

# Der Einfluss des europäischen Rechts auf das nationale Privatrecht

Von Prof. Dr. Bettina Heiderhoff, Hamburg

## I. Dimensionen der Veränderung

### 1. Einführung

Wenn wir deutsches Privatrecht anwenden, dann meinen wir, mit Europarecht wenig oder nichts zu tun zu haben. Denn es ist das BGB, das wir beiziehen, und zwar ausschließlich.

Aber unser Eindruck ist falsch: Zum einen hat das BGB sich unter dem Einfluss des europäischen Rechts sehr verändert. Viele Normen des BGB beruhen auf den Vorgaben aus EG-Richtlinien. So ist es beispielsweise mit § 241a BGB, mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und § 310 Abs. 3 BGB, mit vielen Inhalten der §§ 312 ff. BGB und natürlich mit dem Verbrauchsgüterkaufrecht in den §§ 474 ff. BGB. Auch die §§ 481 ff. und §§ 491 ff. BGB folgen Richtlinienvorgaben. Aber nicht nur diese verbraucherrechtlichen Normen stehen unter europäischem Einfluss: Sogar das ganze allgemeine und kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht weist starke Anlehnung an Richtlinienvorgaben auf. Das Recht der Geschäftsbesorgung der Überweisung (§§ 675 ff., 676a ff. BGB) basiert ebenso auf Richtlinien wie große Teile des Arbeitsrechts.<sup>1</sup>

Zum anderen wenden wir aber mit dem deutschen Privatrecht tagtäglich zugleich auch Recht der EG an. Wir tun es meist unbemerkt. Denn es hält sich – auf einer Art zweiten Ebene – hinter den deutschen Normen versteckt.<sup>2</sup> Dieser zweiten, unauffälligen Wirkungsweise des Gemeinschaftsrechts muss unsere erhöhte Aufmerksamkeit gelten. Dass das europäische Recht nicht unmittelbar gilt, bedeutet keinesfalls, dass es keine Auswirkungen hätte.<sup>3</sup> Es zu ignorieren, führt zu Rechtsanwendungsfehlern. Denn Gemeinschaftsrecht hat – auch hier – Vorrang vor nationalem Recht.<sup>4</sup>

### 2. Ziel des deutschen und des europäischen Privatrechts

Wenn das Recht der EG solchermaßen das nationale Privatrecht verändert, dann könnte man das für einen einigermaßen

normalen Vorgang halten. Recht ändert sich eben. Auch in Zeiten vor der Gründung der EG hat es sich bereits geändert und es ändert sich, wie beispielsweise im Familienrecht gut zu erkennen ist, auch gegenwärtig noch, ohne dass es die geringsten europäischen Vorgaben dafür gäbe.

Die Einschätzung, die durch das europäische Recht verursachten Änderungen seien nichts anderes als eine „normale Fortentwicklung“ des Privatrechts, wäre aber völlig verfehlt. Schon in ihrer bloßen Quantität sind die Veränderungen erheblich. Das EG-Recht hat unter anderem das Arbeitsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Verbraucherschutzrecht, das Bankrecht und das Kaufrecht verändert. Ganz neu ist die so genannte SEPA-Richtlinie, die bewirken will, dass der ganze Zahlungsverkehr innerhalb der EG vereinheitlicht und vereinfacht wird.<sup>5</sup> Sie wird das BGB wieder deutlich verändern. Hinzu kommen wesentliche Neuerungen im Bereich des Internationalen Privatrechts<sup>6</sup> – und es ist immer noch völlig unklar, ob die Kommission in absehbarer Zukunft ein komplettes europäisches Schuldvertragsrecht vorlegen wird. Denn wenn die Kommission derzeit auch alles tut, um Befürchtungen zu beschwichtigen, ist sie doch gleichzeitig weiter dabei, eine so genannte „Toolbox“ füllen zu lassen: Einen Werkzeugkasten für die Gesetzgebung, der Normmuster enthält.<sup>7</sup>

Allein dass das Recht sich dermaßen schnell verändert wie gegenwärtig, ist ein großer Nachteil. Denn die Rechtsanwendung wird so deutlich erschwert und die Rechtssicherheit wird zugleich herabgesetzt.

Betrachtet man nicht mehr nur die Menge, sondern die Inhalte, dann sind die Veränderungen geradezu gewaltig: Dies gilt vor allem, weil sich Grundsätzliches geändert hat. Grundfesten des Privatrechts sind modifiziert oder gar ausgetauscht worden. Allem voran hat sich die Privatautonomie verändert. An manchen Stellen ist das ganz eindeutig: Im Kaufvertrag kann die Gewährleistung nach § 475 BGB nicht mehr ausgeschlossen werden. Sie ist zwingend. Auch der Verbraucher, der explizit und mit gutem Grund einen Gegenstand ohne Gewähr erwerben möchte, kann dies nicht tun. Eindeutig erkennbar ist auch die Verdichtung der Kontrolle von Vertragsklauseln. Im Verbrauchervertrag werden gem. § 310 Abs. 3 BGB inzwischen sogar individuelle Verträge der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterzogen. Im AGG<sup>8</sup> wird diskutiert, ob sich bei einer gegen das Diskrimi-

<sup>1</sup> Bspw. § 613a BGB; die früheren §§ 611a, 611b BGB wurden in das AGG überführt.

<sup>2</sup> Basedow, JuS 2004, 89.

<sup>3</sup> Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 5. Aufl. 2006, Einl. Rn 196 ff. Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006; Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007; Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005; Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005.

<sup>4</sup> Das ist allgemein anerkannt. Es wurde vom EuGH erstmals in EuGH, Slg. 1964, S. 1259 ff. (1269 ff.) (Costa/ENEL) ausführlich dargelegt und ist seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. aus neuerer Zeit nur EuGH, Slg. 1999, S. 2517 (Ciola); dem folgt weitestgehend auch das BVerfG, vgl. BVerfGE 73, 339; 75, 223 und 89, 155. Aus der Literatur nur beispielhaft Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 1 ff.; Schmidt, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EGV, Kommentar, 6. Aufl. 2004, Art. 249 Rn. 3 ff.; Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 10 Rn. 20 ff.

<sup>5</sup> Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt vom 13.11.2007.

<sup>6</sup> Die Rom-Verordnungen; verabschiedet ist die Verordnung EG/864/2007 vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

<sup>7</sup> Zweiter Fortschrittsbericht zum europäischen Referenzrahmen, KOM (2007), 447, insbes. S. 12; vgl. auch den ersten Fortschrittsbericht, KOM (2005), 456.

