

Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin

Joerges, Christian

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C. (2007). *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin*. (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62941-0>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
an der Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges

**Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des
Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin**

ZERP-Diskussionspapier 1/2006

IMPRESSUM

Herausgeber: Zentrum für Europäische
Redaktion: Rechtspolitik an der
Vertrieb: Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen

Schutzgebühr: €8,- (zzgl. Versandkosten)

Nachdruck: Nur mit Genehmigung des
Herausgebers

ISSN: 0947 — 5729

Bremen, im Januar 2006

Danksagung

Dieser Essay beruht auf der „Second Annual Herbert L. Bernstein Memorial Lecture“ vom 16. September 2003 an der Duke University School of Law, Durham, NC. Die Vortragsfassung wurde – nach einer zügigen Ablehnung durch die Herausgeber der *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* – auf Italienisch, Englisch und schließlich doch auch auf Deutsch publiziert (“Europeanizzazione come processo: Tensioni tra la logica dell’integrazione e la logica della codificazione”, in Marisa Meli & Mara Rosaria Maugeri (eds.), *L’armonizzazione del diritto privato europeo*, Milano: Giuffrè 2004, 43-62; “Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law”, *European Public Law* 11 (2005) 62-82; „Europäisierung als Prozess: Überlegungen zur Vergemeinschaftung des Privatrechts“, in: Horst Eidenmüller, Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Christiane Wendehorst, Johannes Adolff (Hg.), *Festschrift für Andreas Heldrich*, München: C.H. Beck 2005, 205-224. Die hier vorgelegte Ausarbeitung des Vortrags wurde den Erwartungen meiner Gastgeber entsprechend zuerst auf Englisch publiziert: The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline, *Duke Journal of Comparative and International Law* 24 (2005) 149-196; Daniel Augenstein und Florian Rödl, beide Florenz, haben den Text ins Deutsche übertragen – und ihn bei diesem Über-Setzen vielfach verbessert. Ihnen, aber auch einer ganzen Reihe weitere Kommentatoren, Zuhörer und Leser bin ich zu Dank verpflichtet, insbesondere: Ralf Michaels in Durham, NC, Christoph Schmid, damals in Florenz; Isabel Jaramillo und Fernanda Nicolà in Cambridge, MA.

“*L’essentiel est invisible pour les yeux*”, erklärt *Der Kleine Prinz* in Antoine de Saint Exupéry’s berühmter Novelle. Meine Gastgeber in Duke konnten nicht wissen, warum dies für mich eine ganz besondere Einladung war: In meiner Dissertation (*Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts: Die “Governmental Interest Analysis” und die “Krise des Internationalen Privatrechts”*, Berlin-Tübingen 1971) hatte ich mich von Dukes berühmtestem Kollisionsrechtler, Brainerd C. Currie, beeindrucken lassen. Die Publikation meiner Kritik an der Savignianischen Tradition gestaltete sich schwierig, nicht nur, aber auch in der Reihe des Hamburger MPI. Dessen Direktor, Konrad Zweigert, holte jedoch den Rat eines jungen Professors ein, der gerade aus Amerika zurückgekehrt war und sich in beiden Rechtskreisen auskannte: Es war Herbert Bernstein, der seinerzeit meine Arbeit in Schutz nahm und dadurch ihre Publikation ermöglichte. Erst Jahrzehnte später, nämlich auf einem Symposium in Bonn über die Flucht deutschsprachiger Juristen in die amerikanische Emigration, erfuhr ich, dass wir eine zweites gemeinsames thematisches Interesse hatten [zu Herbert Bernsteins Lebensgeschichte vgl. eindrucksvoll und einfühlsam *Paul H. Haa-*

gen, A Hamburg Childhood: The Early Life of Herbert Bernstein, *Duke Journal of Comparative and International Law* 13 (2003) 7-60]. – Gerne hätte ich meine kleine Instituts-Geschichte mit einer Publikation in *Rabels Zeitschrift* zum Abschluss gebracht. Dies verbot sich, weil die Zeitschrift die Publikation von in fremder Sprache vorveröffentlichten Manuskripten ablehnt. Dem inhaltlichen Vorbehalt, meine Argumentation vernachlässige „den Charakter der Gemeinschaft als einer Rechtsgemeinschaft“ [so *Jürgen Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, *AcP* 200 (2000), 445-492, 483], ist ein Missverständnis, das mich zur Trennung der Wortteile der von mir geforderten neuen Rechtsdisziplin veranlasst hat.

Abstract

The present efforts in Europe to achieve more uniformity in private law and the debates on a European civil code need to be understood in a wider context. Europe is plagued by concerns over its problem-solving potential and its acceptance amongst citizens. The response is ambitious projects. Eastern Enlargement, a Constitution, a Code. The project of a European civil code is the least visible among the three – and yet specifically instructive. The Europeanization of private law is to a large degree about the restructuring of the linkages of private law with its more comprehensively, albeit selectively Europeanized regulatory environment and the manner in which it is embedded in welfare state institutions. Europe has to learn how the openness of national markets can co-exist with differences in legal cultures, differently shaped relations between state and “society”. In its multi-level system of governance none of the established legal disciplines can provide guidance for the denationalization and Europeanization of private law. The Europeanization process needs to be understood and organized as a process of discovery and learning. Only then can Europe make productive use of its diversity.

Inhalt

Einleitende Bemerkungen	1
I. Europäisierung als Streit rechtswissenschaftlicher Disziplinen.....	3
1. Europarecht.....	4
2. Rechtsvergleichung	9
3. Internationales Privatrecht.....	12
4. Ein erster Blick in die Theorie Internationaler Beziehungen: Das Elend des methodologischen Nationalismus in Europas post-nationaler Konstellation.....	15
5. Ein vorläufiger Schritt hin zu einer rechtlichen Konzeptualisierung des Europäisierungsprozesses.....	17
II. Drei Muster der Europäisierung des Privatrechts	18
1. Produkthaftungsrecht: Von der Armut des orthodoxen Supranationalismus.....	20
2. Gesellschaftsrecht: Transformation ökonomischer Freiheiten in politische Rechte.....	25
3. Diagonale Konflikte: „Invasions of the Market“?.....	35
III. Der Europäisierungsprozess auf der Suche nach seiner Legitimation.....	43
1. Das europäische Gemeinwesen als „Multi-level System of Governance sui generis“	43
2. Integration durch Deliberation als Alternative zum orthodoxen Supranationalismus?.....	45
IV. Europäisierung als Prozess.....	49

Einleitende Bemerkungen

Die Diskussionen zur Europäisierung des Privatrechts annähernd vollständig darzustellen, ist gegenwärtig nicht zu leisten. Das Feld wächst in exponentiellen Raten. In Europa ist Deutschland mit inzwischen elf verteidigten Habilitationen – jede viele mehrere hundert Seiten stark – sicherlich am produktivsten.¹ Daneben sind vor allem die Niederlande seit Jahren ungemein aktiv und in gewissem Sinne effektiver, weil dort das Englische das Niederländische als vorherrschende akademische Sprache ablöst.² Inzwischen melden sich immer mehr Jurisdiktionen zu Wort und in zunehmendem Maße bewegt sich die zuständige Expertengemeinschaft in europäischen Kontexten. Schon seit geraumer Zeit werden multi-nationale Konferenzen zum europäischen Privatrecht organisiert. Transnationale Arbeitsgruppen und Fachgesellschaften wurden gegründet;³ die jährlichen Treffen des Projekts „The Common Core of European Private Law“ in Trento finden mehr und mehr Aufmerksamkeit, selbst jenseits des Atlantiks.⁴ Gleichzeitig werben die Europäische Kommission und andere institutionelle Akteure für ihre eigenen Versionen eines europäischen Privatrechts.

Ziel dieses Aufsatzes ist, zu untersuchen und zu erklären, warum Europa solch ein faszinierendes Versuchslabor geworden ist. Berichte aus einem Versuchslabor können zwar keine vollständig ausgearbeiteten oder endgültigen Konzeptualisierungen vermitteln. Das besondere Risiko solcher Nachrichten ist zudem, dass sie tendenziell sowohl kryptisch als auch eklektisch erscheinen

-
- 1 Die letzte mir bekannte Habilitation seit *Josef Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers* (1998) wurde von Christoph Schmidt an der Rechtsfakultät München eingereicht: *Christoph Schmid*, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union: Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung* (2004). Sie enthält eine hervorragende und tiefgehende Analyse der Entwicklungen des post-klassischen nationalen Privatrechts auf der einen Seite und der verschiedenen Entwicklungsstufen des europäischen Integrationsprojektes auf der anderen.
 - 2 *Arthur S. Hartkamp et. al.*, *Towards a European Civil Code* (3. Aufl. 2004); *Martijn W. Hesselink*, *The new European Private Law. Essays on the future of private law in Europe* (2002). Englisch ist die *lingua franca* des *Maastricht Journal of Comparative Law*, des *European Review of Private Law*, der *Ius Commune Lectures*, sowie des *Electronic Journal of Comparative Law*, <<http://www.ejcl.org>> (zuletzt abgefragt am 28.05.2004).
 - 3 Vgl. *Kristina Riedl*, *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa: Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung* (2004).
 - 4 Vgl. *The Common Core of European Private Law*, University of Trento, <<http://www.jus.unitn.it/dgs/common-core/home/html>>.

werden. Ihr Chance ist aber, dass sie grundsätzlichere Reflexionen der Transformationen des Privatrechts anstoßen könnten, die sich vor unseren Augen im Versuchslabor Europa vollziehen.

Der Aufsatz gliedert sich in drei Abschnitte. Im ersten Abschnitt (I.) wird beschrieben, wie sich der Prozess der Europäisierung des Privatrechts aus der Sicht der drei einschlägigen und zuständigen rechtlichen Disziplinen, des Europarechts, der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts, darstellt. Gezeigt werden soll, dass keines dieser Rechtsgebiete der Komplexität des Europäisierungsprozesses gerecht werden kann. Eine zweistufige Argumentation soll diese These stützen: Zunächst werde ich mich an der in der Politikwissenschaft gängigen Mehrebenen-Analytik orientieren, mit der die Europäische Union als Mehrebenensystem „sui generis“ vorgestellt wird, und daneben die nicht so gängige Kritik am „methodologischen Nationalismus“ in den Sozialwissenschaften aufgreifen. In einem zweiten Schritt werde ich eine vorläufige Rekonstruktion dieser Theoreme in einer rechtsnäheren, aber dennoch transdisziplinären Sprache vorschlagen. Der zweite Abschnitt (II.) soll anhand von drei Exempeln meine Skepsis in Bezug auf das Potenzial der drei hergebrachten rechtlichen Disziplinen, den Europäisierungsprozess sinnvoll zu verorten, substantiieren. Die erste Fallstudie beschäftigt sich mit Produkthaftungsrecht, einem Feld, in dem der Europäische Gerichtshof (EuGH) einer Europäisierung durch europäische Gesetzgebung zuzuneigen scheint. Das zweite Beispiel hat die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen zum Gegenstand, im Besonderen das rechtliche Spannungsverhältnis zwischen dem europäischen Subventionsrecht, einer Sektion des wettbewerbsrechtlichen Kapitels des EG-Vertrages, und den entsprechenden Kontrollmechanismen auf nationalstaatlicher Ebene. Ich werde dieses Spannungsverhältnis als „diagonalen Konflikt“ analysieren, um dann die Berücksichtigung des uneinheitlichen Charakters des europäischen Gemeinwesens in der Rechtsprechung des EuGH sowie dessen ‘prozeduralen’ Ansatz positiv herauszustellen. Das dritte Beispiel entstammt dem Gesellschaftsrecht. Während hier die Rechtsprechung des EuGH seit dessen berühmter *Centros*-Entscheidung⁵ gemeinhin im Sinne einer stärkeren regulativen Konkurrenz ausgelegt wird, werde ich eine davon abweichende Interpretation verteidigen und aufzeigen, wie das Gericht die im EG-Vertrag⁶ niedergelegten wirtschaftlichen Grundfreiheiten zu politischen Mitwirkungsrechten (Initiativrechten) umgeformt hat, dabei aber der Gesetzgebung und der Judikative eine Supervision solcher Rechtbildungsprozesse vorzubehalten versucht. Mit diesen Fallbeispielen soll nun allerdings kein neues ‘System’ von

5 EuGH 09.03.1999 - Rs 212/97 (*Centros Ltd. ./ Ervervsog Selskabsstrylsen*), Slg. 1999 I-1459.

6 EG-Vertrag vom 10.11.1997, ABl. C 340 (1997) 3, hiernach EG-Vertrag.

Prinzipien und Regeln etabliert werden. Vielmehr dienen sie der Veranschaulichung und Erläuterung jener konfliktträchtigen Wandlungsprozesse, die den Prozess der Europäisierung kennzeichnen. Im dritten Abschnitt (III.) werde ich das in der zweiten Stufe des ersten Abschnitts entwickelte analytische Konzept wieder aufgreifen und die Rekonstruktion des europäischen Mehrebenensystems in rechtlichen Kategorien konkretisieren. Zum Schluss werde ich argumentieren, dass die Europäisierung des Privatrechts als Prozess aufgefasst werden sollte, dessen Legitimation sich aus seiner normativen Qualität herleitet.

I. Europäisierung als Streit rechtswissenschaftlicher Disziplinen

Drei Disziplinen erscheinen als mit der Europäisierung des Privatrechts besonders eng verknüpft – Europarecht, Rechtsvergleichung und IPR. Diese Verknüpfung manifestiert sich auf je eigene Weise in den unterschiedlichen Geltungskriterien und normativen Perspektiven dieser Disziplinen

Insoweit stehen diese Disziplinen mit ihrem Anspruch den Europäisierungsprozess zu erklären und zu steuern, in einem Wettstreit miteinander, ähnlich dem „Streit der Fakultäten“, den Immanuel Kant so ironisch in seinem berühmten Traktat von 1798 beschrieben hat.⁷ Kants favorisierte Disziplin, die Philosophie, die die Vernunft als höchste und letztlich einzige Autorität herausstellt, ist im vorliegenden Wettbewerb nicht vertreten. Bedeutet das, dass darum von vorneherein keiner der Kandidaten als Sieger aus diesem Streit hervorgehen kann? Nicht unbedingt. Wenngleich die Anspielung auf Kant eine konzeptuelle und normative Lakunae anzeigt, will ich doch nicht davon ausgehen, dass wir hinreichende Antworten auf die vorliegende Fragestellung direkt aus der praktischen Philosophie ableiten könnten. Meine Behauptung ist bescheidener, und doch immer noch ehrgeizig genug. Sie hat eine analytische und eine präskriptive Dimension. In analytischer Hinsicht möchte ich aufzeigen, dass die drei genannten Disziplinen noch nicht in der Lage sind, die sich aus dem Europäisierungsprozess herausbildende „post-nationale Konstellation“ konzeptuell zu verarbeiten. Der Begriff der post-nationalen Konstellation ist durch Jürgen Habermas⁸ prominent geworden. Er bezeichnet damit die Erosion der nationalstaatlichen und föderalen Gefüge, die unseren konstitutionel-

7 *Immanuel Kant*, Der Streit der Fakultäten. Bd. 9 der von Wilhelm Weischedel besorgten Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft. (1971) 277 ff., 287.

8 *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation. Politische Essays (1998) 91-169.

len Demokratien rechtlichen Halt gegeben haben. In diesem kategorialen Rahmen sind die rechtswissenschaftlichen Einzeldisziplinen verhaftet geblieben: sie können Rechtsstaatlichkeit und demokratisch vermittelte Legitimität schwerlich anders als nationalstaatlich vermittelt denken. Diese Aussage ist nicht einfach als Kritik, sondern vielmehr als Problembeschreibung gemeint: Die Erosion verfassungsstaatlicher Herrschaft ist problematisch, solange Legitimitätskriterien das transnationale Regieren definieren und garantieren.

Dieser Problematik haben Rechtswissenschaft und Recht sich freilich zu stellen, weil der Eintritt in die postnationale Konstellation irreversibel ist. Wenn Europarecht, Rechtsvergleichung und IPR weiter in den überkommenen Kategorien eines methodologischen Nationalismus⁹ verharren, wird im „Streit der Disziplinen“ kein Sieger ermittelt werden können. Insofern müssten die Disziplinen ihren Wettstreit eher in eine gemeinsame Suche nach einem neuen Paradigma überführen. Sicher, die verallgemeinernden Kennzeichnungen der Disziplinen, auf denen die folgende Argumentation fußt, mögen als zu holzschnittartig erscheinen insoweit, weil sie das Spektrum der jeweils vertretenen Positionen nur rudimentär abzudecken vermögen. Doch sind allumfassende Darstellungen in diesem Zusammenhang kaum möglich. Gleichzeitig sind sie für den hiesigen Zweck auch gar nicht erforderlich. Mithilfe des Begriffs vom methodologischen Nationalismus lässt sich darstellen, wie die aktuellen Debatten insgesamt von den mit Entstehung der Disziplinen geborenen nationalstaatlichen Denkmustern beeinflusst wird. Meine Argumentation hängt dabei nicht davon ab, wie beständig und wirksam diese Denkmuster gegenwärtig wirklich noch sind. Im Gegenteil, es wird behauptet, dass sie tatsächlich erodieren, und daher wird am Ende für ihre bewusste Aufgabe plädiert.

1. *Europarecht*

Meine Darstellung mag gerade im Hinblick auf die erstgenannte Disziplin, das Europarecht, befremden. Ist denn nicht die Negation, die Überwindung der Nationalstaaten als souveräne Entitäten ein Kernaspekt des europäischen Projekts? Die Europäische Gemeinschaft ist in der Tat in erster Instanz nicht als Föderation von Staaten oder als staatsgleiches Gebilde, sondern als eine wirtschaftliche Gemeinschaft geschaffen wurde; sie sollte die Nationalstaaten nicht durch einen neuen Superstaat ersetzen, sondern vielmehr Kontrolle über sie ausüben sollte. Andererseits wurde und wird das Europarecht im Allgemeinen – und das europäische Privatrecht im Besonderen – nach dem Vorbild der nationalstaatlichen Rechtsordnungen konzipiert: als ein Korpus supranationalen

9 Zum Begriff vgl. I.4 *infra*.

Rechts.. Beide Dimensionen prägen die legendäre *Van Gend en Loos*¹⁰ Entscheidung des EuGH, die die Geburtsstunde des „Integration-durch-Recht“-Projekts markierte.

„[Der EWG-Vertrag ist mehr] als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Staaten begründet ... Die Gemeinschaft [stellt] eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts dar, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen.“¹¹

Der Tenor der Entscheidung legte den Grundstein für die wohlbekannte *supremacy doctrine*,¹² den Anwendungsvorrang des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem Recht selbst in seiner Gestalt als Verfassungsrecht. Paradoxerweise ist es gerade die beständige Vertiefung der europäischen Integration, die das herkömmliche Verständnis des rechtlichen Supranationalismus faktisch unplausibel und normativ unattraktiv werden lässt.

Eben diese Spannung spiegelt sich im jüngsten Prozess europäischer Verfassungsgebung wider.¹³ Im Prozess der Europäisierung des Privatrechts ist sie ebenfalls sichtbar,¹⁴ wenngleich weniger offensichtlich. Schließlich hat die Europäische Gemeinschaft das Feld des Privatrechts durch eine nicht sonderlich geschätzte Hintertür betreten, nämlich den Verbraucherschutz. Seit den siebziger Jahren war der Bereich des Verbraucherschutzes gleichzeitig funktionale Notwendigkeit und normative Errungenschaft. Ursprünglich unterstützte die Europäische Kommission kontinuierliche Forschungsaktivitäten und förderte die Herausbildung einer Riege europäischer Verbraucherschutzjuristen. Die Ge-

10 Rs. 212/97, Slg. 1963, 1 - *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos* ./ *Netherlands Inland Revenue Administratie*, hiernach: *Van Gend en Loos*).

