

CHRISTIAN STEMPEL

Treu und Glauben im Unionsprivatrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

348

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

348

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Christian Stempel

Treu und Glauben
im Unionsprivatrecht

Mohr Siebeck

Christian Stempel, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften in Köln, Paris (Maîtrise en Droit) und Cambridge (LL.M.); Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; seit 2014 Referent beim Bundeskartellamt.

e-ISBN PDF 978-3-16-154420-0

ISBN 978-3-16-154350-0

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entstanden. Das Manuskript wurde zum Ende des Jahres 2014 fertiggestellt. Für die Veröffentlichung konnten noch vereinzelt Entwicklungen des Jahres 2015 berücksichtigt werden.

Folgenden Personen bzw. Institutionen gebührt Dank dafür, dass sie in unterschiedlicher Weise zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben:

Professor Jürgen Basedow hat das Thema angeregt und mir durch die Stelle am Max-Planck-Institut die Möglichkeit gegeben, die Arbeit im denkbar besten Umfeld anzufertigen. Er hat mir bei der Abfassung alle Freiheiten gelassen und großes Vertrauen geschenkt. Zugleich habe ich von ihm viel über wissenschaftliche Neugier, Akribie im Detail einerseits sowie den Blick für das Ganze und eine originär unionsrechtliche Perspektive andererseits lernen dürfen. Professor Peter Mankowski hat freundlicherweise in kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt.

Die Arbeit wurde gefördert von der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung. Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat mit der Förderung meines Studiums in vielfältiger Weise dabei geholfen, die Grundlagen für eine Promotion zu legen.

Professor Klaus Peter Berger hat mich im ersten Semester als studentische Hilfskraft am Institut für Bankrecht an der Universität zu Köln aufgenommen, wo ich insgesamt über drei Jahre tätig sein durfte. Er hat dadurch mein Forschungsinteresse geweckt und mich auch über meinen Abschied aus Köln hinaus unterstützt.

Am Hamburger Max-Planck-Institut hat eine Vielzahl von Kollegen zum Gelingen der Arbeit beigetragen, die ich an dieser Stelle nicht sämtlich auflisten kann. Besonders hervorheben möchte ich aber Professor Christian Heinze, Professor Anatol Dutta und Dr. Matteo Fornasier. Sie haben mich bei der Arbeit an der Dissertation eng begleitet, konzeptionell wie in Details beraten und hatten für alle meine Fragen stets ein offenes Ohr.

Meine Eltern haben entscheidenden Anteil am Erfolg meiner Ausbildung, indem sie mir Verlässlichkeit, Gelassenheit und Zuversicht vorgelebt und

vermittelt haben und nie einen Zweifel daran aufkommen ließen, dass ich diese Dissertation erfolgreich abschließen würde. Meine Frau Aurélia hat mich durch alle Phasen des Promotionsvorhabens hindurch mit liebevoller Geduld begleitet und unterstützt. Sie ist mein wichtigster Berater und mein größtes Glück.

Bonn, im November 2015

Christian Stempel

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung.....	1
Kapitel 1 – Grundlagen	11
A. <i>Treu und Glauben</i> im Unionsprivatrecht	11
B. Vorverständnis.....	33
C. Verwandte Maßstäbe.....	65
D. Zwischenergebnis: Zuschnitt der Arbeit.....	75
Kapitel 2 – Bestandsaufnahme und Analyse.....	77
A. Schranke der Privatautonomie.....	78
B. Schranke der Rechtsausübung.....	202
C. Begründung von Treuepflichten in Sonderverbindungen.....	236
D. Lauterkeit beruflichen Handelns	245
E. Bindung an eigenes Vorverhalten und Verwirkung	261
F. Begründung sonstiger Pflichten	282
G. Berechtigte Erwartungen.....	288
H. Verhältnismäßigkeit, Gerechtigkeit und Fairness	289
I. Bösgläubigkeit	302

Kapitel 3 – Ergebnisse	307
A. Die wissenschaftliche Debatte um <i>Treu und Glauben</i> im Europäischen Privatrecht	308
B. Allgemeiner Grundsatz, zugrundeliegendes Prinzip oder unbestimmter Rechtsbegriff	310
C. Quellen und Anwendungsbereich	311
D. Horizontale und vertikale Dimension	313
E. <i>Treu und Glauben</i> und guter Glaube	315
F. Verwandtschaften und Definitionselemente	316
G. Standardhöhe	319
H. (Fehl-)Entwicklungen	320
I. Schlussfolgerungen	321
Literaturverzeichnis	323
Rechtsprechungsverzeichnis	339
Sachverzeichnis	347

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung.....	1
Kapitel 1 – Grundlagen	11
A. <i>Treu und Glauben im Unionsprivatrecht</i>	11
I. Unionsprivatrecht	12
1. Unionales Recht	12
2. Privatrecht	13
II. Generalklausel	14
1. Generalklausel und unbestimmter Rechtsbegriff.....	16
2. Regel und Prinzip	17
III. Mehrebenensystem und allgemeine Grundsätze	18
1. <i>Treu und Glauben</i> im Vorabentscheidungsverfahren	18
2. Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Anwendung	21
3. <i>Treu und Glauben</i> als beweglicher Begriff	23
4. Keine reine Billigkeitsnorm ohne inneren Zusammenhang	24
5. Die Suche nach allgemeinen Grundsätzen des Unionsprivatrechts.....	26
6. Eine Schwelle zum „allgemeinen“ Grundsatz?	28
7. Auswahl und Prüfung relevanter Fallgruppen.....	31
B. <i>Vorverständnis</i>	33
I. Ursprung und Wortlaut	33
II. <i>Status quo</i> von <i>Treu und Glauben</i> im Unionsprivatrecht	35
III. Rechtsvergleichender Überblick	37
1. Deutschland.....	38
2. Frankreich	40

