Aufsätze

Wiss. HK. Melanie Schmitz, Hannover*

Der Anfang vom Ende des BGB?

Der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011

Der Beitrag behandelt den von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011. Ausgehend von einer Besprechung der Hintergründe und Motive des Vorschlages wird schwerpunktmäßig der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen das neue Europäische Kaufrecht nach dem Willen des jetzigen Vorschlags zur Anwendung gelangt und wie es sich sowohl zum Internationalen Privatrecht als auch zum UN-Kaufrecht verhält. Der Vorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wird einer Analyse unterzogen und daraufhin untersucht, ob mit ihm das Ende des BGB eingeläutet wird.

Der europäische Gesetzgeber hinterlässt bereits seit geraumer Zeit seine Spuren im deutschen BGB. So ist die Ausgestaltung zahlreicher Normen auf die Umsetzung von Zielen europäischer Richtlinien zurückzuführen.[1] Der jetzige Vorstoß der Europäischen Kommission in Form des am 11.10.2011 vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR-VO)[2] ist jedoch von ganz neuer Qualität. Angestrebt wird nicht mehr eine punktuelle Angleichung des Privatrechts der EU-Mitgliedstaaten, sondern die Einführung eines optionalen Einheitsrechts für ein Europäisches Kaufrecht, das in Konkurrenz zu den nationalen zivilrechtlichen Normen treten soll.[3] Sofern das Europäische Parlament im kommenden Jahr die Verordnung verabschieden sollte, würde in Zukunft innerhalb der EU ein eigenes einheitliches Europäisches Kaufrecht (GEKR) existieren.

I. Sinn und Zweck der Verordnung

Die Europäische Kommission begründet die Notwendigkeit eines supranationalen EU-Kaufrechts – mit Blick auf die gewählte Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV – mit der Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Europäischen Binnenmarktes.[4] Derzeit werde vor allem auf dem Gebiet der Verbraucherverträge das Potential des Europäischen Binnenmarktes nicht voll ausgeschöpft.[5] Die bestehende Verschiedenheit der nationalen Kaufrechtsregime trage einen erheblichen Anteil an der Zurückhaltung von Verbrauchern und Unternehmern.[6]

In der Tat offenbaren Eurobarometer-Umfragen, dass der Handel zwischen Unternehmern und Verbrauchern (b2c) kaum grenzübergreifende Tendenzen aufweist. So gaben beispielsweise im Jahr 2010 nur 7% der Online-Einkäufer an, bei in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässigen Verkäufern zu bestellen.[7] Auch Unternehmer sind ihrerseits kaum bereit, Waren auf dem gesamten Binnenmarkt anzubieten.[8] Als Grund dafür gaben sie u. a. die unterschiedlichen Verbrauchervertragsrechte in den jeweiligen Mitgliedstaaten an, durch die hohe Transaktionskosten verursacht werden würden.[9]

Ob die Eurobarometer-Umfragen als Beleg taugen, dass eine Vereinheitlichung des Kaufrechts den grenzübergreifenden Handel tatsächlich verstärken würde oder ob andere Hürden[10] – wie steuerrechtliche Schwierigkeiten, kulturelle Unterschiede und Sprachprobleme – bei grenzübergreifenden Vertragsschlüssen einen stärkeren Einfluss haben, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.[11] Denn im Grundsatz überzeugt die Argumentati-

* Die Autorin ist Doktorandin und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht sowie Rechtsvergleichung – *Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest*, LL.M. (Berkeley) – der Universität Hannover.

1 Beispielhaft sei hier auf die Harmonisierung infolge der Umsetzung der Richtlinienziele im Verbrauchsgüterkaufrecht, die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge verwiesen.

2 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM(2011) 635 endgültig.

3 Der bisher bestehende Wettbewerb unter den einzelnen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten („*Competition among rules*"; vgl. EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459 Rn. 20) würde insofern durch das GEKR um eine vertikale Dimension erweitert werden.

4 Art. 1 Abs. 1 GEKR-VO; zu den Voraussetzungen des Art. 114 AEUV im Detail siehe die Rechtsprechung des EuGH: EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-436/03 (Europäisches Parlament ./. Rat der Europäischen Union), Slg. 2003, I-3733 Rn. 38; EuGH, Urt. v. 05.10.2000 – Rs. C-376/98 (Deutschland ./. Parlament und Rat), Slg. 2000, I-8419 Rn. 84.

5 Siehe Erwägungsgrund Nr. 1 GEKR-VO.

6 Siehe Erwägungsgrund Nr. 6 GEKR-VO.

7 Flash Eurobarometer No 299, Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection, Analytical Report, 2011, S. 13.

8 Flash Eurobarometer No 321, European contract law in consumer transactions, Analytical Report, 2011, S. 15.

9 Flash Eurobarometer No 321, European contract law in consumer transactions, Analytical Report, 2011, S. 28.

10 Zu den sonstigen Hindernissen siehe Flash Eurobarometer No 321, European contract law in consumer transactions, Analytical Report, 2011, S. 24.

