

Prof. Dr. Marina Tamm
Professorin für Wirtschaftsrecht
Hochschule Wismar
Philipp-Müller Str. 14
PF: 1210
23952 Wismar
Tel: 03841/753-642
Marina.tamm@hs-wismar.de

Wismar, 18.11.2011

Stellungnahme

zum „Vorschlag einer Verordnung über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEK)“, KOM (2011, 635 endg. vom 11. Oktober 2011; Ratsdok. 15429/11

zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 21.11.2011

Die EU-Kommission hat am 11.10.2011 einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* ¹vorgelegt. Nachfolgend soll diese Regelung einer näheren juristischen Prüfung unterzogen werden.

I. Gesetzgeberischer Hintergrund

Die EU-Kommission ist bekanntlich seit langem bemüht, dass europäische Vertragsrecht zu harmonisieren.² Die Harmonisierungsbestrebungen führten in den letzten Jahren zu mehreren Überarbeitungen des verbraucherrechtlichen *acquis* (= Besitzstandes). In einigen Bereichen wurde die Kommission jedoch auch „ausgebremst“,³ so etwa bzgl. der Verabschiedung einer Richtlinie zu einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer,⁴ die in weiten Bereichen den Vollharmonisierungsansatz verfolgte.⁵ Die Kommission versucht nun einen *anderen Regelungsweg* zu beschreiten.

Der Ansatz, den die Kommission mit dem hier zu besprechenden Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht (kurz: GEK) verfolgt, ist neu, weil die Gemeinschaft zwar den *Rechtsrahmen* und *Inhalt* des GEK durch eine Verordnung vorgeben will, der *Geltungsgrund* soll jedoch ein *privatrechtlicher* sein soll. Denn die Regelungen des GEK werden nach der Konzeption des Kommissionsvorschlags nur kraft vertraglicher Vereinbarung zur Anwendung gebracht.

In gewisser Weise wendet sich die Kommission damit von der Fortentwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes, der sich in der Vergangenheit vor allem aus

¹ KOM(2011), 635 endg.

² Vgl. dazu etwa die Beschlüsse des EP zu einem europäischen Vertragsrecht vom 1989 und 1994, ABl.EG 1989 C 158/400, ABl.EG 1994 C 205/518 sowie von 2001 ABl.EG 2001 C 140E/538 und die Mitteilungen der Kommission zur Organisation von Netzwerken von Wissenschaftlern zur Erarbeitung eines Gemeinsamen Referenzrahmens (common frame of reference) von 2001, KOM (2001), 398, von 2003, KOM (2003), 68 und von 2004, KOM (2004), 651; siehe dazu auch Kenny, Eur.L.Rev. 28 (2003), 538; ders., 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.

³ Vgl. Mitteilung des EP, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz 2008/0196 (COD), S. 14 f. vom 25.6.2010 in Bezug auf den Vorschlag der Richtlinie über Rechte und Verbraucher, wo das EP das Vollharmonisierungskonzept ablehnte.

⁴ KOM (2008), 614 endg.

⁵ Zum Befund vgl. auch Herresthal, EuZW, 2011, 7.

Richtlinien konstituierte, ab. Sie geht von der Regulierung und Fortentwicklung des *hard law* zur Schaffung von *soft law*⁶ über, da ihr der erste Regelungsstrang in zivilrechtlichen Kernmaterien offenbar „ausgereizt“ erscheint.

II. Motivation

Für ihre Regelungsinitiative zum GEK trägt die Kommission vor, dass auf dem derzeitigen Entwicklungsstand des gemeinschaftsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Rechts nur größere multinationale Unternehmen mit einer ganzen Schar von Rechtsberatern den Binnenmarkt für sich nutzen können. Die bisherigen Harmonisierungsbestrebungen der EU hätten aufgrund des vorherrschenden *Mindeststandardprinzips*⁷ im Rahmen der Richtlinienharmonisierung *nicht zu einer ausreichenden Rechtsannäherung* geführt.⁸ Die meisten kleinen und mittleren Unternehmen, können sich grenzüberschreitende Geschäfte nicht leisten, weil der Auslandshandel eine Anpassung der Kaufverträge für bis zu 26 unterschiedliche Rechtssysteme⁹ erfordert.

Die *Kosten* dafür sollen nach einer statistischen Erhebung der Kommission im Durchschnitt 10.000 Euro pro Unternehmen betragen.¹⁰ Hinzutreten weitere Aufwendungen in Höhe von ca. 3.000 Euro pro Unternehmen für die Anpassung der Internetseiten, wenn der Anbieter online verkaufen will.¹¹ Auch dem EU-Verbraucher – so die Kommission – entstehen durch diese faktischen Hürden für die Inanspruchnahme des Binnenmarktes durch KMU Nachteile. Reklamiert wird, dass ihnen durch die abschreckend hohen Aufwendungen, die Anbieter zu tragen hätten, potentiell *günstigere Angebote* und eine *größere Produktauswahl* entgehen.¹² Zudem sollen sich nach Erhebungen der EU aber auch Verbraucher sträuben, grenzüberschreitend einzukaufen, weil sie sich beim Auslandsgeschäft „*ihrer Rechte nicht sicher*“ sind.¹³ Dem EU-Handel gehen so nach einer Prognose der Gemeinschaft jedes Jahr Umsätze in Höhe von rund 26 Milliarden Euro verloren.¹⁴

Die Kommission schlägt deshalb die Einführung eines *Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK)* vor, das in Form eines sog. *Optionalen Instruments*, d.h. aufgrund einer entsprechenden *vertraglichen Vereinbarung* der Parteien, in EU-weit standardisierter Form zur Anwendung gebracht werden können soll.

III. Die Konzeption des GEK aufgrund des Verordnungsvorschlags

Der Verordnungsvorschlag zum GEK zielt darauf, den Unionsbürgern bei *grenzüberschreitenden Kaufverträgen* innerhalb der EU ein Mittel an die Hand zu geben, für ihren Vertrag ein *einheitliches Kaufrecht* zur Anwendung zu bringen. Dieses soll *unabhängig vom Sitz des EU-Käufers und des EU-Verkäufers*, ein und denselben inhaltlichen Vorgaben folgen.

Eine solche *Standardisierung* i.S.e. „Einheitslösung“ – so die Kommission – ist zur Förderung des Binnenmarktes¹⁵ gerade für Parteien interessant, die selbst bei einem entsprechenden Willen das bereits in Form des UN-Kaufrechts (CISG) vorhandene

⁶ Der Begriff *soft law* wird in unterschiedlichem Zusammenhang gebraucht. Für das Unionsrecht stellt sich *soft law* häufig als Recht dar, dessen Geltungskraft abgeschwächt (und flexibilisiert) wurde, vgl. dazu Everling, Gedächtnisschrift für Constantinesco (1983), S. 133 ff.

⁷ KOM (2011), 635 endg. mit Berufung auf A. Turrini und T. Van Ypersele, Traders courts and the border effect puzzle, *Regional Science and Urban Economics*, 40 (2010), S. 82.

⁸ KOM (2011), 635 endg., S. 1, 2.

⁹ Gemeint sind die Zivilrechte der Mitgliedstaaten neben dem Sitzstaat des Unternehmens.

¹⁰ KOM (2011), 635 endg., S. 3 mit Bezugnahme auf die statistischen Erhebungen des Eurobarometers (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen), 2011, S. 15 ff.

¹¹ KOM (2011), S. 4.

¹² KOM (2011), 635 endg., S. 4.

¹³ KOM (2011), 635 endg., S. 4; vgl. dort auch S. 9 „mangelndes Vertrauen der Verbraucher in ihre Rechte beim Einkauf im Ausland“

¹⁴ Eurobarometer 320 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen), 2011, S. 15 ff.

¹⁵ KOM (2011), 635 endg., S. 4.

standardisierte Kaufrecht bei Grenzüberschreitung des Sachverhalts nicht zur Anwendung bringen können, weil der personaler Anwendungsbereich dieser Regelung (mangels Kaufmannseigenschaft der Parteien) nicht eröffnet ist.

