

## Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009

Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts.  
Osnabrücker Tagung 2.–5. September 2009

Bearbeitet von  
Christoph Busch, Christina Kopp, Mary R McGuire, Martin Zimmermann

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 434 S. Paperback  
ISBN 978 3 415 04464 7  
Format (B x L): 14,5 x 20,8 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Rechtsvergleichung und grenzüberwindende Jurisprudenz im Gemeinschaftsrecht

Sebastian A.E. Martens

## Inhalt

<b>I. Einleitung</b>	27
<b>II. Begriff und Aufgabe der Rechtsvergleichung</b>	29
1. Das klassische Verständnis	29
2. Die Bedeutung im europäischen Privatrecht	31
<b>III. Grenzüberwindende Jurisprudenz in der Europäischen Rechtsordnung</b>	33
<b>IV. Konsequenzen der begrifflichen Differenzierung</b>	34
1. Die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte	34
2. Die Fortbildung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH und gemeinsame allgemeine Rechtsgrundsätze	38
3. Die wissenschaftliche Bearbeitung des europäischen Rechts	41
<b>V. Praktische Voraussetzungen grenzüberwindender Jurisprudenz</b>	43
1. Verfügbarkeit der Quellen	43
2. Das Problem der Sprachenvielfalt	46
<b>VI. Zusammenfassung</b>	49

## I. Einleitung

In der entstehenden Rechtsordnung des Europäischen Rechts löst sich die Jurisprudenz immer mehr von den Fesseln nationaler Grenzen und überwindet damit ihre „demütigende, unwürdige“ Degradierung zur „Landesjurisprudenz“<sup>1</sup>. Die nationalen Gerichte berücksichtigen (noch nicht immer ausreichend, aber doch stärker als früher) Rechtsprechung aus anderen Mitgliedstaaten, der EuGH entwickelt allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts häufig aus rechtsvergleichender Forschung, und die Wissenschaft nimmt in zunehmendem Maße die ausländische Produktion zur Kenntnis.

Allerdings werden diese Tätigkeiten mit dem Begriff und Konzept der Rechtsvergleichung teilweise nur unzureichend erfasst. Die Disziplin der Rechtsvergleichung entstand in ihrer modernen Form als Reaktion auf die verschiedenen nationalen Kodifikationen im 19. Jahrhundert und die damit

---

<sup>1</sup> Vgl. die Einschätzung der Situation im 19. Jahrhundert bei *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil I, 7./8. Aufl. 1924, S. 15.

verbundene Nationalisierung<sup>2</sup> der juristischen Wissenschaft und Praxis<sup>3</sup>. Der zuvor lebhafte gemeineuropäische juristische Diskurs im *ius commune* war verstummt<sup>4</sup>. Soweit ein Bedürfnis nach internationaler Zusammenarbeit bestand, konnte dem nur noch im Wege der Rechtsvergleichung in prinzipieller Anerkennung der trennenden Grenzen und der von ihnen eingeschlossenen autark-souveränen Rechtsordnungen Rechnung getragen werden. Heute, da ein neues *ius communitatis Europaeae* bereits existiert und weiter im Wachsen begriffen ist, muss die Aufgabe der Rechtsvergleichung in Europa neu bestimmt und ihre Stellung gegenüber einer nunmehr erneut notwendigen grenzüberwindenden und einstmals vielleicht grenzenlosen europäischen Jurisprudenz festgelegt werden.

