

**Der Vorschlag für ein "Gemeinsames Europäisches Kaufrecht" – Kompetenz,
Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit**

- Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages –

Karl Riesenhuber

I.	Zusammenfassung	2
II.	Vorbemerkung: Zeitdruck und Unklarheiten	3
III.	Die wesentlichen Merkmale des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts	3
IV.	Die Kompetenznorm des Art. 114 AEUV	4
1.	Die Ziele des Art. 26 AEUV: Verwirklichung des Binnenmarktes.....	5
a)	Gewährleistung von Grundfreiheiten	5
b)	Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung	6
2.	"Angleichung"	7
a)	Grundsätze	7
b)	Anwendung auf die GEK-Verordnung	7
c)	Immunisierung durch Richtlinienform?	8
d)	Ersetzbarkeit durch mitgliedstaatliche Gesetzgebung?	9
V.	Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 4 AEUV	10
1.	Geeignetheit	10
2.	Erforderlichkeit.....	11
a)	Rechtswahlfreiheit für Unternehmen (einschließlich KMU)	11
b)	Acquis als grenzüberschreitender Höchststandard.....	11
VI.	Rechtspolitischer Ausblick	13

I. Zusammenfassung

Die vorgeschlagene Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK-VO)¹ kann nicht auf die Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV gestützt werden. Die wesentlichen Gründe dafür sind:

1. Die Kompetenz des Art. 114 AEUV dient vor allem der Gewährleistung der Grundfreiheiten. Die Grundfreiheiten werden aber durch das dispositive oder international dispositive Vertragsrecht nicht beeinträchtigt. Das vorgeschlagene Gemeinsame Europäische Kaufrecht betrifft indes im b2b-Bereich überwiegend dispositives Recht, im b2c-Bereich neben dem zwingenden Verbraucherschutzrecht ebenfalls auch dispositives Recht.
2. Art. 114 AEUV eröffnet eine Kompetenz nur für die "Angleichung" von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Das ist mit der Verordnung nicht beabsichtigt. Sie stellt ein zusätzliches Vertragsrechtsregime neben die mitgliedstaatlichen Vertragsrechte, die im Übrigen unverändert bleiben.
3. Da das vorgeschlagene Gemeinsame Europäische Kaufrecht praktisch wichtige Bereiche ausspart, für die ergänzend das vom Kollisionsrecht jeweils berufene nationale Recht heranzuziehen ist, ist das optionale Instrument nicht geeignet, die von der Kommission bezweckte einheitliche Regelung für grenzüberschreitende Kaufverträge herzustellen.
4. Ein milderer Mittel, mit dem im wesentlichen derselbe Erfolg erzielt würde, läge darin, den *acquis communautaire* des Verbrauchervertragsrechts für den grenzüberschreitenden Verkehr als Höchststandard zu definieren. Auch dies würde Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, ihr grenzüberschreitendes Geschäft auf der Grundlage eines einheitlichen Rechtsregimes durchzuführen.

¹

Der Verordnungsvorschlag neben der eigentlichen Regelung der Verordnung in 16 Artikel im Anhang I das "Gemeinsame Europäische Kaufrecht" mit seinen 186 Artikel. Bei Verweis auf die Regelungen der Verordnung sprechen wir im Folgenden von der GEK-Verordnung (GEK-VO), bei Verweis auf die Regelungen des Anhangs vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK).

II. Vorbemerkung: Zeitdruck und Unklarheiten

Die Ausarbeitung des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) stand unter einem besonderen Zeitdruck. Das gilt schon für die Ausarbeitung des Entwurfs für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (Draft Common Frame of Reference), anschließend für die binnen Jahresfrist erstellte Machbarkeitsstudie und schließlich für den darauf aufbauenden Verordnungsvorschlag. Dieser Verfahrensmangel begründet Zweifel an der Qualität des vorgelegten Vorschlags.² Für eine inhaltliche Bewertung des vorgeschlagenen europäischen Kaufrechts ist es jetzt noch zu früh, sie muss ins Einzelne gehen. Dafür wird insbesondere eine Sondertagung der Zivilrechtslehrer im April 2012 Gelegenheit bieten. Schon jetzt ist indes erkennbar, dass der Verordnungsvorschlag eine Fülle von neuen Konzepten und Regelungen vorsieht, die eingehender Erörterung bedürfen.³ Zudem sind auch die kollisionsrechtlichen Grundlagen des Vorschlags unklar und unsicher (s. noch sogleich III.).

