

# »28.« versus »2. Regime« – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts

Von MATTEO FORNASIER, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einführung . . . . .	402
II. Das Verhältnis zur Rom I-Verordnung: Einheitslösung versus <i>lex specialis</i> -Modell . . . . .	406
1. Die Regelungsalternativen . . . . .	406
a) Einheitslösung (»28. Regime«-Modell) . . . . .	407
b) <i>Lex specialis</i> -Modell (»2. Regime«-Modell im weiteren Sinn) . . . . .	408
2. Das optionale europäische Vertragsrecht in den Vorarbeiten zur Rom I-Verordnung und der Ansatz des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht . . . . .	408
3. Unvereinbarkeit der Rechtswahlstranken der Rom I-Verordnung mit dem Zweck des optionalen Instruments . . . . .	409
4. Gefahr des »Sozialdumpings« durch den Verzicht auf Rechtswahlstranken? . . . . .	411
a) Kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Schwächerenschutz . . . . .	412
b) Nachteile für die schwächere Partei bei der Rechtsverfolgung? . . . . .	415
5. Schwächen der Einheitslösung bei vorrangigen staatsvertraglichen Kollisionsregeln . . . . .	415
III. Unmittelbare Anwendung versus Vorschaltung des Internationalen Privatrechts . . . . .	416
1. Die Regelungsalternativen . . . . .	416
a) Modell der unmittelbaren Anwendung . . . . .	417

---

\* Abgekürzt werden zitiert: *Christoph Busch*, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht: *EuZW* 2011, 655–662; *Martin Gebauer*, Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2011, 227–236; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: *RabelsZ* 75 (2011) 371–438 (zitiert: *MPI*, Policy Options); *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, hrsg. von *Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss* (2009) (zitiert: *PEICL*); *Michael Stürner*, Kollisionsrecht und Optionales Instrument, Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung: *GPR* 2011, 236–242.

b) Vorschaltlösung (»2. Regime«-Modell im engeren Sinn) . . . . .	418
2. Der Ansatz des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. . . . .	419
3. Auswirkungen auf den Anwendungsbereich in Binnenmarktsachverhalten . . . . .	420
a) Uneingeschränkte Wählbarkeit des optionalen Instruments nach beiden Regelungsansätzen . . . . .	420
b) Verhältnis zu den Rechtswahlsschranken der Rom I-Verordnung . . . . .	420
c) Zwischenergebnis . . . . .	422
4. Auswirkungen auf den Anwendungsbereich in Sachverhalten mit Drittstaatenbezug . . . . .	422
a) Uneingeschränkte Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts. . . . .	423
b) Keine bzw. nur beschränkte Wählbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts	424
c) Vorschaltlösung als Garantie für internationalen Entscheidungseinklang?. . . . .	425
d) Vorschaltlösung zum Schutz von Parteien in Drittstaaten vor Fremdrechtsanwendung?. . . . .	427
5. Auswirkungen auf das Konkurrenzverhältnis zu staatsvertraglichen Instrumenten . . . . .	428
a) Übereinkommen des materiellen Einheitsrechts . . . . .	428
b) Kollisionsrechtliche Übereinkommen . . . . .	429
6. Abschließende Bewertung. . . . .	430
IV. Kollisionsrechtliche versus materiellrechtliche Wahl . . . . .	431
V. Einzelaspekte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht . . . . .	433
1. Wahl des optionalen Instruments . . . . .	433
a) Einigung und materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung	433
b) Formanforderungen an die Rechtswahlvereinbarung . . . . .	434
c) Verbot der partiellen Rechtswahl . . . . .	435
d) Nachträgliche Rechtswahl . . . . .	436
e) Anwendbarkeit des optionalen Instruments in Bezug auf vorvertragliche Pflichten . . . . .	436
2. Lückenfüllung. . . . .	438
3. Verhältnis zu Eingriffsnormen . . . . .	438
VI. Zusammenfassung . . . . .	440
Summary: "28th" versus "2nd" Regime – An Optional European Contract Law from a Choice of Law Perspective . . . . .	441

## I. Einführung

Am 11. Oktober 2011 veröffentlichte die Europäische Kommission den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.<sup>1</sup> Zehn

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. Parallel dazu wurde die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen »Ein Gemeinsames Europä-

Jahre nachdem sie die Idee eines einheitlichen Europäischen Vertragsrechts auf ihre Agenda gesetzt hat,<sup>2</sup> ist damit erstmals ein Gesetzgebungsverfahren eingeleitet worden. Anders als die bisherige Richtliniengesetzgebung würde der geplante Rechtsakt nicht die nationalen Vertragsrechtsordnungen punktuell harmonisieren, sondern unmittelbar geltendes materielles Einheitsrecht schaffen. Das neue europäische Kaufrecht ist als so genanntes optionales Vertragsrechtsinstrument konzipiert:<sup>3</sup> Es soll nur dort gelten, wo sich die Vertragsparteien ihm freiwillig durch Rechtswahl unterwerfen. Ein solches »opt-in«-Regime lässt die nationalen Vertragsrechte unberührt und steht folglich für ein »liberales« Konzept der Rechtsvereinheitlichung, bei dem die Anwendung der Einheitsvorschriften vom Willen der Vertragsparteien bzw. des Marktes abhängig gemacht wird.<sup>4</sup>

Schon in der öffentlichen Konsultation, die dem jetzigen Verordnungsvorschlag vorausgegangen war,<sup>5</sup> hatte das Modell eines fakultativen Vertragsrechts viel Aufmerksamkeit erfahren.<sup>6</sup> Gestritten wurde vor allem darüber, ob tatsächlich ein Bedürfnis nach einem europäischen Vertragsrecht besteht, ferner über die Kompetenzgrundlage und den Anwendungsbereich eines solchen Instruments:<sup>7</sup> Sollte es lediglich für grenzüberschreitende Ver-

---

isches Kaufrecht zur Erleichterung grenzübergreifender Geschäfte im Binnenmarkt«, KOM(2011) 636 endg., veröffentlicht.

<sup>2</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398 endg.

<sup>3</sup> Die Idee eines optionalen europäischen Vertragsrechts fand bereits Erwähnung im Aktionsplan der Kommission aus dem Jahr 2003 »Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht«, KOM(2003) 68 endg.

<sup>4</sup> Vgl. allgemein zu diesem Modell, das u. a. auch im Gesellschaftsrecht, im Recht des geistigen Eigentums sowie im Ehegüterrecht eine Rolle spielt, *Jürgen Basedow*, Fakultatives Unionsprivatrecht oder: Grundlagen des 28. Modells, in: FS Säcker (2011) 29–44; *Eva-Maria Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002) 368 ff.; *Michael Stürmer*, Der deutsch-französische Wahlgüterstand als Modell für die europäische Rechtsvereinheitlichung: JZ 2011, 545–555 (552).

<sup>5</sup> Die Konsultation war angestoßen worden durch das Grünbuch der Kommission vom 1. 7. 2010, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., abgedruckt in ZEuP 2010, 956.

<sup>6</sup> Das Vorhaben fand auch die Unterstützung des Europäischen Parlaments, siehe die Entschließung vom 8. 6. 2011 zu Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, 2011/2013 (INI), sowie des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, siehe die Stellungnahme zum Thema »Das 28. Regime – eine Alternative für weniger Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene« (Initiativstellungnahme), ABl. 2011 C 21/26. Auch Justizkommissarin Reding selbst hatte sich offen für dieses Regelungsmodell ausgesprochen, siehe *Viviane Reding*, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt: ZEuP 2011, 1–6.

<sup>7</sup> Die Kommission hat die zahlreichen Stellungnahmen auf ihrer Website veröffentlicht, siehe <[http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0052\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm)>. Vgl. aus dem Schrifttum z. B. *MPI*, Policy Options; *Walter Doralt*, Rote Karte oder Grünes Licht für den Blue Button?, Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts: AcP 211 (2011) 1–34; *Sebastian A. E. Martens*, Ein Knopf für den Binnenmarkt?, oder: Voll-

träge oder auch für Inlandsgeschäfte gelten? Außerdem: Sollte es Regeln nur für Verbraucherverträge (»B2C«) enthalten oder auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr (»B2B«)? Nach der Veröffentlichung des Regelungsentwurfs steht nun zu erwarten, dass sich die Diskussion auf den Inhalt der materiellrechtlichen Vertragsvorschriften verlagern wird.<sup>8</sup>

Der folgende Beitrag behandelt hingegen einen Aspekt, der in der Debatte bislang eine bloß untergeordnete Rolle gespielt hat, nämlich das Verhältnis eines fakultativen europäischen Vertragsrechts zum Internationalen Privatrecht.<sup>9</sup> Dabei wird zunächst untersucht, wie das optionale Instrument in

---

harmonisierung durch den »Blue Button«?: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2010, 215–218; *Carsten Herresthal*, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument: EuZW 2011, 7–12; *Hans Schulte-Nölke*, How to Realise the »Blue Button«?, Reflections on an Optional Instrument in the Area of Contract Law, in: *European Private Law – Current Status and Perspectives*, hrsg. von *Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke* (2011) 89–104; *Norbert Reich/Hans-W. Micklitz*, Wie »optional« ist ein »optionales« EU-Vertragsrecht?: EWS 2011, 113–119; *Karl Riesenhuber*, A Competitive Approach to EU Contract Law: Eur. Rev. Contract L. 7 (2011) 115–133; *Rith Sefton-Green*, Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less: ebd. 134–150; *Susanne Augenhöfer*, A European Civil Law – for Whom and What Should it Include?, Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument: ebd. 195–218; *Marisaria Maugeri*, Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?: ebd. 219–228; *Fernando Gomez/Juan Jose Ganuza*, An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?: ebd. 275–294; *Assunção Cristas*, Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses, What do we want?: ebd. 314–324; *John Cartwright*, »Choice is good.« Really?: ebd. 335–349; *Jacobien W. Rutgers*, An Optional Instrument and Social Dumping Revisited: ebd. 350–359; *Klaus Tonner*, Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer, Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht: EuZW 2010, 767–771; *Marina Tamm*, Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C-Vertragsrechts: GPR 2010, 281–291; *Reinhard Zimmermann*, Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen, in: *Begegnungen im Recht, Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt* anlässlich seines 70. Geburtstags (2011) 321–350; vgl. bereits vor der Veröffentlichung des Grünbuchs *Hugh Beale*, The Future of the Common Frame of Reference: Eur. Rev. Contract L. 3 (2007) 257–276 (269ff.); *Stefan Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht?, Plädoyer für ein optionales Instrument: BB 2008, 1469–1475.

<sup>8</sup> Siehe bereits *Friedrich Graf von Westphalen*, Das optionale Europäische Kaufrecht, Eine Chance für Verbraucher und Unternehmer?: ZIP 2011, 1985–1995; *Reinhard Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts: JBl. 2012, 1–22. Die Debatte hat schon mit der Veröffentlichung der sog. *Feasibility Study* begonnen, in der eine von der Kommission eingesetzte Expertengruppe einen Vorentwurf zu den materiellrechtlichen Vorschriften des Instruments ausgearbeitet hat (der Text ist abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory\\_note\\_results\\_feasibility\\_study\\_05\\_2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf)>). Vgl. als erste Stellungnahmen dazu die Beiträge in: *Towards a European Contract Law*, hrsg. von *Reiner Schulze/Jules Stuyck* (2011); *Matthias Lehmann*, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht, Die »Feasibility Study« der Expert Group on a European Contract Law: GPR 2011, 218–226.

<sup>9</sup> Vgl. erstmals zu dieser Frage *Jürgen Basedow*, Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act: Lloyd's Marit. Com. L. Q. 2003, 498–507 (503f.) (zitiert: In-

das System des Kollisionsrechts einzubetten ist. In diesem Zusammenhang soll insbesondere auch auf die zuweilen erörterte Frage eingegangen werden, ob die optionale Vertragsrechtsordnung als »28.« oder als »2. Regime« auszugestalten ist.<sup>10</sup> Die Kommission möchte das Gemeinsame Kaufrecht in ihrem Verordnungsentwurf als »2. Regime« verstanden wissen.<sup>11</sup> Hier gilt es zu klären, was mit dieser Charakterisierung gemeint ist. In der allgemeinen Diskussion tragen nämlich die Schlagwörter »28. Regime« und »2. Regime« eher zur Verwirrung denn zur Erhellung bei, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass keine Einigkeit über ihre Bedeutung herrscht. So werden sie zum einen auf die Frage bezogen, ob die Rechtswahl (»opt-in«) der europäischen Vertragsvorschriften innerhalb oder außerhalb der Rom I-Verordnung<sup>12</sup> geregelt werden soll (hierzu II.). Darüber hinaus tauchen sie auch im Zusammenhang mit der Überlegung auf, ob das fakultative europäische Vertragsrecht unmittelbar (autonom) oder unter Vorschaltung des allgemeinen Kollisionsrechts zur Anwendung gelangen soll (III.). Diese Regelungsalternativen sind im Hinblick auf ihre praktischen Auswirkungen zu vergleichen und zu bewerten. Eine Antwort ist darüber hinaus auch auf die Frage zu suchen, ob die Wahl des optionalen Instruments eine kollisions- oder eine materiellrechtliche Rechtswahl darstellt (IV.). Abschließend sind einzelne kollisionsrechtliche Aspekte des Kommissionsvorschlags in den Blick zu nehmen (V.).

Nach dem Regelungsentwurf ist das europäische Vertragsrechtsinstrument im Wesentlichen auf das Kaufrecht und auf grenzüberschreitende Transaktionen beschränkt. Gleichwohl soll hier auch auf Fragen eingegangen werden, die sich aus einem erweiterten sachlichen und räumlich-geographischen Anwendungsbereich ergeben. Es ist nämlich davon auszugehen, dass das nun vorgeschlagene Instrument lediglich einen ersten Schritt auf dem Weg zu einem weiter gefassten europäischen Vertragsrecht bedeuten

---

insurance Contract Law); Dirk Staudenmayer, Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?: ZEuP 2003, 828–846 (836f.). Aus jüngerer Zeit Gerhard Dannemann, Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law: (2011) Oxford University Comparative Law Forum 2 (abrufbar unter <oucl.iuscomp.org>); Busch 655–662; Gebauer 227–236; Stürner 236–242.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (oben N. 6) sub 3.1.3., wo das »2. Modell« befürwortet wird; vgl. ferner Matthias Lehmann, Europäisches Vertragsrecht – 28th oder 2nd Regime?: GPR 2010, 261 (zitiert: Europäisches Vertragsrecht); Helmut Heiss, Party Autonomy, in: Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, hrsg. von Franco Ferrari/Stefan Leible (2009) 1–16 (12ff.); ders., Optionales europäisches Vertragsrecht als »2. Regime«, in: FS G.H. Roth (2011) 237–246 (zitiert: Optionales europäisches Vertragsrecht); ders., Introduction, in: PEICL S. LXV (Rz. I 45); Reich/Micklitz (oben N. 7) 115; Dannemann (oben N. 9) sub B (1).

<sup>11</sup> Siehe Erwägungsgrund 9 sowie S. 6/7 der Vorschlagsbegründung.

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom I«), ABl. 2008 L 177/6.

soll.<sup>13</sup> Die Ausweitung auf andere Geschäfte und vertragsrechtliche Institute (z. B. Stellvertretung,<sup>14</sup> Abtretung) sowie auf rein innerstaatliche Sachverhalte wird also früher oder später zur Debatte stehen.<sup>15</sup> Ein Indiz hierfür ist die Überprüfungs Klausel des Art. 15 des Verordnungsentwurfs (im Folgenden: VO-E). Diese möglichen Entwicklungen sind bereits jetzt zu bedenken.