11 Die Eurobarometer-Umfragen (insbesondere Flash Eurobarometer No 299, Consumer attitudes towards cross-border trade and consu-

on der Kommission durchaus, wenn man sich vor Augen führt, dass ungeachtet zahlreicher europäischer Harmonisierungsrichtlinien immer noch etliche Unterschiede zwischen den einzelnen nationalen Regelungen bestehen. Diese beruhen darauf, dass die Umsetzung der Richtlinienziele stets nur ein Mindestmaß an Harmonisierung garantiert; aber die Mitgliedstaaten nicht davon abgehalten werden, strengere Regeln beizubehalten bzw. einzuführen. Somit ergibt sich kein homogenes Verbraucherschutzniveau in den Mitgliedstaaten der EU.

Wie umständlich es für die Unternehmer ist, mit dieser Pluralität umzugehen, offenbart ein Blick in das geltende Internationale Privatrecht, das das anwendbare Recht in diesen Fällen bestimmt. So führt beispielsweise Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO in einem Großteil der Fälle zur Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Ein Unternehmer, der grenzübergreifend tätig werden möchte, muss sich dementsprechend mit dem jeweiligen Vertragsrecht des anvisierten Mitgliedstaats befassen und seine Vertragsgestaltung und den Leistungsaustausch entsprechend darauf abstimmen, um eine Haftung zu vermeiden. Dieser Situation kann sich der Unternehmer auch nur bedingt durch eine Rechtswahlvereinbarung entziehen, da Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO dem Verbraucher den Mindeststandard des zwingenden Verbraucherschutzrechts des Staates, in welchem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, garantiert.

Somit sind Unternehmer gezwungen, sich bei grenzübergreifenden Verbraucherverträgen mit vielen verschiedenen Verbraucherschutzrechten vertraut zu machen und ihr Verhalten darauf abzustimmen. Insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen lohnt sich dieser Aufwand entweder gar nicht oder nur für einzelne größere Mitgliedstaaten, die einen großen Absatzmarkt versprechen, so dass insbesondere die Verbraucher in kleineren Mitgliedstaaten unter dem fehlenden Wettbewerb leiden.

In einer Situation, in der das geltende Kollisionsrecht keine im Sinne einer Förderung des grenzübergreifenden Handels zweckmäßige Antwort auf den Umgang mit der Verschiedenheit der nationalen Kaufrechte bietet, würde eine Harmonisierung des materiellen Kaufrechts zumindest diese Hürde beseitigen.

mer protection, Analytical report, 2011 und Flash Eurobarometer No 321, European contract law in consumer transactions, Analytical Report, 2011) sind kritisch zu betrachten. Denn zum einen haben die befragten Unternehmen zahlreiche weitere Hindernisse für einen grenzübergreifenden Handel angegeben, wie die Sprachbarriere, steuer- und verwaltungsrechtliche Ungewissheiten oder das Verfahrensrecht; und zum anderen drängt sich der Verdacht auf, dass die Antworten durch die Art der Fragestellung in eine bestimmte gewünschte Richtung gelenkt wurden. Aus diesem Grund wird teilweise der Vorwurf erhoben, dass die beiden Eurobarometer-Umfragen als Nachweis für das praktische Bedürfnis für ein GEKR ungeeignet seien, da die Untersuchungen gravierende methodische Schwächen aufweisen würden. Die Kommission habe lediglich eine „politisch genehme Bestätigung ihres Mandats" gesucht (so: *Thomas Ackermann*, Vortrag auf dem Wissenschaftlichen Symposium „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?" am 20.01.2012 in Würzburg, zitiert nach *Florian Mächtel*, Tagungsbericht zum Wissenschaftlichen Symposium „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?", DNotZ 2012, 323, (325)).

II. Entstehungsgeschichte

„Das Gespenst nimmt Gestalt an!"[12] Mit diesen Worten eröffnet *Schmidt-Kessel* sein Vorwort zur Analyse des Vorschlags der Kommission und beschreibt damit treffend die Tatsache, dass das Projekt der Harmonisierung des Kaufrechts seit vielen Jahren ein sowohl vom europäischen Gesetzgeber als auch von vielen wissenschaftlichen Initiativen verfolgtes Ziel darstellt. Der folgende Abschnitt skizziert die Meilensteine auf dem Weg zum jetzigen Verordnungsvorschlag.[13]

Bereits 1989 verabschiedete das Europäische Parlament eine Entschließung, in der es die Kommission aufforderte, mit den Vorbereitungsarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht zu beginnen.[14] Auch in der Rechtswissenschaft wurde die Idee der Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa seit den 70er Jahren intensiv erörtert.[15] Im Juli 2001 erhielt die Diskussion neue Impulse durch eine Mitteilung der Europäischen Kommission zu der Frage nach dem Bedarf für eine umfassende Regelung über ein einheitliches Vertragsrecht auf europäischer Ebene.[16] Zudem setzte die Kommission im Jahr 2004 ein so genanntes Exzellenznetzwerk[17] ein, um einen „gemeinsamen Referenzrahmen" (*Draft Common Frame of Reference*) zu erstellen, der auf die Entwicklung von übergreifenden eu-

12 *Martin Schmidt-Kessel*, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, 2012, Vorwort, I, (V).