3. England	43
4. Weitere Mitgliedstaaten	50
IV. Akademische Regelkataloge	53
1. PECL	56
2. <i>Acquis-Principles</i>	59
V. Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	61
 C. <i>Verwandte Maßstäbe</i>	65
I. Rechtsmissbrauch	66
II. Verwirkung	69
III. Fairness	70
IV. Berechtigte Erwartungen	70
V. Loyalität und Billigkeit	72
VI. Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit	72
VII. Vernünftigkeit	75
 D. <i>Zwischenergebnis: Zuschnitt der Arbeit</i>	75
 Kapitel 2 – Bestandsaufnahme und Analyse	77
 A. <i>Schranke der Privatautonomie</i>	78
I. Zwingendes Recht und Umgehungsverbote	78
II. Vorformulierte Klauseln: Die Richtlinie 93/13	79
1. Anwendungsbereich und Ratio	83
2. Die Generalklausel	85
a) Konkretisierungskriterien: <i>Treu und Glauben</i> und das erhebliche Missverhältnis	86
b) Konkretisierungszuständigkeit	89
3. Konkretisierungsmaßstab	93
a) Generell-abstrakter oder individuell-konkreter Maßstab?	93
b) Formelles und materielles Missverhältnis sowie Transparenz	96
c) Erwägungsgründe	97
d) Die Liste im Richtlinienanhang	100
aa) Bindungswirkung der Liste	100
bb) Materieller Gehalt der Liste	102
e) Klauselrichtlinie und Wettbewerbsrecht	104
4. Materielle Konkretisierung durch den Europäischen Gerichtshof	108
a) Einführung	109
b) Scheinbare Annahme der Konkretisierungsaufgabe	110

c)	Ablehnung der Konkretisierungsaufgabe.....	114
d)	Erteilung von Hinweisen an das nationale Gericht	124
aa)	Fehlende Transparenz und die Bedeutung des Anhangs	128
bb)	Berücksichtigung der übrigen Vertragsklauseln	132
cc)	<i>Treu und Glauben</i> und hypothetische Individualvereinbarung	132
dd)	Preisänderungsklauseln	136
ee)	Maßstab des Missverhältnisses	142
5.	Prozessuale Gewährleistung der Klauselkontrolle.....	145
a)	Verpflichtung zur Klauselkontrolle von Amts wegen	145
b)	Amtswegige Tatsachenermittlung?.....	148
c)	Klauselkontrolle im Vollstreckungsverfahren.....	151
d)	Verbot geltungserhaltender Reduktion	152
6.	Testfall: Verfallsklauseln bei Flugreisen.....	156
a)	Tarifmodelle und Umgehungsversuche	157
b)	Nationale Rechtsprechung zu Verfalls- und Nachberechnungsklauseln	159
aa)	Deutschland	159
bb)	Österreich	161
cc)	Frankreich.....	162
dd)	Spanien.....	163
c)	Unionsautonome Lösungsansätze zu Verfalls- und Nachberechnungsklauseln	164
7.	Ergebnisse	165
a)	Konkretisierungskompetenz	166
b)	Unionsautonomer Standard	170
aa)	Missbräuchlichkeit ohne Vergleichsmaßstab bei einseitiger Belastung des Verbrauchers?	170
bb)	Vergleichsmaßstab aus dem <i>Acquis</i>	171
cc)	Vergleichsmaßstab aus den nationalen Rechtsordnungen	173
c)	Beispiele	180
aa)	Vertragsschluss.....	181
bb)	Transparenzgebot.....	182
cc)	<i>Pacta sunt servanda</i>	184
d)	Prozessuale Schutzkomponente.....	187
e)	Ergebnisse für die Arbeit.....	189
III.	Vorformulierte Klauseln in anderen Rechtsakten	192
1.	Verbraucherkreditrichtlinie: Ausgleichsanspruch	192
2.	Pauschalreiserichtlinie: Preisanpassungsklauseln.....	193
3.	Zahlungsverzugsrichtlinie.....	194
4.	Klauselkontrolle im CESL-Vorschlag.....	197
IV.	Kartellrecht.....	198

<i>B. Schranke der Rechtsausübung</i>	202
I. Missbrauchsverbot in der Grundrechtecharta	203
II. Missbrauchsverbote im Sekundärrecht	204
III. Marktmissbrauch (Insidergeschäfte)	206
IV. Missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht in der Rechtsprechung des EuGH.....	207
1. Grundfreiheiten	208
a) Umgehung zwingenden nationalen Rechts	208
b) Export und sofortiger Reimport.....	209
c) Gesellschaftsrecht: Wegzugs- und Zuzugsfälle.....	214
d) Steuerrecht und Grundfreiheiten.....	218
e) Gesellschaftsrecht: Rechte von Aktionären aus der Zweiten Richtlinie.....	220
f) Zwischenergebnis.....	223
2. Internationales Zuständigkeitsrecht	224
a) Schriftform von Gerichtsstandsvereinbarungen	225
b) Torpedoklagen	226
c) <i>Dual Use</i> -Verträge	228
d) Zuständigkeitserschleichung	230
e) Herbeiführung eines Vorabentscheidungsverfahrens	233
V. Ergebnis: Das Rechtsmissbrauchsverbot	234
 <i>C. Begründung von Treuepflichten in Sonderverbindungen</i>	236
I. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Primärrecht	236
II. Handelsvertreterrichtlinie: Pflichten der Parteien	237
III. Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente	244
 <i>D. Lauterkeit beruflichen Handelns</i>	245
I. Die UGP-Richtlinie.....	245
1. Die Begriffe in der Generalklausel.....	246
2. Verhältnis zu schwarzer Liste und kleinen Generalklauseln.....	254
3. Konkretisierung und Auslegung	256
II. Fernabsatzrichtlinien.....	260
 <i>E. Bindung an eigenes Vorverhalten und Verwirkung</i>	261
I. Rechtsprechung des EuGH zum Verwaltungsrecht	261
II. Rechtsprechung des EuGH zum Abbruch von Vertragsverhandlungen	264
III. Rechtsprechung des EuGH zur Verwirkung von Verbraucherrechten.....	264

