

HANS-W. MICKLITZ

Organisierte Rechtsdurchsetzung im Binnenmarkt

I. Organisierte Rechtsdurchsetzung – einige Tatsachen und einige Thesen über deren Bedeutung

Der Wandel der Staatsfunktionen hat im Prozeß der Staatswerdung Europas konkrete Formen angenommen; denn, so lautet die These, die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften ist in weiten Teilen das Produkt organisierter Interessendurchsetzung.

Einigkeit besteht, daß die Individuen bei der Konstituierung des Gemeinschaftsrechts eine entscheidende Rolle gespielt haben und weiter spielen.¹ Dank, so wäre zu ergänzen, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der den vier Grundfreiheiten den Charakter von „Rechten“ beimißt. Böse Zungen könnten mit einschlägigen Zitaten belegen, daß es den „Verfechtern der Freiheit“ offensichtlich um den ungehinderten Handel von so lebenswichtigen Produkten wie Alkoholika, Parfums und Autoersatzteilen geht. Der Vollständigkeit halber wären Nahrungsmittel hinzuzufügen. Hier diene der Handel, so der Vorwurf, der Einführung einer genormten Euroqualität. Eben jene Nahrungsmittel, für die der Freihandel so kraftvoll erstritten werde, seien zuhause reichlich und überdies qualitativ meist besser vorhanden.² Die Kritik hat einen theoretischen Kern: Negativintegration³ steht für die rechtlich erzwungene Öffnung des Marktes, die Beseitigung liebgewordener nationaler (Konsum)-Gewohnheiten.

Hier interessiert, wer hinter der Öffnung steht, wer die Akteure sind, die sich der Mittel des Gemeinschaftsrechts bedienen; denn das theoretische

¹ Cf. *E. Stein*, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, 1981, 1 et seq. 6.

² Cf. Nachweise in *H.-Ch. v. Heydebrand u. d. Lasa*, *Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community: Has the Court of Justice Got It Wrong*, *ELR* 1991, 391 et seq.

³ Auf der Unterscheidung in Negativ- und Positivintegration baut *R. Reich*, *Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die EG*, *ZERP Schriftenreihe Band 1* 1987, seine Analyse des Gemeinschaftsrechts auf; cf. *derselbe* in *Collaboration with D. Leahy*, *Internal Market and diffuse Interests, An introduction to EC Trade Law*, 1990, *Centre de Droit de la Consommation* 25.

Label „Negativintegration“ sagt wenig aus über die fast schon strategische Planung, mit der die Marktöffnung von einschlägigen Kreisen organisiert und betrieben wird. Es ist wirklichkeitsfremd anzunehmen, daß „Individuen“ um die Durchsetzung ihrer ureigenen Interessen streiten. Machmal verrät der Sachverhalt die eine oder andere Pikanterie, die der Vorstellung einer individuellen Rechtsdurchsetzung den Garaus macht.⁴

Wir möchten die These aufstellen, daß hinter den Entscheidungen des EuGH organisierte Interessen stehen, die gezielt und unter Ausnutzung des vorhandenen Rechtsschutzsystems nationale Wirtschaftspolitiken aufbrechen. Ja, es bietet sich an, einen Schritt weiter zu gehen und die Organisation der Rechtsdurchsetzung als Kartell zu begreifen, in dem ein geschlossener Kreis von Akteuren: Außenhandelsverbänden, Zollämtern, nationalen Gerichten und Vertretern der Wirtschaftsministerien die zukünftige Verfassung der Gemeinschaft formt.⁵

Empirische Forschungen über den strategischen Einsatz von Recht gibt es für den Bereich des EG-Rechts nicht.⁶ Insoweit harrt die These der Bestätigung. Doch mag der Beweis des ersten Anscheins genügen, um zu belegen, daß der Europäische Gerichtshof bevorzugt von denjenigen bemüht wird, die ihre Produkte EG-weit vertreiben wollen. Das, was hier einseitig organisiert wird, ist zuvörderst die Konstituierung einer Handelsverfassung via Rechtsprechung.

Eine solche Sichtweise verlangt nach einer Bestimmung der Rolle und Funktion derjenigen Organisationen, die politisch als Gegenpart zur Anbieterseite auftreten: der Verbraucher- und Umweltorganisationen sowie Gewerkschaften. Über deren Möglichkeiten, sich in den Prozeß der Konstituierung der EG-Wirtschaftsverfassung und Handelsverfassung aktiv einzuschalten, besteht nicht nur im Kreis der Betroffenen Skepsis. Das Rechtssystem der Europäischen Gemeinschaften biete, so die gängige Kritik, keine ausreichenden Möglichkeiten zur organisierten Durchsetzung gerade diffuser Interessen.⁷

Nun hat eine der wenigen empirisch angelegten Untersuchungen Erkenntnisse zutage gefördert, die eine differenziertere Sichtweise erlauben. Organi-

⁴ Cf. Slg. EuGH *van Eycke*, CMLR 1989, 393 et seq., man mag auch als Indiz werten, daß eine große Zahl der „landmark decisions“ des EuGH das Resultat eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 177 ist, cf. *van Gend en Loos*, Slg. 1963, 1 et seq.; *Costa v. Enel*, Slg. 1964, 585 et seq.; *Simmenthal*, Slg. 1978, 629 et seq.

⁵ Die Akteure müssen einander auch persönlich bekannt sein, so daß institutionelles Zusammenspiel und persönliche Verflechtung ineinandergreifen.

⁶ Für den Bereich des Verbraucherrechts, cf. die Fallstudien im Rahmen des Projekts Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, *U. Reifner/M. Volkmer*, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988.

⁷ Zur Definition, *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, loc. cit. No. 1 zum Rechtsschutz insbesondere *L. Krämer*, Verbraucherrecht, 1985 No. 393.

sierte Rechtsdurchsetzung scheint dort möglich, wo das primäre Gemeinschaftsrecht den Rechtsträger diffuser Interessen benennt und das primäre bzw. sekundäre Gemeinschaftsrecht materielle Standards bereithält.⁸ Es hat den Anschein, als ob weder das Fehlen einer Verbandsklage noch das Fehlen einer Möglichkeit, die Vorlage zum EuGH zu erzwingen,⁹ der Durchsetzung von Sozialschutzinteressen im Wege steht. Diese Erkenntnis ist tröstlich, denn sie läßt den Prozeß der organisierten Rechtsdurchsetzung in einem anderen Licht erscheinen. Doch überraschen kann sie letztlich nicht. Die (italienischen¹⁰) Gewerkschaften bedienen sich im Kampf um die Kumulierung von Rentenansprüchen eben jener Mechanismen, die auch die an der Öffnung des Marktzugangs Beteiligten einsetzen. Der Hebel zur organisierten Interessendurchsetzung ist das Recht auf Freizügigkeit, das eine Kumulierung von Rentenansprüchen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten möglich macht. Um Freizügigkeit garantieren zu können, so ließe sich die Botschaft des EuGH interpretieren, bedarf es der Sicherung der Rentenansprüche, notfalls im Wege der Kumulierung.

Ungewöhnlich und weiterführend ist die Auswertung der organisierten Interessendurchsetzung insofern, als sie Einsichten über die Handlungschancen und Perspektiven der am Prozeß beteiligten Akteure bietet. Das „Individuum“ zu finden, an dessen Fall das Exempel statuiert werden soll, ist kein Problem, wenn hinter dem „Individuum“ organisierte Interessen stehen, die die gesamte Prozeßvorbereitung bewältigen und die Kosten der Rechtsdurchsetzung vor dem EuGH tragen. Schwieriger ist es, vor dem nationalen Gericht die Argumente zu finden, die die Richter überzeugen, den Fall dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Einen Kernpunkt der Darstellung Pollmanns bildet die Analyse der nationalen Rechtsprechung, um Indizien für die Geneigtheit des Gerichts aufzuspüren, die Lösung dem EuGH überlassen zu wollen. So liest sich Pollmanns Aufsatz streckenweise wie ein Handbuch zur Vorbereitung und Organisation der Durchsetzung diffuser Interessen.¹¹ Es

⁸ Cf. Dazu die aufschlußreiche Untersuchung von *Ch. Pollmann*, Die Rolle des Rechts bei der Durchsetzung der EG-Freizügigkeit, *KritV* 1991, 23 et seq. über die Rolle der Gewerkschaften in der Anerkennung von Rentenansprüchen, die im Ausland erworben worden sind.

⁹ Cf. Zuletzt *G. Meier*, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen. *EuZW* 1991, 11 et seq. mit weitreichenden Vorschlägen, wie dieses Ziel innerhalb des nationalen Rechtssystems erreicht werden kann.

¹⁰ Es wäre schon der Nachforschung wert, einmal den typisch italienischen Beitrag zur Konsolidierung des Gemeinschaftsrechts zu untersuchen. Dieser liegt wohl in der nicht fristgerechten Umsetzung von Richtlinien. Dafür haben italienische Staatsbürger wesentlich an der Entwicklung und dem Ausbau der Direktwirkung von Richtlinien mitgewirkt.