Die Idee dafür entspringt dem *Grünbuch der EU-Kommission*¹⁶ vom 1. Juni 2010, mit dem in einer von mehreren dort genannten Optionen die Einführung eines Optionalen Instruments (als 2. bzw. 28. Regime)¹⁷ gerade auch für B2C-Verträge¹⁸ erwogen wird, um die Binnenmarktharmonisierung weiter voranzutreiben.

1. Inhalt

Das Regelwerk, das die Kommission im *Gewand einer Verordnung* verfolgt, hat die Einführung eines *neuen, optional anwendbaren Rechtsregimes* für grenzüberschreitende Kaufverträge zum Gegenstand. Für diese Verträge soll die *Anwendung der einzelstaatlichen Vorschriften ausgeschlossen* sein, wenn die Parteien die Bezugnahme des Instruments vereinbaren.

Dabei soll die Wahl des GEK *aus dem nationalen Recht* heraus erfolgen, weil es als Teil desselben anzusehen ist – so jedenfalls die Kommissionsvorstellung. Dies führt dazu, dass das GEK *nicht als eine Rechtsordnung i.S.d. Internationalen Privatrechts* einzustufen ist,¹⁹ so dass es *nicht zur Wahl einer 28. Rechtsordnung* kommt, sondern zur Anwendung eines zweiten, optionalen nationalstaatlich einzustufenden Regimes des Mitgliedstaates, neben dem sonstigen aus sich heraus verbindlichen Gesetzesrecht.²⁰ Art. 16 des Verordnungsvorschlags erklärt insofern die Regelungen des GEK als in jedem Mitgliedstaat für *unmittelbar* anwendbares, in seiner Geltung aber vom Willen der Parteien abhängiges Recht.

Diese *Konstruktion* (die durchaus *hinterfragenswert* erscheint) dient dazu, dass von der Kommission geplante Instrument des GEK von der *Geltung des sonstigen mitgliedstaatlichen Rechts* „*abzuschirmen*“ und von den Anforderungen des Art. 6 Rom I-VO zu befreien, wonach bei einer *Rechtswahl im B2C-Bereich die zwingenden Verbraucherschutznormen des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers zur Anwendung* gelangen.²¹

a. Der personelle Anwendungsbereich

Gem. Art. 7 Nr. 1 des Verordnungsvorschlags darf das GEK nur verwendet werden, wenn der *Verkäufer der Ware „Unternehmer“* und der *Käufer „Verbraucher“* ist, sog. B2C-Geschäft. Sind alle Parteien Unternehmer (sog. B2B-Geschäft), kann das GEK nur zum Einsatz gebracht werden, wenn zumindest eine Partei ein „*kleines oder mittleres Unternehmen*“ (sog. KMU) darstellt.²²

b. Der sachliche Anwendungsbereich des Regelungsvorschlags

Das GEK soll durch *ausdrückliche Zustimmung der Parteien* und nur für *grenzüberschreitende Verträge (schwerpunktmäßig im Kaufrecht)* innerhalb der EU zum Einsatz kommen.

¹⁶ KOM (2010), 348 endg.

¹⁷ Rösler, EuZW 1/2011, 1; Riesenhuber, JZ 2011, 537.

¹⁸ Business-to-Consumer-Verträge.

¹⁹ KOM (2011), 635 endg., S. 7; kritisch dazu Rösler, EuZW 1/2011, S. 1.

²⁰ KOM (2011), 635 endg., S. 9. Ob die Rechtswahl tatsächlich auf der Stufe des nationalen Rechts anzusiedeln ist oder nicht doch auf der Stufe des EU-Rechts ist aber fraglich, da das Instrument in Verordnungsform (also als Sekundärrecht) durch die EU in die Mitgliedstaatliche Rechtsordnung (die freilich auch Völkerrecht inkorporiert) hineingetragen wird.

²¹ Das GEK soll insofern kein wählbares staatliches Recht auf der Ebene der Rom I-VO sein.

²² Als KMU wird nach der Regelung (vgl. Art. 7 Nr. 2 des Verordnungsvorschlags) angesehen, wer weniger als 250 Personen beschäftigt und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR bzw. eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR hat.

aa. Grenzüberschreitende Kaufverträge und Bereitstellung digitaler Inhalte

Der Regelungsvorschlag bezieht sich inhaltlich auf *grenzüberschreitende Kaufverträge* über Sachen. Er soll aber auch für die *Bereitstellung digitaler Inhalte* gelten und zudem die damit zusammenhängenden *Dienstleistungen* wie Montage und Reparatur einschließen (Art. 5 und 6 des Verordnungsvorschlags).

bb. Details

Das *186 Artikeln* umfassende Regelungsvorhaben wurde im Detail in einem *Anhang zum Verordnungsentwurf* von der Kommission veröffentlicht.

In den einzelnen Kapiteln des GEK-Regelungsclusters werden folgende Aspekte des Vertragsschlusses geregelt: allgemeine Grundsätze, zu denen auch die Vertragsfreiheit und die Formfreiheit gehören, vorvertragliche Informationspflichten, der Abschluss des Vertrages, das Widerrufsrecht, die Einigungsmängel (die zur Anfechtung führen können), die Auslegung des Vertrages, Inhalt und Wirkung des Vertrages, unfaire Vertragsbestimmungen i.S.v. AGB sowie Sonderbestimmungen zu Verträgen über digitale Inhalte und über verbundene Dienstleistungen. Enthalten sind ferner Regelungen zum Schadensersatz, zu Zinsen, zur Rückabwicklung des Vertrages und zur Verjährung.

Keine Aufnahme im Instrument fanden Regelungen zur Rechtspersönlichkeit, zur Geschäftsfähigkeit, zur Rechts- und Sittenwidrigkeit, zur Stellvertretung und zur Schuldner- und Gläubigermehrheit, die jedem Vertrag (nicht nur dem des Kaufvertrags) vorgelagert sind. Bzgl. dieser Regelungskomplexe wird daher auch bei Verabschiedung der Verordnung die *Lückenfüllung durch die jeweilige nationale Rechtsordnung notwendig bleiben* (vgl. Art. 11 des Verordnungsvorschlags).

cc. Ausdrücklichkeit der Vereinbarung (Ausschluss von AGB-Vereinbarung)

Die Kommission bezeichnet ihren Regelungsvorschlag deshalb als „*Optionales*“ *Instrument*, weil nach ihrem Willen das GEK nur durch entsprechende *vertragliche Vereinbarung* der Parteien zur Anwendung gebracht werden kann.

Der privatautonome Geltungsgrund des GEK soll dadurch unterstrichen werden, dass der Verordnungsvorschlag die Notwendigkeit einer *ausdrücklichen Vereinbarung* vorsieht. Die *Ausdrücklichkeit* der Vereinbarung soll nach dem Willen der Kommission eine Bezugnahme in Form *Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) ausschließen*.²³ Damit möchte man offensichtlich verhindern, dass eine derartige Rechtswahlvereinbarung der anderen Vertragspartei kleinlaut „untergeschoben“ wird.

2. Form des Regelungsvorschlags

Der Vorschlag der Kommission zur Einführung eines GEK zielt auf die Verabschiedung einer *Verordnung*, die (anders als eine Richtlinie der EU) *aus sich heraus unmittelbare Bindungswirkung*²⁴ für die regelungsunterworfenen Personen erzeugt, wenn und soweit diese auf sie Bezug nehmen (s.o.).

3. Entwicklungsstand der Regelung

Mit der Veröffentlichung des „Grünbuchs zu einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht für Unternehmer und Verbraucher“ hat die Kommission eine umfangreiche Konsultation der Öffentlichkeit in die Wege geleitet, die am 31. Januar 2011 abgeschlossen wurde. Bei der Kommission gingen hierzu 320 Stellungnahmen ein.²⁵ Mit einem weiteren Beschluss vom 26.

²³ Vgl. dazu Art. 8 des Verordnungsvorschlags.

²⁴ Zu dieser sog. unmittelbaren Geltung der Richtlinie siehe

²⁵ Dazu vgl. die Aussage in KOM (2011), 635 endg., S. 8.