<sup>8</sup> Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

nierungsverbot verstoßenden Vertragsablehnung gar ein Kontrahierungszwang ergeben kann.

Aber die inhaltlichen Veränderungen zeigen sich teils auch subtiler: Bei unverlangt übersandten Waren gelten nicht mehr die Grundsätze über die Willenserklärung. Denn nach Art. 9 Fernabsatzrichtlinie<sup>9</sup>, der durch § 241a BGB umgesetzt ist, darf das Ausbleiben einer Antwort auf die Übersendung nicht als „Einwilligung“ gelten. Das bedeutet, dass nie – in keinem Fall – das Behalten, das Benutzen oder gar das Weiterverkaufen – ja, teils wird sogar gesagt: das explizite Annehmen und Bezahlen<sup>10</sup> – als eine das Angebot annehmende Willenserklärung angesehen werden darf. Somit kommt bei einem Verhalten, welches bei Geltung der §§ 145 ff. BGB eine konkludente Annahme gewesen wäre, kein Vertrag zustande.

Man kann sich nun auf eine noch grundlegendere Ebene begeben, und auch dort noch stellt man eine Änderung fest: Das deutsche Privatrecht ist, ebenso wie die Privatrechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten, darauf ausgerichtet, einen Rahmen für den Rechtsverkehr der Privaten, der „Bürger“, zu bilden. Im Mittelpunkt steht – neben der gerade diskutierten Privatautonomie – der Gedanke des angemessenen Interessenausgleichs. Nur wo es nötig erscheint, werden Einzelinteressen geschützt, etwa im Arbeitsrecht, im Mietrecht und im Verbraucherschutzrecht.

Die Zielrichtung des Privatrechts der EG ist eine vollkommen andere. Es ist dazu da, den Binnenmarkt zu verbessern. Zugleich braucht es viele Inhalte, die im nationalen Privatrecht wichtig sind, überhaupt nicht zu beachten. Es braucht kein Rahmen für private Verträge zu sein, denn diesen Rahmen geben die nationalen Rechtsordnungen bereits vor. Es braucht keinen lückenlosen Schwächerenschutz zu bieten (sei es Mieterschutz, Arbeitnehmerschutz, Minderjährigenschutz oder auch Verbraucherschutz), denn auch das übernimmt das nationale Recht. Es hat jedoch eigene klare Inhalte, die das nationale Privatrecht so nicht kennt: Alle diese Inhalte ranken sich um das eine Ziel der Verbesserung des europäischen Markts.

Nur in wenigen privatrechtlichen Bereichen dominieren andere Gedanken: Im Arbeitsrecht etwa hat sich die EG dem *Diskriminierungsschutz* verschrieben. Dieser findet sich jetzt auch in den Gleichberechtigungsrichtlinien, die in Deutschland zur Basis des AGG geworden sind. Schutzgedanken fanden sich auch in einigen Richtlinien aus den achtziger Jahren: Das Haustürwiderrufsrecht etwa sollte nicht dazu dienen, den Binnenmarkt der Haustürgeschäfte zu beleben, sondern den Verbraucher in Überrumpelungssituationen zu schützen. Auch die Produkthaftungsrichtlinie ist darauf ausgerichtet, den durch das Produkt Gefährdeten zu schützen.

Die meisten Richtlinien des Verbraucherrechts sind aber auf die Binnenmarktverbesserung ausgerichtet. Das gilt insbesondere für das Verbrauchervertragsrecht, wie etwa das

Verbrauchsgüterkaufrecht: Dieses ist wirklich dazu da, dass der Markt verbessert wird.<sup>11</sup> Die Idee ist die folgende: Als Endabnehmer – als letztes Glied in der Verbrauchskette – hat der Verbraucher eine entscheidende Position bei der Entwicklung des Binnenmarkts. Wenn der Verbraucher den Binnenmarkt nutzt, dann kann dieser Markt blühen. Durch die durchweg günstige Rechtsposition, die es dem Verbraucher einräumt, soll der Verbraucher Vertrauen gewinnen. Angefüllt mit diesem Vertrauen soll er vermehrt konsumieren.

Das sind Gedanken, die dem Bürgerlichen Recht bisher vollkommen fremd waren. Es war sogar regelmäßig das Gegenteil angenommen worden: Der Verbraucherschutz, durch den man schwächere Vertragsparteien stärken und ihnen eine Chance zur Ausübung von Privatautonomie geben wollte, wurde als dem Wettbewerb und dem Markt eher abträglich eingeschätzt.

### 3. Dogmatik

Probleme entstehen darüber hinaus dadurch, dass sich das EG-Recht an privatrechtliche Dogmatik in keiner Weise hält. Ja, es respektiert nicht einmal den Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Das geschieht nicht immer nur deshalb, weil der Richtlinienggeber sich nicht auskennt, sondern es geschieht teilweise bewusst und kann durchaus sinnvoll sein. Denn bestimmte Regelungsinhalte, wie das europäische Recht sie nun einmal verfolgt, verlaufen nicht unbedingt entlang der dogmatischen Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Recht. Wenn Diskriminierung verhindert werden soll, bietet es sich viel eher an, privatrechtliche und strafrechtliche Maßnahmen miteinander zu kombinieren. Und wenn bestimmte Verträge nicht abgeschlossen werden sollen, dann ist es aus Sicht des Richtliniengegers ganz gleichgültig, ob die Mitgliedstaaten strafbewehrte Verbote einführen, die solche Verträge verhindern, oder ob sie nur innerhalb des Privatrechts zwingende Normen schaffen, die den wirksamen Abschluss solcher Verträge unmöglich machen.

Auch innerhalb des klar privatrechtlichen Bereichs zeigt sich wieder und wieder, dass die Richtlinien keine dogmatischen Begrifflichkeiten kennen. Das verdeutlicht zum Beispiel ein nochmaliger Blick auf Art. 9 Fernabsatzrichtlinie. Dort wird in Bezug auf die unverlangt zugesendeten Waren der Begriff „Einwilligung“ verwendet, um auszudrücken, dass eine *Annahme* des in der Zusendung liegenden Vertragsangebots auf keine denkbare Art möglich sein soll.

## II. Reaktionsweise des deutschen Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber hat große Schwierigkeiten mit diesen ganz fremden Grundgedanken und mit den sich daraus ableitenden Regelungen. Ein Fall, in dem der deutsche Gesetzgeber sich seinerseits zu einer Aufweichung der Grenzen des Bürgerlichen Rechts entschieden hat, ist die Regelung der Garantie in § 477 BGB. Dort ist eine wettbewerbsrechtliche

<sup>9</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

<sup>10</sup> Schmidt-Kessel, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 241a Rn. 10.