## II. Das Verhältnis zur Rom I-Verordnung: Einheitslösung versus lex specialis-Modell

### 1. Die Regelungsalternativen

Ein fakultatives europäisches Vertragsrecht kann entweder als »opt-out«- oder als »opt-in«-Instrument ausgestaltet werden.<sup>16</sup> Im ersteren Fall finden die europäischen Regeln immer dann Anwendung, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung nicht ausschließen; diesem Modell folgt beispielsweise das UN-Kaufrecht (CISG)<sup>17</sup>. Der Regelungsentwurf der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht sieht demgegenüber eine »opt-in«-Lösung vor: Um zum Zuge zu kommen, bedürfen die europäischen Vertragsvorschriften gemäß Art. 3 VO-E einer positiven Rechtswahl durch die Parteien. Eine solche Parteiwahl wirft ihrerseits eine Reihe regelungsbedürftiger Fragen auf, etwa die nach etwaigen Formanforderungen, nach den Voraussetzungen ihres Zustandekommens oder nach möglichen Wirksamkeitsschranken. Zur Lösung dieser Fragen steht der Unionsgesetzgeber vor der Alternative, ob er auf die Rechtswahlvorschriften der Rom I-Verordnung zurückgreift oder spezielle Regeln erlässt.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme der Justizkommissarin *Viviane Reding* auf dem Ratsreffen der EU-Justizminister am 19. 7. 2011 in Sopot, SPEECH/11/539: »This is certainly not the time for a Napoleonic approach. This is the time for small, pragmatic and efficient steps ...«

<sup>14</sup> Zu den Herausforderungen bei der Regelung der Stellvertretung in einem optionalen Instrument siehe *Jens Kleinschmidt*, Stellvertretung, IPR und ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht: RabelsZ 75 (2011) 497–540.

<sup>15</sup> In diese Richtung auch *Reiner Schulze/Jules Stuyck*, Towards a European Contract Law, An Introduction, in: Towards a European Contract Law (oben N. 8) 3–8 (7); vgl. auch *MPI*, Policy Options Rz. 138, wonach der Rechtsakt als »growing optional instrument« konzipiert werden sollte.

<sup>16</sup> Zu den Alternativen vgl. *Jürgen Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?: ZEuP 2004, 1–4; *Staudenmayer* (oben N. 9) 835 ff.

<sup>17</sup> Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. 4. 1980, BGBl. 1989 II 588. Die Abwahlmöglichkeit ist in Art. 6 geregelt.

<sup>18</sup> Diese Frage wird erörtert von *Lehmann*, Europäisches Vertragsrecht (oben N. 10); *Paul Lagarde*, Cadre commun de référence et droit international privé, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law<sup>2</sup>, hrsg. von *Reiner Schulze* (2009) 275–293 (282 ff.) (zitiert: Cadre commun); *Jürgen Basedow*, Das fakultative Unionsprivatrecht und das interna-

## a) Einheitslösung (»28. Regime«-Modell)

Die erste Regelungsalternative, hier als »Einheitslösung« bezeichnet, sieht vor, die Wahl des optionalen Instruments auf der Grundlage der allgemeinen Rechtswahlvorschrift des Art. 3 Rom I-Verordnung (im Folgenden: VO) zu ermöglichen. Man spricht in diesem Kontext vom »28. Regime«-Modell, da die europäischen Vertragsregeln auf kollisionsrechtlicher Ebene in den Kreis der wählbaren Regime neben die nationalen Vertragsrechte der 27 Mitgliedstaaten träten. Für diese Lösung ist allerdings eine Anpassung der Rom I-VO erforderlich, da Art. 3 Rom I-VO ausweislich seiner Entstehungsgeschichte<sup>19</sup> nur die Wahl staatlichen Rechts, nicht hingegen inter- oder supranationaler Regelwerke erlaubt.<sup>20</sup> Die Charakterisierung als »28.« Regime – dies sei am Rande bemerkt – ist freilich in zweifacher Hinsicht ungenau. Zum einen verfügen nämlich einzelne Mitgliedstaaten wie z. B. das Vereinigte Königreich über mehr als nur eine Vertragsrechtsordnung; gemäß Art. 22 Rom I-VO gelten in solchen Fällen die regionalen Teilrechtsordnungen für die Zwecke des Kollisionsrechts als eigenständige Staaten. Zum Zweiten darf nicht übersehen werden, dass sich die Vertragsparteien nach Art. 3 Rom I-VO nicht nur dem Recht eines Mitgliedstaats, sondern – innerhalb der Schranken des Art. 3 IV Rom I-VO – auch drittstaatlichem Recht unterwerfen können: Damit stehen bereits *de lege lata* mehr als 27 Vertragsregime zur Auswahl.

---

tionale Privatrecht, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 50–62 (zitiert: Das fakultative Unionsprivatrecht); *Busch* 656; *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Der gemeinsame Referenzrahmen, hrsg. von *Martin Schmidt-Kessel* (2009) 389–432 (392 ff.); *Katharina Boele-Woelki/Anne Keirse/Sonja Krusinga*, Naar een contractenrecht voor de Unie: Ned. Jbl. 2011, 58–65 (61); *Aurelia Colombi Ciacchi*, An Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU: Conflict of Laws and Conflict of Policies, in: *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, hrsg. von *Alessandro Somma* (2009) 3–18 (12 ff.); *MPI*, Policy Options Rz. 74 ff.; *Dieter Martiny*, Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht: ZEuP 2007, 212–228 (215 ff.); *Hannes Rösler*, Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU: EuZW 2011, 1; *Staudenmayer* (oben N. 9) 836 f.; *Helmut Heiss/Noemi Downes*, Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law, Reflections from a Private International Law Perspective: Eur. Rev. Priv. L. 2005, 693–712 (700 ff.) (noch in Bezug auf das EVÜ).

<sup>19</sup> Dazu sogleich unten II. 2.

<sup>20</sup> *Ulrich Magnus*, Die Rom I-Verordnung: IPRax 2010, 27–44 (33); *Lagarde*, Cadre commun (oben N. 18) 283 f.; *Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González*, Derecho Internacional Privado<sup>10</sup> II (2009) 506; *Rösler* (oben N. 18) 1. A. A. unter Verweis darauf, dass ein in Verordnungsform erlassenes europäisches Vertragsrecht zur innerstaatlichen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten gehören und damit »staatliches Recht« darstellen würde, *Stürmer* 238; ebenso *Carsten Herresthal*, Das geplante europäische Vertragsrecht, Die optionale Ausgestaltung des sog. Optionalen Instruments: ZIP 2011, 1347–1353 (1349 f.); *Mankowski* (oben N. 18) 412 f.; zurückhaltender in diesem Punkt *Martiny* (oben N. 18) 217 f.

b) *Lex specialis*-Modell (»2. Regime«-Modell im weiteren Sinn)

Hingegen geht das *lex specialis*-Modell davon aus, dass die Regelungen über die Wahl nationaler Vertragsregime nicht auf die Wahl des optionalen Instruments passten. Es würden daher Sondernormen benötigt, die direkt in die Verordnung über das fakultative europäische Vertragsrecht aufgenommen werden könnten.<sup>21</sup> Die Bezeichnung »2. Regime« rührt daher, dass die besonderen Rechtswahlvorschriften im Gegensatz zu Art. 3 Rom I-VO die Wahl zwischen lediglich zwei Alternativen betreffen, nämlich zwischen den europäischen Regeln einerseits und dem nach allgemeinem Kollisionsrecht anwendbaren nationalen Vertragsrecht andererseits.

2. Das optionale europäische Vertragsrecht in den Vorarbeiten zur Rom I-Verordnung und der Ansatz des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Die Abstimmung zwischen dem Internationalen Schuldvertragsrecht und einem späteren materiellen Vertragsrechtsinstrument beschäftigte den Unionsgesetzgeber bereits in den Vorarbeiten zur Rom I-Verordnung. Im Verordnungsentwurf<sup>22</sup> waren noch beide oben genannten Regelungsmodelle in Erwägung gezogen worden: Art. 3 II des Regelungsentwurfs sah die Möglichkeit vor, neben nationalen Vertragsregimen auch »auf Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts« zu wählen, wozu nach den Vorstellungen der Kommission gerade auch ein optionales europäisches Vertragsrechtsinstrument gehören sollte.<sup>23</sup> Artikel 22 lit. b des VO-Entwurfs öffnete demgegenüber den Weg für den *lex specialis*-Ansatz: Danach sollten europäische Rechtsakte, die »vertragliche Schuldverhältnisse regeln und nach dem Willen der Parteien auf Sachverhalte Anwendung finden, bei denen eine Normenkollision vorliegt«, dem Anwendungsbereich der Verordnung entzogen sein.<sup>24</sup>

Letztlich fand indessen keines der beiden Modelle Eingang in die Rom I-Verordnung. Das Verhältnis der Verordnung zu einem späteren Einheitsrechtsinstrument ist lediglich in der (unverbindlichen) Präambelerwägung

<sup>21</sup> Eine spezielle Rechtswahlnorm beinhaltet etwa Art. 1:102 PEICL, siehe PEICL S. 33 ff.; hingegen für eine Spezialregelung *innerhalb* der Rom I-Verordnung Paul Lagarde, Panel Discussion, in: European Private Law (oben N. 7) 277–278 (277).

<sup>22</sup> KOM(2005) 650 endg.

<sup>23</sup> Vgl. S. 6 des Verordnungsvorschlags (vorige Note).

<sup>24</sup> Für diesen Ansatz *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I): RabelsZ 71 (2007) 225–344 Rz. 183.



14 angesprochen. Diese bestimmt, dass im Falle der Verabschiedung eines europäischen Vertragsrechts »in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden [kann], dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden.«<sup>25</sup> Die Formulierung legt nahe, dass der Gesetzgeber der Rom I-Verordnung offenbar den *lex specialis*-Ansatz favorisierte. In ihrem Regelungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht beschreitet nun die Kommission den in Erwägungsgrund 14 der Rom I-Verordnung aufgezeigten Weg: In Artt. 3, 8 und 11 VO-E ist die Wahl des optionalen Instruments selbstständig und abschließend geregelt, so dass ein Rückgriff auf die Rechtswahlvorschriften der Rom I-Verordnung ausgeschlossen ist.

### 3. Unvereinbarkeit der Rechtswahlsschranken der Rom I-Verordnung mit dem Zweck des optionalen Instruments

Dass der Regelungsentwurf dem *lex specialis*-Modell folgt, ist zu begründen. Die Einheitslösung bringt nämlich einen gravierenden Nachteil mit sich: Würde man das optionale Instrument den Rechtswahlvorschriften der Rom I-Verordnung unterwerfen, griffen die darin vorgesehenen Schranken der Parteiautonomie ein, darunter insbesondere die Rechtswahlsschranken zum Schutz der schwächeren Partei.<sup>26</sup> Wie noch zu sehen sein wird, besteht im Zusammenhang mit dem europäischen Vertragsrechtsinstrument schon kein entsprechendes Bedürfnis nach solchen Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit.<sup>27</sup> Schlimmer noch: Die Regelungen würden den Anwendungsbereich des fakultativen Vertragsrechts erheblich beschneiden und die Funktion des Instruments insgesamt gefährden.

Insbesondere bei internationalen Verbraucherverträgen wären die Defizite der Einheitslösung spürbar. Artikel 6 II Rom I-VO bestimmt, dass ein Unternehmer, der seine Tätigkeit grenzüberschreitend auf einen anderen Mitgliedstaat ausrichtet, gegenüber den dort ansässigen Verbrauchern die zwingenden Verbraucherschutzbestimmungen einhalten muss, die das autonome Recht des Zielstaats vorschreibt. Auf die Wahl des optionalen Instruments übertragen hätte diese Regelung zur Folge, dass sich die autonomen Verbrauchervorschriften des Zielstaates, soweit sie für den Verbraucher günstiger sind, gegen die europäischen Regeln durchsetzen.<sup>28</sup> Der Vorrang

<sup>25</sup> Hervorhebung vom Verfasser.

<sup>26</sup> Zur Beschränkung der Rechtswahlfreiheit im Interesse schwächerer Parteien vgl. die Erwägungsgründe 23 ff. Rom I-VO.

<sup>27</sup> Unten II. 4.

<sup>28</sup> Ganz ähnlich stellt sich die Situation bei internationalen Arbeitsverträgen dar, da hier Art. 8 I Rom I-VO zum Schutz der Arbeitnehmer einen dem Art. 6 II Rom I-VO entsprechenden Günstigkeitsvergleich vorschreibt. Auf diese Problematik wird hier nicht eingegangen, da die Schaffung eines einheitlichen europäischen Arbeitsvertragsrechts derzeit kein re-

nationaler Bestimmungen würde nun den primären Zweck des europäischen Vertragsrechtsinstruments vereiteln, nämlich einen einheitlichen Rechtsrahmen für Schuldverträge zu schaffen. Unternehmen, die ihre Güter und Dienstleistungen grenzüberschreitend in unterschiedlichen europäischen Ländern anbieten möchten, müssten ihre Verträge weiterhin an divergierende rechtliche Vorgaben anpassen. Die von der Kommission ausgemachten Hindernisse für die Verwirklichung des Binnenmarkts blieben folglich bestehen.

Ähnliche Probleme brächte die Einheitslösung mit sich, soweit das fakultative Vertragsrecht auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar sein sollte. Der gegenwärtige Kommissionsvorschlag beschränkt den Anwendungsbereich des fakultativen Instruments auf grenzüberschreitende Transaktionen (Art. 4 VO-E). Den Mitgliedstaaten wird allerdings die Option eingeräumt, die europäischen Vorschriften auch in Binnensachverhalten für wählbar zu erklären (Art. 13 lit. a VO-E). Es ist jedoch zu wünschen, dass der Unionsgesetzgeber im Laufe des Legislativverfahrens das optionale Instrument von sich aus für innerstaatliche Verträge öffnet und diese Entscheidung nicht in das Ermessen der einzelnen Mitgliedstaaten stellt: Der Rationalisierungseffekt der einheitlichen Vorschriften kommt nur dann vollständig zur Entfaltung, wenn sie für inländische wie für grenzüberschreitende Transaktionen zur Verfügung stehen und Unternehmer folglich unionsweit die gleichen Geschäftsbedingungen verwenden können.<sup>29</sup> Erlaubte man nun die Wahl des europäischen Instruments auf der Grundlage der Einheitslösung, käme Art. 3 III Rom I-VO zum Tragen, der eine Rechtswahlvereinbarung lediglich in den Grenzen der inländischen<sup>30</sup> zwingenden Vorschriften zulässt.<sup>31</sup> Mit Blick auf das optionale Instrument ergäbe sich die Folge, dass in einem innerstaatlichen Vertrag das nationale zwingende Recht stets Vor-

---

alistisches Szenario ist, vgl. auch ausdrücklich für die Ausklammerung des Arbeitsrechts aus dem optionalen Instrument die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (oben N. 10) 3.1.5.

<sup>29</sup> So auch *Stefan Leible*, Von einem Berg sowie von Mäusen und anderen Tieren, Das optionale Instrument ante portas: EuZW 2011, 809–810 (810); *von Westphalen* (oben N. 8) 1985 f.; *Doralt* 19; *Herrestahl* 9 (beide oben N. 7); *Busch* 657; gegen die Anwendung auf innerstaatliche Verträge hingegen *Tonner* (oben N. 7) 769.

<sup>30</sup> Gemeint sind hier sämtliche in der jeweiligen Rechtsordnung geltenden nicht-dispositiven Bestimmungen, nicht allein die international zwingenden Normen (sog. Eingriffsnormen, zu diesen siehe unten V. 3.); vgl. näher zur Unterscheidung *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006) § 3 II 1.