IV. Verwirkung des Ausgleichsanspruchs nach der Handelsvertreterrichtlinie.....	279
V. Ergebnis: Bindung an eigenes Vorverhalten und Verbot der Berufung auf eigenes rechtswidriges Verhalten	281
<i>F. Begründung sonstiger Pflichten</i>	282
<i>G. Berechtigte Erwartungen</i>	288
I. Produkthaftungsrichtlinie.....	288
II. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.....	288
<i>H. Verhältnismäßigkeit, Gerechtigkeit und Fairness.....</i>	289
I. Handelsvertreterrichtlinie: Ausgleichsanspruch nach Billigkeit	290
II. Urheberrechtsrichtlinie	295
III. Richtlinie zum Vermiet- und Verleihrecht	297
IV. Datenschutzrichtlinie	300
V. Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten	301
<i>I. Bösgläubigkeit</i>	302
I. Gemeinschaftsmarkenverordnung und Markenrichtlinie	302
II. Die „eu“-Domain-Verordnung	304
 Kapitel 3 – Ergebnisse.....	307
<i>A. Die wissenschaftliche Debatte um Treu und Glauben im Europäischen Privatrecht</i>	308
<i>B. Allgemeiner Grundsatz, zugrundeliegendes Prinzip oder unbestimmter Rechtsbegriff.....</i>	310
<i>C. Quellen und Anwendungsbereich</i>	311
<i>D. Horizontale und vertikale Dimension.....</i>	313
I. Ein besonderes Bedürfnis für <i>Treu und Glauben</i>	313
II. Besondere Schwierigkeiten im Umgang mit <i>Treu und Glauben</i>	314
<i>E. Treu und Glauben und guter Glaube.....</i>	315
<i>F. Verwandtschaften und Definitionselemente.....</i>	316
I. Verbot des Rechtsmissbrauchs.....	317
II. Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit; Vernünftigkeit.....	317
III. Anständigkeit und Fairness	317
IV. Sorgfaltsmaßstab und Sorgfaltspflichten	318

V. Willkürverbot und Motivationszwang sowie Verhandlungspflichten	318
G. <i>Standardhöhe</i>	319
H. <i>(Fehl-)Entwicklungen</i>	320
I. <i>Schlussfolgerungen</i>	321
Literaturverzeichnis	323
Rechtsprechungsverzeichnis	339
Sachverzeichnis	347

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. A.	andere(r) Ansicht
a. F.	alte Fassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
All ER	All England Law Reports
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CESL	Common European Sales Law
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
d. h.	das heißt
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
ECLI	European Case Law Identifier
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EIPR	European Intellectual Property Review (Zeitschrift)
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law (Zeitschrift)
ELJ	European Law Journal (Zeitschrift)
ELR	European Law Review (Zeitschrift)
endg.	endgültig
engl.	englisch
ERCL	European Review of Contract Law (Zeitschrift)
ERPL	European Review of Private Law (Zeitschrift)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
GEK	Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber(in)
i. d. R.	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
lit.	litera (Buchstabe)
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
M-EPLI	Maastricht European Private Law Institute (Working Paper Series)
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht (Zeitschrift)
N°	Numéro (Nummer)
Nr.	Nummer
OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
PECL	Principles of European Contract Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)

RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RRa	Reiserecht aktuell (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (Zeitschrift)
S.	Seite(n); Satz
SA	Société Anonyme
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
u. a.	unter anderem; und andere
UKHL	United Kingdom House of Lords
usw.	und so weiter
u. v. m.	und vieles mehr
v.	von/vom
verb.	verbunden(e)
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Zeitschrift)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (Zeitschrift)
z. T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

Einleitung

Treu und Glauben darf als einer der wichtigsten Grundsätze zahlreicher kontinentaleuropäischer Privatrechtsordnungen gelten.¹ Als *die Generalklausel* schreibt er insbesondere den Parteien privatrechtlicher Verträge einen Mindeststandard redlichen Verhaltens vor. Er soll für dasjenige stehen, was im Allgemeinen – ohne in Vertrag oder Gesetz ausdrücklich geregelt zu sein – als von den Vertragspartnern konkludent mitvereinbart angesehen wird. Einerseits wird in einem marktwirtschaftlichen System die beste Ressourcenallokation dann erwartet, wenn ein jeder bei Vertragsverhandlungen und -durchführung seine eigenen Interessen verfolgt. Andererseits sind der Verfolgung der Eigeninteressen dort Grenzen gezogen, wo das jeweilige Verhalten als unlauter, unfair, unverhältnismäßig, unzuverlässig, kurz: als Verstoß gegen das Gebot von *Treu und Glauben* aufzufassen wäre. Man denke etwa an einen Vertragspartner, der über Informationen zu in seiner Sphäre liegenden und für die Risikoverteilung des Vertrags relevanten Umständen verfügt und diese dem anderen Teil, der keinen Zugang zu derlei Informationen haben kann, nicht mitteilt. Oder an ein Macht- oder Motivationsgefälle bei Vertragsschluss, das eine Partei ausnutzt, um der anderen Vertragsinhalte aufzuzwingen oder unterzuschieben, denen diese bei Vorhandensein alternativer Anbieter bzw. bei vollständiger Erfassung ihres jeweiligen Inhalts nicht zugestimmt hätte. Oder schließlich an einen Vertragspartner, der sich zwar dem Wortlaut der anwendbaren vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen getreu verhält, der dabei aber die der Gegenseite zustehende Leistung durch anderweitige Handlungen entwertet bzw. die Erreichung des Vertragszwecks verhindert.

Die vorliegende Arbeit untersucht den Geltungsanspruch und die innere Systematik des Gebots zum Handeln nach *Treu und Glauben* im von der Europäischen Union geschaffenen Privatrecht. Das Unionsprivatrecht² ist eine Sammlung spezieller, sektorspezifischer Regelungen, die mit hoher Regeldichte in einem begrenzten Anwendungsbereich operieren. Ein gemeinsamer, allgemeiner Teil existiert für diese heterogenen Einzelregelungen im geschriebenen Recht bisher ebenso wenig wie ein umfassendes europäisches

¹ Vgl. etwa *Zimmermann/Whittaker*, in: dies., *Good faith in European contract law*, S. 13: „‘Good faith’ [...] is at least in some legal systems regarded as a vitally important ingredient for a modern general law of contract.“ Siehe außerdem unten S. 37 ff.

² Zum Begriff des Unionsprivatrechts siehe sogleich S. 12 ff.

Prozessrecht zu ihrer Durchsetzung. Sie können daher ihre Wirkung nur im Rahmen des jeweiligen nationalen Rechts entfalten, das das sonstige Regelungsumfeld zur Verfügung stellt, insbesondere in Gestalt des allgemeinen Zivilrechts und des Verfahrensrechts. Allerdings muss das nationale Recht insoweit gewissen Mindeststandards entsprechen, die sich aus den Zielen der jeweiligen unionsprivatrechtlichen Bestimmung in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz ergeben. Es darf nämlich die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht übermäßig erschweren oder praktisch unmöglich machen.³ Abhängig von der konkreten Ausgestaltung dieser Anforderungen durch den Europäischen Gerichtshof stellt sich daher die Frage, inwieweit sich – im Schatten der spezifischen Regelungen – ein mindestharmonisierender allgemeiner Teil und entsprechende allgemeine zivilrechtliche und prozessuale Grundsätze des Unionsrechts entwickelt haben.

