

Stellungnahme zum „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.“

I. Gegenstand der Stellungnahme

Die folgende Stellungnahme bezieht sich auf die Frage einer möglichen Kompetenzgrundlage im Unionsrecht für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, wie sie von der Kommission mit dem Dokument KOM (2011) 635 endg. v. 11.10.2011 vorgeschlagen worden ist. Das Dokument nennt in seiner Präambel als Kompetenzgrundlage den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, „insbesondere Artikel 114“. Die folgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Überprüfung der Frage, ob Art. 114 AEUV die zutreffende Kompetenzgrundlage darstellt und welche anderen Kompetenznormen für die vorgeschlagene Verordnung in ihrer vorliegenden Konzeption (unter II.) gegebenenfalls in Frage kommen.

II. Das Konzept des Verordnungsvorschlags

Zum Verständnis der kompetenziellen Fragestellung und Problematik sind einige Vorklärungen dahingehend notwendig, in welcher Weise das dem Verordnungsvorschlag als Anhang I beigefügte „Gemeinsames Europäische Kaufrecht“ (im Folgenden: GEK) zur Anwendung berufen sein soll.

1. Keine Angleichung des nationales Kaufrechts

Der VO-Vorschlag für das GEK zielt ausweislich der Begründung (S. 9) wie auch des Erwägungsgrunds No. 9 zwar auf eine „Harmonisierung des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten“, - dies aber nicht durch eine Änderung und Harmonisierung des bestehenden (Kauf-) Vertragsrechts der Mitgliedstaaten, sondern durch die Schaffung einer fakultativen zweiten Vertragsrechtsregelung in jedem Mitgliedstaat für die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallenden Verträge. Diese neu einzuführende Vertragsrechtsordnung besteht damit parallel zum unverändert fortbestehenden mitgliedstaatlichen Vertragsrecht und ist in allen 27 Mitgliedstaaten notwendig inhaltlich identisch.

2. Eine „2. Vertragsrechtsordnung“

Das neu einzuführende GEK soll also – dies ist noch einmal zu betonen – das bisher existierende und sich in die Zukunft weiterentwickelnde – mitgliedstaatliche Vertragsrecht weder aneinander anpassen noch es ersetzen, sondern als ein zweites, eigenständiges, von den Parteien wählbares Vertragsrecht fungieren.

Zwar heißt es im Erwägungsgrund No. 9, dass es um die Schaffung eines zweiten Vertragsrechts „in“ jedem Mitgliedstaat gehen soll. Daraus könnte man folgern wollen, dass damit ein zweites *nationales* Vertragsrecht geschaffen werden soll. So ließe sich auch der Erwägungsgrund No. 10 verstehen, wenn es dort heisst, die Vereinbarung über die Verwendung des GEK sollte eine Wahl sein, die „innerhalb“ des einzelstaatlichen Rechts getroffen werde.

Indessen ist eine Geltung des GEK als nationales Recht nicht gewollt. Denn das GEK soll über eine Verordnung eingeführt werden, die gem. Artikel 16 des VO-Vorschlags unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten und mithin als von den Parteien wählbares *Unionsrecht* anzusehen ist. Die sich in den Erwägungsgründen (und der Vorschlagsbegründung) findenden – auf den ersten Blick möglicherweise verwirrenden – Formulierungen sind vielmehr aus einem ganz anderen Grunde gewählt worden: Das GEK soll nicht als auf kollisionsrechtlicher Ebene – und damit in Ergänzung der Rom I-Verordnung Nr. 593/2008 – wählbare „28. Rechtsordnung“ fungieren, sondern nur zur Anwendung berufen werden können, wenn über die Rom I-Verordnung das Vertragsrecht eines des Mitgliedstaaten zur Anwendung berufen wird.

3. Kollisionsrechtliche Verortung des GEK

a. Allgemeines

Die Rede von der „zweiten Vertragsrechtsregelung in jedem Mitgliedstaat“ hat ihren Grund darin, dass ein Weg gefunden werden sollte,¹ das GEK als von den Parteien gewählte Rechtsregelung als in seinem Anwendungsbereich allein anwendbare Rechtsregelung gegenüber einer ggf. zusätzlichen Anwendung von Normen des nationalen Rechts zu schützen. Denn Sinn und Zweck des GEK soll es ja gerade sein, den Vertragsparteien eine Rechtsregelung zur Verfügung zu stellen, die beim Abschluss von Kaufverträgen über das Internet mit Partnern in den 27 Mitgliedstaaten sicherstellt, dass nur eine einzige Rechtsregelung zur Anwendung kommt.

b. Artikel 6 Abs. 2 Rom I-VO als Störenfried

Da das GEK auch und vor allem auf Kaufverträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern zur Anwendung kommen soll, könnten insoweit die Kollisionsnormen der Verbraucherverträge (Artikel 6 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO) eingreifen, wonach bei einer Rechtswahl für den Vertrag (Artikel 3 Abs. 1) die zwingenden Verbraucherschutznormen des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers (bei Vorliegen der in Artikel 6 Abs. 1 Rom I-VO genannten Verknüpfungen mit dem betroffenen Staat) in

¹ Zu diesem Problemkreis s. die Andeutungen bei *Heiss*, Introduction, in Basedow u.a. (Hrsg.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, S. xv, sowie *ders.*, Party Autonomy, in Ferrari/Leible (Hrsg.), *Rome I Regulation* (2009), S. 1 (12 f.).

rechtswahlergänzender Weise zur Anwendung berufen sein können (Artikel 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO). Diese rechtswahlergänzende Anwendung nationaler Verbraucherschutznormen würde auch eingreifen, wenn das GEK als wählbares Recht („28. Rechtsordnung“) iSv Artikel 3, 6 Abs. 2 Rom I-VO bestimmt würde. Der Geltung einer *einzig*en Vertragsrechtsordnung, wie sie durch die Einführung des GEK verwirklicht werden soll, stünde Artikel 6 Abs. 2 Rom I-VO im Wege.

c. Der von dem VO-Vorschlag gewählte Weg

Der VO-Vorschlag geht deshalb einen anderen Weg: Artikel 6 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO bleiben unangetastet. Das GEK soll kein kollisionsrechtlich wählbares „staatliches Recht“² auf der Ebene der Rom I-VO (als „1. Stufe“) sein. Die Wahl des GEK als anwendbare Kaufrechtsregelung soll mithin auch nicht über Art. 3 Rom I-VO erfolgen können. Erwägungsgrund No. 10 des VO-Vorschlags legt dies mit Eindeutigkeit fest: „Die Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts sollte daher keine Rechtswahl im Sinne der Kollisionsnormen darstellen und nicht mit einer solchen verwechselt werden; sie sollte unbeschadet der Kollisionsnormen gelten.“

Der vom VO-Vorschlag gewählte Weg weist eindeutig in die Richtung, dass das GEK nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn über die Rom I-VO das Recht einer der Mitgliedstaaten zur Anwendung berufen ist. Entscheidend wird dann, dass für Zwecke der Anwendung der Kollisionsnormen der Rom I-VO, die ja auf „staatliches“ Recht verweisen, die Rechtsregelung des GEK als „staatliches“ Recht qualifiziert werden muss, damit das GEK zur Anwendung gebracht werden kann. Von daher will Erwägungsgrund No. 9 von einer „Harmonisierung des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten“ sprechen, obwohl in Wahrheit eine zweite unionsrechtliche Rechtsregelung eingeführt wird, die das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten gerade nicht harmonisiert.

d. Zwei Fragen

aa. Unionsrecht als „staatliches Recht“ im Sinne der Rom I-VO?

Man mag sich zum einen die Frage stellen, ob der VO-Vorschlag auf diesem Wege überhaupt sein Ziel erreichen kann: Soll das GEK als Unionsrecht und nicht als mitgliedstaatliches Recht zur Anwendung kommen, so stellt sich das Problem, ob die Rom I-VO mit ihrer kollisionsrechtlichen Verweisung auf „staatliches“ Recht überhaupt das Unionsrecht erfassen kann, da es sich insoweit gar nicht um „staatliches“ Recht handelt.