III. Die wesentlichen Merkmale des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

Mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht möchte die Kommission für Unternehmer und Verbraucher einen wählbaren Regelungsstandard einführen, der für alle grenzüberschreitenden Kaufverträge einheitlich anwendbar ist. Vier Elemente kennzeichnen die vorgeschlagene Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.

- (1) Bei dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht handelt es sich um ein zusätzliches optionales Modell eines Kaufvertragsrechts, man spricht (etwas ungenau) auch von einem "28. Regime", die Kommission nennt ihren Vorschlag auch "zweite Vertragsrechtsregelung neben dem innerstaatlichen Vertragsrecht der Mitgliedstaaten".
- (2) Das GEK kann vereinbart werden bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern als Verkäufer und Verbrauchern als Käufer (b2c) sowie bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern (b2b), wenn mindestens eines der Unternehmen ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) ist.
- (3) Das GEK enthält, geordnet nach der Chronologie des Vertrags, für zahlreiche vertragsrechtliche Sachfragen Regelungen, aber nicht für alle. Eine Fülle von Sachfragen ist nicht geregelt, z.B. Geschäftsfähigkeit, Vertragssprache, Stellvertretung, Dis-

² *Riesenhuber*, Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2011, 537-544.

³ Zum Beispiel: Verträge über digitale Inhalte; Verträge über Annexdienstleistungen; Konzepte wie "Verlust" (aber nicht Schaden), "Mitteilung"; Abgrenzung immaterieller Verluste; Kaufgewährleistungsrechte und ihre Rangfolge.

kriminierungsverbote, Rechts- und Sittenwidrigkeit, Abtretung und Aufrechnung. In diesen nicht-geregelten Bereichen findet das vom allgemeinen IPR berufene nationale Recht Anwendung.

- (4) Das GEK enthält nicht nur Vorschriften des "allgemeinen Vertragsrechts", sondern auch Vorschriften des Verbrauchervertragsrechts. In diesem Bereich soll das GEK nicht nur einen Mindest-, sondern einen Höchststandard darstellen.

Der letztgenannte Gesichtspunkt wirft allerdings kollisionsrechtliche Fragen auf, die derzeit noch nicht befriedigend geklärt scheinen. Die Kommission geht offenbar davon aus, dass zunächst nach allgemeinen Kollisionsregeln ein nationales Recht als anwendbares Recht bestimmt wird, sei es im Wege der Rechtswahl oder der objektiven Anknüpfung. Auf der Grundlage des so bestimmten anwendbaren Rechts würden die Parteien dann das GEK "vereinbaren". Dabei insistiert die Kommission, diese letztere Vereinbarung sei keine Rechtswahl und dürfe mit einer solchen auch nicht verwechselt werden. Wohl aus diesem Grunde geht die Kommission davon aus, das Günstigkeitsprinzip des Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO finde keine Anwendung. Möglicherweise schwebt ihr auch vor, der Günstigkeitsvergleich gehe praktisch ins Leere, da Vergleichsgegenstand im Heimatrecht des Verbrauchers wiederum das GEK sei, also eine nicht mehr oder weniger günstige Regelung.⁴ Kollisionsrechtlich erscheint das zweifelhaft. Auch die "Vereinbarung" des GEK stellt der Sache nach eine Rechtswahl dar. Und es erscheint nicht uitgemaakt, dass der Günstigkeitsvergleich mit dem GEK und nicht mit dem "allgemeinen" Heimatrecht des Verbrauchers stattfinden müsste. Für die nachfolgende Bewertung gehen wir gleichwohl von dem von der Kommission intendierten Modell aus.

IV. Die Kompetenznorm des Art. 114 AEUV

Die GEK-Verordnung kann nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden. Die Kompetenz des Art. 114 AEUV ist eröffnet für "Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben". Man muss schon bezweifeln, ob die Verordnung den Binnenmarktzielen dient, jedenfalls handelt es sich nicht um "Rechtsangleichung".

⁴ Anders für Verbraucher aus Drittstaaten, vgl. BE 14 S. 2 GEK-VO.