¹¹ Ein solcher Beitrag sollte für das Handbuch des Verbraucherrechts schon in den 70er Jahren geschrieben werden, tatsächlich finden sich Überlegungen und Reflektionen in dem Projektbericht von *U. Reifner/M. Volkmer*, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988.

geht hier nicht um den Bereich des Sozialrechts, sondern um den des Verbraucherschutzes. Dort fehlt es an Bezugspunkten im primären Gemeinschaftsrecht, sieht man von der nur bedingt hilfreichen Regelung in Art. 100 a ab. Um so dringlicher ist zu klären, woher die Standards kommen sollen, die im Wege der organisierten Rechtsdurchsetzung mobilisiert werden können.

II. Organisierte Interessendurchsetzung – Gefahr oder Chance im Prozeß der Staatswerdung Europas – Theoretische Betrachtungen

Die in theoretischer Sicht entscheidende Frage ist, ob organisierte Rechtsdurchsetzung Perspektiven für die Staatswerdung Europas bietet, die schützenswert oder gar förderungswürdig erscheinen, oder ob das Zusammenspiel von organisierten Interessen und Rechtsprechung demokratie-theoretische Defizite verstärkt, denen nur über eine Remedur der verfassungsrechtlichen Konzeption der Gemeinschaft beizukommen ist. Die These, die wir zu entwickeln suchen lautet, daß organisierte Interessendurchsetzung in der Gemeinschaft dazu beitragen kann, demokratische Defizite einer supranationalen Rechtsordnung, wenn nicht auszugleichen, so doch in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. Fehlt eine Möglichkeit parlamentarischer Einflußnahme, muß eine von Individuen getragene organisierte Interessenwahrnehmung und Rechtsdurchsetzung zum Hoffnungsträger für die Verfolgung von Sozialschutzinteressen werden. Die Offenheit des Prozesses der Staatswerdung Europas ist nicht allein als Manko zu verstehen, sondern auch als Chance zu begreifen, über die Rolle und die Funktion von organisierter Rechtsdurchsetzung in der Verfassung nachzudenken und ihr in der Fortbildung der Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft die ihr gebührende Aufmerksamkeit zu schenken. Die These beruht auf einer Reihe von Überlegungen, die nicht ausgebreitet werden können, die aber doch genannt werden sollen.¹²

Ausgangspunkt ist die Überlegung, die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nicht als statischen Rahmen zu begreifen, in den die organisierte Rechtsdurchsetzung hineingepreßt oder aus dem sie ausgegrenzt wird, sondern die Verfassung als einen Prozeß zu verstehen, an dessen Weiterentwicklung ständig und – das ist neu – offensiv und durch entsprechende rechtliche Vorkehrungen gearbeitet werden muß. Nur so wird der Blick auf die

¹² Insoweit nehme ich Bezug auf meine folgenden Vorarbeiten: Recht auf Sicherheit, Typoscript Bremen 1989, Consumer Rights, in: A. Cassese/A. Clapham/J. Weiler (eds.), *Human Rights and the European Community: The substantive Law*, Volume III *European Union – The Human Rights Challenge*, 1991, 53 et seq.; cf. J. Pipkorn, *Les droits du consommateurs*, 113 et seq. in: A. Cassese/A. Clapham/J. Weiler (eds.); V. v. Themaat, *Some Comments of a former advocate general at the Court of Justice*, in: M. Fallon/F. Maniet (eds.), *Product safety and the control processes in the European Community*, 1990, 129 et seq.

Dynamik des Binnenmarktes freigesetzt, die einen als ordoliberal gedachten Rahmen der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft längst gesprengt hat.¹³ Die Verwirklichung des Binnenmarktes macht vor den wirtschafts-verfassungsrechtlichen Grenzen der Gemeinschaft nicht halt. Hier findet die Analyse der Rolle und der Bedeutung organisierter Rechtsdurchsetzung ihren theoretischen Standort. Eine mittels Recht betriebene Integration der Gemeinschaft erzwingt¹⁴ die Aufgabe gesicherter wirtschafts-verfassungsrechtlicher Strukturen. Die Individuen konstituieren in der EG eben nicht nur den Markt, sondern sie entwickeln die Grundlagen einer genuinen Wirtschafts- und Handelsverfassung, die erst in Umrissen erkennbar wird. Diese Entwicklung hat im nationalen Recht keine Parallelen.

Da die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft konzipiert ist, müßte das Gemeinschaftsrecht die Grundlagen bereitstellen, die in der organisierten Rechtsdurchsetzung benötigt werden, um nicht nur die Öffnung der Märkte zu erzwingen, sondern auch die Bedingungen zu definieren, unter denen die EG-weite Vermarktung betrieben werden kann. Es fehlt regelmäßig an solchen Mindeststandards im Bereich der Positivintegration, wiewohl sich – politisch – die Erkenntnis durchzusetzen scheint, daß der Binnenmarkt nur um den Preis der Einführung von Sozialschutzstandards zu haben ist.¹⁵ Solange diese Regeln aber weder im primären noch im sekundären Gemeinschaftsrecht vorhanden sind, muß in einer als Prozeß gedachten Handels- und Wirtschaftsverfassung das Recht an klaren Konturen verlieren. Das gilt jedenfalls, wenn man Integration als politischen Sachzwang versteht, als einen sich selbstdurchsetzenden Prozeß, in dem der EuGH als Integrationsträger auftritt und die Mitgliedstaaten kaum mehr über Einflußmöglichkeiten verfügen, den Prozeß selbst aufzuhalten. Es spricht vieles dafür, daß der EuGH unbeirrt an seinem Konzept der Rechtsintegration festhält, auch und gerade im Bereich der Positivintegration. Fehlen aber Sozialschutzstandards im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht, braucht der EuGH „neue Rechtsquellen“, die ihm die Sozialschutzstandards liefern.¹⁶ Daß er diesen Weg zu gehen bereit zu sein scheint und damit die Rechtsquellenlehre vor bekannte, aber scheinbar gelö-

¹³ Cf. *Ch. Joerges*, Markt ohne Staat? die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der regulativen Politik, EUI Working Paper No. 91/15.

¹⁴ Zur Sachzwanglogik in der politologischen Integrationstheorie, *P. Behrens*, Integrationstheorie, Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung, *RabelsZ* 45 (1981), 8 et seq.

¹⁵ Das scheint uns ein Schwerpunkt der ZERP-Forschungen im Bereich der Sicherheit und Gesundheit zu sein, cf. nur die Titel der ZERP-Schriftenreihe.

¹⁶ Hier findet auch die immer vehementere Diskussion um die Bedeutung von soft-law in der Gemeinschaft ihre Ursache, cf. *U. Everling*, Probleme atypischer Rechts- und Handlungsformen bei der Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *R. Bieber/G. Ress*, Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts/The dynamics of EC-law, 1988, 417 et seq.; *K. C. Wellers/G. M. Borchardt*, Soft law in European Community Law, *ELR* 1989, 267 et seq. und *W. Heusel*, Weiches Völkerrecht, 1991.

ste Probleme zu stellen scheint, verstärkt die Notwendigkeit, über die Rolle des Rechts im Integrationsprozeß neu nachzudenken.¹⁷

Der immer lautere Ruf nach der Bestimmung des anzustrebenden Endzustandes „Föderation oder Konföderation“ deutet auf die Wiedereinsetzung des Rechts hin.¹⁸ Klare Konturen sollen eingezogen werden, um den Rahmen der Verfassung zu bestimmen. Doch genau dieses Ziel stößt im Bereich der Positivintegration auf Schwierigkeiten, wie der Entwurf eines Vertrages über die Europäische Union belegt.¹⁹ Ein ganzes Bündel von Politik-Zielen soll in den Gemeinschaftsvertrag aufgenommen werden. Dazu zählt auch der Verbraucherschutz.²⁰ Die Konkretisierung beschränkt sich auf eine verfassungsmäßige Verankerung des Verbraucherschutzes ganz im Stile der Regulierung des Umweltschutzes in der Einheitlichen Akte. Der rechtliche Gehalt ist vage und müßte in einem mühseligen Prozeß erst bestimmt werden.²¹ Spanien liefert konkretes Anschauungsmaterial über die Schwierigkeiten, das Mandat in einem Gesetz zu konkretisieren und die Aufgaben des Staates bzw. der Regionen festzulegen und zu entscheiden, welche Rolle den Verbrauchern in der Durchsetzung ihrer Rechte zugestanden werden kann und soll. Falls der Vertrag von Maastricht ratifiziert wird, läßt sich leicht vorstellen, daß der EuGH nicht nur vor die Frage gestellt wird, Verantwortungsbereiche von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft abzugrenzen, sondern auch über den materiellen Gehalt des Politikzieles zu befinden, auf den sich individuelle Verbraucher berufen können.