April 2011²⁶ setzte die Kommission eine Expertengruppe ein, die mit einer *Durchführbarkeitsstudie* für ein künftiges Instrument zum europäischen Vertragsrecht betraut wurde, das die wichtigsten Fragen abdeckt, die sich bei grenzüberschreitenden Geschäften in der Praxis stellen. Die Durchführungsstudie wurde am 3. Mai 2011 veröffentlicht. In einer vergleichenden Analyse der Regelungsmöglichkeiten (die vorher im Grünbuch zur Diskussion gestellt wurden) gelangte die Kommission aufgrund der Folgenabschätzung schlussendlich zum Ergebnis, dass die Einführung eines fakultativen einheitlichen Vertragsrechtssystems die beste Regelungsalternative beinhalte. Der erste Schritt hierzu ist der Verordnungsvorschlag zum GEK. Der Grund dafür ist, dass das in *Verordnungsform* geplante Instrument für grenzüberschreitende Kaufverträge die *Harmonisierung des Binnenmarktes aus Kommissionssicht am effektivsten vorantreibt*, andererseits es aber wegen des ihm innewohnenden „optionalen“ Charakters auch den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz am besten entspricht*.²⁷

IV. Kritische Analyse

Nachfolgend soll der Verordnungsvorschlag einer *kritischen (juristischen) Analyse* unterzogen werden, wobei allerdings nicht auf jedes Detail der 186 Artikel der anvisierten Regelung eingegangen werden kann. Möglich ist hier nur eine *Würdigung der grundsätzlichen Konzeption*. Im Mittelpunkt soll dabei die Vereinbarkeit der Regelung mit den primärrechtlichen Vorgaben des EUV (Vertrag über die Europäische Union) und des AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) stehen. Es handelt sich hierbei um das Verfassungsrecht der Union, also um Recht mit höchster Rangordnung, an das sich das sekundäre Gemeinschaftsrecht (mithin auch jede Verordnung) auszurichten hat.

1. Regelungskompetenz der Union

Beginnen soll die Analyse mit der *Regelungskompetenz der Gemeinschaft* im vom Verordnungsvorschlag erfassten Bereich.

a. Abstrakte Vorgaben des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, des Subsidiaritätsprinzips und des Postulats der Verhältnismäßigkeit

Die *grundsätzlichen Vorgaben* zur Regelungskompetenz der Union lassen sich Art. 5 EUV entnehmen, der seinerseits für verschiedene Politikbereiche durch Kompetenztitel des AEUV „unterfüttert“ wird. Erst aus der Zusammenschau *all* der Regelungen ergibt sich ein einigermaßen aussagekräftiges Bild zur Regelungskompetenz der Union.

Dass das Bild, das die primärrechtlichen (d.h. die verfassungsrechtlichen) Vorgaben zeichnen, nicht ganz „scharf“ ist, liegt daran, dass in der Vergangenheit zwar kompetenzielle Fragen der EU für den Bereich des Privatrechts immer wieder aufgeworfen wurden,²⁸ die Mitgliedstaaten dies aber nicht zum Anlass nahmen, *klarere* Regelungen einzuführen. Es ist im Bereich des *Binnenmarktes* auch nach Verabschiedung des Reformvertrages von Lissabon bei der schon im Ursprung sehr „*wolkigen*“ *Formulierung der Querschnittskompetenz*²⁹ der Union (aus Art. 95 EGV, nun Art. 169 AEUV) für die Binnenmarktharmonisierung geblieben.

²⁶ ABl.EU L 105 vom, 27.4.2010, S. 109.

²⁷ KOM (2011), 635 endg., S. 9.

²⁸ 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 ff; Dougan, C.M.L.Rev. 37 (2000), 853; Ludwigs, C.M.L.Rev. 44 (2007), 1159; Remien, EuR 2005, 699; Reich, ZEuP 2007, 161, 170 f.; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 284; Weatherill, Eur.Rev.Priv.L. 13 (2005), 405; ders., Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preferences and interpretation, in: Shuibne (Hrsg.), 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 ff.

²⁹ Möstl, EuR 2002, 318, 324.

aa. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Art. 5 I EUV statuiert den *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, der besagt, dass die Union nur innerhalb der Grenzen der ihr durch das Primärrecht im Einzelnen zugewiesenen Befugnisse und Ziele tätig werden darf.³⁰ Die Union besitzt folglich *keine All-Zuständigkeit* – auch nicht im Bereich des Zivilrechts³¹ – und kann Kompetenzen auch nicht eigenständig generieren.

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zielt auf die Frage, ob die Union überhaupt tätig werden kann (sog. „*Kann-Frage*“),³² was nur bei einer speziellen Kompetenzzuweisung der Fall ist. Derartige Zuweisungen ergeben sich für einzelne Politikbereiche aus dem AEUV.

bb. Der Subsidiaritätsgrundsatz

Aufbauend auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung postuliert Art. 5 II EUV als „*Architekturprinzip Europas*“³³ den weiter bei Ausübung einer zugewiesenen Kompetenz geltenden *Subsidiaritätsgrundsatz*, wonach der kleineren Einheit (d.h. dem Mitgliedstaat) gegenüber der größeren Einheit (i.S.d. Union) nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit prinzipiell der Regelungsvorrang zukommt. Auch der Subsidiaritätsgrundsatz dient als *Kompetenzausübungsschranke*.³⁴

Art. 5 II EUV statuiert so gesehen eine *Verschärfung des Einzelzuständigkeitsprinzips* in bestimmten Fällen, wonach dann, wenn eine nicht ausschließliche, konkurrierende oder parallel/gemischte Gemeinschaftskompetenz vorliegt, diese von der Union nur dann ausgenutzt werden darf, wenn der „*Subsidiaritätstest*“ ergibt, dass die in Betracht gezogene Maßnahme wegen ihres Umfangs und/oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene³⁵ erreicht werden könne.³⁶

Das Subsidiaritätsprinzip beinhaltet i.E. eine *Kompetenzausübungsschranke* nach der selbst dann, wenn nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Gemeinschaftskompetenz besteht (die „*Kann-Frage*“ also positiv beantwortet wurde), noch die „*Ob-Frage*“ zu stellen ist, die im Zweifel nicht zugunsten der Union ausfällt.

cc. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Flankiert wird der Subsidiaritätsgrundsatz im Primärrecht weiter durch das *Verhältnismäßigkeitspostulat*, das in Art. 5 III EUV verankert ist. Maßnahmen der Union dürfen danach selbst wenn die *Kann-* und die *Ob-Frage* (s.o.) positiv beantwortet wurden, nicht über das für die Aufgabenerfüllung erforderliche Maß hinausgehen (sog. „*Wie-Frage*“). Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt daher die Kompetenzausübung der Union.³⁷

³⁰ Krauß, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht des EWG-Vertrags (1991), S. 16 ff.; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 284.

³¹ Herdegen, Europarecht (10. Aufl., 2008), § 9 Rn. 55; Möstl, EuR 2002, 318, 324; Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, 720, 721; Schwartz, AfP 1993, 409, 410; Lambers, EuR 1993, 229, 232; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 285.

³² Herdegen, Europarecht (10. Aufl., 2008), § 9 Rn. 55; Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, 720, 721; Schwartz, AfP 1993, 409, 410; Lambers, EuR 1993, 229, 232; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 285.

³³ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 5 Rn. 6.

³⁴ Gerade auch im Bereich der Binnenmarktharmonisierung, vgl. dazu Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 26.

³⁵ Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 285; Calliess, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV und EGV, 2. Aufl., 2002; Art. 5 EGV Rn. 12; Emiliou, E.L.R. 1992, 383, 401.

³⁶ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 5 Rn. 6; Herdegen, Europarecht (10. Aufl., 2008), § 7 Rn. 28; Knemeyer, ZRP 1990, 174.

³⁷ Dies gilt gerade auch im Bereich der Binnenmarktharmonisierung, siehe dazu Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 25 f.

b. Anwendung der kompetenziellen Vorgaben des Primärrecht auf den Verordnungsvorschlag zum GEK (Art. 114 I AEUV i.V.m. Art. 5 I EUV)

Die Kommission³⁸ beruft sich in ihrem Verordnungsvorschlag zum GEK auf *Art. 114 AEUV* d.h. auf die *Binnenmarktharmonisierung*. Sie bezieht sich somit auf den eigentlichen „kompetenzrechtlichen Integrationsmotor“³⁹ des Vertrages.

