

Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

**Zum Verordnungsentwurf der Europäischen
Kommission vom 11. 10. 2011
KOM(2011) 635 endg.**

herausgegeben von

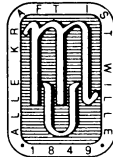
Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

Universitätsprofessorin in Wien

und

Dr. Brigitta Zöchling-Jud

Universitätsprofessorin in Wien



Wien 2012

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor in Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts* (2012) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeberinnen, Bearbeiter sowie des Verlags ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-03880-9

© 2012 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@MANZ.at
www.MANZ.at
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Geleitwort	III
Vorwort	V
Autorenverzeichnis	IX
Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen und Quellen	XIII
Teil I: Einführung und VO-Vorschlag	
<i>Johannes Stabentheiner</i>	
Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte.....	3
<i>Stefan Perner</i>	
Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art 1 – Art 16 VO-Entwurf)	21
Teil II: Der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (CESL)	
<i>Martin Schauer</i>	
Einleitende Bestimmungen (Teil I CESL-Entwurf)	43
<i>Brigitta Lurger</i>	
Zustandekommen eines bindenden Vertrages (Teil II CESL-Entwurf).....	63
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Regelungen über den Vertragsinhalt (Teil III CESL-Entwurf)	87
<i>Alexander Schopper</i>	
Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf)	107
<i>Wolfgang Faber</i>	
Dienstleistungsverträge (Teil V CESL-Entwurf)	147
<i>Bernhard A. Koch</i>	
Schadensersatz und Rückabwicklung (Teile VI und VII CESL-Entwurf)	225
<i>Brigitta Zöchling-Jud</i>	
Verjährungsrecht (Teil VIII CESL-Entwurf)	253
Teil III: Bewertung des Entwurfs durch die Praxis	
<i>Irmgard Griss</i>	
Stellungnahme zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht aus richterlicher Sicht	269
<i>Peter Csoklich</i>	
Europäisches Vertragsrecht und die österreichische Rechtsanwaltschaft.....	271

<i>Ludwig Bittner</i>	
Stellungnahme der Österreichischen Notariatskammer	281
<i>Elke Peck</i>	
Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich	289
<i>Ulrike Docekal</i>	
Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – Anmerkungen aus Verbrauchersicht	297
Anhang: Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	319

Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art 1 – Art 16 VO-Entwurf)

Stefan Perner

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Der Anwendungsbereich des VO-Entwurfs
 - A. Räumlicher Anwendungsbereich
 - B. Sachlicher Anwendungsbereich
 - C. Persönlicher Anwendungsbereich
- III. Anwendung des Instruments durch die Parteien
 - A. Fakultatives Vertragsrecht
 - B. Anforderungen an die Vereinbarung
 - C. Folgen der Vereinbarung
- IV. Rechtsetzungskompetenz
 - A. Art 114 AEUV
 - B. Art 352 AEUV
- V. Optionales Instrument und Grundfreiheiten
- VI. Ausblick

I. Einleitung

Lange Jahre wurde in der europarechtlichen Lehre intensiv über ein „Europäisches Zivilrecht“ diskutiert, die europäischen Institutionen haben aber nicht gehandelt. Die Zeiten haben sich geändert. Derzeit wird so rasch gehandelt, dass kaum mehr genug Zeit für eine ausführliche akademische Diskussion am Puls der Zeit bleibt: Die von der Kommission im Jahre 2010 eingesetzte *Expert Group on European contract law*¹ veröffentlichte nur ein Jahr später (Mai 2011) eine *feasibility study* zum Europäischen Vertragsrecht, die Regeln über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht enthielt.² Von den sieben im Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht³ angesprochenen Optionen, die von der bloßen Veröffentlichung der Ergebnisse der *Expert Group* bis hin zur VO zur Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuches reichten, hat sich die Kommission über den Sommer endgültig auf ein von den

¹ Kommissionsentscheidung vom 26. 4. 2010, ABl 2010 L 105/109.

² Siehe den Tagungsbericht von *Perner*, Am Vorabend eines Europäischen Vertragsrechts? Wien, 28. und 29. Juni 2011, ZEuP 2012, Heft 1.

³ Vom 1. 7. 2010, KOM (2010)348 endg.

Parteien wählbares Vertragsrecht festgelegt⁴ („Optionales Instrument“⁵) und bereits im Oktober 2011 einen VO-Entwurf vorgelegt, der in diesem Beitrag dargestellt wird.⁶

Die *feasibility study* der *Expert Group* ist als „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (CESL-Entwurf) in ihren Kernpunkten unverändert geblieben und zu einem Anhang des VO-Entwurfs geworden. Der VO-Entwurf enthält selbst keine Regeln über die Rechte und Pflichten der beteiligten (Kauf-)Vertragsparteien. Er legt vielmehr den Anwendungsbereich (siehe II.) fest, innerhalb dessen der CESL-Entwurf durch Vereinbarung (siehe III.) gewählt werden kann.

Ziel der Einführung eines CESL ist es nach Art 1 VO-Entwurf, die „Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern“ (Abs 1 leg cit). *Unternehmer* sollen durch die Verwendung einheitlicher Vertragsbestimmungen unnötige Kosten sparen können und gleichzeitig von einem hohen Maß an Rechtssicherheit profitieren (Abs 2 leg cit). *Verbraucher* sollen durch die Schaffung eines hohen Schutzniveaus zu Einkäufen im Ausland ermutigt werden (Abs 3 leg cit). Um es gleich vorwegzunehmen: Die komplizierten und unübersichtlichen Regeln des VO-Entwurfs vermögen nicht zur Erreichung des selbstgesteckten Ziels beizutragen. Dies ist in der Folge darzustellen.

II. Der Anwendungsbereich des VO-Entwurfs

Die Diskussion über den Anwendungsbereich eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts hatte sich vor allem um folgende Fragen gedreht⁷: Soll ein Optionales Instrument nur in zwischenstaatlichen Konstellationen oder auch bei Binnensachverhalten anwendbar sein (siehe A.)? Welche Verträge (Vertragstypen) soll ein Optionales Instrument sachlich erfassen (siehe B.)? Für

⁴ Siehe bereits *Reding*, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP 2011, 1.

⁵ Das Optionale Instrument wird häufig unter dem Kürzel „Blue Button“ vorgestellt (Button, weil optional, Blue, weil europäisch); siehe *Schulte-Nölke*, Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt, ZEuP 2011, 749, 749 ff; weiters *Martens*, Ein Knopf für den Binnenmarkt? oder: Vollharmonisierung durch den „Blue Button“? GPR 2010, 215; *W. Doralt*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? AcP 211 (2011) 1; *Busch*, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2011, 655.

⁶ Vgl zum VO-Entwurf bereits *Lando*, Comments and Questions Relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, ERPL 2011, 717.

⁷ Vgl zB die Stellungnahme des *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* (MPI), Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final, *RebelsZ* 75 (2011) 371, insb 398 ff.

wen sollten Optionale Regeln zur Verfügung stehen? Insbesondere: Sollen auch B2B-Verträge mit umfasst sein (siehe C.)?

Die genannten Fragen waren allesamt seit Langem umstritten, es gab und gibt bei allen gute Gründe für und gegen die eine oder die andere Lösung. Bereits das zeigt, dass die Kommission im Zuge des Entwurfs eines Optionalen Instruments zahlreiche schwierige Wertungsfragen zu entscheiden hatte. Es war daher keine Überraschung, dass beinahe jeder Regelungsvorschlag der Kommission in die Kritik des einen oder anderen *stakeholders* geraten würde. Manche der im VO-Entwurf enthaltenen Vorschläge folgen allerdings keiner klaren Linie und sind daher unabhängig davon als nicht geglückt einzustufen, welchem rechtspolitischen Konzept man eher zuneigt.