11 *Van Gend en Loos*, 24.

12 Vgl. *Paul Craig & Grainne de Burca*, *EU Law* 275-315 (3. Aufl., 2003).

13 Die den europäischen Verfassungsentwurf vom 18. Juli 2003 hervorgebracht haben, verfügbar unter <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=EN> (zuletzt aufgerufen am 28.05.2004). Die von den Staats- und Regierungschefs zum Abschluss der Regierungskonferenz verabschiedete und jetzt den nationalen Ratifikationsverfahren unterliegende Fassung findet sich in ABl. C 310 v. 16.12.2004, 1-474.

14 Zu Geschichte, Errungenschaften und Ambitionen des Verbraucherschutzrechts siehe *Norbert Reich & Hans-W. Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht* (4. Aufl. 2003). Dieses Buch ist das aktuellste in einem Kooperationsprojekt, das seinen Anfang nahm mit *Norbert Reich & Hans-W. Micklitz*, *Consumer Legislation in the EC Countries: A Comparative Analysis* (1980). Verbraucherschutz ist durchgehend „europäisiert“. Vgl. auch *Stephen Weatherill*, *EC Consumer Law and Policy* (1997).

meinschaft der Privatrechtler demgegenüber ignorierte diese Anstrengungen so lange als möglich. Erst als die Bedeutung und der Einfluss des Europarechts unübersehbar geworden waren, änderte sich diese Haltung in tief greifender Weise. Aus dem anfänglichen Lamento über das Stückwerk der Europäischen Gesetzgebung im Bereich des Verbraucherschutzes¹⁵ entwickelte sich nicht weniger als die Forderung nach einer europäischen Kodifizierung des Privatrechts.

Allerdings gibt die Anhängerschaft dieser Idee nach wie vor ein äußerst heterogenes Bild ab.¹⁶ Als bedeutendster institutioneller Fürsprecher wird häufig das Europäische Parlament bezeichnet. Seine Resolutionen aus den Jahren 1989¹⁷ und 1994¹⁸ hielten, wenngleich ihre praktischen Auswirkungen gering blieben, die Debatte um ein europäisches Gesetzbuch lebendig.¹⁹ Inzwischen hat das Parlament freilich eine vorsichtigere, jedenfalls geduldigere Haltung eingenommen.²⁰ Die Position der Europäischen Kommission ist schwieriger zu entschlüsseln. Ihre in letzter Zeit wichtigste und umfänglich diskutierte Initiative aus dem Juli 2001²¹, die Mitteilung zur Zukunft des Europäischen Vertragsrechts, stützt sich auf die schon aus den Verbraucherschutzdirektiven bekannten Überlegungen hinsichtlich der funktionellen Bedingungen des gemeinsamen Marktausbaus sowie der Notwendigkeit, durch rechtliche Unterschiede provozierte Verzerrungen des Wettbewerbs zu verhindern. Doch werden die möglichen Implikationen dieses Ansatzes nicht deutlich ausgeführt: Einerseits scheint die Kommission das eng umgrenzte Feld des Verbraucherschutzes verlassen zu wollen,²² um sich auch mit den Bereichen ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung zu befassen. Andererseits beschränkt sich die Kommission auf vier relativ limitierte Fragestellungen, ohne eine eigene Präferenz erkennen zu lassen: Soll der Prozess der Europäisierung

15 Vgl. nur *Hein Kötz*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert 481, 483 (1981); *Peter Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, 192 AcP (1992) 71-107 (71).

16 Für einen Überblick *Schmid*, *supra* Fn. 1.

17 1989 ABl. C 158 (1989) 400.

18 1994 ABl. C 205 (1994) 518.

19 Vgl. *Christian von Bar*, From Principles to Codification: Prospects for European Private Law: Colum. J. Eur. L. (2002) und *Christoph Schmid*, Legitimacy Conditions of a European Civil Code: Maastricht J. Euro. & Comp. L. 8 (2001) 277-98 (277).

20 In der Entschließung A5-0384/2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts vom 15.11.2001, die auf die Mitteilung der Europäischen Kommission zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398, antwortete, sprach sich das Parlament für die Schaffung eines Europäischen Rechtsinstituts aus, das ein europäisches *Restatement* vorbereiten sollte.

21 KOM(2001) 398 endg.

22 *Ibid.*, 13.

den Mechanismen des Marktes überlassen werden?²³ Soll Europa *Restatements* nach amerikanischem Vorbild schreiben?²⁴ Sollte erst einmal 'konsolidiert' werden, was es an europäischen Privatrechtselementen schon gibt?²⁵ Oder sollte Europa sich auf weitergehende legislative Unternehmungen einlassen? Die 181 Antworten von europäischen Institutionen, Regierungen, der Unternehmerschaft, Verbraucherschutzverbänden, praktizierenden Juristen und Akademikern hat die Kommission in einem Aktionsplan vom 12.02.2003 zusammengefasst.²⁶

Während die Kommission es vermeidet, selbst eine definitive Position zu offenbaren, plädieren viele ihrer engeren akademischen Ratgeber – vor allem in Deutschland und den Niederlanden – offen für ein Europäisches Zivilgesetzbuch.²⁷ Dessen bekanntester Befürworter ist Christian von Bar.²⁸ Geht es bei diesem Projekt um eine Staatswerdung Europas? Die SGECC,²⁹ die *Study Group on a European Civil Code*, betont, dass sie ihren Beitrag zur Debatte als neutral und nicht-politisch ansieht, als ein rein akademisches Forschungsprojekt.³⁰ Deutschen Beobachtern werden die geschichtlichen Parallelen nicht entgehen, und so sind die Proteste von Seiten Frankreichs auch kaum überraschend.³¹ In Abgrenzung zum Schöpfer des *Code Civil* wie auch zu dem berühmten Heidelberger Juristen Anton Justus Friedrich Thibault (1772-1840) begreift die Gruppe um Christian von Bar³² Gesetzgebungsarbeit nicht als politischen Akt. Sie stellt sich vielmehr in die Tradition eines Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) oder eines Bernhard Windscheid (1871-92), des geistigen Vaters des Bürgerlichen Gesetzbuchs, jenes „Doms der nationalen Heilig-

23 Ibid., 49-51.

24 Ibid., 52-56.

25 Ibid., 57-60.

26 Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.

27 Vgl. Arthur S. Hartkamp et al., *supra* Fn. 2.

28 Vgl. *supra* Fn. 19, 385. Für eine detaillierte Rekonstruktion der Ursprünge dieser Ideen in den Niederlanden und Norddeutschland vgl. Riedl, *supra* Fn. 3, 205 f.

29 Unter <<http://www.sgecc.net>> (zuletzt aufgerufen am 01. September 2004).

30 Riedl *supra* Fn. 3 mit weiteren Nachweisen.

31 Yves Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de Monsieur vonBar, *Recueil Le Dalloz Sirey* 28 (2002) 2202-14. Doch vgl. auch *Bénédictine Fauvarque-Cosson*, Faut-il un code civil européen, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3 (2002) 463-480; *B. Fauvarque-Cosson*, Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission, *Recueil Le Dalloz* 18 (2003) 1171-1173; *Ph. Malinvaud*, Réponse – hors délai - à la Commission européenne: à propos d' un code européen des contrats, *Recueil Le Dalloz* 33 (2002) 2542-51; *Jean Huet*, Nous faut-il un „euro“ droit civil?, *Recueil Le Dalloz* 34 (2002) 2611-14.

32 Vgl. Riedl, *supra* Fn. 28.

keit“.³³ Ihnen zufolge liegt die Legitimation der Privatgesetzgebung weniger in einem politischen Mandat als in der den Gesetzgebungsprozess begleitenden akademischen Beratung begründet. Bereits in ihrer „Gemeinsamen Antwort“ auf die Mitteilung der Kommission von 2001 haben sowohl die „Europäische Kommission zum Europäischen Vertragsrecht“ um Ole Lando als auch die Studiengruppe zum Europäischen Zivilgesetzbuch um Christian von Bar Vorschläge bezüglich der Implementierung ihrer Vorstellungen in vier respektive fünf Schritten unterbreitet.³⁴ Zum ersten tritt die „Gemeinsame Antwort“ für ein *Restatement* ein, basierend auf der unparteiischen Formulierung von Prinzipien unter Zugrundelegung detaillierter rechtsvergleichender Forschung. Dieses *Restatement* soll dann, zweitens, zur Grundlage aller privatrechtlichen Fragen werden, die sich im Zusammenhang mit öffentlichen Vorgaben ergeben. Die drei weiteren Empfehlungen haben im Wesentlichen die Festschreibung eines zwingenden Europarechts zum Gegenstand.³⁵ „Süße Melodien“?³⁶ – Jedenfalls altbekannte. Input und Output dieses Prozesses lassen sich gut in den Worten Horst Heinrich Jakobs beschreiben, der mit Blick auf das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ausführte, es sei „ein Gesetzbuch, das die Quelle des Rechts nicht in sich trägt, sondern in der Wissenschaft hat, von der es geschaffen worden ist, ein Gesetzbuch, das nicht die Wissenschaft beherrscht, sondern von ihr beherrscht wird“.³⁷

Nun, weder repräsentieren Savigny und Windscheid die ganze Bandbreite der deutschen Kodifikationstradition, noch monopolisieren deren geistige Er-

33 Zitiert nach *Reinhard Zimmermann* in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band 1 §§ 1-240 BGB, hrsg. von Reinhard Zimmermann, Matthias Schmoeckel, Joachim Rückert (2003).

34 Commission on European Contract Law & Study Group on a Civil Code, Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code vom 25.10.2001, verfügbar unter <<http://www.sgecc.net/>> (letzter Zugang 28.05.2004).

35 Joint Response *supra* Fn. 34, 62 und 69. Die fünf Schritte werden auf Seite 55 der Gemeinsamen Antwort zusammengefasst. Schritt 4 ist optional und wirkt auf den ersten Blick befremdlich: „European law should be mandatory first for cross border transactions“. Die Einschränkung scheint eine Vorsichtsmaßnahme gegenüber der erwarteten Beunruhigung in den nationalen Rechtssystemen darzustellen. Eine ausführliche Darstellung dieser Idee findet sich bei *Stefan Grundmann & W. Kerber*, European System of Contract Laws: A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, in: An Academic Green Paper on European Contract Law, hrsg. von Stefan Grundmann & Jules Stuyck (2002).

36 *Reinhard Zimmermann*, Heard melodies are sweet, those unheard are sweeter., AcP (1993) 122-169.

37 *Horst Heinrich Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im Bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts (1983).

ben Lando und v. Bar die Debatten über die Bedeutung der Kodifizierung. Widerspruch regt sich allenthalben, markant und provokant von Seiten Ugo Mattei, einer der Führungsfiguren des *Trento Common Core* Projekts.³⁸ Seine Philippika „*Hard Code Now*“³⁹ plädiert für ein Gesetzbuch ganz anderer Qualität. Nur ein Zivilgesetzbuch, das zur gegenwärtigen Gestalt des europäischen Kapitalismus passe, so seine These, könne der Aushöhlung des sozialstaatlichen Inhalts des Privatrechts entgegenwirken. Ein Gesetzbuch ‚tief genug gegründet und hoch genug gewölbt‘, um auch soziale Anliegen ‚in seinen Gedankenbau aufzunehmen‘, hätte man früher formuliert.⁴⁰

Sind denn aber derartige Referenzen zu ‘alten’ deutschen Professoren wirklich noch sinnvoll? Und steht die Entscheidung zwischen dem Erbe Bernhard Windscheids und dem Otto von Gierkes wirklich auf der aktuellen europäischen Agenda? Ich meine, die Forderungen nach entsprechenden bürgerlichen Gesetzbüchern stehen weder im Einklang mit dem gegenwärtigen Zustand der Europäischen Union, noch erscheinen die sie stützenden Argumentationsgebäude normativ attraktiv. Bevor jedoch die Vorbehalte gegen die eben geschilderten Positionen näher erläutert werden,⁴¹ erscheint es geboten, zunächst einen Blick auf die beiden anderen, konkurrierenden Rechtsdisziplinen zu werfen: Rechtsvergleichung und IPR.

2. *Rechtsvergleichung*

Europarecht wird häufig als autonomes Rechtssystem beschrieben, das die Harmonisierung und oft sogar die Vereinheitlichung anderer Regelungssysteme zum Gegenstand hat. Eine derartige Beschreibung ist jedoch simplifizierend und bleibt unvollständig. Sogar das Europarecht selbst, wie es sich in den Verträgen von 1958 einschließlich nachfolgender Ergänzungen darstellt, erfährt keine europaweit uniforme Anwendung. Denn Uniformität wird nicht allein schon durch einen gemeinsamen Text gesichert – das ist schon infolge seiner Übersetzung in so viele Sprachen nicht zu gewährleisten. Es gibt kein uniformes Europarecht, sondern belgische, niederländische, englische, französische, deutsche, italienische und viele weitere Versionen davon. Es gibt so viele Europarechte, wie relativ autonome Rechtsdiskurse existieren, die in der Mehrzahl der Fälle entlang der Linien nationaler, linguistischer und kultureller Unterschiedlichkeit organisiert sind. Wie könnte es auch anders sein? Im Kernbereich des Privatrechts hat

38 Vgl. *supra* Fn. 4.

39 *Ugo Mattei*, *Hard Code Now!*: *Global Jurist Frontiers* (2002) Vol. 2, 1, Art. 1, verfügbar unter <<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art1>>.

40 *Otto von Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1989) 17.

41 Vgl. *infra* Abschnitt I.4 und III.3.

die Europäische Union bislang nur minimale Änderungen bewirkt. Im übrigen bleiben Europas Privatrechtssysteme tief eingebettet in die wirtschaftlichen und politischen Systeme ihrer Staatswesen, denen sie faktisch entspringen und denen sie normativ ihre Legitimität verdanken.

Und so scheint Rechtsvergleichung dazu prädestiniert, diese Unterschiedlichkeit zu verstehen und den Umgang mit ihr anzuleiten.⁴² Tatsächlich hat der europäische Integrationsprozess eine Renaissance der intra-europäischen Rechtsvergleichung ausgelöst, die von einer reichen theoretischen Debatte getragen wird.⁴³ Dies alles hier aufzubereiten, ist nicht meine Absicht. Statt dessen möchte ich die oftmals paradoxen Dimensionen der gegenwärtigen Rechtsvergleichungspraxis herausstellen: Die Rechtsvergleichung verdankt ihre Existenz der Entdeckung rechtlicher Diversität, wie sie sich in den Rechtsordnungen des Westfälischen Staatensystems widerspiegelt. Bisher verfolgten Rechtsvergleicher in diesem Zusammenhang regelmäßig zwei Ziele:⁴⁴ Während sie einerseits die Autonomie verschiedener Rechtssysteme betonten, waren sie andererseits beständig auf der Suche nach signifikanten Gemeinsamkeiten und funktionellen Entsprechungen. Ist nicht beides – die Behandlung einer Jurisdiktion als autonome Rechtsordnung ebenso wie die Suche nach einer funktionellen oder substantiellen Einheitlichkeit – eine Erblast des methodologischen Nationalismus? Für beide Einstellungen gilt dies jedenfalls insofern, als sie die sich im Zuge der De-Nationalisierung entwickelnden Interaktionen zwischen ehemals autonomen Rechtssystemen und die transnationalen *governance*-Formen nicht wahrnehmen können.

Ein prominentes Beispiel bietet Pierre Legrands provokative und stimulierende „Nicht-Konvergenz“-These.⁴⁵ Diese zielt gegen den Funktionalismus in der Rechtsvergleichung und in gleichem Maße gegen die Kodifikationsinitiative. Grundlegend ist dabei Legrands epistemologische Behauptung, *common law* und *civil law* könnten nicht miteinander kommunizieren. Seine

42 Konrad Zweigert, Die Rechtsvergleichung im Dienste der Europäischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 16 (1951) 387.

43 Vgl. noch einmal das *Common Core* Projekt, *supra* Fn. 4, die *ius commune lectures and casebook series*; Ole Lando's *Lando group* mit Fokus auf die Integrationsperspektiven. Vgl. Ralf Michaels, Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brüssel 26-28.10.2002, *ZEuP* 1993, 453.

44 Vgl. David Kennedy, The Politics and Methods of Comparative Law, in: *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project*, hrsg. von Mauro Bussani & Ugo Mattei (2002) 131-208.

45 Pierre Legrand, European Legal Systems are not converging, *Int'L & Cmp.L.Q.* 45 (1996); Pierre Legrand, The Impossibility of „Legal Transplants“, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 4 (1997) 111; Pierre Legrand, Are Civilians ethicable?, *Legal Stud.* 18 (1998) 216; Pierre Legrand, Fragments on Law-as-Culture (1999).

einflussreiche Kritik richtet sich gegen auf Regeln orientierte und beschränkte Konzeptionen des Rechts und der Rechtsvergleichung. Doch setzt seine Betonung der kulturspezifischen Merkmale von Recht und sein Respekt vor „deep structures of legal rationality“⁴⁶ ein Maß an Autonomie voraus, das kein Rechtssystem der Europäischen Union mehr vorweisen kann.⁴⁷

Am entgegen gesetzten Ende des Spektrums rechtsvergleichender Beiträge liegt Reinhard Zimmermanns Position, der in zahlreichen Arbeiten die Bedeutung einer gemeineuropäischen Tradition des *ius commune europaeum* beschrieben hat. Diese Tradition sei in den kontinentalen *civil law* Systemen wirksam geblieben und trage auch das englische (nicht jedoch das amerikanische) *common law*.⁴⁸ Es ist dieses gemeinsame europäische Erbe, das Zimmermann zufolge die Ausformung der europäischen Nationalstaaten überlebt hat und insoweit schon von Natur aus einen transnationalen Charakter aufweist. Aber wie viel Vertrauen können wir, und in der Tat Zimmermann selbst, in die Lebendigkeit dieses gemeinsamen Erbes setzen? Die Nationalstaaten haben in ihrer wohlfahrtsstaatlichen Periode die Systeme des Privatrechts grundlegend verändert, und die Europäisierung hat das Rad der Geschichte nicht einfach zurückgedreht. Vielmehr reformierte und modernisierte Europa die rechtlichen Rahmenbedingungen der europäischen Ökonomie – ein Prozess, zu dem das *ius commune* wenig beizusteuern hatte. Nun ist Zimmermann inzwischen Anhänger der Kodifikationsinitiative geworden,⁴⁹ beharrt aber auf der Notwendigkeit, den Europäisierungsprozess auf dem gemeinsamen rechtlichen Erbe Europas aufzubauen. Was auf den ersten Blick widersprüchlich wirken mag, hat durchaus eine innere Logik: Um zu überleben und Akzeptanz zu gewinnen, bedarf Europas gemeinsame Rechtstradition der helfenden Hand des Gesetzgebers.⁵⁰

46 *Pierre Legrand*, European Legal Systems are not converging, *Int’L & Cmp.L.Q.* 45 (1996) 60-61.

47 *Geoffrey Samuel*, Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences, in: *Epistemology and Comparative Law*, hrsg. von *Mark van Hoecke* (2004).

48 *Reinhard Zimmermann*, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, 8; *Reinhard Zimmermann*, Der Europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen *civil law* und *common law*, *ZEuP* 1993 4; *Reinhard Zimmermann*, Civil Code and Civil Law: The „Europeanization“ of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science, *Colum. J. Eur. L.* 1 (1994/95) 63, 63-105; *Rainer Schulze*, European Legal History – A new field of research in Germany, *J. Legal Hist.* 13 (1992) 270-95 (270).