<sup>31</sup> A. A. *Stürmer* 238 mit Hinweis darauf, dass die Vorschriften des optionalen Instruments in den Mitgliedstaaten innerstaatliches Recht seien und Art. 3 III Rom I-VO folglich auch im Rahmen der Einheitslösung nicht zur Anwendung komme. Dem ist entgegenzuhalten, dass vom Standpunkt der Einheitslösung die Wahl des optionalen Instruments *wie* die Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts zu behandeln ist (Modell vom »28.« Regime); es greifen dann die Rechtswahlstranken des Art. 3 III ebenso ein wie die des Art. 6 II Rom I-VO.

rang gegenüber den europäischen Vertragsvorschriften beanspruchte. Im Ergebnis würden damit für inländische und grenzüberschreitende Geschäfte doch zwei unterschiedliche rechtliche Standards gelten und das Ziel eines einheitlichen Rechtsrahmens für den gesamten Binnenmarkt verfehlt.<sup>32</sup>

Insgesamt zeigt sich also, dass eine unmodifizierte Übertragung der Rechtswahlschranken der Rom I-Verordnung auf das optionale Vertragsrechtsinstrument zu wenig sachgerechten Ergebnissen führt.<sup>33</sup> Diese Erwägungen lassen das *lex specialis*-Modell als die eindeutig vorzugswürdige Regelungsalternative erscheinen.<sup>34</sup>

#### 4. Gefahr des »Sozialdumpings« durch den Verzicht auf Rechtswahlschranken?

Der Plan, der Parteiautonomie im Rahmen des optionalen Vertragsrechtsinstruments mehr Raum zu gewähren als in der Rom I-Verordnung, ist politisch nicht unumstritten. Kritiker sehen im Verzicht auf die Rechtswahlschranken zum Schutz der schwächeren Partei die Gefahr des »Sozialdumpings«.<sup>35</sup> Das fakultative Vertragsrecht könnte nämlich von der überlegenen Partei gezielt dazu ausgenutzt werden, um etwa in einem Inlandsvertrag<sup>36</sup> das nationale zwingende Recht – beispielsweise die Regeln der

<sup>32</sup> Die Vorschrift des Art. 3 III Rom I-VO hingegen auch in Bezug auf das optionale Instrument befürwortend *Lagarde*, Panel Discussion (oben N. 21) 278; vorsichtiger *MPI*, Policy Options Rz. 128. Hingegen sollte nach *Gebauer* 230 der Verbraucher bei innerstaatlicher Verwendung des Instruments über einen dem Art. 6 II Rom I-VO entsprechenden Günstigkeitsvergleich geschützt werden.

<sup>33</sup> So im Ergebnis auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (oben N. 10) sub 3.1.5.; *MPI*, Policy Options Rz. 82 ff.; *Beale* (oben N. 7) 271; *Rösler* 1; *Lehmann* 261; *Martiny* 227 (alle oben N. 18); dem gleichen Ansatz folgen die PEICL, vgl. PEICL S. 34 (Rz. C. 3.).

<sup>34</sup> Dazu, wie nach dem *lex specialis*-Modell die Freistellung von den Rechtswahlschranken der Rom I-Verordnung erreicht werden kann, unten III. 3. b).

<sup>35</sup> *Jacobien W. Rutgers*, An Optional Instrument and Social Dumping; Eur. Rev. Contract L. 2 (2006) 199–212; *ders.*, An Optional Instrument and Social Dumping Revisited (oben N. 7); *Horatia Muir Watt/Ruth Sefton-Green*, Fitting the Frame, An Optional Instrument, Party Choice and Mandatory/Default Rules, in: *European Private Law after the Common Frame of Reference*, hrsg. von *Hans-W. Micklitz/Fabrizio Cafaggi* (2010) 201–219 (210); vgl. auch *Hugh Collins*, The European Civil Code (2008) 74 f.; *Hans Christoph Grigoleit*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts: AcP 210 (2010) 354–423 (407 f.); *Brigitta Lurger*, The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe, in: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, hrsg. von *Thomas Wilhelmsson/Paunio Elina/Annika Pohjolainen* (2007) 177–199 (182 ff.); *Reich/Micklitz* (oben N. 7) 115 f.; *Lagarde*, Cadre commun (oben N. 18) 290 ff.; *Martijn W. Hesselink*, CFR & Social Justice (2008) 7 ff.; *Markus Müller*, Gefahren einer optionalen europäischen Vertragsordnung, Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht: EuZW 2003, 683–686 (684).

<sup>36</sup> Dies setzt freilich voraus, dass das Instrument auf Inlandssachverhalte anwendbar ist, dazu oben II. 3.

Klauselkontrolle – zu umgehen oder um im grenzüberschreitenden Verkehr den Verbraucherschutz nach der Heimatrechtsordnung des Verbrauchers auszuhebeln.

a) Kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Schwächerenschutz

Der Gefahr der Ausbeutung der schwächeren Vertragspartei ist indessen nicht auf der kollisionsrechtlichen Ebene, sondern vor allem bei der Ausgestaltung der materiellen Vertragsvorschriften zu begegnen. In der Diskussion wird nicht immer berücksichtigt, dass sich die Rolle und Einflussmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers grundlegend unterscheiden, je nachdem, ob er ein sachrechtliches Instrument schafft oder – wie im Rahmen der Rom I-Verordnung – das Kollisionsrecht vereinheitlicht. Im letzteren Fall entscheidet er den Anwendungskonflikt zwischen verschiedenen nationalen Vertragsrechten, d. h. zwischen Regelungen, die seiner Gestaltungskompetenz (weitgehend<sup>37</sup>) entzogen sind. Die Union agiert hier gleichsam als Schiedsrichter zwischen den nationalen Rechtsordnungen,<sup>38</sup> sie kann auf den materiellrechtlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses letztlich keinen Einfluss nehmen. Wertungen wie etwa der Schutz der schwächeren Partei müssen folglich bereits auf der Ebene des Kollisionsrechts Berücksichtigung finden – so wird zum Beispiel durch die Beschränkungen der Parteiautonomie verhindert, dass die überlegene Partei eine für den Gegner materiellrechtlich ungünstige Rechtsordnung als Vertragsstatut durchsetzt.<sup>39</sup> Demgegenüber unterliegt das optionale Vertragsrecht nicht nur in kollisions-, sondern auch in sachrechtlicher Hinsicht der Regelungskompetenz des europäischen Gesetzgebers. Die Union ist hier mit anderen Worten nicht nur Schiedsrichter, sondern aktiver Spieler.<sup>40</sup> Sie kann damit den Schwächerenschutz unmittelbar auf materiellrechtlicher Ebene verwirklichen.

In ihrem Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht hat sich die Kommission tatsächlich an ihre frühere Ankündigungen<sup>41</sup> gehalten und

<sup>37</sup> Über die Richtliniengesetzgebung hat der Unionsgesetzgeber immerhin einen gewissen Einfluss auf die nationalen Vertragsrechte der Mitgliedstaaten. Die Rom I-Verordnung regelt allerdings auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen drittstaatliches Recht zur Anwendung gelangt.

<sup>38</sup> So *Jürgen Basedow*, *The Communitarisation of Private International Law*: RabelsZ 73 (2009) 455–460 (458f.).

<sup>39</sup> Vgl. zu einer Analyse unterschiedlicher Ansätze des Schwächerenschutzes auf kollisionsrechtlicher Ebene *Giesela Rühl*, *Consumer Protection in Choice of Law*: Cornell Int. L.J. 44 (2011) 569–601; kritisch gegenüber dieser »Tendenz zur Materialisierung der Anknüpfungsregeln« im europäischen Kollisionsrecht *Marc-Philippe Weller*, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, Abschied von der »klassischen« IPR-Dogmatik?*: IPrax 2011, 429–437 (435f.).

<sup>40</sup> Vgl. zu diesem Aspekt auch *Riesenhuber* (oben N. 7) 130.

<sup>41</sup> So z. B. im Grünbuch (oben N. 5); siehe auch *Reding* (oben N. 6) 4.

ein Verbraucherschutzniveau festgeschrieben, das insgesamt den in den Mitgliedstaaten geltenden Schutzstandard erreicht und in einigen Bereichen sogar übertrifft.<sup>42</sup> Unverkennbar ist die Orientierung am *acquis communautaire*. So stimmen die Vorschriften des Regelungsentwurfs über Haustür- und Fernabsatzgeschäfte weitestgehend mit den Bestimmungen der jüngst verabschiedeten vollharmonisierenden Verbraucherrechtlinie<sup>43</sup> überein. Auf dem Gebiet der Klauselkontrolle und der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche geht der Schutz des Verbrauchers über die Vorgaben der Klausel<sup>44</sup> und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>45</sup> hinaus, was dem Umstand geschuldet ist, dass diese Richtlinien lediglich auf eine Mindestharmonisierung zielen und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen häufig einen höheren Schutzstandard eingeführt haben.<sup>46</sup>

Trotz des generell hohen Verbraucherschutzniveaus im gegenwärtigen Kommissionsvorschlag lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass die schwächere Partei durch die Wahl des optionalen Instruments in einzelnen Punkten schlechter gestellt wird, als sie bei Geltung des herkömmlichen, nationalen Vertragsstatuts stünde. Wollte man dies verhindern, müsste man das europäische Instrument in jeder seiner Regelungen an das mitgliedstaatliche Recht mit dem jeweils höchsten Schutzstandard anpassen.<sup>47</sup> Ein solcher Meistbegünstigungsansatz ist jedoch aus zwei Gründen verfehlt. Zum einen hätte er zur Folge, dass das europäische Vertragsrecht *in seiner Gesamtheit* ein höheres Schutzniveau zugunsten unterlegener Parteien böte als jede mitgliedstaatliche Rechtsordnung (denn es gibt kein mitgliedstaatliches Regime, dessen Schutzniveau in jedem Punkt das höchste in der Union ist). Das Instrument wäre so für den stärkeren Verhandlungspartner wenig at-

---

<sup>42</sup> Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 12 VO-E.

<sup>43</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304/64.

<sup>44</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

<sup>45</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

<sup>46</sup> Beispiele für den im Vergleich zur Richtlinienetzgebung höheren Verbraucherschutz sind die Einführung eines verbindlichen Katalogs von Klauselverboten in Artt. 84, 85 Anhang I VO-E sowie das günstigere Rechtsfolgenprogramm bei Mängeln der Kaufsache in Art. 106 Anhang I VO-E des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.

<sup>47</sup> So *Colombi Ciacchi* (oben N. 18) 17. Nach Schulte-Nölke ist der vom optionalen Instrument gewährte Schutzstandard »(nahezu) immer« höher als der Schutzstandard jedes einzelnen Mitgliedstaats, siehe (im Zusammenhang mit der *Feasibility Study* der Expertengruppe) *Hans Schulte-Nölke*, Der Blue Button, Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt: ZEuP 2011, 749–755 (755).

traktiv und hätte nur geringe Aussichten, im Rechtsverkehr Verwendung zu finden. Zum Zweiten überzeugt es bereits im Ausgangspunkt nicht, den Schutzstandard zwischen unterschiedlichen Regimen punktuell, d. h. Vorschrift für Vorschrift, zu vergleichen. Vielmehr ist eine Globalbetrachtung angezeigt: Für die Stellung der Parteien und die inhaltliche Ausgewogenheit des Vertrags ist das Gesamtgefüge der vertraglichen Rechte und Pflichten maßgebend. Folglich kann es bei der Gestaltung der materiellen Vertragsvorschriften des optionalen Instruments nur darum gehen, mitgliedstaatliche Rechtsordnungen, die ein hohes Niveau an Schwächerenschutz bieten, als Richtschnur zu nehmen und insgesamt einen *gleichwertigen* Standard zu verwirklichen.<sup>48</sup>

Was unter einem gleichwertigen Verbraucherschutz in concreto zu verstehen ist, lässt sich am Beispiel der Schadensersatznormen veranschaulichen. Der Verordnungsentwurf sieht für den Fall einer mangelhaften Lieferung einen Schadensersatzanspruch des Käufers vor (Art. 106 I lit. e in Verb. mit Art. 91 lit. c Anhang I VO-E). Dadurch geht er über die Vorgaben der mindestharmonisierenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinaus, die einen Schadensersatzanspruch gerade nicht vorschreibt. Dem Käufer wird somit ein Rechtsbehelf gewährt, wie ihn beispielsweise auch das deutsche Recht in § 437 Nr. 3 BGB einräumt. Allerdings ist der Schadensersatzanspruch im Kommissionsvorschlag im Vergleich zum autonomen deutschen Recht insofern ungünstiger für den Käufer, als gemäß Art. 161 Anhang I VO-E der Verkäufer nur für die Schäden haftet, die zum Zeitpunkt des Vertragschlusses *voraussehbar* waren.<sup>49</sup> Das deutsche Recht kennt eine solche Einschränkung des Haftungsumfanges bekanntlich nicht und schließt auf der Grundlage des Adäquanzkriteriums nur solche Schäden von der Haftung aus, deren Eintritt »außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit«<sup>50</sup> war. Mögen die europäischen Vorschriften für den Käufer in diesem Punkt ungünstiger sein,<sup>51</sup> so ist auf der anderen Seite zu berücksichtigen, dass die Verjährungsregelung im optionalen Instrument für den Käufer günstiger ausgestaltet ist als im deutschen Kaufrecht: Anders als bei § 438 II BGB beginnt die zweijährige Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der Ware nicht schon im Zeitpunkt der Ablieferung, sondern erst dann, wenn der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt (Art. 180 I Anhang I VO-

<sup>48</sup> Diesem Ansatz folgen auch die PEICL, vgl. PEICL S. XLII (Rz. I 38.) (»protection at an equivalent level«).

<sup>49</sup> Das Zurechnungskriterium der Voraussehbarkeit dominiert insbesondere im englischen Schadensrecht, vgl. nur *Jens Kleinschmidt*, Kausalität, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) 969–973 (972) (zitiert: HWBEuP). Es gilt ferner auch im CISG (Art. 79).

<sup>50</sup> Vgl. zu dieser Formulierung z. B. BGH 14. 12. 1972, BGHZ 60, 39.

<sup>51</sup> A. A. von *Westphalen* (oben N. 8) 1990, der im praktischen Ergebnis keine nennenswerten Unterschiede zwischen den beiden Zurechnungskriterien erwartet.

E). Insgesamt zeigt sich also, dass sich Vor- und Nachteile aus der Wahl der europäischen Regeln die Waage halten dürften. Das Risiko eines »Sozialdumpings« ist vor diesem Hintergrund ausgeschaltet.

b) Nachteile für die schwächere Partei bei der Rechtsverfolgung?

Neben dem Schutz vor materiellrechtlich ungünstigen Regelungen dienen die Rechtswahlschranken der Rom I-Verordnung ferner dem Zweck, die unterlegene Partei vor Nachteilen bei der Rechtsverfolgung zu bewahren, die sich aus der Anwendung einer fremden *lex causae* ergeben. Auch in diesem Punkt besteht im Rahmen des optionalen Instruments kein vergleichbares Schutzbedürfnis. Die europäischen Vertragsregeln sind, wie noch näher auszuführen sein wird,<sup>52</sup> gerade kein ausländisches Recht, sondern Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung. Sie werden, wie andere Unionsrechtsakte auch, in allen europäischen Amtssprachen zur Verfügung stehen und in den Mitgliedstaaten Gegenstand der juristischen Aus- und Fortbildung für Richter und Rechtsanwälte sein. Das optionale Instrument birgt demnach viel weniger Unklarheiten und Unwägbarkeiten als eine Fremdrechtsordnung. Dass bei Einführung eines europäischen Vertragsrechts zumindest in der Anfangsphase einige offene Fragen über Auslegung und Anwendung des neuen Regelwerkes bestehen werden, stellt ein allgemeines Problem neuer Gesetzgebungsakte dar. Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit werden dadurch nicht gerechtfertigt.

### 5. Schwächen der Einheitslösung bei vorrangigen staatsvertraglichen Kollisionsregeln

Gegen den Ansatz, die Rechtswahl des fakultativen Vertragsrechtsinstruments in der Rom I-Verordnung zu verankern, spricht noch eine weitere Überlegung. Artikel 25 Rom I-VO ordnet den Vorrang von Kollisionsnormen in internationalen Übereinkommen an, die bereits zum Zeitpunkt der Annahme der Verordnung für einzelne Mitgliedstaaten verbindlich waren und die auch in Drittstaaten in Kraft sind.<sup>53</sup> So werden zum Beispiel in Finnland, Frankreich, Italien und Schweden Kaufverträge über bewegliche Sachen nicht nach der Rom I-Verordnung angeknüpft, sondern nach dem Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge

<sup>52</sup> Unten III. 1. b) und III. 6.

<sup>53</sup> Nach Art. 27 Rom I-VO sind die Mitgliedstaaten zur Mitteilung dieser Übereinkommen verpflichtet. Die Kommission hat die Liste der mitgeteilten Übereinkommen veröffentlicht, siehe ABl. 2010 C 343/3.

über bewegliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955<sup>54</sup> (im Folgenden: Haager KaufIPRÜ 1955).<sup>55</sup> Für die Einheitslösung ergibt sich somit die Konsequenz, dass in den genannten Ländern die Rechtswahl des europäischen Instruments nicht den Artt. 3 ff. Rom I-VO unterläge, sondern den Rechtswahlvorschriften des Haager KaufIPRÜ 1955. Dies würde die Verwendung der europäischen Vertragsregeln erheblich behindern. Denn zum einen ist schon gar nicht gesichert, dass das Haager KaufIPRÜ 1955 die Rechtswahl eines supranationalen Regelwerks zulässt.<sup>56</sup> Die Gerichte der Mitgliedstaaten, die Vertragsstaaten des Haager KaufIPRÜ 1955 sind, würden also unter Umständen die Wahl des optionalen Instruments nicht anerkennen. Selbst wenn man jedoch die Unterwerfung unter das europäische Regime auf der Grundlage des Übereinkommens für möglich ansieht, bestünde zum anderen das Problem, dass die maßgebenden Rechtswahlvorschriften nicht auf Unionsrecht beruhten und damit nicht der Auslegungszuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unterlägen<sup>57</sup>. In der Folge wäre nicht gewährleistet, dass die Regeln über die Wahl des optionalen Instruments in der gesamten Union einheitlich angewendet würden. Um das Vereinheitlichungsziel nicht zu gefährden, sollte daher das »opt-in« zugunsten des europäischen Vertragsrechts in speziellen unionsrechtlichen Vorschriften geregelt werden. In welchem Verhältnis das optionale Instrument generell zu den einheitsrechtlichen Übereinkommen steht, wird noch an späterer Stelle zu klären sein.<sup>58</sup>

### III. Unmittelbare Anwendung versus Vorschaltung des Internationalen Privatrechts

#### 1. Die Regelungsalternativen

Mit der Entscheidung für das *lex specialis*-Modell ist das Verhältnis des optionalen Instruments zur Rom I-Verordnung allerdings noch nicht abschließend geklärt. Zu untersuchen bleibt die Frage, ob aus Sicht des Uni-

<sup>54</sup> Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 510 UNTS 147.

<sup>55</sup> Von den Mitgliedstaaten der EU ist auch Dänemark Vertragsstaat des KaufIPRÜ 1955, doch ergeben sich hier keine Anwendungskonflikte zur Rom I-Verordnung, da diese in Dänemark nicht gilt, vgl. Erwägungsgrund 46 Rom I-VO.

<sup>56</sup> Der Wortlaut des maßgebenden Art. 2 I spricht lediglich von der Wahl »innerstaatlichen Rechts« (vgl. in der authentischen französischen Fassung: »La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.«).

<sup>57</sup> Der EuGH ist nur unter engen, hier nicht einschlägigen Voraussetzungen zur Auslegung von Staatsverträgen befugt, vgl. EuGH 4. 5. 2010 – Rs. C-533/08 (*TNT Express*), Slg. 2010, I-4107, Tz. 60ff.

<sup>58</sup> Siehe unten III. 5.



onsrechts<sup>59</sup> die fakultativen europäischen Vertragsvorschriften *unmittelbar* oder *unter Vorschaltung* des Internationalen Privatrechts (und damit auch der Rom I-Verordnung bzw. des Haager KaufIPRÜ 1955) zur Anwendung kommen sollten.

#### a) Modell der unmittelbaren Anwendung

Im Fall einer direkten Anwendung hätte das europäische Vertragsrecht Vorrang vor dem allgemeinen Internationalen Privatrecht. Die Vertragsparteien könnten dann das Vertragsrechtsinstrument unmittelbar wählen, d. h. unabhängig davon, welchem Recht der Vertrag ohne die Rechtswahl unterläge. Das fakultative Vertragsrecht besäße somit einen ähnlichen Status wie die meisten staatsvertraglichen<sup>60</sup> und unionsrechtlichen<sup>61</sup> Instrumente des materiellen Einheitsrechts. Diese bestimmen ihren Anwendungsbereich ebenfalls autonom und bedürfen in den jeweils gebundenen Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten prinzipiell keines »Anwendungsbefehls« durch das IPR.<sup>62</sup> Gestützt wird dieser Grundsatz durch folgende Überlegung: Wo vereinheitlichtes Sachrecht gilt, ist die Anwendung nationalen Rechts ausgeschlossen, so dass sich kollisionsrechtliche Fragestellungen von vornherein erübrigen.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Unter welchen Voraussetzungen ein *Drittstaat* die Wahl des optionalen Instruments anerkennt und das europäische Vertragsrecht anwendet, hängt vom drittstaatlichen Kollisionsrecht ab, das der Unionsgesetzgeber nicht beeinflussen kann; vgl. zur möglichen Behandlung des optionalen Instruments durch Drittstaaten unten III. 4.

<sup>60</sup> Siehe z. B. Art. 1 I lit. a CISG; siehe ferner das Genfer Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) vom 19. 5. 1956, BGBl. 1961 II 1119 i. d. F. des Protokolls vom 5. 7. 1978 zur CMR, BGBl. 1980 II 721 (733); so auch die Anhänge A (CIV) und B (CIM) zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. 5. 1980 i. d. F. des Änderungsprotokolls vom 16. 3. 1999, BGBl. 2002 II 2149, und das Budapester Übereinkommen über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt (CMNI) vom 22. 6. 2001, BGBl. 2007 II 298.

<sup>61</sup> Z. B. Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 2. 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. 2004 L 46/1; Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. 2007 L 315/14.

<sup>62</sup> Einen ausdrücklichen Ausschluss des IPR enthielt Art. 2 des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973, BGBl. 1973 II 885; BGBl. 1973 I 856.

<sup>63</sup> Vgl. in diesem Sinne *Konrad Zweigert/Ulrich Kötz*, *Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht: RabelsZ 29 (1965) 146–165 (148): »Vereinheitlichte Sachnormen verdrängen im Prinzip (einheitliche oder nicht einheitliche) Kollisionsnormen«* (Hervorhebung im Original); *Johannes Schilling*, *Materielles Einheitsrecht und Europäisches Schuldvertrags-IPR, Das Verhältnis der Rom I-Verordnung zu internationalen Sachrechtsakten: EuZW 2011, 776–781 (779f.)*. – Nach einem anderen Begründungsansatz beruht der Vorrang des materiellen Einheitsrechts vor dem Kollisionsrecht darauf, dass die den (internationalen) Anwendungsbereich des jeweiligen Sachrechtsinstruments bestimmenden Normen die Funktion von

Legt man dieses Modell zugrunde, ist in den Vorschriften über die Rechtswahl des optionalen Vertragsrechts eine autonome Regelung über dessen Anwendungsbereich zu sehen; für die mitgliedstaatlichen Gerichte ist in diesem Fall der Rückgriff auf das Kollisionsrecht ausgeschlossen.

b) Vorschaltlösung (»2. Regime«-Modell im engeren Sinn)

Hingegen könnten nach dem zweiten Regelungsansatz die europäischen Vertragsvorschriften nur insoweit gewählt werden, wie der Vertrag nach den Bestimmungen der Rom I-Verordnung bzw. dem sonstigen einschlägigen Kollisionsrecht<sup>64</sup> dem Recht eines Mitgliedstaats unterworfen ist. Diesem Ansatz folgt zum Beispiel Art. 1 I lit. b CISG<sup>65</sup>, wonach das Übereinkommen anzuwenden ist, »wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen«: Das IPR ist hier dem materiellen Einheitsrecht vorgeschaltet (sog. Vorschaltlösung).<sup>66</sup> In Bezug auf das optionale europäische Vertragsrecht wird dieses Konzept mitunter als »2. Regime«-Modell bezeichnet,<sup>67</sup> wobei der Begriff hier in einem anderen, nämlich engeren Sinn verwendet wird als in dem oben (II. 1. b)) erörterten Zusammenhang. Der Ansatz beruht auf der Vorstellung, dass das fakultative europäische Vertragsrecht qua Unionsrecht Teil der eigenen

---

(einseitigen) Kollisionsnormen erfüllen und als *leges speciales* die allgemeinen Verweisungsregeln verdrängen sollen, vgl. *Kropholler* (oben N. 30) § 12 I 1 a und § 13 I; *ders.*, Internationales Einheitsrecht (1975) 190; ähnlich (»kollisionsrechtliche Funktion«) *G. Beate Czerwenka*, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht (1988) 31; speziell in Bezug auf unionsrechtliche Instrumente des materiellen Einheitsrechts *Rolf Wagner*, Normenkonflikte zwischen den EG-Verordnungen Brüssel I, Rom I und Rom II und transportrechtlichen Rechtsinstrumenten: *TranspR* 2009, 103–109 (107) (Anwendungsnormen als »statistische Kollisionsnormen«); *Karl Kreuzer*, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts: *RabelsZ* 70 (2006) 1–88 (46).

<sup>64</sup> Dies sind zum einen Kollisionsnormen, die sich auf Anknüpfungsfragen außerhalb des Regelungsbereichs der Rom I-Verordnung beziehen (z. B. Stellvertretung), sowie zum anderen solche aus Staatsverträgen, die gemäß Art. 25 Rom I-VO gegenüber der Verordnung vorrangig sind.

<sup>65</sup> Hingegen folgt Art. 1 I lit. a CISG (Anwendung bei Niederlassung der Parteien in Vertragsstaaten) dem Modell der unmittelbaren Anwendung, siehe oben N. 60.

<sup>66</sup> Ähnlich auch Art. 2 I lit. b des UNIDROIT-Übereinkommens von Ottawa über das internationale Factoring vom 28. 5. 1988, BGBl. 1988 II 172. Ebenfalls der Vorschaltlösung folgt das Abkommen vom 14. 2. 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft (noch nicht in Kraft getreten, abgedruckt in: BR-Drucks 67/11): Nach Art. 1 des Abkommens ist der Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft für Ehegatten wählbar, »deren Güterstand dem Sachrecht eines Vertragsstaats unterliegt«. Vgl. zu bereits existierenden Modellen des »2. Regimes« auch *Heiss*, Optionales europäisches Vertragsrecht (oben N. 10) 242.

<sup>67</sup> So etwa der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (oben N. 10) 3.1.3. ff.; *Heiss*, Party Autonomy (oben N. 10) 12 ff.; vgl. allgemein zu diesem Modell *Heiss/Downes* (oben N. 18) 707 ff.; *Basedow*, Insurance Contract Law (oben N. 9) 503.

Rechtsordnung der Mitgliedstaaten ist<sup>68</sup> und folglich eine innerstaatliche Alternativregelung zu den autonomen Vertragsvorschriften darstellt. Wenn – und nur wenn – auf ein Vertragsverhältnis nach den Bestimmungen des IPR mitgliedstaatliches Recht anzuwenden ist, soll nach dem Modell des »2. Regimes« die Option der einheitlichen Vertragsregeln offenstehen.<sup>69</sup> Verkauf zum Beispiel ein Unternehmen in Deutschland Waren an einen Verbraucher in Frankreich, unterliegt der Kaufvertrag gemäß Art. 6 I Rom I-VO französischem Recht. In diesem Fall könnten die Parteien im Rahmen des berufenen französischen Rechts zwischen den autonomen Vorschriften des Code civil etc. einerseits und den europäischen Vertragsregeln des optionalen Instruments andererseits wählen.

## 2. Der Ansatz des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Der Kommissionsentwurf für ein optionales Kaufrechtsinstrument folgt der Vorschaltlösung. Erwägungsgrund 10 bestimmt, dass die Wahl der europäischen Vorschriften »innerhalb des einzelstaatlichen Rechts« getroffen wird, das nach der Rom I-Verordnung bzw. in Bezug auf vorvertragliche Informationspflichten nach der Rom II-Verordnung<sup>70</sup> oder nach jeder anderen einschlägigen Kollisionsnorm anwendbar ist. Die Vorschlagsbegründung stellt ferner klar, dass die Verordnungen Rom I und Rom II weiterhin benötigt werden, um das auf den Vertrag bzw. auf die vorausgehenden Verhandlungen anzuwendende Recht zu bestimmen; das Gemeinsame Europäische Kaufrecht steht dann innerhalb der zur Anwendung berufenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung »als fakultatives zweites Vertragsrecht« zur Verfügung.<sup>71</sup>

Zu bedauern ist, dass das Verhältnis des optionalen Instruments zum IPR nur in den Erwägungsgründen und in der Vorschlagsbegründung angesprochen wird. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das europäische Vertragsrecht gewählt werden kann und welche Rolle beispielsweise die Rechtswahlshranken der Rom I-Verordnung spielen, ist so wesentlich, dass man sich hierzu eine Regelung im verbindlichen Teil der geplanten Verordnung wünschen würde. Zwar haben auch die Entstehungsmaterialien und die

<sup>68</sup> Vgl. hierzu EuGH 9. 3. 1978 – Rs. 106/77 (*Simmenthal II*), Slg. 1978, 629, Tz. 17/18, wonach die unionsrechtlichen Bestimmungen »vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines jeden Mitgliedstaats bestehenden Rechtsordnung« sind.

<sup>69</sup> Diesem Ansatz folgen die PEICL, vgl. PEICL S. 34 (Rz. C 3.).

<sup>70</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«), ABl. 2007 L 199/40.

<sup>71</sup> Siehe S. 6 des VO-E.

Präambelerwägungen unbestreitbar Einfluss auf die Auslegung des Rechtsakts durch die Gerichte. Doch sollte bei einem optionalen Vertragsrecht jede Unsicherheit über seine Anwendungsvoraussetzungen vermieden werden, da sonst mit einer Verwendung des Instruments im Rechtsverkehr kaum zu rechnen ist.

Im Folgenden gilt es nun zu untersuchen, welchen Unterschied es in der Praxis macht, ob der Unionsgesetzgeber eine unmittelbare Wahl des fakultativen Vertragsrechts erlaubt oder, wie im Kommissionsvorschlag derzeit vorgesehen, der Vorschaltlösung folgt.

### 3. Auswirkungen auf den Anwendungsbereich in Binnenmarktsachverhalten

#### a) Uneingeschränkte Wählbarkeit des optionalen Instruments nach beiden Regelungsansätzen

Keine Unterschiede zwischen den beiden Regelungsansätzen ergeben sich bei unionsinternen Sachverhalten. Die Parteien können den Vertrag in beiden Fällen ohne jegliche Einschränkung den europäischen Regeln unterwerfen. Für das Modell der unmittelbaren Anwendung folgt dies daraus, dass die Rechtswahl des Instruments gerade nicht von besonderen Voraussetzungen abhängig ist: Wie soeben gesehen, stehen die europäischen Vorschriften den Parteien unabhängig davon zur Verfügung, welches Recht nach dem Kollisionsrecht auf den Vertrag anzuwenden ist. Für die Vorschaltlösung ergibt sich die uneingeschränkte Wählbarkeit des Instruments daraus, dass die objektiven Anknüpfungsregeln in einem Sachverhalt ohne Drittstaatenbezug zwangsläufig auf das Recht eines Mitgliedstaats verweisen. Die Anwendung drittstaatlichen Rechts kommt bei unionsinternen Sachverhalten nur aufgrund einer entsprechenden Rechtswahl durch die Parteien in Betracht. Wählen die Parteien allerdings drittstaatliches Recht, bedeutet dies, dass sie gerade kein Interesse an der Anwendung der europäischen Vorschriften haben. Die Vorschaltlösung behindert also in reinen Binnenmarktfällen die Wahl des optionalen Instruments nicht.

