisierung“ des Zivilrechts kann man verschiedene Entwicklungslinien unterscheiden, welche wiederum vielfach miteinander verschränkt sind.

1. Rechtspolitik: Die Forderung nach einem europäischen Zivilgesetzbuch

In rechtspolitischer Hinsicht wird darüber diskutiert, ob und inwieweit der Integrationsfortschritt der Europäischen Gemeinschaft nach einem einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuch in Form einer Kodifikation verlangt. Das Europäische Parlament hat hierzu in einer ersten EntschlieÙung aus dem Jahr 1989 angemahnt, mit Vorarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuchs für das Privatrecht zu beginnen und hierfür die notwendigen finanziellen und administrativen Voraussetzungen bereitzustellen.³ Diese Haltung wurde in einer zweiten EntschlieÙung aus dem Jahr 1994 bestätigt und die

¹ *Zöllner* AcP 188 (1988), 85 ff.

² *Zöllner* AcP 188 (1988), 85. Siehe die Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 über Haustürgeschäfte. Die von *Zöllner* AcP 188 (1988), 85 ff. kritisch thematisierten Entwicklungslinien im Zivilrecht, insbesondere „Überhandnahmen der Kasuistik“ (S. 87 f.) sowie „Abdriften der Sonderprivatrechte“ (S. 91 f.) werden durch die zunehmende gemeinschaftsrechtliche Privatrechtsangleichung noch verstärkt; dazu siehe etwa nachstehend § 1 I 3 Fn. 27.

³ 1. EntschlieÙung vom 26.5.1989, ABl. EG 1989 Nr. C 158/400 = ZEuP 1993, 613.

Untätigkeit der Kommission in dieser Frage gerügt.⁴ In der juristischen Diskussion werden Fragen nach der Zweckmäßigkeit einer solchen europäischen Privatrechtskodifikation, nach den Sachkriterien und Regelungsmodellen sowie nach der Kompetenz der Gemeinschaft aufgeworfen.⁵ Weitere Barrieren und mögliche Einwände gegen weitgehende Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht liegen im außerrechtlichen Bereich: das Sprachenproblem⁶ und das Argument, die Bewahrung einer bestimmten Rechtskultur gehöre zu den identitätstiftenden Merkmalen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁷. Selbst unter den grundsätzlichen Befürwortern einer derartigen europäischen Privatrechtsvereinheitlichung besteht weitgehend Einigkeit, daß ein solches Projekt umfassender Vorarbeiten bedarf, welche sich erst in langfristiger Perspektive verwirklichen lassen.⁸ Die Frage, ob eine umfassende oder Teilkodifikation des Privatrechts, etwa des Vertragsrechts, auf bereits vorhandene Rechtssetzungsgrundlagen der Gemeinschaft gestützt werden kann, spielt dabei de lege lata eine untergeordnete Rolle, weil der derzeitige Stand des Gemeinschaftsrechts und der Integration hierfür ohnehin nicht relevant sein kann.⁹ Das Europäische Parlament dürfte dies ebenso sehen, wenn es als erste Phase in diesem Prozeß die Herbeiführung eines Konsenses unter den Mitgliedstaaten einfordert.¹⁰ Die Notwendigkeit vorheriger wissenschaftlicher Grundlagenforschung für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa führt zu einer weiteren Dimension in der Diskussion über die Europäisierung des Privatrechts, der Suche nach gemeinsamen Grundlagen der einzelstaatlichen europäischen Privatrechtsordnungen in Form eines „Gemeineuropäischen Privatrechts“.

2. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als Erkenntnismittel eines „Gemeineuropäischen Privatrechts“

Das „Gemeineuropäische Privatrecht“ kennzeichnet die Übereinstimmungen zwischen den verschiedenen nationalen Privatrechtsordnungen und beruht auf der gemeinsamen Tradition eines „Jus commune“ oder den heutigen durch Rechtsvergleichung zu ermittelnden Gemeinsamkeiten der europäischen Rechtsordnungen.¹¹ Entsprechend lassen sich in dieser

⁴ 2. Entschließung vom 6.5.1994, insbesondere Erwägungsgrund C, Text in ZEuP 1995, 669; siehe dazu *Tilmann* ZEuP 1995, 534 ff.

⁵ Siehe dazu etwa *Koopmans* ERPL 5 (1997), 541 ff.; *Remien* ZfRV 1995, 116, 119 ff.; *Rittner* FS Mestmäcker, 1997, S. 449 ff.; *dens.* DB 1996, 25 ff.; *van Gerven* ERPL 5 (1997), 465 ff.

⁶ Siehe dazu etwa *Martiny* ZEuP 1998, 227, 230; *Pescatore* ZEuP 1998, 1; *Schmid* Privatrechtsangleichung in den Europäischen Gemeinschaften, S. 37 ff.; *Weir* ZEuP 1995, 368. Zur Bedeutung der grammatischen Auslegung von gemeinschaftsrechtlichen Rechtstexten vor dem Hintergrund ihrer Verbindlichkeit in allen EG-Amtssprachen siehe unten § 13 I 2.

⁷ Vgl. *Collins* ERPL 3 (1995), 353; *de Boer* in Hartkamp, u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 1994, 51, 60; *Heinze* RdA 1994, 1, 2 f.; *Sandrock* EWS 1994, 1, 5.

⁸ Siehe etwa *Basedow* FS Mestmäcker, 1997, S. 347, 363; *dens.* CMLR 1996, 1169, 1192 ff.; *Kieninger* Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, 245, 253 ff., 263; zurückhaltend *Remien* ZfRV 1995, 116, 120 f.; forcierender aber *Tilmann* FS Helmrich, 1993, S. 437 ff.

⁹ Ebenso *Kieninger* Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, 245, 257; anders wohl *Armbrüster* RabelsZ 60 (1996), 72, 79 ff.

¹⁰ 1. Entschließung vom 26.5.1989, insbesondere Erwägungsgrund Nr. 1, Text in ZEuP 1995, 669.

¹¹ *Gebauer* Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, S. 2.

Dimension der „Europäisierung des Privatrechts“ rechtshistorisch und rechtsvergleichend angelegte Ansätze unterscheiden. Weitgehend besteht dabei Einigkeit, daß beide Disziplinen für diese Aufgabe zusammenwirken müssen.¹² In rechtshistorischer Perspektive wird vor allem danach gefragt, inwieweit gemeinsame Grundlagen der abendländischen Rechts-tradition die in den letzten 200 Jahren in Mitteleuropa entstandenen Privatrechtskodifikationen überdauert haben und inwieweit auf ein derartiges „Jus commune“ als Rechtserkenntnisquelle bei der Entwicklung einer europäischen Privatrechtsordnung zurückgegriffen werden kann.¹³ Dies beschränkt sich nicht nur auf den kontinentaleuropäischen, durch Kodifikationen charakterisierten Rechtskreis, sondern bezieht ausdrücklich den angelsächsischen Rechtskreis mit ein, wie insbesondere die Arbeiten von *Zimmermann* nachdrücklich aufgezeigt haben.¹⁴

In stärker gegenwartsbezogener Perspektive kommt der Rechtsvergleichung eine wichtige Funktion zu. Von diesem Ansatzpunkt aus wird der geltende Bestand des Privatrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten bezogen auf einzelne Teilbereiche analysiert und auch insoweit gemeinsame Grundlagen eines „europäischen Privatrechts“ ermittelt.¹⁵ Dieser jeweilige Zustand ist notwendige Voraussetzung für das Aufspüren, die Herausarbeitung und die Fortentwicklung von gemeinsamen Grundsätzen, welchen allen oder den meisten europäischen Privatrechtsordnungen zugrundeliegen und an welche in mittlerer bzw. längerer Perspektive eine Kodifikation des Privatrechts in Europa oder in kürzerem Zeithorizont punktuellere Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft anknüpfen könnten. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise der „Ausschuß für europäisches Privatrecht“ – besser bekannt unter dem Namen „Lando-Kommission“ – zu nennen, welcher im Jahre 1995 in einem ersten Band aus einer rechtsvergleichenden Untersuchung entwickelte „Principles of European Contract Law“ vorgelegt hat.¹⁶ Ähnliches hat *von Bar* für das „Gemeineuropäische Deliktsrecht“ unternommen.¹⁷

¹² *Coing* RabelsZ 32 (1968), 1 ff.; *Junker* JZ 1994, 921, 923; *Kötz* RabelsZ 50 (1986), 1, 13 ff.; *ders.* JZ 1992, 20 ff.; *Zimmermann* JZ 1992, 8, 9 f.

¹³ Siehe dazu *Knütel* ZEuP 1994, 244, 251 ff.; *Reppen* Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, 9, 16 ff.; *Schulze* in Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 71, 80 ff.; *dens.* ZEuP 1993, 442, 458 ff.; *Zimmermann* JZ 1992, 8, 10 ff.

¹⁴ *Zimmermann* ZEuP 1993, 4 ff.; *ders.* in Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 47 ff.; *ders.* in Hartkamp (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 1994, S. 65 ff.

¹⁵ Siehe allgemein *Kötz* FS Zweigert, 1981, S. 481 ff.; *Mansel* JZ 1991, 529, 530; zum Vertragsrecht *Kötz* *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. 1, 1995.

¹⁶ *Lando/Beale* *Principles of European Contract Law*, Part I, 1995; zur Arbeit dieser Kommission *Drobnig* FS Steindorff, 1990, S. 1141, 1149; *Hartkamp* in *ders.* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 1994, S. 37, 40, 48 f.; *Heiss* ZfRV 1995, 54, 56 ff.; *Lando* in Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 473 ff.; *Remien* ZVglRWiss 87 (1988), 105, 117 ff.; *Zimmermann* JZ 1995, 477, 478.

¹⁷ *u. Bar* *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. 1, 1996.

3. Rechtstatsächlicher Befund: Entstehung von „Konventions-“ und „Gemeinschaftsprivatrecht“

Die Europäisierung des Privatrechts vollzieht sich darüber hinaus normativ für die einzelstaatlichen Rechtsordnungen verbindlich durch vielfältige Rechtsvereinheitlichungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft im gemeinschaftsrechtlichen Rahmen sowie durch völkerrechtliche Vereinbarungen zwischen den Mitgliedstaaten. Diese Entwicklung ist eingebettet in einen Prozeß der Globalisierung des Rechts insgesamt.¹⁸ Die Instrumentarien sind vielfältig: Völkerrechtliche Verträge innerhalb¹⁹ und außerhalb²⁰ des Rahmens der Europäischen Gemeinschaft sowie die Rechtssetzung durch die verschiedenen Rechtsakte der Organe der Europäischen Gemeinschaft selbst. Entsprechend der unterschiedlichen Rechtsnatur wird in der Literatur differenziert zwischen dem auf völkerrechtlichen Verträgen beruhenden „Konventionsprivatrecht“, welches insbesondere durch das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ)²¹ von 1968 sowie das Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)²² von 1980 markiert wird, sowie dem „Gemeinschaftsprivatrecht“²³. Diesen Normenkomplex hat insbesondere *Müller-Graff* beschrieben mit den kraft Gemeinschaftsrechts in allen oder für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Privatrechtssätzen.²⁴

Durch dieses „Gemeinschaftsprivatrecht“ sowie durch die Konkretisierung dieser Rechtsmasse durch den EuGH wirkt die Europäische Gemeinschaft von allen Rechtsvereinheitlichung im weitesten Sinn betreibenden internationalen Organisationen am intensivsten in die mitgliedstaatlichen (Privat)Rechtsordnungen ein. Das „Gemeinschaftsprivatrecht“ setzt sich nun aus einer Vielzahl von partiell wenig miteinander abgestimmten singulären Rechtsangleichungsmaßnahmen zusammen, welche nur punktuell in die jeweilige Privatrechtsordnung einwirken.²⁵ Mit Grund wird von zahlreichen Beobachtern darauf hingewiesen, daß diese „pointillistische“²⁶ Rechtsangleichung den inneren Zusammenhang zwischen harmonisiertem und nicht angeglichenem einzelstaatlichem Privatrecht gefährden

¹⁸ Kritisch zum zunehmenden Bestand von rechtsvereinheitlichenden Staatsverträgen bereits *Kegel* in *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, KSE 11, 1970, S. 9, 40 ff.; *Kötz* *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5; *Kramer* *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung*, 1988, S. 8 ff.: „verwirrende Vielfalt“.

¹⁹ Beispielsweise das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (BGBl. 1972 II 774), welches im Rahmen von Art. 220 Nr. 4 EGV (Art. 293 EGV n.F.) abgeschlossen wurde.

²⁰ Beispielsweise das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (ABl. EG 1980 Nr. L 266/19); Übereinkommen über das Europäische Patent für den Gemeinsamen Markt vom 15.12.1989 (ABl. EG 1989 Nr. 401/10); weitere Beispiele bei *Müller-Graff* in ders. (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 7, 17.

²¹ BGBl. 1972 II 774.

²² ABl. EG 1980 Nr. L 266/19.

²³ *Gebauer* *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, S. 2.

²⁴ *Müller-Graff* *NJW* 1993, 13; *ders.* *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, S. 27 ff.; *ders.* *FS Börner*, 1992, S. 303, 313 ff.

²⁵ Überblick über die insoweit einschlägigen Rechtssetzungsakte der EG bei *Säcker* in *Münchener Kommentar*, Einleitung Rn. 167 Fn. 415; siehe zu den wichtigsten privatrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen unten § 6 I-V.

²⁶ So plastisch *Kötz* *FS Zweigert*, 1981, S. 481, 483; *ders.* *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5 mit Blick auf internationales Einheitsrecht im allgemeinen.

kann.²⁷ Weitere Probleme der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung im Privatrecht wie generell der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung liegen in den Abgrenzungsschwierigkeiten der vereinheitlichten und nicht vereinheitlichten Teile des jeweiligen Rechtsgebiets sowie in der Problematik, wie Regelungsdefizite des vereinheitlichten Rechts ausgeglichen werden können.²⁸

4. Rechtswissenschaftliche Analysen des in Entstehung befindlichen „Gemeinschaftsprivatrechts“

In der wissenschaftlichen Diskussion herrschen zum einen Einzelanalysen dieses Bestandes der durch die EG gesetzten oder von ihr veranlaßten Rechtsnormen in den einzelnen innerstaatlichen Teilgebieten des Privatrechts vor.²⁹ Diese untersuchen den Prozeß der europäischen Rechtsangleichung aus der Perspektive der jeweiligen Sachmaterie und beziehen daher je nach Angleichungsintensität sowohl legislative Maßnahmen als auch darauf aufbauende judikative Entwicklungen (zumeist in der Rechtsprechung des EuGH) ein. Zum anderen existieren zahlreiche Abhandlungen, welche vor dem eingangs skizzierten rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Hintergrund konzeptionelle oder instrumentelle Wege der Entwicklung eines europäischen Privatrechts aufzeigen wollen.³⁰

Bislang fehlt es weitgehend³¹ an einer übergreifenden Untersuchung, welche die Gesamtperspektive des Privatrechts – und insbesondere die Hauptteilgebiete: Allgemeines

²⁷ *Blaurock* JZ 1994, 270, 272; *Coing* NJW 1990, 937, 938 f.; *Habersack* JZ 1997, 857, 858 f.; *Hauschka* JZ 1990, 521, 523 f.; *Heiss* ZfRV 1995, 54, 55; *Joerges* ZEuP 1995, 181, 191; *Kohler* ZEuP 1995, 482, 483; *Mertens* RabelsZ 56 (1992), 219, 221; *Mülberr* ZHR 159 (1995), 2, 7; *Müller-Graff* NJW 1993, 13, 19; *Steindorff* EG-Vertrag und Privatrecht, S. 51 f.; *Taupitz* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, S. 42 ff.; kritisch allerdings *Hirte* Wege zu einem europäischen Zivilrecht, S. 19 f.; *Zuleeg* VersR 1995, 861 ff.

²⁸ Siehe dazu allgemein *Mertens* RabelsZ 56 (1992), 219, 221 ff.; *Taupitz* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, S. 42 ff.; mit Blick auf die privatrechtliche Gesetzgebung der EG *Ulmer* JZ 1992, 1, 6.

²⁹ Siehe beispielsweise für das Vertragsrecht *Heiss* ZfRV 1995, 54 ff.; *Joerges/Brüggemeier* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 233 ff.; *Tonner* JZ 1996, 533, 537 ff.; für das Deliktsrecht *v. Bar* ZfRV 1994, 221, 227; *Schaub* Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 69 ff.; für das Gesellschaftsrecht *Blaurock* ZEuP 1998, 460 ff.; *Hommelhoff* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 287 ff.; *Hopt* ZGR 1992, 265 ff.; umfassend *Lutter* *Europäisches Unternehmensrecht*, 4. Aufl. 1996; für das Arbeitsrecht *Konzen* EuZW 1995, 39; *Preis* ZIP 1995, 891; *Preis/Bütetisch* in *Oetker/Preis* (Hrsg.), *EAS B 1100*; für das Wettbewerbsrecht *Ullmann* JZ 1994, 928, 931 ff.; *Ullrich* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 325 ff.

³⁰ Siehe etwa *Blaurock* JZ 1994, 270; *dens.* in *Starck* (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze - Bedingungen, Ziele, Methoden*, S. 90; *Gebauer* *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, S. 59 ff., 201 ff.; *Hirte* *Wege zu einem europäischen Zivilrecht*, 1997; *Kramer* *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung*, 1988, S. 18 ff.; *Micklitz* ZEuP 1998, 253, 262 ff.; *Philipps* *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung*, 1965; *Schmid* *Privatrechtsangleichung in den Europäischen Gemeinschaften*, 1975; *Taupitz* *Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen*, 1993.

³¹ Siehe aber *Gebauer* *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, S. 175 ff.; 222 ff.; *Hommelhoff* *AcP* 192 (1992), 71 ff.; *Klawer* *Die Europäisierung des Privatrechts*, S. 94 ff., 153 ff.; *Müller-*

Zivilrecht, Arbeits- und Gesellschaftsrecht – einbindet und vor dem Hintergrund der skizzierten Nachteile der punktuellen Privatrechtsangleichung nach Voraussetzungen und Grenzen derartiger gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen einschließlich deren gemeinschaftsrechtlicher Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung des EuGH fragt. Diese Lücke sucht die vorliegende Arbeit zu schließen. Dabei können allerdings keine konzeptionellen und kompetenziellen Maßstäbe für künftige Rechtssetzungsakte auf dem Gebiet des Privatrechts herausgearbeitet werden. Konzeptionelle Fragen sind primär rechtspolitischer Natur. Dies gilt in ähnlicher Weise für kompetenzielle Fragen jedenfalls für einen supranationalen Verband wie der Europäischen Gemeinschaft, welche bis zum jetzigen Zeitpunkt auf fortschreitende Integration ausgerichtet und daher künftigen Vereinheitlichungsmaßnahmen bei entsprechendem politischen Willen nicht a priori verschlossen ist.³² Geleistet werden soll eine dogmatische und methodische Analyse anhand des derzeitigen Bestands privatrechtlicher Rechtssetzungsakte und deren Einwirkung in die innerstaatliche (deutsche) Privatrechtsordnung mit dem Ziel, Voraussetzungen und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Privatrechtsangleichung nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten. Vor diesem Hintergrund versteht sich die Arbeit insoweit als eine Momentaufnahme, welche den Status quo der Privatrechtsangleichung bezogen auf Deutschland reflektiert und den im übrigen in der Gemeinschaftsrechtsordnung erreichten Integrationsstand als Ausgangspunkt zugrundelegt.

II. Privatrecht und Gemeinschaftsrecht

1. Perspektive des Privatrechts

Privatrecht hat die Funktion, einen Regelungsrahmen – eine „Infrastruktur“³³ – bereitzustellen, innerhalb dessen die einzelnen Personen ihre Bedürfnisse, Interessen und Ziele selbstverantwortlich verwirklichen können. Privatrecht ermöglicht dem einzelnen, seine individuellen Zwecke autonom zu verfolgen, ohne hierfür Gründe abwägen oder gar darlegen zu müssen, solange er sich nicht anderen gegenüber gebunden hat oder aus besonderen Gründen in eine Pflichtenstellung gerät.³⁴ Es eröffnet Raum und Wege zu eigenverantwortlicher Selbstgestaltung der Angelegenheiten des einzelnen auf der Grundlage von persönlicher Freiheit und rechtlicher Gleichheit aller Rechtssubjekte.³⁵ Vor diesem Hinter-

Graff Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2. Aufl. 1991; *Rittner* JZ 1995, 849, 850 ff.; *Steindorff* EG-Vertrag und Privatrecht, S. 47 f.; 385 ff.; *Ulmer* JZ 1992, 1 ff.; s. a. *Franzen* Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 285 ff.

³² Zu Kompetenzfragen für bisherige privatrechtliche Rechtssetzungsakte der Gemeinschaft siehe unten § 3.