13 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Verordnungsvorschlags: *Hans Schulte-Nölke*, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Hans Schulte-Nölke/Fryderyk Zoll/Nils Jansen/Reiner Schulze (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 1 ff.

14 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.05.1989, ABl.EG C 158/400 f. vom 26.06.1989.

15 Verwiesen sei hier vor allem auf die von *Ole Lando* gegründete *Commission on European Contract Law*, die ihre *Principles of European Contract Law* in insgesamt drei Teilen im Zeitraum 1995 bis 2003 veröffentlichte (*Ole Lando/Hugh Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 1999; und *Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann*, Principles of European Contract Law, Part III, 2003); sowie auf die *Study Group on a European Civil Code*, welche das Ziel verfolgte, konkrete Regeln für eine Kodifikation eines europäischen Vertragsrechts auszuarbeiten.

16 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht v. 11.07.2001, KOM (2001) 398 endgültig.

17 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, Brüssel v. 11.10.2004, KOM(2004) 651 endgültig, S. 10. Das Netzwerk wurde seinerseits „Netzwerk der Netzwerke" genannt, weil es Vertreter der zahlreichen bestehenden wissenschaftlichen Initiativen zusammenführte. Darunter die *Study Group on a European Civil Code*, die *Research Group on the Existing EC Private Law* (*Acquis Group*), die französische *Association Henri Capitant*, die *Common-Core* (*Trento*)-Gruppe sowie Ökonomen, die die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vorschlags beurteilen sollten. Siehe dazu: *Christian v. Bar/Hans Schulte-Nölke*, Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht, ZRP 2005, 165 ff.

ropäischen Rechtsprinzipien, einheitlichen Begriffen und Definitionen sowie Modellgesetzen gerichtet war.[18]

In den Jahren 2010 und 2011 wurden schließlich von der Kommission die entscheidenden Schritte eingeleitet, die zu dem nunmehr vorliegenden Verordnungsvorschlag führten. Im Juli 2010 legte sie ein Grünbuch über die Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen vor.[19] Dieses Grünbuch enthielt allerdings noch keinen Normenkatalog und konkretisierte daher noch nicht, wie das materielle Vertragsrecht nach dem Willen der Kommission aussehen sollte. Einen Einblick in die detaillierten Vorstellungen der Kommission erhielt die Öffentlichkeit erst durch die am 03.05.2011 vorgestellte „Machbarkeitsstudie" (*feasibility study*)[20], die von einer im April 2010 von der Kommission eingesetzten Expertengruppe (*expert group*)[21] erstellt wurde. Im Oktober 2011 legte die Europäische Kommission schließlich ihren auf der Grundlage der „Machbarkeitsstudie" erarbeiteten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vor.[22] Insgesamt erfolgte somit die Erstellung des Verordnungsvorschlages in einem rasanten Tempo, welches der Wissenschaft kaum Zeit für einen Reflexionsprozess ließ.[23] Die Europäische Kommission hat jedoch darauf verzichtet ein umfassendes Vertragsrechtsregime vorzustellen und sich stattdessen auf das Kaufrecht beschränkt. Ein Allgemeines Leistungsstörungsrecht zu entwerfen, das sowohl vertragliche als auch gesetzliche Schuldverhältnisse erfasst, hätte nicht nur eine äußerst anspruchsvolle Aufgabe, sondern zudem einen erheblichen Einschnitt in die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten dargestellt, wodurch der Abstimmungsprozess zusätzlich erschwert worden wäre.

In den Mitgliedstaaten wurde der Vorschlag dennoch zum Teil kritisch kommentiert. Auch der Deutsche Bundestag äußerte Bedenken gegen den Vorschlag und verabschiedete am 01.12.2011 eine Subsidiaritätsrüge gegen den Verordnungsvorschlag.[24]

18 Ausführlich zum Draft Common Frame of Reference: *Christian v. Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, 2009.

19 Grünbuch der Kommission über Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen vom 01.07.2010, KOM(2010) 348 endgültig.

20 Die Expertengruppe präsentierte die „Machbarkeitsstudie" (*feasibility study*) am 03.05.2011 und eine überarbeitete Version im August 2011. Die Studie inkl. Anmerkungen der Kommission ist auf der Internetseite der Kommission abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (Abruf v. 05.09.2012).

21 Beschluss der Kommission vom 26.04.2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts, ABl.EU v. 27.04.2010, L 105/109.

22 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM(2011) 635 endgültig.

23 Insbesondere für eine Stellungnahme zur „Machbarkeitsstudie", die erstmals einen konkreten Normenkatalog enthielt, wurden der Öffentlichkeit nur wenige Wochen eingeräumt.

24 BT-Drs. 17/8000 v. 30.11.2011.

III. Ein neues europäisches Kaufrechtsregime

Ziel des Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist es, ein eigenes europäisches Kaufrechtsregime zu etablieren, das den Handel unter den Mitgliedstaaten fördern soll.

