

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften

Band 73

Andreas Hentschel

**Die Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts
und die Wirkungsweise vollharmonisierender Richtlinien**



Andreas Hentschel

**Die Vollharmonisierung des
Verbrauchsgüterkaufrechts
und die Wirkungsweise voll-
harmonisierender Richtlinien**

Andreas Hentschel

Die Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts und die Wirkungsweise vollharmonisierender Richtlinien

Tectum Verlag

Andreas Hentschel

Die Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts und die
Wirkungsweise vollharmonisierender Richtlinien.

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften; Band 73

Zugl. Diss., Philipps-Universität Marburg 2014

© Tectum Verlag Marburg, 2014

ISBN 978-3-8288-6143-5

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch
unter der ISBN 978-3-8288-3423-1 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind
im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Danksagung

Die vorliegende Arbeit ist im Februar 2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen worden.

Dank gebührt zunächst Herrn Prof. Dr. Ralph Backhaus, der die Betreuung der Arbeit sowie die Erstattung des Erstgutachtens übernommen hat. Obwohl die Thematik eher abseits seiner eigentlichen Forschungsschwerpunkte gelegen ist, hat er dem Projekt von Anfang an sehr offen und mit großem Interesse gegenübergestanden und es mit umsichtiger Kritik sowie kenntnisreichen Denkanstößen unterstützt. Nicht minder danke ich ihm aber auch für die juristische Bildung und Ausbildung, welche ich in seinen für mich vorbildlichen Veranstaltungen erfahren habe, die so auf ihre Weise zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben.

Herr Prof. Dr. Tobias Helms hat sich um die ausgesprochen zügige Erstattung des Zweitgutachtens verdient gemacht, wofür ihm gedankt sei.

Einen exzellenten Rahmen für die Erstellung der Arbeit hat die FAZIT-Stiftung geschaffen, indem sie mich mit einem Promotionsstipendium gefördert hat. Für diese großzügige und unkomplizierte Förderung danke ich an dieser Stelle vielmals.

Auf privater Seite danke ich meinen Eltern für die Unterstützung, die sie mir während meines Studiums haben zu Teil werden lassen und ohne welche ich das Studium nicht mit dem Erfolg hätte betrei-

ben können, wie es mir möglich gewesen ist. Auch diese Arbeit wäre ohne sie so nicht entstanden.

Nicht wenige Danksagungen erwecken den Eindruck, die Phase der Promotion sei eine Zeit des Kampfes und der Mühsal gewesen. Jedenfalls für diese Arbeit gilt dies nicht. Das liegt in allererster Linie an den großartigen Menschen aus meinem Umfeld; für Euch alle schätze ich mich glücklich. Aus diesem Kreis sind Dominik Rußmann, Philipp Achilles und David Weller auch in fachlicher Hinsicht immer wieder mit Diskussionsbereitschaft und wertvollem Input zur Stelle gewesen, und haben somit für hochkarätige intellektuelle Rückendeckung gesorgt. Vielen Dank Euch beiden.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Tante Erika Rohmann. Sie hat meinen menschlichen und auch beruflichen Werdegang zeitlebens stets mit großer Zuversicht und liebevollem Wohlwollen begleitet. Von ihr habe ich um Welten wichtigere Dinge erfahren und gelernt, als in dieser Arbeit zu finden sind.

Hamburg, im Juni 2014

Inhalt

A. Erster Teil: Einleitung.....	1
B. Zweiter Teil: Die Auswirkungen vollharmonisierender Richtlinien auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.....	13
I. Die Richtlinie als vorzugswürdiges Regelungsinstrument – auch bei Vollharmonisierung?	13
1. Die Vorzüge der Harmonisierung durch eine Verordnung.....	15
2. Die Richtlinie als ebenbürtiges Harmonisierungs- instrument – auch bei Vollharmonisierung.....	16
II. Die Wirkung vollharmonisierender Richtlinien	19
1. Einführung in das Problem.....	19
2. Anwendungsbereich und Regelungsinhalt in der Rechtssprechung des EuGH	28
a) Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des EuGH.....	28
aa) Produkthaftungsrichtlinie 85/374 EWG.....	29
(1) Regelungen über den Selbstbehalt	29
(2) Erstreckung der verschuldensunabhängigen Haftung der Richtlinie auf andere Gewerbetreibende als den Hersteller	30

(a)	Rs. C-52/00 (Kommission/Frankreich) u. Rs. C-402/03 (Skov/Bilka)	30
(b)	Rs. C-285/08 (Moteurs Leroy Somer/Dalkia France u. a.)	31
bb)	UGP-Richtlinie 2005/29 EG.....	33
(1)	verb. Rs. C-261/07 (VTB-VAB/Total Belgium) und C-299/07 (Galatea/Sanoma).....	33
(2)	Rs. C-304/08 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V./Plus Warenhandelsgesellschaft) sowie Rs. C-540/08 (Mediaprint/Österreich Zeitungsverlag).....	34
b)	Fazit.....	35
3.	Der Anwendungsbereich – Versuch einer dogmatischen Bestimmung	36
a)	Der Ansatz <i>Brandners</i>	36
b)	Die Struktur der Rechtsangleichung gem. Art. 288 (3) AEUV als Ausgangspunkt	38
aa)	Der Anwendungsbereich als Summe der erfassten Sachverhalte	38
bb)	Bestimmung der erfassten Sachverhalte als Frage der Auslegung.....	41
(1)	Maßgebliche Auslegungsmethode	43
(2)	Bestimmung des „Sachverhalts“ oder: der Gegenstand der Auslegung	48
cc)	Anwendungsbereichsspezifische Grenzen der Vollharmonisierung	51
4.	Der Regelungsinhalt	55
a)	Bedeutung und dogmatische Bestimmung	55
b)	Fallbeispiel	59
aa)	Problemaufriss	59
bb)	Anwendung auf der Dogmatik auf den konkreten Fall.....	60
(1)	Auswirkungen der Vollharmonisierung auf §§ 119 Abs. 2 BGB.....	61