Indessen besteht bei näherem Zusehen insoweit kein Problem: Die in der Rom I-VO vorgenommene Verweisung auf „staatliches“ Recht umfasst das *gesamte in diesem Staat geltende* Recht, einschließlich etwa des Völkerrechts. Folgt der betreffende Staat dem monistischen Ansatz, kommt über die Verweisung auf „staatliches“ Recht auch das Völkerrecht zur Anwendung. Für das unmittelbar anwendbare Unionsrecht gilt insoweit dasselbe, bildet es doch in den Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Rechtsordnung und mithin „staatliches“ Recht *im Sinne des Kollisionsrechts*.

bb. Keine kollisionsrechtliche Wahl des GEK?

Der VO-Vorschlag beruht – wie beschrieben – auf dem Ansatz, dass die Wahl des GEK durch die Parteien keine kollisionsrechtliche Rechtswahl auf der Ebene der Rom I-VO („1. Stufe“) darstellen soll. Zugleich wird aber dafür gesorgt, dass das GEK im Rahmen des über Rom I-VO zur Anwendung kommenden mitgliedstaatlichen Rechts nicht (bloß) im Sinne einer *incorporation* (also einer materiell-rechtlichen Verweisung) vereinbart werden kann: Gemäß Artikel 11 des VO-Vorschlags enthält das GEK für die darin geregelten Fragen eine abschließende Regelung; bei Verbraucherverträgen kann das GEK nur insgesamt und nicht in Teilen vereinbart werden (Artikel 8 Abs. 3 des VO-Vorschlags) – mit der Konsequenz, dass der Rückgriff auf nationales zwingendes Verbraucherschutzrecht versperrt sein soll. Dies aber bedeutet, dass es *nicht* um eine bloße *incorporation* als vertragliche Regelung gehen soll, sondern – *entgegen* den Erwägungsgründen und der Begründung des VO-Vorschlags - doch um eine *Wahl mit kollisionsrechtlicher Tragweite*, - allerdings (und in diesem Sinne sind die jeweiligen Ausführungen zu verstehen) auf der Ebene des zur Anwendung berufenen mitgliedstaatlichen Rechts. Es geht um eine Rechtswahl, die *innerhalb* einer durch das

² Vgl. zu dem Erfordernis „staatlichen“ Rechts: Artikel 1 Abs. 1, Artikel 3 Abs. 4, Artikel 4 Abs. 1 lit. a etc.

Kollisionsrecht „1. Stufe“ bereits zur Anwendung berufenen Rechtsordnung vorgenommen wird (also auf einer „2. Stufe“), vergleichbar mit der Rechtswahl bei interlokaler Rechtsspaltung (vgl. Artikel 4 Abs. 3 EGBGB; religiöses Recht, soweit es zur Wahl der Parteien steht).³

Die Rechtswahl ist damit durchaus kollisionsrechtlicher Natur, jedoch unterhalb der Ebene der Rom I-VO und damit im Rahmen des nationalen Rechts angesiedelt (daher: „2. Stufe“). Es geht hier aber, anders als im Rahmen des interlokalen Privatrechts, nicht um die Anknüpfung des Rechts eines bestimmten Gebiets (als Beispiele dafür etwa Artikel 22 Abs. 2 Rom I-VO, Art. 4 Abs. 3 EGBGB), sondern um die (Rechts-) *Wahl* (als Anknüpfungspunkt des Kollisionsrechts „2. Stufe“) zwischen zwei unterschiedlichen (Teil-) Rechtsregelungen – hier mit der Besonderheit, dass eine der beiden Teilrechtsordnungen unionsrechtlicher Natur und Herkunft ist. Insoweit könnten (und müssten) die Erwägungsgründe dies klarstellen, die von einem Kollisionsrecht „2. Stufe“ bisher nichts wissen..

cc. Rechtswahl „auf der Grundlage eines nationalen Rechts“?

In der Begründung des VO-Vorschlags liest man, dass die soeben beschriebene (kollisionsrechtliche) Wahl der Parteien „auf der Grundlage eines nationalen Rechts“ (*made within a national law*) erfolge. Dies erscheint insoweit als missverständlich, als die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet werden, eine solche Wahlmöglichkeit in ihrem nationalen Recht einzuräumen, sondern diese Wahlmöglichkeit durch die VO selbst, also kraft Unionsrechts, eingeführt wird. In der Sache ist damit die Aussage, die Wahl erfolge „auf der Grundlage“ des nationalen Rechts in dem (oben beschriebenen) Sinne zu verstehen, dass zum nationalen Recht auch das Unionsrecht gehört. Es geht insoweit wiederum um nichts anderes als klarzustellen, dass es um eine unterhalb („2. Stufe“) der Ebene der Rom I-VO („1. Stufe“) angesiedelte Wahlmöglichkeit der Parteien geht, die hier allerdings nicht durch das nationale Recht, sondern durch das Unionsrecht eingeführt und mit unmittelbarer Anwendung versehen wird.

III. Unionskompetenzen für das Privatrecht

1. Allgemeines

Die Tätigkeit der Europäischen Union beruht auf dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Artikel 5 Abs. 1 EUV). Das bedeutet, dass es für das Tätigwerden der Union einer Grundlage im Vertrag über die Europäische Union (EUV) bzw. im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) bedarf. Daraus hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zu Recht gefolgert, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Kompetenznormen wie etwa des Art. 114 AEUV ernst zu nehmen sind, damit sie nicht als allgemeine und umfassende Kompetenznormen und damit dem Prinzip der Einzelermächtigung widersprechend ausgelegt werden.⁴ Dies gilt auch und vor allem auf dem Gebiet der Privatrechtsangleichung.

Zugleich ist Folgendes in Erinnerung zu rufen: Seitdem die Kommission die Beschlüsse des Europäischen Parlaments zu einem Europäischen Vertragsrecht⁵ aufgenommen und in mehreren Mitteilungen⁶ und durch die Organisation von Netzwerken von Wissenschaftlern, Praktikern und Vertretern der Mitgliedstaaten das Projekt einer Überarbeitung des europäischen Verbraucherrechts und der Erarbeitung eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*common frame of reference*) vorangetrieben hat, ist die Frage nach den Kompetenzen der Gemeinschaft bzw. der Union für das Privatrecht im allgemeinen⁷ und für diese Arbeiten im Besonderen immer wieder gestellt worden.⁸

³ Schulte-Nölke, ZEuP 2011, 749 (754), will insoweit von einem „einheitsrechtlichen“ (mit dem UN-Kaufrecht vergleichbaren) Ansatz sprechen. Freilich muss auch Einheitsrecht kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen werden.

⁴ Dies ist die bleibende Bedeutung von: EuGH 5.10.2000, C-376/98, Deutschland ./ Parliament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rz. 84, 97-100. Von Danwitz in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 11.Lfg. (2006), B.II. Rz. 115, sieht in dem Urteil einen Paradigmenwechsel des Gerichtshofs vom „Motor der Integration“ hin zum „ehrlichen Makler“ zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten; diese Einschätzung erscheint im Hinblick auf spätere Judikatur doch eher als zu optimistisch.

⁵ Beschlüsse des Europäischen Parlaments von 1989 und 1994, ABl. 1989 C 158/400, ABl. 1994 C 205/518, sowie von 2001, ABl. 2001 C 140E/538.

⁶ Mitteilungen der Kommission von 2001, KOM (2001) 398, von 2003, KOM (2003) 68, und von 2004, KOM (2004) 651; dazu etwa Kenny, Eur.L.Rev. 28 (2003) 538; Kenny, Eur.L.Rev. 30 (2005) 724, 727 f.; Weatherill, European Private Law and the Constitutional Dimension, in: Cafaggi (Hrsg.), The Institutional Framework of European Private Law (2006), S. 81 (97 f.).

