

# Kommentare

Marina Tamm

## Binnenmarkt contra Rechtsvielfalt?

Ein Plädoyer für das Minimalstandardprinzip – wider die Brüsseler Pläne zur Vollharmonisierung

Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem von der EU-Kommission vorgeschlagenen neuen Ansatz, im Verbraucheraquis zu einer Vollharmonisierung überzugehen, auseinander. Er plädiert in Rückbesinnung auf die Aufgaben und Werte der Gemeinschaft für die Beibehaltung des Mindeststandardprinzips

### *I. Einführender Sachstand*

Die Kommission hat am 8.2.2007 ein neues Grünbuch<sup>1</sup> zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz auf den Weg gebracht und interessierte Kreise aufgefordert, hierzu Stellung zu nehmen.<sup>2</sup> Ausweislich des neuen »Green Paper Consumer Acquis« möchte die Kommission den gemeinschaftlichen Besitzstand im Verbraucherschutzrecht überarbeiten. Ziel ist es, durch Vereinfachung und Vervielfältigung, d.h. Verbesserung der Qualität der Regelungsmaterie und Vervollständigung des vorhandenen rechtlichen Regelungsrahmens zu einer besseren Rechtsetzung zu gelangen.<sup>3</sup> Motiv der Überarbeitung ist – nach Angaben der Kommission – die »*Verwirklichung eines echten Binnenmarktes für Verbraucher mit einem möglichst ausgewogenen Verhältnis zwischen einem hohen Verbraucherschutzniveau und wettbewerbsfähigen Unternehmen und gleichzeitiger strenger Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips*«. <sup>4</sup> Dieser Beitrag nimmt zu den Brüsseler Reformplänen kritisch Stellung, wobei nicht das Regelungsziel der Verbesserung des Verbraucherschutzes durch mehr Kohärenz angegriffen werden soll, sondern das zur Weiterentwicklung des Binnenmarktes von der Kommission präferierte neuartige Instrument der vollharmonisierenden Richtlinie.

### *II. Brüsseler Instrument: der sog. »vertikale Ansatz« im gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutz*

Zu den drei möglichen Handlungsoptionen,<sup>5</sup> die die Kommission zur Herstellung ihres Regelungsziels erwägt, gehört auch der sog. »vertikale Ansatz«, in

<sup>1</sup> KOM (2006), 744 final vom 8.2.2007.

<sup>2</sup> Die Anmerkungen und Stellungnahmen werden auf der Website der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz der Europäischen Kommission veröffentlicht werden.

<sup>3</sup> Vgl. dazu die im Grünbuch der Kommission KOM (2006), 744 final gegebene Begründung auf S. 3 Rn. 2.1.

<sup>4</sup> Ebd.

<sup>5</sup> Daneben gibt es einen kombinierten Ansatz, der jedoch dort selbst als »zu zeitaufwendig« und »den Grundsätzen einer besseren Rechtsetzung widersprechend« hingestellt wird. Ablehnend wird auch die dritte Option, nämlich die, nichts zu tun, beurteilt, da nun einmal aus Sicht der Kommission Regelungsbedarf besteht.

dem ein »horizontales Instrument« i.S.e. *Richtlinie neuer Qualität* mit einem umfassenden vertikalen Vorgehen (insbes. der Schließung von Regelungslücken) verbunden werden soll. Zu den neuen Prinzipien des sog. vertikalen Instruments der Kommission gehört die Vollharmonisierung. Dieser Regelungsansatz soll das bisher geltende Mindeststandardprinzip ablösen. Bestrebungen der Kommission, die in diese Richtung weisen, gibt es bekanntlich schon seit langem.<sup>6</sup> Nachdem die Kommission jedoch infolge heftigen Widerstandes ihr ursprüngliches Ansinnen, ein Europäisches Zivilgesetzbuch zu schaffen,<sup>7</sup> (in dem ursprünglich intendierten Sinn einer vollständigen Kodifikation) zunächst einmal »auf Eis gelegt« hat,<sup>8</sup> wird nun das Politikfeld des Verbraucherschutzes instrumentalisiert, um diesen Plan zumindest z.T. doch noch umzusetzen.

### 1. Das Mindeststandardprinzip

Worin liegt nun aber die grundlegende Wende in der EU-Verbraucherpolitik, wenn die Pläne der Kommission zur Rechtswirklichkeit werden? Sie gründet sich darauf, dass es nach den bislang geltenden Vorgaben der Gemeinschaft den Mitgliedstaaten grundsätzlich freigestellt war, durch weitere nationale Vorschriften (i.S.e. »überschießenden Umsetzung«) von den Richtlinienvorgaben, die nur einen Mindeststandard an Rechtsgleichheit und Verbraucherschutz sichern soll(t)en, abzugehen. Die Mitgliedstaaten konnten bislang gegenüber der EU ein höheres nationales Verbraucherschutzniveau etablieren, wenn sie dies für sachdienlich hielten.<sup>9</sup> Primärrechtliche Grundlage für dieses Vorpreschen der Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Mindeststandardprinzips waren bislang Art. 153 (V), 95, 5 EGV, die dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung trugen und tragen.<sup>10</sup> Darauf bezogen enthalten fast alle Richtlinien, die durch die Gemeinschaft auf den Weg gebracht wurden, sog. »*Öffnungsklauseln*«<sup>11</sup> zugunsten strengerer nationalen Rechts.

### 2. Vollharmonisierung

Das nun von der Kommission im Grünbuch in den Vordergrund des Regelungsansatzes gerückte Modell geht von dem Grundsatz der Mindestharmonisierung ab und ist auf eine Vollharmonisierung im Verbraucherschutz *acquis* gerichtet. Gemäß dem neuen Ansatz sollen die alten zu überarbeitenden, aber auch die neu zu schaffenden Richtlinien den Mitgliedstaaten keine Regelungsspielräume mehr belassen. Sie kämen damit (abgesehen vom immer noch vorhandenen Umsetzungserfordernis) qualitativ dem Erlass von Rechtsverordnungen gleich. Den Mitgliedstaaten verbliebe keine Kompetenz, im Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie weitergehende Vorschriften zu etablieren oder solche beizubehalten.<sup>12</sup>

6 ABl. EG Nr. C 158 v. 26.6.1989, S. 400; ABl. EG Nr. C 205 v. 25.7.1994, S. 518; dazu *Tilmann*, ZEuP 1995, 534.

7 Vgl. die EntschlieÙung vom 26.5.1989, ABl. EG 1989 C 158/400 = ZEuP 1993, 613.

8 KOM 2003, 68 endg., dazu *Staudenmayer*, EuZW 2003, 165.

9 *Geiger*, EUV/EGV (3. Aufl.), Art. 153 Rn. 7; *Grub*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (4. Aufl.), Art. 153 Rn. 9 ff.