A. Räumlicher Anwendungsbereich

1. Grenzübergreifende Verträge

Art 4 (1) VO-Entwurf legt fest, dass das CESL (nur) für *grenzübergreifende Verträge* verwendet werden kann. Rein nationale Sachverhalte sollen also nicht erfasst sein. Dieses – bereits aus dem UN-Kaufrecht bekannte (Art 1 (1) UNK) – Regelungskonzept ist der Überlegung geschuldet, dass die Kommission mit ihrem Entwurf Hindernisse für grenzübergreifende wirtschaftliche Tätigkeiten beseitigen möchte (siehe Erwägungsgründe 1 und 13 VO-Entwurf). Für die Erreichung dieses Ziels reicht – so die Logik des VO-Entwurfs – die Schaffung *grenzübergreifenden Einheitsrechts* aus.

Der Begriff des grenzübergreifenden Vertrages wird nicht einheitlich definiert. Vielmehr differenziert Art 4 VO-Entwurf zwischen B2B- und B2C-Verträgen. *Zwischen Unternehmen* abgeschlossene Verträge sind grenzübergreifend, wenn die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, von denen mindestens einer ein Mitgliedstaat ist. Bei der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes nimmt der VO-Entwurf an Art 19 Rom I-VO⁸ Anleihe. Bei juristischen Personen ist also die Hauptverwaltung, bei natürlichen Personen der Geschäftssitz maßgebend (Abs 4), bei mehreren Niederlassungen kommt es auf die vertragsbezogene an (Abs 5), der Vereinbarungszeitpunkt entscheidet (Abs 6).

Wird der Vertrag hingegen *mit einem Verbraucher* abgeschlossen, kommt es für die Feststellung des Erfordernisses der Zwischenstaatlichkeit nicht auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers an. Maßgebend ist, ob sich die *Anschrift* des Verbrauchers, die *Lieferanschrift* oder die *Rechnungsanschrift* in einem anderen Staat als demjenigen befindet, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs 3 lit a); mindestens einer der beiden Staaten muss wieder ein Mitgliedstaat sein.

Beispiele: Kauft ein Verbraucher mit Wohnsitz in Österreich bei einem deutschen Unternehmer, kann das CESL daher gewählt werden. Gleiches gilt,

⁸ VO 593/2008/EG.

wenn der Verbraucher seinen Wohnsitz zwar ebenfalls in Deutschland hat, sich das Produkt aber zu seinem Ferienhaus nach Österreich liefern lässt. Eine Vereinbarung des CESL ist schließlich auch möglich, wenn das Ferienhaus des Verbrauchers in der Schweiz liegt.

2. Optionen der Mitgliedstaaten

Mit der im VO-Entwurf vorgesehenen Beschränkung des Anwendungsgebietes auf grenzübergreifende Verträge bleibt die Kommission auf halbem Weg zum Ziel stehen. Unternehmer könnten ihren Verträgen nicht „ein“ Kaufrecht zugrundelegen⁹, sondern müssten weiterhin zwischen nationalen und internationalen Verträgen differenzieren; für Verbraucher bestünden weiterhin Rechtsunterschiede zwischen Kaufverträgen im Inland und grenzüberschreitenden Vertragsabschlüssen. Mit gutem Grund gewährt der von der Projektgruppe *Restatement of European Insurance Contract Law* vorgelegte Entwurf der *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) den Parteien die Möglichkeit zur Wahl des Optionalen Versicherungsvertragsrechts daher unabhängig davon, ob es sich um einen innerstaatlichen oder einen grenzüberschreitenden Versicherungsvertrag handelt.¹⁰ Es wäre der Kommission zu empfehlen gewesen, in der Frage des räumlichen Anwendungsbereiches einen ähnlichen Weg wie die PEICL einzuschlagen und nationale Sachverhalte ebenfalls in das Optionale Instrument zu integrieren.¹¹

Dass der eigene Vorschlag nicht geglückt ist, dürfte die Kommission selbst erkennen. Sie versucht die Nachteile durch eine *an die Mitgliedstaaten gerichtete Erlaubnis* abzufedern: Sie dürfen beschließen, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch für Verträge verwendet werden darf, bei denen beide Vertragspartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt (bei Verbraucherverträgen: ihre Anschrift usw.) in demselben Mitgliedstaat haben (Art 13 (a) VO-Entwurf).

*Kompetenzverweisende Ermächtigungsnormen*¹² sind in der sekundärrechtlichen Rechtsetzung zwar nicht der Normalfall, kommen aber doch gelegentlich vor¹³ und sind zulässig. Da den Mitgliedstaaten ohnehin freistehen würde, die *materiell-rechtlichen Regeln des CESL* im innerstaatlichen Bereich zu übernehmen, läge die Bedeutung der Option – will man sie nicht zur kom-

⁹ Vgl. Erwägungsgrund 8 VO-Entwurf: Die Parteien sollten „die Möglichkeit haben, ihren Vertrag auf der Grundlage eines einzigen, einheitlichen Vertragsrechts, eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, zu schließen“.

¹⁰ Siehe *Heiss*, Introduction, in *Basedow et al.* (Hrsg.), *Principles of European Insurance Contract Law* (2009) lxiv (I 42).

¹¹ So die ganz überwiegende Ansicht, vgl. zB *MPI*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 420 ff; *Herresthal*, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, *EuZW* 2011, 7, 10; *Busch*, *EuZW* 2011, 655, 657.

¹² Begriff von *Mankowski*, Nationale Erweiterungen der Rechtswahl im neuen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, *VersR* 1993, 154, 155.

¹³ Speziell bei VO zB Art 7 (3) (2) Rom I-VO.

pletten Leeraussage verkommen lassen¹⁴ – vor allem in der Möglichkeit zur *Einbettung in das Europarecht*. Die Mitgliedstaaten haben damit die Option, den Anwendungsbereich der VO zu erweitern. Optiert ein Mitgliedstaat für eine Erstreckung des CESL auf nationale Sachverhalte, wäre zB dem EuGH auch eine Auslegungsfrage, die sich in einem rein nationalen Ausgangsverfahren stellt, jedenfalls vorzulegen und müsste man – anders als bei „herkömmlicher“ erweiternder Umsetzung¹⁵ – über seine Zuständigkeit gar nicht erst nachdenken.

3. Kritik

Die Kommission entscheidet sich für eine *halbe Lösung*, indem sie die Entscheidung über die Aufnahme nationaler Sachverhalte an die Mitgliedstaaten delegieren möchte. Warum verzichtet sie nicht von vornherein auf das Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit? Das mag an der Befürchtung liegen, es bestehe keine *Rechtsetzungskompetenz* für die Schaffung eines Europäischen Kaufrechts in rein nationalen Konstellationen, weil diese keinen Bezug zum Binnenmarkt aufweisen.¹⁶ Die Furcht wäre indes unbegründet. Das Regelungsziel der Angleichung und vor allem der Vereinfachung wird durch den Ausschluss nationaler Sachverhalte verfehlt, nationale Sachverhalte sind von internationalen überdies oft nur schwierig abzugrenzen. Die Wirksamkeit der Rechtsangleichungsmaßnahme macht eine Erstreckung auf nationale Sachverhalte nötig.¹⁷ Der von Art 114 AEUV vorausgesetzte Binnenmarktbezug ist zu bejahen.¹⁸

Das Regelungskonzept des VO-Entwurfs wäre aber selbst dann nicht glücklich, wenn die Aufnahme innerstaatlicher Sachverhalte in das geplante Instrument – entgegen der hier vertretenen Ansicht! – tatsächlich nicht von der Rechtsetzungskompetenz der Union umfasst wäre. Kann der Unionsgesetzgeber innerstaatliche Sachverhalte nicht regeln, dann ist nämlich auch die Schaffung einer Optionsregel – die ja ebenfalls eine Aussage über innerstaatliche Sachverhalte trifft – nicht möglich. Außerdem wäre es nach dieser Logik auch nicht folgerichtig, Lieferungen in einen Drittstaat in den Anwendungsbereich des Instruments aufzunehmen.

Zusammengefasst sollte *vom Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit abgesehen werden*. Entscheidet sich der Unionsgesetzgeber in der Zukunft für ein Optionales Instrument in Verordnungsform, sollte es unabhängig von der Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten von vornherein auch für rein nationale Sachverhalte zur Verfügung stehen.