49 Vgl. *Reinhard Zimmermann*, Roman Law and European Legal Unity, in: *Arthur S. Hartkamp et al., supra* Fn. 2, 21.

50 Funktionalismus, wie in dem Standardwerk von *Kötz/Zweigert* dargestellt, dominiert

3. Internationales Privatrecht

Das Spannungsverhältnis zwischen internationalem Privatrecht und Europarecht ist faszinierend und hat eine eigene Geschichte.⁵¹ Insofern sich das Europarecht als Disziplin *sui generis* zwischen nationalem öffentlichem Recht und internationalem Recht etablierte, und das internationale Privatrecht nicht Gegenstand des eigentlichen Integrationsprozesses war, wurde letzterem über lange Zeit wenig Beachtung zuteil.⁵² Die Entscheidungen, in welchen der EuGH über Konstellationen des IPR entschied und dessen Regeln und Prinzipien außer Kraft setzte, ohne die Disziplin auch nur zu erwähnen, sind in der Tat Legion. Akademische Enthüllungen und Widerstände waren vorprogrammiert. Vertreter des Internationalen Privatrechts begannen, das IPR als 'weichere' Alternative zur substantiellen Rechtsvereinheitlichung herauszustellen.⁵³ Einige verwiesen darauf, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerken-

weiterhin die rechtsvergleichende Forschung. Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3. Aufl. 1998); ferner Axel Flessner & Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* (1996). Hein Kötz differenziert zwischen der rechtsvergleichenden Studie internationaler Systeme und Studien anderer Disziplinen. Der Begriff „*multi-level governance*“ beschreibt eine post-nationale Konstellation, die der Funktionalismus zu beschreiben (noch) nicht in der Lage ist. Gleichzeitig war Kötz immer ein ausgesprochener Gegner der Kodifikationsidee; vgl. Hein Kötz, *The Trento Project and its contribution to the Europeanization of Private Law*, in: *The Common Core of European Private Law*, hrsg. von Mauro Bussani & Ugo Mattei (2002) 209-219. Funktionalismus kann nur die Äquivalenzen in den Reaktionen rechtlicher Systeme auf zu bewältigende Probleme aufzeigen. Er hat dagegen keine konzeptionelle Sprache für den Integrationsprozess.

51 Das legendäre *Integration through Law* Projekt wurde in den 80er Jahren von Mauro Cappelletti, Maria Seccombe and J.H.H. Weiler ins Leben gerufen. Vgl. *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, hrsg. von Cappelletti, Seccombe & Weiler (1986). Das Buch enthält rechtsvergleichende Analysen des Kollisionsrechts im europäischen Binnenmarkt und dem amerikanischen Föderalismus (von Peter Hay). Für einen nuancierten, neueren Überblick vgl. Holger Spamann, *Choice of Law in a Federal System and an Internal Market* (Jean Monnet Program Working Paper Nr. 8/01, 2001), verfügbar unter <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012601.html>> (zuletzt aufgerufen am 28.05.2004).

52 Unter den häufig zitierten Ausnahmen ist Walter Hallstein, *Angleichung des Privatrechts und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, *RabelsZ* 28 (1964) 211.

53 Karl F. Kreuzer, *Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts – Vorgaben des Gemeinschaftsrechts*, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hrsg. von Peter-Christian Müller-Graf (1993) 273; Wolfgang Fikentscher, *Harmonizing National and European Private Laws, and a Plea for a Conflicts-of-law Approach*, in: *The Common Core of European Private Law*, hrsg. von Mauro Bussani & Ugo Mattei (2002) 43-48. Fikentscher kommt der hier vertretenen Position nahe, insbeson-

nung, entwickelt vom EuGH in seiner gefeierten *Cassis de Dijon* Rechtsprechung, eine Verpflichtung zur Anwendung zwingenden ausländischen (öffentlichen) Rechts implizierte.⁵⁴ Die Gemeinschaftsgesetzgebung rekurrierte auf kollisionsrechtliche Regeln für das sekundäre Gemeinschaftsrecht.⁵⁵ Und Verbraucherschutzjuristen sahen ihre Chance, die Armut des IPR an sozialen Werten zu überwinden.⁵⁶ Schließlich wurde viel Energie darauf verwendet darzulegen, in welchem Umfang das Europarecht, insbesondere über die Grundfreiheiten und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung, das mitgliedstaatliche IPR aussticht.⁵⁷

Gegenwärtig werden wir, vor allem in Deutschland,⁵⁸ Zeugen einer sich mehr und mehr ausdifferenzierenden Debatte, die aller Wahrscheinlichkeit nach noch für einige Zeit anhalten wird. Die Entwicklungen werden in dem Maße interessanter, in dem sich innerhalb der europarechtlichen Disziplin eine konstruktive Interpretation des Europarechts als Kollisionsrecht durchzusetzen beginnt.⁵⁹ Was jedoch nach wie vor schwer zu akzeptieren scheint, ist die Her-

dere hinsichtlich des ausgewählten Rahmens des Europarechts. Vgl. die Ausführungen zu 'diagonalen Konflikten' *infra* II.3.

- 54 Vgl. *Johannes Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag (2002) 5, 21, 71, 126, 319.
- 55 Für einen umfassenden Überblick Vgl. *Frédéric Foutoy*, L'impact du droit communautaire secondaire sur le droit international privé français (Ph.D Europäisches Hochschulinstitut Florenz 2003).
- 56 *Konrad Zweigert*, Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten, *RabelsZ* 435 (1973).
- 57 *Wulf-Henning Roth*, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, *RabelsZ* 55 (1991) 623-673; *Jürgen Basedow*, The Communitarization of the Conflict of Law Rules under the Treaty of Amsterdam, *CMLRev.* 37 (2000) 687; *Stefan Grundmann*, Binnenmarktkollisionsrecht – Vom Klassischen IPR zur Integrationsordnung, *RabelsZ* 64 (2000) 457-77.
- 58 Doch nicht ausschließlich! Vgl. *Horatia Muir Watt*, Choice of law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy, *Colum. J. Eur. L.* 9 (2002) 383-409 (383).
- 59 Vgl. *Christian Joerges*, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, *ELJ* 3 (1997) 378-406 (378); *Andreas Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext: Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht (2002); *Marc Amstutz*, Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, hrsg. von *Christian Joerges & Gunther Teubner* (2003) 213; *Thomas Vesting*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 63 (2004) 41-70 (65); *Schmid*, *supra* Fn. 1, 371; *Gunther Teubner & Andreas Fischer-Lescano*, Regime-Collision: How the E-

auslösung der kollisionsrechtlichen Methodologie aus dem Geltungsbereich in sich geschlossener Rechtssysteme und ihre Operationalisierung innerhalb einer post-nationalen Konstellation, wo sie sich nicht mehr auf umfassende Rechtssysteme bezieht, sondern nunmehr die Kooperation zwischen verschiedenen *governance*-Ebenen organisiert und die Spannungen auflöst, die sich innerhalb der nationalen Systeme durch selektive Eingriffe des Europarechts ergeben.⁶⁰ In Folge dieser Analyse ist es nicht mehr damit getan, das IPR als ‘weichere’ Alternative zu einer europarechtlichen Harmonisierung oder Vereinheitlichung zu begreifen. Die Konsequenzen sind radikaler, geht es doch darum, den nicht-hierarchischen, pluralen⁶¹ („heterarchischen“⁶²) Charakter der Europäischen Gemeinschaft ernst zu nehmen. Um ein später ausführlich zu behandelndes Argument vorwegzunehmen⁶³: Keine von Europas halbautonomen politischen Untereinheiten besitzt eine für die autoritative Lösung rechtlicher Konflikte notwendige *Kompetenz-Kompetenz*. Zudem, und wichtiger noch, sind die zu lösenden Konflikte von anderer Qualität als jene, die vermittels der klassischen Verweisungsnormen des IPR gelöst werden könnten.

mergence of Private Governance Regimes Changes Global Legal Pluralism, 25 Michigan Journal of International Law 25 (2005) 845-847.

60 Vgl. *Christian Joerges*, Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty, in: *Europe after Maastricht: An ever closer Union?*, hrsg. von *Renaud Dehousse* (1994) 29. Die Loslösung des Kollisionsrechts vom Internationalen Privatrecht und seine Fruchtbarmachung für andere Gebiete des Rechts, im Besonderen innerhalb einer Sozialtheorie des Rechts, war das große Projekt Rudolf Wiethölters. *Rudolf Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: *Festschrift Kegel* (1977) 223. Wie Gunther Teubner dargelegt hat, ging es nicht länger nur mehr darum, Konflikte zwischen nationalen Rechtssystemen theoretisch aufzuarbeiten und praktisch einer Lösung zuzuführen, sondern vielmehr darum, das Kollisionsrechtsdenken als solches zu generalisieren und nutzbar zu machen für Konflikte zwischen verschiedenen Normkomplexen, Rechtsgebieten und rechtlichen Institutionen, zwischen sozialen Systemen und sogar im Rahmen von Divergenzen zwischen verschiedenen Sozialtheorien. Die zweifache Bezugnahme auf die reiche historische Erfahrung des IPR auf der einen Seite und die divergierenden Sozialtheorien auf der anderen konnte das Kollisionsrecht als die zentrale Kategorie für die rechtliche Rekonstruktion sozialer Widersprüche etablieren. Vgl. *Gunther Teubner*, Der Umgang mit den Rechtsparadoxien, in: *Christian Joerges & Gunther Teubner* (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht – Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (Internationale Studien zur Privatrechtstheorie Bd. 4), Baden-Baden: Nomos (2003) 25-46.

61 So bei *Neil Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *MLR* 65 (2002) 317.

62 *Karl-Heinz Ladeur*, *The Theory of Autopoiesis. An Approach to a Better Understanding of Post-modern Law: From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*, (EUI Working Paper 99/3, 1999).

63 Vgl. die Darstellung *infra* Abschnitte I.4 und III.1.2.

4. *Ein erster Blick in die Theorie Internationaler Beziehungen: Das Elend des methodologischen Nationalismus in Europas post-nationaler Konstellation*

Freilich trägt man Eulen nach Athen, wenn man darlegt, dass die rechtswissenschaftlichen Disziplinen IPR oder Rechtsvergleichung konzeptionell an den Nationalstaat gebunden sind. Ebenso wenig sollte es überraschen, dass sich in ihren Debatten auch einige Züge hin zu einer föderalen Staatswerdung Europas ausmachen lassen, Züge, die wiederum auf Kontinuitäten und Analogien zur einstigen Herausbildung der Nationalstaaten fußen. Hierauf zielt dieser Artikel jedoch nicht im Kern. Die nun zu entwickelnde These ist komplexer, radikaler und gleichzeitig konstruktiver angelegt. Auf den Punkt gebracht: Es ist aus strukturellen Gründen notwendig, die Bindungen der rechtswissenschaftlichen Disziplin an den Nationalstaat zu lösen und das entsprechende Erbe durch ein neues Modell zu ersetzen. Europa ist weder eine internationale Organisation noch eine Föderation. Seine Lage zwischen diesen beiden Polen hat zu seiner Charakterisierung als „Mehrebenensystem *sui generis*“⁶⁴ geführt. Es handelt sich um eine Verlegenheitsformel, die immerhin zum Ausdruck bringt, dass die Verschränkung von Handlungsebenen und Zuständigkeiten, die Europa institutionalisiert hat, eine neue Analytik erfordern.⁶⁵ Hierauf wird im dritten Teil zurückzukommen sein.⁶⁶ Zunächst werde ich den Begriff heuristisch verwenden, als Hintergrund einer Analyse der Muster rechtlicher Europäisierungsprozesses. Nur vermittelt einer solchen Analyse ist es nämlich möglich zu beurteilen, in welchem Umfang der Begriff tatsächlich instruktive Leitlinien für die Interpretation des Europäisierungsprozesses vermitteln kann. Wichtiger noch, nur auf diesem Weg können auch die normativen Auswirkungen der Neuorientierung abgeschätzt werden, die das Modell des Mehrebenensystems impliziert.

Zur Verdeutlichung: Die Mehrebenen-Literatur bezeichnet Europa als einen Fall *sui-generis*, was nicht viel mehr aussagt, als dass sich Europa von allen anderen uns bekannten Gemeinwesen unterscheidet. Davon kann nun freilich nicht in allen Hinsichten die Rede sein, und es bleibt wichtig, die europäische

64 Diese Terminologie ist unter Politikwissenschaftlern sehr verbreitet. Sie wurde begründet von Lisbeth Hooghe and Kermit Blank in ihrem Aufsatz *Lisbeth Hooghe & Kermit Blank*, *European Integration from the 1980s: State Centric vs. Multi-level Governance*, *JCMS* 34 (1996) 341. Vgl. weiter die Beiträge in: *Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, hrsg. von *Christian Joerges, Yves Mény, Joseph H.H. Weiler* (Jean Monnet Working Paper No. 6/01 2001). Vgl. auch *infra* Fn. 172 für die Einführung des Begriffs in die Rechtswissenschaft (etwa bei Pernice und Furrer).

65 Vgl. *supra* in der Einleitung.

66 Vgl. *infra* III.1.

Spezifik mit anderen begrifflichen Mitteln so zu umschreiben, dass ihr Bezug zu allgemeineren Transformationsprozessen deutlich wird. Der Terminus der „post-nationalen Konstellation“ ist ein solcher Schlüssel. Der Begriff ist derjenige von Jürgen Habermas,⁶⁷ den dieser im Rahmen einer Studie zu gegenwärtigen Herausforderungen oder Bedrohungen demokratischen Regierens entwickelt hat. Dieser Begriff und Habermas' normative Anliegen, die damit verknüpft sind, sind von allgemeiner Relevanz. Insofern Demokratie sich innerhalb der (nationalen) Verfassungsstaaten institutionalisiert hat, sind post-nationale Konstellationen höchst ambivalent – was sich nicht zuletzt in den endlosen Debatten um das Demokratiedefizit der Europäischen Union widerspiegelt. Die Analysen, die wenig später Michael Zürn⁶⁸ vorgelegt hat, befassen sich mit der Herausforderung politikwissenschaftlicher Prämissen und Konzepte. Seine Problembeschreibungen erscheinen mir für eine rechtliche Rekonstruktion postnationaler Konstellationen überaus instruktiv.⁶⁹ Dies kommt nicht von ungefähr: Politik *und* Recht sind von zentraler Bedeutung für eine effektive Funktionsweise post-nationaler Konstellationen. Gleichzeitig jedoch operieren sie auf Basis von Theorien und Parametern, die sich im Zuge der Entwicklung von allenfalls föderalen Nationalstaaten herausgebildet haben.

Zürn hebt in diesem Zusammenhang drei Merkmale einer post-nationalen Konstellation hervor: (1) Der Nationalstaat kann über seine politischen Prioritäten nicht mehr autonom bestimmen, sondern muss sie im transnationalen Rahmen abstimmen. (2) Entscheidungen nationaler politischer Akteure bedürfen nicht mehr nur der Anerkennung von Seiten der Angehörigen ihrer Nation (der Staatsbürger), vielmehr müssen sie sich zunehmend auch vor transnationalen Institutionen rechtfertigen und sich eine Evaluation ihrer Politiken gefallen

67 Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation (Fn. 8).

68 Michael Zürn, Politik in der postnationalen Konstellation, in: Politik in der entgrenzten Welt, hrsg. von Christine Landfried (2001) 181.

69 Anregend ist auch die soziologische Version dieses Arguments bei Ulrich Beck: „Methodological nationalism takes the following premises for granted: it equates societies with nationstate societies, and sees states and their governments as the cornerstone of social-scientific analysis“. Ulrich Beck, Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent, *Constellations* 10:4 (2003) 435. Beck unterscheidet des Weiteren zwischen *methodologischem* und *normativem* Nationalismus: „In a normative sense, nationalism means that every nation has the right to self-determination within the frame of its cultural distinctiveness“ (ibid. 454). Er betont die Verwischung der Grenzen „between political, moral and social communities“ (ibid. 455). Diese Prozesse implizieren, so fährt er fort, dass Analysen, die sich auf „national organisations as a structural principle of societal and political action“ (ibid. 456) stützen, nicht länger sonderlich aussagekräftig sind. Stattdessen muss es darum gehen, von einer „cosmopolitan perspective“ aus nach einem Äquivalent für einen „methodological universalism“ zu suchen.

lassen. (3) Die finanziellen Ressourcen, die für die Umsetzung international abgestimmter Politiken notwendig sind, sind weitestgehend auf nationaler Ebene verblieben. Diese Darstellung erhellt Entwicklungen, die nicht nur die Mitgliedstaaten der EU betreffen, sondern von allgemeiner Bedeutung sind – wenngleich ihre Auswirkungen etwa in den Vereinigten Staaten geringer sein mögen als in Norwegen. Zürns Analyse post-nationaler Konstellationen ist im Rahmen einer rechtlichen Analyse besonders hilfreich, weil sie die Interaktionen und Interdependenzen herausstellt, denen politische Prozesse und Gesetzgebungsverfahren innerhalb der Nationalstaaten heute unterliegen.

5. *Ein vorläufiger Schritt hin zu einer rechtlichen Konzeptualisierung des Europäisierungsprozesses*

„Regieren im Mehrebenensystem“ und „methodologischer Nationalismus“ sind keine Rechtsbegriffe. Wir können sie nicht unbesehen in rechtlichen Diskursen gebrauchen. Wir können sie ebenso wenig als „objektive“ empirische Vorgegebenheiten verarbeiten. Ihrer Einführung in die Welt des Rechts muss eine Rekonstruktion der normativen Dimension in diesen analytischen Konzepten vorangehen. Zürn’s Kritik des methodologischen Nationalismus ist ein Schritt in diese Richtung, insoweit als dieser sich für eine Neuorientierung von Politik und politischen Handlungsformen einsetzt. Mein Vorschlag bezieht sich hingegen auf die Rekonstruktion der *rechtlichen* Dimension des europäischen Gemeinwesens. Um an einen früheren Versuch⁷⁰ anzuknüpfen: Jedes nationale Privatrechtsregime hat seine eigenen Antworten auf die mit dem Wohlfahrtsstaat aufgetretenen Spannungen zwischen ökonomischer Effizienz, funktionaler Notwendigkeit und normativer Verpflichtung entwickelt – Antworten, deren innerstaatliche Legitimität außer Frage steht. Die europäische Integration stellt nun aber neue Anforderungen an diese Systeme. Besonders deutlich wird dies im Kontext der Marktintegration, einerseits das ursprüngliche Hauptanliegen der Europäischen Gemeinschaften und zugleich notwendiger Bestandteil des Harmonisierungsprozesses. Europäisierung als Prozess kann insoweit als elementares Spannungsverhältnis beschrieben werden: Die funktionale Logik der europäischen Marktintegration begann die Privatrechtssysteme der Mitgliedstaaten zu durchsetzen, und beeinflusste deren unterschiedliche rechtliche Traditionen und Vorstellungen von privatrechtlicher Gerechtigkeit. Dieses Spannungsverhältnis konnte weder im Rahmen einer Sub-

70 Vgl. *Christian Joerges & Gert Brüggemeier*, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hrsg. von *Peter-Christian Müller-Graff* (1993); s. auch *Irene Klauer*, *Die Europäisierung des Privatrechts - Der EuGH als Zivilrichter* (1998); *Schmid, supra* Fn. 1, 362.

stituierung des Europarechts durch ein supranationales Äquivalent des nationalstaatlichen Rechts noch im Rahmen einer Umdeutung des nationalstaatlichen Rechts im Licht der Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes aufgelöst werden. Die Imperative der Marktintegration haben deshalb ambivalente Konsequenzen. Sie werden in den Nationalstaaten desintegrative Wirkungen zeitigen, dort aber auch innovative Entwicklungen auslösen – die Integration bewirkt Desintegration *und* Innovation.

