

Der Vorschlag einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

I. Kompetenz der EU

Die Kompetenzen der EU im Bereich der Privatrechtsharmonisierung sind Gegenstand einer zum Teil kontroversen rechtswissenschaftlichen Diskussion. Diese darf auf das GEK nicht unbesehen übertragen werden.

1. Optionale Rechtsvereinheitlichung

Unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten weist das GEK eine Reihe von Besonderheiten auf, die entscheidende Konsequenzen für die kompetenzrechtliche Beurteilung haben. Zu nennen sind folgende Punkte:

- Anders als der vorhandene Bestand an Richtlinien im Bereich des Verbrauchervertragsrechts ist der Anwendungsbereich des GEK nicht auf den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern beschränkt, sondern erfasst auch Teile des Handelsverkehrs.
- Anders als das weiterreichende und hoch kontroverse Konzept eines Europäischen Zivilgesetzbuchs oder Obligationenrechts oder, noch bescheidener, eines Europäischen Vertragsrechts sollen die nationalen Kaufvertragsrechte durch den Verordnungsvorschlag gerade nicht vereinheitlicht werden. Vielmehr soll das GEK – genauer: der Anhang I zum VO-E, der den Korpus kaufvertragsrechtlicher Normen enthält – neben die mitgliedstaatlichen Kaufvertragsrechte treten. Das europäische Kaufrecht soll gemäß Art. 3 und 8 VO-E nur dann zur Anwendung kommen, wenn dies von den Vertragsparteien so vereinbart worden ist. Nach dem

Verordnungsentwurf ist dies nur bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen möglich, doch sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 13 lit. a) VO-E dazu berechtigt sein, das GEK auch für reine Inlandsgeschäfte zur Verfügung zu stellen, d.h. für die Vertragsparteien wählbar zu machen.

- Die danach für die Anwendung des GEK auf einen konkreten Vertrag entscheidende "Rechtswahl" findet nicht auf der Ebene des Kollisionsrechts statt, wie in Erwägungsgrund Nr. 10 VO-E ausdrücklich gesagt wird.¹ Die Wahl des GEK durch die Parteien ist nach dem Willen der Verordnungsverfasser vielmehr eine Rechtswahl auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Rechts. Dann aber steht bei grenzüberschreitenden Verbrauchergeschäften in Frage, ob strengere verbraucherschützende Vorschriften des Destinationsstaats (Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers) über Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO zur Anwendung kommen. Letzteres würde dem Vereinheitlichungszweck des GEK zuwider laufen und die Vorschrift des Art. 11 VO-E, nach der es sich beim GEK um eine geschlossene und abschließende Regelung handelt, konterkarieren. Folgerichtig wird in Erwägungsgrund Nr. 12 VO-E ausdrücklich klargestellt, dass Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO im Fall der Vereinbarung des GEK keine Anwendung findet.

Der Ansatz des Verordnungsentwurfs lässt sich prägnant in dem Modell eines optionalen Kaufrechts fassen, das neben die vorhandenen 27 Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten tritt und von den Vertragsparteien gewählt werden muss, dann aber die Kraft hat, die Anwendung weitergehender zwingender nationaler Regeln zum Schutz der Verbraucher auszuschließen.

2. Kompetenztitel des AEUV

Auf der eben erarbeiteten Grundlage ist die kompetenzrechtliche Rechtslage unter dem AEUV zu beurteilen. Als Kompetenztitel kommen insoweit diejenigen über Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 81 AEUV) und über Rechtsangleichung im Binnenmarkt (Art. 114 AEUV) in Betracht; hinzu tritt die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV.

a) Art. 81 AEUV

Art. 81 AEUV mag auf den ersten Blick als geeignet erscheinen, die Kompetenz für das GEK zu tragen, umfasst dieser Titel doch gemäß Art. 81 Abs. 1 S. 2 AEUV auch "Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften

¹ Vgl. auch KOM(2011) 635 endg., S. 9.

der Mitgliedstaaten". Einer näheren Untersuchung hält dieser Ansatz freilich nicht stand. Rechtsvereinheitlichung auf der Grundlage des Art. 81 AEUV muss immer auf den thematischen Anwendungsbereich der Norm beschränkt bleiben, nämlich die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Dazu zählt ausweislich des Themenkatalogs des Art. 81 Abs. 2 AEUV insbesondere die Harmonisierung der Zivilprozessrechte der Mitgliedstaaten, darüber hinaus ausweislich des Art. 81 Abs. 2 lit. c) AEUV aber auch des Kollisionsrechts. Die Schaffung uniformen europäischen Sachrechts in Gestalt eines einheitlichen Kaufrechts gehört nicht zu diesen Materien. Einheitliches Kaufrecht ist offensichtlich weder Zivilprozessrecht noch Kollisionsrecht, sondern materielles Privatrecht. Für dessen Vereinheitlichung liefert Art. 81 AEUV keine Rechtsgrundlage.