1. Die Ziele des Art. 26 AEUV: Verwirklichung des Binnenmarktes

Artikel 114 AEUV ermächtigt, wie der EuGH formuliert "den [Unions]gesetzgeber zum Erlass von Maßnahmen zur Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes, wobei die entsprechenden Maßnahmen tatsächlich dieses Ziel verfolgen und dazu beitragen müssen, Hemmnisse für die mit dem Vertrag garantierten wirtschaftlichen Freiheiten (...) zu beseitigen".⁵

Zur Verwirklichung des Binnenmarktes gehören zwei Elemente,

- die Gewährleistung der Grundfreiheiten und
- die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen.⁶

Hemmnisse für den Binnenmarkt zu beseitigen, muss Hauptzweck der Rechtsetzung sein; der Gesetzgeber kann sich nicht auf Art. 114 AEUV stützen, wenn der zu erlassende Rechtsakt die Marktbedingungen in der Union nur "nebenbei" harmonisiert, eigentlich aber andere Zwecke verfolgt.⁷

a) Gewährleistung von Grundfreiheiten

Auch vertragsrechtliche Normen können eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten darstellen. Die – vom AEUV vorausgesetzte – bloße Unterschiedlichkeit der nationalen Rechte stellt allerdings keine relevante Beeinträchtigung dar.⁸ In den Worten des Gerichtshofs:

"Insoweit ist daran zu erinnern, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats nicht allein deshalb eine Beschränkung im Sinne des EG-Vertrags [heute AEUV] darstellt, weil andere Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet ansässige Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen oder wirtschaftlich interessanteren Vorschriften unterwerfen (...). Das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne des EG-Vertrags lässt sich daher nicht allein aus dem Umstand herleiten, dass in anderen Mitgliedstaaten ... niedergelassene (...) [Anbieter] sich (...) mit den (...) [im Gastmitgliedstaat] geltenden Regeln vertraut machen müssen."⁹

⁵ EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-436/03 *Europäisches Parlament ./.* Rat, Slg. 2003, I-3733 Rn. 38; EuGH v. 5.10.2000 – Rs. C-376/98 *Deutschland ./.* Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 84 (Tabakwerbung); EuGH v. 10.12.2002 – Rs. C-491/01 *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 60.

⁶ EuGH v. 10.12.2002 – Rs. C-491/01 *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 60.

⁷ EuGH v. 4.10.1991 - Rs. C-70/88 *Parlament ./.* Rat Slg. 1991, I-4529 Rn. 17; EuGH v. 17.3.1993 - Rs. C-155/91 *Kommission ./.* Rat Slg. 1993, I-939 Rn. 19; EuGH v. 28.6.1994 - Rs. C-187/93 *Parlament ./.* Rat Slg. 1994, I-2857 Rn. 25; s.a. EuGH v. 12.11.1996 Rs. C-84/94 *Vereinigtes Königreich ./.* Rat Slg. 1996, I-5755 Rn. 45 ("Hauptzweck").

⁸ W.-H. Roth, Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401, 411 f.

⁹ EuGH v. 29.3.2011 – Rs. C-565/08 *Kommission ./.* Italien, noch nicht in Slg. Rn. 49 m.w.N. Hinzufügungen in eckigen Klammern von mir.

Darüber hinaus besteht auch dort keine rechtlich relevante Beeinträchtigung, wo die Parteien empfundene Hindernisse durch eigene Gestaltung umgehen können. Das betrifft die Bereiche des (national) dispositiven Rechts,¹⁰ darüber hinaus aber auch jene des international dispositiven Rechts.¹¹ Die Last der Wahl oder Abbedingung einer Regelung oder einer Zivilrechtsordnung oder auch eine Durchsetzungsschwäche sind bloße Kehrseite der Wahlfreiheit und kein rechtlich relevantes Hindernis.

Im Bereich der Verträge zwischen Unternehmen (b2b) stellt die Disparität der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte demnach keine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten dar. Hier sind die nationalen Vertragsrechte regelmäßig weitgehend dispositiv ausgestaltet. Im Übrigen herrscht nach Art. 3 Rom I-VO Rechtswahlfreiheit.

Auch im b2c-Bereich ist das Vertragsrecht im Grundsatz weitgehend dispositiv ausgestaltet, so auch im vorgeschlagenen GEK.¹² Anders verhält es sich vor allem im Bereich der Verbraucherschutznormen, die zwingend ausgestaltet sind. Sie sind im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO auch international zwingend.

