

DNotI

Schriftenreihe

Remien / Herrler / Limmer

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?

Analyse des Vorschlags der Europäischen
Kommission für ein optionales
Europäisches Vertragsrecht
vom 11. Oktober 2011

DNotI
Deutsches Notarinstitut



INotR
Institut für
Notarrecht an
der Universität
Würzburg

Verlag C. H. Beck

Schriftenreihe
des Deutschen Notainstituts

Band 18

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?

Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für
ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom
11. Oktober 2011

Wissenschaftliches Symposium
am 20. Januar 2012 in Würzburg

Herausgegeben von

Oliver Remien
Sebastian Herrler
Peter Limmer

in Zusammenarbeit
der Forschungsstelle Europäisches Privatrecht,
des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg
und des Deutschen Notarinstituts

2012

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64121 3

©2012 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Druckhaus Nomos
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: DTP-Vorlagen der Autoren

Gedruckt auf säurefreiem, altersbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Am 11. Oktober 2011 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt (2011/284 (COD)). Dieser sieht die Einführung eines optionalen Europäischen Kaufrechts für grenzübergreifende Verträge über den Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte und verbundene Dienstleistungen vor. Der Verordnungsvorschlag folgt auf jahrelange nebelhafte Diskussionen zum Thema Europäisches Vertragsrecht mit Begriffen wie EuZGB, Gemeinsamer Referenzrahmen oder „tool-box“ (Werkzeugkasten). Er steht aber auch in der Tradition des Wiener UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf (CISG) und der „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“ der Lando-Kommission (PECL) und greift gewisse Inhalte der europäischen Verbraucherrechtsangleichung auf. Der von Anbeginn an kontrovers erörterte Vorschlag wirft viele allgemeine sowie besondere materiell-rechtliche Fragen auf.

Diese wurden auf dem Wissenschaftlichen Symposium, welches am 20. Januar 2012 in Würzburg stattfand und gemeinsam von der Forschungsstelle Europäisches Privatrecht, dem Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg und dem Deutschen Notarinstitut ausgerichtet wurde, in Vorträgen namhafter Zivilrechtler eingehend analysiert. An den vier sich an die einzelnen Vortragsblöcke anschließenden Diskussionsrunden beteiligten sich neben Wissenschaftlern zahlreiche Praktiker (u.a. Unternehmensjuristen, Rechtsanwälte, Notare), die als sog. stakeholder den „Vorgänger“ des Verordnungsvorschlags, die sog. Feasibility Study, auf Veranlassung der Kommission evaluiert haben. Im vorliegenden Tagungsband sind außer den Vortragsmanuskripten ebenfalls Berichte über die Diskussionen abgedruckt. Auf diese Weise soll das auf dem Symposium zutage getretene Meinungsbild möglichst authentisch wiedergegeben werden.

Mangels allgemeingebäuchlicher Abkürzung für den Kommissionsvorschlag werden im Folgenden das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als übergreifender Begriff sowie die materiell-rechtlichen Regelungen des Anhangs mit GEK bezeichnet, die Vorschriften der eigentlichen Verordnung (Art. 1-16) mit GEK-VO.

Die Herausgeber bedanken sich sehr herzlich bei allen Referenten, den Diskussteilnehmern und dem Verlag für das außergewöhnliche Engagement, das ein Erscheinen des vorliegenden Tagungsbandes gerade einmal drei Monate nach der Veranstaltung möglich gemacht hat. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Florian Mächtel, Daniela Fischer und Bettina Held für die umsichtige Betreuung des Manuskripts.

Würzburg, März 2012

Oliver Remien
Sebastian Herrler
Peter Limmer

Herausgeber- und Autorenverzeichnis

Prof. Dr. *Thomas Ackermann*, LL.M. (Cambridge)

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. *Wolfgang Ernst*, LL.M. (Yale)

Inhaber des Lehrstuhls für Römisches Recht und Privatrecht an der Universität Zürich

Prof. Dr. *Florian Faust*, LL.M. (Michigan)

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, LL.M. (Miami)

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. *Beate Gsell*, Maître en droit (Aix-en-Provence)

Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Sebastian Herrler

Notar a.D., Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts in Würzburg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Ole Lando*

Emeritierter Universitätsprofessor an der Copenhagen Business School

Prof. Dr. *Stefan Leible*

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth

Prof. Dr. *Peter Limmer*

Notar in Würzburg und stellvertretender Vorsitzender des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. *Dirk Looschelders*

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Dr. *Claudia Moser*

Abgeordnete nationale Sachverständige bei der Europäischen Kommission, Generaldirektion Justiz

Prof. Dr. *Thomas Pfeiffer*

Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Prof. Dr. *Oliver Remien*

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Vorstandsmitglied des dortigen Instituts für Notarrecht

Prof. Dr. *Christiane Wendehorst*, LL.M. (Cambridge)

Universitätsprofessorin am Institut für Zivilrecht der Universität Wien

Mit Diskussionsberichten von Dr. *Florian Mächtel*, LL.M., Notarassessor im Bereich der Landesnotarkammer Bayern.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis.....	VII
Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Einführung	1
<i>Oliver Remien</i>	
Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.....	7
<i>Claudia Moser</i>	
CESL or CISG? Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?	15
<i>Ole Lando</i>	
Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.....	21
<i>Stefan Leible</i>	
Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand	35
<i>Thomas Pfeiffer</i>	
Diskussionsbericht.....	43
Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?.....	49
<i>Thomas Ackermann</i>	
Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven	69
<i>Hans Christoph Grigoleit</i>	
Diskussionsbericht.....	89
Das AGB-Recht des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.....	95
<i>Wolfgang Ernst</i>	
Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrecht des Verbrauchers.....	109
<i>Dirk Looschelders</i>	
Diskussionsbericht.....	145

Der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und die Problematik seiner Lücken.....	147
<i>Beate Gsell</i>	
Leistungsstörungenrecht.....	163
<i>Florian Faust</i>	
Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung.....	191
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Diskussionsbericht.....	207
Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Abschließende Bemerkungen.....	213
<i>Sebastian Herrler/Peter Limmer/Oliver Remien</i>	

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Einführung

Oliver Remien

„Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?“ ist eine Frage für alle Juristen 1
gemeinsam. Auch die Organisation dieser Veranstaltung ist ein Gemeinschaftswerk
von Universität und Notariat – des Deutschen Notarinstituts, des Instituts für Notar-
recht an der Universität Würzburg und unserer Juristischen Fakultät an der Julius-
Maximilians-Universität Würzburg mit der Forschungsstelle Europäisches Privat-
recht. Auch im Auditorium spiegelt sich diese Gemeinsamkeit stark wider, ja geht
sogar noch darüber hinaus: Notariat, Justiz, Ministerien und Verbände sowie die
Wissenschaft sind prominent und zahlreich vertreten.

Meine Einführung soll und kann kurz sein: Am 11.10.2011 hat die Europäische 2
Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäi-
sches Kaufrecht vorgelegt¹. Bekanntlich wird hier die Einführung eines optionalen
Europäischen Kaufrechts für grenzübergreifende Verträge über den Kauf von Waren,
die Bereitstellung digitaler Inhalte und verbundene Dienstleistungen vorgeschlagen.
Der Vorschlag umfasst 16 Artikel Verordnung (GEK-VO) und 186 Artikel Anhang I
mit einem so genannten „Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht“ (GEK). Dieses
Symposium dient der eingehenden Analyse und Diskussion. Vorab dazu kurz zwei
Schlaglichter, eines zu den Vorarbeiten, eines zu akuten Grundsatzfragen:

I. Vorarbeiten

Die Begründung des Vorschlags rekurriert auf die Mitteilung der Kommission zum 3
Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahre 2001². Die Vorgeschichte des Vorschlags
ist in der Substanz zum Teil aber viel älter. Mehrere unterschiedlich alte Entwick-
lungsströme fließen in dem Vorschlag zusammen. Wohl der älteste begann im Jahre
1928: *Ernst Rabel* schlug UNIDROIT, dem Römischen Institut für die Vereinheitli-
chung des Privatrechts, die weltweite Vereinheitlichung des Kaufrechts vor³. Berichte

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemein-
sames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.; dazu der zuständige Referatsleiter der Gene-
raldirektion Justiz der Europäischen Kommission *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491.

² S. 5 in KOM(2011) 635 endg. Zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische
Parlament zum europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001, KOM(2001) 398 endg., dazu neben
vielen etwa *Remien*, in: Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, 219 ff.

³ So *Rheinstein*, in: Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Fest-
veranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Privatrecht vom 6.-8. Juli 1966 in Hamburg, 1968, 3 ff., 7;
Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., 2007, Art. 2 Rn. 2; *Magnus*, in: Staudinger,
BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005, Einl zum CISG Rn. 20; siehe auch

und Entwürfe wurden zwischen 1929 und 1939 ausgearbeitet⁴, *Rabel* veröffentlichte dann sein großes Werk „Das Recht des Warenkaufs“⁵. Im Jahr 1964 wurden die Haager Einheitlichen Kaufgesetze verabschiedet⁶, ab 1972 traten sie in Kraft⁷. Schließlich wurden sie von dem sozusagen eine Überarbeitung darstellenden, nunmehr weltweit erfolgreichen Wiener UN-Übereinkommen über den Internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 – Convention on the International Sale of Goods, CISG – abgelöst⁸. Und das CISG prägt zu guten Teilen die Struktur des Vorschlags vom 11.10.2011!

- 4 Ab 1985 begann die Angleichung vor allem des Verbrauchervertragsrechts durch europäische Richtlinien – Haustürwiderruf, Fernabsatz, missbräuchliche Klauseln, Verbrauchsgüterkauf, Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr usw. Die Verbraucherrechte-Richtlinie vom 25.10.2011⁹ hat nur zum Teil eine Neufassung gebracht. Vieles aus den Richtlinien findet sich im Vorschlag vom 11.10.2011 wieder!
- 5 Im Jahre 1982 begann die Arbeit von *Ole Lando's* Kommission für Europäisches Vertragsrecht¹⁰, die in die in den Jahren 1995, 2000 und 2003 abschnittsweise vorgelegten Principles of European Contract Law (PECL) mündete¹¹. Manches aus den PECL findet sich, so scheint mir, im Vorschlag vom 11.10.2011 wieder. Ende 2008/Anfang 2009 wurde der akademische Draft Common Frame of Reference for European Private Law, der Gemeinsame Referenzrahmen veröffentlicht¹² – sechs voluminöse Bände von 6.100 Seiten von der Rechtsgeschäftslehre über Allgemeines und Besonderes Schuldrecht bis zu Mobilärerwerb, Kreditsicherheiten und trust. Der Gigant DCFR ist im Vorschlag vom 11.10.2011 zum optionalen Zwerg geschrumpft – bestenfalls.

Kunze, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 1926-1945, 2004, 151 f.; *Rösler*, *RabelsZ* 70 (2006), 792, 797.

⁴ Vgl. schon *Rabel*, *RabelsZ* 3 (1929), 402, 405 f.; auch 5 (1931), 206, 207; 5 (1931) 880; *ders.*, *RabelsZ* 9 (1935), 1-8 und 339-363 sowie der Entwurf ebd. 8-44 und dazu Stellungnahmen *RabelsZ* 10 (1936), 651-665. Weitere Angaben bei den in der vorigen Fußnote Genannten.

⁵ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, eine rechtsvergleichende Darstellung, I 1936 und Neudruck 1957, II 1958.

⁶ Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) und Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG).

⁷ Dazu etwa die Kommentare von *Dölle*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964, 1976, und *Mertens/Rehbinder*, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den einheitlichen Kaufgesetzen, 1975.

⁸ BGBl. 1989 II 588; *Magnus*, *RabelsZ* 51 (1987), 123 ff.; Überblick zur Entstehung bei *Schlechtriem* (Fn. 3), Art. 2 ff. Rn. 3.

⁹ Richtlinie 2011/83 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 L 304/64.

¹⁰ Dazu zunächst *Lando*, *European Contract Law*, *Am.J.Comp.L.* 31 (1983), 653 ff.; *Remien*, *ZVglRWiss* 87 (1988), 105 ff.; *Drobnig*, in: *Festschrift Steindorff*, 1990, 1141 ff.; *Tallon*, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, 1993, 485 ff., und inzwischen zahllose spätere Beiträge vieler Autoren.

¹¹ *Beale/Lando*, *The Principles of European Contract Law*, Part 1. Performance, Non Performance and Remedies, Prepared by the Commission on European Contract Law, 1995; sodann *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Combined and Revised, Prepared by the Commission on European Contract Law, 2000; schließlich *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann*, *Principles of European Contract Law*, Part III, Prepared by the Commission on European Contract Law, 2003.

¹² *von Bar/Clive*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009.

Der Vorschlag steht zum Teil also in einer alten ehrwürdigen Tradition. Also alles 6
perfekt? Kann man unbesehen dem Werk der sogenannten „Experten“ trauen? Akute
Grundsatzfragen lassen daran zweifeln.

II. Akute Grundsatzfragen

Das eben gezeichnete fast idyllische Bild wird gestört, ja verdüstert, wenn man 7
akute Grundsatzfragen betrachtet – etwa Rechtsnatur, Rechtsgrundlage, wirtschaftliche
Bedeutung, Format, Verhältnis zu Richtlinien, Sprache usw.

In Erwägungsgrund 9 des Vorschlags heißt es: „Die Harmonisierung des Vertrags- 8
rechts der Mitgliedstaaten wird nicht durch eine Änderung des bestehenden inner-
staatlichen Vertragsrechts bewirkt sondern durch Schaffung einer fakultativen zwei-
ten Vertragsrechtsordnung in jedem Mitgliedstaat“, alles soll „unbeschadet der Kollisionsnormen“ gelten, so Erwägungsgrund 10. Eine Verordnung schafft aber Europa-
recht, nicht mitgliedstaatliches Recht. Seit Van Gend en Loos¹³ und Costa ./ ENEL¹⁴
ist bekannt, dass die Verträge eine eigene Rechtsordnung geschaffen haben. Was
beabsichtigt die Kommission?¹⁵ Der österreichische Bundesrat bemerkt meines Er-
achtens zu Recht: „Eine unionsrechtliche Verordnung wird nicht nationales Recht,
sondern bleibt Unionsrecht.“¹⁶

Gestützt ist der Vorschlag auf Art. 114 AEUV, die Ermächtigung zur Rechtsan- 9
gleichung im Binnenmarkt. Zur Europäischen Genossenschaft hat der EuGH aber
entschieden, dass supranationale Rechtsformen keine Rechtsangleichung nach
Art. 114 AEUV darstellen¹⁷. Kümmerst das die Kommission nicht?¹⁸

Die zuständige Kommissarin *Reding* scheint den Vorschlag sogar als Maßnahme 10
zur Förderung von Wachstum und Wirtschaftsaufschwung zu sehen¹⁹. Ist das nicht

¹³ EuGH 5.2.1963 – Rs. 2662, Slg. 1963, 1.

¹⁴ EuGH 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253.

¹⁵ Ein an Verbände zur Stellungnahme versandter früherer Entwurf der Kommission sah noch den Vorschlag einer Richtlinie vor, welche die Mitgliedstaaten durch Erlass eines jeweils unveränderten Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts umzusetzen gehabt hätten. Die Kommission hat sich dann zur Vorlage eines Verordnungsvorschlags besonnen, doch erklärt diese Vorgeschichte möglicherweise den verquerten Ansatz des Verordnungsvorschlags der Kommission, der als Richtlinienvorschlag entstanden ist. Andeutung dazu, aber sonst Verrenkungen bei *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495 f.

¹⁶ Europäisches Parlament 2009-2014, Rechtsausschuss, 9.12.2011, Mitteilung an die Mitglieder (92/2011), Betrifft: Begründete Stellungnahme des Bundesrats der Republik Österreich zum Vorschlag einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, CM\886237DE.doc PE478.418v01-00 DE.

¹⁷ EuGH 2.5.2006 – Rs. C-436/03 (Europäisches Parlament ./ Rat), Slg. 2006, I-3733.

¹⁸ Zu den Kompetenzfragen kürzlich etwa *Remien*, in: Festschrift Scheuing, 2011, 639 ff.

¹⁹ *Reding*, The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, Keynote Speech at the Conference „Towards a European Contract Law“ co-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster, Leuven 3.6.2011, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_leuven_en.pdf, S. 8: „Together with the President, I made the work on European Contract Law a strategic priority for the mandate of this Commission and included it in the Work Programme of the Commission. / We did this for very clear economic reasons. Europe’s economy needs all instruments – large and small – to stimulate growth and competitiveness and to make sure that consumers can draw more concrete benefits from Europe’s single market.“ Die Begründung des Kommissionsvorschlags behauptet auf S. 2: „Allein wegen der Unterschiede im

eine wahnwitzige Überschätzung der Bedeutung des Vertragsrechts, wenig glaubhaft, ein Brüsseler Märchen?

- 11 16 Artikel Verordnung mit etlichen Definitionen in Art. 2 und 186 Artikel im Anhang, auch nicht ohne gewisse Definitionen – ist das geglückt?
- 12 Die Verbraucherrechte-Richtlinie musste abspecken und ohne die vorgeschlagenen Regelungen zu missbräuchlichen Klauseln und Kaufrecht²⁰ (Ausnahme: Gefährübergang), erlassen werden, auf die man sich nicht einigen konnte, aber solche Regeln finden sich nun im Verordnungsvorschlag²¹ – kann man sich nun einige Monate später darauf einigen?
- 13 Der Vorschlag orientiert sich häufig am CISG, aber in der deutschen Fassung gibt es keine durchgängige Orientierung an der CISG- oder PECL-Übersetzung und ihrer Terminologie. Ist die Beendigung eines Vertrages etwa wegen mangelhafter Lieferung wirklich eine „Abhilfe“?²² Werden nicht zuweilen „Erfüllung“ und „Leistung“ verwechselt?²³ Ist die Wendung „Forderung nach Erfüllung“²⁴ nicht eine sprachliche Schlechtleistung? Könnte man nicht so vieles eleganter und kürzer sagen?
- 14 Hinsichtlich des Vorschlags haben das Britische Unterhaus²⁵, der belgische Senat²⁶, der Deutsche Bundestag²⁷ und der österreichische Bundesrat²⁸ bereits Subsidiaritätsrügen erhoben²⁹, der Europausschuss der französischen Nationalversammlung³⁰ lehnt

Vertragsrecht entgegen dem zwischenstaatlichen Handel jedes Jahr Umsätze in zweistelliger Milliardenhöhe (in Euro).“ Eine von der damaligen polnischen Ratspräsidentschaft in Warschau am 9. und 10.11.2011 ausgerichtete Tagung trug den Titel „European Contract Law – unlocking the internal market potential for growth“, siehe <http://contract-law-pl2011.eu/en/strony/program-139>; auch auf einem informellen Treffen der Justizminister in Zoppot am 18. und 19.7.2011 wurde diskutiert „how overcoming differences in contract law regimes could contribute to economic growth in the EU“, siehe Council of the European Union, Brussels, 8.12.2011, 18353/11, JUSTCIV 351 CON-SOM 210 CODEC 2367, Interinstitutional File: 2011/0281 (COD); Note from the Presidency to Working Party on Civil Matters (Sales Law) Subject: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Report from the Presidency on the state of play, S. 2 unter I 2.

²⁰ Siehe den Vorschlag der Kommission vom 8.10.2008 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg., dort Kapitel IV – Sonstige Verbraucherrechte in Bezug auf Kaufverträge mit den Art. 21 ff. und Kapitel V – Verbraucherrechte in Bezug auf Vertragsklauseln mit den Art. 30 ff.

²¹ Siehe Art. 79 ff. und – noch weitergehend – 91 ff. GEK.

²² Vgl. Art. 106 Abs. 1 lit. c, 131 Abs. 1 lit. c, 155 Abs. 1 lit. c, 157 Abs. 1 lit. c GEK.

²³ Siehe Art. 92 GEK.

²⁴ Art. 110, 132 GEK und die Überschriften des jeweiligen Abschnitts.

²⁵ Europäisches Parlament 2009-2014, Rechtsausschuss, 14.12.2011, Mitteilung an die Mitglieder (100/2011), Betrifft: Begründete Stellungnahme des Unterhauses des Vereinigten Königreichs zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, CM\887051DE.doc PE478.503v01-00 DE.

²⁶ Europäisches Parlament 2009-2014, Rechtsausschuss, 12.1.2012, Mitteilung an die Mitglieder (05/2012), betrifft: Mit Gründen versehene Stellungnahme des belgischen Senats zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, CM\888688DE.doc PE478.715v01-00 DE.

²⁷ Europäisches Parlament 2009-2014, Rechtsausschuss, 16.12.2011, Mitteilung an die Mitglieder (102/2011), Betrifft: Mit Gründen versehene Stellungnahme des Bundestags der Bundesrepublik Deutschland zu dem Vorschlag einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, CM\887301DE.doc PE478.528v01-00 DE.

²⁸ Oben Fn. 16, am 1.12.2011 in der 802. Sitzung einhellig angenommen.

²⁹ Allerdings verlangt Art. 7 Abs. 2 des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu den Lissabonner Verträgen vom 13.12.2007 eine Überprüfung des Entwurfs nur, wenn die Anzahl begründeter Stellungnahmen mit Subsidiaritätsrügen

den Verordnungsvorschlag ab, hält allerdings einen Werkzeugkasten – tool-box – und vielleicht eine Rechtsetzung betreffend digitale Inhalte für erwägenswert. Deutsche Verbände mit sonst oft divergierenden Interessen sind in ihrer Kritik am Vorschlag ein „ungewöhnliches Bündnis“ eingegangen³¹. Wird alles nur eine wunderbare Spielweise für die Privatrechtswissenschaft? Oder stehen wir doch am Beginn einer neuen Epoche des Privatrechts in Europa?

Fragen über Fragen! Anlass genug für unser Symposium! Seien wir gespannt auf **15** die Antworten – durch die Referate und eine möglichst breitgefächerte Diskussion mit Stimmen aus allen Kreisen.

binnen acht Wochen nach Art. 6 mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen zwei Stimmen – bei Zweikammersystem je eine – erreicht wird. Auch wenn dies nicht erreicht wurde, sind die Subsidiaritätsrügen ein deutliches Zeichen, dem allgemeine Beachtung zu wünschen ist, anders wohl *MacQueen*, Common European Sales Law easily survives first subsidiarity challenge, 4.1.2012, <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8844>.

³⁰ Einstimmiger Beschluss des Europaausschusses vom 7.12.2011, siehe [Assemblée Nationale], Commission des affaires européennes, mercredi 7 décembre 2011, 17 h 15, Compte rendu no. 231, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0231.asp>, S. 4 f., insbes. 5; siehe kritisch schon Assemblée Nationale, No. 4061, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le droit commun européen de la vente (COM (2011) 635 final/E 6713), et présenté par Mme. *Marietta Karamanli*, députée.

³¹ So der Leiter der Abteilung Recht und Versicherung des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI) *Dr. Heiko Willems* auf der Veranstaltung „Europäisches Vertragsrecht – Ausweg oder Irrweg?“ im Haus des Deutschen Handwerks in Berlin am 21.9.2011.

Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Claudia Moser¹

Inhaltsverzeichnis

I. Sinn und Zweck der Verordnung.....	7
1. Gegenwärtige Rechtslage.....	7
2. Wirtschaftliche Folgen.....	8
3. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als Lösung für die Probleme.....	9
II. Rechtsgrundlage.....	10
III. Inhalt.....	11
1. Anwendungsbereich.....	11
2. Regelungsbereiche.....	12
3. Verbraucherverträge.....	12
4. Handelsverträge.....	13
IV. Rechtsfolgen der Vereinbarung des GEK.....	13
V. Verhältnis zum Internationalen Privatrecht und zum UN-Kaufrecht.....	13
VI. Schlussfolgerung.....	14

Am 11. Oktober 2011 verabschiedete die Europäische Kommission den Vorschlag **1** für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)²:

I. Sinn und Zweck der Verordnung

Dieser Vorschlag für ein GEK, das Vertragsparteien freiwillig wählen können, soll **2** den grenzüberschreitenden Warenverkehr erleichtern.

1. Gegenwärtige Rechtslage

Abgesehen vom Verbrauchervertragsrecht ist das Vertragsrecht bislang weitgehend **3** nicht harmonisiert. Die Richtlinien sehen dabei überwiegend eine Mindestharmonisierung vor. Danach können die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zu Gunsten des Verbrauchers über das Schutzniveau der Richtlinie hinausgehen. Deswegen unterscheiden sich in diesem Bereich die nationalen Regelungen erheblich. Eine Ausnah-

¹ Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung der Autorin wieder und binden die Europäische Kommission nicht.

² KOM(2011) 635 endg.

me bildet insoweit die kürzlich verabschiedete Verbraucherrechte-Richtlinie³, die den Ansatz der Vollharmonisierung verfolgt, aber einen eingeschränkten Anwendungsbereich hat.

- 4 Um bei grenzüberschreitenden Verträgen das anwendbare Recht zu bestimmen, müssen die Vertragsparteien auf die Rom-I-VO⁴ zurückgreifen. Danach müssen die Unternehmen, die sich direkt an Verbraucher in anderen EU-Ländern wenden, ganz oder teilweise fremdes Recht anwenden oder doch zumindest prüfen. Wenn sie keine Rechtswahl getroffen haben, ist das Heimatrecht des Verbrauchers anwendbar. Selbst wenn die Unternehmen ihr eigenes Recht durchsetzen können, müssen sie damit rechnen, dass die Bestimmungen des Heimatrechts des Verbrauchers gelten, soweit diese verbraucherfreundlicher sind.

2. Wirtschaftliche Folgen

- 5 Vor diesem rechtlichen Hintergrund müssen Unternehmen, wenn sie ins EU-Ausland exportieren wollen, herausfinden, welche Regelungen welchen Rechts gelten, und gegebenenfalls ihre AGB anpassen, wenn sie Verbrauchern ins EU-Ausland Waren liefern. Durchschnittlich muss ein Unternehmen 10.000 € an Kosten dafür aufwenden. Diese Kosten steigen mit der Zahl der Mitgliedstaaten, in die Unternehmen exportieren. Am stärksten betroffen sind kleine und mittlere Unternehmen und insbesondere die kleinsten Unternehmen, da diese Zusatzkosten einen größeren Anteil ihres Umsatzes ausmachen.
- 6 Bei grenzüberschreitenden Handelskäufen treten diese Probleme wegen der weitgehenden Rechtswahlfreiheit nicht auf. Allerdings erlegt das Unternehmen mit der größeren Verhandlungsmacht dem Vertragspartner zumeist eine Rechtswahlklausel zu Gunsten des eigenen Rechts auf. Das bedeutet, dass das weniger marktmächtige Unternehmen ähnliche Kosten wie beim Verbraucherkauf hat. Aber auch für KMU von vergleichbarer Größe kann es vorteilhaft sein, wenn sie auf ein „neutrales“ Recht zurückgreifen können, das in den Sprachen beider Vertragspartner verfügbar ist.
- 7 Auch wegen dieser Probleme verharren innergemeinschaftlichen Exporte auf niedrigem Niveau. Nur jedes zehnte Unternehmen in der EU exportiert. Selbst die Exportierenden beschränken sich meistens auf höchstens drei Länder.
- 8 Dass das Nebeneinander der Vertragsrechte ein Problem ist, hat sich auch in der Gesetzesfolgenabschätzung gezeigt. Die Kommission hat dabei direkt Unternehmer befragt, die an Verbraucher liefern (Eurobarometer 321), sowie Unternehmen, die mit anderen Unternehmen handeln (Eurobarometer 320). Befragt wurde eine ausreichend große Zahl von Unternehmen, so dass die Ergebnisse statistisch extrapoliert werden können. Die Fragen bezogen sich auf die zehn wichtigsten Hindernisse für den innergemeinschaftlichen Handel. Vier Fragen betrafen Probleme, die im Zusammenhang mit unterschiedlichen Vertragsrechten auftreten können, nämlich Probleme, das an-

³ 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. EU v. 22.11.2011 – L304/64.

⁴ Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 59/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EG v. 4.7.2008 – L177/6.

⁵ Art. 3 Rom I-VO.

zuwendende ausländische Vertragsrecht und Informationen über seine Bestimmungen zu finden sowie Probleme bei der Einhaltung der Verbrauchervertragsrechtsvorschriften anderer Länder und der Anpassung der Verträge, bei der Beilegung grenzüberschreitender Vertragsrechtsstreitigkeiten sowie hinsichtlich der Notwendigkeit einer Rechtsberatung zum ausländischen Vertragsrecht. Andere Fragen bezogen sich auf Probleme im Zusammenhang mit unterschiedlichen Sprachen und Kulturen, Entfernung, unterschiedliche steuerliche Vorschriften oder unterschiedliche administrative Erfordernisse. Dabei lagen die Probleme, die mit unterschiedlichen Vertragsrechten zusammenhängen bei Verbraucherverträgen auf den Plätzen 1, 3, 6 und 7 und bei Handelsverträgen auf den Plätzen 3, 5, 6 und 7.

Zwar beeinträchtigen auch andere Faktoren den innergemeinschaftlichen Handel. 9 Jedoch werden diese Probleme wie Entfernung und Sprache als weniger wichtig eingestuft. Die damit zusammenhängenden Probleme der grenzüberschreitenden Lieferung bzw. des grenzüberschreitenden Kundendienstes rangieren bei Verbraucherverträgen an 8. und 9. Stelle, während die Probleme der Sprache bzw. der kulturellen Unterschiede an 4. und 10. Stelle liegen. Ähnlich äußerten sich die Unternehmen, die mit Unternehmen kontrahieren.

Unter anderem wegen der unterschiedlichen Vertragsrechte sind auch Verbraucher 10 verunsichert. Daher ziehen sie es vor, im Heimatland statt im Ausland einzukaufen. Nur 7 % der Verbraucher bestellen online Waren im EU-Ausland, obwohl sie bis zu 24 % des Preises sparen könnten. Unternehmer verweigern häufig Verbrauchern die Lieferung ins EU-Ausland. Mindestens drei Mio. Verbraucher waren schon Opfer dieser Weigerung.

3. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als Lösung für die Probleme

Das GEK ist eine innovative Lösung für die beschriebenen Probleme. Es tritt als 11 zweites nationales Vertragsrecht zu den nationalen Zivilrechtsordnungen hinzu. Es ersetzt sie nicht. Aus Sicht der Mitgliedstaaten hat dies den Vorteil, dass insbesondere für rein inländische Sachverhalte anders als bei dem bislang gewählten Weg der Richtlinie die Rechtslage unverändert bleibt.

Die Vertragsparteien können es wählen, müssen aber nicht. Das GEK basiert damit 12 auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Um sicherstellen, dass der Verbraucher bei der Wahl des GEK eine informierte Entscheidung trifft, kann das GEK nicht in den AGB des Kaufvertrags vereinbart werden, sondern muss nach Art. 8 Abs. 2 GEK-VO ausdrücklich und getrennt davon gewählt werden. Der Verbraucher erhält hierzu eine Bestätigung.

Weiterhin muss der Unternehmer nach Art. 9 Abs. 1 und Anhang II der GEK-VO 13 dem Verbraucher ein Standard-Informationsblatt aushändigen, das den Verbraucher über die Grundzüge des GEK informiert. Unterlässt dies der Unternehmer, ist der Verbraucher erst an die Vereinbarung zur Wahl des GEK gebunden, wenn er das Informationsblatt sowie die Bestätigung erhalten und der Vereinbarung ausdrücklich zugestimmt hat.

Wenn die Unternehmen das GEK wählen können, können sie Kosten sparen. Dann 14 können sie nämlich auf Grundlage eines einzigen Vertrags und einer einzigen IT-Plattform ihre Produkte in allen anderen Mitgliedstaaten verkaufen. Das GEK führt zudem zu einer größeren Auswahl zu wahrscheinlich niedrigeren Preisen und gewährleistet ein sehr hohes Verbraucherschutzniveau, das häufig vergleichbar hoch oder höher als das jeweils nationale Recht liegen wird.

II. Rechtsgrundlage

- 15 Der Vorschlag wurde auf Art. 114 AEUV gestützt. Danach können das Europäische Parlament und der Rat Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.
- 16 Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Wie oben erläutert, beeinträchtigt die Koexistenz von 27 unterschiedlichen nationalen Kaufrechtsordnungen den Binnenmarkt. Das GEK beseitigt diese Probleme, da die Unternehmen auf der Grundlage eines einzigen Rechts ins gesamte EU-Ausland exportieren können, egal in wie viele Länder sie exportieren.
- 17 Der Vorschlag zum GEK stellt auch eine Annäherungsmaßnahme dar. Zwar ändert das GEK den Wortlauf der existierenden nationalen Kaufrechte nicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dies aber auch nicht nötig. Der Ausdruck „Maßnahmen zur Angleichung“ räumt dem Gemeinschaftsgesetzgeber einen Ermessensspielraum hinsichtlich der zur Erreichung eines angestrebten Ergebnisses am besten geeigneten Angleichungstechnik ein. Die Verordnung zum GEK bewirkt eine Rechtsangleichung durch die Festlegung eines einheitlichen unionsrechtlichen Standards. Erstens müssen die Vertragsparteien das GEK vereinbaren können. Die nationalen Rechtsordnungen dürfen somit nicht die Wahl des GEK behindern oder erschweren. Dies schließt es ein, dass Mitgliedstaaten Vorschriften, die eine entsprechende Wirkung hätten, abändern oder aufheben müssten. Zweitens wird festgelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Kaufvertrag, in dem das GEK vereinbart wird, als wirksam abgeschlossen anzuerkennen ist. Insofern lässt sich von einem „2. Regime“ für grenzüberschreitende Kaufverträge sprechen.
- 18 Das Urteil des EuGH zur Europäischen Genossenschaft steht dem nicht entgegen. Nach Ansicht der Kommission unterscheidet sich das GEK wesentlich davon. Bei der Europäischen Genossenschaft wurde eine neue Rechtsform geschaffen, welche die nationalen Genossenschaften überlagert, mit dem Effekt, dass z.B. deren Sitz etwa von einem in einen anderen Mitgliedstaat verlagert werden kann, ohne dass dies zu ihrer Auflösung oder zur Gründung einer neuen juristischen Person führen würde. Im Gegensatz dazu handelt es sich beim GEK nicht um eine neue Rechtsform. Die Parteien wählen nicht einen, vom nationalen Kaufvertrag konzeptionell unterschiedlichen „Europäischen Kaufvertrag“, sondern vereinbaren privatautonom das GEK. Die nationalen Kaufvertragsregeln werden also durch die Verordnung zum GEK lediglich ergänzt.
- 19 In diesem Zusammenhang ist auf das Vorbringen des Rates im Verfahren über die Europäische Genossenschaft hinzuweisen. Der Rat, der die Verordnung über die Europäische Genossenschaft auf der Grundlage von Art. 308 EGV (entsprechend im wesentlichen Art. 352 AEUV) beschlossen hatte, hatte vor dem EuGH argumentiert, dass eine Maßnahme nach Art. 95 EGV (entsprechend im wesentlichen Art. 114 AEUV) zwingend zu einem Ergebnis kommen müsse, das durch den gleichzeitigen Erlass einer identischen Regelung in jedem Mitgliedstaat hätte erreicht werden können⁶. Anders als im Fall der Schaffung einer neuen Gesellschaftsrechtsform oder neuer immaterialgüterrechtlicher (Schutz-)Titel könnten die Mitgliedstaaten – obwohl dies in der politischen Praxis äußerst unwahrscheinlich wäre – durch abgestimmtes

⁶ EuGH Urt. v. 2.5.2006, Rs. C – 436/03 Europäisches Parlament/Rat, Tz. 32.

gleichzeitiges Handeln auf nationaler Ebene ein GEK als „2. Regime“ des jeweils anwendbaren Rechts schaffen.

Dazu kommt noch folgende Überlegung: Sähe der Vorschlag die Ersetzung der nationalen Vertragsrechte durch ein GEK vor, das ungeachtet des Parteiwillens anwendbar wäre, würde niemand bestreiten, dass diese Maßnahme eine Annäherungsmaßnahme wäre. Es widerspräche jedoch dem Sinn und Zweck der Verträge, wenn eine Maßnahme, die stärker in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreift als der Vorschlag für ein optionales Kaufrecht auf Art. 114 AEUV gestützt werden könnte, während dies bei einer weniger einschneidenden Maßnahme mit derselben Zielsetzung wie der vorliegenden nicht möglich wäre.

Auch die Einfügung des neuen Art. 118 AEUV durch den Vertrag von Lissabon ändert nichts daran, dass Art. 114 AEUV und nicht Art. 352 AEUV die richtige Rechtsgrundlage ist. Durch Art. 118 AEUV wurde eine zusätzliche neue Rechtsgrundlage geschaffen, die es dem Europäischen Gesetzgeber erlaubt, Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel auf dem Gebiete des geistigen Eigentums zu erlassen. Die Verordnung zum GEK schafft jedoch nicht einen neuen Rechtstitel, für den im nationalen Recht in der Regel Typenzwang besteht, sondern regelt den Abschluss und Inhalt eines Kaufvertrags. Ein Umkehrschluss aus Art. 118 AEUV ist daher nicht möglich.

III. Inhalt

1. Anwendungsbereich

Das GEK kann gemäß Art. 5 GEK-VO für Kaufverträge über bewegliche, körperliche Gegenstände und für digitale Produkte verwendet werden. Schließlich werden Verträge über so genannte „verbundene Dienstleistungen“, wie Installation oder Reparatur der gekauften Güter, erfasst. Verträge, die neben dem Kauf noch weitere Elemente als die oben genannten enthalten, unterfallen gemäß Art. 6 GEK-VO nicht dem Anwendungsbereich des GEK. Ebenso gilt dies für Ratenkaufverträge.

Das GEK ist nur wählbar, wenn eine Vertragspartei ein KMU oder ein Verbraucher ist. Die KMU-Definition übernimmt der Vorschlag in Art. 7 Abs. 2 GEK-VO aus einer Kommissionsempfehlung⁷. Gemäß Art. 13 b) GEK-VO dürfen die Mitgliedstaaten seine Anwendung auch auf Handelsverträge zwischen Großunternehmen ausdehnen.

Laut Art. 4 GEK-VO kann das GEK für grenzüberschreitende Verträge verwendet werden. Für Verbraucherverträge reicht es nach Art. 4 Abs. 3 (a) GEK-VO aus, wenn die Adresse des Verbrauchers, die Liefer- oder die Rechnungsanschrift in einem anderen Land als dem des Verkäufers sind. Auch gestattet Art. 13 a) GEK-VO den Mitgliedstaaten ausdrücklich, das GEK auch auf rein innerstaatliche Verträge auszuweiten.

⁷ Kommissionsempfehlung 2003/361 v. 6.5.2003, ABl. EG L 124 v. 20.5.2003, 36, s. auch Erwägungsgrund 21 der GEK-VO.

2. Regelungsbereiche

- 25 Das GEK umfasst den ganzen Lebenszyklus eines Vertrags und regelt somit die für den Abschluss grenzübergreifender Verträge wichtigsten Fragestellungen⁸. Es enthält daher Bereiche wie vorvertragliche Informationspflichten, Widerrufsrechte, Regeln zum Vertragsschluss sowie zur AGB-Kontrolle und zu den Rechten und Pflichten von Käufer und Verkäufer, Verjährung, etc. Unternehmer können sich infolgedessen weitgehend auf das GEK stützen. Nur wenige Bereiche des Vertragsrechts sind nicht erfasst, weil sie entweder in grenzüberschreitenden Verträgen als weniger problematisch betrachtet werden, wie die Stellvertretung oder die Aufrechnung, oder innerhalb der nationalen Rechtsordnung besonders sensibel sind, wie der Minderjährigenschutz oder die Sittenwidrigkeit von Verträgen. Nicht unmittelbar vertragsrechtsrelevante Gebiete des Zivilrechts, wie das Sachen- und Deliktsrecht, sind ebenfalls nicht abgedeckt⁹. Wenn also eine der Vertragsparteien der Auffassung ist, dass der mögliche Rückgriff auf das normalerweise anwendbare Recht zur Lösung der nicht geregelten Fragen einen Nachteil darstellt, werden sie das GEK nicht anwenden. Wenn jedoch die Vertragsparteien meinen, dass die für grenzüberschreitende Verträge praktisch relevanten Fragen im GEK geregelt sind, was nach der Auffassung der Kommission der Fall ist, werden sie es sehr wohl wählen.