Spätestens hier läßt sich das Argument placieren, den EuGH müßten aus demokratisch-theoretischen Erwägungen Fesseln angelegt werden. Dieses Argument mündet in Überlegungen zur Neubestimmung des Verhältnisses der verfassungsmäßigen Organe: horizontal innerhalb der Gemeinschaft wie vertikal im Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Eine zentrale Rolle spielen die Aufgaben eines zukünftigen europäischen Parlamentes. Je nach Ausgestaltung muß organisierte Interessenwahrnehmung vor dem Europäischen Gerichtshof als Mittel zur Umsetzung von Sozialschutzinteressen überdacht werden.²²

¹⁷ Ansätze bei *Ch. Joerges*, Markt ohne Staat, loc. cit.

¹⁸ Eine am Prozeß orientierte Verfassung muß mit sehr viel loseren Formen des Rechts umgehen. Sie beschwört gleichzeitig eine Diskussion um die Rechtsquellen herauf, cf. supra, IV.

¹⁹ Cf. Entwurf eines Vertrages über die Europäische Union. CONF-UP-UEM 2017/91, Brüssel, den 18. Dezember 1991.

²⁰ Cf. Darstellung der Überlegungen in *H.-W. Micklitz*, Verbraucherschutz im Entwurf über die Union (Wirtschafts- und Währungsunion, sowie politische Union) – Verbesserung des Verbraucherschutzes, *VuR* 6/1991, 317 et seq. Die in Maastricht verabschiedete Fassung weist kaum Veränderungen auf.

²¹ Vorbild scheint die spanische Verfassung zu sein. *M.-A. Lopez-Sanchez*, La tutela del consumatore in Spagna, *Revista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, 960 et seq.

Solange das Europäische Parlament keine demokratischen Kontrollfunktionen übernehmen kann,²³ bleibt nur der Weg, aus der tragenden Rolle, die die Individuen in der Regulierung von Wirtschaft längst übernommen haben, die notwendigen theoretischen Konsequenzen für den Aufbau einer Wirtschafts-Verfassung zu ziehen.²⁴ Erste tastende Schritte in diese Richtung wagt die These von der organisierten Rechtsdurchsetzung als Beitrag zur Beseitigung demokratischer Defizite.

III. Von der Wahlfreiheit zum Recht auf Information – Chancen einer organisierten Interessendurchsetzung im Binnenmarkt

Verbraucher als Träger von diffusen Interessen sind im Vertrag als Rechtsträger nicht genannt. Doch wieder hat der EuGH eingegriffen und den Verbrauchern eine aktive Rolle bei der Gestaltung des Binnenmarktes zuerkannt.²⁵ Er setzt damit die im Wirtschaftsrecht hinlänglich bekannte Erkenntnis um, daß der Markt nicht allein über das Handeln der Unternehmen konstituiert wird, sondern eben auch über das Handeln von Verbrauchern.²⁶ Noch ist unklar, wie dieser die Rolle ausfüllen kann und welche Hilfen ihm das Gemeinschaftsrecht zur Verfügung stellt. Fest steht nur, daß ein als Gegenpart zum Recht der Unternehmen auf freien Zugang zum Markt konzipiertes Recht des Verbrauchers aus dieser Negativabgrenzung heraus seinen Impetus bezieht. Es bleibt auf den Markt bezogen, weshalb Fragen des ökonomischen Schutzes im Vordergrund stehen. Nach der Logik des Zusammenspiels von Artt. 30 und 36 bedarf es für die Vergemeinschaftung von Sozialregulierung einer Regelung im sekundären Gemeinschaftsrecht. Diese Logik ließe sich durchbrechen, wenn man in den Marktzugang Fragen der Sozialregulierung integrierte.²⁷ Die Systematik von Artt. 30/36 wäre durchbrochen. Schon bei

²² Kritisch wohl *D. Schefold*, der eine Verwirklichung von Sozialschutzinteressen vorrangig vom Parlament gewährleistet sehen will.

²³ Und danach sieht es auch nach Maastricht nicht aus. Das Parlament soll zwar Vetorecht erhalten, Art. 189, doch erstreckt es sich nur auf bestimmte Maßnahmen, Art. 100a, aber auch Art. 129a (3).

²⁴ Nämlich die Individuen als Träger der Regulierung, cf. *H. Kronstein*, Das Recht der internationalen Kartelle, zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entwicklung und Funktion der Rechtsindustrie im modernen internationalen Handel. 1967; dazu *E. Schanze*, Investitionsverträge 1986, 27.

²⁵ Cf. Nachweise in *N. Reich*, Schutz und Förderung diffuser Interessen durch die Europäische Gemeinschaft, ZERP-Schriftenreihe Band 1, 1987. Rdnr. 8.

²⁶ Eine ganz andere Frage ist, daß es sich in der Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts oftmals um Lippenbekenntnisse handelt, weil die theoretischen Schlüsse nicht gezogen werden.

²⁷ Das wäre im Prinzip eine Revision der *Cassis-de Dijon* Rechtsprechung (Slg. 1979, 649 et seq.). Marktzugang müßte integrieren die Frage des Gesundheits- und Gefahrenschutzes.

der Prüfung von Art. 30 wären die Auswirkung des Freihandels auf den Sozialschutz zu bedenken. So weit geht der EuGH nicht. Seit *Cassis de Dijon*²⁸ fällt der Verbraucherschutz unter den Anwendungsbereich des Art. 30, doch löst diese Erweiterung des Binnenmarktkonzeptes zunächst nur einen Rechtfertigungsdruck für die Mitgliedstaaten aus. Der EuGH kann Verbraucherschutz bislang nicht positiv besetzen, wodurch der Weg der Integration von Sozialregulierung in den Marktzugang vorerst versperrt bleibt. Die Kommission versucht umgekehrt, die Sozialregulierung marktpolitisch aufzuladen, was eine Spaltung der Sozialregulierung in einen marktbezogenen und einen nicht in Marktkategorien faßbaren Teil des Sozialschutzes bewirken kann.²⁹

Dieser Weg führt in die Abhängigkeit der Sozialregulierung vom sekundären Gemeinschaftsrecht. Die Möglichkeiten des primären Gemeinschaftsrechts zur Durchsetzung von diffusen Interessen scheinen nicht hinreichend ausgelotet zu sein. Das gilt selbst für Verbraucher- und Umweltorganisationen, die die im Gemeinschaftsrecht liegenden Perspektiven noch nicht erkannt zu haben scheinen oder sich doch zumindest im Umgang mit dem Gemeinschaftsrecht sehr viel schwerer tun als die (italienischen) Gewerkschaften.

Der EuGH stellt den Verbraucher Seite an Seite mit den Unternehmen, die auf ungehinderten Zugang zum Markt drängen. Damit ist er Rechtsträger und kann „sein Recht“ geltend machen.³⁰ Doch was das heißt, weiß so recht niemand. Klar ist nur so viel: Der EuGH fördert und forciert über die Verwirklichung des Binnenmarktes ein rational-choice Modell.³¹ Der Verbraucher soll über den Markt die Informationen erhalten, die er benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Nur dann kann er sein Wahlrecht ausüben. Welche Chance dieser Weg bietet, läßt sich an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Vertragsrecht zeigen. Information und Aufklärung haben sich als flexible Instrumente der Feinsteuerung erwiesen, um divergierende Interessen zwischen Unternehmen und Verbrauchern in Privatrechtsbeziehungen auszugleichen.³² Ihre Effizienz kann die materieller Standards über-

²⁸ Cf. Slg. 1979, 649 et seq.

²⁹ Cf. H.-W. Micklitz, *Organisational Structures of Product Safety Regulation*, in: B. Stauder (ed.), *La Sécurité des produits de consommation – Intégration européenne et consommateur suisse*, Actes du colloque organisé avec le Centre d'étude juridiques européennes, Faculté de Droit de Genève, Février 1992, 49 et seq. Auflösen läßt sich der Streit wohl nur über eine Vereintlichung der Regelung über die Rolle des Parlamentes in der Gesetzgebung. Denn genau um die Funktion des Parlamentes geht es in den Kompetenzstreitigkeiten zwischen den EG-Organen. Der EuGH tendiert zu einer extensiven Interpretation des Art. 100a, um den Einfluß des Parlamentes sicherzustellen, Kommission/Rat, Urteil v. 11. 6. 1991, EuZW 1991, 473 et seq.; cf. auch H. D. Jarass, *Binnenmarktrichtlinien und Umweltschutzrichtlinien*, EuZW 1991, 530 et seq.

³⁰ Cf. GB-INNO, EuGH v. 7. 1. 1990, EuZW 1991, 222 et seq.

³¹ N. Reich, *Protection of Consumers' Economic Interests by the EC*, Sydney Law Review, 1992, 23 et seq.