<sup>11</sup> Das kann man in den Präambeln nachlesen und es folgt aus der Kompetenzgrundlage, die die EG verwendet, nämlich Art. 95 EG.

Norm in das Vertragsrecht hineingenommen worden. Das kann man erkennen: § 477 BGB beeinflusst nämlich, wie § 477 Abs. 3 BGB zeigt, überhaupt nicht die Wirksamkeit des Vertrages. Nein, die wesentliche Funktion der Norm besteht darin, dass sie bei Verstößen eine Basis für Ansprüche gem. §§ 1, 3 UWG bietet.

In anderen Fällen setzt der Gesetzgeber Vorgaben ganz bewusst nicht um. Als aktuelles Beispiel kann der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 2, Abs. 3 AGG genannt werden. Obwohl der EuGH bereits mehrfach klar entschieden hat, dass die antidiskriminierenden arbeitsrechtlichen Richtlinien einen abschreckenden, verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch verlangen, hat der Gesetzgeber in das AGG die Möglichkeit der Exkulpierung aufgenommen.<sup>12</sup>

Eine ganz grundsätzliche Frage, bei der die deutsche Normierung von den europäischen Vorgaben abweicht, ist die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB. In Deutschland hat man sich entschieden, den Arbeitnehmer als Verbraucher einzuordnen, auch wenn er im Rahmen seiner beruflichen Aufgaben (eigene) Verträge schließt. Denn der Arbeitnehmer gilt traditionell als besonders schutzwürdig. Im EG-Recht wird er aber nicht ohne Grund vom Verbraucherschutz ausgenommen: Der Verbraucherschutz wendet sich an den privaten Konsumenten, der zu mehr Konsum angeregt werden soll. Der Arbeitnehmer fällt unter diesem Blickwinkel aus der Gruppe der Geschützten heraus.<sup>13</sup>

Schließlich kommt es vor, dass der Gesetzgeber notwendige Inhalte lieber ein wenig versteckt: Der EuGH hat entschieden, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers unbefristet besteht, wenn der Verbraucher nicht belehrt worden ist.<sup>14</sup> Diese Vorgabe wurde – notgedrungen – in das BGB übernommen.<sup>15</sup> Aber die Norm ist doch in erstaunlicher Weise versteckt: In § 355 Abs. 3 S. 3 BGB steht sie, zwischen anderen weit weniger wichtigen Regelungen.

### III. Ebenen der Berührung

#### 1. Privatrecht und primäres Recht der EU

##### a) Überblick

Für das primäre Recht der EU, also insbesondere für den EG-Vertrag, gilt das vorstehend Gesagte nur eingeschränkt. Der EG-Vertrag enthält nur wenige Normen mit privatrechtlichem Charakter. Privatrechtliche Elemente enthält etwa das Kartellrecht in Art 81 ff. EG (vgl. bspw. Art. 81 Abs. 2 EG). Diese Regelungen gelten unmittelbar.

Doch gibt es auch im Primärrecht Normen, ja sogar ganz wesentliche Grundsätze, die, wie soeben beschrieben, das Privatrecht im Hintergrund beeinflussen. Dazu gehören das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) und die Grundfreiheiten

(Warenverkehrsfreiheit, Art. 28, 29; Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit, Art. 39, Art. 43; Dienstleistungsfreiheit, Art. 49; Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 56).

##### b) Das allgemeine Diskriminierungsverbot

Das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 12 EG wirkt gegenüber den Grundfreiheiten nur subsidiär.<sup>16</sup> Es wird wichtig, wenn eine Person aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert wird, ohne dass ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vorliegt. Das kann insbesondere durch Normen geschehen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Art. 10 Abs. 1 EGBGB ist ein Beispiel für eine solche Norm. Beim EuGH ist derzeit ein Verfahren anhängig, indem zu überprüfen ist, ob es gegen Art. 12 EG verstößt, dass deutsche Kinder in Deutschland wegen Art. 10 EGBGB stets dem § 1617 BGB unterliegen und daher keinen Doppelnamen tragen dürfen.<sup>17</sup>

##### c) Die Grundfreiheiten

###### aa) Wirkung

Die Grundfreiheiten verbieten, ganz pauschal zusammengefasst, dass durch nationales Recht der freie Handelsverkehr im europäischen Binnenmarkt beeinträchtigt wird. Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass sich diese Verbote an die Mitgliedstaaten richten, und nicht unmittelbar die Privaten binden. Klar ist aber dennoch, dass sie auch im privatrechtlichen Bereich nicht wirkungslos bleiben. Zum einen dürfen die Gerichte eine privatrechtliche Norm nicht anwenden, wenn gegen die Grundfreiheiten verstoßen würde.<sup>18</sup>

Zum anderen können, wie die Rechtsprechung des EuGH gelegentlich erkennen lässt, unter Umständen auch Private an die Grundfreiheiten gebunden sein. Das ist dann zu beobachten gewesen, wenn es sich um gewissermaßen „mächtige“, sich wirtschaftlich in staatlicher Hand befindliche Organisationen (z.B. Verbände, Banken) gehandelt hat.<sup>19</sup> Einmal mehr zeigt sich hier, wie wenig der EuGH in unseren Bahnen denkt: Er äußert sich nicht dazu, ob die Grundfreiheiten auch für Private gelten – er wendet sie gegenüber mächtigen Parteien jedoch mitunter einfach an.<sup>20</sup>

Die Grundfreiheiten stellen für das Privatrecht ein Problem dar, weil ein Verstoß dazu führt, dass die Grundfreiheiten

<sup>12</sup> Vgl. nur *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, AGG, § 15 Rn. 24; zu § 21 AGG auch noch unten IV. 3.

<sup>13</sup> Das wird teilweise bestritten, vgl. *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 14 Rn. 32.

<sup>14</sup> EuGH, Slg. 2001, S. 9945 (Heininger).

<sup>15</sup> Nämlich in Art. 25 Nr. 6 OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23.7.2002.

<sup>16</sup> *Holoubek*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EGV, Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 12 Rn. 8.

<sup>17</sup> Dazu EuGH, Slg. 2006, S. 3561 (Standesamt Niebüll), insbesondere die Schlussanträge (der EuGH hielt sich für unzuständig); sowie die Vorlage des AG Flensburg vom 8.8.2006, Rs C-353/06; vgl. auch EuGH, Slg. 2003, S. 11613 (Garcia Avello).