Art. 114 AEUV scheint jedenfalls auf den ersten Blick das Regelungsanliegen der Kommission ausreichend abzusichern. Denn nach der Vorschrift kann die Union „*Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten* in die Wege leiten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Ob die Berufung der Kommission auf Art. 114 AEUV als Kompetenznorm aber tatsächlich stichhaltig ist, erschießt sich erst im Rahmen einer mehrstufigen Prüfung. Diese soll nun erfolgen:

aa. Binnenmarktharmonisierung als Gegenstand und Ziel der Maßnahme

Art. 114 AEUV fordert für die kompetenzielle Absicherung der zu untersuchenden Maßnahme, zunächst dass *Regelungsgegenstand*⁴⁰ und *Ziel*⁴¹ der Regelungsinitiative der Union der „Binnenmarkt“ ist. Nötig ist insoweit, dass die Maßnahme tatsächlich das Ziel verfolgt, die Bedingungen für das Entstehen und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Die Maßnahme muss deshalb einen *objektiven Bezug zum Binnenmarkt* haben und auch *subjektiv zur Erreichung der Harmonisierung eingesetzt* werden.⁴²

Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, aus dem notwendigen *objektiven Binnenmarktbezug* abzuleiten, dass die Maßnahme tatsächlich zu einem verbesserten Funktionieren des Binnenmarktes führt.⁴³ Dieses *qualitative* (ergebnisorientierte) Kriterium ist aber besser im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung aufgehoben, die erfordert, dass die Maßnahme, sofern sie von der Gemeinschaft eingeleitet ist, „effektiver“ ist als die auf rein mitgliedstaatlicher Ebene forcierte Initiative. Dies setzt, das lässt sich wohl kaum abstreiten, einen „Grundsockel an Effektivität“ zur Binnenmarktharmonisierung voraus.⁴⁴ Im Rahmen des isoliert betrachteten⁴⁵ Art. 114 AEUV reicht aber zunächst subjektiv wie objektiv jeder (auch noch so geringe) *tatbestandlich* und *nicht ergebnisbezogen* ausgerichtete Binnenmarktbezug aus.

Einen solchen Bezug kann man dem hier zu besprechenden Vorschlag der Kommission zur Einführung einer Verordnung über ein GEK nicht absprechen.

bb. Das Spürbarkeitskriterium

Bei der Anwendung des Art. 114 AEUV ergibt sich aber weiter, dass die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auch *notwendig* sein müssen, weil der derzeitige Rechtszustand „spürbare“ Binnenmarktbarrieren erzeugt.⁴⁶

Dieses *Spürbarkeitskriterium* ist allerdings dem Wortlaut des Art. 114 I AEUV nicht selbst zu entnehmen. Die Notwendigkeit, dieses eingrenzende Kriterium aufzustellen, ergibt sich aber aus dem systematischen *Zusammenhang der Regelung mit Art. 5 I EUV*.⁴⁷

³⁸ KOM (2011), 635 endg., S. 9.

³⁹ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 114 Rn. 5.

⁴⁰ Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (4. Aufl., 2011), Art. 114 Rn. 13.

⁴¹ Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (44. Ergänzungslieferung 2011), Art. 114 Rn. 96.

⁴² EuGH vom 8.6.2010, C-58/08 (Vodafone) Rn. 32 f.; Roth, EWS 2008, 401, 407-412; Grigoleit, AcP 210 (2010), 354, 364 ff.

⁴³ In diese Richtung könnte etwa EuGH vom 5.10.2000, C-376/98 (BRD ./ Rat und Parlament), Slg. 200, I-8419 Rn. 83, 84; EuGH vom 2.5.2006, C-436/03 (Parlament ./ Rat), Slg. 2006, I-3771 Rn. 38 verstanden werden.

⁴⁴ Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 25.

⁴⁵ Eine Einschränkung ergibt sich erst unter Hinzuziehung des Art. 5 I EUV (dazu sogleich unter bb).

⁴⁶ EuGH 2000, I-8419 Rn. 112 (C-376/98) – Tabakwerbung; Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 EGV Rn. 6; Möstl, EuR 2002, 342.

⁴⁷ Herrenfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 7.

Denn angesichts des allen Kompetenztiteln vorangestellten *Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung* darf auch die Binnenmarktharmonisierungsvorschrift des Art. 114 I AEUV nicht derart instrumentalisiert werden, dass sie sich zu einem „Sesam-öffne-dich“ für jede mit irgendwelchen Rechtsunterschieden begründete Maßnahme entwickelt. Dies würde einer Allzuständigkeit der Union gleichkommen, die sie nicht besitzt (s.o.). „Art. 114 I AEUV darf daher nicht als eine den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung faktisch aushöhlende Generalklausel missverstanden werden.“⁴⁸

Die *Rechtsunterschiede*, die den Anlass der Maßnahme bilden, müssen daher in ihrem Ausmaß *qualifiziert und somit von einer besonderen binnenmarkthemmenden Intensität* sein.⁴⁹

Davon zu trennen, und erst im Rahmen des Subsidiaritätspostulats zu untersuchen, ist die Frage, ob die Gemeinschaft mit ihrer geplanten Maßnahme diesen Rechtsunterschieden auch tatsächlich wirksam begegnet.

Wie stark das Ausmaß der Binnenmarkthinderung konkret zu sein hat, ist aber weder Art. 5 I EUV noch Art. 114 AEUV oder der darauf bezogenen Rechtsprechung und Literatur zu entnehmen. Der Maßstab zur Identifizierung des Spürbarkeitskriteriums kann daher nur in einer wertenden Gesamtschau von Kompetenztiteln und Ausübungsschranken aus den Verträgen destilliert werden.

(1). Keine Bezugnahmemöglichkeit auf die Wertungen zur Warenverkehrsfreiheit

Angedacht wurde insofern, die Wertungen aus der *Warenverkehrsfreiheit* (28 AEUV) auf den Regelungsbereich des Binnenmarktes zu übertragen.⁵⁰ Allerdings ist diese Inbezugnahme nicht zielführend. Denn die Behauptung, Rechtsangleichungsmaßnahmen der Kommission (wie die vorliegenden) sind deshalb „nicht binnenmarktrelevant“, weil sie nach der *Keck-Rechtsprechung*⁵¹ des EuGH als „*bloße Verkaufsmodalitäten*“ einzustufen wären, die nicht herstellungs- und produktbezogen, sondern allein vermarktungsrelevant sind, geht am Problem vorbei.

Der Grund ist, dass anders als bei der Warenverkehrsfreiheit das *Regelungsobjekt* und *-ziel* der Binnenmarktharmonisierungskompetenz gerade national divergierende Rechts- und Verwaltungsvorschriften, d.h. auch bloße Verkaufsmodalitäten, betreffen.⁵² Die überindividuelle *Binnenmarktharmonisierungskompetenz* geht deshalb über den *Schutzbereich, der durch die Warenverkehrsfreiheit gewährt wird, weit hinaus*.⁵³ Der *Keck-Rechtsprechung* des EuGH kann daher kein Maßstab zur Feststellung des Spürbarkeitskriteriums, das im Rahmen des Art. 114 I AEUV relevant wird, entnommen werden.⁵⁴

⁴⁸ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 114 Rn. 14.

⁴⁹ Dieser Gedanke ist bereits anlässlich des Tabakwerbeurteils des EuGH v. 12.11.1996 – Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 (Vereinigtes Königreich/Rat) zum Ausdruck gekommen; vgl. dazu auch Callies, EuZW 1996, 757 f.; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 284;

⁵⁰ Vgl. insofern Schröder, in seinen Anmerkungen zur Vereinbarkeit des Vorschlags zur Verordnung eines GEK vom 25.10.2011, Gz.: PA 1-7320; zunächst angedacht auch von Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 19.

⁵¹ EuGH verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 15 (Keck und Mithouard).

⁵² Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 21.

⁵³ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 114 Rn. 11.

⁵⁴ Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 7.