Die entsprechenden Risiken und Potentiale sollen im nächsten Abschnitt erörtert werden. Die zitierte frühere Analyse dient hierbei als Ausgangspunkt; sie muss jedoch im Hinblick auf die kontinuierliche Ausdehnung des europäischen Integrationsprozesses erweitert werden. Letzterer wirkt in zunehmendem Maße auf die nationalen Systeme ein, welche im Gegenzug immer differenziertere Mechanismen entwickelt haben, um auf die externen rechtlichen Stimulationen zu reagieren. Die kurze Bezugnahme auf die beiden nicht-rechtlichen Konzepte „Regieren im Mehrebenensystem“ und „methodologischer Nationalismus“ ist ausreichend, um diese Beobachtung einen Schritt weiter zu treiben: Die Institutionalisierung der Europäischen Union als Mehrebenensystem und die Diffusion ehemals auf nationalstaatlicher Ebene gebündelter Kompetenzen implizieren, dass die Spannungen zwischen der funktionalen Logik der Integration und der normativen Logik der nationalstaatlichen Systeme nicht dergestalt aufgelöst werden kann, dass die „höhere“ europäische Ebene einfach eine umfassende Kontrolle über das nationale Recht ausübt. Die Europäische Union ist weder ein einheitlicher Staat noch eine Föderation von Staaten, sondern vielmehr zusammengesetzt aus halb-autonomen und voneinander abhängigen Einheiten, welche gerade keiner umfassenden supranationalen Kontrolle unterliegen. Das gemeinsame Interesse am Ausbau eines Gemeinsamen Marktes muss kontinuierlich gegen andere, nationalstaatlich legitimierte normative Präferenzen abgewogen werden.

II. Drei Muster der Europäisierung des Privatrechts

Aufgrund der „heterarchischen“ Natur der Europäischen Union ist es nicht zu erwarten, dass die Europäisierung ein Privatrechtssystem hervorbringen wird, das den kontinentalen Privatrechtsordnungen an Konsistenz und Geschlossenheit vergleichbar wäre. Doch zu welchem Ergebnis wird die spannungsgeladene Interaktion zwischen der funktionalen Logik der Marktintegration und der normativen Logik der Präferenzbildung innerhalb der nationalen Systeme ansonsten führen? Diese Frage hat eine empirische und eine normative Dimension, und beide sind höchst umstritten. Als erste Annäherung an den Stand der

Debatte über die Ziele der Europäisierung und deren bestmögliche Verwirklichung kann erneut eine Betrachtung des ‘Streits der Rechtsdisziplinen’ dienen. Dabei lassen sich die jeweiligen disziplinären Ansätze ebenso als Beschreibungen des Europäisierungsprozesses lesen wie auch als Korrekturen seiner vermeintlichen Fehlentwicklungen. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass der Streit der Disziplinen mit einer weiteren Problematik verknüpft ist, nämlich mit der Auseinandersetzung über die Strukturierung des sich herausbildenden europäischen Gemeinwesens; eine Auseinandersetzung, die zwischen den einzelnen Disziplinen geführt wird, aber auch innerhalb. Um die bereits vorgestellten Wahrnehmungen und Positionen noch einmal knapp zu reformulieren:

1. Der Prozess der Europäisierung zerstört die Kohärenz des nationalen Privatrechts. Dies ist ein weithin und vor allem in Deutschland wahrgenommenes Problem.⁷¹ Eine Lösungsmöglichkeit wäre, die nationalen Regelungen systematischer durch europäische Gesetzgebung zu ersetzen, und die bislang vorherrschende Praxis der Einzelinterventionen durch das Europarecht zugunsten eines kompakten europäischen Zivilgesetzbuchs aufzugeben.⁷² Eine alternativer Lösungsansatz bestünde darin, die europäische Gesetzgebung zu verringern, die nationalen Rechtskulturen zu stärken und Kollisionsfälle über das Internationale Privatrecht zu lösen.⁷³
2. Aus der Erkenntnis, dass die Europäisierung, ebenso wie die Globalisierung, Deregulierungen, Privatisierungen und regulative Konkurrenz befördert, lassen sich zwei entgegen gesetzte Schlussfolgerungen ziehen. Während (einige) Befürworter des „Europäischen Sozialmodells“ die soziale Dimension des Privatrechts mit Hilfe eines europäischen Gesetzbuchs zu verteidigen suchen,⁷⁴ argumentieren Verfechter ökonomischer Effizienz, der Europäisierungsprozess könne für eine Modernisierung und Rationalisierung des europäischen Privatrechts nutzbar gemacht werden, nicht nur mit Blick auf den hohen Stellenwert, den individuelle Freiheiten im Europäisierungsprozess genießen, sondern auch aufgrund der regulativen Konkurrenz, die die effektive Wahrnehmung dieser individuellen Freiheiten mit sich bringt.⁷⁵

71 Vgl. *supra* Fn. 15.

72 Vgl. *supra* Fn. 17-19.

73 Vgl. *supra* Fn. 53.

74 Vgl. *Ugo Mattei*, Hard Code Now!: Global Jurist Frontiers Vol. 2 No. 1 (2002) verfügbar unter: <<http://www.bepress.com/gli/frontiers/vol2/iss1/art1>> (zuletzt aufgerufen am 01.09.2004); *Ugo Mattei*, The European Codification Process – Cut and Paste, (2003) 107-128.

75 Aus der ständig wachsenden Literatur vgl. *Simon Deakin*, Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation: A Law and

Welche dieser Wahrnehmungen ist zutreffend? Welche normativen Optionen sind verfügbar? Lohnt sich eine Diskussion dieser Frage überhaupt, wenn alle Optionen nur eine je eigene Spielart des ‘methodologische Nationalismus’ repräsentieren? Könnte es sein, dass der Europäisierungsprozess von keiner der drei Disziplinen angemessen begriffen wird?

Es ist sicherlich unmöglich, vor einer Stellungnahme zu diesen Fragen den Europäisierungsprozess umfassend zu beschreiben. Was demgegenüber möglich und instruktiv erscheint, ist eine Darstellung von *Mustern der Europäisierung*, denen wir exemplarisches Gewicht zuschreiben können. Hierum soll es in den folgenden Fallstudien gehen, die alle eine spezifische Verbindung zwischen Europarecht und nationalem Recht aufweisen. Das erste Beispiel aus dem Produkthaftungsrecht bezieht sich auf einen stark von europäischen Regelungen durchsetzten Rechtsbereich, anhand dessen sich das Zusammentreffen von europäischem (supranationalem) und nationalem Recht gut zeigen lässt. Das zweite Beispiel bezieht sich auf das Gesellschaftsrecht und untersucht den Einfluss des europäischen Primärrechts auf die nationalen Rechtssysteme. Das dritte Beispiel schließlich betrifft die Spannungen zwischen europäischen Maßnahmen im Bereich der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen einerseits und distributiven Politiken auf nationaler Ebene andererseits, oder, technischer gesprochen, zwischen europäischem Subventionsrecht, einem Abschnitt aus dem Wettbewerbskapitel des EG-Vertrages, und regulativen Arrangements auf nationalstaatlicher Ebene. Der exemplarische Wert der drei aufgeführten Konflikttypen ist augenfällig, dennoch ist bei der Auswertung der Ergebnisse aller drei Fälle Vorsicht geboten. Denn obgleich die Sprache des Europarechts scheinbar von zwingender dogmatischer Logik ist, sind seine Botschaften doch häufig unbestimmt und ambivalent.

1. *Produkthaftungsrecht:*

Von der Armut des orthodoxen Supranationalismus

Der Verbraucherschutz wurde lange Zeit als das Flaggschiff der Europäisierung des Privatrechts wahrgenommen. Die Europäische Gemeinschaft, oft beschrieben und kritisiert dafür, den Binnenmarkt vor allem vermittels einer Strategie der „negativen“ Integration zu errichten (Beseitigung rechtlicher Hinder-

Economics Perspective on Centros, Cambridge Y.B. Eur. L. 2 (1999) 231; *Eva-Maria Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen (2003); *Jan Smits*, How to predict the differences in uniformity between different areas of a future European private law? An evolutionary approach, in: *The Economics of Harmonizing European Law*, hrsg. von *Alain Marciano & Jean-Michel Josselin* 15-70; *Gerhard Wagner*, The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law, CMLRev. 39 (2002) 995.

nisse für den Freihandel), betrat das privatrechtliche Feld über die Förderung des „sozialen“ Privatrechts, ein Gebiet bis *dato* in einigen Staaten unbekannt oder nur marginal ausgeprägt und in anderen von zweifelhafter Reputation. Die Frontlinien schienen klar gezogen: auf der einen Seite die Europäische Gemeinschaft, die Verbraucherschutzrichtlinien auf den Weg brachte, die dabei zwar unglücklich eingeschränkt war durch das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 100 EGV, aber zugleich unterstützt und ermutigt wurde von einer transnationalen epistemischen Gemeinschaft von Verbraucherschützern,⁷⁶ und auf der anderen Seite die Verteidiger der Einheit und der normativen Kohärenz der nationalen Privatrechtssysteme, die zudem die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft⁷⁷ und die wettbewerbsbefördernde Wirkung eines europaweit einheitlichen Verbraucherschutzes anzweifelten.

1. *Die Entscheidung des EuGH vom 25. April 2002 zur Produkthaftungsrichtlinie.* Die EG-Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG⁷⁸ wurde weithin als unzureichend bewertet. Harmonisiert wurde nämlich nur ein kleiner Bereich des Produkthaftungsrechts,⁷⁹ und der Standard des Verbraucherschutzes war alles andere als beeindruckend.⁸⁰ Kritiker, Skeptiker und Verteidiger der Richtlinie waren sich einig in der Einschätzung, dass es sich um einen eher marginalen Gesetzgebungsakt handelte, dessen Auswirkungen im Guten wie im Schlechten gering bleiben würden. Diese Auffassung schien in Artikel 13 der Richtlinie eine feste Stütze zu finden, demnach „Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung oder aufgrund einer zum Zeitpunkt der Bekanntgabe dieser Richtlinie bestehenden besonderen Haftungsregelung geltend machen kann“ durch diese Richtlinie nicht berührt sein sollten, und insofern das nationale Deliktsrecht nicht beeinträchtigt schien.⁸¹ Im Übrigen galt es als *communis opinio*, dass die Verbraucherschutzregelungen der Richtlinie als Mindeststandards verstanden werden müssten, die der Unterhaltung eines höheren Schutzniveaus

76 Vgl. aber auch *Hans-C. Taschner*, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, 611; der Autor, Verfechter und Verteidiger der Richtlinie hat stets eine verbraucherpolitische Motivation in Abrede gestellt – hierauf hätte der EuGH, wäre ihm an der Besänftigung seiner Leser gelegen gewesen, hinweisen können.

77 Für die Produkthaftungsrichtlinie vgl. *Bodo Börner*, Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht, in: Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher (1981) 43.

78 ABl. L 210 (1985) 29.

79 Vgl. *Harald Koch*, Internationale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie, ZHR 152 (1988) 537.

80 Vgl. *Gert Brüggemeier & Norbert Reich*, Die EG-Produkthaftungsrichtlinie 1985 und ihr Verhältnis zur Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, WPM 1986, 149.

81 *Gert Brüggemeier*, Produkthaftung und Produktsicherheit: ZHR 152 (1988) 511 (531).

durch den nationalen Gesetzgeber nicht entgegenstünden.⁸²

Diese Einschätzungen schienen für lange Zeit gut fundiert, bis der EuGH in drei Urteilen vom 25. April 2002⁸³ der bis *dato* zur Bedeutungslosigkeit verdammten Richtlinie durch einen verwegenen Zug ein neues Gewicht gab – die Verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben der Richtlinie, so erkannte jetzt der EuGH, sollten nicht bloß Mindeststandards festlegen, sondern zielten auf eine „vollständige Harmonisierung“ des Verbraucherschutzes ab. Der Begriff der Vollharmonisierung bringt das gesamte Spektrum der Geltungsansprüche des Supranationalismus in seiner „orthodoxen“ Bedeutung zur Geltung, insbes. Also den Vorrang des Europarechts (auch des Sekundärrechts) gegenüber nationalen Privatrechten und die „Sperrwirkung“ gegenüber nationalstaatlicher Gesetzgebung im Privatrecht.

Nicht nur die Verfechter des Verbraucherschutzes argumentierten für eine begrenzte Reichweite der Produkthaftungsrichtlinie. Denn der gewichtigste Grund für ihre restriktive Auslegung liegt in den Dynamiken des allgemeinen Deliktsrechts sowie den Interdependenzen von deliktsrechtlicher Produkthaftung mit dem Schuldrecht und dem Recht der Produktsicherheit. Insoweit der EuGH nur sehr gelegentlich damit befasst sein würde, den Regelungsgehalt der Richtlinie im Einzelnen weiter auszuarbeiten, konnte man befürchten, dass jede extensive Auslegung der Reichweite des Anwendungsvorrangs zu einer Erstarrung des gesamten Rechtsgebiets führen würde.⁸⁴

In der Tat scheinen derartige Befürchtungen angesichts der drei Urteile des EuGH begründet. Diejenige zur Umsetzung der Richtlinie in spanisches Recht⁸⁵

82 Wäre die Richtlinie nach der Einheitlichen Europäischen Akte [Single European Act] und demgemäß auf Basis von Artikel 100(a) (jetzt 95) erlassen worden, wäre die Festbeschreibung strengerer Standards (entsprechend des Verfahrens nach Abschnitt 4 und 5 dieser Vorschrift) möglich gewesen. Der Generalanwalt Geelhoed stellte das orthodoxe Verständnis der Vorrangwirkung und der Sperrwirkung heraus. Vgl. Schlussfolgerungen in EuGH, Rs. 154/00 (Slg. 2002 I-3879) Rz. 4; EuGH, Rs. 52/00 (Slg. 2002 I-3827) Rz. 14 und EuGH, Rs. 183/00 (Slg. 2002 I-3901) Rz. 27. Der EuGH folgte dem. Vgl. EuGH, Rs. 154/00 Rz. 10.

83 EuGH, Rs. 52/00 (*Kommission ./.* Frankreich) Slg. 2002 I-3827; EuGH, Rs. 183/00 (*Maria Victoria González Sánchez ./.* Medicina Asturiana SA) Slg. 2002 I-3901; EuGH, Rs. 154/00 (*Kommission ./.* Griechenland) Slg. 2002 I-3879.

84 Vgl. Brüggemeier, *supra* Fn. 81, 531.

85 EuGH 25.04.2002 – Rs. 183/00 (*Maria Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*). *Marie-Eve Abour*, Compensation for Damage Caused by Defective Drugs: European Private Law between Safety Requirements and Free-Market Values, *European Law Journal* 10 (2004) 87; *Schmid*, *supra* Fn. 1, insbesondere Teil 2, Abschnitt 4, Kapitel 5.

erscheint besonders drastisch.⁸⁶ Die Klägerin, Maria Sanchez, erhielt in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus (Medicina Asturiana SA) eine Bluttransfusion. Hierbei infizierte sie sich mit dem Hepatitis C-Virus. Ihre Klage stützte sie auf das Gesetz, mit dem Spanien die Richtlinie umgesetzt hatte, daneben auf die allgemeinen Haftungsbestimmungen des spanischen Zivilrechts und schließlich auf das spanische Verbraucherschutzgesetz vom 19.07.1984. Nach letzterem Gesetz hatte sie für ihren Anspruch lediglich ihren Schaden und die Kausalität des Verhaltens des Schädigers zu beweisen. Für ihren Anspruch nach der Produkthaftungsrichtlinie, die Spanien zehn Jahre später implementiert hatte,⁸⁷ oblag ihr als Klägerin zusätzlich der Beweis, dass das Krankenhaus die Blutkonserve auch produziert hatte, und diesen Beweis konnte sie nicht führen. Insoweit hing der Erfolg ihrer Klage vom Konkurrenzverhältnis der genannten Anspruchsgrundlagen ab. Besagt nun der – soeben zitierte – Artikel 13 der Produkthaftungsrichtlinie, so fragte das spanische Gericht beim EuGH an, „dass die Richtlinie einer Einschränkung der den Verbrauchern nach dem Recht des Mitgliedstaats zustehenden Ansprüche infolge der Umsetzung der Richtlinie entgegensteht?“⁸⁸ Unbefangene Leser mögen dies als eine rein rhetorische Frage verstehen. Die Antwort des EuGH aber lautete, Artikel 13 dürfe

„nicht dahin ausgelegt werden, dass er den Mitgliedstaaten die Möglichkeit lässt, eine allgemeine Regelung der Haftung für fehlerhafte Produkte beizubehalten, die von der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung abweicht“.⁸⁹

Dass Artikel 13 Ansprüche „aufgrund vertraglicher oder außervertraglicher Haftung“ nicht berührt, sei ohne Bedeutung, wenn eine Regelung „auf derselben Grundlage beruht wie die durch die Richtlinie eingeführte Regelung“.⁹⁰

In seiner Interpretation der gemeinschaftsrechtlichen Regelung verweist der EuGH auf den Erwägungsgrund 1 in der Präambel der Richtlinie, wonach „die Angleichung erforderlich geworden [ist], weil die Unterschiedlichkeit der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften den Wettbewerb verfälschen, den freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen und zu einem unterschiedlichen Schutz des Verbrauchers vor Schädigungen seiner Gesund-

86 Die beiden Parallelentscheidungen betrafen die Konformität von Umsetzungen, die über den von der Richtlinie geforderten Schutzstandard hinausgingen: Griechenland wollte seine Bürger von der 500 Euro Eigenbeteiligung des Artikel 9 I (b) der Richtlinie befreien (EuGH, Rs. 183/00 Rz. 8). Und Frankreich wollte neben der Haftung der Hersteller eine Haftung der Großhändler einführen und zusätzlich die Ausnahmen von der Haftung in Artikel 7 der Richtlinie beschränken (EuGH, Rs. 52/00 Rz. 6 ff).

87 EuGH, Rs. 183/00 Rz. 7, 8.

88 Ibid. Rz. 13.

89 Ibid. Rz. 30.

90 Ibid. Rz. 33.

heit und seines Eigentums durch ein fehlerhaftes Produkt führen kann“.⁹¹ Dieser Satz war seinerzeit nötig, um eine (funktionale) Gesetzgebungskompetenz auf Gemeinschaftsebene zu „begründen“. Er ist seither aber weder empirisch triftiger noch normativ richtiger geworden. Dennoch wird er in der Entscheidung bekräftigt und als teleologisch gewonnener Grund für die Beschneidung der legislativen Autonomie der Mitgliedstaaten ausgegeben.⁹²

2. *Kritik.* Die Argumentationsweise des EuGH ist häufig formalistisch, nicht zuletzt aufgrund der prekären Legitimation des Gerichts. Doch ist Formalismus wirklich eine plausible Strategie oder eine normativ sinnvolle Antwort auf die Zweifel an eben jener Legitimation? Sollten Kommentatoren versuchen, das Gericht durch eine möglichst restriktive Interpretation seiner Urteile zu unterstützen? Die Anmerkungen zum Urteil sind anderer Ansicht. Eine deutsche Beobachterin schlussfolgert nach umfassender und sorgfältiger Analyse,⁹³ dass der Vorstoß des EuGH im Bereich des Produkthaftungsrechts nicht nur die Umsetzungen der Richtlinie betrifft, sondern sie auch mit Vorrang vor dem Deliktsrecht im Allgemeinen ausstattet. Während die dogmatische und konzeptuelle Basis des europäischen Haftungsrechts durchaus unklar bleibt, treten die Harmonisierungsziele des EuGH umso deutlicher hervor: Im Ergebnis müssen sich nunmehr nationale Gerichte in Fragen des allgemeinen Deliktsrechts an den EuGH wenden. Eine entsprechende Vorlagepflicht ist aus der *acte claire* Doktrin und der Doktrin vom Anwendungsvorrang herzuleiten, wonach nationale Gerichte bei Unklarheiten in der Auslegung des Europarechts den EuGH zu Rate ziehen müssen. Auf diesem Weg soll die Uniformität des Europarechts sichergestellt werden. „What a civil law phantasy“ werden *common law* Juristen denken. Oder wird es ihnen gleich als Albtraum vorkommen? Denn auf diesem Wege würde die Verantwortung des EuGH erheblich vergrößert. Das Gericht würde mit mehr und mehr Sachverhalten befasst, die zu entscheiden es weder fachlich kompetent noch materiell ausgerüstet erscheint. Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der Großteil der Anmerkungen zur Produkthaftungsrechtsprechung des EuGH das Gericht für seine mangelnde Zurückhaltung kritisiert.⁹⁴

91 Ibid. Rz. 3.

92 Ibid. Rz. 24, 25.

93 *Renate Schaub*, Abschied vom nationalen Produkthaftungsrecht. Anspruch und Wirklichkeit der EG-Produkthaftung – Zugleich ein Besprechung der Urteile des EuGH vom 2.04.2002 Rs. 52/00, Rs. 154/00, Rs. 183/00, ZEuP 2003, 541-589.