³² Cf. Erstmals W. Bohle/H.-W. Micklitz, *Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz im nichtkaufmännischen Bereich – Eine Zwischenbilanz nach 6 Jahren*, Beilage zu BB 11/

steigen. Der Vergleich trägt auch in theoretischer Sicht. Was dem Bundesgerichtshof die Wieder-Herstellung der Privatautonomie ist, ist dem Europäischen Gerichtshof die Einräumung von Wahlfreiheit.

Das Zivilrecht hält Standards bereit, an denen die geforderte Aufklärung und die zu leistende Information gemessen werden können.³³ Derartige Standards über Information und Aufklärung sind im primären Gemeinschaftsrecht nicht verfügbar. Rechtsprechungsanalysen im Bereich des Lebensmittelrechts³⁴ zeigen, daß der EuGH sich für befugt hält, darüber zu entscheiden, ob ein Mitgliedstaat zwingende Vorschriften über die Qualität von Lebensmitteln erlassen darf oder ob er sich damit begnügen muß, dem Verbraucher lediglich die notwendigen Informationen bereitzustellen, anhand derer dieser sich über mögliche Qualitätsunterschiede informieren kann. Der Beitrag des deutschen Lebensmittelrechts zu dieser Entwicklung ist erheblich.³⁵ Doch hat der EuGH sich bislang nicht bereitgefunden, Kriterien für eine europäische Information und Aufklärung zu entwickeln.³⁶ Dies mag mit daran liegen, daß ihm die Entscheidungskonstellationen keine Gelegenheit dazu boten. Die im Wege der organisierten Interessendurchsetzung vor den EuGH gebrachten Streitigkeiten sind gekennzeichnet durch eine Unverhältnismäßigkeit staatlich ökonomischer Regelung. Die Feinheiten einer Aussteuerung der Unterschiede über die qualitativen Anforderungen an die positiv zu leistende Information konnte so gar nicht thematisiert werden.³⁷

Die Frage wäre, ob sich aus der Rolle und Funktion des Verbrauchers im Binnenmarkt, aus Art. 30 also, Grundsätze über die Information und Aufklärung entwickeln lassen, über die der Verbraucher verfügen muß, wenn er eine informierte Entscheidung treffen können soll. Der Sache nach würde es eine

1983; P. Derleder, Antizipatorische Elemente der Privatrechtsentwicklung – Ein Kapitel zum Verhältnis von sozialer Mobilisierung, sozialstaatlicher Reform und demokratischer Sozialisation, in: Paech/Stuby/Gerhard, Wider die „herrschende Meinung“, Festschrift Abendroth 1982, 215 et seq.

³³ Den Auslöser lieferte allen vielversprechenden Ansätzen in der Rechtsprechung zum Trotz letztlich doch erst das AGB-Gesetz.

³⁴ Cf. H.-J. Rabe, Gegenseitige Anerkennung nationalen Lebensmittelrechts in der Europäischen Gemeinschaft, ZLR 3/89, 363 et seq.

³⁵ Eine Übersicht liefert H.-J. Rabe, Gegenseitige Anerkennung, loc. cit. Fn. 34. aus der Vielzahl der Entscheidungen sei nur auf die „landmark decisions“ hingewiesen: *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 et seq.; *Bier*, Slg. 1987, 1227 et seq.

³⁶ Doch läßt sich in einer Detailanalyse der Rechtsprechung nachweisen, daß der Europäische Gerichtshof mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsprinzips positive Standards zu setzen beginnt. Einschlägig, H.-Ch. Heydebrands u. d. Lasa, loc. cit.; Ch. E. Hauschka, Lauterkeitsrecht und Verbraucherschutz zwischen nationalem Regelungsanspruch und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZVglRWiss 89 (1990), 166 et seq.

³⁷ Den Hinweis verdanke ich J. Falke. Insofern ließe sich resümieren, daß die Verbraucherseite ihre eigenen Prozesse führen muß und nicht erwarten kann, daß die Anbieterseite die Probleme der Information und Aufklärung gleich mit behandelt.

Erweiterung oder Ergänzung des rational-choice Modells bedeuten. Das bloße Wahlrecht wäre zu einem Recht auf Information auszubauen. Man kann darin eine Ablösung des rational-choice Modells durch ein Konzept der Begründung von Rechten sehen. Näher läge es, von einer Ergänzung oder von einer Materialisierung zu sprechen.

Letztlich läßt sich eine Begründung für eine Umorientierung nur im wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontext finden.³⁸ Der EuGH müßte ein Konzept des Binnenmarktes entwickeln, das sich nicht auf den Abbau von Handelshemmnissen beschränkt, sondern die Bedingungen mitdefiniert, unter denen dieses Ziel – informationspolitisch gewendet – verwirklicht werden kann. Eine Materialisierung der Wahlfreiheit, eine Ausformung zum Recht auf Information würde den bisherigen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontext der EG verändern. Es würde den Verbrauchern aus dem primären Gemeinschaftsrecht abgeleitete Rechte zuerkennen, die sie auch vor Gericht durchsetzen könnten, unabhängig davon, ob bereits sekundärrechtliche Regeln vorliegen.³⁹

Ein solches aus dem primären Gemeinschaftsrecht abgeleitetes Recht auf Information und Aufklärung müßte sich auf die Entwicklung von einigen wenigen Grundsätzen beschränken. Man könnte sich denken, daß der EuGH Grundaussagen über die Sprache macht, in der die Information geliefert werden muß, über die Verständlichkeit der Information (Transparenz) und auch über die Möglichkeit, vergleichende Rechtsinformationen zu liefern. Letzteres käme im Vertragsrecht zur Geltung.⁴⁰

Art. 100a III böte eine Grundlage für die hier vorgeschlagene Lösung. Er verlangt die Orientierung des Verbraucherschutzes an einem hohen Schutzniveau. Aber er richtet sich (noch⁴¹) nicht an alle Organe der Gemeinschaft, sondern hat als Adressaten allein die Kommission im Auge. Eine Zwischenlösung könnte sein, das Parlament zum Wächter über das hohe Schutzniveau zu machen.⁴² Auch insoweit wäre aber eine erhebliche Umorientierung der

³⁸ Deshalb scheidet die Möglichkeit der Ausarbeitung einer Richtlinie auch aus. Denn die Grundentscheidungen müssen im primären Gemeinschaftsrecht gelegt werden. Insofern läßt sich eine Parallele zur Informationsrichtlinie im Umweltschutz nicht ziehen, Amtbl. L 158, 23. 6. 1990, 56 et seq.; cf. im Kontext *G. Winter* (Hrsg.), Öffentlichkeit von Umweltinformationen, ZERP Schriftenreihe Band 12, 1990.

³⁹ Ein so gestalteter Rechtsschutz könnte durchaus weiter reichen als das nationale Recht; cf. supra IV.

⁴⁰ Beispiel das Versicherungsrecht und die Zurückhaltung der EG, in den Richtlinien Standards über Inhalt und Umfang der Information zu definieren.

⁴¹ Cf. Entwurf zur Europäischen Union, Art. 129a spricht hingegen von der Gemeinschaft als Adressaten der Verbraucherpolitik; cf. zu den Details, *H.-W. Micklitz*, Verbraucherschutz im Entwurf eines Vertrages für die Europäische Union, VuR 1991, 317 et seq.

⁴² Der Vorschlag stammt, soweit ersichtlich, von *L. Krämer*, *The Single European Act and Environment Protection: Reflections on several new provisions in Community Law*, CMLR 1987, 659 et seq., 679.

Rechtsprechung notwendig, die das Gleichgewicht der EG-Organe neu bestimmen müßte.⁴³ Argumentativ böte Art. 100 a III nur dann Hilfestellung, wenn er als Ausdruck einer EG-immanenten Regel verstanden werden könnte, den Gedanken eines „bestmöglichen“ Verbraucherschutzes schon bei der Interpretation des Art. 30 zum Tragen zu bringen.⁴⁴

Der EuGH scheint einen anderen Weg zu wählen, der zwar im Ergebnis zu identischen Regeln führen kann, sich aber theoretisch und methodisch wesentlich von der Neu-Interpretation des Art. 30 unterscheidet. Bahnbrechend könnte die Entscheidung des EuGH vom 7. 3. 1990 GB-INNO⁴⁵ werden. Hier stand das Gericht vor der Frage, woher es Standards über die Preisauszeichnung in der grenzüberschreitenden Werbung nehmen sollte. Der EuGH fand sie über einen Vergleich der mitgliedstaatlichen Regelungen unter Zuhilfenahme des EG-Verbraucherschutzprogramms von 1975. Dieser Weg bereitet methodisch gleich doppelte Bauchschmerzen, weil weder der Rechtsvergleich noch das „soft-law“ als Rechtsquelle anerkannt sind. Gleichwohl scheint der EuGH bereit zu sein, neue Wege zu gehen, um einen Interessenausgleich jenseits eines defizitären primären Gemeinschaftsrechts herbeizuführen. Das Urteil mag besonders auffällig die Problematik vor Augen führen. Die Entscheidung ist jedoch kein Einzelfall. In EuGH Entscheidungen der jüngsten Zeit mehren sich rechtsvergleichende Hinweise⁴⁶ ebenso wie die indirekte oder direkte Bezugnahme auf nicht verbindliche Rechtsregeln.⁴⁷ Sollte diese Politik des EuGH Schule machen, so würde sich die These bestätigen, daß das Recht im fortschreitenden Integrationsprozeß der Gemeinschaft offenbar einer „Selbsttransformation“⁴⁸ unterworfen ist. Jedenfalls, so wäre zu ergänzen