¹⁴ Diese Vorgangsweise wäre methodisch nicht vorzugswürdig: Siehe nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 445.

¹⁵ Dazu jüngst *Perner*, Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen Verbraucherrechts, ZfRV 2011, 225, insb 229 f.

¹⁶ Zur Kompetenzfrage siehe noch ausführlich unten IV.

¹⁷ *W.-H. Roth*, Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401, 413.

¹⁸ Siehe noch unten IV.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Kaufverträge

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht soll – *nomen est omen* – sachlich vor allem Kaufverträge umfassen. Was ein Kaufvertrag ist, definiert Art 2 (k) VO-Entwurf. Hervorzuheben ist, dass nach der *Legaldefinition* Verträge über unkörperliche Gegenstände (zB Forderungen), den Erwerb von Liegenschaften, Strom und Erdgas (lit h) sowie im Zuge einer Zwangsversteigerung (lit k) nicht umfasst sind. Ein Kaufvertrag liegt überdies nur vor, wenn der Verkäufer Unternehmer ist.¹⁹ Dass der Vertrag im Fernabsatz geschlossen wird, wird zwar faktisch (aufgrund des Erfordernisses des grenzübergreifenden Vertrages) oft zu bejahen sein, ist aber keine zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des CESL-Entwurfs.

Von der Definition sind auch Kaufverträge umfasst, bei denen der *Kaufpreis kreditiert* wird. Art 6 (2) VO-Entwurf *schließt* die Vereinbarung des Optionalen Instruments bei Kaufverträgen aber *aus*, bei denen „der Unternehmer dem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer vergleichbaren Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.“ Die (vollharmonisierenden) Regeln des Europäischen Verbraucherkreditrechts, die in diesen Konstellationen einschlägig sind (siehe Art 3 (c) RL 2008/48/EG), sollen vorgehen.²⁰

Kaufverträge enthalten manchmal noch Elemente anderer Vertragstypen (*Mischverträge*). Art 6 (1) VO-Entwurf *schließt* die Vereinbarung des CESL in diesen Fällen grundsätzlich aus. Eine Ausnahme macht der VO-Entwurf aber, wenn auf der Grundlage des Kaufvertrages auch bestimmte Dienstleistungen (siehe Art 2 (m) VO-Entwurf) erbracht werden sollen. Das CESL soll auch in diesem Fall für den (einheitlichen) Vertrag vereinbart werden können.

2. Digitale Inhalte

Entgegen dem Konzept der *feasibility study* hat sich die Kommission – wie von vielen Vertretern der Lehre vorgeschlagen²¹ – entschieden, auch Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte in den Anwendungsbereich des VO-Entwurfs zu integrieren. Die beispielhafte Aufzählung in Art 2 (j) VO-Entwurf nennt etwa Video- und Audioinhalte (zB Musikdateien), digitale Spiele und Software. Verträge über digitale Inhalte fallen unabhängig davon in den sachlichen Anwendungsbereich des Entwurfs, ob sie auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden oder nicht. Wie bei Kaufverträgen ist die Vereinbarung des CESL auch hier bei Mischverträgen grundsätzlich ausgeschlossen, außer es sollen mit der Bereitstellung digitaler Inhalte verbundene Dienstleistungen (siehe Art 2 (m) VO-Entwurf) erbracht werden.

¹⁹ Vgl auch unten C.1.

²⁰ Konsequenter soll das CESL bei Dauerlieferverträgen gewählt werden können (Art 6 (2) VO-Entwurf; vgl Art 3 lit c RL 2008/48/EG).

²¹ Vgl zB den Nachweis bei *Perner*, ZEuP 2012, Heft 1.

Die Bereitstellung digitaler Inhalte erfolgt nach Auffassung der Kommission häufig gegen *nicht geldwerte Gegenleistungen* wie zB die Einräumung des Zugangs zu persönlichen Daten oder auch *ohne Gegenleistung* im Rahmen einer Marketingstrategie, die auf der Erwartung basiere, dass der Verbraucher später anspruchsvollere Inhalte erwerbe (so Erwägungsgrund 18 VO-Entwurf). Dies und der Umstand, dass mangelhafte Inhalte die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schädigen können, hat die Kommission dazu bewogen, die Vereinbarung des CESL bei digitalen Inhalten *unabhängig davon* zu ermöglichen, ob die Bereitstellung gegen *Zahlung eines Preises* erfolgt oder nicht (Art 5 (b) VO-Entwurf).

Die vermeintlichen Sonderkonstellationen gibt es natürlich aber auch bei Verträgen über bewegliche körperliche Sachen. Entweder man integriert Tauschverträge (Gegenleistung besteht nicht in Geld) und „unentgeltliche Lockverträge“ dann allgemein in ein Optionales Instrument, oder man lässt sie vollständig draußen. Die Begründung der Kommission vermag daher *nicht zu überzeugen*.

3. Verbundene Dienstleistungsverträge

Dienstleistungsverträge fallen grundsätzlich nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des VO-Entwurfs. Eine Ausnahme macht die Kommission, wenn Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag erbracht werden sollen. Der VO-Entwurf bezeichnet dies als verbundenen Dienstleistungsvertrag. Handelt es sich dann um einen einheitlichen Vertrag, soll das CESL vereinbart werden können (Ausnahme vom Ausschluss der Mischverträge, siehe oben 1.). Werden die Dienstleistungen aufgrund eines eigenen Vertrags erbracht, kann das CESL auch *für den verbundenen Dienstleistungsvertrag* vereinbart werden.

Der Begriff ist *sehr eng* gefasst (Art 2 (m) VO-Entwurf): Dienstleister iSD VO-Entwurfs ist nur der Veräußerer von Waren (oder digitaler Inhalte); die Dienstleistung muss sich stets auf die verkaufte Ware (den digitalen Inhalt) beziehen; erst später abgeschlossene Dienstleistungsverträge (zB über die Wartung der Kaufsache) fallen selbst dann nicht in den Anwendungsbereich, wenn der Veräußerer Vertragspartner ist. Explizit ausgenommen sind jedenfalls Transportleistungen, Schulungen, Unterstützungsleistungen im Telekommunikationsbereich und Finanzdienstleistungen.

4. Regelungsumfang

In den sachlichen Anwendungsbereich des Optionalen Instruments fallen also Kaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und verbundene Dienstleistungsverträge. Welche Rechtsfragen klärt der CESL-Entwurf nun, wenn er einen Vertrag sachlich erfasst?

Absicht der Kommission ist es, den *Lebenszyklus des Vertrages* zu regeln (vgl. Erwägungsgrund 26 VO-Entwurf). Tatsächlich umfasst der CESL-Entwurf mehr als nur Bestimmungen über (Haupt-)Leistungspflichten der Vertragsparteien und die Rechtsbehelfe bei nicht vertragsgemäßer Leistung

(Kauf, digitale Inhalte: Teil IV; verbundene Dienstleistungen: Teil V). Es finden sich vielmehr auch die vorvertraglichen Informationspflichten, der Vertragsabschlussmechanismus, Widerrufsrechte (des Verbrauchers), Regeln über Willensmängel (Zustandekommen eines bindenden Vertrags: Teil II); Bestimmungen über Auslegung und Inhalt des Vertrages sowie über „unfaire“ Vertragsbestimmungen, vor allem in AGB (Bestimmung des Vertragsinhalts: Teil III); das vertragliche Schadenersatzrecht (Teil VI); ein Teil (VII) über die Rückabwicklung sowie einer über die Verjährung (Teil VIII). Der CESL-Entwurf ist damit hinsichtlich seines sachlichen Regelungsumfanges *deutlich weiter als zB das UN-Kaufrecht*.