Insgesamt bedeutet das, dass die GEK-Verordnung im Hinblick auf die Gewährleistung von Grundfreiheiten nur insoweit auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, als es um (international) zwingendes Recht geht, d.h. im Wesentlichen nur für das Verbraucherschutzrecht. Auch hier ist eine Kompetenz freilich nicht ohne Weiteres eröffnet, sondern nur, soweit ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.¹³

b) Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung

Aus der Disparität nationaler Kaufvertragsrechte folgt weder im b2b- noch im b2c-Bereich eine Wettbewerbsverzerrung. Die Verschiedenheit der Vertragsrechte bedeutet zwar eine Erschwernis, wenn ein Anbieter sein grenzüberschreitendes Angebot mit seinem innerstaatlichen Angebot vergleicht. Auf dem gegebenen Markt eines Mitgliedstaates können aber alle Anbieter zu denselben Bedingungen anbieten. Auch hier muss man davon ausgehen, dass der AEUV – wie seine Vorgängerregelungen – von der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaat-

¹⁰ Vgl. auch EuGH v. 29.3.2011 – Rs. C-565/08 *Kommission ./. Italien*, noch nicht in Slg. Rn. 53. Näher und m.w.N. *Riesenhuber* (Fn. 11), Rn. 87 ff.; *Grigoleit*, *Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts*, AcP 210 (2010), 354, 369 ff.

¹¹ Vgl. EuGH v. 24.1.1991 – Rs. C-339/89 *Alsthom Atlantique*, Slg. 1991, I-107 Rn. 14 f. *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht* (2. Aufl. 2006), Rn. 92 ff.

¹² Art. 8 Abs. 3 GEK-VO soll nur die Teilrechtswahl ausschließen, nicht aber die Vorschriften des GEK insgesamt für zwingend erklären; s.a. Art. 1 Abs. 2 GEK.

¹³ Vgl. *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 371 f.

lichen Rechte ausgeht: In der Unterschiedlichkeit liegt nicht ohne weiteres eine Wettbewerbsverzerrung.

2. "Angleichung"

Selbst wenn man aber die Ziele des Verordnungsentwurfs als von Art. 114 AEUV gedeckt ansähe, könnte die Verordnung doch nicht auf diese Kompetenznorm gestützt werden, weil sie nicht auf eine "Angleichung" von Rechtsvorschriften gerichtet ist.

a) Grundsätze

Art. 114 AEUV kann durchaus auch als Rechtsgrundlage für Verordnungen dienen ("Maßnahmen"). Zudem ist anerkannt, dass sie auch einer "präventiven Rechtsangleichung" dienen kann: "Der Rückgriff auf Artikel 95 EG [jetzt Art. 114 AEUV] als Rechtsgrundlage ist auch möglich, um der Entstehung von Handelshemmnissen infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen, doch muss das Entstehen solcher Hemmnisse wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken."¹⁴ Das Regelungsmittel einer "Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten" enthält indes eine bewusste Beschränkung.

b) Anwendung auf die GEK-Verordnung

Die Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht soll nach dem Vorschlag der Kommission die mitgliedstaatlichen Rechte unberührt lassen. Es handelt sich beim GEK, in den Worten der Kommission, um ein "eigenständige[s], einheitliche[s] Regelwerk (...), das sowohl vertragsrechtliche als auch Verbraucherschutzvorschriften enthält und als zweite Vertragsrechtsregelung neben dem innerstaatlichen Vertragsrecht der Mitgliedstaaten anzusehen ist".¹⁵ Dass eine solche Regelung ihrer Natur nach nur auf Art. 352 AEUV und nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, hat der Gerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 hervorgehoben. Dort ging es um die Frage, auf welche Kompetenzgrundlage die Verordnung über die Europäische Genossenschaft (SCE) (SCE-VO) gestützt werden kann. Auch bei der SCE-Verordnung handelt es sich um ein optionales Instrument oder ein "28. Regime". Der Gerichtshof führt dazu aus:

"Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Inhalt und dem Ziel der angefochtenen Verordnung, dass damit eine neue Rechtsform geschaffen werden soll, die die natio-

¹⁴ EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-436/03 *Europäisches Parlament ./.* Rat, Slg. 2006, I-3733 Rn. 39.

¹⁵ KOM(2011) 635 endg., S. 11.

nen Genossenschaftsformen überlagert, was im Übrigen in der zwölften und in der vierzehnten Begründungserwägung der angefochtenen Verordnung aufgezeigt wird, wonach die Europäische Genossenschaft als europäische Rechtsform – mit besonderem Gemeinschaftscharakter – für Genossenschaften anzusehen ist."¹⁶

Zur Begründung hat der Gerichtshof maßgeblich darauf abgestellt, dass

- die Rechtsform in erster Linie durch die Verordnung geregelt wird;
- die Verordnung für die SCE besondere Gründungsvorschriften vorsieht und der SCE in besonderer Weise die grenzüberschreitende Sitzverlegung ermöglicht;
- und die SCE in allen Mitgliedstaaten als Genossenschaft anzuerkennen ist.
- Irrelevant sei insofern, dass die Verordnung die Rechtsform nicht umfassend regelt, sondern für manche Einzelheiten auf das mitgliedstaatliche Recht verweise.