3. Verbraucherverträge

- 26 Um Verbrauchern das nötige Vertrauen zu geben, auf ihr nationales Recht zu verzichten, enthält das GEK ein hohes Verbraucherschutzniveau, wie auch Erwägungsgrund 11 klarstellt. Dieses verursacht Kosten für die Unternehmen. Allerdings können Unternehmen diese Kosten durch erhebliche Einsparungen kompensieren, da sie bei Exporten in andere EU-Länder immer nur ein einziges weiteres Recht beachten müssen. Da die Unternehmen das GEK nur wählen, wenn diese Einsparungen die möglicherweise verursachten Mehrkosten übertreffen, hat das GEK ein Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien gefunden.
- 27 Dazu wurden einmal alle voll harmonisierten Bestimmungen der Verbraucherrechte-Richtlinie komplett in das GEK übernommen. Das Verbraucherschutzniveau der Richtlinien zur AGB-Kontrolle und zum Verbrauchsgüterkauf, die einen Mindestharmonisierungsansatz verfolgen, wurde entweder beibehalten oder das GEK ging darüber hinaus. Im nicht gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Bereich ist ebenfalls ein Bestreben nach hohem Verbraucherschutz erkennbar.
- 28 Seine wesentlichste Ausprägung hat dieses hohe Verbraucherschutzniveau in dem Paket der Gewährleistungsrechte im Zusammenhang mit der Risikoverteilung bei der Rückabwicklung und der Verjährungsfrist. Im Vergleich zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährt z. B. das GEK dem Käufer noch die zusätzlichen Rechte der spezifischen Erfüllung, der Zurückbehaltung und des Schadensersatzes.

⁸ S. Erwägungsgrund 26.

⁹ S. Erwägungsgrund 28.

4. Handelsverträge

Eine der wesentlichen Zielgruppen des GEK sind, wie oben ausgeführt, KMU. Um zu verhindern, dass Unternehmen in einer stärkeren Verhandlungsposition eine schwächere Position ihrer Vertragspartner ausnutzen, enthält das GEK auch einige zwingende Bestimmungen zum Schutze dieser schwächeren Vertragspartner. Dazu zählt etwa Kapitel 8 zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbestimmungen, das auch vertragliche Klauseln in Handelsverträgen in seinen Anwendungsbereich einbezieht und hierfür in Art. 86 GEK eine Generalklausel bereithält, und der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 GEK.

IV. Rechtsfolgen der Vereinbarung des GEK

Ist das GEK gültig vereinbart worden, ist es gemäß Art. 11 GEK-VO ausschließlich für den Vertrag maßgebend. Nach Art. 8 Abs. 3 GEK-VO kann in Verbraucherverträgen immer nur das gesamte GEK vereinbart werden. Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit gilt dies nicht in Handelsverträgen. In Verbraucherverträgen stellen die meisten Bestimmungen des GEK und in Handelsverträgen sogar fast alle Bestimmungen dispositives Recht dar. Hauptsächlich die spezifisch verbraucher-schützenden Bestimmungen sind ausdrücklich als zwingendes Recht ausgestaltet.

Wenn das GEK ein Vertragsrechtsgebiet regelt, bedeutet die alleinige Anwendung des GEK auch, dass die Lösung ausschließlich im GEK gefunden werden muss. Falls das GEK ein Problem nicht ausdrücklich regelt, kann nach Art. 4 GEK die Lösung nur durch Auslegung des GEK gefunden werden.

V. Verhältnis zum Internationalen Privatrecht und zum UN-Kaufrecht

Das GEK schafft ein zweites nationales Kaufrechtsregime. Die Vereinbarung über die Verwendung des GEK wird gemäß Erwägungsgrund 10 innerhalb des einzelstaatlichen Rechts getroffen. Sie stellt damit keine Rechtswahl im Sinne der Kollisionsnormen dar. Daher muss zunächst nach den allgemeinen Kollisionsnormen das anwendbare Recht bestimmt werden. Innerhalb des jeweilig anwendbaren nationalen Rechts können die Parteien das zweite nationale Kaufrechtsregime, das GEK, wählen.

Die an sich gemäß Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO erforderliche Prüfung, ob das Recht des Wohnsitzlands des Verbrauchers ein höheres Verbraucherschutzniveau gewährt als das gewählte Recht, entfällt. Denn das GEK setzt einen zweiten nationalen Verbraucherschutzstandard, der in allen Mitgliedstaaten identisch ist. Unterschiede im Verbraucherschutzniveau zwischen den jeweiligen nationalen zweiten Kaufrechtsregimes können daher nicht auftreten.

Das UN-Kaufrecht ist bei internationalen Handelskäufen automatisch anwendbar, es sei denn es wird – wie im Regelfall – abbedungen. Dies ist gemäß Art. 6 UN-Kaufrecht möglich. Es ist allgemein anerkannt, dass dies auch konkludent erfolgen kann. Erwägungsgrund 25 stellt zu dem Verhältnis zwischen UN-Kaufrecht und GEK klar, dass eine Wahl des GEK als impliziter Ausschluss des UN-Kaufrechts auszulegen ist.

VI. Schlussfolgerung

- 35** Das GEK bietet eine konkrete Lösung für konkrete Probleme, mit denen Unternehmen und Verbraucher bei grenzüberschreitenden Geschäften im Binnenmarkt konfrontiert sind: Es ist eine innovative Lösung im Einklang mit dem Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, da sie den Unternehmen als Alternative angeboten wird, ohne in die Rechtstraditionen und die Rechtskultur der Mitgliedstaaten einzugreifen. Verbraucher profitieren vom GEK nicht nur, weil es durch das hohe Schutzniveau Vertrauen schafft, sondern auch, weil es niedrigere Preise und eine größere Produktauswahl in Aussicht stellt. Für Unternehmer reduzieren sich die Transaktionskosten, so dass eine Belebung des grenzübergreifenden Handels zu erwarten ist.

**CESL or CISG?
Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales
Law (CESL) replace the United Nations Convention on International
Sales (CISG)?**

Ole Lando

Table of Contents

I. CESL is an improvement on CISG.....	16
II. CESL has not been well received.....	18
III. The opt-in solution.....	18
IV. Scope of the CESL.....	20
V. Closing Remarks.....	20

The European Commission has proposed a Regulation on a Common European Sales Law (CESL)¹. It covers contracts between traders and between traders and consumers. Its rules on sales contain general principles of contract law. CESL is an important step forward. Vice-President *Viviane Reding* deserves much recognition and credit for her energetic and enthusiastic efforts. The criticism in the following of the CESL must be seen in the light of this important new policy.

The main sources of inspiration for the drafters of CESL were the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, the Principles of European Contract Law (PECL)², the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)³, the Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁴ and notably the Feasibility Study for a Future Instrument on European Contract Law prepared by the Expert Group on European contract law⁵.

In the following I shall only deal with the part of CESL that treats the business-to-business (b2b) sales.

¹ Brussels, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

² Lando/Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I & II, The Hague 1999, and Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (eds.), Principles of European Contract Law, Part III, The Hague 2003. See Commission on European Contract Law's website, http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html.

³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010, UNIDROIT, Rome 2011.

⁴ See von Bar/Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volumes 1 and 2, Munich 2009.

⁵ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

I. CESL is an improvement on CISG

- 4 Item 25 of the Preamble to CESL lays down that where the CISG would otherwise apply to the contract in question, the choice of the CESL should imply an agreement of the contractual parties to exclude that Convention.
- 5 CISG is an opt-out instrument that applies to cross border sale of goods. It covers the formation of the sales contract and the effects of the contract especially the non-performance and the remedies for non performance.
- 6 CESL is intended to be an opt-in instrument that applies to cross border sale of goods and related services and to cross border contracts for the supply of digital content and related services⁶. As CISG it deals with the formation and effects of the contract, and in addition with pre-contractual information, defects in consent (mistake, fraud, threats, and unfair exploitation), unfair contract terms and prescription. The chapters on interpretation and on contents and effects treat issues not dealt with in CISG. I consider it to be an improvement to add rules on these issues.
- 7 In the area covered by CISG CESL contains some rules that I regard to be improvements on CISG:
- 8 a) Article 7 (1) of CISG provides that „in the interpretation of this Convention, regard is to be had to ... the observance of good faith in international trade.“ The majority of the delegates at the UN Conference were reluctant to give the good faith a general application. They feared that when applying such a provision national courts would be influenced by their own legal traditions with the result that the provision would be interpreted differently in the different countries. However, as has been pointed out, this narrow scope of the principle is not practicable⁷. When applying CISG several courts⁸ and among them the German Supreme Court⁹ have, as do PICC article 1.7., PECL article 1:201 and DCFR III-1:103, imposed upon the Parties a general duty to act in accordance with good faith and fair dealing when concluding, interpreting, performing and enforcing the contract, and under CESL article 2, PECL article 1:202, PICC article 5.1.3 and DCFR III-1:104 the Parties have a duty to cooperate with each other for the performance of the contract.
- 9 b) CISG article 14 (1) requires the offer and therefore also the contract to fix or make provision for determining the price. Article 55 presupposes that a contract can be validly concluded without expressly or implicitly fixing or making provision for determining the price. The majority of legal systems¹⁰ do not require the price to be a necessary condition for the conclusion of a contract. Several of them provide rules similar to article 55. The commentators of CISG have capered about to suggest tenable solutions to the unsolvable antinomy¹¹. Unlike CISG article 14 (1), CESL article 31, PECL article 2:201, DCFR II-4:201 and PICC article 2.1.2 do not require that the offer contains a proposal to fix or make provision for determining the price.

⁶ See article 5 of the Regulation.

⁷ See *Herber*, in: Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford 1988; *Magnus*, in: Staudinger, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin 2005, article 7 comment 10.

⁸ UNILEX lists courts in Australia, Germany, Belgium, Italy and the Netherlands.

⁹ BGH, NJW 2002, 370.

¹⁰ See UCC § 2.204, and on European laws notes to DCFR II-4:201 and to DCFR II-9:104.

¹¹ See *Schlechtriem*, in: Schlechtriem (Fn. 7), 108; *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2010, 267 et seq.; *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 7), article 14 comments 27-35.

c) CISG article 16 (2) lays down that an offer cannot be revoked, if it indicates „whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise“, that it is irrevocable. This rule reflects a strange compromise; common lawyers will be inclined to regard the fixing of a time for acceptance as not necessarily meaning that the offer is irrevocable, whereas civil lawyers will be disposed to regard it as making the offer irrevocable. Article 31(3) (b) of the CESL, PECL article 2:202 (3) (b) and DCFR II-4:202 (3) (b) provide that an offer is irrevocable if it states a fixed time for its acceptance.

d) CISG does not address the so-called battle of forms, the situation where the Parties have reached agreement except that the offer and the acceptance refer to conflicting general conditions. Some authors and some courts have held that under CISG article 19 (1) if the conditions of the answer do not materially change the conditions of the acceptance they will conclude the contract, unless the offeror objects without undue delay¹². If the terms of the answer materially alter the terms of the offer there is no contract, unless the offeror by his conduct shows that he accepts the terms of the counter-offer, for instance by performing the contract. In both cases the terms of the Party who answers last, who „fires the last shot“, will prevail.¹³

However, experience shows that even if the terms of the answer materially alter the terms of the offer the Parties wish to have a contract. They should therefore be bound right from the outset and before the contract has been performed. Furthermore, the „last shot“ solution described above depends upon a factor that is coincidental.

As the German case law CESL article 39, PECL article 2:209, DCFR II-4:209 and PICC article 2.1.22. provide that the contract is concluded on the basis of the terms that are common in substance, unless one Party has indicated in advance and not by way of general conditions that he will not be bound by a contract that alters his terms, or if without delay he informs the other Party that he will not be bound by such contract. This should be the rule. In most cases the „stop gap“ rules of the law will apply to the issue(s) covered by the conflicting general conditions

e) Chapter 6 on interpretation and Chapter 7 on contents and effects provide useful rules that CISG has not. Thus CISG has no rule on terms implied in fact as CESL article 68, on Terms Derived from Pre-contractual Statements as CESL article 69, on Merger Clauses see CESL article 72 and on Determination by a Third Party see article 73.

f) In addition to the rules in CESL article 88 on Excused non-performance (force majeure) CESL article 89 provides rules on change of circumstances (hardship). The rules are similar to the rules on *Störung der Geschäftsgrundlage* in § 313 of the German BGB. PECL article 6:111, DCFR III-1:110 and PICC Chapter 6 section 2 also have provisions on hardship. CISG has no separate provision on hardship.¹⁴

g) CISG article 78 provides that if „a Party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other Party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74“. Article 78 says neither when the interest accrues nor the rate of interest. CESL article 168 on interest on late payments

¹² See *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 11), article 19 numbers 31-51.

¹³ See *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 11), 347 et seq., 350 et seq., who prefers the „knock out“ rule, and some courts agree.

¹⁴ It has been argued that article 79 dealing with „exemption“ stands somewhere between the very tough French rule on *force majeure* governing civil contracts and the more lenient German rules on *Störung der Geschäftsgrundlage*. See *Stoll*, in: Schlechtriem (Fn. 7), 618 at note 40.

provides solutions which CISG article 78 lacks. It states the rate of interest and its accrual.

- 17 h) It would have improved CESL still more if it had included a rule on a professional's written confirmation like the German rule on the *kaufmännische Bestätigungsschreiben*. That is what PECL article 2:210 provides, DFCR II-4:210 and PICC article 2.1.12 have similar provisions. The rule applies in Austria, Germany, Estonia, Poland, Turkey, Switzerland, Norway, Denmark, Sweden and Finland¹⁵.

II. CESL has not been well received

- 18 On the whole the Proposal has not been well received in business circles¹⁶. It has been argued that the CESL does not add any value and has got little support. A hearing among stakeholders in early 2011 undertaken by the Commission showed that only 67 of 327 stakeholders supported the idea of a CESL.
- 19 But as the prologue to the Proposed Regulation states „differences in contract law and the additional transaction costs and complexity that they generate in cross-border transactions dissuade a considerable number of traders, in particular SMEs, from expanding into markets of other Member States. These differences also have the effect of limiting competition in the internal market. The value of the trade foregone each year between Member States due to differences in contract law alone amounts to tens of billions of Euros“.
- 20 I submit that this is true. It is a matter of common knowledge that traders and their lawyers look askance at new rules, and that their resistance has often delayed if not prevented useful initiatives.
- 21 I do not agree with those critics who maintain that CESL is difficult to understand. On the whole the rules in the CESL are written in a simple and plain language that can be understood by business and consumers, who are not specialists in the area of contract law.
- 22 CISG, however, has a worldwide extension with 77 Member States¹⁷, and it may be a ticklish matter if a „desertion from the CISG“ in the intra-EU trade becomes a reality.
- 23 In any case the UNCITRAL ought to initiate a revision of the more than 30 years old CISG.

III. The opt-in solution

- 24 The Commission has preferred an opt-in solution; the contracting parties must agree to choose the CESL. Otherwise a national law will apply.

¹⁵ See for Austria, Germany, Estonia, Poland, Turkey, Denmark, Sweden and Finland DCFR, Vol. I, 315 et seq.

¹⁶ See for instance statement of 19 November 2011 by the Zentralverband des Deutschen Handwerks, joint letter of 25 October 2011 to the Danish Ministry of Justice from the DI (Association for Danish Industry), Danske Erhverv (Danish Trades) and Forbrugerrådet (Consumers' Advisory Council), and letter of 25 October 2011 to the Permanent representative to the EU from the European Consumers' Organization and the European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (USAPME).

¹⁷ As of 8 January 2012.

Is it likely that CESL will be used by traders in the Union? What are the experiences in relation to opt-in instruments for b2b-contracts? 25

a) When ratifying the Conventions on the Uniform Sales Laws of 1964 the British took advantage of the option to ratify them on an opt-in basis, that is to say the Conventions were only applicable if the parties incorporated them into their contract.¹⁸ As has been pointed out „such a choice is hardly ever made“¹⁹. 26

It may be said with some certainty that if CISG had been an opt-in instrument it would almost never have been chosen. Traders and their counsels are generally not ready to adopt new rules. They must be pushed, and when, as is quite often the case, the question which rules of law apply is not taken up by the parties CISG applies. As an opt-out instrument CISG has got some application. 27

b) It seems now to be almost generally accepted that arbitral tribunals may apply the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) and the Principles of European Contract Law (PECL) as the law governing the contract²⁰. Both instruments cover the general part of contract law. How much use has there been made of this opportunity to select the PICC and the PECL? 28

Cases on PICC from 1990 have been reported in the UNILEX database. By the end of December 2011 it had reported 160 arbitral awards that had referred to or mentioned the PICC. Only few of them applied the PICC as the law governing the contract. 29

The years 2002-2004 were the years from which the UNILEX so far has reported most cases²¹. *Emanuel Jolivet's* review of cases decided by the tribunals of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) in the years 2002-2004²² shows that of awards made in that period 5,5 % have referred to the PICC.²³ *Jolivet* reports nine cases, where the arbitrators instead of national law have applied the PICC and the PECL as the rules of law governing the contract. 30

From *Jolivet's* survey and the UNILEX database *Ralph Michaels* concludes that in practice PICC is rarely referred to and very rarely chosen as the law governing the contract.²⁴ This is remarkable when one considers that the ICC looks favourably upon the PICC, and in several symposiums has informed about them. 31

It appears that opt-in models like the PICC and PECL and in the UK the ULIS/ULFIS have not been much used in practice in b2b-transactions. My fear is that as an opt-in model the CESL will suffer the same fate. Traders will be reluctant to embark upon a new set of rules the practical application of which is untested. In the trade between a big enterprise and a SME the big and stronger enterprise will generally dictate the terms and will prefer its own law. 32

¹⁸ See the Uniform Laws of International Sales Act 1967 c.45.

¹⁹ Says Dicey/Morris (eds.), *Conflict of Laws*, 13th ed., 2000, Volume II, 33-101, 1330.

²⁰ See *Bonell*, *An International Restatement on Contract Law*, 3rd ed., New York 2005, 192 et seq.; *Scherer*, in: *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford 2009, 82; *Lando*, *Scandinavian Studies in Law* 40 (2000), 343, 371 et seq.

²¹ In 2002 23, in 2003 21 and in 2004 22 cases.

²² *Jolivet*, *Revue de droit uniforme* 2008, 127-152.

²³ *Jolivet*, *Revue de droit uniforme* 2008, 129, writes that 5,5 % may appear to be modest *a priori*, but not so bad when one considers that the PICC have been more often invoked than the laws of all African countries put together.

²⁴ *Michaels*, *RabelsZ* 73 (2009), 866-887.

IV. Scope of the CESL

- 33 a) Article 7 provides that the CESL may be used only if the seller of goods or the supplier of a digital content is a trader.²⁵ Where all the parties to a contract are traders, the Common European Sales Law may be used if at least one of those parties is a small or medium-sized enterprise (SME)²⁶. However, under article 13 a Member State may decide to make the Common European Sales Law available for contracts where all the parties are traders but none of them is an SME.
- 34 I wonder why two big traders may only choose the Common European Sales Law, if their Member State has made it available for them. The limitation of the CESL to SMEs appears to me to be unnecessary.
- 35 b) The Regulation shall only apply to cross-border transactions²⁷. However, under article 13 a Member State may decide to make the Common European Sales Law available for contracts where the habitual residence of the traders is in the same Member State. I hope that all the Member States will do that. A trader will then not need to provide different terms for domestic and foreign customers.

V. Closing Remarks

- 36 The resistance in the Council and among many stakeholders has made the Commission submit a proposal that only covers a few contracts, and which is an opt-in instrument.
- 37 The chances that traders will choose the CESL are probably not good. An opt-out model, where CESL applies, unless both parties choose a national law, would have a better chance of being applied.
- 38 The proposal is a far cry from a Regulation on a European Contract Code replacing the national laws and covering the general part and the specific contracts. If, as I believe, the Union will survive its present crisis, one may hope that the work will be continued so that a Common European Contract Law and eventually a European Contract Code will come into being. Europe needs a Common European Contract Code covering the general part and the specific contracts, and replacing the national laws. Only a Code will efficiently improve the establishment and the functioning of the internal market by facilitating the expansion of cross-border trade for business.

²⁵ Article 2 (e) of the Regulation defines a trader as any natural or legal person who is acting for purposes relating to that person's trade, business, craft, or profession.

²⁶ For the purposes of the Regulation, an SME is a trader who (a) employs fewer than 250 persons; and (b) has an annual turnover not exceeding EUR 50 million or an annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million, or the equivalent amounts in the currency of another country.

²⁷ Article 4 of the Regulation provides that a contract between traders is a cross-border contract, if the parties have their habitual residence in different countries of which at least one is a Member State. According to item 13 of the Preamble the CESL should be available for cross-border contracts because it is in that context that the disparities between national laws lead to complexity and additional costs and dissuade parties from entering into contractual relationships. This, however, does not explain why the CESL may not be applied to domestic contracts.

Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

Stefan Leible

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	21
II. Grundsätzliche Überlegungen.....	23
1. Zweites Vertragsrechtsregime vs. 27+1-Modell	23
2. GEK und Rom I-VO	24
3. Drittstaatenfälle	26
4. Eingriffsrecht	27
III. Die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2C-Verträgen	27
1. Kollisionsrechtliche Voraussetzungen für eine Anwendung des GEK	27
2. Die Vereinbarung des GEK.....	29
a) Grenzübergreifender Vertrag.....	29
b) Vereinbarung	30
3. Anwendbares Recht bei Lücken des GEK	32
IV. Die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2B-Verträgen	32
1. Voraussetzungen für eine Anwendung des GEK	32
2. CISG und GEK	33
V. Fazit.....	33

I. Einleitung

Der Vorschlag der Kommission für eine Rom I-Verordnung¹ sah noch die Möglichkeit der Parteien vor, als anzuwendendes Recht auch ein nichtstaatliches Recht zu wählen. Damit wollte die Kommission „insbesondere die Wahl von Grundsätzen, der Principles of European Contract Law oder eines etwaigen künftigen fakultativen EU-Instruments zulässig“ machen.² Dieser Vorschlag vermochte sich im anschließenden

¹ Vorschlag für eine Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM(2005) 650 endg. Vgl. dazu die zahlreichen Beiträge in *Ferrari/Leible* (Hg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, 2007; *Franzina*, La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento „Roma I“, 2006; *Fondazione Italiana per il Notariato*, Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento „Roma I“, 2007. Weitere Nachweise bei *Leible*, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009 (Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr. 173), 5 in Fn. 13.

² KOM(2005) 650 endg., 5 f.

Gesetzgebungsverfahren jedoch – leider³ – nicht durchzusetzen. Wählbar ist nach wie vor nur staatliches Recht.⁴ Der „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“⁵ (im Folgenden: GEK) nimmt diese Idee daher auch nicht mehr auf. Man hat im Gegenteil nachgerade den Eindruck, dass die Kommission das Internationale Privatrecht zu meiden sucht wie der Teufel das Weihwasser. Die Anwendung des GEK setzt zwar eine entsprechende Vereinbarung der Parteien voraus. Art. 3 GEK-VO verlangt ausdrücklich:

„Die Parteien können vereinbaren, dass für ihre grenzübergreifenden Verträge über den Kauf von Waren oder die Bereitstellung digitaler Inhalte sowie die Erbringung verbundener Dienstleistungen innerhalb des in den Artikeln 4 bis 7 abgesteckten räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs das Gemeinsame Europäische Kaufrecht gilt“.

- 2 Obwohl der Wortlaut dies offen lässt, soll es sich dabei aber nicht um eine kollisionsrechtliche Rechtswahl handeln, sondern um eine „Wahl zwischen zwei verschiedenen Kaufrechtssystemen innerhalb derselben einzelstaatlichen Rechtsordnung“.⁶ Sie setzt unter anderem voraus, dass der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des GEK eröffnet ist. Das lohnt auf jeden Fall ein näheres Hinsehen. Zu beginnen ist mit einigen grundsätzlichen Überlegungen zu dieser Konstruktion (II.), bevor dann die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2C-Verträgen (III.) sowie B2B-Verträgen (IV.) näher in den Blick genommen werden kann. Ein kurzes Fazit schließt den Beitrag (V.).

³ Für eine solche Lösung etwa *Brödermann*, ULR 2006, 749, 763 ff.; *Jud*, JBl 2006, 695, 698; *Leible*, EuZ 2006, 78, 79; *ders.*, in: *Ferrari/Leible* (Fn. 1), 41, 47; *Lein*, YPIL 7 (2005), 391, 401; *Roth*, in: *Festschrift Jayme*, 2004, 757; *Schäfer*, GPR 2006, 54.

⁴ Das ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut von Art. 3 Rom I-VO, wohl aber aus einer historischen und systematischen Auslegung der Norm, vgl. etwa *Francisco Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-77, I-83; *Leible*, in: *Eleanor Cashin Ritaine/Bonomi*, *Le nouveau règlement européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, 2008, 61, 69; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 136; *Rühl*, in: *Festschrift Kropholler*, 2008, 187, 189.

⁵ KOM(2011) 635 endg. Text mit Einführung auch abgedruckt in *Staudenmayer* (Hg.), *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, 2012, sowie in IHR 2012, 4 mit Einführung von *Mankowski*, IHR 2012, 1. Vgl. dazu auch *Graf von Westphalen*, ZIP 2011, 1985; *Hesselink*, NJB 2011, 2515; *Hondius*, *Ars aequi* 2011, 738; *ders.*, ERPL 19 (2011), 709; *Lando*, ERPL 19 (2011), *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491; *Tamm*, VuR 2012, 1; *Zimmermann*, JBl 2012, 1. Vgl. außerdem *Schmidt-Kessel* (Hg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, 2012; *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012; *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hg.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, 2012.

⁶ KOM(2011) 635 endg., 7. Vgl. auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495.

II. Grundsätzliche Überlegungen

1. Zweites Vertragsrechtsregime vs. 27+1-Modell

Die Diskussion darüber, ob ein optionales Instrument als sog. 27+1-Modell oder als zweites Vertragsrechtsregime zur Verfügung gestellt werden soll, beschäftigt die Wissenschaft bereits seit Beginn der 2000er Jahre. Die von den Diskutanten gewählte Terminologie ist freilich wenig kohärent.⁷

Die Idee eines 27+1-Modells geht davon aus, dass neben die 27 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine weitere tritt, die kollisionsrechtlich gleich behandelt wird. Sie ist unionsrechtlicher Natur und soll von den Vertragsparteien mittels Rechtswahl zu dem ihren Vertrag beherrschenden Statut gewählt werden können. Für eine solche Lösung spricht insbesondere die Rechtsklarheit, da man sich weiterhin in bekannten kollisionsrechtlichen Bahnen bewegt. Allerdings sind auch die Nachteile nicht zu übersehen. Denn das mit einem optionalen Instrument verfolgte Ziel einer einheitlichen Vertragsgestaltung für den Binnenmarkt kontrastiert bei B2C-Verträgen mit der durch Art. 6 Rom I-VO angeordneten alternativen Geltung des Aufenthaltsrechts des Verbrauchers. Es bedürfte daher einer zusätzlichen Regelung, die Art. 6 Rom I-VO ausschaltet.⁸ Probleme bereiten weiterhin staatsvertragliche Kollisionsnormen in internationalen Übereinkommen, die zum Zeitpunkt der Annahme der Rom I-VO bereits für einzelne Mitgliedstaaten sowie für Drittstaaten verbindlich waren. Denn sie genießen nach Art. 25 Rom I-VO Vorrang und können die Rechtswahl eines optionalen Instruments behindern.⁹

Insbesondere diese Probleme scheinen die Kommission dazu bewogen zu haben, sich für das Modell eines zweiten Vertragsrechtsregimes zu entscheiden. Auch hier hätte es freilich zwei Möglichkeiten gegeben. Denn man hätte auch den klassischen einheitsrechtlichen Weg wählen können. Das hätte erfordert, dass eine entsprechende EU-Verordnung mit eigenen Kollisionsnormen versehen wird, die

- eine Wahl des optionalen Instruments ermöglichen und
- Vorrang vor der Rom I-VO genießen.

Der für die Verwirklichung der mit dem GEK angestrebten Ziele unabdingbare Vorrang¹⁰ darin enthaltener Kollisionsnormen vor der Rom I-VO wäre bereits durch Art. 23 Rom I-VO gesichert gewesen. Dadurch hätte sich insbesondere eine Anwendung von Art. 6 Rom I-VO vermeiden lassen.¹¹ Ein solches zweites Vertragsrechtsregime im weiteren Sinne hätte den Parteien dann die Wahl zwischen zwei Alternativen eröffnet, „nämlich zwischen den europäischen Regeln einerseits und dem nach allgemeinen Kollisionsrecht anwendbaren nationalen Vertragsrecht andererseits“.¹²

⁷ Vgl. dazu *Fornasier*, 28. versus 2. Regime – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, Max Planck Private Law Research Paper N. 11/10, 6 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881510).

⁸ Vgl. *Mankowski*, in: Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2008, 391, 395 ff.; *Stürner*, GPR 2011, 236, 239.

⁹ Vgl. dazu *Fornasier* (Fn. 7), 11 f.

¹⁰ Unter Wettbewerbsgesichtspunkten kritisch gegenüber jedwedem Vorrang des GEK *Riesenhuber*, JZ 2011, 537, 542; dagegen *Leible*, *RabelsZ* 76 (2012), Heft 2 (im Druck) unter V.

¹¹ Vgl. auch *Mankowski* (Fn. 8), 430.

¹² *Fornasier* (Fn. 7), 6.

- 7 Rechtspolitisch ist dieser an sich vorzugswürdige Weg¹³ allerdings mit deutlich mehr Risiken behaftet als der von der Kommission gewählte. Denn aufgrund der Aufnahme von Kollisionsnormen müsste ein entsprechender Rechtsakt nicht nur auf Art. 114 AEUV,¹⁴ sondern auch auf Art. 81 AEUV gestützt werden.¹⁵ Bei der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ist Dänemark aber von vornherein nicht dabei.¹⁶ Und Großbritannien und Irland können sich zwar für ein opt-in entscheiden,¹⁷ müssen dies aber nicht.¹⁸ Art. 114 AEUV lässt es hingegen zu, dass diese Staaten zur Not auch überstimmt werden können.¹⁹

2. GEK und Rom I-VO

- 8 Der Entwurf der Kommission spricht sich daher ganz klar für ein zweites Vertragsrechtsregime im engeren Sinne, d.h. für eine sog. Vorschaltlösung aus.²⁰ Das Internationale Privatrecht soll dem GEK vorgeschaltet und von diesem nicht berührt werden. Erwägungsgrund 10 hebt dies nachdrücklich hervor:

„Die Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts sollte eine Wahl sein, die innerhalb des einzelstaatlichen Rechts getroffen wird, das nach der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 beziehungsweise in Bezug auf vorvertragliche Informationspflichten nach der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Verordnung (EG) Nr. 864/2007) oder nach jeder anderen einschlägigen Kollisionsnorm anwendbar ist. 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; sie sollte unbeschadet der Kollisionsnormen gelten. Diese Verordnung lässt bestehende Kollisionsnormen somit unberührt.“

¹³ Für ein zweites Vertragsrechtsregime im weiteren Sinne, d.h. eine Inklusion kollisionsrechtlicher Regeln mit Vorrang vor der Rom I-VO, etwa *Herresthal*, ZIP 2011, 1347, 1351; *Leible/Müller*, K&R 2009, 7, 12; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011), 371, 401; *Stürmer*, GPR 2011, 236, 239.

¹⁴ Wobei schon fraglich ist, ob überhaupt auf Art. 114 AEUV zurückgegriffen werden kann. Zwar lässt sich grundsätzlich argumentieren, dass auch die Schaffung neuer Titel der Beseitigung von Rechtsunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten dient (vgl. idS etwa *Leible*, EWS 2001, 471, 479); allgemein zur Heranziehung des Rechtsinstruments der Verordnung *Leible*, in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl., 2003, Art. 95 EGV Rn. 32, doch erscheint diese Argumentation nach der EuGH-Entscheidung zur Europäischen Genossenschaft (EuGH, Rs. C-436/03, Slg. 2006, I-3733, Rn. 39 ff. – Europäisches Parlament/Rat) kaum noch haltbar. A.A. daher nunmehr auch *Leible/Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 114 AEUV Rn. 37. Ebenfalls kritisch *Basedow*, *EuZW* 2012, 1. Deutlich großzügiger jedoch z.B. *Reich*, *ZfRV* 2011, 196, 199 f. Vgl. umfassend zur Kompetenz auch *Grigoleit*, EU-Kompetenz, Funktionsbedingungen und Perspektiven (in diesem Band).

¹⁵ Vgl. *Leible*, in: Streinz (Fn. 14), Art. 81 AEUV Rn. 45; *Leible/Müller*, K&R 2009 7, 12.

¹⁶ Näher *Leible*, in: Streinz (Fn. 14), Art. 81 AEUV Rn. 3.

¹⁷ *Leible*, in: Streinz (Fn. 14), Art. 81 AEUV Rn. 3.

¹⁸ Nachdem neben Deutschland und Österreich u.a. auch Großbritannien die Subsidiaritätsrüge erhoben hat, erschiene ein britisches opt-in äußerst unwahrscheinlich.

¹⁹ Das scheint auch die nicht ganz unberechtigte Befürchtung des Deutschen Bundestags zu sein, vgl. BT-Drucks. 17/8000, 5.

²⁰ Das ist nichts grundstürzend Neues, sondern ein durchaus gängiges Regelungsmuster, wie etwa ein Blick auf Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG deutlich macht. Vgl. außerdem Art. 2 Abs. 1 lit. b des UNIDROIT-Übereinkommens über das internationale Factoring vom 28.5.1988 (BGBl. 1988 II 172) und Art. 1 des Abkommens vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft (BR-Drucks. 67/112).

Das GEK kann von den Parteien folglich nur vereinbart werden, wenn das Kollisionsrecht – sei es aufgrund subjektiver, sei es aufgrund objektiver Anknüpfung – zur Anwendung eines mitgliedstaatlichen Rechts führt. Das ist der Fall, wenn

- entweder die Parteien das Recht eines Mitgliedstaates nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO gewählt haben oder
- der Verkäufer seine vertragsbetreuende Niederlassung in einem Mitgliedstaat hat (Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO) oder
- ausnahmsweise die Anknüpfung an eine noch engere Verbindung über Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zum Recht eines Mitgliedstaates führt.

Das GEK tritt dann innerhalb der durch das IPR zur Anwendung berufenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung neben das nationale Kaufrecht als eine zweite Vertragsrechtsregelung. Dieses in der Literatur schon seit einiger Zeit diskutierte Modell²¹ geht von der Annahme aus, dass das Unionsrecht zugleich Bestandteil des nationalen Rechts ist. Das sieht sich freilich Kritik ausgesetzt. So formuliert etwa der österreichische Bundesrat:

„Dem Argument der Europäischen Kommission, das optionale Instrument wäre Teil der nationalen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten und als solches eingebettet in den Regelungsrahmen des jeweiligen Mitgliedstaates, kann nicht zugestimmt werden. Eine unionsrechtliche Verordnung wird nicht nationales Recht, sondern bleibt Unionsrecht. Richtig ist vielmehr, dass das optionale Instrument als alternatives Vertragsregime Teile der nationalen Rechtsordnungen verdrängen soll.“²²

Durchgreifend ist dieser Einwand jedoch nicht. Er verkennt den ambivalenten Charakter des Unionsrechts. Unionsrecht und nationales Recht durchdringen sich gegenseitig und sind voneinander abhängig.²³ Deutlich geworden ist dies bereits in der Entscheidung *Costa/ENEL*, in der der EuGH betont, dass

„der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen (hat), die bei seinem Inkrafttreten *in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten* aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist. ... Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts *in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten* und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen die von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen. Dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus *einer autonomen Rechtsquelle* fließenden Recht können wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“²⁴

Bereits dies macht deutlich, dass Unionsrecht als supranationales Recht zwar einer autonomen Rechtsquelle entstammt, zugleich aber Bestandteil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist. Bekräftigt wird dies u.a. in der Entscheidung „*Simmenthal II*“, in der der Gerichtshof hervorhebt, dass

„nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ... die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen

²¹ Vgl. z.B. *Basedow*, LMCLQ 2003, 498; *HeissNöemi/Downes*, ERPL 2005, 693. Zusammenfassend zuletzt *Heiss*, in: Festschrift Roth, 2011, 237.

²² Vgl. die begründete Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Dezember 2011 gemäß Art. 23g Abs. 1 B-VG in Verbindung mit Art. 6 des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (1/SBPL-BR/2011 – Gemeinsames Europäisches Kaufrecht), 3.

²³ *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 193.

²⁴ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 125 – *Costa/ENEL* (Hervorhebungen vom Verf.).

Recht der Mitgliedstaaten nicht nur zur Folge (haben), dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch – da diese Bestimmungen und Rechtsakte *vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines jeden Mitgliedstaates bestehenden Rechtsordnung* sind –, dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.²⁵

- 13 Daher besteht heute z.B. auch Einigkeit darüber, dass es sich beim Unionsrecht nicht um ein dem Beweis zugängliches fremdes Recht iSv § 293 ZPO handelt,²⁶ sondern um „allgemein gültiges, in Deutschland geltendes deutsches Recht“²⁷, für das der Grundsatz „*iura novit curia*“ gilt. Festzuhalten bleibt somit, dass der von der Kommission vorgeschlagene Weg grundsätzlich gangbar und das GEK danach anzuwenden ist, sofern das IPR zum Recht eines Mitgliedstaates führt, sein räumlich-persönlicher Anwendungsbereich eröffnet ist und die Parteien seine Anwendung vereinbart haben.

3. Drittstaatenfälle

- 14 Allerdings ist der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des GEK nicht auf binnenmarktinterne Sachverhalte beschränkt, sondern erfasst auch solche mit Drittstaatenbezug.²⁸ Denn nach Art. 4 Abs. 2 und 3 GEK-VO wird zwar verlangt, dass die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, doch muss lediglich einer von ihnen ein Mitgliedstaat der EU sein. Sofern die kollisionsrechtliche Verweisung zu einem mitgliedstaatlichen Recht führt, können daher sowohl Drittstaatenunternehmer für Verträge mit Abnehmern aus der EU als auch umgekehrt hier ansässige Unternehmer für Verträge mit Abnehmern aus Drittstaaten die Geltung des GEK vereinbaren. Eine solche Erstreckung auf Drittstaatenfälle ist von der Kommission, wie insbesondere Erwägungsgrund 14 deutlich macht, auch intendiert, heißt es doch dort:

„Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte nicht auf grenzübergreifende Sachverhalte beschränkt sein, die nur Mitgliedstaaten betreffen, sondern auch zur Erleichterung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten zur Verfügung stehen.“

- 15 Etwas irritierend ist dann freilich der nachfolgende Satz, in dem 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.“

- 16 Im Grunde genommen handelt es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit. Denn wenn man beim GEK von einer Vorschaltlösung ausgeht, unterliegt seine Wahl ja gerade immer „den geltenden Kollisionsnormen“. Nur wenn diese zu einem Recht führen, dessen Bestandteil das GEK ist, kann es überhaupt auf der zweiten Stufe gewählt werden.

²⁵ EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 – Simmenthal II (Hervorhebungen vom Verf.).

²⁶ So aber fälschlich noch 1988 OLG München EuGRZ 1988, 409.

²⁷ Geimer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., 2012, § 293 Rn. 1.

²⁸ Näher dazu unten Rn. 22 ff.

4. Eingriffsrecht

Einer Nachfrage wert ist außerdem das Verhältnis des GEK zu mitgliedstaatlichem 17
Eingriffsrecht. Können Mitgliedstaaten den Vorrang des GEK aushebeln, indem sie
nationale Normen zu Eingriffsnormen erklären und dann gleichwohl durchsetzen?
Die Antwort muss differenziert ausfallen.

Ausgeschlossen ist auf jeden Fall die Durchsetzung solcher Normen über Art. 9 18
Rom I-VO, die der Vertragsgerechtigkeit und dem individuellen Interessenausgleich
dienen und in den sachlichen Anwendungsbereich des GEK fallen. Denn unabhängig
davon, ob derartige Regelungen überhaupt Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 1 Rom
I-VO sein können,²⁹ haben die Mitgliedstaaten mit Erlass des GEK ihre Kompetenz
verloren, sie zu Eingriffsnormen zu erklären und gegen das GEK durchzusetzen.³⁰
„Normales“ Eingriffsrecht wird durch das GEK hingegen nicht ausgeschaltet.³¹ Kon-
flikte sind hier freilich nicht zu befürchten, da das GEK wirtschaftsverwaltungsrecht-
liche und ähnliche Fragen nicht regelt.

III. Die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2C-Verträgen

1. Kollisionsrechtliche Voraussetzungen für eine Anwendung des GEK

Die von der Kommission favorisierte Vorschaltlösung hat zur Folge, dass das GEK 19
überhaupt nur zur Anwendung gelangen kann, wenn die Verweisung zu einem mit-
gliedstaatlichen Recht führt. Das bereitet so lange keine Probleme, wie entweder
Art. 6 Rom I-VO überhaupt nicht anwendbar ist³² oder dessen Abs. 1 aufgrund objek-
tiver Anknüpfung das Aufenthaltsrecht des Verbrauchers beruft. Anders scheint dies
– jedenfalls auf den ersten Blick – zu sein, wenn eine Rechtswahl vorliegt. Denn für
diesen Fall sieht Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO eine Alternativanknüpfung mit einem
Günstigkeitsvergleich vor. Anzuwenden ist das gewählte Recht, es sei denn, das
Aufenthaltsrecht des Verbrauchers enthält für diesen günstigere zwingende Bestim-
mungen.