#### b) Verhältnis zu den Rechtswahlschranken der Rom I-Verordnung

Auch für die Ausschaltung der Rechtswahlschranken der Rom I-Verordnung, insbesondere derjenigen zum Schutz des Verbrauchers nach Art. 6 II, ist es bei reinen Binnenmarktsachverhalten gleichgültig, ob das IPR der Wahl des optionalen Vertragsrechts vorgeschaltet wird oder nicht. Wie oben gesehen,<sup>72</sup> kann das einheitliche europäische Vertragsrecht die ge-

<sup>72</sup> Oben II. 3.

wünschten Rationalisierungseffekte nur dann erreichen, wenn seine Wahl nicht den Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit unterliegt, die die Rom I-Verordnung vorsieht. Im Fall der direkten Anwendung der fakultativen Vertragsvorschriften sind die Bestimmungen über die Wahl des Instruments gegenüber der Rom I-Verordnung vorrangig, so dass Art. 6 II und die anderen dort geregelten Beschränkungen der Parteiautonomie verdrängt werden. Zum gleichen Ergebnis führt die Vorschaltlösung. Nach diesem Ansatz stellt die Wahl des optionalen Instruments eine Rechtswahl innerhalb des nach den Kollisionsnormen anwendbaren Rechts dar – es handelt sich mithin nicht um eine *kollisionsrechtliche* Rechtswahl,<sup>73</sup> so dass die kollisionsrechtlichen Rechtswahlsschranken nicht eingreifen. Wird zum Beispiel in einem grenzüberschreitenden Verbrauchervertrag die Geltung der europäischen Regeln vereinbart, ohne dass damit die Rechtswahl zugunsten einer bestimmten mitgliedstaatlichen Rechtsordnung einhergeht, stellt das »opt-in« nach dem Verständnis der Vorschaltlösung eine Rechtswahl innerhalb des objektiven Vertragsstatuts im Sinne des Art. 6 I Rom I-VO dar. Da vom objektiven Vertragsstatut nicht abgewichen wird, ist die Regelung des Art. 6 II Rom I-VO nicht einschlägig.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Dazu näher unten IV.

<sup>74</sup> Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht spricht das Verhältnis zu Art. 6 II Rom I-VO nur mit Blick auf die Sonderkonstellation an, dass die Parteien den Vertrag einem anderen mitgliedstaatlichen Recht unterwerfen als dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, um dann innerhalb der gewählten Rechtsordnung für die europäischen Vorschriften zu optieren (siehe Erwägungsgrund 12 sowie S. 7 der Vorschlagsbegründung). Eine solche »doppelte« Rechtswahl ist dann sinnvoll, wenn die Parteien die Ersatzrechtsordnung zur Schließung der Regelungslücken im optionalen Instrument autonom bestimmen möchten (dazu näher unten V. 2.). In dieser Konstellation ist Art. 6 II Rom I-VO an sich einschlägig, da die Parteien vom objektiven Vertragsstatut des Art. 6 I Rom I-VO abweichen. Der Kommissionsvorschlag stellt allerdings klar, dass auch in dieser Konstellation die Bestimmungen des optionalen Instruments nicht von zwingenden autonomen Vorschriften der Heimatrechtsordnung des Verbrauchers verdrängt werden, selbst wenn diese Vorschriften verbraucherfreundlicher sind als das europäische Kaufrecht: Für den Günstigkeitsvergleich sei nämlich nicht auf die autonomen Vorschriften im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers abzustellen, sondern auf die dort ebenfalls geltenden Vorschriften des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (vgl. S. 7 der Begründung; ebenso *Dirk Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: NJW 2011, 3491–3498 [3495]). Unter diesen Umständen sind »Günstigkeitsunterschiede« ausgeschlossen. Mag es auch nicht ohne weiteres einleuchten, wieso das autonome Verbraucherrecht beim Günstigkeitsvergleich außer Acht bleiben soll, so überzeugt doch das Ergebnis: Es kann letztlich keinen Unterschied machen, ob die Parteien für die europäischen Regeln innerhalb der Heimatrechtsordnung des Verbrauchers optieren oder innerhalb einer anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung – in beiden Fällen sollte nationales Verbraucherschutzrecht das einheitliche europäische Vertragsrecht nicht überspielen.

### c) Zwischenergebnis

Führen das Modell der unmittelbaren Anwendung und die Vorschaltlösung in reinen Binnenmarktsachverhalten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, entschärft sich der Gegensatz zwischen den beiden Regelungsmodellen beträchtlich, wenn man bedenkt, dass unionsinterne Transaktionen den genuinen Anwendungsbereich des optionalen Instruments darstellen sollen: Wie bereits erwähnt, dient die Einführung des europäischen Vertragsrechts der Beseitigung von Handelshemmnissen im Binnenmarkt – nur so weit reicht grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz der Union. Festzuhalten ist also, dass das primäre Ziel des fakultativen europäischen Vertragsrechts, nämlich einen einheitlichen Rechtsrahmen für vertragliche Schuldverhältnisse im gesamten europäischen Binnenmarkt zu schaffen, nach beiden hier erörterten Regelungsmodellen erreicht wird.

## 4. Auswirkungen auf den Anwendungsbereich in Sachverhalten mit Drittstaatenbezug

Unterschiede in den praktischen Folgen der Regelungsalternativen sind lediglich bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug denkbar. Dies setzt freilich voraus, dass der Unionsgesetzgeber das optionale Instrument auch für Verträge zur Verfügung stellt, an denen Parteien außerhalb der Union beteiligt sind. Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht öffnet den Anwendungsbereich für Drittstaatensachverhalte nur partiell: Wie sich aus Art. 4 III lit. b VO-E ergibt, muss mindestens eine Vertragspartei eine Verbindung zu einem Mitgliedstaat aufweisen, damit das Instrument gewählt werden kann.<sup>75</sup>

Es ist zu wünschen, dass der Unionsgesetzgeber noch einen Schritt weiter geht und die Wahl des europäischen Vertragsrechts auch bei Verträgen ermöglicht, an denen ausschließlich Parteien aus Drittstaaten beteiligt sind.<sup>76</sup> Die gegenwärtige Einschränkung des Anwendungsbereichs widerspricht dem Grundsatz der Parteiautonomie, der einen Grundpfeiler des europä-

<sup>75</sup> Siehe auch Erwägungsgrund 14 sowie S. 7 der Vorschlagsbegründung. *Heiss/Downes* (oben N. 18) 704 weisen darauf hin, dass die Anwendung der europäischen Vertragsvorschriften in Drittstaatensachverhalten den Im- und Export in der EU erleichtern und damit den Binnenmarkt fördern würden. Ebenfalls die Anwendbarkeit des Instruments in Drittstaatenfällen befürwortend *MPI*, Policy Options Rz. 99 f.; *Basedow*, Das fakultative Unionsprivatrecht (oben N. 18) sub III 3; vgl. zu dieser Frage auch *Martiny* (oben N. 18) 221; *Gebauer* 231 f.

<sup>76</sup> Vgl. auch *Stürmer* 241, der nach dem Vorbild von Art. 1 I lit. b CISG vorschlägt, das optionale Instrument drittstaatlichen Parteien jedenfalls dann zur Verfügung zu stellen, wenn das einschlägige Kollisionsrecht auf das Recht eines Mitgliedstaats verweist.

ischen Internationalen Schuldvertragsrechts bildet.<sup>77</sup> Die europäischen Vorschriften könnten als »neutrale« Vertragsrechtsordnung auch für außereuropäische Transaktionen eine attraktive Option darstellen. Eine territorial unbeschränkte Wahlmöglichkeit würde es drittstaatlichen Parteien erlauben, die Verwendung der europäischen Regeln mit einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten mitgliedstaatlicher Gerichte zu kombinieren. Ohne eine solche Öffnung des Anwendungsbereichs bliebe den Parteien nur der Weg zu Schieds- oder drittstaatlichen Gerichten, die die Wahl des optionalen Instruments in ihrem Verhältnis anerkennen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der europäische Gesetzgeber ein Interesse daran haben sollte, die Verwendung seines Rechtsinstruments zu verhindern.

#### a) Uneingeschränkte Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts

Besteht die Möglichkeit einer unmittelbaren Wahl des Vertragsrechtsinstruments, kann das Vertragsverhältnis aus Sicht der mitgliedstaatlichen Gerichte auch in den Drittstaatenfällen unproblematisch in vollem Umfang den europäischen Vorschriften unterworfen werden. Geht man hingegen von der Vorschaltlösung aus, ist das nicht ohne weiteres der Fall. Hier kommt es zunächst darauf an, ob der Vertrag – objektiv angeknüpft – dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt. Trifft dies zu, kann der Vertrag den europäischen Vorschriften unterworfen werden; die Situation ist damit die gleiche wie beim Modell der unmittelbaren Wahl. Verweisen indessen die Kollisionsvorschriften auf das Recht eines Drittstaats, ist weiter zu prüfen, ob die Parteien über eine Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO den Vertrag dem Recht eines Mitgliedstaats unterwerfen können, um dann im Rahmen des gewählten mitgliedstaatlichen Rechts für das europäische Regelwerk zu optieren. Kauft also beispielsweise ein Unternehmen aus Deutschland Waren bei einem schweizerischen Lieferanten, ist auf den Vertrag nach Art. 4 I lit. a Rom I-VO schweizerisches Recht anzuwenden. Die Geltung der europäischen Regeln könnte dadurch vereinbart werden, dass die Parteien in einem ersten Schritt deutsches Recht (oder das Recht eines anderen Mitgliedstaats) zum Vertragsstatut bestimmen und sodann innerhalb des deutschen (oder sonstigen mitgliedstaatlichen) Rechts die europäischen Regeln wählen. Um dem Parteiwillen in der Praxis wirkungsvoll zur Geltung zu verhelfen, wird man in Fällen wie dem eben beschriebenen davon ausgehen müssen, dass mit dem »opt-in« zugunsten der europäischen Regeln konkludent auch die Wahl eines mitgliedstaatlichen Rechts erklärt wird. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass in tatsächlicher Hinsicht keine zwei getrennten Rechtswahlvereinbarungen erforderlich sind.

---

<sup>77</sup> Vgl. Erwägungsgrund 11 der Rom I-VO, wonach die »die freie Rechtswahl ... einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen« bilden soll.

b) Keine bzw. nur beschränkte Wählbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts

Zu unterschiedlichen Ergebnissen führen die beiden Regelungsalternativen in den Fällen, in denen der Vertrag nach objektiver Anknüpfung dem Recht eines Drittstaats unterliegt und das Recht eines Mitgliedstaats nicht oder lediglich in beschränktem Umfang wählbar ist. Folgt man der Vorschaltlösung, sind hier aus Sicht eines Richters in der Union die europäischen Vertragsregeln nicht bzw. nur partiell anwendbar.

Eine solche Situation kann zum Beispiel bei Verbraucherverträgen vorliegen. Verkauft etwa ein deutsches Unternehmen eine Ware über die Grenze an einen Verbraucher in der Schweiz, darf nach dem bereits erwähnten Art. 6 II Rom I-VO eine Rechtswahlvereinbarung nicht dazu führen, dass der Verbraucher den Schutz verliert, der ihm durch nichtdispositive Normen seiner Heimatrechtsordnung garantiert wird. Mit Blick auf das fakultative europäische Vertragsrecht würde das aus der Perspektive eines mitgliedstaatlichen Gerichts bedeuten, dass der Verkäufer auch bei Wahl der europäischen Regeln an zwingende schweizerische Verbraucherschutzvorschriften gebunden wäre, sofern diese für den Verbraucher günstiger sind als die Regelungen des optionalen Instruments.<sup>78</sup> Unter diesen Umständen verfehlen jedoch die einheitlichen Vorschriften ihren Zweck.

Ähnliche Probleme treten im Zusammenhang mit Art. 3 III Rom I-VO auf, sofern man – entgegen dem gegenwärtigen Kommissionsvorschlag<sup>79</sup> – die Wahl des Instruments auch bei Verträgen erlaubt, an denen ausschließlich drittstaatliche Parteien beteiligt sind. Wird die Geltung des europäischen Vertragsrechts in einem Vertrag vereinbart, der nur Berührungspunkte zu einem einzigen Drittstaat und keinem anderen Land aufweist (z. B. ein Vertrag zwischen zwei schweizerischen Parteien), greift nach der Vorschaltlösung Art. 3 III Rom I-VO ein. Dies hätte zur Folge, dass in einem Verfahren vor einem mitgliedstaatlichen Gericht die internen zwingenden Vorschriften des betreffenden Drittstaats gegenüber den Bestimmungen des optionalen Instruments vorrangig wären. Vollständig ausgeschlossen wäre schließlich die Verwendung des optionalen Instruments im Rahmen von Personenbeförderungsverträgen, bei denen keines der in Art. 5 II Unterabs. 2 Rom I-VO aufgezählten Verbindungselemente<sup>80</sup> in

<sup>78</sup> Die Geltung der Rechtswahlshranke des Art. 6 II Rom I-VO bei der Verwendung des optionalen Instruments gegenüber einem drittstaatlichen Verbraucher ist auch in Erwägungsgrund 14 des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht angedeutet, wo es heißt: »Bei Verbrauchern aus Drittstaaten sollte die Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, die die Wahl eines für sie fremden Rechts implizieren würde, *den geltenden Kollisionsnormen unterliegen*« (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>79</sup> Oben III. 4.

<sup>80</sup> Dies sind im Einzelnen: der gewöhnliche Aufenthalt des Passagiers bzw. des Beförderers, die Hauptverwaltung des Beförderers, der Abgangs- oder der Bestimmungsort.



einem Mitgliedstaat liegt, da dann kein mitgliedstaatliches Recht wählbar ist.<sup>81</sup>

c) Vorschaltlösung als Garantie für internationalen Entscheidungseinklang?

Ein maßgebendes Kriterium für die Frage, ob das Modell der unmittelbaren Anwendung oder die Vorschaltlösung verwirklicht werden sollte, ist der internationale Entscheidungseinklang: Grundsätzlich verdient diejenige Regelung den Vorzug, die gewährleistet, dass der Wahl des optionalen Instruments von einem Gericht innerhalb der Union die gleiche Wirkung beigemessen wird wie von einem drittstaatlichen Gericht. Der Ansatz der unmittelbaren Anwendung wird diesem Ideal nicht gerecht, da er auch in den Sachverhalten mit Berührungspunkten zu Drittstaaten den europäischen Vorschriften uneingeschränkte Geltung verschafft und auf einen möglichen Anwendungsanspruch des drittstaatlichen Rechts von vornherein keine Rücksicht nimmt. Demgegenüber suggerieren die Anhänger der Vorschaltlösung, dass dieser Ansatz dem Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs Rechnung trage.<sup>82</sup>

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass auch die Vorschaltlösung ungeeignet ist, den internationalen Entscheidungseinklang herzustellen. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass die Rom I-Verordnung, die ja nach der Vorschaltlösung über die Anwendbarkeit der europäischen Regeln entscheidet, den *Renvoi* ausschließt.<sup>83</sup> Daraus ergibt sich folgende Konsequenz: Unterstellt die Rom I-Verordnung den Vertrag dem Recht eines Drittstaats, ohne den Parteien die Möglichkeit zu gewähren, das Recht eines Mitgliedstaats zu wählen, kann – aus Sicht des Unionsrechts – die Geltung der europäischen Vertragsvorschriften selbst dann nicht vereinbart werden, wenn das drittstaatliche Recht die Wahl zugunsten des optionalen Instruments zuließe. In einer derartigen Konstellation würde folglich ein

<sup>81</sup> Hingegen kann die für bestimmte Versicherungsverträge geltende Rechtswahlschranke des Art. 7 III Rom I-VO kein Hindernis für die Wahl des optionalen Instruments darstellen. Diese Rechtswahlschranke gilt nämlich gemäß Art. 7 I Rom I-VO nur, wenn das gedeckte Risiko in einem Mitgliedstaat belegen ist – in diesem Fall unterliegt der Versicherungsvertrag bereits nach der objektiven Anknüpfungsregel des Art. 7 III Unterabs. 3 dem Recht eines Mitgliedstaats, so dass das europäische Vertragsrecht im Ergebnis wählbar ist. Befindet sich das Risiko außerhalb der Union, gelten allerdings die allgemeinen Rechtswahlvorschriften, so dass bei einem Versicherungsvertrag mit einem Verbraucher die Rechtswahl eines mitgliedstaatlichen Regimes aufgrund von Art. 6 II Rom I-VO Einschränkungen unterliegen kann.

<sup>82</sup> So etwa die Verfasser der PEICL, vgl. PEICL S. 33f. (Rz. C 2.).

<sup>83</sup> Vgl. Art. 20 Rom I-VO. Die beschränkte Zulassung des *Renvoi* in Art. 7 III Unterabs. 2 Rom I-VO für bestimmte Versicherungsverträge spielt im vorliegenden Kontext keine Rolle, da sie nicht die Rückverweisung im IPR eines Drittstaats erfasst.

europäischer Richter vertragliche Streitigkeiten zwischen den Parteien nach drittstaatlichem Recht beurteilen, ein Richter im Drittstaat hingegen nach den europäischen Vertragsvorschriften.