(2) Auswirkungen der Vollharmonisierung auf § 123 Abs. 1 BGB	62
cc) Ergebnis.....	63
c) verfahrensrechtliche Gegenargumente.....	65
5. Andere für die Auslegung relevante Fragen	66
a) Die Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimm- ten Rechtsbegriffen – einleitende Bemerkungen.....	66
aa) Zur Konkretisierung von Generalklauseln	69
(1) Funktionen von Generalklauseln	69
(2) Besonderheiten im Rahmen der europäischen Rechtssetzung.....	70
(3) Die Verteilung der Konkretisierungskompetenz.....	72
(a) Grundsätzliche Zuweisung an die Mitgliedsstaaten?.....	72
(b) Grundsätzliche Zuweisung zum EuGH	74
(aa) Der Grundsatz der autonomen Auslegung des Unionsrechts.....	74
(bb) Ergebnis bei Vollharmonisierung	76
(cc) Bestätigung durch Océano Grupo	77
(dd) Korrektur der Océano Grupo-Rechtsprechung durch Freiburger Kommunalbauten? – Konkretisie- rungskompetenz rein als Frage der Regelungs- dichte?.....	78
(aaa) Sachverhalt und Entscheidung	78
(bbb) Unterscheidung von Auslegung und Anwendung des Rechts	79
(ccc) Konkretisierungsbefugnis nicht nur als Frage der Regelungsdichte der Norm, sondern auch als Frage des EuGH-Verfahrensrechts	84
bb) Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	85
(1) Grundsätzliche Konkretisierungsbefugnis der Mitgliedsstaaten?.....	86
(2) Kritik.....	87

(a) Mangel an einheitlicher Terminologie	87
(b) primärrechtliche Ungereimtheiten	89
(3) Ergebnis bei Vollharmonisierung.....	90
b) Andere, von der Richtlinie positiv gegebene Regelungs- spielräume	91
aa) Öffnungsklauseln.....	91
(1) Gründe für den Einsatz von Öffnungsklauseln.....	91
(2) Sonderfall: Die qualifizierten Öffnungsklauseln nach dem Vorschlag des Europäischen Parlaments – „Unbedingt erforderlich, verhältnismäßig, effizient“	94
(a) Unbedingt erforderlich und verhältnismäßig	95
(b) Seitenblick: Bedeutung der Verbürgung eines hohen Verbraucherschutzniveaus gem. Art. 169 AEUV.....	97
(aa) Art. 169 als Verschlechterungsverbot bei unions- rechtlichen Neuregelungen?	98
(bb) Geringe Überzeugungskraft der Annahme eines primärrechtlichen Verschlechterungsverbotes.....	99
(aaa) Probleme bei der Feststellung der „Verbraucher- günstigkeit“ einer Neuregelung.....	99
(bbb) Weitere Argumente gegen eine Rechtssetzungs- schränke für den EU-Gesetzgeber	100
(cc) Bedeutung des Art. 169 AEUV im Rahmen des Sekundärrechts.....	102
(c) Effizienz der Schutzverstärkung.....	103
bb) Kompetenzübertragung auf das innerstaatliche Recht (insb. im Rahmen der Rechtsdurchsetzung und Rechts- folgen).....	104
Exkurs: Wettbewerb der Verbraucherrechtsordnungen	107
cc) Harmonisierung im angrenzenden Bereich	109
dd) Kompetenz der Mitgliedsstaaten zur Ausdifferenzierung ungeschriebener Tatbestandsmerkmale trotz Voll- harmonisierung?	110

c) Kapazitive Überforderung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit als Folge und Schranke Vollharmonisierung?	111
aa) Mehr Verfahren durch eine breitere und tiefere Union	111
bb) Mehr Vorabentscheidungsverfahren durch <i>private law enforcement</i>	114
cc) Verfahrensdauer bei Vorabentscheidungsverfahren als Hemmung der Harmonisierung	116
dd) Reformvorschläge.....	117

C. Dritter Teil: Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben in deutsches Recht 123

I. Allgemeine Probleme der Umsetzung	123
1. Vollharmonisierte Umsetzungsfrist – Spannungsfeld zwischen Vorwirkung und Vollharmonisierung der Richtlinie	124
2. Reichweite von Unabdingbarkeitsklauseln.....	126
II. Neuregelungen im Rahmen und auf Grund der Begriffsbestimmungen nach Art. 2 KE/AE	129
1. Verbraucher	130
a) Handeln zu Zwecken der beruflichen Tätigkeit.....	130
b) Dual use	132
2. Gewerbetreibender.....	134
a) neu: Zurechnung zur geschäftlichen oder handwerklichen Tätigkeit	134
b) Die Behandlung von Hilfspersonen.....	135
III. Neuregelungen in und auf Grund Kapitel IV des Richtlinienentwurfs über sonstige Verbraucherrechte in Bezug auf Kaufverträge.....	138
1. Geltungsbereich Art. 21 KE/AE	138
a) exklusive Anwendbarkeit auf b2c-Konstellationen?.....	138
b) Bzgl. des sachlichen Geltungsbereichs weitgehende Übereinstimmung der RL-Entwürfe mit der VerbrGüterK-RL.....	139