⁴³ Für eine sehr sorgfältige Analyse Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH, A. Arnulf, *Does the Court on Justice have inherent Jurisdiction*, CMLR 1990, 683 et seq.; J. H. Weiler, *Parlement Européen, Intégration Européenne, Démocratie et Légitimité*, in *Le Parlement Européen dans l'évolution institutionnelle*, Publié sous la direction de J.-V. Louis et D. Waelbroek, 1988, 325 et seq.; M. Hilf, *Das Klagerecht des Europäischen Parlaments im Organstreit*, EuR 1990, 273 et seq.; J.-F. Chambault, *L'ouverture du recours en annulation au Parlement Européen: aboutissement et cohérence d'une décennie de jurisprudence*, RMC 1991, 40 et seq.

⁴⁴ Cf. M. Zuleeg, *Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft*, NVwZ, 1987, 280.

⁴⁵ EuGH v. 7. 3. 1990, GB.-INNO-BM, Rechtssache C-362/88 EuZW 1990, 222 et seq.; cf. dazu die Besprechung von M. Huff, EuGH EWIR Art. 30 EMGV 2/90, 473 et seq.; sowie W. Leisner, *Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH*, EuZW 1991, 498 et seq., der das UWG zum Verbraucherschutzgesetz hochstilisiert, um die bedenklichen Auswirkungen der Entscheidungen auf das deutsche UWG deutlich werden zu lassen.

⁴⁶ Nachweise zur Bedeutung des Rechtsvergleiches für die Ausbildung eines Europäischen Verwaltungsrechts, J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Band 1 und 2, 1988.

⁴⁷ Cf. Unmittelbar einschlägig, EuGH Slg. 1980, 2403, 2437 - 38, 2460 - 61; cf. dazu J. Temple Lang, *Community Constitutional Law*, Art. 5 EEC Treaty, CMLR 1990, 645 et seq. 657; M. Zuleeg, in: GK 4. Auflage 1991, Art. 5, Rdnr. 5 - 10.

zen, solange die Mitgliedstaaten das Vorpreschen des EuGH hinnehmen. Das ist nicht mehr uneingeschränkt der Fall. So dürfte hinter der Weigerung des Vereinigten Königreichs, die Sozial-Charta abzuzeichnen, nicht zuletzt die Befürchtung gestanden haben, daß die nicht bindende, aber gleichwohl einflußreiche Regelung dem EuGH Gelegenheit zu „judicial activism“ bieten könnte.⁴⁹

Fazit: das zum Recht auf Information und Aufklärung hin zu entwickelnde Wahlrecht bietet Möglichkeiten der organisierten Rechtsdurchsetzung, die noch nicht ausgelotet sind. Organisierte Interessendurchsetzung könnte helfen, Mindestanforderungen für die Information und die Aufklärung zu prägen. Dies bedeutet in theoretischer Sicht eine Verrechtlichung des rational choice Modells.

IV. Vom Binnenmarkt zum Sozialraum – organisierte Rechtsdurchsetzung jenseits von Wahlfreiheit und Recht auf Information und Aufklärung

Jenseits von Wahlfreiheit und einem zu schaffenden Recht auf Information und Aufklärung hat organisierte Interessendurchsetzung im Verbraucherinteresse wenig Chancen auf Verwirklichung, obwohl gerade hier die Defizite des Gemeinschaftsrechts am stärksten ausgeprägt sind. Der Grund ist einfach. Es fehlt an primären und sekundären Regeln des Gemeinschaftsrechts, die die Grundlage für die organisierte Rechtsdurchsetzung bieten könnten. Derzeit zu beobachten ist der Versuch der Kommission, den Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu sprengen.⁵⁰ Sie will in den Grenzen des Vertrages von Rom sekundäre gemeinschaftsrechtliche Regeln im Bereich der Sozialregulierung schaffen und muß wieder feststellen, wie sehr die vorhandenen Strukturen allen Versuchen Grenzen setzen, aus dem „Gefängnis“ einer Marktverfassung auszubrechen. Sozialregulierung wird zum Kompetenzproblem, aus dem als theoretischer Ausweg zwar die Uminterpretation des Binnenmarktbegriffs bleibt.⁵¹ Ob es aber möglich ist, über die Uminterpretation des Begriffs des Binnenmarktes die Gemeinschaft auf ein neues übergeordnetes Ziel zu verpflichten, scheint problematisch. Vielleicht bedarf es hierzu doch einer politischen Entscheidung, die mit der Europäischen Union angestrebt wird.

⁴⁸ Cf. K.-H. Ladeur, Institutionelle Reformen der Europäischen Gemeinschaft. Extrastaatliches Management als Alternativmodell zum Föderalismus, in: K.-H. Ladeur/G. Winter (Hrsg.), Verfassungsprobleme der Europäischen Gemeinschaft, Beiträge zu einem Kolloquium am 17. 11. 1990 im ZERP, ZERP-DP 1/1991.

⁴⁹ Zur Europäischen Charta, Ph. Watson, The Community Social Charta, CMLR 1991, 37 et seq. mit zahlreichen Verweisen aus der internationalen Diskussion in Fn. 1.

⁵⁰ Eine Schlüsselrolle spielen die Regeln des Produktsicherheitsrechts, cf. H.-W. Micklitz, Organisational Structures of Product Safety Regulation, loc. cit.

⁵¹ Cf. N. Reich, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, EuZW 1991, 203 et seq.

Das Fehlen eines verfassungsmäßigen Ziels schließt nicht aus, daß die Gemeinschaft sich in Teilbereichen der Sozialregulierung voranbewegt. Ja, man könnte sogar umgekehrt formulieren: die tastenden Versuche der Gemeinschaft in den Bereich der Sozialregulierung hinein können als Grundlage für die Bestimmung der Stoßrichtung der zukünftigen Europäischen Union dienen.

Das Recht auf Sicherheit⁵² mag als Prototyp für die Schwierigkeiten genommen werden, die der Formulierung eines „Staatsziels Sicherheit“ und dessen Durchsetzung als eines „Grundrechts der dritten Generation“ im Wege stehen. Die Entwicklung im deutschen Verfassungsrecht deutet auf ein Zusammenspiel von staatlicher Verantwortung und organisierter Interessendurchsetzung hin, wobei die Grundrechte als Vehikel der Rechtsfortbildung fungieren.⁵³ Das europäische Recht ist mit dem deutschen Recht nicht auf eine Stufe zu stellen. Beobachten läßt sich eine sukzessive Verstrickung der Gemeinschaft in die Produktsicherheit. Der Binnenmarkt, genauer der freie Handel mit risikobehafteten Produkten, ist nicht ohne eine Regulierung der Produktsicherheit durch die Gemeinschaft zu haben.⁵⁴ Die Verstrickung zieht die Notwendigkeit einer Abstimmung der Verantwortungsbereiche zwischen Mitgliedstaaten und der Europäischen Gemeinschaft nach sich. Der Terminus Verantwortung ist bewußt und in Abgrenzung zur Kompetenz gewählt. Die deutsche Diskussion zentriert um die Aufteilung der Kompetenzen und verdeckt, daß es in der Sozialregulierung nicht allein um Macht geht, sondern um Verantwortung. Was sich bei aller gebotenen Vorsicht in den Vorschlägen der Kommission abzeichnet, ist ein Konzept der geteilten Verantwortung.⁵⁵ Die Definition der Marktzulassungsbedingungen fiel in den Verantwortungsbereich der Gemeinschaft, der Vollzug bliebe in den Händen der Mitgliedstaaten. Einer Europäisierung des Vollzuges setzt das Gemeinschaftsrecht Grenzen. Die Kommission strebt über die Kooperation und Koordination mit den Mitgliedstaaten hinaus eine begrenzte Zentralisierung der Vollzugskompetenz an, jedenfalls im Bereich des Krisenmanagements.

Der von der Kommission eingeschlagene Weg ist nicht der einzig gangbare. Vielmehr sind Lösungen denkbar, die die Verantwortung für die Regulierung von Produktsicherheit in den Händen der Mitgliedstaaten belassen.⁵⁶ Nur,

⁵² Cf. Consumer Rights, in: A. Cassese/A. Clapham/J. H. H. Weiler, Human Rights and the European Community, 1991: Substantive Rights, loc. cit. 53 et seq.