1. Aufbau der GEKR-VO

Der Vorschlag der Europäischen Kommission gliedert sich in drei Abschnitte. In der eigentlichen Verordnung (GEKR-VO) werden u. a. der Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art. 4 bis 7 GEKR-VO), die Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art. 8 GEKR-VO) sowie das Verhältnis zum Kollisionsrecht und zum internationalen Einheitsrecht geregelt.[25] Der Anhang I enthält schließlich das materielle Kernstück in Form des vollständigen Textes des zukünftigen Europäischen Kaufrechts. Der Anhang II stellt ein Standard-Informationsblatt zur Verfügung, anhand dessen Verbraucher über die Anwendung und den wesentlichen Inhalt des GEKR bei einem Vertragsschluss aufzuklären sind.

2. Fakultativer Charakter des Einheitsrechts

Bei dem GEKR handelt es sich um ein zusätzliches optionales Modell eines europäischen Kaufrechtsregimes. Es hat einen fakultativen Charakter.[26] Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis zwischen den nationalen Kaufrechtsregimen und dem GEKR. Der jetzige Verordnungsvorschlag sieht diesbezüglich ein liberales *opt-in*-System vor, das den Vertragsparteien bei grenzübergreifenden Verträgen die Wahl lässt zwischen nationalem und europäischem Kaufrecht. Die Parteien können das GEKR wählen – müssen dies aber nicht. Dieses fakultative Instrument wird auch bildhaft als *blue-button*-Prinzip bezeichnet.[27] Verbraucher und Unternehmer können also den *blue button* betätigen und damit das GEKR zur Anwendung bringen. Sind alle Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des GEKR gegeben, verdrängt es in dem Fall die einschlägigen Normen des BGB.

Diese Ausgestaltung als fakultatives Unionsrecht stellt also die Geltung des nationalen Privatrechts nicht generell in Frage, sondern führt lediglich dazu, dass die nationalen Zivilgesetze zunächst unberührt vorrangig gelten und nur dann vom GEKR verdrängt wer-

25 Diese Regelungen in der GEKR-VO werden auch „*Chapeau-Regeln*" (franz.: Hut/Vorspann) genannt, weil sie den sachrechtlichen Regeln des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts vorausgehen; *Peter Mankowski*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, RIW 2012, 97 (98).

26 Der fakultative Charakter des GEKR wird z. B. in Art. 1 und 3 GEKR-VO deutlich.

27 Der Begriff wurde eingeführt von: *Hans Schulte-Nölke*, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the „Blue Button", ERCL 2007, 332 (Blau steht insofern für die Farbe der EU und der Knopfdruck als Verbildlichung der separaten Entscheidung für das GEKR).

den, wenn die Parteien sich bewusst dafür entscheiden und ihr Vertrag zudem in den Anwendungsbereich der GEKR-VO fällt.

3. Anwendungsbereich

Gemäß Art. 4 bis 7 GEKR-VO kann das GEKR vereinbart werden bei grenzübergreifenden Verträgen über den Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte und die Erbringung damit verbundener Dienstleistungen, die geschlossen werden zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer (b2c) sowie bei Kaufverträgen zwischen Unternehmen (b2b), wenn mindestens eines der Unternehmen ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) ist.[28]

Der räumliche Anwendungsbereich des GEKR bestimmt sich nach Art. 4 GEKR-VO, der bei der Frage, wann ein Vertrag einen grenzübergreifenden Charakter hat, zwischen b2c (Art. 4 Abs. 3 GEKR-VO) und b2b Verträgen (Art. 4 Abs. 2 GEKR-VO) differenziert. Gemäß Art. 4 Abs. 2 GEKR-VO ist ein Vertrag zwischen Unternehmern ein grenzübergreifender Vertrag, wenn die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, von denen mindestens einer ein EU-Mitgliedstaat ist.[29] Erfasst sind somit nicht nur Binnenmarktsachverhalte, sondern auch Drittstaatensachverhalte (Handel zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten). Ein Vertrag zwischen einem Unternehmer[30] und einem Verbraucher[31] ist gemäß Art. 4 Abs. 3 GEKR-VO ein grenzübergreifender Vertrag, wenn sich die Anschrift des Verbrauchers, die Lieferanschrift oder die Rechnungsanschrift in einem anderen Staat als dem Staat befindet, in dem der Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und mindestens einer dieser Staaten ein EU-Mitgliedstaat ist. Vergleicht man Art. 4 Abs. 2 GEKR-VO mit Art. 4 Abs. 3 GEKR-VO, so fällt auf, dass bei einer b2c-Konstellation die Anforderungen an einen grenzübergreifenden Bezug geringer sind als bei b2b. Bestellt beispielsweise ein Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland bei einem ebenfalls in Deutschland ansässigen Unternehmer, lässt die Ware aber an eine Adresse in einem anderen Staat liefern (z. B. als Geschenk für einen Dritten), so können die Parteien das GEKR vereinbaren, da nach Art. 4 Abs. 3 GEKR-VO bei b2c-Verträgen bereits eine Lieferanschrift im Ausland genügt, um einen grenzübergreifenden Bezug herzustellen.

Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt sich nach Art. 5 und 6 GEKR-VO. Erfasst werden der Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte (z. B. Video-, Bild- und Tondateien und Software) und die Erbringung damit verbundener Dienstleistungen (wie Montage, Installation und Reparatur).

Der persönliche Anwendungsbereich wird in Art. 7 GEKR-VO definiert. Gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 GEKR-VO ist bei b2c-Verträgen das GEKR wählbar, wenn der Verkäufer der Waren oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer ist und der Verbraucher Käufer. Gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 2 GEKR-VO darf das GEKR bei b2b-Verträgen vereinbart werden, bei denen beide Unternehmer sind, aber mindestens eine dieser Parteien ein KMU ist.[32] Das GEKR ist daher nicht wählbar bei reinen Privatverträgen oder bei Großhandelsgeschäften.[33]

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bevor das GEKR zur Anwendung gelangt. Zudem führt der begrenzte Anwendungsbereich der GEKR-VO dazu, dass nur bestimmte Verträge in spezifischen Konstellationen erfasst werden. Es handelt sich also insgesamt nicht um ein umfassendes Privatrechtssystem, das mit dem des BGB vergleichbar wäre. Das nationale Recht wäre stets zur Schließung „externer Lücken", die nicht vom Regelungsbereich der GEKR-VO erfasst sind, heranzuziehen.

4. Vereinbarung über die Verwendung des GEKR

Die Anwendung des GEKR setzt zudem eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien voraus. Art. 8 bis 10 GEKR-VO legen die Voraussetzungen dafür fest. Auch hier werden Verbraucher privilegiert. So ist gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 1 GEKR-VO eine solche Vereinbarung in b2c-Konstellationen nur gültig, wenn der Verbraucher „ausdrücklich einwilligt". Dies versperrt den Unternehmern den Weg über eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus erfordert die Wirksamkeit der Vereinbarung in diesen Fällen gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 1 GEKR-VO, dass sich der Verbraucher „gesondert von seiner Erklärung, mit der er dem Vertragsschluss zustimmt" mit der Anwendung des GEKR einverstanden erklärt. In der Praxis bedeutet dies, dass Unternehmer den Verbrauchern ein eigenständiges Formular zur Unterzeichnung bzw. im Onlinehandel einen weiteren „Klick" zur Bestätigung der Verwendung des GEKR anbieten müssen. Vor dem Hintergrund des Zieles der Förderung des grenzübergreifenden Han-

28 Ausführlich zu dem Anwendungsbereich der GEKR-VO: *Martin Schmidt-Kessel*, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung, in: ders. (Fn. 12), 29 ff.

29 Gemäß Art. 13 lit. a GEKR-VO steht es den Mitgliedstaaten offen, das GEKR auch für reine Inlandsfälle zuzulassen. Art. 13 GEKR-VO hat indes lediglich deklaratorischen Charakter, da die Mitgliedstaaten kraft ihrer Souveränität auch ohne diese Norm berechtigt gewesen wären, das GEKR auch für reine Inlandssachverhalte vorzusehen.

30 Eine Legaldefinition des Unternehmers findet sich in Art. 2 lit. e GEKR-VO.

31 Eine Legaldefinition des Verbrauchers findet sich in Art. 2 lit. f GEKR-VO.

32 Eine Legaldefinition der KMU findet sich in Art. 7 Abs. 2 GEKR-VO.

33 Gemäß Art. 13 lit. b GEKR-VO können die Mitgliedstaaten beschließen, dass das GEKR auch verwendet werden darf, wenn alle Vertragsparteien Unternehmer sind, aber keiner davon ein KMU. Sofern der Anwendungsbereich des GEKR nicht eröffnet sein sollte, bleibt den Parteien darüber hinaus stets die Möglichkeit, die Normen des GEKR im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung in den Vertrag zu inkorporieren. Diese Lösung hätte natürlich den Nachteil, dass das national zwingende Recht als Grenze bestehen bliebe.

dels erscheint dieses Erfordernis einer gesonderten Erklärung ohne die Möglichkeit der Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen allerdings wenig sinnvoll, da unklar ist, inwiefern hier der Verbraucher dann die Anwendung des GEKR ablehnen und damit den Unternehmer zwingen kann, sich doch auf das nationale Recht einzustellen.[34] Dem Ziel der Verordnung hinsichtlich der Senkung von Transaktionskosten käme der Vorschlag daher eher entgegen, wenn er eine Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erlauben würde, um den Unternehmern eine einheitliche Vertragsgestaltung und Abwicklung zu ermöglichen.