Denn nicht jede internationale Kooperation im Recht ist Rechtsvergleichung. Zwar kann die Anwendung und Bearbeitung des europäischen Gemeinschaftsrechts selbstverständlich nicht isoliert innerhalb von rechtlich insoweit bedeutungslosen Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten vorgenommen werden. Nimmt man die Vorstellung einer europäischen Rechtsordnung ernst, dann muss man in Deutschland französische Rechtsprechung und Wissenschaft zum Europäischen Recht ebenso beachten, wie man dies innerhalb Deutschlands von Hamburgern im Verhältnis zu Bayern (und umgekehrt) verlangt<sup>5</sup>. Der Blick über die Grenze ist hier kein Luxus nur fakultativer Rechtsvergleichung, sondern muss selbstverständlich im Sinne echter grenzüberwindender Jurisprudenz sein. Rechtsvergleichung im klassischen Sinn, d. h. der Vergleich verschiedener Rechtsordnungen, ist in einer solchen föderalen<sup>6</sup> Rechtsordnung nur hinsichtlich

---

2 Bereits im *usus modernus* hatten sich nationale Varianten des Rechts herausgebildet, die aber immer noch als „Varianten eines im Grunde einheitlichen Themas“ gedacht wurden. Erst im Zeitalter der Kodifikationen kam es zur nationalen Abschottung, vgl. HKK/Zimmermann, vor § 1 Rdn. 2.

3 Doch siehe auch *Donahue*, in: Zimmermann/Reimann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 4 ff., der Rechtsvergleichung auch schon für die Zeit vor dem Code Napoléon nachweist. Aber erst im 19. Jahrhundert stieg die Rechtsvergleichung zu einer eigenständigen Disziplin der Rechtswissenschaft auf; zuvor gab es allenfalls Ansätze dazu.

4 Vgl. ausführlich zum Ende des *ius commune*, zur Nationalisierung des Rechts und zum Aufstieg der Rechtsvergleichung *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 1, 18 ff.

5 Vgl. schon *Basedow*, *Nationale Justiz und Europäisches Privatrecht – Eine Vernetzungsaufgabe*, 2003, S. 21: „Ebenso wie Oberlandesgerichte verschiedener Bundesländer in Deutschland ihre Rechtsprechung zum deutschen Recht gegenseitig zur Kenntnis nehmen, sollte dies im Hinblick auf europäische Rechtsakte auch zwischen den Obergerichten verschiedener Mitgliedstaaten geschehen.“

6 Der Begriff „föderal“ soll hier nur aussagen, dass die Europäische Rechtsordnung in einer Vielzahl von Mitgliedstaaten einheitlich gilt. „Föderal“ soll keine Wertung über die Legitimationsgrundlage des Europäischen Rechts enthalten (vgl. anders BVerfG, Urt. v. 30. 06. 2009 – 2 BvE 2/08, Rdn. 231 ff., 247, wo mit „föderal“ eine Legitimation in einem Staatenverbund von oben

der Auslegung und Anwendung von Regelungen auf mitgliedstaatlicher, nicht aber auf gemeinschaftlicher Ebene erforderlichlich.

Im Folgenden möchte ich die Differenzierung zwischen Rechtsvergleichung und grenzüberwindender Jurisprudenz näher ausführen. Dazu stelle ich zunächst knapp den herkömmlichen Begriff und die Aufgabe der Rechtsvergleichung dar (II.) und entwickle dann in Abgrenzung hierzu die Charakteristika der grenzüberwindenden Jurisprudenz im Europa der 27 (III.). Sodann gehe ich auf die methodischen Folgerungen der Differenzierung für die Anwendung und Bearbeitung des europäischen Rechts ein, wobei ich mich auf die eingangs geschilderten drei Komplexe der Zusammenarbeit mitgliedstaatlicher Gerichte, der Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch den EuGH und die wissenschaftliche Bearbeitung des Gemeinschaftsrechts beschränke (IV.), und widme mich abschließend den praktischen Voraussetzungen der grenzüberwindenden Jurisprudenz in der Europäischen Rechtsordnung (V.).