⁵³ Cf. H.-W. Micklitz, Recht auf Sicherheit, unveröffentlichtes MS Bremen 1989; kritisch zur Ausdehnung der Staatsfunktionen, H. A. Hesse, Der Schutzstaat geht um. JZ 1991, 774 et seq.

⁵⁴ Cf. N. Reich, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, loc. cit.

⁵⁵ Cf. H.-W. Micklitz, Organisational Structures of Product Safety Regulation, loc. cit.

⁵⁶ Dank schulde ich St. Weatherill, University of Nottingham, mit dem ich die Fortentwicklung des Produktsicherheitsrechts anlässlich seines Gastaufenthaltes am ZERP im September 1991 intensiv diskutieren konnte.

wenn es um die zukünftige Gestaltung von Europa geht, kann Produktsicherheitsregulierung nicht mehr allein eine nationale Angelegenheit bleiben. Wenn von der Verantwortung der Mitgliedstaaten die Rede sein soll, so immer von einer Verantwortung, die sich auf den Binnenmarkt als solchen erstreckt. Jenseits rechtspolitisch konzeptioneller Vorschläge weist das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht bereits jetzt Wege für die Entwicklung eines Modells subsidiärer Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Regulierung von Produktsicherheit. Träger der Entwicklung, die sich dem Modell der geteilten Verantwortung annähert, ist einmal mehr der Europäische Gerichtshof.

(1) Die in der Lehre teilweise erwogene Radikallösung, gemeint ist die Umkehrung der *Cassis de Dijon* Doctrin,⁵⁷ hat der EuGH nicht aufgegriffen. Danach soll ein Produkt, das in einem der Mitgliedstaaten einer Vermarktungsbeschränkung unterliegt, in der Gemeinschaft nicht mehr vermarktungsfähig sein. Doch hat das *argumentum e contrario* wie so häufig seine Tücken. Es ist im Kern die konsequente Anwendung des Reziprozitätsprinzips auf den Bereich der Sozialregulierung. Es wird ein gemeinschaftlicher Konsens über die Gleichwertigkeit der Sozialregulierung in den zwölf Staaten der Gemeinschaft unterstellt. Für die Produktsicherheitsregulierung ist die Gleichwertigkeit in einem offiziellen Beschluß des Ministerrates festgehalten.⁵⁸ Eine andere Frage ist, ob dieser Beschluß die Umkehrung der *Cassis-de Dijon* Doktrin legitimieren kann.

Das Phänomen ist in entwickelten Föderationen gut bekannt.⁵⁹ Die Einheitliche Akte hat den Weg erst einmal versperrt. Der EuGH hat die Mitgliedstaaten zur Kooperation und zur Koordination ihrer Entscheidungen verpflichtet.⁶⁰ Von der geforderten Folge wechselseitiger Anerkennung, ist er weit entfernt, ganz abgesehen davon, daß das Ergebnis der wechselseitigen Anerkennung sicherheitspolitisch problematisch sein kann. Die Bindung würde auch für Entscheidungen gelten, die den Gesundheits- und Sicherheitsinteressen der Bürger nicht ausreichend Rechnung tragen (*Delaware-Effekt*⁶¹).

(2) Weniger radikal in der Konsequenz ist die These von der Quellverantwortung der Mitgliedstaaten. Der am Beispiel der Rechtsprobleme grenz-

⁵⁷ Erstmals geäußert von *L. Krämer*, *Verbraucherrecht*, 1985 No. 251.

⁵⁸ Cf. Pressemitteilung vom 17. 7. 1985.

⁵⁹ Für die Bundesrepublik ist sie im Beschluß des Verfassungsgerichts, BVerfGE 11, 6 et seq., sogar ausdrücklich festgehalten. Großbritannien kennt das home „authority principle“, das zwar keine rechtliche Bindungswirkung erzeugt, aber doch faktisch einen starken Einfluß auf die Entscheidungsfindung ausübt, cf. *Sr. Weatherill*, *Reinvigorating the Development of Community Product Safety Law*, JCP 14 (1991), 171 et seq.

⁶⁰ Teils geschieht dies über Art. 36 – besonders deutlich Biologische Produkten. Slg. 1981, 3277 et seq. –, zuletzt verstärkt über Art. 5. NWe in *J. Temple Lang*, loc. cit.

⁶¹ Theoretisch wäre es deshalb möglich, die Produkte dort in den Binnenmarkt einzuschleusen, wo die Standards am niedrigsten sind, sog. *Delaware-Effekt*.

überschreitender irreführender Werbung entwickelte Gedanke von N. Reich läßt sich verallgemeinern.⁶² Soweit eine Vergemeinschaftung stattgefunden hat, d. h. soweit die Gemeinschaft Mindeststandards für die Vermarktung definiert hat, soll die Mitgliedstaaten eine Mit-Verantwortung für mögliche Risiken treffen, die den Bürgern der elf anderen Mitgliedstaaten aus einer Gefahrenquelle des zwölften Landes drohen.

Es handelt sich um eine eingeschränkte Variante der umgekehrten Cassis de Dijon-Doktrin. Hier wie dort wird dem einzelnen Mitgliedstaat, der in der Sozialregulierung die Initiative ergreift, die Verantwortung für den Rest der Mitgliedstaaten aufgebürdet. Indem er handelt, handelt er stellvertretend für die elf anderen Mitgliedstaaten. Eine Europäisierung des Vollzuges erfolgt nicht vertikal durch Zentralisierung, sondern horizontal durch die extranationale-binneneuropäische Verantwortung der Mitgliedstaaten.

Die These von der Quellverantwortung setzt voraus, daß die Mitgliedstaaten eine gemeinschaftsrechtlich begründete Verantwortung für die Sicherheit und Gesundheit der Einwohner der anderen Mitgliedstaaten trifft. Art. 36 scheint dafür keine Handhabe zu bieten. Es wird herkömmlich als Recht der Mitgliedstaaten interpretiert, nationale Maßnahmen zu rechtfertigen, die den Warenverkehr behindern. Und doch zeigen sich in der Rechtsprechung erste Ansätze für ein gänzlich anders gelagertes Verständnis.⁶³ Sie könnten den Auftakt bilden für eine Uminterpretation des Art. 36. Paradoxaerweise fördern die Mitgliedstaaten diese Entwicklung durch ihr immer wieder reklamiertes Recht, autonom und souverän über die Produktsicherheit zu entscheiden. Je stärker sie auf ihre Souveränität in der Regulierung von Sicherheit und Gesundheit pochen, desto tiefer verstricken sie sich selbst in eine den Gemeinschaftsorganen gegenüber erklärte und behauptete Übernahme der Verantwortung. Die im Zuge des Neuen Ansatzes⁶⁴ verabschiedeten Richtlinien⁶⁵ spiegeln diese Interdependenz wider. Um ihre Souveränität im Vollzug sekundären Gemeinschaftsrechts behaupten zu können, müssen die Mitgliedstaaten sich verpflichten einzuschreiten, wenn von einem rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Produkt Gefahren ausgehen. Dahinter steht eine produktbezogene Verantwortungsübernahme. Eine umfassende Verantwortungsübernahme

⁶² So der Titel des Rechtsgutachtens von N. Reich für die Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Das Gutachten erscheint in *RabelsZ.*

⁶³ Cf. *Biologische Produkten*, Slg. 1981, 3277; *UHT-Milk*, Slg. 1983, 203 et seq.

⁶⁴ Cf. *Beschluß des Rates* Abl. C 136 v. 4. 6. 1985, 1 et seq.

⁶⁵ Cf. stellvertretend Art. 7 (1) der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Gasverbrauchseinrichtungen, Abl. L 196 v. 26. 7. 1990, 15 et seq. Die Formulierung ist nahezu wortgleich in der Maschinenrichtlinie (Abl. L 183, v. 29. 6. 1989, 9 et seq.), der Richtlinie über elektromagnetische Verträglichkeit (Abl. L 139, v. 23. 5. 1989, 19 et seq.), über Bauprodukte (Abl. L 40, v. 11. 2. 1989, 12 et seq.), über Spielzeug (Abl. L 187, v. 16. 7. 1988, 1 et seq.), und über einfache Druckbehälter (Abl. L 220, v. 8. 8. 1987, 48 et seq.). eine Ausnahme bildet lediglich die Imitationsrichtlinie (Abl. L 192, v. 11. 7. 1987, 49 et seq.).

läßt sich nicht begründen. Dies könnte die Verabschiedung der Richtlinie zur allgemeinen Produktsicherheit⁶⁶ bringen. Tun sich trotz Verabschiedung Lücken auf,⁶⁷ wäre zu überlegen, inwieweit sich die Mitgliedstaaten nicht selbst gebunden haben, indem sie ihre Bereitschaft und ihre Verpflichtung erklärt haben, eine solche Richtlinie auszuarbeiten.⁶⁸