In diesem Zusammenhang kann auch das Erfordernis, dass der Verbraucher gemäß Art. 9 GEKR-VO mittels des in Anhang II zu findenden Standard-Informationsblatts über die Anwendung und die wesentlichen Inhalte des GEKR aufzuklären ist, hinterfragt werden. Der Hintergrund dieser Regel ist, dass der Verbraucher in die Lage versetzt werden soll, eine Entscheidung für das GEKR „in voller Sachkenntnis“[35] zu treffen. Ob der Verbraucher tatsächlich willens und in der Lage sein wird eine rationale und informierte Entscheidung zu treffen, kann bezweifelt und unter dem Gesichtspunkt, dass der Verordnungsvorschlag ohnehin ein hohes materiell-rechtliches Schutzniveau für den Verbraucher anstrebt, als überflüssige Hürde kritisiert werden.[36]

5. Verhältnis zum Internationalen Privatrecht

Im Erwägungsgrund Nr. 10 Satz 3 GEKR-VO findet sich der Hinweis, dass die GEKR-VO bestehende Kollisionsnormen unberührt lasse, so dass sich die Frage stellt, wie sich das GEKR in das kollisionsrechtliche System einbettet. Da das GEKR keinen Vorrang vor dem geltenden Internationalen Privatrecht hat, muss bei Verträgen mit einem internationalen Element weiterhin zunächst anhand des entsprechenden Internationalen Privatrechts das anwendbare Recht bestimmt werden. Handelt es sich dabei um das Recht eines Mitgliedstaates, so steht den Parteien innerhalb dieser Rechtsordnung die Wahl offen zwischen dem nationalen Kaufrechtsregime und dem GEKR, da das GEKR aufgrund der Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten wird. Die Anwendung des materiellen Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts bestimmt sich somit nicht autonom, sondern unter „Vorschaltung“ des Internationalen Privatrechts („Vorschaltlösung“). Diese Lösung wird auch als *2nd-regime*-Lösung bezeichnet, da sie das GEKR als zweites Kaufrechtsregime in dem jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten etabliert.

Die Entscheidung der Vertragsparteien über die Anwendung des GEKR stellt folglich auch keine kollisionsrechtliche Rechtswahl der Parteien i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO dar. Die Kommission hat sich stattdessen für ein *lex-specialis*-Modell entschieden und in Art. 8 GEKR-VO eine eigene Norm für die Wahl des GEKR als sachrechtliche Rechtswahl außerhalb des Internationalen Privatrechts geschaffen.

Die Vorschaltlösung führt in bestimmten Sachverhalten mit Blick auf das Ziel der GEKR-VO, das darin bestand, in b2c-Konstellationen den grenzübergreifenden Handel zu vereinfachen, indem sich ein Unternehmer nicht mehr mit sämtlichen Verbraucherschutzrechten der Mitgliedstaaten, in die er exportieren möchte, vertraut machen muss, zu Widersprüchlichkeiten. Bei reinen Binnensachverhalten wird dieses Ziel zwar erreicht, da insbesondere der Günstigkeitsvergleich nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO leerläuft, weil in allen Mitgliedstaaten das Verbraucherschutzniveau des GEKR gleichermaßen gilt.[37]

Anders verhält es sich jedoch bei Drittstaatensachverhalten, in denen der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem EU-Mitgliedstaat hat. Dort ist das GEKR nicht Teil des Rechts des Drittstaates und damit nicht wählbar. In diesen Fällen können sich die Parteien auch nicht durch eine Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Mitgliedstaates behelfen, da Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO dem Verbraucher den Mindestschutz des Verbraucherrechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, garantiert. Die Unternehmen müssen sich folglich bei Fällen mit Drittstaatenbezug weiterhin auf die Beachtung ausländischer Verbraucherschutznormen einstellen und können dies auch nicht durch eine Vereinbarung mit dem Verbraucher umgehen. In b2c-Konstellationen hält die „Vorschaltlösung“ also für Fälle, in denen das Kollisionsrecht nicht zur Anwendung des Rechts eines Mitgliedstaates führt, keine Erleichterung bereit.

Auch bei b2b-Konstellationen führt die Vorschaltlösung in Drittstaatensachverhalten dazu, dass in einigen Fällen das GEKR nicht vereinbart werden kann. Hat z. B. der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat und ist daher nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO das Recht des Drittstaates anwendbar und haben die Parteien keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl zugunsten des Rechts eines EU-Mitgliedstaates getroffen, steht das GEKR nicht zur Wahl.

Insgesamt erfolgt die Prüfung der Anwendbarkeit des GEKR somit in mehreren Schritten. Zunächst muss über das anwendbare Kollisionsrecht das anwendbare Recht ermitteln werden. Anschließend ist zu prüfen, ob es sich um das Recht eines EU-Mitgliedstaates handelt, so dass die Wahl des GEKR möglich ist. Schließlich muss der Vertrag vom Anwendungsbereich der GEKR-VO erfasst sein und die Parteien müssen eine nach der GEKR-VO wirksame Vereinbarung über die Anwendung des GEKR getroffen haben.

34 *Gerhard Wagner*, Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Button klemmt, ZEuP 2012, 455 (459).