b) Art. 114 AEUV

Die Europäische Kommission stützt sich ausweislich des Einleitungssatzes zum Verordnungsentwurf ausdrücklich auf Art. 114 AEUV. Dieser ermächtigt die EU "zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben". In der Begründung des Kommissionsvorschlags wird der Binnenmarktbezug vor allem darin gesehen, dass der grenzüberschreitende Handel unter den Bedingungen der Diversität der Vertragsrechte mit zusätzlichen Transaktionskosten belastet wird (im Folgenden: Transaktionskostenargument).² Nach dem Urteil des EuGH zur Tabakwerbe-Richtlinie reicht der bloße Umstand, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Unterschiede aufweisen, und die daraus resultierende abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehende Wettbewerbsverzerrungen nicht aus, um die heute in Art. 114 AEUV geregelte Kompetenz zu aktivieren.³ Die Vorschrift erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur, dass die Kommission bzw. die zuständigen Gesetzgebungsorgane der EU mit der Maßnahme die Förderung des Binnenmarkts bezwecken, sondern darüber hinaus, dass die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten objektiv das Funktionieren des Binnenmarkts beeinträchtigen, insbesondere zu Wettbewerbsverzerrungen

² KOM(2011) 635 endg., S. 2 – 5.

³ EuGH, 5.10.2000, Rs. C-217/04 (Bundesrepublik Deutschland ./ Rat und Parlament), Rdnr. 84.

führen.⁴ Ob die Behinderung grenzüberschreitender Kaufgeschäfte durch erhöhte Transaktionskosten gravierend genug ist, um eine Rechtsvereinheitlichung nach Art. 114 AEUV zu legitimieren, ist die Frage. Diese Frage stellt sich auch unabhängig von der Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV. Für die politische Entscheidung über das GEK kommt es aus vertragstheoretischer und ökonomischer Sicht entscheidend darauf an, ob die durch die Diversität der Zivilrechte verursachten Transaktionskosten so erheblich sind, dass sie die Bereitstellung eines einheitlichen Kaufvertragsrechts im Sinne einer Alternative zu den nationalen Kaufrechtsordnungen rechtfertigen. Darauf ist sogleich zurückzukommen.⁵

Im Kontext des Art. 114 AEUV bedarf es einer genaueren Analyse des Gewichts des Transaktionskostenarguments nicht, weil seine Rechtsfolge nicht passt. Art. 114 AEUV ermächtigt die EU zur "Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten". Im vorliegenden Fall will die Kommission die nationalen Kaufvertragsrechte jedoch nicht "angleichen", sondern ein weiteres, europäisches Kaufvertragsrecht kreieren, das neben die nationalen Rechtsordnungen treten soll. Eine sektorale Ergänzung des Menüs nationaler Rechtsordnungen um eine europäische Variante ist nach der Rechtsprechung des EuGH von dem Kompetenztitel des heutigen Art. 114 AEUV nicht gedeckt. Mit Blick auf den insoweit parallelen Fall der Verordnung Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft hat der Gerichtshof die Heranziehung der Binnenmarktkompetenz des damaligen Art. 95 EG ausdrücklich verworfen:

"Damit lässt sich nicht vertreten, dass die angefochtene Verordnung, die die bestehenden nationalen Rechte unverändert lässt, die Angleichung der auf Genossenschaften anwendbaren Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezweckt; sie verfolgt vielmehr das Ziel, eine neue Genossenschaftsform zu schaffen, die die nationalen Rechtsformen überlagert".⁶

Auch im Fall der Europäischen Genossenschaft war ein Rechtsregime geschaffen worden, das neben die nationalen Systeme treten sollte und von den

⁴ EuGH, 5.10.2000, Rs. C-217/04 (Bundesrepublik Deutschland ./ Rat und Parlament), Rdnr. 83 f.

⁵ Dazu unten, II.

⁶ EuGH, 2.5.2006, Rs. C-463/03 (Europäisches Parlament ./ Rat der Europäischen Union), Rdnr. 44.

Parteien – in diesem Fall den Gründern der Genossenschaft – "gewählt" werden konnte.⁷ Genauso wie bei dem GEK verhielt es sich so, dass das einschlägige nationale Recht ergänzend hinzutreten sollte, um Lücken in dem europäischen Rechtsregime zu füllen; im Fall des GEK ist beispielsweise auf die Aufnahme von Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und Rechtswidrigkeit von Verträgen verzichtet worden,⁸ so dass diese weiterhin dem nationalen Recht zu entnehmen sind. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der EuGH die Heranziehung des Art. 114 AEUV für das GEK ebenso verwerfen würde.

Die zitierte Rechtsprechung des EuGH ist nicht frei von Zweifeln. Man mag es merkwürdig finden, dass der europäische Gesetzgeber auf der Grundlage des Art. 114 AEUV zwar berechtigt sein soll, unmittelbar geltendes Verordnungsrecht zu setzen, nicht aber legitimiert sein soll, einen einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen, der neben die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten tritt. Unter dem Gesichtspunkt, dass in Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV von "Angleichung" die Rede ist, erscheint eine Rechtsverordnung, die uniformes Recht schafft und für eine Angleichung gar keinen Raum mehr lässt, wesentlich suspekter als ein optionales europäisches Regime. Ein optionales Regime nach Art des GEK lässt die mitgliedstaatlichen Rechte unberührt, setzt sie jedoch dem Wettbewerb durch ein europäisches Rechtsregime aus und führt dadurch bestenfalls zu einer "sanften Angleichung", die durch Marktkräfte – hier: durch die Parteien realer Kaufverträge – gesteuert wird. Gerade für das Privatrecht kann man sich eine adäquatere Methode der Rechtsangleichung als diese kaum vorstellen. Die Durchsetzung eines bestimmten Regelwerks im Wege der massenhaften Abstimmung durch reale Vertragsparteien, die in ihren Vereinbarungen dieses Regelwerk den übrigen vorziehen, ist dem Privatrecht in besonderer Weise angemessen und verbürgt die Qualität eines Rechtsakts, der sich in einem solchen Ausleseprozess durchgesetzt hat.