Die für die vorliegende Untersuchung namensgebenden Begriffe, *Treu und Glauben* und das Unionsprivatrecht, sind dabei einem steten Wandel unterworfen und oftmals schwer zu greifen. Als gemeinsamer Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit drängen sie sich aus verschiedenen Gründen auf. Einerseits kommt *Treu und Glauben* im Unionsprivatrecht an einer Vielzahl von Stellen vor und wird im Richtlinienrecht, aber auch vom Europäischen Gerichtshof und von der Europäischen Kommission, verschiedentlich als allgemeiner Grundsatz bezeichnet bzw. vorausgesetzt. Andererseits wird *Treu und Glauben* jedoch als solcher *allgemeiner* Grundsatz im geschriebenen Unionsprivatrecht nicht definiert oder zumindest in allgemein gültiger Form als solcher aufgestellt, wie dies in der Mehrzahl der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen der Fall ist.⁴ Dem Unionsprivatrecht fehlen nämlich bisher ein allgemeiner Teil oder geschriebene, allgemeine zivilrechtliche Prinzipien.⁵ Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 EUV

³ Siehe etwa EuGH, 5.3.1996, Verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA./Bundesrepublik Deutschland* und *The Queen./Secretary of State for Transport*, Slg. 1996 I-01029 (für Entschädigungsansprüche Einzelner gegen die Mitgliedstaaten wegen zurechenbarer Verstöße gegen das Unionsrecht); EuGH, 14.3.2013, Rs. C-415/11 *Mohamed Aziz./Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, ECLI:EU:C:2013:164, Rn. 50 (zur Durchsetzung der Rechte aus der Klauselrichtlinie nach nationalem Prozessrecht).

⁴ Siehe dazu den rechtsvergleichenden Überblick auf S. 50 ff.

⁵ Vgl. bezogen auf die Rechtsvereinheitlichung *Remien*, ZVglRWiss 87 (1988), 105, 116 f.: „Die Zersplitterung der bisherigen Vorhaben zur Rechtsvereinheitlichung hat einen Mangel: Es fehlen z. T. die gemeinsamen allgemeinen Begriffe, auf die Bezug zu nehmen auch ein spezielles Einheitsgesetz nicht verzichten kann.“ Dies mit Bezugnahme auf *Kötz*, in: *Bernstein/Drobnig/Kötz*, Festschrift für K. Zweigert, S. 481, 483 ff.: „Gleichwohl muss die Frage gestellt werden, ob die überkommene Methode situationsgebundener und ‚pragmatischer‘, deshalb aber notwendig punktueller Rechtsvereinheitlichung nicht ergänzt werden sollte durch eine gezielte Bemühung um Herausarbeitung eines Bestandes *allge-*

hat dazu geführt, dass die Union nur in bestimmten Politikbereichen tätig geworden ist. Die von ihr erlassenen Regeln sind daher fragmentarisch; sie regeln spezielle Fragen, überlassen aber den allgemeinen Hintergrund der Autorität der Mitgliedstaaten. War Ende der achtziger Jahre in diesem Zusammenhang noch von „Inseln im Meer der Details der innerstaatlichen Vertragsrechte“ die Rede,⁶ so wurde ein gutes Jahrzehnt später – um die Jahrtausendwende – aber bereits vertreten, diese Inseln fügten sich „allmählich zu einem Archipel des europäischen Verbraucherrechts zusammen“.⁷ Dabei besteht die Besonderheit, dass das Unionsprivatrecht das Verbraucherrecht früher und stärker regelt als das allgemeine Vertragsrecht.⁸ Aus Sicht einer traditionellen Zivilrechtsordnung bzw. -kodifikation stellt sich der *status quo* in Gestalt des derzeit vorhandenen, sich aber stetig wandelnden Unionsprivatrechts jedenfalls als zufällig oder willkürlich dar.⁹ Der Charakter des Richtlinienrechts, das in bestimmten Politikbereichen regulatorische Ziele verfolgt und dem kein dogmatisch-geordnetes Gesamtkonzept wie bei einer klassischen, zivilrechtlichen Kodifikation zugrunde liegt, zeigt sich auch darin, dass die Rechtsakte häufig eine Mischung aus ganz unterschiedlichen Rechtsbereichen betreffen und in ein und demselben Rechtsakt etwa zivilrechtliche, prozessrechtliche und öffentlichrechtliche Fragen geregelt sein können.¹⁰ Es stellt sich also die Frage, inwieweit dem *Acquis communautaire* ein immanenter, wenn auch teils nur mindestharmonisierender allgemeiner Teil entnommen werden kann. Die Untersuchung soll dieser Frage am Beispiel von *Treu und Glauben* und verwandten Missbrauchsverboten nachgehen und dabei insbesondere analysieren, inwieweit die Verwendung bzw. Anwendung dieser Grundsätze durch den europäischen Gesetzgeber und den Gerichtshof über den Einzelfall hinaus systematisierbar und verallgemeinerbar sind.

Wozu bedarf es überhaupt der Verwendung unbestimmter Begriffe wie *Treu und Glauben* oder anderer Missbrauchsverbote? Wo auch immer Recht gesetzt wird – sei es in Gestalt von Gesetzen oder privatautonom durch Verträge – besteht für die Adressaten dieser Rechtssätze ein Anreiz, sie zu ihrem eigenen Vorteil zu nutzen. Hierin liegt an sich kein Problem; derartige Verhaltensweisen entsprechen vielmehr der Steuerungswirkung des Rechts. Allerdings umfassen Rechtssätze ihrem Wortlaut nach tatbestandlich zuweilen auch Verhaltensweisen, die der Gesetzgeber oder die Vertragsparteien bei ihrer Abfassung nicht im Sinn gehabt haben können. Von wenigen Ausnah-

meiner Grundsätze des Schuldrechts, die auf einen internationalen Konsens – jedenfalls in Europa – rechnen können.“

⁶ *Remien*, ZVglRWiss 87 (1988), 105, 113.

⁷ *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 453; ders., JuS 2004, 89, 93 spricht von „Farbklecks[e]“, die zusammen aber „mehr und mehr den Eindruck eines generellen Bildes“ schafften.

⁸ Dazu etwa *Poillot*, Petites Affiches 2011, N° 234, 34, 36.

⁹ *Basedow*, JuS 2004, 89, 92.