35 Siehe Erwägungsgrund Nr. 23 GEKR-VO.

36 So auch: *Walter Doralt*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, AcP 2011, 1 (20).

37 Siehe Erwägungsgrund Nr. 12 Satz 2 GEKR-VO.

6. Verhältnis zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht)

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG) ist grundsätzlich gemäß Art. 1 CISG automatisch anwendbar, sobald ein Vertrag in seinen Anwendungsbereich fällt. Allerdings steht den Parteien gemäß Art. 6 CISG frei, die Anwendung des Übereinkommens auszuschließen. Dieses *opt-out*-Modell des CISG stellt insofern das Umkehrmodell zu dem *opt-in*-Modell der GEKR-VO dar. Das von der Kommission in Erwägungsgrund Nr. 25 GEKR-VO vorgeschlagene Lösungsmodell für den Konflikt zwischen CISG und GEKR-VO sieht vor, dass die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts als konkludente Vereinbarung der Vertragsparteien über den Ausschluss des CISG i. S. d. Art. 6 CISG zu werten sei.

IV. Kritik an dem Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Die vom Bundestag erhobene Subsidiaritätsrüge[38] sowie einige Reaktionen von Verbänden zeigen, dass der Einführung des GEKR teilweise mit Skepsis begegnet wird. Bezweifelt wird derzeit vor allem, ob die von der Kommission gewählte Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV die Einrichtung eines fakultativen Unionskaufrechts überhaupt erlaubt.[39]

Die inhaltliche Kritik an dem Vorschlag ist hingegen zum Teil stark durch den jeweiligen Blickwinkel gefärbt. Während die *European Consumer Organisation* vor einem Sozialdumping warnt,[40] beklagt der Bundesverband der Deutschen Industrie, dass das GEKR ein zu hohes Verbraucherschutzniveau verwirkliche und dass die Verwendung des GEKR den Unternehmen keine Erleichterung, sondern nur Verunsicherung und zusätzliche Rechtsberatungskosten verschaffe.[41] Ob das materielle Europäische Kaufrecht in der Praxis tatsächlich Vorteile gegenüber dem BGB gewähren wird, bleibt abzuwarten. Die Rechtswissenschaft arbeitet derzeit an einer ausführlichen Analyse der vorgeschlagenen Normen. Erste Gegenüberstellungen von BGB und GEKR zeigen jedoch, dass das GEKR im Vergleich zum BGB inhaltlich für Unternehmer kaum Vorteile gewähren wird. Ein Beispiel dafür bieten die Rechte des Käufers bei fehlender Erfüllung der Verkäuferpflichten. Im deutschen Recht ist ein Rücktritt vom Vertrag i. S. d. § 437 Nr. 2 BGB nur möglich, wenn die Nacherfüllung verweigert wird, fehlschlägt oder unzumutbar ist. Einen solchen „Vorrang der Nacherfüllung" gibt es in Art. 106 GEKR grundsätzlich nicht, sondern der Verbraucher kann den Vertrag sofort beenden.[42] Dies bietet ein Beispiel dafür, dass das GEKR teilweise über das vom BGB gewährte Verbraucherschutzniveau hinausgehen würde. Auch an anderen Stellen scheinen erste Analysen zu dem Ergebnis zu gelangen, dass aus unternehmerischer Sicht das GEKR inhaltlich nicht in jedem Fall praxistaugliche Lösungen anbietet.[43] Hier bleibt abzuwarten, ob im Gesetzgebungsverfahren noch Änderungen vorgenommen werden.

Andererseits darf aber bei aller Kritik auch nicht vergessen werden, dass ein Einheitsrecht selbst mit einem hohen Verbraucherschutzniveau europaweit tätigen Unternehmen dennoch eine große Chance bieten würde, ihre Transaktionskosten zu reduzieren. Ein gewisser Mangel an inhaltlicher Attraktivität aus Unternehmersicht könnte daher durch die Einsparung von Transaktionskosten kompensiert werden.

Inwiefern das GEKR tatsächlich einen Beitrag zur Stärkung des grenzübergreifenden Handels leisten wird, wird sich erst noch zeigen müssen. Auch die Tatsache, dass es sich um ein „steriles Produkt" handelt, zu welchem erst wenig Literatur und noch keinerlei Rechtsprechung existiert, werden die Vertragsparteien in ihre Überlegungen einbeziehen müssen. Daher hat die Frage, wie hoch die Bereitschaft für eine Wahl des GEKR sein wird; und damit nach dem konkreten Nutzen der GEKR-VO; durchaus ihre Berechtigung. Richtig ist sicherlich auch, dass die Pluralität der nationalen Vertragsrechte nicht das einzige Hindernis für einen grenzübergreifenden Handel darstellt. Aber auch wenn ein Einheitsrecht Handelshindernisse – wie Sprach- oder Lieferschwierigkeiten

38 Problematisch an der Subsisiaritätsrüge des Bundestages ist der Umstand, dass die Kritik der Abgeordneten sich im Grunde gar nicht schwerpunktmäßig auf die Verletzung des Grundsatzes der Subsidiarität stützt, sondern vielmehr das Fehlen einer tragenden Komeptenzgrundlage bemängelt wird. Es ist daher fraglich, ob eine Subsidiaritätsrüge, die eine Verletzung des Grundsatzes der Subsidiarität i. S. d. Art. 5 EUV rügen soll, hier überhaupt das passende Abhilfemittel darstellt. Denn eine Verletzung der Subsidiarität ist aufgrund der Tatsache, dass das GEKR nur als fakultatives Recht ausgestaltet ist und damit das nationale Kaufrecht der Mitgliedstaaten grundsätzlich unangetastet lässt, schwer zu begründen. Geht man zudem davon aus, dass die Einführung des fakultativen Kaufrechts eine Verbesserung des grenzübergreifenden Handels bewirkt, so bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Schranke der Subsidiarität i. S. d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV. Vgl. *Martin Schmidt-Kessel*, Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung, in: Schmidt-Kessel (Fn. 12), 1 (12).