Doch wie dem auch sei: Es ist nicht damit zu rechnen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur optionalen Harmonisierung ändern wird. Dem steht Art. 118 AEUV entgegen, mit dem der Vertrag von Lissabon speziell für das Recht des Geistigen Eigentums einen besonderen Kompetenztitel für optionale Rechtsinstrumente geschaffen hat. Danach können der Rat und das Europäische Parlament im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts "Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte

⁷ EuGH, 2.5.2006, Rs. C-463/03 (Europäisches Parlament ./ Rat der Europäischen Union), Rdnr. 40.

⁸ KOM(2011) 635 endg., S. 7.

des geistigen Eigentums in der Union" erlassen. Diese Vorschrift ermächtigt zur Schaffung europäischer Rechtsinstitute, die von Privatrechtssubjekten "gewählt" werden können, aber eben beschränkt auf den Sachbereich des Geistigen Eigentums, nicht auch jenseits dieses Bereichs im allgemeinen Privatrecht. Dementsprechend sind weitere Rechtsakte nach dem Muster der Europäischen Genossenschaft, beispielsweise die Verordnungen über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE),⁹ über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung¹⁰ und über die Gemeinschaftsmarke¹¹ nicht auf den früheren Art. 95 EG gestützt, sondern auf den früheren Art. 308 EG, der sodann in Art. 352 AEUV aufgegangen ist. Mit Blick auf diesen Hintergrund sowie die Schaffung des Art. 118 AEUV wäre es ungereimt, wenn die Schaffung einheitlicher Rechtsregime außerhalb des Bereichs des Geistigen Eigentums auf der Grundlage von Art. 114 AEUV möglich wäre.

Nach allem lässt sich der Verordnungs-Vorschlag nicht auf Art. 114 AEUV stützen.

c) Art. 352 AEUV

Damit kommt als Kompetenzgrundlage für das GEK nur Art. 352 AEUV in Betracht. Auf diesen Titel gestützte Maßnahmen erfordern allerdings Einstimmigkeit im Rat und darüber hinaus die Zustimmung des Parlaments. Auf diese Weise können von der EU Maßnahmen erlassen werden, wenn

- (1) sie erforderlich erscheinen, eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen und
- (2) in den Verträgen die dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind.

Handelt es sich bei den anvisierten Maßnahmen um die Harmonisierung von Rechtsvorschriften von Mitgliedstaaten, ist zudem Art. 352 Abs. 3 AEUV zu beachten, der eine Umgehung der dafür vorgesehenen speziellen Ermächtigungsgrundlagen des Vertrags ausschließt. Weiter erfordert Art. 352 Abs. 2 AEUV die Benachrichtigung der nationalen Parlamente durch die europäische Kommission.

Diese Voraussetzungen sind im Fall des GEK erfüllt: Eine spezielle Ermächtigung in den EU-Verträgen, die den Erlass eines Optionalen

⁹ Verordnung Nr. 2157/2001 v. 8.10.2001, ABl. EG 2001, L 294/1.

¹⁰ Verordnung Nr. 2137/85/EWG, v. 25.7.1985, ABl. EG 1985, L 199/1.

¹¹ Verordnung Nr. 40/94 v. 20.12.1993, ABl. EG 1994, L 11/1.

Instruments im Bereich des Kaufvertragsrechts ermöglicht, ist – wie dargelegt – nicht vorhanden. Umgekehrt ist den Art. 81, 114, 118 AEUV auch nicht die Regelung zu entnehmen, dass sie die Schaffung eines optionalen europäischen Rechtsrahmens für Kaufverträge ausschließen. Art. 352 Abs. 3 AEUV ist hier gar nicht einschlägig, weil es sich bei der Schaffung eines optionalen Rechtsinstruments nicht um Maßnahmen zur Harmonisierung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im technischen Sinne handelt.¹² Wäre dies anders, stünde der Kompetenztitel des Art. 114 AEUV zur Verfügung.

Damit bleibt zu untersuchen, ob die Bereitstellung eines Optionalen Instruments im Bereich des Kaufvertragsrechts erforderlich ist, "um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen". Grundsätzlich ist diese Frage im Hinblick auf das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 EG und in Art. 26 AEUV anerkannte Binnenmarktziel zu bejahen. Ob die avisierte Maßnahme im Hinblick auf das Ziel "erforderlich" ist und ob im Übrigen auch den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität genügt ist, erzwingt eine Analyse der rechtspolitischen Legitimation des GEK. Deren Grundlinien werden im Folgenden auf der Grundlage des von der Kommission genannten Legitimationsgrundes – Reduktion von Transaktionskosten – skizziert.