Das führt bei binnenmarktinternen Konstellationen freilich zu keinen Problemen. 20
Denn zu bedenken ist, dass sowohl das gewählte Recht als auch das Aufenthaltsrecht
des Verbrauchers die Vereinbarung des GEK zulassen. Denn sowohl die Wahlmög-
lichkeit als auch die sonstigen materiellen Regelungen des GEK sind, wie oben dar-
gelegt,³³ Bestandteil aller mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Verkauft ein franzö-
sischer Unternehmer an einen in Deutschland ansässigen Verbraucher über seine
Website Waren unter Wahl französischen Rechts und Vereinbarung des GEK, führt
auch eine alternative Anwendung deutschen Rechts zu keinem für den deutschen
Verbraucher günstigeren Ergebnis, da auch bei einer Geltung deutschen Rechts die
Wahl des GEK zulässig gewesen wäre. Theoretisch findet zwar ein Vergleich statt.

²⁹ Näher dazu m. w. N. *Thorn*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.

³⁰ *Busch*, EuZW 2011, 655, 659; *Mankowski*, RIW 2012, 97, 102.

³¹ *Busch*, EuZW 2011, 655, 659; *Mankowski*, RIW 2012, 97, 102; *Max Planck Institute for Com-
parative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011), 371, 406 f.

³² Das ist bei Verbraucherverträgen insbesondere dann der Fall, wenn entweder der räumliche
Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet ist oder eine der Ausnahmen des Abs. 4 greift.

³³ Vgl. Rn. 10 ff.

Praktische Auswirkungen hat er jedoch nicht, da die Vergleichsobjekte identisch sind.³⁴ Erwägungsgrund 12 S. 2 formuliert daher zutreffend, wenn auch etwas umständlich:

„Im Falle eines Verbrauchervertrags, bei dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat und die Parteien eine gültige Vereinbarung dahingehend getroffen haben, dass das Recht des Mitgliedstaats des Verkäufers und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht Anwendung finden sollen, entfaltet Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008, der von einem unterschiedlichen Verbraucherschutzniveau in den Mitgliedstaaten ausgeht, für Fragen, die das Gemeinsame Europäische Kaufrecht regelt, folglich keine praktische Bedeutung.“

- 21** Für eine Alternativanknüpfung bleibt in derartigen Fällen nur bei solchen Rechtsfragen Raum, die nicht in den Anwendungsbereich des GEK fallen (externe Lücken).
- 22** Gänzlich anders ist die Ausgangssituation hingegen bei Verträgen mit Verbrauchern aus Drittstaaten. Hier entfaltet die Alternativanknüpfung nach wie vor ihre Wirkungen, sofern das Aufenthaltsrecht des Verbrauchers für diesen günstigere Regelungen als das GEK enthält. Verkauft ein deutscher Unternehmer Waren über seine Website an einen in der Schweiz ansässigen Verbraucher unter Wahl deutschen Rechts und Vereinbarung des GEK,³⁵ muss er sich auf einen Günstigkeitsvergleich des GEK mit den zwingenden Normen des Schweizer Rechts einstellen.³⁶ Auf die Durchsetzung des GEK kann er sich also schon aus der Sicht des Europäischen Kollisionsrechts nicht verlassen.³⁷
- 23** Bei Verträgen von Drittstaatenunternehmern mit in der Union ansässigen Verbrauchern ist eine Vereinbarung des GEK zuvorderst möglich, wenn zugleich das Recht eines Mitgliedstaates mittels Rechtswahl zum anwendbaren Recht bestimmt wird. Handelt es sich bei diesem um das Recht des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers, greift Art. 6 Rom I-VO nicht, da der Verbraucher insoweit überhaupt keines kollisionsrechtlichen Schutzes bedarf. Gleiches gilt, wenn das Aufenthaltsrecht des Verbrauchers qua objektiver Anknüpfung zur Anwendung gelangt. Und wurde das Recht eines anderen Mitgliedstaats der Union gewählt, geht der nunmehr vorzunehmende Günstigkeitsvergleich ebenso wie bei binnenmarktinternen Geschäften ins Leere. Bei der Wahl des „Heimatrechts“ des Drittstaatenunternehmers unter Vereinbarung des GEK kommt es schließlich zu einer doppelten Prüfung: Die Regelungen des GEK gelten von vornherein nur insoweit, als ihnen keine zwingende Normen des Drittstaatenrechts entgegen stehen. Und dieses Gemisch aus GEK und zwingendem Drittstaatenrecht muss sich anschließend einem Günstigkeitsvergleich mit dem Aufenthaltsrecht des Verbrauchers stellen, diesmal allerdings mit dem autonomen nationalen Kaufrecht.³⁸

³⁴ Fornasier (Fn. 7), 15; Mankowski, RIW 2012, 97, 101.

³⁵ Die von Mankowski, RIW 2012, 97, 101, skizzierten Probleme einer Vereinbarung des GEK ohne Rechtswahl einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung sehe ich in dieser Form nicht, da dann die objektive Anknüpfung nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ohnehin zum Aufenthaltsrecht des – in unserem Fall Schweizer – Verbrauchers führt und daher das GEK von vornherein nur insoweit zur Anwendung gelangt, wie es nicht dem zwingendem Aufenthaltsrecht des Verbrauchers widerspricht.

³⁶ Fornasier (Fn. 7), 18.

³⁷ Und dass bei einer Klage in einem Drittstaat die dortigen Regeln des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes das GEK „aushebeln“ können, versteht sich von selbst. Umfassend zur Effektivität des GEK bei B2C-Verträgen mit Verbrauchern in Drittstaaten aus der Drittstaatenperspektive Mankowski, RIW 2012, 97, 104 f.

³⁸ Zu den Problemen einer Vereinbarung des GEK ohne Rechtswahl bei Geltung drittstaatlichen Rechts qua objektiver Anknüpfung und zur Frage einer dann möglicherweise konkludent erfolgten

2. Die Vereinbarung des GEK

a) Grenzübergreifender Vertrag

Die Vereinbarung des GEK setzt außer der Anwendbarkeit eines mitgliedstaatlichen Rechts nach Art. 4 Abs. 1 GEK-VO voraus, dass es sich um einen grenzübergreifenden Vertrag handelt. Es bedarf also eines grenzüberschreitenden Moments, das nach Abs. 6 zum Zeitpunkt der Vereinbarung des GEK vorliegen muss und das für B2C-Verträge durch Abs. 3 näher konkretisiert wird. Verlangt wird, dass sich

- entweder die Anschrift des Verbrauchers, die Lieferanschrift oder die Rechnungsanschrift in einem anderen Staat als dem Staat befindet, in dem der Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und
- mindestens einer dieser Staaten ein EU-Mitgliedstaat ist.

Das alternative Abstellen auf die Verbraucher-, Liefer- oder Rechnungsanschrift eröffnet den räumlichen Anwendungsbereich z.B. auch dann, wenn Unternehmer und Verbraucher zwar in demselben Mitgliedstaat ansässig sind, der vom Verbraucher bestellte Gegenstand aber als Geschenk an eine in einem anderen Staat wohnhafte Person versandt werden soll.³⁹

Handelt es sich bei der unternehmerischen Vertragspartei um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person, so gilt nach Art. 4 Abs. 4 GEK-VO als Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts der Ort ihrer Hauptverwaltung, nicht aber – nicht einmal alternativ⁴⁰ – ihr Satzungssitz. Bei natürlichen Personen ist ihr Hauptgeschäftssitz maßgeblich. Und wenn der Vertrag im Rahmen der Geschäftstätigkeit einer Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung des Unternehmers geschlossen wird, kommt es nach Art. 4 Abs. 5 GEK-VO auf den Ort, an dem sich die Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung befindet, an.

Erstaunlich ist, dass nur bei Unternehmern, nicht aber bei Verbrauchern auf den Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts abgestellt wird und bei letzteren die Anschrift maßgeblich sein soll. Das wirft die Frage auf, ob es sich dabei um ein objektives oder ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt. Der deutsche Wortlaut von Abs. 3 scheint auf ersteres hinzudeuten, da sich die Anschrift in einem anderen Staat „befinden“ muss. Ein Blick in die englische Fassung macht deutlich, dass anscheinend jedoch letzteres gewollt ist. Denn dort ist von der „address indicated by the consumer“ die Rede. Bestätigt wird dies durch Erwägungsgrund 13 der deutschen Fassung, die ebenfalls nur auf „die vom Verbraucher angegebene“ Anschrift abstellt. Damit wird letztlich dem Verbraucher die Entscheidung darüber übertragen, aus einem eigentlich rein internen Sachverhalt allein durch Angabe einer ausländischen Wohn-, Liefer- oder Rechnungsanschrift einen grenzüberschreitenden zu machen.

Man mag einwenden, dass es den Vertragsparteien ohnehin frei steht, das GEK auch in einem im Sinne von Abs. 3 rein nationalen Fall zu vereinbaren. Das ist zwar zutreffend, doch sind die Konsequenzen einer solchen Vereinbarung andere. Denn in diesem Fall bewegen sich die Parteien außerhalb des räumlichen Anwendungsbe-

Wahl einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung (aber welcher?) vgl. *Mankowski*, RIW 2012, 97, 101 und 104 f.

³⁹ *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3494.

⁴⁰ Für Alternativität etwa Art. 60 Abs. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2001 L 12/1.

reichs des GEK. Dessen Vereinbarung kann dann das nationale Recht nur insoweit verdrängen, wie es zur Parteidisposition steht. Sofern das nationale Recht zwingende Bestimmungen enthält, gehen diese dem GEK vor, während eine Wahl des GEK nach Art. 3 GEK-VO diese gerade verdrängt.

- 29 Der hinter Art. 4 Abs. 3 GEK-VO stehende Gedanke liegt auf der Hand. Man möchte den Unternehmer durch ein Abstellen auf die Anschrift statt auf den gewöhnlichen Aufenthalt vor unliebsamen Überraschungen schützen. Das ist rechtspolitisch durchaus bedenkenswert. Es lässt aber den sonstigen Ausschluss rein nationaler Sachverhalte aus dem räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des GEK insgesamt fragwürdig erscheinen. Darauf wird noch einmal zurückzukommen sein.

b) Vereinbarung

- 30 Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Vereinbarung des GEK, die – wie bereits gesagt – nicht mit einer Rechtswahlvereinbarung zu verwechseln ist, richtet sich – insoweit allerdings wie bei einer Rechtswahl⁴¹ – nach dem gewählten Recht, also dem GEK. Zusätzlich sind für B2C-Verträge jedoch Art. 8 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 GEK-VO zu beachten. Verlangt wird für Verträge mit einem Verbraucher insbesondere eine ausdrückliche und vom Hauptvertrag gesonderte Erklärung, mit der dieser einer Vereinbarung des GEK zustimmt. Der Unternehmer muss dem Verbraucher zudem eine Bestätigung dieser Vereinbarung auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln.
- 31 Man erhofft sich dadurch eine verstärkte Sensibilisierung des Verbrauchers. Er soll ohne weiteres erkennen können, dass er sich aus dem ihm bislang vertrauten Umfeld – etwa dem deutschen Kaufrecht des BGB – heraus bewegt. Bekannt ist das bereits aus § 1031 Abs. 5 ZPO, dessen Satz 3 für Schiedsverträge mit Verbrauchern eine ähnlich strikte Trennung verlangt.⁴² Damit erübrigt sich auch die im Vorfeld des GEK geführte Diskussion über eine mögliche AGB-Kontrolle einer formularmäßigen Einwahl in das optionale Instrument.⁴³ Denn eine Vereinbarung des GEK mittels der AGB des Kaufvertrags ist durch den von Art. 8 Abs. 2 GEK-VO aufgestellten Trennungsgrundsatz ausgeschlossen.⁴⁴
- 32 Kritisiert wird, dass ein derartiger „rein formaler Schutz über eine Formvorschrift eigentlich nur Schutz auf dem Papier“ sei und materiellen Schutz „ein solches Formerfordernis, das schnell und – vom Unternehmen hilfreich zielgeleitet – erfüllt werden kann, nicht“ gewährleiste.⁴⁵ Das ist im theoretischen Ansatz zwar zutreffend, doch ist die Gefahr einer ungebührlichen Verschlechterung des materiellen Schutzes des Verbrauchers bei einer Vereinbarung des GEK nicht zu erkennen. Denn das GEK behält immerhin „das Schutzniveau, das Verbraucher auf der Grundlage des EU-Verbraucherrechts genießen,“ bei oder erhöht es sogar.⁴⁶ Gesichert ist damit zumindest der europäische Standard, mag dieser mitunter auch hinter den nationalen Umsetzungen mindestharmonisierender EU-Richtlinien zurückbleiben. Dann aber genügt auch ein „rein formaler Schutz“.

⁴¹ Vgl. Art. 3 Abs. 5 iVm Art. 10 Rom I-VO.

⁴² Vgl. dazu zuletzt BGH, SchiedsVZ 2011, 157.

⁴³ Vgl. dazu z.B. *Herresthal*, ZIP 2011, 1347, 1351; *Schneiderhan*, DRiZ 2011, 84, 86; *Stürner*, GPR 2011, 236, 240.

⁴⁴ Erwägungsgrund 22; *Staudenmayer*, NJW 2011, 1491, 1494.

⁴⁵ *Mankowski*, RIW 2012, 97, 103.

⁴⁶ Erwägungsgrund 12.

Anders als § 1031 ZPO verlangt die Norm keine besondere Form. Die Vereinbarung kann schriftlich oder mündlich oder auch auf elektronischem Wege getroffen werden, wobei in der Regel die Form des Hauptvertrags bereits aus Gründen der Praktikabilität auch die Form der separaten Vereinbarung sein wird.⁴⁷ Erforderlich sind in letzterem Fall dann eben zwei Klicks, der erste für die Wahl des GEK und der zweite für den Vertragsschluss. Unabhängig von der gewählten Form hat der Unternehmer dem Verbraucher stets eine Bestätigung der getroffenen Vereinbarung auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln.

Inhaltlich beschränkt Art. 8 Abs. 3 GEK-VO die Parteien eines B2C-Vertrages darauf, das GEK nur in seiner Gesamtheit, nicht aber in Teilen zu vereinbaren. Eine *depeçage*, wie sie aus dem Internationalen Vertragsrecht bekannt ist,⁴⁸ ist bei der Wahl des GEK damit ausgeschlossen, da ansonsten der einseitigen Durchsetzung unternehmerischer Interessen Tür und Tor geöffnet wären („cherry-picking“).⁴⁹

Flankiert werden diese Anforderungen an die Vereinbarung als solche durch vorvertragliche Informationspflichten. Allein die gesonderte Vereinbarung des GEK genügt nicht. Der Unternehmer muss vielmehr schon zuvor in einer ganz bestimmten Form auf die beabsichtigte Verwendung des GEK hinweisen, und zwar durch die Übermittlung des Informationsblatts in Anhang II, auf das zudem deutlich aufmerksam zu machen ist (Art. 9 Abs. 1 S. 1 GEK-VO). Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher der Verwendung des GEK nicht nur bewusst, sondern auch in voller Sachkenntnis zustimmt, d.h. in Kenntnis von dessen Besonderheiten und wichtigsten Merkmalen.⁵⁰ Das Informationsblatt soll nach Art. 9 Abs. 2 GEK-VO der deutschen Fassung des GEK, „wenn es in elektronischer Form geliefert wird, über einen Hyperlink zugänglich gemacht“ werden oder „ansonsten die Adresse einer Website enthalten, über die der Text des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts kostenlos abgerufen werden kann“. Dabei handelt es sich freilich um einen Übersetzungsfehler.⁵¹ Nicht das Informationsblatt soll über einen Hyperlink zugänglich gemacht werden, sondern das Informationsblatt, wenn es in elektronischer Form übermittelt wird, einen Hyperlink auf den Text des GEK⁵² enthalten.⁵³ Praktisch ist zu empfehlen, bei einem schriftlichen Vertragsschluss das Informationsblatt und die Erklärung über die Vereinbarung des GEK nach Art. 8 Abs. 2 GEK-VO in ein Schriftstück aufzunehmen. Bei einem elektronisch – etwa über die Website eines Internethändlers – geschlossenen Vertrag sollte es genügen, wenn im Rahmen der Bestellroutine vor Wahl des GEK zwingend eine (ausdruckbare) Seite aufgerufen wird, die die in Anhang II vorgesehenen Informationen enthält.

Ist aufgrund der Art des Vertragsschlusses eine vorherige Übermittlung nicht möglich – Erwägungsgrund 23 verweist beispielhaft auf ein Telefongespräch – oder hat der Unternehmer diese versäumt, kommt der Zustimmung des Verbrauchers zur An-

⁴⁷ *Mankowski*, RIW 2012, 97, 103.

⁴⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO.

⁴⁹ Erwägungsgrund 24; *Gebauer*, GPR 2011, 227, 234; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011), 371, 48.

⁵⁰ Erwägungsgrund 23.

⁵¹ So auch *Haug*, K&R 2012, 1, 3 in Fn. 31, der aber anscheinend gleichwohl von der Möglichkeit einer Übermittlung per Hyperlink ausgeht.

⁵² In Anhang II beispielhaft gemacht durch die Unterstreichung des Wortes „hier“: „Den vollständigen Text des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts finden Sie hier.“

⁵³ „The information notice referred to in paragraph 1 shall, if given in electronic form, contain a hyperlink ...“

wendung des GEK nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 GEK-VO keine Bindungswirkung zu. Zu einer Bindung kommt es erst dann, wenn der Verbraucher die Bestätigung über die – eigentlich ja noch nicht wirksame – Vereinbarung des GEK zusammen mit dem Informationsblatt erhalten und daraufhin nochmals ausdrücklich der Verwendung des GEK zugestimmt hat. Viel komplizierter hätte man das kaum noch gestalten können. Aber wenn man sich längere Zeit mit europäischen Informationspflichten und deren Sanktionierung beschäftigt hat, bleibt einem wohl nur noch ein resigniertes Schulterzucken. Gleichwohl sei die Frage erlaubt, ob es tatsächlich einer derart restriktiven Regelung bedarf. Denn wenn das GEK als Teil des Unionsrechts zugleich Bestandteil der mitgliedstaatlichen Rechte ist und außerdem – wie die Kommission selbst mehrfach betont – ein hohes Verbraucherschutzniveau garantiert, erscheinen die Anforderungen des Art. 9 GEK-VO übertrieben.⁵⁴

3. Anwendbares Recht bei Lücken des GEK

- 37 Sofern das GEK lückenhaft ist und diese Lücken auch nicht auf der Grundlage des GEK geschlossen werden können, ist auf nationales Recht zurückgreifen.⁵⁵ Anwendbar ist die neben dem GEK stehende und nach dem IPR des Forums zu ermittelnde nationale Rechtsordnung.⁵⁶ Ist sie aufgrund einer Rechtswahl zur Anwendung gelangt, bleibt bei B2C-Verträgen freilich der Günstigkeitsvergleich des Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO zu beachten.⁵⁷ Bedenklich für die einheitliche Anwendung des GEK ist der Umstand, dass sich zwar für zahlreiche externe Lücken des GEK das maßgebliche nationale Recht auf der Grundlage vereinheitlichten Kollisionsrechts, nämlich der Rom I-VO, ermitteln lässt, aber leider für nicht alle.⁵⁸

IV. Die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2B-Verträgen

1. Voraussetzungen für eine Anwendung des GEK

- 38 Die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2B-Verträgen wirft keine größeren Probleme auf, sieht man einmal von der nur schwer nachvollziehbaren Beschränkung darauf ab, dass nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 mindestens eines der beteiligten Unternehmen ein KMU sein muss.⁵⁹ Ob das GEK überhaupt eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte ist, ist eine andere und hier nicht zu beantwortende Frage.⁶⁰

⁵⁴ Ähnlich *Hesselink*, ERPL 20 (2012), 195, 210: „It also sends the wrong message, as if this new European law were something dangerous that consumers have to be warned about.“

⁵⁵ Ausführlich dazu *Gsell*, Der Verordnungsentwurf und die Problematik seiner Lücken (in diesem Band).

⁵⁶ *Gebauer*, GPR 2011, 227, 234 f.

⁵⁷ *Gebauer*, GPR 2011, 227, 235.

⁵⁸ Vgl. vor allem den Ausnahmekatalog des Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO und insbesondere dessen lit. a und g.

⁵⁹ Näher dazu *Pfeiffer*, Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand (in diesem Band).

⁶⁰ Ausführlich dazu *Ackermann*, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte? (in diesem Band).

2. CISG und GEK

Zu klären bleibt noch – für Kaufverträge zwischen Unternehmen⁶¹ – das Verhältnis des GEK zum UN-Kaufrecht. Dies ist freilich weitgehend problemlos und lässt sich als ein Verhältnis der Alternativität beschreiben. Das CISG findet nach seinem Art. 1 Anwendung, wenn die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und diese Staaten Vertragsstaaten sind oder die Regeln des Internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen. Art. 6 CISG lässt aber ein opt-out zu. Und ein solcher Ausschluss des Übereinkommens ist regelmäßig in der Wahl des GEK zu sehen.⁶² Letztlich konkurrieren beide Regelwerke zwar miteinander. Doch zu Anwendungskonflikten kommt es nahezu nicht.⁶³

Ein Problem bereiten lediglich die seltenen Fälle, in denen zwar die Wahl des GEK, die sich nach dem GEK beurteilt, wirksam, aber der Ausschluss des UN-Kaufrechts, der nach UN-Kaufrecht zu beurteilen ist, unwirksam ist.⁶⁴ Vorzugswürdig wäre eine Lösung dieses Konflikts über Art. 90 CISG. Das CISG träte dann zurück. Ob das bei EU-Verordnungen tatsächlich möglich ist, ist freilich höchst umstritten.⁶⁵ Möchte man die Mitgliedstaaten angesichts dessen nicht zu einer Erklärung nach Art. 94 CISG zwingen,⁶⁶ bedarf es einer klarstellenden Regelung im GEK selbst.⁶⁷

V. Fazit

Unsere tour d’horizon hat gezeigt, dass der von der Kommission gewählte Weg einer Vorschaltlösung zur Etablierung eines sog. zweiten Vertragsrechtsregimes im engeren Sinne praktikabel ist, mag er auch komplizierter und intransparenter sein als der einer unmittelbaren Anwendung des GEK aufgrund eigenständiger Kollisionsnormen.⁶⁸ Er ist insbesondere mit Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO kompatibel und gestattet Unternehmern die Gestaltung einheitlicher Verkaufs- und Lieferbedingungen für

⁶¹ Für Kaufverträge mit Verbrauchern gilt das UN-Kaufrecht ohnehin nicht, vgl. Art. 2 lit. a CISG.

⁶² Vgl. bereits *Leible*, in: Ferrari/Leible (Fn. 1), 41, 50; *ders.*, in: María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil, *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, 2008, 221, 245. Für eine Lösung über Art. 90 CISG *Mankowski* (Fn. 8), 390, 422.

⁶³ So auch Erwägungsgrund 25; *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495.

⁶⁴ Dazu kann es insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB kommen, vgl. m. w. N. *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 5), unter IV. Vgl. außerdem *Hesselink*, ERPL 20 (2012), 195, 200 f.

⁶⁵ Mit guten Gründen für einen Vorrang von EU-Verordnungen z.B. *Mankowski*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., 2012, Art. 90 CISG Rn. 10; *Huber*, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., 2008, Art. 90 CISG Rn. 2; a.A. hingegen *Ferrari*, *Münchener Kommentar zum HGB*, 2. Aufl., 2007, Art. 90 CISG Rn. 3; *Saenger*, in: Bamberger/Roth, *BGB*, 2. Aufl., 2007, Art. 90 CISG Rn. 1. Vgl. außerdem m. w. N. *Herre*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2011, Art. 90 Rn. 8.

⁶⁶ Vgl. Art. 351 AEUV.

⁶⁷ Ebenso *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 5), unter IV.

⁶⁸ Vgl. auch die insoweit überzeugende und mit vorherigen Überlegungen des Verf. dieses Beitrags konforme abschließende Bewertung der verschiedenen Regelungsmodelle durch *Fornasier* (Fn. 7), 23 f.

den grenzüberschreitenden Vertrieb im Binnenmarkt. Er hilft allerdings bei Verträgen mit Drittstaatenverbrauchern nur bedingt weiter. Dieses Problem hätte freilich auch ein 27+1-Modell oder ein zweites Vertragsrechtsregime im weiteren Sinne nicht zufriedenstellend zu lösen vermocht.

- 42 Etwas irritierend ist die auf Verbraucherseite subjektiv ausgestaltete Definition des räumlichen Anwendungsbereich des GEK. Konsequenter wäre es, das GEK von vornherein auch für rein interne Geschäfte zu öffnen. Denn die mit dem GEK zur Verfügung stehenden Rationalisierungspotentiale lassen sich nur dann völlig ausschöpfen, wenn Unternehmen mit einem einheitlichen Regelwerk im gesamten Binnenmarkt – d.h. sowohl national als auch grenzüberschreitend – agieren können.⁶⁹ Allein die in Art. 13 lit. a vorgesehene Optionsmöglichkeit der Mitgliedstaaten kann dies nicht sicherstellen. Hier besteht noch Änderungsbedarf.⁷⁰ Gleiches gilt für die doch sehr barocke Regelung der Informationspflichten bei Vereinbarung des GEK in B2C-Verträgen.
- 43 Bei B2B-Geschäften fügt sich der Vorschlag nahezu nahtlos in den bestehenden Regelungsrahmen ein. Zu Problemen kann es lediglich in seltenen Fällen im Verhältnis zum UN-Kaufrecht kommen, und zwar dann, wenn die Wahl des GEK, nicht aber zugleich die Abwahl des UN-Kaufrechts wirksam ist. Da höchst umstritten ist, ob sich diese Kollision mit Hilfe von Art. 90 CISG lösen lässt, sollte man sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren um die Aufnahme einer eindeutigen Vorrangregel in das GEK bemühen.

⁶⁹ Für eine Wahlmöglichkeit auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten z.B. *Busch*, EuZW 2011, 655, 657; *Doralt*, AcP 211 (2010), 1, 18 f.; *Gebauer*, GPR 2011, 227, 229; *Herresthal*, ZIP 2011, 1347, 1348; *Lehmann*, Noticias de la Unión Europea 2011, No. 320, 3, 8 f.; *ders.*, GPR 2011, 218, 221; *Leible*, BB 2008, 1469, 1473; *Leible/Müller*, K&R 2009, 7, 13; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011), 371, 420 ff.; *Stürner*, GPR 2011, 236, 241; a.A. *Tonner*, EuZW 2010, 767, 769.

⁷⁰ Vgl. bereits *Leible*, EuZW 2011, 809, 810.

Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand*

Thomas Pfeiffer

I.

Alles hängt mit allem zusammen: Ich habe die Freude, zum sachlichen wie zu dem 1
auf die Vertragsparteien bezogenen Anwendungsbereich vorzutragen. Wie man diese
sinnvoll fasst, hängt naturgemäß davon ab, welche Regelungen dem Inhalt nach vor-
gesehen sind. Denn nur wenn man weiß, welche Regeln gelten sollen, kann man
sagen, für wen diese Regeln das Richtige sind. Umgekehrt muss man natürlich eben-
so festhalten: Nur wenn man weiß, für wen Regeln gelten, weiß man auch, was die
richtigen Inhalte sind. Insofern muss jedes Referat auf dieser Tagung Vorgriffe auf
andere enthalten.

Ich werde mit Ihnen über zwei Dinge sprechen, nämlich: Erstens über die Frage – 2
und das ist ja schon angeklungen – inwieweit das Gemeinsame Kaufrecht für Unter-
nehmer generell, für kleine und mittlere Unternehmen und für Verbraucher gilt oder
gelten sollte, insoweit erörtere ich die Vertragsparteien. Zweitens geht es um die Art
des Vertragsgegenstands und die dafür vorgesehenen Beschränkungen des Anwen-
dungsbereichs: Kauf, verbundene Dienstleistungen, digitale Inhalte.

II.

Ich beginne mit den *Vertragsparteien*:

3

1. Warum erstreckt sich das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auf *B2C-Verträge*?

Wir können, und es ist schon angeklungen, eine Rechtsentwicklung im Europäi- 4
schen Privatrecht konstatieren, die beginnend mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie aus
der Mitte der Achtziger Jahre inzwischen eine eindruckliche Zahl unterschiedlicher
Rechtsakte geschaffen hat, auf die wir als Fundus des Europäischen Privatrechts in
einem sektoriellen Bereich zurückgreifen können.

Der Verbraucher ist vielfach als Zentralbegriff des Europäischen Privatrechts apo- 5
strophiert worden.¹ Es gibt in erheblichem Umfang eine durch Judikatur durchdrun-

* Der Text beruht auf einem durch den Autor nur geringfügig modifizierten Tonbandmitschnitt
des frei gehaltenen Vortrags. Auf einen wissenschaftlichen Apparat wird dementsprechend weitge-
hend verzichtet.

¹ S. etwa bereits Pfeiffer, in: Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationa-
le Privatrechte, 1999, 21 ff. m.w.N.; s. im Übrigen z.B. die Beiträge von Wulf-Henning Roth, Dirk
Staudenmayer, Oliver Remien und Benoît Dumollard in demselben Band.

gene Struktur des Europäischen Verbrauchervertragsrechts.² Diese Judikatur lässt zwar noch Fragen offen, doch gibt es einen Bestand, den ich persönlich doch als breite und ausreichende Grundlage ansehen möchte. Wir haben etwas, worauf wir aufbauen können. Und es ist vernünftig, wenn man weiter voran schreiten möchte, diesen zu nutzen. Dieser Bestand umfasst zudem das Umsetzungsrecht in den Mitgliedsstaaten und dessen Anwendung und Durchdringung durch Vertragspraxis und Gerichte.

- 6 Außerdem haben Verbraucherverträge eine erhebliche Binnenmarktrelevanz. Die Europäische Union hat sich zudem zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verpflichtet. Beides zusammen betrachtet, schließt, so denke ich, jedenfalls dem Grundsatz nach, mit ein, dass wir auch als Verbraucher überall im Binnenmarkt zu gleichen Bedingungen unsere Geschäfte, tätigen können und dabei auf leicht zugängliche rechtliche Regeln zurückgreifen können. Hier zeigt sich eine rechtliche Seite des viel angesprochenen „Europas der Bürger“, das als politisches Desiderat auch von der Rechtswissenschaft nicht vollständig ignoriert werden sollte. Vieles spricht also dafür, B2C-Verträge einzuschließen, wenn man ein Europäisches Kaufrecht verabschieden möchte.
- 7 In der Sache geht der Entwurf hierzu von den bekannten Definitionen aus. Diese Definitionen kennen Sie vielfach, sie spiegeln sich auch in ähnlicher Weise in §§ 13, 14 BGB. Hier gibt es nicht viel Neues, man baut auf Bekanntem auf.

2. Warum schließt man auch B2B-Geschäfte, also *Unternehmensverträge*, mit ein?

- 8 a) Hier ist die *Begründung* eher eine andere, allerdings eine – wie ich meine – ebenfalls durchgreifende.³
- 9 aa) Soweit es um die Internationalisierung des Rechtsverkehrs geht, und das ist vielfach heute bereits angeklungen, verfügen wir im B2B-Bereich über ein länger gewachsenes, umfangreicheres, breiteres und tiefer gehendes *Erfahrungswissen* außerhalb des Unionsrechts in der internationalen Rechtsangleichung, namentlich im Kaufrecht, aber auch im Vertragsrecht im Allgemeinen. Das sehen wir an Instrumenten wie dem UN-Kaufrecht und den von *Ole Lando* in seiner Video-Botschaft zu Tagungsbeginn bereits angesprochenen UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.
- 10 Es gibt im B2B-Bereich, wenn man es rein quantitativ, aber natürlich auch qualitativ vergleicht, eine ungleich und vielfach größere Zahl von Verträgen als es grenzüberschreitende Verbraucherverträge gibt. Als Anschauungsmaterial und als „Nährboden“ für die Entwicklung international anerkannter Regeln oder Grundsätze kann hier eine wesentlich umfangreichere Praxis dienen, die zugleich von einer erheblich größeren ökonomischen Relevanz ist. Sie drückt sich aus in einer größeren Zahl internationaler Regelwerke, zu denen beispielsweise die Incoterms, aber etwa auch die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive zählen. Lex mercatoria, Schlagworte wie Principles of International Trade Law, die wir in zahl-

² Statt aller *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und Europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004; meine eigenen Systematisierungsüberlegungen ergeben sich aus meiner Kommentierung der Art. 12 und 169 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 45. Erg.-Lief. 2011.

³ Lesenswert zur Problematik etwa: *Magnus*, in: Festschrift Drobnig, 1998, 57.

reichen Verträgen finden, sind formeller Ausdruck dieser intensiven Praxis und dieses weit reichenden Erfahrungswissens.

bb) Und es gibt weitere gute Gründe, warum man B2B-Verträge nicht ausklammern sollte. Einmal haben wir es mit einem Rechtsakt zu tun, der dem Anwendungsbereich nach als Opt-in-Instrument konzipiert sein soll. Wenn man eine solche Regelung vorsieht, wenn man also ein Instrument vorsieht, das durch vertragliche Vereinbarung wirksam werden soll, dann indiziert dies, dass es sich bei seiner Anwendbarkeit um einen *Ausdruck von Vertragsfreiheit* handeln soll. Unter dieser Prämisse liegt es natürlich nahe, dass wir diejenigen, bei denen wir am ehesten eine sachgerechte Wahrnehmung ihrer Vertragsfreiheit erwarten können, in den Anwendungsbereich einschließen. Und das sind Unternehmen beim Abschluss ihrer Verträge. **11**

Man kann es anders auch ausdrücken: Natürlich ist die Vereinbarung eines neuen Instruments eine Herausforderung, aber ebenso natürlich werden Unternehmen eher als andere Vertragsparteien in der Lage sein, mit dieser Herausforderung umzugehen, sie zu bewältigen. Unser ganzes Privatrecht beruht in vielen sachrechtlichen Regelungen auf der Erwartung, dass wir bei Unternehmen auf diejenigen Sicherungs- und Schutzinstrumente, die wir im Verbrauchervertragsrecht einsetzen, verzichten können, weil eben Unternehmen besser in der Lage sind, mit den Gefährdungen des Rechtsverkehrs fertig zu werden. **12**

cc) Und wenn ich einmal einen kleinen Gegenakzent setzen darf in Bezug auf die hier bereits vielfach angesprochene Skepsis, was die *Attraktivität eines Gemeinsamen Kaufrechts* anbelangt, dann will ich vielleicht zwei Dinge anführen: **13**

Erstens: Wir denken immer, dass wir über einen ungeheuren Reichtum zugänglich und konzentrierten juristischen Erfahrungswissens verfügen, verkörpert durch unsere deutsche Kommentarliteratur. *Wir* in Deutschland haben in der Tat einen solchen Fundus ungeheuer konzentrierten, rechtssicher vorhersehbareren Erfahrungswissens, was das BGB anbelangt. Damit sind wir aber in Europa in einer Situation, in der sich keineswegs alle 27 Mitgliedsstaaten befinden. **14**

Es begründet einen großen Unterschied, was die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse anbelangt, ob ich das BGB oder das mitgliedstaatliche Recht eines kleinen Mitgliedsstaats, bei dem eine wirkliche vertragsrechtliche Entwicklung auch erst nach der politischen Wende in den ehemals kommunistischen Staaten Mittel- und Osteuropas am Ende der Achtziger und zu Beginn der Neunziger Jahre eingesetzt hat, anwende. Diese Mitgliedsstaaten gehen natürlich von ganz anderen Voraussetzungen aus. Und jeder Vergleich, der nur unser deutsches BGB in den Blick nimmt, ist vor diesem Hintergrund völlig verengt und deswegen für eine Binnenmarkt Betrachtung nicht zureichend. **15**

Zweitens wird derzeit sehr viel über „Law made in Germany“ und die Hindernisse für einen erfolgreichereren Rechtsexport diskutiert. Deutschland verfügt im Unternehmensverkehr, wenn man es europäisch vergleicht, über einen sehr restriktiv praktizierten Standard der AGB-Inhaltskontrolle. Es gibt eine ständig und intensiv und zu recht geführte Diskussion, ob das deutsche Recht für Unternehmensverträge auch grenzüberschreitend hinreichend attraktiv ist. Die dramatischste, die am weitesten gehende Beschränkung der Vertragsfreiheit in Deutschland ist die scharfe AGB-Kontrolle im Bereich der Unternehmensverträge. Sie führt dazu, dass große Unternehmen aus dem deutschen Recht zum Teil geradezu weglaufen. Wenn es überhaupt eine Möglichkeit gibt, dass wir das in Deutschland ohne ein Handeln des nationalen Gesetzgebers aufbrechen, dann besteht sie hier. Das AGB-Recht des Gemeinsamen Kaufrechts ist bewusst deutlich großzügiger konzipiert als unsere Inhaltskontrolle in **16**

Deutschland.⁴ Ich glaube deswegen nicht, dass wir es hier mit einer unattraktiven Alternative zu tun haben. Vielmehr legt gerade dieser Befund im Unternehmensverkehr einen realen praktischen Bedarf nahe; von den praktischen Erleichterungen, die gerade für die eigentliche Zielgruppe – nämlich den grenzüberschreitenden Online-Handel – zu erwarten sind und die namentlich die Möglichkeit einheitlicher AGB betreffen, will ich gar nicht sprechen.

- 17 Zusammenfassend kann man vielmehr sagen: Kein umfassender Binnenmarkteffekt ohne Einbeziehung der B2B-Geschäfte in den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Kaufrechts.
- 18 b) Allerdings gibt es eine *erhebliche Einschränkung*, die heute bereits angesprochen wurde:
- 19 aa) Im Unternehmensverkehr kann man das Gemeinsame Kaufrecht nach der vorgeschlagenen Regelung nur vereinbaren, wenn eine der beiden Vertragsparteien – ja entweder sagt man es deutsch – ein „KMU“ – oder man drückt es in englischer EU-Terminologie aus und bezeichnet die betreffende Vertragspartei als „SME“ („small and medium sized enterprise“) – darstellt. Das ist eine grundsätzlich vorgesehene Voraussetzung, um das Gemeinsame Kaufrecht vereinbaren zu können. Nur wenn eine der Parteien kein ganz Großer ist, dann soll dies möglich sein.
- 20 Das erfordert zunächst einen Blick auf die Definition: Was ist ein „KMU“?
- 21 Das ist in Artikel 7 Abs. 2 der vorgeschlagenen Verordnung angesprochen, der hierfür „weniger als 250 Personen ... und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen EUR oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR“ (bzw. man muss den Betrag in Euro umrechnen) verlangt. Das klingt reichlich kompliziert.
- 22 Wohl auch deshalb will man den Mitgliedsstaaten nach Art. 13 des VO-Entwurfs die Möglichkeit eröffnen, den Anwendungsbereich weiter zu erstrecken, und zwar über den auf europäischer Ebene zugelassenen Bereich der Verträge mit Klein- und Mittelunternehmen hinaus. Die Mitgliedsstaaten können das Gemeinsame Kaufrecht für alle Unternehmen freigeben.
- 23 Und für die Nutzung dieser Option spricht eine Menge. Denn die Begrenzung auf kleine und mittlere Unternehmen führt zu einer Fülle von Abgrenzungsfragen:
- 250 Mitarbeiter: Rechne ich in Köpfen oder Vollzeitäquivalenten?
 - Auf welchen Zeitpunkt kommt es an?
 - Kann ich Leiharbeiter, Azubis, Praktikanten u. ä. Mittelfiguren mitrechnen?
 - Zu welchem Zeitpunkt muss der Umsatz so oder nicht anders sein?
 - Wie ist es mit drittstaatlichen Unternehmen?
 - Wie ist der Umtauschkurs? Auf welchen Zeitpunkt und auf welche Kursgrundlage kommt es an?
- 24 Fragen über Fragen, die natürlich zum Teil beantwortet werden. Und zwar werden sie beantwortet durch einen in der Begründung angesprochenen Rechtsakt, nämlich durch die Empfehlung 2003/361, die für europäische Zwecke definiert, was ein kleines und mittleres Unternehmen ist.⁵ Ich empfehle allen, diesen Rechtsakt, der bisher im Vertragsrecht eher ein Schattendasein führt, sich einmal anzusehen. Es ist ein mehrseitiges Dokument, das man, wenn man wissen will, ob man nach Gemeinsamen

⁴ Vgl. dazu etwa schon *Pfeiffer*, ERPL 19 (2011), 835; ferner *ders.*, in: Gedächtnisschrift Wolf, 2011, 111.

⁵ Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), ABl. EU Nr. L 124/36 v. 20.5.2003.