Art. 36 sagt nicht, ob sich die Verantwortung der Mitgliedstaaten auf den Binnenmarkt als solchen erstreckt und, falls dies der Fall sein sollte, wie die Mit-Verantwortung aussehen könnte, wenn eine wechselseitige Bindung ausscheidet. Die Uminterpretation von Art. 36 allein kann die extranationale Verantwortung nicht rechtfertigen. Hier gilt es, an das Herkunftslandsprinzip anzuknüpfen. Jeder Mitgliedstaat entscheidet, soweit die Marktzulassungsbedingungen vergemeinschaftet sind, über die EG-weite Vermarktungsfähigkeit von Produkten, die auf seinem Territorium in den Verkehr gebracht worden sind. Dem Herkunftslandsprinzip ist der Stellvertretergedanke immanent. Der Mitgliedstaat kann gar nicht mehr autonom nach nationalen Kriterien entscheiden. Er muß innerhalb des vergemeinschafteten Bereichs für die anderen Mitgliedstaaten mitentscheiden. Der EuGH hat eine so weitgehende Schlußfolgerung bislang selbst nicht gezogen, wengleich sich in der Rechtsprechung zu Art. 5 Ansätze finden, den Mitgliedstaat als Sachwalter (trustee) jedenfalls dann auf das Gemeinschaftsrecht zu verpflichten, wenn es um Bereiche geht, die ausschließlich in den Kompetenzbereich der Gemeinschaft fallen.⁶⁹ Erhärten läßt sich die Konzeption einer extranationalen Verantwortung mittels des allseits proklamierten Subsidiaritätsprinzips,⁷⁰ denn dasselbe „schützt“ die Mitgliedstaaten nicht nur vor Übergriffen und Eingriffen der Gemeinschaft, sondern verpflichtet sie auch, stellvertretend für die Gemeinschaft tätig zu werden, wenn diese keine eigene Kompetenz hat zu handeln, obwohl es um den Vollzug von gemeinschaftsrechtlichen Regeln geht. Selbst die extensive Rechtsprechung zu Art. 5 bietet kaum Anhaltspunkte zur Konkretisierung des Umfangs der Mitverantwortung.⁷¹ Denken ließe sich an eine Konsultationspflicht der Gerichte untereinander.

⁶⁶ Cf. Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom Oktober 1991 im Hinblick auf den Erlaß einer Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit (Az. 10195); vgl. zuvor den Vorschlag einer Richtlinie des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, Abl. C 193, v. 31. 7. 1989, 1 et seq. und die geänderte Fassung Abl. C 156, v. 27. 6. 1990, 8 et seq.

⁶⁷ Dies ist die wahrscheinlichere Lösung. Denn die Mitgliedstaaten haben sich grundsätzlich auf einen gemeinsamen Standpunkt geeinigt. Mit einer Veröffentlichung der Erfassung ist in Kürze zu rechnen.

⁶⁸ Cf. Abl. C 176, v. 4. 7. 1987. Daß dies nicht abwegig ist, zeigt die Entscheidung des EuGH Slg. 1980, 2403 et seq.

⁶⁹ Slg. 1981, 1045 et seq.

⁷⁰ V. *Constantinesco*, Subsidiarität: Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union, EuZW 1991, 561 et seq. H. J. *Blanke*, Das Subsidiaritätsprinzip als Schranke des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, EuR 1991, 133 et seq.

Das Modell subsidiärer Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Binnenmarkt enthält keinen Freibrief für die Kommission. Ganz im Gegenteil wachsen der Kommission Aufsichtspflichten über die Mitgliedstaaten zu, die ja nur stellvertretend gemeinschaftsrechtliche Regeln vollziehen. Generalanwalt Lenz hat diese Konsequenz in *Francesconi*⁷² ausgesprochen. Es ging um eine mögliche Haftung der Gemeinschaft aus Art. 215, weil die Kommission es angeblich unterlassen hat, die Informationen zu verbreiten, anhand derer die Erzeuger oder Verkäufer von verfälschten, methanolhaltigen Weinen hätten identifiziert werden können. Generalanwalt Lenz betonte, wie das Gericht auch, die Verantwortung der Mitgliedstaaten, die geeigneten Maßnahmen zum Schutze der Bürger zu ergreifen. Aufsichtspflichten sollen der Kommission seiner Ansicht nach insofern zuwachsen, als sie bei möglichen Mißständen auf eine Änderung des Gemeinschaftsrechts hinwirken oder ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten soll. Weitergehende Pflichten könnten der Gemeinschaft nur erwachsen, soweit sie selbst Entscheidungskompetenz erhält, was im Rahmen einer subsidiären Verantwortung, die auf Art. 36 ruht, nicht möglich ist. Dazu wären in der Tat Maßnahmen im Rahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts notwendig, ganz in dem Sinne, wie sie die Kommission vorgeschlagen hat.

Während eine Verantwortungsübernahme durch die Mitgliedstaaten stellvertretend für die Gemeinschaft, ja selbst eine Eigen-Verantwortung konkret der Kommission zunehmend ins Blickfeld gerät, fehlt es an einer Auseinandersetzung, ob die Verantwortungsübernahme Rechte der Betroffenen begründet und, falls ja, wie, von wem und wo diese Rechte durchgesetzt werden können. Eine Frage für sich ist schon, ob den Einzelnen ein Recht auf die Vornahme von Maßnahmen zum Schutze der Sicherheit und Gesundheit zuerkannt werden kann.⁷³ Traditionell richtet sich die Verantwortungsübernahme an den Staat, sei es den Nationalstaat oder die Gemeinschaft als staatsähnliches Gebilde. Dem Einzelnen wird der Anspruch auf Erlaß gesetzgeberischer Maßnahmen verwehrt. Da eine Diskussion dieser Problematik den Kontext sprengen würde, sei die Fragestellung darauf beschränkt, ob dem Einzelnen ein Recht auf Vornahme einer administrativen Maßnahme zuerkannt werden kann. Die Umkehrung der *Cassis de Dijon* Doctrin, aber auch die Theorie der Quellverantwortung muß die Antwort im nationalen Rechtsrahmen suchen.

Dann entsteht die Frage, ob organisierte Interessendurchsetzung der Quellverantwortung vor den nationalen Gerichten des handelnden Mitgliedstaates möglich ist. Um die Problematik zuzuspitzen: Kann ein nationales Indivi-

⁷¹ Noch einmal den umfassenden Überblick der Rechtsprechung zu Art. 5, bei *J. Temple Lang*, loc. cit.

⁷² Cf. *Francesconi v. Commission*, Slg. 1989, 2087, 2099 Tz: 8.

⁷³ Cf. Zur Problematik unlängst, *H. A. Hesse*, Der Schutzstaat geht um. JZ 1991, 774 et seq.

duum, hinter dem sich die Organisationskraft der diffusen Interessen der Europäischen Gemeinschaft strategisch verbirgt, vor eben jenem nationalen Gericht die Durchsetzung der Quellverantwortung erzwingen?⁷⁴ Die Stellvertreterproblematik wiederholt sich auf der Seite des Gerichts wie auf der Seite der Kläger. Beide handeln, wenn sie handeln, indirekt für die Gemeinschaft.

Unabhängig davon, ob eine Rechtsdurchsetzung möglich ist, muß man sich die Konsequenzen einer so konzipierten Wirtschaftsverfassung vergegenwärtigen. Rechtsschutz und Rechtsdurchsetzung in den Händen der Mitgliedstaaten könnte die Zentrifugalkräfte verstärken, die der Ausbildung einer gemeinsamen Rechtsordnung entgegenstehen. An diesem Ziel ist aller Offenheit zum Trotz festzuhalten. Sozialschutz in der Gemeinschaft als Summe der für die Gemeinschaft verbindlichen Entscheidungen nationaler Gerichte zu verstehen, hieße, dem Rechtsoktroi Vorschub zu leisten.⁷⁵ Sozialregulierung ließe sich als Mittel einsetzen, um stärkere nationale Wirtschaftskraft gegen vermeintlich oder tatsächlich schwächere auszuspielen. Es führt kein Weg daran vorbei, die Lösung der organisierten Interessendurchsetzung ist auch in der Sozialregulierung im Gemeinschaftsrecht zu suchen. Da es bislang an einer übergreifenden sekundärrechtlichen Konzeption für einen EG-Rechtsschutz fehlt, bleibt der Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat schon früh festgelegt, daß die Mitgliedstaaten in der Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht nicht autonom sind. Seit der Comet-Entscheidung⁷⁶ gelten für die Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht vor nationalen Gerichten zwei Grundsätze:

- (1) Das nationale Rechtssystem muß für die Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht Rechtsmittel bereithalten, die nicht weniger günstig sind als die für die Durchsetzung nationalen Rechts;
- (2) Die im nationalen Rechtssystem verfügbaren Instrumente dürfen die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Praxis nicht unmöglich machen.

