

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 12/2001

24. Juni · 12. Jahrgang 2001 · Seite 353 – 384

Redaktionsanschrift: Palmengartenstraße 6, 60325 Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Europäisierung des Privatrechts durch Direktwirkung des Gemeinschaftsrechts?

Die Lösung privatrechtlicher Problemstellungen durch Anwendung formell höherrangigen Rechts hat Konjunktur: In Deutschland hat die Rechtsprechung des *BVerfG* zur Sittenwidrigkeit bestimmter Familienbürgschaften (*BVerfGE* 89, 214 = *NJW* 1994, 36) und Eheverträge (*BVerfG*, *NJW* 2001, 957) der Frage nach dem Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht neue Aktualität verschafft. Vergleichbare Tendenzen zur direkten Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf private Rechtsverhältnisse lassen sich in der jüngsten Rechtsprechung des *EuGH* erkennen. Auf den ersten Blick scheint dies ein besonders einfacher und eleganter Weg zur Privatrechtsharmonisierung ohne den „Umweg“ über die nationalen Legislativen zu sein. Doch dieser Schein trügt.

Auf dem Felde der Positivintegration lehnt der *EuGH* nach wie vor eine unmittelbare Bindung Privater an den Inhalt von EG-Richtlinien ab: Das nationale Privatrecht ist richtlinienkonform auszulegen. Aber die Richtlinie tritt nicht an die Stelle offener richtlinienwidriger Normen (vgl. etwa *EuGH*, Slg. 1994, I-3325 Rdnrn. 20 ff. = *EuZW* 1994, 498 – *Faccini Dori*). Allerdings hat der *EuGH* seiner Judikatur mit der Rechtssache *Unilever* einen neuen Akzent hinzugefügt: Gegenstand des Ausgangsverfahrens war ein Kaufvertrag über Olivenöl, dessen Etikettierung nicht dem nationalen Recht entsprach. Der Käufer verweigerte deshalb die Bezahlung. Die nationale Regelung war allerdings ihrerseits unter Verstoß gegen die Info-Richtlinie 83/189/EWG erlassen worden. Der *EuGH* entschied gegen den Vorschlag des Generalanwalts, dass die Etikettierungsnorm wegen dieses Verfahrensverstößes auch in Zivilrechtsstreitigkeiten unbeachtet bleiben müsse, gerade weil die Info-Richtlinie nicht unmittelbar den materiellen Inhalt der letztlich streitentscheidenden privatrechtlichen Norm festlege und Verpflichtungen Einzelner begründe (vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-7535 Rdnrn. 51 f. = *EuZW* 2001, 153). Die Auffassung, dass eine Richtlinie gerade deshalb mittelbar auf den Ausgang privater Streitigkeiten einwirken kann, weil sie *nicht* darauf abzielt, es zu tun, ist nicht ohne weiteres eingängig. Doch bleibt der *EuGH* immerhin formell seiner Auffassung treu, dass die Missachtung von EG-Richtlinien durch einen Mitgliedstaat nicht *unmittelbar* zu Lasten Privater wirken darf.

In seiner Spruchpraxis zur Wirkung der Personenverkehrsfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG geht der *EuGH* weiter: In der Rechtssache *Lehtonen* bestätigte er seine *Bosman*-Rechtsprechung, nach der sogar unterschiedslos anwendbare *private* Regelungen jedenfalls dann *unmittelbar* an Art. 39 EG zu messen sind, wenn sie geeignet sind, den Zugang zu einem ganzen Beruf in einem Mitgliedstaat effektiv zu versperren (vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-2681 = *EuZW* 2000, 375). In der Rechtssache *Ferlini* unterzog er eine Ausländer diskriminierende Gebührenregelung eines Krankenhausverbandes der Kontrolle am Maßstab des Art. 12 EG und stellte klar, dass auch Private Verbotsadressaten dieser Norm sein können (vgl. *EuGH*, Slg. 2000,

I-8081). Hervorgehobene Bedeutung kommt der Grundsatzentscheidung *Angonese* zu. Gegenstand des Ausgangsverfahrens war eine Stellenausschreibung einer Bozener Bank, die als Bedingung den Besitz einer bestimmten öffentlichen Bescheinigung über die deutsch-italienische Zweisprachigkeit festsetzte. Der *EuGH* hielt dies für materiell diskriminierend, weil Bozener typischerweise über diese Bescheinigung verfügten, Ausländer dagegen nicht. In ausdrücklicher Parallelisierung mit seiner *Defrenne II*-Rechtsprechung zu Art. 141 EG erkannte er dem Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit unmittelbare Drittwirkung gegenüber jedermann und in Bezug auf alle privaten Rechtsgeschäfte zu (vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-4139 Rdnrn. 34 ff. = *EuZW* 2000, 468).

Hinter dieser Rechtsprechung steht ausdrücklich das begrüßenswerte Ziel, zu verhindern, dass den Mitgliedstaaten durch die Grundfreiheiten verbotene Marktzugangshindernisse von Privaten neu errichtet werden. Gleichwohl erscheint der vom *EuGH* eingeschlagene Weg bedenklich. Die Kontrolle von Verbänden, deren rechtliche oder tatsächliche Macht sie in die Lage versetzt, den Zugang zu einem nationalen Markt effektiv zu versperren, kann und sollte mittels der eigens zu diesem Zweck geschaffenen Wettbewerbsregeln erfolgen. Auf diese Alternative hat schon Generalanwalt *Lenz* in seinen Schlussanträgen zur *Bosman*-Entscheidung hingewiesen. Wo die Wettbewerbsregeln mangels Adressatenstellung der Akteure oder Spürbarkeit der Wettbewerbs- oder Handelsbehinderung ausscheiden, muss eine auf offener Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb (Art. 4 EG), persönlicher Freiheit und Achtung der Grundrechte (Art. 6 EU) basierende Union sich die Frage stellen, ob es überhaupt einer staatlichen Kontrolle privaten Verhaltens bedarf. Bejaht man dies, so sollte der *effet utile* der Grundfreiheiten zunächst den Mitgliedstaaten gegenüber ausgeschöpft werden, bevor man sie gegen Private wendet. Der *EuGH* selbst hat diese zweite Regelungsalternative in seiner Rechtsprechung zur Richtlinienwirkung und zur Warenverkehrsfreiheit aufgezeigt (vgl. insb. *EuGH*, Slg. 1997, I-6959 = *EuZW* 1998, 14).

Die Verlässlichkeit privater Rechtsgeschäfte ist gerade in einem ohnehin schon durch Rechtsvielfalt verunsicherten Binnenmarkt von eminenter Bedeutung. Die kartellrechtliche Kontrolle trägt dem privaten Rechtssicherheitsinteresse (abgesehen von den tatbestandlichen Begrenzungen der Wettbewerbsregeln) durch die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 III EG Rechnung. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten existiert weder eine behördliche Freistellungsmöglichkeit, noch sind die Grundfreiheitenormen aus sich heraus bestimmt genug, um privatem Verhalten hinreichend klare Grenzen zu setzen. Wer den Binnenmarkt durch unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten zu schützen sucht, läuft daher Gefahr, das Kind mit dem Bade auszuschütten.

Dr. Torsten Körber, Göttingen