Kaufrecht kontrahieren darf, also im Zweifel neben dem Telefon liegen haben muss, denn sonst weiß man nicht, woran man ist. Wie bei allen nicht nur ganz belanglosen Rechtsakten ergeben sich Auslegungsspielräume und Fragen.

Und von den für die Abgrenzung aufgeworfenen Fragestellungen werden ebenfalls nicht alle beantwortet. Am schönsten zeigt das folgende Regelung in der Empfehlung: „Bei einem neu gegründeten Unternehmen, das noch keinen Jahresabschluss vorlegen kann, werden die entsprechenden Daten im Laufe des Geschäftsjahres nach Treu und Glauben geschätzt.“ Diese Schätzung ist also dann die Anwendungsgrundlage für die KMU-Klausel. Man kann an der praktischen Nützlichkeit einer solchen Regelung und Handhabbarkeit natürlich zweifeln, denn sie gilt nicht für echte Neugründungen, sondern hat auch Bedeutung für zahlreiche Unternehmen, deren Neugründung sich aus gesellschaftsrechtlichen Umwandlungsvorgängen ergibt. **25**

b) Wichtiger oder zumindest genauso wichtig scheinen mir die Grundfragen. Ist es wirklich so, dass B2B-Verträge zwischen Großunternehmen keine Binnenmarktrelevanz aufwerfen? Können wir wirklich sagen, es ist uns egal, wenn ein Unternehmen wie Siemens – sicher kein KMU – in den AGB standardmäßig die Wahl schweizerischen Rechts vorsieht, was es vielleicht nicht täte, wenn es nicht an das deutsche AGB-Recht gebunden wäre? Ist es wirklich binnenmarktirrelevant, wenn ein Großunternehmen zukünftig verschiedene AGB verwenden muss, je nach dem, ob es mit einem anderen, nicht mehr ganz mittleren, sondern schon etwas größeren (251 Beschäftigte) Unternehmen kontrahiert im Vergleich zur Vertragspraxis bei Geschäften mit kleineren Unternehmen? All dies leuchtet mir nicht ohne weiteres ein. **26**

cc) Und weitere erhebliche Praktikabilitätsprobleme können entstehen, wenn man den Entwurf hinsichtlich eines anderen Punktes ernst nimmt: Der Entwurf verweist Großunternehmen neben der Möglichkeit, dass der nationale Gesetzgeber eine Regelung treffen kann, auf die Variante der so genannten sachrechtlichen Vereinbarung. Die Unternehmen sollen ohne kollisionsrechtliche Rechtswahl gewissermaßen ihre sachlichen Vertragsregelungen am Gemeinsamen Kaufrecht ausrichten. Das wird aber nicht funktionieren, jedenfalls nicht aus der Perspektive des deutschen Rechts. Es kann schon deswegen nicht funktionieren, weil dann ja das deutsche AGB-Recht gilt. Und man muss sehr zweifeln, ob unter deutschem AGB-Recht eine sachrechtliche Bezugnahme auf das Gemeinsame Kaufrecht funktioniert. **27**

dd) Paradox finde ich auch folgendes: Der Vorschlag sieht vor, dass ein Großunternehmen mit Sitz in der EU das Gemeinsame Kaufrecht vereinbaren kann, wenn der andere Vertragspartner außerhalb der EU sitzt und ein KMU ist. Also: Ein Großunternehmen im Binnenmarkt reicht als Anknüpfungsmoment aus. Habe ich dagegen zwei Großunternehmen im Binnenmarkt, dann ist eine Vereinbarung nicht mehr möglich. Das erscheint mir wertungssystematisch nicht ganz zwingend. Mich würde es eher überzeugen, wenn der europäische Gesetzgeber mehr Mut hätte und eine generelle Anwendung auf B2B-Verträge vorsehen würde. **28**

c) Gar nicht überzeugt hat mich der Ausschluss von Ihnen und mir selbst, also der Fall, dass Sie oder ich etwas als *Privatperson* verkaufen. Sie, ich, wir alle können unsere Geschäfte über Ebay, wenn wir sie denn betreiben wollen, nicht unter Heranziehung des europäischen Kaufrechts vornehmen. **29**

Die Frage lautet hier: Gibt es nicht oder sollte es nicht einen Binnenmarkt für Verbraucherverkäufe geben? Ich meine in der Tat, zumindest sollte es ihn geben und dann gehört ein solches Instrument mit dazu. Warum soll ich meinen Gebrauchtwagen nicht in Italien verkaufen wollen? **30**

- 31** Oder anders gesagt, wenn man es etwas höher aufhängt, Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit und ihre privatrechtlichen Ausprägungen als Freiheit und Rechtsgleichheit – das sind Grundwerte der europäischen Rechtskultur. Warum will die Kommission uns allen versagen, was sie BMW, Daimler oder Volkswagen ermöglicht: dass wir unser Auto in Italien nach Regeln verkaufen, in denen sich beide Vertragsparteien heimisch fühlen können? Mit welchem Recht frage ich? Es gibt dafür keine ethisch tragfähige Begründung. Ich empfehle jedem, doch einmal in den französischen Code civil zu schauen und dort die Art. 7⁶ und 8⁷ zu betrachten: Die privaten Rechte stehen allen zu.
- 32** Das war, so möchte ich sagen, ein Ausflug in höhere Sphären. Zurück auf der Erde sehe ich aber auch keinen praktischen Grund, warum man uns alle von der Anwendbarkeit des Gemeinsamen Kaufrechts ausschließen sollte.

III.

- 33** Ich beschränke mich auf wenige Bemerkungen zum *Vertragsgegenstand*.
- 34** Der GEK-Entwurf sieht eine positive Definition der möglichen Vertragsgegenstände vor: Kaufverträge, digitale Inhalte, verbundene Dienstleistungen fallen hierunter. Mischverträge mit einem weiteren Element sind ausgeschlossen, insbesondere bei Finanzierungshilfen. Das zielt v.a. auf den Ausschluss von Finanzierungsleasingverträgen oder auf verbundene Verbraucherkreditverträge, Abzahlungsgeschäfte mit Dritten usw.
- 35** 1. Das Merkmal der *Kaufverträge* ist legaldefiniert. Man sieht der Definition an: Man hat versucht – soweit das überhaupt möglich ist – die Regelung so zu fassen, dass sie für Rechtsordnungen passt, die dem Abstraktions- oder wenigstens dem Trennungsprinzip folgen, wie auch auf Rechtsordnungen, die – wie das französische Recht – weder das Abstraktions- noch das Trennungsprinzip und auch nicht das Traditionsprinzip kennen, sondern allein dem Konsensprinzip folgen.
- 36** Es gibt eine Reihe von Ausnahmen, die mit geringen Abweichungen ähnlich konzipiert sind wie das UN-Kaufrecht, etwa für die Zwangsversteigerung. Wichtig ist: Der Werklieferungsvertrag fällt unter das Gemeinsame Kaufrecht.
- 37** Verträge über Waren – das ist sozusagen der Kern – werden erfasst. Ausgenommen sind Wertpapiere, Strom und Erdgas, Wasser sowie andere Formen von Gas. Wasser oder Gas in der Flasche oder im Kanister sind dagegen nicht ausgenommen. Das ist alles nicht weiter problematisch. Zu See- und Luftfahrzeugen sollte man eine klarstellende Regelung schaffen, wobei mir nicht einleuchten würde, warum jemand nicht seine Motoryacht, wenn er sie verkauft, nach einem solchen Rechtsakt verkaufen können soll.
- 38** 2. Die Anwendung auf *digitale Inhalte* betrifft zwei große Gruppen: einmal Individual- und Standardsoftware, die ich mir herunterlade, sowie Online-Dienstleistungen. Es sind allerdings, wenn man sich die Definitionsvorschrift in Art. 2 der Vorschriftsvorschriften (GEK-VO) anschaut, bestimmte Onlineleistungen ausgenommen, bei

⁶ Die Vorschrift lautet: „L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales.“

⁷ „Tout Français jouira des droits civils.“ Die Beschränkung auf Franzosen ist der nationalstaatlichen Epoche geschuldet, entscheidend ist das darin verkörperte Ideal bürgerlicher Rechtsgleichheit.

denen nicht der Onlinecharakter, sondern das, was online transportiert wird, im Vordergrund steht. Ein Beispiel, das Ihnen allen einleuchten wird, ist die Online-Rechtsberatung. Sie unterliegt nicht dem einheitlichen europäischen Kaufrecht. Und andere vergleichbare Fälle sind ebenfalls nicht erfasst. Insbesondere der gesamte Bereich der Telekommunikationsverträge fällt nicht unter das GEK.

3. Für die erfassten *Dienstleistungen* ist entscheidend, dass es sich um eine mit dem Kauf verbundene Dienstleistung handelt: Montage, Installation, Instandhaltung, Reparatur – das kann unter diesen Begriff fallen. **39**

Es gibt bestimmte ausdrückliche Ausnahmen: Schulungen, wobei noch nicht ganz klar erscheint, wie es sich mit der Beratung verhält. Die Beratung ist bei den Ausnahmen nicht angesprochen. Sie dürfte beim Kauf, soweit sie als eine Nebenleistung erfolgt, wohl doch mit erfasst sein. **40**

Keine ausdrückliche Ausnahme ist vorgesehen für den Einbau gelieferter beweglicher Sachen. Das führt, weil ja die Installation als Beispiel erwähnt ist, zu einem relativ weitgehenden Anwendungsbereich: So hat der deutsche Bundesgerichtshof entschieden, dass die europäischen Maßgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch Verträge am Bau, bei denen Handwerker ihre Sachen mit dem Bauwerk verbinden, wie das ja in großem Umfang der Fall ist, erfassen.⁸ Nach dieser Maßgabe könnte es also eine relativ weite Erstreckung des Gemeinsamen Kaufrechts auch in den Bereich des Werkvertragsrechts hinein geben. Das bleibt abzuwarten, ist aber jedenfalls z.T. meines Erachtens angelegt. **41**

4. Was ist eine *verbundene* Dienstleistung? Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erleichtert, dass der Begriff „verbunden“ aus der Verbraucherkreditrichtlinie II (dort Art. 3 lit. n) bekannt ist.⁹ Das lässt sich zwar nicht nahtlos übertragen, doch ergeben sich eine Reihe von Hinweisen. **42**

Verbunden ist eine Dienstleistung zudem nur, wenn sie im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag und zeitgleich hiermit vereinbart wird. „Zeitgleich“ ist ein sehr enger Begriff. Wir wissen seit Einstein und der speziellen Relativitätstheorie, dass es eine absolute Gleichzeitigkeit nicht gibt. Was bedeutet also zeitgleich? Man muss darauf hinwirken, darf aber auch zuversichtlich sein, dass man das Merkmal hinreichend großzügig interpretieren kann und muss. Es kommt auf den zeitlichen Zusammenhang der Vereinbarungen an, so sollte man es wohl passender formulieren – aber das sind Kleinigkeiten, wie überhaupt an vielen Stellen Kleinigkeiten natürlich noch verbessert werden können. **43**

5. Die *Bedeutung* dieses sachlich beschränkten Anwendungsbereichs liegt darin, dass die Rechtsmacht der Parteien begrenzt ist. Sie können die Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts nicht vereinbaren. Möglich bleibt auch außerhalb der Kaufverträge eine sachrechtliche Bezugnahme. Und in Schiedsverfahren können die Parteien ohnehin die Anwendung derjenigen Rechtsvorschriften vereinbaren, die sie wünschen. Allerdings ist es schwer vorstellbar, dass Parteien außerhalb von echten Grenzfällen bei Vereinbarung einer Schiedsklausel auf das Gemeinsame Kaufrecht Bezug nehmen, ohne das ein Vertrag vorliegt, der zum sachlichen Anwendungsbe-
reich passt. **44**

⁸ BGHZ 182, 140.

⁹ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 166/33 v. 22.5.2008.

- 45 6. Warum überhaupt schlägt man ein Kaufrecht und *kein allgemeines Vertrags- und Schuldrecht* vor? Dazu gibt es ein Für und Wider.
- 46 Das Kaufrecht ist überschaubar, das Risiko einer unpassenden Regelung ist im Falle einer beschränkten Regelungsmaterie geringer, die Regelungsprobleme sind weniger gravierend, die Akzeptanz – auch wegen des Vorbilds des UN-Kaufrechts – größer.
- 47 Die Nachteile sind: Wir entfernen uns weiter vom Konzept bekannter Instrumente wie dem DCFR und den PECL oder den UPICC. Ein besonderes Vertragsrecht hätte man auch als optionalen Zusatzteil zu einem Allgemeinen Vertrags- und Schuldrecht konzipieren können. Man schafft sich Abgrenzungsfragen hinsichtlich des Vertragstypus. Es mag mitunter sogar etwas Willkürliches haben, ob die Parteien nach europäischen Regeln kontrahieren können. Die Verhandlungsoptionen der Parteien sind begrenzt.
- 48 Auf der anderen Seite muss ich sagen, jetzt liegt nun einmal ein solcher beschränkter Vorschlag auf dem Tisch. Ein Konzeptionswechsel würde verlangen, dass der vorliegende Entwurf zurückgezogen und ein gänzlich neuer an dessen Stelle tritt. Das scheint mir angesichts des Für und Wider nicht zwingend angezeigt. Eine spätere Ausweitung ist ohnehin nicht ausgeschlossen.

IV.

- 49 Meine Damen und Herren, wie fällt die *Gesamtbewertung* aus?
- 50 Es gibt ein einige – jedenfalls aus meiner Sicht – relativ klare Konsequenzen und Desiderate:
- 51 Dazu zählt zuerst die Ausdehnung auf alle B2B-Verträge. Wenn der europäische Gesetzgeber hiervon absieht oder sich nicht traut, dann sollte zur Vermeidung unerquicklicher Abgrenzungsfragen der nationale Gesetzgeber handeln.
- 52 Bei dieser Gelegenheit nur ein weiterer kollisionsrechtlicher Hinweis: Sollte irgendeiner der 27 Mitgliedstaaten von dieser Regelungsoption Gebrauch machen, dann gilt das allgemeine kollisionsrechtliche Prinzip: Die Parteien können bei grenzüberschreitenden Verträgen nicht nur ihre eigenen Rechte, sondern auch ein neutrales wählen. Das heißt: Sobald ein Mitgliedstaat von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, kann ein deutsches Unternehmen in einem Vertrag mit dem französischen Vertragspartner ohne weiteres dieses neutrale Recht wählen. Insofern geht die Beschränkung auf bestimmte B2B-Verträge ins Leere, sobald nur ein Mitgliedstaat diese Ausdehnungsoption nutzt – und das wird passieren. Also macht man es besser gleich richtig. Abgesehen davon meine ich: Jede Beschränkung auf bestimmte Parteien widerspricht dem bürgerlichen Geist der Aufklärung. Damit werde ich mich nicht anfreunden können.
- 53 Was den Zuschnitt des sachlichen Anwendungsbereichs anbelangt, kann man an einigen Stellen vielleicht noch Randkorrekturen vornehmen. Das ist allerdings weniger von konzeptioneller als von einzelproblembezogener Bedeutung.
- 54 Insgesamt meine ich: Es gibt Chancen zu Verbesserungen, es gibt allerdings mit diesem Entwurf insgesamt eine Chance. Persönlich bin ich ein Freund der Abstimmung mit den Füßen. Wer die Abstimmung mit den Füßen nicht zulässt, muss sich immer fragen lassen, warum er sie verbieten will und welche Motive er damit verfolgt. Lassen wir also auch hier die Abstimmung mit den Füßen zu.

Diskussionsbericht

zu den Vorträgen von Ole Lando, Claudia Moser,

Stefan Leible und Thomas Pfeiffer

Prof. Dr. *Peter Limmer*, Notar in Würzburg, eröffnete die von Prof. Dr. *Oliver Re- 1*
mien, Universität Würzburg, geleitete Diskussion mit der Frage an Prof. Pfeiffer nach
der Abgrenzung des GEK zu nach nationalem Recht formbedürftigen Verträgen über
Immobilien, beispielsweise bei dem Verkauf einer Wohnung mit einer Einbauküche.
So sei der Verkauf der Immobilie zwar vom Anwendungsbereich des GEK ausge-
nommen; offen bleibe aber, ob für den Verkauf der Einbauküche das GEK wählbar
sei und damit insoweit die nationalen Formvorschriften unterlaufen werden könnten.
Das GEK erlaube es schließlich dem nationalen Gesetzgeber nicht, Verträge, für die
das GEK gewählt werde, einem Formerfordernis zu unterwerfen.

Seine zweite Bemerkung richtete sich an Prof. Leible. Prof. Limmer wies darauf 2
hin, dass die Verbraucherverbände gegen das GEK „Sturm“ liefen, da sie den Verlust
des Schutzes von Art. 6 Abs. 2 der Rom I-Verordnung fürchteten. Prof. Leible habe
ausgeführt, dass zivilrechtliche Eingriffsnormen dem GEK nicht entgegengehalten
werden könnten; verwaltungsrechtliche Eingriffsnormen dagegen möglicherweise
schon. Nun sei beispielsweise die Makler- und Bauträgerverordnung zivilrechtsorien-
tiertes Verwaltungsrecht, letztlich aber öffentliches Recht. Prof. Limmer warf damit
die Frage auf, ob die Möglichkeit bestünde, durch Verlagerung von verbraucher-
schützenden Vorschriften ins öffentliche Recht diese dem GEK entgegenzuhalten.

Prof. Dr. *Christiane Wendehorst*, Universität Wien, wies auf die kompetenzrechtli- 3
che Dimension des Vorschlags von Prof. Leible hin, das GEK für rein innerstaatliche
Sachverhalte zu öffnen. Wenn man sich das Urteil des EuGH zur Europäischen Ge-
nossenschaft (Urteil vom 2.5.2006, C-436/03) ansehe, erkenne man, dass dort
Art. 114 AEUV (ex-Artikel 95 EGV) als taugliche Rechtsgrundlage insbesondere
deshalb abgelehnt worden sei, weil die Rechtsform einer (grenzüberschreitenden)
Europäischen Genossenschaft neben die bestehen bleibenden nationalen Genossen-
schaften treten sollte. Mit der Beschränkung des GEK auf grenzüberschreitende
Sachverhalte laufe dementsprechend die Europäische Kommission Gefahr, sich
gleichsam Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage „unter den Füßen wegzuziehen“.

Prof. Wendehorst unterstützte den Vorschlag von Prof. Pfeiffer, den Anwendungs- 4
bereich des GEK über kleine und mittlere Unternehmen (KMU) hinaus auszudehnen.
Sie wies zudem auf Art. 3 Abs. 3 der Rom I-Verordnung hin, der er es nicht erlaube,
bei rein internen Sachverhalten zwingendes nationales Recht durch Wahl eines frem-
den Rechts zu verdrängen. So könne die deutsche AGB-Kontrolle auch bei Verträgen
zwischen Unternehmen unter Umständen nicht sicher ausgeschaltet werden.

Prof. Dr. *Thomas Pfeiffer*, Universität Heidelberg, ging in seiner Antwort zunächst 5
auf Prof. Limmer ein. Das GEK regle Verträge über den Kauf von Waren, also be-
weglicher Sachen. Die entscheidende Frage sei damit, was eine bewegliche Sache sei,
wofür es zwei mögliche Deutungen gebe: Entweder enthalte das GEK insoweit eine
verdeckte Bezugnahme auf das nationale Recht. Dann komme es darauf an, ob die
Einbauküche wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sei, was regional unterschiedlich

beurteilt werde. Oder der Begriff sei europarechtlich autonom auszulegen, wofür einiges spreche und was wohl auch der EuGH so sehen würde. Angesichts dessen wäre eine diesbezügliche Andeutung in den Erwägungsgründen sinnvoll. In Bezug auf Prof. Wendehorst entgegnete Prof. Pfeiffer, dass er einen Fall vor Augen gehabt habe, in welchem ein Unternehmen in Mitgliedstaat A und ein anderes in Mitgliedsstaat B sitze und beide das Recht des Mitgliedsstaats C wählten, der von der Öffnungsklausel des GEK für alle B2B-Verträge Gebrauch gemacht habe. Dann dürfte es keine Beschränkungen durch zwingendes nationales Recht mehr geben und die deutsche AGB-Kontrolle wäre ausgeschaltet. Dies zeige, wie leicht die derzeitige Beschränkung des GEK auf KMU ausgehöhlt werden könne, wenn nur ein Mitgliedstaat das GEK für alle B2B-Kaufverträge zulasse.

- 6 Dr. *Claudia Moser*, Europäische Kommission, ergänzte zur Frage von Prof. Limmer im Hinblick auf den Anwendungsbereich des GEK, dass dieses Problem in der Tat noch nicht hinreichend geregelt sei und entsprechende Klarstellungen vorgesehen werden sollten. Betreffend die von der Kommission befürwortete Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV wies sie darauf hin, dass diese Norm eben nur für Binnenmarktssachverhalte gelte. Deshalb habe man sich auf grenzüberschreitende Geschäfte beschränkt und rein innerstaatliche Transaktionen ausgeklammert.
- 7 In seiner Stellungnahme bestätigte Prof. Dr. *Stefan Leible*, Universität Bayreuth, die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen wie die von Prof. Limmer angeführte Makler- und Bauträgerverordnung gegenüber dem GEK durchsetzen zu können. Es komme entscheidend auf die Qualifikation der Eingriffsnorm als öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich an. Nur bei originär zivilrechtlichen Inhalten, die auch in den Anwendungsbereich des GEK fielen, sei eine Durchsetzung über Art. 9 der Rom I-Verordnung vollständig ausgeschlossen. Im Hinblick auf die von Prof. Wendehorst angesprochene problematische Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV habe er früher immer vertreten, dass Art. 114 AEUV bzw. die Vorgängervorschrift des Art. 95 EGV eine Rechtsangleichung auch im Verordnungswege zulasse. Nach der Entscheidung des EuGH zur Europäischen Genossenschaft und mehreren Stellungnahmen von Generalanwälten habe er diese Sichtweise überdacht und sei nunmehr der Auffassung, dass Art. 114 AEUV den Erlass von Verordnungen überhaupt nicht zulasse und sich damit weitergehende Diskussionen erübrigten. Das GEK können man, wenn überhaupt, nur auf Art. 352 AEUV stützen, was die Kommission aber wegen des Einstimmigkeitserfordernisses nicht wolle. Die Kommission versuche, wie sich auch an anderen Punkten des Entwurfes zeige, den Weg des geringsten Widerstands zu gehen.
- 8 An Prof. Pfeiffer und Dr. Moser gewandt zeigte sich Prof. Leible schließlich irritiert, warum das GEK ein spezielles europäisches Schenkungsrecht für digitale Inhalte schaffe. Er könne keine Gründe dafür erkennen, was es beispielsweise beim Download des kostenlosen Adobe Reader bringen solle, den Nutzer mit einem zusätzlichen Klick das GEK wählen zu lassen.
- 9 Prof. Dr. *Stephan Lorenz*, Ludwig-Maximilians-Universität München, wies auf Ungereimtheiten bei der Begründung für die Notwendigkeit des GEK hin. Kommissarin Reding trage die „Tragödie“ vor, dass Verbraucher in bestimmten Ländern keine Waren geliefert bekommen würden und Unternehmen riesige Transaktionskosten hätten und deswegen unbedingt das GEK benötigten. Seines Erachtens zeigten die Untersuchungen, welche die Kommission bemühe, das genaue Gegenteil. Prof. Lando habe in seiner Videobotschaft an die Tagungsteilnehmer festgestellt, dass die Unternehmer das GEK, auf dessen Segnungen sie ja angeblich warteten, nicht wählen

werden. Prof. Pfeiffer wiederum wolle „mit den Füßen abstimmen lassen“. Er äußerte die Befürchtung, dass sich das GEK gerade bei fehlender Akzeptanz von einem Opt-in- über ein Opt-out- zu einem zwingenden Instrument entwickeln werde.

An Prof. Pfeiffer gewandt bekräftigte Prof. Lorenz, dass es nicht darum gehe, das BGB zu retten oder alles abzulehnen, was anders als im BGB geregelt sei. Allerdings müsse das GEK intrinsisch funktionieren, also in sich widerspruchsfrei sein. Je genauer man aber das GEK betrachte, desto mehr Widersprüche entdecke man und zwar nicht lediglich sprachlicher Art. Das GEK als Ganzes ergebe ein erschütterndes Bild einer Kopfgeburt, welche die intrinsischen Qualitätsanforderungen, die man an es stellen müsse, nicht erfülle – einen Vergleich zum BGB müsse man für dieses Urteil gar nicht bemühen.

Prof. Dr. *Florian Faust*, Bucerius Law School, Hamburg, richtete zwei Fragen an Dr. Moser und Prof. Pfeiffer. Nach Art. 126 GEK sei die Zahlung des Preises bei Lieferung fällig; Art. 6 GEK-VO wiederum schließe Verträge, die dem Käufer einen Zahlungsaufschub gewährten, vom Anwendungsbereich aus. Nachdem dieser Zahlungsaufschub nicht entgeltlich sein müsse, würde nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften jeder Kauf auf Rechnung nicht dem GEK unterfallen. Zudem kritisierte Prof. Faust das Festhalten an einem Unternehmer- und Verbraucherbegriff (vgl. Art. 2 lit. e und f GEK-VO), der im Gegensatz zum deutschen Recht Arbeitnehmer, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit handelten, als Unternehmer einstuft. Dies führe beispielsweise dazu, dass ein Lehrer, der einen Computer zur Unterrichtsvorbereitung kaufe, nicht den Verbraucherschutzvorschriften unterfalle. Dies sei mit dem Zweck der Privilegierung von Verbrauchern nicht vereinbar.

Dr. *Claudia Moser* betonte in ihrer Antwort an Prof. Lorenz, dass es nach Auffassung der Kommission insbesondere in den kleineren Mitgliedsländern durchaus Probleme mit ausländischen Unternehmern gebe, dies sich weigerten, in diese Länder zu liefern. Dafür hätte es Hinweise in der von der Kommission durchgeführten Gesetzesfolgenabschätzung gegeben und deswegen seien auch die kleineren Mitgliedsstaaten bereit, im Bereich des europäischen Kaufrechts weiter voranzugehen. Sie widersprach der Auffassung, dass Unternehmen nicht willens seien, das GEK zukünftig anzuwenden. So hätten die Federation of Small Businesses und das British Retail Consortium aus Großbritannien und andere Unternehmensverbände ihre Unterstützung signalisiert. Zu Art. 126 GEK bemerkte Dr. Moser, dass der Kauf auf Rechnung natürlich nicht ausgeschlossen sei, lediglich Ratenkäufe habe die Kommission aus dem Anwendungsbereich des GEK herausnehmen wollen. Bezüglich des Verbraucherbegriffes verwies sie darauf, dass dieser aus dem gegenwärtigen „acquis communautaire“ übernommen worden sei. Sie bekräftigte aber allgemein, dass im weiteren Verlauf noch Änderungen am GEK vorgenommen werden könnten und die Kommission gerne bereit sei, auf Probleme zu reagieren, auf die man sie hinweise. Insbesondere räumte sie ein, dass die Übersetzungen nicht an jeder Stelle gelungen seien.

Prof. Dr. *Thomas Pfeiffer* entgegnete auf die Kritik von Prof. Lorenz, dass er kein Problem damit habe, Bedenken gegen den vorliegenden Entwurf mit aller Deutlichkeit zu formulieren. Letztendlich stelle sich aber die Frage, wie gewichtig diese Bedenken im Hinblick auf ein „Ja“ oder ein „Nein“ zum Gesamtprojekt seien. Diese Bewertung könne man abschließend erst dann vornehmen, wenn das „GEK-Endprodukt“ vorliege, das sich sicher vom gegenwärtigen Entwurf unterscheiden werde. Zu den Fragen von Prof. Faust bemerkte Prof. Pfeiffer, dass der Wortlaut bezüglich des Kaufs auf Rechnung in der Tat nicht eindeutig sei, aber eine teleologische Interpretation zu dem von Dr. Moser geschilderten Ergebnis führen müsse. Auch

der BGH habe sich seinerzeit noch unter Geltung des Verbrauchercreditgesetzes mit dieser Frage beschäftigen müssen und sie genauso gelöst. Zum Verbraucherbegriff gestand Prof. Pfeiffer zu, dass dies eine berechtigte Bemerkung zum Wortlaut sei, er diesem Problem jedoch keine wirkliche praktische Bedeutung beimesse. Er glaube nicht, dass bei dem gebildeten Beispiel mit dem Lehrer dessen Verbrauchereigenschaft erfolgreich herausgefordert werden könne. Überdies sei er nicht sicher, ob man den deutschen Verbraucherbegriff, bei dem das Bundesarbeitsgericht den Arbeitnehmer bei seiner Arbeit zum Verbraucher gemacht habe, wirklich ins europäische Recht exportieren solle.

- 14 Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. *Michael Martinek*, Universität des Saarlandes, äußerte sich zum Verhältnis zwischen dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) und dem GEK. Prof. Remien habe in seinen einleitenden Worten den DCFR als „Riesen“ bezeichnet, aus dem nunmehr der „Zwerg“ GEK geworden sei. Er habe aber die Befürchtung, dass aus der sehr breit angelegten Toolbox des DCFR zukünftig noch viele weitere „Zwerge“ entspringen könnten. So seien vom DCFR auch die gesetzlichen Schuldverhältnisse und sogar weite Teile des Sachenrechts umfasst.
- 15 Dr. *Ulrich Bracker*, Notar in Weilheim und Präsident der Landesnotarkammer Bayern, sah ein grundsätzliches Problem in der gegenwärtigen Konzeption des GEK. Das von der Kommission gewünschte *einheitliche* europäische Kaufrecht (das sie wohl nicht zu Unrecht nur als *gemeinsames* europäisches Kaufrecht bezeichne) müsse zwingend von einer einheitlichen Justiz ausgelegt werden. Dies hätten die Referate und die Diskussion schon eindrucksvoll gezeigt, gerade mit Blick auf die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten von Begriffen wie „zeitgleich“ oder „Zahlungsaufschub“. Wie sollten dann erst die nationalen Gerichte in Europa zu einer einheitlichen Auslegung finden, zumal angesichts der eingeschränkten Zuständigkeit des EuGH? Seiner Meinung nach müsse man den Weg gehen, den das Deutsche Reich Ende des 19. Jahrhunderts gewählt habe: Erst müsse man eine einheitliche Justiz schaffen (wie 1877 mit den Reichsjustizgesetzen) und dann ein einheitliches Recht (wie 1900 mit dem BGB).
- 16 Mit der rechtssicheren Wahl des GEK vor dem Hintergrund des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes beschäftigte sich Prof. Dr. *Jan von Hein*, Universität Trier. Er äußerte Zweifel an der Prämisse der Kommission, dass das GEK nicht als eigenständiges Recht wählbar sein solle, sondern nur als Teil einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Dies verdeutlichte er an einem Beispiel: Bei einem französischen Unternehmen und einem deutschen Verbraucher werde zunächst französisches Recht und anschließend innerhalb des französischen Rechts das GEK gewählt. Im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 der Rom I-Verordnung müsse nun ein Günstigkeitsvergleich angestellt werden zwischen dem kollisionsrechtlich gewählten Recht auf der einen und dem objektiv geltenden Vertragsstatut auf der anderen Seite. Die Kommission sage nun lapidar, dass insofern keine Probleme auftreten könnten, da in Frankreich und in Deutschland jeweils das GEK gelte. Diese Argumentation sei aber lückenhaft, denn objektiv gelte in Deutschland nicht das GEK, sondern das BGB. Das Recht, das man in Deutschland wählen könnte (GEK), sei nicht identisch mit dem objektiv geltenden Recht (BGB). Damit komme es im Beispiel zu einem Vergleich GEK als Teil des französischen Rechts (gewähltes Recht) und dem BGB (objektiv geltendes Recht). Selbst wenn man diese Sichtweise für spitzfindig halten sollte, sei nicht ausgeschlossen, dass ein Verbraucherverband dies in einem Musterprozess genauso ausfechte. Angesichts dieser im GEK liegenden Quelle der Rechtsunsicherheit sei schwer vor-

stellbar, dass eine Rechtsabteilung ernsthaft die Wahl des GEK für B2C-Verträge empfehlen werde.

Im Anschluss daran kritisierte Prof. Dr. *Axel Flessner*, Humboldt-Universität Berlin, ebenfalls die „kollisionrechtliche Aufhängung“ des GEK. Das Internationale Privatrecht (IPR) gelte eigentlich nur für Sachverhalte, bei denen mehrere staatliche Rechtsordnungen zur Wahl stünden. Das GEK stelle aber nur eine Rechtsordnung dar, nämlich eine europäische. Insofern sei ihm nicht klar, warum die Kommission das GEK über das IPR zur Anwendung bringen wolle, jedenfalls wenn die in Frage kommenden anwendbaren Rechte solche der Mitgliedstaaten seien. Die Kommission sage zwar, das europäische Recht sei auch das Recht jedes einzelnen Mitgliedstaats, doch dies sei IPR-theoretisch erheblich zu bezweifeln. Freilich gelte das europäische Recht *in* jedem Mitgliedsstaat, es sei aber nicht das Recht *des* Mitgliedsstaats, was sich schon darin zeige, dass es ein Mitgliedstaat nicht einseitig abändern könne. Nach Ansicht von Prof. Flessner stelle sich hier eine grundsätzliche Frage, insbesondere auch im Hinblick auf die Vorlagefähigkeit des GEK beim EuGH, wenn der europäische Gesetzgeber selbst das GEK nicht als europäisches, sondern als nationales Recht qualifiziere. **17**

Dr. *Martin Illmer*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, wandte sich der von der Kommission propagierten Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV zu. Dr. Moser habe in der Diskussion ausgeführt, diese gelte nicht für rein inländische Sachverhalte. Das sei aber schon insofern zweifelhaft, als die bisher auf dieser Basis erlassenen Richtlinien gerade auch für innerstaatliche Fälle Geltung beanspruchten. Er habe den Eindruck, die Kommission benutze die vordergründige Beschränkung des GEK auf grenzüberschreitende Transaktionen nur als Vorwand, um zur Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV zu kommen und die Mitgliedsstaaten bezüglich Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zufriedenzustellen, weil man damit argumentieren könne, es würde mit dem GEK nicht in das jeweilige nationale Recht eingegriffen. **18**

Dr. *Claudia Moser* hatte nunmehr Gelegenheit, auf die gestellten Fragen einzugehen. Zunächst bekräftigte sie, dass der DCFR weiterhin als Toolbox für Bereiche herangezogen werden könne, die nicht vom GEK umfasst seien. Im Hinblick auf die Auslegung und die Rechtsnatur des GEK unterstrich Dr. Moser, dass das GEK europäisches Recht darstelle und demnach auch der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung berufen sei. Sie sehe das Problem, dass der EuGH einige Zeit brauchen werde, um diese Aufgabe zu erfüllen. Für die zwischenzeitliche Rechtsunsicherheit plane die Kommission eine Datenbank, in der Urteile nationaler Gerichte zum GEK eingestellt werden. Zumindest Zusammenfassungen sollen in allen Amtssprachen verfügbar sein. Zum durchzuführenden Vergleich bei Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung entgegnete sie Prof. von Hein, dass der Vergleich zwischen französischem Recht plus GEK und deutschem Recht plus GEK getroffen werden müsse. Insofern bestehe Übereinstimmung, da das GEK beide Male identisch sei und damit auch identische Standards setze. **19**

In Bezug auf die Rechtsgrundlage des GEK betonte Dr. Moser nochmals, dass Art. 114 AEUV nur für Binnenmarktsachverhalte gelte. Die Kommission habe sich auch vor dem Hintergrund des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip so weit wie möglich zurückhalten wollen und deshalb nicht nur grundsätzlich eine Beschränkung auf grenzüberschreitende Transaktionen sowie Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern bzw. KMU vorgesehen, sondern zusätzlich eine Opt-in-Lösung gewählt. Damit würde so wenig wie möglich in die Rechte der Mitgliedstaat- **20**

ten eingegriffen. Sie räumte ein, dass in seltenen Einzelfällen Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten könnten, insbesondere im Hinblick auf die KMU-Definition. Die allermeisten KMU seien aber ohnehin kleiner als 250 Personen, so dass dieses Problem praktisch nicht so groß sei.

- 21** An Prof. Flessner gewandt betonte Prof. Dr. *Stefan Leible*, dass man zwischen dem Recht eines Mitgliedstaates und supranationalem Recht als Bestandteil des Rechts eines Mitgliedstaates differenzieren müsse. Auch im Bereich des UN-Kaufrechts werde davon gesprochen, dass bei einer entsprechenden Wahl das UN-Kaufrecht als Bestandteil des deutschen Rechts zur Anwendung komme. Demnach halte er die von der Kommission gewählte Konstruktion für vertretbar, wenngleich er eine andere Lösung als die Kommission gewählt hätte. Auf die Argumentation von Prof. von Hein erwiderte Prof. Leible, für einen Vergleich nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung müsse davon ausgegangen werden, dass die Wahlmöglichkeit zugunsten des GEK ausgeübt worden sei, so dass letztlich das „französische GEK“ und das „deutsche GEK“ zu vergleichen sei. Schließlich äußerte er sich noch zur Auslegungskompetenz des EuGH, die für ihn außer Frage stehe. Er sehe vielmehr ein grundsätzliches Problem in der mangelnden zivilrechtlichen Kompetenz des EuGH und plädiere deshalb schon seit langem für eine entsprechende Spezialisierung des Gerichts.
- 22** Zum Ende der Diskussion ergriff noch einmal Prof. Dr. *Thomas Pfeiffer* das Wort. Er unterstrich, dass das deutsche Verbraucherschutzniveau nur unter dem Vorbehalt seiner Abwahl zugunsten des GEK gelte. So stehe es auch in den Erwägungsgründen 11 und 12 des Kommissionsentwurfs. Er stimme Dr. Bracker zu, dass Einheitsrecht ohne einheitliche Justiz schwaches Recht sei. Ziel müsse sein, dass so wie jeder bayrische Richter sich auch als deutscher Richter verstehe, sich jeder nationale Richter auch als europäischer Richter begreife. Deswegen sehe das GEK bewusst eine Mitteilungspflicht für nationale Urteile zum GEK an die Kommission vor. Es sei ohnehin höchste Zeit, dass sich die obersten Gerichte der Mitgliedstaaten regelmäßig untereinander zitierten. Abschließend ging Prof. Pfeiffer noch auf Prof. Leibles Bemerkung zum digitalen Schenkungsrecht ein. Derartige Verträge seien wegen des zugrundeliegenden Geschäftsmodells bei kostenlosen Downloadangeboten in der Tat umfasst.

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?

Thomas Ackermann

Inhaltsverzeichnis

I.	Das GEK und seine Konkurrenten im Wettbewerb der Vertragsrechte.....	50
II.	Transaktionskosten als Rechtfertigung für das GEK.....	52
	1. Die Begründung der Kommission.....	52
	2. Wie schwer wiegt das Transaktionskostenproblem?.....	53
	3. Was trägt das GEK zur Lösung des Transaktionskostenproblems bei?	55
	a) <i>Ein</i> Recht für alle Verträge?	55
	b) <i>Ein</i> Recht für alle Rechtsfragen?	56
III.	Die Qualität des GEK: Anforderungen im B2B-Verkehr.....	57
	1. Gewährt das GEK hinreichende Vertragsgestaltungsfreiheit?	57
	a) Die Inhaltskontrolle von AGB.....	57
	b) Zwingendes Recht im GEK.....	59
	2. Garantiert das GEK die im Handelsverkehr erforderliche Stabilität vertraglicher Bindungen?.....	61
	a) Das Gebot von Treu und Glauben und die Pflicht zur Zusammen- arbeit.....	61
	b) Die Regelung der Irrtumsanfechtung.....	62
	c) Die Regelung der Vertragsbestimmungen.....	63
	d) Die Regelung über Vertragsanpassung oder -beendigung bei geän- derten Umständen.....	64
	3. Sind Auslegung und Anwendung des GEK vorhersehbar?.....	65
	a) Mängel und Unschärfen des Gesetzestextes.....	65
	b) Die mangelnde Eignung des Vorabentscheidungsverfahrens zur Überwindung von Auslegungsdivergenzen.....	66
	c) Divergenzen aufgrund der Verzahnung mit unvereinheitlichem Prozessrecht.....	66
IV.	Die Chancen des GEK im Wettbewerb der Vertragsrechte.....	67

I. Das GEK und seine Konkurrenten im Wettbewerb der Vertragsrechte

- 1 In ihrem Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK-VO)¹ will die EU-Kommission das im Anhang I des Entwurfs enthaltene Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEK) zumindest teilweise dem Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen zugänglich machen. Danach kann die Anwendung des GEK auf Kaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Verträge über verbundene Dienstleistungen² vereinbart werden, wenn alle Vertragsparteien Unternehmer sind, soweit es sich bei mindestens einer von ihnen um ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) handelt.³ In räumlicher Hinsicht wird verlangt, dass die Unternehmer ihren gewöhnlichen Aufenthalt (den Ort der Hauptverwaltung bzw. den Hauptgeschäftssitz)⁴ in verschiedenen Staaten haben, von denen mindestens einer ein EU-Mitgliedstaat ist.⁵ Nach den Vorstellungen der Kommission soll das GEK also jedenfalls für grenzüberschreitende B2B-Geschäfte unter Beteiligung mindestens eines KMU und mindestens eines EU-Unternehmers verwendbar sein.
- 2 Darüber hinaus gestattet der Verordnungsvorschlag den Mitgliedstaaten, die Anwendung des GEK auch dann zu erlauben, wenn beide Unternehmer einen innerstaatlichen gewöhnlichen Aufenthalt haben⁶ und wenn keines von ihnen als KMU einzuordnen ist.⁷ Dabei handelt es sich freilich nur um eine rein deklaratorische Regelung, denn den Mitgliedstaaten wäre es ohnehin nicht verwehrt, dem GEK aufgrund autonomer Entscheidung einen weiteren Anwendungsbereich zuzuweisen, als ihn der Verordnungsentwurf vorsieht. Dass das GEK in seinem aufgrund mitgliedstaatlicher Entscheidung erweiterten Anwendungsbereich nur den Rang mitgliedstaatlichen Rechts und nicht den Rang einer EU-Verordnung hätte,⁸ dürfte kaum praktische Konsequenzen haben. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Fragen der Auslegung des autonomen, aber mit dem GEK des Ordnungsanhangs übereinstimmenden GEK vom EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV beantwortet würden.⁹ Sollten die Mitgliedstaaten ihre Erweiterungsmöglichkeiten wahr-

¹ KOM(2011) 635 endg.