Man sollte allerdings nicht der Fehlvorstellung unterliegen, dass die Wahl des Optionalen Instruments das nationale Privatrecht, zu dem es eine Alternative bieten soll, vollständig obsolet machen würde.²² Eine Vielzahl von Problemen, die im Verhältnis der beteiligten Parteien auftreten können, ist vom Anwendungsbereich des CESL-Entwurfs ausgenommen. Erwägungsgrund 27 VO-Entwurf gibt einen guten Überblick über die *ungeregelten Aspekte*: Dazu gehören vor allem die Fragen nach der Rechtspersönlichkeit, der Geschäftsunfähigkeit und ihrer Auswirkungen, der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit (abgesehen von AGB), der Stellvertretung, der Schuldner- und Gläubigermehrheiten, des Parteienwechsels und der Zession, der Aufrechnung und des Eigentumsüberganges. Für diese Fragen wären auch bei wirksamer Vereinbarung des CESL weiterhin die nach kollisionsrechtlichen Regeln anwendbaren, nationalen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen einschlägig.

C. Persönlicher Anwendungsbereich

1. B2C und B2B

Das CESL darf nach Art 7 (1) VO-Entwurf nur verwendet werden, wenn der *Verkäufer* der Ware (oder derjenige, der den digitalen Inhalt bereitstellt) *Unternehmer* ist. Wer Waren (digitale Inhalte) privat verkauft (bereitstellt), kann das CESL nach dem VO-Entwurf daher nicht vereinbaren. Das CESL ist hingegen sowohl anwendbar, wenn der *Käufer* (Erwerber digitaler Inhalte) *Unternehmer* ist, als auch bei Verbraucherverträgen.²³

Verbraucherverträge sind vom Anwendungsbereich des VO-Entwurfs umfasst. Dadurch unterscheidet sich das Regelungskonzept des VO-Entwurfs von dem des UN-Kaufrechts, das grundsätzlich nur B2B-Verträge umfasst (Art 2 (a) UNK). Im Bereich des Verbraucherrechts existieren einschlägige RL der Union.²⁴ Der VO-Entwurf geht daher selbst ebenfalls von einem hohen

²² Zur Füllung von Regelungslücken *innerhalb des Instruments* siehe zB Busch, EuZW 2011, 655, 660.

²³ Die Begriffe *Unternehmer* und *Verbraucher* werden in Art 2 (e) und (f) VO-Entwurf definiert.

²⁴ Vor allem: Klausel-RL 93/13/EWG; Verbrauchsgüterkauf-RL 99/44EG; Haustürgeschäfte-RL 85/577/EWG; Fernabsatz-RL 97/7/EG. Die beiden letztgenannten RL

Verbraucherschutzniveau aus, damit kein Anreiz besteht, das unionsrechtlich vorgegebene Schutzniveau durch die Wahl des CESL zu unterlaufen (vgl. Erwägungsgrund 12 VO-Entwurf).

Der *Erwerb* von Waren oder digitalen Inhalten *durch Unternehmer* ist ebenfalls vom VO-Entwurf erfasst. Auch in diesem Bereich würde das CESL nicht nur mit autonomem nationalem Recht konkurrieren. Zwischenstaatliche Kaufverträge zwischen Unternehmern werden nämlich grundsätzlich auch vom UN-Kaufrecht erfasst.²⁵ Für Verträge zwischen Unternehmern enthält der VO-Entwurf allerdings eine Einschränkung: Das CESL soll nur vereinbart werden können, wenn *mindestens eine der beteiligten Parteien – also Verkäufer oder Käufer – ein kleines oder mittleres Unternehmen* (KMU: Definition in Art 7 (2) VO-Entwurf) ist.

Die Einschränkung ist für die Vertragsparteien nicht von großer praktischer Relevanz, weil man zwei Großunternehmer nicht daran hindern kann, ihrer Vereinbarung die *Inhalte des CESL* zugrunde zu legen. Die geringen praktischen Konsequenzen ändern aber nichts daran, dass sich der von der Kommission beschrittene Weg Kritik gefallen lassen muss. Man kann hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches sicher geteilter Meinung sein und *verschiedene Ansätze mit guten Gründen* vertreten. ZB könnte man B2B-Verträge vollständig aus dem Optionalen Instrument nehmen, wofür angesichts der Vertragsfreiheit in diesem Bereich und des Umstandes, dass mit dem UN-Kaufrecht bereits Einheitsrecht existiert, einiges spräche.²⁶ Auch für die entgegengesetzte Lösung²⁷ ließen sich Argumente finden. So könnte man B2B-Verträge in das Optionale Instrument integrieren und für das Schutzniveau zwischen B2C und B2B unterscheiden. Der Verkäufer könnte selbst entscheiden, in welchen Fällen er für das CESL optiert. Sogar eine „Mischlösung“ wäre möglich. Denkbar wäre etwa ein „Käuferschutzrecht“, das von einem hohen Schutzstandard ausgeht und neben „klassischen“ Verbrauchern auch KMU einbezieht. Innerhalb dieser Lösung könnte man dann immer noch entscheiden, ob man den Anwendungsbereich für große Unternehmen öffnet oder nicht. Die Kommission hat sich für keinen der vorgezeichneten Wege entschieden. Was sie tut, ist *rechtspolitisch unhaltbar* und lässt sich mit sachlichen Gründen nicht erklären.

werden mit Wirkung von 13. 6. 2014 durch die Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU abgelöst (Art 31 Verbraucherrechte-RL).

²⁵ Siehe noch III. C.

²⁶ Kritisch zu einem Optionalen Instrument für B2B-Verträge *Whittaker*, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, ERCL 2011, 371, 393 f.

²⁷ Dafür zB MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 416 ff; *W. Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 19 f; *Herresthal*, *EuZW* 2011, 7, 10.

2. Optionen der Mitgliedstaaten

Die Kommission dürfte – wie beim Merkmal der Zwischenstaatlichkeit²⁸ – erkennen, dass ihre Entscheidung problematisch ist. Sie entscheidet sich dafür, die Verantwortung für die Korrektur des misslungenen Regelungskonzepts abzuschieben. Gem Art 13 (b) VO-Entwurf soll ein Mitgliedstaat nämlich beschließen können, dass das CESL auch für Verträge verwendet werden darf, an denen *nur Großunternehmen* beteiligt sind.

Da *Kaufverträge zwischen Verbrauchern* (C2C-Verträge) weder vom Anwendungsbereich des VO-Entwurfs umfasst sind, noch in der Optionsregel (Art 13 VO-Entwurf) erwähnt werden, drängt sich eine Frage auf: Darf der Mitgliedstaat beschließen, dass das CESL für Verträge verwendet werden darf, an denen nur Verbraucher beteiligt sind?

Für die Beantwortung der Frage ist zu differenzieren. Der Mitgliedstaat hat natürlich wie stets die Möglichkeit zum *autonomen Nachvollzug* des europäischen Rechtsaktes außerhalb seines Anwendungsbereichs. Sähe man das anders, müsste man aus der Erlaubnisregel zugleich ein implizites Verbot (der autonomen Erweiterung) herauslesen. Eine solche Sperrbestimmung wäre jedoch nicht nur kompetenzrechtlich höchst problematisch, sie dürfte vielmehr schon gar nicht die Intention der Kommission sein. Die Mitgliedstaaten haben mangels expliziter Erlaubnis in Art 13 VO-Entwurf nicht die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der VO auf C2C-Verträge zu erweitern. Jeder Mitgliedstaat soll aber (natürlich) weiterhin entscheiden können, die im CESL enthaltenen materiell-rechtlichen Regeln auf Verträge zwischen Verbrauchern anwendbar zu machen.