## II. Begriff und Aufgabe der Rechtsvergleichung

### 1. Das klassische Verständnis

Wer „Rechtsvergleichung“ betreibt, setzt verschiedene Rechtsordnungen und ihre jeweiligen Lösungen für als regelungsbedürftig erkannte Probleme zueinander in Beziehung<sup>7</sup>. Rechtsvergleichung setzt damit die Existenz unterschiedlicher Rechtsordnungen voraus. Über das Ziel solcher Vergleichung von Rechtsordnungen besteht keine Einigkeit. *Ernst Rabel* hielt die Diskussion um die Aufgabe der Rechtsvergleichung für müßig und meinte, dass die „Ziele der Rechtsvergleichung so mannigfaltig wie die der Rechtswissenschaft überhaupt“ wären. Statt sie um lediglich eines dieser Ziele willen zu betreiben, forderte er eine systematische, reine Rechtsvergleichung, bereinigt von jedem Zweckdenken, allein ausgerichtet auf Erkenntnis<sup>8</sup>. Will sich die Rechtsvergleichung jedoch nicht auf die Erstellung von Länderberichten beschränken, sondern diese auch vergleichen, so muss dies unter einer bestimmten gewählten Fragestellung geschehen. Denn vergleichbar sind zwei Gegenstände nie als solche, sondern stets nur bezogen auf eine bestimmte Frage, die das *tertium comparationis* festlegt.

Daher ist Rechtsvergleichung auch nie in „reiner“ Form betrieben worden, und es hat sich trotz *Rabel* eine Reihe von Aufgaben für sie heraus-

---

nach unten und mit „supranational“ eine Legitimation von unten nach oben bezeichnet wird; siehe aber auch BVerfG, a. a. O., Rdn. 368, wo die EU ein „föderaler Verbund“ genannt wird).

<sup>7</sup> *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 2; vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 2.

<sup>8</sup> *Rabel*, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, in: Gesammelte Aufsätze, Bd. III, S. 185 f., wohl in Anlehnung an Kelsens Programm einer reinen Rechtslehre.

gebildet. Am ältesten ist dabei ihr Einsatz zur Unterstützung des Gesetzgebers. Seit dem 19. Jahrhundert gehen etwa in Deutschland neuen Gesetzen regelmäßig umfangreiche rechtsvergleichende Studien voraus, um mögliche Lösungen des zu regelnden Problems und ihre Bewährung im Alltag zu ermitteln<sup>9</sup>.

Von großer Bedeutung ist die Rechtsvergleichung auch für den Bereich der Rechtsvereinheitlichung, sei es für die Entwicklung internationalen Einheitsrechts wie des UN-Kaufrechts, sei es für die Erarbeitung übernationaler Prinzipien wie der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts oder der diversen Projekte dieser Art in der EU, auf die ich später noch näher eingehen werde<sup>10</sup>.

Stets betont wird der Wert der Rechtsvergleichung für die juristische Ausbildung, da so zum einen das später auch im Beruf notwendige internationale Denken gefördert wird und zum anderen das Verständnis für die Bedingtheit der eigenen Rechtsordnung, der sonst allzu schnell ein beinahe naturrechtlicher Wahrheitsanspruch beigemessen wird<sup>11</sup>. Trotz ihrer kaum zu bestreitenden Nützlichkeit teilt die Rechtsvergleichung freilich das Schicksal aller Grundlagenfächer und wird weiterhin im Studium allenfalls ganz oberflächlich betrieben.

Problematisch und umstritten ist der Beitrag der Rechtsvergleichung zur praktischen Arbeit am geltenden Recht. Als vollwertiges Mitglied im Methodenkanon wird sie nur im Bereich des IPR anerkannt, wo sie z. B. bei der Qualifikation sogar rechtlich geboten ist<sup>12</sup>. In Bezug auf die Auslegung des Sachrechts kommt ihr aber nach h. M. bloß eine „bescheidene“<sup>13</sup>, „ganz untergeordnete“<sup>14</sup> Rolle zu. Denn sie kann lediglich eine „Fülle von Lösungen“<sup>15</sup> aufzeigen, ohne ein Kriterium für die Entscheidung bereitzuhalten, welche dieser Lösungen für das jeweilige Problem in der geltenden Rechtsordnung auszuwählen ist. Auf die den Juristen vor allem interessierende Frage nach der normativen Wertung im System des geltenden Rechts kann die Rechtsvergleichung regelmäßig nicht antworten. Daher wird der Einsatz der Rechtsvergleichung auch besonders im Bereich der Rechtsfortbildung gefordert<sup>16</sup>, wobei allerdings ihre normative Kraft hier ebenfalls letztlich unbegründet bleibt.