² Art. 5 GEK-VO.

³ Art. 7 Abs. 1 GEK-VO; zur Definition des KMU vgl. Art. 7 Abs. 2 GEK-VO.

⁴ Art. 4 Abs. 4 GEK-VO.

⁵ Art. 4 Abs. 2 GEK-VO.

⁶ Art. 13 lit. a GEK-VO.

⁷ Art. 13 lit. b GEK-VO.

⁸ Art. 13 GEK-VO als konstitutive Regelung auszulegen, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, den Anwendungsbereich der Verordnung zu erweitern, wäre nicht zu vertreten, da diese Form delegierter Rechtsetzung primärrechtlich nicht gestattet ist, vgl. Art. 290 f. AEUV.

⁹ Die Frage der Vorlagefähigkeit bei autonomer Anknüpfung nationalen Rechts an EU-Recht wird meist am Fall der überschießenden Richtlinienumsetzung diskutiert; vgl. aus der Rspr. bejahend EuGH v. 18.10.1990 – verb. Rs. C-297/88 und C-197/89 (Dzodzi), Slg. 1990, I-3763 Rn. 33 f.; v. 8.11.1990 – Rs. C-231/89 (Gmurzynska-Bscher), Slg. 1990, I-4003 Rn. 18 f.; v. 17.7.1997 – Rs. C-130/95 (Giloy), Slg. 1997, I-4291 Rn. 24 f.; v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 (Leur-Bloem), Slg. 1997, I-4161 Rn. 25, sowie aus der Lit. *Ackermann*, in: Weber u.a., Europäisierung des Privatrechts – Zwischenbilanz und Perspektiven, JbJZ 1997, 203, 223; *Drexler*, in: Festschrift Heldrich, 2005, 67, 78 ff.; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006, 173 ff. Vorabentscheidungsersuchen sind aber auch dann zulässig, wenn sie aus einem Rechtsstreit hervorgehen, in dem autonomes nationales Recht anwendbar ist, das unmittelbar anwendbarem EU-Recht angepasst

nehmen, stünde den Unternehmern also ungeachtet der Unterscheidung zwischen autonomem und Verordnungs-GEK ein binnenmarktweit einheitliches Kaufrecht für B2B-Geschäfte zur Verfügung.

Der Erfolg des GEK im unternehmerischen Verkehr hängt davon ab, ob sich die Parteien durch eine Vereinbarung¹⁰ für die Verwendung des neuen Vertragsrechts entscheiden. Das ist keine Selbstverständlichkeit, denn die Konkurrenz ist dicht besetzt und größtenteils wohletabliert: Im Rahmen der durch Art. 3 Rom I-VO¹¹ gewährten Rechtswahlfreiheit steht den Parteien jedes beliebige staatliche¹² Recht als Vertragsstatut zur Verfügung, neben den Rechten der EU-Mitgliedstaaten also auch die Rechte von Drittstaaten. Der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz durch Art. 6 Rom I-VO steht hier nicht im Wege. Darüber hinaus existiert mit dem UN-Kaufrecht (CISG) ein Einheitsrecht für den internationalen Warenkauf, zu dessen Vertragsstaaten 23 der 27 EU-Mitgliedstaaten zählen.¹³ Wo sollte ein Newcomer wie das GEK, dessen Wahl unterhalb der Ebene der Rom I-VO im Rahmen des nationalen Rechts eröffnet werden soll,¹⁴ in diesem Feld überhaupt eine Nische finden? Gerade das Beispiel des UN-Kaufrechts gibt zu denken: Anders als das geplante GEK verfügt das UN-Kaufrecht über den Startvorteil eines Opt-out-Ansatzes. Liegt der gewöhnliche Aufenthalt bzw. die Hauptverwaltung des Verkäufers in einem Vertragsstaat¹⁵ oder führen die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats,¹⁶ ist das UN-Kaufrecht anwendbar. Damit unterliegt bereits der größte Teil des EU-Warenhandels (mit Ausnahme von Exporten aus den Nicht-Vertragsstaaten Irland, Malta, Portugal und Großbritannien) einem Einheitsrecht, dessen Ausschluss einer Vereinbarung bedarf. Gleichwohl hat das UN-Kaufrecht in der Praxis nur langsam Fahrt aufgenommen: Man darf annehmen, dass sich ein nicht unbeträchtlicher Teil insbesondere des frühen Fallmaterials zum UN-Kaufrecht der übersehenen oder unrichtig formulierten Abwahl durch rechtlich wenig bewanderte Parteien verdankt. Möglicherweise konnte erst so die „kritische Masse“ zusammenkommen, die das UN-Kaufrecht überhaupt zu einer immerhin erwägenswerten, wenn auch noch immer

wurde und dessen Auslegung an das EU-Vorbild gebunden ist; vgl. insoweit das kartellrechtliche Beispiel EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-280/06 (ETI), Slg. 2007, I-10893 Rn. 23 ff.

¹⁰ Art. 8 Abs. 1 S. 1 GEK-VO. Das Bestehen und die Gültigkeit der Vereinbarung richtet sich gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 GEK-VO nach den Bestimmungen des GEK; die weiteren, in Art. 8 Abs. 2 und 3 sowie in Art. 9 GEK-VO enthaltenen Anforderungen gelten nicht für B2B-Geschäfte.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom I“), ABl. 2008, L 177/6.

¹² Vgl. zur Diskussion um die Wählbarkeit nicht-staatlichen Rechts im Rahmen der Überführung des EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom-Übereinkommen“) in die Rom I-VO, die letztlich in eine Entscheidung gegen die Wählbarkeit mündete, von Hein, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 3 Rom I-VO Rn. 49 ff.

¹³ Keine Vertragsstaaten sind allein Irland, Malta, Portugal und das Vereinigte Königreich.

¹⁴ Zur rechtlichen Einordnung der Wahl des GEK vgl. Leibles Beitrag in diesem Band sowie Roth, EWS 2012, 12, 14. Für die hier behandelte Frage ist der Umstand, dass die Wahl des GEK der kollisionsrechtlichen Wahl auf der Ebene der Rom I-VO nachgeschaltet ist (so dass es sich rechtstechnisch nicht um eine „28. Rechtsordnung“ handelt, sondern um eine zweite innerhalb des staatlichen Rechts), ohne Belang: Diese Technizität ändert nichts daran, dass das GEK aus der Sicht der über seine Wahl entscheidenden Parteien eine gleichrangige Alternative zu den autonomen (mitglied- oder dritt-)staatlichen Vertragsrechten sowie zum CISG bildet.

¹⁵ Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG.

¹⁶ Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG.

nicht erstrangigen Option für kollisionsrechtlich besser informierte Akteure machte. Diese Starthilfe will die Kommission dem GEK (noch) nicht gewähren.

- 4 Das GEK tritt daher mit einem erheblichen Handicap im Wettbewerb der Rechtsordnungen an: Weder gehört es zur Kategorie der Vertragsrechte, an deren Wahl den Vertragsparteien gelegen sein könnte, weil sie ihnen vertraut und bewährt erscheinen, noch ist es ein Einheitsrecht, das als „default option“ übrig bleibt, wenn eine Rechtswahlvereinbarung vergessen wird oder misslingt. Vor diesem Hintergrund ist das GEK ohne Chancen auf den ersten Platz in der Konkurrenz der Vertragsrechte. Die Frage ist allein, ob das GEK als zweitbeste Lösung in Fällen, in denen keine Partei ihr Heimatrecht durchsetzen kann, hinreichend attraktiv ist. Insoweit hat sich das GEK vor allem im Vergleich zu nationalen Rechten, die sich als neutrales Vertragsstatut bewährt haben (etwa schweizerisches oder englisches Recht), und zum UN-Kaufrecht, das den Startvorteil der Anwendbarkeit bei übersehener oder misslungener Abwahl hat, durchzusetzen.

II. Transaktionskosten als Rechtfertigung für das GEK

1. Die Begründung der Kommission

- 5 Die Kommission stellt in den Mittelpunkt ihrer Begründung der Anwendbarkeit des GEK im B2B-Bereich die Möglichkeit der Transaktionskostensparnis: Auch wenn grenzüberschreitende Geschäfte zwischen Unternehmen nicht den gleichen Beschränkungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts unterliegen wie Geschäfte mit Verbrauchern, seien „die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vertragsverhandlungen und der Anwendung von ausländischem Recht nicht unerheblich“, und zwar insbesondere für KMU, bei denen der Anteil der durch Rechtsunterschiede bedingten Transaktionskosten im Verhältnis zu ihrem relativ geringen Umsatz besonders hoch sei.¹⁷ Das GEK erlaube es den Unternehmen, bei diesen Transaktionskosten Einsparungen zu erzielen, denn im Falle einer Vereinbarung des GEK bleibe ihnen eine Anpassung an die verschiedenen einzelstaatlichen Regelungen erspart; „Unternehmer müssten sich infolgedessen im innerstaatlichen Recht anderer Mitgliedstaaten nur noch mit einigen wenigen, weniger wichtigen Fragen auseinandersetzen, die vom Gemeinsamen Kaufrecht nicht erfasst sind“.¹⁸
- 6 Mit dem Transaktionskostenargument will die Kommission den Begründungserfordernissen nachkommen, die sich aus der Wahl von Art. 114 AEUV als Ermächtigungsgrundlage ergeben: Weil im B2B-Bereich die durch Unterschiede zwingender nationaler Verbraucherschutzvorschriften bedingten Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Handel fehlen, bleibt hier nur der Rekurs auf die Behauptung erheblicher, durch die Wahl eines fremden Vertragsstatuts bedingter Transaktionskosten als Hindernis für das Funktionieren des Binnenmarktes. Es ist bekanntlich höchst fraglich, ob Transaktionskosten, insbesondere in Gestalt von Rechtsinformationskosten, als solche tauglich sind, um ein Tätigwerden der EU auf der Grundlage von Art. 114 AEUV zu rechtfertigen. Aber diese Problematik ist ebenso wenig Gegenstand dieses Beitrags wie die weitere mit der Ermächtigungsgrundlage verknüpfte Frage, ob die Einführung eines optionalen Regimes überhaupt auf dieser Grundlage erfolgen darf

¹⁷ KOM(2011) 635 endg., 3.

¹⁸ KOM(2011) 635 endg., 4.

oder ob dafür allenfalls Art. 352 AEUV in Betracht kommt.¹⁹ Was uns im Folgenden beschäftigen wird, sind allein das inhaltliche Gewicht des Transaktionskostenarguments und der Beitrag, den das GEK zur Transaktionskostensenkung leisten könnte: Nur auf diese Weise lässt sich jenseits der rechtlichen Realisierbarkeit des GEK im Rahmen der Kompetenzgrundlagen des AEUV ermessen, ob und in welcher Gestalt es sich bei einem (neben dem UN-Kaufrecht) weiteren Einheitskaufrecht überhaupt um ein rechtspolitisch erstrebenswertes Projekt für B2B-Geschäfte im EU-Binnenmarkt handelt.

2. Wie schwer wiegt das Transaktionskostenproblem?

Unternehmen, denen es gelingt, für ihre grenzüberschreitenden B2B-Geschäfte die Wahl ihres Heimatrechts durchzusetzen, haben naturgemäß kein vertragsrechtsspezifisches Transaktionskostenproblem. Anders verhält es sich bei denjenigen, die sich im grenzüberschreitenden Handel auf fremdes Vertragsrecht einlassen müssen: Ein fremdes Recht kennenzulernen und sich darauf einzurichten, verursacht zusätzliche Kosten, und zwar sowohl bei der Vertragsanbahnung und -gestaltung als auch bei der Vertragsabwicklung. Das sei ebenso wenig bestritten wie der Umstand, dass diese Kosten ein Unternehmen umso stärker treffen, je geringer der Umfang ist, in dem es im grenzüberschreitenden Handel tätig ist. Abgesehen davon, dass KMU im Vergleich zu großen Unternehmen wohl geringere Chancen haben, das Transaktionskostenproblem durch die Wahl ihres Heimatrechts als Vertragsstatut zu lösen, fällt dieses Problem daher bei grenzüberschreitender Tätigkeit von KMU als Abschreckungsfaktor potentiell stärker ins Gewicht als bei großen Unternehmen und kann sich als Wettbewerbsnachteil für KMU auswirken. Die gedankliche Nachvollziehbarkeit des Transaktionskostenproblems besagt aber noch nichts über dessen wirkliches Gewicht: Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager ihren Heimatmarkt verlassen, haben nicht nur vertragsrechtliche Hindernisse, sondern auch zahlreiche weitere rechtliche, natürliche oder marktbestimmte Barrieren zu überwinden, die von divergierenden öffentlich-rechtlichen und prozessualen Kontexten über Sprach- und Kulturunterschiede sowie fehlende persönliche Reputation bis hin zur räumlichen Distanz zwischen den Parteien reichen. Der große Aufwand, der mit der Einführung des GEK betrieben wird, und die hohen Kosten, die (aufgrund der Notwendigkeit der gerichtlichen Klärung zahlreicher in nationalen Systemen „ausjudizierter“ Fragen) mit seiner praktischen Bewährung verbunden sein werden, rentieren sich nur, wenn das Einheitsrecht entsprechend hohe Wohlfahrtsgewinne durch eine Belebung des grenzüberschreitenden Handels erwarten lässt. Das ist indes nur dann der Fall, wenn das vertragsrechtsbedingte Transaktionskostenproblem unter den Hemmnissen für binnenmarktweites Tätigwerden so viel Gewicht hat, dass es einen signifikanten Teil der Unternehmen von grenzübergreifenden B2B-Geschäften abhält oder zumindest das Volumen ihres grenzübergreifenden Handels deutlich geringer ausfallen lässt.

¹⁹ Vgl. hierzu die Stellungnahmen im Rahmen einer Sachverständigenanhörung des Deutschen Bundestages am 21.11.2011 im Vorfeld der am 1.12.2011 vom Bundestag erhobenen Subsidiaritätsrüge, im Internet zugänglich unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen (abgerufen am 3.3.2012). Von den Stellungnahmen sind mittlerweile publiziert *Grigoleit*, ZSE 2011, 560; *Riesenhuber*, EWS 2012, 7; *Roth*, EWS 2012, 12.

- 8 Eine Antwort darauf bietet scheinbar die von der Generaldirektion Justiz in Auftrag gegebene, im Januar 2011 von Gallup durchgeführte Umfrage Flash Eurobarometer Nr. 320 „European contract law in business-to-business transactions“. Dieser Umfrage entnimmt die Kommission in der Begründung des Verordnungsvorschlags, dass aus Sicht der befragten Unternehmen Schwierigkeiten beim Umgang mit ausländischem Vertragsrecht im B2B-Verkehr an dritter Stelle der Hemmnisse für den grenzübergreifenden Handel rangieren.²⁰ Klarzustellen ist indes zunächst, dass nur eine Minderheit der befragten Unternehmen Schwierigkeiten in der Ermittlung ausländischen Rechts eine signifikante Bedeutung zumaß: Nur für 8 % hatten diese Schwierigkeiten „large impact“, für weitere 12 % immerhin noch „some impact“. ²¹ Diese Zahlen relativieren die Imposanz des „drittgrößten“ Handelshemmnisses bereits erheblich. Hinzu kommen schwer wiegende methodische Bedenken gegen die Aussagekraft der Selbsteinschätzung der befragten Unternehmen: Es ist vollkommen unklar, ob die Personen, die diese Einschätzung abgaben, überhaupt in der Lage waren, die Bedeutung vertragsrechtlicher Divergenzen für ihr Unternehmen richtig einzuschätzen. Wie viele von ihnen etwa wussten, dass für den größten Teil des grenzüberschreitenden EU-Warenhandels, also in vielen Fällen auch für das grenzüberschreitende B2B-Geschäft ihres eigenen Unternehmens, vorbehaltlich anderer Vereinbarung das UN-Kaufrecht gilt? Wie viele mögen bei „Vertragsrecht“ an anderes als die Regelungsmaterien des GEK (etwa an dingliche Sicherheiten wie den Eigentumsvorbehalt) gedacht haben? Und schließlich: Wie viele von ihnen konnten überhaupt eine richtige Auskunft über ihr (potentielles) Rechtswahlverhalten geben? Die Eurobarometer-Umfrage fragt leider nur Meinungen ab, ohne Kontrollfragen über den Informationsstand der Antwortenden zu stellen. Dass es hierum nicht unbedingt bestens bestellt ist, lässt sich ansatzweise an der Beantwortung einer Frage nach dem auf grenzüberschreitende B2B-Geschäfte der Befragten anwendbaren Recht erkennen: Hier konnten oder wollten 17 % keine Auskunft geben, und eine breite Mehrheit von 60 % war der Ansicht, ihr eigenes nationales Recht finde Anwendung.²² Berücksichtigt man, dass aus fast allen Mitgliedstaaten (mit der Ausnahme Luxemburgs, Maltas und Zyperns) gleich große Gruppen befragt wurden,²³ ist es unwahrscheinlich, dass sich nicht ein deutlicher Teil dieser Mehrheit geirrt hat. Dann aber drängt sich die Frage auf, wie ernst man es nehmen muss, wenn Befragte, die nicht einmal wissen, welchem Recht die von ihrem Unternehmen abgeschlossenen oder abzuschließenden internationalen Verträge unterliegen, in der Anwendbarkeit fremden Rechts ein gravierendes Problem sehen.
- 9 Die Fragwürdigkeit statistischer Aussagen über den unternehmerischen Bedarf nach einem EU-Vertragsrecht wird durch divergierende Ergebnisse anderer Umfragen untermauert. Beispielsweise wurde in einer Umfrage der britischen Federation of Small Businesses (FSB) unter ihren Mitgliedern der Gesichtspunkt „legal uncertainty/fear of litigation“ nur von 5 % der Befragten als Grund für einen Verzicht auf Exporte genannt.²⁴ Daraus sollte nun nicht der entgegengesetzte Schluss gezogen

²⁰ KOM(2011) 635 endg., 3, unter Berufung auf Flash Eurobarometer Nr. 320, 2011, 15.

²¹ Flash Eurobarometer Nr. 320, 15.

²² Flash Eurobarometer Nr. 320, 27.

²³ Laut Flash Eurobarometer Nr. 320, 92, wurden aus jedem Mitgliedstaat ca. 250 Unternehmen befragt, mit der Ausnahme Luxemburgs, Maltas und Zyperns, wo die Zielgröße 150 betrug.

²⁴ Vgl. die Stellungnahme des Bar Council of England and Wales vom 1.7.2011 zur Feasibility Study, 10, im Internet zugänglich unter <http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group> (abgerufen am 3.3.2012).

werden, aus divergierenden Vertragsrechten folgende Transaktionskosten seien praktisch unerheblich: Wer so verführe, verfiere mit der blinden Akzeptanz unhinterfragter unternehmerischer Selbstauskünfte in den gleichen Fehler wie die Kommission. Festzuhalten aber bleibt, dass die Dimension des Transaktionskostenproblems im Dunkel bleibt und die Kommission mit den von ihr in Auftrag gegebenen Umfragen²⁵ anstelle einer empirischen Aufklärung nur eine politisch genehme Bestätigung ihres Mandats gesucht hat.

3. Was trägt das GEK zur Lösung des Transaktionskostenproblems bei?

a) Ein Recht für alle Verträge?

Wie auch immer man die Dringlichkeit des Transaktionskostenproblem bewertet: **10** Ein Unternehmen kann Kosten, die auf der Anwendbarkeit unterschiedlicher Vertragsrechte beruhen, letztlich nur vermeiden, wenn es alle von ihm abgeschlossenen Verträge ein und demselben Recht unterstellen kann. Deshalb ist es der mit dem GEK verbundenen Zielsetzung, so man sie politisch akzeptiert und im Rahmen der unionsrechtlichen Kompetenzen für verfolgbar hält, grundsätzlich angemessen, ein zusätzliches vertragsrechtliches Regime nicht nur für B2C-, sondern auch für B2B-Geschäfte zur Verfügung zu stellen.

Gänzlich dysfunktional ist es indes mit Blick auf das Postulat „Ein Recht für alle (Kauf-)Verträge“, den Anwendungsbereich des neuen Einheitsrechts auf B2B-Geschäfte zu beschränken, an denen mindestens ein KMU beteiligt ist, wie es in Art. 7 Abs. 1 GEK-VO vorgesehen ist. Bereits ein cursorischer Blick auf die Definition des KMU in Art. 7 Abs. 2 GEK-VO, die auf die Empfehlung 2003/361/EG zurückgeht,²⁶ lehrt, dass eine solche Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des GEK aller Voraussicht nach eine prohibitive Wirkung auf die Bereitschaft zur Wahl des GEK für B2B-Geschäfte haben wird: Die Anknüpfung der KMU-Eigenschaft an die Zahl der Beschäftigten (weniger als 250 Personen) und den Jahresumsatz bzw. die Jahresbilanzsumme (höchstens 50 bzw. 43 Mio. EUR) hat zur Folge, dass ein Unternehmer teilweise nicht einmal von sich selbst und jedenfalls regelmäßig nicht von seinem potentiellen Vertragspartner weiß, ob die persönliche Qualifikation gegeben ist, die man zumindest auf einer Seite benötigt, um das GEK für B2B-Geschäfte wählen zu können. Kaum jemand wird diese Rechtsunsicherheit und das damit verbundene Risiko eines Fehlschlags der Wahl des GEK auf sich nehmen wollen. Ein auf Geschäfte unter KMU-Beteiligung beschränktes Einheitsrecht ist daher kein taugliches Instrument zur Transaktionskostenreduzierung. Mit Blick auf die EU-Kompetenz ist das nicht ohne Ironie: In dem Bestreben, den Mitgliedstaaten nicht zu viel zuzumuten, hat die Kommission den persönlichen Anwendungsbereich des GEK im B2B-Bereich so eng zugeschnitten, dass es insoweit seine Eignung zur Beseitigung des (behaupteten) Binnenmarkthindernisses verloren hat. Einen praktischen Sinn für B2B-Geschäfte kann das GEK überhaupt nur haben, wenn diese Beschrän-

²⁵ Neben der hier relevanten Umfrage für den B2B-Bereich ließ die Kommission auch eine Umfrage für den B2C-Bereich durchführen; vgl. Flash Eurobarometer Nr. 321; *European contract law in consumer transactions*, 2011.

²⁶ ABl. 2003, L 124/36. Vgl. auch den 22. Erwägungsgrund des Entwurfs.

kung beseitigt wird, was nach dem gegenwärtigen Entwurf den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.²⁷

- 12 Bedenken richten sich darüber hinaus gegen die – wiederum nur durch autonome Entscheidung der Mitgliedstaaten zu beseitigende²⁸ – Einschränkung des Anwendungsbereichs des GEK auf grenzübergreifende Geschäfte in Art. 8 GEK-VO. Ein Unternehmer, der nicht in der Lage ist, sein auf innerstaatliche Transaktionen anwendbares Heimatrecht für ein grenzübergreifendes Geschäft durchzusetzen, wird, solange an dieser Begrenzung festgehalten wird, auch durch die Vereinbarung des GEK nicht dem Problem entgehen, dass auf die von ihm abgeschlossenen Verträge unterschiedliche Rechte, nämlich mal das GEK und mal das autonome nationale Recht, Anwendung finden. Damit verharrt das GEK, was sein Potential zur Lösung des Transaktionskostenproblems im B2B-Bereich betrifft, auf dem bereits durch das UN-Kaufrecht erreichten Niveau. Einen potentiellen (nur bei hinreichender materieller Qualität realisierbaren) Mehrwert gegenüber dem UN-Kaufrecht kann das GEK in dieser Hinsicht nur bieten, wenn seine Anwendung auch für den Binnenhandel der Mitgliedstaaten eröffnet wird: Durch die Verwendung des GEK auch für innerstaatliche Geschäfte hätte ein Unternehmer, der seine nationalen und internationalen Verträge kostensparend ein und demselben Recht unterstellen will, eine echte Alternative zur Wahl seines Heimatrechts.²⁹

b) Ein Recht für alle Rechtsfragen?

- 13 Auch ein universell für B2B- wie B2C-Beziehungen und grenzüberschreitende wie innerstaatliche Geschäfte wählbares Vertragsrecht kann nur in dem Maße zur Lösung des Transaktionskostenproblems beitragen, wie es den Parteien die Konsultation fremden nationalen Rechts erspart. In der Bruchstückhaftigkeit der geregelten Materien liegt bekanntlich eine Schwäche des UN-Kaufrechts, das wesentliche Gegenstände des Vertragsrechts wie die Inhaltskontrolle von AGB oder die Regelung von Willensmängeln ausspart. Das GEK geht zwar im Umfang der Regelungsmaterien über das UN-Kaufrecht hinaus,³⁰ doch ist es weit davon entfernt, dem Ideal „Ein Recht für alle Rechtsfragen“ so nahezukommen, dass die durch Rechtsdivergenzen bedingten Mehrkosten grenzüberschreitenden Handels im Vergleich zum innerstaatlichen, einem nationalen Recht aus einem Guss unterliegenden Handel auch nur annähernd eliminiert werden könnten. Zu den Materien, die nach wie vor dem nach Maßgabe der Rom I- und der Rom II-VO³¹ zu ermittelnden innerstaatlichen Recht unterliegen, zählen nämlich nach dem 27. Erwägungsgrund des Verordnungsentwurfs

„unter anderem die Frage der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, der Wechsel der

²⁷ Art. 13 lit. b GEK-VO.

²⁸ Art. 13 lit. a GEK-VO.

²⁹ Ebenfalls für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf alle B2B- und B2C-Verträge *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, 2012, 13 (veröffentlicht im Social Science Research Network unter <http://www.ssrn.com>).

³⁰ Vgl. zur AGB-Kontrolle Art. 79 ff. GEK (dazu unten Rn. 16 ff.) und zu Willensmängeln Art. 48 ff. GEK (dazu unten Rn. 26 ff.).

³¹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007, L 199/40.

Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich der Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums sowie das Deliktsrecht. Auch die Frage, ob konkurrierende Ansprüche aus vertraglicher und außervertraglicher Haftung zusammen verfolgt werden können, ist nicht Gegenstand des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.“

Selbst in der Vertragspraxis Alltägliches wie die Sicherung der Kaufpreisforderung **14** durch einen Eigentumsvorbehalt oder die Vergewisserung über Vertretungsverhältnisse gelingt also nicht, ohne dass das jeweils kollisionsrechtlich zur Anwendung berufene staatliche Recht zu Rate gezogen wird.³² Hinzu kommt, dass das GEK außervertragliche Regelungsgegenstände wie „Informationspflichten, die zum Schutz der Gesundheit oder der Umwelt oder aus Gründen der Sicherheit auferlegt werden“³³, unberührt lässt. In Anbetracht dieser Lücken wäre es grob fahrlässig anzunehmen, die Vereinbarung des GEK erspare den Parteien die Information über nationales Recht. Allenfalls kann von einer – kaum quantifizierbaren – Reduzierung des Informationsbedarfs die Rede sein, der aber womöglich mit Abstimmungsproblemen an den Nahtstellen zwischen GEK und nationalem Recht bezahlt wird.

Nicht zuletzt gilt es zu bedenken: Niemand vereinbart ein Einheitsrecht blindlings **15** um der Einheitlichkeit willen, sondern nur, wenn es den Bedürfnissen der Parteien gerecht wird. Dies leitet zum folgenden Abschnitt dieses Beitrags über, in dem das GEK an dem für den unternehmerischen Verkehr wohl wichtigsten inhaltlichen Anforderungen gemessen wird: Ein optionales Vertragsrecht ist für Unternehmen nur dann attraktiv, wenn es erstens hinreichende Vertragsgestaltungsfreiheit bietet, zweitens die Stabilität vertraglicher Bindungen gewährleistet und drittens in seiner Auslegung und Anwendung für die Parteien vorhersehbar ist.

III. Die Qualität des GEK: Anforderungen im B2B-Verkehr

1. Gewährt das GEK hinreichende Vertragsgestaltungsfreiheit?

a) Die Inhaltskontrolle von AGB

Das GEK verzichtet nicht auf eine Inhaltskontrolle von AGB, die im unternehmerischen Verkehr verwendet werden, sondern sieht eine zwischen B2C- und B2B-Geschäften differenzierende Kontrolle von AGB auf „Unfairness“ vor: Während AGB in B2C-Geschäften in den Art. 82–85 GEK der Prüfung anhand eines Transparenzgebots, einer Generalklausel und zweier Kataloge per se sowie vermutlich unfairer Klauseln unterworfen werden, hält Art. 86 GEK für B2B-Verträge nur eine Generalklausel bereit, der zufolge eine nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung als unfair gilt (und damit gemäß Art. 79 Abs. 1 GEK für den Vertragspartner des AGB-Verwenders nicht bindend ist), wenn sie „so beschaffen ist, dass ihre Verwendung unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht“ (Art. 86 Abs. 1 lit. b GEK).³⁴ Zu berücksichtigen sind dabei nach Art. 86 Abs. 2 GEK das Wesen des Vertragsgegenstands, die Umstände des Vertragsschlusses, die übrigen Vertragsbe-

³² Näher dazu *Gsells* Beitrag in diesem Band.

³³ So der 28. Erwägungsgrund der GEK-VO.

³⁴ Die Regelung geht zurück auf das Modell des Art. 6:301 (2) der *Acquis Principles* (ACQP); vgl. auch Art. II-9:405 DCFR.

stimmungen und die Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt. Während sich diese Kriterien auch in der Generalklausel für B2C-Geschäfte wiederfinden,³⁵ hebt sich die für den B2B-Verkehr geltende allgemeine Definition der Unfairness deutlich von der auf den B2C-Bereich anwendbaren Definition der Unfairness ab: Der „gröblichen Abweichung von der guten Handelspraxis“ in Art. 86 Abs. 1 lit. b GEK steht in Art. 83 Abs. 1 GEK ein Maßstab gegenüber, der „in Bezug auf die vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der Parteien“ an ein „erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verbrauchers“ anknüpft.

- 17 Im Vergleich zum deutschen Recht mag man die Verwendung unterschiedlicher, zwischen B2B- und B2C-Verträgen differenzierender Prüfungsmaßstäbe für die Inhaltskontrolle von AGB anhand einer Generalklausel grundsätzlich als Fortschritt für die Vertragsgestaltungsfreiheit im unternehmerischen Verkehr begrüßen. Das in der Struktur der deutschen AGB-Kontrolle angelegte Übergreifen von Wertungen aus dem B2C-Bereich auf die Beurteilung entsprechender Klauseln in B2B-Verträgen wird erschwert, wenn auf ein gemeinsames, übergeordnetes Bewertungskriterium für beide Bereiche, wie es die „unangemessene Benachteiligung“ in § 307 Abs. 1 BGB darstellt, verzichtet wird. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die gesetzgeberische Trennung der unternehmerischen von der Verbraucherdimension der AGB-Kontrolle von der Rechtsprechung nicht durchgehalten wird: Immerhin liegt es nicht fern, Gesichtspunkte, die ein „erhebliches Ungleichgewicht“ vertraglicher Rechte und Pflichten begründen, auch in die Feststellung einer „gröblichen Abweichung von der guten Handelspraxis“ einfließen zu lassen.³⁶
- 18 Doch sei der Vergleich mit dem deutschen Recht hier nicht weiter vertieft: Für die Frage, ob das GEK im unternehmerischen Verkehr eine Chance im Wettbewerb der Vertragsrechte hat, ist das BGB mit seiner ausgeprägten AGB-Kontrolle sicher nicht die Referenzrechtsordnung. Die zahlreichen Klagen über die Rigidität des deutschen AGB-Rechts im B2B-Bereich, die teilweise sogar der Grund für eine Abwanderung einheimischer Unternehmen aus dem deutschen Vertragsrecht ist,³⁷ zeigen, dass die AGB-Kontrolle von unternehmerischer Seite nicht als Qualitätsmerkmal des deutschen Rechts wahrgenommen wird. Attraktiv für die Rechtswahl sind vielmehr Rechtsordnungen, die bei B2B-Verträgen auf eine flächendeckende AGB-Kontrolle verzichten. Namentlich die als neutrales Vertragsstatut beliebten Rechte der Schweiz und Englands zeichnen sich hierdurch aus: Im schweizerischen Recht findet jenseits der Grenzen des zwingenden Rechts³⁸ eine explizite zivilrechtliche Inhaltskontrolle nur in besonderen Fällen statt.³⁹ Die daneben richterrechtlich entwickelte „verdeckte“ Inhaltskontrolle reicht in ihrer Intensität nicht an das deutsche Beispiel heran.⁴⁰ Im

³⁵ Art. 83 Abs. 2 lit. b–e GEK. In Art. 83 Abs. 2 lit. a GEK gesellt sich allerdings noch der Verweis auf die – nur für B2C-Geschäfte geltende – Transparenzpflicht hinzu.

³⁶ Kritisch zum abgeschwächten Kontrollmaßstab einer „gröblichen Abweichung“ von der Handelspraxis *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann* (Fn. 29), 20.

³⁷ Vgl. zur (de lege lata und de lege ferenda geführten) Diskussion um die Rückführung der deutschen AGB-Kontrolle für den B2B-Bereich *Becker*, JZ 2010, 1098; *Berger*, ZIP 2006, 2149; *ders.*, NJW 2010, 465; *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441; *Leuschner*, JZ 2010, 875; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158; *Pfeiffer*, ZGS 2004, 401.

³⁸ Vgl. Art. 100 OR zu Freizeichnungsklauseln.

³⁹ Vgl. Art. 256 Abs. 2 lit. a, 288 Abs. 2 lit. a OR zur Mängelhaftung bei Vermietung und Verpachtung.

⁴⁰ Vgl. zur „verdeckten“ Inhaltskontrolle aufgrund der „Ungewöhnlichkeitsregel“ *Koller*, AJP 2008, 943. Daneben kennt das schweizerische Recht eine wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle

englischen Recht bezieht sich der (auf B2B-Verträge anwendbare) Unfair Contract Terms Act im Wesentlichen nur auf Freizeichnungsklauseln.⁴¹ Darüber hinaus herrscht nach wie vor die liberale Grundhaltung, die im Urteil *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* auf den Punkt gebracht wurde:

„In commercial contracts negotiated between businessmen capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne it is wrong to place a strained construction on words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning.“⁴²

Im europäischen Kontext ist diese Zurückhaltung bei der Klauselkontrolle im B2B- 19
Bereich kein Sonderfall: Nicht anders verhält es sich auch in Belgien, Bulgarien, Frankreich, Irland, Lettland, Luxemburg, Malta, der Slowakei, Spanien, Tschechien und Zypern.⁴³

Wer Unternehmen ein wettbewerbsfähiges optionales Vertragsrecht zur Verfügung 20
stellen will, darf diesen Befund nicht ignorieren. Es mag gute Gründe dafür geben, eine Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr für sinnvoll zu halten.⁴⁴ Das Rechtswahlverhalten von Unternehmen zielt nun aber offenkundig nicht auf ein möglichst hohes Kontrollniveau, sondern auf ein möglichst hohes Maß an Vertragsfreiheit. Daran gemessen, schneidet das GEK womöglich besser ab als das deutsche Recht, aber schlechter als viele andere, darunter auch für die Wahl als neutrales Vertragsstatut populäre Rechte. Auch die Lückenhaftigkeit des UN-Kaufrechts im Bereich der Inhaltskontrolle von AGB ist vor diesem Hintergrund nicht unbedingt ein Nachteil gegenüber dem GEK, sondern unter bestimmten Voraussetzungen eine Stärke: Findet neben dem UN-Kaufrecht zur Füllung der „externen Lücke“ ein nationales Recht Anwendung, das keine Inhaltskontrolle vorsieht, ist dies für Unternehmen, die an einer möglichst unbehinderten AGB-Gestaltung interessiert sind, attraktiver als das GEK.

b) Zwingendes Recht im GEK

Die Regelungen des GEK sind nach Art. 1 Abs. 2 GEK dispositiv, soweit darin 21
nicht anderes bestimmt ist. Was den B2B-Verkehr betrifft, sind die Ausnahmen von diesem Grundsatz nicht zahlreich. Soweit es etwa um den zwingenden Charakter der AGB-Kontrolle (Art. 81 GEK) oder der Bestimmungen über die arglistige Täuschung, Drohung und unfaire Ausnutzung geht (Art. 56 Abs. 1 GEK), muss man daran nicht Anstoß nehmen. Das gilt auch für die Begrenzung der Befugnis zur einseitigen Festsetzung von Preisen und sonstigen Vertragsbestimmungen, die Art. 74 Abs. 2 GEK für zwingend erklärt. Ebenso wenig überrascht die grundsätzlich zwin-

gemäß Art. 8 UWG, die jedoch ganz überwiegend als nicht effektiv bewertet wird; vgl. m.w.N. *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2009, Rn. 46.04.

⁴¹ Näher zum Unfair Contract Terms Act *Beale/Bishop/Furmston*, Contract – Cases and Materials, 5. Aufl., 2008, 995 ff.

⁴² [1980] A.C. 827.

⁴³ Vgl. zum Fehlen einer Regelung über die Inhaltskontrolle von AGB in B2B-Verträgen in diesen Staaten von *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009, Art. II.-9:405, Note 12.

⁴⁴ Es sei nicht geleugnet, dass die für das Schutzbedürfnis kennzeichnende Asymmetrie der Transaktionskosten zwischen dem AGB-Verwender und seinem Vertragspartner auch im B2B-Bereich relevant ist; vgl. etwa *Becker*, JZ 2010, 1098, 1101; *Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2007, § 307 Rn. 74.

gende Natur der Vorschriften über den Zahlungsverzug durch Unternehmer (Art. 171 GEK), von denen nur unter engen Voraussetzungen abgewichen werden kann,⁴⁵ denn hierin spiegelt sich das Vorbild der Zahlungsverzugsrichtlinie wider.⁴⁶

- 22 Bedenken weckt jedoch Art. 70 Abs. 3 GEK: Danach ist zwingend die durch Art. 70 Abs. 1 GEK statuierte Pflicht einer Partei, vor oder bei Vertragsschluss angemessene Schritte zu unternehmen, um die andere Partei auf von ihr gestellte, nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen im Sinne von Art. 7 GEK aufmerksam zu machen. Fehlt es daran, kann sich die Partei nicht auf die von ihr gestellten Vertragsbestimmungen berufen. Dadurch wird Unternehmen die Möglichkeit genommen, AGB durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zum Vertragsinhalt zu machen.⁴⁷ Die Unbestimmtheit des Wortlauts der Regelung („angemessene Schritte“) lässt darüber hinaus die Frage offen, ob sich die bisherige deutsche Praxis zur konkludenten Einbeziehung von AGB⁴⁸ bei B2B-Geschäften beibehalten lässt. Der Umstand, dass das GEK die Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr nicht allein den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss unterstellt, sondern an besondere Voraussetzungen knüpft, spricht dafür, dass das Einheitsrecht hier restriktiver ist als (beispielsweise) das deutsche Recht, ohne dass hierfür ein legitimes Schutzbedürfnis erkennbar wäre.
- 23 Ausgesprochen rigide ist schließlich die durch Art. 186 GEK angeordnete Beschneidung unternehmerischer Privatautonomie bei verjährungsmodifizierenden Vereinbarungen. Das GEK kombiniert eine kurze, mit der Erlangung der Kenntnis oder dem Kennenmüssen der rechtsbegründenden Umstände beginnende Verjährungsfrist von zwei Jahren⁴⁹ mit einer langen, mit der Fälligkeit der Leistung bzw. dem Zeitpunkt der schadensursächlichen Handlung einsetzende Verjährungsfrist von zehn Jahren, welche sich bei Schadensersatzansprüchen wegen Personenschäden auf dreißig Jahre verlängert.⁵⁰ Dieser Regelung unterliegen auch Mängelgewährleistungsrechte des Käufers. Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass sowohl die kurze als auch die lange Verjährungsfrist nach Art. 186 Abs. 2 und 3 GEK auf höchstens ein Jahr verkürzt werden darf.⁵¹ Mancher wird sich an die noch nicht allzu lang zurückliegende Zeit vor der Schuldrechtsreform erinnern, in der das deutsche Recht in § 477 BGB a.F. für die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung bei beweglichen Sachen eine Verjährungsfrist von sechs Monaten ab Ablieferung vorsah. Was noch 2001 der gesetzliche Regelfall zumindest im deutschen Recht war, gilt nun als so verwerflich, dass es nicht einmal individualvertraglich zwischen Unternehmern vereinbart werden kann. Das ist nicht nur aus Gründen der Nostalgie zu kritisieren: Mit der Vereinbarung einer kurzen Verjährung bei Sachmängeln können die Parteien eine ökonomisch sinnvolle Risikoverlagerung bezwecken, wie sie wohl auch die *ratio* von § 477 BGB a.F. war.⁵² Es ist nicht einzusehen, warum man sie daran hindern sollte.