(2). Erhöhte Begründungsanforderungen bzgl. des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung

Im Hinblick auf das zu fordernde Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle ist es – mangels Bezugnahmemöglichkeit auf die Wertungen der Warenverkehrsfreiheit (s.o.) – aber im Mindestmaß notwendig, dass sich:

* die Union *bewusst* ist, dass die rechtlichen *Unterschiede*, die sie zum Anlass ihres Handelns nimmt, *qualitativ ein bestimmtes Ausmaß erreicht haben müssen*, weil weder die bloße Feststellung (irgendwelcher) Unterschiedlichkeit von mitgliedstaatlichen Regelungen noch die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen des Binnenmarktes angesichts des *Art. 5 I AEUV* die Ausübung der Regelungskompetenz nach Art. 114 I AEUV erlauben

* und sie dieser (reflektierten) funktionalen Begrenzung der Binnenmarktharmonisierungskompetenz dadurch Ausdruck verleiht, dass sie dies im Gesetzgebungsakt durch die von ihr dort niedergelegte Begründung *dokumentiert*. Eine einfache Berufung auf bestehende Rechtsunterschiede und Prognosen über erreichbare, aber nicht bestehende Handelsvolumina – wie von der Kommission in ihrem Vorschlag zur Verordnung über ein GEK vorgebracht⁵⁵ – reichen dazu nicht aus.

(3). Erhöhte Begründungsanforderungen bzgl. des zu gewährenden hohen Verbraucherschutzniveaus

Die erhöhten Begründungsanforderungen, die notwendig sind, um die Maßnahme auf Art. 114 I AEUV zu stützen, hängen aber nicht nur mit dem einzubeziehenden Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 I EUV zusammen. Das zu gewährleistende „*hohe Verbraucherschutzniveau*“, das *Art. 114 III i.V.m. Art. 169 I AEUV* bei der Binnenmarktharmonisierung fordert, stellt ebenfalls eine *Kompetenzausübungsschranke*⁵⁶ dar. Eine Ausübung der Binnenmarktharmonisierungskompetenz, die zu einer (partiellen) Vollharmonisierung führt, welche das bereits erreichte *Verbraucherschutzniveau* innerhalb der Gemeinschaft unmittelbar oder mittelbar *absenkt*, ist deshalb eine von Art. 114 AEUV *nicht gedeckte Wahrnehmung der Regelungskompetenz*.

Insofern ist es aber kardinal, Folgendes zu vergegenwärtigen: Die von der Kommission ausgemachten, trotz aller Angleichungsmaßnahmen verbleibende Unterschiede der nationalen Rechte der Mitgliedstaaten im vertraglichen Bereich resultieren *gerade daraus, dass sie dazu dienen, höhere Verbraucherschutzstandards in den Mitgliedstaaten sicher zu stellen* als es die mindestharmonisierenden Richtlinien der Union festschreiben. Somit sind die gegenwärtig Rechtsunterschiede (die von der Kommission zum Anlass ihrer Bemühungen genommen werden) auch *inhaltlich vom Primärrecht der Union gedeckt und dürfen gerade nicht zum Bezugspunkt von Maßnahmen werden, deren Effekt es ist, Verbraucherschutz abzubauen. Dazu würde es aber kommen, wenn sich die EU mit ihrem Vorschlag zur Implementierung einer Verordnung zum GEK durchsetzt. Denn hierdurch würde lediglich ein Verbraucherschutzlevel festgeschrieben, das jetzt den Richtlinien der Gemeinschaft zu entnehmen ist, also eines auf dem Niveau der Mindestharmonisierung. Die mitgliedstaatlichen höheren Schutzniveaus würden abgeschliffen.*

Es ist daher gleichsam ein *argumentativer Zirkelschluss*, der auch ein *Abwägungsdefizit* darstellt, wenn sich die Kommission „unzufrieden“ mit dem Stand der Binnenmarktharmonisierung zeigt und gerade daraus einen weiteren Handlungsbedarf zur Einebnung dieser primärrechtlich abgesicherten Unterschiede herleitet. Gerade diese Unterschiede wurden bislang bewusst als „*Binnenmarktharmonisierungsgrenze*“ hingenommen, weil nur so – im Zusammenspiel von Mindeststandards der EU und den darüberhinausgehenden nationalen Ausbrüchen zum Schutz des Verbrauchers – der gem. Art.

⁵⁵ KOM (2011), 635 endg., S. 7.

⁵⁶ Herrenfeld, in: Schwarze (Hrag.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 30.

114 III AEUV vorgesehene hohe Verbraucherschutzstandard als gewährleistet angesehen werden konnte. Auch im Hinblick auf Art. 114 III AEUV ist die anvisierte Maßnahme daher nicht primärrechtskonform.

(4). Keine Binnenmarktharmonisierung durch VO in Form eines Optionalen Instruments

Die Wahl einer Verordnung als Rechtsinstrument wäre – soweit sich die Kommission auf Art. 114 AEUV zur Binnenmarktharmonisierung beruft – zwar prinzipiell nicht zu beanstanden, wenn und soweit wie vorstehend dargelegt, die Ausübungsschranken aus Art. 5 EUV und Art. 114 III AEUV beachtet würden. Denn die Mittel zur Rechtangleichung hat der Gesetzgeber in Art. 114 AEUV, wenn und soweit er von „Maßnahmen“ spricht, nicht begrenzt. Die Kommentarliteratur geht deshalb zutreffend davon aus, dass hierzu *alle Rechtsakte* zählen, die Art. 288 AEUV vorsieht, mithin auch Verordnungen.⁵⁷

Die Kompetenz zur Binnenmarktharmonisierung ist aber auch bzgl. der Wahl des Gestaltungsmittels so auszurichten, dass es tatsächlich auf die *Angleichung* des mitgliedstaatlichen Rechts zielt.⁵⁸ Dieser Punkt ist aber vorliegend ebenfalls problematisch. Denn das *Regelungsobjekt*, auf das Art. 114 AEUV abstellt, beinhaltet bislang *mitgliedstaatliches Recht*, das als *hard law* ausgestaltet war/ist, weil es auch ohne den Willen der Parteien zum Einsatz kam/kommt.

Die Bestrebungen der Kommission gehen mit dem Verordnungsvorschlag zum GEK aber eindeutig in eine andere Richtung. Sie sind auf die Schaffung von *soft law* gerichtet, dessen Geltungsgrund der Parteivereinbarung unterliegt und das *neben* dem sonstigen weiter geltenden mitgliedstaatlichen Recht zum Einsatz gebracht werden kann.

Dieser Instrumentalisierung des Art. 114 I AEUV steht aber entgegen, dass der Begriff der „*Angleichung*“ bislang zutreffenderweise so verstanden wurde, dass er *nicht zur Schaffung von Rechtsnormen ermächtigt, welche die nationalen Regelungen im Einzelfall nur ergänzen, ohne sie selbst zu verändern*.⁵⁹ Art. 114 AEUV ist nicht darauf gerichtet, eine „Parallelrechtsordnung“ (quasi als *Schattenrecht*, für das das Licht nur „optional“ angeknipst werden kann) einzuführen. In diesem Fall geht von dem Erlass der beabsichtigten Verordnung *keine rechtsvereinheitlichende Wirkung* aus; denn sie selbst beeinträchtigt nicht den Bestand der bestehenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, sondern ergänzt diesen nur.⁶⁰

Für diese eingrenzende Auslegung der Regelungskompetenz spricht auch, dass es widersinnig wäre, anzunehmen, die Gemeinschaft habe über Art. 114 I AEUV die Kompetenz, eine zweite Rechtsordnung, quasi als „Beipass-Regelung“ zum bestehenden Recht, zu schaffen, wenn und weil sie mit *dessen* Weiterentwicklung – so wie gewünscht – sei es aus kompetenziellen Gründen (bzgl. des primärrechtlich nicht abgedeckten Regelungsziels der Vollharmonisierung) oder bzgl. des als zu gering angesetzten Verbraucherschutzniveaus „auf der Stelle tritt“.⁶¹

Die Gemeinschaft würde bei dieser Sichtweise ihr originäres und alleiniges Regelungsziel aus den Augen verlieren. Dass das nicht Sinn und Zweck der

⁵⁷ Kahl, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV (4. Aufl., 2011), Art. 114 Rn. 13.