¹⁰ *Basedow*, JuS 2004, 89, 92 ff.

men – etwa Zahlen – abgesehen, enthält nämlich jeder Rechtssatz notwendigerweise ein mehr oder weniger starkes Maß an Abstraktion.¹¹ Dadurch ist er auslegungsbedürftig und insbesondere in den Randbereichen unscharf. Bestimmte Sachverhalte erfüllen dann den Tatbestand oder fallen aus ihm heraus, obwohl nach Sinn und Zweck der Vorschrift wohl jeweils das Gegenteil der Fall sein sollte. Die Rechtsanwender begegnen solchen Schwierigkeiten methodisch dadurch, dass sie entweder das Gesetz teleologisch auslegen bzw. den wirklichen Willen der Vertragsparteien näher erforschen oder aber dort, wo eine solche Auslegung an ihre Grenzen stößt, allgemeine (normexterne) Grundsätze anwenden.¹² Solche Grundsätze untersagen unter bestimmten Voraussetzungen etwa die Ausübung eines Rechts, erklären das Zustandekommen eines Vertrages (teilweise) für unwirksam oder erweitern die Pflichten der Parteien über den aus der Vereinbarung selbst unmittelbar herzuleitenden Parteiwillen hinaus. Derartige, allgemeine Regeln, etwa in Gestalt des Grundsatzes von *Treu und Glauben* oder des Verbots missbräuchlicher Rechtsausübung bzw. der Gesetzesumgehung, kennt traditionell praktisch jede nationale Rechtsordnung. Dabei stößt die Verwendung solcher Generalklauseln¹³ bereits innerhalb der nationalen Rechtsordnungen ob ihrer Offenheit, ihrer Unbestimmtheit und daraus folgend ihrer eigenen Missbrauchsanfälligkeit auf dogmatische Bedenken und praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung. Diese vervielfachen sich im Mehrebenensystem des Europäischen Privatrechts.

Das Unionsprivatrecht ist insgesamt eine mit besonders vielen methodischen Schwierigkeiten und damit verbundenen Auslegungsfragen aufwartende Rechtsmaterie. Die Europäische Union befindet sich scheinbar dauerhaft am Scheideweg und die vorliegende Untersuchung ist unter dem Eindruck der Finanz-, Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise entstanden, die sehr grundlegende Fragen zur Zukunft des politischen Systems der EU aufgeworfen hat. Das Privatrecht steht stets etwas im Schatten dieser Themen,¹⁴ wenn man von wenigen, Aufsehen erregenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs etwa im Bereich des Antidiskriminierungsrechts absieht.¹⁵ Dabei ist es

¹¹ *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, S. 536.

¹² Zur Außen- und Innentheorie beim Rechtsmissbrauch siehe *Fleischer*, JZ 2003, 865, 871 f.

¹³ Näher zu diesem Begriff und zu benachbarten Kategorien sogleich S. 16 ff.

¹⁴ Vgl. *Study Group on Social Justice in European Private Law*, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, ELJ 10 (2004), S. 653: „The private law of contract is not the most obvious place to look for fundamental controversies about the future of the European Union. [...] however [...] In many respects what happens to the law of contract will be a defining moment in the history of Europe.“

¹⁵ Vgl. etwa zum Verbot der Altersdiskriminierung durch den Gesetzgeber bei der Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen EuGH, 22.11.2005, C-144/04 *Mangold*./ *Helm*, Slg. 2005 I-09981; zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts beim

durchaus kein Geheimnis, dass mittlerweile ein wesentlicher Teil des vom nationalen Richter angewandten Privatrechts auf europäischen Vorgaben beruht.¹⁶ Gerade im Bereich der Verbraucherverträge gibt es mittlerweile einen umfassenden Normenbestand, der von der Frage des anwendbaren Rechts, über die Verbindlichkeit bestimmter Formen des Vertragsschlusses, die Zulässigkeit vorformulierter Vertragsinhalte bis hin zu Fragen des vertraglichen Leistungsstörungsrechts oder der deliktischen Haftung für Produktfehler eine Vielzahl von Teilfragen betrifft. Während sich diese Rechtsakte ursprünglich auf wenige, punktuelle Eingriffe in bestimmte Bereiche beschränkten, hat mittlerweile eine Verdichtung zu einer eigenen Rechtsmaterie – dem Unionsprivatrecht – stattgefunden. Dieses hat einen wachsenden Einfluss auch auf solche Bereiche des nationalen Rechts, die vom Anwendungsbereich des jeweiligen Rechtsakts gar nicht unmittelbar betroffen sind. Hierzu gehören Grundfesten der nationalen Privatrechtsordnungen wie das Allgemeine Schuldrecht, das Zivilverfahrensrecht und das Zwangsvollstreckungsrecht. Instrumente dieser Einflussnahme können allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts sein, häufig aber auch ganz konkrete Bestimmungen, die etwa in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz¹⁷ innerhalb des Anwendungsbereichs des jeweiligen Rechtsakts bestimmte Gestaltungen des nationalen Rechts ge- oder verbieten.¹⁸ Noch immer sind diese Regelungen aber nicht annähernd umfassend in einem Sinne, der sie mit einem nationalen Zivilgesetzbuch vergleichbar machen würde. Sie bedürfen einerseits, soweit es sich um Richtlinienrecht handelt, der Umsetzung in das nationale Recht und sind dabei häufig mindestharmonisierend, d. h. für die Mitgliedstaaten nur im Hinblick auf eine Untergrenze des umzusetzenden Regelungsgehalts verbindlich, über den diese

Abschluss von Versicherungsverträgen siehe EuGH, 1.3.2011, Rs. C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u. a. / Conseil des ministres*, Slg. 2011 I-00773. Es ist darauf hinzuweisen, dass beide Entscheidungen keine genuin privatrechtlichen sind, sondern Anwendungen allgemeiner Rechtsgrundsätze des Unionsrechts auf Fragen im Bereich des Privatrechts darstellen.

¹⁶ Die Angabe konkreter Zahlen ist hierbei naturgemäß schwierig. Eine differenzierte Betrachtung, die zu dem Ergebnis kommt, dass tatsächlich etwa 80 % des Wirtschaftsrechts unionsrechtlichen Ursprungs sein dürften, findet sich bei *Hoppe*, EuZW 2009, 168 f.

¹⁷ Siehe oben Einleitung Fn. 3. Zur Unterscheidung zwischen dem hier gemeinten (sanktionsorientierten) Effektivitätsgrundsatz im engeren Sinne und dem Effektivitätsgrundsatz im weiteren Sinne, aus dem ersterer sich ableitet, siehe *Heinze*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, S. 337 ff.