10 Grundlegend *Merkt*, *RabelsZ* 61 (1997), 647 ff.; vgl. daneben auch *Berg*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag (6. Aufl.), Art. 153 Rn. 12; *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 9; *Reich*, *VuR* 1999, 3 ff.; *Micklitz/Reich*, *EuZW* 1992, 593, 595.

11 *Micklitz*, in: *Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung*, FS Reich (1997), S. 245, 266; *Riehm*, *JZ* 2006, 1035; *PWW/Prütting* (2006), § 13 Rn. 6; *Ring*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* (Hrsg.), *AnwKtkommentar* (2005), § 14 Rn 22; *Bülow/Artz*, *NJW* 2000, 2049, 2050; *Lorenz*, *NJW* 1998, 2939.

Das Regelungsmotiv der Kommission liegt auf der Hand. Es ist eines, das von ihr seit jeher propagiert wurde, um die eigenen Kompetenzen auszuweiten. Nach Auffassung der Kommission führt das Mittel der Richtlinie, mit den ihr inne wohnenden typischen Regelungsspielräumen für den nationalen Gesetzgeber, zu einer Rechtszersplitterung, die sich hinderlich auf den Binnenmarkt (vgl. Art. 95 EGV) auswirkt. Aufgrund der von ihr durchgeführten statistischen Erhebungen seien für die Anbieter die Kosten der Einhaltung der Regeln zu hoch, wenn diese sich von Land zu Land schon im Bereich Verbraucherschutz so weit wie bisher unterscheiden. Dies führt dazu, dass insbesondere kleinere Unternehmen vom Zutritt zum Binnenmarkt abgehalten werden.<sup>13</sup> Zudem – so die Kommission – würden aber auch grenzübergreifende Geschäftsabschlüsse seitens des Verbrauchers zu einem nicht hinnehmbaren Prozentsatz daran scheitern, dass der Verbraucher nicht weiß, welche Schutzrechte ihm im jeweils von der Transaktion betroffenen anderen Mitgliedstaat zustehen.<sup>14</sup>

#### IV. Bedenken gegen das neue Regelungsinstrument und die Vollharmonisierung

Die von der Kommission im Grünbuch vorgetragenen Argumente wurden im nationalen Bereich bereits vor Jahren etwa von *Basedow*,<sup>15</sup> aber auch von anderen Autoren<sup>16</sup> vielfach in die Diskussion um mehr Rechtseinheit im europäischen Binnenmarkt dargelegt.

##### 1. Transparenz durch größere Rechtseinheit als binnenmarktäquivalentes Ziel

Dass die Unternehmen, möglicherweise aber eben auch die Verbraucher, an einem stärker vereinheitlichten Recht prinzipiell interessiert sind, weil es Transaktionskosten spart und mehr Transparenz schafft, soll auch hier nicht grundsätzlich bestritten werden. Ein größeres Maß an Rechtsgleichheit führt immer zu mehr Übersichtlichkeit und damit zugleich zum Abbau von psychologischen und wirtschaftlichen Hürden bei der Abwicklung grenzübergreifender Transaktionen.<sup>17</sup> Es stärkt somit den Binnenmarkt.

##### 2. Abwägung mit anderen für die EU sinn- und identitätsstiftenden Aspekten

Der Vorteil, den die Vollharmonisierung mit sich bringt, ist jedoch – und dies vermisst man bei der Stellungnahme der Kommission im Grünbuch – mit vielen anderen Aspekten abzuwägen, die immerhin insofern »auch« binnenmarktrelevant sind, als sie auf das Selbstverständnis der EU abzielen.

Die eigentliche Frage lautet doch, in welchem Maße ist es für die Gemeinschaft neben dem (ökonomisch orientierten) Ziel der *Herstellung eines volloptimierten einheitlichen Binnenmarktes* zugleich *sinn- und identitätsstiftend* (und deshalb

<sup>12</sup> Reich, VuR 2007, S. III.

<sup>13</sup> Siehe dazu die im Grünbuch der Kommission KOM (2006), 744 final angegebenen Gründe auf S. 7 Rn. 3.2.; so auch die Literatur in der vorherigen Fn.

<sup>14</sup> KOM (2006), 744 final, S. 8 Rn. 3.3.

<sup>15</sup> *Basedow*, CMLRev (1996), 1169, 1181.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *Niessen*, AG 1970, 281, 286; *Taschner*, Rechtsangleichung in der Bewahrung, in: *Gedächtnisschrift für Constantinesco* (1983), 765, 775 ff.; *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

<sup>17</sup> *Basedow*, CMLRev (1996), 1169, 1181; *Flessner*, JZ 2002, 14.

von mindestens gleichem, wenngleich ideellem Wert), einen Rest an Diversivität in einzelnen Bereichen – hier dem des Rechts – zuzulassen. *Stephen Weatherill* hatte anlässlich des 4. Europäischen Juristentages in Wien eben dieses Problem beleuchtet und es mit einem Zitat von *Ian Ward* umschrieben, der fragte, »... ist die europäische Integration die Bewältigung des Verschiedenseins oder die Angleichung? Der Definition zufolge sollte es ersteres sein, der Ambition zufolge ist es (aber leider) letzteres!«<sup>18</sup> Hoffen wir, dass dem nicht so ist. Wenn doch, ist diesem Befund und dem hier dargestellten Ansinnen der Gemeinschaft aus den nun folgenden Argumenten äußerst kritisch zu begegnen.