Ebenso wenig gewährleistet die Vorschaltlösung den internationalen Entscheidungseinklang in Fallgestaltungen, in denen die Rom I-Verordnung auf das Recht eines Mitgliedstaats verweist und die Rechtswahl zugunsten des optionalen Instruments aus Sicht der europäischen Gerichte daher anerkannt wird. Hier kann es nämlich sein, dass das Recht des betroffenen Drittstaats die Wahl der europäischen Regeln gerade nicht zulässt und damit zu einem unterschiedlichen Vertragsstatut gelangt. Man denke an folgendes Beispiel: Ein deutsches Unternehmen schließt mit einem brasilianischen Unternehmen in Sao Paulo einen Vertrag und vereinbart die Geltung der europäischen Vertragsvorschriften. Aus Sicht des europäischen IPR besteht gemäß Art. 3 I Rom I-VO uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit. Die Parteien können folglich das Recht eines Mitgliedstaats als Vertragsstatut wählen, um dann innerhalb dieses Rechts zugunsten des europäischen optionalen Instruments zu optieren. Ein Richter in einem Mitgliedstaat würde folglich den Vertrag in vollem Umfang nach den europäischen Regeln beurteilen. Ein Richter in Brasilien käme hingegen zu einem anderen Ergebnis: Da das brasilianische IPR den Vertragsparteien keine Rechtswahlfreiheit einräumt,<sup>84</sup> sondern Schuldverhältnisse gleich welcher Art zwingend an den Ort ihrer Entstehung anknüpft,<sup>85</sup> würde die Wahl des optionalen Instruments nicht anerkannt werden. Aus Sicht eines Gerichts in Brasilien wäre *lex causae* das brasilianische Recht.

Auch bei Verbraucherverträgen vermag die Vorschaltlösung divergierende Entscheidungen nicht auszuschließen. Liefert ein Unternehmen von Deutschland aus Waren an Verbraucher in einem Drittstaat unter Verwendung des optionalen Instruments, führt die Vorschaltung des IPR, wie schon erwähnt,<sup>86</sup> zu einem »law-mix«: Nach Art. 6 II Rom I-VO überlagern die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Drittstaats, soweit sie für den Verbraucher günstiger sind, das europäische Vertragsrecht. In Drittstaaten gelten indessen für Verbraucherverträge häufig ganz andere Anknüpfungsregeln. So verbietet beispielsweise Art. 120 schweizerisches IPR-

<sup>84</sup> Eine Ausnahme gilt für die Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. Art. 2 § 1 des brasilianischen Gesetzes über Schiedsverfahren vom 23. 9. 1996, Nr. 9307.

<sup>85</sup> So die h. M.; maßgebende Anknüpfungsnorm ist Art. 9 des Einführungsgesetzes zu den brasilianischen Rechtsnormen (bis 2010 noch als »Einführungsgesetz zum brasilianischen Zivilgesetzbuch« bezeichnet). Einzelne Autoren sehen indessen gewisse Spielräume für Rechtswahlvereinbarungen, vgl. die Darstellung bei *Nadia de Araujo*, *Direito Internacional Privado*<sup>3</sup> (2006) 354 ff.; siehe auch *Jürgen Samtleben*, Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika (2010) 6f. Zum Ausschluss der Parteiautonomie in Lateinamerika jüngst *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts: RabelsZ 75 (2011) 32–59 (34 ff.).

<sup>86</sup> III. 3. b).

Gesetz kategorisch jegliche Rechtswahlvereinbarung und schreibt als Vertragsstatut zwingend das Recht des Staates vor, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Während also ein mitgliedstaatliches Gericht die Vertragsstreitigkeit zwischen einem deutschen Unternehmen und einem schweizerischen Verbraucher auf der Grundlage deutscher und gegebenenfalls schweizerischer Vorschriften entscheiden müsste, würde ein Gericht in der Schweiz denselben Streit allein nach seinem eigenen Recht beurteilen.

Wenn nun also die Vorschaltlösung ebenfalls keine Gewähr dafür bietet, dass die Wahl des optionalen Instruments innerhalb und außerhalb der Union in gleichem Umfang anerkannt wird, dann ist der internationale Entscheidungseinklang kein taugliches Argument pro Vorschaltlösung und contra unmittelbare Anwendung.

#### d) Vorschaltlösung zum Schutz von Parteien in Drittstaaten vor Fremdrechtsanwendung?

Die Vorschaltlösung wird häufig auf eine weitere Überlegung gestützt: Das europäische Vertragsrecht sei für Parteien in einem Drittstaat ausländisches Recht.<sup>87</sup> In ihrem Interesse müssten folglich auch die Schutzregelungen gelten, die die Rom I-Verordnung für die Wahl eines fremden nationalen Vertragsrechts anordne. Die dort aufgestellten Schranken der Parteiautonomie beruhen auf bewussten Wertentscheidungen des europäischen Gesetzgebers, die auch im Zusammenhang mit dem optionalen Vertragsrecht zu berücksichtigen seien. Wenn nun also die Vorschaltlösung die Anwendbarkeit der europäischen Regeln in bestimmten Drittstaatenkonstellationen einschränke, dann sei dies eine legitime und konsequente Maßnahme zum Schutz drittstaatlicher Parteien vor der Anwendung einer für sie fremden *lex causae*.

Gegen diese Argumentation ist einzuwenden, dass die auf die Wahl nationaler Vertragsregime zugeschnittenen Bestimmungen der Rom I-Verordnung nicht ohne weiteres auf das europäische Rechtsinstrument übertragbar sind. Wie bereits erwähnt,<sup>88</sup> sollen die europäischen Bestimmungen auf materiellrechtlicher Ebene ein hohes Schutzniveau zugunsten schwächerer Vertragsparteien gewährleisten, so dass das Bedürfnis nach kollisionsrechtlichen Schutzmaßnahmen geringer ist. Im Übrigen gilt es zu bedenken, dass die europäischen Regeln ein kodifikatorisches Werk darstellen werden, das eine Brücke zwischen mehr als 27 Vertragsrechtsordnungen schlagen und damit auch einen Ausgleich zwischen zum Teil sehr gegensätzlichen Rechtskulturen und -traditionen suchen wird. Ein solches Instrument wird regel-

<sup>87</sup> So Heiss, Party Autonomy (oben N. 10) 15f.; diese Argumentation klingt auch in Erwägungsgrund 14 des Kommissionsvorschlags an (vgl. den Wortlaut in N. 78).

<sup>88</sup> Oben II. 3.

mäßig auch in einem Drittstaat geringere Friktionen mit der inländischen Rechtsordnung verursachen als ein fremdes nationales Vertragsrecht. Es begegnet keinen durchgreifenden Bedenken, den Parteien uneingeschränkte Freiheit bei der Wahl dieses Regelwerks zu gewähren.<sup>89</sup>

## 5. Auswirkungen auf das Konkurrenzverhältnis zu staatsvertraglichen Instrumenten

Ein zweiter Gesichtspunkt, auf den sich die beiden hier diskutierten Regelungsalternativen auswirken, ist das Verhältnis des optionalen Vertragsrechtsinstruments zu den einheitsrechtlichen Übereinkommen auf dem Gebiet des Sach- und des Kollisionsrechts.

### a) Übereinkommen des materiellen Einheitsrechts

Im Ausgangspunkt ist hervorzuheben, dass Anwendungskonflikte zwischen dem europäischen Vertragsrecht und Übereinkommen des materiellen Einheitsrechts dann nicht auftreten können, wenn Letztere als »opt-out«-Instrumente ausgestaltet sind. Dies trifft auf das CISG und auf das Factoring-Übereinkommen von 1988<sup>90</sup> zu. Das »opt-in« der Parteien zugunsten der europäischen Vorschriften sollte hier regelmäßig als (konkludentes) »opt-out« aus dem betreffenden staatsvertraglichen Einheitsrecht behandelt werden,<sup>91</sup> wie auch Erwägungsgrund 25 des Kommissionsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht anregt. Die Konkurrenzfrage stellt sich somit immer dann, wenn die Parteien die Geltung der europäischen Vorschriften für einen Vertrag vereinbaren wollen, der in den Anwendungsbereich eines Sachrechtsübereinkommens fällt, das keine Möglichkeit des »opt-out« vorsieht.<sup>92</sup> Das Verhältnis der Regelwerke hängt davon ab, ob der Unionsgesetzgeber dem Modell der unmittelbaren Anwendung oder der Vorschaltlösung folgt.

Im Rahmen der Vorschaltlösung gilt Folgendes: Das unionsrechtliche Instrument kommt nur dann zur Anwendung, wenn das IPR auf die Rechts-

<sup>89</sup> Vgl. auch *Zweigert/Drobnig* (oben N. 63) 163 mit einem ähnlichen Argument zur Rechtfertigung der Anwendung der Haager Einheitsgesetze auf Käufe zwischen Parteien in Nichtvertragsstaaten: »Die besondere Qualität vereinheitlichter Sachnormen für internationale Sachverhalte, die aus gründlicher Vergleichung und jahrzehntelanger Beratung hervorgegangen sind, rechtfertigt es, solchen Normen einen weiteren Anwendungsbereich einzuräumen als den Regeln eines einzelnen Landes.«

<sup>90</sup> Oben N. 66.

<sup>91</sup> Vgl. auch *MPI, Policy Options Rz. 93; Lagarde, Cadre commun* (oben N. 18) 281; *Staudenmayer* (oben N. 9) 836; *Leible* (oben N. 7) 1474.

<sup>92</sup> Derartige Konflikte können sich etwa im Verhältnis zu transportrechtlichen Übereinkommen (vgl. die Beispiele oben N. 60) ergeben.

ordnung eines Mitgliedstaats verweist. Das materielle Einheitsrecht genießt allerdings gegenüber dem Kollisionsrecht Vorrang.<sup>93</sup> Eine kollisionsrechtliche Verweisung auf eine mitgliedstaatliche Rechtsordnung ist folglich von vornherein ausgeschlossen. Damit fehlt es an den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der europäischen Vertragsregeln.

Weniger klar ist das Rangverhältnis im Fall der unmittelbaren Anwendung des fakultativen europäischen Vertragsrechts. Dann ist es nämlich seinem Status nach einem Instrument des materiellen Einheitsrechts vergleichbar.<sup>94</sup> Der Staatsvertrag und das europäische Vertragsrecht stehen somit auf einer Stufe, so dass es einer Rangkollisionsnorm bedarf, um die Konkurrenz aufzulösen.<sup>95</sup> Eine solche Regelung könnte dem Art. 90 CISG nachgebildet sein und vorsehen, dass bereits geschlossene und künftig zu schließende Staatsverträge Vorrang vor dem fakultativen europäischen Vertragsrecht haben sollten. Auf diese Weise wird einerseits verhindert, dass Mitgliedstaaten gezwungen werden, bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen zu verletzen. Gleichzeitig bleibt die Möglichkeit gewahrt, in der Zukunft neue (spezielle) Einheitsrechtsübereinkommen abzuschließen, wodurch sich die Gefahr einer Versteinerung der Sachrechtsvereinheitlichung mindert.<sup>96</sup>

## b) Kollisionsrechtliche Übereinkommen

Das optionale Vertragsrechtsinstrument kann auch in Konflikt mit kollisionsrechtlichen Abkommen geraten, etwa mit dem bereits erwähnten Haager KaufIPRÜ 1955 oder mit dem Haager Stellvertretungsübereinkommen<sup>97</sup>. Im Rahmen der Vorschaltlösung kommt den internationalprivatrechtlichen Staatsverträgen – sofern sie ihrerseits nicht durch die Rom I-Verordnung verdrängt werden<sup>98</sup> – Vorrang zu: Sie entscheiden dann über

<sup>93</sup> Vgl. bereits oben III. 1. a).

<sup>94</sup> Oben III. 1. a).

<sup>95</sup> Für Staatsverträge, an die Mitgliedstaaten bereits vor dem Beitritt zur EU gebunden waren und die auch im Verhältnis zu Drittstaaten gelten, sieht Art. 351 AEUV eine allgemeine Rangkollisionsnorm vor: Hier setzt sich das Übereinkommen gegenüber dem Unionsrecht durch.

<sup>96</sup> Nicht erörtert werden soll hier die Frage, ob nach Verabschiedung eines optionalen Vertragsrechtsinstruments die Kompetenz für den Abschluss von Einheitsrechtsübereinkommen, die den Regelungsbereich des optionalen Instruments berühren, bei den Mitgliedstaaten verbleibt oder nach Art. 216 I Alt. 5 AEUV auf die Union übergeht, vgl. hierzu *Jan Asmus Bischoff*, Die Europäische Gemeinschaft und die Konventionen des einheitlichen Privatrechts (2010) 173.

<sup>97</sup> Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency, abrufbar unter <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt27en.pdf>>. Das Übereinkommen gilt in den Mitgliedstaaten Frankreich, den Niederlanden und Portugal. – Zu möglichen Konflikten zwischen diesem Übereinkommen und dem optionalen Instrument vgl. *Kleinschmidt* (oben N. 14).

<sup>98</sup> Hierfür ist Art. 25 Rom I-VO maßgebend.

die Frage, ob ein Vertrag dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt und die europäischen Vertragsregeln folglich wählbar sind. Hingegen kehrt sich das Verhältnis um, wenn man von der direkten Anwendung des optionalen Instruments ausgeht. In diesem Fall gilt der oben erwähnte Grundsatz, wonach das materielle Einheitsrecht den Rückgriff auf Kollisionsnormen – gleich, ob sie vereinheitlicht sind oder nicht – ausschließt.<sup>99</sup>

## 6. Abschließende Bewertung

Insgesamt zeigt sich, dass es in den praktischen Auswirkungen keinen wesentlichen Unterschied macht, ob der Unionsgesetzgeber eine unmittelbare Wahl des europäischen Vertragsrechts erlaubt oder ob er die Wahlmöglichkeit nur für Verträge gewährt, die nach den Bestimmungen des Kollisionsrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegen. Lediglich in bestimmten Drittstaatenfällen sowie für das Verhältnis des optionalen Instruments zum staatsvertraglichen Einheitsrecht können Differenzen auftreten. Die Anhänger der Vorschaltlösung gehen zwar von der zutreffenden These aus, dass die europäischen Vertragsregeln in den Mitgliedstaaten inländisches Recht darstellen, da sie Teil ihrer eigenen Rechtsordnung sind. Daraus folgt indessen nicht, dass eine Anwendung des optionalen Instruments nur dort in Frage kommt, wo nach dem IPR die nationalen Vertragsvorschriften anwendbar sind. Dass dieser Schluss nicht zwingend ist, belegt das Beispiel des staatsvertraglichen materiellen Einheitsrechts. Dieses wirkt – meist auf der Grundlage eines nationalen Umsetzungsaktes – in die innerstaatliche Rechtsordnung der jeweiligen Vertragsstaaten hinein und ist folglich ebenfalls als inländisches Recht anzusehen.<sup>100</sup> Wie bereits gesehen,<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Siehe oben III. 1. a). Vgl. speziell in Bezug auf das Verhältnis zwischen CISG und Haager KaufIPRÜ 1955 Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht<sup>5</sup> (-Franco Ferrari), hrsg. von Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (2008) Vorb. zu Artt. 1–6 Rz. 34 mit zahlreichen Nachweisen aus der italienischen Rechtsprechung; Catherine Kessedjian, Codification du droit commercial international et droit international privé: Rec. des Cours 300 (2002) 78–308 (205f.); zum Verhältnis zwischen sachrechtlichen Übereinkommen und der Rom II-Verordnung Jürgen Basedow, Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts: RabelsZ 74 (2010) 118–153 (127f.); ferner Wagner (oben N. 63) 107f.; vgl. aber Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (-Marc Amstutz/Nedim Peter Vogt/Markus Wang), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (2007) Art. 118 Rz. 4 zum Verhältnis CISG und Haager KaufIPRÜ 1955: keine Regel vorhanden, »dass das Einheits-Sachrecht dem Einheits-Kollisionsrecht vorgeht«.

<sup>100</sup> Zur innerstaatlichen Geltung des Internationalen Einheitsrechts vgl. etwa Urs Peter Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts (2004) 22ff.; allgemein zu den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Ansätzen der Inkorporation staatsvertraglicher Normen in die nationale Rechtsordnung Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht<sup>3</sup> (1984) 539ff.