⁵⁸ Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar 2000, Art. 95 EGV Rn. 23, 37; differenzierend aber Tietje, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand Mai 2011), Art. 114 Rn. 38.

⁵⁹ Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 EGV Rn. 22; Tietje, in: Grabitz/Hilf (a.a.O.); vgl. auch GA in Kokott in Rs. C-66/04, Vereinigtes Königreich/EP und Rat (Raucharomen), aA Leible in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 95 Rn. 29.

⁶⁰ Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 22; ebenso Kahl, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (2006), Art. 94 Rn. 10; Müller-Graff, EuR 1989, 129; Schwartz, in: FS FS von der Gröben (1987), S. 365; Ludwigs, Rechtsangleichung (2004), S. 228 f.

⁶¹ Zum Befund vgl. auch Herresthal, EuZW 2011, 7.

Binnenmarktharmonisierungskompetenz sein kann, hängt auch damit zusammen, dass sich die potentiell anzuwendende *Rechtsmasse nur erweitert*, was sie insgesamt nur *behäbiger und unübersichtlicher macht*. Das gilt insbesondere für Verbraucher, die sich nun nicht nur einer Rechtsordnung (ihrer eigenen, mitgliedstaatlichen) gegenübersehen, sondern auch noch einer zweiten, nur optional geltenden.

Dass auch der EuGH die so ausgeübte Binnenmarktharmonisierungskompetenz kritisch sehen würde, darauf deutet ein Urteil, das er zum seinerzeitigen Art. 95 EGV (als Vorgänger des Art. 114 AEUV) im *Gesellschaftsrecht* absetzte. So konnte seinerzeit Art. 95 EGV nicht herangezogen werden, um die Einführung der Europäischen Genossenschaft durch die EU kompetenziell abzusichern. Der EuGH rekurierte bereits i.d.Z. darauf, dass die Regelung nicht die Angleichung der bestehenden nationalen Rechtsvorschriften bezwecke, wenn sie diese *unverändert lässt*.⁶²

(5). Ergebnis

Summa summarum spricht viel dafür, dass sich die Kommission für die von ihr vorgeschlagene Verordnung zum GEK nicht auf Art. 114 I AEUV berufen kann, da dies nicht die Handlungsform eines Optionalen Instruments abdeckt, soweit der geregelte Bereich als *hard law* weiter daneben besteht. Da sich die Kommission in ihrer Begründung zum Verordnungsvorschlag mit dieser Problematik nicht (ausreichend) auseinander gesetzt hat, besteht bei allem zuzugestehenden Beurteilungsspielraum⁶³ bei der Festsetzung des im Zusammenhang mit Art. 114 I AEUV zu fordernden Spürbarkeitskriteriums ein *Abwägungsdefizit*, das dem jetzigen Vorschlag als Rechtswidrigkeitsverdikt anhaftet.

c. Berufung auf einen anderen Kompetenztitel als Art. 114 AEUV möglich?

Freilich könnte man darüber nachdenken, dass die Kommission in einem „zweiten Anlauf“ zur Verabschiedung der Verordnung zum GEK dieses *Manko beseitigt*, indem sie sich auf die „richtige“ Kompetenzgrundlage beruft. Aber auch dieser Weg ist versperrt. Denn dem AEUV ist für das geplante Instrument kein anderer heranziehbarer Kompetenztitel zu entnehmen.

(1). Art. 81 AEUV

So könnte die Kommission zur kompetenziellen Abstützung ihrer Initiative auch nicht auf Art. 81 AEUV rekurrieren. Denn es besteht Einvernehmen darüber, dass Art. 81 AEUV, der der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen (mit grenzüberschreitendem Bezug) dient, nur das *Zivilverfahrensrecht* reguliert, jedoch nicht das materielle Zivilrecht, das vorliegend mit dem Vorschlag geregelt werden soll.⁶⁴

(2). Art. 169 AEUV

Auch der auf den Verbraucherschutz bezogene Art. 169 AEUV bietet keine ausreichende Grundlage für das Agieren der Kommission. Denn Art. 169 AEUV hält für das Verbraucherprivatrecht keine eigenständige (von der Binnenmarktorientierung gem. Art. 114 AEUV) unabhängige Kompetenznorm für die Union bereit.⁶⁵ Dies gilt auch für Art. 169 III

⁶² EuGH vom 2.5.2006, Rs. C-463/03; ebenso Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 22.

⁶³ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 114 Rn. 19.

⁶⁴ Rossi, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (4. Aufl., 2011), Art. 81 AEUV Rn. 15; Weiß, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 65 EGV Rn. 20; Remien, EuR 2005, 699, 706; a.A. Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279, 280.

⁶⁵ Berg, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2. Aufl., 2009), Art. 153 EGV Rn. 15; Tamm, Verbraucherschutzrecht: Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011), S. 301 ff.. Der Vorschlag von Reich (Reich, Journal of Consumer Policy 28 (2005), 383; ders. ZEuP 2007, 161, 171), dass das europäische Verbraucherrecht gestützt auf Art. 169

lit. b AEUV. Diese Regelung rechtfertigt angesichts der geteilten Zuständigkeiten beim Verbraucherschutz (vgl. Art. 4 lit f EUV) nur dann eine gesetzgeberische Maßnahme von der Gemeinschaft, wenn sie der „*Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten*“ dient. Die binnenmarktunabhängige Verbraucherpolitik ist nach der Konzeption der Norm der Politiken der Mitgliedstaaten nachgeordnet.⁶⁶ Es bedarf danach einer von den *Mitgliedstaaten* ausgehenden Regelungsinitiative, die hier nicht vorliegt.

Bezogen auf den Verordnungsvorschlag zum GEK würde unabhängig von dieser allgemeinen Beschränkung hinsichtlich des Initiativrechtes der Union Art. 169 III lit. b AEUV aber auch deshalb *nicht* einschlägig sein, weil der Vorschlag *kein reines Verbraucherrecht* betrifft; personell ist er nämlich auch auf KMU (d.h. auf den B2B-Bereich) ausgerichtet.

(3). Art. 352 AEUV

Andenkbar wäre freilich auch, die sog. *Flexibilisierungsklausel gem. Art. 352 AEUV* als Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen.⁶⁷ In der Vergangenheit hatte die Union auf diese Regelung zurückgegriffen, um eine *optionale Regelung* in Verordnungsform in Bezug auf das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)⁶⁸ und eine Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster⁶⁹ kompetenziell abzustützen.⁷⁰

Die Kompetenznorm des Art. 352 AEUV hält jedoch nur eine *Auffangzuständigkeit* bereit. Sie findet lediglich dann Anwendung, wenn die EU-Verträge die erforderlichen *speziellen Befugnisse nicht vorsehen*. Die Flexibilisierungsklausel kann folglich nicht dazu instrumentalisiert werden, die Kompetenzeinschränkungen, die für einen Regelungsbereich gelten, für den es eine spezielle Kompetenznorm gibt, zu umgehen.⁷¹

Wie bereits dargelegt, besteht nach Art. 114 AEUV ein Kompetenztitel der Union für die Binnenmarktharmonisierung im Bereich des materiellen Vertragsrechts; allerdings existieren auch *funktionale Einschränkungen*, die aus Art. 5 I EUV und Art. 114 III i.V.m. Art. 169 I AEUV herrühren. Schon deshalb ist Art. 352 AEUV nicht einschlägig.

d. Das Subsidiaritätsprinzip: Zweifel an der Effektivität des unionsrechtlich eingesetzten Mittels

Falls der Verordnungsvorschlag aber nicht bereits an der fehlenden kompetenziellen Absicherung scheitert (wofür vorliegend plädiert wird), stehen ihm jedenfalls *Erwägungen des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 II AEUV) entgegen*. Denn insofern bedarf es einer stichhaltigen Darlegung seitens der Union, dass die Binnenmarktharmonisierung in dem bezogenen Bereich *nicht auf unterster Regelungsebene der Mitgliedstaaten, sondern nur über die Union „effektiv“* (mit dem von ihr geplanten Mittel) vorangetrieben werden kann.