³³ *Steindorff* EG-Vertrag und Privatrecht, S. 46.

³⁴ *Zöllner* AcP 188 (1988), 85, 95.

³⁵ Vgl. zu dieser „politischen“ Rolle des Privatrechts *Zöllner* JuS 1998, 329 ff.; *dens.* AcP 188 (1988), 85, 92 ff.

grund zielen privatrechtliche Regelungen auf einen angemessenen Ausgleich der kollidierenden und konkurrierenden Individualinteressen.³⁶

Privatrecht besteht freilich nicht nur aus einer Summe von mehr oder weniger detaillierten technischen Rechtssätzen, welche die beschriebenen Rechtsbeziehungen ordnen sollen. Dem Privatrecht ist darüber hinaus der Systemgedanke immanent. Privatrechtsdogmatik hat die Aufgabe, den vielfältigen Einzelregelungen einen Sinnzusammenhang zu verleihen, Widersprüche einzelner Rechtssätze auszugleichen, Wertungseinklang und Kohärenz zu wahren, um die Gesamtrechtsordnung mit innerer Folgerichtigkeit auszustatten. Ohne eine solche Systembindung erschienen die Einzelergebnisse zusammenhanglos, zufällig und würden schließlich deren materiellen Gerechtigkeitsgehalt in Frage stellen.³⁷ Diese Systemgebundenheit des Privatrechts beschränkt sich in Europa nicht nur auf die kontinentalen Rechtsordnungen, in welchen der Kodifikationsgedanke vorherrscht, sondern bezieht ebenso das Common law mit ein, dessen Fallrecht ebenfalls durch systemimmanente Folgerungen weiterentwickelt wird.³⁸ Diese gerechtigkeitsgewährende Systembindung kann durch privatrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen aus dem Lot geraten,³⁹ ohne daß ein gleichermaßen in systematischen Grundwertungen verankertes „Gemeinschaftsprivatrecht“ an dessen Stelle treten würde.

Schließlich stellt Privatrecht einen tradierten Bestandteil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dar; es prägt deren Rechtskultur maßgeblich mit. Wenn die Europäische Gemeinschaft Privatrechtssetzung betreibt, erschließt sie regelmäßig kein neues Rechtsgebiet, sondern begegnet zwar möglicherweise unterschiedlichen, aber gleichwohl organisch gewachsenen Strukturen und Institutionen in den einzelnen Mitgliedstaaten. Signifikant ist dies etwa bei der Angleichung des Kapitalgesellschaftsrechts oder anderer bereits in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weitgehend ausgeformter Rechtsinstitute, weniger deutlich bei „modernerer“ Gebieten wie dem (zivilrechtlichen) Verbraucherschutzrecht. Auf solchen Feldern sind vielfach parallele Tätigkeiten von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft zu beobachten.⁴⁰ Aber auch insoweit trifft angleichendes Gemeinschaftsrecht auf einzelstaatliches Rechtsmaterial, welches die fragliche Privatrechtsbeziehung gestaltet hatte, bevor die Gemeinschaft Regelungsansprüche formulierte. Eine „Stunde Null“ des Privatrechts gemeinschaftsrechtlicher Provenienz existiert grundsätzlich nicht.⁴¹ Diese miteinander verknüpften Aspekte – Systembindung und Tradition des einzelstaatlichen Privatrechts – mag sowohl für legislative als auch judikative Privatrechtsangleichung Anlaß geben, die Kohärenz⁴² und den Stand der Privatrechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten zu reflektieren und soweit wie möglich zu respektieren.⁴³

³⁶ Larenz/M. Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 1 I 1c, Rn. 7.

³⁷ Siehe zur Notwendigkeit systemgebundenen Denkens im Privatrecht grundlegend *Canaris* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 98 ff.

³⁸ Kötz RabelsZ 54 (1990), 203, 205 f.; Zimmermann JZ 1992, 8, 15 f.; Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 263 f.

³⁹ Darauf weisen zahlreiche Beobachter hin, siehe schon vorstehend § 1 I 3 Fn. 27.

⁴⁰ Deutlich die zeitgleiche Verabschiedung des Gesetzes über den Widerruf von Hauttürgeschäften und ähnlichen Geschäften und der Richtlinie 85/577/EWG zur Jahreswende 1985/86. Siehe zu diesem Aspekt noch unten § 13 II 4a.

⁴¹ So plastisch Steindorff ZHR 156 (1992), 1, 15; ebenso Fezer WRP 1998, 1, 6 für das Markenrecht.

⁴² Siehe zum Gesichtspunkt der Kohärenz der innerstaatlichen Rechtsordnung als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Grundfreiheiten EuGH vom 28.1.1992, I-249, 282 ff. Rn. 19 ff. (Bach-

2. Perspektive des Gemeinschaftsrechts

Gemeinschaftsrecht war bislang weitgehend öffentliches Recht.⁴⁴ Dies hat sich mit den vielfältigen Rechtsangleichungs- und -vereinheitlichungsmaßnahmen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Zivilrechts geändert. Erforderlich ist nunmehr auch aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts eine Vorgehensweise, welche sowohl Gemeinschaftsrecht als auch Privatrecht in den Blick nimmt und deren unterschiedliche Zwecksetzung und Wirkungsweise, Methodik und Dogmatik beachtet.⁴⁵ Den Ausgangspunkt muß daher zwar die spezifische Dogmatik und Methodik des Gemeinschaftsrechts bilden, wie sie insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt worden ist.⁴⁶ Die Arbeit orientiert sich infolgedessen im Grundsatz an der Rechtsprechung des EuGH, soweit solche vorhanden ist und eine derartige Orientierung möglich erscheint. Außerdem sind die Grundprinzipien und Eigenarten des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Die Rechtsordnung des supranationalen Verbands ist vielfach noch unvollständig und auf fortschreitende Integration ausgerichtet; Gemeinschaftsrecht ist „Recht im Werden“.⁴⁷ Deshalb bleibt die Gemeinschaft in vielfältiger Weise auf die Ergänzung und Unterstützung durch die einzelstaatlichen Rechtsordnungen angewiesen. Darüber hinaus ist das Gemeinschaftsrecht von seiner historischen Ausgangssituation her nach wie vor primär auf die Herstellung und Optimierung des gemeinsamen Markts/Binnenmarkts⁴⁸ sowie auf die Betätigung auf verschiedenen, speziell im EG-Vertrag angesprochenen Politikfeldern (etwa Wettbewerbs-, Landwirtschafts-, Umwelt-, Verbraucher-, und Sozialpolitik)⁴⁹ ausgerichtet. Mit solch politikbezogener und zielorientierter Betrachtungsweise läßt sich allerdings schwerlich die Ausrichtung und Funktion eines an systematischem Denken orientierten Privatrechts vereinbaren.⁵⁰ Ein solcher Perspektivenwechsel in Richtung auf privatrechtliche Fragestellungen erscheint aber notwendig, wenn sich das Gemeinschaftsrecht der rechtlichen Regulierung und Ordnung von Privatrechtsbeziehungen annimmt.

mann/Belgischer Staat); zum selben Aspekt bei gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an den einstweiligen Rechtsschutz EuGH vom 21.1.1991 - verb. Rs. C-143/88, 92/89 - Slg. 1991, I-415, 541 Rn. 18 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Soest/HZA Itzehoe, Paderborn).

⁴³ Steindorff EG-Vertrag und Privatrecht, S. 50 ff.

⁴⁴ Ukrow Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 118.

⁴⁵ Ebenso Remien JZ 1992, 277, 283 f. Joerges/Brüggemeier in Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 233, 238 unterscheiden insoweit die „Logik des Privatrechts“ und die „Logik der Integration“; ebenso Klauer Die Europäisierung des Privatrechts, S. 10.

⁴⁶ Steindorff EG-Vertrag und Privatrecht, S. 41 betont mit Recht die erhebliche Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das Gemeinschaftsrecht.

⁴⁷ Steindorff Grenzen der EG-Kompetenzen, 1990, S.123.

⁴⁸ Siehe näher unten § 2 II 1.

⁴⁹ Siehe zur Entwicklung von spezifischen Politikfeldern der Gemeinschaft mit privatrechtlichem Bezug näher unten § 3 IV 1.

⁵⁰ Rittner DB 1996, 25, 26; Steindorff CMLR 1997, 1259, 1276 f.

3. Aufgabenstellung: Praktische Konkordanz beider Rechtsgebiete

„Gemeinschaftsprivatrecht“ als die kraft Gemeinschaftsrechts in allen oder für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Privatrechtssätze ist nur in einem formalen Sinne Gemeinschaftsrecht. Material ist es Bestandteil des jeweiligen privatrechtlichen Teilgebiets, welches lediglich aufgrund von Rechtssetzungsakten der Gemeinschaft auf die Gemeinschaftsebene transponiert wurde. Vor diesem Hintergrund kann weder ein dogmatischer und methodischer Ansatz, der vollständig aus dem Gemeinschaftsrecht heraus argumentiert, noch eine Vorgehensweise befriedigen, welche lediglich das jeweilige angegliche Rechtsgebiet in den Blick nimmt. Es soll daher versucht werden, den Eigenheiten beider Rechtskreise in möglichst weitem Maße Rechnung zu tragen. Daher wird einerseits durchgehend auf Grundprinzipien und gesicherte Erkenntnisse des Gemeinschaftsrechts rekurriert. Andererseits wird gerade vor dem Hintergrund der skizzierten Problematik punktueller gemeinschaftsrechtlicher Privatrechtsangleichung nach bereits in der Gemeinschaftsrechtsordnung angelegten Verfahren und Möglichkeiten gesucht, einen unter Umständen systemgefährdenden Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das Privatrecht zu begrenzen. *Joerges* und *Brüggemeier* haben die Aufgabenstellung folgendermaßen formuliert: die Europäisierung des Privatrechts sei nur als kontinuierlicher Prozeß einer „Vermittlung zwischen der Autonomie der Privatrechtssysteme und der integrationspolitischen Intervention“ vorstellbar.⁵¹

III. Abgrenzung der Themenstellung

1. Angegliches Recht und Einheitsrecht

Gegenstand der Untersuchung sind demnach lediglich Rechtssetzungsakte der Europäischen Gemeinschaft – also das „Gemeinschaftsprivatrecht“, nicht aber völkerrechtliche Vereinbarungen der Mitgliedstaaten der EG („Konventionsprivatrecht“). Gleichwohl kann ein Blick auf in völkerrechtlichen Verträgen enthaltenes privatrechtliches internationales Einheitsrecht in Einzelfragen hilfreich sein für Problemstellungen, welche sich in ähnlicher Weise auch für die privatrechtliche Rechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft stellen können. Dies gilt etwa für die Frage, inwieweit in solchem Einheitsrecht enthaltene Termini einer eigenständigen Begriffsbildung zugeführt werden müssen oder vielmehr die im innerstaatlichen Privatrecht geläufigen rezipieren,⁵² sowie für die Problemstellung, inwieweit bei im Einheitsrecht ungergelt gebliebenen Fragen auf einzelstaatliches Privatrecht zurückgegriffen werden kann.⁵³ In sachlicher Hinsicht von besonderem Interesse sind hierbei vor allem völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Privatrechts, welche

⁵¹ Vgl. den Ansatz von *Joerges/Brüggemeier* in Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 233, 240; ähnlich *Joerges* ZEuP 1995, 181, 198 ff.; *Steindorff* CMLR 1997, 1259, 1277: „it will be the task for the future to reconcile utilitarian demands by community law and traditional principles of civil law“.

⁵² Siehe beispielsweise unten § 10 III und § 14 II.

⁵³ Siehe unten § 18 III 1.

starke Bezüge zum Gemeinschaftsrecht aufweisen, wie das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ)⁵⁴ und das Europäische Schuldvertragsrechtsübereinkommen (EVÜ)⁵⁵, oder welche wichtige privatrechtliche Regelungsmaterien enthalten, wie beispielsweise das UN-Kaufrecht.

Darüber hinaus bedarf es noch der präziseren Abgrenzung der Themenstellung im Hinblick auf die Termini „angeglichenes Recht“ und „Einheitsrecht“. Nach dem hier zugrundegelegten Verständnis gehört angeglichenes Recht zum Rechtskreis derjenigen rechtlichen Einheit, welche ihr Recht an bestimmte Vorgaben anpaßt, die wiederum von einer anderen Institution aufgestellt wurden. Im hiesigen Kontext handelt es sich um Recht des jeweiligen EG-Mitgliedstaaten; der Angleichungsbefehl selbst und die materiell-rechtlichen Vorgaben entspringen dabei dem Gemeinschaftsrecht.⁵⁶ Demgegenüber wird unter Einheitsrecht die Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen verstanden, welche in mehreren Staaten einheitlich gelten sollen und der den Rechtsbildungsvorgang selbst veranlassenden Institution angehören. Solches Einheitsrecht kann das Recht der den Angleichungsbefehl empfangenden Einheit, des Mitgliedstaats, ganz oder zum Teil ersetzen – dann handelt es sich um eine echte Vereinheitlichung mitgliedstaatlichen Rechts⁵⁷ – oder aber auch neben das (angeglichene oder nicht angegliche) Recht des Mitgliedstaats treten⁵⁸ – dann liegt alternativ-europäisches Einheitsrecht vor⁵⁹. Gemeinschaftsrechtliches Einheitsrecht entsteht also auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft und ersetzt oder tritt zu mitgliedstaatlichem Recht hinzu. Angeglichenes Recht bleibt dagegen mitgliedstaatliches Recht. Demnach wird hier gemeinschaftsrechtliche Privatrechtsangleichung als ein Prozeß verstanden, der einen Kodifikations- und darauf aufbauend Rechtsanwendungsbefehl an die Mitgliedstaaten initiiert und diese zu einer diesen Vorgaben entsprechenden Gestaltung des jeweils behandelten einzelstaatlichen (Privat)-Rechtsgebiets verpflichtet.

2. Positive und negative Rechtsangleichung

Bisweilen wird in der Literatur zwischen positiver und negativer Rechtsangleichung differenziert.⁶⁰ Positive Rechtsangleichung statuiert – wie soeben beschrieben – Rechtsnormen, welche eine Anpassungspflicht und inhaltliche Vorgaben für die innerstaatlichen Rechtsordnungen enthalten. Der Gesetzgeber derjenigen Einheit, von welcher die Rechtsan-

⁵⁴ BGBl. 1972 II 774.

⁵⁵ ABl. EG 1980 Nr. L 266/19.

⁵⁶ GTE/*Taschner* Art. 100 Rn. 8; *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 693 f.; *Taupitz* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, S. 19.

⁵⁷ Beispiel: VO (EWG) Nr. 1408/71 vom 14.6.1971 (ABl. EG 1971 Nr. L 149/2); VO (EWG) Nr. 574/72 vom 21.3.1972 (ABl. EG 1972 Nr. L 74/1) enthalten kollisionsrechtliche Regelungen zur Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten, siehe *Eichenhofer* JZ 1992, 269, 272.

⁵⁸ Beispiel: VO (EWG) Nr. 2137/85 vom 25.7.1985 (ABl. EG 1985 Nr. L 199/1): Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung; VO (EWG) Nr. 40/94 vom 20.12.1993 (ABl. EG 1994 Nr. L 11/1): Gemeinschaftsmarke.

⁵⁹ *Schwartz* ZEuP 1994, 558, 562.

⁶⁰ Siehe etwa *Curtin/Mortelmans* FS Schermers, S. 423, 435; *Klauer* Die Europäisierung des Privatrechts, S. 7 f.; *Lurger* Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, S. 9; v. *Wilmowsky* *RabelsZ* 56 (1992), 522, 528, 537; vgl. auch *Armbrüster* *RabelsZ* 60 (1996), 72, 74, 79.

gleichungsmaßnahme stammt, muß also positive Regulierungskonzepte für das entsprechende Sachgebiet entwickeln. Dieses wird durch die formulierten Anforderungen inhaltlich mehr oder weniger weitgehend determiniert. Demgegenüber stellt die sog. negative Rechtsangleichung oder Harmonisierung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft einen mittelbaren Anpassungsvorgang der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dar, welcher durch die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Regulierungsgewalt gekennzeichnet ist und durch die Verschmelzung der Teilmärkte zu einem Binnenmarkt, insbesondere durch die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 6 EGV (Art. 12 n.F.) sowie deren Entfaltung durch die Rechtsprechung des EuGH, hervorgerufen wird. Daher wird in diesem Zusammenhang auch von „gerichtlicher Privatrechtsangleichung“⁶¹ gesprochen.

Unter dem Aspekt der Integrationsformen der Gemeinschaft mag man insoweit bei der geschilderten negativen Harmonisierung mittels der Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots gleichermaßen von Rechtsangleichung sprechen. Diese Regeln in der Ausgestaltung durch den EuGH haben sicherlich in erheblichem Maße zur Integration der mitgliedstaatlichen Teilmärkte zu einem Binnenmarkt beigetragen. Allerdings unterscheidet sich eine solche Form der Harmonisierung einzelstaatlichen Rechts erheblich von einer Rechtsangleichung, welche durch abstrakt-generelle Normen eines Gesetzgebungsorgans veranlaßt wurde. Dies gilt vor allem für die Wirkungsweise und die Dichte: Solche „negative Harmonisierung“ verläuft mehr oder weniger ungeplant, weil sie im wesentlichen auf die Mithilfe der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit und den EuGH angewiesen ist. Sie wirkt nur kassatorisch; Grundfreiheiten enthalten negative Ausgestaltungsverbote, nicht aber positive Ausgestaltungsgebote.⁶² Mehr oder weniger weitgehend übereinstimmendes Recht in allen Mitgliedstaaten wird durch die Grundfreiheiten nicht geschaffen. Der jeweils betroffene Mitgliedstaat wird lediglich verpflichtet, die grundfreiheitswidrigen innerstaatlichen Regulierungen für Marktteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten zu beseitigen; die Rechtsordnung für rein innerstaatliche Sachverhalte kann aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht grundsätzlich unverändert aufrechterhalten werden.⁶³ Die Anwendung der Grundfreiheiten wird daher besser mit „Gewährleistung der Importfreiheit“⁶⁴ oder „Liberalisierung durch Rechtsprechung“⁶⁵ umschrieben, nicht aber als „gerichtliche Privatrechtsangleichung“ bezeichnet.⁶⁶ Daher soll vorliegend unter Privatrechtsangleichung nur die beschriebene sog. positive Harmonisierung verstanden werden. Die negative Form der Integration im Wege der Ausgestaltung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags ist freilich für die „positive“ Rechtsangleichung nicht völlig bedeutungslos. Die Grundfreiheiten geben nämlich als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung des Gemeinschaftsrechts Maß für Reichweite und Umfang der positiven Harmonisierung selbst.⁶⁷

⁶¹ *Remien* JZ 1994, 349; vgl. auch *Dörr* *RabelsZ* 54 (1990), 677, 689.

⁶² *Kreuzer* in Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 373, 424.

⁶³ Siehe zum dann auftretenden Problem der sog. Inländerdiskriminierung umfassend *Epiney* *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995.

⁶⁴ *Schwartz* *ZEuP* 1994, 558, 584.

⁶⁵ *Schricker* in *Großkommentar UWG*, Einl. Rn. F 389.

⁶⁶ Terminologisch wie hier *Gebauer* *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, S. 84 f.; *Schwartz*, *ZEuP* 1994, 558, 584.

⁶⁷ Siehe dazu ausführlich § 3 und insbesondere § 3 IV 4.

3. Legislative und judikative Rechtsangleichung

a) Bedeutung von legislativer und judikativer Rechtsangleichung

Dem Aspekt der „gerichtlichen Privatrechtsangleichung“⁶⁸ kommt allerdings erhebliche Bedeutung zu im Rahmen der Ausformung und Konkretisierung von bereits auf legislativer Ebene erlassenen Rechtsangleichungsmaßnahmen. Diese Form der Rechtsangleichung wird in der Diskussion um die Europäisierung des Privatrechts nur wenig beachtet.⁶⁹ Im Vordergrund stehen zumeist Überlegungen zur ordnungsgemäßen Umsetzung von legislativen Rechtsangleichungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft in die innerstaatliche Rechtsordnung.⁷⁰ Erst im Laufe der Zeit gewinnt die judikative Rechtsangleichung in dem Maße an Relevanz, wie innerstaatliche Gerichte innerstaatliches Umsetzungsrecht anwenden müssen und hierbei dem EuGH Auslegungsfragen im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterbreiten. Je nach Intensität und Dynamik, mit welcher der EuGH sich solchen Fragen annimmt, können die Auswirkungen dieser judikativen Rechtsangleichung für die innerstaatliche Rechtsordnung partiell weiter reichen und einschneidender sein als diejenigen der legislativen Rechtsangleichung, insbesondere wenn der auf legislativer Ebene von der Gemeinschaft geforderte Rechtszustand mit dem innerstaatlich geltenden bereits weitgehend übereinstimmt.⁷¹

Vorliegend wird also unter legislativer Rechtsangleichung die durch den Gemeinschaftsgesetzgeber veranlaßte Rechtsangleichung verstanden. Judikative Rechtsangleichung baut darauf auf und kennzeichnet diejenigen Harmonisierungswirkungen, welche aufgrund der Auslegung und Fortbildung des sekundärrechtlichen Normenbestandes durch den EuGH in den einzelnen Privatrechtsordnungen erreicht werden.