<sup>18</sup> *Schmidt* (Fn. 4), Art. 249 Rn. 6; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 6. Aufl. 2007, Rn. 849; EuGH, Slg. 1978, S. 629 ff. (644) (Simmenthal); EuGH, Slg. 1999, S. 2517 f. (Ciola).

<sup>19</sup> *Herresthal*, in: Langenbucher (Fn. 3), § 2 Rn. 76.

<sup>20</sup> So für Sportverbände z.B. EuGH, Slg. 1995, S. 4920 (Bosman); für eine Bank EuGH, Slg. 2000, S. 4139 Rn. 36 (Angonese).

tenwidrige Norm unanwendbar wird. Dabei bestehen, anders als im deutschen Recht bei der Verfassungswidrigkeit, keine Übergangsregelungen. So können unangenehme Regelungslücken entstehen. Daher wird im grundfreiheitenrelevanten Bereich versucht, neue, korrekte Regelungen zu schaffen, bevor ein regelungsloser Raum entsteht.<sup>21</sup>

#### bb) Verstoß

Normen verstoßen gegen die Grundfreiheiten, wenn durch sie der grenzüberschreitende Verkehr gegenüber dem reinen Inlandsverkehr benachteiligt wird. Wann gilt das aber für privatrechtliche Normen? Jede ausländische Rechtsnorm ist doch für den Betroffenen eine Belastung. Immer muss der ausländische Importeur anders als der inländische Konkurrent die Schwierigkeiten mit der fremden Rechtsordnung überwinden. Auf der anderen Seite ist Privatrecht fast nie so angelegt, dass es zielgerichtet oder auch nur unmittelbar ausländische Anbieter benachteiligt.

Wie sehr die Grundfreiheiten des EG-Vertrags das nationale Privatrecht, und insbesondere das private Vertragsrecht beeinflussen, ist sehr streitig.<sup>22</sup> Oft wird angenommen, nur zwingendes Recht könne überhaupt gegen die Grundfreiheiten verstoßen.<sup>23</sup> Es muss aber sehr bezweifelt werden, ob das richtig ist. Denn die Abdingbarkeit einer Norm besteht oftmals nur in der Theorie. Praktisch sind es nur wenige, starke und rechtlich beratene Marktteilnehmer, denen es gelingt, in ihrem privaten Vertrag zu ihren eigenen Gunsten von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen.

Letzlich kann es aber nicht sein, dass Privatrechtsnormen durch die Grundfreiheiten in ständiger Gefahr der Unanwendbarkeit schweben. Einer der vielen Theorien, die dies verhindern wollen,<sup>24</sup> muss man daher folgen. Und sei es die

Annahme, dass die Existenz und die Beständigkeit des Privatrechts für den Markt von unersetzlichem Wert sind. Die dauernde Gefahr der Unwirksamkeit privatrechtlicher Normen würde dem Markt noch mehr schaden, als eine gewisse hindernde Wirkung einzelner noch nicht angeglicherer Regelungen.<sup>25</sup>

#### cc) Beispiel

Gegen die Grundfreiheiten verstößt etwa § 239 Abs. 1 BGB, der die Tauglichkeit des Bürgen für die Fälle bestimmt, in denen eine Bürgschaft gemäß § 232 Abs. 2 BGB an die Stelle einer Sicherheitsleistung tritt. Ein Bürge ist demnach tauglich, wenn er ein angemessenes Vermögen besitzt und *seinen allgemeinen Gerichtsstand* im Inland hat.<sup>26</sup> Banken aus anderen Mitgliedstaaten können deshalb nicht in Deutschland ihre Dienste als Bürge anbieten.<sup>27</sup> Dadurch wird jedoch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) ausländischer Banken und anderer Bürgen beeinträchtigt.<sup>28</sup> Deshalb wird § 239 Abs. 2 BGB grundfreiheitenkonform so ausgelegt, dass ein Gerichtsstand innerhalb der EU ausreichend ist.<sup>29</sup>

### 2. Privatrecht und sekundäres Recht der EG

#### a) Überblick

Anders als das primäre Europarecht, enthält das sekundäre Recht der EG viele privatrechtliche Normen. Art. 249 EG nennt die in der EG möglichen „Maßnahmen“ sekundärer Rechtsschaffung. Die Richtlinie ist das im Privatrecht mit Abstand bedeutendste Rechtssetzungsinstrument.<sup>30</sup> Privatrechtliche Richtlinien betreffen unter anderem das Verbraucherschutzrecht, das Arbeitsrecht, das Wettbewerbsrecht und das Gesellschaftsrecht.

Nicht selten wird angesichts der Fülle von Richtlinien gefragt, ob es ein europäisches Privatrecht gebe. Versteht man den Begriff des europäischen Privatrechts eng – als ein eigenes Privatrecht der EG – kann man das klar verneinen. Ein auch nur annähernd vollständiges Privatrecht der EG besteht

<sup>21</sup> So ist es im gesamten Lauterkeitsrecht, z.B. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern vom 11. Mai 2005, ABl. L 149, S. 22.

<sup>22</sup> Ausführliche Darstellungen bei *Herresthal* (Fn. 19), § 2 Rn. 41 ff.

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 2 (13); *Roth*, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 1231 (Privatautonomie ermöglicht Grundfreiheiten); davon ausgehend auch *Herresthal* (Fn. 19), § 2 Rn. 47; sogar nur das international zwingende, also selbst im grenzüberschreitenden Vertrag nicht abwählbare Recht, *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 186 ff.; *Grundmann*, JZ 1996, 274 (279); *Kieninger*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 1996, S. 245, 250 ff.; *Riesenhuber* (Fn. 3), Rn. 92 ff. (96). Andeutend EuGH, Slg. 1991, S. 107, 124 (Alsthom Atlantique).

<sup>24</sup> Besonders verbreitet ist eine Lehre, die an die Unterscheidung von Produktmodalitäten und Verkaufsmodalitäten anknüpft, wie sie der EuGH in der Entscheidung „Keck“ (Slg. 1993, S. 6097 ff.) begründet hat. Nach dieser Ansicht soll das Privatrecht im Normalfall nicht Anforderungen an ein bestimmtes Produkt stellen, sondern bestimmt nur die Modalitäten, die für den Verkauf des Produkts gelten. Solche Ver-

kaufsbestimmungen sollen aber nach dem EuGH nur gegen die Grundfreiheiten verstoßen, wenn sie diskriminierend sind.

<sup>25</sup> So *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2005, S. 28.