¹⁸ Ein anschauliches Beispiel hierfür ist etwa die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Klauselrichtlinie, die besonderen Wert darauf legt, dass der Verbraucher die Klauselkontrolle nach dem mitgliedstaatlichen Prozessrecht auch durchsetzen kann. Damit werden mittelbar bestimmte Verfahren des eigentlich nicht harmonisierten, nationalen Zivilverfahrensrechts in Frage gestellt. Hiervon können etwa der Beibringungsgrundsatz, das Mahnverfahren oder das Zwangsvollstreckungsverfahren betroffen sein, siehe unten S. 145 ff. sowie speziell zum Mahnverfahren insbesondere *Dutta*, ZZP 2013, 153 ff.

aber zugunsten des Verbrauchers oder anderer begünstigter Normadressaten hinausgehen können und dies häufig auch tun. Außerdem – wohl noch entscheidender – haben die europäischen Vorgaben einen begrenzten Anwendungsbereich. Vertragsschlussregeln betreffen Fernabsatz- und Haustürgeschäfte, daneben Versicherungs- und Verbrauchercreditverträge. Auch dort decken sie die Frage des Zustandekommens des Vertrages nur zum Teil ab und sehen als wichtigsten Regelungsinhalt Widerrufsrechte vor. Das Recht missbräuchlicher Klauseln ist auf nicht individuell ausgehandelte Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen beschränkt; die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln gekaufter Sachen sind nur im Hinblick auf Nacherfüllung sowie Minderung oder Rücktritt geregelt, während etwaige Schadensersatzansprüche wegen derselben Mängel dem nationalen Recht überlassen bleiben.¹⁹ Andererseits werden diese beschränkten Vorgaben in gewisser Weise wieder erweitert, indem ihnen über den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zu voller Wirksamkeit verholfen wird, was teilweise enorme Auswirkungen auf völlig andere Regelungsbereiche des nationalen Rechts haben kann, die der Unionsgesetzgeber überhaupt nicht im Blick gehabt haben dürfte.²⁰

Die Auflösung der im Unionsprivatrecht bestehenden Gemengelage im Einzelfall bereitet dem Rechtsanwender Schwierigkeiten, die über diejenigen hinausgehen, die sich bei der Auslegung rein nationalen Rechts ebenfalls stellen würden. Stets ist nämlich nicht nur die zutreffende Auslegung einer anzuwendenden Bestimmung zu ermitteln, sondern zunächst zu klären, ob diese ggf. auf einer Richtlinie beruht und wenn ja, ob sie diese richtig umsetzt.²¹ Häufig kommt es auch zu scheinbaren oder echten Friktionen, wenn nämlich die Anwendung des zwingenden Sekundärrechts zu Ergebnissen führt, die mit den allgemeinen, bürgerlichrechtlichen Regeln der Mitgliedstaaten unvereinbar – kurz gesagt: ungerecht – erscheinen. Es gilt dann zu klären, ob diese Ergebnisse, etwa unter Einsatz allgemeiner zivilrechtlicher Regeln, die auch auf Ebene des Unionsrechts akzeptiert sind, gemildert, also abgeändert werden dürfen, oder ob sie aus europäischer Sicht gerade gewollt und damit zwingend sind.

¹⁹ Dagegen regelt der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (siehe unten Einleitung Fn. 23) diese Frage umfänglich; zu den daraus neuerlich entstehenden Auslegungsschwierigkeiten siehe *Stempel*, EuZW 2013, 174, 176 ff.

²⁰ *Dutta*, ZZP 2013, 153, 158 f. stellt im Hinblick auf die Klauselrichtlinie zu Recht fest, dass diese das Verfahrensrecht womöglich stärker harmonisiere als ihren eigentlichen Regelungsgegenstand, das Recht der materiellen Klauselkontrolle.

²¹ Das Richtlinienrecht leidet insgesamt daran, dass die nationalen Umsetzungsnormen für den Rechtsanwender nicht notwendig als solche erkennbar sind, was einer einheitlichen Auslegung abträglich sein kann. *Basedow*, in: Pfeiffer/Kummer/Scheuch, Festschrift für H. E. Brandner, S. 651, 655 f. bezeichnet die Richtlinie als bevorzugtes Instrument der Rechtsangleichung in der EU daher als „faule[n] politische[n] Kompromiss“.

Bei solchen Abstimmungsfragen an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht helfen insbesondere offene und dadurch flexible Rechtsbegriffe wie *Treu und Glauben* und verwandte Begriffe wie Angemessenheit, Vernünftigkeit, Loyalität, Billigkeit, Verwirkung oder Rechtsmissbrauchsverbote. Dies gilt übrigens auch in umgekehrter Richtung, wenn es darum geht, eine unionsrechtskonforme Gestaltung des nationalen Rechts, etwa eine richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut einer Umsetzungsbestimmung, sicherzustellen. Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass *Treu und Glauben* im Unionsprivatrecht die zentrale Kategorie dieser Art von Rechtsbegriffen darstellt und daher eine übergreifende Systematisierung derartiger Fälle unter dem Oberbegriff *Treu und Glauben* möglich und sinnvoll ist. Dabei dürfte einleuchten, dass es um so weniger auf den konkreten Wortlaut eines zu diesem Zweck ausgewählten Begriffs ankommt, je offener und unbestimmter dieser ist. Da man einen offeneren Begriff als *Treu und Glauben* schwerlich finden wird, kommt es daher bei der Beurteilung seiner Eignung als Oberkategorie hauptsächlich darauf an, ob seine Verwendung sich kohärent in das vorhandene Unionsrecht und – soweit möglich – auch in die nationalen Rechtstraditionen einfügt.