III. Anwendung des Instruments durch die Parteien

A. Fakultatives Vertragsrecht

Der VO-Entwurf möchte das CESL in das nationale Recht integrieren. Es würde damit „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (Art 288 (2) AEUV) gelten und Bestandteil des nationalen Rechts werden. Die im VO-Entwurf enthaltenen materiell-rechtlichen Regeln (= CESL-Entwurf) haben allerdings fakultativen Charakter (Art 3 VO-Entwurf). Das CESL soll nämlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien seine Anwendung vereinbaren (*Opt in*-Lösung). Die Vereinbarung ist nicht mit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zu verwechseln. Nach dem vorgeschlagenen Konzept wird die Wahl durch die Parteien vielmehr innerhalb des innerstaatlichen Rechts getroffen, das kollisionsrechtlich anwendbar ist (vgl Erwägungsgrund 10 VO-Entwurf). Den Parteien wird also eine Alternative zur Verfügung gestellt, die sie statt

²⁸ Oben A.

dem nationalen Recht vereinbaren können („zweites Kaufrecht“, siehe Erwägungsgrund 9 VO-Entwurf).²⁹

Da die VO europaweit gelten soll, hätte die Unterscheidung vor allem Bedeutung, wenn ein *Drittstaat* involviert ist. Verkauft zB ein österreichischer Unternehmer einem Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Waren, verweist Art 6 (1) Rom I-VO auf Schweizer Recht³⁰, das keine Wahlmöglichkeit für das CESL eröffnet (außer die Schweiz entscheidet sich für den autonomen Nachvollzug des Rechtsaktes). Die Vereinbarung des CESL wäre allerdings dennoch durch *zweistufige Wahl* möglich: Zunächst könnten die Parteien österreichisches Recht durch Rechtswahl anwendbar machen und anschließend innerhalb des österreichischen Rechts in das CESL optieren.³¹

B. Anforderungen an die Vereinbarung

Was müssen die Parteien tun, um ihrem Vertrag das Optionale Instrument zugrunde zu legen? Bei *Verträgen zwischen Unternehmern* kann die Anwendung des gesamten Instruments, einzelner seiner Teile oder einzelner Bestimmungen vereinbart werden (arg Art 8 (3) VO-Entwurf *e contrario*). Für die Frage, wie die Vereinbarung aussehen muss, verweist Art 8 (1) VO-Entwurf auf die „einschlägigen Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts“. Dabei handelt es sich um die Vorschriften des CESL-Entwurfs über das Zustandekommen von Vereinbarungen (Kapitel 3: „Vertragsschluss“).

Anders ist die Lage bei *Verbraucherverträgen*. Gegenüber einem Verbraucher soll das CESL nur „in seiner Gesamtheit“ – also *ganz oder gar nicht* – verwendet werden dürfen (Art 8 (3) VO-Entwurf). Das ist gut nachvollziehbar, weil das Verbraucherschutzniveau des CESL-Entwurfs nicht durch eine selektive Anwendung einzelner Bestimmungen untergraben werden können soll (so explizit Erwägungsgrund 24 VO-Entwurf).

Auch *inhaltlich* legt der Entwurf allerdings *hohe Anforderungen* an die Vereinbarung des CESL in Verbraucherkaufverträgen. Gem Art 8 (2) VO-Entwurf ist sie nur gültig, „wenn der Verbraucher hierin ausdrücklich und gesondert von seiner Erklärung, mit der er dem Vertragsschluss zustimmt, einwilligt.“³² Dieses Erfordernis lässt insb eine Vereinbarung des Optionalen Instruments in AGB scheitern. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vereinbarung ist nach Art 9 (1) VO-Entwurf außerdem, dass der Unternehmer den

²⁹ *Busch*, EuZW 2011, 655, 656 und *Schulte-Nölke*, ZEuP 2011, 749, 754 sprechen in diesem Fall zutreffend von einer „einheitsrechtlichen Lösung“. Siehe auch *Lehmann*, Europäisches Vertragsrecht – 28th oder 2nd Regime? GPR 2010, 261.

³⁰ Voraussetzung für die objektive Anknüpfung am Recht der Schweiz wäre natürlich, dass der Unternehmer seine Tätigkeit *in der Schweiz ausübt* oder seine Tätigkeit zumindest *auf die Schweiz ausrichtet*, vgl die Bedingungen des Art 6 (1) (a) und (b) Rom I-VO.

³¹ Freilich wäre dann noch der in Art 6 (2) Rom I-VO angeordnete *Günstigkeitsvergleich* anzustellen.

³² Der Unternehmer hat dem Verbraucher eine Bestätigung dieser Vereinbarung auf einem *dauerhaften Datenträger* zu übermitteln (Art 8 (3) VO-Entwurf).

Verbraucher vor seiner Einwilligung in die Verwendung des CESL mittels „Standard-Informationsblattes“ (= Anlage 2 zum Anhang I des VO-Entwurfs) über die wichtigsten Verbraucherrechte informiert.³³

Fraglich ist, ob die Kommission hier nicht in zweifacher Weise übers Ziel hinaus schießt: *Erstens* scheint das Erfordernis der „ausdrücklichen“ und „gesonderten“ Einwilligung des Verbrauchers etwas überzogen. Wenn sich das CESL ohnehin durch ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ (Erwägungsgrund 11 VO-Entwurf) auszeichnet, stellt sich nämlich die Frage, wieso der Verbraucher vor seiner Anwendung, die für ihn nicht nachteilig ist, derart stark geschützt werden muss.³⁴

Zweitens scheint es nicht sehr gelungen, dass die fehlende Übermittlung des Standard-Informationsblattes die Vereinbarung des CESL hindern soll. Dies aus folgender Erwägung: Mit dem Informationsblatt soll der Verbraucher nicht darüber aufgeklärt werden, dass er der Verwendung des Optionalen Instruments zustimmt (dazu dient die „gesonderte Vereinbarung“), sondern über seine Rechte aus dem CESL. Dann erscheint es aber systemkonformer, die Vereinbarung des Optionalen Instruments wirksam sein zu lassen und die Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht mit Schadenersatzansprüchen *innerhalb des Instruments* zu sanktionieren. Die derzeit geplante scheint der eben vorgestellten Lösung nicht überlegen. Der VO-Entwurf überlässt die Sanktionierung der Aufklärungspflichtverletzung zwar grundsätzlich dem nationalen Recht, kann aber doch nicht ganz „loslassen“ und ordnet daher in Art 10 VO-Entwurf an, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen für den Verstoß des Unternehmers gegen seine Aufklärungspflichten festlegen.

C. Folgen der Vereinbarung

Art 11 VO-Entwurf regelt die „Folgen der Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts“ und trifft eine auf den ersten Blick ganz selbstverständliche Aussage: Haben die Parteien die Verwendung des Optionalen Instruments wirksam vereinbart, so ist für die darin geregelten Fragen (natürlich) nur das CESL, nicht das sonst anwendbare – durch Vereinbarung gerade abgewählte – nationale Recht maßgebend. Zwei Aspekte verdienen in diesem Zusammenhang dennoch eine Beachtung:

Bei *Verbraucherverträgen* führt die Wahl des CESL dazu, dass auch – und gerade – das sonst anwendbare nationale Verbraucherschutzrecht abbedungen wird. Durch Parteienvereinbarung werden daher an sich *zwingende nationale* Bestimmungen abbedungen. Das ist zwar eine logische Folge der Wahls des CESL, ist aber zur Vermeidung von Missverständnissen eigens zu erwähnen und erklärt, wieso der VO-Entwurf ebenfalls großen Wert auf darauf legt, selbst von einem hohen Verbraucherschutzniveau auszugehen (siehe Erwägungsgrund 11 VO-Entwurf).

³³ Für Details zur Übermittlung des Informationsblattes siehe Art 9 (1) und (2) VO-Entwurf.

³⁴ Überzeugend *Busch*, EuZW 2011, 655, 659.

Bei *Verträgen zwischen Unternehmern* konkurriert der VO-Entwurf grundsätzlich mit dem UN-Kaufrecht. Im Ergebnis können die beiden Instrumente jedoch nicht nebeneinander zur Anwendung kommen. Optieren die Parteien in das CESL, so ist dies zugleich als stillschweigende Vereinbarung über den Ausschluss der Anwendung des UN-Kaufrechts³⁵ zu verstehen (so auch Erwägungsgrund 25 VO-Entwurf). Scheitert die Vereinbarung des CESL hingegen, bleibt es (nur) bei der Anwendung des UN-Kaufrechts. Im Hinblick auf die völkerrechtliche Verbindlichkeit des UN-Kaufrechts könnte es problematisch sein, dass der VO-Entwurf die Parteien geradezu „einlädt“, das Wiener Kaufrecht abzuwählen. Allerdings ist die geplante VO über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ja doch ein Schritt, der dazu „beitragen würde, die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern“ (so die Präambel zum UN-Kaufrecht). Insofern kann nicht davon gesprochen werden, dass die dem UN-Kaufrecht zugrunde liegenden Zielsetzungen durch Verabschiedung des CESL torpediert würden.