⁴⁵ Vgl. Art. 168 Abs. 3, 4 sowie Art. 170 GEK.

⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 4, 5 sowie Art. 7 der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011, L 48/1.

⁴⁷ Vgl. dazu für das deutsche Recht *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, § 305 Rn. 53.

⁴⁸ Dazu etwa Palandt/*Grüneberg* (vorige Fn.), § 305 Rn. 52.

⁴⁹ Vgl. Art. 179 Abs. 1, 180 Abs. 1 GEK.

⁵⁰ Vgl. Art. 179 Abs. 2, 180 Abs. 2 GEK.

⁵¹ Art. 186 Abs. 2 und 3 GEK sind nach Art. 186 Abs. 4 GEK zwingend.

⁵² Zu § 477 BGB a.F. grundlegend *Leenen*, § 477 BGB: Verjährung oder Risikoverlagerung?, 1997.

2. Garantiert das GEK die im Handelsverkehr erforderliche Stabilität vertraglicher Bindungen?

Der hohe Rang des Grundsatzes *pacta sunt servanda* im Handelsverkehr erfordert grundsätzlich die Durchsetzung eines Vertrags mit dem von den Parteien vereinbarten Pflichtenprogramm. Einseitige Lösungs- oder Modifikationsmöglichkeiten und richterliche Eingriffsmöglichkeiten gehen auf Kosten der Verlässlichkeit vertraglicher Beziehungen und beeinträchtigen deren Tauglichkeit als Grundlage für nutzensteigernde Vertrauensinvestitionen der Parteien. Schutzbedürfnisse, die es – auch unter Zugrundelegung eines ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalküls – rechtfertigen können, das vertragliche Pflichtenprogramm nicht oder nicht unverändert aufrechtzuerhalten, haben demgegenüber im B2B-Geschäft einen geringeren Stellenwert. Ohne die grundsätzliche Frage nach der angemessenen Gewichtung von Schutzanliegen und vertraglicher Stabilität im unternehmerischen Verkehr aufzuwerfen, kann man immerhin einige Regelungen im GEK identifizieren, die Einbruchstellen für unkalkulierbare Durchbrechungen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* bieten und daher geeignet sind, jedenfalls diejenigen von einer Wahl des GEK abzuschrecken, die ihre Verträge einem Recht unterstellen wollen, das verlässlich für deren Durchsetzung sorgt. 24

a) Das Gebot von Treu und Glauben und die Pflicht zur Zusammenarbeit

Zu den allgemeinen Grundsätzen, die im ersten Abschnitt des ersten Teils des GEK kodifiziert sind, zählen neben der Gewährleistung der Vertragsfreiheit (Art. 1 GEK) die Pflichten der Parteien, „im Einklang mit dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln“ (Art. 2 Abs. 1 GEK) und miteinander zusammenzuarbeiten, „soweit dies im Hinblick auf die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen von ihnen erwartet werden kann“ (Art. 3 GEK). Eine Verletzung der Pflicht aus Art. 2 Abs. 1 GEK kann die pflichtwidrig handelnde Partei nach Art. 2 Abs. 2 GEK „von der Ausübung oder Geltendmachung von Rechten, Abhilfen oder Einwänden ausschließen, oder es kann sie für jeden Verlust, der der anderen Partei dadurch entsteht, haftbar machen“. Diesen Regelungen fehlen, salopp ausgedrückt, jegliche „Leitplanken“ für die Auslegung: Weder ihr Wortlaut noch ihre auf die Principles of European Law (PECL) zurückgehende Entstehungsgeschichte⁵³ sind dazu geeignet, die Interpretation so zu disziplinieren, dass richterlichen Eingriffen in das vertragliche Pflichtenprogramm klare Grenzen gesetzt sind. Im Gegenteil: Die prominente Position des Gebots von Treu und Glauben und der Kooperationspflicht lässt diese im Verhältnis zur Vertragsfreiheit als gleichrangige Komplementärgrundsätze erscheinen. Das lädt zur richterlichen Kreativität bei der Ergänzung oder Beschneidung des vertraglichen Pflichtenprogramms geradezu ein. Davon geht bei einem Recht, das sich nicht auf eine lange Tradition im Umgang mit Generalklauseln stützen kann, eine erhebliche Gefahr für die verlässliche Durchsetzung des zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsinhalts aus. 25

⁵³ Vgl. (noch deutlich knapper) Art. 1:201 f. PECL, sodann Art. III.-1:103 f. DCFR mit den zugehörigen Kommentaren und Anmerkungen.

b) Die Regelung der Irrtumsanfechtung

- 26 Weitere Risiken für die Stabilität vertraglicher Beziehungen ergeben sich aus der Regelung der Irrtumsanfechtung in Art. 48 GEK. Dem Vorbild der PECL⁵⁴ folgend, knüpft das GEK nicht wie das deutsche Recht an die Unterscheidung verschiedener Irrtumskategorien an. Ein (beliebiger) Tatsachen- oder Rechtsirrtum, dem Verlautbarungs- und Übermittlungsfehler gleichgestellt sind,⁵⁵ berechtigt vielmehr zur Anfechtung, wenn er erstens für den geschlossenen Vertrag „grundlegend“ war und die andere Partei davon wusste oder wissen musste⁵⁶ und wenn er zweitens der anderen Partei zuzurechnen ist⁵⁷ oder diese demselben Irrtum unterlag.⁵⁸ Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn die irrende Partei das Risiko des Irrtums übernommen hat oder es „nach den Umständen von ihr getragen werden sollte“.⁵⁹
- 27 Wer mit den Schwierigkeiten der Bildung von Irrtumskategorien vertraut ist, wie sie etwa im deutschen Recht im Streit um die nicht geglückte Regelung des Eigenschaftsirrturns zum Ausdruck kommen, wird dem konzeptionellen Neubeginn des Einheitsrechts einiges abgewinnen können. Auf einem anderen Blatt steht aber die Qualität der gesetzgeberischen Umsetzung des Konzepts: Gerade weil sich das Einheitsrecht hier nicht auf eine gemeinsame europäische Rechtstradition bezieht, sondern innovativ ist, bedürfen Gerichte in besonderem Maße der Anleitung durch eine präzise Begrifflichkeit, die verhindert, dass die Irrtumsanfechtung ein beliebig einsetzbares Instrument zur Lösung von unliebsamen vertraglichen Bindungen wird.
- 28 Insoweit lässt der Text des GEK viel zu wünschen übrig:⁶⁰
- Welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit von einem „grundlegenden Irrtum“ („fundamental mistake“) die Rede sein kann, ist weitgehend ungeklärt und auch nicht durch die Konsultation der vorangehenden Textstufen des Einheitsrechts sowie der dazu verfügbaren Materialien zu erhellen, die teilweise nichtssagend und teilweise irreführend sind.⁶¹
 - Art. 48 Abs. 1 lit. b (i) GEK stützt die Zurechnung schlicht auf die Verursachung des Irrtums durch die andere Partei. Während die PECL die Zurechnung noch dadurch einengen, dass der Kausalbeitrag in der Weitergabe einer Information bestehen muss,⁶² fehlt im Kommissionsvorschlag in Anknüpfung an Art. II.-7:201 Abs. 1 lit. b (i) DCFR jegliche Qualifikation der Ursache. Bleibt man beim Wortlaut, kann jedes beliebige, also auch nicht-kommunikatives Verhalten, das den Irrenden zu seiner Fehlvorstellung veranlasst hat, den Tatbestand erfüllen.

⁵⁴ Art. 4:103 PECL; vgl. auch Art. 3.2.1 f. der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 (PICC).

⁵⁵ Art. 48 Abs. 3 GEK.

⁵⁶ Art. 48 Abs. 1 lit. a GEK.

⁵⁷ Vgl. die einzelnen Zurechnungsgründe in Art. 48 Abs. 1 lit. b (i)–(iii) GEK.

⁵⁸ Art. 48 Abs. 1 lit. b (iv) GEK.

⁵⁹ Art. 48 Abs. 2 GEK.

⁶⁰ Näher zur folgenden Kritik der Irrtumsregelung im GEK *Ackermann/Franck*, Defects in Consent: An Assessment of Chapter Five of the Proposal for a Common European Sales Law, erscheint in: ERCL 2012, Heft 2, sowie bereits *Martens*, AcP 211 (2011), 845. Vgl. auch die kritischen Würdigungen der entsprechenden DCFR-Regelung durch *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 546 f.; *Huber*, in: Festschrift *Medicus*, 2009, 199; *Jansen/Zimmermann*, AcP 210 (2010), 196, 229 ff.; andererseits aber auch *Beale*, ERCL 2008, 317.

⁶¹ Näher *Ackermann/Franck* (wie vorige Fn.), unter II 1 a).

⁶² Art. 4:103 Abs. 1 lit. (a) (i) PECL.

- Art. 48 Abs. 1 lit. b (ii) GEK stützt die Verantwortung der anderen Partei darauf, dass diese eine der in den Art. 13–28 GEK niedergelegten vorvertraglichen Informationspflichten verletzt und dadurch den irrtumsbehafteten Vertragsschluss verursacht hat. Bedenkt man die Reichweite der Informationspflichten und nimmt man hinzu, dass hier kein Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem (als grundlegend im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. a GEK einzuordnenden) Irrtum, sondern zwischen der Pflichtverletzung und dem irrtumsbehafteten Vertragsschluss verlangt wird, bietet die Irrtumsregelung hier eine weitere offene Flanke. Diese fällt im B2B-Bereich nur deshalb nicht allzu groß aus, weil hier das vorvertragliche Pflichtenprogramm im Vergleich zum B2C-Bereich deutlich reduziert ist.
- Leerformelhaft und daher anfällig für divergierende Auslegungen ist die Formulierung des Ausschlusses der Anfechtung in Art. 48 Abs. 2 Var. 2 GEK: Ob das Risiko eines Irrtums „nach den Umständen“ von der irrenden Partei „getragen werden sollte“, mag sich jeder zurechtlegen, wie er will. Das kann gerade bei anfänglicher, beiden Parteien unbekannter Unmöglichkeit zum Problem werden, die als beiderseitiger Irrtum im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. b (iv) GEK grundsätzlich unter die Anfechtungsregelung fällt: Die Frage, wer in einer solchen Konstellation das Risiko zu tragen hat, ist auch durch das Studium der Materialien zu den vorangehenden Textstufen des GEK nicht aufzuklären.⁶³
- Anders als in allen Vorstufen des GEK fehlt bei den Anfechtungsregeln jegliche Bestimmung über die Verantwortlichkeit einer Vertragspartei für Drittverhalten, das einen Willensmangel der anderen Partei verursacht hat. Weil das GEK keine Regeln über die Zurechnung von Drittverhalten enthält, ist diese Lücke nicht nach Art. 4 Abs. 2 GEK ohne Rückgriff auf das einzelstaatliche Recht zu schließen. Damit erweisen die Verfasser des GEK ihrem Anliegen, den Parteien Transaktionskosten zu ersparen, keinen Dienst.

c) Die Regelung der Vertragsbestimmungen

Weiteres Potential für richterliche Interventionen, die auf Kosten der Verlässlichkeit des von den Parteien Vereinbarten gehen, birgt die Regelung der Vertragsbestimmungen in den Art. 66 ff. GEK, die, bildlich gesprochen, in vier konzentrischen Kreisen angeordnet ist.⁶⁴ Den innersten Kreis bilden Vertragsbestimmungen, die aus der Vereinbarung der Parteien abgeleitet sind.⁶⁵ Diese Bestimmungen werden ergänzt durch

- den Kreis der Vertragsbestimmungen, die auf zwischen den Parteien bestehenden oder von Unternehmen in gleicher Situation als allgemein anwendbar angesehenen Gebräuchen und Gepflogenheiten beruhen,⁶⁶
- den Kreis der Vertragsbestimmungen, die auf Vorschriften des GEK zurückgehen,⁶⁷ und schließlich
- den Kreis der Vertragsbestimmungen, die zusätzlich herangezogen werden können, wenn dies „für Belange, die nicht ausdrücklich durch die Vereinbarung der Partei-

⁶³ Die einschlägigen Illustrationen 5, 7 und 10 zu Art. 4:103 PECL sind insoweit nicht hilfreich.

⁶⁴ Vgl. bereits den entsprechenden Ansatz in Art. II.-9:101 DCFR.

⁶⁵ Art. 66 lit. a GEK.

⁶⁶ Art. 66 lit. b, 67 GEK.

⁶⁷ Art. 66 lit. c GEK.

en, durch Gebräuche, Gepflogenheiten oder Vorschriften des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts geregelt sind, notwendig ist“.⁶⁸

- 30 Grundsätzlich ist gegen die Idee einer vierschrittigen, von der Parteivereinbarung über deren Ergänzung durch Gebräuche, Gepflogenheiten und dispositives Recht zur richterlichen Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen fortschreitenden Systematisierung des Vertragsinhalts nichts einzuwenden. Bedenken weckt indes die Kodifikation des letzten Schritts in Art. 68 GEK: Die Verfasser der Regelung gaben sich zwar Mühe, einer allzu großzügigen Aufnahme nicht vereinbarter zusätzlicher Bestimmungen in den Vertrag vorzubeugen. Art. 68 Abs. 2 GEK hält den Rechtsanwender dazu an, die Verwirklichung dessen anzustreben, „was die Parteien wahrscheinlich vereinbart hätten, wenn sie die betreffenden Belange geregelt hätten“. Außerdem verbietet Art. 68 Abs. 3 GEK die Vertragsergänzung, „wenn die Parteien willentlich keine Regelung zu einer bestimmten Frage getroffen und akzeptiert haben, dass die eine oder andere Partei das Risiko trägt“. Aber es bleiben erhebliche Unsicherheiten über die Reichweite der Regelung: So genießt nach Art. 68 Abs. 1 GEK nur das „ausdrücklich“ durch Vereinbarung, Gebräuche, Gepflogenheiten oder Vorschriften des GEK Geregelte Vorrang. Darüber hinaus ist die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nicht festgeschrieben, sondern die ergänzend herangezogene Vertragsbestimmung „sollte“ diesen gemäß Art. 68 Abs. 2 GEK nur „soweit möglich“ verwirklichen. Schließlich setzt Art. 68 Abs. 3 GEK die Schwelle für den privatautonomen Ausschluss der Vertragsergänzung recht hoch an, wenn neben der „willentlichen“ Nicht-Regelung einer bestimmten Frage die Feststellung verlangt wird, dass die daraus resultierende Risikoverteilung von den Parteien „akzeptiert“ wurde. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob man nicht besser überhaupt auf eine solche Regelung verzichten sollte. Ihr Fehlen würde einen Richter, wie das Beispiel des BGB lehrt, kaum von einer ihm notwendig erscheinenden Vertragsergänzung auf der Grundlage des hypothetischen Parteiwillens abhalten und könnte jedenfalls nicht als Ermunterung zu richterlichem Aktivismus missverstanden werden.

d) Die Regelung über Vertragsanpassung oder -beendigung bei geänderten Umständen

- 31 Ähnliche Vorbehalte wie bei der Vertragsergänzung ergeben sich mit Blick auf die Bestimmung über eine Vertragsanpassung oder -beendigung bei Äquivalenzstörungen aufgrund außergewöhnlicher, nachträglicher Änderung der Umstände in Art. 89 GEK. Im unternehmerischen Verkehr würde man das Fehlen einer gesetzlichen „hardship“-Regelung schwerlich vermissen. Bekanntlich enthält auch das UN-Kaufrecht (und enthielt das BGB bis zur Schuldrechtsreform) keine derartige Bestimmung, und es scheint, dass die Kodifikation jedenfalls für den B2B-Bereich eher ein akademisches als ein praktisch dringliches Anliegen ist. Auch hier sind wieder Risiken und Nebenwirkungen eines solchen Vorhabens zu bedenken: Zum einen geht von einer gesetzlichen Regelung des Instruments der richterlichen Vertragsanpassung oder -beendigung geradezu unvermeidlich der Impuls aus, es auch einzusetzen, zumal die durch eine Veränderung benachteiligte Partei stets dazu neigen wird, auf dessen Einsatz zu drängen. Zum anderen besteht die Gefahr, dass der Anreiz der Parteien,

⁶⁸ Art. 66 lit. d, 68 Abs. 1 GEK.

durch die Vereinbarung von „hardship“-Klauseln privatautonom Vorsorge für den Fall einer Äquivalenzstörung zu treffen, beeinträchtigt wird.

3. Sind Auslegung und Anwendung des GEK vorhersehbar?

a) Mängel und Unschärfen des Gesetzestextes

Die vorangehenden Ausführungen haben bereits eine Reihe von Mängeln und Unschärfen im Text des GEK zutage gefördert, die der Vorhersehbarkeit der daraus gewonnen Auslegungsergebnisse abträglich sind. Manchem mag die vorgetragene Kritik mit Blick auf ähnliche Unvollkommenheiten der heimischen Kodifikation, deren Wortlaut auch nicht durchweg einen hohen Orientierungswert hat, zumindest teilweise ungerecht erscheinen. Aber ein solcher Vergleich hinkt: Wo ein durch gemeinsame Tradition gelenktes Verständnis fehlt, muss ein neues europäisches Vertragsrecht vor allem an den hier angesprochenen neuralgischen Punkten ein besonderes Maß an begrifflicher Konsistenz und Präzision aufweisen, um den Rechtsanwender anzuleiten. Soweit das nicht möglich ist, sollten die Gesetzgebungsmaterialien Aufschluss für die Auslegung bieten. Auch darum ist es beim GEK schlecht bestellt: Außer der Dokumentation der meist von den PECL über den DCFR (in verschiedenen Fassungen) und die Feasibility Study führenden Evolutionsstufen des Texts verfügt man als Erläuterung oft nur über – im weiteren Verlauf nur notdürftig ergänzte oder geänderte – Kommentare und rechtsvergleichende Anmerkungen zu den entsprechenden PECL-Regelungen, die ihrerseits an Dichte und Genauigkeit manches vermissen lassen. Für die Norminterpretation brauchbare, exakte Protokolle gibt es nicht (was auch für die von der Kommission⁶⁹ veröffentlichten „Synthesen“ der Sitzungen der zuletzt mit dem Entwurf befassten Expertengruppe gilt). So begibt man sich der Chance, die Rechtssicherheit durch eine gehaltvolle genetische Interpretation zu fördern.

Hinzu kommt, dass die durch politische Zeitvorgaben bestimmte Vorgehensweise der Kommission in eine hektisch montierte Vorlage mündete, anstelle einer kontinuierlich voranschreitenden Diskussion die Möglichkeit zu geben, Fehler zu entdecken und zu beseitigen. Ein Beispiel für dadurch bedingte Mängel des Normtexts bietet die nicht nachvollziehbare Verwendung der Termini „Schadensersatz“ und „Verlust“: In Art. 159 Abs. 1 GEK bildet die Bezugsgröße für den „Schadensersatz“ allein der durch Nichterfüllung einer Verpflichtung entstandene „Verlust“. In Art. 160 Abs. 1 GEK werden dann aber „Verlust“ und „entgangener Gewinn“ als Positionen, die der „Schadensersatz“ umfasst, einander gegenübergestellt. Wer sich zur Beantwortung der Frage, ob denn nun mit „Verlust“ der gesamte Schaden im Sinne der Differenzhypothese oder nur das *damnum emergens* gemeint ist, den Begriffsbestimmungen in Art. 2 GEK-VO zuwendet,⁷⁰ wird mit wiederum anderen Definitionen überrascht: „Schadensersatz“ bezeichnet nach Art. 2 lit. g GEK-VO einen Geldbetrag zur Entschädigung „für einen erlittenen Verlust oder einen körperlichen oder sonstigen Schaden“. Wer nun über das neue Begriffspaar „Verlust“ und „körperliche oder sonstige Schäden“ (statt „Verlust“ und „entgangener Gewinn“) zu rätseln beginnt, wird in

⁶⁹ Im Internet unter <http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group> (abgerufen am 3.3.2012).

⁷⁰ Nebenbei sei bemerkt, dass es befremdlich ist, Bestimmungen von Begriffen, die nur in dem in Anhang I enthaltenen GEK vorkommen, nicht dort, sondern in der Verordnung selbst zu finden, wo sie überhaupt keine Rolle spielen.

Art. 2 lit. c GEK-VO darüber belehrt, dass mit „Verlust“ der materielle Verlust sowie der immaterielle Verlust „in Form erlittener Schmerzen und erlittenen Leids“ gemeint ist, „ausgenommen jedoch andere Formen des immateriellen Verlusts wie Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangene Freude“. Hier bleibt nur die Flucht in den Sarkasmus:⁷¹ Wie gut, dass es in Art. 2 lit. g GEK-VO noch die nirgendwo definierten „sonstigen Schäden“ gibt, in die der Norminterpret Beeinträchtigungen der Lebensqualität, entgangene Freude und alles, was ihm sonst noch kompensationsbedürftig erscheint, hineinlesen kann!

b) Die mangelnde Eignung des Vorabentscheidungsverfahrens zur Überwindung von Auslegungsdivergenzen

- 34 Im Vergleich zum UN-Kaufrecht verfügt das GEK immerhin über einen institutionellen Vorzug: Mit dem EuGH steht ein Gericht zur Verfügung, das Auslegungsdivergenzen zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten überwinden helfen kann. Das den mitgliedstaatlichen Gerichten (jedoch nicht Schiedsgerichten⁷² und drittstaatlichen Gerichten) Zugang zum EuGH eröffnende Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV ist allerdings zur Bewältigung der sich um die Auslegung eines Einheitsvertragsrechts rankenden Fragen kaum geeignet: Die Vielzahl der Auslegungsfragen könnte den Gerichtshof vor ein kaum zu bewältigendes quantitatives Problem stellen, wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte auch nur ansatzweise vorlagebereit sind. Hinzu kommt ein qualitatives Problem: Außer den Unterschieden der Richter in Sprache und Rechtskultur, die gerade bei den subtilen Wertungen des Vertragsrechts relevant sind, kann der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nicht in die Rolle eines Revisionsgerichts schlüpfen, das die Auslegung und Fortbildung des Privatrechts auf der Grundlage von ihm voll zugänglichen (wenn auch nicht ermittelten) Sachverhalten betreibt. Der EuGH kann die ihm gestellten Vorlagefragen allenfalls durch eine Reformulierung zurechtrücken (was nicht selten geschieht), aber der mangelnde Bezug zum Sachverhalt hindert ihn daran, den Fall unter einem dem vorliegenden Gericht verborgen gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkt zu bewerten sowie einmal gefundene Auslegungsergebnisse in späteren Entscheidungen durch „distinguishing“ unter Rückbezug auf die entschiedenen Fälle auszudifferenzieren. Ein Fallrecht, das auch in kodifizierten Systemen ganz wesentlich zur Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen beiträgt, kann sich auf diese Weise nicht ausbilden.⁷³

c) Divergenzen aufgrund der Verzahnung mit unvereinheitlichtem Prozessrecht

- 35 Schließlich wäre es eine Illusion anzunehmen, dass ein einheitlich ausgelegtes Vertragsrecht eine einheitliche Rechtsanwendung unabhängig vom Forum hervorbrächte. Die Verzahnung des materiellen Rechts mit dem nach wie vor unvereinheitlichten nationalen Zivilprozessrecht sorgt stets für Divergenzen, welche die Ergebnisse der

⁷¹ Von einem „Knäuel heterogener Begriffe“ sprechen mit Blick auf Art. 2 lit. c und g GEK-VO *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann* (Fn. 29), 25.

⁷² Zur fehlenden Vorlageberechtigung von Schiedsgerichten EuGH v. 1.6.1999 – Rs. C-126/97 (*Eco Swiss China Time*), Slg. 1999, I-3055 Rn. 34.

⁷³ Näher *Ackermann*, in: *Furrer* (Hg), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, 417, 420 ff.

Rechtsanwendung von der Wahl des Forums abhängen lassen: So ist etwa der Schadensersatz, den ein Gläubiger vom Schuldner verlangen kann, in Grund und Höhe nicht nur durch materiellrechtliche Vorgaben determiniert, sondern etwa auch durch prozessuale Regeln über Beweismaß und -mittel. Selbstverständlich ist jedes materielle Recht auf diese Weise in den prozessualen Kontext des jeweiligen Forums eingebettet; nur sollte klar sein, dass es einem bei der Wahl eines Einheitsrechts nicht anders ergeht.

IV. Die Chancen des GEK im Wettbewerb der Vertragsrechte

Die Ausgangsfrage nach der Attraktivität des GEK als zweitbeste Wahl für B2B- 36
Geschäfte ist klar zu beantworten: Ohne Zugänglichkeit für alle B2B-Geschäfte und ohne inhaltliche Verbesserungen hat das GEK kaum Chancen im Wettbewerb der Vertragsrechte. Unternehmen werden die darin gewährte Vertragsgestaltungsfreiheit – namentlich im Vergleich zum schweizerischen und englischen Recht – für unzureichend halten. Sie werden darüber hinaus die Stabilität vertraglicher Bindungen durch unkonturierte Regelungen gefährdet sehen, die Eingriffe in das vertragliche Pflichtenprogramm erlauben. Schließlich werden sie zu Recht die mangelnde Vorhersehbarkeit der Auslegung des GEK fürchten. Die geringen Erfolgsaussichten des GEK in der gegenwärtigen Gestalt sind, was den B2B-Verkehr betrifft, so offenkundig, dass man sich die Frage gefallen lassen muss, ob diese Feststellung den Aufwand dieses Beitrags wert ist: Wenn die Kritik zutrifft, wird, so der naheliegende Einwand, das GEK schlicht nicht gewählt. Aber dabei wird es womöglich nicht bleiben: Gerade die Absehbarkeit des Scheiterns des Opt-in-Modells weckt den Verdacht, der jetzige Vorschlag könne nicht das letzte Ziel des Ehrgeizes der Kommission und der Anstrengungen aller an dem Projekt Beteiligten sein. Die hier vorgetragenen Überlegungen sollen auch Vorsorge treffen für den Fall, dass das GEK auf einer seiner nächsten Entwicklungsstufen den Parteien aufoktroziert wird. Im unternehmerischen Verkehr, um den es hier ging, sollte man wissen, was einen dann erwartet, wenn es bei dem jetzigen Regelungstext bleibt.

Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven

Hans Christoph Grigoleit

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	70
II. Funktionsbedingungen eines einheitlichen europäischen Kaufrechts.....	70
1. Charakteristika des Vertragsrechts und das Problem der Rechtsunsicherheit der Neukodifikation	71
a) Dispositivität.....	71
b) Systemkomplexität	71
c) Dynamik – Dominanz richterlicher Regelbildung.....	71
d) Folgerung: Kurz- und mittelfristige Rechtsunsicherheit – Transaktionskostenerhöhung.....	72
2. Anforderungen an die Entwicklung einer rechtssicheren und hochwertigen Vertragsrechtsordnung	72
a) Leistungsfähige einheitliche Zivilgerichtsbarkeit.....	73
b) Gesicherter einheitlicher Wertungsrahmen – gesamteuropäischer Diskurs.....	75
c) Systematische Geschlossenheit der Regelungsmaterie.....	76
d) Folgerung: Auch langfristig einheitliche und rechtssichere Regelbildung nicht gewährleistet.....	77
III. Kompetenz der EU für ein einheitliches europäisches Kaufrecht.....	78
1. Negative Kompetenzaussage hinsichtlich einer systematischen Regulierung ganzer Sachgebiete auf der Basis der Querschnitts- bzw. Abrundungskompetenz	78
2. Querschnittskompetenz (Art. 114 AEUV) als Basis einer systematischen Regulierung des Kaufrechts.....	79
a) Allgemein: Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Angleichung des Kaufrechts.....	79
aa) Erfordernis einer qualifizierten Binnenmarktrelevanz.....	79
bb) Keine qualifizierte Binnenmarktrelevanz dispositiver Regelungen	80
cc) Keine qualifizierte Binnenmarktrelevanz der Pluralität der Kaufrechtsordnungen.....	81
dd) Mangelnde Eignung des GEK zur Behebung etwaiger Marktstörungen bzw. zur Senkung von Transaktionskosten	82
ee) Einschätzungsprärogative der Kommission – Verfehlung der Anforderungen einer Mindestplausibilität	82

ff) Folgerung: Keine systematische Regulierung des Kaufrechts auf der Basis von Art. 114 AEUV	83
b) Besonderheiten der optionalen Ausgestaltung.....	83
aa) Die Frage der Angleichungswirkung eines optionalen Instruments.....	84
bb) Fehlen einer hinreichenden Binnenmarktrelevanz.....	85
cc) Folgerung: Keine kompetenzielle Legitimierung durch die optionale Ausgestaltung des GEK.....	85
3. Abrundungskompetenz (Art. 352 AEUV).....	85
IV. Ergebnisse und Stabilitätskriterien eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts.....	87

I. Einleitung

- 1 Nach den Verlautbarungen der EU-Kommission soll das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEK) „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ schaffen und dadurch die Effektivität des Binnenmarkts steigern. In der Tat sind „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ elementare Qualitätsfaktoren einer Vertragsrechtsordnung, zweifelsfrei sind diese Prinzipien auch unverzichtbare Bausteine des Binnenmarkts. Es fragt sich aber, ob das EU-Kaufrecht dem Anspruch, „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ zu gewährleisten, gerecht werden kann. Diese Frage markiert bei der Bewertung des GEK den entscheidenden Prüfstein und sie prägt auch die Erwägungen, die ich Ihnen heute präsentieren möchte.
- 2 Die Gewährleistung von „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ im Vertragsrecht ist zunächst von einigen fundamentalen *Funktionsbedingungen* abhängig, deren Identifikation und Heranziehung zur Bewertung des GEK den ersten Schwerpunkt meines Vortrags bilden. Im zweiten Schwerpunkt werde ich mich dem Problem der *EU-Kompetenz* zuwenden. Auch diese Frage wird in hohem Maße durch die Kriterien „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ geprägt, beruft sich doch die Kommission für den Entwurf eines GEK auf die Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV und zur Ausfüllung des Binnenmarktbezugs auf besagte Prinzipien. Im Anschluss an meine – im Wesentlichen kritische – Beurteilung des vorliegenden Entwurfs werde ich schließlich versuchen, alternative *Perspektiven* einer Weiterentwicklung des europäischen Vertragsrechts zu skizzieren und wesentliche Kriterien zu bezeichnen, von denen eine europarechtlich fundierte und – gerade auch im Lichte der Postulate „Rechtssicherheit und Vertrauensschutz“ – hochwertige Vertragsrechtsordnung abhängt.

II. Funktionsbedingungen eines einheitlichen europäischen Kaufrechts

- 3 Die Funktionsbedingungen einer hochwertigen Vertragsrechtsordnung stehen in einem engen Zusammenhang zu verschiedenen Charakteristika des Vertragsrechts, namentlich zu dessen grundsätzlicher Dispositivität, Systemkomplexität und Dynamik.

1. Charakteristika des Vertragsrechts und das Problem der Rechtsunsicherheit der Neukodifikation

a) Dispositivität

Das Vertragsrecht wird in einer freien Gesellschaft traditionellerweise durch Normen dispositiven Charakters beherrscht, also durch Vorschriften, die unter dem Vorbehalt einseitiger oder vertraglicher Abbedingung stehen. Angesichts des Vorrangs individueller Erklärungen und Vereinbarungen sind solche Regelungen nur insoweit sinnvoll, als sie den typischen Parteiwillen realistisch widerspiegeln; anderenfalls ist eine breitflächige Umgehung zu erwarten bzw. haben dispositive Regeln den Charakter einer Falle für unaufmerksame Parteien. Die Abhängigkeit des dispositiven Vertragsrechts vom typischen Parteiwillen begrenzt von vornherein den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. Diese Gestaltungsbegrenzung gilt für die EU als Normgeber gleichermaßen wie für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.¹

b) Systemkomplexität

Im Vertragsrecht kommt (wie grundsätzlich auch im übrigen Privatrecht) der systemischen Rationalität eine herausragende Rolle zu. Denn das Vertragsrecht ist unentrinnbar durch ein vielschichtiges Zusammenspiel verschiedener, sich überlagernder Normkomplexe gekennzeichnet. Man mag etwa daran denken, dass falsche Angaben bei Vertragsschluss eine Berücksichtigung der Auslegungsregeln, des Irrtumsrechts, der Haftung aus culpa in contrahendo sowie der Vertragshaftung (etwa für Sachmängel) oder auch der deliktischen Haftung erforderlich machen können. Diese und ähnliche Wechselwirkungen bedingen, dass eine Einzelregelung zumeist nicht isoliert, sondern nur in ihrem Zusammenspiel mit anderen Vorschriften bewertet werden kann. Zusätzliche Komplexität entsteht aufgrund der Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien. Das Vertragsrecht muss der nahezu unerschöpflichen Vielfalt kautelarischer Kreativität Rechnung tragen, was auf einen dauernden Verfeinerungs- und Differenzierungsprozess hinausläuft.

c) Dynamik – Dominanz richterlicher Regelbildung

Die Systemkomplexität sowie die Wechselwirkung zwischen Gesetz und Parteigestaltung machen ein besonders hohes Maß an Flexibilität bei der Regelbildung erforderlich. Dem Vertragsrecht ist eine besondere Dynamik eigen, es bedarf ständiger Präzisierung, Aktualisierung und Modifikation. Um dieser Dynamik Rechnung zu tragen, ist die Konzeption und Entwicklung einer hochwertigen Vertragsrechtsordnung in besonderem Maße auf richterliche Regelbildung angewiesen. Die Rechtsprechung ist besser als die Legislative zur flexiblen Regelbildung geeignet, da sie aufgrund des Falleinlaufs ständig mit neu auftretenden Rechtsproblemen konfrontiert und auch gezwungen ist, dafür zeitnahe Lösungen zu entwickeln. Außerdem beeinträchtigen die besondere Systemkomplexität und die ausgeprägte Technizität des Vertragsrechts eine sachgerechte Aufarbeitung von Wertungskonflikten im parlamentarischen Verfahren und im politischen Prozess.²

¹ Näher *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 51, 59.

² Näher *Grigoleit* (Fn. 1), 51, 67 ff.

- 7 Demgemäß stammt in allen Vertragsrechtsordnungen – auch in denjenigen mit kodifiziertem Normbestand – die ganz überwiegende Zahl der praktizierten Regeln aus dem Richterrecht und aus traditioneller Überlieferung. Gesetzliche Regeln bilden nur einen groben Rahmen, der erst durch vielfältige richterliche Konkretisierungen erschlossen werden muss. Für das deutsche Vertragsrecht lässt sich dies etwa schon äußerlich gut am „Palandt“ demonstrieren: Die positivrechtlichen Vorgaben bilden einen quantitativ vernachlässigbaren Bruchteil der verhältnismäßig konzentriert präsentierten Sammlung des praktizierten Rechts. Auch an der Regelungsstruktur moderner Privatrechtsordnungen lässt sich die quantitative Dominanz des Richterrechts leicht ablesen, etwa an der Vielzahl von Generalklauseln, die – wie etwa die Angemessenheitskontrolle von AGB – mit einer offenen Normsetzungsdelegation an die Gerichte verbunden sind, oder an der zentralen Bedeutung normativ-offener Kriterien, denen (weniger offen, aber mit gleicher Wirkung) ebenfalls erst durch richterliche Konkretisierung ein praktikabler Gehalt zugewiesen werden muss – wie etwa das Mangel- oder Schadenskriterium.

d) Folgerung: Kurz- und mittelfristige Rechtsunsicherheit – Transaktionskostenerhöhung

- 8 Eine neue gesetzliche Vertragsrechtsordnung ersetzt daher nicht etwa nur einen Regelsatz durch einen anderen. Vielmehr werden mit der Geltung der neuen Ordnung gleichzeitig die in den vorhandenen Rechtsordnungen praktizierten richterrechtlichen Konkretisierungen vernichtet. Sie müssen in einem jahrzehntelangen Prozess neu geschaffen werden. Schon deswegen kann die erwünschte Rechtssicherheit allenfalls langfristig hergestellt werden.
- 9 Kurz- und mittelfristig ist die europäische Kaufrechtsordnung vielmehr zunächst – ganz unvermeidlich und ungeachtet ihrer Qualität – im Vergleich zur Anwendung einer entwickelten mitgliedstaatlichen Ordnung mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden, die zusätzliche Transaktionskosten auslösen. Dieser zusätzliche Aufwand stellt die von der Kommission behauptete Attraktivität des GEK für Unternehmen in Frage; das Schattendasein, in dem das UN-Kaufrecht dahin dümpelt, bekräftigt die mangelnde Attraktivität derartiger juristischer Experimente. Zu betonen ist auch, dass die mit der Konkretisierung des neuen Gesetzes verbundenen Transaktionskosten sicher anfallen, während die von der Kommission behauptete Transaktionskostensenkung für Unternehmen durch eine einheitliche Wahlordnung in hohem Maße unsicher ist.
- 10 Es ist irritierend, dass dieser unzweifelhafte Zusammenhang in den Verlautbarungen der Kommission nicht offengelegt, sondern der Eindruck erweckt wird, als werde ein Regelsatz durch einen anderen ausgetauscht. Man mag diese wohl strategische Verkürzung der sachlichen Rahmenbedingungen als Indiz dafür sehen, dass die Kommission selbst das sachliche Fundament ihres eigenen Projekts als schwach erkannt hat.

