

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper **LAW** No. 2003/2

**Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts
Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht
für das Mehrebenensystem der EU**

CHRISTIAN JOERGES

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

(christian.joerges@iue.it)

© 2003 Christian Joerges
Printed in Italy in February 2003
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

European Private Law Forum at the EUI Law Department

With the establishment of the European Private Law Forum, the Law Department gives more emphasis in its research, teaching, publications and further activities to a field, which has gained considerable momentum in recent years.

The Forum's research activities will in the foreseeable future focus on the constitutional dimensions of the private law Europeanisation process; the emergence of transnational private governance arrangements and the role of non-governmental actors in lawmaking processes; the relationship between market regulation and the Europeanisation of private law; the analysis of external factors affecting the integration process of European private law (i.e. globalisation, private and public actors) the role of the European judiciary in the Europeanisation process. In this field the Department can build upon prior research and present resources. The Europeanisation of private law is often neglected in the intense debates over the future European Constitution or the modes of governance in the EU - and *vice versa*: the private law communities rarely enter the neighbouring arenas. It seems to us that the embeddedness of private law in the European polity, in particular the constitutional significance of the European Treaties, the Human Rights Convention and the forthcoming Constitutional Convention, as well as the implications of the diversity of regulatory and institutional traditions and practices are widely underestimated in their importance for the Europeanisation process.

The ever growing importance of the judiciary in the development of private law is uncontested phenomenon in all national private law systems as is the constitutive role the ECJ has played in Europe's integration through law. The widening and deepening of the Europeanisation process, however, is challenging the functioning of the judiciary at both the European and the national level. This issue may become even more important should the present efforts to codification of areas Europe's private law be successful.

An extended research agenda entitled "European Private Law and the Constitutionalisation of the European Union" has been submitted by the EUI to the Commission as an *Expression of Interest for a Network of Excellence under the Sixth Framework Programme of the European Community for Research,*

Technological Development and Demonstration. Here the Forum is co-operating with academic institutions from Italy, Germany, France and the UK as well as two transnational academic research groups. A workshop dedicated to the further elaboration of the research perspectives of the network is scheduled for October 2003.

The Forum will certainly not confine itself to fundamental research. In fact, its first project, supported by the Grotius Programme for Judicial Co-operation in Civil Matters, is concerned with a comparative and interdisciplinary assessment of national tenancy laws and procedures in the European Union. This project is pragmatic in its practical ambitions; it will nevertheless explore issues of principle importance, in particular the potential of the “open method co-ordination” in a field where a harmonisation of law cannot be envisaged. Work on this project has been taken up. At the beginning of July, the comparative reports and a number of background papers will be discussed in a workshop at the EUI.

The Forum’s focus on Europe is not meant to exclude the discussion of general issues of private law, comparative law, private international law, and legal method. What the Forum seeks to emphasize is the importance, theoretical and practical, of the Europeanisation process for substantive law and the transnational disciplines.

With its new series of Working Papers, the Forum will seek to promote its agenda through the publication of contributions of its initiators, guests, and EUI Researchers. Directors of the Forum are Professors Fabrizio Cafaggi, Christian Joerges and Jacques Ziller. Dr. Christoph Schmid is acting as the Scientific Coordinator of the Forum. Inquiries should be directed to him [Christoph.Schmid@IUE.it] or to Elina Sipilainen, who provides administrative support [Elina.Sipilainen@IUE.it].

Vorbemerkung

Der Beitrag betrifft Fragen der Theorie des Privatrechts und behandelt dessen Europäisierung. Dies sind Themen, für die es separierte Diskurse gibt, die aber zusammenhängen und deren Zusammenhänge auch immer deutlicher hervortreten -- um die Gründe und die Folgen dieser Verschränkungen geht es im folgenden vor allem.

Einen ersten Entwurf dieses Beitrages habe ich im April 2002 im Rahmen eines mit Gunther Teubner (Frankfurt a.M.) organisierten privatrechtstheoretischen Kolloquiums am Europäischen Hochschulinstitut im April 2002 vorgetragen, dessen Bezugspunkt und Rahmen ein Aufsatz Rudolf Wiethölters zur Privatrechtstheorie bildete,¹ und das in einer von den Organisatoren so nicht erwarteten Intensität die Problematik der Europäisierung des Privatrechts aufgriff.²

Eine englischsprachige Revision des Textes habe ich auf der Ius Commune Konferenz im Dezember 2002 in Amsterdam vorgetragen, um dann den Text erneut zu überarbeiten. Demgemäß habe ich vielen Teilnehmern an dem Kolloquium in Florenz und an der Konferenz in Amsterdam für ihre Anregungen zu danken, ganz besonders aber Christoph Schmid (Florenz/München), dessen Gesprächsbereitschaft und -kompetenz ich in einer Weise profitiert habe, die in den die Fußnoten des Textes nicht zum Ausdruck kommen kann.

Florenz, Januar 2003

Christian Joerges

¹ Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, Frankfurt a.M. 2001.

² Die Veröffentlichung der Beiträge zu dem Kolloquium ist in Vorbereitung: Christian Joerges & Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie (Internationale Studien zur Privatrechtstheorie 4), Nomos Verlag, Baden-Baden 2003.

Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts

Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU

Inhalt:

<i>I. Einführung</i>	1
<i>I. Drei konkurrierende Legitimierungsmuster</i>	2
I.1. Marktationalität als (Verfassungs-)Rechtsprinzip	3
I.2. Integrations-Funktionalismus	5
I.3. Europa als (Sozial-)Staat und Privatrechtsgesetzgeber?	7
<i>II. Drei Beispielsgruppen</i>	10
II.1. Centros und Überseering: Marktbürgerliche Freiheiten als politischen Rechte und die Obsoleszenz des traditionellen IPR	10
II.1.1. Centros.....	11
II.1.2. Interpretation	12
II.1.3. Die Folgen und „Überseering“	17
II.2. Entkoppelungen und Rearrangements von regulativem Recht und allgemeinem Privatrecht: Pronuptia und Courage	20
II.2.1. Konflikt-Umgehung: Pronuptia.....	23
II.2.2. Recht-Fertigung in einem rechtlichen Vakuum: Courage	25
II.3. Die Logik der Marktintegration und die Logik der Privatrechtsentwicklung	27
II.3.1. Océano.....	28
II.3.2. Produkthaftung.....	30
II.4. Zwischenbemerkung	34
<i>III. Konklusionen: Elemente eines Rechtsverfassungsrechts für die Europäisierung des Privatrechts</i>	35
III. 1. „Deliberativer“ Supranationalismus	38
III.1.2. Diagonale Konflikte	39
III.1.2. Deliberative Problemlösungen I: Europarecht als Kollisionsrecht.....	40
III.2. Supranationales Recht	42
III.3. Uminterpretationen	43
III.4. Deliberativer Supranationalismus II: Die Konstitutionalisierung transnationaler „governance arrangements“	46
III.5. Engpässe	47

I. Einführung

Die Europäisierung des Privatrechts ist ein überaus aktuelles Thema. Es ist zwar schon seit geraumer Zeit so neu nicht mehr, hat aber in den letzten zwei Jahren eine neue Dynamik entfaltet. Wer sich ihm in der Absicht oder Hoffnung zuwendet, mit seinem rechtspolitischen Entwicklungstempo Schritt zu halten und auf der jeweiligen Höhe des akademischen Diskussionsstandes zu bleiben, lässt sich auf einen Wettlauf ein, in dem es dem Schreibenden ergehen muss, wie jenem unglückseligen Hasen, der trotz all seiner Anstrengungen immer wieder zu spät kommt: schon wieder hat sich etwas verändert oder es sind Schriften erschienen, deren Wichtigkeit erst noch zu erwägen ist. Wer sich, um einem solchen Wettstreit aus dem Weg zu gehen, auf das Allgemeine spezialisiert, ist nicht unbedingt besser dran. Ist nicht schon alles gesagt? Reicht es, wie Karl Valentin in seiner Festrede meinte, hinzuzufügen: „Ja schon, aber nicht von allen“? Übersichten zur Entwicklung des Rechts, der Rechtspolitik und der akademischen Diskussion bleiben sinnvoll, wenn und weil jede neue Systematisierung des Stoffes eigene konstruktive Schritte unternimmt. Freilich, je unübersichtlicher der Stoff erscheint, desto aufwendiger wird auch seine Durchsicht. Ich muss im hier vergebenen Rahmen zu einer Form der Rekonstruktion des Sachstandes greifen, für die ich auf Vorarbeiten zurückgreifen kann³ und die ich nunmehr so zuspitze, dass ich die Debatten um die Europäisierung des Privatrechts auf das Grundlagenproblem der Legitimität der „Recht-Fertigung“ in der EU beziehe (I). Dabei werde ich drei Legitimationsstrategien unterscheiden, um deren Tragfähigkeit in dem folgenden Abschnitt (II) an Hand von drei Beispielsgruppen zu prüfen und in Frage zu stellen. „Thesis“ und „Antithesis“ sollen auf die Synthesis im Schlussabschnitt

³ Insbes. Ch. Joerges/G. Brüggemeier, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: P.-Ch. Müller-Graff (Hg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, 301 ff.; Ch. Joerges, *The Impact of European Integration on Private Law:*

(III) vorbereiten, der eine konstruktive Antwort auf die Leitfrage nach den Legitimitätsbedingungen des Europäisierungsprozesses skizzieren soll.

I. Drei konkurrierende Legitimierungsmuster

Europa mutet dem Recht viel zu. Es setzt die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten Veränderungen an Haupt und Gliedern aus – und muss diese Zumutungen rechtfertigen. Dies ist eine Forderung, die sich wie eine Selbstverständlichkeit lesen mag, die ja auch nur einen Anspruch zugrunde legt, der in den Verträgen und Vertragsänderungen erhoben wird, die aber präzisierungsbedürftig und schwer einlösbar ist. Warum? Im Prozess der Europäischen Integration sei ein „Herrschaftsverband eigener Prägung“ entstanden, heißt es bei M. Rainer Lepsius⁴ – eine glückliche Formulierung: denn sie bezeichnet einfach durch den Gebrauch der Kategorie der Herrschaft ein Kern- und Dauerproblem des Europäischen Projekts. Dieser „Herrschaftsverband“ ist von der Anerkennung seiner Träger abhängig – diese *faktische* Abhängigkeit ist immer wieder sichtbar und spürbar geworden.⁵ Sozialwissenschaftler sollten, Juristen dürfen sich mit einem bloß empirischen Legitimitätskonzept nicht begnügen: Sind die Herrschaftsansprüche Europas so begründbar, dass sie unsere Anerkennung auch verdienen? Dieser Frage haben wir uns, ob wir dazu Jürgen Habermas⁶ bemühen oder nicht, zu stellen. Und in der Tat: Die Rechtswissenschaft hat sich der Frage

Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutionalist Perspective, *European Law Journal* 3 (1997), 378 ff.

⁴ M.R. Lepsius, Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung (The European Union as a Sovereignty Association of a Special Nature), in: Ch. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler (Hg.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Europäisches Hochschulinstitut, Florenz/Harvard Law School, Cambridge/MA 2000, 203 ff. (213 ff.); <http://www.iue.it/RSC/symposium/>.

⁵ Dies haben die erklärenden Disziplinen inzwischen minutiös aufbereitet; zuletzt wieder K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*, Oxford/New York 2001; A. Wiener, They Just Don't Understand! Finality and Compliance: Opposing Rationales in the European Constitutional Debate, Ms. Belfast 2002.

⁶ Vgl. sehr pointiert wieder J. Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt a.M. 1998, 170 ff., 170 f.

nach den Geltungsgründen des Europäischen Rechts “von Anfang an“, nämlich schon in der Gründungsphase der EWG, gestellt. Das ist in Deutschland nach meinem Eindruck grundsätzlicher als anderswo geschehen – nicht unbedingt aus guten Gründen, wohl aber aus zwingenden: Die Bundesrepublik war damals eine noch sehr junge Demokratie und durfte diese Errungenschaft nicht in Frage stellen. Sie war gleichzeitig auf die Einbindung in Europa angewiesen. Das GG hatte, vorausschauend und folgerichtig, einfach beides positiviert: die Unverletzbarkeit der Demokratie (in Art. 79 III) *und* ihre Integrationsoffenheit (in Art 23). Eine Paradoxie? Ein Exempel für die immanente Widersprüchlichkeit allen Rechts? Jedenfalls eine Herausforderung, um die alles Europarecht bis heute kreist oder besser: das Recht und seine Interpreten zum Schwanken bringt. Drei Gruppen von Versuchen, hier Ruhepunkte zu finden und dem Europäisierungsprozess einen festen normativen Halt zu geben, möchte ich unterscheiden.

1.1. Marktionalität als (Verfassungs-)Rechtsprinzip

Die erste, die ordoliberalen, Antwort war schon fertig, als es die EWG noch gar nicht gab. Sie war in den Wirren der Weimarer Republik entwickelt worden und lautete: Eine freiheitliche Ordnung des Wirtschaftslebens müsse rechtlich so ausgestaltet („verfasst“) werden, dass sie vom opportunistisch-diskretionären Zugriff der Politik geschützt bleibt.⁷ Diese Tradition hat das „Dritte Reich“ überlebt und das ordnungspolitische Selbstverständnis der Bundesrepublik geprägt. Im Zuge der Europäischen Integration wurde die ordoliberalen zu der deutschen „herrschenden Lehre“ im eigentümlichen Doppelsinne der beiden Bestandteile dieses Begriffs: Sie „herrschte“ unter den Wirtschaftsrechts-

⁷ Eigenartiger- und aufschlussreicherweise kommt diese Denkrichtung in der Politikwissenschaft und Soziologie kaum vor. Eine rühmliche, freilich auf Deutschland fokussierte Ausnahme ist Ph. Manow, Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie, *Leviathan* 2001, 179 ff.

professoren und in unzähligen offiziösen „ordnungspolitischen“ Verlautbarungen; die *Praxis* des Rechts und der Politik sah anders aus.⁸ Die im EWGV verbürgten „vier Freiheiten“, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und die Wettbewerbsregeln wurden als „Entscheidung“ für eine Wirtschaftsverfassung verstanden, die den Vorstellungen der ordoliberalen Schule über die Rahmenbedingungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung entgegen kamen.⁹ Und gerade der Umstand, dass Europa als bloße Wirtschaftsgemeinschaft auf den Weg gebracht wurde, verlieh der ordoliberalen Argumentation Plausibilität: Mit der Deutung der wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaft als einer auf Recht gegründeten und auf die Sicherung wirtschaftlicher Freiheiten verpflichteten Ordnung, gewann die Gemeinschaft eine eigene, von den Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates unabhängige Legitimität, aus der sich zugleich Schranken für die Gestaltung dieser Gemeinschaft ergaben.¹⁰

Dies war ein Rahmen, der Raum für Alternativen ließ. Lange Jahre, eigentlich bis zur Binnenmarktprogrammatische von 1985 und der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 hat man das Privatrecht auf sich beruhen lassen.¹¹ Im Zuge dieser Initiative hat man dann das Rechtsprinzip der wechselseitigen Anerkennung

⁸ Vgl. z.B. Ch. Joerges, Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in: Wildenmann (Hg.), *Staatswerdung Europas? Optionen einer Europäischen Union*, Baden-Baden 1991, 225 ff.; „Good Governance“ im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, *Europarecht* 2002, 17 ff.