---

9 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), S. 14 ff.

10 Siehe unten, II.2.

11 Vgl. *Kötz*, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl. 1999, S. 149, 158 ff.

12 Vgl. v. *Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 2 Rdn. 97 ff.

13 So v. *Bar/Mankowski* (Fn. 12), § 2 Rdn. 97.

14 So *Canaris*, *JZ* 1987, 549.

15 So *Ernst Zitelmann* zitiert nach *Rabel* (Fn. 8), S. 184.

16 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), S. 16 ff.

## 2. Die Bedeutung im europäischen Privatrecht

Aufgrund der Europäisierung des Privatrechts erlebt die akademische Rechtsvergleichung seit den 90er-Jahren des 20. Jahrhunderts eine Blütezeit. Insbesondere die Ermittlung gemeinsamer Regeln im Wege der rechtsvergleichenden Erarbeitung sogenannter *Principles* ist geradezu zur Modeaufgabe zahlreicher Forschergruppen geworden. Vom Erfolg der *Principles of European Contract Law* der nach ihrem Gründer benannten „Lando-Kommission“<sup>17</sup> inspiriert sind mittlerweile auch *Principles* zum Deliktsrecht, zu Teilen des Familienrechts sowie zum Recht des Trusts veröffentlicht worden. Weitere Rechtsgebiete sollen folgen. Ein „Exzellenznetzwerk“ europäischer Juristen hat, angestoßen durch entsprechende Ideen des Europäischen Parlaments und der Kommission, einen sogenannten „Draft Common Frame of Reference“<sup>17</sup> vorgelegt, der den Charakter eines Zivilgesetzbuchs trägt und das gesamte Vermögensrecht abdeckt<sup>18</sup>.

Das bereits bestehende Gemeinschaftsprivatrecht wird von diesen Vereinheitlichungsprojekten allerdings bislang nur unzureichend berücksichtigt. So wird der sogenannte *acquis communautaire* von den *Principles of European Contract Law* gar nicht beachtet, und die Ergebnisse der (ausdrücklich nicht rechtsvergleichend arbeitenden) „Acquis Gruppe“<sup>19</sup>, die sich eigentlich der Systematisierung des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts und der Herausarbeitung übergreifender Prinzipien verschrieben hatte<sup>20</sup>, gehen im reformatorischen Eifer teilweise deutlich über dieses Ziel hinaus und bedürfen jedenfalls dringend weiterer Diskussion<sup>21</sup>.

Die Bemühungen um eine Verbesserung des Gemeinschaftsprivatrechts *de lege ferenda* durch den Entwurf kodifikationsähnlicher *Principles* oder eines systematisierten *acquis communautaire* dürfen nicht verdecken, dass der Rechtsvergleichung auch wichtige Funktionen bei der Auslegung und Fortbildung des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts zukommen. Denn das europäische Recht ist zwar eine eigene Rechtsordnung mit eigenen Rechtsquellen und Methoden. Aber es existiert doch nicht autark, sondern

17 v. Bar u. a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition*, 2008.

18 Ausführlich zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Einheit des europäischen Privatrechts Zimmermann, in: ders./Reimann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 539 ff. Zur Kritik am DCFR vgl. Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 ff.

19 *Research Group on the Existing EC Private Law* (Hrsg.), *Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007; *dies.*, *Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, 2009.