⁷ Z.B. Basedow, JuS 2004, 89, 92 f.; Deckert/Lilienthal, EWS 1999, 121; Craig, The Evolution of the Single Market, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single Market (2002), S. 1 (27-36); Dougan, C.M.L.Rev. 37 (2000) 853; Editorial Comments, Taking (the limits of) competences seriously, C.M.L.Rev. 37 (2000) 1301; Ludwigs, C.M.L.Rev. 44 (2007) 1159; Ackermann, (2010) Eur.B.L.Rev. 587; Editorial Comments, Union competences in the field of contract law: Some questions – no answers, C.M.L.Rev. 48 (2011) 653.

⁸ Remien, EuR 2005, 699; Reich, ZEuP 2007, 161 (170 f.); Weatherill, Eur.Rev.Priv.L. 13 (2005) 405, ders., Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preferences and interpretation, in: Shuibne (Hrsg.),

Dies gilt vor allem auch im Hinblick auf das in seiner Tragweite nur schwer einzuschätzende erste „Tabak“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahre 2000,⁹ in dem der Kompetenz der Gemeinschaft auf der Grundlage des ex Artikel 95 EG (jetzt Art. 114 AEUV) Rechtsangleichung zu betreiben, Schranken gesetzt worden sind. Diese Schranken sind auch und vor allem mit Blick auf das Vertragsrecht und hier auch für das Richtlinienrecht der Union (etwa die Richtlinie über den Zahlungsverzug) nicht nur im deutschen, sondern etwa auch im englischen Schrifttum intensiv diskutiert worden. Vor dem Hintergrund dieser Debatte, aber auch der allgemein als wenig zufriedenstellend angesehenen Kompetenzordnung des EG-Vertrags ist die Frage einer Neuordnung der Kompetenzen auch im Rahmen der Arbeiten zur Europäischen Verfassung intensiv erörtert worden.¹⁰

Obwohl die Europäischen Verträge bisher keine umfassende Politikkompetenz für das Gebiet des Privatrechts gekannt haben, hat die soeben angesprochene Diskussion im Vertrag von Lissabon zu *keinen wesentlichen Änderungen* geführt;¹¹ vielmehr ist es im Wesentlichen bei den überkommenen Kompetenzregelungen geblieben. Dies erscheint umso bemerkenswerter, als – wie noch zu diskutieren sein wird – für einen beschränkten Sachbereich des Privatrechts – dem Bereich des Geistigen Eigentums – mit Artikel 118 AEUV eine *eigenständige Kompetenznorm* für die Einführung europäischer Rechtstitel geschaffen worden ist.

2. Artikel 81 AEUV

Der VO-Vorschlag ist – wie erwähnt – „insbesondere“ auf Artikel 114 AEUV und nicht auf Artikel 81 AEUV gestützt. Trotzdem soll diese Kompetenzgrundlage hier kurz angesprochen werden, ließe sich doch im Gesetzgebungsverfahren insoweit eine Korrektur vornehmen. Allgemein (und zu Recht) konsentiert ist, dass die zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen eingeräumte

Regulating the Internal Market(2006), S. 29; *ders.*, Constitutional Issues – How much is Best Left Unsaid? in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), The Harmonisation of European Contract Law (2006), S. 89.

⁹ EuGH 5.10.2000, C-376/98, Deutschland ./.. Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419; dazu *Calliess*, JURA 2001, 311; *Hilf/Frahm*, RIW 2001, 128; *Bono*, Note, Rev.trim.dr.europ. 2001, 790.

¹⁰ Statt aller *di Fabio*, C.M.L.Rev. 39 (2002) 1289; einen Überblick über die Rechtsetzungskompetenzen gibt *Schroeter*, ZEuP 2006, 515. Zur Neuordnung der Kompetenzen im Vertrag von Lissabon s. *Hoffmann/Wessels*, Integration 31 (2008) 3 (7 f.).

¹¹ *Weatherill*, Constitutional Issues (Fn. 8) S. 89 (99).

Zuständigkeit (Artikel 81 AEUV) vor allem das Zivilverfahrensrecht wie auch das Internationale Privatrecht, nicht aber das materielle Zivilrecht betrifft.¹² Dies ergibt sich zum einen aus dem gewählten Begriff der „Zusammenarbeit“ und den in Artikel 81 Abs. 2 AEUV genannten Bereichen, die von der Norm erfasst sein sollen und bei denen es um *Zivilverfahrensfragen* in ihren vielfältigen Schattierungen geht. Soweit zum anderen eine Kompetenz zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen begründet wird (lit. c), liegt der enge Bezug dieser Materie zum Zuständigkeits- (lit. c) und Anerkennungsrecht (lit. a) auf der Hand. Die Vereinheitlichung des Privatrechts ist bei einer Vereinheitlichung des Kollisionsrechts gerade nicht vonnöten, da alle Gerichte dann dasselbe Privatrecht anwenden werden (und daher etwa die Anerkennung der Urteile umso leichter fällt). Dass das Privatrecht in Artikel 81 AEUV nicht in Bezug genommen wird, ist von daher konsequent.¹³ Diese Kompetenznorm kann im Folgenden daher außer Betracht bleiben.

3. Artikel 169 Abs. 3 AEUV

Nur kurz zu streifen ist auch die auf den Verbraucherschutz bezogene Kompetenznorm des Artikel 169 AEUV. Ob und inwieweit Artikel 169 Abs. 3 AEUV für das Verbraucherprivatrecht eine eigenständige Kompetenznorm für die Rechtsangleichung abgibt, ist im Schrifttum umstritten. Wortlaut und Systematik des Artikel 169 Abs. 3 lit. a AEUV sprechen eher dagegen.¹⁴ Artikel 169 Abs. 3 lit. a) AEUV enthält allein die Aussage, dass die in Artikel 169 Abs. 1 AEUV umschriebenen Ziele des Verbraucherschutzes – etwa die Förderung ihres Rechts auf Information – durch Maßnahmen, die die Union nach Artikel 114 AEUV erlässt, gefördert werden. Diese Bestimmung entbindet aber nicht von den – sogleich zu besprechenden – tatbestandlichen Voraussetzungen des Artikel 114 Abs. 1 AEUV und unterstreicht damit

¹² Rossi in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 81 AEUV Rz. 15; Weiß in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 65 EGV Rz. 20; Remien, EuR 2005, 699 (706); a.A. Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279 (280).

¹³ Anders z.B. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, *RabelsZ* 75 (2011) 371 (386 f. Rz. 37 f.) m.w.N. in Fn. 43. Dass eine Vereinheitlichung des Privatrechts – wie dort argumentiert wird – eine Vereinheitlichung der Kollisionsnormen überflüssig machen würde, ist insoweit nicht zutreffend, als es um das Verhältnis zu Drittstaaten geht. Im Übrigen ist die Verfolgung des Ziels des „reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts“ (in Abs. 2) rückgebunden an die Bereichsbeschreibung in Abs. 1, wonach es um die „justizielle Zusammenarbeit“ geht.