⁹ Freilich musste man die vielen ordnungspolitischen Exklaven des EWGV dabei als bloße Ausnahmen einstufen und den (Sünden-)Fall der Agrarpolitik zu übersehen bereit sein.

¹⁰ Besonders prägnant A. Müller-Armack, Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes, in: ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg i.Br. 1966, 401 ff.

¹¹ Oder sich gegen einschlägige frühe „sonderprivatrechtliche“ Vorhaben, die es seit Mitte der 70er Jahre gab [und die in das hier gezeichnete Bild passen, vgl. Ch. Joerges, Zielsetzungen und Instrumentarien der Europäischen Verbraucherrechtspolitik: Eine Analyse von Entwicklungen im Bereich des Zivilrechts, *Zeitschrift für Verbraucherpolitik* 3 (1979), 213 ff.] mehr oder weniger entschieden verwahrt; vgl. etwa B. Börner, Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht, in: W. G. Grewe (Hg.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden 1981, 43 ff.

entdeckt, das die Hoffnung begründete, Mechanismen einer regulativen Konkurrenz würden eine (ökonomische) Rationalisierung des regulativen Rechts und damit auch einschlägiger Materien des wirtschaftsrechtlichen) Privatrechts in Europa fördern.¹² Auch ein europäisches Privatrechtsgesetzbuch wurde, jedenfalls Anfang der 90er Jahre, ins Auge gefasst.¹³ Die neueste Version des Gedankens heißt indessen „Privatisierung des Privatrechts“.¹⁴

I.2. Integrations-Funktionalismus

Der Verweis auf die Marktrationalität konnte dem Europarecht indessen zur Begründung supranationaler Geltungsansprüche nicht genügen. Im Völkerrecht, im Staats- und Verfassungsrecht – und in den Kategorien dieser Disziplinen wurde Europa rechtlich sondiert – war die Vorstellung einer die souveränen Verfassungsstaaten bindenden supranationalen Wirtschaftsrechtsordnung nicht gut nachvollziehbar.¹⁵ Da nun aber eine verfassungsstaatliche, also parlamentarisch-majoritäre Begründung für eine supranationale politische Herrschaft nicht zur Verfügung stand, mussten die Wirkungsmöglichkeiten der Gemeinschaft durch die Kompetenzbegrenzungen und durch Vetopositionen

¹² Offiziös: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt* (Schriften-Reihe 51), Bonn 1986.

¹³ Vgl. insbes. E.-J. Mestmäcker, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), 177 ff., 190 ff.; W. Tilmann, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft, in: P.-Ch. Müller-Graff (Hg.), a.a.O. (FN 1), 485 ff.

¹⁴ So der programmatische Titel der Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtslehrer vom September 2002 in Heidelberg, <http://www.junge.zivilrechtswissenschaftler.de/>. – Von all dem grenzen sich diejenigen ab, die das Privatrecht als autonomes, sich von nationalen Bindungen befreiendes (zum *ius commune europaeum* zurückfindendes) Recht sehen, wofür vor allem R. Zimmermann einsteht, z.B: Das Römisch-Kanonische *Ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, 8 ff.; Der Europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 4 ff. [auch in: P.-Ch. Müller-Graff (Hg.), a.a.O. (FN 1), 103 ff.]; Roman Law and European Legal Unity, in: A.S. Hartkamp/M.W. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron (Hg.), *Towards a European Civil Code*, 2. Aufl., Nijmwegen/Den Haag 1998, 21 ff.

zugunsten der „Herren der Verträge“ eingeschränkt werden. Freilich war absehbar, dass diese Einschränkungen das Integrationsprojekt allzu sehr beschränken und daher gefährden würden. Eben deshalb kam es darauf an, eine alternative Legitimitätsgrundlage supranationalen Regierens zu finden. Dies gelang Hans Peter Ipsen sehr bald mit seiner Qualifikation der (drei) Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“.¹⁶ Der Topos „Zweckverband“ bezeichnete Aufgabenfelder, die in der Ordnungspolitik keinen Raum hatten – ohne das Gemeinschaftsrecht deshalb demokratischen Anforderungen auszusetzen. Als Zweckverband sollte Europa sich mit Fragen „technischer Realisation“ befassen, d.h. mit Verwaltungsaufgaben, die einer supranationalen Bürokratie übertragen werden können – und müssen.¹⁷

Dass all dies mit dem Privatrecht zu tun habe, mag als eine weit hergeholte Behauptung erscheinen, die freilich einsichtiger werden dürfte, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Ipsens Funktionalismus auf europäischer Ebene jene zweite Tradition des deutschen Wirtschaftsrechts fortschrieb, die K.W. Nörr¹⁸ als Konzept der „Organisierten Wirtschaft“ kennzeichnet. Diese Tradition ist „ordnungspolitisch“ indifferent: sie überlässt, so kann man dies ins verfassungsstaatlich Positive wenden, die Ordnung der Wirtschaft dem demokratisch beglaubigten Gesetzgeber. Aber nun noch einmal: Wie soll Politik legitimiert werden, wenn sie aus diesem Rahmen hinauswächst, ohne im Völkerrecht Halt finden zu können? Dann muss eben die technokratisch-funktionalistische Vernunft als Rechtsgrund institutionalisiert werden. Dies

¹⁵ Rechtshistorisch instruktiv Ch. Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin 2001, 50 ff., 86 ff., 155 ff.

¹⁶ H.P. Ipsen, Der deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht, *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, München 1964, Bd. 2 L, 14 ff.

¹⁷ H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, 176 ff.

¹⁸ Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition, Tübingen 1999, 5 ff.; vgl. zuvor K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988.

konnte für einen erheblichen Zeitraum als zureichende causa für die Leistungen der Integrationspolitik erscheinen. Sie war dies nicht mehr, als die eben schon angesprochene Binnenmarktprogrammatische ins Werk gesetzt wurde und zu Regulierungsstrategien überging, in denen Giandomenico Majone Abbilder der amerikanischen „economic and social regulation“ fand¹⁹ – und für die er die entsprechende Legitimationsformel entfaltete: Europa sei ein „regulatory state“, dessen Hauptaufgabe die Korrektur von Erscheinungsformen des Marktversagens sei und „non-majoritarian institutions“ anvertraut werde solle.²⁰

In solchen Perspektiven bleibt das „Privatrecht i.e.S.“ weiterhin marginal. Und so erschien es denn auch den Europarechtlern wie den Privatrechtlern: Die Ersteren beteiligten sich an der Erneuerung des gesamten regulativen Rahmens der Wirtschaft Europas; die letzteren sahen sich von vielerlei Sonderprivatrecht – ganz überwiegend und vor allem in Deutschland: unangenehm – berührt, konnten aber darauf verweisen, dass die Kernmaterien des Privatrechts nach wie vor unter nationaler Kuratel verblieben waren: Die Logik der Integrationspolitik und die Logik der Privatrechtsentwicklung schienen sich autonom zu entfalten.²¹

I.3. Europa als (Sozial-)Staat und Privatrechtsgesetzgeber?

„Hard Code Now!“ Dieser Titel klingt nach einem Schlachtruf und ist auch so gemeint. Ugo Mattei, der ihn auf seine Fahnen geschrieben hat,²² ist in der Sache konzilianter und umsichtiger als die von ihm gewählte Überschrift. Ein

¹⁹ Programmatisch: *Regulating Europe: Problems and Perspectives*, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 3 (1989), 159 ff.

²⁰ Als Zwischensumme vgl. G. Majone, *Regulating Europe*, London 1996; seither ist das Gedankengebäude ständig vervollkommnet worden; vgl. etwa G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, *JITE* 157 (2001), 57 ff.

²¹ Ausführlicher Ch. Joerges/G. Brüggemeier, *Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts*, a.a.O. (FN 1).

²² U. Mattei, *Hard Code Now!*, *Global Jurist Frontiers*, Vol. 2: No. 1 (2002), Article 1

Europäisches Gesetzbuch müsse zwingende Vorschriften geben, sich aber mit einem Minimal-Programm begnügen und Prozess-orientiert sein („minimal and process-oriented“). Nur so könne es der „social fabric of European capitalism“ entsprechen. Ein Gesetzbuch also "tief genug gegründet und hoch genug gewölbt", um auch soziale Anliegen "in seinen Gedankenbau aufzunehmen", Otto von Gierke redivivus?²³ Otto von Gierke ist unbekannt geworden, sein Anliegen aber ist augenscheinlich aktuell.²⁴

Wäre „das Soziale“ des Privatrechts in einem europäischen Gesetzbuch gut aufgehoben? Das ist eine Frage, die nicht etwa nur das Privatrecht angeht, sondern mit dem Schicksal des Wohlfahrtsstaates insgesamt zusammenhängt. Hierauf wird zurückzukommen sein.²⁵ Aber die Schwierigkeiten, mit denen solche Vorstellungen sich auseinander zu setzen haben, sind derart massiv, dass es keinen Sinn macht, sie vor sich her zu schieben, sondern ein Vorgriff auf die noch zu entfaltende Argumentation angebracht erscheint: Die normative Qualität des verfassungsstaatlichen „sozialen Schuldrechts“ ist auf das Zusammenspiel von parlamentarischer Gesetzgebung und nicht-parlamentarischer Rechtsproduktion, von regulativer Politik („Sondergesetzgebung“) und Kodifikation, von Fachöffentlichkeiten und allgemeiner Öffentlichkeit angewiesen.²⁶ Solche Verhältnisse gibt es im europäischen Kontext nicht, und es wird sie bis auf

²³ O. v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, 17

²⁴ Vgl. Ch. Schmid, On the Legitimacy of a European Civil Code, *Maastricht Journal of Comparative Law* 8 (2001), 277 ff.

²⁵ Unter II.3 und III.

²⁶ Vgl. Ch. Joerges, Formale Freiheitsethik, materiale Verantwortungsethik und Diskursethik im modernen Privatrecht, in: F.U. Pappi (Hg.), *Wirtschaftsethik. Gesellschaftswissenschaftliche Perspektiven (Sonderheft der Christiana Albertina Universität)*, Kiel 1989, 127 ff.; Ch. Joerges, Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M 1994, 311 ff., 334 ff.; O. Gerstenberg, Public Intervention, Private Ordering and Social Pluralism, in: Ch. Joerges/O. Gerstenberg (Hg.), *Private governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, Luxembourg: European Commission (Directorate-General Science, Research and Development; EUR 18340 EN) 1998, 205 ff.

weiteres nicht geben. Dass dem so ist, ergibt sich einfach aus dem „State of the European Union“: Die europäische Polity ist nicht unitarisch, sondern plural²⁷ („heterarchisch“ nennen das manche,²⁸ „mixed polity“ andere²⁹). In ihr gibt es – relativ – autonome politische Einheiten, aber eben keine, die mit einer Kompetenz-Kompetenz ausgestattet wäre. Daraus ergeben sich sehr spezifische Disjunktionen von „Gesellschaft“ und „Staat“, von wirtschaftlichen und politischen Rechten, Marktbürgerschaft und Citizenship. Zur Abgrenzung von den beiden zuerst behandelten Ansätzen: Europa ist weder ein „Markt ohne Staat“ geworden, in dem eine supranationale Wirtschaftsverfassung dem Privatrecht seinen Raum zuweisen könnte. Es ist noch weniger dabei, den Nationalstaaten einen Europäischen Sozialstaat zu verordnen. Stattdessen haben wir es mit einem tertium zu tun, das sich in einem „constitutional moment“ befindet, der noch eine Weile dauern wird. Auf all dies muss sich einstellen, wer dafür plädieren möchte, die Privatrechte Europas in einem Einheitsgesetzbuch aufzuheben.³⁰

²⁷ Eindringlich N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 65 (2002), 317 ff.

²⁸ K.-H. Ladeur, The Theory of Autopoiesis. An Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships, EUI Working Paper Law 99/3.

²⁹ G. Majone, Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity, *European Law Journal* 8 (2002), 319 ff.

³⁰ Diese Skepsis resultiert nicht wie die P. Legrands [European Legal Systems are not Converging, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 52 ff.] aus vermeintlich unüberbrückbaren Kommunikationsschwierigkeiten zwischen Common Law und Civil Law. Sie ist auch nicht, wie z.B. bei H. Collins [European Private Law and the Cultural Identity of States, *European Review of Private Law* 3 (1995), 353 ff.], als Verteidigung der „kulturellen“ Bindungen des Privatrechts als solcher gemeint, sondern unterscheidet ‘two kinds of social integration – cultural and political. The first denotes the kind of integration that is needed for individuals and groups who seek to find out who they are or would like to be..., [whereas] the latter does not rest upon a particular set of values but on trans-cultural norms and universal principles’, E.O. Eriksen and J.E. Fossum, The EU and Post-national Legitimacy, Oslo: Arena-Working Paper 26/2000, Text bei Fn. 40 ff. In diesem Sinne verstehe ich auch M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, 72 ff.

II. Drei Beispielsgruppen

Verba docent, exempla trahunt. Aber es ist keineswegs so, dass die Beispielsgruppen aus der Rechtsprechung des EuGH, die im folgenden behandelt werden sollen, die im ersten Abschnitt skizzierten Paradigmen „widerlegen“ könnten und ein „höheres Recht“ repräsentieren würden. Jene Paradigmen verweisen ja nur auf Vorstellungszusammenhänge, in denen rechtliche Konzepte und Argumentationen theoretischen Halt finden können. Insofern konkurrieren sie miteinander. Aber es ist nicht etwa damit zu rechnen, dass eines von ihnen sich in der „Praxis“ gänzlich durchsetzt oder eine Denktradition spurlos untergeht. Systematische und theoretische Ansprüche verfolgen die folgenden Analysen dennoch: Sie sollen Schwierigkeiten aller drei im vorangegangenen Abschnitt aufgeführten Paradigmen exemplarisch veranschaulichen und so den Übergang zu der am Ende skizzierten Perspektive vorbereiten.

II.1. Centros und Überseering: Marktbürgerliche Freiheiten als politischen Rechte und die Obsoleszenz des traditionellen IPR

Die *Centros*-Entscheidung des EuGH³¹ darf man als sein wichtigstes, jedenfalls am heftigsten diskutiertes Urteil³² seit der legendären *Cassis de Dijon*-Entscheidung aus d.J. 1979³³ ansehen. Entsprechend gespannt waren die Erwartungen zur Nachfolgeentscheidung *Überseering*.³⁴ So viel ist geschrieben worden, dass es angebracht sein dürfte, mit den drei Thesen zu beginnen, die im Folgenden belegt werden sollen: (1) Diese Rechtsprechung transformiert

³¹ Rs. C-212/97, U.v. 9.3.1999, Slg. 1999-I, 1459 – *Centros Ltd. ./ Ervervsog Selskabsstrylsen*

³² Eine CELEX Recherche vom 25.3.02 erschloss 112 Kommentierungen. Das war schon damals eine zu bescheidene Ziffer, die z.B. die Monographie von H. Halbhuber, *Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand – Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 48 EG und zum Europäischen Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden 2001, nicht berücksichtigte.