<sup>101</sup> Oben III. 1. a).

folgt allerdings das staatsvertragliche materielle Einheitsrecht typischerweise dem Modell der unmittelbaren Anwendung: Sein Geltungsbereich wird regelmäßig im Instrument selbst autonom und damit gerade unabhängig von den allgemeinen Kollisionsvorschriften bestimmt.

Alles in allem erscheint das Modell der unmittelbaren Anwendung vorzugswürdig. Es ist – vor allem aus der Sicht der Parteien – transparenter, da für die Bestimmung der Anwendbarkeit der europäischen Regeln keine Inzidentprüfung zu erfolgen hat, inwieweit der Vertrag nach objektiver Anknüpfung dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt bzw. durch Rechtswahl dem Recht eines Mitgliedstaats unterworfen werden könnte. Der umständlichere Weg der Vorschaltlösung ist nur dann sinnvoll, wenn er zum internationalen Entscheidungseinklang führt – doch dies ist gerade nicht der Fall. Für den Ansatz der autonomen Anwendung spricht vor allem, dass er eine breite Verwendung des fakultativen europäischen Vertragsrechts ermöglicht und dessen einheitsrechtlichem Charakter insgesamt besser gerecht wird.

#### IV. Kollisionsrechtliche versus materiellrechtliche Wahl

Im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen den Ansätzen des »2.« und »28. Regimes« wird häufig der begriffliche Streit geführt, ob das »opt-in« zugunsten der europäischen Vorschriften als kollisionsrechtliche oder als materiellrechtliche Rechtswahl zu charakterisieren ist.<sup>102</sup> Die Antwort hängt davon ab, welchem der oben beschriebenen Regelungsansätze gefolgt wird.

Erstreckt man die Bestimmungen der Rom I-Verordnung auf die Rechtswahl des optionalen Instruments (Einheitslösung), erweist sich das »opt-in« als kollisionsrechtliche Wahl. Die europäischen Vorschriften konkurrieren in diesem Fall mit den nationalen Vertragsrechten als wählbares Statut; die Unterwerfung unter das optionale Instrument ist nicht anders zu beurteilen als die Unterwerfung unter ein nationales Regime. Von einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl ist auch dann auszugehen, wenn das »opt-in« in Sondervorschriften außerhalb der Rom I-Verordnung geregelt wird und das

<sup>102</sup> Vgl. zu dieser Frage *Mankowski* (oben N. 18) 413; *Lagarde*, Panel Discussion (oben N. 21) 277 (»un véritable choix de droit international privé«); *Magnus* (oben N. 20) 33 (»kollisionsrechtlich wählbare Ordnung«); *Heiss/Downes* (oben N. 18) 708 (»the choice would be substantive in nature«); *Gebauer* 232 ff.; *Stürner* 237; differenzierend *Basedow*, Insurance Contract Law (oben N. 9) 503 f.; *Herresthal* (oben N. 7) 10 (bei innerstaatlichen Rechtsgeschäften bloß »wählbare Option«, bei grenzüberschreitenden Transaktionen hingegen »kollisionsrechtliche Rechtswahl«); ähnlich *Horst Eidenmüller*, Obligatorisches versus optionales europäisches Vertragsgesetzbuch, in: Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, hrsg. von *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (2002) 237–243 (240).

Modell der unmittelbaren Anwendung verwirklicht wird. Die kollisionsrechtliche Dimension des »opt-in« besteht darin, dass das nach dem IPR anzuwendende nationale Vertragsrecht abgewählt wird und *an seiner Stelle* die Geltung des europäischen Einheitsrechts vereinbart wird.

Eine andere Beurteilung ist indessen angezeigt, falls der Unionsgesetzgeber – wie im Kommissionsvorschlag für ein optionales Kaufrecht vorgesehen – der Vorschaltlösung folgen und die Wahl der europäischen Regeln nur dort zulassen sollte, wo der Vertrag nach den Bestimmungen des IPR dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt. In diesem Fall ist die Rechtswahl dem Kollisionsrecht nachgelagert und findet *innerhalb* des zur Anwendung berufenen Rechts statt. Von einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl kann hier nicht die Rede sein, wie auch der Kommissionsentwurf zutreffend in Erwägungsgrund 10 klarstellt.<sup>103</sup> Ebenso verfehlt ist allerdings im vorliegenden Kontext die Charakterisierung als materiellrechtliche Wahl. Eine materiellrechtliche Wahl bzw. Bezugnahme liegt dann vor, wenn die Vertragsparteien die dispositiven Vorschriften der *lex causae* mit den Bestimmungen eines ausländischen oder internationalen Regelwerks ersetzen.<sup>104</sup> Die Verweisung auf das betreffende Regelwerk findet damit zwangsläufig eine Grenze in den zwingenden Bestimmungen der *lex causae*. Diese Beschreibung trifft indessen auf das optionale Instrument gerade nicht zu. Denn nach der hier vertretenen Auffassung sollen sich die europäischen Vertragsvorschriften im Fall ihrer Wahl gegen die zwingenden Bestimmungen des nationalen Vertragsrechts durchsetzen.<sup>105</sup> Das nationale Vertragsrecht und die fakultativen europäischen Vorschriften stehen somit als zwei gleichwertige, in sich abgeschlossene innerstaatliche Regelungsregime nebeneinander. Vom Standpunkt der Vorschaltlösung lässt sich die Wahlmöglichkeit der Parteien am ehesten als *innerstaatliches Optionsmodell* beschreiben.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> »Die Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts sollte daher keine Rechtswahl im Sinne der Kollisionsnormen darstellen und nicht mit einer solchen verwechselt werden.«

<sup>104</sup> Zur Abgrenzung zwischen kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Verweisung siehe z. B. *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2004) § 18 I (654f.).

<sup>105</sup> Zum Vorrang der europäischen Vorschriften vor nationalen zwingenden Normen vgl. oben II. 3.

<sup>106</sup> Vgl. zum Optionsmodell als Mittelweg zwischen vollständiger Vertragsfreiheit und zwingendem Vertragsrecht *Gregor Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht: JZ 2008, 11–20.



## V. Einzelaspekte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

### 1. Wahl des optionalen Instruments

Vom Standpunkt der Vorschaltlösung, die dem Verordnungsvorschlag für ein optionales europäisches Kaufrecht zugrunde liegt, stellt die Wahl des europäischen Vertragsrechts gerade keine *kollisionsrechtliche* Rechtswahl dar.<sup>107</sup> Parallelen zu einer kollisionsrechtlichen Rechtswahlvereinbarung bestehen allerdings insofern, als in beiden Fällen die Parteien autonom das auf den Vertrag anwendbare Regelungsregime bestimmen. Angesichts dieser Ähnlichkeit ist es im Interesse der Einheitlichkeit und Kohärenz des Unionsrechts wünschenswert, dass die Regeln über die Wahl des optionalen Instruments den Rechtswahlvorschriften der Verordnungen Rom I und Rom II nachgebildet werden.<sup>108</sup> Von den kollisionsrechtlichen Verordnungen sollte grundsätzlich nur dort abgewichen werden, wo dies der Zweck und die besondere Natur des optionalen Instruments erfordern, wie zum Beispiel bei der Frage der Rechtswahlschranken.<sup>109</sup> Im Folgenden richtet sich der Blick auf die Rechtswahlbestimmungen im Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Zu untersuchen ist, inwiefern Übereinstimmung mit den Rechtswahlregeln des europäischen Kollisionsrechts besteht und ob etwaige Abweichungen sachlich gerechtfertigt sind.

#### a) Einigung und materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung

Artikel 8 I VO-E verweist für die Frage des Bestehens und der materiellen Gültigkeit der Rechtswahlvereinbarung auf die »einschlägigen Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts«. Maßgebend sind folglich die materiellrechtlichen Vorschriften des optionalen Instruments, die das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit des Hauptvertrags regeln (Kapitel 5 ff. Anhang I VO-E). Dieser Ansatz folgt dem Modell der Rom I-Verordnung, die nach ihrem Art. 3 V in Verb. mit Art. 10 I die Einigung und die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung dem gewählten Recht unterwirft.

---

<sup>107</sup> Siehe oben IV.

<sup>108</sup> So auch *MPI*, Policy Options Rz. 76; *Basedow*, Das fakultative Unionsprivatrecht (oben N. 18) sub III 1.

<sup>109</sup> Dazu oben II. 3.

## b) Formanforderungen an die Rechtswahlvereinbarung

Nach Art. 8 II VO-E ist die Wahl des optionalen Instruments in einem Verbrauchervertrag nur dann wirksam, wenn der Verbraucher seine Einwilligung ausdrücklich und gesondert von der Zustimmung zum Hauptvertrag erklärt. Ferner muss der Unternehmer dem Verbraucher die Rechtswahlvereinbarung auf einem dauerhaften Datenträger bestätigen. Artikel 9 VO-E verlangt zudem, dass der Unternehmer bereits bei Anbahnung des Vertrags mithilfe eines Standard-Informationsblatts darauf hinweist, die europäischen Vertragsvorschriften verwenden zu wollen. Nach Erwägungsgrund 22 des Regelungsentwurfs sollen diese strengen Formanforderungen insbesondere verhindern, dass der Unternehmer die Vereinbarung über die Verwendung des optionalen Instruments in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen »versteckt«. Wie Erwägungsgrund 23 ergänzt, sollte der Verbraucher der Rechtswahl »nicht nur bewusst, sondern auch in voller Sachkenntnis zustimmen«.

Der Verordnungsentwurf entfernt sich somit von den Rechtswahlvorschriften der Rom I-Verordnung. Diese sieht auf kollisionsrechtlicher Ebene gerade keine besonderen Formanforderungen für Rechtswahlvereinbarungen vor.<sup>110</sup> Die Frage, ob eine Rechtswahlklausel in AGB wirksam ist, wird gemäß Art. 3 V in Verb. mit Art. 10 I Rom I-VO nach dem Sachrecht beurteilt, das auf den Vertrag anzuwenden wäre, wenn man die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung unterstellt.<sup>111</sup> Maßgebend ist demnach grundsätzlich das in der Klausel bezeichnete Recht, doch gilt in einem Verbrauchervertrag wegen Art. 6 II Rom I-VO vorrangig das Heimatrecht des Verbrauchers, sofern es einen weitergehenden Schutz vor missbräuchlichen Klauseln gewährt als das gewählte Recht.

Zur Begründung für die verschärften Einbeziehungsvoraussetzungen führt der Kommissionsvorschlag aus, der Verbraucher müsse sich »voll darüber im Klaren sein, dass er der Verwendung von Vorschriften zustimmt, die sich von seinem bestehenden innerstaatlichen Recht unterscheiden«.<sup>112</sup> Damit ist wohl auf den Ausschluss des Art. 6 II Rom I-VO angespielt: Anders als bei einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl ist dem Verbraucher nicht der Verbraucherschutz seiner Heimatrechtsordnung als Mindestschutz garantiert. Doch diese Erwägungen rechtfertigen die strengen Formanforderungen an das »opt-in« nicht. Zum einen sind die Gefahren für den Verbraucher aus der Verwendung des optionalen Instruments gering. Wie oben

<sup>110</sup> *Giesela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: *Die richtige Ordnung*, FS Kropholler (2008) 187–209 (198).

<sup>111</sup> Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Rom I-VO, Rom II-VO (*-Jan von Hein*), hrsg. von *Thomas Rauscher* (2011) Art. 3 Rom I-VO Rz. 42; *Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González*, *Derecho internacional privado*<sup>10</sup> II (2010) 510f.

<sup>112</sup> Erwägungsgrund 22 VO-E.

erwähnt,<sup>113</sup> bietet das fakultative europäische Kaufrecht ein Verbraucherschutzniveau, das in seiner Gesamtheit dem Schutzstandard der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung mindestens ebenbürtig ist. Zum Zweiten ist es illusorisch zu glauben, man könne durch Informationspflichten und das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung erreichen, dass sich der Verbraucher »bewusst« und »in voller Sachkenntnis« den europäischen Regeln unterwirft. Die Entscheidung zum Abschluss des Kaufvertrags wird regelmäßig durch Merkmale wie den Preis und die erwartete Qualität der Ware maßgeblich beeinflusst, nicht hingegen durch das auf den Kaufvertrag anwendbare Recht. Es ist also zu erwarten, dass der Verbraucher die Informationen über seine Rechte nach dem optionalen Instrument ebenso wenig zur Kenntnis nehmen wird wie etwa die dem Vertrag zugrunde gelegten AGB. Die ausdrückliche Erklärung wird in den meisten Fällen »automatisch« erteilt werden, ohne dass sich der Verbraucher ihrer Bedeutung genau im Klaren sein wird. Unter diesen Umständen werden die vorgeschlagenen Formanforderungen den Vertragsschluss nur umständlicher und unübersichtlicher machen und nicht zu einem Rationalitätsgewinn beitragen.<sup>114</sup> Der Unionsgesetzgeber sollte auf sie verzichten.<sup>115</sup>

### c) Verbot der partiellen Rechtswahl

Nach Art. 8 III VO-E darf im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern das optionale Instrument nicht in Teilen, sondern nur in seiner Gesamtheit dem Vertrag zugrunde gelegt werden. Dies stellt eine Abweichung von Art. 3 I 3 Rom I-VO dar, der eine partielle Rechtswahl erlaubt. Die Regelung des Kommissionsvorschlags rechtfertigt sich daraus, dass die materiellrechtlichen Vorschriften des europäischen Kaufrechts in der Weise aufeinander abgestimmt sind, dass sie *in ihrer Gesamtheit* ein Verbraucherschutzniveau bieten, das dem Schutzstandard der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gleichwertig ist.<sup>116</sup> Durch das Verbot der partiellen Rechtswahl soll verhindert werden, dass sich Unternehmer aus dem optionalen Instrument nur diejenigen Einzelbestimmungen herauspicken, die für die Verbraucher ungünstiger sind als die Vorschriften ihrer Heimatrechtsordnung.<sup>117</sup> Das vertragliche Gleichgewicht zwischen Unternehmer und

<sup>113</sup> II. 4.

<sup>114</sup> Vgl. zu den inzwischen anerkannten Grenzen des Informationsmodells nur *Bettina Heiderhoff*, Informationspflichten (Verbrauchervertrag), in: HWBEuP (oben N. 49) 858–861 (860).

<sup>115</sup> Gegen besondere Formanforderungen auch *Doralt* (oben N. 7) 20; für einen Hinweis mittels eines Symbols, jedoch gegen das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung *MPI*, Policy Options Rz. 80f.

<sup>116</sup> Vgl. dazu bereits oben II. 4.

<sup>117</sup> Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 24 VO-E.

Verbraucher, das das europäische Vertragsrecht in seinem Gesamtgefüge anstrebt, soll mit anderen Worten intakt bleiben.<sup>118</sup>

#### d) Nachträgliche Rechtswahl

Der Verordnungsvorschlag äußert sich nicht zu der Frage des Zeitpunkts der Rechtswahlvereinbarung. Hingegen regelt Art. 3 II Rom I-VO ausdrücklich, dass eine Rechtswahl nicht nur bei Vertragsschluss, sondern auch nachträglich getroffen werden kann. Bei Verbraucherkauverträgen wird die Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswahl typischerweise keine praktische Rolle spielen. Bei längerfristigen Lieferverträgen im unternehmerischen Verkehr ist es hingegen vorstellbar, dass die Parteien nach Eingehung des Vertrags plötzlich ein Interesse daran haben, ihre Vertragsbeziehung den europäischen Regeln zu unterwerfen. Hier sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum man den Parteien ein nachträgliches »opt-in« verwehren sollte.<sup>119</sup>

#### e) Anwendbarkeit des optionalen Instruments in Bezug auf vorvertragliche Pflichten

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht regelt nicht nur das vertragliche Pflichtenprogramm, sondern enthält in Kapitel 3 auch Bestimmungen über vorvertragliche Informationspflichten. Diese gelangen gemäß Art. 11 VO-E zur Anwendung, wenn sich die Parteien auf die Verwendung des optionalen Instruments geeinigt haben und der Vertrag tatsächlich zustande gekommen ist. Die Rechtswahlvereinbarung, die zeitlich regelmäßig mit dem Abschluss des Hauptvertrags getroffen werden wird, wirkt somit auf die vorvertragliche Phase zurück und unterwirft die Informationspflichten dem europäischen Recht.