¹⁴ Ebenso Berg in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (2009), Art. 153 EGV Rz. 15.

nur die Erstreckung der Querschnittsklausel in Artikel 169 Abs. 2 AEUV auch auf die Gesetzgebung zur Verwirklichung des Binnenmarkts.¹⁵

Unklarheit besteht dagegen über die Tragweite von Artikel 169 Abs. 3 lit. b AEUV. Diese Bestimmung rechtfertigt nicht-binnenmarktfinale Maßnahmen der Union, wobei der Begriff der „Maßnahme“ alle Handlungsformen des Artikel 288 EG, also auch Verordnung und Richtlinie, erfasst. Freilich ist diese Regelungskompetenz nicht umfassender Natur, sondern auf die „Unterstützung, Ergänzung und Überwachung“ der „Politik der Mitgliedstaaten“ gerichtet und beschränkt. Die binnenmarktunabhängige Verbraucherpolitik ist insoweit den Politiken der Mitgliedstaaten *nachgeordnet*.¹⁶ Artikel 169 Abs. 3 lit. b AEUV bezieht sich vor allem auf den Bereich grenzüberschreitender Kooperation und Durchsetzung nationalen Verbraucherschutzrechts, aber auch auf Maßnahmen der Verbrauchererziehung und -information.¹⁷ Ob auch Maßnahmen der Rechtsangleichung davon gedeckt sein können, ist in der Rechtsprechung des EuGH ungeklärt,¹⁸ jedoch dürfte aufgrund des vorgegebenen Nachrangs der Unionsmaßnahmen gegenüber den mitgliedstaatlichen Politiken eine Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Politikziele ausscheiden,¹⁹ vielmehr allein deren Schutz- und Durchsetzungsverstärkung in Frage kommen.

Im Hinblick auf die Schaffung des Gemeinsamen Referenzrahmens (*common frame of reference*) hat *Reich* vor einiger Zeit vertreten,²⁰ dass das europäische Verbrauchervertragsrecht auf der Grundlage des ex Art. 153 Abs. 3 lit. b EG durch eine *Verbraucherrechts-Verordnung* umgesetzt werden könne.²¹ Dieser These ist freilich nicht zu folgen. Der Erlass einer solchen, den unionsrechtlichen *acquis* aufnehmenden Maßnahme stellt weder eine „Unterstützung“ noch eine „Ergänzung“ der Politik der Mitgliedstaaten dar, sondern (möglicherweise) sogar ihre Verdrängung und Ersetzung. Eine solche Verbraucherrechts-Verordnung hätte zwar den Charme der Einfachheit für sich, doch ist dies kein Grund, sich von den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 169 Abs. 3 lit. b AEUV zu lösen. Die in dieser Bestimmung vorgesehenen Maßnahmen

¹⁵ Während Art. 114 Abs. 3 AEUV ein hohes Verbraucherschutzniveau für die Vorschläge der Kommission anmahnt, sind durch die in Art. 169 Abs. 2 AEUV enthaltene Querschnittsklausel alle Unionsorgane gebunden.

¹⁶ *Krebber* in Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 169 AEUV Rz. 20.

¹⁷ *Lurger* in: Streinz (Fn. 12), Art. 153 EGV Rz. 35.

¹⁸ Dagegen *Berg* in Schwarze (Fn. 14), Art. 153 EGV Rz. 15; dafür vielleicht *Krebber* in Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 169 AEUV Rz. 21.

¹⁹ *Krebber* in Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 169 Rz. 21, will nur eine „völlige“ Vereinheitlichung ausschließen.

²⁰ Erstmals in: *Reich*, Journal of Consumer Policy 28 (2005) 383; zustimmend *Micklitz*, GPR 2007, 2 (6).

²¹ *Reich*, ZEuP 2007, 161 (170).

setzen die Fortexistenz mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzpolitik voraus; sie sollen (nur) dazu dienen, mögliche Schutzdefizite zu kompensieren, um dadurch die nationalen Politiken zu unterstützen.

Der VO-Vorschlag kann nicht auf Artikel 169 Abs. 3 lit. b AEUV gestützt werden. Dies aus drei Gründen: Zum einen greift das GEK über den Bereich der Verbraucherverträge hinaus und erfasst auch den b2b-Bereich, sofern es sich bei einem der beiden Vertragspartner um ein kleines oder mittleres Unternehmen („KMU“) handelt. Zum anderen soll das GEK als optionales Instrument ausgestaltet *neben* das mitgliedstaatliche Vertragsrecht treten; dem Instrument würde jeglicher das nationale (Verbraucher-) Recht unterstützende oder ergänzende Charakter fehlen. Schließlich verfolgt der VO-Vorschlag ausweislich seiner Erwägungsgründe binnenmarktfinale Zielsetzungen; er müsste insoweit auf Artikel 169 Abs. 3 lit. a AEUV iVm Artikel 114 AEUV gestützt werden. Artikel 169 Abs. 3 lit. b AEUV scheidet mithin als eine geeignete Kompetenzgrundlage aus.

4. Artikel 114 AEUV

a. Querschnittskompetenz

Der EU fehlt es an einer auf das Privatrecht bezogenen, insoweit sachgebietsbezogenen Handlungsermächtigung. Eine Vereinheitlichung des Privatrechts kann jedoch auch über eine der zielgerichteten sog. *Querschnittskompetenzen*²² geleistet werden. Die *marktbezogenen* Kompetenzen der Artikel 114 und (subsidiär gegenüber Artikel 114 AEUV) Artikel 115 AEUV zielen auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes, ohne dass diese auf irgendeinen Sachbereich begrenzt wären.²³ Wo Hemmnisse für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten oder aber Wettbewerbsverzerrungen drohen, ist eine funktional-begrenzte Rechtsangleichungskompetenz der Union gegeben. Diese Kompetenzen werden ergänzt durch die Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV, wonach die Union tätig werden kann, wenn dies für die Verwirklichung der Ziele der Verträge erforderlich ist (dazu unter 5.).

²² Möstl, EuR 2002, 318 (324).

b. Binnenmarktbezogene Voraussetzungen

In st. Rspr. hat der Gerichtshof die Anwendung des Artikel 114 Abs. 1 AEUV von dem Vorliegen der folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht:²⁴

(1) Die Unionsmaßnahme ist von Artikel 114 Abs. 1 AEUV nur gedeckt, wenn die Maßnahme *tatsächlich* das *Ziel* verfolgt, die Bedingungen für die *Entstehung* und das *Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern*. Dies bedeutet zweierlei: Zum einen muss der Unionsgesetzgeber (*subjektiv*) zum *Zweck* der Erreichung dieses Ziels handeln,²⁵ wobei die Zielsetzung aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich hervorgehen muss,²⁶ was anhand der Erwägungsgründe des jeweiligen Rechtsakts zu überprüfen ist.²⁷ Zum anderen muss die Unionsmaßnahme einen *objektiven* Bezug zu den in der Kompetenznorm angesprochenen Regelungszielen aufweisen:²⁸ Hier geht es um objektive, durch das Gericht nachprüfbare Umstände, die auf das Ziel und den Inhalt der konkreten Maßnahme bezogen sind, etwa das Erfordernis, dass die konkrete Maßnahme zur *Verbesserung* der Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes *tatsächlich* beiträgt.²⁹

(2) Die Entstehung und das Funktionieren des Binnenmarkts ist nach der Rspr. dann als tangiert anzusehen, wenn durch die Unterschiedlichkeit von mitgliedstaatlichen Regelungen die Wahrnehmung der Grundfreiheiten beeinträchtigt wird und sich dies unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirkt oder aber die Unterschiede zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führen. Dagegen reicht weder die bloße Feststellung der Unterschiedlichkeit von mitgliedstaatlichen Regelungen noch die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten bzw. eines unverzerrten Wettbewerbs aus, um eine Regelungskompetenz der Union zu begründen.

(3) Der Unionsgesetzgeber hat im Rahmen des Artikel 114 Abs. 1 AEUV einen Ermessensspielraum dahingehend, in welchen Schritten und mit welchen

²³ Möstl, EuR 2002, 318 (320 f., 324 f.).

²⁴ Zuletzt z.B. EuGH 8.6.2010, C-58/08, Vodafone, Rz. 32 f.; näher zu den einzelnen Kriterien Roth, EWS 2008, 401 (407-412); Grigoleit, AcP 210 (2010) 354 (364 ff.).

²⁵ EuGH 5.10.2000, C-376/98, BRD ./ Rat und Parlament, Slg. 2000, I-8419 Rz. 84.

²⁶ EuGH 2.5.2006, C-217/04, Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat, Slg. 2006, I-3771 Rz. 42.