³³ Rs. C-120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

³⁴ Rs. C-208/00, U. v. 5.11.2002, NJW 2002, 3614 – *Überseering BV ./ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

Freiheitsrechte zu politischen Mitwirkungsrechten. (2) Sie reguliert die regulative Konkurrenz. (3) Sie „konstitutionalisiert“ den Europäisierungsprozess durch ein Recht-Fertigungs-Recht, das den orthodoxen Supranationalismus hinter sich lässt, ohne für den Umgang mit Rechtsunterschieden beim klassischen IPR Zuflucht zu suchen.

II.1.1. Centros

Das Centros-Urteil betrifft den Kern des Europarechtlichen *acquis*: Die Freiheitsrechte der Marktbürger, die unmittelbar gelten und deshalb gegenüber dem nationalen Recht Vorrang haben sollen. Und der Entscheid gilt außerdem noch als Fortsetzung und Verstärkung eines tief ins Rechtsbewusstsein und -gemüt gedrunenen Verständnisses des europäischen Wirtschaftsrechts: Dieses diene der sogenannten Negativ-Integration, weil die unmittelbar geltenden Freiheitsrechte eine Inhaltskontrolle des nationalen Rechts durch den EuGH stützten und das Recht einer regulativen Konkurrenz aussetzten. Zur Begründung ist weiter auszuholen.³⁵

Wie so häufig in *seminal cases* ging es um Triviales: Ein dänisches Ehepaar namens Marianne und Tony Bryde wollte in Dänemark Wein importieren, aber nicht jenen Betrag von DK 200.000 (28.000 Euro) aufbringen, den Dänemark vor der Registrierung von Gesellschaften forderte. So kamen die beiden auf den Gedanken, ihrem dänischen Recht „den Vogel zu zeigen“.³⁶ Sie gründeten, wir schreiben den Mai 1992, in England eine *private limited company*, die nunmehr legendäre Centros Ltd. und ließen für dieses Gebilde eine Zweigniederlassung in

³⁵ Meine Intepretation verdankt vieles der Zusammenarbeit mit Barbara Trefil (deren LL.M.-Arbeit am Europäischen Hochschulinstitut zur Veröffentlichung in der Reihe der Diskussionspapiere der Abteilung Rechtswissenschaft ansteht: B. Trefil, Centros und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa, Florenz 2002).

³⁶ So streng interpretiert ihr Verhalten, von CELEX ebenfalls unbeachtet, kein Geringerer als G. Kegel in seinem Editorial in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* Heft 9/1999: „Es ist was faul im Staate Dänemark“ – und anderswo.

Kopenhagen errichten – für keinen dieser Schritte mussten sie eine Mindestkapitaleinlage aufbringen.

Die dänischen Behörden verweigerten dann aber die Eintragung; die Brydes gingen vor Gericht; nach dem Gang durch alle Instanzen legte der Højesteret dem EuGH Anfang Juni 1997 die Frage vor,³⁷ ob die Verweigerung der Eintragung mit der Garantie der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 [ex 52] i.V.m. Artikeln 52 und 58 EGV vereinbar sei. Die Antwort des EuGH 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".³⁸

II.1.2. Interpretation

Der EuGH habe³⁹ seine frühere Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit⁴⁰ behutsam oder in fragwürdiger Zuspitzung fortgesetzt.⁴¹ Die Gründungstheorie

³⁷ Rz. 13

³⁸ So Satz 1 des Urteilstenors, EuGH Slg. 1999, I-1497.

³⁹ Vollständigkeit kann man bei der Darstellung des Meinungsspektrums nicht anstreben. Speziell zur Rezeption in Deutschland vgl. H. Halbhuber, National Doctrinal Structures and European Company Law, *CMLRev.* 38 (2001), 1385 ff.; einen sehr umfassender Überblick „von außen“ zu Gesamtentwicklung des Gesellschaftsrechts bietet bei J. Wouters, European Company Law: *Quo Vadis?*, *CMLRev.* 37 (2000), 257 ff.; aktueller B. Trefil, a.a.O. (FN 35).

⁴⁰ Urteil vom 10.07.1986, Rs 79/85, EuGH Slg. 1986, 2375 – *Segers*.

⁴¹ Letzteres liest man z.B. bei E. Steindorff, Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, *JZ* 1999, 1140-1143.

habe sich mit Hilfe des EuGH gegen die Sitztheorie durchgesetzt.⁴² Nichts dergleichen, denn in Dänemark habe ohnehin die Gründungstheorie gegolten, und die Anerkennung der Sitztheorie durch die Daily Mail-Entscheidung⁴³ sei gar nicht betroffen: IPR-business as usual.⁴⁴ Der EuGH habe den Weg zu einem regulativen Wettbewerb frei gegeben, nun sei mit Delaware-Effekten in Europa zu rechnen.⁴⁵

Meine Eingangsthese⁴⁶ will sich aus der rechtsdogmatischen Dichotomie von Europarecht und IPR, von Vorrang- und Anknüpfungsdenken, aber auch von dem damit zusammenhängenden rechtspolitischen Dualismus von „Negativ“- und „Positiv“-Integration absetzen. Vor allem der Umgang des EuGH mit dem Verhalten des Ehepaars Bryde scheint mir die Plausibilität einer solchen Deutung zu bestätigen. Das Europarecht, so lautet die Kritik am EuGH, habe in einem rein inner-dänischen Vorgang nichts zu suchen. Die Brydes, die keinerlei Geschäftsinteressen in England verfolgten, hätten sich ihrem heimatlichen Souverän zu fügen. Oder sind die Brydes nicht mehr nur Dänen? Haben sie ein „Recht auf die günstigste Rechtsordnung“,⁴⁷ weil sie Bürger Dänemarks auch der EU sind? So lese ich in der Tat den EuGH: Es sei an sich nichts per se Missbräuchliches darin zu finden, dass der Bürger eines Mitgliedstaates eine Gesellschaft nach den für ihn günstigeren Vorschriften eines anderen

⁴² So z.B. P. Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH *IPRax* 19 (1999), 323 ff.; auf die entsprechende Frage des BGH in seinem Vorlagebeschluss vom 25.5.2000 reagiert der *Überseering*-Entscheid, unten II.1.4.

⁴³ Rs. C-81/87, U. v. 27.09.1988, EuGH Slg. 1988, 5483 – The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.

⁴⁴ Z.B. W. Ebke, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *JZ* 1999, 656 ff.; Kindler, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die Centros-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, *NJW* 1999, 1993 ff.; W.-H. Roth, Case Note, *CMLRev.* 37 (2000), 147 ff.

⁴⁵ Insbes. Rz. 20 des Schlussantrags von GA La Pergola hat solche Deutungen inspiriert.

⁴⁶ Oben vor II.1.

⁴⁷ E. Steindorff, Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, a.a.O. (FN).

Mitgliedstaates gründet; denn dies sei einfach sein gutes Recht.⁴⁸ Die Brydes stünden in der Tat schlechter da als englische Bürger, die sich geschäftlich nach Dänemark begeben.⁴⁹ „Umgekehrte Diskriminierung“ heißen solche Konstellationen dann, wenn sie im Kontext von Artikel 28 [ex Art. 30] vorkommen. Das Europarecht kann durch die Öffnung der nationalen Märkte bewirken, dass die Staatsbürger des Gaststaates, der sein eigenes Recht beibehält, schlechter behandelt werden, als (EU-)Ausländer, die nach ihrem Heimatrecht behandelt werden. Dies ist im Gastland ein verfassungsrechtliches Problem. Es ist aber *auch* ein Problem des Europarechts, soweit dieses nicht nur die handelsbeschränkende Wirkung nationalen Rechts prüft, sondern Unionsbürgern unmittelbar wirksame Rechte einräumt. Nun haben wir es in *Centros* nur mit der Gründung einer Gesellschaft zu tun, nicht mit der Betätigung von Bürgern, die ihre Geschäftstätigkeit von England nach Dänemark verlagern oder ausdehnen würden. Aber darf die Wahrnehmung der Freiheit, die Wohltaten des englischen Gesellschaftsrechts zu nutzen, als Missbrauch bezeichnet werden? Könnte man überzeugend danach unterscheiden, ob die Brydes auch in England mit Wein handeln? Nein – diese Antwort ergibt sich aus dem Urteil. Ist dies „Negativ-Integration“, ein Eingriff in die konstitutionelle Autonomie Dänemarks, ein neuerlicher Beleg für die deregulativen Effekte der Freiheitsrechte?⁵⁰ Schickt der EuGH das Gesellschaftsrecht Europas auf die Straße nach Delaware? Lädt er pffiffige Gesellschafter dazu ein, sich ausländische Briefkästen zuzulegen?

Gerade nicht; denn es bleibt Dänemark unbenommen, die eigenen – wie die fremden – Bürger mit regulativen Belangen zu konfrontieren – freilich muss es dafür „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ benennen. Das Europarecht räumt das dänische Recht nicht ab, sondern setzt es unter Rechtfertigungsdruck.

⁴⁸ Rz. 27 und 29.

⁴⁹ Ziff. 35.

⁵⁰ Dies diskutiert und bestreitet M. Baudisch in einer sehr eingehenden Studie: *From Status to Contract. An American Perspective on Recent Developments in European Company Law*, Ms. New York (Columbia Law School) 2002.

Diesem Druck hat Dänemark nicht standgehalten: Der Gläubigerschutz, den nach dem Vortrag der dänischen Regierung die dänische Regelung zum Ziel haben soll, könne sie nämlich, so fand der EuGH, überhaupt nicht erreichen.⁵¹ Der EuGH agierte als konstitutionelles Gericht. Er nahm sich das Recht heraus, das dänische Recht daraufhin zu überprüfen, ob es europäisch gewährleistete Rechte respektiert. Das ist eine revolutionäre Neukonstitutionalisierung, wenn und weil die Bürger eines Mitgliedstaates instand gesetzt werden, den eigenen Souverän vor das Forum des EuGH zu bringen. Nicht mehr und nicht weniger: Dänemark darf Gläubiger schützen und Betrügereien entgegenwirken – aber eben mit den Maßgaben, die aus der Rechtsprechung zu Art. 38 [30] bekannt sind.⁵² Dänemark hat denn auch, sehr rasch, nämlich im Mai 2000, eine neue Regelung getroffen, derzufolge Gesellschaften, die in Dänemark tätig werden wollen und dort ihren Hauptverwaltungssitz haben, entweder eine Garantie in Höhe von 110.000 DKK zugunsten der dänischen Steuerbehörde in Form von Bargeld, Staatsanleihen oder als Bankgarantie beibringen (die im Insolvenzfall ausschließlich der Befriedigung von Steuerforderungen dienen), oder erklären müssen, dass ein Nettovermögen von zumindest 125.000 DKK verfügbar sei.⁵³

Der alte Wein in neuen Schläuchen? Dänische Kommentatoren sehen dies so.⁵⁴ Der dänische Supreme Court hat sich in einem Urteil v. 3. Februar 2002 zur Steuerpflicht von Centros verschwiegen und lediglich gerügt, dass die Formulare nicht vollständig ausgefüllt worden seien.⁵⁵ Was ist so „faul“ im Staate Dänemark

⁵¹ Rz. 34-36.

⁵² Ziff. 37-39; klar herausgearbeitet z.B. bei U. Forsthoff, Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: Eine Bilanz, *Europarecht* 2000, 167ff, 192 ff.

⁵³ Vgl. B. Trefil (FN 35), Abschnitt 1.8. mit Belegen aus www.retsinfo.dk und einer Übersicht zur Diskussion um die europarechtliche Bedenklichkeit der Neuregelung.

⁵⁴ Friis Hansen, From C 212 to L 212 – *Centros* Revisited, *European Business Organization Law Review* 2 (2001), 141 ff., 156: “...a flagrant violation of Article 43 EU”.

⁵⁵ Ugeskrift for Retsvæsen 2002.1079H; auf das Urteil haben mich Laurits Christensen (Kopenhagen) und Hanne B. Jensen (Florenz) aufmerksam gemacht.

– und anderswo“⁵⁶ Dänemark muss sich gegenüber seinen eigenen Bürgern im Forum des EuGH rechtfertigen. Es darf seine Regelungsanliegen verfolgen, muss dies bei der Ausgestaltung seiner Vorschriften dann auch glaubhaft machen. Mit was für einer Art von Recht haben wir es zu tun? Um Vorschriften, die Sachverhalte dem „räumlich besten“ Recht unterstellen? Um eine sachrechtliche Neuschöpfung, die sich rechtsvergleichend gebildet hat? Es handelt sich um „Kollisionsrecht“ insofern, als der Umgang mit Rechtsunterschieden betroffen ist, um ein Kollisionsrecht, das die politische Autonomie Dänemarks mit der Gewährung europäischer Bürgerrechte an dänische Staatsbürger versöhnen will. In der Umgestaltung von wirtschaftlichen Freiheitsrechten zu politischen Mitwirkungsrechten sehe ich den konstitutionellen Kerngehalt der Entscheidung: Privatautonomie und politische Rechte, so hat Jürgen Habermas seit Faktizität und Geltung⁵⁷ immer wieder argumentiert,⁵⁸ seien in Demokratien als gleichursprünglich zu konzipieren. Was bedeutet dies im europäischen Kontext? Dem Centros-Urteil zufolge, 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 realisiert hat. Die Inanspruchnahme von Rudolf Wiethölter’s Terminus des „Recht-Fertigungs-Rechts“ zur Konzeptualisierung der Verrechtlichung des Europäisierungsprozesses erscheint mir, wenn nicht geboten, so doch jedenfalls naheliegend.⁵⁹

⁵⁶ G. Kegel, a.a.O. (FN 36).

⁵⁷ Frankfurt a.M. 1992, 109 ff.

⁵⁸ Vgl. z.B. das Restatement „Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien, in: J. Habermas, *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a.M. 2001, 133 ff.

⁵⁹ S. Deakin, Regulatory Competition versus Harmonisation in European Company Law, *Cambridge Yearbook of European Law* 2 (1999), 231 ff. hat am *Centros*-Entscheid die Kategorie der „reflexiven Harmonisierung“ entwickelt, die m.E. zu prozedural-deskriptiv bleibt; vgl. aber M. Dougan, *Vive La Différence? Exploring The Legal Framework For Reflexive Harmonisation Within The Single European Market*, Ms. Cambridge 2002; O.

So weit die helle Seite der *Centros*-Geschichte. Sie ist nicht die einzige. Weder die dänische Gesetzgebung noch die administrative Praxis und nicht einmal die Rechtsprechung stellen sich als lernbegierige, deliberierende Akteure dar. Umso mehr kommt es darauf an, dass der EuGH seine Rolle überzeugend spielen kann. So sehr dessen Aussagen normativ überzeugen, so fraglich ist, ob er sich nicht faktisch mit den Kontrollaufgaben, die er sich selbst vorbehalten hat, überfordert. Dies ist eine Frage, auf die in allen Beispielsfeldern und im Schlussabschnitt zurückzukommen sein wird.