II. Rechtspolitische Legitimation des GEK

1. Regelungsziele des GEK

a) Reduktion von Transaktionskosten

Wie bereits erwähnt, rechtfertigt die Kommission das GEK als Instrument zur Senkung von Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel. Dieses Argument ist tragfähig.¹³ Die Koexistenz der Kaufvertragsrechte der Mitgliedstaaten, unter denen die Vertragsparteien bei grenzüberschreitenden Geschäften die Wahl haben (Art. 3 Rom I-VO), wobei nur die kumulative Anwendung von Verbraucherschutzrecht vorbehalten bleibt (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO), führt offensichtlich nicht zu Wettbewerbsverzerrungen, weil innerhalb eines nationalen Marktes für sämtliche Anbieter dieselben Regeln gelten.¹⁴

¹² Vgl. oben. II. 2 b).

¹³ Im Einzelnen *G. Wagner*, *The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law*, in: 39 C.M.L.Rev. 995, 1013 ff.

¹⁴ *G. Wagner* (Fn. 13), 1004 f.; anders noch Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 1999/44/EG über bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter v. 25.5.1999, ABl. EG L 171/12: "Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten

Wohl aber belastet das Nebeneinander von mindestens (abgesehen von Schottland) 27 Vertragsrechtsordnungen den grenzüberschreitenden Handel mit zusätzlichen Kosten, und zwar mit erhöhten Transaktionskosten. Die Parteien grenzüberschreitender Transaktionen können über den Inhalt des Kaufvertrags und den Kaufpreis nur dann effektiv verhandeln, wenn sie den Rechtsrahmen – die Allokation von Rechten, Pflichten und Risiken – kennen, der für ihr Geschäft maßgeblich sein wird. Die Aushandlung einer Rechtswahlklausel ist jedoch eine zeitraubende und daher kostspielige Angelegenheit, und diese zusätzlichen Kosten gehen in den Kaufpreis ein und verteuern daher das Warenangebot innerhalb des Binnenmarkts.

Unter dem Gesichtspunkten der Transaktionskosten noch wichtiger ist der Umstand, dass im Rechtsverkehr mit dem Verbraucher eine Rechtswahl zwar möglich, in ihren Wirkungen jedoch beschränkt ist, weil gemäß Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO strengere Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern im Destinationsstaat kumulativ anwendbar bleiben. Für den Anbieter ist dies nicht deshalb ein Problem, weil Vorschriften, die den Verbraucher mit zusätzlichen Privilegien ausstatten, zusätzliche Kosten verursachen, denn diese werden ohnehin auf die Verbraucher überwältigt. Der entscheidende Punkt ist vielmehr, dass die kumulative Anwendung nationalen Verbraucherschutzrechts die Verwendung allgemeiner Vertragsbedingungen verhindert. Es ist dem Anbieter nicht möglich, einen Einheitsvertrag zu entwerfen und diesen jedem Geschäftsabschluss im Bereich des Binnenmarkts zugrunde zu legen. Vielmehr muss er im Grunde für jeden Mitgliedsstaat ein maßgeschneidertes Vertragswerk erstellen, das nur im Bereich des jeweiligen nationalen Marktes Verwendung findet. Europaweit tätige Unternehmen müssen deshalb mit 27 verschiedenen Vertragswerken operieren. Wenn aber die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in jedem Mitgliedstaat verschieden sind, dann kann auch kein einheitlicher Preis kalkuliert werden, sondern dieser muss von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die Diversität der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte die Transaktionskosten in die Höhe treibt und insofern die Entwicklung des Binnenmarkts behindert.

über den Kauf von Verbrauchsgütern weisen Unterschiede auf; dies hat zur Folge, dass die einzelstaatlichen Absatzmärkte für Verbrauchsgüter uneinheitlich sind und bei den Verkäufern Wettbewerbsverzerrungen eintreten".

b) Abschreckung vor grenzüberschreitendem Einkauf?

Wie gravierend die Behinderung des Binnenmarkts durch Transaktionskosten ist, lässt sich nur schwer beurteilen. Zweifellos haben sich viele Unternehmen und Verbraucher auf diese Rechtslage eingestellt und können gut mit ihr leben. Zwar behauptet die EU-Kommission unter Berufung auf entsprechende Umfragen von Eurobarometer, dass sich viele Verbraucher vom grenzüberschreitenden Einkauf abhalten ließen, weil sie sich ihrer Rechte nicht sicher seien.¹⁵ Diese Umfrageergebnisse sind jedoch mit einem Schuss Skepsis zu betrachten. Zum einen ergibt sich aus den Berichten von Eurobarometer, dass weniger als 10% der befragten Unternehmen der Wahl des Vertragsrechts als ein wesentliches Hindernis bei grenzüberschreitenden Verträgen ansehen, während ca. 60% angaben, dies sei ohne jede Bedeutung.¹⁶ Zum anderen scheint auch die These, Verbraucher würden sich durch die Heterogenität des Vertragsrechts vom grenzüberschreitenden Kauf abschrecken lassen, nicht begründet zu sein. Das zeigt das Beispiel von Amazon als einem der großen Akteure des Internethandels. Ausweislich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auf der Netzseite "amazon.de" eingesehen werden können, führt der Kaufvertrag "mit amazon.de" keineswegs zu einem deutschen Unternehmen, sondern zu einem luxemburgischen. Darüber hinaus unterliegt auch der Kaufvertrag selbst nicht deutschem, sondern luxemburgischem Recht. In den Geschäftsbedingungen heißt es:



§ 1 Geltungsbereich

Für die Geschäftsbeziehung zwischen Amazon EU S.à.r.l. (nachfolgend Amazon.de) und dem Besteller gelten ausschließlich die nachfolgenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer zum Zeitpunkt der Bestellung gültigen Fassung. Abweichende Bedingungen des Bestellers erkennt Amazon.de nicht an, es sei denn, Amazon.de hätte ausdrücklich schriftlich ihrer Geltung zugestimmt. Amazon.de ist der Handelsname für Amazon EU S.à.r.l., Amazon Services Europe S.a.r.l und die Amazon Media EU S.a.r.l..

¹⁵ KOM(2011) 635 endg., S. 2 mit Fn. 1 und S. 3 mit Fn. 2.

¹⁶ Eurobarometer 320, European contract law in business-to-business transactions, 2011, S. 15; Eurobarometer 321, European contract law in consumer transactions, S. 19.

.....

§ 14 Anwendbares Recht

Es gilt luxemburgisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts (CISG).

Es ist nicht ersichtlich, dass Verbraucher sich durch die Vereinbarung luxemburgischen Rechts vom Einkauf bei "amazon.de" abbringen ließen. Den meisten Verbrauchern dürfte die Maßgeblichkeit luxemburgischen Rechts für auf "amazon.de" geschlossene Verträge gar nicht bekannt sein, genauso wie sich der Autor dieser Stellungnahme bisher darum nicht geschert hatte. Selbst in der juristischen Fachliteratur geht man stillschweigend davon aus, ein Kaufvertrag mit Amazon werde „nach BGB“ geschlossen.¹⁷ Hinter den abweichenden Umfrageergebnissen verbirgt sich wahrscheinlich die allgemeine Sorge um die Rechtsdurchsetzung gegenüber einem fernen, persönlich nicht greifbaren und nicht beleumundeten Verkäufer. Diese Sorge ist dem Verbraucher auch durch ein einheitliches Kaufrecht nicht zu nehmen. Internethändler, die über die notwendige Reputation verfügen, haben offenbar keine Schwierigkeiten, auf der Grundlage des eigenen Vertragsrechts Geschäfte mit Kunden zu machen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind.

c) Zwischenergebnis

Trotz dieser Vorbehalte ist der Kommission darin zu folgen, dass die Bereitstellung eines einheitlichen europäischen Kaufrechts die Transaktionskosten für neu zum grenzüberschreitenden Handel hinzutretende Anbieter senken, dadurch den Marktzutritt erleichtern und dadurch die Wettbewerbsintensität im Binnenmarkt steigern würde. Wie die Kommission richtig ausführt, brauchen die großen und etablierten Anbieter das GEK weniger als Neukommer, die sich einen Ruf als zuverlässige Vertragspartner erst noch erarbeiten müssen. Die potentiellen Neukommer sind zwar mit der Kategorie der "kleinen und mittleren Unternehmen" iSd Art. 7 VO-E nicht zielgenau erfasst, doch dürfte dies als unvermeidliche Pauschalierung im Sinne einer zweitbesten Lösung akzeptabel sein.

¹⁷ Doralt, AcP 211 (2011), 1, 13.

2. Eignung des Entwurfs zur Zielerreichung

a) Grundsätzliche Eignung und Verhältnismäßigkeit

Der Verordnungs-Entwurf ist nach allem zur Förderung des Binnenmarktziels grundsätzlich geeignet. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist zu berücksichtigen, dass die Eingriffsintensität der vorgeschlagenen Maßnahme denkbar gering ist, weil sie sich darauf beschränkt, den Parteien eines grenzüberschreitenden Kaufvertrags eine weitere Wahlmöglichkeit zu eröffnen. Wie bereits erwähnt, erscheint diese Regelungstechnik, die die praktische Bedeutung des GEK letztlich von der unsichtbaren Hand des Wettbewerbs – hier des Wettbewerbs zwischen den nationalen Rechtsordnungen und dem GEK – abhängig macht, dem Privatrecht als besonders angemessen. Gegen die Verhältnismäßigkeit bestehen deshalb keine Bedenken.

b) Restriktiver Geltungsbereich des GEK

Umgekehrt ist darauf hinzuweisen, dass sich die mit dem Verordnungs-Entwurf angestrebte Reduktion der Transaktionskosten im Binnenmarkt nicht mit der engen Reduzierung seines Anwendungsbereichs verträgt. Nach dem Verordnungs-Entwurf soll die Rechtswahlbefugnis der Kaufvertragsparteien in doppelter Weise beschränkt sein:

- (1) Gemäß Art. 3 VO-E können die Parteien ihren Kaufvertrag nur dann dem GEK unterstellen, wenn es sich um einen grenzübergreifenden Vertrag iSd Art. 4 VO-E handelt.
- (2) Gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO-E muss es sich bei dem Verkäufer um einen Unternehmer und bei dem Käufer um einen Verbraucher oder um ein KMU (kleines oder mittleres Unternehmen) iSd Art. 7 Abs. 2 VO-E handeln. Allerdings soll das GEK ausweislich von Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO-E auch dann wählbar sein, wenn der Verkäufer ein KMU ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob letzteres mit einem Verbraucher, mit einem anderen KMU oder mit einem sonstigen Unternehmen kontrahiert. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich des Verordnungsentwurfs bleiben somit Verträge zwischen Verbrauchern (c/c) und Verträge zwischen zwei Unternehmen, die beide keine KMU sind (b/b im engeren Sinne).