39 Ausführlich dazu: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, RabelsZ 2011, 371 (388); *Peter-Christian Müller-Graff*, Ein fakultatives europäisches Kaufrecht als Instrument der Marktordnung?, in: Schulte-Nölke (Fn. 13), 21 (35); Bejahend bzgl. Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage: *Norbert Reich/Hans-W. Micklitz*, Wie „optional" ist ein „optionales" EU-Vertragsrecht?, EWS 2011, 113 (114).

40 *Petra Klein*, EU-Kaufrecht ungeliebt, Lebensmittel Zeitung Nr. 2011, 12.

41 *Hendrik Kafsack*, Umstrittenes EU-Kaufrecht, Wachsender Widerstand gegen Vorschläge von Reding, FAZ Nr. 237 vom 12.10.2011, S. 12.

42 Eine gewisse Einschränkung bietet in einigen Fällen die Grenze der „Unerheblichkeit" nach Art. 114 Abs. 2 GEKR.

43 Zu diesem Schluss kommt *Stephan Balthasar*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, RIW 2012, 361 (364 f.).

oder steuerrechtliche Unsicherheiten – nicht aus der Welt schaffen kann, so stellt es dennoch einen Schritt in die richtige Richtung dar.

Die Förderung des Handels im Europäischen Binnenmarkt ist ein zentrales Anliegen der EU. Ein einheitliches Kaufrecht bietet eine Chance auf Erleichterung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten, da die Vertragsparteien durch das GEKR zumindest innerhalb des Europäischen Binnenmarktes die Möglichkeit erhalten, sich nach einem einheitlichen Kaufrecht zu richten. Auch wenn der Rücksichtnahme auf die Kompetenzgrundlage, der politischen Konsensfindung und der Schwierigkeit der inhaltlichen Gestaltung eines europaweiten Vertragsrechtsregimes geschuldet ist, dass der Vorschlag insgesamt berechtigter inhaltlicher Kritik ausgesetzt ist, ist der Vorschlag, der als Wegbereiter für eine weitergehende Vereinheitlichung des Privatrechts dienen könnte, grundsätzlich zu begrüßen. Vertragsgestaltung und Organisation der Kaufabwicklung würden durch eine unionsweite Infrastruktur des Kaufrechts vereinfacht und insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen die Chance auf neue Märkte eröffnet werden. Es ist zudem damit zu rechnen, dass zumindest die zu Beginn für die Unternehmen anfallenden Rechtsberatungskosten durch die spätere Einsparung von Transaktionskosten kompensiert werden würden.

V. Fazit

Die vorangegangene Analyse des Verordnungsvorschlages zeigt, dass – sofern es zu einer Verabschiedung der GEKR-VO in der jetzigen Form kommen sollte – noch kein Grund zur Sorge besteht, dass das GEKR das Ende des BGB einläuten könnte. Denn zum einen ist der Anwendungsbereich des GEKR begrenzt und zum anderen handelt es sich lediglich um ein fakultatives Instrument, dessen Anwendung vom Willen der Parteien abhängt.

Nichtsdestotrotz kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass ein europäisches Einheitsrecht für das Kaufrecht auf lange Sicht als Wegbereiter für eine zukünftige weiterreichende Vereinheitlichung des Privatrechts in der EU dienen bzw. die nationalen Kaufrechtsregime der Mitgliedstaaten im Wettbewerb mit dem GEKR unter Druck setzen könnte.

Das Europäische Parlament wird sich voraussichtlich 2013 mit dem Verordnungsvorschlag beschäftigen und über diese wichtige rechtspolitische Weichenstellung entscheiden.[44] Trotz der berechtigten Kritikpunkte sollte man auf das Potential das GEKR schauen und es insgesamt als Chance für den Handel im Europäischen Binnenmarkt begreifen. Es ist weniger Bedrohung als vielmehr eine zusätzliche Möglichkeit neben dem BGB.

Der Verordnungsvorschlag lässt zudem keinen Zweifel daran, dass in Zukunft eine internationale Ausrichtung von Wissenschaft und Lehre, Mobilität und Offenheit auch für das Privatrecht unentbehrlich sein werden und die rechtswissenschaftliche Ausbildung auf diesen Aspekt in wachsendem Maße Wert legen sollte.

44 Nach der derzeitigen Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV käme das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV zur Anwendung. Gemäß Art. 294 Abs. 3, Abs. 7, Abs. 13 AEUV ist die Billigung des Vorhabens durch das Europäische Parlament sowie nach Art. 294 Abs. 5, Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 13 AEUV eine qualifizierte Mehrheit des Rates erforderlich.