IV. Rechtsetzungskompetenz

Die Union kann bekanntlich „nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig [werden], die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben.“ (Art 5 (2) EUV; *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*). Es bedarf also einer Kompetenzgrundlage für die Verabschiedung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts in der geplanten Verordnungform. Stützt sich der Unionsgesetzgeber nicht auf eine geeignete Kompetenzgrundlage, kann dies im Rahmen einer Nichtigkeitsklage oder auch eines Vorabentscheidungsverfahrens releviert werden; der EuGH hat den angefochtenen Rechtsakt dann für nichtig zu erklären.³⁶ Die sorgfältige und begründete Wahl der Rechtsgrundlage, die in der europarechtlichen Praxis häufig nicht stattfindet³⁷, ist daher von hoher Bedeutung.

A. Art 114 AEUV

Die Kommission stützt sich im VO-Entwurf auf Art 114 AEUV.³⁸ Die Bestimmung ermächtigt zur Setzung von „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.“ Bil-

³⁵ Dies ist nach Art 6 UN-Kaufrecht zulässig, vgl nur *Siehr in Honsell* (Hrsg), Kommentar zum UN-Kaufrecht² (2010) Art 6 Rn 6 f.

³⁶ Vgl nur EuGH 5. 10. 2000 Rs C-376/98 (Deutschland/Parlament und Rat; „Tabakwerbeverbot“) Slg 2000 I-8419.

³⁷ MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 386.

³⁸ Monographisch dazu *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art 94, 95 EG-Vertrag (2004).

det Art 114 AEUV eine geeignete Kompetenzgrundlage für das geplante Optionale Instrument?³⁹

Auszugehen ist davon, dass die Rechtsetzungskompetenz nicht schon deshalb gegeben sein kann, weil die nationalen Rechte verschieden sind.⁴⁰ Rechtsangleichung ist erstens kein Selbstzweck⁴¹, und zweitens wäre eine schrankenlose Kompetenz mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unvereinbar.⁴²

Das führt zur Frage, was Art 114 AEUV mit dem „Funktionieren des Binnenmarktes“ meint. Nach der Judikatur des EuGH sind *Hemmnisse für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten* oder *spürbare Wettbewerbsverzerrungen* Voraussetzungen für die Begründung der binnenmarktbezogenen Kompetenzen.⁴³ Diese Kriterien hat der Gerichtshof aus dem Katalog der Gemeinschaftstätigkeit des Art 3 (1) EGV idF vor Lissabon hergeleitet, der die Grundfreiheiten als zentrale Elemente des Binnenmarktes definierte (lit c) und von einem „System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (lit g), sprach.⁴⁴ Diese Judikatur wird man für die Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon übernehmen können, der an der Definition des Binnenmarktes inhaltlich nichts ändert.

Die genannten Kriterien werden eng ausgelegt: Nach der Rsp des Gerichtshofs können unterschiedliche Herstellungskosten für Unternehmer aufgrund verschiedener Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten eine Rechtsangleichung zwar rechtfertigen.⁴⁵ Dass aber zB Werbeagenturen, die in Mitgliedstaaten mit einer weniger restriktiven Werberegulation ansässig sind, hinsichtlich der Gewinnerzielung begünstigt sind, wirke sich auf den Wettbewerb nur entfernt und mittelbar aus und führe daher nicht zu *spürbaren Wettbewerbsverzerrungen*.⁴⁶

Die Bezugnahme des Gerichtshofs auf die *Grundfreiheiten* wird von der herrschenden Ansicht⁴⁷ als Gleichschaltung mit deren Anwendungsbereich verstanden.⁴⁸ Damit ist gemeint, dass die Rechtsangleichungskompetenzen nicht eingreifen, wenn die Grundfreiheiten nicht anwendbar sind. Handle es sich daher bei dem anzuleichenden Regelungskomplex um eine „Vertriebs-

³⁹ Dies verneinend MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 388.

⁴⁰ *Grigoleit*, *Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts*, AcP 210 (2010) 354, 365 f.

⁴¹ *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 408; *Grigoleit*, AcP 210 (2010) 354, 365 f.

⁴² EuGH Rs C-376/98 (Tabakwerbeverbot) Rn 83, 87. Siehe bereits 17. 3. 1993 Rs C-155/91 (Kommission/Rat; „Abfall-RL“) Slg 1993 I-939 Rn 19 f. Ausführlich *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 407 ff.

⁴³ EuGH Rs C-376/98 (Tabakwerbeverbot) Rn 96 ff, 106 ff.

⁴⁴ Vgl *Grigoleit*, AcP 210 (2010) 354, 366.

⁴⁵ EuGH Rs C-376/98 (Tabakwerbeverbot) Rn 109.

⁴⁶ EuGH Rs C-376/98 (Tabakwerbeverbot) Rn 109.

⁴⁷ Ausführlich *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art 94, 95 EG-Vertrag 197 ff.

⁴⁸ *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art 94, 95 EG-Vertrag 196.

modalität“ im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung⁴⁹, so bestehe keine Angleichungskompetenz.⁵⁰

Vor dem geschilderten Hintergrund scheint es äußerst zweifelhaft, dass Art 114 AEUV eine geeignete Rechtssetzungsgrundlage für die geplanten Maßnahmen bildet: Vor allem sind gewichtige Einwände gegen die Abstützung der Regeln für Kaufverträge *zwischen Unternehmern* durch Art 114 AEUV anzubringen. Solche Bestimmungen weichen nämlich idR einer abweichenden Parteienvereinbarung. Die europarechtliche Lehre vertritt daher überwiegend die Ansicht, dass sich die Angleichung von Rechtsbereichen, die in den Mitgliedstaaten *dispositiv* sind, nicht auf Art 114 AEUV stützen lässt.⁵¹ Da die Parteien solche Regelungen abwählen können, steht dem europaweiten Vertrieb von Produkten zu einheitlichen Bedingungen nämlich kein Hindernis im Weg.⁵² Dass die Angleichung dispositiven mitgliedstaatlichen Rechts für das „Funktionieren des Binnenmarktes“ erforderlich wäre, ist zu verneinen.

Art 114 AEUV hat daher vor allem Bedeutung für *verbraucherschutzrechtliche* (also idR zwingende) Maßnahmen (vgl auch Art 114 (3) AEUV).⁵³ Auch hier verbietet sich angesichts der eben herausgearbeiteten Einschränkungen allerdings eine umfassende Angleichung: In der europarechtlichen Lehre wird zB diskutiert, ob sich die Harmonisierung angesichts des Erfordernisses des Binnenmarktbezugs auch auf *rein nationale Sachverhalte* erstrecken darf.⁵⁴ Nach richtiger Ansicht kommt es darauf an, ob Sinn und Zweck der an sich für grenzüberschreitende Sachverhalte gedachten Regelung eine Erstreckung auf nationale Sachverhalte notwendig macht.⁵⁵ Wenngleich diese Frage im Zusammenhang mit der Schaffung des CESL zu bejahen sein wird⁵⁶, zeigt die Diskussion doch, wie dünn das Eis ist, auf dem sich der Unionsgesetzgeber bewegt.

Wir sehen also, dass bereits das Tatbestandsmerkmal der Funktionsstörung des Binnenmarktes erhebliche Begründungsschwierigkeiten für die Bejahung der Rechtssetzungskompetenz nach Art 114 AEUV aufwirft. Speziell für *Optionale Instrumente* wie den VO-Entwurf kommt noch ein weiteres Problem

⁴⁹ EuGH 24. 11. 1993 verb Rs C-267/91 und C-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) Slg 1993 I-6097.

⁵⁰ AA mit überzeugender Argumentation aber *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 410 ff und *Grigoleit*, AcP 210 (2010) 354, 367 f.