⁶⁸ So *Remien* JZ 1994, 349 im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags.

⁶⁹ Siehe aber beispielsweise *Everling* *RabelsZ* 50 (1986), 193, 224 ff.; *dens.* FS Lukes, 1989, S. 359, 362 ff.; *van Gerven* ERPL 5 (1997), 293, 301 ff.; *dens.* ERPL 3 (1995), 367, 375 ff.; *Müller-Graff* DRiZ 1996, 259 ff., 305 ff.; *Posch* ZEuP 1998, 521, 526 ff.; *Schulze* ZfRV 1997, 183, 188; *Steindorff* EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 455 ff.; *Taschner* FS Steffen, S. 479 ff.; *Tonner* EuZW 1998, 441, 442.

⁷⁰ Siehe etwa die zahlreichen Stellungnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen *Eckert* WM 1993, 1993, 1071; *dens.* ZIP 1996, 1238; *Frey* ZIP 1993, 572; *Hommelhoff/Wiedenmann* ZIP 1993, 562; *Michalski* DB 1994, 665; *Ulmer* EuZW 1993, 337; nunmehr aber auch *Coester* FS Heinrichs, 1998, S. 99 ff.; *van Gerven* ERPL 5 (1997), 293, 304 ff.; *dens.* ERPL 3 (1995), 367, 374 f.; *Ulmer* BB 1998, 1865 f.; vgl. bereits *Schneider/Burgard* EuZW 1993, 617: „In der zu erwartenden EuGH-Judikatur liegt daher die eigentliche Bedeutung der AGB-Richtlinie für das deutsche Recht“; siehe zur speziellen Problematik ausführlich § 16 III.

⁷¹ Siehe beispielsweise EuGH vom 14.4.1994 - Rs. C-392/92 - Slg. 1994, I-1311 (*Christel Schmidt/Sparkasse Bordesholm*) zur Auslegung des Betriebsbegriffs der Richtlinie 77/187/EWG; siehe zu diesem Judikat unter verfahrensrechtlichen Aspekten unten § 8 II 2a sowie unter methodischen Gesichtspunkten unten § 10 V 1e (Durchführung richtlinienkonformer Auslegung), § 11 II 5a, aa (Grenzen richtlinienkonformer Auslegung), § 17 II 2b, aa und § 17 II 3 (Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Rechtsfortbildung).

b) Das Beispiel des Schadensbegriffs in der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG

Der Zusammenhang von legislativer und judikativer Rechtsangleichung kann am Beispiel des Begriffs des Schadens in der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG gut illustriert werden. Diese Richtlinie statuiert eine verschuldensunabhängige Haftung für Schäden, welche durch fehlerhafte Produkte entstanden sind. Nach Art. 9 RL 85/374/EWG umfaßt der Begriff „Schaden“ im Sinne von Art. 1 RL 85/374/EWG den durch Tod oder Körperverletzung verursachten Schaden sowie die Beschädigung oder Zerstörung einer anderen Sache als das Produkt selbst, welche abstrakt und konkret für private Zwecke verwendet worden sein muß.

Im Rahmen der legislativen Rechtsangleichung muß beispielsweise die Frage beantwortet werden, ob und inwieweit die Gemeinschaft die Kompetenz besitzt, eine derartige Harmonisierungsmaßnahme mit verbindlicher Wirkung für die Mitgliedstaaten zu erlassen.⁷² In rechtspolitischer Hinsicht wird zu entscheiden sein, welche Regelungsmodelle verfolgt werden sollen (etwa Verschuldens- oder Gefährdungshaftung). Auf der Ebene der judikativen Rechtsangleichung – also der Anwendung des innerstaatlichen Umsetzungsgesetzes auf einen konkreten Sachverhalt durch die Gerichte – lautet die Fragestellung, inwieweit der allgemeine Schadensbegriff des jeweils anwendbaren einzelstaatlichen Zivilrechts herangezogen werden kann oder ob nicht vielmehr ein auf den Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie bezogener einheitlicher „europäisierter“ Schadensbegriff zugrundegelegt werden muß. Dann müßte auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestimmt werden, in welchem Umfang beispielsweise Nutzungsausfall oder sonstige Sachfolgeschäden aufgrund des jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetzes der Richtlinie zu ersetzen sind.⁷³ Allgemein formuliert geht es dabei um die Frage, ob und inwieweit der Inhalt von in gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen enthaltenen Rechtsbegriffen aus dem Gemeinschaftsrecht selbst heraus – „autonom“ – ermittelt wird oder ob solche Begriffe ganz oder teilweise auf innerstaatliches Recht verweisen.⁷⁴ Dies stellt ein Problem der Auslegung der entsprechenden Rechtsangleichungsmaßnahme dar, deren Regelungsgehalt vermittelt über das innerstaatliche Umsetzungsgesetz – hier § 1 Abs. 1 ProdhaftG – Eingang in das innerstaatliche Recht finden muß. Bejaht man unter Heranziehung der einschlägigen Instrumentarien des Gemeinschaftsrechts eine aus diesem heraus zu entwickelnde Auslegung des Schadensbegriffs der Produkthaftungsrichtlinie, wäre dieser Schadensbegriff jedenfalls für den Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie in mehr oder weniger weitem Umfang vereinheitlicht und gewissermaßen „vergemeinschaftet“. Judikative und legislative Rechtsangleichung stehen somit in einer Wechselwirkung: Wenn es richtig ist, den Schadensbegriff der Produkthaftungsrichtlinie aus dem Gemeinschaftsrecht heraus ohne Rückgriff auf innerstaatliches Privatrecht zu konkretisieren, ist ebenso folgerichtig, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber eine derartige Angleichung vornehmen kann. Umgekehrt muß die für die legislative Rechtsangleichung Maß gebende und insoweit vielleicht begrenzte Verbandskompetenz der Gemeinschaft gleichermaßen für die judikative Rechtsangleichung gelten. Auf der Stufe der legislativen Rechtsangleichung würde eine

⁷² Siehe für die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG näher unten § 3 I 1c.

⁷³ Siehe dazu die Überlegungen von M. Wolf FS Hermann Lange, S. 779, 784 ff.

⁷⁴ Siehe dazu allgemein unten § 14 und bezogen auf den Schadensbegriff der Produkthaftungsrichtlinie unten § 15 II.

weitergehende Fragestellung lauten, ob die Gemeinschaft die Kompetenz besitzt, den Schadensbegriff über die konkrete Angleichungsmaßnahme, wie die Produkthaftungsrichtlinie, hinaus für das allgemeine Recht der Schuldverhältnisse der Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Deutlich wird damit bereits an dieser Stelle, daß eine fortschreitende Privatrechtsangleichung auf legislativer und judikativer Ebene notwendigerweise Systembegriffe des einzelstaatlichen Privatrechts in bezug nehmen muß und dadurch zu einer Erosion gerade solcher Begriffe in den einzelstaatlichen Privatrechtsordnungen beitragen kann.

IV. Gang der Darstellung

Entsprechend dem vorstehend Entwickelten liegt eine Zweiteilung des Untersuchungsprogramms in legislative (1. Teil) und judikative (2. Teil) Rechtsangleichung nahe. Im ersten Abschnitt des 1. Teils werden Strukturprinzipien sowie die Kompetenzgrundlagen der Gemeinschaft für die Rechtssetzung im Privatrecht erörtert (§§ 2, 3). Anschließend wird wegen der Binnenmarktbezogenheit der Privatrechtsangleichung der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgelotet und bereits ergangene Maßnahmen in das herauszuarbeitende System eingeordnet (§§ 4 – 6). Im 3. Abschnitt geht es um instrumentelle sowie verfahrensrechtliche Determinanten der Privatrechtsangleichung (§§ 7, 8). Im ersten Abschnitt des zweiten Teils wird die Frage behandelt, inwieweit die gemeinschaftsrechtliche Rechtsangleichung Auslegung und Fortbildung innerstaatlichen Rechts bestimmt. Dabei steht der Geltungsgrund richtlinienkonformer Auslegung (§ 9) sowie ihre Durchführung (§ 10) im Vordergrund. Anschließend werden die gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen Grenzen richtlinienkonformer Auslegung herausgearbeitet (§ 11) und auf dieser Grundlage der Frage nachgegangen, inwieweit EG-Richtlinien zur Fortbildung innerstaatlichen Rechts durch die Rechtsprechung verpflichten (§ 12). Der zweite Abschnitt des zweiten Teils ist der Auslegung und Fortbildung von privatrechtsangleichenden Richtlinien gewidmet. Im ersten Unterabschnitt werden zunächst die Auslegungsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht (§ 13) und anschließend die „autonome“ Auslegung von Gemeinschaftsrecht (§ 14) analysiert. Die gewonnenen Erkenntnisse werden auf wichtige privatrechtliche, in EG-Richtlinien enthaltene unbestimmte Rechtsbegriffe (§ 15) und Generalklauseln (§ 16) angewandt. Der zweite Unterabschnitt behandelt die Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht im Rahmen von Richtlinien (§§ 17 – 19). Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit werden abschließend im dritten Teil zusammengefaßt.

ERSTER TEIL
Legislative Rechtsangleichung

1. ABSCHNITT
Grundlagen

§ 2 Strukturprinzipien der Gemeinschaft

I. Der rechtliche Charakter der Europäischen Gemeinschaft

1. Keine Staatlichkeit

Die Europäische Gemeinschaft ist nach den herkömmlichen völkerrechtlichen Begriffsmerkmalen, welche einen Staat konstituieren (Staatsvolk, Staatsgewalt, Staatsgebiet), kein Staat. So verfügt die Gemeinschaft über keinerlei Zwangsmittel, es fehlt das für Staaten typische Gewaltmonopol. Nach Art. 227 EGV (Art. 299 n.F.) gilt der Vertrag für das Territorium seiner Mitgliedstaaten, woraus deutlich wird, daß ein eigenes Hoheitsgebiet nicht existiert. Weiter existiert kein europäisches Staatsvolk. Der Unionsvertrag knüpft ausweislich von Art. A (Art. 1 n.F.) an eine immer engere Union der „Völker Europas“ an und geht damit nicht von einem europäischen Staatsvolk, sondern von den Staatsvölkern der einzelnen Mitglieder des Verbandes aus; das Europäische Parlament setzt sich aus den Vertretern der „Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ zusammen (Art. 138 Abs. 1 EGV, Art. 190 n.F.). Daran ändert auch die im Rahmen von Art. 8 EGV (Art. 17 n.F.) geschaffene Unionsbürgerschaft nichts, da sich die Unionsbürgerschaft von der Staatsangehörigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates ableitet; dessen Staatsangehörigkeitsrecht entscheidet über Umfang und Reichweite der Unionsbürgerschaft.¹ Überdies setzt der Unionsvertrag die Staatlichkeit seiner Mitglieder voraus, wie an zahlreichen Stellen deutlich wird: So achtet die Union nach Art. F Abs. 1 EUV (Art. 6 Abs. 3 n.F.) die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten. Art. O EUV (Art. 49 n.F.) bestimmt, daß der Union europäische Staaten beitreten können. Der Unionsvertrag nimmt auf die Unabhängigkeit und Souveränität der Mitgliedstaaten Rücksicht, indem Union und Europäische Gemeinschaft nach dem Prinzip der beschränkten Ermächtigung nur mit bestimmten

¹ Siehe *Randelzhofer* GS Grabitz, 1995, S. 581, 592 f.

Kompetenzen und Befugnissen ausgestattet werden (Art. E, Art. 5 n.F.; F Abs. 1, Art. 6 Abs. 3 n.F. EUV; Art. 3b Abs. 1, Art. 5 n.F.; Art. 4 Abs. 1 S. 2, Art. 7 n.F. EGV).² Das Subsidiaritätsprinzip wird für Union (Art. B Abs. 2 EUV, Art. 2 Abs. 2 n.F.) und Gemeinschaft (Art. 3b Abs. 2 EGV, Art. 5 n.F.) zum verbindlichen Rechtsgrundsatz erhoben.³ Darüber hinaus stärkt der Unionsvertrag die intergouvernementale Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, indem die Bereiche der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJI) – neben den Europäischen Gemeinschaften weitere „Säulen“ der Europäischen Union – bewußt nicht in die supranationale Entscheidungsstruktur der Europäischen Gemeinschaften eingegliedert wurden. Daran wird auch der Amsterdamer Vertrag nichts grundlegend ändern, obgleich einige nicht unwichtige Gebiete der bisherigen Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (Asyl-, Visa- und Einwanderungspolitik sowie justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen) vergemeinschaftet (Art. 61 ff. EGV n.F.) und für die GASP die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen eingeführt (Art. 23 Abs. 2 EUV n.F.) wurden.⁴

Gegen diese Sicht der Dinge könnte einzig Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 n.F.) sprechen. Danach stützt sich die Union mit den Mitteln aus, welche zur Durchführung ihrer Politik und zum Erreichen ihrer Ziele erforderlich sind. Wörtlich genommen oder gar dynamisch ausgelegt, könnte diese Bestimmung „eine für das europäische Verfassungssystem bedrohliche Sprengkraft“⁵ entwickeln. Nicht zuletzt deshalb hat das Bundesverfassungsgericht im „Maastricht“-Urteil dieser Vorschrift besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Aufgrund systematischer und teleologischer Erwägungen hat es das Gericht mit Recht abgelehnt, dieser Vorschrift die Wirkung einer Kompetenz-Kompetenz zugunsten der Europäischen Union zuzusprechen und der Vorschrift lediglich die Bedeutung einer politisch-programmatischen Absichtserklärung beigemessen.⁶ Dies wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte der Norm und die Auffassung der Kommission, wonach Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 n.F.) keine Kompetenzen für die Union begründen sollte.⁷ Die Europäische Gemeinschaft in der Ausgestaltung durch den Vertrag über die Europäische Union ist nach alledem – wie das Bundesverfassungsgericht formuliert⁸ – ein Verbund demokratischer Staaten, dem zu eigenem hoheitlichen Handeln die Wahrnehmung eigener Hoheitsbefugnisse eingeräumt ist. Sie verfügt nicht über eine nach traditionellem völkerrechtlichen Verständnis nur Staaten zustehende Kompetenz-Kompetenz.⁹ Insgesamt hat

² Deutlich nunmehr EuGH vom 28.3.1996 - Gutachten 2/94 - JZ 1996, 623, 624 Rn. 23, 30.

³ Siehe dazu näher unten § 2 VI.

⁴ Vgl. *Streinz* EuZW 137, 141 f.; siehe zu den Änderungen von EGV und EUV durch den Amsterdamer Vertrag ausführlich *Lecheler* JuS 1998, 392 ff.; *Hilf/Pache* NJW 1998, 705 ff.; *Streinz* Jura 1998, 57 ff.

⁵ So *Lecheler* GS Grabitz, 1995, S. 393, 401; vgl. auch *Schachtschneider/Fritsche/Beyer* JZ 1993, 751, 753.

⁶ Vgl. BVerfGE 89, 155, 194 ff.; ebenso *Hilf* in Grabitz/Hilf, Art. F EUV Rn. 54 ff.; *Jarass* AÖR 1996, 173, 178.

⁷ Siehe dazu die Angaben bei BVerfGE 89, 155, 197 f.

⁸ BVerfGE 89, 155, 182.

⁹ Wegen der Weite der Kompetenzgrundlagen wurde bisweilen in der Literatur kritisch eine „faktische“ Kompetenz-Kompetenz ausgemacht, vgl. *Di Fabio* Der Staat, 1993, 191, 197; *Scholz* FS Helmrich, 1994, S. 411, 418.

sich somit die Europäische Gemeinschaft auch in der Ausgestaltung des Vertrags über die Europäische Union noch nicht von ihrer völkerrechtlichen Grundlage gelöst.¹⁰

2. Demokratische Legitimation der Gemeinschaft durch Rückkopplung an die mitgliedstaatlichen Organe

Aus diesem Befund ergibt sich für die demokratische Willensbildung der Gemeinschaft zur Rechtssetzung folgendes: Die demokratische Willensbildung geht nach dem Demokratieprinzip, auf das alle Mitgliedstaaten festgelegt sind, vom Staatsvolk aus.¹¹ Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Ausübung staatlicher Befugnisse muß sich daher vermittelt über das Parlament und andere Organe der Staatsgewalt auf das Staatsvolk zurückführen lassen. In Ermangelung eines „europäischen Staatsvolks“ wird die Legitimation der Europäischen Gemeinschaft zur Rechtssetzung zunächst über die Staatsvölker der Mitgliedstaaten und deren Repräsentation im Europäischen Rat der Regierungen der Mitgliedstaaten vermittelt.¹² Mit der Zunahme der Zuständigkeiten und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft wurden die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments an der Rechtssetzung qualitativ und quantitativ ausgeweitet.¹³ Im Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 189b EGV (Art. 251 n.F.) – dem Verfahren mit den weitestgehenden „parlamentarischen“ Beteiligungsrechten – kann das Parlament mit absoluter Mehrheit ein Vorhaben von Rat und Kommission letztlich verhindern; damit hat es in diesem Verfahren die Stellung einer echten zweiten Gesetzgebungskammer und wurde insoweit aus deutscher Sicht mit dem Bundesrat verglichen.¹⁴ Wenngleich die Beteiligung des Parlaments an der Rechtssetzung weiter ausgebaut worden ist, zeigt dieser Vergleich anschaulich die Grenzen der über eine Erweiterung der Befugnisse des Parlaments erreichbaren Legitimationsfortschritte.¹⁵ Die zweite Gesetzgebungskammer garantiert im innerstaatlichen Bereich in

¹⁰ BVerfGE 89, 155, 187, 188 ff.; *Classen* AÖR 1994, 238, 244; *Huber* AÖR 1991, 210, 220 ff.; *E. Klein* VVDStRL 50 (1991), 56, 59; *Randelzhofer* GS Grabitz, 1995, S. 581, 592; *Scholz* NVwZ 1993, 817, 818; *Streinz* Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 89, 125 ff. m.w.N.; *Tomuschat* EuGRZ 1993, 489, 495; vgl. auch *Heintzen* AÖR 1995, 564, 578 ff.; *Isensee* FS Stern, 1997, S. 1239, 1263 f., die in dieser Frage einen Dissens zwischen einer gemeinschaftsrechtlichen Perspektive, wie sie der EuGH vor allem im 1. EWR-Gutachten (EuGH vom 14.12.1991 - JZ 1992, 787) eingenommen habe, und einer Perspektive des innerstaatlichen Verfassungsrechts ausmachen; beide Positionen beruhen auf juristisch gleichermaßen begründbaren Prämissen. Rechtstheoretisch liege dies an der Existenz verschiedener Grundnormen für den supranationalen Verband und den Nationalstaat, siehe dazu näher *Grussmann* in v. Danwitz (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 47, 63.

¹¹ Vgl. zum Verständnis des Demokratieprinzips in den einzelnen Mitgliedstaaten *Classen* AÖR 1994, 238, 246.

¹² So deutlich BVerfGE 89, 155, 184 ff., 186.

¹³ Dies gilt in quantitativer Hinsicht insbesondere für den Amsterdamer Vertrag, vgl. *Hilf/Pache* NJW 1998, 705, 710.

¹⁴ Siehe *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 4 D VII 3, Rn. 238.

¹⁵ Vgl. *Weiler* 100 YLJ (1991), 2403, 2472: „Increasing powers given to the European Parliament may even enhance the legitimacy problems“; s. a. *Randelzhofer* in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 39, 54; *Schachtschneider* in Blomeyer/

der kontinentaleuropäischen Verfassungstradition regelmäßig die Teilhabe föderativer Elemente und ist insoweit nicht primär Ausdruck des demokratischen Prinzips.¹⁶ Hinzu kommt, daß trotz direkter Wahl des Europäischen Parlaments durch die Unionsbürger die Sitzverteilung national mitgliedstaatlich kontingentiert bleibt; eine annähernd gleichmäßige Mitwirkung der Unionsbürger unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat kann dadurch nicht gewährleistet werden.¹⁷ Es fehlt überdies derzeit an einem in allen Mitgliedstaaten übereinstimmenden Wahlrecht, welches auf der Grundlage und nach Maßgabe von Art. 138 Abs. 3 EGV (Art. 190 Abs. 4 n.F.) geschaffen werden könnte, so daß die formale Gleichheit der Staatsbürger nicht gewährleistet erscheint.¹⁸

Außerdem existieren – worauf auch das Bundesverfassungsgericht im „Maastricht“-Urteil hingewiesen hat¹⁹ – die für die politische Willensbildung notwendigen tatsächlichen „vorrechtlichen“ Voraussetzungen noch nicht.²⁰ So sind Parteien, Verbände, Presse und Rundfunk als unerläßliche Faktoren zur Vermittlung der öffentlichen Meinung hin zu den politischen Organen zumindest zur Zeit (noch) ausschließlich in nationalstaatlicher Perspektive organisiert. Schließlich fehlt es an einem Medium, welches den politischen Kommunikationsprozeß – selbst wenn er „europäisiert“ wäre – zu den Unionsbürgern transportieren könnte: es fehlt an einer gemeinsamen Sprache, derer sich europäische Medien bedienen und von der sie sicher sein könnten, daß ein großer Teil der Nutzer diese versteht.²¹ Aus alledem folgt: Derzeit und auch in absehbarer Zukunft wird die demokratische Legitimation der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Rechtsakte zuvörderst über die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, deren Parlamente und Regierungen und deren Repräsentation im Rat vermittelt.