Die Beschränkung auf grenzüberschreitende Verträge lässt sich mit Blick auf die beschränkten Kompetenzen der EU erklären, während die Bestimmung des personalen Anwendungsbereichs in jeder Hinsicht Rätsel aufgibt. Zunächst ist es der Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs abträglich, wenn nicht mehr nur zwischen Unternehmen und Verbrauchern unterschieden werden muss, sondern zusätzlich innerhalb der Unternehmen noch zwischen "Großunternehmen" und KMU. Die in Art. 7 Abs. 2 VO-E genannten Voraussetzungen für die Eigenschaft als KMU – bis zu 250 Mitarbeiter, Jahresumsatz bis zu EUR 50 Millionen oder Jahresbilanzsumme von bis zu EUR 43 Millionen – sind für den Rechtsverkehr nicht erkennbar. Der Vertragspartner kann also gar nicht wissen, ob er mit einem KMU verhandelt oder nicht. Folglich kann der Vertragspartner auch nicht wissen, ob er das GEK wirksam vereinbaren kann oder nicht. Das ist nicht nur misslich für den Vertragspartner, sondern es unterminiert genau denjenigen Zweck, für den der Verordnungsvorschlag überhaupt nur geschaffen wurde, nämlich die Reduktion von Transaktionskosten. Wegen des fragmentierten Anwendungsbereichs des VO-E kann der grenzüberschreitend tätige Anbieter doch wieder keine einheitlichen, nämlich auf Grundlage des GEK erarbeitete Vertragsbedingungen verwenden, sondern muss mit zwei verschiedenen Sets arbeiten oder eine weitere Rechtswahlklausel aufnehmen, die hilfsweise das Recht eines Mitgliedstaats beruft.

Unter dem Gesichtspunkt der Transaktionskosten noch gravierender ist die Beschränkung des Verordnungsentwurfs auf grenzüberschreitende Kaufverträge. Auch diese Restriktion wird in der Praxis dazu führen, dass sich Anbieter auf zwei verschiedene Rechtsordnungen einstellen und zwei verschiedene Sets von Vertragsbedingungen bereit halten müssen, je nach dem, ob der Vertragspartner seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder im Ausland hat (vgl. Art. 4 Abs. 2 VO-E). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Verordnungsentwurf in Art. 4 Abs. 3 – 6 mehrere Zusatzregelungen enthält, die die sichere und ex ante vorhersehbare Fixierung der maßgebenden Kriterien ermöglichen sollen.

Wenn man sich schon die Mühe macht, dem europäischen Handelsverkehr ein einheitliches Kaufrecht anzubieten, um die Standardisierung der Vertragspraxis zu ermöglichen und auf diese Weise Transaktionskosten zu senken, dann muss das Vorhaben auch konsequent durchgeführt werden.¹⁸ Dies kann im vorliegenden Kontext nur bedeuten, dass das GEK für sämtliche

¹⁸ Übereinstimmend *Doralt*, AcP 211 (2011), 1, 15.

Kaufverträge zur Verfügung gestellt werden sollte, unabhängig davon, ob daran ein KMU oder ein Verbraucher beteiligt ist. Eine Standardisierung der Verträge und die damit verbundenen Effizienzgewinne lassen sich nur erzielen, wenn sämtliche Verträge einbezogen werden, an denen mindestens ein Unternehmen, gleich welcher Größe, beteiligt ist. Allein der Bereich c/c, also der Rechtsverkehr zwischen Verbrauchern, kann ausgeklammert bleiben, weil Verbraucher keine Vertragsbedingungen verwenden und deshalb insoweit auch kein Standardisierungsbedarf besteht.

Art. 13 lit. a) VO-E legt es in die Hände der Mitgliedstaaten, das GEK für den gesamten Handelsverkehr bereit zu stellen, und Art. 13 lit. b) VO-E erlaubt es ihnen, die Beschränkung auf grenzüberschreitende Verträge aufzuheben. Beide Maßnahmen wären geboten, wenn das Unternehmen eines optionalen europäischen Kaufrechts den erhofften Nutzen in Gestalt reduzierter Transaktionskosten durch Standardisierung der Vertragspraxis in der Praxis einspielen soll.

c) Kostenintensives Formerfordernis

Die Kommission legitimiert ihren Vorschlag eines europäischen Kaufrechts mit dem Bemühen, die Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel zu senken. Die Ernte des GEK in Gestalt reduzierter Transaktionskosten lässt sich nur einfahren, wenn das europaweit tätige Unternehmen auch wirklich einheitliche Vertragsbedingungen auf der Grundlage des GEK einsetzen kann.