<sup>26</sup> OLG Hamm WM 1985, 658 (660); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 587; Gemäß §§ 13, 17 ZPO wird der allgemeine Gerichtsstand durch den Wohnsitz bzw. den Sitz bestimmt.

<sup>27</sup> *Ehricke*, EWS 1994, 259 (260).

<sup>28</sup> *Ehricke*, EWS 1994, 259; *Körber* (Fn. 26), S. 587.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1995, 1667; offen lassend OLG Koblenz RIW 1995, 775; OLG Hamburg NJW 1995, 2859 (2860) = EWS 1995, 280 m. Anm. *Toth*.

<sup>30</sup> Wesentlich seltener verwendet wird das Instrument der Verordnung. Vgl. beispielhaft aber aus dem Gesellschaftsrecht die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft sowie die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV).

nicht. Versteht man den Begriff aber weit, so kann man sogar antworten: Das geltende deutsche Privatrecht – bzw. das Recht der EG-Mitgliedstaaten – ist zu EG-Privatrecht geworden.

#### b) Die privatrechtlichen Richtlinien

EG-Richtlinien enthalten kein unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltendes Recht. Die in ihnen vorgesehenen Regelungen müssen von den Mitgliedstaaten erst in nationales Recht umgesetzt werden. Zu dieser Umsetzung sind die Mitgliedstaaten verpflichtet. Dabei haben sie einen gewissen Spielraum. Aber das nationale Recht muss inhaltlich so weit der Richtlinie entsprechen, dass nach dem angepassten nationalen Recht zugunsten des Bürgers jeder Fall so zu entscheiden sein wird, wie es die Richtlinie vorsieht. Manchmal reicht sogar eine bloße Änderung der Rechtsprechung hin zu einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts aus. Diese Übertragung der Umsetzungspflicht auf die Rechtsprechung ist allerdings problematisch, weil die Gerichte aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit nicht zu einer bestimmten, nämlich der richtlinienkonformen Entscheidung, gezwungen werden können.<sup>31</sup> Zudem muss sichergestellt sein, dass die durch die Richtlinie begünstigten Personenkreise ihre ihnen aus der Richtlinie erwachsenden Rechte klar und deutlich erkennen und diese vor den nationalen Gerichten effektiv durchsetzen können.<sup>32</sup>

Früher beschränkte sich der Richtliniengeber zudem meist auf einen „Mindeststandard“ an Schutzvorschriften. Der nationale Gesetzgeber durfte einen höheren Standard (z.B. an Verbraucherschutz) vorsehen. In den neuesten Richtlinien wird das oft abgelehnt, weil die so zu erreichende Rechtsangleichung nicht einheitlich genug sei.<sup>33</sup>

#### c) Richtlinienkonforme Auslegung

Die Richtlinien werden erst durch Umsetzung Teil des nationalen Rechts. Aber der Rechtsanwender muss doch die Richtlinien selbst kennen und beachten. Das nationale Recht muss nämlich stets so ausgelegt werden, dass es mit den von der Richtlinie vorgegebenen Inhalten übereinstimmt. Diese richtlinienkonforme Auslegung trifft nicht nur Normen, die gera-

de durch die Umsetzung in das BGB gelangt sind. Auch alle anderen Normen müssen immer dann richtlinienkonform ausgelegt werden, wenn nur so erreicht werden kann, dass eine Richtlinienvorgabe gewahrt wird.

Früher hat der Gesetzgeber recht oft auf die ausdrückliche Umsetzung verzichtet und sich auf die richtlinienkonforme Auslegung durch die Gerichte verlassen.<sup>34</sup> Heute ist eher das Gegenteil der Fall. Die richtlinienkonforme Auslegung eignet sich nur noch selten dazu, Umsetzungsdefizite auszugleichen. Fast immer entstehen die Probleme nämlich dann, wenn der Gesetzgeber bei der Umsetzung ganz bewusst von der Richtlinie abweicht. Die richtlinienkonforme Auslegung ist dann meist nicht möglich, da sie ihre Grenze dort hat, wo die Auslegungsfähigkeit der betroffenen Norm endet. Sind der Wortlaut der Norm und der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, und stehen sie der richtlinienkonformen Auslegungen entgegen, so kann das nicht ignoriert werden. Eine richtlinienkonforme Auslegung scheidet aus.<sup>35</sup>

#### d) Verletzung der Umsetzungspflicht

##### aa) Eventuelle Direktwirkung

Wird die Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie verletzt, kann das ganz unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Der reguläre Weg zur Verhinderung von Umsetzungsfehlern ist das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 ff. EG, welches die Kommission gegen den Mitgliedstaat betreibt. Jedoch können Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist auch gewisse unmittelbare Wirkungen entfalten. Unmittelbare Wirkung bedeutet hier, dass Normen aus einer Richtlinie ausnahmsweise zwischen zwei Bürgern angewendet werden können, obwohl sie nicht umgesetzt worden sind. Es ist allerdings zweifelhaft, ob das im Privatrecht überhaupt möglich ist. Denn während man eine Vertragspartei auf diese Weise begünstigt, belastet man immer zugleich die andere Vertragspartei.<sup>36</sup> Der EuGH hat in einer arbeitsrechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 2005 eine solche Direktwirkung bejaht.<sup>37</sup> Es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, dass er eine solche Haltung auch in anderen privatrechtlichen Bereichen einnehmen wird. In der betroffenen Richtlinie ging es nämlich letztlich um Diskriminierungsschutz. Dieser wiederum leitet sich nicht nur aus der Richtlinie ab, sondern ist ein wesentlicher Rechtsgrundsatz der EG.<sup>38</sup> Dass solche Grundsätze auch zwischen Privaten unmittelbar anwendbar sind, ist unstrittig.

<sup>31</sup> Zur dennoch möglichen Haftung des Staats, wenn die Gerichte Gemeinschaftsrecht verletzen, EuGH, Rs C-224/01, Slg. 2003, S. 10239 (Köbler); EuGH, Rs C-173/03, Slg. 2006, S. 5177 (Traghetti).

<sup>32</sup> EuGH, Rs. 29/84, Slg. 1985, S. 1661 Rn. 23 und 28 (Kommission/Deutschland); EuGH, Rs. 363/85, Slg. 1987, S. 1733 Rn. 7 (Kommission/Italien); EuGH, 30.5.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, Rn. 18 (Kommission/Deutschland); EuGH, Rs. C-365/93, Slg. 1995, S. 499 Rn. 9 (Kommission/Griechenland).