²⁷ EuGH 2.5.2006 (letzte Fn.), Slg. 2006, I-3771 Rz. 90 ff.

²⁸ EuGH 13.5.1997, C-233/94, BRD ./ Parlament und Rat, Slg. 1997, I-2405 Rz. 12.

²⁹ EuGH 5.10.2000, C-376/98, BRD ./ Rat und Parlament, Slg. 2000, I-8419 Rz. 83, 84; EuGH 2.5.2006, C-436/03, Parlament ./ Rat, Slg. 2006, I-3771 Rz. 38.

Angleichungstechniken (etwa Teil-, Mindest- oder Vollharmonisierung) das angestrebte Ergebnis erreicht werden soll.

Eine Präzisierung der unter (1) – (3) genannten Voraussetzungen und eine Diskussion im Hinblick auf den VO-Vorschlag soll an dieser Stelle jedoch dahinstehen, weil, wie sogleich zu zeigen sein wird, Artikel 114 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage aus anderen Gründen ausscheiden muss.

c. „Maßnahmen zur Angleichung“

Im Hinblick auf den VO-Vorschlag von besonderer Bedeutung ist die Klärung der Frage, ob es sich bei der Einführung des GEK um eine „Maßnahme zur Angleichung“ im Sinne des Art. 114 Abs. 1 AEUV handelt.

aa. „Maßnahmen“

Zum Begriff der „Maßnahme“ ist zunächst festzustellen, dass dieser sich auf die Handlungsinstrumente des Artikel 288 AEUV bezieht.³⁰ Der Unionsgesetzgeber hat insoweit ein (an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebundenes) Ermessen, zu welchen Instrument er greifen will.³¹ Insbesondere kann statt einer Richtlinie auch das Instrument einer Verordnung gewählt werden. Insoweit ist daher auch gegen den VO-Vorschlag (zunächst) nichts einzuwenden. Unter welchen Voraussetzungen dabei auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt wird, kann an dieser Stelle dahinstehen.

bb. „Zur Angleichung“ mitgliedstaatlicher Vorschriften

Der Verwendung des Begriffs der „Angleichung“ der Vorschriften der Mitgliedstaaten mag man auf den ersten Blick entnehmen wollen, dass Artikel 114 Abs. 1 AEUV nur zu solchen unionsrechtlichen Regelungen ermächtigt, die das Ziel haben, die mitgliedstaatlichen Vorschriften aneinander anzunähern, nicht aber zu ersetzen. In der Tat war dies die Rechtslage bei der Einführung des ex Art. 100a EGV durch die Einheitliche Europäische Akte im Jahre 1987. Indessen hat sich die Lage

³⁰ Kahl in Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 114 AEUV Rz. 28.

³¹ EuGH 8.6.2010, C-58/08, Vodafone, Rz. 35 (Wahl einer VO); GA Stix-Hackl, C-436/03, Parlament ./ Rat, Slg. 2006, I-3735 Rz. 61, 72.

zwischenzeitlich mit der Einfügung des Begriffs der „Maßnahme“ geändert. Mit der Verwendung des Regelungsinstruments der Verordnung ermächtigt Artikel 114 Abs. 1 AEUV nicht nur zu einer Angleichung des nationalen Rechts im engeren Sinne – nämlich unter Fortbestand des angeleglichen nationalen Rechts, sondern auch zur Ersetzung des nationalen Rechts durch das Unionsrecht, also zur Rechtsvereinheitlichung.³²

Folgt man dieser Interpretation des Artikel 114 Abs. 1 AEUV (und sie ist durch das „Vodafone“-Urteil des EuGH ausdrücklich bestätigt worden³³), wäre gegen den VO-Vorschlag zur Einführung eines GEK jedenfalls in diesem Punkt nichts einzuwenden, wenn und soweit der GEK *an die Stelle* des nationalen Kaufrechts treten und dieses (zumindest für grenzüberschreitende Kaufverträge) *ersetzen* sollte. Dies ist jedoch – wie oben unter II. gezeigt – nicht das Konzept des VO-Vorschlags: Das GEK soll das mitgliedstaatliche Kaufrecht nicht ersetzen und damit im Ergebnis „vereinheitlichen“, sondern das GEK soll als eigenständige Rechtsregelung *neben* das unvereinheitlichte mitgliedstaatliche Kaufrecht treten.

d. Die Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV im Einzelnen

aa. Neue Rechtstitel, Rechtsformen, Institutionen

Die Kompetenzgrundlage des Artikel 114 Abs. 1 AEUV steht nur zur Verfügung, wenn die mitgliedstaatlichen Rechtsregelungen (durch eine Richtlinie) aneinander angeglichen oder (durch eine Verordnung) vereinheitlicht und damit ersetzt werden sollen. Diese Aussage ist auch dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Parlament ./.. Rat“ bezüglich der VO Nr. 1435/2003³⁴ über das Statut der Europäischen Genossenschaft zu entnehmen:³⁵

Die VO Nr. 1435/2003 schafft eine neue Rechtsform auf der Grundlage des Unionsrechts, die das mitgliedstaatliche Genossenschaftsrecht weder aneinander anpasst, noch es für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte ersetzt (verdrängt).

³² GA Stix-Hackl, C-436/03, Parlament ./.. Rat, Slg. 2006, I-3735 Rz. 61: „Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens lässt sich damit begründen, dass ... eine Rechtsvereinheitlichung sich von der Rechtsangleichung im engeren Sinne genau genommen nur graduell unterscheidet. Denn auch Rechtsvereinheitlichung bewirkt dem Wesen nach eine Annäherung der Rechtssysteme, und zwar in der extremsten Form.“

³³ EuGH 8.6.2010, C-58/08, Vodafone, Rz. 35.

³⁴ Verordnung Nr. 1435/2003, ABl. 2003 L 207/1.

³⁵ EuGH 2.5.2006, C-436/03, Parlament ./.. Rat, Slg. 2006, I- 3733.

Die VO schafft vielmehr eine Rechtsform, die *neben* die Rechtsformen der mitgliedschaftlichen Rechte tritt und von den Parteien unter bestimmten Anwendungsvoraussetzungen statt einer nationalen Rechtsform gewählt werden kann. Der Gerichtshof hat daraus gefolgert, dass

„die angefochtene Verordnung, die die bestehenden nationalen Rechte unverändert lässt, (nicht) die Angleichung der auf Genossenschaften anwendbaren Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezweckt; sie verfolgt vielmehr das Ziel, eine neue Genossenschaftsform zu schaffen, die die nationalen Rechtsformen überlagern“

und daraus gefolgert, dass ex Artikel 95 EG als Kompetenzgrundlage nicht in Frage kommen kann (Rz. 46).

Dem entspricht auch die bisherige Praxis der Unionsorgane. Nicht nur das Statut der Europäischen Genossenschaft, sondern auch die anderen kraft Unionsrechts geschaffenen Rechtsformen der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung³⁶ und die „Societas Europae“³⁷ sind auf ex Artikel 308 EG und nicht auf ex Artikel 95 EG gestützt worden. Dasselbe gilt für das Sortenschutzrecht,³⁸ die Gemeinschaftsmarke³⁹ und das Europäische Geschmacksmuster,⁴⁰ die allesamt das mitgliedstaatliche Recht ergänzt, aber nicht angeglichen oder ersetzt haben.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung lässt sich der VO-Vorschlag in seiner gegenwärtigen Konzeption nicht auf Artikel 114 Abs. 1 AEUV stützen: Wie oben dargelegt bezweckt der VO-Vorschlag *keine Änderung* des mitgliedschaftlichen Rechts; es geht auch nicht um dessen Ersetzung. Nationales Recht bleibt mithin unberührt. Vielmehr soll eine gegenüber dem nationalen Recht abgeschirmte Kaufrechtsordnung geschaffen werden, die als solche (wie bei der Gründung einer Europäischen Genossenschaft) wählbar sein soll und damit *neben* dem nationalen Recht zur Anwendung berufen werden kann. Der VO-Vorschlag liegt daher (vorbehaltlich der unter bb-ff noch zu diskutierenden Fragen) außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikel 114 Abs. 1 AEUV.⁴¹

³⁶ Verordnung Nr. 2137/85/EWG, ABl. 1985 L 199/1.