2. Anforderungen an die Entwicklung einer rechtssicheren und hochwertigen Vertragsrechtsordnung

- 11 Vom Problem der (unvermeidlichen) *mittelfristigen* Rechtsunsicherheit ist die Frage zu unterscheiden, ob das GEK *langfristig* zu einem hochwertigen und rechtssicheren Vertragsrecht entwickelt werden kann. Hierfür lassen sich – wiederum im Lichte

der angesprochenen Charakteristika des Vertragsrechts – vier wesentliche Funktionsbedingungen formulieren: Eine leistungsfähige einheitliche Zivilgerichtsbarkeit, die systematische Geschlossenheit der Regelungsmaterie, ein einheitlicher Wertungsrahmen sowie schließlich ein europaweiter wissenschaftlicher Regeldiskurs.

a) Leistungsfähige einheitliche Zivilgerichtsbarkeit

Angesichts der Dominanz des Richterrechts ist die Leistungsfähigkeit der Zivilgerichtsbarkeit die wichtigste Funktionsbedingung einer rechtssicheren und hochwertigen Vertragsrechtsordnung. Im europäischen Kontext und im Lichte der Zielsetzung, mit dem GEK einheitliche Kaufrechtsregeln verfügbar zu machen, kann es nicht genügen, auf die Leistungsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zu verweisen. Vielmehr kommt es vor allem darauf an, dass eine europaweit einheitliche Regelbildung institutionell sichergestellt ist. Moderne Rechtsordnungen haben dafür eine Zivilgerichtsbarkeit eingerichtet, die durch elaborierte Verfahrensregeln, insbesondere durch einen Instanzenzug und durch die Verankerung einer letztentscheidenden Revisionsinstanz, (auch) die Qualität und die Einheitlichkeit richterrechtlicher Regelbildung gewährleistet. **12**

Bekanntlich existiert keine einheitliche europäische Zivilgerichtsbarkeit und es ist offenbar auch nicht daran gedacht, eine solche einzurichten. Die einzige Verfahrensvorkehrung, die anlässlich des GEK zur Sicherstellung einheitlicher Rechtsprechung getroffen werden soll, ist die Einrichtung eines europaweiten Entscheidungsregisters. Dies ist zwar eine untadelige Initiative, jedoch dürfte außer Zweifel stehen, dass die bloße Transparenz von Entscheidungen deren Einheitlichkeit nicht sicherstellen kann; keine moderne Privatrechtsordnung begnügt sich bei der Herstellung von Rechtseinheit mit einem derartigen Publizitätsmodell. Nur am Rande sei erwähnt, dass für einen liquiden Austausch vermittels des Entscheidungsregisters auch die europäische Sprachenvielfalt ein kaum überwindliches Hindernis bildet. **13**

Die Befürworter des GEK gehen offenbar davon aus, dass die Einschaltung des EuGH die Einheitlichkeit der Regelbildung im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV in hinreichendem Maße befördern kann. Tatsächlich würden Auslegungsfragen, die sich bei der Anwendung des GEK stellen, grundsätzlich Anlass zu einem Vorabentscheidungsverfahren geben, da das GEK als Unionsrecht zu qualifizieren ist. Jedoch ist das Vorabentscheidungsverfahren als Substitut einer einheitlichen Zivilgerichtsbarkeit oder auch nur als eine Art Revisionsverfahren gänzlich ungeeignet. Vielleicht mag man sich dafür wiederum vergegenwärtigen, dass keine moderne Privatrechtsordnung im Rahmen ihrer Zivilgerichtsbarkeit ein vergleichbares „Revisionsverfahren“ eingerichtet hat. Mit gutem Grund: Das Vorabentscheidungsverfahren als solches ist kein funktionstüchtiges Revisionsverfahren. **14**

Zu Recht ist verschiedentlich dargetan worden, dass der EuGH kapazitätsmäßig überfordert wäre, wenn privatrechtliche Rechtsverhältnisse umfassend europarechtlich geregelt würden.³ Man mag sich nur vergegenwärtigen, dass allein die Fluggast- **15**

³ Vgl. etwa *Canaris*, EuZW 1994, 517; *Borges*, Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, 1999, 81; *Jansen*, ZEuP 2010, 69, 73, 82 f.; *Zimmermann*, Juristische Blätter 2012, 2, 20. Kritisch zu diesem Argument *M. Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im Europäischen Privatrecht, 2009, 57 ff.; *Schillig*, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, 2009, 259 f.

rechte-VO in kurzer Zeit 22 Vorabentscheidungsverfahren ausgelöst hat.⁴ Das Kapazitätsbedenken ist indes verhältnismäßig einfach durch erweiternde Maßnahmen auszuräumen. Auch trifft es nicht den strukturellen Kern des Problems: Dieser liegt darin, dass der EuGH gem. Art. 267 AEUV im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens lediglich zur Auslegung, nicht aber zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts berufen ist.⁵ Die Funktion des EuGH hat den Charakter einer verbindlichen Begutachtung von isolierten und abstrakten Rechtsfragen.⁶ Demgegenüber ist das Gericht nicht befugt, einen konkreten Rechtsstreit unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte zu entscheiden, es fehlt ihm mithin die umfassende *Streitgegenstandsverantwortlichkeit*.⁷ Die damit verbundene Distanz zum Streitfall beeinträchtigt eine erschöpfende Verarbeitung des maßgeblichen Tatsachen- und Normmaterials.⁸ Die Einheitssicherungsfunktion des Gerichts ist ferner von der – sehr unterschiedlich ausgeprägten – Vorlagebereitschaft der nationalen Gerichte abhängig.⁹ Selbst wenn aber eine Vorlage stattfindet, so kann das Gericht – in seiner Beschränkung auf die vorgelegte „Auslegungsfrage“ – noch nicht einmal autonom systematisch übergreifende Rechtsfragen „an sich ziehen“. Insgesamt lässt sich sagen, dass eine derart kastrierte Revisionsinstanz eine einheitliche und hochwertige Konkretisierung und Fortbildung des EU-Vertragsrechts nicht zu gewährleisten vermag.

- 16 Es kommt hinzu, dass das Vorabentscheidungsverfahren die instanzgerichtlichen Verfahren, wenn das GEK durch Wahl der Parteien zur Anwendung kommen sollte, in auffälliger Weise kompliziert und erschweren würde. Denn nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ist auch den Instanzgerichten jederzeit die Vorlage von europarechtlichen Auslegungsfragen an den EuGH gestattet, allein die Verpflichtung zur Vorlage konzentriert sich gem. Art. 267 Abs. 3 auf die letztinstanzlichen Gerichte.¹⁰ In jeder Instanz kann das Verfahren daher durch Vorlagen an den EuGH verzögert werden. Angesichts der vielfältigen Konkretisierungsbedürfnisse einer jungen Vertragsrechtsordnung kann man sich durchaus vorstellen, dass der Vorlagedruck zu außerordentlichen Verfahrenerschwernissen führen wird. Gänzlich unpraktikabel ist schließlich das Zusammenspiel zwischen den mitgliedstaatlichen Revisionsinstanzen und dem EuGH: Die Vorlagepflicht der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte lässt deren grundsätzliche Kompetenz zur letztverbindlichen Konkretisierung des Privatrechts und damit ihre höchstrichterliche Revisionsfunktion unberührt, solange die zu entscheidenden Lebenssachverhalte ganz überwiegend nach mitgliedstaatlichem Recht zu beurteilen sind und die Vorlagepflicht lediglich punktuelle Einzelfragen betrifft. Es liegt aber in der Konsequenz des – in der bisherigen Rechtsetzungspraxis beispieldosen – Plans des GEK-Entwurfs, Rechtsstreitigkeiten zur Gänze europäischem Recht

⁴ Näher und m.w.N. *Riehm*, in: Gsell/Hau, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, 2012 (im Erscheinen), II 1.

⁵ *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, 538 f. und 578; *Röthel*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2006, § 12 Rn. 10. Vgl. zu den Konsequenzen hieraus auch *Riehm*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, 83, 107 f.

⁶ Hierzu näher *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, 539. Vgl. auch *Mak*, ZEuP 2010, 129.

⁷ Näher *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 389 f.

⁸ I.d.S. und näher *Ackermann*, in: Furrer, Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 417, 421 f. und 434 ff.

⁹ Für einen „Konkretisierungsdialog“ zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, 381 ff.; *Schillig* (Fn. 3), 274 f.

¹⁰ Vgl. zur Vorlagepflicht ausführlich *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Aufl., 2011, Art. 267 AEUV Rn. 61 ff.

zu unterwerfen. Dadurch wird die spezifische Revisionsfunktion der mitgliedstaatlichen Gerichte weitgehend entwertet, ohne dass – wie soeben dargetan – eine leistungsfähige Revisionsinstanz an deren Stelle gesetzt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine europäische Zivilgerichtsbarkeit, die dem GEK auf lange Sicht eine konkrete, rechtssichere Gestalt geben könnte, nicht existiert.¹¹ Das Vorabentscheidungsverfahren kann die Funktion eines einheitsstiftenden Revisionsverfahrens nicht effektiv erfüllen, sondern es würde vielmehr gleichzeitig – angesichts der Vielzahl der auftretenden Auslegungsfragen – die „instanzgerichtlichen“ Verfahren in den Mitgliedstaaten erheblich destabilisieren. Der Unzulänglichkeit der europarechtlichen Verfahrensvorkehrungen stellt übrigens aus systematischer Perspektive auch die kompetenzielle Legitimität des GEK nach Maßgabe des AEUV in Frage: Wenn eine weitgreifende, systematische und dynamische Regelungsmaterie wie das Kaufrecht durch ein Zusammenspiel zwischen den nationalen Zivilgerichten und dem EuGH, wie es im AEUV vorgesehen ist, nicht bewältigt werden kann,¹² dann liegt es nahe anzunehmen, dass der Union eine derart breitflächige privatrechtliche Regelbildung durch den AEUV nicht zugestanden ist. Anders formuliert: Der u.a. in Art. 267 AEUV zum Ausdruck gebrachte Verzicht auf eine effektive europäische Zivilgerichtsbarkeit konkretisiert den Grundsatz der beschränkten Einzelmächtigung materiellrechtlich dahingehend, dass eine (systematisch übergreifende) Regulierung ganzer privatrechtlicher Lebenssachverhalte grundsätzlich nicht gestattet ist. Darauf wird zurückzukommen sein (unter III.).

b) Gesicherter einheitlicher Wertungsrahmen – gesamteuropäischer Diskurs

Die zweite Funktionsbedingung eines hochwertigen einheitlichen Vertragsrechts betrifft den Wertungsrahmen, an dem sich eine künftige richterliche Konkretisierung des GEK ausrichten könnte. Die elementare Funktion des Richterrechts in der vertragsrechtlichen Regelbildung weist den außerpositiven Quellen, aus denen die Richter schöpfen können, eine ebenso elementare Rolle zu: Je klarer und gesicherter der Wertungsrahmen, desto verlässlicher die richterrechtliche Regelbildung.

Auch in diesem Punkt ist die Perspektive für die Entwicklung des GEK ungünstig: Es dürfte außer Zweifel stehen, dass sich die europäischen Vertragsrechtsordnungen deutlich im Hinblick auf grundlegende Wertungen (Liberalität, Sozialschutz, Formalisierungsgrad etc.) und im Übrigen auch hinsichtlich der Methodik der Regelbildung (z.B.: englisches Common Law vs. kontinentaleuropäische Kodifikationen) unterscheiden. Ohne klare und einheitliche Wertungsgrundlagen und Methoden können die nationalen Gerichte ein neues Kaufrecht nicht verlässlich zur Anwendung bringen.

Man mag sich in der Prognose der richterlichen Entfaltung des GEK an den privatrechtlichen Judikaten des EuGH im Bereich des Verbraucheracquis orientieren. Diese spiegeln (auch) das Fehlen einheitlicher Wertungsmaßstäbe wieder, etwa – ohne dass dies im Rahmen dieses Beitrags vertieft werden könnte – in ihrer Tendenz zu formalistischen Positionen oder in überraschenden und wertungsmäßig nicht stichhaltigen Differenzierungen.

¹¹ Näher zum Problem, zur Einrichtung europäischer Fachgerichte für Privatrecht und den dabei auftretenden Hindernissen *Riehm* (Fn. 4), IV 2 und 3.

¹² Ähnlich im Hinblick auf die Konkretisierung eines etwaigen CFR *Ernst*, AcP 208 (2008), 249, 267, 273.

- 21 Verschiedentlich wird die deutsche Schuldrechtsreform als Beispiel für eine weitgreifende Neuregelung genannt, die ohne größere Störungen richterlich umgesetzt werden konnte. Dieses Beispiel eignet sich indes gerade nicht für eine Prognose hinsichtlich der Umsetzung des GEK, sondern es kontrastiert vielmehr die ungünstige Perspektive des GEK. Denn die deutsche Schuldrechtsreform konnte auf den außerordentlich gut aufgearbeiteten und abgesicherten Wertungsrahmen der deutschen Privatrechtstradition aufbauen. Das riesige Material früherer Rechtsprechung konnte fortgeschrieben werden; weite Teile der Reform hatten sogar nichts anderes zum Gegenstand, als bereits praktizierte richterliche Rechtsfortbildungen gesetzesförmig zu legitimieren.
- 22 Das Fehlen eines gesicherten Wertungsrahmens steht im Übrigen in engem Zusammenhang damit, dass noch kein hinreichend intensiver gesamteuropäischer Diskurs über privatrechtliche Regelbildung etabliert ist. Die Entwicklung eines solchen wissenschaftlichen Dialogs ist die Voraussetzung dafür, dass die vielen noch vorhandenen Wertungsdivergenzen zwischen den europäischen Privatrechtsordnungen in rationaler und akzeptanzfähiger Weise aufgelöst, zumindest aber offen analysiert werden können. Es versteht sich von selbst, dass „wissenschaftlich“ in diesem Sinne nicht allein der Diskurs unter Wissenschaftlern ist, gemeint ist vielmehr ein an wissenschaftlichen Regeln ausgerichtetes Diskussionsforum über privatrechtliche Problemlösungen; die Einbeziehung der Rechtspraxis in diesen Diskurs entspricht nicht nur der Tradition, sondern ist vielmehr unverzichtbare Voraussetzung seiner Fruchtbarkeit.
- 23 In den akademischen Netzwerken sind mit den verschiedenen Modellentwürfen erste Pionierleistungen auf dem Weg zu einem gesamteuropäischen Privatrechtsdiskurs erbracht worden, der den Boden für einen langfristigen, systematischen Kodifikationsprozess bereiten könnte.¹³ Indem jedoch das GEK darauf abzielt, diese ersten Diskursfrüchte in positives Recht zu verwandeln, wird der Regelbildungsprozess in voreiliger und unnötiger Weise abgekürzt, ja geradezu auf den Kopf gestellt. Das Ergebnis wäre – wie auch die Beiträge auf unserer heutigen Tagung zeigen – ein Niveau der Regelbildung bzw. der institutionellen Einkleidung, das für ein Gesetzgebungsvorhaben nicht vertretbar ist.¹⁴

c) Systematische Geschlossenheit der Regelungsmaterie

- 24 Das dritte Postulat einer hochwertigen einheitlichen Vertragsordnung besteht schließlich darin, dass die Einheitsregeln die erfassten Kaufgeschäfte bzw. die daraus resultierenden Rechtsstreitigkeiten weitgehend erschöpfend behandeln. Ein Unternehmen muss sich anlässlich der Wahl des GEK darauf verlassen können, dass es seine vertraglichen Dispositionen allein an dessen Regeln orientieren muss. Nur eine solche systematische Geschlossenheit der Regelungsmaterie kann Rechtsvereinheitlichung gewährleisten und ist geeignet, langfristig Rechtssicherheit und Transaktionskostensparnis zu generieren. Wenn die Unternehmen demgegenüber gewärtigen müssen, in wichtigen Einzelfragen mit mitgliedstaatlichem Recht konfrontiert zu werden, kann der Vereinheitlichungsplan nicht verwirklicht werden.

¹³ I.d.S. bezogen auf den DCFR etwa *Ernst*, AcP 208 (2008), 249, 277; *Schulte-Nölke*, NJW 2009, 2161, 2164, 2166.

¹⁴ Vgl. etwa die kritischen regelbezogenen Analysen in diesem Band. Ferner etwa *Zimmermann*, Juristische Blätter 2012, 2, 21.

Ungeachtet dieser Zusammenhänge ist die Konzeption des GEK planmäßig lückenhaft. Die Erwägungsgründe selbst listen eine große Zahl von Problemkomplexen auf, die im GEK nicht geregelt sind und hinsichtlich derer wiederum auf mitgliedstaatliches Recht verwiesen wird. Da für das Problem der Lückenhaftigkeit auf dieser Tagung ein eigenständiger Vortrag reserviert ist,¹⁵ kann ich mich insoweit auf einige exemplarische, besonders wirkungsmächtige Lücken beschränken: So bleibt etwa die mitgliedstaatliche Inhaltskontrolle nach dem Sittenwidrigkeitskriterium unberührt. Dies ist vor allem deswegen problematisch, weil die Inhaltskontrolle nach den nationalen Sittenwidrigkeitsstandards in unkalkulierbarer Weise mit der im GEK verankerten „AGB-Kontrolle“ nach dem Maßstab der „unfairness“ kollidiert. Man vergewärtige sich etwa, dass das Sittenwidrigkeitsverdict in der deutschen Rechtspraxis vor Inkrafttreten des ABGB als Instrument der AGB-Kontrolle und nach deren Positivierung als komplementäre Rechtsfigur herangezogen worden ist. In anderen europäischen Staaten wird auf der Basis des Sittenwidrigkeitsverdicts eine generelle richterliche Inhaltskontrolle betrieben. Die Konkurrenz zwischen der im GEK vorgesehenen „AGB-Kontrolle“ und den mitgliedstaatlichen Sittenwidrigkeitsstandards konterkariert den Plan der Kommission, den Unternehmen die Verwendung einheitlicher Vertragsbedingungen zu ermöglichen – und damit ein ganz entscheidendes Legitimationselement des GEK.

Als weitere Lücke sei das Recht der Stellvertretung erwähnt: Dessen mitgliedstaatliche Regelung führt etwa dazu, dass der Plan, den Vertragsschluss einheitlich zu regeln, nicht aufgeht: So bleibt etwa die – im E-Commerce sehr wichtige – Frage der Zurechnung einer Fremdnutzung von Kennwörtern, Zahlungskarten etc. den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überantwortet (insbes.: Vertretungsmacht; Rechtscheinsregeln). Auch der Verzicht auf eine Regelung des Eigentums führt zu einschneidenden Überlagerungen, etwa bei einer (gewünschten) Lieferung unter verlängertem Eigentumsvorbehalt. Schließlich bleibt durch die Verweisung auf das mitgliedstaatliche Deliktsrecht die Schadensersatzhaftung des Verkäufers für Produktmängel in wesentlichen Teilen mitgliedstaatlichem Recht überantwortet.

Die Lückenhaftigkeit des GEK in diesen und anderen Fragen führt dazu, dass auch in seinem Anwendungsbereich eine Abstimmung mit 27 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erforderlich bleibt. Das neue Kaufrecht schafft daher aufgrund seiner Lückenhaftigkeit ein unkalkulierbares Potpourri aus europäischem und nationalem Recht, nicht aber effektive Rechtseinheit und schon gar keine Rechtssicherheit.¹⁶

d) Folgerung: Auch langfristig einheitliche und rechtssichere Regelbildung nicht gewährleistet

Auch langfristig mangelt es im potenziellen Anwendungsbereich des GEK an den Funktionsbedingungen für die Einheitlichkeit und Rechtssicherheit der Rechtsfindung: Es fehlt insbesondere an einer einheitlichen, leistungsfähigen Zivilgerichtsbarkeit, die das Kaufrecht zuverlässig konkretisieren könnte. Auch haben sich noch kein einheitlicher europäischer Wertungsrahmen und keine gesicherte Methodik herausgebildet, so dass die wesentlichen inhaltlichen Steuerungselemente einer verlässlichen Regelbildung fehlen. Schließlich bietet das GEK auch aufgrund seiner Lückenhaft-

¹⁵ S. den Beitrag von *Gsell* in diesem Band sowie *Zimmermann*, Juristische Blätter 2012, 2, 9 f.

¹⁶ Vgl. bereits *Grigoleit*, ZSE 2011, 560, 566 ff. (Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags).

tigkeit und Angewiesenheit auf mitgliedstaatliche Ergänzung keine hinreichende Gewähr für eine einheitliche und verlässliche Regelbildung.

III. Kompetenz der EU für ein einheitliches europäisches Kaufrecht

29 Ausgangspunkt aller Erwägungen zur EU-Kompetenz bildet stets das in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV ausdrücklich genannte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Danach haben die in den Unionsverträgen vorgesehenen Kompetenzvorschriften enumerativen Charakter, ist also die kompetenzmäßige Legitimierung eines europäischen Rechtsetzungsverfahrens von einer konkreten Kompetenzzuweisung und deren Voraussetzungen abhängig.¹⁷ Die Kommission beruft sich auf die binnenmarktbezogene Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV. Neben dieser Norm möchte ich zur Vervollständigung des Zusammenhangs hier auch die sachgebietsbezogenen Kompetenzen sowie die verschiedentlich als Alternative zu Art. 114 AEUV ins Spiel gebrachte Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV ansprechen.

1. Negative Kompetenzaussage hinsichtlich einer systematischen Regulierung ganzer Sachgebiete auf der Basis der Querschnitts- bzw. Abrundungskompetenz

- 30 Es ist bekannt, dass die EU-Verträge keine konkrete sachgebietsbezogene Kompetenz für das Kaufrecht oder gar für das Vertragsrecht vorsehen. Dieser Negativbefund wäre als solcher kaum der Erwähnung wert, wenn die EU-Verträge nicht für verschiedene privatrechtliche Sachgebiete sorgfältig eine Gemeinschaftskompetenz begründen würden: Der AEUV sieht für das Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht (Art. 81 AEUV), das Arbeitsrecht (Art. 153 Abs. 2 AEUV) und das Gesellschaftsrecht (Art. 50 II lit. g AEUV) sowie – anders als der EGV – auch für den Schutz des geistigen Eigentums (Art. 118 AEUV) sachgebietsbezogene Rechtsangleichungskompetenzen vor.
- 31 Hält man sich diese Kompetenzen vor Augen und berücksichtigt man, dass seit Jahrzehnten über die Harmonisierung im Bereich des Vertragsrechts gestritten wird,¹⁸ so hat der Verzicht der Vertragspartnerstaaten, eine eigenständige Rechtsgrundlage für Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich des Vertrags- oder Kaufrechts zu verankern, eine deutliche „beredete“ Tendenz: Es ist fernliegend, dass bedeutende Rechtsgebiete, wie etwa das gesamte Kaufrecht, einfach übersehen worden sind. Auch ist es fernliegend, dass einige Rechtsgebiete kraft besonderer Zuweisung unter EU-Kompetenz gestellt worden sind, während bei anderen Rechtsgebieten eine systematische Gebietszuständigkeit der allgemeinen Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) oder der Abrundungskompetenz (Art. 352 AEUV) überlassen werden sollte. Selbst wenn man aber eine sachgebietsübergreifende EU-Regulierung auf der Basis der Querschnitts- bzw. Abrundungskompetenz nicht generell für ausgeschlossen hält,

¹⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 (*Tabakwerberichtlinie*), Slg. 2000, I-8419, Rn. 83; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 5 EGV Rn. 8 ff.; *Bast/v. Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 10), Art. 5 EUV Rn. 13 ff. Vgl. auch BVerfG NJW 2009, 2267, 2270 ff.

¹⁸ Zu Vorschlägen, eine eigene Rechtsgrundlage für Angleichungsmaßnahmen des Privatrechts mit Binnenmarktbezug zu schaffen s. *Remien*, EuR 2005, 699, 708 f.

so hat das Fehlen einer sachgebietsbezogenen Kompetenz doch zumindest eine einschränkende Ausstrahlung auf die Voraussetzungen von Art. 114 AEUV: Das für Art. 114 AEUV prägende Kriterium des Binnenmarktbezugs kann nicht etwa pauschal auf ein systematisches Gesetzgebungswerk als Ganzes angewandt werden. Vielmehr ist ein hinreichender Binnenmarktbezug nur dann gegeben, wenn sämtliche Einzelregelungen sowie alle geregelten Teilbereiche einen hinreichenden Binnenmarktbezug aufweisen.

2. Querschnittskompetenz (Art. 114 AEUV) als Basis einer systematischen Regulierung des Kaufrechts

Im Lichte dieser Erwägungen seien nunmehr die Anforderungen der Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV näher beleuchtet. Dabei möchte ich zunächst den Umstand ausblenden, dass das GEK optional ausgestaltet ist und die Kompetenzfrage ganz allgemein für eine systematische und verbindliche Regulierung des Kaufrechts stellen. Erst danach werden die Besonderheiten der optionalen Ausgestaltung in den Blick genommen. 32

a) Allgemein: Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Angleichung des Kaufrechts

aa) Erfordernis einer qualifizierten Binnenmarktrelevanz

Die Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV gestattet „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“. Dieses Kriterium des Binnenmarktbezugs bedarf näherer Konkretisierung, wobei insbesondere der Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung zu berücksichtigen ist. 33

Für die Etablierung einer EU-Kompetenz genügen die bloße Existenz von Unterschieden zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und eine daraus resultierende abstrakte Gefahr der Entstehung von Wettbewerbsverzerrungen oder von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten nicht. Vielmehr entspricht es dem Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung, dass die Rechtsvielfalt in Europa von den europäischen Verträgen und damit auch von den europäischen Organen grundsätzlich respektiert wird. Mithin stellt die bloße Rechtsvielfalt – die zwangsläufig Kosten für die Binnenmarktakteure mit sich bringt – keinen hinreichenden Anlass für EU-Gesetzgebung dar.¹⁹ Das Vertragsrecht gehört zum unverzichtbaren Kernbereich einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung und ist daher selbstverständlicher Bestandteil der von den Unionsverträgen respektierten Vielfalt. Eine Angleichung kommt somit von vornherein nur hinsichtlich solcher Regelungen in Betracht, deren Verschiedenheit den Binnenmarkt in besonderem Maße belastet, d.h. über dasjenige Maß hinaus, das notwendig mit der grundsätzlich respektierten Rechtsvielfalt verbunden ist. 34

¹⁹ S. hierzu die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der negativen Verwirklichung der Grundfreiheiten: „Das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne des EG-Vertrags lässt sich (...) nicht allein aus dem Umstand herleiten, dass in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik niedergelassene Rechtsanwälte sich zur Berechnung ihrer Gebühren für in Italien erbrachte Dienstleistungen mit den dort geltenden Regeln vertraut machen müssen“ (EuGH, Urt. v. 29.3.2011, Rs. C-565/08, Rn. 50).

35 Dieses Gebot einer qualifizierten Belastung durch bestimmte Regeldivergenzen kommt in der Rechtsprechung des EuGH deutlich zum Ausdruck. In den sog. *Tabakentscheidungen* hat das Gericht ausgesprochen, dass die bloße Feststellung von Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen die Anforderungen der Querschnittskompetenz nicht erfüllt.²⁰ Rechtsangleichungsmaßnahmen i.S.d. Art. 114 Abs. 1 AEUV sind vielmehr von einer subjektiven und einer objektiven Komponente abhängig: Subjektiv bedarf es der Absicht der Gesetzgeber, mit den Maßnahmen zur Verbesserung der Funktionsbedingungen des Binnenmarkts beizutragen; objektiv müssen die Harmonisierungsmaßnahmen tatsächlich einen Beitrag zur Beseitigung von Hemmnissen für die Grundfreiheiten oder von Wettbewerbsverzerrungen leisten können.²¹ Der EuGH hat ferner festgestellt, dass sich die in Frage stehenden Unterschiede unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken müssen.²² Tatsächliche oder zu erwartende Wettbewerbsbeeinträchtigungen können nur dann den Erlass von Rechtsangleichungsmaßnahmen auf der Grundlage des Art. 114 AEUV rechtfertigen, wenn sie spürbar sind.²³

bb) Keine qualifizierte Binnenmarktrelevanz dispositiver Regelungen

36 Es fragt sich daher, ob der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts diesen Anforderungen gerecht werden kann. Eine qualifizierte Binnenmarktrelevanz der Divergenzen in den Kaufrechtsordnungen ist schon deswegen zweifelhaft, weil das Kaufrecht in weiten Bereichen dispositiven Charakter hat.²⁴ Dispositive Normen dienen dazu, den tatsächlichen oder hypothetischen Willen der Parteien möglichst genau widerzuspiegeln; sie stellen lediglich ein Angebot an den Markt dar, das entweder angenommen oder durch Abbedingung der Normen abgelehnt werden kann. Da die Parteien dispositive Normen selbst nach ihrem Belieben und damit auch nach ihren individuellen Präferenzen gestalten können, ist die Annahme unrealistisch, dass divergierendes dispositives Recht tatsächlich grenzüberschreitende Transaktionen verhindert. Denn sollten die Parteien die Vorschriften eines ausländischen Kaufrechts tatsächlich als Belastung empfinden, so müssen sie deshalb keinesfalls von einer Transaktion Abstand nehmen, sondern können diese im Einvernehmen mit dem Vertragspartner abbedingen. Die Last der Abbedingung einer Regelung ist ebenso wenig

²⁰ EuGH (*Tabakwerberichtlinie*), Rn. 84; EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03 (*Tabakwerberichtlinie II*), Slg. 2006, I-11573, Rn. 37.

²¹ EuGH (*Tabakwerberichtlinie*), Rn. 83 ff.; EuGH, Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 (*British American Tobacco*), Slg. 2002, I-11453, Rn. 60 ff.; EuGH (*Tabakwerberichtlinie II*), Rn. 41.

²² EuGH (*Tabakwerberichtlinie II*), Rn. 37.

²³ EuGH (*Tabakwerberichtlinie*), Rn. 106 ff.; EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89 (*Titandioxid*), Slg. 1991, I-2867, Rn. 23. Vgl. auch *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 2002, 337; *Roth*, EWS 2008, 401, 408; *Roth*, in: Gsell/Herresthal (Fn. 5), 13, 32; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, 139.

²⁴ Im Wesentlichen wie hier *Howells*, ERCL (2011), 173, 190; *Riesenhuber*, Sachverständigenanhörung BT, 6 (alle Rechtsausschuss-Stellungnahmen der Sachverständigen sind abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeungen/archiv/16_Europaeisches_Kauf_recht/04_Stellungnahmen); *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 390; *Roth*, EWS 2008, 401, 413. Im Rahmen der negativen Gewährleistung der Grundfreiheiten (keine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit wegen Abweichungsmöglichkeit) auch EuGH, Urt. v. 29.3.2011, Rs. C-565/08, Slg. 2011, 0000, Rn. 53. A.A. *Kerber/Grundmann*, Eur J Law Econ 2006, 215, 227; *Basedow et al.*, *RabelsZ* 75 (2011), 371, 390 f. Rn. 48.

ein rechtlich relevantes Hindernis wie die damit verbundene Beharrungswirkung dispositiven Rechts.²⁵

c) Keine qualifizierte Binnenmarktrelevanz der Pluralität der Kaufrechtsordnungen

Auch im Übrigen ist es nicht plausibel, dass die Unterschiedlichkeit der Kaufrechtsordnungen die Bereitschaft zu Binnenmarkttransaktionen wesentlich beeinflusst. Verbraucher dürften von vornherein nur recht diffuse Vorstellungen über die anwendbaren Kaufrechtsregelungen haben. Für sie können allenfalls bestimmte, besonders entscheidungsrelevante Kaufrechtsregelungen eine Rolle bei der Eingehung von Binnenmarkttransaktionen spielen, wie etwa das Eingreifen eines Widerrufsrechts oder die Dauer der Verjährungsfrist. Dass die anwendbare Kaufrechtsordnung insgesamt für die Vertragsentscheidung von Verbrauchern keine wesentliche Rolle spielen kann, zeigt sich etwa daran, dass das Internet-Versandhaus Amazon in seinen AGB für die meisten unbemerkt luxemburgisches Recht für anwendbar erklärt.²⁶

In Bezug auf Unternehmen – gerade auch der kleinen und mittelständischen – ist es zwar denkbar, dass die unterschiedlichen Kaufrechtsordnungen für diese zusätzliche Transaktionskosten verursachen. Jedoch fallen die Kosten, die bei Eintritt eines Unternehmens in einen ausländischen Markt durch die unterschiedlichen Kaufrechtsordnungen entstehen (Konzeption der AGB etc.), gleichermaßen auch bei der Neugründung eines inländischen Unternehmens an, zumal sich auch dieses mit der geltenden Rechtsordnung vertraut machen und seine Vertragsbestimmungen an diese anpassen muss.²⁷ Schon aus diesem Grund ist es fernliegend, den Kaufrechtsordnungen als ganzen – also ohne Bewertung der Effekte einzelner Regelungen bzw. Regelungsgebiete – eine hinreichende Binnenmarktrelevanz zuzuweisen. Darüber hinaus ist die Kaufrechtsvarianz für die Unternehmen auch deswegen kein erheblicher Faktor für ihre Entfaltung im Binnenmarkt, weil sich die damit verbundenen Unsicherheiten im Vergleich zu anderen Hindernissen der Entfaltung im Binnenmarkt nicht spürbar niederschlagen: Die eigentlichen Belastungen ergeben sich aus den Erfordernissen rechtlicher Beratung und Rechtsdurchsetzung im Ausland. Dieser Aufwand kann durch eine isolierte Kaufrechtsvereinheitlichung (in allen Amtssprachen der Union) nicht wesentlich beeinflusst werden. Was nützt dem deutschen Kleinunternehmer die Berufung auf EU-Kaufrecht, wenn er dieses in finnischer Sprache, vertreten von finnischen Anwälten, vor finnischen Gerichten und nach finnischer Verfahrensordnung durchsetzen muss?²⁸

Auch die im GEK vorgesehene Konzentration auf Binnenmarkttransaktionen kann den in Art. 114 AEUV vorausgesetzten Binnenmarktbezug nicht herstellen. Denn der Geltungsanspruch der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bezieht sich grundsätz-

²⁵ Ebenso *Riesenhuber*, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 6. Näher zum Ganzen bereits *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 370.

²⁶ *Wagner*, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 9 f. § 15 der AGB von Amazon (<http://www.amazon.de/agb>).

²⁷ Vgl. hierzu die Rechtsprechung des EuGH, derzufolge die Dienstleistungsfreiheit „Maßnahmen, deren einzige Wirkung es ist, zusätzliche Kosten für die betreffende Leistung zu verursachen, und die die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten in gleicher Weise wie deren Erbringung innerhalb eines einzigen Mitgliedstaats berühren“ nicht erfasst (EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Verb. Rs. C-544/03 u. C-545/03 (*Mobistar*), Slg. 2005, I-7723, Rn. 31).

²⁸ Vgl. bereits *Grigoleit*, FAZ v. 2.11.2011, 21.

lich ebenfalls auf zwischenstaatliche Geschäfte – wie gerade auch die europarechtlichen Vorgaben für das Kollisionsrecht zeigen. Auch im Hinblick auf Binnenmarkttransaktionen bleibt es daher bei den beschriebenen Anforderungen an eine qualifizierte Störung des Binnenmarkts und bei den gegen deren Erfüllung bestehenden Einwänden.

dd) Mangelnde Eignung des GEK zur Behebung etwaiger Marktstörungen bzw. zur Senkung von Transaktionskosten

- 40 Selbst wenn man aber die Vielfalt der Kaufrechtsordnungen in Europa als relevantes Hindernis für die Entwicklung des Binnenmarkts ansehen wollte, ist die Schaffung einer einheitlichen Kaufrechtsordnung jedenfalls unter den oben (unter Rn. 11 ff.) beschriebenen Rahmenbedingungen kein geeignetes Mittel, die Binnenmarktstörung zu beheben. Angesichts der Angewiesenheit des Kaufrechts auf richterliche Regelbildung kann ein gemeinsames europäisches Kaufrecht ohne eine europäische Zivilgerichtsbarkeit, ohne einen gesicherten Wertungsrahmen und ohne eine systematisch geschlossene Regelung von Kaufgeschäften keine hinreichende Rechtssicherheit schaffen und damit auch nicht zur Förderung des Binnenmarktes beitragen.

ee) Einschätzungsprärogative der Kommission – Verfehlung der Anforderungen einer Mindestplausibilität

- 41 Der Kommission ist bei der Beurteilung der Anforderungen des Art. 114 AEUV eine gewisse Einschätzungsprärogative zuzugestehen. Indessen beschränkt sich die Kommission in den Erwägungsgründen zum GEK-Entwurf darauf, die Beeinträchtigung des Binnenmarkts durch die Kaufrechtsordnungen sowie deren Behebung durch das einheitliche Kaufrecht mehr oder weniger pauschal zu behaupten. Es fehlt eine Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Respektierung der Rechtsvielfalt durch den AEUV, mit den Rechtssicherheitsproblemen der neuen Kaufrechtsordnung oder mit dem Fehlen einer europäischen Zivilgerichtsbarkeit.
- 42 Offenbar geht die Kommission davon aus, dass ein bloßer Hinweis auf Eurobarometer-Umfragen die Nützlichkeit eines einheitlichen europäischen Kaufrechts für den Binnenmarkt hinreichend substantizieren könnte. Indessen bilden die demoskopischen Befunde keine belastbare Basis für die Behauptungen der Kommission.²⁹ Sie vermitteln schon deswegen keinen Aufschluss über die Auswirkungen des Vorhabens auf den Binnenmarkt, weil die *mit dem GEK verbundenen* Rechtsunsicherheiten und die verbleibenden Belastungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung nicht Gegenstand der Datenerhebung waren – und auch nicht sein konnten.³⁰ Zwar wurde bei der Frage nach den *gegenwärtig bestehenden Hindernissen* des Binnenmarkts der Versuch einer Differenzierung zwischen verschiedenen Faktoren unternommen; angesichts der Überlagerung der Effekte ist eine derart differenzierende Aussage aber kaum auf plausible und seriöse Weise zu belegen.³¹ Irritierend an den aus der Studie gezogenen Schlussfolgerungen ist zudem, dass als Beleg für die belastenden Wirkungen der Varianz im Vertragsrecht auch diejenigen Stimmen „mitgezählt“ wurden, die der

²⁹ Ebenso Wagner, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 9 f.

³⁰ Vgl. Eurobarometer 321, European contract law in consumer transactions, 2011, 99 f.: Die den prognostizierten Erfolg des GEK betreffenden Fragen Q5-Q7 lassen die Gestalt eines solchen Kaufrechts und die damit verbundenen Folgen für die befragten Unternehmer im Unklaren.

³¹ Bezeichnend ist, dass diese Differenzierung in der Auswertung sogleich wieder eliminiert wurde, indem sämtliche rechtsbezogenen Hindernisse zu einer einzigen Kategorie „contract law related barriers“ zusammengefasst wurden, vgl. Eurobarometer 321, 19 f., insb. Fn. 2.

gegenwärtigen Rechtsvielfalt nur (aber immerhin?) eine minimale Relevanz bescheinigten bzw. einer Vereinheitlichung geringe Verbesserungen zutrauten.³² Ferner geht aus der Studie nicht klar hervor, wie die Stichprobe der befragten Unternehmen der Größe der Mitgliedstaaten Rechnung getragen hat; es ist nicht auszuschließen, dass eine systematische Übergewichtung der Stimmen aus den kleineren Mitgliedsstaaten stattfand.³³ Selbst wenn man aber die Aussagekraft und Repräsentativität der ermittelten Zahlen unterstellen würde, so bestätigen diese nicht den von der Kommission behaupteten Befund. Vielmehr sind die präsentierten Schlussfolgerungen der Kommission selektiv und tendenziös. So lässt sich den Umfrageergebnissen mit Deutlichkeit auch die Aussage entnehmen, dass die unterschiedlichen Kaufrechtsordnungen die große Mehrheit der Unternehmen nicht in relevanter Weise von Binnenmarkttransaktionen abhalten bzw. deren Volumen nicht wesentlich beeinflussen.³⁴

Stellt man die mangelnde Belastbarkeit und Schlüssigkeit der Umfrageergebnisse und die auch im Übrigen fehlende Plausibilisierung eines qualifizierten Binnenmarktbezugs in Rechnung, so fehlt die auch vom EuGH angemahnte³⁵ objektive Legitimationsbasis für die Querschnittskompetenz. Die Beurteilungsprärogative der Kommission steht unter dem Vorbehalt einer hinreichenden Substanziierung, sie legitimiert nicht die bloße Behauptung einer Binnenmarktrelevanz. Der breite Widerstand der Verbände – also der angeblich begünstigten Interessenträger – gegen das GEK spricht eine deutliche Sprache, wobei besonders deutlich die Übereinstimmung von Unternehmer- und Verbraucherverbänden ins Auge fällt.³⁶ **43**

ff) Folgerung: Keine systematische Regulierung des Kaufrechts auf der Basis von Art. 114 AEUV

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das GEK als hypothetisch verbindliche Kaufrechtsordnung nicht von der Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV gedeckt ist. Dieser Befund wird durch eine Testfrage bekräftigt: Wenn die EU das Kaufrecht auf der Basis des Art. 114 AEUV, also ohne sachgebietspezifische Kompetenzzuweisung, systematisch vereinheitlichen kann, welche Vereinheitlichungsmaßnahme wäre dann noch kompetenzwidrig und welchen Gehalt hätte dann noch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung? **44**

b) Besonderheiten der optionalen Ausgestaltung

Nummehr sei der Frage nachgegangen, inwieweit der optionale Charakter des Entwurfs das Kompetenzproblem beeinflusst. Hier sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen besteht Unsicherheit darüber, ob angesichts der Optionalität des GEK überhaupt eine Maßnahme der „Rechtsangleichung“ i.S.v. Art. 114 AEUV vorliegt, zum anderen ist festzustellen, ob für das optionale Instrument ein hinreichender Binnenmarktbezug besteht. **45**

³² Vgl. Eurobarometer 321, 6 f. und im Vergleich dazu 19 f., 36 f.

³³ Vgl. Eurobarometer 321, 94 f.

³⁴ Vgl. Eurobarometer 321, 36 f.; ebenso 28, wenn man bedenkt, dass hier nur diejenigen Unternehmer befragt bzw. berücksichtigt wurden, die sich durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen tatsächlich beeinträchtigt fühlten.

³⁵ EuGH (*Tabakwerberichtlinie*), Rn. 83 ff.