II.1.3. Die Folgen und „Überseering“

Welche Folgen wird *Centros* zeitigen? Werden die Gerichte der Mitgliedstaaten nur die deregulative Seite von *Centros* lesen,⁶⁰ Europas Kleinunternehmen in das britische Recht fliehen,⁶¹ immer mehr aparte Dienstleistungen künftig durch Gesellschafter angeboten werden,⁶² das Modell eines Gesellschafts- und Unternehmensrechts, das durch seine Organisationsregelungen allgemeine Interessen schützt, durch angelsächsische Governance-Praktiken abgelöst?

Sollte der EuGH auf all diese Fragen Antworten wissen? Zunächst einmal hatte er sich mit den Rechtsfolgen seiner Rechtsansichten auseinander zu setzen. In einem Vorlagebeschluss vom 30. 5. 2000 (*Überseering*⁶³) fragte der BGH, ob deutsches Recht es einer niederländischen Klägerin verwehren darf, einen Betrag von über 1 Million DM einzuklagen, weil zum einen § 50 I ZPO für parteifähig nur den erklärt, der rechtsfähig ist, und weil zum anderen dieses Recht

Gerstenberg, Expanding the Constitution Beyond the Court: The Case of Euro-constitutionalism, *European Law Journal* 8 (2002), 172 ff., 179 ff.

⁶⁰ Vgl. die Anmerkung von K. Nemeth, 37 *CMLRev.* (2000), 1277 ff.

⁶¹ Vgl. M. Baudisch a.a.O. (FN 50), der gute Gründe gegen eine solche Vermutung anführt.

⁶² D. Karollus-Bruner, Das steirische Bordell als Zweigniederlassung einer englischen „Private Limited Company“, *ecolex* 2000, 725 ff.

⁶³ BGH *EuZW* 2000, 412; dazu die Editorials von P. Behrens, *EuZW* 2000, 385 und *EuZW* 2002, 129.

bestimmen will, dass einer nach niederländischem Recht gegründeten Gesellschaft die Rechtsfähigkeit abhanden komme, wenn sie in Deutschland so tätig wird, dass dies nach deutschem Recht eine Sitzverlagerung bedeutet.⁶⁴ Dies sind in einem Binnenmarkt hanebüchene Rechtssätze – wenn sie denn so zwingend wären, wie dies der BGH insinuiert. GA Colomer berichtet in seinem Schlussantrag v. 4. 12. 2001, die deutsche Regierung habe in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, „dass eine Gesellschaft in der Lage der Klägerin ihre Rechte weiterhin geltend machen könnte, indem sie als Rechtsträger ohne eigene Rechtspersönlichkeit auftritt“⁶⁵ er macht auch darauf aufmerksam, dass nach deutschem Recht die passive Parteifähigkeit von Überseering trotz des neuen Gesellschaftsstatuts erhalten bleibt.⁶⁶ Aber selbst wenn der EuGH sich an die ihm gestellte Vorlage halte, so genüge es auszusprechen, dass der niederländischen Gesellschaft ihre Klagemöglichkeit zu belassen sei. Das deutsche internationale Zivilprozessrecht sei nicht diskriminierend, aber unvernünftig. Die Begründung, die der Schlussantrag hierfür liefert, ist in einer weiteren Hinsicht bemerkenswert: Die allgemeinen Gründe, die für die Sitztheorie sprechen (Gläubigerschutz; Schutz abhängiger Gesellschaften; Mitbestimmung; Vermeidung von Doppelbesteuerung) seien allesamt als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzuerkennen, hier aber nicht betroffen.⁶⁷

Die Argumentation und die Empfehlungen von GA Colomer entsprechen einer „autonomieschonenden“ Europäisierungspraxis.⁶⁸ Der EuGH hat demgegenüber in seinem Urteil v. 5. 11. 2002 sehr viel kräftigere Töne angeschlagen. Seine

⁶⁴ Vgl. Ziff. 45 des Schlussantrags von GA Colomer v. 4.12.2001 in der Rs. C-208/00 *Überseering BV ./ NCC GmbH*.

⁶⁵ Rz. 55 des Schlussantrags; vgl. allgemeiner BVerfG *NJW* 2002, 5333.

⁶⁶ Rz. 46.

⁶⁷ Rz. 50 ff.

Kritik am deutschen IPR und Internationalen Prozessrecht lässt die von GA Colomer angesprochen Möglichkeiten außer Betracht und klingt dementsprechend selbstbewusst (oder gar selbstgerecht): „Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit setzt zwingend die Anerkennung dieser Gesellschaften durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen wollen“;⁶⁹ das deutsche Recht dürfe nicht davon absehen, ob die nach niederländischem Recht rechtsfähige Gesellschaft „tatsächlich eine Sitzverlegung vornehmen wollte“.⁷⁰ Darf man diese Aussage dahin verstehen, dass es in der EU nicht Recht sein kann, „einseitig“ zu bestimmen, welche rechtliche Bedeutung grenzüberschreitenden Handlungen zukommt, ohne dabei auf die Rechtsauffassungen des betroffenen Mitgliedstaates und die Belange seiner Bürger Rücksicht zu nehmen? Oder wollte der EuGH das deutsche IPR zur Gründungstheorie bekehren?

Diese Frage stellt sich noch einmal bei der Auseinandersetzung des EuGH mit den für die „Sitztheorie“ angeführten Gründen. Zwar, so heißt es in Rz. 92, lasse sich „nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können“. Die folgende Rz. lautet dann: „Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, dass einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird“. Sollte man dem EuGH unterstellen, dass er nicht mehr zur ratio der Sitztheorie zu sagen nötig finde, dass etwa zur Mitbestimmung alles

⁶⁸ Vgl. F.W. Scharpf, Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik, in: ders., *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Frankfurt a.M.1994, 131 ff.

⁶⁹ Rs. C-208/00, Rz. 59.

⁷⁰ Rs. C-208/00, Rz. 62, 63.

gesagt sei, weil am 8. Oktober 2004 die VO über die Europäische Aktiengesellschaft in Kraft treten wird⁷¹ und es daneben eine Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung⁷² gibt? Eine Interpretation des Urteils, die das konkrete Entscheidungsergebnis und nicht seinen verallgemeinernden doktrinen Rahmen für maßgeblich erklärt, wäre seiner Autorität zuträglicher.⁷³

II.2. Entkoppelungen und Rearrangements von regulativem Recht und allgemeinem Privatrecht: Pronuptia und Courage

In der zweiten Beispielsgruppe geht es um das Verhältnis von Privatrecht und Wirtschaftsrecht, von allgemeinem und Sonderprivatrecht. Die Konfliktslage ist aus dem deutschen Recht gut bekannt. Nur selten ist sie mit den Bezeichnungen von Rechtsmaterien so schön zu synchronisieren, wie dies in Deutschland z.B. im Verhältnis von Handelsrecht und Kartellrecht der Fall war. Analytisch hilfreicher ist es, von Kollisionen zwischen Konditional- und Zweckprogrammen zu sprechen, die man in alle genannten Materien hineinragen und dort „intern“ austragen kann.⁷⁴ Déjà vu-Reaktionen sind, wenn man diesen Kollisionen im Zuge von Europäisierungsprozessen begegnet, dennoch nicht angebracht. Denn

⁷¹ VO 2157/2001 des Rates v. 08.10.2001.

⁷² RL 2001/86 des Rates v. 08.10.2001.

⁷³ Diese Bedenken halten E. Schanze/A. Jüttner, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, Heft 1, für überzogen und für die Entwicklung einer „europarechtlich moderierten Kontrolltheorie“ (vgl. schon P. Ulmer, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandsitz, JZ 1999, 662 ff.) eher hinderlich. Man wird ihnen umso eher beipflichten, je stärker man entweder an die wohltätigen Wirkungen eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen oder an die Einsichts- und Handlungsfähigkeit des europäischen Judizierens glaubt; dies ist ein weites Feld, vgl. Ch. Joerges, Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein komplexes Problem und ein unscheinbares Exempel, in: H. Schulte-Nölke/ R. Schulze (Hg.), *Europäische Rechtsangleichung und Nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, 205 ff. und unten III.5.

⁷⁴ Vgl. R. Wiethölter, Wirtschaftsrecht, in: A. Görlitz (Hg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972, 531 ff.

es ist ein Spezifikum des europäischen Mehrebenensystems, dass vor allem im Zuge der in der Mitte der 80er Jahre verfolgten Programmatik der „Vollendung“ des Binnenmarktes praktisch das gesamte Wirtschaftsrecht unter europäischer Regie umgestaltet wurde. Das Verbraucherschutzrecht bestätigt die Regel. Daraus erklärt sich, warum die Europarechtswissenschaft das Privatrecht so lange vernachlässigen konnte.⁷⁵ Indessen mussten sich die Entkoppelungen von (europäischem) regulativem Recht, Sonderprivatrecht und (nationalstaatlichem) allgemeinem Privatrecht, die sich hieraus ergeben haben, umso spürbarer als desintegrativer Begleiteffekt der Integration bemerkbar machen, je entschlossener die Binnenmarktpolitik vorangetrieben wurde.⁷⁶ Und damit stellte sich zwangsläufig auch die Frage, auf welcher Ebene und von welchen Akteuren sie denn bearbeitet werden – und dies heißt auch: welche Legitimierungsstrategien in Betracht kommen.

Wiederum seien die Ergebnisse der folgenden Analysen in Thesenform vorweggenommen: (1) Sowenig die „regulierte“ regulative Konkurrenz, die der EuGH im Gesellschaftsrecht fördert, zu den Leitvorstellungen der ordoliberalen Tradition passen, so wenig fügen sich die Konfliktbereinigungsmuster im Verhältnis von europäischem regulativem Recht und nationalem Privatrecht den Leitvorstellungen des Funktionalismus und den Modellen eines europäischen „regulatory state“. (2) Stattdessen beobachten wir die Entstehung eines Kollisionsrechts für „diagonale“ Konfliktkonstellationen, das die europäisch initiierte regulative Politik – das von der Kompetenz der EG erfasste Recht – mit dem allgemeinen Privatrecht – dem Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten – kompatibelisiert. Dabei kommen drei kollisionsrechtliche Antworten in Frage: a) Europäisches Recht und/oder nationales Recht beharren auf ihrer je eigenen Legitimität (sie greifen zu ihrer „lex fori“); b) beide verfolgen eine Strategie der

⁷⁵ Vgl. oben I.1. und I.2.

Konfliktvermeidung durch eine restriktive Handhabung des je eigenen Rechts; c) sie entdecken ein Prinzip oder eine Regel, die eine Konfliktlösung erlaubt, die mit den Regelungsanliegen *beider* Rechtsebenen verträglich ist.

Die Beispiele, an denen sich diese Konfliktmuster beobachten lassen, sind Legion. Herausgegriffen seien hier zwei bemerkenswerte Fälle, in denen es um Abstimmungen zwischen Europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Privatrecht geht, also um Beispiele, an denen sich einmal mehr das Potential der drei eingangs vorgestellten Paradigmen zur Anleitung der Rechtsfindung im Europäisierungsprozess studieren lässt.

Das europäische Kartellrecht hat sich zu einem immer vollständigeren System entfaltet – so stark, dass inzwischen schon im Interesse seiner Umsetzung die Stärkung der mitgliedstaatlichen Ebene unausweichlich geworden ist.⁷⁷ Die Notwendigkeit, einen Ebenen-übergreifenden Handlungsverbund herzustellen, bestand in Bezug auf die zivilrechtlichen Wirkungen von Kartellrechtsverstößen „seit jeher“. Nicht anders als im nationalen Recht muss entschieden werden, wie weit die Zwecke des Kartellrechts sich gegenüber dem Privatrecht durchsetzen. Aber im EU-Kontext stellt sich bei der Behandlung dieser Frage eben die zusätzliche Schwierigkeit, ob und inwieweit die kartellrechtlichen Kompetenzen maßgeblich sein können, solange das betroffene Privatrecht nationalstaatliches Recht geblieben ist. Weder das Prinzip der Suprematie des Europäischen Rechts – eine „vertikale“ Kollisionsnorm – , noch das IPR mit seinen „horizontalen“

⁷⁶ Vgl. Ch. Joerges, Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in: G. Brüggemeier (Hg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 91 ff.

⁷⁷ Vgl. das Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, KOM (1999)101 endg, ABl. C 132/1999, 1; zur integrationspolitischen Bedeutung vgl. R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford 2000, 168 ff., 174 ff.

Kollisionsnormen sind auf diese Konstellationen eingestellt: Es handelt sich um „diagonale“ Konflikte.⁷⁸

II.2.1. Konflikt-Umgehung: Pronuptia

Das Franchising hat in Europa wesentlich dadurch eine rechtliche Form gefunden, dass der EuGH in seiner Pronuptia-Entscheidung die Bindungen des Franchisenehmers, die für diese Geschäftskonzeption als unerlässlich gelten, für kartellrechtlich unbedenklich erklärt und das Franchising für eine wettbewerbspolitisch geradezu erwünschte innovative Absatzstrategie erklärt hat.⁷⁹ Die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des Franchising hat ihren zivilrechtlichen Preis: Ihre effektive Durchsetzung erfordert, dass die kartellrechtlich legalisierten Bindungen vom Vertragsrecht nicht für unfair erklärt werden.⁸⁰ Diese Spannungen zwischen „Wettbewerbsgerechtigkeit“ und „Vertragsgerechtigkeit“ sind zuerst in den Vertragshändlerverträgen des Automobilsektors zutage getreten – man hat sie dadurch gemildert, dass in die einschlägige Gruppenfreistellung Händlerschutzbestimmungen aufgenommen wurden.⁸¹ Im Franchising-Recht wurde dieser Ausweg nicht gesucht. Das sich daraus ergebende Konfliktpotential konnte indessen latent gehalten werden. Dabei ist die Fallkonstellation an sich durchaus konfliktträchtig: Der Vertrag über die

⁷⁸ Ch. Joerges/A. Furrer/O. Gerstenberg, Challenges of European Integration to Private Law Academy, *Collected Courses of the Academy of Law*, Vol. VII, Book 1, Den Haag-Boston-London, 281 ff., 311 ff.; Ch. Schmid, Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation. A conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing, *European Review of Private Law* 8 (2000), 155 ff.

⁷⁹ Vgl. Rs. C-161/84, Slg. 1986, 353 – *Pronuptia* und im Anschluss daran die GruppenfreistellungsVO 4087/88, ABl. L 359/88, 46.

⁸⁰ Zur Haltung des EuGH vgl. Ch. Schmid, Europäische Europäische Wirtschaftsverfassung und Privatrecht, Ms. Florenz/München 2003, 2. Teil, 1. Abschnitt.

⁸¹ Ch. Joerges, Wettbewerbsschutz und Vertragsgerechtigkeit in den Beziehungen zwischen Automobilherstellern und -händlern: Über die Aufgaben richterlicher Rechtspolitik in ‘Relationierungsverträgen’, in: Ch. Broda/E. Deutsch/H.-J. Schreiber/H.-J. Vogel (Hg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Neuwied 1985, 697 ff.