2. Lieferung gem. Art. 22 KE/AE.....	141
a) Lieferfrist und -modalitäten nach Art. 22 (1) KE/AE	141
b) Lieferverzug nach Art. 22 (2) KE/AE	144
3. Risikoübergang gem. Art. 23 KE/AE	148
a) Die Auslegung des Art. 23 (1) KE/AE.....	148
b) Die Auswirkungen von Art. 23 (1) KE/AE auf die BGB-Regeln über die Gegenleistungsfahr.....	150
c) Der Annahmeverzug nach Art. 23 (2) KE/AE	152
aa) Auslegung	152
bb) Auswirkungen auf das BGB	154
(1) Tatbestand des Annahmeverzuges.....	154
(2) Rechtsfolgen des Annahmeverzuges.....	156
4. Vertragsmäßigkeit Art. 24 KE/AE.....	157
a) Abschließender Katalog über die Kriterien der Vertragsmäßigkeit durch Vollharmonisierung?.....	157
b) Konzeptionelle Umsetzung des Art. 24 (1), (2) KE/AE	160
c) Die Vermutensregelungen des Art. 24 (2) KE/AE und ihre Umsetzung.....	163
d) Anwendung von Art. 24ff. RL-Entwürfe nur auf gelieferte Waren?	167
e) Das Verhältnis zwischen Art. 24 (1) KE/AE und Art. 24 (2) lit. b) KE/AE	169
aa) Problemlösungsansatz der wohl herrschenden Meinung im dt. Schrifttum zur VerbrGüterK-RL.....	171
bb) Eigener Lösungsvorschlag.....	173
cc) Mögliche Einwände gegen den hier gemachten Vorschlag.....	174
(1) Mangelnde Trennschärfe zwischen Verwendungs- zweckabreden und sonstigen Vereinbarungen	175
(2) Mit Verweis auf den Wortlaut in Art. 24 (1) KE/AE könnte Art. 24 (2) lit. b) KE/AE doch keinen Vertragsschluss meinen.....	177

(3) Art. 24 (2) lit. b) und d) KE/AE sind redaktionelle Versehen ..	177
(4) Fazit.....	178
f) Haftung für Rechtsmängel nach KE/AE?.....	178
g) Inhaltliche Änderungen in Art. 24 (2) KE/AE	180
aa) Art. 24 (2) lit. a) KE/AE	181
bb) Die Käufererwartung nach Art. 24 (2) lit. d) KE/AE.....	181
cc) Einbeziehung öffentlicher Äußerungen nach Art. 24 (2) lit. d) KE/AE.....	182
dd) Montagefehler nach Art. 24 (5) S. 1 KE/AE	183
ee) Fehlerhafte Montageanleitung (IKEA-Klausel), Art. 24 (5) S. 2 KE/AE	184
h) Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach Art. 24 (3) KE/AE	184
i) Art. 24 (4) KE/AE – Enthftung des Gewerbetreibenden für öffentliche Äußerungen	191
j) Vergleich zum GEK-E	192
5. Haftung für Vertragswidrigkeiten bei Risikoübergang, Art. 25 KE/AE	194
6. Abhilfe bei Vertragswidrigkeiten Art. 26 KE/AE	195
a) Die Ordnung der Rechtsbehelfe – grundsätzlicher Vorrang der Nacherfüllung	195
b) Die Auswirkungen auf §§ 437ff. BGB.....	197
aa) Auswirkungen auf die Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.....	197
(1) Verteilung des Wahlrechts bei der Nacherfüllung, Art. 26 (2) KE – Wahlrecht (wieder) beim Gewerbe- treibenden.....	197
(2) Grenzen des Anspruchs des Verbrauchers auf Nacherfüllung, §§ 439 Abs. 3, 275 BGB	202
(a) Auswirkungen von Art. 26 (5) AE	202
(b) Auswirkungen Art. 26 von (3) KE	207

(aa)	Rechtswidrigkeit.....	210
(bb)	Unmöglichkeit.....	212
(cc)	Unverhältnismäßigkeit.....	213
(dd)	Auswirkungen des KE auf § 275 BGB	217
bb)	Die Auswirkungen auf Rücktritt und Minderung, §§ 437 Nr. 2, 323, 326 BGB – Ansprüche statt Gestaltungsrecht?	217
(1)	Voraussetzungen des Rücktritts nach Art. 26 (4) AE.....	218
(2)	Voraussetzungen des freien Wahlrechts des Verbrauchers nach Art. 26 (4) KE.....	222
(a)	Abhilfiverweigerung des Gewerbetreibenden.....	223
(b)	Nichtabhilfe binnen angemessener Frist	224
(c)	Fehlgeschlagener, mit erheblichen Unannehmlich- keiten verbundener Abhilferversuch	225
(d)	Wiederkehrende Vertragswidrigkeit binnen kurzer Zeit	226
(e)	Fürderhin ausgeschlossene Rücktrittsgründe.....	230
(3)	Ausschluss des Rücktritts bei lediglich geringfügiger Vertragswidrigkeit.....	230
(4)	Rücktrittsfolgenrecht	232
c)	Weitere Rechtsbehelfe des Verbrauchers	234
aa)	Anwendbarkeit der culpa in contrahendo neben dem Gewährleistungsrecht.....	237
bb)	Einrede des nichterfüllten Vertrages	239
e)	Die Rechtsbehelfssystematik der Verbraucherrechte nach dem GEK-E.....	240
7.	Art. 27 (1) KE/AE – Modalität der Kostentragungspflicht des Gewerbetreibenden	242
8.	Ersatz der Selbstvornahmekosten gem. Art 27 (1a) AE	242
9.	Der Schadensersatzanspruch nach Art. 27 (2) KE/AE	245
a)	Regelungsgehalt des Art. 27 (2) KE/AE.....	245
b)	tatbestandliche Voraussetzungen.....	249

c)	Verhältnis zur Abhilfe nach Art. 26 KE/AE.....	250
d)	Haftungsmaßstab.....	251
e)	Schaden	255
a)	Ersatzfähige Posten	255
(1)	Schadensersatz statt oder neben der Leistung?	255
(2)	Positives oder negatives Interesse.....	261
(3)	Schadensminderung wegen Mitverschulden des Verbrauchers	263
b)	Auswirkungen von Art. 27 (2) KE/AE auf die weiteren Schadensersatzansprüche der §§ 28off. BGB.....	264
(1)	§ 282 BGB	264
(2)	§ 284 BGB	265
(3)	§ 285 BGB	269
c)	Auswirkungen auf die deliktische Haftung nach § 823ff. BGB	271
	Exkurs: Sonderfall Weiterfresserschaden.....	272
f)	Kausalität und Zurechnung	275
g)	Das Verhältnis von Art. 27 (2) KE/AE zum Schadensersatz- anspruch des ProdHaft-RL.....	277
a)	gewerbetreibender Verkäufer und Hersteller fallen auseinander	278
b)	Hersteller ist zugleich gewerblicher Verkäufer.....	279
h)	zusammenfassende Kritik und Vergleich mit dem GEK- Entwurf.....	281
a)	Haftungsvoraussetzungen	282
b)	Haftungsumfang.....	283
10.	Art. 28 KE/AE.....	285
a)	Die Kettengewährleistung die nach Art. 28 (2) KE	285
b)	Rügeobliegenheit des Verbrauchers nach Art. 28 (4) KE	285
a)	Die Regelung	285