Der Gerichtshof schließt daraus: "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."¹⁷

Diese Erwägungen zur SCE als optionalem Organisationsregime lassen sich ganz ebenso auf das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Transaktionsregime übertragen. Zwar sind Organisation und Transaktion unterschiedliche Dinge, doch kommt es darauf hier nicht an. Entscheidend ist nach der zitierten Rechtsprechung des EuGH am Ende schlicht, dass die hier vorgeschlagene Verordnung die bestehenden nationalen Rechte unverändert lässt und damit eine Angleichung der auf (grenzüberschreitende) Kaufverträge anwendbaren Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten nicht bezweckt. Sie verfolgt vielmehr das Ziel, ein neues Vertragsrechtsregime zu schaffen, das die nationalen Vertragsrechte überlagert.

c) *Immunisierung durch Richtlinienform?*

Diese Beurteilung lässt sich auch nicht durch den "technischen Trick" vermeiden, dass man, wie in der Vorbereitung von der Kommission erwogen, das GEK als Richtlinie verabschiedet.

¹⁶ EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-436/03 *Europäisches Parlament ./.* Rat, Slg. 2006, I-3733 Rn. 40. S.a. zur Schaffung neuer Titel im Immaterialgüterrecht EuGH v. 13.7.1995 – Rs. C-350/92 *Spanien ./.* Rat, Slg. 1995, I-1985 Rn. 23; EuGH v. 15.11.1994 – Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 Rn. 59. Da die Verwendung von Art. 308 EG (Art. 352 AEUV) voraussetzt, dass eine Kompetenz nach Art. 95 EG (Art. 114 AEUV) nicht gegeben ist, sind diese Entscheidungen, die eine Kompetenz für gemeinschaftsrechtliche Rechtstitel in Art. 308 EG begründen, in unserem Zusammenhang unmittelbar von Bedeutung. S. jetzt auch Art. 118 AEUV.

¹⁷ EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-436/03 *Europäisches Parlament ./.* Rat, Slg. 2003, I-3733 Rn. 44.

Der Inhalt der Richtlinie könnte nur darin liegen, ein der jetzt vorgeschlagenen Verordnung entsprechendes Gesetz zu erlassen, und zwar (abgesehen von den ausgelassenen Regelungsbereichen) ohne Spielräume. Ob die Rechtsform der Richtlinie in diesem Fall verwendet werden darf, kann man mit guten Gründen bezweifeln. Jedenfalls würde eine solche Richtlinie aber nicht eine Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften bewirken, sondern die Hinzufügung einer zusätzlichen Regelung.

d) *Ersetzbarkeit durch mitgliedstaatliche Gesetzgebung?*

Das GEK lässt sich – unabhängig von der Rechtsaktsform, in der es erlassen wird – auch nicht mit der Erwägung als Rechtsangleichung qualifizieren, dass es den Mitgliedstaaten möglich wäre, eine entsprechende Regelung im Wege der (ggf. parallelen) einzelstaatlichen Gesetzgebung herbeizuführen und es sich daher nur um eine "präventive Rechtsangleichung" handele.

Implizit hat der Gerichtshof in der SCE-Entscheidung zu dieser – von den Parteien im Verfahren erörterten – Erwägung bereits dadurch Stellung genommen, dass er ihr keine Bedeutung beigemessen hat. Er stellt allein darauf ab, ob nationale Vorschriften angeglichen (verändert) oder durch eine neue Rechtsform überlagert werden. Ausführlicher hatte sich GA *Stix-Hackl* der Frage gewidmet und sie als Frage von Zuständigkeiten und nicht von Inhalten gewürdigt. Sie schließt:

"Im vorliegenden Verfahren wäre das aber nicht die Zuständigkeit, Regelungen des Genossenschaftsrechts zu erlassen, sondern konkreter die Zuständigkeit zur Schaffung einer gemeinschaftsweiten Rechtsform auf dem Gebiet des Genossenschaftsrechts. Auf das Argument des Parlaments, wonach Artikel 95 EG [jetzt Art. 114 AEUV] die Schaffung neuer Strukturen erlaube, wenn damit Hindernisse beseitigt würden, die sich aus der eingeschränkten territorialen Wirkung des nationalen Rechts ergeben, ist zu entgegnen, dass es zwar zutreffen mag, dass Artikel 95 EG auch die Beseitigung räumlicher Grenzen des mitgliedstaatlichen Rechts erlaubt. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass Artikel 95 EG auch alle rechtlichen Maßnahmen, z.B. Verordnungen jedweden Inhalts, erfasst, mit denen solche Grenzen überwunden werden können. Gerade in Bezug auf die Schaffung gemeinschaftsweiter Strukturen ist das keineswegs klargestellt. Im Gegenteil: Die Schaffung solcher Strukturen, wie etwa die Schaffung neuer gesellschaftsrechtlicher Formen, wie die der SCE, ist dem Wesen nach die Schaffung von etwas Neuem. Das ist das wesentliche Charakteristikum der Verordnung über die SCE. Der damit verfolgte Zweck ist sekundär."¹⁸

So ist es aber auch hier: Es geht nicht um den Regelungsinhalt "Kaufvertragsrecht", sondern, wie schon der Titel ausweist, um die Regelungsstruktur eines "Gemeinsamen Europäischen

¹⁸ GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge v. 12.7.2005 – Rs. C-436/03 *Parlament ./.* *Rat*, Slg. 2006, I-3733 Rn. 95 f.

Kaufrechts", eines einheitlichen Instruments für den grenzüberschreitenden Verkehr. Nach den Plänen der Kommission ist das Kennzeichen des GEK, dass es (in seinem Anwendungsbereich) unabhängig von einem Günstigkeitsvergleich für grenzüberschreitende Verträge einheitlich anwendbar sein kann, und das ist eine Qualität, die einzelstaatliche Gesetzgebung nach der Rom I-Verordnung nicht erreichen kann.

V. Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 4 AEUV

1. Geeignetheit

Man muss bezweifeln, ob die vorgeschlagene Verordnung geeignet ist, das Hauptziel der Kommission zu erreichen, ein einheitliches Kaufrecht zu schaffen. Wesentliche, auch verbrauchervertragsrelevante Bereiche sind in dem Vorschlag nicht geregelt. Für diese kommt es auch bei Vereinbarung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach wie vor auf die Vorschriften des nach allgemeinen Kollisionsregeln anwendbaren Rechts an.

Nach Vorstellung der Kommission wird das GEK auf der Grundlage des gewählten oder objektiv berufenen nationalen Rechts vereinbart. Will der Unternehmer sein gesamtes grenzüberschreitendes Geschäft nach einheitlichen Regeln abwickeln, so muss er sein Heimatrecht wählen, das dann auf die im GEK nicht geregelten Sachfragen Anwendung findet. In den Fällen des Art. 6 Rom I-VO bleibt es für diese Sachfragen aber beim Günstigkeitsprinzip. Soweit daher in den vom GEK nicht geregelten Bereichen – z.B. die Gesetzes- und Sittenwidrigkeit, die Vertragssprache, die Abtretung oder die Aufrechnung – zwingende Verbraucherschutznormen enthalten sind, kann dem Verbraucher der Schutz seines Heimatrechts nicht entzogen werden. Das ist durchaus auch von praktischer Bedeutung.¹⁹

Weil das GEK der Ergänzung durch mitgliedstaatliches Recht bedarf und weil hier, wie anzunehmen ist, weithin aufgrund Rechtswahl das Heimatrecht des Unternehmers zur Anwendung kommen wird, ist aber auch die Eignung des Instruments zur Förderung des Verbrauchervertrauens in Frage gestellt. Die Vorstellung der Kommission ist ja, dass Verbrauchervertrauen in das GEK bestehe, da der Verbraucher dieses als sein "zweites" Heimatrecht wahrnehmen werde. In Wahrheit gibt es aber nicht ein, sondern 27 "Gemeinsame" Europäi-

¹⁹ S. z.B. BGH, NJW 2003, 3486 (§§ 134, 138 BGB als bei einem Verbrauchervertrag zwingende Normen; noch zu Art. 29 EGBGB).

sche Kaufrechte. Gerade die Vorspiegelung der Einheitlichkeit ("Gemeinsam") kann daher dazu führen, dass das Verbrauchervertrauen am Ende umso nachhaltiger enttäuscht wird.²⁰

2. Erforderlichkeit

a) *Rechtswahlfreiheit für Unternehmen (einschließlich KMU)*

Für Unternehmen herrscht nach der Rom I-VO Rechtswahlfreiheit, ihnen steht zudem mit dem Wiener UN-Kaufrecht bereits ein optionales Instrument zur Verfügung. Eine zusätzliche Option ist nicht erforderlich.