³⁷ Verordnung Nr. 2157/2001, ABl. 2001 L 294/1.

³⁸ Verordnung Nr. 2100/94, ABl. 1994 L 227/1.

³⁹ Verordnung Nr. 40/94, ABl. 1994 L 11/1.

⁴⁰ Verordnung Nr. 6/2002, ABl. 2002 L 3/1.

bb. Zum Begriff der „Überlagerung“

Das Urteil des EuGH zur VO Nr. 436/03 spricht in seiner Rz. 44 (ebenso in Rz. 40) davon, dass es bei der Europäischen Genossenschaft um eine neu zu schaffende Rechtsform gehe, „die die nationalen Rechtsformen überlagert.“ Der eilige Leser mag daraus entnehmen wollen, dass mit dieser „Überlagerung“ eine Art von Vorrangverhältnis gemeint sei und nur, wenn ein solches gegeben ist, die Anwendung des Artikel 114 Abs. 1 AEUV verschlossen sei. Die Folgerung: Da der VO-Vorschlag zum GEK dem (von den Parteien gewählten) GEK gerade keine solche „Überlagerung“ zuordne, sei auch die Berufung auf Artikel 114 Abs. 1 AEUV möglich.

Indessen soll in dem Urteil mit der Wahl des Wortes „Überlagerung“ kein irgendwie geartetes Vorrangverhältnis angesprochen werden: Nach der ganzen in Rz. 39-44 vorgetragenen Argumentation wird mit dem Begriff der „Überlagerung“ allein die Einführung einer neuen unionalen Rechtsform, die neben die nationalen Rechtsformen tritt und diese damit ergänzt, angesprochen. In der englischen Fassung des Urteils kommt dies ganz klar mit der Verwendung der Worte „*in addition*“ zum Ausdruck. Ganz in diesem Sinne hatte auch die Generalanwältin Stix-Hackl plädiert.⁴²

cc. Artikel 118 AEUV

Die oben referierte Judikatur des EuGH⁴³ ist durch eine Vertragsänderung, die mit dem Vertrag von Lissabon vorgenommen wurde, nämlich durch die Einführung des Artikel 118 AEUV, bestätigt worden. Artikel 118 Abs. 1 AEUV räumt der Union eine ausdrückliche Kompetenz zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtstitels auf dem Gebiet des Geistigen Eigentums ein, der im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit (Artikel 294 AEUV) eingeführt werden kann. Dieser Rechtstitel tritt neben die Rechtstitel des mitgliederschaftlichen Rechts und ändert letztere nicht. Solche Rechtstitel (Gemeinschaftsmarke; Sortenschutz; Geschmacksmuster) waren bisher auf Artikel 352 AEUV zu stützen.⁴⁴ Damit hat der Vertrag von Lissabon eine eindeutige Entscheidung dahingehend getroffen, dass jenseits des Bereichs des Geistigen

⁴¹ In diesem Sinne ebenso *Max Planck Institut* (Fn. 13) 388 Rz. 41.

⁴² GA Stix-Hackl, C-436/03, Parlament ./ Rat, Slg. 2006, I-3735 Rz. 62 („neben“).

⁴³ Bei Fn. 35.

⁴⁴ *Wichard* in *Calliess/Ruffert* (Fn. 12), Art. 118 AEUV Rz. 1.

Eigentums die Einführung europäischer Regelungen, die das mitgliedstaatliche Recht ergänzen, weiterhin nur über Artikel 352 AEUV möglich sein soll.

dd. Regelung von Annexfragen?

In der Entscheidung „Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat“ vom 2.5.2006 hat der EuGH zu ex Artikel 95 EG entschieden, dass diese Kompetenznorm auch die Einführung einer gänzlich neuen europäischen Einrichtung (*in concreto*: die Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit) ermögliche, wenn die einer solchen Einrichtung übertragene Aufgabe in einem engen Zusammenhang mit den Bereichen stehe, auf die sich der Rechtsakt zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehe.⁴⁵ Diese äußerst großzügige Erweiterung des Anwendungsbereichs des ex Artikel 95 EG spielt aber in unserem Zusammenhang keine Rolle: Die Einführung des GEK steht in keinem Zusammenhang mit einer Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts und dient im Übrigen auch nicht dessen Durchsetzung.

ee. Weitere Relevanz mitgliedstaatlichen Rechts

Der VO-Vorschlag zur Einführung eines GEK verwirklicht im Anwendungsbereich des GEK eine autonome, gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht abgeschottete Regelung; trotzdem kann für die rechtliche Beurteilung von grenzüberschreitend abgeschlossenen Kaufverträgen nicht auf die Anwendung nationalen Rechts verzichtet werden. Dies gilt für alle Materien, die im GEK nicht geregelt werden, wie etwa die Geschäftsfähigkeit, die Vertretungsmacht, die Behandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten, die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit eines Vertrages. Dies wird in Erläuterung des Artikel 11 Satz 1 des Vorschlags im Erwägungsgrund No. 27 konkretisiert. Daran mag man die Frage knüpfen, ob es sich bei dem vorgeschlagenen GEK in Wahrheit gar nicht um einen neuen Rechtsbereich handelt, weil die Anwendung des GEK immer auch die Anwendung nationalen Rechts impliziert.

Diese Frage ist ebenfalls Gegenstand des Verfahrens um die VO zum Statut der Europäischen Genossenschaft gewesen. In der Tat sind die Europäische wirtschaftliche

⁴⁵ EuGH 2.5.2006, C-217/04, UK ./ Parlament und Rat, Slg. 2006, I-3733 Rz. 45.

Interessenvereinigung, die Societas Europae und die Europäische Genossenschaft *hybride* Rechtsformen insoweit, als sie neben dem Unionsrecht auf die Anwendbarkeit nationaler Rechtsregeln angelegt und *angewiesen* sind. Indessen hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Tatsache, dass der europäische Rechtsakt keine erschöpfende Aufzählung aller auf die Genossenschaft anwendbarer Regelungen enthält und zu bestimmten Punkten auf das Recht eines Mitgliedstaats verweist, den Anwendungsbereich des ex Artikel 95 Abs. 1 EG nicht eröffnet.⁴⁶ Diese Argumentation ist auf den hier zu diskutierenden VO-Vorschlag ohne weiteres übertragbar mit der Folge, dass Artikel 114 AEUV als Kompetenzgrundlage nicht in Frage kommen kann.

ff. Wahl der Parteien „innerhalb“ des mitgliedschaftlichen Rechts

Schließlich vermag auch die durch den VO-Vorschlag insinuierte Verankerung der (Rechts-) Wahl durch die Vertragspartner „innerhalb des einzelstaatlichen Rechts“ (so Erwägungsgrund No. 10) und die eine solche Wahl ermöglichende „Schaffung einer fakultativen zweiten Vertragsrechtsregelung in jedem Mitgliedstaat“ (Erwägungsgrund No. 9) nichts daran zu ändern, dass es hier nicht um eine Harmonisierung mitgliedstaatlichen Kaufrechts (zumindest soweit es auf grenzüberschreitende Verträge Anwendung findet) geht, sondern um die Schaffung eines völlig neuen Kaufrechts, das nicht als vereinheitlichtes mitgliedstaatliches Recht zur Anwendung kommen soll, sondern als völlig eigenständiges europäisches Recht. Die Rede von der Anwendbarkeit des GEK „innerhalb“ des einzelstaatlichen Rechts soll – wie beschrieben - denn auch nur die Rechtswahl auf der „2. Stufe“ zu erklären versuchen. Der Anwendungsbereich des Artikel 114 Abs. 1 AEUV wird auf diesem Wege nicht eröffnet.

e. Exkurs

Nur anzudeuten sind hier die Rechtsfragen, die genauer zu untersuchen wären, wenn der VO-Vorschlag inhaltlich darauf umgestellt würde, das mitgliedstaatliche Vertragsrecht im Anwendungsbereich grenzüberschreitender Verträge zu vereinheitlichen und damit zu ersetzen.