bb) Norminhalt und rechtspolitische Betrachtung	287
cc) Umsetzung der Vorgabe in nationales Recht	290
c) Fristen und Beweislast Art. 28 (1), (3), (5) KE/AE	292
11. Gewerbliche Garantien Art. 29 KE/AE	295
12. Ausklammerung des Händlerregresses durch den KE	295
D. Vierter Teil: Fazit und Ausblick	299
I. Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	299
II. Ausblick	318
Literaturverzeichnis	321

A. Erster Teil

Einleitung

Der Einfluss europäischer Rechtssetzungsakte auf das deutsche Zivilrecht ist immens. Die Zahl der Richtlinien mit explizit privatrechtlichem Bezug ist auf mittlerweile rund zwanzig angestiegen, hinzu kommen diverse Verordnungen (z. B. Fluggastrechte-VO)¹, einige weitere Rechtsakte mit immerhin mittelbarer Bedeutung für das Zivilrecht sowie die Einwirkungen des Primärrechts. Dabei ist der Fokus des Sekundärrechts im Laufe der Jahre von der Regelung von Fragen an den Randbereichen des Bürgerlichen Rechts immer weiter in die Mitte der hergebrachten schuldrechtlichen Regelungssysteme gewandert. Paradigmatisch hat dies die Verbrauchsgüterkauf-RL (im Folgenden: VerbrGüterK-RL)² gezeigt, welche zentrale Regelungen des mitgliedstaatlichen Vertragsrechts berührt und Anlass weitreichender Änderungen durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 gewesen ist.

Es ist offensichtlich, dass bei derart mit dem nationalen Recht verwobenen Regelungsvorgaben Änderungen derselben erhebliche Auswirkungen auf das ihnen angepasste mitgliedstaatliche Zivilrechtssystem haben müssen. Dabei reicht das Spektrum von wahren Beben, welche nach grundlegenden Neuregelungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verlangen, bis hin zu feinen Erschüt-

1 VO 2004/261 EG; dazu *Tonner*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), S. 711ff.

2 RL 1999/44 EG.

terungen, die die Kapillaren des Zivilrechtssystems erfassen, und auch Jahre nach In-Kraft-Treten und Umsetzung in nationales Recht beschäftigen unionsrechtliche Neuregelungen mit immer neuen Auslegungsfragen die Gerichte, welche über die isolierte Regelung von Sachfragen hinaus gehen und bisweilen sogar zur Fortentwicklung der juristischen Methodenlehre zwingen, wie etwa die *Quelle*-Entscheidung des BGH eindrucksvoll gezeigt hat.³

Angesichts dieser Bedeutung in der Praxis ist es nur selbstverständlich, dass neue Rechtssetzungsinitiativen der Europäischen Union auf dem Gebiet des Privatrechts im Fokus wissenschaftlicher Betrachtungen stehen. Dies ist bereits bei „schlichten“ Neuregelungen so, verstärkt sich aber nochmals, wenn die ins Auge gefassten Rechtsfragen mit neuen Regelungstechniken erfasst werden sollen.

In diese Kategorie fällt der Vorschlag der Europäischen Kommission für die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, wie er der damaligen Gemeinschaft am 08.10.2008 unterbreitet worden ist (im Folgenden: KE).⁴ Thematisch umfasst der Vorschlag zwar im Wesentlichen Regelungsgegenstände, die auch bisher schon von europäischen Vorgaben geprägt waren, bringt aber unter dem Aspekt der Harmonisierungsintensität ein Novum mit sich. Gehen derzeit die meisten Richtlinien zum Verbraucherschutz noch davon aus, dass es den Mitgliedsstaaten vorbehalten bleibt über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehende Verbraucherschutzvorschriften zu erlassen,⁵ so bestimmt Art. 4 des Richtlinienentwurfs: „Die Mitgliedsstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“ Jegliches Abweichen, gleich ob nach „unten“ oder aber auch nach „oben“, soll damit richtlinienwidrig und in Zukunft den Mitgliedsstaaten nicht mehr gestattet sein.⁶

3 BGHZ 179, S. 27ff.; dazu z. B. *Gebauer*, GPR 2009, S. 82ff.

4 KOM (2008) 614 endg.

5 Siehe bspw. die Öffnungsklauseln in Art. 8 der VerbrGüterK-RL und Art. 8 der Klausel-RL 93/13 EG.

6 *Tettinger*, ZGS 2009, S. 106; *Loos*, in: Stürner (Hrsg.), S. 47 (53, 68).

Der Richtlinienvorschlag der Kommission stellte dabei kein isoliertes Rechtssetzungsprojekt dar, sondern ist im größeren Zusammenhang mit weiteren Arbeiten der Kommission zu einer umfassenden Revision des unionsrechtlichen Verbraucheraquis⁷ zu sehen. Als deren Ausgangspunkt kann der Europäische Rat von Tampere 1999 ausgemacht werden, anlässlich dessen die Kommission, insbesondere auf Betreiben des Europäischen Parlaments hin, den Auftrag erhielt, Arbeiten zu einer Vereinheitlichung und Konsolidierung des europäischen Privat- und Verbraucherrechts aufzunehmen.⁷

Erste Ergebnisse zeigten sich bereits in der verbraucherpolitischen Strategie der Kommission 2002–2006, wo der Wechsel von Minimal- zu Vollharmonisierung auf dem Gebiet des Verbraucherrechts als politisches Ziel ausgegeben wurde.⁸ Konkrete Angaben zur weiteren Vorgehensweise enthielt die Kommissionsmitteilung vom 11.10.2004, in der angekündigt wurde, das existierende europäische Verbraucherrecht zu sichten, um festzustellen, „inwiefern die derzeitigen Richtlinien insgesamt und jeweils einzeln betrachtet den Verbraucherschutz- und Binnenmarktzielen der Kommission gerecht werden.“⁹ Die Ergebnisse der dafür eingesetzten Aquis-Gruppe bildeten die Grundlage für das Grünbuch der Kommission im Februar 2007.¹⁰ Zusammen mit der verbraucherpolitischen Strategie der Kommission 2007–2013¹¹ gab es die Richtung für die geplanten Rechtsänderungen vor.