Unbefriedigend an dieser Regelung ist, dass für den Unternehmer bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht feststeht, nach welchem Recht sich seine vorvertraglichen Informationspflichten richten.<sup>120</sup> Auf diese Weise wird das Ziel des optionalen Instruments verfehlt, einen einheitlichen Rechtsrahmen für den grenzüberschreitenden Verkauf von Waren in unterschiedlichen Ländern zu schaffen und dem Unternehmer die Anpassung an divergierende nationale Vorschriften zu ersparen. Als Alternative wurde deswegen vorgeschlagen, die vorvertraglichen Regeln des optionalen Ins-

<sup>118</sup> Ebenfalls für das Verbot der partiellen Rechtswahl *MPI*, Policy Options Rz. 90; *Basedow*, Das fakultative Unionsprivatrecht (oben N. 18) sub III 2 b; *Kleinschmidt* (oben N. 14) 529; a. A. *Mankowski* (oben N. 18) 417. Auch bei den PEICL ist eine teilweise Wahl gemäß Art. 1:102 ausgeschlossen, siehe PEICL S. 33.

<sup>119</sup> Für die Zulassung der nachträglichen Wahl auch *MPI*, Policy Options Rz. 77.

<sup>120</sup> So auch *Busch* 661.

truments bereits dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn der Unternehmer mit der Verwendung des europäischen Vertragsrechts wirbt.<sup>121</sup> Diese Lösung steht allerdings in Widerspruch zum optionalen Charakter des europäischen Instruments. Sie hätte nämlich zur Folge, dass der Unternehmer seinem Verhandlungspartner *einseitig*, also ohne dessen Einwilligung, die Geltung der europäischen Bestimmungen aufzwingen könnte – jedenfalls soweit es um die vorvertraglichen Informationspflichten geht.

Trotz der oben vorgetragenen Bedenken erscheint es doch vorzugswürdig, die Anwendung des optionalen Instruments in der vorvertraglichen Phase von der späteren Rechtswahlvereinbarung durch die Parteien abhängig zu machen. Allerdings sollte Art. 11 VO-E in einem Punkt korrigiert werden: Das tatsächliche Zustandekommen des Hauptvertrags sollte keine Voraussetzung für die Geltung der europäischen Vorschriften sein. Ein solches Erfordernis kennt auch Art. 12 I Rom II-VO nicht, der für die kollisionsrechtliche Anknüpfung vorvertraglicher Pflichten maßgebend ist. Die Vorschrift knüpft vorvertragliche Schuldverhältnisse akzessorisch an das Vertragsstatut an; für den Fall, dass kein Vertrag zustande kommt, ist das hypothetische Vertragsstatut maßgebend, also das Recht, dem der Vertrag unterläge, wenn er Bestand hätte. Hieraus ergibt sich folgende Konsequenz: Haben die Parteien eine wirksame Vereinbarung über das auf den Vertrag anzuwendende Recht getroffen, so richten sich die vorvertraglichen Pflichten nach diesem Recht, selbst wenn kein wirksamer Hauptvertrag geschlossen wird.<sup>122</sup> Entsprechendes sollte beim optionalen Instrument gelten. Bei einem gültigen »opt-in« würden die Bestimmungen des Kapitels 2 Anhang I VO-E auch dann anwendbar sein, wenn der Hauptvertrag etwa wegen Dissenses nichtig ist. Hat in einem solchen Fall der Unternehmer beispielsweise die Pflicht zur Angabe seiner Identität<sup>123</sup> verletzt und erschwert sich infolgedessen für den Verbraucher die Rückabwicklung des gescheiterten Vertrags, so kommt ein Schadensersatzanspruch nach den europäischen Vorschriften in Betracht.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Vgl. *Dannemann* (oben N. 9); *Busch* 661; mit diesem Ansatz sympathisierend *Evelynne Terryn*, *Contract Formation, An Illustration of the Difficult Interface with National Law and Enforcement*, in: *Towards a European Contract Law* (oben N. 8) 65–80 (73).

<sup>122</sup> *Rome Regulations (-Boris Schinkels)*, hrsg. von *Gralf-Peter Callies* (2011) Art. 12 Rome II R.z. 24.

<sup>123</sup> Diese Pflicht ergibt sich bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften aus Art. 13 I lit. c, bei sonstigen Geschäften aus Art. 20 I lit. c des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.

<sup>124</sup> Die Haftung für Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten ist in Art. 29 des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts geregelt.

## 2. Lückenfüllung

Das Verhältnis zum IPR spielt ferner eine Rolle, wenn es um die Schließung von Regelungslücken im optionalen Instrument geht. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob zur Lückenfüllung das nach den Kollisionsnormen anzuwendende Recht herangezogen werden kann. Prinzipiell ist der Rückgriff auf nationale Sachnormen zu vermeiden, da er die Rechtszersplitterung fortbestehen lässt, die das materielle Einheitsrecht gerade überwinden soll. Auf der anderen Seite fehlt es für eine autonome Lückenschließung häufig an verlässlichen Rechtserkenntnisquellen, was ein Risiko für die Rechtssicherheit bedeutet.

Der Verordnungsvorschlag verfolgt nach dem Vorbild des CISG einen zweispurigen Ansatz zur Schließung von Regelungslücken. Erwägungsgrund 29 bestimmt: »Fragen zu Sachverhalten, die in den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Kaufrechts fallen, die aber dort nicht ausdrücklich geregelt sind, sollten im Wege der Auslegung ohne Rückgriff auf ein anderes Rechtssystem geklärt werden. Das Gemeinsame Kaufrecht sollte anhand der zugrunde liegenden Prinzipien, Zielsetzungen und all seiner Vorschriften ausgelegt werden.« Diese so genannten *internen Lücken*<sup>125</sup> sind also aus dem optionalen Instrument selbst heraus zu füllen, um seine einheitliche Anwendung sicherzustellen. Anders verhält es sich mit den *externen Lücken*. Diese betreffen Fragen, die außerhalb des Regelungsbereichs des fakultativen Kaufrechts fallen. Beispiele hierfür sind die Geschäftsfähigkeit, die Stellvertretung, die Forderungsabtretung oder die Eigentumsübertragung. Hier ist gemäß Erwägungsgrund 27 das nach den einschlägigen Kollisionsnormen anzuwendende innerstaatliche Recht maßgebend. Der Rückgriff auf divergierende nationale Regeln ist in diesem Zusammenhang hinnehmbar, da es um Materien geht, die außerhalb des Vereinheitlichungsziels des optionalen Instruments liegen. Haben die Parteien ein Interesse daran, dass zur Schließung externer Lücken auf dem Gebiet des Vertragsrechts nicht das objektive Vertragsstatut, sondern eine andere mitgliedstaatliche Rechtsordnung herangezogen wird, können sie – zusätzlich zum »opt-in« – eine entsprechende kollisionsrechtliche Rechtswahl treffen.<sup>126</sup>

## 3. Verhältnis zu Eingriffsnormen

Zu klären bleibt schließlich das Verhältnis zwischen dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und den mitgliedstaatlichen Eingriffsnormen. Nach

---

<sup>125</sup> Diese Terminologie ist beim CISG gebräuchlich, siehe nur Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup> (-Dieter Martiny) X (2010) Art. 7 UN-Kaufrechtsübereinkommen Rz. 86 ff.

<sup>126</sup> Vgl. auch Gebauer 235. Vgl. zu dieser Problematik auch oben N. 74.

Art. 9 I Rom I-VO sind unter Eingriffsnormen (»lois de police«; »overriding mandatory provisions«) zwingende Vorschriften zu verstehen, die dem öffentlichen Interesse des Erlassstaats dienen und insbesondere auf die Wahrung seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation gerichtet sind.<sup>127</sup> Auf dem Gebiet des Vertragsrechts sind Eingriffsnormen vor allem solche Vorschriften, aus denen sich die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit bestimmter Geschäfte ergibt. Im IPR regelt Art. 9 II Rom I-VO, dass die Eingriffsnormen des Forumstaats unabhängig davon anwendbar sind, welchem Statut der Vertrag unterliegt. Nach Art. 9 III Rom I-VO können ferner unter bestimmten Voraussetzungen auch ausländische Eingriffsnormen, nämlich diejenigen des Erfüllungsorts, Geltung beanspruchen.

Der Kommissionsvorschlag äußert sich nicht ausdrücklich zu der Frage, wie sich die Eingriffsnormen der Mitgliedstaaten zu den Vorschriften des optionalen Instruments verhalten – eine dem Art. 9 Rom I-VO vergleichbare Bestimmung enthält der Regelungsentwurf nicht. Ein indirekter Hinweis findet sich jedoch in Erwägungsgrund 27. Dort wird die »Ungültigkeit eines Vertrags wegen Rechts- oder Sittenwidrigkeit« als Beispiel für eine externe Lücke<sup>128</sup> des Kaufrechtsinstruments genannt, die durch Rückgriff auf das nach den Kollisionsnormen anwendbare Recht zu schließen ist. Damit entscheidet Art. 9 Rom I-VO über den Geltungsanspruch der mitgliedstaatlichen Eingriffsnormen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Eingriffsnormen des Forumstaats und gegebenenfalls die des Erfüllungsorts auch dann anwendbar sind, wenn der Vertrag dem europäischen Recht unterliegt. Die Beachtlichkeit mitgliedstaatlicher Verbotsnormen gefährdet zwar die einheitliche Anwendung der europäischen Regeln. Doch lässt sich diese Konsequenz nicht vermeiden, da bei den Eingriffsnormen letztlich die Grenze der Rechtsvereinheitlichung erreicht ist. Es kann nicht die Aufgabe des Unionsgesetzgebers sein, beim Erlass des europäischen Kaufrechts Fragen wie beispielsweise die Legalität des Organhandels, des Verkaufs von Cannabis oder des Exports von Kriegswaffen zu regeln. Vielfach wird der Union schon die Regelungskompetenz dazu fehlen.<sup>129</sup> Im übrigen dürfte es auch politisch kaum möglich sein, bei diesen Themen einen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten zu finden.

Um den Zweck des optionalen europäischen Kaufrechts nicht zu vereiteln, ist es wichtig, dass der Begriff der Eingriffsnormen von den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht extensiv ausgelegt und so gleichsam als Einfallstor missbraucht wird, um innerstaatlichen Regelungen den Vorrang vor den

<sup>127</sup> Die Definition knüpft an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Arblade* an, siehe EuGH 23. 11. 1999 – verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453, Tz. 30.

<sup>128</sup> Zum Begriff oben V. 2.

<sup>129</sup> *Basedow*, Das fakultative Unionsprivatrecht (oben N. 18) sub IV; *MPI*, Policy Options Rz. 89.

einheitsrechtlichen Vorschriften einzuräumen. Insbesondere dürfen die mitgliedstaatlichen Verbraucherschutzvorschriften nicht als Eingriffsnormen qualifiziert werden und sich gegenüber dem optionalen Instrument durchsetzen<sup>130</sup>. Gleiches gilt zum Beispiel für nationale Regeln über wucherische Geschäfte, da hier Art. 51 Anhang I VO-E eine autonome Regelung enthält.

## VI. Zusammenfassung

Die Begriffe »28. Regime« und »2. Regime« stehen für unterschiedliche Ansätze, wie ein künftiges fakultatives europäisches Vertragsrecht in das System des IPR eingebettet werden könnte. In der politischen und wissenschaftlichen Diskussion ist die Verwendung der Begriffe nicht immer einheitlich. Zunächst werden sie – in einem weiten Sinn – auf die Frage bezogen, ob die Rechtswahl des optionalen Instruments im Rahmen der Rom I-Verordnung oder in Sondernormen zu regeln ist. Letztere Variante verdient den Vorzug: Manche Rechtswahlvorschriften der Rom I-Verordnung – insbesondere bestimmte Schranken der Parteiautonomie – passen nämlich nicht auf das optionale Instrument. Folgt man dem *lex specialis*-Modell (dem »2. Regime« im weiteren Sinn), stellt sich die Frage, ob das optionale Instrument dem allgemeinen Kollisionsrecht vor- oder nachgelagert sein sollte. Die Unterscheidung zwischen »28.« und »2. Regime« findet sich – in einem engeren Sinn – auch in diesem Kontext. In der ersten Alternative würden die europäischen Vertragsvorschriften ihren Anwendungsbereich nach dem Vorbild zahlreicher Instrumente des materiellen Einheitsrechts autonom bestimmen. Nach dem zweiten Regelungsmodell wäre die Anwendung des Instruments davon abhängig, dass der zu beurteilende Vertrag nach Internationalem Privatrecht dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt. Diesem Ansatz folgt der Verordnungsvorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Die praktischen Unterschiede zwischen den beiden zuletzt genannten Regelungsalternativen sind letztlich gering, sie beschränken sich auf bestimmte Drittstaatensachverhalte und auf das Verhältnis zwischen dem optionalen Instrument und einheitsrechtlichen Übereinkommen. Entgegen dem Kommissionsvorschlag erscheint eine unmittelbare Anwendung des europäischen Vertragsrechts ohne Vorschaltung des allgemeinen IPR als die vorzugswürdige Lösung.

Nach den vorstehenden Überlegungen könnte die Anwendungsnorm eines fakultativen europäischen Vertragsrechts folgendermaßen lauten:

---

<sup>130</sup> Ähnlich *Busch* 659; *Stürner* 238.



*»Die Vorschriften des Europäischen Vertragsrechts gelangen zur Anwendung, wenn die Parteien deren Geltung für den Vertrag vereinbart haben, unabhängig davon, welches Recht auf den Vertrag nach den Regeln des Internationalen Privatrechts anzuwenden wäre. Die Geltungsvereinbarung unterliegt nicht den Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit, die das Internationale Privatrecht vorsieht.«*

Eine solche Anwendungsnorm sollte im verbindlichen Teil der Verordnung und nicht lediglich in den Erwägungsgründen niedergelegt sein. Die Vorschriften über die Wirksamkeit, die Form und den Zeitpunkt der Parteilwahl sollten den Rechtswahlbestimmungen der Rom I-Verordnung nachgebildet werden.<sup>131</sup> Auf das Konkurrenzverhältnis zu den Übereinkommen des materiellen Einheitsrechts sollte schließlich – wie es der Reihenfolge in anderen europäischen Verordnungen entspricht – im Schlussteil des Instruments eingegangen werden.<sup>132</sup>

### Summary

#### “28th” VERSUS “2nd” REGIME – AN OPTIONAL EUROPEAN CONTRACT LAW FROM A CHOICE OF LAW PERSPECTIVE

Ten years after placing the idea of a European contract law on the political agenda, the European Commission has finally taken legislative action. On 11 October 2011, a proposal for a Regulation on a Common European Sales Law was published. The regulation would create a set of European contract rules which would exist alongside the various national regimes and could be chosen as the applicable law by the parties to a sales contract. Such an instrument raises a number of questions with regard to private international law in general and the Rome I Regulation in particular. Should the choice of the European contract law be subject to the general rules on party choice under Rome I or does the new instrument call for special rules? Also, should the European contract law be eligible only where the relevant choice of law rules refer the contract to the law of a Member State or should the parties also be allowed to opt for the European rules where private international law designates the law of a third state as the law applicable to the contract? The paper examines which solution is the best suited to achieve the primary goal of the optional instrument, i.e. to improve the functioning of the internal market. Moreover, it seeks to shed some light on the terms of »28th regime« and »2nd regime« that are often used to identify different possible approaches of how to fit the optional instrument into the system of private international law. Moreover, the paper deals with the relationship between the optional instrument and the CISG as well as other uniform law conventions. The

<sup>131</sup> Zu diesen Fragen oben V. 1.

<sup>132</sup> Zur Ausgestaltung der Konkurrenznorm vgl. oben III. 5. a).

article concludes by addressing a number of specific issues such as the prerequisites for a valid choice of the instrument, the applicability of the pre-contractual information rules, gap-filling, and the relationship between the optional instrument and national overriding mandatory provisions (*Eingriffsnormen*).