Doch wie soll das in der Praxis gehen? Gemäß Art. 8 Abs. 2 VO-E ist die Vereinbarung über die Verwendung des GEK im Verhältnis zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher „nur gültig, wenn der Verbraucher hierin ausdrücklich und gesondert von seiner Erklärung, mit dem er dem Vertragsschluss zustimmt, einwilligt“. Darüber hinaus muss das Unternehmen dem Verbraucher eine Bestätigung dieser besonderen Vereinbarung über das anwendbare Recht auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen. Diese Regelung ist dem Bemühen geschuldet, die rationale Selbstbestimmung des Verbrauchers zu achten, dem das GEK nicht „untergejubelt“ werden soll. Der Preis dafür ist aber hoch: Höhere Transaktionskosten als bei Vereinbarungen, die zusätzlich zum Hauptvertrag abgeschlossen und dokumentiert werden müssen, sind gar nicht denkbar. Das Ziel einer Reduktion von Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel rückt damit in weite Ferne. Das GEK könnte die Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel nur dann senken, wenn es durch eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden könnte. Nur dann wäre eine

Standardisierung der Vertragsbedingungen und des zugehörigen Vertragsrechts über alle Mitgliedstaaten der EU hinweg möglich.

Bleibt Art. 8 Abs. 2 VO-E so, wie er jetzt ist, bedarf es keiner Hellseherei, um dem GEK ein Dasein in sicherer Bedeutungslosigkeit vorherzusagen. Schließlich hat die ähnlich formulierte Formvorschrift für Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern in § 1031 Abs. 5 ZPO das Aufkommen der Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland zuverlässig verhindert. Welches Unternehmen hätte einen Anreiz, den Vertragsabschluss nach GEK anzubieten, obwohl klar ist, dass nicht sämtliche Vertragspartner einverstanden sein werden und deshalb eine erhebliche Zahl der abgeschlossenen Verträge doch wieder nach nationalem Recht abgewickelt werden muss. Im Übrigen findet in diesem Fall auch das überschießende Verbraucherschutzrecht des Destinationsstaates über Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO wieder Anwendung, so dass das Unternehmen eigentlich genauso dasteht wie vor Einführung des GEK. Ein einheitliches Geschäftsgefahren, einheitliche Vertragsbedingungen und eine einheitliche Preiskalkulation für sämtliche Märkte in den Mitgliedstaaten sind nicht möglich, sondern es bleibt dabei, dass alles auf die Anforderungen der 27 Jurisdiktionen abgestimmt werden muss. Wenn dem so ist, muss man die Frage stellen: Wofür der ganze Aufwand?

Gegen diese Kritik an dem überstrengen Formerfordernis des Art. 8 Abs. 2 VO-E wird eingewandt werden, dass der Verbraucher vor einer Überrumpelung durch das Unternehmen und seine ausgefeilten AGB zu schützen sei. Dieser Einwand provoziert die Gegenfrage, wovor der Verbraucher denn eigentlich geschützt werden soll? Der europäische Gesetzgeber will mit dem GEK ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten und deshalb Regelungen vorschlagen, „die das im bestehenden EU-Verbraucherrecht verankerte Schutzniveau beibehalten oder verbessern“.¹⁹ Folgerichtig inkorporiert das GEK den europäischen *acquis* des Verbraucherschutzrechts und erweitert ihn noch an der einen oder anderen Stelle. Deshalb ist nicht ersichtlich, dass dem Verbraucher Unrecht geschieht, wenn ihm der Vertragsschluss nach GEK – und nur dieser – angeboten wird, die Alternative des Vertragsschlusses nach nationalem Recht vom Verkäufer also nicht zur Verfügung gestellt wird.

III. Zum Inhalt des Kaufrechts selbst

Die bisherigen Überlegungen waren ausschließlich dem Verordnungsentwurf gewidmet, in dem die Voraussetzungen, Modalitäten und Konsequenzen der

¹⁹ KOM(2011) 635 endg., S.10.

Rechtswahl geregelt sind. Das eigentliche Kaufvertragsrecht des Entwurfs befindet sich in seinem Anhang I, der aus nicht weniger als 186 Artikeln besteht. Es ist im Rahmen dieser Stellungnahme nicht möglich, auf Einzelheiten der vorgeschlagenen kaufvertraglichen Regelungen einzugehen.

Immerhin sei auf einen Mangel hingewiesen, der den gesamten Entstehungsprozess des GEK kennzeichnet. Die Ausgangssituation, vor die sich die Kommission und die an den Vorarbeiten beteiligten Expertengruppen gestellt sahen, war im Kern dadurch gekennzeichnet, dass ein auf traditionellen privatrechtlichen und ökonomischen Prinzipien gegründeter Korpus gemeineuropäischen Kaufvertragsrechts mit dem modernen verbraucherschutzrechtlichen *acquis* des Europarechts verbunden werden musste. Diese Aufgabe ist im GEK dadurch gelöst, dass man den *acquis* den eher traditionellen, maßgeblich durch das Wiener UN-Kaufrecht und die Principles of European Contract Law beeinflussten vertragsrechtlichen Regeln einfach "hinzuaddiert" – und darüber hinaus punktuell generalisiert – hat. Eine kritische Prüfung des verbraucherschutzrechtlichen *acquis* hat nicht stattgefunden. Dies ist bedauerlich.