Vermarktung der Pronuptia-Kollektion, den Frau Irmgard Schillgalis unterzeichnet hatte, sah einen Gebietsschutz vor, der geradezu als Voraussetzung für die Angemessenheit der Frau Schillgalis abverlangten Bindungen gelten kann; und auch die systemweit vorgesehene Preisbindung entsprach durchaus den Interessen der Franchisenehmerin. Aber selbst wenn man mit dem EuGH die kartellrechtliche Sanktion der Vertragsnichtigkeit für unabweisbar hält, besagt dies keineswegs, dass Frau Schillgalis nicht wenigstens einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich schuldete.⁸²

Diesen Standpunkt hat Pronuptia ungemein beharrlich rechtlich durchzusetzen versucht.⁸³ Die Klage von Pronuptia, ursprünglich im Dezember 1981 in Hamburg eingereicht, wanderte durch die deutschen Instanzen, sodann zum EuGH und wieder zurück, bis das OLG Frankfurt Pronuptia im Jahre 1994 eben jene Summe zusprach, die das LG Hamburg ihr schon im Jahre 1981 hatte zuerkennen wollen. „Justice delayed is justice denied“? „Aufgeschoben ist nicht aufgehoben“? Beides ist richtig. Die deutsche Justiz hat sich nicht dazu verstanden, Frau Schillgalis im Namen eines kartellrechtlichen *effet utile* ungerechtfertigt zu bereichern. Aus der Sicht des EU-Kartellrechts ist dagegen nichts Stichhaltiges einzuwenden. Der Zugriff des Kartellrechts auf den Vertrag von Frau Schillgalis erklärt sich nicht etwa aus dem Bemühen, den Verkauf von Brautkleidern in Regionen außerhalb Hamburgs oder gar ins Ausland zu fördern. Er sollte auch die Preispolitik von Franchisesystemen nicht ernsthaft stören. Sein Sinn war es vielmehr, die kartellrechtlichen Unsicherheiten, die der Entwicklung einer wettbewerbspolitisch durchaus erwünschten Vertragsform nicht gut bekamen, zu beseitigen.⁸⁴ Dieses Ziel hat die Entscheidung erreicht. Sie betraf

⁸² § 817 S. 2 steht dem m.E. nicht entgegen.

⁸³ Vgl. zur Streitgeschichte detailliert W. Skaupy, Der Pronuptia-Prozess 1974-1995, *Betriebsberater* 1996, 1899 ff. sowie Ch. Joerges et al., a.a.O. (FN 78), 310 ff.

⁸⁴ Vgl. ausführlich Ch. Joerges, Franchise-Verträge und Europäisches Wettbewerbsrecht: Eine Kritik der Pronuptia-Entscheidungen des EuGH und der Kommission, *ZHR* 151 (1987), 195 ff, 223; Status und Kontrakt im Franchise-Recht, (1991) *AG* 1991, 325 ff., 343 ff.

keinen „echten“, sondern einen nur „scheinbaren“ Konflikt.⁸⁵ Dass es so viele Jahre gebraucht hat, ihn zu bereinigen, ist ein hoher Tribut, den die Rechtsfertigungs-Praxis der EU von ihren Bürgern erhebt.

II.2.2. Recht-Fertigung in einem rechtlichen Vakuum: Courage

Um eine nach Europäischem Wettbewerbsrecht nichtige Vereinbarung ging es auch im Fall *Courage*,⁸⁶ der sich freilich durch eine Besonderheit auszeichnet, die ihm einen Platz der EU-Rechtsgeschichte sichern wird:⁸⁷ Bernhard Crehan, Pächter eines Pubs von *Courage*, verweigerte nicht nur die Zahlung von 15.266 GBP für geliefertes Bier, sondern machte im Wege der Widerklage die Nachteile geltend, der ihm daraus entstanden waren, dass der Pachtvertrag ihm eine Alleinbezugsverpflichtung für das Bier der Verpächterin zu Preisen auferlegte, die erheblich über denen lagen, die beim Verkauf an nicht gebundene Schankwirte („free houses“) verlangt wurden. Der vorlegende Court of Appeal

⁸⁵ Zur Terminologie und ihrer (amerikanischen) Herkunft vgl. Ch. 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 ff., 147 ff. Zur konzeptionellen kollisionsrechtlichen Grundlegung nach wie vor lesenswert B. Currie, Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Law, in *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C., 177-187 [für eine sehr konzise Zusammenfassung vgl. seinen Comment on *Babcock v. Jackson*, *Columbia Law Rev.* 63 (1963) 1233 ff., 1242 ff]. Für eine aufschlussreiche Aktualisierung vgl. etwa R. Wai, Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in a Era of Globalisation, *Colum J. Transnational Law* 2002, 209 ff., sowie H. Muir Watt, Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy, Ms. Paris 2002, jew. mit vielen weiterführenden Hinweisen.

⁸⁶ Rs. C-453/99, U. v. 20.09.2001, Slg. 2001 I-6297 – *Courage Ltd. ./ Bernard Crehan*.

⁸⁷ Der Fall hat schon im Vorfeld der EuGH-Entscheidung viel Aufmerksamkeiten gefunden (vgl. z.B. Van Gerven, Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before National Courts, in: C.-D. Ehlermann/I. Atanasiu, *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland 2002 (im Erscheinen) und die Hinweise in A.P. Komninos, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages, *CMLRev.* 39 (2002), 447 ff., 479 ff., auf dessen eigene umfassende Würdigung des Urteils hier verwiesen sei.

(für England und Wales) legte dar, dass nach englischem Recht die Partei eines rechtswidrigen Vertrages keinen Schadensersatz verlangen dürfe.⁸⁸

Die Rechtslage ist gleichsam spiegelbildlich zu der in *Pronuptia*: Dort musste das EU-Kartellrecht vertragsrechtlich angereichert werde; hier aber musste das Kartellrecht sich mit Sanktionen bewehren, die es im englischen Recht nicht gab. Im Urteil klingt dies wie eine Selbstverständlichkeit: „Was die Befugnis angeht, Ersatz des Schadens zu verlangen, der durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder ein entsprechendes Verhalten verursacht worden ist, so müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht“.⁸⁹ Gestützt wird diese Aussage mit nachdrücklichen Verweisen auf die gemeinschaftsrechtliche Gewährung von subjektiven Rechten und die unmittelbare Wirkung der Wettbewerbsregeln.⁹⁰ Dennoch handelt es sich nicht einfach um ein europäisches Oktroi. Der EuGH erweist der prozessualen⁹¹ und auch der materiellrechtlichen⁹² Eigenständigkeit des nationalen Rechts seine Referenz. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass die Innovationen, die das europäische Recht verlangt, von Land zu Land

⁸⁸ Nachw. zum englischen Recht bei A.P. Komninos, a.a.O., 462.

⁸⁹ Rs. C-453/99 – *Courage*, Rz. 25.

⁹⁰ Rs. C-453/99 – *Courage*, Rz. 19, 20, 23.

⁹¹ „Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung ist es jedoch Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)“, Rs. C-453/99 – *Courage*, Rz. 29.

⁹² „Ebenso wenig verbietet das Gemeinschaftsrecht, sofern die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden (siehe Urteil Palmisani, Randnr. 27), dass das innerstaatliche Recht einer Partei, die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, das Recht verwehrt, von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu verlangen“, Rs. C-453/99 – *Courage*, Rz. 31.

unterschiedlich sind – und toleriert rechtliche Divergenzen. Es kommt ihm augenscheinlich nicht auf die Uniformierung der Rechtssysteme, sondern darauf an, dass Privatrechtssysteme jeweils das lernen, was sie lernen müssen, um dem europäischen Wettbewerbsrecht zur Geltung zu verhelfen. Und wie in *Centros* sind es Individualrechte, die von den Bürgern der Union wahrgenommen werden können, um eine Umgestaltung ihres je eigenen Rechts durchzusetzen.

II.3. Die Logik der Marktintegration und die Logik der Privatrechtsentwicklung

Man liest es immer wieder gern: „Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type Europe”.⁹³ Und auch nachdem der EuGH nun überaus sichtbar geworden ist, blieb der Respekt groß, Kritik, wie sie nationale Gerichte zu hören gewohnt sind, eine Ausnahmeerscheinung. Dafür gibt es viele Gründe und Erklärungen.⁹⁴ Die Beurteilung der Leistungen des Gerichts richten sich zum einen nach den jeweiligen integrationspolitischen Lagebeurteilungen, zum anderen nach den Funktionen, die man ihm abverlangt. Vom EuGH wird vielerlei erwartet: Seine Rechtsprechung soll die normative Integrität des Integrationsprogresses gewährleisten, das Recht als Integrationsmotor nutzen, politischen Sensibilitäten Verständnis entgegenbringen. Kann ein solches Gericht zugleich als ein Revisionsgericht fungieren, das sich den Respekt der Fachgerichte der Mitgliedstaaten verdient? Kann es bei all dem auch noch die Nöte Recht suchender Bürger lindern?

⁹³ E. Stein, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, *American Journal of International Law* 75 (1981), 1 ff., 1.

⁹⁴ Vgl. nur A.-M. Slaughter/A. Stone Sweet/J.H.H. Weiler, *The European Court and National Courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford/Portland 1998; K.J. Alter, *Establishing the supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*, Oxford/New York 2001.

Ausgerechnet der Verbraucherschutz, also der Pionier und Motor der Europäisierung des Privatrechts, provoziert solche Fragen. Die beiden Beispiele, die hier behandelt werden sollen, betreffen zwei sehr prominente Beispiele der europäischen Gesetzgebung, nämlich die Klauselrichtlinie von 1993⁹⁵ und die Produkthaftungsrichtlinie von 1985.⁹⁶ Wiederum sei das Ergebnis der Analyse vorweggenommen: In der *Océano-Entscheidung*⁹⁷ zur Richtlinie über missbräuchliche Geschäftsbedingungen hat es der EuGH verstanden, Vorgaben der Richtlinie durch eine Neubestimmung gerichtlicher Funktionen so in nationales (spanisches) Recht zu implementieren, dass dieses Recht sich das verbraucherpolitische Anliegen zu eigen zu machen kann. Den Entscheidungen zur Produkthaftungsrichtlinie vom 25. April 2002 kann man stattdessen das sehr viel ehrgeizigere Ziel zuschreiben, das Produkthaftungsrecht in europäische Regie zu nehmen – ein Unterfangen, das sich so freilich nicht würde durchhalten lassen.

II.3.1. Océano

*Océano Grupo Editorial SA*⁹⁸ war der erste, von den Protagonisten der europäischen Verbraucherpolitik dringlich erwartete, Rechtsspruch zur Richtlinie

⁹⁵ Richtlinie 93/13/EWG v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95/1993, 29.

⁹⁶ Richtlinie 85/374 EWG 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210/1985, 29.

⁹⁷ Rs C-240/98 bis C-244/98, U. v. 27.6.2000, Slg. 2000, I-4941– *Grupo Editorial SA ./. Rocío Murciano Quintero et al.*

⁹⁸ Rs. C-52/00 (*Kommission ./. Frankreich*), C-183/00 (*María Victoria González Sánchez ./. Medicina Asturiana SA*) und Rs. C-154/00 (*Kommission ./. Hellenische Republik*); vgl. zuvor Rs. C-203/99 (*Henning Vedfald ./. Århus Amtskommune*), Slg. 2001, I-3569.

über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die im Jahre 1993 nach langen Vorbereitungen angenommen worden war.⁹⁹

Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind Verkäufer bzw. Käufer einer Enzyklopädie. Der Ratenkaufvertrag war im Jahre 1995 abgeschlossen, die Raten nicht bezahlt worden. Die Verkäuferin erhob im Jahre 1997 Klage beim *Juzgado de Primera Instancia Nr. 35* in Barcelona. Dies entsprach der Gerichtsstandsklausel in den Kaufverträgen. Die Beklagten, die weit verstreut in Spanien wohnten, waren zu dem in Barcelona anberaumten Termin nicht erschienen.

An sich keine schwierige Geschichte, möchte man meinen. Indessen sah sich der *Juzgado* gehindert, die Klage abzuweisen. Das „juicio di cognición“ ist ein summarisches Verfahren für Rechtssachen mit einem geringen Streitwert (zwischen 80.000 und 800.000 Peseten).¹⁰⁰ Zwar hatte das *Tribunal Supremo* solche Gerichtsstandsklauseln wiederholt für missbräuchlich erklärt. Umstritten war aber, ob der *Juzgado* diese Erkenntnis auch dann aussprechen durfte, wenn sie von den Beklagten nicht selbst in das Verfahren eingebracht worden war. Die Frage, ob er die Unwirksamkeit von Amts wegen feststellen dürfe, hatte der *Juzgado* der Staatsanwaltschaft (sic!) vorgelegt und eine verneinende Antwort erhalten.¹⁰¹ Er ließ sich indessen nicht beirren und wandte sich an den EuGH mit der Vorlagefrage, ob ihm die Richtlinie 93/13 ein Prüfung von Amts wegen erlaube.

Die nach Ansicht des GA denkgesetzlich vorgeordnete¹⁰² Frage nach der Missbräuchlichkeit der Klausel beantwortete der EuGH ohne Umstände: Die „nicht im einzelnen ausgehandelte Klausel“ sei „in Verbraucherverträgen

⁹⁹ M. Tenreiro/J. Karsten, Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a directive, in: H. Schulte-Nölke/R. Schulze (Hg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, 223 ff.

¹⁰⁰ Ziff. 16 des Schlussantrags von GA Saggio v. 16.12.1999.

¹⁰¹ A.a.O.

¹⁰² A.a.O., Rz. 20.

missbräuchlich i.S.d. Art. 3 der Richtlinie“.¹⁰³ Welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass diese Klausel zu jenen gehört, die im als „Hinweis dienenden“ Anhang der Richtlinie aufgeführt sind, klärt der EuGH nicht.

Auch die eigentliche Vorlagefrage, die der GA höchst ausführlich erörtert,¹⁰⁴ bereitet dem EuGH keine Mühe: Dem Schutzzweck der Richtlinie würde es widersprechen, wenn man von dem Verbraucher verlangt, dass er vor Gericht erscheint, obwohl doch die Gerichtsstandsklausel, die dieses Erscheinen gebietet, missbräuchlich ist.¹⁰⁵ Das mag sich recht moderat ausnehmen, ist aber doch ein sehr bemerkenswerter Reformschritt, nämlich die Forderung, nationale Verfahrensregeln auf die europäisch konsentierten verbraucherpolitischen Zielsetzungen einzustellen. Weil Spanien diese Ziele selbst teilte, handelt es sich aber gleichzeitig bloß um eine Art Selbstkorrektur, nämlich die Verwirklichung verfahrensrechtlicher Anforderungen, ohne die das Bekenntnis zu einer judiziellen AGB-Kontrolle nicht glaubhaft wäre.

II.3.2. Produkthaftung

Mit seinen drei Urteilen vom 25. April 2002,¹⁰⁶ in denen der EuGH erklärt, es handele sich bei der unscheinbaren, durch die Änderungs-Richtlinie 99/34/EG vom 10. Mai 1999¹⁰⁷ nicht groß veränderten Richtlinie 85/374/EWG¹⁰⁸ zur Produkthaftung um einen Gesetzgebungsakt, der nicht etwa nur Mindeststandards niedergelegt, sondern vielmehr eine „vollständige Harmonisierung“ bezweckt

¹⁰³ EuGH, a.a.O., Rz. 21 ff.