*a. Heterogenität der Mitgliedstaaten als eigenständiger Wert – Wettbewerb der Systeme*

Der europäische Gedanke, der die Gemeinschaft in den letzten Jahrzehnten in begrüßenswerter Weise (nicht nur, aber eben auch) auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes ein gutes Stück vorangebracht hat, war und ist seit jeher getragen von dem Bewusstsein von Differenz und Vielfalt.<sup>19</sup> *Reinhard Zimmermann* hatte in einem kürzlich erschienenen Aufsatz zutreffend herausgestellt, dass das Prinzip der »Dialogik« geradezu signifikant für Europa und den europäischen Gedanken ist. Dieses Prinzip steht für ein befruchtendes Aufeinandertreffen von Unterschieden, Antagonismen, Konkurrenzen und Komplementaritäten.<sup>20</sup> Gerade aus dem Gegensatz von Einheit und Vielfalt<sup>21</sup> erklärt sich die eigentümliche Dynamik und Entwicklungsfähigkeit der europäischen Kultur<sup>22</sup> und nicht minder der in sie einfließenden nationalen Rechte.<sup>23</sup>

Die grundsätzliche Kritik gegen die von der Kommission angestrebte Vollharmonisierung im Bereich des Verbraucherrechts betrifft daher bereits die Nichtanerkennung des eigenständigen Bedeutungsgehaltes der heterogenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Ihre unterschiedliche Gestaltung ist Ausfluss von differenzierten Vorstellungen im rechtskulturellen Bereich, die sich etwa bzgl. der materiellen Lösungsmodelle, aber auch bzgl. prozeduraler Elemente und der Neigung zur gerichtlichen Rechtsverfolgung feststellen lässt.<sup>24</sup>

Diese Unterschiede sollten als sich gegenseitig befruchtende Elemente angesehen werden. Vorwärtsdrängend in einem positiven Sinne ist die Vielfalt der Systeme insofern, als sie die Basis für einen Wettbewerb der Mitgliedstaaten um die besten Lösungsmodelle liefert, an dem auch die Gemeinschaft (und über sie jeder einzelne Mitgliedstaat) partizipieren und von ihm profitieren kann. Ohne einen solchen Wettbewerb der nationalen Systeme fehlt es bei neuen Regelungen auf EU-Ebene an Referenzmodellen. Dies führt dazu, dass es keine guten, d.h.

18 *I. Ward*, »In Search of a European Identity« (1994) 57 MLR 315, 321.

19 *Borgolte*, Europa entdeckt seine Vielfalt (2002), S. 242 ff.; *ders.*, in: Joas/Wiegandt (Hrsg.), Die kulturellen Werte Europas (2005), S. 144 ff.; *Muschg*, Was ist europäisch? Reden für einen gastlichen Erdteil (2005), S. 67 ff.; *Zimmermann*, JZ 2007, 1.

20 *Borgolte* (Fn. 19), S. 129; *Morin*, Europa denken (1991); *Häberle*, JZ 2007, 183, 184.

21 »Fides und ratio, Papst und Kaiser, Reich und Territorien, Rom und Byzanz, griechisch-römische Antike, jüdisch-christliche Tradition, der wiederholte muslimische Ansturm als Geburtshelfer europäischer Identität, die Rolle von Revolutionen in der Herausbildung, aber auch Bewahrung dieser Identität, Freiheit und Bindung, Innerlichkeit und Tätigkeit ... in geschichtlicher Perspektive sind Europa und europäische Kultur gedachte Einheiten, die sich aus spannungsreicher Vielfalt konstituieren«, so zutreffend *Zimmermann*, JZ 2007, 1, 2.

22 *Muschg* (Fn. 19), S. 56 f.: »... die europäische Geschichte war eine Geschichte kritischer Teilungen, und in jeder von ihnen steckte ein integratives Moment, das ... zu einer neuen höheren Einheit führte«.

23 Zum Zusammenhang von Kultur und Recht, vgl. *Zimmermann*, JZ 2007, 1, 2 ff.

24 Siehe dazu *Gessner*, in: Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, FS Reich (1997), S. 163 ff.

ausgewogenen und (praxis-)erprobten Lösungen gibt, wengleich hier nicht bestritten werden soll, dass der EU-Gesetzgeber im Ausnahmefall auch ohne Bezugnahme auf nationale Vorläufer Ad-hoc-Lösungen in dringend regelungsbedürftigen Bereichen schaffen können sollte. Die Breite der Regelungen bedarf jedoch einer nationalen Vorlaufs- und Rückkopplungsbasis. Ohne sie (d.h. die nationalen Referenzrechtsordnungen und ihre unterschiedlichen Regelungsmodelle) kann im Übrigen auch die notwendige Akzeptanz für die EU-Lösungsansätze in der Bevölkerung nicht hergestellt werden. Denn die nationalen Rechtsvorstellungen, die – wie gesagt in vielen Bereichen – rechtskulturell geprägt sind, können sich in ihnen nicht genügend widerspiegeln und einbringen. Entsprechend »freischwebende« EU-Vorschriften ließen somit auch die erforderliche Basislegitimation vermissen.<sup>25</sup>

### *b. Demokratie- und Föderalismusgedanke als identitätsstiftend für die EU*

Schon das Wort Demokratie beinhaltet eine ständige und umfassende Beteiligungs- und Einbringungsmöglichkeit von in der Gesellschaft vorhandenen unterschiedlichen Vorstellungen. Die Chance zur Einflussnahme vergrößert sich, je mehr Regelungsebenen es gibt und je größer die in dem Modell verankerten basisdemokratischen Elemente sind. In diesem Sinne lebt die Demokratie in dem europäisch gewachsenen Verständnis auch und gerade von föderaler Gewaltenteilung. Die Bürger müssen demnach an der Lösung der Probleme der Gesellschaft so dezentral wie möglich beteiligt werden. Dies gilt auch und gerade für den für sie im täglichen Leben so einschneidenden Bereich des Verbraucherschutzes. Bisher hat die EU diesen Gedanken durch den Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip (vgl. Art. 3 und 5 EGV) anerkannt. Jetzt rückt sie ausweislich ihrer Zielsetzung im Grünbuch zum Verbraucheraquis schrittweise davon ab.

### *c. Das Gebot des partnerschaftlichen Zusammenwirkens*

Bereits vor dem Hintergrund des eben dargestellten Nutzens des Wettbewerbes der Regelungssysteme, dem Demokratie-, aber auch dem Föderalismusgedanken ist zu fordern, dass sich die zentrale Ebene in die notwendigen Gesetzgebungsprozesse nicht vorzeitig durch eigene Lösungen einschaltet.

#### *aa. Rechtspolitische Erwägungen*

Die Gemeinschaft als zentrale Ebene würde damit die allseitig nutzbringende eigenständige Kreativität der Mitgliedstaaten blockieren und ihre Verantwortlichkeit leer laufen lassen. Gewinnbringender sowohl für die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten wäre es, wenn sich die EU und ihre Organe in fortwährender Identifikation und Rückbesinnung auf ihre ursprüngliche Zielsetzung dem Problem widmen, dass die mitgliedstaatlichen Lösungen und die Geschwindigkeit der Entwicklung in den Mitgliedstaaten nicht allzu sehr auseinanderdriften. Bestens zur Sicherung dieses Zweckes geeignet ist – jedenfalls im Bereich des Verbraucherschutzes – das bislang praktizierte Mindeststandardprinzip. Wenn man dieses ernst nimmt, haben die Organe der EU nicht die Aufgabe, einen vollharmonisierten Binnenmarkt herzustellen. Sie haben lediglich die Pflicht, die Entwicklung in den Mitgliedstaaten zu verfolgen und in regelmäßi-

<sup>25</sup> Callies, ZEuP 2006, 742, 754.

gen Abständen durch Anpassung des Mindeststandards die »Nachzügler« an das allgemeine Entwicklungstempo und den Entwicklungsfortschritt im Bereich des Verbraucherschutzes heranzuführen. Das Mindeststandardprinzip steht daher für ein bewegliches System unter Zulassung nationaler Besonderheiten trotz Sicherung allgemeingültiger Standards in einem Kontext des partnerschaftlichen Zusammenwirkens von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft.