Bei der gebotenen Revision des verbraucherschutzrechtlichen *acquis* geht es nicht darum, im Sinne eines "roll back" Regelungen zum Schutz berechtigter Interessen des Verbrauchers zurückzudrängen. Für diese Prämisse ist die Einsicht maßgeblich, dass in einer Marktwirtschaft mit freier Preisbildung jede wirtschaftliche Belastung des Unternehmens von den Verbrauchern als Gruppe auf Heller und Pfennig "bezahlt" werden muss. Werden dem Unternehmen zusätzliche Lasten aufgebürdet, die die Kosten der Warenproduktion und -distribution erhöhen, schlägt sich dies in höheren Preisen nieder.

Aus diesem Zusammenhang darf keineswegs der vulgärökonomische Schluss gezogen werden, dass verbraucherschutzrechtliche Regelungen allein deshalb, weil sie in der Tendenz die Produktpreise erhöhen, ungerechtfertigt und zu verwerfen sind. Im Gegenteil! Rationale Verbraucher werden gerne dazu bereit sein, einen etwas höheren Preis zu zahlen, wenn der von ihnen aus der verbesserten "Vertragsqualität" gezogene Nutzen die zusätzlich anfallenden Kosten übersteigt. Die zentrale Frage für das Verbrauchervertragsrecht muss deshalb lauten, ob man davon ausgehen kann, dass die den Unternehmen aufgebürdeten Lasten die zusätzlichen Kosten in dem Sinne rechtfertigen, dass sie Verbrauchern einen die Kosten übersteigenden Nutzen bringen.

Die Antwort darauf ist nicht trivial und kann hier nicht im Einzelnen entfaltet werden.²⁰ Immerhin sei auf einzelne zentrale Punkte hingewiesen:

- Das GEK bürdet den Vertragsparteien umfangreiche Informationspflichten auf. Angesichts des vernünftigen Desinteresses der Verbraucher an einer Überflutung mit in der konkreten Entscheidungssituation nutzlosen Informationen, ist eine kritische Durchsicht des Bestandes geboten.
- Das Widerrufsrecht beim Fernabsatz liegt im Eigeninteresse des (Internet-) Anbieters, verursacht jedoch hohe Belastungen, wenn der Anbieter die gesamten Kosten der Hin- und Rücksendung tragen muss. Diese Kosten werden auf den Preis umgelegt und müssen von allen Kunden getragen werden, die im Internet einkaufen. Hier ist eine Flexibilisierung des zwingenden Widerrufsrechts geboten, beispielsweise im Sinne eines Optionsmodells. Danach wäre der online-Händler verpflichtet, dem Käufer den Vertragsschluss mit oder ohne Widerrufsrecht zur Wahl zu stellen, wobei die Kosten des Widerrufs transparent gemacht würden, weil der Kaufpreis ohne Widerrufsrecht niedriger wäre als derjenige mit Widerrufsrecht.
- Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist gemäß Art. 81 GEK auch im Rechtsverkehr zwischen (Groß-) Unternehmen zwingend. Unternehmen sollten jedoch die Kompetenz haben, ihren Vertrag vor gerichtlichen Eingriffen im Wege einer entsprechenden Individualvereinbarung zu schützen.
- Die zwingende Ausgestaltung der Rechtsbehelfe des Käufers im Falle von Sachmängeln durch Art. 171, 177 GEK ist nicht sachgerecht und führt zu einer Quersubventionierung von Käufern mit hohem Schadenspotential durch Käufer mit niedrigem Schadenspotential. Diese lässt sich in der Vertragspraxis nur durch Vereinbarungen in den Griff bekommen, die die Einstandspflicht des Verkäufers dem Umfang nach begrenzen. Gemäß Art. 177 GEK sind solche Vereinbarungen jedoch ausgeschlossen.

²⁰ Ausführlich dazu *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Revision des Verbraucher-acquis, 2011; kurz *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Towards a Revision of the Consumer acquis, 48 C.M.L.Rev. 1077.

IV. Schlussbemerkung

Das Anliegen der Kommission, die Transaktionskosten für Kaufgeschäfte im Binnenmarkt durch Bereitstellung eines einheitlichen Rechtsrahmens zu senken, ist berechtigt und aller Ehren wert. Es mangelt allerdings an einer konsequenten Umsetzung dieses Regelungsziels in dem vorliegenden Verordnungsentwurf. Die Transaktionskosten der europäischen Wirtschaft lassen sich im Bereich des Kaufvertragsrechts nur senken, wenn gewährleistet ist, dass im gesamten Binnenmarkt zu gleichen Konditionen kontrahiert werden kann. Um dieses Ziel zu erreichen, muss das GEK für sämtliche Vertragsparteien – Großunternehmen, KMU, Verbraucher – und für sämtliche Abschlussituationen – grenzüberschreitende Geschäfte wie Binnentransaktionen – zur Verfügung gestellt werden. Innerhalb des GEK sind die verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen im gemeinsamen Interesse der Vertragsparteien zu optimieren. Dann aber bedarf es keiner umständlichen Formvorschriften für die Wahl des GEK, die dessen eigentliches Regelungsziel gefährden, weil sie die Transaktionskosten nicht senken, sondern erhöhen.

Bonn, den 18. November 2011



Gerhard Wagner