Das hört sich harmlos an. Gleichwohl zeigt eine Detailanalyse weitreichende Konsequenzen für das nationale Rechtsschutzsystem.⁷⁷ Der EuGH hat unlängst demonstriert, daß sich mit diesen Grundsätzen eine Änderung des

⁷⁴ Cf. - *N. Reich*, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, loc. cit.; zur identischen Problematik im Bereich grenzüberschreitender Umweltbelastungen, *H. U. Jessurun d'Oliveira*, EUI Working Paper Law No. 91/19 *Class Actions in Relation to Cross Border Pollution, A Dutch Perspective*.

⁷⁵ Die Problematik des „homeward trend“ im Internationalen Privatrecht erhält eine neue Dimension. Nun könnte es darum gehen, einem Staat oder den Staaten eine Entscheidung aufzuzwingen.

⁷⁶ Cf. Slg. 1976, 2043 et seq.

⁷⁷ Cf. *St. Weatherill*, National Remedies and Equal Access to Public Procurement (1990). 10 Yearbook of European Law, 243 et seq.

nationalen Rechtsschutzsystems rechtfertigen läßt.⁷⁸ Ob man aus der Comet-Entscheidung gar die Notwendigkeit eines Anspruches auf Tätigwerden herleiten kann, bleibt derzeit noch Spekulation. Die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts könnte einen solchen Schritt rechtfertigen. Jedenfalls steht fest, daß die Nichtverfügbarkeit eines solchen Anspruchs im nationalen Rechtssystem der Einführung eines EG-rechtlich begründeten Anspruchs nicht entgegensteht.

Als Schwierigkeit kann sich erweisen, daß der EuGH sehr zurückhaltend mit der Gewährung von durchsetzbaren Rechten der Verbraucher gegen die Gemeinschaftsorgane selbst ist. Noch gibt es keinen Grundsatz der Gleichbehandlung des EG-Rechtsschutzsystems mit dem nationalen Rechtssystem. Der Einwand liegt auf der Hand, daß der EuGH in dem auf Art. 5 gestützten Auf- und Ausbau des nationalen Rechtsschutzsystems nicht weiter gehen kann als im EG-Rechtssystem selbst. Anhaltspunkte bietet das Wettbewerbsrecht, wo individueller Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Kommission gegeben ist.⁷⁹ Das setzt eine Verwaltungsentscheidung der Kommission voraus. Konkret käme ein Rechtsschutz in Betracht, wenn die Kommission in der Lage ist, ihre Verantwortungsübernahme in einer Einzelentscheidung zu konkretisieren. Das könnte im Produktsicherheitsrecht bald der Fall sein, denn Nachmarktkontrollentscheidungen will die Kommission selbst treffen, wenn die Vorschläge zum Arzneimittel- und zum Produktsicherheitsrecht Wirklichkeit werden sollten.⁸⁰

Doch damit nicht genug. Der EuGH hat eine weitere Hürde errichtet, die sich gegen die organisierte Interessendurchsetzung im Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts wendet. Rechtsschutz soll nur dort gewährt werden, wo der Einzelne direkt und unmittelbar betroffen ist. Das ist bei der Prozeßregulierung noch denkbar, aber nicht in der Produktregulierung. Der EuGH hat im Antidumpingrecht seine Bereitschaft signalisiert, den Maßstab individueller Betroffenheit weit auszulegen. In *Extramet*⁸¹ gesteht er dem Importeur, der durch die Verordnung 2808/89⁸² in seiner Existenz bedroht war, ein Klag-

⁷⁸ Cf. *Factormate*, EuZW 1990, 355 et seq. – dazu *D. Simon et A. Barav*, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales – les enjeux de l'affaire Factormate*, *Revue du Marché Commun*, 1990, 591 et seq., sowie *St. Weatherill*, *National Remedies*, loc. cit. Fn. 234; *Zuckerfabrik Süderditmarschen*, EuZW 1991, 313 et seq.; dazu *S. Schlemmer-Schulte*, *Gemeinschaftsrechtlicher vorläufiger Rechtsschutz und Vorlagepflicht*, EuZW 1991, 307 et seq. Hinzuweisen ist auf die Rechtssache *Francovich*, Rechtssache C-6/90 und C-9/90, 28. 5. 1991, in der Generalanwalt Mischo dafür plädierte, den Mitgliedstaat für die Konsequenzen der Nichtumsetzung einer Richtlinie nach Gemeinschaftsrecht (!) haften zu lassen. Der Gerichtshof ist dem Vorschlag in seiner Entscheidung vom 19. 11. 1991 gefolgt, EuZW 1991, 758 et seq.; *H. G. Fischer*, *Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht*, EuZW 1992, 41 et seq.

⁷⁹ Cf. *L. Krämer*, *Verbraucherrecht*, No. 393.

⁸⁰ Cf. *Nachweise aus dem Stand der Überlegungen in H.-W. Micklitz*, *Organisational Structures of Product Safety Regulation*, loc. cit.

⁸¹ Rechtssache C-356/89, 16. 1. 1991, noch nicht veröffentlicht.

recht zu.⁸³ Er ist jedoch nicht willens, seine restriktive Haltung gegenüber der Klagbefugnis von Verbraucherverbänden aufzugeben. Denn der EuGH ist dem Antrag des Generalanwaltes Mischo in *BEUC v. Kommission*⁸⁴ gefolgt. Hier stand die Teilnahmemöglichkeit der Verbraucherverbände im Antidumpingverfahren zur Entscheidung an. Generalanwalt Mischo hat keine hohe Meinung von BEUC. Er unterstellt, daß das BEUC nichts Substantielles zur Entscheidung von Antidumping-Streitigkeiten beitragen könne.⁸⁵ Soweit ist der Gerichtshof nicht gegangen, auch wenn seine Entscheidung im Ergebnis den Verbraucherverbänden mögliche Rechte abschneidet.⁸⁶

Scheint der Weg über das Wettbewerbsrecht und das Antidumpingrecht verbaut, so bietet sich möglicherweise ein Ausweg über das Haftungsrecht, Art. 215 (2). Francesconi⁸⁷ läßt erkennen, daß die Kommission nicht von jeder Verantwortung frei ist. Sie kann auch von Einzelnen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn sie Aufsichtspflichten verletzt hat. Mag sich die Kausalität bei der Verletzung primärrechtlicher Aufsichtspflichten noch als Stolperstein erweisen, so könnte sich die Situation anders darstellen, wenn die Kommission sekundärrechtlich begründete eigene Entscheidungsbefugnisse erhalten sollte. Überhaupt ist das Haftungsrecht erheblich in Bewegung geraten. Generalanwalt Mischo aktivierte es in *Fancovich*⁸⁸ als Mittel gegen die Mitgliedstaaten, um de facto Zwang zur Umsetzung von EG-Richtlinien zu erzeugen.⁸⁹ Der EuGH ist dem Vorschlag gefolgt.⁹⁰ Seitdem steht fest, daß die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich zum Schadensersatz sogar im Falle legislativen Unrechts⁹¹ verpflichtet sind. Nicht auszuschließen ist, daß der Aufbau geeigneter Instrumente zur organisierten Rechtsdurchsetzung in der Sozialregulierung über das Schadensersatzrecht angestoßen wird.

⁸² Cf. Abl. L 271, 18. 9. 1989, 1 et seq.

⁸³ Cf. Rechtssache C-356/89, 16. 1. 1991, allerdings sind die Voraussetzungen im Ergebnis doch recht restriktiv, Tz. 17.

⁸⁴ Cf. Rechtssache C-170/89, 13. 3. 1991: bestätigt durch Entscheidung vom 28. 11. 1991; cf. *M. Storme*, *The Legal Authority of the EC to Act on the Matter of Group Actions*, Vortrag gehalten auf dem 7. Europäischen Workshop zum Verbraucherrecht, Louvain-la-Neuve, 22. Oktober 1990.

⁸⁵ Cf. Rechtssache C-170/89, 13. 3. 1991, Tz. 32, Antrag des Generalanwaltes.

⁸⁶ Ob das Anti-Dumpingrecht sich für die Fortbildung der verfahrensmäßigen Rechte überhaupt eignet muß bezweifelt werden.

⁸⁷ Cf. Slg. 1989, 2087 et seq.

⁸⁸ Cf. Rechtssache C-6/90 und C-9/90, 28. 5. 1991.

⁸⁹ Er folgt damit der Argumentation von *D. Curtin*, *Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, CMLR 1990, 709 et seq.

⁹⁰ Cf. Entscheidung vom 19. 11. 1991, EuZW 1991, 758 et seq.

⁹¹ Cf. Neben den Nachweisen in Fn. 78 ist auf die Entscheidung des OLG Köln, Urteil v. 20. 6. 1991, EuZW 1991, 574 mit Anm. *Meier* hinzuweisen. Zur identischen Problematik im Vereinigten Königreich, *Bourgoin S. A. and others v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Court of Appeal, 1985, 3 WLR 1027 mit einer Besprechung in *St. Weatherill*, *National Remedies*, loc. cit. 257 et seq.