¹⁰⁴ A.a.O., Rz. 20-27.

¹⁰⁵ EuGH, a.a.O., Rz. 25-29. – Spanien hatte im Jahre 1995 (zum Zeitpunkt des Verkaufs der Enzyklopädien) seiner Umsetzungspflicht nicht genügt. Die müsse hier zu einer richtlinienkonformen Auslegung des spanischen Rechts führen, so EuGH, a.a.O., Rz. 31; vgl die Interpretation in der Annotation von Stuyck, *CMLRev.* 38 (2001), 719 ff.

¹⁰⁶ Oben Fn. 98.

¹⁰⁷ ABl. L 201/20 v. 10.5.1999.

¹⁰⁸ ABl. L 210/29 v. 7.9.1985.

habe, hat das Gericht überrascht. Der EuGH scheint jener Richtlinie eine Bedeutung zu geben, die ihr ursprünglich niemand zutrauen wollte: Man hat seinerzeit ihre begrenzten Harmonisierungswirkungen minutiös herausgearbeitet,¹⁰⁹ und die Richtlinie als integrationspolitisch wirkungsschwaches und haftungsrechtlich eher defektes Produkt bezeichnet. Weitgehende Einigkeit bestand jedenfalls darüber, dass die Richtlinie das allgemeine Deliktsrecht, insbesondere also auch das Recht der Produzentenhaftung und dessen richterliche Fortbildung in den Mitgliedstaaten, nicht tangiere.¹¹⁰

Dieser Konsens hat eine sachliche Grundlage. Gewiss überschneiden sich das allgemeine deliktsrechtliche Produzenten- und das sondergesetzliche Produkthaftungsrecht in ihrem Wirkungsradius. Aber der konzeptionelle Ansatz z.B. des deutschen deliktsrechtlichen Rechts der Produzentenhaftung und der Produkthaftungsrichtlinie unterscheiden sich ebenso signifikant wie die Rechtsfindungs- und Fortbildungsprozeduren des nationalen und des europäischen Rechts. Was für Deutschland gilt, gilt ebenso für andere Jurisdiktionen, z.B. für Frankreich mit seinem *non cumul*-Grundsatz. Eben diesen Konsens scheint der EuGH nun aufkündigen zu wollen und einer These zuzuneigen, die man seinerzeit als „Versteinerungstheorie“¹¹¹ bezeichnet hat. Besonders die Entscheidung zum spanischen Recht¹¹² nährt solche Befürchtungen.

Die Klägerin war in einer Krankeneinrichtung durch eine Bluttransfusion mit dem Hepatitis-C-Virus infiziert worden. Sie stützte ihre Klage auf das die Richtlinie umsetzende Gesetz Nr. 22/94 vom 6. Juli 1994, auf die allgemeinen

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Koch, Internationale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie, *ZHR* 152 (1988), 537 ff.

¹¹⁰ Nachw. bei G. Brüggemeier, Produkthaftung und Produktsicherheit, *ZHR* 152 (1988), 511 ff., 531 f.

¹¹¹ G. Brüggemeier, a.a.O., 531.

¹¹² Rs. C 183/00, U. vo. 25.4.2002 – *María Victoria González Sánchez ./l. Medicina Asturiana SA*.

Haftungsvorschriften des spanischen Zivilrechts und schließlich das „Allgemeine Verbraucher- und Benutzerschutzgesetz“ von 1984, das seinerseits von einer „objektiven Haftungsregelung“ ausgeht, derzufolge die klagende Partei nur ihren Schaden und den Kausalzusammenhang zu beweisen hat. Ihre Schadensersatzklage richtete sich gegen die Inhaberin der Krankeneinrichtung (Medicina Asturiana SA), nicht den Hersteller der Blutprodukte (das Centro Comunitario de Transfusión del Principado de Asturias).

Das vorliegende Gericht fand, dass die Bestimmungen des die Richtlinie 85/374 umsetzenden Gesetzes 22/94 restriktiver seien als die des älteren Gesetzes aus d.J. 1984. In der lex posterior heißt es, dass die älteren Bestimmungen „nicht für die Haftung für Schäden gelten, die durch fehlerhafte Produkte im Sinne des [neuen] Gesetzes verursacht worden sind“.¹¹³ Diese Einsicht veranlasste es zu der Vorlagefrage, ob Artikel 13 der Produkthaftungsrichtlinie „einer Einschränkung der den Verbrauchern nach dem Recht des Mitgliedstaats zuerkannten Ansprüche infolge der Umsetzung der Richtlinie entgegensteht“?¹¹⁴

Eigenartigerweise ist im folgenden von der eben zitierten zeitlichen Kollisionsnorm des spanischen Rechts nicht mehr die Rede. Stattdessen bemüht der Gerichtshof die hergebrachten Grundsätze zur Vollharmonisierung der nach Art. 100 a.F. ergangenen Richtlinien und deren Sperrwirkung: Demgemäss sei „der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Regelung der Haftung für fehlerhafte Produkte zur Gänze von der Richtlinie selbst festgelegt ... und aus deren Wortlaut, Zweck und Systematik abzuleiten“.¹¹⁵ Danach ist nicht die Selbstkorrektur des spanischen Rechts, sondern der Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts der Grund für die Herabsetzung des Schutzniveaus in

¹¹³ Rs. C-183/00, Rz. 8.

¹¹⁴ Rs. C-183/00, Rz. 13. – Art. 13 besagt: „Die 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, werden durch diese Richtlinie nicht berührt“.

¹¹⁵ Rs. C-183/00, Rz. 25.

Spanien. Sollte dies dann auch noch im allgemeinen Zivilrecht zu jener „Versteinerung“ führen, vor der in den frühen Debatten um die Produkthaftungsrichtlinie gewarnt wurde?¹¹⁶ So weit geht der EuGH denn doch nicht:

„Die Bezugnahme in Artikel 13 der Richtlinie auf die Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund vertraglicher oder außervertraglicher Haftung geltend machen kann, ist dahin auszulegen, dass die durch die Richtlinie eingeführte Regelung, nach der Geschädigte gemäß Artikel 4 der Richtlinie Schadensersatz verlangen kann, wenn er den Schaden, den Fehler des Produktes und den ursächlichen Zusammenhang zwischen diesem Fehler und dem Schaden beweist, nicht die Anwendung anderer Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung ausschließt, die wie die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden auf anderen Grundlagen beruhen.“¹¹⁷

Weniger dramatische Fragen stellen die beiden Parallelentscheidungen. In beiden ging es um die Richtlinienkonformität von Umsetzungen, die über den Schutzstandard der Richtlinie hinausgingen: Griechenland wollte seinen Bürgern die Selbstbeteiligung mit 500 Euro ersparen, wie sie Art. 9 I (b) der Richtlinie vorsieht.¹¹⁸ Frankreich wollte überdies neben der Hersteller- eine Vertreiberhaftung realisieren und außerdem die Entlastungsmöglichkeiten nach Art. 7 der Richtlinie einschränken.¹¹⁹

Diese Abweichungen wären unproblematisch, hätte die Richtlinie Mindeststandards des europäischen Verbraucherschutzes setzen wollen. Wäre die Richtlinie nach der Einheitlichen Europäischen Akte ergangen und demgemäß auf Art. 100a [jetzt 95] gestützt worden, käme das Verfahren nach Abs. 4 ff. dieser Vorschrift zur Anwendung. Aber es handelte sich eben um eine Alt-Richtlinie, deren geistiger Vater stets hervorgehoben hatte, dass sie die Entwicklung des Binnenmarktes im Auge habe und Verbraucherschutzziele nur

¹¹⁶ Vgl. G. Brüggemeier, a.a.O. (FN 110), 531.

¹¹⁷ Rs. C-183/00, Rz. 31.

¹¹⁸ Rs. C-154/00, Rz. 6.

¹¹⁹ Rs. C-52/00, Rz. 6 ff.

implizit verwirkliche.¹²⁰ So konnte GA Geelhoed – wie ja auch in der Rs. C-183/00 – die klassische Vorrangs- und Sperrwirkungsdogmatik ins Feld führen.¹²¹ Der EuGH ist dem gefolgt.¹²² Nun ist dies alles nicht sonderlich tragisch, weil Art. 13 der Richtlinie „nicht die Anwendung anderer Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung ausschließt, die wie die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden auf anderen Grundlagen beruhen“,¹²³ und weil die Selbstbeteiligungsregel lediglich bedeutet, dass die Geschädigten sich auf „die vertragliche oder außervertragliche Haftung des allgemeinen Rechts stützen“ müssen.¹²⁴ Freilich, wenn man, vor allem im Hinblick auf die Entscheidung zum spanischen Recht,¹²⁵ dem EuGH zutraut, dass er z.B. die Regeln zur Beweilastumkehr, die das deutsche Recht der Produzentenhaftung tragen, mit Hilfe der Richtlinie aus den Angeln heben wolle. Ein solcher Schritt wäre derart schädlich für die Sache wie für den EuGH selbst, dass man ihn sich nicht recht vorstellen mag.

II.4. Zwischenbemerkung

Exempla trahunt? Die drei Beispielsgruppen sollten die Relevanz und die begrenzte Interpretationskraft der im ersten Abschnitt vorgestellten Legitimierungsmuster illustrieren. Die drei Paradigmen, so können wir resümieren, sind alle nebeneinander wirksam, aber keines setzt sich „rein“ durch. *Centros* dokumentiert nicht die Bereitschaft, die Rechtsbildung im Gesellschafts-

¹²⁰ Vgl. z.B. H.-C. Taschner, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, *NJW* 1986, 611 ff.; dass es auch ratsam war, so zu argumentieren, ist ersichtlich aus B. Börner, Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden 1981, 43 ff.

¹²¹ Schlussantrag Rs. C-154/00 Rz. 4; Rs. C-52/00 und C-183/00, Rz. 27 ff.

¹²² Rs. C-154/00, Rz. 10; Rs. C-52/00 Rz. 14.

¹²³ Rs. C-52/00 Rz. 22.

¹²⁴ Rs. C-52/00 und Rs. C-154/00 jew. Rz.30

¹²⁵ Oben FN 112.

recht Mechanismen einer regulativen Konkurrenz auszusetzen, und *Überseering*, muss man nicht als Ankündigung eines Kahlschlags lesen. Weder aus *Pronuptia* noch aus *Courage* lässt sich ein Vorrang der europäischen Wettbewerbspolitik vor konkurrierenden privatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen herleiten. Und nirgendwo, ganz gewiss nicht in der Rechtsprechung zum Verbraucherschutzrecht, ist so etwas wie eine europäische (Sozial-)Staatswerdung erkennbar. Alle drei Paradigmen sind analytisch unterkomplex und normativ defizitär. In dem unübersichtlich erscheinende Puzzle von Gesichtspunkten, die im Europäisierungsprozess zur Geltung kommen, kann man aber durchaus auch positive Botschaften finden. Das setzt freilich eine Erweiterung der bislang benutzten konzeptionellen Vorstellungswelten voraus.

III. Konklusionen: Elemente eines Rechtsverfassungsrechts für die Europäisierung des Privatrechts

Back to the beginning: Die Privatrechtswissenschaft habe sich, so lautete unsere Eingangsthese, in ihren Analysen und Stellungnahmen zur Europäisierung des Rechts auf die Legitimitätsdebatten zu besinnen, die das Integrationsprojekt von Anfang an begleitet haben, und die nun schon seit Jahren, seit dem Erfolg der Menschenrechtskonvention,¹²⁶ seit dem Vertrag von Nizza,¹²⁷ „post-Nizza-Prozess“ und dem „Konventionsprozess“¹²⁸ immer mehr akademische und öffentliche Aufmerksamkeit finden. „Europa sei kein Staat, aber es brauche eine Verfassung“ – dies ist nicht gerade eine *communis opinio*, aber doch eine Formel, die den aktuellen Europarechtsdiskurs kennzeichnet.¹²⁹ „Europa habe bereits eine Verfassung, die es jetzt weiter zu entwickeln gilt, aber dies nicht notwen-

¹²⁶ ABl. C 364 v. 18.12.2000, 1.

¹²⁷ ABl. C 80 v. 10. 3 .2001, 1

¹²⁸ Selbstdarstellend <http://european-convention.eu.int>;
beobachtend <http://conventionwatch.iue.it/>.

¹²⁹ Durchaus symptomatisch J. Habermas, Braucht Europa eine Verfassung?, in: ders., *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a.M. 2001, 104 ff.

digerweise schriftlich" – so lautet eine der nuancierteren Gegen-Positionen.¹³⁰ Die Privatrechtler sind in dem gegenwärtigen Rechtsstreit um die Verfassung Europas nicht recht vernehmbar. Diese Mängelanzeige ist nicht ohne Ironie und tiefere Bedeutung: sie betrifft immerhin ein Projekt, das seine Gründungsväter als „Wirtschaftsgemeinschaft“ auf den Weg gebracht haben. Gewiss, ein Kernstück der ja ausufernden Debatten um die Europäisierung des Privatrechts bildet die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines Europäischen Zivilgesetzbuchs. Dies ist an sich eine verfassungspolitische Frage par excellence, die sich nicht nach dem Vorbild von Paolo Cecchinis Schriften zum Binnenmarkt¹³¹ über eine Ermittlung der Kosten eines Nicht-Gesetzbuchs erledigen lassen wird und für die auch die deutsche Erfahrungen einer vorrepublikanischen und vordemokratischen Geschichte kein Vorbild abgeben. Indessen bietet die im öffentlichen Recht beheimatete Verfassungsdebatte ein gleichartiges Bild. Gewiss löst jedes Projekt der Binnenmarktpolitik, löst jede noch so technisch-funktionalistisch anmutende Richtlinie tiefreichende Kontroversen aus. Aber den Konstitutionalisten sind Wirtschaft und Gesellschaft weitgehend aus dem konzipierendem Blickfeld geraten: Die Verfassung ohne Staat, die mittlerweile kaum noch anstößig erscheint, droht zu einer Verfassung jenseits wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Konfliktlagen zu geraten und eben dadurch die Traditionen einer unpolitischen, ökonomischen oder technokratischen, Vernunft zu bestärken, die den Integrationsprozess in seiner formativen Phase bestimmt haben.

Damit würden kostbare Errungenschaften in Frage gestellt. Das Private und das Öffentliche, die wirtschaftlichen Freiheiten und die politischen Rechte der Bürger lassen sich im demokratischen Verfassungsstaat als interdependente Kategorien

¹³⁰ J.H.H. Weiler, Prologue: Amsterdam and the Quest for Constitutional Democracy, in: B. O’Keeffe/P. Twomey (Hg.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford/Portland 1999, 1 ff.; M. Poiars Maduro, Where to look for Legitimacy?, in: E.O. Eriksen/J.E. Fossum/A. José Menéndez (Hg.), *Constitution Making and Democratic Legitimacy*, Oslo: ARENA Report No 5/2002, 81 ff.