Das ergibt sich letztlich auch aus dem Vorschlag selbst. Denn danach soll der Anwendungsbereich des GEK im Unternehmerbereich auf Verträge beschränkt sein, an denen mindestens ein KMU beteiligt ist. Für nicht-KMU geht damit auch die Kommission davon aus, dass die Möglichkeiten der Rechtswahl, des CISG oder der materiell-rechtlichen Wahl ausreichen. Ein Sachgrund für diese Differenzierung zwischen KMU und nicht-KMU ist nicht ersichtlich. Die Abgrenzung ist willkürlich. So wie zwischen nicht-KMU ist auch bei Beteiligung eines KMU ein weiteres optionales Instrument nicht geboten.

Anderes ergibt sich auch nicht aus der – von der Kommission angestellten –²¹ Erwägung, KMU könnten sich bei der Rechtswahl nicht durchsetzen. Es ist nicht erkennbar, wie ein (weiteres) optionales Instrument die Verhandlungsposition der Unternehmen beeinflussen oder eine angenommene Marktschwäche ausgleichen sollte. Auch wenn ein zusätzliches optionales Instrument zur Verfügung steht, können nicht-KMU eine im Einzelfall gegebene Verhandlungsmacht weiter ausspielen und die Wahl eines bestimmten Rechts durchsetzen. Zudem wäre der Zweck, KMU zu fördern, als Industriepolitik von vornherein nicht von der Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV gedeckt.²²

b) *Acquis als grenzüberschreitender Höchststandard*

Die vorgeschlagene Verordnung ist zur Erreichung der verfolgten Zwecke aber auch nicht das mildeste Mittel und aus diesem Grund nicht erforderlich. Hauptziel der Verordnung ist, Unternehmern einen einheitlichen Handlungsrahmen für ihr (gesamtes) grenzüberschreitendes Geschäft zu geben. Entscheidend geht es darum, den Günstigkeitsvergleich von Art. 6

²⁰ Auch das Informationsblatt im Anhang II zum GEK dürfte nicht dazu geeignet sein, den Verbraucher über die "Besonderheiten und wichtigste Merkmale" des GEK (vgl. BE 23 GEK-VO) zu informieren und am Ende dazu führen, dass sein Vertrauen enttäuscht wird.

²¹ KOM(2011) 635 endg. S. 3.

²² Vgl. W.-H. Roth, Editorial, CMLR 48 (2011), 653-659.

Rom I-VO zu vermeiden, der dazu führt, dass sich Unternehmen auf eine Vielzahl von Rechtsordnungen einlassen müssen – z.B. bei der Gestaltung ihrer AGB. Die Kommission nimmt dabei in Kauf, dass der Verbraucher mit einem Schutzstandard konfrontiert wird, der hinter dem seines Heimatrechts zurückbleibt. Im Hinblick auf das allgemeine Vertragsrecht nimmt sie weiterhin in Kauf, dass ein Verbraucher umgehen muss mit

- (1) dem ihm fremden, weil nur für grenzüberschreitende Verträge anwendbaren Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht sowie
- (2) mit ergänzenden nationalen Regeln des nach IPR anwendbaren fremden nationalen Rechts.

Dieses Ergebnis ließe sich aber bereits dadurch erreichen, dass man den *acquis* des europäischen Verbrauchervertragsrechts zwar nicht für nationale Geschäfte, aber doch *für den grenzüberschreitenden Verkehr* zum Höchststandard erklärt.²³ Das würde bedeuten, dass die Mitgliedstaaten zwar weiterhin strengere Schutzvorschriften vorsehen können, jedoch nur für nationale Sachverhalte. Im grenzüberschreitenden Verkehr könnten die strengeren Regelungen Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten nicht entgegengehalten werden. Damit wäre im Hinblick auf das Verbraucherschutzrecht dasselbe Ergebnis erreicht wie durch das GEK. Was das allgemeine Vertragsrecht angeht, bliebe es bei dem nach IPR anwendbaren nationalen Recht. Von dem GEK-Modell unterscheidet sich das nur graduell, nicht qualitativ. Denn auch dort kommt, wie wir gesehen haben, in einigen Bereichen das nationale Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung. Im einen wie im anderen Fall bleibt es bei einer gewissen Disparität. Darauf können sich aber Unternehmer und Verbraucher gut einstellen, denn in diesem weitgehend "unpolitischen", technischen Bereich gilt die von *Zweigert* und *Kötz* begründete "Ähnlichkeitsvermutung" (*praesumptio similitudinis*)²⁴. Die Mitgliedstaaten können die allgemeinen Vorschriften ihrer Vertragsrechte daher mit guten Gründen gegenseitig als gleichwertig anerkennen.