Wichtig ist hier insoweit, dass der EuGH einen Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität auch daran festmacht, dass die Maßnahme zur Erreichung des vom Organ verfolgten Zieles *„offensichtlich ungeeignet“* ist.⁷² Die Literatur stimmt dem zu.⁷³

III lit. b AEUV (vormals Art. 153 III lit. b AEUV) durch eine europäische Verbraucherrechtsverordnung umgesetzt werden könnte (so auch später Micklitz, GPR 2007, 2, 6), geht deshalb fehl.

⁶⁶ Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV (4. Aufl., 2011), Art. 169 AEUV Rn. 20.

⁶⁷ Vgl. dazu auch Herresthal, EuZW 2011, 7, 9.

⁶⁸ VO (EG) 2157/2001 vom 8.10.2001

⁶⁹ VO (EG) Nr. 6/2002 vom 12.12.2001.

⁷⁰ Siehe dazu auch Herresthal, EuZW 2011, 7, 9.

⁷¹ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV (5. Aufl., 2010), Art. 352 Rn. 12.

⁷² EuGH Rs. C-491/01, *Britisch American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 123; EuGH Rs. C-380/03, *Deutschlang* ./, *Parlament und Rat (zweite Tabak-Werbe-RL)*, Slg. 2006, I-11573 Rn. 145.

⁷³ Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2. Aufl., 2009), Art. 95 Rn. 25; Leible, in: Streinz (2003), *EUV/EGV*, Art. 95 Rn. 36; eine noch höhere Kontrollintensität fordert etwa von Danwitz, *EWS* 2003, 393 ff.

Insofern bedarf es nachfolgend einer Untersuchung, ob das von der Kommission anvisierte *Instrument überhaupt effektiv* sein kann/wird, um die Binnenmarktharmonisierung tatsächlich voranzutreiben. Hieran bestehen erhebliche Zweifel.⁷⁴

aa. Sprachbarrieren und Entfernung der Parteien als prioritäres Binnenmarkthemmnis

Denn eine Reihe von *statistischen Erhebungen* im Bereich des grenzüberschreitenden Handels, die nicht von der Kommission in Auftrag gegeben wurden (und daher weniger ergebnisorientiert sind),⁷⁵ gehen davon aus, dass es *nicht, jedenfalls nicht primär, die Rechtsdifferenzen der Mitgliedstaaten sind*, die dazu führen, dass der Binnenmarkt nicht so stark wie von der Kommission angestrebt für grenzüberschreitende Transaktionen genutzt wird.

Im Vordergrund stehen vielmehr *Spachbarrieren*, die *räumliche Entfernung* der beiden Parteien und die damit verbundenen *Aufwendungen für den weiten Versand bzw. Transport* (die im Gewährleistungsfall nochmals einzukalkulieren sind).

Diesen virulenten Punkt hatte auch der Deutsche Bundestag in seiner Stellungnahme vom 27. Januar 2011 zum Grünbuch der Kommission zur Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer⁷⁶ hervorgehoben.⁷⁷ Er wird auch von Wirtschaftsverbänden⁷⁸ zum geplanten GEK offensiv vertreten, bei denen anzunehmen ist, dass sie „ihren“ Bedarf oder Nichtbedarf besser einschätzen können, als ein Dritter (etwa die Kommission).

bb. Die geringe Inanspruchnahme des UN-Kaufrechts als vergleichbares Einheitsrecht

Dass ein weiter vereinheitlichtes (Kauf-)Recht im Gewand des GEK einen besonderen Zuspruch erfahren wird, weil der Markt ganz besonders nach weiterer Rechtsharmonisierung für den grenzüberschreitenden Handel verlangt, dürfte auch angesichts der *Erfahrungen mit dem UN-Kaufrecht (CISG – Convention on the International Sale of Goods)* nicht stichhaltig sein. Denn diese zeigen, dass nur ca. 58 % der Unternehmen, die dieses Einheitsrecht zur Anwendung bringen können, darauf zurückgreifen. 42 % der Anwälte schließen für EU-weit das CISG regelmäßig aus.⁷⁹ Wenn der Bedarf für ein Einheitsrecht entsprechend weit entwickelt wäre, wäre schon hier die Rückgriffsquote deutlich höher.⁸⁰

cc. Binnenmarkt ohne Einheitsrecht in den USA

Dass nicht ein Einheitsrecht für die Öffnung des Binnenmarktes entscheidend ist, sondern primär eine gemeinsame Sprache dafür Bedeutung erlangt, zeigt i.Ü. das *Beispiel des US-amerikanischen Binnenmarktes*, bei dem über die Grenzen der Bundesstaaten hinweg, die jeweils eigene Zivilrechte haben, Geschäftsabschlüsse getätigt werden, ohne dass es eines weiteren Harmonisierungsinstruments bedarf.

⁷⁴ Skeptisch, weil der Bedarf hierfür fehlt, Rösler, EuZW 1/2011, 1; Vogenauer/Weatherill, JZ 2005, 870, 877; Herresthal, EuZW 2011, 7, 8.

⁷⁵ Zu nennen ist hier schon die Erhebung von Oxera (Oxford Economic Research Association), Assessment of the Economic Impact of the Proposed EC Consumer Directive, Juni 2003 und Oxera, What is the Impact of the Proposed Consumer Credit Directive?, April 2007, beides abrufbar unter <http://www.oxera.com/>; ebenso Siems, EuZW 2008, 454, 458; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 288.

⁷⁶ KOM (2010), 348 endg., Ratsdok. 11961/10.

⁷⁷ BT-Drucks. 17/4565.

⁷⁸ Vgl. etwa die Stellungnahme des VDMA (Verband Deutscher Maschinenbauer vom 16.11.2011).

⁷⁹ Zu den Zahlen vgl. Herresthal, EuZW 2011, 7, 8; Meyer, RabelsZ 2005, 457; i.E. kritisch sieht dies auch Ernst, AcP 2008, 248, 265.

⁸⁰ Siehe dazu auch BT-Drucks. 17/4565.

e. Harmonisierungsgrad durch Richtlinienrecht bereits in erheblichen Umfang gegeben

Der Bedarf an der Installation des von der Kommission vorgeschlagenen Optionalen Instruments fehlt aber m.E. auch deshalb, weil nach dem gegenwärtigen Rechtsstand die Rechtsharmonisierung in Europa schon so weit vorangeschritten ist, dass es gerade im Vertragsrecht kaum noch einen Bereich gibt, der nicht bereits EU reguliert ist.

aa. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Wenn und soweit jedoch auch der Subsidiaritätsgrundsatz trotz aller hier vorgebrachter Gegenargumente noch als „gewahrt“ angesehen wird, ist der Vorschlag zur Verordnung über das GEK jedenfalls *nicht verhältnismäßig*. Um den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu genügen, müsste die untersuchte Regelung geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Die Prüfung der Geeignetheit des Instruments deckt sich mit den Ausführungen, die zu seiner Effektivität im Rahmen des Subsidiaritätsgrundsatzes gemacht wurden. Diese ist nicht gegeben. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Instruments ist aber weiter herauszustellen, was der hier als gering prognostizierte weitere Harmonisierungseffekt für *sonstige Nachteile* mit sich bringen würde.

(1). Absenkung des verbraucherrechtlichen Schutzniveaus

Besonders gravierend ist insofern, dass sich der mitgliedstaatliche Verbraucherschutzstandard abgeschliffen werden wird. Im derzeitigen Regelungsvorschlag der Kommission findet sich auf S. 7⁸¹ zwar eine Absichtserklärung dahingehend, den Verbraucherschutzstandard des Instruments auf einem „*hohen Niveau*“ anzusiedeln, womit den Vorgabe des Art. 114 III AEUV entsprochen werden soll. Allerdings hat die Kommission dabei primär die Sicherung des Standards vor Augen, der bisher durch die mindestharmonisierenden Richtlinien vorgegeben wird, das nationale „Mehr“ ist darin nicht inkludiert.