#### *bb. Rechtstatsächliche Hintergründe aus dem Primärrecht*

Ein juristisches Argument für ein europäisch inspiriertes Verbraucherschutzrecht, das den nationalen Partner nicht von vornherein aus seiner Startposition drängen darf, gründet sich *de lege lata* auf eine wichtige Regelungsvorgabe des Primärrechts. Gemäß Art. 153 III lit. b EGV darf die Gemeinschaft bei der Schaffung sowie Anwendung und Auslegung des supranationalen Gemeinschaftsrechts die aus den Mitgliedstaaten kommenden, eigenen Verbraucherschutzimpulse nicht unterlaufen oder ganz aushebeln. Sie hat diese vielmehr unterstützend mitzutragen (jedenfalls solange nicht übernationale Belange der einheitlichen Rechtsanwendung entgegenstehen).<sup>26</sup> Gemäß dem Sinn und Zweck der Regelung, die auf eine »Rückschlagsperre« i. S. eines Verschlechterungsverbot zugunsten des Verbraucherschutzes hinausläuft,<sup>27</sup> ist die Gemeinschaft zur Begleitung und *Unterstützung (!)* der verbraucherpolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten geradezu verpflichtet.<sup>28</sup> Von dieser Regelung geht deshalb auch ein Auftrag an den EuGH aus, bei der Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftssekundärrechts im Zusammenhang mit »überschießendem« nationalen Verbraucherrecht eine *praktische Konkordanz* walten zu lassen. Überspitzt könnte man formulieren, dass der Anspruch auf einen »*effet utile*« auf der Grundlage des Mindeststandardprinzips gerade auch von dem Mitgliedstaat bei der Umsetzung autonom gesetzten (»überschießenden«) Verbraucherrechts vereinnahmt werden kann, jedenfalls solange und soweit nicht überwiegende europarechtliche Belange entgegenstehen (wobei Europa aus o.g. Grund mehr ist als nur der Binnenmarkt). Nicht nur rechtspolitische Erwägungen, sondern auch die gegenwärtige Justierung des Verbraucherschutzes im Primärrecht sorgen im Bereich des Verbraucherschutzes (noch?) für ein »partnerschaftliches Zusammenwirken« von europäischem und nationalem Recht sowie ihrer Gesetzgeber.

#### *d. Fehlende EU-Kompetenz bzgl. der Vollharmonisierung*

Der Grundsatz des partnerschaftlichen Zusammenwirkens, der neben Art. 153 auch in Art. 95 und Art. 5 EGV seine Grundlage findet, ist im Übrigen in engem Zusammenhang zu sehen mit offensichtlichen kompetenzrechtlichen Problemen seitens der Gemeinschaft, diese Materie *allein* bis ins *Detail* zu regeln.<sup>29</sup> Schon die enge Anbindung des Verbraucherschutzes an das Binnenmarktprojekt (vgl.

<sup>26</sup> Berg (Fn. 10), Art. 153 Rn. 12; Grub (Fn. 9), Art. 153 Rn. 9 ff.

<sup>27</sup> Grub (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10.

<sup>28</sup> Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV (1999), Art. 153 Rn. 20.

<sup>29</sup> Kritisch so schon zum Projekt des Einheitlichen Zivilgesetzbuches: Wagner, ZEuP 2007, 180, 183; Wiesner, DB 2005, 871, 873; Meyers, BB 2004, 1285, 1287; Fricke, VersR 2005, 1474, 1476; Vogenauer/Weatberill, JZ 2005, 870, 873; Rittner, JZ 1990, 838, 842; ders., JZ 1995, 852; ders., Ein Gesetzbuch für Europa?, in: Immenga/Möschl/Reuter (Hrsg.), FS Mestmäcker (1996), S. 451 ff.; Schwartz, ZEuP 1994, 569 ff.; Bangemann, ZEuP 1994, 378 ff.; Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen (1990), S. 90 ff.; Lechele, in: Daus, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (2006), H.V. Rn. 35; Zimmermann, The New German Law Of Obligations (2005), S. 194; Borchert, NJW 2005, 3267; Flessner, JZ 2002, 14 ff.

Art. 153, 95 EGV) lässt eine Ausweitung der Kompetenzen bzgl. der Umstellung auf den Vollharmonierungsansatz im Verbraucherrechtsbereich nicht zu.<sup>30</sup> Denn das Binnenmarktprojekt ist in Art. 3, 5 I, II EGV dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie dem Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet.<sup>31</sup>

#### aa. Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit

Von Anfang an war das Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit ein struktureller Grundsatz der EG.<sup>32</sup> Dies lässt sich aus verschiedenen Bestimmungen ablesen (Art. 3, 7, 202, 211, 249 EGV). Danach erfüllt die Gemeinschaft die ihr zugewiesenen Aufgaben »nach Maßgabe des Vertrages«. Durch den EUV ist das Einzelzuständigkeitsprinzip noch grundsätzlicher und deutlicher hervorgehoben worden. So verfolgt die EU ihre Ziele nach Maßgabe des EUV und entsprechend seiner Bedingungen (Art. 2 EUV). Die EG wird innerhalb der Grenzen der ihr im EGV zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig (Art. 5 I EGV).<sup>33</sup> Der Gemeinschaft ist damit eine Beschränkung auferlegt worden, die die Mitgliedstaaten nicht betrifft. Der Begriff der begrenzten Einzelzuständigkeit umschreibt insofern das Gegenteil zu der Allzuständigkeit und der »Kompetenz-Kompetenz«, die allein den Mitgliedstaaten obliegen.<sup>34</sup>