20 Vgl. Schulte-Nölke, ZGS 2002, 261.

21 Vgl. die ausführliche Kritik von Zimmermann/Jansen, MLR 2008, 505 ff. am ersten Teil der *Acquis Principles*.

vor dem Hintergrund der gemeinsamen Werte und Überlieferungen der Mitgliedstaaten, in deren Gefüge es sich möglichst bruchlos einfügen muss.

Daher sind die Begriffe des Gemeinschaftsprivatrechts zwar autonom zu entwickeln. Hierbei muss aber stets rechtsvergleichend untersucht werden, ob und wie sich bestimmte Lösungen als gemeineuropäische Rechtsgrundsätze begreifen und in die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten einpassen lassen<sup>22</sup>. Denn die Gemeinschaftsorgane sind zur loyalen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten verpflichtet<sup>23</sup>. Ebenso wie das Recht der Mitgliedstaaten europarechtskonform ausgelegt werden muss, besteht auf europäischer Ebene die Pflicht, das Gemeinschaftsrecht mit Rücksicht auf die Mitgliedstaaten auszulegen. Diese gebotene wechselseitige Rücksichtnahme ist notwendige Voraussetzung jeder funktionsfähigen föderalen Ordnung und Ausfluss der im Gemeinschaftsrecht so genannten Unionstreue<sup>24</sup>.

Das Gemeinschaftsrecht inkorporiert außerdem etwa im Bereich der außervertraglichen Haftung (Art. 288 Abs. 2 EGV) oder der Grundrechte (Art. 6 Abs. 2 EUV) allgemeine Rechtsgrundsätze, die sich aus den gemeinsamen Überlieferungen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergeben. Die Ermittlung solcher allgemeinen Rechtsgrundsätze kann nur unter Zuhilfenahme der Rechtsvergleichung geschehen<sup>25</sup>. Dabei muss freilich der dynamische und zweckorientierte Charakter des Gemeinschaftsrechts beachtet werden. Die gemeinsame Tradition der Mitgliedstaaten muss deshalb auf das Wertesystem des Gemeinschaftsrechts hin bezogen werden. Auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des EuGH werde ich später noch ausführlicher eingehen<sup>26</sup>.

Schließlich behält die Rechtsvergleichung ihre traditionellen Aufgaben im weiten Bereich des nicht angeglichenen rein nationalen Rechts.

---

22 Vgl. schon *Bleckmann*, ZVglRWiss 75 (1976), 106 ff.

23 EuGH, Urt. v. 6. 12. 1990, Rs. C-2/88, Slg. 1990, I-3365, 3372 – *Zwartveld*.

24 Vgl. zum Begriff der Unionstreue *Zuleeg*, NJW 2000, 2846 ff.; *Unruh*, EuR 2002, 41 ff. Vgl. zum Begriff der funktionsäquivalenten Bundestreue in Deutschland BVerfGE 1, 299, 315 und umfassend *Bauer*, Die Bundestreue, 1992. Im Gemeinschaftsrecht ist die Pflicht der Rücksichtnahme der Gemeinschaft auf die Mitgliedstaaten besonders groß, da das Gemeinschaftsrecht seine Legitimation nur von entsprechenden Ermächtigungen der Mitgliedstaaten ableitet, die ihre Rechtfertigung ihrerseits in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen finden, vgl. in diesem Sinne BVerfG, Urt. v. 30. 06. 2009 – 2 BvE 2/08, Rdn. 231 ff.

25 Vgl. grundlegend *Bleckmann*, ZVglRWiss 75 (1976), 106, 109 ff. Umfassend zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen im europäischen Privatrecht *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009.

26 Siehe unten, IV.2.

### III. Grenzüberwindende Jurisprudenz in der Europäischen Rechtsordnung

Nicht jede juristische grenzüberschreitende Tätigkeit innerhalb der europäischen Rechtsordnung lässt sich adäquat mit dem Begriff der Rechtsvergleichung erfassen. Zusammengesetzt aus Recht und Vergleichung könnte Rechtsvergleichung zwar grundsätzlich sämtliche Formen vergleichender Arbeit im Recht beschreiben. Da aber nahezu jede juristische Tätigkeit und Argumentation Vergleichung erfordert und nutzt<sup>27</sup>, würde ein solch weiter Begriff der Rechtsvergleichung keinerlei Abgrenzungsfunktion mehr erfüllen. Es ist daher sinnvoll, den Begriff der Rechtsvergleichung auf die Vergleichung mehrerer Rechtsordnungen bzw. einzelner Charakteristika derselben zu beschränken.