94 *G. Viney*, L'interprétation par la CJCE de la Directive du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, *La Semaine Juridique I* 44-45 (2002) 1945-1948; *Jean Calais-Auloy*, Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel, *Recueil Le Dalloz*

Es erscheint jedoch als absolut unwahrscheinlich, dass die nationalen Gerichte in Zukunft davon Abstand nehmen werden, ihr Produkthaftungsrecht weiterzuentwickeln und den streitenden Parteien hierbei diejenigen rechtlichen Konsequenzen aufzubürden, die die Produkthaftungsrichtlinie angeblich – jedenfalls in den Augen des EuGH – mit sich bringt. Gleichzeitig erscheint es aber ebenso wenig wahrscheinlich, dass der EuGH seine Strategie der Kompetenzerweiterung weiterverfolgen wird, insbesondere in einem derart komplexen und umstrittenen Feld wie dem Produkthaftungsrecht. Insoweit die Produkthaftungsrichtlinie auf der Grundlage von mittlerweile überholten Vertragsbestimmungen erlassen wurde, bestehen für die Zukunft gute Chancen für eine vorsichtigeren Ausübung der gerichtlichen Befugnisse. Wie dem auch sei, derartige Ausblicke vermögen die Wiederbelebung von Formen des orthodoxen Supranationalismus durch den EuGH nicht zu erklären, geschweige denn zu rechtfertigen.

2. *Gesellschaftsrecht: Transformation ökonomischer Freiheiten in politische Rechte*

Das *Centros*-Urteil des EuGH⁹⁵ wird man als die wohl wichtigste – und sicherlich die umstrittenste – Entscheidung seit der *Cassis de Dijon* Rechtsprechung⁹⁶ aus dem Jahre 1979 bezeichnen können. Die Erwartungen an die Folgeentscheidungen, *Überseering*⁹⁷ und *Inspire Art*⁹⁸, waren entsprechend hoch. So viel wurde bereits über diese Entscheidungen geschrieben,⁹⁹ dass eine umfassende Darstellung der Debatte leicht ein Buch füllen würde. Doch ist der Zweck der vorliegenden Darstellung dieser Rechtsprechung gleichzeitig beschränkter und spezifischer. Es geht lediglich um eine Analyse des Rechtfertigungs-Prozesses, in welchem Individuen und Gesellschaften, die ihre wirtschaftlichen Freiheitsrechte im Rahmen der nationalen und europäischen

31(2002) 1458; A. Palmieri & R. Pardolesi, Difetti del prodotto e del diritto privato europeo, *Il Foro Italiano* 125 IV (2002) 296; Marie-Eve Abour, *supra* Fn. 85 und Christoph Schmid, *supra* Fn. 1.

95 EuGH, Rs. 212/97, Slg. 1999 I-1459 – *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

96 EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

97 EuGH, Rs. 208/00, Slg. 2002 I-9919 – *Überseering BV v. Nordie-Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

98 EuGH, Rs. 167/01 Slg. 2003 I-10155 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*

99 Eine Celex-Recherche vom 25. Mai 2002 ergab 112 Treffer. Doch ist das noch vorsichtig geschätzt. Nicht berücksichtigt war zum Beispiel: Harald Halbhuber, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand – Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 48 EG-Vertrag und zum Europäischen Gemeinschaftsrecht (2001).

Rechtsordnungen ausüben, mit nationalen wie europäischen Gerichten interagieren. Meine Analyse soll die folgenden drei Thesen belegen: (1) Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des EuGH hat die wirtschaftlichen Grundfreiheiten in „politische“ Recht-Fertigungsrechte transformiert. (2) Die Rechtsprechung des EuGH unterwirft das Gesellschaftsrecht nicht der Logik rein ökonomischer Prozesse, sondern tendiert zu einer Verrechtlichung regulativer Konkurrenz. (3) Die theoretische und praktische Herausforderung dieser Rechtschöpfungsprozesse liegt in ihrer „konstitutionellen“ Bedeutung. Eine Konstitutionalisierung der Europäischen Union, die die Legitimität ihrer Gesetzgebung sicherstellen will, muss der *Qualität* dieser Rechtsschöpfungsprozesse größere Aufmerksamkeit widmen.

1. *Centros*. Das *Centros*-Urteil betrifft den Kern des europarechtlichen *acquis communautaire*, die Grundfreiheiten der Marktbürger, die unmittelbar gelten und deshalb Vorrang gegenüber nationalem Recht haben sollen. Darüber hinaus gilt die Entscheidung als Fortsetzung und Verstärkung eines tief ins Rechtsbewusstsein und -gemüt gedungenen Verständnisses des europäischen Wirtschaftsrechts, nämlich dass dieses vom Prinzip negativer Integration beherrscht werde, insofern die unmittelbar geltenden Freiheitsrechte eine Inhaltskontrolle des nationalen Rechts durch den EuGH ermöglichen und so das nationale Recht einer regulativen Konkurrenz aussetzen. Diese Interpretation der *Centros* Entscheidung hat durchaus ihr *fundamentum in re*, aber sie vernachlässigt wichtige Aspekte.

Wie so häufig bei *causes célèbres* ging es um Triviales:¹⁰⁰ Ein dänisches Ehepaar namens Marianne und Tony Bryde wollte Wein nach Dänemark importieren, jedoch ohne den Betrag von DKR 200.000 (28.000 EUR) aufzuwenden, den Dänemark üblicher Weise für die Errichtung einer Gesellschaft fordert. So kamen die beiden auf den Gedanken, dem dänischen Recht „den Vogel zu zeigen“:¹⁰¹ Sie gründeten im Mai 1992 eine *private limited company*, die nunmehr legendäre *Centros Ltd* mit Sitz in einer Privatwohnung von Freunden in England. Dann ließen sie für diese Gesellschaft eine Zweigniederlassung in Kopenhagen eintragen – und keiner dieser Schritte erforderte einen vergleichbaren Kapitaleinsatz, wie er bei Gründung einer dänischen Gesellschaft angefallen wäre.

100 Von dem Folgenden verdanke ich viel *Barbara Trefil*, *Centros* und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa: European University Institute Working Paper Law No. 2003/9 (verfügbar unter <<http://www.iue.it/PUB/law03-9.pdf>> (letzter Aufruf Mai 2004)).

101 So Deutschlands *maître penseur* des IPR, Gerhard Kegel in einem Editorial des Europäischen Wirtschafts- und Steuerrechts: *Gerhard Kegel*, „Es ist was faul im Staate Dänemark und anderswo...“, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 8 (1999).

Als die dänischen Behörden dann die Eintragung der Niederlassung verweigerten mit der Begründung, die Brydes hätten sich nur deswegen von ihren britischen Freunden helfen lassen, um die Belastungen des dänischen Rechts zu umgehen, zogen die Brydes vor Gericht. Nach dem Gang durch alle Instanzen legte Dänemarks Højesteret¹⁰² im Juni 1997 dem EuGH schließlich die Frage vor, ob die Verweigerung der Eintragung mit der Garantie der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 [ex 52] i. V. m. Artikeln 52 und 58 EGV) vereinbar sei. Der EuGH antwortete mit Entscheidung vom 9. März 1999:

„Ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, verstößt gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten, und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt.“¹⁰³

2. *Diskussion.* Während einige Kommentatoren¹⁰⁴ in *Centros* die behutsame Weiterentwicklung der Niederlassungsfreiheit sahen,¹⁰⁵ kritisierten andere die Entscheidung des EuGH als fragwürdige Zuspitzung.¹⁰⁶ Beträchtliche Energie wurde darauf verwendet, den Fall in Kategorien des IPR zu rekonstruieren, die der EuGH hartnäckig zu ignorieren scheint: Hatte sich nunmehr mit Hilfe des

102 EuGH, Rs. 212/97 Rz. 13: „Ist es mit Artikel 52 in Verbindung mit den Artikeln 56 und 58 EG-Vertrag vereinbar, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat und mit einem Gesellschaftskapital von 100 UKL (etwa 1 000 DKR) nach dem Recht dieses Mitgliedstaats rechtmäßig errichtet worden ist und besteht, abzulehnen, wenn die Gesellschaft selbst keine Geschäftstätigkeit betreibt, die Zweigniederlassung aber in der Absicht errichtet wird, die gesamte Geschäftstätigkeit in dem Land zu betreiben, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird, und wenn davon auszugehen ist, dass dieses Vorgehen statt der Errichtung einer Gesellschaft in dem letztgenannten Mitgliedstaat gewählt wurde, um die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200.000 DKR, heute 125.000 DKR, zu vermeiden?“.

103 Satz 1 des Tenors der Entscheidung in Rs. 212/97, Slg. 1999 I-1947.

104 Eine vollständige Darstellung des Diskussionsstands erscheint kaum möglich. Für eine Diskussion der deutschen Reaktion vgl. *Harald Halbhuber*, National Doctrinal Structures and European Company Law, CMLRev. 39 (2001) 1385. Einen guten Überblick über die Gesamtentwicklung des Gesellschaftsrecht bietet *Jan Wouters*, European Company Law: Quo vadis?, CMLRev. 37 (2000) 257.

105 EuGH, Rs. 79/85, Slg. 1986, 2375 – *Segers*.

106 *Ernst Steindorff*, *Centros* und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, JZ 1999, 1140.

EuGH¹⁰⁷ die Gründungstheorie¹⁰⁸ gegen die Sitztheorie¹⁰⁹ durchgesetzt, oder reflektierte die Entscheidung vielmehr den Respekt des Gerichts vor der Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtstraditionen, letzteres auf Kosten eines klaren kollisionsrechtlichen Grundsatzes? Hatte nicht des Weiteren der EuGH gerade in seiner *Daily Mail*- Entscheidung¹¹⁰ seinen Respekt vor den Grundsätzen des IPR im Allgemeinen und vor der Sitztheorie im Besonderen demonstriert?¹¹¹ Eine beachtliche Anzahl von Beobachtern argumentierte, das Gericht habe den Weg zu einem regulativen Wettbewerb freigegeben, der sogenannte *Delaware*-Effekte¹¹² in der Europäischen Union nach sich ziehen könnte – ein Dorn im Auge der Anhänger der Sitztheorie.

Ist es sinnvoll, die Argumentation des EuGH im Licht von Kategorien zu bewerten, die das Gericht selbst für irrelevant erachtet? Die Antwort auf diese Frage hängt von der zu lösenden Problematik und ihrem Kontext ab. Doch inwieweit könnte die Entscheidung zwischen Gründungs- und Sitztheorie überhaupt einen konstruktiven Beitrag zur Europäisierung des Gesellschaftsrechts leisten? Dieses Feld ist gezeichnet von endlosen Versuchen, die nationalen Gesetze zu harmonisieren, von deutschen Sensibilitäten für die Institution der

107 Vgl. *Peter Behrens*, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPrax 1999, 323.

108 Entsprechend aller *common law* Rechtsordnungen und einiger kontinentaler Rechtsordnungen entscheidet der Ort der Gründung der Gesellschaft über das anwendbare Recht – eine Doktrin, die expandierenden Ökonomien wie der des imperialen Englands sehr zu statten kommt, kommentieren Kritiker.

109 Entsprechend dieser auf dem Kontinent weit verbreiteten Doktrin entscheidet der gegenwärtige Sitz einer Gesellschaft über das anzuwendende Recht – diese Theorie basiert auf der Erwägung, dass die Rechtsordnung des Landes, in dem eine Gesellschaft ihren Sitz hat, am besten über die Geschäfte der Gesellschaft wachen und das öffentliche Interesse zu schützen in der Lage ist.

110 EuGH, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 – *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*. In diesem Fall ging es um die Vereinbarkeit einer Vorschrift des englischen Steuerrechts, wonach eine Gesellschaft vor dem Transfer ihres Hauptsitzes ins Ausland der Zustimmung des Finanzministeriums bedurfte, mit dem Europarecht.

111 Vgl. *Werner Ebke*, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, JZ 1999, 656; *Peter Kindler*, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die Centros-Entscheidung des EuGH und das Internationale Privatrecht, NJW 1999, 1993; *Wulf-Henning Roth*, Case Note, CMLRev. 37 (2000) 147.

112 Der ‘Delaware Effekt’ bezeichnet Verlagerung von Gesellschaften in die ihnen günstigste Rechtsordnung, das (berühmte) ‘*race to the bottom*’. Insbesondere die Stellungnahme des Generalanwalts La Pergola inspirierte derartige Interpretationen. Vgl. aber *Matthias Baudisch*, From State to Contract? An American Perspective on Recent Developments in European Company Law, in: *The European Union and Governance* 24, hrsg. von *Francis Snyder* (2003) 24 (44 ff.).

Mitbestimmung, und, last but not least, von dem Interesse der Unternehmen an der Nutzung der Potentiale des sich integrierenden Marktes zu eröffnen. Wäre es vor diesem Hintergrund hilfreich gewesen, hätte der EuGH entschieden, dass die Anhänger der Gründungstheorie wie die Verteidiger der Sitztheorie seelenruhig ihre Theorien fortschreiben und auf der Anwendung des entsprechend angeknüpften Rechts bestehen sollten? Es ist nicht ersichtlich, warum der EuGH derartiges hätte tun sollen. Die Art und Weise, in der das Gericht die Vorgehensweise des Ehepaares Bryde beurteilte, lässt vielmehr darauf schließen, dass der Status der Kläger als Dänen und als europäische Staatsbürger im Vordergrund stand. Die Kritik am EuGH lautete, das Europarecht habe in einem rein inner-dänischen Vorgang nichts verloren. Die Brydes, die keinerlei Geschäftsinteressen in England verfolgten, hätten sich ihrem heimatlichen Souverän zu fügen. Doch agieren die Brydes ausschließlich als ‘Dänen’¹¹³? Der EuGH war anderer Ansicht und betonte, dass *per se* nichts Missbräuchliches darin zu finden sei, dass Bürger eines Mitgliedstaates eine Gesellschaft nach den für sie günstigeren Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates gründen – dies sei vielmehr ihr Recht:

113 „Hätte der EuGH nicht genauso entscheiden müssen, wenn die Inhaber der Geschäftsanteile der *Centros* Peruaner gewesen wären?“, entgegnete Florian Rödl (Florenz/Berlin) im Zuge seiner Übersetzungsarbeiten: „Die Behörde hat die Eintragung abgelehnt, weil *Centros* Scheinauslandsgesellschaft war, nicht etwa weil die Inhaber Dänen sind. Der Verweis auf die dänische Staatsbürgerschaft bringt DK erst vor dem EuGH ins Spiel, um die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit zu bestreiten. Aber wie lautet die richtige Antwort auf diesen Einwand? M.E. lautet sie nicht, ‚Es ist keine innerdänische Angelegenheit, weil die Brydes zwar Dänen sind, aber damit zugleich Europäer‘, sondern schlichter: ‚Es ist keine innerdänische Angelegenheit, weil Klägerin (selbst nach dänischem Recht) eine englische Gesellschaft ist.‘ – Das hat für die Deutung m.E. durchaus Gewicht: Das Recht, dänische Gesetze vor den EuGH zu ziehen, haben gerade nicht nur Europäer (Dänen eingeschlossen) sondern jedermann, der eine englische Gesellschaft unterhält – oder allgemeiner: jede in einem anderen Mitgliedstaat errichtete Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund zweifle ich, ob es angemessen ist, ein Klagerecht von mitgliedstaatlichen Unternehmen, deren Eigentümer aus der ganzen Welt kommen mögen, gegen die Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaates, als politisches Recht der (natürlichen) Unionsbürger darzustellen, auch wenn hinter einigen Gesellschaften freilich Unionsbürger stehen.“ Dies ist scharfsinnig, erschüttert aber mein Anliegen, *Centros* als Urteil zu Regulierung der regulativen Konkurrenz zu verstehen, nicht nachhaltig. Wichtig ist, dass ein Recht, das die Freiheitsrechte „unvernünftig“ beschränkt, von den Betroffenen angegriffen werden kann. Dass der EuGH, anders als *Gerhard Kegel* (Fn. 101), an dem Verhalten der Brydes deswegen nichts auszusetzen hatte, weil diese sich einer englischen Gesellschaft bedienten, mag man glauben. Indessen: Hätte der EuGH den Brydes nicht Recht gegeben, hätten wir es mit einem Fall umgekehrter Diskriminierung zu tun, der sich mit einigem Geschick aus der Welt schaffen ließe.

„Damit kann es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit.“¹¹⁴

Wie von Ernst Steindorff kritisch herausgestellt wurde, scheint diese Argumentation ein Recht auf die günstigste Rechtsordnung zu begründen.¹¹⁵ Träfe das zu, wäre es in der Tat angebracht, die Entscheidung des EuGH als Ausdruck einer Negativintegration zu lesen, die die nationalen Gesetzgeber regulativer Konkurrenz aussetzt und das Gesellschaftsrecht Europas auf den Weg nach *Delaware* schickt. Doch ist die Botschaft des EuGH komplexer: Dänemarks Kompetenz, eigene wie fremde Staatsangehörige mit regulativen Belangen zu konfrontieren, wird gerade nicht angezweifelt. In der Tat stellt das Gericht ausdrücklich fest, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, „Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; die missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet“.¹¹⁶

Doch betonte das Gericht, dass derartige regulative Beschränkungen auf zwingende Gründe des Allgemeinwohls gestützt werden müssen. Europarecht verdrängt dänisches Recht nicht einfach, sondern setzt es unter Rechtfertigungsdruck. *Diesem* Druck hat Dänemark nicht standgehalten: es konnte nicht plausibel machen, wie die angegriffene Regelung dem Gläubigerschutz hätte dienen können, der nach dem Vortrag der dänischen Regierung mit eben dieser Regelung bezweckt war. Insofern als der EuGH in der *Centros* Entscheidung für sich die Kompetenz beanspruchte, das dänische Recht daraufhin zu überprüfen, ob es europäisch gewährleistete Rechte respektiert, agierte er als Verfassungsgericht. Nichtsdestotrotz, die Einschränkungen der dänischen Souveränität blieben begrenzt, und Dänemark hat denn auch seine Regelungsautonomie erneut in Anspruch genommen und mittlerweile neue Gesetze verabschiedet, denen zufolge eine Gesellschaft mit Verwaltungssitz und Geschäftstätigkeit in Dänemark entweder eine Sicherheit in Höhe von 110.000 DKR zugunsten der dänischen Steuerbehörde in Form von Bargeld, Staatsanleihen

114 Rz. 27.

115 Steindorff, *supra* Fn. 106.

116 Vgl. EuGH – Rs. 212/97, *Centros*, Rz. 27.

oder als Bankgarantie beizubringen hat, oder aber versichern muss, dass das verfügbare Nettovermögen mindestens 125.000 DKR beträgt.¹¹⁷

Haben die Dänen damit ihren alten Vorschriften einfach einen neuen Anstrich verpasst? Einige dänische Kommentatoren sind dieser Ansicht.¹¹⁸ In einem Urteil vom 3. Februar 2002 hat sich das dänische Verfassungsgericht zum Problem der Steuerhaftung nach *Centros* nicht geäußert, sondern es beschränkte sich bei der Bestätigung der erneuten Ablehnung der Eintragung einer Niederlassung auf die Begründung, die Formulare seien nicht ordnungsgemäß ausgefüllt worden.¹¹⁹ Was also ist so „faul im Staate Dänemark“ – und anderswo?¹²⁰ Dänemark muss sich gegenüber seinen eigenen Bürgern im Forum des EuGH rechtfertigen. Es darf sie in ihrer Autonomie als europäische Marktbürger nur beschränken, sofern es dafür legitime Regelungsanliegen gibt. Es muss bei der Ausgestaltung seiner Vorschriften darauf achten, dass die eingesetzten Mittel tatsächlich dem angestrebten Zweck zu dienen geeignet sind. Es darf ausländische Staatsbürger nicht diskriminieren und sein Recht sollte so gemeinschaftsfreundlich wie möglich sein.