#### bb. Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 II EGV (Präambel, Art. 2 EUV) beinhaltet eine Verschärfung des Einzelzuständigkeitsprinzips in bestimmten Fällen, wonach dann, wenn eine nicht ausschließliche, konkurrierende oder parallel/gemischte Gemeinschaftskompetenz vorliegt, diese von der Gemeinschaft nur dann ausgenutzt werden darf, wenn der »Subsidiaritätstest« ergeben hat, dass die in Betracht gezogene Maßnahme wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden könne.<sup>35</sup> Das Subsidiaritätsprinzip verlangt kumulativ die Einhaltung dreier Voraussetzungen: Erstens muss die Maßnahme notwendig sein, weil ihre Ziele nicht ausreichend auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können (»Notwendigkeitstest«). Zweitens müssen die mit der Maßnahme verfolgten Ziele wegen des Umfangs oder der Wirkung der Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können (»Effizienztest«). Drittens muss zwischen der ersten und der zweiten Bedingung ein unmittelbarer Begründungszusammenhang bestehen.<sup>36</sup> Der Unterschied zwischen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip (i.e.S.) liegt darin, dass es im ersten Fall um eine *Zuweisung der Kompetenz* geht, im zweiten Fall hingegen um eine *Ausübung der Kompetenz*.<sup>37</sup> Auch aus der Konzeption der *Kompetenzausübung* folgt aber – ebenso wie aus

<sup>30</sup> Zimmermann, *The New German Law Of Obligations* (2005), S. 195; Reich, in: FS Stauder (2006), S. 357, 374.

<sup>31</sup> Mayer/Schüßbrand, JZ 2004, 545; Tröger, ZEuP 2003, 525; Merkt, *RabelsZ* 61 (1997), 647, 683; Ultsch, *Der einheitliche Verbraucherbegriff* (2005), S. 80; Reich (Fn. 30), S. 357, 370 f.

<sup>32</sup> v. Borries, *EuropaR* 1994, 263 ff.; Merkt, *RabelsZ* 61 (1997), 647, 672.

<sup>33</sup> Merkt, ebd.; Oppermann, *Europarecht* (3. Aufl.), S. 158.

<sup>34</sup> Tröger, ZEuP 2003, 525; Merkt, ebd.; Zur Bedeutung des Prinzips der begrenzten Einzelzuständigkeit als Voraussetzung des Subsidiaritätsgrundsatzes vgl. Pieper, *Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen* (1994), S. 184 f.

<sup>35</sup> Berg (Fn. 10), Art. 153 Rn. 12; Grub (Fn. 9), Art. 153 Rn. 9; Oppermann (Fn. 33), S. 159.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> Bleckmann, *DVBl.* 1992, 335 ff.

der Kompetenzzuweisung – eine widerlegliche Vermutung dafür, dass sie in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten ist.<sup>38</sup>

*cc. Mindeststandardprinzip und Einzelermächtigungs- sowie Subsidiaritätsgrundsatz*

Die genannten Prinzipien lassen die Umstellung der Regelungspolitik der Kommission i.S.e. Loslösung vom Mindeststandardprinzip hin zu einer Vollharmonisierung besonders fragwürdig erscheinen. Bisher trug nämlich gerade das Mindeststandardprinzip dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung.<sup>39</sup>

*e. Konkrete Gefahr der Absenkung des verbraucherrechtlichen Schutzniveaus*

Aus der Sicht der Verbraucherschützer ist dem im Grünbuch dargestellten Ansinnen der Kommission aber nicht zuletzt auch deshalb kritisch zu begegnen,<sup>40</sup> weil nur das Mindeststandardprinzip *de lege lata* in der Lage ist zu verhindern, dass Mitgliedstaaten mit einem traditionell hohen Verbraucherschutzniveau (wie z.B. Deutschland, Österreich oder die skandinavischen Staaten<sup>41</sup>) durch eine Harmonisierungsmaßnahme gezwungen werden, dieses Niveau deutlich zu senken, wodurch das neben dem Binnenmarkt herlaufende (Zweit-) Ziel der Verbesserung des Verbraucherschutzes (Art. 153 EGV) insgesamt in Gefahr geraten könnte.<sup>42</sup> Mit einem Abgehen von dem Grundsatz der Mindeststandards steht konkret zu befürchten, dass Verbraucherrechte mittelfristig um den Preis der Einheitlichkeit von Marktpraktiken abgebaut werden. Denn bereits jetzt muss es sich, wie der EuGH festgestellt hat, bei dem zu sichernden »hohen Verbraucherschutzniveau« (vgl. Art. 153 I EGV) nicht um das jeweils höchste in der Gemeinschaft bestehende (nationale) Schutzniveau handeln.<sup>43</sup>

*aa. Grünbuchaussage zur Veränderung des Verbraucherschutzniveaus*

In besagtem Grünbuch spielt die Kommission diese Gefahr freilich herunter, indem sie lapidar darauf hinweist, dass sich bei Umsetzung ihrer Pläne das »Verbraucherschutzniveau in den Mitgliedstaaten verändern könnte«.<sup>44</sup>

*bb. Marktorientierung des primärrechtlichen Verbraucherschutzes*

Dass mit vollharmonisierten europäischen Verbraucherschutzregelungen tendenziell nicht der in einem Mitgliedstaat vorhandene höchste Verbraucherschutzstandard angestrebt wird, hängt aber bereits mit der vordringlichen Marktordnungsorientierung des europäischen Verbraucherschutzrechts zusammen,<sup>45</sup> die über Art. 153 und 95 EGV primärrechtlich Ausdruck gefunden hat.

<sup>38</sup> *Merket*, RabelsZ 61 (1997), S. 647, 675.

<sup>39</sup> *Reich* (Fn. 30), S. 357, 370 ff.; *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

<sup>40</sup> *Reich* (Fn. 30), S. 357, 374 ff.; *Tonner*, VuR 2007, III f.; *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10; *Grundmann*, JZ 1996, 274, 279 f.; *Wiesner*, DB 2005, 871, 874; *Merket*, RabelsZ 61 (1997), 647, 672 ff.

<sup>41</sup> Hierzu instruktiv *Wilhelmsson*, Journal of Consumer Policy (1990), S. 1 ff.

<sup>42</sup> *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 153; *Lurger*, in: Streinz, EUV/EGV (2003), Art. 153 Rn. 38; zur »opt-out«-Klausel des Art. 100a IV EGV a.F. in diesem Zusammenhang vgl. auch *Merket*, RabelsZ 61 (1997), 647, 665.

<sup>43</sup> EuGH, C-233/94, Deutschland/Europäisches Parlament und Rat, Slg. 1997, I-2405, Rn. 48.

<sup>44</sup> Grünbuch der Kommission KOM(2006), 744 final, S. 12 Rn. 4.5.

<sup>45</sup> *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10.