<sup>33</sup> Z.B. Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; siehe insbesondere die 13. Vorüberlegung) und im gegenwärtigen Entwurf zu einer neuen Verbraucher-kreditrichtlinie KOM (2005), 483; dafür auch das Grünbuch, *Acquis*, KOM (2007), 744.

<sup>34</sup> Mit Beispielen *Heiderhoff* (Fn. 25), S. 36.

<sup>35</sup> Vgl. die Beispiele unten IV.

<sup>36</sup> Und eine solche Belastung durch unmittelbare Anwendbarkeit scheidet der EuGH aus; siehe nur EuGH, Slg. 1996, S. 1281 ff. Rn. 15, 18 ff. (Corte Inglés). Näher *Heiderhoff* (Fn. 25), S. 35.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, S. 9981 (Mangold).

<sup>38</sup> Die Entscheidung des EuGH wie hier verstehend auch das BAG NZA 2007, 1101.

*bb) Staatshaftung*

Der EuGH hat außerdem ausgesprochen, dass die Einzelperson einen Anspruch gegen den Staat haben kann, wenn der Staat gegen die Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie verstoßen hat und ihr dadurch ein Anspruch entgangen ist.<sup>39</sup> Eine besondere Voraussetzung dieses Staatshaftungsanspruchs ist allerdings, dass es sich um einen erkennbaren und erheblichen Verstoß gehandelt hat.<sup>40</sup>

*e) Überschießende Umsetzung*

Soeben war von der nicht genügenden Umsetzung die Rede. Sehr häufig tut allerdings der Gesetzgeber auch gerade das Gegenteil und setzt die Vorgaben aus Richtlinien „überschießend“ um. Das bedeutet, dass er über die Vorgaben hinausgeht.<sup>41</sup> So gilt die Überweisungsrichtlinie nur für grenzüberschreitende Überweisungen. Der deutsche Gesetzgeber hat ihre Inhalte in das nationale Überweisungsrecht (§§ 676a ff. BGB) übernommen.<sup>42</sup> Dramatischer über die Richtlinie hinausgeschossen ist der Gesetzgeber, als er im Zuge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die §§ 275 ff., 323 ff. und 434 ff. BGB neu regelte.

In der Regel muss Recht, welches durch überschießende Umsetzung entstanden ist, auch richtlinienkonform ausgelegt werden. Das gibt zwar nicht der EG-Vertrag vor – aber es entspricht dem Willen des deutschen Gesetzgebers, der Einheitlichkeit erreichen wollte. Bei der zuletzt angesprochenen Neuschaffung großer Teile des Schuldrechts gilt das freilich nur eingeschränkt. Wo unmittelbare Parallelen zu Richtlinienvorgaben nicht mehr aufzufinden sind, kommt auch die richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr in Betracht.<sup>43</sup>

**IV. Drei Anwendungsbeispiele***1. Einleitung*

Im Folgenden sollen an drei ganz unterschiedlichen Beispielen – es ließen sich leicht viele weitere finden – die Notwendigkeit und die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung des BGB illustriert werden.

Als wahrhaft berühmte Konstellation der richtlinienkonformen Auslegung sei vorab der so genannte Schrott-Immobilienfall genannt: Dort hatten das LG Bochum und das OLG Bremen vermutet, die deutsche Ausgestaltung des Widerrufsrechts könne gegen die europäischen Richtlinien verstoßen.<sup>44</sup> Erwähnt sei hier nur die skurrilste der vielen Vorlagefragen: Nach deutschem Recht kann ein Verbraucher seine an der

Haustür abgegebene, auf den Abschluss eines Immobiliarkreditvertrags gerichtete Willenserklärung zwar widerrufen. Als Folge des Widerrufs kommt es aber zu einem Rückabwicklungsschuldverhältnis (§§ 357, 346 ff. BGB), so dass der Verbraucher dann das Darlehen unmittelbar zurückzahlen muss. Damit steht er nach dem Widerruf wirtschaftlich unter Umständen schlechter da als zuvor. Damit so etwas nicht passiert, gibt es in Deutschland § 358 BGB: Bei einem Widerruf *verbundener Verträge* darf der Verbraucher anstelle des Darlehens die finanzierte Sache zurückgeben. Nun hatte aber der BGH gemeint, in den Schrottimmobiliengfällen lägen keine *verbundenen Verträge* vor.<sup>45</sup> Deshalb eine Vorlage an den EuGH zu beschließen, war nun nicht gerade naheliegend. Die höchst verbraucherfreundliche Regelung in § 358 BGB stammt nämlich gar nicht aus europäischen Regelungen, sondern ist eine deutsche „Erfindung.“ Der EuGH ist in seinen Entscheidungen dennoch sehr weit gegangen. Er entschied, dass es tatsächlich gegen die Haustürwiderrufsrichtlinie verstoßen könne, wenn das Widerrufsrecht völlig ausgehöhlt sei. Das gelte allerdings nur, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei.<sup>46</sup> Diesem Urteil muss die Auslegung der §§ 312, 357, 358 BGB also entsprechen, um richtlinienkonform zu sein.<sup>47</sup>

*2. Verbraucherschutz**a) Der Nutzungsersatzanspruch bei Nachlieferung im BGB*

Eine erste Frage des Verbrauchsgüterkaufrechts war kürzlich Gegenstand einer Vorlage des BGH an den EuGH.<sup>48</sup> Sie betrifft das Problem, ob ein Verbraucher Ersatz für die gezogenen Nutzungen leisten muss, wenn er Ersatzlieferung verlangt. Nach in Deutschland überwiegender Ansicht kann es nicht sein, dass der Verbraucher keinerlei Ausgleich leisten muss, wenn er, womöglich nach beinahe zwei Jahren, als Nachlieferung einen ganz neuen Gegenstand erhält. Denn durch den Erhalt des neuen Gegenstands erhält der Verbraucher einen geldwerten Vorteil, den er nach dem allgemeinen Grundsatz des gerechten Ausgleichs der Parteiinteressen bezahlen muss. Dem entspricht die Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB auf § 346 BGB.

*b) Die Unentgeltlichkeit der Nachlieferung in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*

Ob diese deutsche Lösung allerdings mit Art. 3 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>49</sup> vereinbar ist, ist sehr fraglich. Denn Art. 3 Abs. 3 enthält im ersten Satz die Anordnung, dass der Verbraucher die Nacherfüllung „unentgeltlich“ verlangen können muss, und im dritten Satz heißt es ergänzend, dass dem Verbraucher durch die Ersatzlieferung

<sup>39</sup> EuGH, Slg. 1991, S. 5357 (Francovich); EuGH, Slg. 1996, S. 4845 (Dillenkofer).