Mit welcher rechtswissenschaftlichen Disziplin haben wir es hier zu tun? Offensichtlich befinden wir uns nicht länger im Bereich des IPR. Rechtsvergleichende Studien der gesellschaftsrechtlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten sind sicherlich instruktiv, doch können sie kaum Aussagen über die Ausgestaltung eines Gesellschaftsrechts in einem Mehrebenensystem treffen. Ist der EuGH seinerseits im Begriff, den Korpus eines europäischen Gesellschaftsrechts zu bauen, das dann sukzessive die nationalen Regelungen verdrängen wird? Eher werden wir gegenwärtig Zeuge eines Recht-Fertigungs-Prozesses, der sich mit umstrittenen Regulierungszielen und den Spannungen zwischen nationalen und supranationalen Kompetenzen auseinandersetzen muss. Europäisierung konstituiert sich in einem europäischen Kollisionsrecht, das rechtliche Differenzen dergestalt verarbeiten muss, dass die politische Autonomie Dänemarks gewahrt wird und gleichzeitig die Rechte beachtet werden, die Europa all seinen Bürgern einräumt. Wie anders sollte dies erreicht werden, wenn nicht durch die rechtliche Ausgestaltung derjenigen Prozeduren, in denen die konkreten Antworten gegeben werden müssen? Die *Centros*-Entscheidung beschäftigt sich nur mit einem Teilbereich des Gesellschafts-

117 Vgl. *Trefil*, *supra* Fn. 100, 31 (mit Verweis auf <<http://www.retsinfo.dk>> und einem Überblick über die Debatte hinsichtlich der Fragwürdigkeit der neuen Bestimmungen).

118 *F. Hansen*, From C 212 to L 212 – *Centros* revisited, *Eur. Bus. Org. L. Rev.* 2 (2001) 141 (156), der von einer flagranten Verletzung von Artikel 43 EG-Vertrag spricht.

119 *Ugeskrift for Retsvaen* 2002, 1079. H. Laurits Chistensen (Kopenhagen) und Hanne B. Jensen (Florenz) haben mich freundlicherweise auf dieses Urteil hingewiesen.

120 Vgl. *Kegel*, *supra* Fn. 101.

rechts, dem Niederlassungsrecht, und sie prozeduralisiert dieses Recht. Das Gericht erkannte nicht auf ein „Recht“ der Brydes, die dänischen Vorschriften durch ihnen günstigere Regelungen zu ersetzen. Ihr Recht bestand vielmehr darin, einen Prozess in Gang zu setzen, in welchem Dänemark seine regulativen Maßnahmen rechtfertigen musste. Genau in dieser Umgestaltung wirtschaftlicher Freiheitsrechte zu politischen Teilhaberechten liegt der konstitutionelle Kerngehalt der Entscheidung. Der so geschaffene Zusammenhang ist nur insoweit eine Novität, als dass er verschiedene *governance*-Ebenen verbindet. Er ist uns vertrauter in Gestalt des Zusammenhangs von privaten Rechten und der Sphäre des Politischen innerhalb konstitutioneller Demokratien. Private Autonomie und politische Rechte, so hat Jürgen Habermas seit Faktizität und Geltung¹²¹ immer wieder argumentiert, seien in Demokratien als gleichursprünglich zu konzipieren.¹²² Was bedeutet dies im europäischen Kontext? Dem *Centros*-Urteil zufolge bedeutet es, dass ein dänischer Bürger seinen Souverän mit dem Argument vor Gericht bringen darf, dass dieser keine guten Gründe habe, ihm die Nutzung von Regelungsalternativen zu versagen, die ein anderer Mitgliedstaat zur Verfügung stellt.

3. *Überseering und Inspire Art.* *Centros* hatte in zweierlei Hinsicht dramatische Auswirkungen. Es war vorhersehbar, dass interessierte Akteure die Gelegenheit wahrnehmen würden, die Reichweite dieser Rechtsprechung zu testen und zur Senkung ihres Kapitalaufwands Gesellschaften in Großbritannien gründen würden – doch liegt bislang noch wenig systematische soziologische Forschungsarbeit vor, die diese Vermutung bestätigen könnte.¹²³ Die Debatte konzentrierte sich statt dessen auf die Interpretation der neuen Rechtslage und auf deren mögliche Weiterentwicklungen durch den EuGH. Die Folgeent-

121 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (1998) 82, 133 = Faktizität und Geltung (1992) Kap. 3 und 4; ders., *Über den inneren Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie*, in Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996) 293-308.

122 Für ein aktuelles Restatement vgl. Jürgen Habermas, *Der Demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?*, in: ders., *Zeit der Übergänge* (2001) 133-151; vgl. auch Jürgen Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung?*, ebenda., 104-129 (auch verfügbar unter <[http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02\(uk\).pdf](http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02(uk).pdf)> (zuletzt aufgerufen am 28.05.2004)).

123 In einer zwar nicht streng rechtssoziologischen, aber doch sehr informativen Studie argumentiert Matthias Baudisch, dass Firmen nicht leichtweg ihre Reputation durch Teilnahme an einem derartigen *race to the bottom* aufs Spiel setzen würden. Matthias Baudisch, *From Status to Contract? An American Perspective on Recent Developments in European Company Law*, in: *The European Union and Governance*, hrsg. von Francis Snyder (2003) 24 (44). Vgl. auch Catherine Holst, *European Company Law after Centros: Is the EU on the Road to Delaware?*, *Colum. J. Eur. L.* 8 (2002) 323-41.

scheidungen des EuGH waren insoweit sehr erhellend und könnten sich als Schritt hin zu einer weniger dogmatischen und konstruktiveren Europäisierungsdebatte erweisen.

In einem Vorlagebeschluss vom 30.05.2002¹²⁴ legte der BGH dem EuGH die Frage vor, ob deutsches Recht es einer niederländischen Klägerin in Folge der Anwendung der Sitztheorie im Prozessrecht verwehren darf, einen Betrag von über 1 Million DM einzuklagen. Nach § 50 ZPO richtet sich die Parteifähigkeit nach der Rechtsfähigkeit. Im Fall hatte die Klägerin, *Überseering*, den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit aus den Niederlanden nach Deutschland verlegt. Die Klage aus Gewährleistung richtete sich gegen ein deutsches Unternehmen. Weil einer nach niederländischem Recht gegründeten Gesellschaft nach der Sitztheorie die Rechtsfähigkeit aberkannt wird, sobald sie ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat verlegt, hätte sich die Klägerin in Deutschland neu registrieren lassen müssen.¹²⁵ Dies sind hanebüchene Rechtssätze in einem Binnenmarkt – wenn sie denn so zwingend wären, wie dies der BGH insinuiert hatte.

Tatsächlich ist das deutsche Recht so rigide nicht. GA Colomer hatte in seinem Schlussantrag vom 04.12.2001 ausgeführt, die deutsche Regierung habe in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, „dass eine Gesellschaft in der Lage der Klägerin ihre Rechte weiterhin geltend machen könnte, indem sie als Rechtsträger ohne eigene Rechtspersönlichkeit auftritt“.¹²⁶ Zudem machte er darauf aufmerksam, dass nach deutschem Recht die passive Parteifähigkeit von *Überseering* trotz des neuen Gesellschaftsstatus ohnehin erhalten bleibe.¹²⁷ Diesen einfachen Ausweg aus dem Dilemma zog der EuGH jedoch nicht in Betracht, sondern entschied, dass die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit „die Anerkennung dieser Gesellschaften durch alle Mitgliedstaaten (...), in denen sie sich niederlassen wollen“ zwingend voraussetzt.¹²⁸

Ein unnötig harter Umgang mit Deutschland? Das jedenfalls war mein erster Eindruck,¹²⁹ bis der EuGH dann in der *Inspire Art* Entscheidung¹³⁰ seine

124 BGH: Rechtsfähigkeit niederländischer Gesellschaft bei Verwaltungssitzverlagerung, EuZW 2000, 412.

125 EuGH, Rs. 208/00.- *Überseering* (Fn. 97); vgl. Rz. 45 im Schlussantrag des Generalstaatsanwalts.

126 Rz. 55 des Schlussantrages.

127 Rz. 46 des Schlussantrages.

128 EuGH, Rs. 208/00, Rz. 59.

129 Vgl. *Christian Joerges*, On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*justum facere*) for the EU Multi-level System, in: *Arthur Hartkamp et.al.* Fn. 2, 151-181; vgl. auch Schmid *supra* Fn. 1, 428.

130 EuGH, Rs. 167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire*

Position klarer zum Ausdruck gebracht hat. Das Gericht ist augenscheinlich redlich darum bemüht, Leitlinien für den weiteren Europäisierungsprozess zu entwickeln. *Inspire Art* war eine Gesellschaft mit Sitz in Großbritannien, die ausschließlich in den Niederlanden tätig wurde. Entsprechend des niederländischen *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*¹³¹ (Gesetz über formal ausländische Gesellschaften) vom 17.12.1997 hatte sich *Inspire Art* in den Niederlanden als formal ausländische Gesellschaft registrieren zu lassen und unterlag zudem Vorschriften über Mindestkapitaleinlage, Publizitätserfordernisse und persönliche Geschäftsführerhaftung.

In seiner Entscheidung stellte der EuGH die Unvereinbarkeit der niederländischen Publizitätsbestimmungen mit sekundärem Gemeinschaftsrecht fest.¹³² Hinsichtlich der Minimalkapitaleinlage und des persönlichen Haftungserfordernisses stellte das Gericht fest, dass

„weder die [niederländische] Handelskammer noch die niederländische Regierung dargetan haben, dass die betreffende Maßnahme die ... genannten Kriterien der Wirksamkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung erfüllt ... [Folglich rechtfertigen] weder Artikel 46 EG noch der Gläubigerschutz, die Bekämpfung der missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit oder die Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Wirksamkeit der Steuerkontrollen die Behinderung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit ...“.¹³³

Was bleibt vom IPR und seinen konkurrierenden Theorien zur Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts? Die Verweise des EuGH auf die in den Verträgen garantierten Individualrechte, auf die Vorrangwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts und nicht zuletzt auf die Unterwerfung nationalstaatlicher Gesetzgebung unter europäische Standards der Vernünftigkeit bilden zusammengenommen eine weit bessere Grundlage des Europäisierungsprozesses denn jede Theorie des IPR. Hiermit soll nicht impliziert werden, dass alle Anliegen der Sitztheorie – etwa zwingende Gründe des Allgemeinwohls wie der Schutz von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern, Arbeitnehmern oder sogar des Fiskus¹³⁴ obsolet geworden wären. Doch müssen diese nach wie vor relevanten Belange im Lichte des *Inspire Art* Urteils neu bewertet und substantiiert werden.¹³⁵

Art Ltd (Fn. 98).

131 Staatsblad 1997 Nr. 697.

132 EuGH, Rs. 167/01, Rz. 71, 72.

133 Ibid. Rz. 140, 142.

134 EuGH, Rs. 208/00, Rz. 92.

135 *Erich Schanze & Andreas Jüttner*, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften. Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, 661, halten diese Bedenken für übertrieben und nicht hilfreich für die Ent-

Das deutsche Mitbestimmungsrecht ist der schwierigste Fall. Was bliebe davon übrig, legte man die Maßstäbe an, die der EuGH in *Inspire Art* vorgegeben hat?¹³⁶ Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass wir diese Frage nicht beantworten müssen. Auf den ersten Blick scheint das Mitbestimmungsrecht in ein ähnliches Dilemma zu führen wie die kürzlich ergangene *Microsoft* Entscheidung der Europäischen Kommission:¹³⁷ Eine Gesellschaft, die in zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen agiert, ist in der einen Rechtsordnung Regeln von einer Art unterworfen, mit denen die Regelungen der anderen zwangsläufig unterlaufen werden, sei es *de jure* oder *de facto*. Ist auch die Entscheidung für oder gegen Mitbestimmung eine „Alles-oder-Nichts“-Entscheidung? Weder wurde bislang von Volkswagen verlangt, seine Mitbestimmungspraxis aufzugeben, noch hat der Konzern damit gedroht, das Land wegen der mit eben dieser Praxis verbundenen Lasten zu verlassen. Und schließlich hat Deutschland den Scheinauslandsgesellschaften seine Mitbestimmungsgesetze gerade nicht aufgezwungen,¹³⁸ sondern hat recht geduldig nach einem europäischen Rahmenwerk gesucht, innerhalb dessen seine Tradition vielleicht überleben kann.¹³⁹ Dies ist ein *modus vivendi*, der erträglich erscheint.

3. *Diagonale Konflikte: „Invasions of the Market“?*¹⁴⁰

Es ist ein bedeutsames Merkmal des Integrationsprozesses, dass er die Einbindung des Privatrechts in seine regulative Umwelt auflöst.¹⁴¹ Diese Desintegration ist ein Nebeneffekt des grundlegenden Verfassungsprinzips der Europäischen Union: des Prinzips der enumerativen Einzelermächtigung, wonach der EU nur diejenigen Kompetenzen zukommen, die ausdrücklich im Vertrag nie-

wicklung einer durch das Europäische Recht moderierten Kontrolltheorie; vgl. auch *Peter Ulmer*, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandsbesitz, JZ 1999, 662.

136 Für eine umfassende und gut durchdachte Diskussion vgl. *Jens Dammann*, Note: The Future of Codetermination after *Centros*: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model?, *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 8 (2003) 607.

137 Entscheidung COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Commission Decision of March 24, 2004, C(2004) 900 final.

138 Vgl. *Dammann*, *supra* Fn. 136, 621.

139 Für einen Überblick vgl. *Dieter Sadowski, Joachim Junkes & Sabinde Lindenthal*, The German Model of Corporate and Labor Governance, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 22 (2000) 33.

140 Ich leihe mir diesen Begriff von *Steven Lukes*, *Invasions of the Market*, in: *From liberal values to democratic transition: Essays in Honor of Janos Kis*, hrsg. von *Ronald Dworkin* (2004) Kapitel 4.

141 Vgl. *Joerges*, *supra* Fn. 59 und 60.

dergelegt sind. Dieses Prinzip, wenngleich in der Theorie unbestritten, erweist sich in der Praxis als schwer handhabbar. Tatsächlich fügen sich die Problemkonstellationen der realen Welt häufig nur schwerlich den Kompetenzabgrenzungen, wie sie von den Verfassern des Vertrags vorgesehen wurden. Typischerweise ist hinsichtlich eines Aspekts eines Problems die Europäische Union zuständig, häufig sogar ausschließlich, während andere Aspekte desselben Problems in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Derartige Konstellationen lassen sich als *diagonale Konflikte* bezeichnen, in Abgrenzung von „vertikalen“ Konfliktlagen, bei denen das Gemeinschaftsrecht Vorrangwirkung vor dem nationalen Recht genießt, und „horizontalen“ Konflikten, bei denen Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten im Raum stehen und die weiterhin zur Welt des Internationalen Privatrechts gehören.

Aus der Unzahl möglicher Beispiele möchte ich zwei herausgreifen, anhand derer sich zeigen lässt, wie die Logik der Marktintegration die politischen Gestaltungsvorstellungen der Mitgliedstaaten gefährdet. Beide Beispiele beschäftigen sich mit dem Umfang marktförmiger in Abgrenzung zu staatlicher Regulierung. Es geht insofern nicht um die Regeln des Privatrechts als solche, sondern um die Instrumentalisierung von privaten Regulierungsmechanismen zur Gewährleistung öffentlicher Aufgaben. Das erste Beispiel greift die Umweltpolitik auf, einen Bereich, in dem die Europäische Gemeinschaft schon seit längerem aktiv ist, das zweite Beispiel beschreibt für den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen den Konflikt zwischen europäischen Privatisierungsbestrebungen und nationalstaatlichen Verteilungsfragen. Beide Beispiele dokumentieren auf ihre Weise die fortschreitende Ausweitung und zunehmende Komplexität des Integrationsprojekts. Die alten Harmonisierungspolitiken, mit Hilfe welcher die Europäische Gemeinschaft ehemals die Gleichheit und Fairness der Wettbewerbsbedingungen zu garantieren suchte, erweisen sich in denjenigen Bereichen sozialer und wirtschaftlicher Regulierung als unzureichend, in denen die Mitgliedstaaten ihre Regelungskompetenzen behalten haben.

Welche Art von Kontrolle kann die Gemeinschaft hier überhaupt ausüben? Kann sie die wettbewerbsverzerrenden Effekte nationaler Regelungen überwachen? Die Komplexität und normative Sensibilität der Politikfelder stellen eine immer größere Herausforderung für den EuGH dar. Im Prinzip muss das Europarecht nationalstaatliche und regionale politische Präferenzsetzungen respektieren. Der EuGH ist durchaus darum bemüht, doch nur im zweiten der erwähnten Beispiele gelingt ihm dies in wirklich überzeugender Weise.

1. *Windmühlen in Schleswig Holstein*. Deutschlands rot-grüne Regierungskoalition hatte einen gemeinsamen Feind, ein gemeinsames Problem und eine gemeinsame Hoffnung: Der gemeinsame Feind hieß Atomenergie, das gemeinsame Problem Kohle, schwarz wie braun, und die gemeinsame Hoffnung lag in der Windenergie. Wenngleich alle drei Industriezweige stark subventioniert

werden, soll sich Windenergie zukünftig zunehmend als wettbewerbsfähig erweisen. Bis die umweltfreundliche Technologie zu erschwinglichen Preisen zur Verfügung steht, wird noch einiges an Zeit und Geld ins Land fließen. Gleichwohl hielten die deutsche Regierung und insbesondere deren Umweltminister den Aufwand allemal der Mühe wert. An dieser Stelle jedoch kommt das Europarecht ins Spiel, dass in Artikel 87 EG-Vertrag grundsätzlich „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“ untersagt.

Vor diesem Hintergrund verabschiedete der Bundestag sein *Stromeinspeisungsgesetz*¹⁴² von 1990. Seiner geänderten Fassung von 1998¹⁴³ zu Folge waren alle regionalen öffentlichen Elektrizitätswerke verpflichtet, den in ihrer Region aus Wind, Wasser oder Sonne gewonnenen Strom vollständig abzunehmen, und zwar zu einem Minimalpreis, der oberhalb der üblichen Strompreise festgesetzt wurde. Darüber hinaus verpflichtete das Gesetz die herkömmlichen Stromanbieter zu einer Ausgleichszahlung an die Elektrizitätswerke für die durch die Ankaufsverpflichtung entstandenen höheren Kosten.¹⁴⁴

Was ist so geschickt an der Ausgestaltung dieses Gesetzes? Der Bund und das Land Schleswig-Holstein waren sich der Beschränkungen durch das europäische Subventionsrecht durchaus bewusst. Während Artikel 87 (1) EG-Vertrag im Grundsatz „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“ untersagt, sehen Artikel 87 (2) und (3) zwei Gruppen von Ausnahmen vor. Während die unter Artikel 87 (2) aufgelisteten Beispiele erlaubnisfreie Subventionen darstellen, unterliegen die in (3) aufgeführten Fälle einer Evaluation, die die Kommission „in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten“ durchführt (Artikel 88). Artikel 88 (3) verpflichtet die Mitgliedstaaten dementsprechend, die Kommission rechtzeitig von nationalen Subventionsvorhaben zu unterrichten, so dass diese ihre Prüfungsbefugnis ausüben kann, bevor die Subvention tatsächlich gewährt wird.