Die Untersuchung sieht sich dabei verschiedenen Fragekomplexen gegenüber, die bisher in sehr unterschiedlichem Ausmaß erforscht sind. Eine recht breite Diskussion hat es etwa über den Missbräuchlichkeitsmaßstab der Klauselrichtlinie oder über den Begriff des Rechtsmissbrauchs im Gesellschafts- und Steuerrecht in Gestalt der schwierigen Differenzierung zwischen Gebrauchmachen und Missbrauch von Grundfreiheiten gegeben. In anderen Bereichen ist *Treu und Glauben* und verwandten Begriffen, obwohl teilweise an zentraler Stelle in Unionsrechtsakten vorhanden, in Rechtsprechung und Literatur sehr wenig Beachtung geschenkt worden.²² Und schließlich ist mit Blick in die Zukunft festzustellen, dass *Treu und Glauben* offenbar zu einem Lieblingskind des Europäischen Gesetzgebers geworden ist. Insofern stellt sich auch die Frage, welche Rolle *Treu und Glauben* in einem möglichen europäischen Zivilgesetzbuch spielen kann oder sollte. Im ersten legislativen Schritt in diese Richtung, dem Vorschlag für ein optionales, von den Parteien zu wählendes Gemeinsames Europäisches Kaufrecht²³ kommt *Treu und Glau-*

²² Viele Bestandaufnahmen zu *Treu und Glauben* in übergreifenden Werken zum Europäischen- bzw. zum Unionsprivatrecht leiden zudem daran, etwas kursorisch und wenig differenziert vorzugehen, vgl. etwa *Hartkamp*, *European Law and National Private Law*, S. 114 f.

²³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Brüssel, 11.10.2011, KOM (2011) 635 endg. (hier fortan nach der geläufigeren englischen Abkürzung als „CESL“ [Common European Sales Law] bzw. „CESL-Vorschlag“ bezeichnet).

ben geradezu inflationär vor, ohne dass aber klar ist, auf welcher Grundlage der Begriff im Einzelfall auszulegen sein soll.²⁴

Der bereits angedeutete weite Zuschnitt des ohnehin weiten Themas wirft die Frage auf, was dem Untersuchungsgegenstand genau unterfallen soll. Gehören hierzu nur ausdrückliche Erwähnungen dieses oder verwandter Prinzipien, oder auch solche Regeln, denen der Gedanke von *Treu und Glauben* lediglich zugrunde liegen könnte? Dem steht praktisch im Wege, dass für Viele das gesamte Vertragsrecht als ein Ausdruck des Grundsatzes von *Treu und Glauben* angesehen wird²⁵ und der Untersuchungsgegenstand damit endgültig uferlos würde. Zwar enthält das von der Union gesetzte Vertragsrecht bisher keine umfassenden und zudem fast ausschließlich zwingende Regeln. Dennoch dürfte es den Umfang der Arbeit überschreiten, jede Regel daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie eine Ausprägung von *Treu und Glauben* darstellt. Solche Regeln sollen daher nur ausnahmsweise in die Untersuchung mit einbezogen werden, wenn sie von der Rechtsprechung oder der Rechtswissenschaft bereits als besonders typische Ausprägungen von *Treu und Glauben* identifiziert worden sind oder soweit es sich um die Kodifikation solcher Regeln durch den Gesetzgeber handelt, die vormals von der Rechtsprechung auf Basis des Grundsatzes von *Treu und Glauben* entwickelt worden waren.

Das Erkenntnisinteresse der Arbeit liegt ausschließlich auf Ebene des Unionsrechts, so dass selbstverständlich nicht unreflektiert ein nationales Vorverständnis – insbesondere nicht das deutsche mit der sehr ausdifferenzierten Wirkungsweise von § 242 BGB – zugrunde gelegt werden darf. Vielmehr muss Ausgangspunkt die Frage sein, was gerade das Unionsrecht unter *Treu und Glauben* versteht. Gleichzeitig ist diese Frage aber schwierig zu beantworten; sie stellt ja gerade das Forschungsziel der Arbeit dar. Ein rein buchstäblich über den Wortlaut *Treu und Glauben* vorgenommener Zuschnitt der Arbeit würde der Komplexität des Themas nicht gerecht und würde darüber hinaus schon aus Gründen der unterschiedlichen Sprachfassungen scheitern.²⁶ Was das Unionsrecht im Deutschen mit *Treu und Glauben* bezeichnet, wird nicht stets mit *good faith* oder *la bonne foi* in die englische oder französische Sprachfassung übertragen – und umgekehrt.²⁷ Außerdem löst das Unionsrecht

²⁴ Siehe dazu unten S. 61 ff.

²⁵ So etwa *Hesselink*, in: ders., *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, S. 195 f.

²⁶ Exemplarisch für eine sorgfältige Berücksichtigung der unterschiedlichen Sprachfassungen einer Richtlinie etwa EuGH, 30.5.2013, Rs. C-488/11 *Dirk Frederik Asbeek Brusse und Katarina de Man Garabito./Jahani BV*, ECLI:EU:C:2013:341, Rn. 25–28 (zum Begriff der Gewerbetreibenden nach der Klauselrichtlinie, der in der niederländischen Sprachfassung auf den Begriff des Verkäufers beschränkt zu sein schien).

²⁷ Vgl. *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, S. 227; zusätzlich besteht die Schwierigkeit, dass die im Deutschen vorhandene Unterscheidung zwischen objektivem *Treu und*

an manchen Stellen bestimmte Fälle über *Treu und Glauben* und an anderen Stellen ähnliche Fälle über andere Rechtsinstitute, ohne dass dieser Unterscheidung ein klar erkennbares Konzept zugrunde liegt. Inwieweit diese anderen Rechtsinstitute in den Untersuchungsgegenstand mit einbezogen werden, kann daher sinnvollerweise nur nach funktionalen Kriterien entschieden werden.

Damit steht fest, dass der Rahmen für die Untersuchung mehrdimensional gezogen werden muss: Neben dem Begriff *Treu und Glauben* in verschiedenen Sprachfassungen²⁸ wird auch nach Funktionsäquivalenten zu suchen sein. Da sich diesbezüglich eine einheitliche Terminologie und Systematik im Unionsrecht bisher nicht erkennbar herausgebildet hat und die Frage daher selbst den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, wird insoweit auf andere Maßstäbe, insbesondere auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und auf (akademische) Regelkataloge zurückzugreifen sein, denen rechtsvergleichende oder unionsrechtliche Forschungen zugrunde liegen. Der Fokus dieser Untersuchung – die Suche nach verbindenden Elementen in der Anwendung von *Treu und Glauben* über die unterschiedlichen Fundstellen und Bereiche hinaus – setzt auch voraus, dass das Unionsrecht zumindest den Anspruch hat, die von ihm verwendeten Begriffe rechtsakts- und gebietsübergreifend einheitlich auszulegen. Dass dies der Fall ist, hat der EuGH im Urteil *Murphy*²⁹ jedenfalls für das Richtlinienrecht grundsätzlich bestätigt.