Rechtsvergleichung innerhalb ein und derselben Rechtsordnung ist damit nicht möglich. Bezogen auf die europäische Rechtsordnung bedeutet dies, dass die Anwendung und Auslegung des geltenden Gemeinschaftsrechts nicht allein deshalb Rechtsvergleichung darstellt, weil der juristische Diskurs über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg geführt wird. Denn diese Grenzen können allenfalls die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen voneinander trennen. Die europäische Rechtsordnung hat einen einheitlichen Rechtsraum geschaffen und die trennende Wirkung der Binnengrenzen insofern überwunden. Daher scheint es angemessen, den transnationalen Diskurs bei der Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts als grenzüberwindende Jurisprudenz zu bezeichnen, die zum Ziel hat, dereinst eine wirklich grenzenlose europäische Jurisprudenz zu werden<sup>28</sup>.

Die europäische Rechtsordnung wird noch immer zu sehr aus der mitgliedstaatlichen Perspektive betrachtet<sup>29</sup>. Europa erscheint dann verzerrt als eine Art weitere Ebene der eigenen Rechtsordnung und die europäischen Institutionen als übergeordnete Instanzen innerhalb des eigenen Systems<sup>30</sup>. Die, trotz ihrer abgeleiteten Geltung, inhaltliche Eigenständigkeit der europäischen als einer allen 27 Mitgliedstaaten gemeinschaftlichen und gewissermaßen übergewölbten Rechtsordnung wird bei dieser Wahrnehmung verkannt. Die Rechtsordnung der Europäischen Union muss statt-

---

27 Sei es dass Tatbestände und Normen verglichen werden, sei es dass Analogien oder Umkehrschlüsse gezogen werden usw.

28 Vgl. insofern die Präambel des EUV, in der sich die Union als Ziel setzt, „den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas [...] weiterzuführen“.

29 Vgl. in diesem Sinne bereits *Basedow* (Fn. 5), S. 20 ff. der beklagt, dass „die Integration der nationalen Rechtssysteme in der Europäischen Union [...] vor allem in ihrer vertikalen Dimension wahrgenommen“ werde.

30 Bezeichnend für dieses Denken ist etwa die Furcht vor dem EuGH als einer „Superrevisionsinstanz“; so sehr kritisch *Hailbronner*, NZA 2006, 811 ff.



dessen in einem föderalen System angewandt werden<sup>31</sup>, in dem die Kooperation zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten genauso erforderlich ist wie zwischen den 16 Bundesländern in der Bundesrepublik Deutschland.

## IV. Konsequenzen der begrifflichen Differenzierung

Die Anerkennung wahrer grenzübergreifender Jurisprudenz innerhalb der europäischen Rechtsordnung und ihre Abgrenzung gegenüber der Rechtsvergleichung ist keine theoretische Begriffsspielerei, sondern hat erhebliche praktische Konsequenzen, wie im Folgenden gezeigt werden soll. Denn während die internationale Kooperation im Rahmen der Rechtsvergleichung als methodisch vielleicht wünschenswert, aber doch eher fakultativ erscheint, wird sie im Rahmen einer grenzübergreifenden Jurisprudenz zum selbstverständlichen Element jeder juristischen Tätigkeit.