3. Die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

Die demokratische Legitimation der Gemeinschaft nur über die Vermittlung durch die Mitgliedstaaten begreifen zu wollen, wäre gleichwohl eine verkürzte Sicht der Dinge. So könnte nicht hinreichend beantwortet werden, warum sich ein Mitgliedstaat einer mehrheitlich im Rat beschlossenen Maßnahme beugen muß, obwohl sich dieser Mitgliedstaat der Maßnahme im Rat im Ergebnis ohne Erfolg widersetzt hat. Eine auf einem solchen Beschluß beruhende Maßnahme der Gemeinschaft, welche unmittelbare Rechtsfolgen für

Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75, 114; tendenziell anders wohl Zuleeg JZ 1993, 1069, 1072; Classen AÖR 1994, 238, 246 ff.

¹⁶ Vgl. Maunz in Maunz/Dürig, Art. 50 Rn. 8.

¹⁷ Randelzhofer in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 39, 43; vgl. auch Di Fabio Der Staat 1993, 191, 202 f.

¹⁸ Schachtschneider/Fritsche/Beyer JZ 1993, 751, 755; Weber JZ 1993, 325, 327, 329.

¹⁹ BVerfGE 89, 155, 185.

²⁰ Siehe zu diesen „vorrechtlichen“ Bedingungen von Demokratie mit Blick auf die Europäische Gemeinschaft auch v. Bogdandy in ders. (Hrsg.), Die europäische Option, 1993, S. 97, 121 f.; Di Fabio Der Staat 1993, 191, 203 f.; Grimm JZ 1995, 581, 587 f.; Kirchner/Haas JZ 1993, 760, 767; Rohe RabelsZ 61 (1997), 1, 16 f.; optimistischer die Einschätzung von Classen AÖR 1994, 238, 256 ff.; Zuleeg JZ 1993, 1069, 1072.

²¹ Zum Sprachproblem als größtem Hemmnis für eine Europäisierung der politischen Substruktur ausführlich Grimm JZ 1995, 581, 588; tendenziell anders Classen AÖR 1994, 238, 256.

die Angehörigen des opponierenden Mitgliedstaats zeitigt, wäre diesen gegenüber an sich nicht ausreichend demokratisch legitimiert.²² Folgerichtig hat etwa *Weiler* den sog. „Luxemburger Kompromiß“, wonach die Mitgliedstaaten übereinkamen, von Mehrheitsbeschlüssen abzusehen, wenn ein Mitgliedstaat eine bestimmte Frage als elementares nationales Interesse bezeichnet,²³ als „the most legitimating element“ der Gemeinschaftsverfassung bezeichnet.²⁴ Neben die demokratische Legitimation, welche sich über die Organe der Mitgliedstaaten auf die einzelnen Staatsvölker zurückführen lassen muß, muß also beim derzeitigen Stand der Integration eine weitere Legitimationsschicht treten. Sie beruht auf der rechtlichen Verfaßtheit der Entscheidungsprozesse des supranationalen Verbandes Europäische Gemeinschaft.²⁵ In diesem Zusammenhang wird häufig von der Gemeinschaft als „Rechtsgemeinschaft“²⁶ gesprochen. Damit ist gemeint, daß die Organe dieses Verbandes aufgrund rechtlich geregelter Verfahren ihre Befugnisse wahrnehmen, welche gegenseitig begrenzt sind und über deren Einhaltung eine von den politischen Organen unabhängige Gerichtsbarkeit mit ebenfalls definierten Zuständigkeiten wacht. Damit korrespondiert, daß in neueren staatsrechtlichen Ansätzen neben der Legitimation im Wege der Rückführung auf einen demokratischen Prozeß zunehmend die Legitimation aufgrund rechtlicher Verfaßtheit der Regelbildung hervorgehoben wird.²⁷ Die rechtliche Einbindung des Entscheidungsprozesses verringert die Willkür des Ergebnisses und läßt die Entscheidung selbst partiell an der Legitimation der normativen Vorgaben des Entscheidungsprozesses teilhaben. Dies hat für die Europäische Gemeinschaft besondere Bedeutung. Die normativen Vorgaben des EG-Vertrags, welche sicherstellen, daß Entscheidungen in einem rechtlich geordneten Verfahren zustandekommen und gegebenenfalls auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können, sind – vermittelt durch die Organe der Mitgliedstaaten – deutlich rückführbar auf den Willen der einzelnen europäischen Staatsvölker. Sie haben ihnen nach Maßgabe ihrer Verfassungen zugestimmt.

²² Vgl. *Classen* AÖR 1994, 238, 242; *Schachtschneider* in Blomeyer/Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75, 124.

²³ Im Wortlaut abgedruckt bei *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 4 D V 5, Rn. 171.

²⁴ *Weiler* 100 YLJ (1991), 2403, 2473; vgl. dazu auch BVerfGE 89, 155, 184: Grenze des Mehrheitsprinzips seien „Verfassungsprinzipien und elementare Interessen der Mitgliedstaaten“.

²⁵ Vgl. dazu auch BVerfGE 89, 155, 183.

²⁶ Siehe EuGH vom 14.12.1991 - Gutachten 1/91 - JZ 1992, 787, 788 Rn. 22 (Gutachten 1/91); *Mestmäcker* in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 113, 120; *Zuleeg* NJW 1994, 545; siehe bereits *Hallstein* RabelsZ 28 (1964), 211, 228 ff.

²⁷ Vgl. etwa *v. Bogdandy* Integration 1993, 210, 220 f.; *Mestmäcker* Festgabe Willgerodt, 1994, S. 263, 275.

II. Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft mit Bedeutung für das Privatrecht

1. Der Gemeinsame Markt als Hauptaufgabe der Gemeinschaft

a) Ausgangslage in den Römischen Verträgen

Aufgaben und Tätigkeiten der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft werden seit den Römischen Verträgen in Art. 2 und 3 EWGV behandelt. Dabei benennt Art. 2 EGV die vertraglichen Fernziele der Gemeinschaft sowie die Mittel zu ihrer Verwirklichung, während Art. 3 EGV die Tätigkeitsfelder beschreibt, auf denen die Vertragsziele realisiert werden sollen.²⁸ Seit der Gründung der Gemeinschaft durch die Römischen Verträge im Jahr 1957 bis zum Vertrag über die Europäische Union 1992 wurden diese beiden grundlegenden Bestimmungen nicht verändert. In der bis 1992 geltenden Gründungsfassung der Vertragstexte war die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes neben der „schrittweisen Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“ das im Vordergrund stehende Instrumentarium zur Erreichung der weiter genannten vielfältigen ferneren Vertragsziele, wie beispielsweise eine harmonische Wirtschaftsentwicklung, die Förderung engerer Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten oder eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung. Der Begriff des Gemeinsamen Marktes war insoweit ein Schlüsselbegriff des Gründungsvertrags,²⁹ auf den die gemeinschaftliche Rechtsangleichung im Privatrecht im Rahmen von Art. 100 EWGV fast durchweg rekurrierte.³⁰ Damit korrespondierte, daß die meisten in Art. 3 EWGV genannten Tätigkeitsfelder auf die Errichtung dieses Gemeinsamen Marktes bezogen waren. So betrafen Art. 3 lit. a – c EWGV Maßnahmen, welche Hindernisse der Grundfreiheiten – die wesentlichen Funktionsvoraussetzungen des Gemeinsamen Marktes³¹ – beseitigen sollten; nach Art. 3 lit. f EWGV sollte ein System unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes errichtet werden, und schließlich nahm Art. 3 lit. h EWGV die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften in das Blickfeld, soweit dies das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordert. Zu Zielkonflikten konnte es bei diesen Aufgabenzuweisungen insbesondere zwischen Marktintegration einerseits und Landwirtschafts- (Art. 3 lit. d EWGV) und Verkehrspolitik (Art. 3 lit. f. EWGV) andererseits kommen. Auf diesen Feldern hatte der EWG-Vertrag allerdings mit Art. 42 und 61 EWGV partiell Vorsorge getroffen.³² Der EuGH hat den Zielbestimmungen der Art. 2 und 3 EWGV rechtliche Verbindlichkeit zugemessen³³ und dabei ausgesprochen, bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sei „den in Art. 2 und 3 EWGV zum Ausdruck gebrachten Zielen Rechnung

²⁸ Zum Verhältnis von Art. 2 und 3 EWG-Vertrag siehe *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 546 f.

²⁹ Siehe *GTE/Zuleeg* 4. Aufl. 1991, Art. 2 Rn. 18.

³⁰ Siehe dazu näher unten § 3 I 1c.

³¹ Vgl. *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 566.

³² Siehe dazu näher *Basedow* FS Everling, 1995, S. 49, 52 ff.

³³ Vgl. etwa EuGH vom 21.2.1973 - Rs. 6/72 - Slg. 1973, 215, 244 Rn. 23 (Europemballage, Continental Can/Kommission); EuGH vom 4.4.1974 - Rs. 167/73 - Slg. 1974, 359, 370 Rn. 17/23 (Kommission/Frankreich).

zu tragen, zu denen an erster Stelle die Schaffung eines Gemeinsamen Markts gehört³⁴. An dieser Orientierung auf den Gemeinsamen Markt hin hat auch die Einheitliche Europäische Akte mit der Installierung des Binnenmarktprogramms im Jahre 1987 trotz Einführung neuer Politikbereiche – wie etwa die Förderung von Forschung und technologischer Entwicklung sowie Umweltschutz – nichts geändert. Fraglich blieb insoweit lediglich, wie sich die neu geformte Ausrichtung auf den Binnenmarkt zu der – daneben bestehen bleibenden – auf den Gemeinsamen Markt verhielt.³⁵

b) Veränderung durch den Unionsvertrag?

Mit der Neufassung des EWG-Vertrags durch den Unionsvertrag im Jahre 1992 könnte sich dies geändert haben. Als Instrumente zur Zielverwirklichung werden nunmehr in Art. 2 EGV neben dem Gemeinsamen Markt die Wirtschafts- und Währungsunion, sowie die Durchführung der in Art. 3 und 3a (Art. 4 n.F.) EGV genannten Politiken genannt, die Ziele wurden unter anderem auf die Förderung von „hohem Beschäftigungsniveau“, „beständigem, nichtinflationärem und umweltverträglichem Wachstum“ sowie „einem hohen Maß an sozialem Schutz“ erweitert. In Verbindung mit der erheblichen Ausweitung des Tätigkeitskatalogs der Gemeinschaft in Art. 3 EGV – die Katalognummern wurden fast verdoppelt – könnte man daraus folgern, daß die Gemeinschaft das Ziel des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarkts nicht mehr als Hauptziel verfolgt, sondern daneben divergierende und konfligierende Politikfelder besetzen kann. Schon vom Umfang her nehmen die nicht auf die Marktintegration bezogenen Ziele mehr Raum ein als die marktintegrativen. Ausdrücklich werden drei Politiken erwähnt, die bereits in der Einheitlichen Europäischen Akte mit speziellen Handlungsermächtigungen versehen waren: die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts (Art. 3 lit. j [lit. k n.F.] EGV), die Umweltpolitik (Art. 3 lit. k [lit. l n.F.] EGV) und die Förderung von Forschung und technologischer Entwicklung (Art. 3 lit. m [lit. n n.F.] EGV). Die Zielbestimmung der Schaffung eines europäischen Sozialfonds in Art. 3 lit. i EWGV mutierte im EG-Vertrag zu einer umfassenderen europäischen Sozialpolitik mit einem Sozialfonds (Art. 3 lit. i [lit. j n.F.] EGV). Darüber hinaus werden die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft etwa auf den Aufbau transeuropäischer Netze, Gesundheits- und Verbraucherschutz, Entwicklungszusammenarbeit, Energie, Katastrophenschutz und Fremdenverkehr erweitert und im Vertrag von Amsterdam die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten (Art. 3 lit. i n.F. EGV) hinzugefügt. Zielkonflikte liegen bei einer derart breiten Tätigkeitspalette auf der Hand. So hat *Immenga* die Frage aufgeworfen, ob das durch den EG-Vertrag in der Ausgestaltung durch den Unionsvertrag verstärkte industriepolitische Mandat der Gemeinschaft (Art. 3 lit. l [lit. m n.F.] EGV) der Marktintegration und dem Wettbewerbsprinzip

³⁴ EuGH vom 5.5.1982 - Rs. 15/81 - Slg. 1982, 1409, 1431 Rn. 33 (Schul/Inspecteur der invoerrechten, Roosendaal); ebenso EuGH vom 29.9.1987 - Rs. 126/86 - Slg. 1987, 3697, 3715 Rn. 15 (Zaera/Instituto nacional de la seguridad social).

³⁵ Siehe dazu im Zusammenhang mit den Rechtssetzungsgrundlagen Art. 100 und 100a EGV (Art. 94, 95 n.F.) unten § 3 II 1a und b.

entgegensteht.³⁶ In ähnlicher Weise stellt sich diese Frage beim Verhältnis von Sozial-, Umwelt- oder Verbraucherschutzpolitik zur Marktintegration und den Grundfreiheiten.

Im vorliegenden Zusammenhang genügt es zu klären, ob die Veränderungen im neugefaßten EG-Vertrag die Annahme rechtfertigen, daß die Ausrichtung auf den Gemeinsamen Markt/Binnenmarkt als Primärziel der Gemeinschaft aufgegeben wurde. Nimmt man die Systematik von Art. 2 und 3 EGV in den Blick, fällt auf, daß in Art. 2 EGV als Instrumentarien zur Verwirklichung der Fernziele des Vertrags neben der Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion und der Durchführung der in Art. 3 und 3a (Art. 4 n.F.) EGV genannten Politiken auch die Errichtung des Gemeinsamen Marktes als eigenständiges Instrument genannt wird. In Art. 3a EGV (Art. 4 n.F.) wird der Binnenmarkt neben der engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik und der Festlegung gemeinsamer Ziele der Mitgliedstaaten als ein Element der Einführung einer Wirtschaftspolitik von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten angesprochen. Der Binnenmarkt bzw. gemeinsame Markt hat also sowohl als Grundlage für die (gemeinsame) Wirtschaftspolitik als auch als Instrument der Gemeinschaft zur Realisierung der in Art. 2 EGV vorgegebenen Fernziele der Gemeinschaft besondere Bedeutung. Es kommt hinzu, daß sich die Politikfelder und Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft, die in Art. 3 EGV umschrieben werden, im Hinblick auf Wertigkeit und Konkretisierungsgrad stark unterscheiden. So soll die Gemeinschaft gerade in den durch den Unionsvertrag neu aufgenommenen Tätigkeitsbereichen wie Gesundheits-, Verbraucherschutz sowie Bildung und Kulturleben lediglich einen „Beitrag“ leisten. Auf anderen Tätigkeitsfeldern „fördert“ die Gemeinschaft bestimmte Aufgaben (Art. 3 lit. m und n [lit. n und o n.F.] EGV) oder trifft einfach „Maßnahmen“ (Art. 3 lit. t [lit. u n.F.] EGV). Diese Zielbestimmungen weisen zum einen eine relativ hohen Unbestimmtheitsgrad auf. Zum anderen zeigen sie, daß die Gemeinschaft insoweit nicht eigenständig handelt, sondern lediglich ergänzend und unterstützend zu Maßnahmen und Tätigkeiten der Mitgliedstaaten hinzutritt, die für diese Bereiche haupt- oder jedenfalls mitverantwortlich bleiben. Anders ist dies für die binnenmarktbezogenen Tätigkeitsfelder: Hier wird die Gemeinschaft als Hauptakteur und Initiator tätig. Außerdem läßt sich insoweit eine genauere Aufgabenbestimmung erkennen. So benennen etwa Art. 3 lit. a EGV mit der Abschaffung der bzw. dem Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen, Art. 3 lit. c EGV mit dem Binnenmarkt, Art. 3 lit. g EGV mit dem System unverfälschten Wettbewerbs und Art. 3 lit. h EGV mit der Rechtsangleichung zum Funktionieren des Gemeinsamen Marktes Zielbestimmungen, die auf einen mehr oder weniger präzisen Zustand hin ausgerichtet sind.

Diese Überlegungen zeigen, daß trotz der Zuweisung zusätzlicher Aufgaben an die Gemeinschaft die Ausrichtung auf den Gemeinsamen Markt/Binnenmarkt nach wie vor die Hauptaufgabe der Gemeinschaft darstellt.³⁷ Dieser Befund wird bestätigt durch zahlreiche jüngere Judikate des EuGH, in denen er ausgesprochen hat, daß die vier Grundfreiheiten, welche den Gemeinsamen Markt/Binnenmarkt (mit-)konstituieren (vgl. Art. 7a EGV, Art. 14 n.F.), zu den fundamentalen Grundsätzen der Gemeinschaft gehören,³⁸ und diesen

³⁶ *Immenga* EuZW 1994, 14, 16; siehe auch *Hommelhoff* in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, S. 131, 135 ff.

³⁷ Ebenso *Basedow* FS Everling, 1995, S. 49, 68.

³⁸ Siehe etwa EuGH vom 15.12.1995 - Rs. C-415/93 - Slg. 1995, I-4921 Rn. 93 (ASBL, Royal club légeois/Bosman) für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; EuGH vom 31.3.1993 - Rs. C-19/92 - Slg. 1993, I-1665, 1696 (Kraus/Land Baden-Württemberg) für die Personenverkehrsfreiheiten; EuGH

damit einen besonderen Stellenwert einräumt. Diese vier Freiheiten verleihen dem Markt- (bzw. Unions)-bürger unmittelbare subjektive Rechte und können somit auch gegen mitgliedstaatliche und gemeinschaftliche Regulierungsansprüche geltend gemacht werden. Das Ziel der Errichtung und Ausgestaltung des Gemeinsamen Markts bzw. Binnenmarkts ist nach wie vor Hauptfunktion und zentrales Tätigkeitsfeld der Gemeinschaft.³⁹

c) System unverfälschten Wettbewerbs

Nach Art. 3 lit. g EGV umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft – wie es in leichter Abwandlung des früheren Art. 3 lit. f EWGV seit Inkrafttreten des Unionsvertrags heißt⁴⁰ – ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Damit wird deutlich, daß das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts vorhanden, wirksamen und möglichst unbeeinträchtigten Wettbewerb voraussetzt.⁴¹ Das System der Wettbewerbsordnung umfaßt die wettbewerbsbeschränkenden Kartell- und Monopolverbote (Art. 85 – 90 EGV, Art. 81 – 86 n.F.), das Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 92 – 94 EGV, Art. 87 – 89 n.F.), die steuerlichen Vorschriften zum Schutz vor überhöhten Abgaben (Art. 95 – 99 EGV, Art. 90 – 93 n.F.) und ist sowohl an Unternehmen (Art. 85, 86 EGV; Art. 81, 82 n.F.) als auch an die Mitgliedstaaten (Art. 90, 92 – 94, 95 – 99 EGV; Art. 86, 87 – 89, 90 – 93 n.F.) gerichtet.⁴² Überdies sind die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 5 EGV (Art. 10 n.F.) gehalten, nicht durch innerstaatliche Maßnahmen die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln zu unterlaufen.⁴³ Diese Wettbewerbsordnung ist primärrechtlich fundiert und bedarf nicht der Eingliederung in die mitgliedstaatliche Rechtsordnung.

Kollisionen zwischen der innerstaatlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung resultieren daraus, daß sich die Schutzbereiche von innerstaatlichem und gemeinschaftsrechtlichem (Art. 85 und 86 EGV, Art. 81, 82 n.F.) Wettbewerbsrecht überschneiden können, weil Konstellationen denkbar sind, in denen tatbestandlich beide Rechtsordnungen auf einen wirtschaftlichen Sachverhalt angewandt werden.⁴⁴ Da die

vom 17.5.1994 - Rs. C-41/93 - Slg. 1994, I-1829, 1849 Rn. 24 für die Warenverkehrsfreiheit (Frankreich/Kommission).