Treu und Glauben hat im Unionsprivatrecht aber auch eine rechtspolitische Dimension: Einerseits geht es um die Frage, wo der Handlungsfreiheit, insbesondere der Vertragsfreiheit, Grenzen gezogen werden dürfen und dies mit dem Ziel des Schwächerenschutzes gerechtfertigt werden kann.³⁰ Dies betrifft

Glauben und subjektiver *Gutgläubigkeit* sich in anderen Sprachen begrifflich nicht in derselben Klarheit wiederfindet, vgl. *Ahlt*, in: Gsell/Hau, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, S. 31, 36.

²⁸ Grundsätzlich sind bei der Auslegung des Unionsrechts alle Sprachfassungen gleichrangig zu berücksichtigen, siehe EuGH, 6.10.1982, Rs. 283/81 *Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA./ Ministero della Sanità*, Slg. 1982, S. 03415, Rn. 18; EuGH, 3.4.2008, Rs. C-187/07 *Strafverfahren ./ Dirk Endendijk*, Slg. 2008 I-02115, Rn. 22 ff.

²⁹ EuGH, 4.10.2011, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, *Football Association Premier League Ltd u. a. ./ QC Leisure u. a. sowie Karen Murphy ./ Media Protection Services Ltd*, Slg. 2011 I-09083, Rn. 188: „Unter diesen Umständen müssen in Anbetracht der Erfordernisse der Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung die in sämtlichen dieser Richtlinien verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben, es sei denn, dass der Unionsgesetzgeber in einem konkreten gesetzgeberischen Kontext einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat.“

³⁰ Zur Gewährleistung von Vertragsfreiheit im Unionsrecht siehe etwa die Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed vom 31. Januar 2002 in der Rs. C-334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA./ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Slg. 2002 I-07357, Rn. 55: „Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, dass jedermann frei wählen kann, mit wem und worüber er in Verhandlungen treten und

im Bereich des Vertragsrechts insbesondere die Inhaltsfreiheit, die durch die Klauselrichtlinie und weitere Rechtsakte eingeschränkt wird. Es betrifft aber wohl auch die Grenzziehung zwischen Individualismus und Privatautonomie einerseits und sozialer Gerechtigkeit oder „Wohlfahrtsökonomik“ (*social welfarism*) andererseits.³¹ Die Beantwortung der Frage, wo diese Grenze im Einzelfall liegen soll, soll nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Hier soll es nur darum gehen, Methode und Kompetenzverteilung für die Auslegung und Anwendung von *Treu und Glauben* zu untersuchen sowie in Form von Fallgruppen normative Aussagen darüber zu machen, wie dieser Begriff auszufüllen sein könnte. Die auf recht abstrakter Ebene geführte Debatte, ob die Verwendung von *Treu und Glauben* durch den Gesetzgeber nun eher einem liberalen, marktwirtschaftlichen Vertragsrecht Vorschub leistet oder ob es sich in Wahrheit um ein Vehikel wohlfahrtsstaatlichen Interventionismus handelt,³² soll dagegen nicht vertieft werden.

bis zu welchem Punkt er die Verhandlungen fortsetzen will.“ Dies erfolgt allerdings mit dem Hinweis auf die Unidroit-Principles und die dort enthaltene Einschränkung, dass ein Abbruch von Vertragsverhandlungen „in bad faith“ zu Schadensersatzansprüchen verpflichten kann. Ausführlich zur Rolle der Vertragsfreiheit im Unionsprivatrecht *Basedow*, Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, S. 85, 89 ff., der darauf hinweist, dass die Vertragsfreiheit zwar in den Verträgen keine ausdrückliche Erwähnung findet, ihre Gewährleistung aber von diesen – insbesondere in Gestalt der Grundfreiheiten – aber offensichtlich vorausgesetzt wird.

³¹ Die *Study Group on Social Justice in European Private Law*, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, ELJ 10 (2004), S. 653, 655 kritisiert den im Vertragsrecht von der Kommission nach Ansicht der *Study Group* bisher eingeschlagenen, ihrer Auffassung nach neoliberalen und technokratischen Weg.

³² Vgl. *Navaretta*, *Jus Civile* 2013, 118, 120 „[...] equally attacked from the right and from the left.“

Kapitel 1

Grundlagen

Eine Untersuchung des Grundsatzes von *Treu und Glauben* im Unionsprivatrecht begegnet verschiedenen Herausforderungen. Die schwierige Abgrenzbarkeit und die große Bandbreite dieses Begriffs machen eine Auseinandersetzung auch mit benachbarten bzw. verwandten Rechtsinstituten erforderlich. Zunächst ist also auszuführen, *was* überhaupt von *Treu und Glauben* umfasst ist, um den Untersuchungsgegenstand entsprechend zuschneiden zu können. In einem Mehrebenensystem muss auch geklärt werden, *welcher* Grundsatz von *Treu und Glauben* hier betrachtet wird, also ob und inwieweit er auf Ebene des europäischen oder des nationalen Rechts zu suchen ist, definiert wird und Geltung beansprucht. Damit verbunden ist die Frage des Vorverständnisses, das bei unionsrechtlichen Begriffen grundsätzlich ein autonom-europäisches sein muss.¹ Gleichzeitig muss der Rechtsanwender bei der Systematisierung und Fallgruppenbildung auf bereits vorhandene Überlegungen zurückgreifen können, die bislang aber teilweise nur im nationalen Recht bzw. in der Rechtsvergleichung existieren. Bevor auf das der Untersuchung zugrunde zu legende Vorverständnis von *Treu und Glauben* eingegangen wird (B.), ist zunächst der Rahmen abzustecken, innerhalb dessen die Wirkungsmacht dieses Gebots untersucht wird (A.). Anschließend wird ein Überblick über mit *Treu und Glauben* im Unionsrecht erkennbar verwandte Rechtsinstitute gegeben (C.), woraus sich dann der Zuschnitt der Untersuchung ergibt (D.).

A. *Treu und Glauben* im Unionsprivatrecht

Treu und Glauben soll als Gegenstand dieser Untersuchung im Hinblick auf seine Geltung und seinen Inhalt im von der Europäischen Union gesetzten und bestimmten Privatrecht betrachtet werden. Das setzt zunächst voraus, dass dieses Umfeld näher definiert wird (I.). Außerdem soll einführend auf die typischen Schwierigkeiten eingegangen werden, die im Allgemeinen mit

¹ EuGH, 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann./Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, S. 01891 Rn. 26; EuGH, 13.11.1990 Rs. C-106/89 *Marleasing SA./La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Slg. 1990 I-04135, Rn. 8; siehe auch Grundmann, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 886.