Insgesamt sollten danach 8 der bestehenden Richtlinien zum Verbraucherschutz inhaltlich erneuert, kohärenter ausgestaltet sowie der Harmonisierungsgrad der Richtlinien auf Vollharmonisierung umgestellt werden. Noch vor dem Vorschlag der Kommission über eine Verbraucherrechte-RL war eine solche Neuausrichtung der

7 Europäischer Rat von Tampere 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzenden, Punkt 39; abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm#a (Stand: Mai 2014).

8 ABLEG 2002, Nr. C 137, S. 5.

9 KOM (2004) 651 endg.

10 KOM (2006) 744 endg.

11 KOM (2007) 33 endg.

Verbrauchercredit-RL¹² und der Timesharing-RL¹³ bereits vorge-
nommen worden; für die mittlerweile in der RL 2009/22 kodifizierte
Unterlassungsklagen-RL liegt schon ein nächster Änderungsentwurf
der Kommission vor,¹⁴ und auch für die schon länger im Raume ste-
hende Überarbeitung der Pauschalreise-RL hat die EU-Kommission
am 09. 07. 2013 nun einen Reformentwurf veröffentlicht.¹⁵

Die verbleibenden vier Richtlinien sind Gegenstand des hier behan-
delten Kommissionsentwurfs zu einer Verbraucherrechte-Richtlinie.
In ihm werden die Haustürwiderrufs-Richtlinie¹⁶, die Verbrauchs-
güterkauf-Richtlinie¹⁷, die Fernabsatz-Richtlinie¹⁸ und die Richtli-
nie über missbräuchliche Vertragsklauseln¹⁹ in einem horizontalen
Rechtsinstrument zusammengefasst, wodurch das geltende Recht
systematisiert, vereinfacht und aktualisiert werden soll.²⁰

Zur Begründung des Richtlinienprojekts stellt die Kommission vor
allem auf die Förderung des Binnenmarktes ab. Sie will in den diver-
gierenden mitgliedstaatlichen (Verbraucher-)Rechtsordnungen das
wesentliche Hindernis für die Entfaltung des grenzüberschreitenden
Handels erblickt haben, wofür die Hauptursache im bisher prakti-
zierten Prinzip der Mindestharmonisierung zu sehen sei. Dabei
argumentiert die Brüsseler Behörde zweigleisig:

Zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen macht die Kommission
das mangelnde Vertrauen der Verbraucher in den grenzüberschrei-
tenden Handel. Nach ihren Erhebungen macht nur ein relativ gerin-

12 RL 87/102 EWG, nunmehr neu gefasst als RL 2008/48 EG.

13 RL 94/47 EG, nunmehr neu gefasst als RL 2008/122 EG, dazu *Franzen*,
NZM 2011, S. 217ff.

14 KOM (2011) 793 endg.

15 KOM (2013) 512 endg.

16 RL 85/577 EWG.

17 RL 1999/44 EG.

18 RL 97/7 EG.

19 RL 93/13 EG.

20 KOM (2008) 614, S. 3.

ger Teil der Verbraucher von der Möglichkeit grenzüberschreitenden Handels auf dem Binnenmarkt, insbesondere im Wege des Onlinehandels, Gebrauch. Einen wesentlichen Grund für diese Zurückhaltung der Verbraucher sieht die Kommission in den von den zu Grunde liegenden Richtlinien abweichenden Verbraucherschutzbestimmungen, die auf Grund des bisher praktizierten Mindestharmonisierungsprinzips in den einzelnen Mitgliedsstaaten erlassen werden konnten und zu uneinheitlichen Verbraucherschutzstandards in den EU-Ländern geführt haben.²¹ Die unbekannte Rechtslage in anderen Mitgliedsstaaten schrecke die Verbraucher davor ab, die Vorteile des Binnenmarktes voll zu nutzen und in anderen Mitgliedsstaaten Waren zu einem womöglich günstigeren Preis zu erwerben; insofern sei eine Vereinheitlichung der für den grenzüberschreitenden Handel wesentlichen Vorschriften notwendig.

In ihrem zweiten Zug nimmt sich die Kommission der Unternehmensperspektive an. Wollen Unternehmen grenzüberschreitend tätig werden, so sind sie momentan gezwungen sich auf viele, sich teilweise erheblich voneinander unterscheidende Verbraucherschutzregelungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten einzustellen. Dies führe zu hohen innerbetrieblichen Kosten, die insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen nur schwer zu tragen seien. Folge davon sei entweder zum Einen, dass die entsprechenden Mehrkosten auf den Verbraucher als Endabnehmer abgewälzt würden, oder zum Anderen, dass die Unternehmen vor allem in kleineren, mit weniger kaufkräftigen Verbrauchern ausgestatteten Mitgliedsstaaten, wo ein rentabler Vertrieb wegen der eingepreisten Rechtsanpassungskosten nicht mehr zu erwarten sei, ihre Waren schon gar nicht grenzüberschreitend anbieten. Unternehmen den Marktzugang in anderen Mitgliedstaaten zu erleichtern, eröffne den Verbrauchern nicht nur den Zugang zu qualitativ höherwertigen Angeboten, sondern durch die breitere Produktpalette sanken auch die Preise, wovon der Verbraucher unmittelbar profitiere. Geht man – kritisierbar²² – von der Richtigkeit dieser Prämissen aus, so wäre dieser Form der „geogra-

21 Stürner, in: Stürner (Hrsg.), S. 3 (4); auch schon Zaccaria, in: Canaris/Zaccaria (Hrsg.), S. 9 (11f.).

22 S. dazu u. a. die Nachweise in Fn. 24.

phischen“ Diskriminierung mancher mitgliedstaatlicher Märkte auf Grund unwirtschaftlicher Rechtsanpassungserfordernisse mit dem Herkunftslandprinzip oder mit Mitteln des Internationalen Privatrechts, etwa über die Schaffung eines einheitlichen Verbrauchergerichtsstandes, in der Tat nicht beizukommen. Hieraus folgert die Kommission das zwingende Bedürfnis künftiger Vollharmonisierung in den fraglichen Rechtsbereichen.

Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur hat dieser Richtlinien-vorschlag überwiegend Kritik erfahren. Dabei ging es nicht nur um die Art und Weise der Regelung konkreter Rechtsfragen, sondern oftmals auch um zwischen Rechtspolitik und Rechtstheorie angesiedelte Grundsatzprobleme. So wurde vielfach der Verlust der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz für die betroffenen Rechtsgebiete bemängelt,²³ und in der Tat muss sich die Kommission die Frage gefallen lassen, ob es wirklich nur an den unterschiedlich ausgestalteten Verbraucherschutzordnungen liegt, dass der grenzüberschreitende Handel lahmt, oder ob hier nicht auch sprachliche, kulturelle oder praktische Hindernisse eine tragende Rolle spielen.²⁴ Nicht zuletzt stellen sich Probleme, welche die Grundlagen des Verhältnisses zwischen Union und Mitgliedsstaaten berühren und – in unterschiedlicher Intensität – in allen Systemen gestufter Rechtssetzung anzutreffen sind. Zu nennen wäre etwa, ob im Rahmen der Vereinheitlichung zentraler Rechtsmaterien die Rechtskulturen der Mitgliedsstaaten ausreichend geachtet werden²⁵ und inwiefern auch der Binnenmarkt von einem Wettbewerb der Rechtsordnungen²⁶ auf

23 Sehr deutlich das Zitat bei *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), S. 99; *Zypries*, ZEuP 2008, S. 225 (228); *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZEuP 2011, S. 451 (453).

24 Mit erkennbaren Zweifeln *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, S. 279 (280); *Rott/Terryn*, ZEuP, S. 460f.; *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), S. 83 (86); *Loos*, in: Stürner (Hrsg.), S. 47 (61f.); bereits kritisch gegenüber den insofern identischen Ausgangspunkten des Grünbuchs 2004 *Micklitz/Reich*, VuR 2007, S. 121 (123).

25 Dazu *Arnold*, RIW 2009, S. 679 (683).

26 *Tonner/Tamm*, JZ 2009, S. 277 (286f.); zum Wettbewerb der Rechtsordnungen allg. *Eidenmüller*, JZ 2009, S. 641ff.; speziell zur Wettbewerb der Privatrechtsordnungen in der Europäischen Union *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt; ferner *Buchmann*, S. 27ff.

dem Verbraucherschutzsektor profitieren könnte, der mit In-Kraft-Treten der Vollharmonisierung unmöglich würde.

Die geführte Kritik zeigte im Fortgang des Rechtssetzungsverfahrens Wirkung. Die Mitgliedsstaaten zeigten sich insbesondere im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs gegenüber dem Vorschlag der Kommission kritisch, und auch einige der zu konsultierenden Ausschüsse des Europäischen Parlaments konnten sich für eine umfassende Vollharmonisierung nicht recht erwärmen,²⁷ was einen raschen Erlass der Richtlinie schon bald zweifelhaft erscheinen ließ.

Den zum Teil heftigen Reaktionen versuchte der alternative Entwurf des Binnenmarkt- und Verbraucherschutz Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 09.06.2010 (im Folgenden: AE)²⁸ zu begegnen. Dieser kehrte nach der Vorstellung des federführenden Berichterstatters Dr. Andreas Schwab in weiten Teilen zu den Regelungen der VerbrGüterK-RL zurück, unterwarf sie jedoch dem Prinzip der Vollharmonisierung und sah lediglich punktuell qualifizierte Öffnungsklauseln zu Gunsten mitgliedstaatlicher Rechtssetzungstätigkeit vor. Die Übernahme wesentlicher Vorschriften der VerbrGüterK-RL geschah offensichtlich in der Absicht, die Wogen glätten, die der Kommissionsentwurf geschlagen hatte und bei den kritischen Mitgliedsstaaten durch das Vorfinden bereits bekannter Regelungen eine Erhöhung der politischen Akzeptanz für das Projekt herbeizuführen. So sollte es ermöglicht werden, den Weg der Rechtsvereinheitlichung weiter zu beschreiten.²⁹

27 Vgl. etwa die Stellungnahmen des Ausschusses der Regionen vom 22.09.2009, abrufbar unter <http://coropinions.cor.europa.eu/coropinionodocument.aspx?language=de&docnr=9&year=2009> (Stand: Mai 2014).

28 Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments über Rechte der Verbraucher vom 09.06.2010, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/pr/819/819690/819690de.pdf (Stand: Mai 2014).

29 Kritisch insofern schon zur VerbrGüterK-RL, da sie keine Vollharmonisierung beabsichtigte *Saenger*, in: Schermaier (Hrsg.), S. 191 (206).

Als Folge der zu unterschiedlichen Vorstellungen von Union und Mitgliedsstaaten wurde vom Ministerrat am 25.10.2011 eine in ihrem Regelungsgehalt erheblich zurückgenommene Verbraucherrechte-RL verabschiedet, die sowohl die Fragen des Verbrauchsgüterkaufs als auch die der Klauselkontrolle komplett ausspart. Sie trat als RL 2011/83 EU am 12.12.2011 in Kraft.³⁰ Konnte so nach Ansicht nicht weniger Exegeten ein verheerender Brüsseler Angriff auf das autonome mitgliedstaatliche Zivilrecht abgewendet werden,³¹ dürfte es dennoch nur eine Frage der Zeit sein, bis ein neuer Anlauf zur Revision der jetzt noch einmal ausgeklammerten Rechtsgebiete genommen wird.³² Die Europäische Integration, die Vollendung des Binnenmarktes und damit auch das Bedürfnis nach einem Europäischen Privatrechts schreiten voran, und angesichts der trotz aller Bemühungen auch mittelfristig illusorisch erscheinenden Verabschiedung einer verbindlichen umfassenden Europäischen Privatrechtskodifikation sind die Instrumente der Richtlinie und der Verordnung auch auf längere Sicht hin für eine stärkere und breitere Rechtsangleichung unverzichtbar.