⁴⁶ EuGH 2.5.2008, C-436/03, Parlament ./ Rat, Slg. 2006, I-3733 Rz. 45.

Da es dann um eine „Angleichung“ des Vertragsrechts im Sinne des Artikel 114 Abs. 1 AEUV ginge, wären die oben (unter III.4.b.) angesprochenen Anwendungsvoraussetzungen zu klären:⁴⁷

- Ist eine Rechtsangleichung auf die im „Tabak“-Urteil umschriebenen Zielsetzungen der Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen oder die Beseitigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten festgelegt, oder reicht die Kompetenznorm weiter: etwa auch auf die Erleichterung und damit Förderung des binnenmarkteinheitlichen Vertriebs von Waren und Dienstleistungen bezogen?
- Sind die Beschränkungen im Rahmen des Artikel 114 Abs. 1 AEUV im Sinne der „Beschränkungen“ der Grundfreiheiten, wie sie in der Rspr. zu Art. 34 AEUV konkretisiert worden sind, zu verstehen (Stichwort: „Keck“-Rspr.) – sog. Gleichlaufthese - , oder reicht Artikel 114 AEUV in seinem Anwendungsbereich weiter?
- Sind die in Erwägungsgrund No. 1 in Bezug genommenen *Informationskosten* über eine der Vertragspartei fremde Rechtsordnung relevante Beschränkungen im Sinne des Artikel 114 Abs. 1 AEUV. Würde – bejahendenfalls - damit nicht in Wahrheit das föderal strukturierte Entscheidungssystem in der EU als „Beschränkung“ im Sinne des Artikel 114 Abs. 1 AEUV verstanden und damit Artikel 114 Abs.1 AEUV zu einer uferlosen Kompetenzgrundlage erweitert?
- Und ist eine so umfassende Regelung wie das GEK notwendig, um die verfolgten Ziele zu erreichen? Haben etwa die unterschiedliche Vertragschlussregeln in den mitgliedstaatlichen Rechten in der Vergangenheit *tatsächlich* zu Problemen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr geführt? Begründen die Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Kaufrechten bezüglich vieler einzelner Rechtsfragen nicht doch nur eine *abstrakte Gefahr* einer Beeinträchtigung, die gerade nicht zu einer Maßnahme auf der Grundlage des Artikel 114 Abs. 1 AEUV ermächtigt.⁴⁸ Sind die für das GEK geschaffenen Rechtsregeln aufgrund ihrer Allgemeinheit überhaupt geeignet, diese Schwierigkeiten zu überwinden? Und insbesondere: Führen die im GEK-Text genannten Generalklauseln dazu, die verfolgten Ziele zu verwirklichen?

⁴⁷ Dazu im Einzelnen Roth, EWS 2008, 401 (407 ff.); ders., Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts, in Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 13 (31 ff.); Grigoleit, AcP 210 (2010) 354 (364 ff.).

5. Artikel 352 AEUV

Die für das Privatrecht einschlägigen Kompetenzgrundlagen werden ergänzt durch die Kompetenzabrundungsklausel des Artikel 352 AEUV, wonach der Union eine Rechtssetzungskompetenz zukommt, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, „um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“, die Verträge aber die dafür erforderlichen Befugnisse nicht bereithalten.

a. Subsidiarität

Artikel 352 AEUV ist schon seinem Wortlaut nach gegenüber den existierenden Kompetenznormen, und damit auch gegenüber Artikel 114 AEUV subsidiär;⁴⁹ das bedeutet nicht nur einen Vorrang dieser Kompetenznorm, sondern auch, dass die in der tatbestandlichen Ausformung dieser Norm liegenden Schranken nicht auf dem Wege über Artikel 352 AEUV ausgehebelt werden dürfen.⁵⁰ Soll das GEK, wie in dem VO-Vorschlag vorgesehen, als eigenständige europäische Rechtsregelung eingeführt werden, steht Artikel 114 AEUV (und auch nicht Artikel 118 Abs. 1 AEUV) als Kompetenztitel, wie oben begründet, nicht zur Verfügung. Artikel 81 AEUV ist, wie oben dargelegt, ebenfalls nicht anwendbar.⁵¹ Die Subsidiaritätsschranke würde insoweit nicht eingreifen können; das GEK könnte auf Artikel 352 AEUV gestützt werden, wenn die weiteren Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sind.

b. „Geeignete Vorschriften“

Artikel 352 AEUV ermächtigt zum Erlass geeigneter Vorschriften, ohne das Handlungsinstrument zu benennen. Damit kann die Union auch mittels einer Verordnung tätig werden.

c. Politikbereich und Ziele der Verträge

⁴⁸ St. Rspr.; EuGH 8.6.2010, C-58/08, Vodafone, Rz. 32.

⁴⁹ St. Rspr.; EuGH 2.5.2006, C-436/03, Parlament ./ Rat, Slg. 2006, I-3733 Rz. 36 m.w.N. aus der Rspr.;

Streinz in: *Streinz* (Fn. 12), Art. 308 EGV Rz. 5-9; s. auch *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 394; *Schmid*, MJ 8 (2001) 277.

⁵⁰ Zutreffend *Streinz* in *Streinz* (Fn. 12), Art. 308 EGV Rz. 29.

⁵¹ A.A. *Max Planck Institut* (Fn. 13) 395 Rz. 60.

aa. Binnenmarktziel

Der Binnenmarkt gehört zu den wesentlichen internen *Politiken* der Union (vgl. die Binnenmarkt-Norm des Artikel 26 AEUV, die im Dritten Teil des AEUV steht). Zugleich ist gemäß Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 EUV die Errichtung des Binnenmarkts eines der grundlegenden *Ziele* der Europäischen Union. Auf der Grundlage des Artikel 3 Abs. 6 EUV verfolgt die Union das Ziel der Errichtung des Binnenmarkts entsprechend ihren Zuständigkeiten und damit auch auf der Kompetenzgrundlage des Artikel 352 AEUV. Während in der Frühzeit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft der Kompetenzabrundungsklausel des ex Artikel 235 EWGV in der Praxis der Gemeinschaftsgesetzgebung eine große Bedeutung zugekommen ist, ist ihre Bedeutung seit der Einführung des ex Artikel 95 EG (ex Artikel 100a EWGV a.F.) merklich geschrumpft. Sie ist aber keineswegs überflüssig geworden. Für den Bereich des Privatrechts sind, wie bereits erwähnt, so wichtige Rechtsakte wie die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke und den Sortenschutz wie auch die Verordnung über die „Europäische Gesellschaft“ und die „Europäische Genossenschaft“ auf ex Artikel 308 EG gestützt worden.

bb. Anwendungsvoraussetzungen

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu klären, ob Artikel 352 AEUV als Grundlage für ein *allgemeines europäisches (Kauf-) Vertragsrecht* dienen kann. Voraussetzung für eine Anwendung des Artikel 352 AEUV ist, dass ein Tätigwerden der Union (1) für die Verwirklichung eines ihrer Ziele (2) erforderlich ist.