³⁹ Vgl. auch Kommission, Die optimale Gestaltung des Binnenmarkts: Strategisches Programm, BR-Drs. 83/94, S. 7: „Vollendung und effiziente Handhabung des Binnenmarkts bleibt Priorität“; BVerfGE 89, 155, 190 betont ebenfalls die Bedeutung des Binnenmarkts für die EG.

⁴⁰ Art. 3 lit. f. EWGV lautete: „Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts vor Verfälschung schützt“.

⁴¹ Vgl. etwa EuGH vom 25.10.1977 - Rs. 26/76 - Slg. 1977, 1875, 1905 Rn. 20 (Metro/Kommission).

⁴² Grabitz in Grabitz/Hilf, Art. 3 Rn. 14.

⁴³ St. Rspr., siehe etwa EuGH vom 10.1.1985 - Rs. 229/83 - Slg. 1985, 17, 31 Rn. 14 (Leclerc/Au blé vert); EuGH vom 29.1.1985 - Rs. 231/83 - Slg. 1985, 305, 319 f. Rn. 12 ff. (Cullet/Leclerc); EuGH vom 30.4.1986 - Rs. 209-213/84 - Slg. 1986, 1425, 1471 f. Rn. 71 (Ministère public/Asjes, Gray u.a.); EuGH vom 1.10.1987 - 311/85 - Slg. 1987, 3801, 3826 Rn. 10 (Vlaamse Reisbureau/Sociale Dienste).

⁴⁴ Anders ist dies im Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung (VO 4064/89, ABl. EG 1989 Nr. L 391/1): Art. 21 Abs. 2 FKVO schließt die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts in ihrem Anwendungsbereich aus, vgl. Ackermann in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 203, 207.

Aufgreifschwelle der Art. 85 ff. EGV (Art. 81 ff. n.F.) vom Gemeinschaftsrecht autonom festgelegt wird,⁴⁵ können auch Vorgänge, welche dem ersten Anschein nach nur den Binnenbereich eines Mitgliedstaates betreffen, zu Wettbewerbseinschränkungen oder -verfälschungen auf dem Gemeinsamen Markt führen. Daraus kann ein Rechtsfolgenkonflikt resultieren, den der EuGH grundsätzlich im Sinne der Vorrang-Doktrin zugunsten des Gemeinschaftsrechts gelöst hat.⁴⁶ Damit ist eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme im Fall der kumulativen Anwendbarkeit einer innerstaatlichen und der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung nur dann erlaubt, wenn sie sich im Rahmen des Gemeinschaftsrechts hält. Voraussetzung hierfür ist allerdings eine konkrete Entscheidung der Kommission, in der eine positive Gestaltung der Wettbewerbsbedingungen zum Ausdruck kommt.⁴⁷ Dies hat zu einer gewissen faktischen – nicht aber rechtlich determinierten – Anpassung der nationalen Kartellrechte aneinander und an das gemeinschaftsrechtliche Kartellrecht geführt.⁴⁸

Wettbewerbsverfälschungen können grundsätzlich auch dadurch auftreten, daß unterschiedliche Rechtsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten verschiedene Anforderungen an Waren und Dienstleistungen selbst, an deren Produktion bzw. an die jeweiligen Transaktionen stellen. Solche unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen können unmittelbar oder mittelbar über daraus resultierende unterschiedliche Kostenbelastungen der Marktteilnehmer zu Verzerrungen des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft führen. Ein derart von möglichen Verfälschungen des Wettbewerbs freies System ist mit Art. 3 lit. g EGV freilich nicht gemeint. Es geht in erster Linie um solche Rechtsregeln, welche den Wettbewerb in spezifischer Weise vor Beschränkungen schützen. Art. 3 lit. g EGV und die dadurch aufgestellte Wettbewerbsordnung sollen sicherstellen, daß auf einem Markt ein wirksamer Wettbewerb überhaupt herrscht, und daß dieser Wettbewerb – wie die Präambel des EG-Vertrags es verlangt⁴⁹ – redlich ausgestaltet ist.⁵⁰ Dem Gesichtspunkt der möglicherweise eintretenden Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Verschiedenheit der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten kommt allerdings durchaus Bedeutung im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung zu, und zwar vor allem bei der Frage, inwieweit Bedarf

⁴⁵ Dazu siehe Koch in Grabitz/Hilf, Art. 85 Rn. 88 ff.

⁴⁶ EuGH vom 13.2.1969 - Rs. 14/68 - Slg. 1969, 1, 14 Rn. 6 (Wilhelm/Bundeskartellamt); siehe dazu näher nachstehend § 2 III 1b.

⁴⁷ Vgl. EuGH vom 13.2.1969 - Rs. 14/68 - Slg. 1969, 1, 14 Rn. 7 (Wilhelm/Bundeskartellamt); zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche „positive“ Gestaltung vorliegt, siehe Rehbinder FS Mestmäcker, 1996, S. 711, 713 ff.; Schwarze JZ 1996, 57, 61 ff. Siehe dazu auch die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Art. 85 und 86, insbesondere Rn. 17 ff. (ABl. EG Nr. 1997 C Nr. 313 vom 15.10.1997).

⁴⁸ Siehe dazu mit einem rechtsvergleichenden Überblick über die einzelnen nationalen Kartellrechte in Europa Dreher AG 1993, 437, 440 ff. Aufgrund diese Befunds verneint Dreher AG 1993, 437, 445 ff. den Bedarf für eine auf Art. 100a EGV gestützte Richtlinie zur Angleichung der nationalen Kartellrechte; a. A.: Hommelhoff FS Nirk, 1992, S. 469, 476, 480 ff.

⁴⁹ Die Präambel des EG-Vertrags kann zur Auslegung des Vertrags herangezogen werden, vgl. etwa EuGH vom 5.2.1963 - Rs. 26/62 - Slg. 1963, 1, 24 (Van Gend/Niederländische Finanzverwaltung); EuGH vom 8.4.1976 - Rs. 43/75 - Slg. 1976, 455, 473 Rn. 8/11 (Defrenne/Sabena II).

⁵⁰ GTE/Zuleeg Art. 3 Rn. 7.

besteht, Rechtsvorschriften aus diesem Grund anzugleichen (Art. 3 lit. h, 100, 100a EGV; Art. 3 lit. h, 94, 95 n.F.).⁵¹

2. Gleichbehandlung der Geschlechter als ein zentrales Gemeinschaftsgrundrecht

a) Entstehungsgeschichte

Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) schreibt die Gleichheit des Entgelts von Männer und Frauen bei gleicher Arbeit vor. Diese Vorschrift begründet nunmehr eine konkrete, auf den Einzelfall wirkende rechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten und entfaltet unmittelbare Rechtswirkungen in Privatrechtsbeziehungen.⁵² Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) hat erhebliche Auswirkungen auf die innerstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten erlangt, da der EuGH diesen Grundsatz auch auf autonome Regelungen der Betriebs- und Tarifpartner anwendet⁵³ und ihn über das Institut der mittelbaren Diskriminierung insbesondere der Gleichstellung von Teilzeitbeschäftigten geöffnet hat⁵⁴. Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) hat somit einen Bedeutungswandel erfahren, der in besonderer Weise den dynamischen Charakter der Rechtsordnung der Gemeinschaft illustriert.

Die Aufnahme des Sozialkapitels, in welchem Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) steht, in den EWG-Vertrag stellte bei den Regierungsverhandlungen einen Kompromiß dar, der nach Auseinandersetzungen insbesondere zwischen Frankreich und Deutschland über die Auswirkungen der Sozialkosten auf den Wettbewerb und die Herstellung des Gemeinsamen Marktes erzielt wurde. Die französische Delegation verlangte bei den Regierungsverhandlungen ursprünglich neben der Angleichung der Finanzierungssysteme der sozialen Sicherheit weitgehende Vereinheitlichungen im Arbeitsrecht, insbesondere bei Urlaubsregelungen, Arbeitszeitbestimmungen und der gleichen Bezahlung von Männern und Frauen.⁵⁵ Hintergrund für diese Forderungen war die Befürchtung, die damals vergleichsweise hohen Kosten für das französische Sozialsystem könnten französischen Unternehmen bei einer Öffnung der nationalen Märkte im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Wettbewerbsnachteile bescheren. Demgegenüber hielt man in Deutschland die So-

⁵¹ Siehe dazu unten § 3 I 1b und § 3 II 1c.

⁵² St. Rspr., vgl. etwa EuGH vom 8.4.1976 - Rs. 43/75 - Slg. 1976, 455, 473 Rn. 8/11, 12 (Defrenne/Sabena II); EuGH vom 31.3.1981 - Rs. 96/80 - Slg. 1981, 911, 925 f. Rn. 13 (Jenkins/Kingsgate); EuGH vom 11.3.1981 - Rs. 69/80 - Slg. 1981, 767, 792 Rn. 23 (Worringham, Humphreys/Lloyds Bank).

⁵³ Siehe dazu etwa EuGH vom 27.6.1990 - Rs. C-33/89 - Slg. 1990, I-2591, 2611 Rn. 13 (Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg); EuGH vom 17.5.1990 - Rs. C-262/88 - Slg. 1990, I-1889, 1951 Rn. 21 ff. (Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group); EuGH vom 7.2.1991 - Rs. C-184/89 - Slg. 1991, I-297, 318 Rn. 11 (Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg).

⁵⁴ Vgl. etwa EuGH vom 31.3.1981 - Rs. 96/80 - Slg. 1981, 911, 925 Rn. 9 ff. (Jenkins/Kingsgate); EuGH vom 13.5.1986 - Rs. 170/84 - Slg. 1986, 1607, 1626 f. Rn. 24 ff. (Bilka-Kaufhaus/Weber); EuGH vom 13.7.1989 - Rs. 171/88 - Slg. 1989, 2743, 2760 Rn. 12 (Rinner-Kühn/FWW Spezial Gebäudereinigung); EuGH vom 4.6.1992 - Rs. C-360/90 - Slg. 1992, I-3589, 3612 Rn. 16 ff. (Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V./Bötel).

⁵⁵ Siehe dazu GTE/Curall/Pipkorn Vorbemerkung zu Art. 117 bis 128 Rn. 19; s. a. die Fassung von Art. 119 im ursprünglichen Entwurf des Vertrags, abgedruckt bei GTE/Curall Art. 119 Rn. 11.

zialkosten wegen der bestehenden Produktivitätsunterschiede zwischen den künftigen Mitgliedstaaten nur für einen von mehreren für die Entwicklung des Gemeinsamen Markts relevanten Standortfaktor. Das Ergebnis war ein Kompromiß, bei dem sich Frankreich vor allem in Bezug auf den in Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) verankerten Lohngleichheitsgrundsatz durchsetzen konnte; im Hinblick auf bezahlte Freizeit (Art. 120 EWGV, Art. 142 n.F.) wurde dagegen nur eine Absichtserklärung abgegeben, nachdem sich herausgestellt hatte, daß sich die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in diesem Bereich nicht gravierend unterschieden.⁵⁶ Die Einführung des Lohngleichheitsgrundsatzes des Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) diene somit ausweislich seiner Entstehungsgeschichte in erster Linie dazu, Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil der französischen Industrie zu verhindern. Insgesamt zeigt die skizzierte Auseinandersetzung, daß sozialpolitische Regelungen in den Anfangsjahren der Gemeinschaft primär unter dem Gesichtspunkt ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als Kostenfaktor für die Wirtschaft der Mitgliedstaaten in den Blick genommen wurden.

b) Ausformung von Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) in der Rechtsprechung des EuGH

Der Bedeutungswandel, den Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) in der seitherigen Rechtsentwicklung erfahren hat, ist Ergebnis verschiedener miteinander verflochtener Entwicklungslinien der Gemeinschaftsrechtsordnung: Auf der gleichsam „politisch-verfassungsgebenden Ebene“⁵⁷ befürwortete der Rat der Staats- und Regierungschefs auf der Pariser Gipfelkonferenz im Oktober 1972 eine verstärkte sozialpolitische Ausrichtung der Gemeinschaft.⁵⁸ Der EuGH hat sich durch diese politischen Ansätze in der Entscheidung „Defrenne II“ im Jahre 1976 wohl ermutigt gefühlt, die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 119 EWGV in den Mitgliedstaaten nach Ablauf der Übergangszeit im Wege der Rechtsfortbildung auszusprechen. Zur Begründung führte er die objektive doppelte wirtschaftliche und soziale Zweckbestimmung von Art. 119 EWGV an; der Grundsatz gleichen Entgelts stelle daher eine Grundlage der Gemeinschaft dar.⁵⁹ In der zwei Jahre später ergangenen dritten „Defrenne“-Entscheidung nimmt der Gerichtshof ausdrücklich Bezug auf das verabschiedete sozialpolitische Gesetzgebungsprogramm der Gemeinschaft,⁶⁰ in dem die Beseitigung aller auf Geschlecht beruhenden Diskriminierungen eine tragende Rolle gespielt hätten und dies bereits zu konkreten gesetzgeberischen Maßnahmen der Gemeinschaft geführt habe.⁶¹ An dieser Stelle spricht der Gerichtshof erstmals den Zusammenhang

⁵⁶ Siehe zur Entstehungsgeschichte des sozialpolitischen Kapitels des EWG-Vertrags *Balze* Die sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Union, 1994, S. 36 f.; *Langenfeld* Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 34 ff.

⁵⁷ So *Langenfeld* Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 41.

⁵⁸ Vgl. *Coen* in *Bleckmann* Europarecht, Rn. 2482. Siehe zu dieser Entwicklung noch näher unten § 3 IV 1b.

⁵⁹ EuGH vom 8.4.1976 - Rs. 43/75 - Slg. 1976, 455, 473 Rn. 8/11, 12 (Defrenne/Sabena II).

⁶⁰ Entschließung des Rats vom 21.2.1974 über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm, ABl. EG 1974 Nr. C-13/2.

⁶¹ EuGH vom 15.6.1978 - Rs. 149/77 - Slg. 1978, 1365, 1377 f. Rn. 16/18 (Defrenne/Sabena III). Gemeint sind die Richtlinien 75/117/EWG zum gleichen Entgelt und 76/207/EWG zur Gleichbe-

an zwischen einem Gemeinschaftsgrundrecht auf Beseitigung aller Benachteiligungen aus geschlechtsbezogenen Gründen und Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.).⁶² Der Gerichtshof verweist dabei auf Entscheidungen zum Beamtenstatut der Gemeinschaft, in denen er die Notwendigkeit gleicher Arbeitsbedingungen von Mann und Frau als einen tragenden Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt habe.⁶³ Diese Überlegungen hat er allerdings nicht auf den ihm zur Vorabentscheidung unterbreiteten Fall übertragen, und zwar deshalb, weil zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt über den Aussagegehalt von Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) hinausweisende Gemeinschaftsrechtsnormen etwa zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei sonstigen Arbeitsbedingungen noch nicht existiert hatten.⁶⁴

Zeitlich parallel dazu und unabhängig davon hatte der Gerichtshof in den 70er Jahren einen ungeschriebenen Katalog von Gemeinschaftsgrundrechten entwickelt. Diese leitete er zunächst aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten her, welche über die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts Eingang in die Gemeinschaftsrechtsordnung gefunden haben.⁶⁵ Nach dem Beitritt Frankreichs zur Europäischen Menschenrechtskonvention nimmt der EuGH direkt auf die EMRK Bezug, weil seither alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien der EMRK sind.⁶⁶ Später hat der Gerichtshof diese Entwicklungslinien ausdrücklich verknüpft und auch die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, welche die Gleichbehandlung der Geschlechter in Bezug auf den Zugang zur Beschäftigung und sonstige Arbeitsbedingungen zum Gegenstand hat, in den Kontext der Gemeinschaftsgrundrechte eingestellt.⁶⁷ Dabei hat er ausdrücklich auf die Gewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention verwiesen.⁶⁸ Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.)

handlung hinsichtlich Zugang zur Beschäftigung, Berufsbildung und beruflichem Aufstieg sowie Arbeitsbedingungen; siehe unter dem Aspekt der Kompetenzgrundlage noch näher unten § 3 I 3b, bb.

⁶² Vgl. EuGH vom 15.6.1978 - Rs. 149/77 - Slg. 1978, 1365, 1379 Rn. 25 ff. (Defrenne/Sabena III).

⁶³ EuGH vom 7.6.1972 - Rs. 20/71 - Slg. 1972, 345, 351 Rndr. 4/7 (Sabbatini-Bertoni/Parlament); EuGH vom 20.2.1975 - Rs. 21/74 - Slg. 1975, 221, 228 f. Rn. 9/12 (Airolo/Kommission); siehe auch EuGH vom 20.3.1984 - Rs. 75, 117/82 - Slg. 1984, 1509, 1530 Rn. 17/18 (Razzouk, Beydoun/Kommission); EuG vom 28.1.1992 - T-45/90 - Slg. 1992, II-33, 46 Rn. 47 ff. (Speybrouck/Parlament).

⁶⁴ Siehe EuGH vom 15.6.1978 - Rs. 149/77 - Slg. 1978, 1365, 1379 Rn. 30/32 (Defrenne/Sabena III).

⁶⁵ Siehe dazu EuGH vom 17.12.1970 - Rs. 11/70 - Slg. 1970, 1125, 1135 Rn. 4 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratstelle); EuGH vom 14.5.1974 - Rs. 4/73 - Slg. 1974, 491, 507 Rn. 13 (Nold/Kommission); zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen *Lecheler* Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971, S. 53 ff. Siehe dazu auch noch unten § 16 III 4c und § 18 III unter dem Aspekt der Herausarbeitung von gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Zivilrechts.

⁶⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH vom 13.12.1979 - Rs. 44/79 - Slg. 1979, 3727, 3745 Rn. 15 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz); s.a. EuGH vom 12.12.1996 - verb. Rs. C-74, 129/95 - Slg. 1996, I-6609, 6637 Rn. 25 (Strafverfahren gegen X); siehe dazu *Vedder* EuR 1996, 309, 316 f.

⁶⁷ Siehe etwa EuGH vom 30.4.1996 - Rs. C-13/94 - Slg. 1996, I-2143, 2164 f. Rn. 17 ff. (P/S u. Cornwall County Council); EuGH vom 17.2.1998 - Rs. C-249/96 - NJW 1998, 969, 971 Rn. 41 (Grant/South West Train).

⁶⁸ Siehe etwa EuGH vom 30.4.1996 - Rs. C-13/94 - Slg. 1996, I-2143, 2164 f. Rn. 16 (P/S u. Cornwall County Council); EuGH vom 17.2.1998 - Rs. C-249/96 - NJW 1998, 969, 971 Rn. 33 (Grant/South West Train); zum Grundrechtscharakter des gemeinschaftsrechtlichen Gleichberechtigungssatzes vgl. auch *Classen* JZ 1996, 921, 922 ff.; *Käppler* in Europäische Perspektiven -

und die Richtlinien der Gemeinschaft zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen⁶⁹ stellen nach der Rechtsprechung des EuGH nunmehr Ausprägungen des Gemeinschaftsgrundrechts auf Gleichbehandlung von Mann und Frau für ein besonderes Sachgebiet dar.⁷⁰ Diese Entwicklung wird im Zuge der Änderungen des EG-Vertrags durch den Vertrag von Amsterdam insofern fortgesetzt, als die Gleichstellung der Geschlechter als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft in den Vertrag aufgenommen wurde (Art. 2 und 3 Abs. 2 EGV n.F.) und die Gemeinschaft insoweit mit ausdrücklichen Rechtssetzungsgrundlagen ausgestattet wurde (Art. 13, 141 Abs. 3 EGV n.F.). Das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter ist somit heute eines der tragenden Rechtsprinzipien der Gemeinschaft. Dies kann sich auf Rechtsangleichungsbefugnis wie -intensität auswirken.

III. Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht

1. Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht

a) Ausgangspunkt: Keine Höherrangigkeit des Gemeinschaftsrechts

Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht bilden jeweils eigenständige und prinzipiell unabhängige Rechtsordnungen.⁷¹ Ein Kollisionsfall kann dann nur auftreten, wenn in beiden Rechtsordnungen Normen existieren, die auf einen einzelnen Sachverhalt bezogen einen Rechtsanwendungsbefehl enthalten, also in concreto angewandt werden wollen.⁷² Der EuGH hat zahlreiche Bestimmungen des EG-Vertrags für in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar erklärt;⁷³ für die EG-Verordnung folgt die unmittel-

Perspektiven für Europa, Ringvorlesung an der Universität Osnabrück, 1995, S. 59, 61; *Kokott NJW* 1995, 1049, 1054 ff.; *Schlachter Wege zur Gleichberechtigung*, 1993, S. 124; *Usher ERPL* 1 (1993), 109, 132 ff.