¹³¹ Vgl. z.B. P. Cecchini/M. Catinat/A. Jacquemin, *The European challenge, 1992: the benefits of a single market*, Brookfield 1988.

begreifen.¹³² Das Privatrecht hat sich in diese Zusammenhänge hineingefunden und seinen verfassungsstaatlichen Ort in dem Ineinandergreifen von Gesetzgebung, Rechtsprechung, juristischer Expertise und politischer Öffentlichkeit gefunden.¹³³ Die europäischen Verhältnisse sind anders. Sind sie aber wirklich so beschaffen, dass sich die privatautonomen Freiheiten verselbständigen müssen und die politischen Bürgerrechte in die Gesellschaft nicht hineinwirken können? Es kommt darauf an, wie sich in den die Europäische Union kennzeichnenden Konfigurationen von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft die Interdependenz beider Sphären rekonstruieren lässt, und, wie sich das Privatrecht dort zurechtfindet.

Damit ist in einer noch sehr abstrakten Form die Thematik dieses Abschnitts umschrieben. Um ihre Abstraktheit etwas zu mildern, sei das Ergebnis in zwei Thesen vorweggenommen. Die erste: Wir dürfen den Prozess der Europäisierung des Privatrechts nicht als Aufbau eines einheitlich strukturierten Privatrechtsgebäudes konzipieren. Wir haben uns stattdessen auf einen vielschichtigen Prozess einzustellen, in dem sehr verschiedenartige Problemkonstellationen bewältigt werden müssen. Die zweite: Ihre Legitimität muss die Europäisierung des Privatrechts auf die Qualität der Prozesse stützen, in denen sie sich vollzieht; wir müssen jene Prozesse verrechtlichen; wir müssen, um an die Terminologie des Titels anzuknüpfen, die Rechtsänderungen und -innovationen, die der Europäisierungsprozess bewirkt, ihrerseits verrechtlichen: wir benötigen ein prozedurales Europäisierungsrecht. Dieses Argument soll in fünf Schritten entfaltet werden: (1) Der erste verweist auf die in der Politikwissenschaft verbreiteten Analysen der EU als Mehrebenensystem, um hieran die These anzuschließen, dass der „orthodoxe“ Supranationalismus und sein hierarchisches Suprematiekonzept durch einen „deliberativen“ Supra-nationalismus abzulösen

¹³² Verweise auf Jürgen Habermas sind als Beleg unzulänglich und müssen hier dennoch genügen; sehr prägnant sein Restatement „Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?“ (a.a.O., FN 58).

sei (dazu IV.1.); (2) ein deliberativer, auf Verständigung und Kooperation setzender – und von ihnen abhängiger – Supranationalismus darf nicht allein auf die „Kraft des besseren Arguments“ vertrauen. Er benötigt ein Recht, das strategische Interaktionen in argumentative Auseinandersetzungen transformieren kann. Hierauf wird der zweite Argumentationsschritt eingehen (dazu IV.2.); (3) dass diese Kategorien den einführend vorgestellten Denkmustern überlegen sind, soll in einem Rückblick auf die Beispielgruppen des zweiten Teils gezeigt werden (IV.3.); (4) Viertens wird auf die Entstehung genuin transnationaler „governance arrangements“ aufmerksam gemacht, die der Beitrag nicht systematisch aufgreift (IV.4.); (5) das Leitbild eines (prozeduralen) Rechts des Europäisierungsprozesses bezeichnet eine normative Programmatik. Er besagt nicht etwa, dass sich dieses Leitbild umstandslos verwirklichen ließe (IV.5.).

III. 1. „Deliberativer“ Supranationalismus

Europa sei, so heißt es in der politikwissenschaftlichen Integrationsforschung schon seit einigen Jahren, als „multi-level system of governance sui generis“ zu behandeln.¹³⁴ Insbesondere Jürgen Neyer hat diese Analytik normativ angereichert. Wenn und weil in der EU die Handlungskompetenzen und -ressourcen auf verschiedene, relativ autonomen Ebenen angesiedelt sind, hängt die Bewältigung von funktionell verflochtenen Problemlagen immer wieder von einer Verständigung und Kooperation zwischen den teilzuständigen Akteuren ab.¹³⁵ Solche Verständigungen sind auf vielfältige Weise erreichbar. Neyer sucht nun aber plausibel zu machen, dass sich unter den spezifischen Bedingungen der EU von einem „deliberativen“, auf verallgemeinerbare Gründe gestützten, sich an

¹³³ Vgl. die Nachw. in FN 26.

¹³⁴ Resümierend M. Jachtenfuchs, *The Governance Approach to European Integration*, *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), 245 ff. und F.W. Scharpf, *Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu einer Theorie*, *Leviathan* 2002, 65-91.

¹³⁵ J. Neyer, *Discourse and Order in the EU, A Deliberative Approach to Multi-Level Governance*, *Journal of Common Market Studies* (2003) 41:3 (im Erscheinen).

Regeln und Prinzipien bindenden Verständigungsmodus erfolgreiche Problemlösungen erwarten lassen.¹³⁶ Gewiss darf die Mehrebenen-Analytik nicht einfach als eine Art Tatsache aufgefasst werden, an der sich rechtliche Konstruktionen zu orientieren hätten. Erst recht gilt dies für Neyers theoretische Argumentationen. Aber: Die Mehrebenenanalytik verweist doch auf Problemstellungen, denen die Rechtswissenschaft in analoger Weise begegnet.¹³⁷ Und die normative Wendung, die Neyer dem Mehrebenen-Theorem gibt, stützt immerhin die Annahme, dass Europa nicht in Chaos versinken muss, wenn es statt auf Hierarchie-Bildungen auf deliberative Verständigungen setzt.

III.1.2. Diagonale Konflikte

Bei der Abgrenzung und Abstimmung europäischer und mitgliedstaatlicher Kompetenzen werden die Parallelen besonders deutlich. Kompetenzkonflikte zeichnen sich in der EU dadurch aus, dass der seine Autonomie verteidigende Mitgliedstaat selbst jener Gemeinschaft angehört, gegen deren Ansinnen er sich zur Wehr setzt. Dabei ist der Grundsatz der „begrenzten Einzelermächtigung“ (Art. 3-4; jetzt: 3-7), demzufolge die Gemeinschaft nur in den ihr ausdrücklich zugewiesenen Materien handeln darf, häufig genug dysfunktional: ein an den

¹³⁶ Im gleiche Sinne und ausführlicher seine Habilitationsschrift „Politische Herrschaft in horizontalen Mehrebenensystemen. Effektivität und Vergesellschaftung jenseits des Staates“, Bremen 2002.

¹³⁷ Und dies bemerkt sie auch zunehmend; vgl. A. Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2002, 56 ff., 155 ff. mit vielen Belegen. Erstaunlich, wenn nicht unverständlich, erscheint mir, dass die Rechtsvergleichung sich von all dem weniger beeindruckt zeigt als das IPR. Dabei kommen doch in der Konzeptualisierung der EU als Mehrebenensystem nur mit besonderer Zuspitzung wechselseitige Durchdringungen der Rechtssysteme und Umstrukturierungen in den internationalen Beziehungen zum Ausdruck. Natürlich gilt, dass Pauschalurteile über eine Disziplin immer falsch sind und wirkliche vorhandene Probleme vom Recht bemerkt und von der Rechtswissenschaft reflektiert werden; vgl. mit vielen weiterführenden Hinweisen H. Muir Watt, a.a.O. (FN 85); R. Michaels, Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, *RabelsZ* 66 (2002), 97 ff.

jeweiligen Sachproblemen orientiertes Handeln kann gemeinschaftliche *und* mitgliedstaatliche Kompetenzen betreffen. Die sich hieraus ergebenden praktischen Überschneidungen zwingen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten de facto zu komplexen Abstimmungen ihrer Gestaltungsansprüche: beide können sich blockieren, keiner kann alleine zu Problemlösungen kommen.¹³⁸ Derartige „diagonale“ Konfliktkonstellationen gehören zum Alltag des Europarechts und der Europapolitik.¹³⁹ Die Gemeinschaft verfügt über eine Kompetenz, die sich nur auf einen Teilbereich interdependenter Sachfragen bezieht. Die Mitgliedstaaten verfügen über Teilkompetenzen, die sie ebenso wenig zu autonomen Problemlösungen instand setzen.

III.1.2. Deliberative Problemlösungen I: Europarecht als Kollisionsrecht

Von dieser Einsicht zu einer Interpretation rechtlicher Bestimmungen als Gebote zu einem verständigungsorientierten, „deliberativen“ Politikstil ist es ein kleiner Schritt, der sich plausibler begründen lässt, wenn man ihn in den größeren Zusammenhang stellt. In der durch wirtschaftliche Verflechtungen und Probleminterdependenzen gekennzeichneten „postnationalen Konstellation“ sind extraterritoriale Effekte der Entscheidungen und Versäumnisse demokratischer Gemeinwesen unvermeidbar; aber die Belastungen, die dem jeweiligen Nachbarn einseitig aufgebürdet werden, sind durch die innerstaatliche Demokratie nicht zu rechtfertigen: "No taxation without representation", dieser Grundsatz trägt einen Supranationalismus, der den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft die Verpflichtung

¹³⁸ F.W. Scharpf, Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus, *Politische Vierteljahresschrift* 26 (1985), 323 ff.; A. Benz, Politische Steuerung in lose gekoppelten Mehrebenensystemen, in: R. Wehrle/U. Schiman, (Hg.), *Gesellschaftliche Komplexität und kollektive Handlungsfähigkeit*, Frankfurt a.M./New York 2000, 99 ff.

¹³⁹ Vgl. oben II.2. und II.3.

aufgelegt, die Interessen und Belange von Nichtstaatsangehörigen auch innerhalb des nationalen Staatswesens zu berücksichtigen.¹⁴⁰

Eben dies ist aber der normative Kerngehalt jener supranationalen Regeln und Prinzipien, die das Europäische Recht tragen, wo es den Mitgliedstaaten eine „Anwendung“ fremden und/oder die Nichtanwendung des eigenen Rechts abverlangt.¹⁴¹ Eine solche Einschränkung der politischen Autonomie der Mitgliedstaaten bleibt selbst begrenzt. Insbesondere die Rechtsprechung zu Art. 30 (jetzt: 28) EGV hat immer wieder überzeugend vor Augen geführt, wie sich einzelstaatliche Idiosynkrasien als solche identifizieren lassen und wie sie – "autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich"¹⁴² – auf ein ziviles Maß zurückgeführt werden können.¹⁴³

Die Vermittlung zwischen Regelungsinhalten und -interessen, die das europäische Recht zustande bringt, ist „allseitiges“ Kollisionsrecht.¹⁴⁴ Sie ist „deliberativ“, wenn und weil sie sich nicht auf die Suprematie europäischen Sachrechts beruft, sondern auf die Kompatibilisierung verschiedener Rechte abzielt. Sie steht dennoch „über“ dem nationalstaatlichen Recht, weil sie eine Metanorm bezeichnet und für verbindlich erklärt, die jene Kollision schlichtet.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Vgl. schon Ch. Joerges, *The Impact of European Integration on Private Law*, a.a.O. (FN 1), 390; ganz ähnlich M. Poiares Maduro, *Where To Look For Legitimacy?*, a.a.O. (FN 130).

¹⁴¹ Eindringliche Analysen der Parallelen und Differenzen bieten A. Furrer, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext*, a.a.O. (FN 137) bes. 171 ff.; J. Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen 2002, 126 ff., 319 ff. (zu den kollisionsrechtlichen Grundlagen vgl. 5 ff., 21 ff., 71 ff.); Ch. Schmid, *Europäische Europäische Wirtschaftsverfassung und Privatrecht*, a.a.O. (FN 80), Kap. IV.

¹⁴² F.W. Scharpf, *Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich*, a.a.O. (FN 68).

¹⁴³ M. Poiares Maduro, *We the Court*, Oxford: Hart 1998, 150 ff.; J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 221 ff.

¹⁴⁴ Ch. Joerges, *Transnationale „deliberative Demokratie“ oder „deliberativer Supranationalismus“?*, a.a.O. (FN 85).

III.2. Supranationales Recht

Es ist eine analytische Stärke des deliberativen Supranationalismus, dass er die EU als eine nicht-unitarische Polity konzipiert, in der die Mitgliedstaaten nicht nur (relativ) autonom, sondern auch (relativ) verschieden bleiben können und ihre rechtskulturellen¹⁴⁶ Unterschiede nicht verleugnen müssen.¹⁴⁷ Diese Sichtweise eröffnet für das Design europäischer Politiken realistische Perspektiven. Sie legt „weiche“ Steuerungsformen nahe, die auf den Eigensinn nationaler Institutionen und Erfahrungen Rücksicht nehmen. Und zugleich scheint mir die Demokratie-Verträglichkeit eines deliberativen Supranationalismus auf der Hand zu liegen – und geradezu als ein Demokratie-Gebot zu erscheinen, wenn man nur die extraterritorialen Effekte in Rechnung stellt, die auch ein demokratisch legitimierte nationalstaatliches Handeln nicht vermeiden kann.¹⁴⁸

Fraglich ist mithin nicht die Legitimität eines deliberativen Supranationalismus, der zur Rücksichtnahme auf betroffene, aber nicht stimmberechtigte Fremde verpflichtet und deliberative politische Prozesse fördern will. Fraglich ist vielmehr, ob die institutionellen Gegebenheiten und Interessenkonfigurationen der EU derart legitimierte Problemlösungen tatsächlich begünstigen. Die empirische Dimension dieser Frage muss hier auf sich beruhen. Behauptet werden soll allerdings, dass wichtige Regeln und Prinzipien des europäischen Rechts als Institutionalisierungen eines deliberativen Politikstils interpretiert werden können, dass es also in dem supranationalen Europarecht tatsächlich eine

¹⁴⁵ Ein Kollisionsrecht, das einen rechtlich schwächlichen Erzwingungsapparat im Rücken hat und davon abhängig ist, dass es akzeptiert wird, ist fragil: so verhält es sich indessen mit allem „allseitigen“ Kollisionsrecht.

¹⁴⁶ Zu diesem Begriff oben FN 30.

¹⁴⁷ So verstehe ich das Plädoyer für einen „constitutionalism pluralism“ bei N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65:3 (2002), 317 -359.

¹⁴⁸ Die Kritik von A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, 660, an dem, was sie als „Betroffenheitsdemokratie“ zurückweist, trifft unser Argument nicht, weil es nicht aus einer diffusen Betroffenheit Mitwirkungsrechte ableitet, sondern begründen will, warum ein im Europäischen Recht verankertes Gebot wechselseitiger Rücksichtnahmen demokratiekonform ist.

Rechts-Schicht gibt, die deliberative Problemlösungen begünstigt, weil sie Interaktionen an inhaltliche und erzwingbare Vorgaben bindet.¹⁴⁹ Zu diesem Rechtsbestand gehören das Diskriminierungsverbot des Art. 12 [6], die zu Bürgerrechten entwickelten Grundfreiheiten, die Europäische Menschenrechtskonvention, (demnächst) auch die in der Menschenrechtskonvention verkündeten Grundrechte. Zu ihm gehören ebenso die Kooperationspflichten des Art. 10 [5], das Protektionismusverbot des Art. 28 [30] und die aus dieser Vorschrift hergeleiteten Anerkennungspflichten. All diese Rechtspositionen sind nicht bloß wegen ihrer unmittelbaren, vertikalen wie horizontalen, Wirkungen bedeutsam. Sie sind als Orientierungen der Rechtsfortbildung wirksam; sie binden die Rechtssetzung und bilden ein Schutzschild gegen strategische Argumentationsmuster.