Im Fall hatte die Kommission, nachdem sie 1990 durch die deutsche Regierung von dem Gesetzgebungsvorhaben in Kenntnis gesetzt worden war, dem Entwurf des *Stromeinspeisungsgesetzes* zugestimmt. Es hieß, das Vorhaben stünde im Einklang mit der Energiepolitik der Europäischen Gemeinschaft, und zudem stelle die Windenergie nur ein kleines Segment des Energiemarktes dar.¹⁴⁵ Im Jahr 1996 jedoch meldete die Kommission gegenüber dem deut-

142 Gesetz vom 07.12.1990 (BGBl. 1990 I, S. 2633).

143 BGBl. 1998 I, S. 730.

144 Für eine detaillierte Darstellung des kontroversen Gesetzgebungsprozesses vgl. den Schlussantrag von GA Jacobs vom 26.10.2000 in Rs. C-379/98, Slg. 2000 I-2099, Rz. 5-62.

145 EuGH, Rs. 379/98, Slg. 1001 I-2099, Rz. 11.

schen Wirtschaftsministerium Bedenken an, ob das *Stromeinspeisungsgesetz* angesichts der angestiegenen Produktion von Windenergie immer noch mit dem EG-Vertrag vereinbar sei.¹⁴⁶ Die Änderung des Gesetzes im Jahr 1998 war der Kommission zu diesem Zeitpunkt noch nicht angezeigt worden.¹⁴⁷

Der vor den EuGH getragene Konflikt war jedoch von privaten Unternehmen initiiert worden, denen das Gesetz Nutzung und Finanzierung der Windenergie auferlegt hatte. Die Klägerin, die *PreussenElektra AG*, klagte gegen die Kompensationszahlungen, die sie an den regionalen Energieversorger *Schleswig AG* für den Ankauf von Elektrizität aus erneuerbaren Energien leisten sollte.¹⁴⁸ Die Änderung des Gesetzes aus dem Jahre 1998, so argumentierte die Klägerin, sei der Kommission nicht bekannt gemacht worden und könne insoweit keine Grundlage des Anspruchs auf Ausgleichszahlungen an *Schleswig* liefern. Insofern allerdings *PreussenElektra* 65,3% der Anteile an *Schleswig* hielt, war der eigentliche Adressat der Klage offensichtlich der deutsche Gesetzgeber, den die Prozessparteien mit Hilfe des Europarechts zur Raison bringen wollten.¹⁴⁹

Nun gehört Umweltschutz ausdrücklich zu den Tätigkeitsfeldern der Europäischen Gemeinschaft (Artikel 3 (1) und Artikel 6), und ist ebenso ein Staatsziel der Bundesrepublik Deutschland. Demgemäß war Gegenstand des vorliegenden Konflikts nicht die Legitimität von Umweltschutzziele an sich, sondern die Zuordnung der Kompetenz zur Abwägung der für und wider das Regelungsmodell der Stromeinspeisung sprechenden Gründe. Sofern das *Stromeinspeisungsgesetz* tatsächlich eine Subventionsvergabe im Sinne von Artikel 87 (1) darstellte, läge die Abwägungskompetenz entsprechend Artikel 88 bei der Kommission, die zur autoritativen Bestätigung ihrer Bewertung schließlich den EuGH anrufen könnte.

Seit 1993 und den *Sloman Neptun* Entscheidungen¹⁵⁰ hat der EuGH Artikel 87 regelmäßig wörtlich ausgelegt:

Nur solche Vorteile [sind] als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung wie auch die in

146 Ibid. Rz. 12.

147 Ibid. Rz. 13.

148 Ibid. Rz. 20-21.

149 Ibid.

150 EuGH, Rs. 72 und 73/91, Slg. 1993 I-887 – *Sloman Neptun*. Gegenstand der Klagen waren einige Schiffsunternehmen unter deutscher Flagge, die ihre Arbeiter aus Nicht-Mitgliedstaaten zu schlechteren Konditionen einstellten, als das Recht dies für deutsche Staatsangehörige vorsah.

Artikel 93 EWG-Vertrag enthaltenen Verfahrensvorschriften zeigen nämlich, dass die aus anderen als staatlichen Mitteln gewährten Vorteile nicht in den Anwendungsbereich der fraglichen Vorschrift fallen. Die Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen dient dem Zweck, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.¹⁵¹

Dieser Formalismus, den das Gericht ein halbes Jahr später in der bekannten *Ferring* Entscheidung¹⁵² bestätigte, sollte den EuGH in einer gewissen Distanz zu den Auseinandersetzungen zwischen nationalen wie europäischen Regierungs- und Nicht-Regierungsakteuren halten. Doch diese Hoffnung erfüllt sich nicht. Die Kritiker des Gerichts – darunter dessen Generalanwälte –¹⁵³ argumentierten, dass ein solcher Formalismus den modernen Arrangements staatlicher Subventionsregime nicht gerecht werden könne.¹⁵⁴ In seiner *PreussenElektra* Entscheidung zeigte sich der EuGH gleichwohl von derartigen Vorhaltungen unbeeindruckt:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind jedoch nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen staatlichen „und aus staatlichen Mitteln gewährten“ Beihilfen bedeutet nämlich nicht, dass alle von einem Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sondern dient nur dazu, in den Beihilfebegriff die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder priva-

151 Ibid., Rz. 19.

152 Das Gericht entschied, dass Steuern, die pharmazeutische Unternehmen für den direkten Verkauf entrichten müssen, den Zusatzkosten, die Großhändlern bei Wahrnehmung ihrer öffentlichen Dienstleistungsverpflichtung entstehen, gleichstehen, EuGH, Rs. 53/00, Slg. 2001 I-9067 – *Ferring*, Rz. 27.

153 Vgl. EuGH, Rs. 80/00 Rz. 73 (Schlussantrag GA Léger); EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH v. Regierungspräsidium Magdeburg und Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Slg. 2003 I-7747, Rz. 54 (Schlussantrag GA Léger); vgl. ferner EuGH Rs. 126/01 (*GEMO SA*) Rz. 87 (Schlussantrag GA Jacobs) und die vereinigten Rs. 34-38/01 (*Enrirsorse SpA*) Rz. 153 (Schlussantrag GA Stix-Hack).

154 *Gerd Schwendinger*, Deutsche Rundfunkgebühren – „Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt?“ Zugleich eine kritische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des EuGH zur staatlichen Zurechenbarkeit von Beihilfen gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV, EUI Working Paper Law Nr. 2003/5 (verfügbar unter <<http://www.iue.it/PUB/law03-5.pdf>> (zuletzt aufgerufen am 28.05.2004)). Schwendinger beschäftigt sich ausführlich mit dem *PreussenElektra* Fall *ibid.*, 20.

te Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen. ... Im vorliegenden Fall führt die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen.“¹⁵⁵

Diese Argumentation überzeugt in keiner Weise. Dass es bessere Wege gibt, die Spannungen zwischen Belangen der Europäischen Gemeinschaft und politischer Autonomie ihrer Mitgliedstaaten auszubalancieren, hat der EuGH selbst in seinem *Altmark Trans* Urteil¹⁵⁶ demonstriert.

2. *Daseinsvorsorge in Sachsen-Anhalt*. Das *Altmark Trans* Urteil war überall in Europa mit großer Spannung erwartet worden, da es den weiteren konstitutionellen Rahmen der europäischen Subventionskontrolle und Privatisierungspolitik abstecken sollte. *Altmark Trans* betrifft einen Konflikt um die Neuorganisation des öffentlichen Nahverkehrs und ist insofern nur ein Beispiel aus dem weiten Feld der öffentlichen Dienstleistungen,¹⁵⁷ das entsprechend der jeweiligen nationalen Traditionen und politischen Prioritäten in allen europäischen Ländern unterschiedlich ausgestaltet ist: etwa als *services publiques* in Frankreich und Daseinsvorsorge¹⁵⁸ in Deutschland, um nur zwei Fälle zu nennen. Dabei geht es um mehr als nur einen Kompetenzstreit zwischen verschiedenen Ebenen oder um die zukünftige Entwicklung der Umweltpolitik. Was die Einbeziehung der europäischen Ebene im vorliegenden Fall so interessant und zugleich prekär macht, ist etwas anderes: Es sind die gesellschaftlichen Implikationen der vom Europarecht angestoßenen Politik der Privatisierung, die in letzter Instanz Fragen sozialer Gerechtigkeit betreffen. Die nordeuropäischen Wohlfahrtsstaaten, die bis *dato* ihre Sozialmodelle erfolgreich umstruk-

155 EuGH, Rs. C-379/98 (*PreussenElektr*) Rz 58 f. Ein weiterer problematischer, wenn auch weniger schwerwiegender Aspekt des Urteils ist die Interpretation des Gerichts von Artikel 28 in den Rz 68-81 der Entscheidung. Entsprechend der deutschen Regelung waren die Subventionen für ausländische Zulieferer nicht verfügbar. Dies schien für den EuGH kein Problem darzustellen, Rn. 79.

156 EuGH, 24.07.2003, Rs. 280/00 – *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

157 Die Debatte zieht sich nunmehr schon beinahe ein Jahrzehnt hin. Vgl. für alle Editorial: Public Service Obligations: A Blessing or a Liability?, CMLRev. 33 (1996) 395. Für die rechtliche Bedeutung der Einfügung von Artikel 16 durch den Vertrag von Amsterdam vgl. Ross, Article 16 and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?, Eur. L. Rev. 25 (2000) 22.

158 Der Begriff stammt von dem deutschen Philosophen Karl Jaspers und wurde von Ernst Forsthoff 1938 ins Verwaltungsrecht eingeführt. Vgl. *Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger* (1938), zitiert aus dem Nachdruck *Ernst Forsthoff, Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung* (1959) 23.

turiert und verteidigt haben, müssten kapitulieren, würde die staatliche Unterstützung der Bereitstellung originär öffentlicher Dienstleistungen vom Europarecht für rechtswidrig erklärt. Die Konfliktlage ist freilich komplex. Denn es wird andererseits kaum bestritten, dass viele öffentliche Dienstleistungen umstrukturiert werden müssen, so dass überregionale Anbieter Zugang zu dem mit öffentlichen Mitteln kofinanzierten Dienstleistungsmarkt erhalten. Daneben gibt es noch viele weitere gute Gründe, derartige Interventionen von 'außerhalb' zu befürworten, und letztlich mag es sein, dass es nur dank der Einrichtung einer europäischen Kontrollfunktion möglich wird, die erforderlichen Reformen auch umzusetzen.¹⁵⁹ Bis dahin ist es sicherlich noch ein weiter Weg – doch *Altmark Trans* ist ein viel versprechender Beginn.

Die *Altmark Trans GmbH* und ein Unternehmen namens *Nahverkehrsgesellschaft mbh* wollten den öffentlichen Personennahverkehr im Landkreis Stendal in Sachsen-Anhalt organisieren. Ursprünglich besaß *Altmark* die Lizenz des zuständigen Regierungspräsidiums. Sie konnte später auch die eine Verlängerung der Lizenz erwirken, während das Angebot der *Nahverkehrsgesellschaft mbh* ausgeschlagen wurde.¹⁶⁰ Dem EuGH fiel nun die Aufgabe zu, die Kompetenzen des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf einschlägiges sekundäres Gemeinschaftsrecht zu definieren. Die zentrale Rechtsfrage lautete: Sind die Zuschüsse, die *Altmark Trans* nach der Lizenzerteilung für den Linienverkehr mit Omnibussen im Landkreis Stendal erhielt, als Beihilfen im Sinne des Artikel 87 EGV zu qualifizieren? Wäre dem so, hätte die Kommission die ihr nach den Beihilfenvorschriften des Vertrages zustehenden Entscheidungs- und Überwachungsbefugnisse ausüben müssen. Der EuGH bezieht sich in seiner Entscheidung zunächst auf die wohlbekanntesten Definitionen aus dem Subventionsrecht, vollzieht aber dann zwei innovative Schritte. Zum einen reduziert der EuGH die Überwachungsbefugnisse der Kommission, indem er ausdrücklich die Kompetenz der nationalstaatlichen Stellen anerkennt, den Begriff des öffentlichen Interesses zu definieren und anhand dieser Definition Kompensationszahlungen an öffentliche Dienstleister zu erbringen.

„Als Beihilfen gelten in dieser Hinsicht Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen (Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, *Costa*, Slg. 1964, 1253, 1272) oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter

159 Vgl. die Mitteilung über „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM(1996) 443 endg. v. 11.09.1996, den Bericht über die Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2001) 598 endg. v. 17.10.2001 und das Grünbuch zu den Dienstleistungen im allgemeinen Interesse, KOM(2003) 270 endg. v. 21.05.2003.

160 Vgl. EuGH, Rs. 280/00 (*Altmark*), Rz. 21.

normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.“¹⁶¹

Gleichwohl sei es so,

„dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“¹⁶²

Der EuGH knüpft die Herausnahme der Maßnahme aus dem Anwendungsbereich des europäischen Subventionsrechts demnach an vier Bedingungen: (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, und diese Verpflichtungen müssen auch klar definiert sein. (2) Die Parameter, nach denen der Ausgleich (die Beihilfe) berechnet wird, müssen vorab objektiv und transparent benannt werden. (3) Der finanzielle Zuschuss darf lediglich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgleichen; dem lizenzierten Unternehmen ist hierbei allerdings ein „angemessener Gewinn“ zuzugestehen. (4) Sofern die Lizenz nicht ohnehin in öffentlicher Ausschreibung vergeben wird, muss die Höhe des zu zahlenden Zuschusses auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das auch hinreichend mit Transportmitteln ausgestattet ist, beziffert werden.¹⁶³

Der innovative Gehalt dieser Entscheidung liegt in der Neugestaltung der Beziehungen zwischen den verschiedenen Entscheidungsebenen in der Europäischen Union. Der EuGH hat die Tür zu einem Pluralismus nationaler Politiken aufgestoßen und gleichzeitig die Kommission von der Bürde ihrer Überwachungsfunktion befreit, der sie ohnehin kaum hätte gerecht werden können. Sicherlich müssen die vom EuGH ausgegebenen neuen Kriterien noch weiter spezifiziert werden. Doch die Chancen für einen produktiven Wettstreit um die beste Organisation öffentlicher Dienstleistungen haben sich mit dem Urteil erheblich verbessert.

161 EuGH, Rs. 280/00, Rz. 84.

162 Ibid. Rz. 87.

163 Ibid. Rz. 88-93.

III. Der Europäisierungsprozess auf der Suche nach seiner Legitimation

Ergebnis der theoretischen Überlegungen im ersten Abschnitt dieses Aufsatzes war, dass der Prozess der Europäisierung verlangt, eine neue rechtswissenschaftliche Disziplin zu entwerfen, die Europa auch rechtlich als Mehrebenen-System konzeptualisiert und so das Erbe des methodologischen Nationalismus in Europarecht, Rechtsvergleichung und Internationalem Privatrecht hinter sich lassen kann. Die Fallstudie im zweiten Abschnitt sollte die Notwendigkeit dieses analytischen Konzepts anhand praktischer Beispiele herausstellen. Die Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Zusammenhang in eigenständiger Weise fruchtbar, weil sie sich gerade nicht in die traditionellen analytischen und interpretativen Kategorien pressen lässt. Insofern sich die Entscheidungen des Gerichts zumeist jenseits des Horizonts konventioneller rechtlicher Doktrin bewegen, tragen sie zunächst freilich eine negative Botschaft. Die impliziten Botschaften generieren keine kohärenten positiven Antworten auf die Mehrebenenproblematik. Wie müssen wir sie deuten?

Diese Frage soll in drei Schritten beantwortet werden. In den ersten beiden Schritten, die den theoretischen Teil dieses Aufsatzes wieder aufgreifen, soll das Konzept der Mehrebenen-*Governance* detaillierter analysiert werden.¹⁶⁴ Hieran anschließend soll das politikwissenschaftliche Vokabular des Mehrebenensystems in rechtliche Kategorien übersetzt werden.¹⁶⁵ Schließlich werden die in der Einleitung¹⁶⁶ angedeuteten normativen Perspektiven herausgearbeitet und im Schlussabschnitt weiter konkretisiert.

1. *Das europäische Gemeinwesen als „Multi-level System of Governance sui generis“*

„Die Europäische Union ist weniger als eine Föderation, aber mehr als ein Regime.“ Diese Definition von William Wallace,¹⁶⁷ obgleich bereits von 1983, hat nach wie vor Gültigkeit. Noch immer oszilliert die Diskussion um eine Qualifikation der Europäischen Union zwischen diesen beiden Polen. Ihre Charakterisie-

164 Vgl. die Darstellung *supra* 1.4.

165 Für eine allgemeinere und subtilere Diskussion solcher interdisziplinärer Transferleistungen vgl. *Gunther Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund* (2004) 17-22.

166 Vgl. *supra* I.5.

167 *William Wallace, Less than a Federation. More than a Regime: The Community as a Political System*, in: *Policy-Making in the European Community*, hrsg. von *Helen Wallace & William Wallace* (1983) 403-436.

rung als *multi-level system of governance*, die sich heute großer Popularität erfreut, ist ein Schritt in die richtige Richtung. Doch was ist so speziell – *sui generis* – an diesem europäischen System? Diese Frage bildet in der Tat den Gegenstand umfangreicher Debatten.¹⁶⁸ Diejenige Spezifizierung, auf die ich mich beziehe, betont insbesondere den nicht-hierarchischen Netzwerkcharakter der EU, wobei in diesem Zusammenhang die vermeintliche Schwäche als potentielle Stärke des Systems zu verstehen ist. Weil Handlungskompetenzen und in gewissem Ausmaß auch politische Ressourcen auf verschiedenen, relativ autonomen Ebenen angesiedelt sind, muss Europa die Lösungen für funktional zusammenhängende Problemkonstellationen durch kommunikative Interaktion zwischen denjenigen Akteuren entwickeln, die in ihrem jeweiligen Feld betroffen sind und dort auch genuine Kompetenz besitzen. So befinden wir uns nicht länger in einer Situation, die Fritz Scharpf vor zwei Jahrzehnten als „Politik-Verflechtungsfälle“ bezeichnet hat.¹⁶⁹ Institutionelle Neuerungen und Lernprozesse haben eine günstigere Ausgangsposition geschaffen, die Jürgen Neyer¹⁷⁰ – insoweit Repräsentant einer ganzen Denkrichtung –¹⁷¹ dahingehend charakterisiert hat, dass die besonderen Bedingungen politischen Problemlösens in der EU einen deliberativen Kommunikationsmodus begünstigen müssten, der sich an Regeln und Prinzipien bindet und nur verallgemeinerbare Argumente gelten lässt. Was Neyer in seiner Analyse herausstellt, könnte man als die Faktizität des Normativen bezeichnen. Die Einsicht, dass die Mehrebenenanalyse Problemkonstellationen erfasst, auf die auch die Rechtswissenschaft eine befriedigende Antwort finden muss, beginnt sich langsam durchzusetzen.¹⁷² Die normative Wendung in Neyers Analyse macht die

168 Für aktuelle Zusammenfassungen vgl. *Markus Jachtenfuchs*, *The Governance Approach to European Integration*, *JCMS* 39 (2001) 245; *Fritz Scharpf*, *Notes: Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe*, *Scandinavian Pol. Stud.* 24 (2001) 1; *Markus Jachtenfuchs & Beate Kohler-Koch*, *Europäische Integration* (2. Aufl. 2003) 11 (18).

169 *Fritz W. Scharpf*, *Die Politikverflechtungsfälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus*, *PVS* 26 (1985) 323-356.