<sup>40</sup> Nur EuGH, C-127/95, Slg. 1998, S. 1531 Rn. 105 ff. (Norbrook Laboratories Ltd).

<sup>41</sup> Näher Heiderhoff (Fn. 25), S. 40, 77.

<sup>42</sup> Überschießend ist unter manchen Aspekten auch das AGG, siehe unten IV.3.

<sup>43</sup> Näher Herresthal (Fn. 19), § 2 Rn. 154 ff., mit einem Beispiel in Rn. 157.

<sup>44</sup> Vorlagebeschlüsse des LG Bochum NJW 2003, 2612 und des OLG Bremen NJW 2004, 2238. Zu allem näher Heiderhoff (Fn. 25), S. 145 f., 159 f.

<sup>45</sup> BGH NJW 2002, 1881 (1884).

<sup>46</sup> EuGH, Slg. 2005, S. 9215 Rn. 94 ff. (Schulte); zum Widerrufsrecht bei Immobiliarkrediten auch Slg. 2006, S. 9273 (Crailsheimer Volksbank).

<sup>47</sup> Beispielhaft BGH NJW 2006, 1340; BGHZ 167, 252.

<sup>48</sup> BGH NJW 2006, 3200; EuGH Rs. C-404/06.

<sup>49</sup> Richtlinie 99/44/EG v. 25.5.1999 – Abl. EG 1999 L 171/12 ff.

keine erheblichen Unannehmlichkeiten entstehen dürfen. Die ganz überwiegende Auffassung in Deutschland geht davon aus, dass die sich aus dem deutschen Recht ergebende Pflicht zum Nutzungsersatz mit diesen Vorgaben nicht vereinbar sei.<sup>50</sup>

#### c) Fehlende Auslegungsfähigkeit des deutschen Rechts

Die Vorlage des BGH stellt eine Besonderheit dar. Denn der BGH sagt in seinem Vorlagebeschluss ausdrücklich, dass es gar nicht möglich sei, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen, falls die Richtlinie in der Tat die völlige Unentgeltlichkeit des Rücktritts vorsehe. Das deutsche Recht sei insofern nämlich eindeutig und einer Auslegung daher nicht zugänglich.

Ob dem BGH darin zugestimmt werden kann, ist zwar bezweifelt worden.<sup>51</sup> Der BGH hat aber bezüglich der Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts schon häufiger eine eher enge Position vertreten. Es darf davon ausgegangen werden, dass er damit – jedenfalls auch – den Gesetzgeber in die Pflicht nehmen will. Es schadet der Rechtssicherheit, wenn erst abenteuerliche Auslegungsmanöver zu einer richtlinienkonformen Anwendung des deutschen Rechts führen.

#### d) Mögliche Reaktionen des EuGH

Mit Spannung wird in Deutschland die Entscheidung des EuGH erwartet. Wie wird er auf diese Vorlage reagieren, in der das nationale Gericht klar und deutlich sagt, dass es ohnehin keine Möglichkeit habe, das nationale Recht im Sinne der Richtlinie auszulegen? In einem solchen Fall ist eine Vorlage an sich gar nicht zulässig. Zulässig ist sie nämlich nur, wenn die Entscheidung des EuGH für den Ausgang des Rechtsstreits bei dem vorlegenden Gericht von Bedeutung ist. Streng formal betrachtet müsste der EuGH die Vorlage also als unzulässig zurückweisen.

Es wird aber nicht damit gerechnet, dass der EuGH die Vorlage einfach zurückweist.<sup>52</sup> Denn die Frage ist wichtig, und er wird die Gelegenheit nicht verpassen wollen. Diskutiert wird auch, ob er, anders als hier vertreten<sup>53</sup>, doch eine unmittelbare Anwendung bejahen wird.<sup>54</sup>

### 3. AGG

#### a) Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

Das AGG fasst die Vorgaben aus vier Richtlinien<sup>55</sup> zusammen und geht über diese, wie gezeigt, noch hinaus. Das Gesetz wird in Deutschland als besonders deutlicher Störfaktor im Privatrecht empfunden, weil es die freie Wahl des Vertragspartners, und damit einen Teilbereich der Privatautonomie, direkt beschneidet. In dieser Diskussion scheint oft in Vergessenheit zu geraten, dass die Vertragsfreiheit nur dann beschnitten wird, wenn eine *diskriminierende* Auswahl getroffen worden ist: Der Wirt hat sich geweigert, einem Behinderten Essen zu servieren. Der Vermieter vermietet grundsätzlich nicht an Ausländer. Und der Sportverein nimmt keine Alten auf. Wenn die Vertragsfreiheit auch ganz ohne Zweifel der wichtigste Grundsatz des Privatrechts ist, sind wir doch daran gewöhnt, dass sie auch Grenzen hat: So sind sittenwidrige Verträge nach § 138 BGB nichtig. Vor diesem Hintergrund fragt sich durchaus, warum gerade die Vorgabe, auch schon bei der Auswahl des Vertragspartners nicht zu diskriminieren, uns so sehr zu schaffen macht.

#### b) Verschulden als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG

Bereits im Entstehungsprozess des AGG war streitig, ob die Exkulpationsmöglichkeit bei der Schadensersatzpflicht nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG richtlinienwidrig ist. Denn der Schadensersatzanspruch soll als Abschreckung vor möglichen Diskriminierungen dienen. Die Sache ist knifflig. Allein aus dem Wortlaut der umzusetzenden Richtlinien lässt sich nämlich noch kein Widerspruch zu dem in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG normierten Verschuldenserfordernis erkennen. Denn sie enthalten keine Details zur Ausgestaltung von Schadensersatzansprüchen. Der EuGH hat aber für die alte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 76/207/EWG) entschieden, dass ein Schadensersatzanspruch nur dann wirksam und abschreckend sei, wenn der Arbeitgeber unabhängig vom Verschulden oder dem Eingreifen von Rechtfertigungsgründen haftet.<sup>56</sup> Dies gelte unabhängig davon, wie leicht der Nachweis des Verschuldens im nationalen Recht zu erbringen sei.<sup>57</sup> Umstritten ist, ob diese Rechtsprechung auch für die hier in Frage stehende Regelung Geltung hat.<sup>58</sup> Hierfür wird vor allem vorgebracht, dass § 21 AGG neben dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch verschuldensunab-

<sup>50</sup> So auch die Schlussanträge der Generalanwältin vom 15.11.2007, im Internet verfügbar auf der Homepage <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0404:DE:HTML>.