⁵¹ *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht² (2006) Rn 148; *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 412 f; *Grigoleit*, AcP 210 (2010) 354, 369 ff. AA *Basedow*, Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration, in FS Mestmäcker (1996) 347, 354 ff.

⁵² Siehe zu diesem Argument noch unten V.

⁵³ Nach Art 169 (2) (a) AEUV kann die Union Rechtsakte verabschieden, die auf den Verbraucherschutz zielen. Sie hat aber auch nach dieser Bestimmung nur die Kompetenz zur Setzung von Maßnahmen, „die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Artikel 114 erlässt“. Das Funktionieren des Binnenmarkts muss also nicht das (alleinige) Ziel der Maßnahme sein, seine Funktionsstörung ist jedoch Voraussetzung für das Bestehen der Kompetenz.

⁵⁴ Siehe *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 413.

⁵⁵ *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 413.

⁵⁶ Siehe oben II. A. 3.

hinzu. Nach dem EuGH sei der Wortlaut des Art 114 AEUV, wonach die Maßnahme eine *Angleichung* der Rechtsvorschriften bezwecken müsse, ernst zu nehmen.⁵⁷ Optionale Instrumente, die neben dem nationalen Recht existieren, führen aber nicht zur Angleichung der nationalen Rechte, sondern existieren neben diesen. Sie ließen sich daher nicht auf die Angleichungskompetenz stützen.⁵⁸

Diese eher *formalistische Argumentation* vermag allerdings nicht zu überzeugen. Die Verschiedenheit der nationalen Rechte ist eine typische Voraussetzung für das Eingreifen des Unionsgesetzgebers, die „Angleichung“ damit auch eine typische Folge seines Handelns. Zwingende Voraussetzung ist aber bei richtiger Beurteilung weder das eine noch das andere. Die Binnenmarktkompetenz kann nämlich durchaus auch bei identischer Rechtslage in den Mitgliedstaaten eingreifen. Würde man dies anders und damit so formalistisch wie der Gerichtshof sehen, könnte die Union ihre eigenen auf Art 114 AEUV gestützten Rechtsakte nicht novellieren – sie würde ja gar nichts „angleichen“. Man muss daher auch bei der Diskussion über den VO-Entwurf als Optionales Instrument beim Zweck der Angleichungskompetenz (Verbesserung der Bedingungen für den Binnenmarkt) ansetzen und zugleich berücksichtigen, dass das Binnenmarkterfordernis nicht schrankenlos interpretiert werden darf. Wenn hinsichtlich eines Rechtsaktes die Kompetenz für ein bindendes Instrument angenommen wird, wird sie für ein optionales ebenfalls zu bejahen sein, auch wenn es dadurch nicht zu einer „Angleichung“ im technischen Sinn kommt.

Selbst wenn die Kompetenz nach Art 114 AEUV bestünde, müsste der Unionsgesetzgeber noch zwei allgemeine Voraussetzungen der Rechtsetzung, nämlich das *Subsidiaritätsprinzip* (Art 5 (3) EUV) und den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (Art 5 (4) EUV), beachten. Diese beiden Prinzipien haben zwar „in der Praxis des Gerichtshofs noch nicht wirklich an Biss gewonnen“.⁵⁹ Das kann sich aber – besonders in Zeiten wachsender Europaskepsis – rasch ändern.

Nach Art 5 (3) EUV wird die Union⁶⁰ nur tätig, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“.⁶¹ Das *Subsidiaritätsprinzip* hat bei der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung freilich bisher kaum eine Rolle

⁵⁷ EuGH 2. 5. 2006 Rs C-436/03 (Europäisches Parlament/Rat) Slg 2006 I-3733 Rn 38 ff.

⁵⁸ MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 388.

⁵⁹ *W.-H. Roth*, EWS 2008, 401, 404.

⁶⁰ Bei (mit den Mitgliedstaaten) geteilten Zuständigkeiten, zu denen auch Art 114 AEUV gehört.

⁶¹ Monographisch etwa *Pieper*, *Subsidiarität* (1994) insb 173 ff.

gespielt.⁶² Blickt man auf die Voraussetzungen des Art 114 AEUV (spürbare Wettbewerbsverzerrung, Hemmnisse für die Grundfreiheiten), so überrascht dies nicht. Ist nämlich einmal der Nachweis gelungen, dass eine Rechtsangleichung für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist, wird man sie an diesem Punkt nur schwer mit dem Argument verneinen können, dass die angestrebten Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten besser verwirklicht werden können.⁶³

Nach Art 5 (4) EUV „gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus“ (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Die Erreichung eines Vertragsziels legitimiert den Unionsgesetzgeber also plakativ gesprochen nicht, darüber hinaus zu schießen. Der EuGH räumt allerdings einen sehr weiten Ermessensspielraum ein.⁶⁴ Eine Maßnahme ist nur unverhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.⁶⁵ Auch wenn die im VO-Entwurf enthaltenen Regeln scharfer Kritik ausgesetzt sind, kann dennoch nicht davon gesprochen werden, dass sie unverhältnismäßig im Sinne dieser Rechtsprechung wären.

B. Art 352 AEUV

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass der Unionsgesetzgeber ein Risiko eingeht, wenn er sich – wie von der Kommission vorgeschlagen – auf Art 114 AEUV stützt. Es überrascht daher nicht, dass in der europarechtlichen Literatur eine intensive Suche nach Alternativen betrieben wird. Die Versuche, eine geeignete Kompetenzgrundlage zu finden, konzentrieren sich vor allem auf Art 352 AEUV.⁶⁶

Der Unionsgesetzgeber kann nach dieser Bestimmung „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche“ tätig werden (durch RL oder VO⁶⁷), wenn dies erforderlich ist, „um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und [...] in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ sind.

Art 352 AEUV setzt insbesondere die *Erreichung eines Vertragsziels* (vgl den Katalog in Art 3 EUV) voraus. Die Kompetenz ist vor dem Hintergrund der begrenzten Einzelermächtigung zu sehen. Dieses Konzept bringt es mit

⁶² Vgl speziell zum Verbraucherschutzrecht *Rösler*, Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon, EuR 2008, 800, 806 ff.

⁶³ Zutreffend *Riehm*, Grenzen der Vollharmonisierung, in *Busch et al* (Hrsg), Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (2010) 159, 197 f. AA wohl *W. Doralt*, AcP 211 (2011) 1, 10.

⁶⁴ EuGH 8. 6. 2010 Rs C-58/08 (Roaming-VO) Rn 52.

⁶⁵ EuGH Rs C-58/08 (Roaming-VO) Rn 52.

⁶⁶ Siehe zB *Herresthal*, EuZW 2011, 7, 9. Zur Rechtsetzungskompetenz nach Art 81 AEUV (Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen) vgl MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 386 ff.

⁶⁷ MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 394.

sich, dass unausfüllbare Lücken innerhalb der Kompetenztatbestände bestehen, obwohl einem Tätigwerden der Union im Lichte des *Telos* der Verträge keine sachlichen Einwände entgegenstehen. Art 352 AEUV gibt dem Unionsgesetzgeber in diesem Fall die Möglichkeit, trotzdem tätig zu werden (Auffangkompetenz), ohne die begrenzte Einzelermächtigung grundsätzlich in Frage zu stellen. Damit erweist sich Art 352 AEUV insb dann als geeignete Kompetenzgrundlage für das CESL, wenn man Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen inkludiert.⁶⁸

Auf Art 352 AEUV gestützte Rechtsakte werden allerdings – und das ist der Haken – anders als im Fall des Art 114 AEUV nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art 289, 294 AEUV) verabschiedet, sondern es bedarf insb der *Einstimmigkeit im Rat*.