⁶⁹ Arbeitsrechtlich relevant sind insbesondere die Richtlinien 75/117/EWG (Entgelt) und 76/207/EWG (sonstige Arbeitsbedingungen); Überblick über den wesentlichen Regelungsgehalt bei *Langenfeld/Jansen* in *Grabitz/Hilf*, Art. 119 Rn. 47 ff. Bei der Auslegung dieser Richtlinien stellt der EuGH vielfach den Zusammenhang mit Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) her, vgl. etwa EuGH vom 31.3.1981 - Rs. 96/80 - Slg. 1981, 911 Rn. 22 (*Jenkins/Kingsgate*); EuGH vom 17.5.1990 - Rs. C-262/88 - Slg. I-1889, 1955 Rn. 42 (*Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*); EuGH vom 15.12.1994 - Rs. C-399, 409, 425/92 - NZA 1995, 218, 220 Rn. 19 (*Stadt Lengerich/Helmig u.a.*).

⁷⁰ *Langenfeld/Jansen* in *Grabitz/Hilf*, Art. 119 Rn. 1.

⁷¹ BVerfGE 22, 293, 296; BVerfGE 31, 145, 173 f.; EuGH vom 5.2.1963 - Rs. 26/62 - Slg. 1963, 1, 25 (*Van Gend/Niederländische Finanzverwaltung*); EuGH vom 15.7.1964 - Rs. 6/64 - Slg. 1964, 1251 (*Costa/ENEL*); *Bleckmann* *Europarecht*, Rn. 1087; v. *Bogdandy/Nettesheim* in *Grabitz/Hilf*, Art. 1 Rn. 8; *GTE/Zuleeg* Art. 1 Rn. 22; a. A. *Pernice* *GS Grabitz*, 1995, S. 523, 524 ff.

⁷² *Ipsen* *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, S. 259; s. a. *Prechal CMLR* 1998, 681, 685.

⁷³ Beispielsweise Art. 6 EGV (Art. 12 n.F.): EuGH vom 13.2.1985 - Rs. 293/83 - Slg. 1985, 593 (*Gravier*); Art. 30 EGV (Art. 28 n.F.): EuGH vom 9.6.1992 - Rs. C-47/90 - Slg. 1992, I-3669 (*Etablissements Delhaize frères/Promalvin*); Art. 48 EGV (Art. 39 n.F.): EuGH vom 4.12.1974 - Rs. 41/74 - Slg. 1974, 1337 (*Van Duyn*); Art. 52 EGV (Art. 43 n.F.): EuGH vom 21.6.1974 - Rs. 2/74 - Slg. 1974, 631 (*Reyners/Belgien*); Art. 59 EGV (Art. 49 n.F.): EuGH vom 3.12.1974 - Rs. 33/74 - Slg.

telbare Geltung im innerstaatlichen Bereich direkt Art. 189 Abs. 2 EGV (Art. 249 Abs. 2 n.F.).⁷⁴ Es bedarf somit der Herausbildung von Regeln für die Behandlung von Kollisionsfällen. Eine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung zur Lösung des Kollisionsproblems könnte nur dann genügen, wenn das Europäische Gemeinschaftsrecht gegenüber innerstaatlichem Recht einschließlich Verfassungsrecht per se höherrangig wäre – etwa in der Art des Art. 31 GG oder des Stufenbaus der Rechtsordnung. Dies ist indes nicht der Fall.⁷⁵ Die Eigenständigkeit der gemeinschaftsrechtlichen wie der innerstaatlichen Rechtsordnung zeigt gerade, daß eine vorgegebene Höherrangigkeit eines der beiden Systeme nicht in Betracht kommt. Eine dritte, beiden übergeordnete Rechtsordnung, welche das Kollisionsproblem für beide verbindlich lösen könnte, existiert nicht. Allein hierfür in Betracht käme das Allgemeine Völkerrecht, welches jedoch keine entsprechende Regel kennt und die Art und Weise der Durchführung eines völkerrechtlichen Vertrags der innerstaatlichen Rechtsordnung überläßt.⁷⁶ Rechtsregeln zur Bewältigung des Kollisionsproblems müssen daher in beiden Rechtsordnungen kumulativ gefunden werden.⁷⁷

b) Die Lösung der Kollisionsfrage

aa) Gemeinschaftsrecht

Eine ausdrückliche Kollisionsregel, welche das Rangverhältnis von nationalstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht bestimmt, findet sich in den EG-Verträgen nicht.⁷⁸ Der EuGH hat bereits in einer frühen Entscheidung den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor innerstaatlichem Recht postuliert⁷⁹ und dies in ständiger Rechtsprechung wiederholt:⁸⁰ Der EWG-Vertrag habe eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet sei.⁸¹ Außerdem sprächen für einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts der auf fortschreitende Integration gerichtete Geist der Verträge, die Sicherung und Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft und der Wortlaut von Art. 189 Abs. 2 EGV (Art. 249 Abs. 2 n.F.).⁸²

1974, 1299 (Van Binsbergen); Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) : EuGH vom 8.4.1976 - Rs. 43/75 - Slg. 1976, 455 (Defrenne/Sabena).

⁷⁴ Geiger EG-Vertrag, Art. 189 Rn. 6.

⁷⁵ Vgl. v. Bogdandy/Nettesheim in Grabitz/Hilf, Art. 1 Rn. 8; Randelzhofer in Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Rn. 132, Fn. 376, jeweils m.w.N.; vgl. auch Pestalozza DVBl. 1974, 716, 717.

⁷⁶ Geiger Grundgesetz und Völkerrecht, § 44 III 1, S. 251.

⁷⁷ Randelzhofer in Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Rn. 132.

⁷⁸ Nur für das Wettbewerbsrecht wird die EG-Kommission in Art. 87 Abs. 2e EGV (Art. 83 Abs. 2e n.F.) ermächtigt, das Verhältnis des innerstaatlichen zum europäischen Wettbewerbsrecht durch Richtlinie oder Verordnung zu bestimmen; siehe dazu Art. 21 Abs. 2 VO Nr. 4064/89.

⁷⁹ EuGH vom 15.7.1964 - Rs. 6/64 - Slg. 1964, 1251, 1269 (Costa/E.N.E.L.).

⁸⁰ EuGH vom 13.2.1969 - Rs. 14/68 - Slg. 1969, 1, 14 Rn. 6 (Wilhelm/Bundeskartellamt); EuGH vom 17.12.1970 - Rs. 11/70 - Slg. 1970, 1125, 1135 Rn. 3 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratstelle); EuGH vom 13.7.1972 - Rs. 48/71 - Slg. 1972, 529, 534 Rn. 10 (Kommission/Italien); EuGH vom 9.3.1978 - Rs. 106/77 - Slg. 1978, 629, 643 f. Rn.14 ff. (Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal).

⁸¹ EuGH vom 15.7.1964 - Rs. 6/64 - Slg. 1964, 1251, 1269 Rn. 8 (Costa/E.N.E.L.).

⁸² EuGH vom 15.7.1964 - Rs. 6/64 - Slg. 1964, 1251, 1269 Rn. 9 (Costa/E.N.E.L.).

Soll eine EG-Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten, müssen entgegenstehende zeitgleich oder später erlassene nationale Rechtsvorschriften zurücktreten. In der Literatur herrscht, obwohl eine dogmatisch völlig befriedigende Lösung nicht existiert,⁸³ bei Divergenzen in der Begründung jedenfalls im Ergebnis weitestgehend Einigkeit über den grundsätzlichen Vorrang des Gemeinschaftsrechts.⁸⁴

Über die Rechtsfolge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH nicht derart deutlich befunden. Bisweilen hat er einen Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts angedeutet,⁸⁵ im übrigen aber auch ausgesprochen, daß ihm nicht die Kompetenz zusteht, die Frage der Normenkollision mit der Nichtigkeitsfolge für das nationale Recht verbindlich zu entscheiden.⁸⁶ Mangels einer ausdrücklichen Kollisionsnorm im EG-Vertrag würde eine auf einen Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts zielende Rechtsfortbildung des EuGH in der Tat übermäßig in die nationalen Rechtsordnungen eingreifen, ohne daß dies von den Regelungszielen des EG-Vertrags gefordert wäre. Überwiegend wird daher in der Literatur angenommen, der Vorrang sei aus Gründen des Schutzes der nationalen Rechtsordnung nicht als Geltungs-, sondern als Anwendungsvorrang ausgestaltet.⁸⁷ Eine dem Gemeinschaftsrecht widersprechende Norm des nationalen Rechts ist somit nicht unwirksam, sondern darf lediglich auf den konkreten Sachverhalt nicht angewandt werden (Anwendungsvorrang).

bb) Deutsches Verfassungsrecht

Das deutsche Verfassungsrecht hat diesen grundsätzlichen Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts im Sinne eines Anwendungsvorrangs⁸⁸ durch den Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zum EG-Vertrag und der hierzu erteilten verfassungsrechtlichen Ermächtigung früher nach Art. 24 Abs.1 GG⁸⁹ bzw. nunmehr nach Art.23 Abs.1 GG akzeptiert. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Zustimmung zunächst allerdings unter den Vorbehalt gestellt, daß die Europäische Gemeinschaft einen wirksamen

⁸³ Siehe etwa *Bleckmann* Europarecht, Rn. 1070 ff.

⁸⁴ Vgl. *GTE/Zuleeg* Art.1 Rn. 24 f. m. w. N. Zu den verschiedenen Begründungsansätzen siehe *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 10 A, Rn. 845 ff.

⁸⁵ EuGH vom 9.3.1978 - Rs. 106/77 - Slg. 1978, 629, 644 Rn.17/18 (Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal): Wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte werde verhindert; kritisch hierzu *Ipsen* EuR 1979, 223, 228 f., 236.

⁸⁶ Siehe etwa EuGH vom 7.2.1984 - Rs. 237/82 - Slg. 1984, 483, 500 Rn.6 (Kaas/Niederlande); implizit für Anwendungsvorrang EuGH vom 14.12.1971 - Rs. 43/71 - Slg. 1971, 1039, 1049 Rn. 9 (Politi/Finanzministerium der Italienischen Republik); EuGH vom 7.3.1972 - Rs. 84/71 - Slg. 1972, 89, 96 Rn. 5 (Marimex/Finanzministerium der Italienischen Republik); deutlich für Anwendungsvorrang EuGH vom 7.2.1991 - Rs. C-184/89 - Slg. 1991, I-297, 321 Rn. 19 f. (Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg).

⁸⁷ Siehe etwa *GTE/Zuleeg* Art.1 Rn. 26 m. w. N.; dezidiert für einen Geltungsvorrang *Grabitz* Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966, S. 89; allerdings aufgegeben von *dems.* in Kruse (Hrsg.), *Zölle, Verbrauchssteuern, europäisches Marktordnungsrecht*, 1988, S. 33, 43 f. In rechtstheoretischer Perspektive wird dieses Ergebnis durch die Annahme zweier Grundnormen bestätigt, vgl. *Grussmann* in v. Danwitz (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Staatlichkeit*, 1993, S. 47, 60.

⁸⁸ BVerfGE 73, 339, 375.

⁸⁹ So die Rechtsprechung des BVerfG, siehe BVerfGE 31, 145, 174; 73, 339, 374 f.; 75, 223, 242.

Grundrechtsschutz gewährleistet, welcher demjenigen des Grundgesetzes im wesentlichen gleich zu erachten ist,⁹⁰ und später diese Bedingung in der Sache als erfüllt betrachtet.⁹¹ Aus innerstaatlicher Perspektive beruht demnach die Einwirkung des Gemeinschaftsrechts in den innerstaatlichen Rechtsraum auf dem Zustimmungsgesetz zu dem völkerrechtlichen Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und nunmehr der Europäischen Union. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb in der „Maastricht“-Entscheidung folgerichtig verlangt, daß das Zustimmungsgesetz, welches die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union öffnet, die dem supranationalen Verband übertragenen Rechte und das beabsichtigte „Integrationsprogramm“ hinreichend bestimmbar festlegt; die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten müßten für den Gesetzgeber des deutschen Zustimmungsgesetzes voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert sein. Umgekehrt bedeutet dies, daß wesentliche spätere Änderungen des in dem entsprechenden Vertrag angelegten „Integrationsprogramms“ nicht mehr vom Zustimmungsgesetz gedeckt wären.⁹² *Kirchhof*, als Berichterstatter maßgeblich an der „Maastricht“-Entscheidung beteiligt, hat dies plastisch so formuliert: „Europarecht fließt nur über die Brücke des nationalen Zustimmungsgesetzes nach Deutschland; soweit diese Brücke nicht trägt, fließt es nicht.“⁹³

Die verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Gemeinschaft bzw. Europäische Union ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nicht schrankenlos.⁹⁴ Nunmehr verhindert Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG eine Hoheitsübertragung dem Gegenstand nach, wenn und soweit die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG – bundesstaatliche Gliederung, grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze – tangiert werden. Damit darf der deutsche Gesetzgeber seine Integrationsgewalt verfassungsrechtlich nicht so weit ausdehnen, daß eines dieser in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Verfassungsprinzipien ausgehöhlt wird.⁹⁵ Der Übertragungsadressat – die Europäische Union – muß ebenfalls bestimmten Kriterien genügen und wird auf demokratische, soziale, föderative und rechtsstaatliche Grundsätze, das Subsidiaritätsprinzip und einen dem Grundgesetz

⁹⁰ BVerfGE 37, 271.

⁹¹ BVerfGE 73, 339. Dieser Ansatz wird durch die „Maastricht“-Entscheidung (BVerfGE 89, 155, 175) insoweit modifiziert, als für den Geltungsanspruch des Grundrechtsschutzes nicht mehr an die Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Hoheitsgewalt angeknüpft wird, sondern darüber hinaus generell auf den Grundrechtsschutz in Deutschland abgestellt und damit die Perspektive des Grundrechtsberechtigten wird; siehe hierzu *Götz* JZ 1993, 1081, 1083; *Isensee* FS Stern, 1997, S. 1239, 1259 f.; *Tietje* JuS 1994, 197 ff.

⁹² BVerfGE 89, 155, 187 f.

⁹³ *Kirchhof* in *Der Vertrag über die Europäische Union und seine Auswirkungen auf die deutsche Wirtschafts- und Arbeitsverfassung*, 1996, S. 9, 17; kritisch *Zuleeg* NJW 1997, 1201, 1202; *GTE/Zuleeg* Art. 1 Rn. 15, der allerdings die staatsrechtliche Frage der Öffnung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber der Gemeinschaft mit der nur aus der Innenperspektive der Gemeinschaft zu beantwortenden Frage nach dem einseitigen Austrittsrecht eines Mitgliedstaats vermengt.

⁹⁴ Vgl. die zu Art. 24 Abs. 1 GG ergangene Rechtsprechung BVerfGE 58, 1, 40; BVerfGE 73, 339, 375; s.a. *Streinz* Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 217.

⁹⁵ *Randelzhofer* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 24 Rn. 204.

im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz verpflichtet.⁹⁶ Das deutsche Verfassungsrecht geht mit diesen Kautelen vom grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung in Verbindung mit dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zu den jeweiligen Gründungsverträgen aus.⁹⁷

Die aus dem innerstaatlichen Verfassungsrecht resultierenden Begrenzungen des prinzipiellen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts muß umgekehrt im Grundsatz auch die eigenständige Gemeinschaftsrechtsordnung hinnehmen.⁹⁸ Ein genereller Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor jeglichem mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht – insbesondere vor der Übertragungsgrenze des Art. 23 Abs. 1 GG – würde das Ende der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten bedeuten. Diese wären anderenfalls einer fremden Hoheitsgewalt ausgeliefert, ohne daß sie über die Einwirkungsintensität und -umfang dieser Hoheitsgewalt in die innerstaatliche Rechtsordnung mitbestimmen und dagegen Schranken errichten könnten. Dies bedeutete aber Preisgabe der staatlichen Souveränität im klassischen völkerrechtlichen Sinn. Von der Staatlichkeit der Mitglieder des supranationalen Verbandes gehen allerdings die Gemeinschaftsverträge und ebenso der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union aus.⁹⁹ Damit ist freilich noch nicht entschieden, welche Normen innerstaatlicher Verfassungen in welchem Umfang sich gegenüber der Vorrang-Doktrin des Gemeinschaftsrechts als resistent erweisen und wer letztverbindlich darüber zu entscheiden hat.

2. Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten

Mit dem Kollisionsproblem verknüpft ist die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaft. Ein Kollisionsfall kann nämlich – wie bereits bemerkt – nur insoweit auftreten, als beide Rechtsordnungen kompetentiell in ihrem Verhältnis zueinander berechtigt sind, kollidierende Rechtsnormen in Geltung zu setzen.¹⁰⁰

a) Kompetenzen der Gemeinschaft im Überblick

Der EG-Vertrag kennt keinen Katalog, welcher – vergleichbar mit Art. 70 ff. GG – diese Frage regelt. Wie bereits ausgeführt, kann die Gemeinschaft nach dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung nur dann handeln, wenn ihren Organen in den Verträgen ent-

⁹⁶ Sog. Struktursicherungsklausel, vgl. *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Rn. 202.

⁹⁷ H. M.: *Scholz* in Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 26; *Streinz* Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 93 m. w. N., S. 112 f.; *Isensee* FS Stern, 1997, S. 1239, 1244.

⁹⁸ *Nettesheim* GS Grabitz, 1995, S. 447, 455 f.; *Schachtschneider* in Blomeyer/Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75, 104; a. A. wohl *Zuleeg* NJW 1997, 1201, 1202.

⁹⁹ Siehe bereits oben § 2 I 1.

¹⁰⁰ *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 260; *Jarass* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 4; *Geiger* Grundgesetz und Völkerrecht, § 44 III 2c, S. 253, spricht insoweit von einem allgemeinen Anwendungsvorrang, den er vom punktuellen Anwendungsvorrang abgrenzt.

sprechende Kompetenzen eingeräumt wurden. Die klare Konturierung der Rechtssetzungskompetenzen der Gemeinschaft bereitet allerdings Schwierigkeiten. Die Differenzierung nach Sachmaterien ist eine neuere durch die einheitliche Europäische Akte eingeleitete und durch den Unionsvertrag fortgesetzte Entwicklung.¹⁰¹ Solche nach Sachgebieten ordnende Kompetenzgrundlagen (beispielsweise der Art. 126, 127, 128, 129, 129a, 130g, 130r EGV; Art. 149, 150, 151, 152, 153, 164, 174 n.F.) spielen allerdings – von Art. 129a EGV abgesehen – für die hier vorliegende Fragestellung nach Voraussetzungen und Grenzen der privatrechtlichen Rechtsangleichung eine untergeordnete Rolle, zumal die meisten der genannten Vorschriften gemeinschaftliche Harmonisierungsmaßnahmen ausdrücklich ausschließen. Kompetenzen werden in der Gemeinschaftsrechtsordnung regelmäßig final bzw. funktional zugewiesen; dies wird besonders deutlich an der Ermächtigung zur Rechtsangleichung zur Herstellung des Gemeinsamen Markts/Binnenmarkts nach Art. 100/100a EGV (Art. 94/95 n.F.) sowie der „Vertragsabrundungskompetenz“ des Art. 235 EGV (Art. 308 n.F.).¹⁰²

In der wissenschaftlichen Diskussion werden in vorsichtiger Anlehnung an Begriffe aus dem bundesstaatlich geprägten und daher nur mit großen Einschränkungen übertragbaren Verfassungsrecht ausschließliche, konkurrierende und parallele Zuständigkeiten unterschieden.¹⁰³ Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit hat eine vollständige Kompetenzübertragung stattgefunden, die Mitgliedstaaten sind nicht mehr regelungsbefugt. Ausschließliche Zuständigkeitsübertragungen sind selten, angeführt werden etwa die Festlegung von Zolltarifen (Art. 28 EGV, Art. 26 n.F.)¹⁰⁴ oder die gemeinsame Handelspolitik (Art. 113 EGV, Art. 133 n.F.)¹⁰⁵. Bei der konkurrierenden Kompetenz bleiben die Mitgliedstaaten solange rechtssetzungsbefugt, wie die Gemeinschaft von ihrer Kompetenz keinen Gebrauch macht. Danach entfällt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die zunächst konkurrierende verwandelt sich für den abschließend geregelten Bereich in eine ausschließliche.¹⁰⁶ Konkurrierende Kompetenzen sind der Regelfall, auch die marktintegrative Rechtsangleichung nach Art. 100/100a EGV (Art. 94/95 n.F.) wird überwiegend dieser Kategorie zugeordnet.¹⁰⁷ Hier ergeben sich allerdings gewisse Einordnungsschwierigkeiten in formaler und materialer Hinsicht: Formal setzt das (häufig benutzte) Instrument der Richtlinie die Rechts(um)setzungsbefugnis der Mitgliedstaaten voraus, und unter materialem Aspekt stellt die Errichtung des Binnenmarkts eine Querschnittsmaterie dar, welche auf Rechtsgebiete einwirkt, die wiederum in der (primären) Zuständigkeit der

¹⁰¹ Vgl. *Lecheler* Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 100.