<sup>51</sup> A.A. OLG Nürnberg NJW 2005, 3000; Rott, BB 2004, 2478.

<sup>52</sup> Nur Lorenz, NJW 2006, 3203.

<sup>53</sup> III. 2. d) bb).

<sup>54</sup> Zweifelnd auch Schmidt, ZGS-Praxisforum 2006, 408.

<sup>55</sup> Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismus-Richtlinie); Richtlinie 2004/113/EG (Gender-Richtlinie Zivilrecht); sowie aus dem Bereich des Arbeitsrechts die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG und die Gender-Richtlinie n.F. 2002/73/EG.

<sup>56</sup> EuGH, Slg. 1990, S. 3941 Rn. 24 (Dekker); Slg. 1997, S. 2195 Rn. 22 (Draehmpaehl).

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-180/95, Slg. 1997, S. 2195 Rn. 20 (Draehmpaehl).

<sup>58</sup> Dagegen Wagner/Potsch, JZ 2006, 1086 (1099); Meinel/Heyn/Herms, AGG, Kommentar, 2007, § 21 Rn. 18; dafür aber Thüsing (Fn. 12), § 21 Rn. 48; Benecke/Kern, EuZW 2005, 360 (362); Deinert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG-Handkommentar, 2007, § 21 Rn. 38.

hängige Ansprüche vorsieht, so dass die Sanktionen insgesamt genügend abschreckend seien.<sup>59</sup> Ob das ausreicht, ist aber fraglich. Denn wenigstens nach Art. 14 der Richtlinie 2004/113/EG muss gerade der Schadensersatzanspruch selbst abschreckend sein. Das aber bedeutet, dass er nicht verschuldensabhängig sein darf und § 21 Abs. 2 S. 2 AGG gegen die Richtlinie verstößt.<sup>60</sup>

#### 4. Arbeitsrecht – Massenentlassung

Das Arbeitsrecht ist von allen privatrechtlichen Rechtsgebieten mit Abstand am meisten und am frühesten unter europäischen Einfluss geraten. Die erste Richtlinie, die die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz verlangte, stammt von 1976.<sup>61</sup> Heute befassen sich viele Richtlinien mit arbeitsrechtlichen Fragen, seien es der Betriebsübergang<sup>62</sup>, die Arbeitszeit,<sup>63</sup> die Teilzeitarbeit oder die Massenentlassung.

Hier sei nur ein einziges Beispiel aus der übergroßen Fülle vorgestellt.<sup>64</sup> Nach § 17 KSchG müssen bei Massenentlassungen bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden. Insbesondere muss eine Anzeige an die Agentur für Arbeit erfolgen, wenn eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern gleichzeitig entlassen wird. Bei Betrieben mit 20-60 Arbeitnehmern gilt das für die Entlassung von fünf oder mehr Arbeitnehmern. Damit setzte der Gesetzgeber die Vorgaben der Massenentlassungsrichtlinie um. Das BAG hatte lange auf dem Standpunkt gestanden, dass eine Kündigung, bei der gegen die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG verstoßen worden sei, dennoch wirksam bleibe.<sup>65</sup> Dem widersprach der EuGH.

Daher legt das Bundesarbeitsgericht die Norm nun richtlinienkonform aus. Auch diese Entscheidung hat eine zusätzliche spannende Komponente: Das BAG gewährte nämlich auf der Basis seiner alten Rechtsprechung Vertrauensschutz für den Arbeitgeber, der an die Wirksamkeit der Kündigungen geglaubt habe.<sup>66</sup> Es meinte, es lege nationales Recht aus und habe daher die Grundsätze zum Vertrauensschutz anzuwenden.<sup>67</sup> Damit entschied das BAG allerdings richtlinienwidrig! Die richtlinienkonforme Auslegung ist ohne Rücksicht auf Vertrauensschutz vorzunehmen.<sup>68</sup>

<sup>59</sup> Wagner/Potsch, JZ 2006, 1086 (1099); Meinel/Heym/Herms (Fn. 57), § 21 Rn. 18 (mit Hinweis auf die abschreckende Wirkung des Kontrahierungszwangs).

<sup>60</sup> Nur Deinert (Fn. 57), § 21 Rn. 38; die Richtlinie 2000/43/EG ist weniger eindeutig. Vorgegeben ist dort nur, dass die Sanktionen in ihrer Gesamtheit abschreckend und wirksam sind.

<sup>61</sup> Richtlinie 76/207/EWG, ABl. EG L 39, S. 40 ff.

<sup>62</sup> Heute die EG-RL 2001/23/EG, ABl. EG Nr. L 82/16 nach deren Vorgaben das BAG nunmehr § 613a BGB (und insbesondere den Begriff „Betrieb“) auslegt; große Wellen schlug eine erste Entscheidung des EuGH, nach der die auswärtige Vergabe der Gebäudereinigung (anstelle der Weiterbeschäftigung einer Teilzeitputzkraft) ein Betriebsübergang sein sollte; EuGH, Slg. I 1994, S. 1311 (Christel Schmidt); aus der neueren Rspr. des EuGH nur Urt. vom 20.11.2003, C-340/01, Slg. 2003, S. 14023 (Carlito-Abler/Sodexho) = NJW 2004, 45; näher Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007, § 613a BGB, Rn. 5 ff.

<sup>63</sup> Hier ist die Frage der Einordnung des Bereitschaftsdienstes von Krankenhausärzten als Ruhezeit seit vielen Jahren umstritten. Der EuGH hat bereits mehrfach die Einordnung als Arbeitszeit vorgenommen, vgl. nur EuGH, Slg. 2003, S. 8389 Rn. 71 ff. (Jäger) = NJW 2003, 2971.

<sup>64</sup> BAG NZA 2006, 971; BAG NZA 2007, 1101.

<sup>65</sup> BAGE 107, 318; näher Kiel, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Fn. 61), § 17 KSchG Rn. 35.

<sup>66</sup> BAG NZA 2006, 971; BAG NZA 2007, 1101.

<sup>67</sup> Zustimmend Kiel (Fn. 64), § 17 KSchG Rn. 35a.

<sup>68</sup> Das lässt sich gut an den bereits erwähnten Entscheidungen des EuGH (Slg. 2001, S. 9945 – Heiningen und Slg. 2005, S. 9215 – Schulte) sehen: Der EuGH nahm keinerlei Rücksicht darauf, dass die Banken sich auf richtlinienwidrige nationale Rechtsprechung verlassen hatten.