Damit werden zwei Voraussetzungen benannt. Zweifelsfrei gehört die Verwirklichung des Binnenmarkts zu den *wesentlichen Zielen* der EU-Verträge (Art. 3 Abs. 3 EUV). Ex Artikel 308 EG war in der Vergangenheit auf diese Zielsetzung beschränkt gewesen. Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ wird man im Hinblick auf das zu verfolgende Binnenmarktziel zumindest im Ansatz ähnlich auslegen müssen, wie dies im ersten „Tabak“-Urteil für ex Artikel 95 EG geschehen ist:⁵² Eine Unionsmaßnahme kann nur getroffen werden, wenn sie die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes

⁵² So EuG 21.9.2005, T-306/01, Ahmed Ali Yusuf, Slg. 2005, II-3533 Rz. 145 ff.

objektiv verbessert. Das bedeutet im Hinblick auf die bloße Unterschiedlichkeit von mitgliedstaatlichen Rechtsnormen auf dem Bereich des Privatrechts, dass allein die *abstrakte* Gefahr einer Beeinträchtigung in der Wahrnehmung der Grundfreiheiten nicht ausreichen kann, sondern dass es des tatsächlichen Nachweises einer Erleichterung und Förderung des Funktionierens des Binnenmarktes durch die Maßnahme bedarf. Zugleich wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass es anders als im Rahmen des Artikel 114 Abs. 1 AEUV nicht um einen Eingriff in die Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten durch die Verpflichtung zur Annäherung ihrer Regelungen oder gar um die Ersetzung ihrer Regelungen geht, sondern – wie beim VO-Vorschlag - allein um die Ergänzung mitgliedstaatlichen Rechts durch autonomes, keinen Vorrang beanspruchendes Unionsrecht, das zudem zur Wahl der EU-Bürger steht. Insofern mag man die Anwendungsvoraussetzungen bei Artikel 352 AEUV niedriger ansetzen als bei Artikel 114 Abs. 1 AEUV.

cc. Förderung binnenmarktweiter Vertriebstätigkeit

Die Erschließung des Binnenmarktes durch die Unternehmen wird tatsächlich und nachweislich erleichtert und gefördert, wenn die Unternehmen den Vertrieb ihrer Produkte (und Dienstleistungen) nicht nach Märkten segmentiert, sondern *binnenmarktweit* nach einheitlichen Konzepten gestalten können. Dies gilt auch im Hinblick auf das Vertragsrecht: Die Entfaltung binnenmarktweiter Tätigkeit nach einem einheitlichen Vertragsrahmen und nach einer einheitlichen Rechtsordnung erleichtert eine binnenmarktweite Tätigkeit erheblich: Die Rechtsinformations-, Rechtsberatungs- und die internen Organisationskosten werden erheblich reduziert, wenn und soweit sich die Unternehmer nur auf eine einzige Rechtsordnung (statt 27 bei binnenmarktweiter Tätigkeit) einstellen müssen. Dies gilt umso mehr, soweit die Geschäfte über das Internet angebahnt und abgeschlossen werden. Dessen Nutzung wird durch die Anwendung einheitlicher Regeln für Kaufverträge nachhaltig gefördert: Denn der Abschluss von Kaufverträgen über das Internet geschieht in einer *binnenmarktweiten Dimension*. Für den Bereich des e-commerce *fördert* die Geltung eines einheitlichen Vertragsrechts damit auch die Ausübung der Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, durch die Unternehmer.⁵³ Dies gilt zumindest, wie dies der VO-Vorschlag vorsieht, wenn

⁵³ Zur Bedeutung des Internet-Vertriebs EuGH 12.12.2006, C-380/03, Deutschland ./.. Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 Tz. 53 („... Internet, dem grenzüberschreitenden Medium par excellence ...“).

für grenzüberschreitend verknüpfte Verträge ein einheitliches Regelungsregime geschaffen wird.

Die hier angesprochene *tatsächliche* Erleichterung und Förderung des Binnenmarktziels durch das GEK ist ohne weiteres anzunehmen, soweit es um den Abschluss von *Verbraucherverträgen* geht. Zwar haben die einschlägigen Richtlinien der Union hier ein Mindestschutzniveau geschaffen, doch können die Mitgliedstaaten – im Rahmen der Grundfreiheiten – den Verbraucherschutz intensivieren, was über Artikel 6 Absatz 1 bzw. Abs. 2 Rom I-VO zu einer Aufsplitterung des binnenmarktweit betriebenen Geschäfts führen kann. Es liegt auf der Hand, dass ein einheitliches Instrument insoweit für die Unternehmen eine wesentliche Erleichterung beim binnenmarktweiten Vertrieb ihrer Produkte bringen kann.

Die Dinge liegen beim Abschluss von Kaufverträgen *zwischen Unternehmen*, die vom VO-Vorschlag ebenfalls geregelt werden (sofern ein KMU beteiligt ist) durchaus anders. Denn außerhalb des Verbrauchervertragsrechts haben es die Unternehmen angesichts der weitgehenden Dispositivität der Vertragsrechtsnormen und der Anerkennung der Rechtswahlfreiheit durch die Rom I-VO weitgehend selbst in der Hand, ihre binnenmarktweiten Aktivitäten nach einem einzigen nationalen Recht zu gestalten. Ist insoweit eine tatsächliche Förderung des Binnenmarktziels überhaupt möglich? Man wird dies im Hinblick darauf bejahen können, dass jede Rechtswahl, die zu einer einheitlichen Rechtsgestaltung für den binnenmarktweiten Vertrieb des über die Rechtswahl bestimmenden und diese Rechtswahl durchsetzenden Unternehmens führt, zugleich die Vertragspartner aus den anderen Mitgliedstaaten mit einer potentiell unbekanntem Rechtsordnung konfrontiert – und damit Informations- und Rechtsberatungskosten mit sich bringt. Die Vereinbarung des GEK würde insoweit, wenn dies häufiger geschieht, diese Kosten tatsächlich senken können. Damit würde der Abschluss grenzüberschreitender Verträge um einiges attraktiver und damit das Funktionieren des Binnenmarkts gefördert werden.⁵⁴

⁵⁴ Die Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Durchdringung hat der Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung EuGH 21.6.1974, Rs. 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631 Rz. 21, als ein legitimes Ziel für den Erlass von Richtlinien auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit angesehen.

dd. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Der VO-Vorschlag steht im Einklang mit dem *Subsidiaritätsprinzip* des Artikel 5 Abs. 3 EUV. Für den Bereich der grenzüberschreitend abgeschlossenen Verträge können die Mitgliedstaaten das vom GEK angestrebte Ziel der Zurverfügungstellung einer einheitlichen Rechtsordnung, der alle grenzüberschreitend abgeschlossenen (Kauf-) Verträge unterstellt werden, nicht durch autonome Aktion in gleich wirksamer Weise erreichen. Die Unionsebene ist insoweit die am besten geeignete Ebene, um die Rechtsfragmentierung beim Abschluss grenzüberschreitender Verträge zu überwinden.

Der VO-Vorschlag ist in formaler wie inhaltlicher Hinsicht vom *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* des Artikel 5 Abs. 4 EUV gedeckt. Die Verordnung soll ergänzend zum mitgliedstaatlichen Recht hinzutreten; damit wird das mitgliedstaatliche Recht in größtmöglicher Weise geschont. Den Vertragsparteien wird es zur Wahl gestellt und damit ein Wettbewerb zwischen dem Unionsrecht als eigenständiger Rechtsordnung und den mitgliedstaatlichen wie auch drittstaatlichen (Kauf-) Vertragsrechtsordnungen eröffnet. Im Hinblick auf die Zielsetzung, den Vertragsparteien den binnenmarktweiten Vertrieb durch Anwendung einer einzigen Rechtsordnung zu erleichtern, ist auch der Umfang des GEK, der etwa auch die Vertragsschlussregeln umfasst, gerechtfertigt.

IV. Ergebnis

Der VO-Vorschlag in seiner derzeitigen Konzeption kann weder auf Artikel 114 AEUV noch auf Artikel 81 AEUV gestützt werden. Als ausreichende Kompetenzgrundlage kommt alleine Artikel 352 AEUV in Frage. Der Vorschlag ist mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar.

Professor Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Harvard)