¹⁰² *Jarass* AÖR 1996, 173, 178 ff. Siehe dazu näher unten § 3 I 1b, 3a und II 1a.

¹⁰³ Siehe etwa *Bieber* in *Bieber/Ress* (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1987, S. 283, 293 ff.; *Geiger* Grundgesetz und Völkerrecht, § 44 III 2c, S. 253 f.; *Jarass* AÖR 1996, 173, 185 ff.; *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 4 E II, Rn. 342 ff.

¹⁰⁴ *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 4 E II 1 Rndr. 343.

¹⁰⁵ EuGH vom 11.11.1975 - Gutachten 1/75 - Slg. 1975, 1355, 1363.

¹⁰⁶ *Maunz* in *Maunz/Dürig*, Art. 72 Rn. 2 f. für die Kompetenzverteilung im deutschen Bundesstaat; *Jarass* AÖR 1996, 173, 187 spricht von sekundärer ausschließlicher Kompetenz; *Lenaerts/Ypersele* CDE 1994, 3, 14 ff. unterscheiden „compétences exclusives par nature“ und „compétences exclusives par exercice“.

¹⁰⁷ *Jarass* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 13; *Schweitzer/Hummer* Europarecht, § 4 E II 2, Rn. 344; a. A. etwa *Langguth* in *Lenz* (Hrsg.) EG-Vertrag, 1994, Art. 3b Rn. 18. Siehe dazu näher unten § 2 VI 2a im Rahmen des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b Abs. 2 EGV (Art. 5 Abs. 2 n.F.).

Mitgliedstaaten liegen.¹⁰⁸ Damit weist die Befugnis der Gemeinschaft zur (marktintegrativen) Rechtsangleichung Ähnlichkeiten mit der parallelen Zuständigkeit auf.¹⁰⁹ Diese ist durch das Nebeneinander der Kompetenzen von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht gekennzeichnet, ohne daß die Mitgliedstaaten wie im Rahmen der innerstaatlichen Umsetzung von gemeinschaftlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen in ihrer Rechtssetzung durch das Gemeinschaftshandeln rechtlich determiniert sind. Parallele Zuständigkeiten finden sich vor allem im Wettbewerbsrecht (Art. 85 ff. EGV, Art. 81 ff. n.F.),¹¹⁰ und hier weniger interessierend in der Forschungs-, Technologie- und Regionalpolitik. Insgesamt zeichnet sich das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten durch einen weiten Bereich aus, in dem grundsätzlich beide Einheiten tätig werden können und in dem die Zuständigkeiten aufgrund formaler (gemeinschaftsrechtlicher Rechtssetzungsbefehl und innerstaatliche Umsetzung) sowie materialer (finale Zuständigkeit der Gemeinschaft und sachgebietsorientierte der Mitgliedstaaten) Aspekte mehrfach miteinander verflochten sind. Dies stellt gleichzeitig die Leistungsfähigkeit eines an bundesstaatlichen Kategorien ausgerichteten Erklärungsmodells für das Problem der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in Frage.¹¹¹

b) Verfassungsgerichtliche Kontrolle bezüglich der Einhaltung der Kompetenzgrenzen

Der Integrationsgewalt der Gemeinschaft sind somit in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtliche Schranken gesetzt. Daher kommt eine Kontrollaufgabe des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft in Betracht. Dabei können drei Fallgruppen unterschieden werden:¹¹² Im Fall einer verfassungsrechtlich nicht übertragungsfähigen Kompetenzbeanspruchung¹¹³ durch die Gemeinschaft verliert der entsprechende Gemeinschaftsrechtsakt insoweit seine verfassungsrechtliche Ver-

¹⁰⁸ Siehe zu diesem Zuständigkeitsgeflecht von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten *Schwartz* FS Everling, 1995, S. 1331, 1344; *Schwarze* JZ 1998, 1077, 1085; vgl. auch den Ansatz von *Cross* CMLR 1992, 447, 455 ff., die „pre-emption“-Lehre für diese Fragestellung fruchtbar zu machen.

¹⁰⁹ Überwiegend wird daher angenommen, daß den Mitgliedstaaten auch nach Ausübung der Gemeinschaftskompetenzen Rechtssetzungsbefugnisse zustehen, sie aber nach Art. 5 EGV (Art. 10 n.F.) gehindert sind, im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtsakts diesem widersprechende Maßnahmen zu ergreifen, vgl. *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 701 f.; *ders.* EuR 1979, 223, 236 f.; *Schröer* Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, 1992, S. 33 f., 199 f.; a.A. *Bieber* ELR 1988, 147, 153 ff., der für diesen Fall eine Rückübertragung von Gemeinschaftskompetenzen annimmt; nicht eindeutig *Callies* EuZW 1995, 693, 699; *GTE/Taschner* Art. 100 Rn. 20; *Jarass* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 15; *Langeheine* in *Grabitz/Hilf*, Art. 100 Rn. 69.

¹¹⁰ *GTE/Schröter* Vorbem. Art. 85 - 89 Rn. 128.

¹¹¹ So bereits *Ipsen* EuR 1979, 223, 237; ähnlich *Everling* FS Stern, 1997, S. 1227, 1234; *Müller-Graff* NJW 1993, 13, 17; *Rittner* JZ 1995, 849, 851; *Schilling* Yearbook of European Law 14 (1994), S. 203, 234; *Schwarze* JZ 1998, 1077, 1085 f.; *Zuleeg* VersR 1995, 861, 865.

¹¹² Siehe dazu und zum folgenden *Kirchhof* ZfA 1992, 459, 468 f.; *dens.* EuR Beiheft 1/1991, 11, 18 f.

¹¹³ Etwa die Überschreitung der durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gezogenen Grenzen hinsichtlich des Übertragungsgegenstandes, vgl. dazu *Scholz* NVwZ 1993, 817, 821.

bindlichkeit, wie diese Kompetenzbeanspruchung des Gemeinschaftsorgans durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt ist. Diese Fallgruppe dürfte für die hier vorliegende Fragestellung ohne Bedeutung sein.

Weiter ist denkbar, daß die Gemeinschaft eine verfassungsrechtlich zwar grundsätzlich übertragungsfähige, aber nicht übertragene Kompetenz beansprucht, und somit „ultra vires“ handelt. Zum Vertrag über die Europäische Union hat das Bundesverfassungsgericht in der „Maastricht“-Entscheidung ausgesprochen, daß Handlungen der EU-Organe, die jenseits der Handlungsermächtigung des EU-Vertrags liegen, nicht mehr vom Zustimmungsgesetz gedeckt sind und daher innerstaatliche Organe nicht binden.¹¹⁴ Für den Bereich des EG-Vertrags muß freilich beachtet werden, daß insbesondere Art. 173 (Art. 230 n.F.) und Art. 177 (Art. 234 n.F.) EGV dem EuGH die verbindliche Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts und damit auch der Kompetenzgrundlagen des EG-Vertrags zugewiesen haben. Dieser verbindlichen Streitentscheidungsbefugnis durch ein Gemeinschaftsorgan hat der deutsche Integrationsgesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise zugestimmt,¹¹⁵ die Mitgliedstaaten müssen daher auch ein mögliches Fehlurteil des EuGH hinnehmen.¹¹⁶ Die verfassungsrechtliche Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kann allerdings dort ansetzen, wo der EuGH möglicherweise seinen Auftrag als Rechtsprechungsorgan überschreitet. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung über die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien festgestellt, „es sei verfassungsrechtlich erheblich, ob eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne von Art. 24 GG sich in den Grenzen der ihr übertragenen Hoheitsrechte hält oder aus ihnen ausbricht“.¹¹⁷ Im Anschluß daran prüft es, ob der EuGH bei seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien¹¹⁸ sich noch in den Bahnen der allgemein anerkannten Methodik der Rechtsfortbildung bewegt hat. Die für das Gemeinschaftsrecht letztverbindliche Streitentscheidungskompetenz des EuGH wird somit vom Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtlich nur insoweit akzeptiert, wie der EuGH spezifische Funktionen der rechtsprechenden Gewalt wahrnimmt und nicht seinerseits lediglich dem Gemeinschaftsgesetzgeber oder gar den Vertragsparteien zustehende Rechtsschöpfung betreibt.¹¹⁹ Bei Dissens von Bundesverfassungsgericht und EuGH über die Grenzziehung kann diese Konfliktlage juristisch nicht aufgelöst werden. Spätestens an dieser Stelle zeigt sich, daß die Konzeption des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht als dem von zwei autonomen Rechtsordnungen mit jeweils letztverbindlich entscheidenden (Verfassungs)Gerichtsbarkeiten Loyalitätskonflikte deutscher Staatsorgane zwischen Verfassungsbindung einerseits und Beachtung der Gemeinschaftsrechtsordnung andererseits erzeugen kann.¹²⁰

¹¹⁴ BVerfGE 89, 155, 188.

¹¹⁵ *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Rn. 137; s. a. *Hirsch* VSSR 1996, 159, 165 f.

¹¹⁶ *Kirchhof* ZfA 1992, 459, 468; *Klein* GS Grabitz, 1995, S. 271, 281; *Meesen* NJW 1994, 549, 552; s. a. *Heintzen* AÖR 1995, 564, 585 f.

¹¹⁷ BVerfGE 75, 223, 242; zu Art. 23 Abs. 1 n. F. BVerfGE 89, 155, 188.

¹¹⁸ EuGH vom 19.1.1982 - Rs. 8/81 - Slg. 1982, 53, 70 Rn. 17 ff. (*Becker/Finanzamt Münster*). Siehe dazu näher unten § 7 I 3a.

¹¹⁹ *Kirchhof* EuR Beiheft 1/1991, 11, 19; siehe dazu *Everling* GS Grabitz, 1995, S. 57, 70; *Götz* JZ 1993, 1081, 1084; *Klein* GS Grabitz, 1995, S. 271, 282; *Lenz* NJW 1993, 3038. Zur grundsätzlichen Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung siehe unten § 17 I.

¹²⁰ Siehe dazu *v. Bogdandy/Nettesheim* in Grabitz/Hilf, Art. 1 Rn. 40; *Heintzen* AÖR 1995, 564, 583 ff.; *Isensee* FS Stern, 1997, S. 1239, 1263 ff.; *E. Klein* GS Grabitz, 1995, S. 271, 280 ff.; *Stein-*

Bei der dritten Fallgruppe – Verstoß von einfachgesetzlichem deutschem Recht gegen EG-Recht – besteht grundsätzlich keine Kontrollzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Es wacht lediglich über die Einhaltung des in Art. 177 EGV (Art. 234 n.F.) vorgeschriebenen Verfahrens arbeitsteiliger Rechtsfindung zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH anhand des Maßstabs der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).¹²¹

c) Fazit

Für die hier vorliegende Fragestellung kann man aus dieser kursorischen Übersicht über die Kompetenzverteilung und die verfassungsgerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Kompetenzgrenzen folgern: Kompetenzrechtliche Überlegungen aus Gründen des deutschen Verfassungsrechts sind insbesondere im Kontext der Binnenmarktrechtssetzung kaum geeignet, Tätigkeiten der Gemeinschaftsorgane in Schranken zu setzen. Selbst wenn insoweit Bundesverfassungsgericht und EuGH unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite der Kompetenzgrenzen haben würden, würde dies erst dann gegen deutsches Verfassungsrecht verstoßen, wenn der EuGH nicht mehr rechtsprechende Funktionen ausübt. Für die hier interessierenden Fallgestaltungen dürfte dies in der Regel auscheiden.

IV. Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts

Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird im EG-Vertrag nicht ausdrücklich angesprochen. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung jedoch häufig auf diesen Grundsatz der einheitlichen Anwendung und praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts rekurriert.¹²² Für die Reichweite und Intensität von Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft ist er von besonderer Bedeutung.

1. Normativer oder deskriptiver Gehalt?

Als erstes bedarf der Klärung, ob diesem Grundsatz normative Bedeutung zukommt, oder ob er sich lediglich als verdichtete Beschreibung von dem erweist, was die Gemeinschaftsrechtsordnung als dogmatisches Instrumentarium zur Sicherung ihrer einheitlichen Gel-

berger in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 25, 34: politische Auflösung der Konfliktlage.

¹²¹ BVerfGE 75, 223, 233 f.; BVerfGE 82, 159, 192. Zum Maßstab des gesetzlichen Richters siehe näher unten § 8 II 4b, aa.

¹²² Siehe dazu und zum folgenden insbesondere *Nettesheim* GS Grabitz, 1995, S. 447, 454 ff. m.w.N.

tung vorsieht – also insbesondere die Doktrin des Vorrangs und der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten. Bei einem deskriptiven Verständnis – im zuletzt genannten Fall – könnten aus einem Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht mehr Rechtsfolgen abgeleitet werden, als in der Gemeinschaftsrechtsordnung bereits angelegt sind. Der EuGH betont in zahlreichen Entscheidungen die Bedeutung dieses Grundsatzes.¹²³ So weist er etwa in der „Süderdithmarschen“-Entscheidung darauf hin, daß die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts ein Grunderfordernis der Gemeinschaftsrechtsordnung ist, und leitet daraus eine konkrete Rechtsfolge ab, nämlich, daß „jedenfalls für die Aussetzung der Vollziehung von auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden Verwaltungsakten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in allen Mitgliedstaaten einheitliche Regeln gelten müssen“, obwohl das Verfahren hinsichtlich Ausgestaltung und Sachverhaltsfeststellung dem nationalen Prozeßrecht unterliegt.¹²⁴ Dies spricht deutlich dafür, dem Grundsatz eine normative Bedeutung zuzumessen; in ihm verkörpert sich eine Grundvoraussetzung der Geltung des Gemeinschaftsrechts im innerstaatlichen Rechtsraum.¹²⁵

Allerdings ist damit noch nichts über seine Tragweite und Funktion als Maßstab in einem konkreten Fall gesagt. *Nettesheim* hat hierzu aus rechtstheoretischer Perspektive auf drei Bedeutungsmöglichkeiten hingewiesen:¹²⁶ Es könnte sich lediglich um einen vorrechtlichen Maßstab handeln, an dem eine rechtliche Entscheidung auf ihren Gerechtigkeitsgehalt zu überprüfen wäre. Außerdem kann der Grundsatz einen normativ gebotenen Zielzustand markieren, der bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sei, wegen seines hohen Abstraktionsniveaus allerdings der Konkretisierung bedürfte, bevor er Eingang in die teleologische Argumentation in einem Einzelfall finden könne. Schließlich könnte der Grundsatz als Rechtsprinzip im Sinne des Prinzipienmodells von *Alexy*¹²⁷ verstanden werden. Dann bestünde insoweit für den Rechtsanwender ein in jedem Einzelfall rechtlich verbindliches Optimierungsgebot, welches mit gegenläufigen und unter Umständen kollidierenden anderen Rechtsprinzipien abgewogen werden müßte. Für ein solches Verständnis spricht *Nettesheim* zufolge zwar das Vorgehen des EuGH bei der dogmatischen Entwicklung des Grundsatzes einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts; es müsse allerdings beachtet werden, daß dies letztlich zu einer Kontrolle jeglichen mitgliedstaatlichen Rechts anhand dieses Grundsatzes führe, da nahezu jede Vorschrift des innerstaatlichen Rechts die empirische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinflussen könne; sämtliches nationales Recht stünde dann im gemeinschaftsrechtlichen Prinzipiengeflecht und müßte sich an ihm messen lassen.¹²⁸ Diese zutreffenden Überlegungen weisen darauf hin, daß ein Verständnis des Grundsatzes einheitlicher Wirksamkeit des Gemein-

¹²³ Vgl. etwa EuGH vom 19.6.1990 - Rs. C-213/89 - Slg. 1990, I-2433, 2473 Rn. 20 (The Queen/Secretary of State for Transport, Factortame); EuGH vom 9.3.1978 - Rs. 106/77 - Slg. 1978, 629, 645 Rn. 21/23 (Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal).

¹²⁴ EuGH vom 21.1.1991 - verb. Rs. C-143/88, 92/89 - Slg. 1991, I-415, 542 Rn. 26 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Soest/HZA Itzehoe, Paderborn); siehe auch EuGH vom 22.10.1987 - Rs. 314/85 - Slg. 1987, 4199, 4231 Rn. 15 (Foto Frost/HZA Lübeck).

¹²⁵ Ebenso deutlich Generalanwalt *van Gerven* Schlußantrag EuGH vom 2.8.1993 - Rs. C-271/91 - Slg. 1993, I-4367, 4387 Rn. 11 (Marshall/Sothampton Health Authority): Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts grundlegende Forderung der Gemeinschaftsrechtsordnung.

¹²⁶ *Nettesheim* GS Grabitz, 1995, S. 447, 464.

¹²⁷ *Alexy* Rechtstheorie Beiheft 1, 1979, 59, 82 ff.

¹²⁸ *Nettesheim* GS Grabitz, 1995, S. 447, 465.

schaftsrechts als eine Rechts(Prinzipien)Norm im Sinne des vorgenannten Prinzipienmodells auf noch nicht endgültig geklärte Grundfragen des Verhältnisses von Gemeinschafts- zu innerstaatlichem Recht treffen würde. Dies spricht dagegen, den Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts jedenfalls derzeit als ein in jedem Einzelfall wirkendes Optimierungsgebot zu begreifen, welches lediglich durch andere gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundsätze begrenzt sein würde. Dem Grundsatz einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts kommt demnach kein von vornherein absoluter Gehalt zu, mit dem er mit anderen gegenläufigen Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müßte. Vielmehr muß sein konkreter Aussagegehalt erst jeweils im Einzelfall ermittelt werden, um aus diesem Grundsatz teleologische Argumente gewinnen zu können. Der Grundsatz einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts bezeichnet mithin einen normativ gebotenen Zielzustand, dessen Inhalt sich aus dem institutionellen Gefüge der Gemeinschaft und ihrem Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Mitgliedstaaten erschließt.¹²⁹ Bevor es also zu einer Kollision mit anderen gegenläufigen Rechtsprinzipien kommen kann, muß der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts im Einzelfall erst konkretisiert werden.

2. Der Grundsatz einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts als Ausprägung des Gleichheitssatzes

Für die zu leistende Konkretisierung ist es nützlich, sich zu vergegenwärtigen, daß sich der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts auf den Gleichheitssatz zurückführen läßt. Im Hinblick auf formale Gleichbehandlung bedeutet dies, daß eine Rechtsnorm auf jeden von ihr erfaßten Sachverhalt tatsächlich angewandt wird. Dies ist jenseits des innerstaatlichen Bereichs nicht selbstverständlich. So spricht das allgemeine Völkerrecht Individuen grundsätzlich nur vermittelt über die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten an.¹³⁰ Hätte das Gemeinschaftsrecht ausschließlich an diese Regelungsmechanismen des Völkerrechts angeknüpft, wäre es unangeachtet von völkerrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten im wesentlichen den Mitgliedstaaten überlassen, den normativen Gehalt der Rechte und Pflichten der Bürger aus gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten zu bestimmen; die formal gleiche Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf gleiche Sachverhalte in allen Mitgliedstaaten wäre gefährdet, weil nicht auszuschließen wäre, daß Umfang und Reichweite der jeweiligen Pflichtenstellung der Individuen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergierten. Dies war ein wesentliches Argument für den EuGH, den grundsätzlichen Durchgriff und Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor innerstaatlichem Recht als die wesentlichen dogmatischen Verkörperungen des Grundsatzes der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts auszusprechen.¹³¹

¹²⁹ In der Tendenz ähnlich *v. Bogdandy* GS Grabitz, 1995, S. 17, 22: „komplexe Abwägung zwischen mitgliedstaatlicher Gestaltungsautonomie und Gemeinschaftsinteresse an der Wirksamkeit der Bestimmungen“.

¹³⁰ Vgl. *Geiger* Grundgesetz und Völkerrecht, § 6 II 2, S. 20.

¹³¹ EuGH vom 15.7.1964 - Rs. 6/64 - Slg. 1964, 1253, 1270 (*Costa/E.N.E.L.*); EuGH vom 9.3.1978 - Rs. 106/77 - Slg. 1978, 629, 643 Rn. 14/16 (*Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal*).