In der Literatur wird insofern betont, dass das Instrument *für Unternehmer auch „attraktiv“* sein müsste, und dies dann nicht mehr der Fall wäre,⁸² wenn man den Verbraucherschutzstandard so hoch ansiedeln würde, dass annähernd der *höchste nationale Schutzstandard* gewährleistet wäre. Insofern ist die Gefahr eines verbraucherrechtlichen Rückschlags hoch, was – wie gesagt – schon angesichts der primärrechtlichen Vorgaben aus Art. 114 III i.V.m. Art. 169 I AEUV problematisch ist.⁸³

In einem Ergebnis ist herauszustellen, dass der Verbraucher aufgrund des Optionalen Instruments gezwungen wäre, bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen mit einem Unternehmer auf den Schutzstandard seines nationalen Vertragsrechtes, das im Zweifel (weit) über den Mindeststandard des EU-rechtlichen Acquis hinausreicht, zu verzichten,⁸⁴ um den von der Kommission erstrebten Zustand der Marktfreundlichkeit und die damit einhergehende Anbieter- und Produktvielfalt zu erreichen.

Ob der *eine* Vorteil (hohes nationales Schutzniveau“) gegen den *anderen* (Anbietervielfalt, ggf. darüber Preisvorteile) aber überhaupt abgewogen werden kann, ist eine Frage, die sich ebenso stellt, wenn man Äpfel mit Birnen vergleicht. Das einfach zu behaupten, zeugt jedenfalls nicht vom notwendigen Problembewusstsein.

⁸¹ KOM (2011), 635 endg., S. 7.

⁸² Herresthal, EuZW 2011, 7 ff.

⁸³ Zum „Rollback-Problem“, das schon beim DCFR bestand, vgl. etwa Pfeiffer, ZEuP 2008, 679, 688; im Zusammenhang mit der geplanten Verbraucherrechte-Richtlinie vgl. Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 282 ff. und beim Optionalen Instrument siehe Rösler, EuZW 1/2011, 1; Brönneke, Widerrufsrecht und Belehrungspflichten (2009), S. 85; Tamm, GPR 2010, 281, 285.

⁸⁴ Siehe dazu auch (allerdings diesen Effekt befürwortend) Herresthal, EuZW 2011, 7, 11.

bb. Der nicht wirklich „freiwillig“ Verzicht auf höhere nationale Schutzstandards

Angesichts dieses für Verbraucher besonders nachteiligen Aspekts kann die Verhältnismäßigkeit des Optionalen Instruments auch nicht damit begründet, dass es (ja) nur dann zur Anwendung gelangt, wenn beide Parteien dies *ausdrücklich vereinbaren*, der Verbraucher also „freiwillig“ auf die Anwendung seines nationalen (ggf. schutzintensiveren) Rechts verzichtet. Denn die *Freiwilligkeit wird es so nicht geben*. Es steht zu erwarten, dass die (ausdrückliche) Zustimmung zur Rechtswahl in vielen Fällen auf Verbraucherseite allein dadurch bedingt sein wird, dass der *Anbieter bei Ausbleiben der Zustimmung sein Angebot insgesamt zurückzieht*. Steht dem EU-Unternehmer erst einmal der „Blue-Button“ zur Verfügung wird er den von ihm ausgehenden Rationalisierungseffekt auch nutzen und *nur* zu den dort beschriebenen Konditionen, d.h. nur bei Anwendung des GEK, grenzüberschreitend anbieten.

cc. Der hohe Anpassungsdruck für Binnensachverhalte

Kritisch zu sehen ist die Einführung eines Optionalen Instruments im Gewande einer Verordnung zum GEK auch deshalb, weil von diesem Instrument, das den Verbraucherschutzstandard absenken wird (selbst wenn es zunächst sachlich allein auf Außensachverhalte Bezug nimmt), ohne Zweifel ein *innerstaatlicher*⁸⁵ *Anpassungsdruck* ausgehen wird.⁸⁶ Die Kommission hat jetzt bereits in ihrem Regelungsentwurf den Mitgliedstaaten die „Option“ eröffnet (vgl. dazu Art. 13.), diesem nachzugeben, so dass das Optionale Instrument *auch für reine Binnensachverhalte* zur Anwendung gebracht werden kann. Und man soll sich nicht täuschen. Die Versuchung des nationalen Gesetzgebers von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wird groß sein. Denn damit werden die *Rechtsregeln noch „übersichtlicher“*, weil *nicht mehr zwei Regime* (das nationale für Binnensachverhalte und das Optionale Instrument für grenzüberschreitende Bezüge) anwendbar sind, sondern nur noch *ein Rechtsrahmen für Binnen- und Außensachverhalte* gleichermaßen. Transaktionskosten für Unternehmen würden somit weiter sinken, Verbraucher, die jetzt schon Schwierigkeiten haben, sich in einem (ihrem eigenen) Rechtssystem zurechtzufinden würde damit – so könnte man argumentieren – die „Last“ genommen, sich in zwei Regelungssystemen zurechtfinden zu müssen. Alles würde noch transparenter und damit rechtssicherer.

Dieser gefährvolle Fortgang liegt jedenfalls in der Diktion der Regelung begründet⁸⁷ und dies, obgleich eine Vollharmonisierung im Bereich des bereits bestehenden Verbraucheracquis (d.h. im Bereich des derzeitigen Besitzstandes der EU) politisch aus gutem Grund nicht durchsetzbar war und ist. Das zeigte sich bereits am gescheiterten Vorstoß zur Einführung einer horizontal breitflächig wirkenden Verbraucherrechterichtlinie, von der inhaltlich wegen des Vollharmonisierungsansatzes nur noch ein Restumpf übrig geblieben ist.

dd. Fehlende Rechtssicherheit durch das Instrument

Das Instrument würde auch *nicht mehr Rechtssicherheit* schaffen. Nicht nur, dass es zu einer Vermehrung des anwendbaren Rechts kommt; für die Parallelrechtsordnung, die es schafft besteht noch keine Rechtsprechung und Kommentarliteratur. Zudem provoziert es viele Auslegungsfragen, gerade auch deshalb weil es ganz umfangreich von unbestimmten Rechtsbegriffen durchsetzt ist. Auch ist nicht geklärt, ob Revisionen zur Sicherstellungen der einheitlichen Rechtsanwendung und Auslegung vom EuGH durchgeführt werden.⁸⁸ Personell

⁸⁵ Das soft law könnte aber auch das hard law negativ (auf einen niedrigeren Verbraucherschutzstandard hin) beeinflussen, dazu schon Tamm, GPR 2010, 281, 286, Berger, ZEuP 2009, 451, 454.

⁸⁶ Rösler, EuZW 1/2011, 1.

⁸⁷ Die Kommission selbst spricht in KOM (2011), 635 endg. von einem „vollharmonisierten Instrument“

⁸⁸ Zum Problem vgl. Canaris, EuZW 1994, 417; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Zimmermann, JZ2008, 529, 537; Grigoleit, AcP 210 (2010), 354, 391, 398 ff; Heresthal, EuZW 2011, S. 7, 12.

ist er auf die zu erwartende Klagewelle jedenfalls nicht vorbereitet. Es besteht insofern auch ein Kapazitätsproblem.⁸⁹

ee. Fehlende Weiterentwicklung des *acquis communautaire*

Zu erwarten ist weiter, dass die Union auch in anderen als dem aktuell bezogenen Bereich des Kaufrechts eher auf den Weg des *soft law* setzen wird, wenn sich der Verordnungsvorschlag durchsetzt) und damit die Fortentwicklung des *acquis communautaire*, d.h. des *hard law* (über das vorzugswürdige Instrument der Mindestharmonisierung) ins Stocken geriete. Dies würde für den Binnenmarkt eher rückschrittliche Effekte provozieren.⁹⁰

2. Ergebnis

Dies alles führt dazu, dass das untersuchte Instrument des GEK auch am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz scheitern würde

V. Fazit

Aus all den genannten Gründen ist der Verordnungsvorschlag rechtswidrig und die Verabschiedung der Verordnung nicht erstrebenswert.

⁸⁹ Herresthal, EuZW 2011, 7, 12.

⁹⁰ Zum Problem des Wegfalls des Anreizes zur Innovation bei Einführung des Optionalen Instruments vgl. auch Herresthal, EuZW 2011, 7, 8.