Für den Unternehmer begründet auch dieses Modell ein einheitliches Rechtsregime für den grenzüberschreitenden Verkehr mit Verbrauchern. Dafür kann er ein beliebiges mitgliedstaatliches Recht – und natürlich auch sein Heimatrecht – wählen. Da das mitgliedstaatliche Recht dem *acquis* entsprechen muss und strengere Schutzvorschriften im grenzüberschreitenden Verkehr nicht angelegt werden dürfen, reicht das als einheitlicher Standard.

²³ So bereits *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999), §§ 1-3. S.a. *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), § 9.

²⁴ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 39.

VI. Rechtspolitischer Ausblick

Brauchen wir ein optionales Kaufrecht? – Diese rechtspolitische Grundfrage ist nach wie vor offen. Die Kommission hat sie nicht befriedigend beantwortet. Sie bezieht sich auf zwei von ihr in Auftrag gegebene Studien und hebt daraus nur die von den Befragten empfundene *Behinderung* durch disparate Vertragsrechte hervor.²⁵ Dabei darf man nicht übersehen, dass die ganz überwiegende Zahl der Befragten, nämlich gut drei Viertel, angeben, die unterschiedlichen Vertragsrechte hätten *keine oder höchstens minimale Auswirkungen* auf den grenzüberschreitenden Handel. Nur fünf bis acht Prozent haben den aus der Rechtsvielfalt resultierenden Fragen eine große Bedeutung beigemessen.²⁶

Bejaht man ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, so kann es nach unseren Vorüberlegungen nicht auf der Grundlage von Art. 114 AEUV verabschiedet werden, sondern allenfalls nach Art. 352 AEUV. Auf europäischer Ebene besteht der zentrale Unterschied darin, dass damit Einstimmigkeit im Rat erforderlich ist.²⁷ Das bedeutet praktisch gesehen, dass die Verabschiedung mehr Abstimmung und Zeit in Anspruch nehmen wird. Darin sollte man indes keinen Schaden sehen. Im Gegenteil. Liegt ein zentraler Fehler der bisherigen Vorbereitungen in dem zu großen Zeitdruck (s.o. II.), so besteht hier die Chance, die mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht verbundenen Sachfragen noch einmal eingehend zu erörtern, und zwar auf nationaler und europäischer Ebene.

Tatsächlich zeigt auch der Kommissionsvorschlag, dass die Sachdiskussion bislang unzureichend geführt wurde. Es ist bezeichnend, dass die Begründung der Kommission zwar die Verordnung und damit das strukturelle Konzept näher erläutert, nicht aber die materiellen Vorschriften des vorgeschlagenen Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.

Nicht nur die Ausgestaltung der Sachfragen, sondern auch der Zuschnitt eines solchen Instruments bedarf noch weiterer Untersuchung. Nach den hier angestellten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit ist der jetzt vorgeschlagene Zuschnitt des Gemeinsamen Europäischen

²⁵ KOM(2011) 635 endg. S. 2, 3 unter Bezug auf Eurobarometer 320 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen), 2011, S. 15, und Eurobarometer 321 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen und Verbrauchern), 2011, S. 19.

²⁶ Die Studien von Eurobarometer-Studien (vorige Fn.) werfen weitere methodische Fragen auf. So ist insbesondere nicht erkennbar, ob darin die spezifisch aus der Rechtsdisparität herrührenden Behinderungen isoliert wurden, in Abgrenzung insbesondere zu den aus der Sprachenvielfalt herrührenden Hindernissen.

²⁷ Zum deutschen Recht, s. § 8 IntVG.

Kaufrechts zu schmal, um den Zweck zu erreichen, ein einheitliches Kaufrechtsregime für den grenzüberschreitenden Verkehr einzurichten. – Wenn, dann richtig!

Die rechtspolitische Diskussion steht ganz am Anfang. Man sollte sich dafür genug Zeit nehmen. Aus disparaten Rechtstraditionen ein gemeinsames Kaufrecht zu schaffen, ist ein langfristiges Vorhaben. Nur eine ausgereifte Regelung kann die erhoffte Akzeptanz am Markt finden und die erhofften Impulse für den Binnenmarkt geben.