170 Vgl. *Jürgen Neyer*, *Discourse and Order in the EU: A Deliberative Approach to Multi-level Governance*, *JCMSt* 41 (2003); ferner *Jürgen Neyer*, *Postnationale Politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates* (2004).

171 Vgl. *Integration through Deliberation? On the Prospects for European Democracy*, hrsg. von *Erik O. Eriksen et al.* (2004).

172 Vgl. z.B. *Ingolf Pernice*, *Multi-level Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, *CMLRev.* 36 (1999) 703; *Furrer*, *supra* Fn. 59, 155 m. w. N. – Eigentümlicherweise scheint die Rechtsvergleichung sich von diesen Prozessen weniger beeindruckt zu lassen als das Kollisionsrecht. Gleichzeitig findet sich hier jedoch eine Konzeptualisierung der Europäischen Union als ‘*multi-level system of governance*’ mit besonderer Betonung der gegenseitigen Beeinflussung von regulativen Systemen und der Restrukturierung der Internationalen Beziehungen. Natürlich sind derart pauschalierende Aussagen allemal falsifizierbar, weil das Recht

Mehrebenenanalyse für Rechtswissenschaftler besonders attraktiv. Sie rückt die Begreifbarkeit europäischer *governance* in Rechtsbegriffen wieder in den Bereich des Möglichen, sofern man sich dabei anstelle von institutionellen Hierarchien auf deliberative Interaktion stützen wollte.

2. *Integration durch Deliberation als Alternative zum orthodoxen Supranationalismus?*

Es ist nur ein kleiner Schritt von einer derartigen theoretischen Konzeptualisierung hin zu einer Interpretation rechtlicher Vorschriften als Voraussetzung für eine kommunikationsbasierte ‘deliberative’ Politik. Im Angesicht unserer postnationalen Konstellationen mit ihren wechselseitigen ökonomischen Durchdringungen und Abhängigkeiten sind extra-territoriale Effekte von Handlungen und Unterlassungen der national-demokratischen Gemeinwesen unvermeidbar. Die Belastungen, die ein Staat in diesem Zusammenhang seinen Nachbarn aufbürdet, können durch rein interne demokratische Entscheidungsprozesse nicht hinreichend legitimiert werden. Es mag wie ein Paradox klingen, und doch ist es mittlerweile eine nicht mehr bestreitbare Einsicht: Der nationalstaatliche organisierte Verfassungsstaat ist demokratieunfähig geworden. „No taxation without representation“, dieses alte Prinzip verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union heute, die Interessen und Belange fremder Staatsangehöriger innerhalb des eigenen Gemeinwesens in Rechnung zu stellen.¹⁷³ Deliberativer Supranationalismus ist insofern eine echte Alternative zum orthodoxen Supranationalismus, der sich darauf beschränkte, Autonomie und Vorrangwirkung des Europarechts über nationales Recht herauszustellen. Gleichfalls unterscheidet er sich von der Tradition eines „Integration-durch-Recht“-Denkens, indem er darauf aus ist, die Dichotomie von Recht und Politik zu überwinden, die J.H.H. Weilers Unterscheidung zwischen rechtlichem Supranationalismus und politischem Intergouvernementalismus inhärent ist.¹⁷⁴

auf Kontextänderungen „irgendwie“ reagiert und die Rechtswissenschaft diese Reaktionen registriert; vgl. *Ralf Michaels*, Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, *RabelsZ* 66 (2002) 97.

173 Vgl. *Joerges*, The Impact of European Integration, *supra* Fn. 59, 390. Für eine Alternative zur legitimationstheoretischen Herleitung des Deliberativen Supranationalismus vgl. *Florian Rödl*, “There is no Legitimacy Beyond Democracy“ – and its consequences, Comment on *Joerges*, Rethinking European Law’s Supremacy, EUI Working Paper LAW No. 2005/12, 59-70.

174 *J.H.H. Weiler*, The Community System: The dual character of supranationalism, *Yearbook Eur. L.* 1 (1981) 275-306.

Der normative Kern des Deliberativen Supranationalismus besteht in der Forderung, dass die Europäische Union durch ihre Regeln und Prinzipien ‘fremden’ Interessen ein hinreichendes Gewicht verleiht und darauf besteht, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechtsordnungen gegenseitig ‘anerkennen’ (was essentiell bedeutet, dass sie fremdes Recht ‘anwenden’), und sich hierbei nicht von ihrer *lex fori* oder ihren Eigeninteressen leiten lassen.¹⁷⁵ Die Beschränkung der politischen Autonomie der Mitgliedstaaten, die ein derartiger Ansatz mit sich bringt, ist begrenzt.¹⁷⁶ Dies lässt sich am besten anhand der Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 30 (jetzt Artikel 28) EGV erkennen. Hier hat der EuGH immer wieder überzeugend demonstriert,¹⁷⁷ wie sich einzelstaatliche Idiosynkrasien als solche identifizieren und auf ein ziviles Maß zurückführen lassen – „autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich“.¹⁷⁸

Was durch eine aufgeklärte Interpretation von Artikel 28 EGV durchaus erreicht werden kann, ist die zwischen den nationalen Rechtsordnungen auftretenden Friktionen aufzulösen. Doch wäre dies eine nur unvollständige Bestandsaufnahme über die Herausforderungen, die das Europarecht auch künftig zu bewältigen hat. Drei miteinander verknüpfte Komplikationen sind insoweit

175 Christian Joerges, Transnationale “deliberative Demokratie” oder “deliberativer Supranationalismus”? Anmerkungen zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei Rainer Schmalz-Bruns, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 7 (2000) 145-161; zuletzt wieder Joerges, Rethinking European Law’s Supremacy: A Plea for a Supranational Conflict of Laws” (with comments by Damian Chalmers, Rainer Nickel, Florian Rödl, Robert Wai), EUI Working Paper Law no. 12/2005. <<http://www.iue.it/LAW/Publications.shtml>>, demnächst in: Debating the Democratic Legitimacy of the European Union, hrsg. von Beate Kohler-Koch & Berthold Rittberger.

176 Vgl. die Analyse bei Furrer, *supra* Fn. 59, 171; Johannes Fetsch, Eingriffsnormen und EG-Vertrag (2002) 126, 139.

177 Vgl. z.B. Miguel Maduro Poiares, We the Court (1998) 150; J.H.H. Weiler, The Constitution of Europe (1999) 221.

178 Fritz W. Scharpf, Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik, in: Fritz W. Scharpf, Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa (1994) 131. Um meine Eingangsbemerkung zu vervollständigen, sei auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu Brainerd Curries Kollisionsrechtsmethode hingewiesen, auch wenn dieser Vergleich auf den ersten Blick weit hergeholt erscheinen mag. Currie war in seinem Beharren auf der Wichtigkeit eines *lex fori* und seinem Plädoyer für die gerichtliche Verteidigung von „governmental interests“ ein ‘methodologischer Nationalist’. Jedoch hat er in seinen späteren Schriften einer moderaten und zurückhaltenden Interpretation dieser Staatsinteressen zugeneigt, die der Vermeidung von Konflikten dienen sollte. Vgl. Currie, Comment on Babcock v. Jackson, *supra* Fn. 179, 1242; Brainerd Currie, The Disinterested Third State, L. & Contemp. Problems 28 (1963) 754, 763. Für den Begriff ‘avoidable conflict’ vgl. David F. Cavers, The Choice-of-Law Process (1965) 73.

noch zu behandeln.

Gesucht sind Mechanismen, die es erlauben eine ganze Bandbreite von konfligierenden Politikansätze und Rechtstraditionen miteinander zu versöhnen. Die ‘orthodoxe’ Antwort auf solche Konflikte war die Forderung nach einer ‘Harmonisierung’, die eine Konformität der verschiedenen Systeme anstrebte und auf diese Weise die Quelle der Konflikte für die Zukunft beseitigen sollte. Diese Strategie verfolgte der EuGH in den oben besprochenen Produkthaftungsfällen.¹⁷⁹ Eine Strategie, die weder Erfolg versprechend noch normativ attraktiv erscheint. Gesetzgeberische Maßnahmen wie die Produkthaftungsrichtlinie stellen selektive Interventionen in komplexe Regelungszusammenhänge dar. Derartige Interventionen wirken bestenfalls nur irritierend.¹⁸⁰ Sofern ihre Regelungen aber zudem so detailliert gefasst sind wie diejenige zur Produkthaftung, der der EuGH den Charakter einer abschließender Regelung zugesprochen hat, werden sie jedoch desintegrative Konsequenzen nach sich ziehen, die der normativen Kohärenz des gesamten Rechtsgebiets schaden dürften.

Ist demgegenüber eine noch umfassendere Harmonisierung – im Fall des Privatrechts also ein europäisches Zivilgesetzbuch – eine viel versprechende Alternative, wie viele Beobachter zu glauben scheinen?¹⁸¹ Und wenn dem so wäre, wie umfassend sollte ein entsprechendes Gesetzbuch dann sein? Befürworter eines europäischen Zivilgesetzbuchs schenken der regulativen Einbettung des Privatrechts einfach keine Beachtung¹⁸², nämlich seiner Einbettung in die Mehrebenen-*governance* der EU. Während die traditionellen Kernbereiche des Privatrechts vieles von ihrer überkommenen Grammatik bewahrt haben, ‘europäisierte’ sich das institutionelle und regulative Umfeld der privaten Wirtschaft. Insoweit hat der Europäisierungsprozess auch eine tief greifende Änderung derjenigen (rechtlichen und normativen) Rahmenbedingungen bewirkt, unter denen das nationale Privatrecht operiert. Die Diskrepanz dieses Befunds zu dem eines scheinbar schlichten Fortbestands privatrechtlicher Institutionen hat weithin, was meist ignoriert wird, zu einer Erosion ihrer sozialen Funktionen geführt. Spricht nun diese Beobachtung nicht erst recht für die Einführung eines Europäischen Gesetzbuches? Weiter oben habe ich die Diskrepanzen zwischen europäischer Regulierung und nationalem Privatrecht als ‘diagonale Konflikte’ beschrieben.¹⁸³ Unbeschadet des beispielhaften Charakters meiner dortigen Analyse wurde deutlich, dass durchaus Alternativen zur Ver-

179 Vgl. die Darstellung *supra* Abschnitt II.1.

180 Vgl. die Analyse von *Gunther Teubner*, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, MLR 62 (1999) 1.

181 Vgl. Darstellung *supra* Abschnitt I.1.

182 Vgl. *Joerges*, *The Impact of European Integration*, *supra* Fn. 59.

183 Vgl. *supra* II.3.

einheitlichung des europäischen Rechtsraums verfügbar sind. Es ist möglich, die Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme zu bewahren und nichtsdestotrotz die Funktionsweise des Binnenmarktes zu gewährleisten.¹⁸⁴ Diese Alternative ist normativ attraktiv, da sie die politische Autonomie auf den weiter unten angesiedelten Ebenen des *governance*-Systems respektiert.

Doch ist es nicht nur die normative Vorzugswürdigkeit eines vielfältigen und dezentralisierten Europas, die diese Mahnung zur Vorsicht motiviert. Ein weiteres Argument gegen eine Kodifikation des Privatrechts auf europäischer Ebene erschließt sich mit Blick auf die unterschiedlichen Begründungslogiken, die den nationalen Privatrechtssystemen auf der einen und den regulativen Politikentwürfen auf der anderen Seite zugrunde liegen. Was letztere angeht¹⁸⁵, hat die europäische Prärogative in allen Feldern wirtschaftlicher und sozialer Regulierung ein komplexes transnationales Netzwerk von europäischen und nationalen, Regierungs- und Nichtregierungsakteuren geschaffen. Diese *governance arrangements* sorgen für eine kontinuierliche Kontrolle einzelner Regelungsbereiche, sorgen für flexible Antworten auf Veränderungen und für die Revision einmal vereinbarter Standards. Natur und Legitimität regulativer Politiken sind je eigene und jedes regulative Feld folgt seiner eigenen Dynamik. Auch ihre Verbindungen und einhergehenden Spannungen mit dem Privatrecht variieren beträchtlich. Ein besonders interessantes Beispiel ist die gegenwärtige ‘Modernisierung’ der europäischen Wettbewerbspolitik,¹⁸⁶ die auch dessen Einwirkungen auf das Privatrecht, insbesondere das Schuldrecht, beträchtlich beeinflussen wird. Die regulativen Felder der Produktsicherheit und der Standardisierung haben sich im letzten Jahrzehnt dramatisch verändert, und ein Ende dieser Entwicklungen ist nicht absehbar. In allen Bereichen der regulativen Politik vollführt Europa einen Balanceakt zwischen Zentralisierung, Koordinierung und Dezentralisierung. Die Aufgabe der Anpassung des Privatrechts an das europäische regulative Umfeld ist hingegen an die nationalen Rechtssysteme und insbesondere deren Gerichte verwiesen. Wenn Flexibilität nunmehr Notwendigkeit und Ziel regulativer Politik ist, so erscheint eine weitere rechtliche Vereinheitlichung des Privatrechts oder gar seine europäische Kodifizierung alles andere als wünschenswert.

184 Vgl. *supra* II.3 und II.2.

185 Vgl. detaillierter *Christian Joerges & Michelle Everson*, Law, Economics and Politics in the Constitutionalization of Europe, in: *Developing a Constitution for Europe*, hrsg. von *Erik O. Eriksen et al.* 162-179.

186 Vgl. die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der Artikeln 81 und 82, ABl. L 1 (2003), 1 und die offiziöse Erläuterung von *Emil Paulis*, Latest Commission Thinking Progress on the Modernization of Antitrust, in: *European Competition Law: A New Role for the Member States* (2001) 15-31.

Privatrechtssysteme unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht voneinander. Gemeinsam ist ihnen jedoch ein gewisser Bedarf an Flexibilität und die Notwendigkeit, ihre Legitimität im Prozess der Rechtsschöpfung zu suchen. Weder beschränkt sich diese Recht-Fertigung auf die Anwendung vorgegebener Regeln, noch operiert sie in einem Umfeld vollständiger Autonomie. Vielmehr ist sie einem beständigen Diskurs zwischen interessierten Parteien, Experten und Wissenschaftlern ausgesetzt – und nicht zuletzt der Drohung einer möglichen legislativen Intervention. Die Rationalität des Zusammenspiels von Rechtsetzung, Rechtsprechung, Wissenschaft und politischem Diskurs bilden die Grundlage der Legitimation privatrechtlicher Rechtsschöpfung.¹⁸⁷ Diese Legitimationsquelle ist der Europäischen Union jedoch aufgrund ihres heterarchischen Charakters nicht zugänglich. Es ist die legitime Aufgabe des Europarechts, Innovation und Veränderung anzustoßen, um die Vielfalt innerhalb der Europäischen Union so zu gestalten, dass sie mit den Belangen der Gemeinschaft kompatibel bleibt. Dagegen ist Europa weder berufen noch befugt, Uniformität durchzusetzen.¹⁸⁸

IV. Europäisierung als Prozess

Um eine lange Argumentation noch einmal knapp zusammenzufassen: Die Komplexität des Europäisierungsprozesses ist niemandes „Fehler“. Und es ist kein Zufall, dass dieser Prozess so viele Facetten hat: das Primärrecht, das Grundfreiheiten und Bürgerechte garantiert; transnationale *governance*-Arrangements, in denen die regulativen Aktivitäten organisiert sind; und schließlich legislative und judikative Interventionen, die irritierende Wirkungen zeitigen. Diese Gemengelage repräsentiert schlicht die strukturelle Verfasstheit der Europäischen Union. Sie ist sicherlich alles andere als ideal. Doch hat sie – zumindest in der Theorie – ein großes Potential. Und in der Praxis kann sie, jedenfalls den hier behandelten Beispielen zu Folge, eine akzeptable Bilanz vorweisen.

187 Vgl. *Rudolf Wielthölder*, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, *KritV* 3 (1988) 1. Für das amerikanische Recht vgl. *Philip Selznick*, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community* (1992) 450.

188 Eine weitere Parallele zwischen regulativer Politik und Privatrecht ist die im Text angesprochene Hinwendung zur *governance*. Das Spezifikum dieser Form des Regierens, nämlich die Einbeziehung von nicht-gouvernementalen Akteuren, die sich gegenwärtig überall durchsetzt, wird ein europäisches Zivilgesetzbuch kaum behandeln können.

Zwar könnte die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur Produkthaftung als Rückkehr zu einem orthodoxen Supranationalismus ausgelegt werden. Aber damit ist lediglich der ungünstigste Fall bezeichnet. Das Gericht wird anerkennen müssen, dass die europäische Produkthaftungsrichtlinie nur ein relativ unbedeutendes Element im komplexen Netz von Produktsicherheitsrecht und semi-privaten europäischen Standardisierungsprozeduren darstellt. Sicherlich bewegen wir uns hier in einem höchst umstrittenen Bereich. Doch keine der betroffenen Interessengruppen wird den EuGH darin bestärken, die Produkthaftungsrichtlinie von 1985 als Basis der Kontrolle aller weiteren rechtlichen Entwicklungen in diesem so komplexen Feld zu etablieren.

Die *Centros*-Rechtsprechung hat eine andere Qualität. Hier hat der EuGH die im EG-Vertrag garantierten Freiheiten in ein echtes europäisches Staatsbürgerschaftsrecht umgewandelt, indem er die Bürger der Mitgliedstaaten, also ursprünglich deren bloße Untertanen, ermächtigt hat, ihre nationalen Regierungen zur Rechtfertigung ihres Rechts zu zwingen. Zudem ist es dem Gericht gelungen, die verschiedenen Ebenen europäischer *governance* in einen gemeinsamen Rechtsrahmen einzufügen, ohne dabei einem von ihnen eine Kompetenz-Kompetenz zuzubilligen.

Weniger erfreulich ist das Urteil des EuGH im *PreussenElektra*-Fall,¹⁸⁹ das auf die Spannungen zwischen europäischem Subventionsrecht und Belangen nationaler Umwelt- und Industriepolitik zu reagieren hatte. Die restriktive Beihilfendefinition des Gerichts öffnet einer Unterwanderung der europäischen Subventionspolitik durch die nationalstaatlichen Gesetzgeber Tür und Tor. Diese Art justizieller Selbstbeschränkung wurde dann jedoch in der weitaus mehr versprechenden *Altmark Trans*-Entscheidung revidiert: Die Reform öffentlicher Dienstleistungen muss nicht zwingend zu einheitlichen Ergebnissen führen. Rechtstraditionen, gesellschaftliche Erwartungen, politische Präferenzen und administratives Know-how unterscheiden sich wesentlich von Sizilien bis Estland, von Schottland bis Griechenland. Hier kann Europa auch künftig sowohl Veränderungen anregen und gleichzeitig soziales Lernen befördern. Das ist seine Aufgabe – die Durchsetzung uniformer Standards geriete demgegenüber zu einem reinen Albtraum.¹⁹⁰

Kern der Europäisierung ist ein Prozess sozialen Lernens durch Konflikt und Auseinandersetzung. In diesem Prozess wächst dem Recht eine essentielle Rolle zu. Aber auch das Recht selbst muss lernen, Prinzipien und Prozesse bereit zu stellen, die die geforderte Interaktion zwischen politischen Akteuren und Gerichten auf den verschiedenen Ebenen organisieren können; es muss so-

189 Vgl. *supra* II.3.1.

190 Vgl. *supra* II.3.2.

zialen Wandel aufgreifen, begleiten und legitimieren können. Freilich: Es müsste auch die Kraft behalten, strategische Instrumentalisierungen des Europäischen Rechts durch Interessenten auf nationaler und europäischer Ebene abzuwehren, die deliberative Vernunft gegen die instrumentelle zur Geltung zu bringen. Dass dies gelingt, ist keineswegs ausgemacht.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU – Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (P/E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GSVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is 'Fundamental'? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, 2005 (P/E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)