Gegenstand dieser Arbeit ist die Absicht der genannten Unionsorgane, die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf der Vollharmonisierung zu unterwerfen. Trotz der großen Aufmerksamkeit, die dem Kommissionsentwurf in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu Teil geworden ist, fehlt es bisher an einer umfassenden Folgenanalyse der Vollharmonisierung dieses Rechtsgebiets auf das deutsche Zivilrecht. Das erscheint insbesondere vor der Annahme, dass es in absehbarer Zeit zu einem neuerlichen Reformversuch von Seiten der Kommission kommen wird, als eklatanter Mangel.³³ Die Geschichte

30 Dazu etwa *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, S. 253ff.; *Unger*, ZEuP 2012, S. 270ff.; *Grundmann*, JZ 2013, S. 53ff.; *Heinig*, MDR 2012, S. 323ff.

31 *Fleischer* spricht, *RebelsZ* 76 (2012), S. 235 (240), von einer „leidenschaftlich geführten Abwehrschlacht“.

32 Ebenso *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, in: *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann* (Hrsg.), IX; ähnlich *Paschke/Husmann*, GPR 2010, S. 262 (262).

33 Siehe etwa aus der Sphäre der EU-Gesetzgebung die Ankündigung zukünftiger Vereinheitlichungsvorhaben bzgl. des Gewährleistungs- und AGB-Rechts von *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, S. 253 (257).

zeigt, dass Rechtsfiguren wiederkehren. Gesellschaften scheinen nur über einen begrenzten Einfallsreichtum bei der Regelung von Problemen bzgl. des Ausgleichs von Partikularinteressen zu verfügen,³⁴ und vor allem im Rahmen des Kaufgewährleistungsrechts steht dem Gesetzgeber nur ein relativ begrenztes Arsenal von Rechtsbehelfen zur Verfügung, die er dem Verbraucher zum Schutze seiner wohlverstandenen Interessen an die Hand geben kann.³⁵ Alleine von daher scheint es für kommende Reformbestrebungen im Verbrauchsgüterkaufrecht schon unvermeidlich, auf Vorschläge und Ergebnisse der Vergangenheit zurück zu greifen. Ohne Kenntnis über deren Auswirkungen auf das mitgliedsstaatliche Recht aber können tragfähige Aussagen über die rechtliche oder rechtspolitische Sinnhaftigkeit der dort enthaltenen Regelungen nicht getroffen werden, was auch ihre Eignung für eine Verwendung in künftigen Richtlinienprojekten unklar lässt.

An dieser Feststellung knüpft die vorliegende Arbeit an. Es geht ihr weniger um die oben bereits angesprochenen rechtspolitischen oder -grundsätzlichen Probleme, die eine Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts selbstverständlich auch mit sich bringen würde. Sie nimmt einen in erster Linie dogmatischen Gang und untersucht, welche Auswirkungen eine Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts nach dem Vorbild von KE und AE auf das BGB haben würde.

Dabei gibt es gute Gründe, die Untersuchung auf diese beiden Regelwerke zu beziehen. Neben dem KE ist der AE einer der wenigen weiteren Entwürfe mit politischer Autorität, der weiterhin eine Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufs beabsichtigt. Vor allem erscheint diese Wahl des Untersuchungsgegenstandes deswegen attraktiv, weil zwischen beiden Entwürfen bisweilen doch erhebliche Unterschiede in den Regelungsvorgaben bestehen, so dass mit einer Untersuchung beider Entwürfe ein erheblich breiteres Spek-

34 *Mayer-Maly*, JZ 1971, S. 1 (2, 3).

35 Vgl. auch Art. 106 GEK-E, der insofern nichts grundstürzend Neues mit sich bringt und ebenfalls auf bereits bekannte Rechtsbehelfe wie Reparatur, Ersatzlieferung, Rücktritt und Minderung zurückgreift.

rum an möglichen Regelungen auf seine Rechtsfolgen hin abgedeckt werden kann.

Aufzuzeigen, wo Regelungsbedarf entstünde, wo sich neue Problemlagen ergeben und bekannte Streitfälle erledigen würden, wird die vornehmliche Aufgabe dieser Arbeit sein. Defizite und Vorteile der jeweiligen Regelungen sollen an Hand ihrer konkreten Rechtsfolgen aufgezeigt werden, und wo es sich anbietet auch Verbesserungs- oder Umsetzungsvorschläge gemacht werden. Dabei wird für die Exegese eine dezidiert kritische Perspektive eingenommen. Während bei Richtern und sonstigen Praktikern in Bezug auf defizitäre oder missglückte Rechtssätze (zu Recht!) die Grundhaltung vorherrschend ist, jenen Normen durch benevolente Auslegung einen Sinn zu geben, der eine möglichst interessengerechte und Rechtsfrieden schaffende Entscheidung im täglichen Rechtsverkehr zulässt, kann dies nicht Ansatzpunkt dieser Arbeit sein.

Aus praktischer Sicht ist es bereits fraglich, ob der Gerichtshof die Erwartung, er werde durch umsichtige Rechtsprechung evt. Mängel oder Missverständlichkeiten der Regelungen auszugleichen wissen, erfüllen wird. Die EuGH-Judikatur zur ebenfalls vollharmonisierenden, zuvörderst privatrechtlichen Produkthaftungsrichtlinie³⁶ (im Weiteren: ProdHaft-RL), die von der deutschen Rechtswissenschaft breite Kritik erfahren hat,³⁷ lädt zu Zweifeln darüber ein, ob die Luxemburger Richter einen solchen Vertrauensvorschuss seitens Gesetzgebung und Jurisprudenz tatsächlich verdienen.