Sowohl auf der Grundlage des bisherigen Rechts als auch in Bezug auf rechtstheoretische Überlegungen zur Gestaltung eines europäischen Zivilgesetzbuches stehen das Binnenmarktprojekt der Gemeinschaft und der Verbraucherschutz in einem antagonistischen Verhältnis. Dieses resultiert daraus, dass die Gemeinschaft ihre primäre Zwecksetzung in der Erreichung eines gemeinsamen Europäischen Binnenmarktes findet und sucht.<sup>46</sup> Der zu etablierende Gemeinsame Markt ist seinerseits durch zwei Elemente geprägt, die *offene Marktwirtschaft*, mit freiem, unverfälschtem Wettbewerb,<sup>47</sup> und die *Gewährleistung der Grundfreiheiten*,<sup>48</sup> also insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Freiheit des Zahlungsverkehrs.<sup>49</sup> In der Literatur spricht man diesbezüglich auch von einer Markt- bzw. »Anbieterorientierung«<sup>50</sup> der Europäischen Rechtsordnung.

Bereits aus dem unternehmerischen Interesse an der Herstellung eines weitgehend unreglementierten, freien Binnenmarktes und dem diesem Streben entgegenstehenden Interesse der Verbraucher an der möglichst extensiven Herausbildung von Schutzvorschriften folgt ein Konfliktverhältnis zwischen (Binnen-)Marktverfassung und Sozialschutz (i.S. von Verbraucherschutz).<sup>51</sup> Der Unternehmer wünscht einen (Binnen-)Markt mit einheitlichen, rechtlichen Rahmenbedingungen, die schon aus Kostengründen möglichst nicht mit zu stark verbraucherschützenden Elementen »aufgeladen« werden sollen. Der Verbraucher dagegen ist eher an einem extensiven Schutz seiner Interessen (auch durch hoheitliche Interventionen) interessiert.

Die dargestellte primäre Zwecksetzung der Gemeinschaft führt nun im Zusammenhang mit dem Umstand, dass der EGV leider nicht in griffiger Form definiert, was unter dem einzuhaltenden »hohen Verbraucherschutzniveau« zu verstehen ist (wo es beginnt, wo es endet),<sup>52</sup> zu der auf der Hand liegenden Gefahr, dass bei einer Vollharmonisierung eine Nivellierung des Schutzniveaus i.S.e. »*race to the bottom*« einsetzt.<sup>53</sup> Es steht zu befürchten, dass vollständig harmonisierende Verbraucherschutzrichtlinien dann mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, dass »*Verbraucherschutz zwar ein wichtiges Ziel der EG, aber keineswegs ihr wichtigstes oder gar einziges ist*«. <sup>54 55</sup>

#### f. Die angestrebte Rechtsklarheit wird nur vordergründig erreicht

Das relativ hohe Verbraucherschutzniveau in einigen Mitgliedstaaten würde um den Preis der Einheitlichkeit des Rechts geopfert, und das, obwohl die zu erwartende Rechtsvereinheitlichung nur begrenzt in Rechtsklarheit und damit effektiver Rechtsanwendung münden würde. Denn das Ziel, das die Kommission mit der Zusammenfassung und Vereinfachung der Kernrichtlinien erreichen will, die bestehende Rechtszersplitterung abzuschaffen, wird nach derzeitigem Rechts-

<sup>46</sup> Vgl. Art. 2 EGV; so zum Ganzen auch *Derleder*, in: Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, FS Reich (1997), S. 111; *Lurjer*, Vertragliche Solidarität (1998), S. 11.

<sup>47</sup> Art. 3 I lit g.), Art. 4 I, Art. 98, 105 I EGV.

<sup>48</sup> Art. 14 II EGV.

<sup>49</sup> *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1136 f.; *Kluth*, AöR 122 (1997), 573, 578 ff.; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl.), S. 56.

<sup>50</sup> *Derleder* (Fn. 46), S. 111.

<sup>51</sup> Ebd.; *Lurjer*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 153 Rn. 2; *dies.*, Vertragliche Solidarität (1998), S. 11; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union (2003), Art. 95 Rn. 74; *Tonner/Tamm*, FS Stauder (2006), S. 527, 550.

<sup>52</sup> *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10; *Lurjer* (Fn. 51), Art. 153 Rn. 15.

<sup>53</sup> *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10; *Reich*, VuR 2007, S. II, IV.

<sup>54</sup> Vgl. dazu EuGH, C-233/94, Deutschland/Europäisches Parlament und Rat, Slg. 1997, I-2405, Rn. 48.

<sup>55</sup> So auch *Grub* (Fn. 9), Art. 153 Rn. 10.

stand nur vordergründig erreicht. Der Grund hierfür liegt darin, dass die totalharmonisierenden Richtlinien zwar Vorgaben beinhalten, die von jedem Mitgliedstaat 1:1 umzusetzen sind, so dass innerhalb des Rahmens der Vorgabe Abweichungen ausbleiben werden. Jedoch müssen die Richtlinien auch wie bisher in nationales Recht transformiert werden. Gerade an dem Umsetzungsergebnis und seinen weitergehenden Auswirkungen auf die übrige (nationale) Rechtsordnung bemisst sich aber, ob der angestrebte Schutz für den Verbraucher auch bei ihm ankommt, d.h. »effektiv« wird.<sup>56</sup> Das wird jedoch entgegen der Regelungsintention der Kommission bereits deshalb nicht der Fall sein, weil sich bei der Transformation von »vollharmonisierenden Richtlinien« Einpassungsprobleme von einem noch nicht da gewesenen Ausmaß in das nationale Recht ergeben, die seine eigene Kohärenz und Effizienz unweigerlich in Mitleidenschaft ziehen werden.

### *aa. Sinn und Zweck der überschießenden Umsetzung im Allgemeinen*

Bis zum heutigen Zeitpunkt konnten die nationalen Gesetzgeber<sup>57</sup> – sofern sie dies wollten –<sup>58</sup> bei der Umsetzung der europäischen Problem-Impulsvorgaben<sup>59</sup> das Defizit der dem Sekundärrecht anhaftenden, fehlenden rechtssystematischen Durchdringung und seiner fehlenden Abstimmung mit dem nationalen Normengefüge weitestgehend dadurch »abmildern«, dass sie über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinausgingen.<sup>60</sup> Um mit einer Metapher zu sprechen, konnten sie die aus Brüssel vorgegebenen Rechtsbausteine durch die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung so »zurechtschleifen«, dass sie bzgl. der nationalen Rechtsordnung »passfähig« wurden.