Diese Überlegung lenkt den Blick allerdings gleichzeitig auf die vorstehend angesprochene inhaltliche Begrenzung des normativen Gehalts dieses Grundsatzes aufgrund sonstiger institutioneller gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Dieser ist dort stark ausgeprägt, wo das Gemeinschaftsrecht selbst den unmittelbaren Durchgriff in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten anordnet, und schwächt sich in dem Maße ab, in dem das Gemeinschaftsrecht selbst „Filterungsmöglichkeiten“ durch die Mitgliedstaaten zulässt und seine „ungleiche“ Anwendung und Behandlung in den einzelnen Mitgliedstaaten partiell akzeptiert. Im Hinblick auf die instrumentelle Seite, also die Handlungsformen der Gemeinschaft, trifft diese Feststellung insbesondere auf umsetzungsbedürftige Rechtsakte wie beispielsweise Richtlinien zu. Diese Handlungsform wurde gerade deshalb geschaffen, um die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten zu schonen.¹³² Insoweit kann sich der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nur auf den mit dieser Handlungsform prinzipiell erreichbaren Gleichbehandlungserfolg bezüglich der Rechtsunterworfenen in den einzelnen Mitgliedstaaten beziehen. Hinsichtlich der inhaltlichen Dimension bedeutet dies, daß die einheitliche Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts durch Einräumung von Gestaltungsspielräumen oder von Vorbehalten zugunsten der Mitgliedstaaten ebenfalls von vornherein beschränkt sein muß.

Die gleichmäßige Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist allerdings nicht nur in formaler, sondern auch in materialer Hinsicht zu gewährleisten. Dies bedeutet, daß eine Norm des Gemeinschaftsrechts für vergleichbare Sachverhalte in allen Mitgliedstaaten gleiche tatsächliche Wirkung zeitigen soll. Die Gemeinschaftsrechtsordnung ist wegen ihrer Unvollständigkeit in vielen Bereichen in besonderem Maße auf die Mitwirkung der innerstaatlichen Rechtsordnungen angewiesen. Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts, die Regelung des Organisations- und Verwaltungsverfahrensrechts sowie der gerichtliche Rechtsschutz obliegen mangels Vereinheitlichung bzw. Harmonisierung in diesem Bereich den Mitgliedstaaten. Die Anwendung von mitgliedstaatlichem Recht beim Vollzug von Gemeinschaftsrechtsakten darf – so das Postulat des EuGH – die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen; außerdem darf die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts nicht weniger wirksam sein als die „nationale Durchführungspraxis“¹³³ bei vergleichbaren nationalen Regelungen.¹³⁴ Mit dem zuletzt genannten Aspekt lenkt der

¹³² *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 455. Zur dogmatischen Struktur der Richtlinie siehe näher unten § 7 I.

¹³³ So plastisch Generalanwalt *Verloren van Themaat* Schlußantrag EuGH vom 6.5.1982 - Rs. 54/81 - Slg. 1982, 1449, 1471 Rn. 3 (Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung).

¹³⁴ Siehe etwa EuGH vom 6.5.1982 - Rs. 54/81 - Slg. 1982, 1449, 1463 Rn. 6 (Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); EuGH vom 16.12.1976 - Rs. 33/76 - Slg. 1976, 1989, 1998 Rn. 5 (Rewe/Landwirtschaftskammer Saarland); EuGH vom 16.12.1976 - Rs. 45/76 - Slg. 1976, 2043, 2053 Rn. 11/18 (Comet/Produktschap voor Siergewassen); EuGH vom 27.2.1980 - Rs. 68/79 - Slg. 1980, 501, 522 f. Rn. 25 (Just/Ministerium für das Steuerwesen); EuGH vom 10.7.1980 - Rs. 811/79 - Slg. 1980, 2545, 2554 f. Rn. 12 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Ariete); EuGH vom - Rs. 826/79 - Slg. 1980, 2559, 2574 f. Rn. 13 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Mireco); EuGH vom 9.11.1983 - Rs. 199/82 - Slg. 1983, 3595, 3612 f. Rn. 12 ff. (Amministrazione delle Finanze dello Stato/San Giorgio); EuGH vom 5.3.1980 - Rs. 265/78 - Slg. 1980, 617, 629 Rn. 10 (Ferwerda/Produktschap vor Vee en Vlees); EuGH vom 27.3.1980 - Rs. 61/79 - Slg. 1980, 1205, 1226 Rndr. 25 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Denkavit); EuGH vom 12.6.1980 - Rs. 119, 126/79 - Slg. 1980, 1863, 1879 Rn. 10 (Lippische Hauptgenossenschaft/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); EuGH vom 6.5.1982 - Rs. 146, 192,

EuGH den Blick auf die gleichmäßige Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis zu rein innerstaatlichen Vorgängen und schreibt diesen Maßstab gewissermaßen als Mindeststandard fest.¹³⁵

3. Vorliegen einer Wirksamkeitsbeeinträchtigung

a) EuGH-Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht

Der EuGH hat für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Wirksamkeitsbeeinträchtigung des Gemeinschaftsrechts vorliegt, keine sehr präzisen Maßstäbe vorgegeben. Das Gericht war damit in Fallgestaltungen befaßt, in denen an Marktbürger gewährte Prämien bzw. Beihilfen oder von ihnen entrichtete Abgaben bzw. Gebühren gegen unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, etwa Art. 13 EWGV oder verschiedene Gemeinschaftsverordnungen, verstießen; es ging dann um die Ausgestaltung der Rückforderung nach Maßgabe des innerstaatlichen allgemeinen Verwaltungs- oder Verfahrensrechts.¹³⁶ So hat der EuGH beispielsweise eine Wirksamkeitsbeeinträchtigung des Gemeinschaftsrechts angenommen, wenn die Erfüllung einer bestimmten Beweislast aufgrund einer nationalen Vorschrift für die Marktbürger unmöglich wurde und sie damit eine unter Verstoß gegen Art. 13 EWGV entrichtete Abgabe nicht zurückerlangen konnten;¹³⁷ die Berücksichtigung von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit im Rahmen von § 48 VwVfG bei der Aufhebung von rechtswidrigen (Zuwendungs)-Verwaltungsakten hat das Gericht akzeptiert, weil diese Gesichtspunkte auch dem Gemeinschaftsrecht und den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten immanent seien, dann aber gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit der Berufung auf den Vertrauens-

193/81 - Slg. 1982, 1503, 1533 Rn. 22, 30 (BayWa/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); EuGH vom 21.9.1983 - verb. Rs. 205-215/82 - Slg. 1983, 2633, 2665 f. Rn. 17 ff. (Deutsche Milchkontor/Deutschland); EuGH vom 20.9.1990 - Rs. C-5/88 - Slg. 1990, I-3437, 3456 f. Rn. 12 f. (Kommission/Deutschland); EuGH vom 10.7.1997 - Rs. C-261/95 - Slg. 1997, I-4025, 4046 Rn. 27 (Palmisani/INPS).

¹³⁵ Deutlich bei Generalanwalt *Verloren van Themaat* Schlußantrag EuGH vom 6.5.1982 - Rs. 54/81 - Slg. 1982, 1449, 1470 f. Rn. 3 (Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); *Prechal* CMLR 1998, 681, 687; *Streinz* FS Everling, 1995, S. 1491, 1501: „Effizienz-“ und „Diskriminierungsverbot“; siehe aber auch EuGH vom 9.11.1983 - Rs. 199/82 - Slg. 1983, 3595, 3614 Rn. 17 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/San Giorgio); Generalanwalt *van Gerven* Schlußantrag EuGH vom 2.8.1993, Slg. 1993, I-4367, 4389 Rn. 15 (Marshall/Southampton Health Authority).

¹³⁶ Vgl. etwa EuGH vom 6.5.1982 - Rs. 54/81 - Slg. 1982, 1449 (Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung); EuGH vom 16.12.1976 - Rs. 33/76 - Slg. 1976, 1989 (Rewe/Landwirtschaftskammer Saarland); EuGH vom 16.12.1976 - Rs. 45/76 - Slg. 1976, 2043 (Comet/Produktschap voor Siergewassen); EuGH vom 10.7.1980 - Rs. 811/79 - Slg. 1980, 2545 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Ariete); EuGH vom - Rs. 826/79 - Slg. 1980, 2559 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Mireco); EuGH vom 5.3.1980 - Rs. 265/78 - Slg. 1980, 617, 629 Rn. 10 (Ferwerda/Produktschap voor Vee en Vlees); EuGH vom 27.3.1980 - Rs. 61/79 - Slg. 1980, 1205, 1226 Rndr. 25 (Amministrazione delle Finanze dello Stato/Denkavit); EuGH vom 20.3.1997 - Rs. C-24/95 - JZ 1997, 722 (Rheinland Pfalz/Alcan).

¹³⁷ Siehe etwa EuGH vom 9.11.1983 - Rs. 199/82 - Slg. 1983, 3595, 3612 f. Rn. 12 ff. (Amministrazione delle Finanze dello Stato/San Giorgio).

schutz der begünstigten Marktbürger aufgestellt.¹³⁸ Die beiden letztgenannten Entscheidungen zeigen deutlich, daß das Gewicht des Gemeinschaftsinteresses an der Wiederherstellung eines gemeinschaftsrechtskonformen Zustands eine nicht unerhebliche Rolle spielt.¹³⁹ Darüber hinaus wird man die Anforderungen des EuGH dahin zusammenfassen können, daß eine nationale Regelung, die bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht anzuwenden wäre, die einheitliche Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts umso weniger beeinträchtigt, je mehr sich eine solche oder ähnliche Vorschrift in anderen Rechtsordnungen oder im Gemeinschaftsrecht selbst findet.¹⁴⁰ Mit dieser Rechtsprechung ist der EuGH jedenfalls in bezug auf Rechtsakte wie Verordnungen, die im innerstaatlichen Bereich unmittelbar wirksam werden, recht tief in die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten eingedrungen.¹⁴¹

b) EuGH-Judikatur im Privatrecht

Auf dem hier mehr interessierenden Gebiet des Privatrechts hat der Grundsatz der einheitlichen und praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts Bedeutung erlangt bei der Frage, welche Rechtsfolgen die Mitgliedstaaten für Verstöße Privater gegen Pflichten aus einer Richtlinie normieren müssen, wenn diese insoweit Regelungsspielräume für die Mitgliedstaaten eröffnet hat.¹⁴² So hat der EuGH beispielsweise in Zusammenhang mit der Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG wiederholt ausgesprochen, die Mitgliedstaaten müßten Sanktionen auch privatrechtlicher Art so ausgestalten, daß die praktische Wirksamkeit der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtspositionen nicht beeinträchtigt werde.¹⁴³ Der EuGH hat seine Anforderungen aufgrund dieser Erwägungen immer weiter ausdifferenziert und vielfach mitgliedstaatliche Regelungen als nicht damit vereinbar betrachtet.¹⁴⁴ Diese Rechtsprechung greift punktuell tief in die mitglied-

¹³⁸ EuGH vom 21.9.1983 - verb. Rs. 205-215/82 - Slg. 1983, 2633, 2665 f. Rn. 17 ff. (Deutsche Milchkontor/Deutschland).

¹³⁹ Ebenso deutlich in diese Richtung Sinne EuGH vom 20.9.1990 - Rs. C-5/89 - Slg. 1990, I-3437, 3456 f. Rn. 12 f. (Kommission/Deutschland); EuGH vom 20.3.1997 - Rs. C-24/95 - JZ 1997, 722, 723 Rn. 24 f. (Rheinland Pfalz/Alcan): Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfe; EuGH vom 10.7.1990 - Rs. C-217/88 - Slg. 1990, I-2878, 2903 ff. Rn. 13 ff. (Kommission/Deutschland): Durchführung einer Verordnung zur Regelung des Weinmarktes.

¹⁴⁰ Siehe dazu *Nettesheim* GS Grabitz, 1995, S. 447, 460.

¹⁴¹ Vgl. die sich in diesem Zusammenhang in der Literatur entwickelnden Ansätze einer Dogmatik eines „Europäischen Verwaltungsrechts“ etwa *Classen* NJW 1995, 2457, 2467 ff.; *Schoch* JZ 1995, 109, 112; *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 ff.; *Zuleeg* VVDStRL 53 (1994), 154, 155 ff.

¹⁴² Deutlich Generalanwältin *Rozès* Schlußantrag EuGH vom 10.4.1984 - Rs. 14/83 - Slg. 1984, 1891, 1916 f. Rn. 2 f. (von Colson, Kamann/Land Nordrhein-Westfalen).

¹⁴³ EuGH vom 10.4.1984 - Rs. 14/83 - Slg. 1984, 1891, 1908 Rn. 23 (von Colson, Kamann/Land Nordrhein-Westfalen); EuGH vom 10.4.1984 - Rs. 79/83 - Slg. 1984, 1921, 1941 Rn. 23 (Harz/Tradax); EuGH vom 8.11.1990 - Rs. C-177/88 - Slg. 1990, I-3941, 3976 Rn. 24 (Dekker/VJV Centrum); EuGH vom 22.4.1997 - Rs. C-180/95 - Rs. C-180/95 - Slg. 1997, I-2195, 2222 Rn. 24 f. (Draehmpaehl/Urania).

¹⁴⁴ Vgl. EuGH vom 8.11.1990 - Rs. C-177/88 - Slg. 1990, I-3941, 3976 Rn. 24 (Dekker/VJV Centrum): Unzulässigkeit von Rechtfertigungsgründen und Verschuldenserfordernis; EuGH vom 22.4.1997 - Rs. C-180/95 - Rs. C-180/95 - Slg. 1997, I-2195, 2222 Rn. 24 f. (Draehmpaehl/Urania);

staatliche Regelungsautonomie ein¹⁴⁵ und ist vor diesem Hintergrund nicht unproblematisch; immerhin handelt es sich um eine Richtlinie, deren Wortlaut – vom Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in Art. 6 RL 76/207/EWG abgesehen – keine präzisen in diese Richtung weisenden normativen Vorgaben aufstellt.¹⁴⁶ Der Grundsatz der einheitlichen praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird hier bereits durch die Richtlinie 76/207/EWG insoweit inhaltlich ausgeformt, als diese die Sanktionierung von Rechtsverstößen in die Hände der Mitgliedstaaten legt und damit die einheitliche Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts von vornherein von der Vermittlung durch die Mitgliedstaaten abhängig macht. Dies würde dafür sprechen, die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle bezüglich der praktischen Wirksamkeit gewissermaßen auf den Mindeststandard zu beschränken, also darauf, ob der Mitgliedstaat Verstöße gegen gemeinschaftsrechtlich begründete Rechtspositionen nach gleichen Regeln ahndet wie vergleichbare Verstöße im Rahmen von rein innerstaatlichen Sachverhalten.¹⁴⁷ In eine andere Richtung führt demgegenüber die Überlegung, daß für die Beurteilung des Grades der Wirksamkeitsbeeinträchtigung des Gemeinschaftsrechts das Gewicht des beeinträchtigten gemeinschaftsrechtlichen Interesses ebenfalls herangezogen werden muß – und dieses wiegt im Rahmen der Richtlinie 76/207/EWG schwer:¹⁴⁸ die innerstaatlichen Sanktionsregeln zur Sicherung der Anforderungen dieser Richtlinie sollen die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau gewährleisten, welcher in Art. 119 EGV (Art. 141 n.F.) für einen bestimmten Bereich eine normative Ausprägung gefunden hat und wegen seiner Grundrechtsrelevanz zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört.¹⁴⁹

Dieses Beispiel zeigt anschaulich, daß zur Beantwortung der Frage, wann eine Wirksamkeitsbeeinträchtigung einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschrift durch innerstaatliches Recht anzunehmen ist, eine Vielzahl von Kriterien zu berücksichtigen sind. Dazu gehören der gemeinschaftsrechtliche Rechtsakt, in welchem die Vorschrift verkörpert ist, das Gewicht der innerstaatlichen Vorschrift im Hinblick auf seine Verbreitung und seine Zwecksetzung, die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung, welcher Wirksamkeit verliehen werden soll, im Gefüge der Gemeinschaftsrechtsordnung.

4. Fazit

Der Grundsatz einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beschreibt einen normativ verbindlichen Zielzustand und bedarf der Konkretisierung, bevor aus ihm teleologi-

EuGH vom 2.8.1993 - Rs. C-271/91 - Slg. 1993, I-4367, 4409 Rn. 32 (Marshall/Southampton): Unzulässigkeit von Begrenzung einer Entschädigung auf einen Höchstbetrag.

¹⁴⁵ Vgl. auch die Bewertung von *Blomeyer* NZA 1994, 633, 637; *Käppler* in Europäische Perspektiven - Perspektiven für Europa, Ringvorlesung an der Universität Osnabrück, 1995, S. 59, 61 f.

¹⁴⁶ Siehe dazu unter dem Aspekt der teleologischen Auslegung im Rahmen von Richtlinien ausführlich unten § 13 II 3b.

¹⁴⁷ Vgl. zu diesen Anforderungen EuGH vom 21.9.1989 - Rs. 68/88 - Slg. 1989, 2965, 2984 f. Rn. 23 f. (Kommission/Griechenland); EuGH vom 22.4.1997 - Rs. C-180/95 - Slg. 1997, I-2195, 2222 Rn. 29 (Draehmpaehl/Urania).

¹⁴⁸ Deutlich in diesem Sinn Generalanwältin Rozès Schlußantrag EuGH vom 10.4.1984 - Rs. 14/83 - Slg. 1984, 1891, 1918 Rn. 4 (von Colson, Kamann/Land Nordrhein-Westfalen).

¹⁴⁹ Siehe bereits oben § 2 II 2b.

sche Argumente abgeleitet werden. Dieser Grundsatz reicht inhaltlich nur soweit, wie die Gemeinschaftsrechtsordnung selbst in instrumentaler und materieller Hinsicht auf gleichmäßige Anwendung in den Mitgliedstaaten angelegt ist. Als Mindeststandard dient das Diskriminierungsverbot, wonach die Anwendung innerstaatlichen Rechts in Vollzug von Gemeinschaftsrecht dieses nicht schlechter stellen darf als bei vergleichbaren Sachverhalten ohne gemeinschaftsrechtliche Implikationen. Die Anwendung des Grundsatzes einheitlicher Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten verlangt eine komplexe Abwägung zwischen mitgliedstaatlicher Gestaltungsautonomie und dem Gemeinschaftsinteresse an der Wirksamkeit der konkreten Rechtsnorm. Dabei sind eine Vielzahl von Faktoren zu berücksichtigen, wie etwa Gewicht, Bedeutung und Zwecksetzung von gemeinschaftsrechtlicher, einheitliche Wirksamkeit erheischender und innerstaatlicher, deren Wirksamkeit beschränkender Rechtsvorschrift.

V. Die rechtliche Einbindung von „nationalen Alleingängen“ als Strukturprinzip der Gemeinschaft?

1. Fragestellung

Für das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ist charakteristisch, daß eine eindeutige Kompetenzabgrenzung nicht existiert. Versuche, die Rechtssphären von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten nach sachgebietsorientierten Kompetenzen abzugrenzen, können das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaat nicht hinreichend beschreiben.¹⁵⁰ Sachgebiete, in denen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten gleichermaßen handlungsbefugt sind, nehmen breiten Raum ein.¹⁵¹ Bei sachgebietsorientierter Abgrenzung treten gleichzeitige Zuständigkeiten von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten vor allem bei einem Haupttätigkeitsfeld der Gemeinschaft – der Herstellung und Aufrechterhaltung des Binnenmarkts – zu Tage. Die Verwirklichung des Binnenmarkts ist eine final auf einen Zielzustand ausgerichtete Querschnittsaufgabe, welche in nahezu alle wirtschaftsrelevanten Sachgebiete hineinreicht und auch solche nicht wirtschaftlichen Charakters betreffen kann.¹⁵² Eine Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft für alle Sachgebiete, welche die Herstellung des Binnenmarkts berühren, würde die Mitgliedstaaten nahezu vollständig ihrer Handlungsbefugnisse auf wirtschaftlichem Gebiet berauben. Davon zeugt die Fülle der auf Art. 100a EGV (Art. 95 n.F.) gestützten Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft.¹⁵³ Damit würde beispielsweise kontrastieren, daß die Mitgliedstaaten als Staaten im

¹⁵⁰ Siehe vorstehend § 2 III 2a.

¹⁵¹ Vgl. *Weiler* 100 YLJ (1991), 2403, 2436; s. a. *Zuleeg* DVBl. 1992, 1329, 1335.

¹⁵² Vgl. nur EuGH vom 28.11.1989 - Rs. C-379/87 - Slg. 1989, 3967 (Groener/Minister for Education): Anforderungen an die Kenntnisse der Landessprache von Grundschullehrern in Irland als Problem der Arbeitnehmerfreizügigkeit; EuGH vom 30.3.1993 - Rs. C-168/91 - Slg. 1993, 1191 (Konstantinidis): Transliteration eines Namens als Problem der Niederlassungsfreiheit; vgl. auch *Barents* CMLR 1993, 85; *Everling* FS Stein, 1997, S. 1227, 1230.

¹⁵³ Siehe dazu den Maßnahmenkatalog im Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Vollendung des Binnenmarkts, KOM (85) 310 endg., S. 10 ff., 23 ff., 33 ff.