Unabhängig davon sollte auch aus gewaltenteiliger Sicht der EuGH nicht mit der Aufgabe belastet werden, handwerkliche oder gar steuerungspolitische Missgriffe des EU-Gesetzgebers, wie sie leider auch in den hier behandelten Richtlinienentwürfen zu finden sind, „auszubügeln“.³⁸ Man mag sich auch aus rechtspolitischer Sicht

36 RL 65/374/EWG.

37 Dazu eingehend unten S. 29ff.

38 Im Übrigen wäre eine solche Forderung auch nicht ganz konsequent, gehört doch die Kritik an der als exzedierend empfundenen, rechtsfortbildenden Judikatur des EuGH „schon seit Jahrzehnten zum Standardreper-

kaum vorstellen, was es für die bisweilen jetzt schon, und so auch in den hier behandelten Richtlinienentwürfe zum Teil, bescheidene Rechtssetzungsqualität durch die EU bedeuten würde, wenn ins Bewusstsein der Rechtssetzungsorgane auch noch die Vorstellung einzöge, im Notfall stünde ja noch der Gerichtshof bereit, um die Folgen undurchdachter und mangelhafter Rechtssetzung auszugleichen.

Wichtiger noch ist allerdings das „Zeitumstandsmoment“. Es ist Gerichten nicht zu verdenken und gehört zu ihren wohlverstandenen Aufgaben, wenn sie im Rahmen ihrer Auslegungsbefugnisse bei einem missglückten Rechtssatz, an dem sich ihre Gesetzesbindung aktualisiert, versuchen „zu retten, was zu retten ist.“ Handelt es sich bei dem fraglichen Arbeitsgegenstand aber, wie hier, um einen Rechtsakt, der gleichsam noch im Werden ist, so ist die Einnahme eines möglichst kritischen Standpunktes angezeigt. Da in diesem Stadium „das Kind noch nicht in den Brunnen gefallen ist“, können durch das Aufzeigen der – auch potentiellen – Rechtssetzungsmängel und Komplikationen Webfehler der Regelungsvorschläge noch dort korrigiert werden, wo sie nach demokratischem und gewaltenteiligem Verständnis anzugehen sind, nämlich auf Ebene der Legislative.

Als Referenzquelle für mögliche Verbesserungsvorschläge drängt sich vor allem der Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (im Folgenden: GEK) geradezu auf.³⁹ Neben einer voranschreitenden Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts soll den Marktteilnehmern hiermit nämlich ein umfassendes kaufrechtliches Regelwerk zur Verfügung gestellt werden, das den ganzen Lebenszyklus eines Vertrags erfasst und die für den Abschluss grenzübergreifender Verträge wichtigsten Fragestellungen regelt. Im Gegensatz zu der auf ähnlichen Erwägungen beruhenden Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts mit dem Mittel der Richtlinie soll das

toire der rechtswissenschaftlichen Literatur“, so treffend *Schroeder*, in: FS G. Roth, S. 735 (742ff.).

39 KOM (2011) 635 endg.

Gemeinsame Europäische Kaufrecht jedoch kein verbindlicher Rechtsakt, sondern vielmehr ein sog. optionales Instrument darstellen. Die am Vertrag beteiligten Parteien sollen die Möglichkeit erhalten, für ihre Geschäfte fakultativ auf dieses für die gesamte Union einheitliche Regelwerk zuzugreifen und dessen Geltung für ihren Vertrag zu vereinbaren. Die Hoffnung ist, dass diese alternative Vertragsrechtsordnung eine hohe Attraktivität für Verbraucher und Unternehmer entwickelt und sich damit als Standard für grenzüberschreitende Geschäfte etabliert. Anstatt für derzeit 26 noch weitere Rechtsordnungen neben der eigenen würden damit Unternehmen Rechtsanpassungskosten idealerweise nur noch für eine einzige weitere Vertragsrechtsordnung entstehen, was sowohl den Unternehmen als auch den Verbrauchern zu Gute käme. Wegen der großen sachlichen Nähe erscheint es daher angebracht, an neuralgischen Punkten der RL-Entwürfe die Regelungen der vorgeschlagenen GEK-VO zu untersuchen und diese, soweit sie vorzugswürdig erscheinen oder einen überlegenen Regelungsansatz bieten, im gebotenen Umfang vorzustellen. Auf diesem Wege soll ein profunder Beitrag zur künftigen juristischen Diskussion geleistet und eine Folgenabschätzung ermöglicht werden, auf welche bei zukünftigen Rechtssetzungsprojekten zurückgegriffen werden kann.

B. Zweiter Teil

Die Auswirkungen vollharmonisierender Richtlinien auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

I. Die Richtlinie als vorzugswürdiges Regelungsinstrument – auch bei Vollharmonisierung?

Nachdem der EuGH in seiner *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung⁴⁰ den Verbraucherschutz grds. als Rechtfertigungsgrund für zwischenstaatliche Handelshemmnisse anerkannt hat und sich das Harmonisierungspotential des Primärrechts insofern als erschöpft zeigte, musste die damalige EWG fortan auf sekundärrechtliche Maßnahmen zur weiteren Integration setzen. Der nunmehrige Art. 288 AEUV stellt der Union mehrere Handlungsinstrumente für die Ausübung ihrer Zuständigkeiten zur Verfügung, zwischen denen sie – nach Maßgabe der Kompetenznorm – frei wählen darf.⁴¹ Dabei ist der in Art. 288 AEUV benannte Handlungsformenkatalog unvollständig; neben die benannten Rechtsinstrumente tritt noch eine Reihe weiterer Maßnahmen, die zum Teil passim im Vertrag zu finden, zum Teil aber auch unbenannt sind. Dazu gehören etwa

⁴⁰ EuGH, Rs. C-120/78, Slg. 1979, S. 649ff.

⁴¹ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 6; *Schroeder*, in: *Streinz*, Art. 288 AEUV, Rn. 10.