### 1. Die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte

Die Einheit der europäischen Rechtsordnung kann nicht allein von dem europäischen Gesetzgeber durch den Erlass einheitlichen Primär- und Sekundärrechts hergestellt werden. Zumindest ebenso wichtig ist die gleichförmige Auslegung und Fortbildung des Rechts in der Praxis. Die besondere Bedeutung dieser praktischen Rechtseinheit ist in den Verträgen durch die Stellung des EuGH und das Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV hervorgehoben. Um eine einheitliche Auslegung des europäischen Rechts zu sichern, bestimmt Art. 234 Abs. 3 EGV, dass jede Auslegungsfrage zum europäischen Recht dem EuGH von den letztinstanzlichen Gerichten vorgelegt werden muss. Würde Art. 234 Abs. 3 EGV streng nach seinem Wortlaut angewandt, würde die Arbeitsbelastung des EuGH seine Kapazitäten freilich schnell weit übersteigen. Um die Zahl der Vorlageverfahren in einem seinen Kräften entsprechenden Maß zu halten, hat der EuGH deshalb in der „C.I.L.F.I.T“-Entscheidung die sogenannte „Acte clair“-Doktrin entwickelt, nach der keine Vorlagepflicht besteht, wenn die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts „derart offenkundig ist, daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“<sup>32</sup>.

Wenn nicht mehr jede Auslegungsfrage einem zentralen Gericht vorgelegt werden muss, sondern von den mitgliedstaatlichen Gerichten dezentral abschließend entschieden werden kann, besteht die Gefahr, dass es zu einer unterschiedlichen Auslegungspraxis in den verschiedenen Mitgliedstaaten

---

31 Vgl. EuGH, Urt. v. 5. 2. 1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – *van Gend*, wo der EuGH die Gemeinschaft als „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“ anerkannt hat, „deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen [Bürger] sind“.

32 EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, I-3415, 3430 Rn. 16 (C.I.L.F.I.T).

kommt. Eine solche Entwicklung gefährdete die Ziele des Art. 234 EGV, der die Einheitlichkeit der Auslegung sichern soll. Ließe die „Acte clair“-Doktrin eine unterschiedliche Auslegungspraxis zu, wäre sie deshalb mit Art. 234 EGV nicht zu vereinbaren. Der EuGH hat dieses Problem gesehen und nachdrücklich betont, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte von der Offenkundigkeit eines Auslegungsergebnisses nur dann ausgehen dürfen, wenn sie überzeugt sind, „daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde“<sup>33</sup>. Die mitgliedstaatlichen Gerichte müssen bei der Anwendung der „Acte clair“-Doktrin stets die „Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft“ berücksichtigen<sup>34</sup>.

Eine isolierte Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch die einzelnen nationalen Gerichte ist daher unzulässig. Vielmehr sind sie durch das Gemeinschaftsrecht zur Kooperation verpflichtet und unterliegen einer gewissen gegenseitigen Bindung<sup>35</sup>.

Die nationalen Gerichte nehmen in der Europäischen Union eine Doppelfunktion wahr. Zum einen sind sie Gerichte innerhalb der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, und als solche wenden sie das jeweils nationale Recht an und legen es aus. Zum anderen sind sie aber auch als Organ der Gemeinschaftsrechtsordnung mit der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts betraut. Beide Funktionen müssen streng getrennt werden<sup>36</sup>. So sind sie als Gerichte der Mitgliedstaaten an die jeweiligen nationalen Rechtsquellen und Methodenlehren gebunden, als Gemeinschaftsgerichte aber an die europäischen Rechtsquellen und die gemeinschaftsrechtliche Methodik.