III.3. Uminterpretationen

Ob dieser konzeptionelle Rahmen ertragreich ist, wird ersichtlich, wenn man ihn zur Re-Interpretation der im zweiten Abschnitt besprochen Fallkonstellationen heranzieht und mit den Interpretationen kontrastiert, die sich an die überkommenen Legitimierungsmuster halten. In der gebotenen Kürze:

¹⁴⁹ Im deliberativen Supranationalismus drohten sich, so hat Hans-W. Micklitz gemahnt, die legitimierbaren Geltungsansprüche des supranationalen Rechts zu verflüchtigen (vgl. z.B. sein *Principles of Social Justice in European Private Law*, *YEL* 19 (1999-2000), 167 ff. Der Einwand hat gerade beim Verbraucherschutz Gewicht. Aber ich meine doch, das wir uns darin unterscheiden, *wie* Sozialschutz gewährleistet werden soll, und nicht über einen Beruf der EU zur De-Sozialisierung des Privatrechts (vgl. Ch. Joerges, *Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein komplexes Problem und ein unscheinbares Exempel*, oben FN 73). – In seinem Essay „*Transnational Governance without a Public Law?*“, Ms. Heidelberg/Florenz 2002, unterscheidet Ch. Möllers [ausführlicher jetzt; *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in A. v. Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg/New York: Springer 2003, Text zu Fn. 250 ff.] zwischen einem “private law framework of public institutions”, der die Entstehung von Recht auf spontane, koordinative Prozesse zurückführt (that understands the production of law or the generation of norms as the result of spontaneous coordination processes) und einem “public law framework”, der Recht als Ergebnis autoritativer Setzungen, die sich durch Mehrheitsentscheidungen legitimieren, konzipiert. Beide Formen könnten oder müssten sich ergänzen. Die Argumentation des Textes kommt dieser Forderung (nur) ein Stück weit entgegen.

a) *Centros* und *Überseering*¹⁵⁰ bestätigen die fundamentale Bedeutung der Freiheitsrechte des EGV. Sie zeigen zugleich, dass dieser supranationale Rechtsrahmen nicht als ein Rahmen subsumtionsfähiger Regeln verstanden werden kann oder jedenfalls nicht so verstanden werden sollte: In der oben vertretenen Lesart des *Centros*-Urteils ist die Niederlassungsfreiheit nicht bloß ein wirtschaftliches Freiheitsrecht, aber auch nicht Baustein eines europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts, das den Mitgliedstaaten vorgeordnet oder ihr Recht einer regulativen Konkurrenz aussetzen würde. Es handelt sich vielmehr um ein Freiheitsrecht, das gleichzeitig als politisches Recht wirkt, weil es die Bürger eines Mitgliedstaats in Stand setzt, ihren Souverän unter Begründungszwang zu setzen.¹⁵¹ In dieser Deutung handelt es sich in der Tat um ein prozedurales Rechtfertigungs-Recht, das zunächst die Gerichte, dann den Gesetzgeber (und dann ggf. wieder die Gerichte) in Bewegung setzt. Wunschenken? Gewiss, aber man sollte auch die Implikationen einer rigiden Deutung bedenken, wie *Überseering* sie zulässt: Wenn die Niederlassungsfreiheit als ein Rechtsprinzip verstanden wird, das mit der Sitztheorie regulative Ecksteine des Gesellschaftsrechts eines Staates und mit ihm eine Institution wie die Mitbestimmung beiseite räumen könnte,¹⁵² dann hätte es nicht nur desintegrative Effekte, sondern würde die Gemeinschaft delegitimieren.

b) Als diagonale Konfliktkonstellationen haben wir die Konstellationen in *Pronuptia* und *Courage* qualifiziert,¹⁵³ die beide das Verhältnis von europäischem Wettbewerbsrecht und nationalstaatlichem Privatrecht betreffen. Die „Konflikterledigung durch Ermüdung“, wie sie sich in *Pronuptia* eingestellt hat, entspricht nicht der Bedeutung der betroffenen Problematik. Stattdessen geht es darum, ob man die in die europäischen aufgenommenen oder von ihnen

¹⁵⁰ Oben II.1.

¹⁵¹ Oben II.1.2.

¹⁵² Oben II.1.3.

¹⁵³ Oben II.2.

tolerierten Elemente eines Franchisenehmerschutzrechts als „eine Art europäischen *ordre public* interpretieren [darf], der weitergehende Schutzpolitiken keineswegs ausschließt“.¹⁵⁴ Wiederum hätten wir es dann mit einer Recht-Fertigung zu tun, die aus der Kollision der beiden Rechtsebenen hervorgeht und ihre Berechtigung darin findet, dass die Anliegen des Franchisenehmerschutzes vom Wettbewerbsrecht nicht diskreditiert werden, freilich auch nicht uniform ausgestaltet werden müssen. Was sich in *Pronuptia* nur hineinlesen lässt, ist in *Courage* offensichtlich: Hier hat die Kollision zur Recht-Fertigung neuen Privatrechts geführt, das als „law of the land“ der Mitgliedstaaten gilt, ohne deshalb uniform ausgestaltet werden zu müssen: das Gemeinschaftsrecht hat z.B. gegen eine deliktsrechtliche Qualifikation der Schadensersatzansprüche wegen Wettbewerbsrechts-Verstößen nichts zu erinnern.¹⁵⁵

c) Man kann die wettbewerbsrechtlichen Konfliktlösungen kaum als Belege für die Entstehung eines „regulatory state“ lesen: Das ist auch in Bezug auf die Verbraucherschutzrechtlichen Urteile zur AGB-Richtlinie und zur Produkthaftung nicht möglich.¹⁵⁶ In *Océano* hat der EuGH Eigen-Fertigungen von Rechtsfortbildungen angeregt.¹⁵⁷ Seine Produkthaftungsentscheidungen können trotz ihrer starken Sprache nichts daran ändern, dass der Richtlinie 85/374/EWG nur eine komplementäre Bedeutung zukommt, die zu den Rechtsfortbildungsaufgaben, die im Produzentenhaftungsrecht kontinuierlich anfallen, wenig beitragen kann. Ob diese Entscheidungen den Gemeinschaftsgesetzgeber, dem sie die diese Funktion für das Produkthaftungsrecht zugewiesen haben, zum Handeln bewegen werden, bleibt abzuwarten. Dass der Umgang des EuGH in diesen Entscheidungen mit den Spannungen zwischen der „Logik der Markt-

¹⁵⁴ Ch. Joerges, Status und Kontrakt im Franchise-Recht, a.a.O. (FN 84), 350.

¹⁵⁵ Oben II.2.2.

¹⁵⁶ Oben II.3.

¹⁵⁷ Oben II.3.1.

integration“ und der „Logik der Privatrechtsentwicklung“ den Protagonisten einer Sozialstaatswerdung Europas nicht entgegenkommt, sei lediglich der Vollständigkeit halber angemerkt.

III.4. Deliberativer Supranationalismus II: Die Konstitutionalisierung transnationaler „governance arrangements“

In vielen Bereichen der regulativen Politik ist augenscheinlich, was in der Rechtsprechung zum Privatrecht nur selten sichtbar wird: Der Aufbau hybrider, weder rein privatrechtlich noch rein öffentlichrechtlich strukturierter, weder nationaler noch europäischer, weder rein gouvernementaler noch nicht-gouvernementaler transnationaler *governance arrangements*,¹⁵⁸ in denen sich gesellschaftliche und gouvernementale Akteure auf eine transnationale Wirklichkeit einstellen, die nicht mehr staatlich domestizierbar ist. Was für die regulative Politik so typisch ist, muss auch im Privatrecht seine Spuren hinterlassen. Unter den im Abschnitt II angeführten Beispielen ist das im Franchising-Recht am deutlichsten: Dieses Recht ist weder rein national, noch rein europäisch. An seiner Fertigung beteiligen sich die Kommission, der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – und nicht zuletzt Unternehmen und Verbände, die Vertragswerke ausarbeiten, die das jeweilige Franchisekonzept umsetzen, aber gleichzeitig mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und vielerlei nationalen Rechtssystemen kompatibel gehalten werden müssen. Das Feld ist aber viel weiter. Zur Europäisierung des Privatrechts melden sich immer intensiver Wissenschaftlergruppen und Vereinigungen zu Wort, die Recht nicht nur „darstellen, sondern auch herstellen“, die zur Legitimierung ihrer Mitwirkungsansprüche zwar auf ihre wissenschaftliche Reputation verweisen,

¹⁵⁸ Zum Begriff Ph.C. Schmitter, What is there to legitimize in the European Union... and how might this be accomplished?”, in: Ch. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler (Hg.), *Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper No. 6/01, 79 ff., 83 ff. (<http://www.iue.it/RSC/Governance/>; <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html>).

deren Beiträge aber rechtspraktisch und –politisch gemeint sind.¹⁵⁹ Was sich für die Legislative abzeichnet, ist bei der judiziellen Rechtsfindung seit langem im Gange. An der Streiterledigung in europäischen Konstellationen kann die öffentliche Gerichtsbarkeit nur einen sehr begrenzten Anteil haben. Dies alles ist mehr und anderes als *Kollisionsrecht*, weil in jenen transnationalen Foren nicht bloß Rechtsregeln, sondern auch Problemlösungen erarbeitet werden. Diese Leistungen als „illegal“ zurückzuweisen, wäre weder faktisch möglich noch normativ zu rechtfertigen. Was indessen hier noch dringlicher vonnöten ist als in den behandelten Beispielen ist ein Recht, das real existierende Rechtsproduktions- und *governance* Arrangements so verfasst, dass sie die Anerkennung, die sie beanspruchen, auch verdienen.¹⁶⁰

III.5. Engpässe

Dies alles „mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, lautet der berühmte Gemeinpruch von Immanuel Kant,¹⁶¹ der hier angebracht sein mag – selbst dann, wenn man alle hier vorgeschlagenen wohlmeinenden Rekonstruktionen der Recht-Fertigungen in den behandelten Beispielen mitvollzieht. Denn es sind ja überall auch Engpässe, Schwächen und Versäumnisse sichtbar geworden: Es kann in einer derart komplexen Organisation wie dem EuGH kein einheitliches institutionelles Selbstverständnis geben. Die Interaktion zwischen EuGH und nationalstaatlicher Gerichte ist

¹⁵⁹ Umfassend dazu K. Riedl, *Europäisierung des Privatrechts: 'Recht-Fertigung' wissenschaftlicher Vereinheitlichungsprojekte*, Ph.D. Thesis, EHI-Florenz 2002.

¹⁶⁰ Für den Bereich der europäischen Risikoregulierung im Lebensmittelsektor vgl. Ch. Joerges, *Zusammenfassung und Perspektiven: „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt*, in: Ch. Joerges/J. Falke (Hg.), *Das Ausschusswesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden-Baden 2000, 349 ff., 363 ff.

¹⁶¹ I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Bd. 9 der von W. Weischedel besorgten *Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft* Darmstadt), 1971, 125 ff.

formal verregelt, und kann von vielen Akteuren instrumentalisiert werden; sie kann argumentativ-deliberative Qualitäten gewinnen; rechtlich garantiert ist dies nicht.¹⁶² Und wie immer besonnen Gerichte interagieren mögen, sie können die Rechtsentwicklung in Europa nicht beherrschen. Sie können den legislativen Prozess und die ihn umgebenden Auseinandersetzungen nicht steuern, sondern nur darauf hinwirken, dass in ihnen Rechtsprinzipien und -regeln Bindungswirkungen entfalten.¹⁶³

Spricht also die Mühsal des Konkreten dann letztendlich doch für das Projekt eines Europäischen Gesetzbuchs? Sie spricht zunächst einmal dafür, sich der Einsicht zu stellen, dass sich in einem solchen Projekt eben jene Schwierigkeiten stellen, die es doch lösen soll. Die Modelle der „klassischen“ Privatrechtsgesetzgebungen kommen für Europa nicht in Betracht. Einmal deshalb nicht, weil Europa nicht im Begriff ist, sich einen Staat zu erbauen; es wird kein hierarchisch strukturierter Herrschaftsverband werden, sondern heterarchisch und plural bleiben; es gibt keine legislativen Akteure mit dem Beruf zu einer allgemeinen Gesetzgebung, die Europa einem Einheitsregime unterstellen würden oder dürften. Europa ist aber ebenso wenig eine Art Kulturnation, die, ohne auf eine Staatsbildung warten zu müssen, ihr Gesetzbuch niederschreiben könnte. Das Mischungsverhältnis, das wir vorfinden – ein „Primärrecht“, das die Marktbürger der Wirtschaftsgemeinschaft auf die Freiheiten und Bindungen einer politischen Union einstellt; eine heterarchische, sich in Netzwerken organisierende regulative

¹⁶² Vgl. Ch. Joerges, „La langue de l'étranger“ – Observations on the need to observe and understand discourses on foreign territories, Comments on Silvana Sciarra (Hg.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford/Portland 2001, <http://www.europeanbooks.org/index2.htm>

¹⁶³ Es gibt so viele geglückte Interaktionen zwischen europäischer Judikative und Legislative, dass Beispiele eines judiziellen Aktivismus mit schwer kalkulierbaren Folgen – wie in den Fällen *Überseering* (oben II.1.3.) und in den neuen Urteilen zur Produkthaftung (oben II.3.2.) – oder höchst verwirrenden Effekten (vgl. Rs. C-481/99, U.v.13.12.2001 – *Georg und Helga Heininger ./ Bayerische Hypotheken- und Vereinsbank* und die Kritik bei G.-P. Calliess, *The Limits of Eclecticism in Consumer Law: National Struggles and the Hope for a Coherent European Contract Law*, *German Law Journal* 3/ 8, 1 August 2002, www.germanlawjournal.com) noch nicht zu *lasciate ogni speranza*-Rufen führen sollten.

Politik; eine an konkreten Problemen ansetzende Sondergesetzgebung, die vielfältige Abstimmungs-schwierigkeiten produziert – entspricht der Lage der EU. Wird deshalb die Qualität der Privatrechts beschädigt und ist die Idee einer Gleichursprünglichkeit privatautonomer Freiheiten und politischer Rechte abzuschreiben? Werden wir es, um das nicht so strahlende Bild Peter Schlechtriems zu verwenden, mit „Quilts aus vielen verschiedenen Einzelstücken“ zu tun bekommen, die von „Farbblinden zusammengesetzt werden sollen“?¹⁶⁴ So muss man die Ein- und Auswirkungen des Europäisierungsprozesses nicht sehen. Die Qualität dieses Prozesses hängt freilich davon ab, dass er die Lernkapazitäten der Beteiligten nicht überfordert und ihre produktive Einbildungskraft fördert.

¹⁶⁴ P. Schlechtriem, „Wandlungen des Schuldrechts in Europa“ – wozu und wohin, *ZEuP* 10 (2002) 213 ff., 214