Art 352 AEUV greift außerdem grundsätzlich nur ein, wenn die Verträge keine andere Kompetenzgrundlage enthalten. Stützt sich der Unionsgesetzgeber dennoch auf Art 352 AEUV, kann der Rechtsakt nach Ansicht des EuGH angefochten werden.⁶⁹ Es ist allerdings zu bedenken, dass diese Judikatur noch zum alten Art 308 EGV ergangen ist. Dieser sah aber nur eine *Anhörung* des Europäischen Parlamentes vor. Nach Art 352 AEUV bedarf es hingegen seiner *Zustimmung*. Angesichts des Umstandes, dass sich Art 352 AEUV daher nunmehr nicht durch ein anderes Gesetzgebungsverfahren von Art 114 AEUV unterscheidet, sondern im Vergleich zu Art 114 AEUV ausschließlich *höhere Anforderungen* für die Erlassung des Rechtsaktes stellt, ist es schwer vorstellbar, dass die zu Art 308 EGV ergangene Rechtsprechung ohne nähere Prüfung für Art 352 AEUV übernommen werden kann, wenn der Unionsgesetzgeber sich *vorsichtshalber* auf Art 352 AEUV stützt.⁷⁰

Dennoch: Die Hürde der Einstimmigkeit im Rat lässt Art 352 AEUV als nicht besonders attraktiv für die Verabschiedung eines Gemeinsamen Kaufrechts erscheinen. Verneint man jedoch die Unionskompetenz auf Basis von Art 114 AEUV – wie dies die hA tut –, bleibt nur mehr die Auffangkompetenz übrig.⁷¹

V. Optionales Instrument und Grundfreiheiten

Europäische Rechtsakte müssen nicht nur auf Basis einer geeigneten Kompetenzgrundlage ergehen, sondern – selbstverständlich – auch mit dem materiellen Primärrecht (insb den Grundfreiheiten) kompatibel sein. Der *VO-Entwurf* erfüllt diese Anforderungen. Das CESL begünstigt grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit ja gerade und ermuntert damit zur Wahrnehmung der Grundfreiheiten. Die Eröffnung einer zusätzlichen europaweiten

⁶⁸ Auch die Ausübung der Kompetenz nach Art 352 AEUV steht freilich unter den Vorbehalten der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

⁶⁹ Siehe EuGH Rs C-436/03 (Europäisches Parlament/Rat) Rn 36 ff.

⁷⁰ AA offenbar MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 395.

⁷¹ Siehe MPI, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 395.

Wahlmöglichkeit für die beteiligten Parteien leistet damit einen Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarktes.

Die Untersuchung des Verhältnisses des VO-Entwurfs zu den Grundfreiheiten ist allerdings aus einem anderen Blickwinkel viel interessanter. Die Parteien hätten durch die Wahl des CESL – oder im Versicherungsvertragsrecht der PEICL – die Möglichkeit, *sonst anwendbares nationales Recht abzuwenden*. Die Abwählbarkeit einer Norm wird in der europarechtlichen Literatur aber als entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung der Frage gewertet, ob sie gegen die Grundfreiheiten verstößt.

Die europarechtliche Lehre vertritt zB überwiegend die Ansicht, dass der Kernbereich des Privatrechts von der Grundfreiheitenkontrolle nicht betroffen ist, weil es sich um *dispositives Recht* handle. Solche Bestimmungen seien – wenn sie diskriminierungsfrei ausgestaltet sind – im Lichte der Grundfreiheiten nicht zu beanstanden. Der Anbieter könne die dispositive Norm nämlich abwählen und daher ein Produkt überall auf den Markt bringen; es gebe kein Marktzugangshindernis.⁷²

Diese Feststellung hätte freilich noch keine entscheidenden Konsequenzen für unseren Zusammenhang: Ist eine kaufrechtliche Norm dispositiv, so ist sie das unabhängig davon, ob daneben eine (Ersatz-)Bestimmung existiert, die die Parteien stattdessen wählen können. Bedeutung hat der referierte Ansatz vielmehr für den Bereich des *zwingenden nationalen Rechts*. Eine prominent vertretene Ansicht in der Lehre⁷³ nimmt nämlich nicht nur dispositive Bestimmungen, sondern sogar innerstaatlich unabdingbare Privatrechtsnormen von der Kontrolle durch die Grundfreiheiten aus, wenn diese immerhin über den Weg der Rechtswahl vermieden werden können. Anders gewendet sind nach dieser Ansicht „nur“ mehr *international zwingende Normen* (Eingriffsnormen) von der Kontrolle erfasst.⁷⁴ Für diese Ansicht, die auf die Rsp des EuGH⁷⁵ gestützt wird, werden ähnliche Argumente ins Treffen geführt wie für die Ausnahme *innerstaatlich* dispositiver Normen von der Grundfreiheiten-

⁷² So vor allem *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 97; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004) 411 ff; jeweils mit Nw zur Gegenmeinung.

⁷³ *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege, ZfRV 1995, 116, 129; *Armbrüster*, Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach »Maastricht« und »Keck«, RabelsZ 60 (1996) 72, 75 f; *Grundmann*, Europäisches Handelsrecht – vom Handelsrecht des *laissez faire* im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, ZHR 163 (1999) 635, 655 ff; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 146 f; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts 99 ff; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht 417 f. Vorsichtiger *Bachmann*, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010) 424, 448 (Abwägungselement).

⁷⁴ Zu Eingriffsnormen siehe nur *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶ (2006) § 3 II (19 ff: Begriff), § 52 IX (499 ff: Beispiele und Abgrenzungen); *Verschraegen* in *Rummel*³ Art 7 EVÜ, Rz 4 ff. Im europarechtlichen Zusammenhang ausführlich etwa *Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag (2002) 146 ff.

⁷⁵ EuGH 24. 1. 1991 Rs C-339/89 (Alsthom Atlantique) Slg 1991 I-107 Rn 15.

kontrolle. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass die Parteien ebenfalls die Dispositionsmöglichkeit haben, was die Beschränkung entfallen lasse.⁷⁶

Diese Ansicht ist zwar umstritten.⁷⁷ Folgt man ihr, so hätte die Einführung des CESL allerdings große Auswirkungen auf die Kontrolle der Teile des nationalen Rechts, zu denen das Optionale Instrument eine Alternative bieten soll. Seine Wahl durch die Parteien würde nämlich auch zur Verdrängung zwingenden nationalen Rechts führen. Das CESL könnte damit helfen, nationales (nicht diskriminierendes) Privatrecht auch dann aus der Grundfreiheitenkontrolle zu nehmen, wenn es (wie im Verbraucher- oder Versicherungsnehmerschutzrecht) zwingend ausgestaltet ist. Diese „Nebenwirkung“ der Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist in der europarechtlichen Diskussion bislang noch kaum beachtet worden.

VI. Ausblick

Die Kommission hat sich nach Jahren des Stillstandes entschieden, die Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nun energisch zu betreiben. Die Initiative ist zu begrüßen, weil schon eine intensive europaweite Diskussion für das Verständnis fremder Europäischer Zivilrechtsordnungen förderlich ist. Dies ist wichtig, um überhaupt die Hürden zu erkennen, die einer Rechtsvereinheitlichung im Weg stehen.⁷⁸

Mit Blick auf den weiteren *Zeitplan für die Implementierung eines Optionalen Instruments* ist allerdings schon angesichts der offensichtlichen Schwächen des VO-Entwurfs Vorsicht geboten: Von einer Option, die nicht wahrgenommen wird, hat keiner etwas.

Was bedeutet das konkret für den in diesem Beitrag vorgestellten VO-Entwurf? In der weiteren Diskussion ist mE vor allem darauf zu achten, dass *rechtspolitische Grundsatzentscheidungen* in der VO noch als solche *erkennbar bleiben*. Die getroffenen Entscheidungen sollten weder verwässert (zB: Optionsregel für nationale Verträge) noch bis hin zur Unkenntlichkeit entstellt werden (zB: KMU-Konzept). Das mag freilich ein frommer Wunsch bleiben.

⁷⁶ Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts 100 f.

⁷⁷ Vgl. zB *v. Wilimowsky*, EG-Freiheiten und Vertragsrecht, JZ 1996, 590, 595; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996) 79; *Langner*, Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, *RabelsZ* 65 (2001) 222, 229 f; *Herresthal*, in *Langenbucher* (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*² (2008) § 2 Rn 68 ff.

⁷⁸ Vgl. auch die Feststellung von *W. Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 32.