### *(1) Notwendige Modifizierung des äußeren Systems*

Diese Chance der störungsfreien Einbindung des fremden Rechts in die nationale Rechtsordnung über den Weg der überschießenden Richtlinienumsetzung betrifft dabei nicht nur die kontinentalen, kodifizierten Rechtsordnungen. Denn das Problem des notwendigen Erhalts der Kohärenz der nationalen Rechtssysteme, das mit der Transformation der Richtlinien einher geht, ist auch in Großbritannien nicht (oder nur vordergründig) durch die bloße Addition der europäisch inspirierten Rechtsmaterie zum Recht des Nationalstaates ausgeschaltet. Egal wo und wie transformiert wird, im Sinne der sicherzustellenden Effizienz der nationalen Rechtsordnung geht es neben der Addition von Rechts-

<sup>56</sup> Die effektive Umsetzung von Richtlinien-Vorschriften bedarf immer der Ergänzung durch autonomes mitgliedstaatliches Recht. Wie soll z. B. die Verletzung von Informationspflichten nach der Pauschalreise-Richtlinie sanktioniert werden? Da muss man auf § 311 BGB bzw. § 280 BGB zurückgreifen, denn das europäische Recht hat (noch) längst nicht die Regelungsdichte, dass aus seinem System heraus alle Lücken, die eine »vertikale« Regelung notwendigerweise lässt, geschlossen werden könnten.

<sup>57</sup> Weder in Griechenland noch in Österreich oder in Deutschland beschränkte man sich etwa auf die bloße Umsetzung der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, sondern sah zur Wahrung der Systemgerechtigkeit Bedarf für eine aus europäischer Sicht überobligationsmäßige Anpassung der allgemeinen Kaufrechtsordnung. In einigen anderen Ländern mit »modernen« Kaufrechten, wie z.B. dem 7. Buch des niederländischen *Burgerlijke Wetboek* und dem schwedischen *Köplagen*, konnte sich der Gesetzgeber nur deshalb ruhigen Gewissens zurücklehnen, ohne die Bürde der grundlegenden Neujustierung zu tragen, weil sich diese jungen Kaufrechtsordnungen ebenso wie die Richtlinie am Vorbild der CISG orientierten, so dass naturgemäß geringer Abstimmungsbedarf bestand, zum Ganzen *Tröger*, ZEuP 2003, 525, 527 ff.

<sup>58</sup> Viele sehen da durchaus auch keinen Bedarf, weil sie bestehende Abstimmungsnotwendigkeiten im inneren und äußeren System einfach ignorieren oder hier keine hochambitionierten Ansprüche verfolgen, was aus Gründen der Kohärenz der (nationalen) Rechtsordnung aber problematisch ist.

<sup>59</sup> *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5; *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), 71, 102.

<sup>60</sup> *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

materien immer auch um eine übersichtliche Darstellung sowie Gliederung der gesamten Rechtsmasse, d.h. des »äußeren« (nationalen) Systems. Schon dieser erste Schritt ist oft nicht leicht zu bewältigen.

(2) *Notwendige Modifizierung des inneren Systems*

Die Auswirkungen der Implementierung des europäischen Rechts gehen aber noch weiter. Denn über die Einbindung neuer Rechtsmaterien kommt es notwendigerweise auch zu Änderungen im »inneren System«, das sich ausdrückt im Zusammenspiel der die Einzelvorschriften bestimmenden Grundsätze, ihrer Reichweite und wechselseitigen Beschränkungen. Die Notwendigkeit der äußeren wie der inneren Neujustierung des betroffenen nationalen Rechtsbereiches infolge europäisch inspirierter Regelungsvorgaben ergibt sich nicht lediglich aus einem juristisch-ästhetischen Grundansatz der jeweiligen Rechtsordnung, er resultiert vielmehr aus der Notwendigkeit, »dass das Recht mit einer Stimme zu sprechen hat« (Cicero), und das gilt sowohl für den kontinentaleuropäischen kodifizierten wie für den *Common Law* Rechtsraum. Dieses Postulat ist selbst wiederum Ausdruck des jedem Rechtsstaat zugrunde liegenden Gedankens, nämlich dem der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.<sup>61</sup>

*bb. Besondere Relevanz für die »hochgezüchtete« deutsche Zivilrechtskodifikation*

Die Schwierigkeit der Aufgabe, die (äußere wie innere) Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu wahren, steigt freilich erheblich mit dem Grad der erreichten Systematisierung und Geschlossenheit des vorhandenen Normenbestandes. Es ist deshalb plausibel, dass sich gerade in einem relativ geschlossenen Normenumfeld das »Störungspotential« des problemimpulsorientierten,<sup>62</sup> in sich inkohärenten Sekundärrechts stark erhöht. So kommt es nicht von ungefähr, dass sich gerade der deutsche Gesetzgeber mit seiner »hochgezüchteten Zivilrechtskodifikation«<sup>63</sup> oft genötigt sieht, das Mittel der überschießenden Umsetzung anzuwenden, um die europäischen Vorgaben in seine nationale Systematik einzupassen.<sup>64</sup> Im Prinzip ist dieses Problem aber aus dem eingangs geschilderten Grund nicht nur hier verhaftet, wenngleich es bei hochgezüchteten Kodifikationen freilich Friktionspotentiale noch stärker erkennbar werden lässt.

*cc. Mindeststandardprinzip und Friktionspotential*

Würde dem nationalen Gesetzgeber nun die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung genommen, käme es unweigerlich zu vermehrter Rechtsverunsicherung sowohl für den Verbraucher als auch für den Unternehmer, da aufgrund verstärkter Einpassungsschwierigkeiten der europäischen Regelungsvorgaben in

61 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1983), S. 40 ff.; *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), S. 31 ff.

62 *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5; *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), 71, 102.

63 Zu diesem Befund vgl. *Flessner*, *JZ* 2002, 14, 16; *Flume* (ZIP 2000, 1427), spricht bereits im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform von schwierig zu bewältigenden Einbrüchen in das BGB als »Kulturdenkmal«.

64 *Tröger*, *ZEuP* 2003, 525 ff.; *Hommelhoff*, *FS* 50 Jahre BGH (2000), Bd. II, S. 889, 914; *Habersack/Mayer*, *JZ* 1999, 913, 914; *Schulze*, in: *Schulze-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Auslegung des europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts* (1999), S. 9, 17; *Mayer/Schürmbrand*, *JZ* 2004, 545; *Roth*, *FS* 50 Jahre BGH (2000), Bd. II, S. 847, 880; *Schnorbus*, *RabelsZ* 65 (2001), 654, 669.

die nationalen Rechtsordnungen diese selbst unter erheblichen Kohärenz- und damit Effizienzverlusten leiden würden.