Es ist daher für ihre Rolle als Gemeinschaftsorgane unerheblich, ob sie als mitgliedstaatliche Gerichte wie in England an Richterrecht rechtlich gebunden sind oder gerichtlichen Entscheidungen wie in Deutschland nur faktische Autorität zukommt, die durch prozessrechtliche Regelungen auch institutionell abgesichert ist. Die Stellung des Richterrechts innerhalb der europäischen Rechtsordnung muss stattdessen autonom begründet werden, ohne dass einem Ansatz *a priori* eine überlegene Position einzuräumen wäre<sup>37</sup>. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung braucht dieses Problem freilich nicht abschließend geklärt zu werden. Denn die Frage der Reich-

33 EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, I-3415, 3430 Rn. 16 (C.I.L.F.I.T.).

34 EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, I-3415, 3430 Rn. 21 a. E. (C.I.L.F.I.T.).

35 Vgl. Klöckner, Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien, 2006, *passim*, m. w. N.

36 A. A. Hesselink, 83 Tul. L. Rev. 919, 936 ff., der solch eine strenge Trennung wegen der dabei auftretenden praktischen Schwierigkeiten ablehnt. Die richtige Anwendung der *lex lata* bereitet in der Praxis freilich häufig Probleme, die der Rechtsanwender hinnehmen muss und bloß *de lege ferenda* kritisieren kann.

37 Diese Frage wird ausführlich in meinem Habilitationsvorhaben behandelt.

weite der gegenseitigen Bindung der nationalen Gerichte an ihre jeweiligen Entscheidungen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts lässt sich auch ohne eine abschließende theoretische Einordnung des Richterrechts im System des Gemeinschaftsrechts klären.

Wie bereits gezeigt fordert insbesondere die Anwendung der „Acte clair“-Doktrin von den nationalen Gerichten, dass sie die Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht aus anderen Mitgliedstaaten beachten. Die „Acte clair“-Doktrin betrifft indes zunächst einmal nur die grundsätzlich der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV unterworfenen Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angegriffen werden können. Alle anderen Gerichte sind gemäß Art. 234 Abs. 2 EGV zur Vorlage an den EuGH bloß berechtigt, aber nicht verpflichtet, ohne dass es auf die Offenkundigkeit ihres Auslegungsergebnisses ankäme. Freilich ist auch bei der Auslegung des Art. 234 Abs. 2 EGV der Zweck des Vorlageverfahrens zu beachten, das die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Europa garantieren soll. Das Vorlageermessen der unterinstanzlichen Gerichte in den Mitgliedstaaten verdichtet sich deshalb zu einer Vorlagepflicht, wenn sie von der Rechtsprechung in einem anderen Mitgliedstaat abweichen wollen. Art. 234 Abs. 2 EGV enthält also der Sache nach die Regelung einer Divergenzvorlagepflicht.

Dieser Pflicht können die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch nur nachkommen, wenn sie im jeweiligen Fall prüfen, ob es Rechtsprechung zu ihrer gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsfrage in den übrigen Mitgliedstaaten gibt, und sie sich gegebenenfalls mit dieser Rechtsprechung auseinandersetzen. Allerdings ist die Recherche nach einschlägiger Rechtsprechung in den anderen Mitgliedstaaten derzeit noch mit erheblichem Aufwand verbunden<sup>38</sup>, den die unterinstanzlichen Gerichte regelmäßig nicht leisten können. Die aus Art. 234 Abs. 2 EGV fließende grenzüberwindende Kooperationspflicht gerät hier in Konflikt mit dem gemeinschaftsrechtlich verankerten allgemeinen Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes, da in der Praxis nicht zu leistende Anforderungen die Gerichtsverfahren unzumutbar verzögern könnten. Nach dem derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts müssen daher die unterinstanzlichen Gerichte Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts nur berücksichtigen, wenn sie ihnen bekannt oder im Einzelfall doch mit verhältnismäßigem Aufwand verfügbar ist.

Auch die Pflicht der letztinstanzlichen Gerichte im Sinne des Art. 234 Abs. 3 EGV zur grenzüberschreitenden Kooperation besteht nicht unbegrenzt, sondern sie ist ebenfalls zum Ausgleich mit den Geboten effektiven Rechtsschutzes und damit eines zügigen Verfahrens zu bringen. Freilich ist zu beachten, dass die Ressourcen der letztinstanzlichen Gerichte deutlich

---

<sup>38</sup> Siehe unten, V.1.