*dd. Kohärenz- und Effizienzverluste werden nicht zeitnah durch umfassendes EU-Recht aufgewogen*

Falls man dieses Problem nun mit dem Hinweis ausblenden wollte, dass der Kohärenzverlust der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ein vernachlässigenswertes Problem sei, da dieser kurz- bis mittelfristig sowieso durch ein EU-einheitliches Zivilrecht aufgewogen werde, dann sei hier noch einmal eindringlich daran erinnert, dass das Gemeinschaftsrecht im Bereich des Zivilrechts noch lange nicht so weit gediehen ist, dass es sich mit einer nationalen Zivilrechtsordnung (bzw. –kodifikation) messen lassen könnte.<sup>65</sup> Das (sekundäre) Gemeinschaftsrecht im Bereich des Zivilrechts ist bislang äußerst fragmentarisch geregelt, wenngleich die viel beschriebenen »Inseln«<sup>66</sup> des europäisch inspirierten Zivilrechts sich langsam, aber stetig zu Archipelen ausweiten. Eine europäisch geleitete Gesamtkodifikation, die (theoretisch) auch *peu à peu* in die nationalen Rechtsordnungen hineingetragen werden könnte, steht (unabhängig von der Problematik des Wertes einer solchen Vollharmonisierung<sup>67</sup> und des dazu nötigen politischen Willens und der Akzeptanz der Bevölkerung) noch nicht einmal mittelfristig zu erwarten. Die Diskussion<sup>68</sup> über das europäische Vertragsrecht verläuft viel zu langsam, als dass man schon heute darauf setzen und das Mindeststandardprinzip aufgeben könnte, auch wenn die Kommission die Überarbeitung des verbraucherrechtlichen *Aquis* und das Entstehen von europäischem Verbraucherrecht miteinander verbinden möchte.<sup>69</sup>

*g. Mögliche finanzielle Probleme einer vollkommenen Rechtsumstellung*

Schlussendlich wären wohl auch volkswirtschaftliche Einwände gegen den derzeit verfolgten Vollharmonisierungsansatz ins Feld zu führen. Es ist klar und bedarf keiner näheren Erklärung, dass mit der breitflächigen Einführung von verbraucherrechtlichen Richtlinien neuer, d.h. vollharmonisierender Qualität zunächst einmal erhebliche Rechtsumstellungs- und wirtschaftliche Anpassungskosten für alle Beteiligten (gerade auch die Unternehmen) verbunden wären. Diese Kostenlast wäre aber in der zu erwartenden Dimension nur dann zu rechtfertigen, wenn sie zumindest mittelfristig durch ein funktionsfähiges, d.h. kohärentes Zivilrecht aufgewogen werden könnten. Ein solches steht jedoch im Hinblick auf die oben geschilderten (Transformations- und Regelungs-) Probleme der Nationalstaaten bei der Implementierung des forcierten neuen EU-Rechts noch nicht mal mittelfristig zu erwarten.

65 Zum Stand des gemeinsamen Referenzrahmens vgl. etwa *Zimmermann*, ZEuP 2007, 109 ff.; *Meyer*, BB 2004, 1285, 1287.

66 *Ritter*, JZ 1995, 849, 851.

67 Dazu vgl. oben.

68 *Gebauer/Wiedemann*, in: *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (2005), S. 5; *Tonner*, in: *FS Derleder* (2005), S. 145 ff.; *Zimmermann*, ZEuP 2007, 109 ff.; *Lehne*, ZEuP 2007, 1, 2; *Dauner-Lieb*, *Anwaltsblatt* 2006, 430, 434; *Reich* (Fn. 30), 374 ff.; *Weatherill*, in: *Micklitz* (Hrsg.), *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven* (2005), S. 15, 27 ff.

69 Vgl. den Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2005), 456.

Was bleibt ist, Resümee zu ziehen: Die Kommission propagiert die Vollharmonisierung mit dem Argument, der Verbraucher würde nur dann grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen nachfragen und damit die ihm zugedachte Rolle bei der Realisierung des Binnenmarktes spielen, wenn er nicht befürchten müsste, bei grenzüberschreitenden Transaktionen in eine rechtliche *terra incognita* zu geraten. Diese *terra incognita* wirke sich zugleich auch negativ für die Tätigkeit kleinerer Unternehmen aus. Der Beitrag liefert ein grundsätzliches Plädoyer dafür, dass die Gemeinschaft und ihr Selbstverständnis sich auf mehr gründen als auf die bloße Binnenmarktzielsetzung und das damit korrespondierende Ziel nach möglichst schneller Vereinheitlichung in allen Rechtsbereichen. Steht man hinter dieser Grundsatzthese, ist der Vorteil der Optimierung des Binnenmarktes durch die Schaffung vollharmonisierender Rechtsregelungen im Bereich des Verbraucherschutzes in stete Abwägung zu bringen mit anderen, ebenfalls identitätsstiftenden Werten der EU. Freilich stellt dieser Abwägungsvorgang einen Balanceakt und eine große Herausforderung dar. Gerade ihm muss man sich jedoch stellen. Ihn zu bewältigen bedarf den Blick für das Ganze und nicht zuletzt hoher juristischer wie sozialer Kompetenz. Ein wichtiger Gradmesser für die Güte dieses Vorgangs ist die Herstellung einer *praktischen Konkordanz* zwischen wirtschafts- und verbraucherpolitischer Zielsetzung auf horizontaler, d.h. europäischer Ebene. Gleiches gilt aber auch für die einzufordernde Abstimmung der EU mit den sie tragenden Mitgliedstaaten, die auch weiterhin dem Gedanken der partnerschaftlichen Zusammenarbeit verpflichtet sein muss. Letztendlich zwingen vor dem Hintergrund dieses Postulats die hier vorgetragenen Argumente bei der Verteilung von Kompetenzen in hoch regelungsbedürftigen Bereichen wie dem Verbraucherschutz zu einem respektierlichen Umgang mit dem basisdemokratischen und föderalen Ansatz unter Einbeziehung des Grundsatzes der beschränkten Einzelermächtigung sowie der Subsidiarität. Eine Beachtung all dieser Elemente ist derzeit aber nur über die Beibehaltung des Mindeststandardprinzips im Verbraucheraquis zu erreichen. Der Kommission ist daher im Hinblick auf ihre jüngste Grünbuchvorlage zu raten, diesen in sich ausgewogenen und bewährten Pfad bei der zukünftigen Ausgestaltung des europäischen Verbraucherschutzrechts nicht zu verlassen.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Zu einer im Ergebnis gleichen Stellungnahme des Bundesrates vom 11.05.2007 vgl. VuR 2007, 219 f.