³⁶ *Billen*, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 2 f.; aus Sicht der KMU *Steinberger*, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 3 ff.

aa) Die Frage der Angleichungswirkung eines optionalen Instruments

- 46 Die Heranziehung von Art. 114 AEUV zur kompetenziellen Legitimierung des GEK wird verbreitet mit dem Argument in Frage gestellt, wegen des optionalen Charakters fehle der Maßnahme die „angleichende“ Wirkung i.S.v. Art. 114 AEUV.³⁷ Diese These wird durch eine Entscheidung des EuGH zur Verordnung über die Europäische Genossenschaft untermauert; das Gericht hat in diesem Judikat die Angleichungswirkung der Verordnung mit dem Argument abgelehnt, angesichts der Zulassung einer Parteiauswahl zwischen den nationalen Rechtsformen und der europäischen Genossenschaft bleibe das mitgliedstaatliche Recht unverändert, es werde lediglich durch die zusätzliche Wahlmöglichkeit überlagert.³⁸
- 47 Die Differenzierung zwischen Angleichung und Überlagerung ist nicht überzeugend. Der Begriff der Angleichung (approximation) wird ohne stichhaltige Begründung auf unmittelbare Eingriffe in das mitgliedstaatliche Recht verengt. Mit dem Wortlaut „Angleichung“ ist es ohne weiteres vereinbar, unionsrechtliche Wahlordnungen als „angleichend“ zu qualifizieren, weil einheitliches Recht gesetzt wird, dessen Geltung lediglich durch einen Erklärungsakt vermittelt wird. Auch verdrängen Wahlordnungen durchaus mitgliedstaatliches Recht, denn die „Einwahl“ in das optionale Instrument ist zugleich ein Ausschluss des mitgliedstaatlichen Rechts hinsichtlich des betreffenden Lebenssachverhalts. Richtig ist allein, dass eine Wahlordnung auf ein geringeres Angleichungsmaß, auf eine Art Teilangleichung hinausläuft. Indessen ist in Art. 114 AEUV begrifflich eben nicht etwa das Maß „totaler“ Angleichung vorgegeben. Funktional ist es vorzugswürdig, auch und erst recht „Teilangleichungen“ unter dem Vorbehalt der Parteiwahl und unter den Voraussetzungen von Art. 114 AEUV zuzulassen.³⁹ Würdigt man Wahlordnungen zutreffend als Teilangleichung, so ist die Versagung der Anwendung von Art. 114 AEUV geradezu paradox: Selbst wenn eine Wahlordnung durch einen hinreichenden Binnenmarktbezug gerechtfertigt werden könnte, könnte sie nur unter den höheren Verfahrensschranken des Art. 352 AEUV (Einstimmigkeit im Rat) erlassen werden, obwohl der Eingriff in die mitgliedstaatlichen Ordnungen von geringerer Intensität ist.
- 48 Ungeachtet dieser Einwände ist es nicht fernliegend, dass der EuGH seinen wenig überzeugenden Differenzierungsansatz auch auf ein optionales GEK übertragen und damit die Anwendung der Querschnittskompetenz ablehnen würde.⁴⁰ Es ist allerdings auch nicht auszuschließen, dass das Gericht die angedeuteten argumentativen Schwächen zum Anlass nehmen würde, die enge Auslegung der „Angleichung“ zu überdenken oder ein optionales Kaufrecht anders zu behandeln als die europäische Genossenschaft. Einen Ansatz für eine Unterscheidung der Rechtsetzungsprojekte könnte der Umstand bilden, dass die Regelung der Genossenschaft die Schaffung eines eigenständigen Rechtsträgers ermöglicht, der in dieser Form im mitgliedstaatlichen

³⁷ I.d.S. Roth, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 14 ff.; ders., EWS 2008, 401, 415; s. auch Herresthal, EuZW 2011, 7, 9; Basedow et al., RabelsZ 75 (2011), 371, 388 f.; Reding, ZEuP 2011, 1, 3; Riesenhuber, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 9; Zimmermann, Juristische Blätter 2012, 2, 19; i.E. auch Wagner, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 5 f., mit der Begründung, es sei nicht damit zu rechnen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur optionalen Harmonisierung ändern werde, obwohl diese „nicht frei von Zweifeln“ sei.

³⁸ EuGH, Urt. v. 2.5.2006, Rs. C-436/03, Slg. 2006, I-3733, Rn. 44.

³⁹ Ähnlich Leible/Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 114 AEUV Rn. 27; Leible, BB 2008, 1469, 1474 f.; Reich/Micklitz, EWS 2011, 113, 114 f.; Staudenmayer, ZEuP 2003, 828, 842 f.

⁴⁰ So auch Schulze, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 8; Leible, BB 2008, 1469, 1474.

Recht nicht vorgesehen ist, während das GEK im Fall der Parteiwahl die mitgliedstaatlichen Kaufrechtsordnungen außer Kraft setzt. Ein solches „distinguishing“ wäre zwar ebenso begriffsjuristisch wie die enge Auslegung des Angleichungskriteriums, aber vielleicht gerade deswegen eine innerhalb des EuGH mehrheitsfähige Lösung, zumal die Neigung des Gerichts zur Verwerfung von Rechtsetzungsvorhaben aus Kompetenzgründen bislang gering war und in besagter Entscheidung zur europäischen Genossenschaft ein auf Art. 352 AEUV gestütztes Verfahren bestätigt werden konnte.

bb) Fehlen einer hinreichenden Binnenmarktrelevanz

Qualifiziert man das GEK zutreffend als Angleichungsmaßnahme i.S.v. Art. 114 AEUV, so gelten dieselben Erwägungen wie bei Erlass einer verbindlichen Kaufrechtsordnung: Die Angleichungsmaßnahme muss den Anforderungen des qualifizierten Binnenmarktbezugs Rechnung tragen. Die optionale Ausgestaltung des GEK ändert nichts daran, dass im Ergebnis mitgliedstaatliches Recht außer Kraft gesetzt und die Kompetenz der Mitgliedstaaten zurückgedrängt wird; das geringere Maß der durch eine Wahlordnung veranlassten Angleichung beeinflusst die Anforderungen an den Binnenmarktbezug nicht. Mag die optionale Ausgestaltung des GEK auch dem Bemühen um eine leichtere Durchsetzbarkeit im politischen Prozess entsprungen sein, so wird diese Strategie nicht durch eine Reduktion der kompetenziellen Anforderungen befördert.

Wie bei dem (hypothetischen) Erlass eines verbindlichen Kaufgesetzbuchs ergibt es sich daher, dass der nach Art. 114 AEUV erforderliche qualifizierte Binnenmarktbezug fehlt, weil jedenfalls hinsichtlich der geplanten Regelung dispositiven Gesetzesrechts keine relevante Binnenmarktstörung zu erkennen ist, weil auch im Übrigen die Pluralität der Kaufrechtsordnungen insgesamt keinen nennenswerten Einfluss auf Binnenmarkttransaktionen hat und weil das GEK angesichts der mit seiner potenziellen Handhabung verbundenen Rechtsunsicherheit nicht geeignet ist, etwaige Marktstörungen zu beheben.⁴¹

cc) Folgerung: Keine kompetenzielle Legitimierung durch die optionale Ausgestaltung des GEK

Es ergibt sich daher, dass auch die optionale Ausgestaltung des GEK das Rechtsetzungsvorhaben nicht legitimiert. Die Berufung auf Art. 114 AEUV wird schon dadurch in Frage gestellt, dass der EuGH im Hinblick auf Wahlordnungen die Angleichungswirkung der Rechtssetzungsmaßnahme geleugnet hat. Nimmt man demgegenüber eine Angleichungswirkung an, so fehlt auch dem optionalen Instrument eine hinreichende Binnenmarktrelevanz.

3. Abrundungskompetenz (Art. 352 AEUV)

Geht man davon aus, dass der GEK-Entwurf nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, kommt allein die sog. Abrundungskompetenz⁴² gem. Art. 352 AEUV als Kompetenzgrundlage für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in Betracht. Indessen ist der GEK-Entwurf auf das Verfahren nach Art. 114 AEUV ausgerichtet

⁴¹ Vgl. zum Befund bereits *Grigoleit*, ZSE 2011, 560, 571 f. (Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags).

⁴² Zu diesem Begriff vgl. z.B. *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 17), Art. 352 AEUV Rn. 2.

und die für das Verfahren nach Art. 352 AEUV erforderliche Einstimmigkeit im Rat dürfte für das GEK-Projekt unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen kaum erzielbar sein. Die Berücksichtigung von Art. 352 AEUV hat somit gegenwärtig eine eher theoretische Bedeutung, so dass ich mich auf einige skizzenartige Erwägungen beschränken kann.

- 53** Die Kompetenzvorschrift des Art. 352 Abs. 1 AEUV verknüpft mit den strengen Zustimmungsanforderungen eine begrifflich verhältnismäßig offene Definition der zugelassenen Rechtsetzungsmaßnahmen: „Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften.“ Aus dieser offenen Formulierung wird verbreitet geschlossen, dass ein dem GEK-Entwurf entsprechendes Regelwerk auf der Basis von Art. 352 AEUV erlassen werden könnte, wenn nur die geforderte Einstimmigkeit erzielbar wäre.⁴³
- 54** Indessen sind gegen diese These gravierende Bedenken zu erheben. Das Einstimmigkeitserfordernis legitimiert schon deswegen nicht etwa jede Rechtsetzungsmaßnahme der EU, weil nicht allein eine Wahrung der Befugnisse der beteiligten EU-Organen in Frage steht, sondern auch die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen, namentlich die Kompetenzen der mitgliedstaatlichen Parlamente.⁴⁴ Die Regelung des Art. 352 AEUV ist daher – wie Art. 114 AEUV – im Lichte des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung einschränkend auszulegen. Demgemäß hat auch der EuGH gefordert, dass die Abrundungskompetenz „nicht als Rechtsgrundlage für den Erlass von Bestimmungen“ herangezogen werde dürfe, „die der Sache nach, gemessen an ihren Folgen, auf eine Vertragsänderung ohne Einhaltung des hierfür vom Vertrag vorgesehenen Verfahrens hinauslaufen“. ⁴⁵ Daher – und der systematisch treffenden Bezeichnung als Abrundungskompetenz gemäß – sollte die Befugnis des Art. 352 AEUV auf punktuelle Rechtsetzungsmaßnahmen konzentriert werden, die auf eine bloße Ergänzung anerkannter Kompetenzen hinauslaufen.⁴⁶
- 55** Gegen die kompetenzielle Zulässigkeit eines GEK-Entwurfs auf der Basis von Art. 352 AEUV sprechen danach zwei wesentliche Erwägungen: Erstens erstreckt sich der GEK-Entwurf auf das gesamte Kaufrecht, also auf ein besonders wichtiges, großflächiges Rechtsgebiet. Die Usurpation einer derart großflächigen und signifikanten Kompetenz vermittels der sogenannten Abrundungskompetenz würde das Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung gänzlich aushöhlen und auf eine unzulässige „kalte“ Vertragsänderung hinauslaufen. Zweitens sollte Beachtung finden, dass der GEK-Entwurf (angeblich) auf die Förderung des Binnenmarkts gerichtet ist, aber die objektiven Anforderungen eines hinreichenden Binnenmarktbezugs im Sinne

⁴³ Basedow et al., *RabelsZ* 75 (2011), 371, 395 f.; *Wagner*, Sachverständigenanhörung BT (Fa. 24), 6 f.; *Zimmermann*, *Juristische Blätter* 2012, 2, 19; vgl. auch *Roth*, Sachverständigenanhörung BT (Fn. 24), 20 ff.

⁴⁴ Diese sind lediglich über Art. 352 Abs. 2 AEUV in die Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips eingebunden.

⁴⁵ EuGH, *Gutachten v. 28.3.1996 (Gutachten 2/94)*, Slg. 1996, I-1759, Rn. 29 f. S. hierzu auch *Rossi* (Fn. 42), Art. 352 Rn. 72 ff., insbes. 74: „immanentes negatives Tatbestandsmerkmal“.

⁴⁶ Zutreffend *Rossi* (Fn. 42), Art. 352 Rn. 12: „Dementsprechend ist die Verwirklichung eines der Unionsziele mit Hilfe des Art. 352 nicht Vertragsdurchbrechung, sondern Vertragsanwendung, nicht Kompetenzerweiterung, sondern Kompetenzwahrnehmung.“; so bereits für Art. 308 EGV *Schwartz*, in: v. d. Groeben/Schwarze, *EUV/EGV*, 6. Aufl., 2003, Art. 308 EGV Rn. 13.

von Art. 114 AEUV verfehlt. Auch daraus ergibt sich, dass die Ergänzungsfunktion von Art. 352 AEUV überschritten ist.

Erinnert sei schließlich an die bereits erwähnte Testfrage: Wenn auf der Basis von Art. 352 AEUV eine systematische Rechtsetzung im Bereich des Kaufrechts zulässig wäre, welche Vereinheitlichungsmaßnahme wäre dann noch kompetenzwidrig und welchen Gehalt hätte dann noch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung? **56**

IV. Stabilitätskriterien eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts

Abschließend möchte ich meine Analyse der funktionalen und kompetenziellen Rahmenbedingungen des GEK-Entwurfs in einigen Thesen zusammenfassen. Gleichsam als Kehrseite der Kritik und als konstruktiver Ertrag ergeben sich elementare Voraussetzungen für eine fruchtbare Weiterentwicklung des europäischen Vertragsrechts, die ich Stabilitätskriterien nennen möchte. **57**

1. (Fehlen elementarer Funktionsbedingungen) Die institutionellen Rahmenbedingungen für die Schaffung einer verlässlichen europäischen Kaufrechtsordnung sind gegenwärtig nicht vorhanden. Insbesondere fehlt es auf europäischer Ebene an einer effektiven und einheitlichen Zivilgerichtsbarkeit, dem Entwurf mangelt es ferner an der gebotenen systematischen Geschlossenheit, für die Handhabung des Entwurfs kann nicht auf einen gesicherten Wertungsrahmen zurückgegriffen werden und schließlich gibt es noch keinen leistungsfähigen europaweiten Regelungsdiskurs. Ohne diese Rahmenbedingungen schafft eine neue Kaufrechtsordnung keine Rechtsunsicherheit, sondern zusätzliche Rechtsunsicherheit. **58**

2. (Kompetenzdefizit) Es gibt für ein europäisches Kaufgesetzbuch keine belastbare EU-Kompetenz. Der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts wird nicht durch einen qualifizierten Binnenmarktbezug gerechtfertigt, wie er von der Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV gefordert wird. Auch die Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV bietet für die systematische Regulierung eines großflächigen und elementaren Rechtsgebiets keine belastbare Basis. Die optionale Ausgestaltung des europäischen Kaufrechts behebt dieses Kompetenzdefizit ebenso wenig wie die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Binnenmarkt-Transaktionen: Denn im Ergebnis bleibt es dabei, dass durch das Europäische Kaufrecht mitgliedstaatliches Recht außer Kraft gesetzt wird. **59**

3. (Perspektiven: „Stabilitätskriterien“) Die Defizite des Entwurfs markieren gleichzeitig auch die konstruktiven Perspektiven für die Entwicklung eines hochwertigen europäischen Kaufrechts. Diese Perspektiven laufen auf einen langwierigeren und schwierigen Prozess hinaus, in dessen Rahmen zunächst die „Stabilitätskriterien“ für eine europarechtlich legitime und funktional hochwertige Kaufrechtsordnung gewährleistet werden müssen: **60**

- (1) Verständigung über die Schaffung einer belastbaren EU-Kompetenz im Rahmen einer Vertragsänderung.
- (2) Verständigung über eine einheitliche und effektive Zivilgerichtsbarkeit.
- (3) Verständigung über einen systematisch geschlossenen Regelbestand.
- (4) Verständigung über einen hinreichend gesicherten Wertungsrahmen.
- (5) Entwicklung eines leistungsfähigen wissenschaftlichen Diskurses.

4. (Verständigung auf eine einheitliche Rechtssprache) Die Gewährleistung dieser „Stabilitätskriterien“ wird in hohem Maße durch die europäische Sprachenvielfalt beeinträchtigt. Eine hochwertige einheitliche Vertragsrechtsordnung ist – angesichts **61**

der Komplexität und Vielschichtigkeit der Materie – nur um den Preis der Verständigung auf eine einheitliche Rechtssprache (Englisch) zu haben. Auch darüber bedarf es eines möglichst offenen und breiten Diskurses.

Diskussionsbericht

zu den Vorträgen von Thomas Ackermann und

Hans Christoph Grigoleit

Eingangs der von *Sebastian Herrler*, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, Würzburg, moderierten Diskussion unterstrich Dr. *Claudia Moser*, Europäische Kommission, dass es durch die unterschiedlichen Vertragsrechte eine Funktionsstörung im Binnenmarkt gebe und sich das GEK deshalb auf Art. 114 AEUV stützen könne. Die vorhandene Binnenmarktstörung könne man schon daran erkennen, dass nur ein geringer Teil der Unternehmen, ca. 10 %, in andere Mitgliedstaaten exportierten und von den exportierenden Unternehmen wiederum viele sich nur auf wenige Mitgliedstaaten beschränkten. Auch Verbraucher würden online nur wenig in anderen Mitgliedstaaten einkaufen. 1

Beim Vertragsrecht handle es sich nicht nur um dispositive Rechtsnormen; gerade im Bereich des Verbraucherschutzes gebe es viele zwingende Normen, die im grenzüberschreitenden Verkehr Probleme bereiteten. Und selbst im Bereich B2B, der durch weitgehend dispositive Regelungen geprägt sei, könne das GEK als einheitliches Regelwerk für Verträge zwischen Unternehmen einen echten Mehrwert bringen. 2

Dr. Moser räumte ein, dass die gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten ein Problem darstellten. Deshalb arbeite die Kommission auch parallel an außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen, welche die grenzüberschreitende Streitschlichtung erleichtern sollen. Für den B2C-Bereich habe die Kommission schon einen Vorschlag vorgelegt, für den B2B-Bereich sei ein Vorschlag im Herbst zu erwarten. 3

Stefan Heinze, Deutsches Notarinstitut, Würzburg, wandte sich mit seinen Anmerkungen zunächst an Prof. Ackermann. Es sah es in Europa durchaus als zweifelhaft an, in welchem Umfang Gesetzgebungsmaterialien bei der Auslegung Berücksichtigung finden könnten. Der EuGH agiere insoweit uneinheitlich: Mal greife er auf Gesetzgebungsmaterialien bei der Auslegung zurück, mal behaupte er, diese seien nur von untergeordneter Bedeutung. Er frage sich, ob nicht im Hinblick auf Art. 4 GEK (Auslegung des GEK im Einklang mit dessen Zielen und Grundsätzen) eine Klarstellung geboten sei. Sonst könnte sich in manchen Mitgliedstaaten eine Art „New Textualism“ à la Antonin Scalia (Richter am U.S. Supreme Court) durchsetzen, wonach Gesetzgebungsmaterialien überhaupt nicht heranzuziehen seien. Zum Referat von Prof. Grigoleit bemerkte Herr Heinze, dass man sich anhand der Fluggastrechtverordnung (Verordnung (EG) Nr. 261/2004 vom 11.2.2004) ein Bild von der mangelnden Funktions- und Leistungsfähigkeit des EuGH verschaffen könne, wenn es innerhalb kurzer Zeit sehr viele Vorabentscheidungsverfahren gebe. Bei einem Großprojekt wie dem GEK werde ein Vielfaches davon zu erwarten sein. Man werde demnach nicht umhin kommen, über Änderungen der EU-Gerichtsbarkeit nachzudenken. 4

Dr. *Christoph Busch*, Universität Osnabrück, griff die Bemerkung von Prof. Grigoleit auf, dass das GEK schon deshalb keine Rechtssicherheit gewähre, weil es keine Regelung über die Sittenwidrigkeit von Verträgen enthalte. Er gab zu bedenken, 5

ob es sich dabei nicht um eine bewusste Unschärfe, wenn man so wolle einen rechtspolitisch wünschenswerten Steuerungsimpuls handele. Konkret gesprochen biete das GEK demjenigen, der die Grenze der Sittenwidrigkeit austesten wolle, keine Rechtsicherheit; wohl aber dem, der einen „Sicherheitsabstand“ zur Sittenwidrigkeitsgrenze einhalte. Vielleicht sei es gar nicht Aufgabe des europäischen Gesetzgebers demjenigen Rechtssicherheit zu verschaffen, der bis an die Grenze der Sittenwidrigkeit gehen wolle.

- 6 Rechtsgrundlage, Rechtfertigung und Rechtsfolgen des GEK bildeten den Kern der von Dr. *Peter Huttenlocher*, Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer, Berlin, an Dr. Moser gerichteten Anmerkungen. Zunächst wandte er sich der von der Kommission propagierten Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV zu. Nach seiner Einschätzung sei die überwiegende Zahl von Personen, die sich mit dieser Thematik befassen, der Ansicht, die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm würden beim GEK nicht vorliegen. Gestützt werde diese Auffassung vom EuGH-Urteil zur Europäischen Genossenschaft (Urteil vom 2.5.2006, C-436/03). Dort habe der EuGH ausgeführt, dass Art. 114 AEUV bei dem geplanten optionalen Instrument der Europäischen Genossenschaft mangels Rechtsangleichung nicht eingreife. Zwar behaupte die Kommission, dieser Präzedenzfall sei anders gelagert; er sehe aber keinen wesentlichen Unterschied zum GEK. Des Weiteren lasse sich ein Umkehrschluss aus Art. 118 AEUV ziehen. Mit Einfügung des Art. 118 AEUV habe der Verfassungsgeber erst vor wenigen Jahren zum Ausdruck gebracht, dass er in Art. 114 AEUV keine geeignete Grundlage für ein optionales Instrument sehe. Anlass war die geplante Einführung des EU-Patents, die der Verfassungsgeber nicht den hohen Hürden des Art. 352 AEUV habe unterwerfen wollen und deshalb mit Art. 118 AEUV eine eigenständige Rechtsgrundlage geschaffen habe. Mit der Berufung auf Art. 114 AEUV beim GEK umschiffe die Kommission für jedermann erkennbar das Einstimmigkeitsanfordernis des Art. 352 AEUV.
- 7 Hinsichtlich der Rechtfertigung des GEK stellte Dr. Huttenlocher die von der Kommission aufgestellte Behauptung der Förderung des grenzüberschreitenden Handels insbesondere zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und Verbrauchern in Frage. Es könne kaum in Abrede gestellt werden, dass gerade die KMU einhellig der Ansicht seien, dass es keinen Bedarf für das GEK gebe, so z.B. der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH), der Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau (VDMA) und der europäische Dachverband der Handwerker und KMU (UEAPME). Auf Verbraucherseite wiederum lehnten der Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) und der Europäische Verbraucherverband (BEUC) das GEK ebenfalls ab. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Kommission quasi vom Schreibtisch aus den Bedarf besser einschätzen könne als die betroffenen Kreise.
- 8 Schließlich wies Dr. Huttenlocher auf mögliche Konsequenzen des GEK mit Blick auf Art. 20 der Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006) hin. Diese Norm besage, dass Unternehmen Dienstleistungen (dazu gehörten auch Kaufverträge) diskriminierungsfrei, d.h. unabhängig von Wohnort und Staatsangehörigkeit des Verbrauchers, erbringen müssten, es sei denn, es liege ein sachlicher Grund vor. Bislang werde von der EU-Kommission angeführt und sei anerkannt, dass die unterschiedlichen nationalen Kaufrechtsordnungen einen solchen sachlichen Grund darstellten. Mit dem GEK entfalle dieser sachliche Grund und damit dränge sich die Frage auf, ob dann ein Belieferungszwang für Unternehmen bestehe. Ein solcher Kontrahierungszwang deute sich nun in dem Arbeitsprogramm 2012 der

Kommission bereits an, würde jedoch eine ganz erhebliche Abweichung von den herrschenden Dogmen der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie darstellen.

Im Anschluss daran richtete *Christian Hertel*, Notar in Weilheim, die Frage an Prof. Ackermann, wie er die Eignung und technische Qualität des GEK für Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern einschätze, nachdem er sich in seinem Vortrag auf den B2B-Bereich beschränkt habe. **9**

Christian Steinberger, Rechtsanwalt, Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau, unterstützte die Ausführungen von Dr. Huttenlocher zum fehlenden Bedarf für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht. Der deutsche Maschinenbau, durch ausgeprägte Mittelstands- und Exportorientierung gekennzeichnet, sei genau die Zielgruppe, welche die Kommission mit dem GEK ansprechen wolle. Aus dem Feedback zahlreicher Unternehmen aus dem Verband wisse er, dass Verwunderung darüber herrsche, dass die verschiedenen Vertragsrechtsordnungen in der EU nach Auffassung der Kommission ein Handelshemmnis darstellen sollten. Es könne aus Sicht des Maschinenbaus jedenfalls nicht bestätigt werden, dass es diesbezügliche Probleme gebe und die Unternehmen deshalb ein europäisches Kaufrecht bräuchten. Insofern teile er die von den Professoren Ackermann und Grigoleit geäußerten Vorbehalte gegen das von der Kommission in Auftrag gegebene Eurobarometer. Laut Steinberger befürchte sein Verband durch das GEK Unsicherheit und Komplikationen mit der Konsequenz, dass die Transaktionskosten eher noch erhöht würden. Mit einer Liberalisierung zwingender nationalstaatlicher Regelungen, wie dem AGB-Recht in Deutschland, wäre wesentlich mehr gewonnen als mit dem GEK. **10**

Prof. Dr. *Martin Häublein*, Universität Innsbruck, kritisierte den Verweis von Dr. Moser auf außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen. Wie Prof. Grigoleit herausgearbeitet habe, sei eine effektive Zivilgerichtsbarkeit unabdingbar. Der Hinweis auf Vorhaben auf dem Gebiet der außergerichtlichen Streitbeilegung vermische individuelle Streitbeilegung mit sonstigen Aufgaben der Gerichtsbarkeit, der eine systembildende Funktion zukomme. Dies sei ein schönes Beispiel dafür, wie der rein politische Gestaltungswille an die Stelle eines Diskurses trete. Eine nachhaltige Akzeptanz des GEK werde jedoch nur erreicht werden können, wenn die Kommission sich mit den Argumenten der Gegenseite auch tatsächlich auseinandersetze. **11**

Nunmehr erhielt Dr. *Claudia Moser* Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie betonte, dass die Kommission nicht von den Problemen bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit ablenken wolle, die es sicherlich gebe. Die Bemühungen der Kommission um alternative Streitbeilegungsmechanismen stünden vielmehr als Erleichterung der Streitbeilegung neben der klassischen Justiz. Im Hinblick auf die von Dr. Huttenlocher und Herrn Steinberger geäußerte Kritik zur Rechtfertigung des GEK erwiderte Dr. Moser, dass das Unternehmerlager gespalten sei. Es gebe durchaus auch Unterstützer. Bezüglich des Urteils des EuGH zur Europäischen Genossenschaft gab Dr. Moser zu bedenken, dass mit der SCE eine neue Rechtsform geschaffen werden sollte, wohingegen durch das GEK nur ein weiteres Recht neben den nationalen Kaufrechten zur Verfügung gestellt werde, das überdies nur inter-partes-Wirkung habe. Auch sei ein Umkehrschluss aus Art. 118 AEUV nicht möglich, da es bei dieser Vorschrift auch um die Schaffung neuer Rechtstitel gehe. **12**

Prof. Dr. *Thomas Ackermann* ging in seiner Antwort zunächst auf Herrn Heinze ein. Er verwies darauf, dass bei der Auslegung von Primärrecht generell nicht auf Materialien zurückgegriffen werde, was auch angemessen sei. Hingegen beziehe sich der EuGH beim Sekundärrecht häufig auf Gesetzgebungsmaterialien. Dies erkläre die von Herrn Heinze angesprochene Uneinheitlichkeit des EuGH. Die Aufnahme einer **13**

Auslegungsanweisung in das GEK lehnte Prof. Ackermann mit dem Hinweis ab, dass die Positivierung von Methoden nur methodische Metadiskurse über die Auslegung der Auslegungsnorm produziere. In Bezug auf die Frage von Herrn Hertel nach der Qualität des GEK für Unternehmer-Verbraucher-Transaktionen war Prof. Ackermann der Ansicht, dass vieles von dem, was für den B2B-Bereich kritikwürdig sei, ebenfalls im B2C-Bereich mangelhaft sei. Als Beispiele griff er kursorisch die Verjährungsregeln und den Mängelbegriff heraus. Eine „Hardship“-Regelung sei dagegen für Verbraucherverträge wesentlich angemessener als für reine Unternehmergeschäfte.

- 14** Zur Frage der nationalen Sittenwidrigkeitsprüfung war Prof. Ackermann der Meinung, dass diese ausgeschlossen sei, soweit sie eine funktionale Äquivalenz zu den der AGB-Kontrolle des GEK unterfallenden Problemen aufweise. Die von Dr. Busch aufgestellte These der Rechtsunsicherheit als Tugend halte er für fragwürdig. Zu Dr. Moser gewandt unterstrich er seine fortbestehenden Zweifel an der Rechtfertigung des GEK. Er glaube nicht, dass das GEK ein Unternehmen, das bislang nicht exportiert habe, nunmehr zum Exporteur werden lasse. Allerdings sei er der Meinung, dass trotz der fragwürdigen Kompetenzgrundlage die Kommission im Zweifel beim EuGH gewinnen werde. Der EuGH wiederhole in solchen Fällen zwar pflichtgetreu die „Tabakwerberichtlinieformel“, überprüfe aber in die Substanz die Argumente der Kommission nicht. Wenn die entsprechenden Schlagwörter in der Begründung auftauchten, begnüge sich der EuGH damit und werde nicht selber nachforschen. So sei es beispielsweise im Verfahren über Mobilfunkroaminggebühren (Urteil vom 8.6.2010, C-58/08) gewesen: Die Kommission habe auf drohende divergierende nationale Regelungen hingewiesen, obwohl überhaupt kein Mitgliedstaat solche Regelungen tatsächlich plante. Dem EuGH habe die Aussage der Kommission gereicht. Deshalb werde das Gericht sicher nicht eigene Erhebungen darüber anstellen, inwieweit Unternehmen die unterschiedlichen Kaufrechte tatsächlich als Hemmnis empfinden. Angesichts dessen fragte sich Prof. Ackermann, warum die Kommission mit dem derzeitigen GEK-Entwurf dann „Selbstmord aus Angst vor dem Tod“ begehe durch die völlig dysfunktionale Beschränkung auf KMU und die Beschränkung auf grenzüberschreitende Geschäfte. Lieber sollten diese Einschränkungen gleich fallen und der ohnehin nur deklaratorische Art. 13 GEK-VO gestrichen werden. Die Chancen, damit vor dem EuGH „durchzukommen“, stünden nicht schlecht. Freilich seien seines Erachtens bereits die Grundannahmen der Kommission falsch.
- 15** Zum Abschluss der Diskussion ergriff Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit* das Wort. Er bekräftigte die seiner Auffassung nach überzeugenden und besonders fachkundigen Bemerkungen von Herrn Steinberger zum Bedarf des GEK aus Unternehmensicht. Mit Blick auf Dr. Mosers Stellungnahme glaube er, dass das, was die Kommission als Binnenmarktstörung wahrnehme, sich allenfalls nur auf Unterschiede in den zwingenden Normen der Kaufrechtsordnungen beziehe. Er habe noch nie einen Unternehmer darüber klagen gehört, dass unterschiedliche dispositive Regelungen in den Mitgliedstaaten, insbesondere auch uneingeschränkt AGB-dispositive Regelungen, ein Handelshindernis darstellten. Prof. Grigoleit teilte die Einschätzung von Herrn Heinze hinsichtlich der Probleme der Zivilgerichtsbarkeit und des Vorabentscheidungsverfahrens gerade mit den Erfahrungen bei der Fluggastrechteverordnung. Es gebe allen Grund, sich gründlich darüber Gedanken zu machen, wie man effektivere Verfahren schaffen könne, die gegenwärtig nicht vorhanden seien.
- 16** Bei dem Problemkomplex Sittenwidrigkeit widersprach Prof. Grigoleit der Sichtweise von Dr. Busch und Prof. Ackermann. Er sehe weiterhin die Gefahr eines Dop-

pelmaßstabs für die Inhaltskontrolle beim GEK. Sittenwidrigkeit nach nationalem Recht und Unangemessenheit nach dem GEK seien nicht eindeutig auseinanderzuhalten. Angesichts der Kontrollfreudigkeit in bestimmten Ländern sei es unwahrscheinlich, dass man insoweit auf Zurückhaltung hoffen dürfe. Abschließend kam Prof. Grigoleit noch auf die Befürwortung einer „Abstimmung mit den Füßen“ durch Prof. Pfeiffer zurück. Bei Marktproblemen könne er dem etwas abgewinnen; die Rechtsetzung jedoch sei einer marktmäßigen Entscheidung nur begrenzt zugänglich. Die Privatrechtsordnungen der ihm bekannten Staaten stellten nicht eine Vielzahl von Regelordnungen bereit, über die man dann „mit den Füßen abstimmen“ könne; vielmehr verständige man sich auf eine geltende Ordnung. Man müsse zudem im Auge behalten, dass eine solche Abstimmung nicht nur die Vertragsparteien betreffe, sondern eben auch die mitgliedsstaatlichen Funktions- und Verfassungsordnungen. Deshalb müsse eine gewisse Mindestsensibilität bewahrt werden.

Das AGB-Recht des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

Wolfgang Ernst

Inhaltsverzeichnis

I. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und Klauselrichtlinie	95
II. „Nicht individuell ausgehandelt“ – „Standardvertragsbestimmungen“	97
1. Nebeneinander verschiedener Aufgreifartbestände	97
2. „Nicht ausgehandelte Vertragsbestimmungen“	97
3. „Standardvertragsbestimmungen“	98
III. Verstreutes mit Bezug zur AGB-Problematik	99
IV. Inhaltliche Klauselkontrolle	100
1. Allgemeines	100
2. Unfair im Verbraucher-Geschäft	101
a) Trias: Generalklausel – „Grey List“ – „Black List“	101
b) „Grey List“ und „Black List“	102
c) Generalklausel	103
3. Das B2B-Geschäft im GEK, insbesondere seine Inhaltskontrolle	104
V. AGB-Probleme außerhalb des Regelungsbereichs des GEK	106
VI. Versuch einer Bewertung: Zu dirigistisch, zu kompliziert	107

I. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und Klauselrichtlinie

Dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt für das Projekt des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK) eine Schlüsselstellung zu. Für den Waren- und Dienstleistungsabsatz in einer Mehrzahl von europäischen Ländern ist es, soweit es um Massenabsatz geht und Allgemeine Geschäftsbedingungen benötigt werden, ein Zentralproblem, Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzuhalten, die den unterschiedlichen gesetzlichen (und richterrechtlichen) Standards entsprechen. Eine autonome Vertragsordnung mit europaweit geltenden Regeln für eine autonome AGB-Kontrolle könnte es entbehrlich machen, eine Vielzahl von länderbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erstellen und zu verwenden. Hierin läge ein enormes Potenzial zur Senkung von Transaktionskosten; zugleich würde der innereuropäische Wettbewerb verstärkt. Das AGB-Recht beschlägt aber auch von jeher das Spannungsverhältnis von Parteiautonomie und richterlicher Inhaltskontrolle und wer wissen will, welch' Geistes Kind ein Vertragsregelwerk ist, wird dieser neuralgischen Frage besondere Aufmerksamkeit schenken.

Die wesentliche Neuigkeit im europäischen Recht der Klauselkontrolle liegt freilich außerhalb des Verordnungsentwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Es handelt sich um die wohl im Spätsommer 2011 getroffene Entscheidung, die

Klauselrichtlinie¹ nicht in die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher² zu integrieren. Was das AGB-Recht betrifft, bleibt es daher bei den – unter sich unterschiedlichen – Umsetzungen der Klauselrichtlinie, wie sie in den Mitgliedsstaaten erfolgt sind. Wäre die Klauselrichtlinie in die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher integriert worden, wäre es die Frage gewesen, inwieweit die Klauselverbote noch den Charakter eines Mindeststandards gehabt hätten oder ob man sie am Konzept der Vollharmonisierung hätte teilnehmen lassen. Letzteres wäre schwer denkbar gewesen wegen der Unterschiedlichkeit der dispositiven Vertragsrechte, an denen sich doch erst das Maß der Entfernung vom gesetzlich durch Dispositivbestimmungen ergänzten Vertragsinhalt ermitteln lässt.³ Jedenfalls bleibt es nun auf absehbare Zeit bei der Heterogenität der in den Mitgliedsstaaten geltenden Normkomplexe, mit denen die Klauselrichtlinie umgesetzt worden ist.

- 3 Das Recht der Klauselkontrolle des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts kann als (überschießende) Umsetzung der Klauselrichtlinie gesehen werden. Es orientiert sich dabei weithin (aber nicht ausnahmslos) am DCFR, für den die Beachtung des *acquis communautaire* eine zentrale Zielvorgabe gewesen ist.⁴ Es stand ja außer Frage, dass der CFR insgesamt europarechtskonform ausgestaltet sein sollte, auch um die Funktion einer „Toolbox“ erfüllen zu können. Für den CFR hatte man ja ganz bewusst und sehr lange die Frage offen gelassen, in welcher Rechtsform man diesem Regelwerk Beachtung verschaffen könnte. Indem nun für das GEK eine EU-Verordnung als Trägerrechtsakt gewählt wurde, hat sich die Möglichkeit einer weitreichenden *policy*-Entscheidung eröffnet, die aber offenbar nicht bedacht worden ist: Als Verordnung steht eine GEK-VO zum sekundärrechtlichen *acquis* wie eine *lex posterior*. Es wäre also, wenn man wollte, möglich, im GEK einen von unnötigen Diffizilitäten entschlackten Verbraucherschutz zu realisieren, dies durchaus auch ohne das derzeitige Niveau des Verbraucherschutzes abzusenken. Als Verordnung verabschiedet besteht für das GEK die Möglichkeit, von der doch wohl überall spannungsgeladenen Integration von herkömmlichen mitgliedstaatlichen Kaufrechten und partikularen Transformationsnormen wegzukommen und ein Kaufrechtsregelwerk aus einem Guss anzubieten. Ein Vertragsinstrument, das sich durch klare Linien und einen lesbaren Normtext auszeichnete, könnte eine erhebliche Attraktivität haben. In diese Richtung ist man indes nicht gegangen. Das GEK nimmt die Klauselrichtlinie auf, aber es tut dies in einer modifizierenden Weise, in einem freien Umgang mit den Bestimmungen der Klauselrichtlinie. Es wird noch zu zeigen sein, dass diese Entscheidung, sich „so ungefähr“ auf der Linie der Klauselrichtlinie zu bewegen, bedenkliche Nebenfolgen hat, die auch der erfolgreichen Etablierung einer pan-europäischen Kaufrechtsordnung entgegenwirken dürften.⁵

¹ RiL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

² RiL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher.

³ Zum AGB-Recht als Bestandteil des *acquis* und seiner angedachten Überführung in die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher s. *Jansen*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 53 ff.; *Pfeiffer*, ERPL 2011, 835 ff.; zuvor grundlegend *Kieninger*, RabelsZ 73 (2009), 793 ff.; s. auch *Jansen*, ZEuP 2008, 69, 102.

⁴ Zum AGB-Recht im DCFR s. *Zoll*, Juridica International 2008, 69 ff.; *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, hier 681 ff.; *Pfeiffer*, in: Gedächtnisschrift Wolf, 2011, 111 ff.

⁵ Unten Rn. 19 ff.

II. „Nicht individuell ausgehandelt“ – „Standardvertragsbestimmungen“

1. Nebeneinander verschiedener Aufgreifattbestände

Das GEK⁶ bedient sich zweier verschiedener Aufgreifattbestände, nämlich der 4 „nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmung“ einerseits, den „Standardvertragsbestimmungen“ andererseits. Von beiden Begriffen ist derjenige der „nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmung“ im GEK der entscheidende. Das GEK trägt damit einer jüngeren Entwicklung Rechnung:⁷ Als die AGB-Problematik aufkam, ging es typischerweise um separat gedruckte Textcorpora, die dem konkreten Vertrag – dessen Text maschinen- oder handschriftlich aufgesetzt war, wenn nicht überhaupt mündlich kontrahiert wurde – beigelegt (oder rückseitig auf einem gedruckten Blanko-Vertragsformular aufgedruckt oder ausgehängt) wurden. Die Grenze zwischen dem „eigentlichen“ Vertragstext und dem „Kleingedruckten“ war durch eine unterschiedliche Textherstellung gezogen. Die elektronische Textverarbeitung hat diese Grenze aufgehoben: Das frühere „Kleingedruckte“, auf das man Bezug nahm, kann heute unschwer in den primären Vertragstext integriert werden. Es ist insofern unausweichlich, dass der Aufgreifattbestand dieser Entwicklung nachgeführt wird. Dies geschieht, indem man materiell darauf abstellt, ob eine Vertragsbestimmung individuell ausgehandelt worden ist oder nicht. Schlussendlich könnte man sich vom Begriff der Standardvertragsbestimmungen wohl völlig lösen. So weit ist das GEK indes nicht gegangen. Dadurch ergibt sich ein verwickeltes Nebeneinander zweier Aufgreifattbestände. Die Legaldefinitionen beider Begriffe nehmen in verwickelter Weise aufeinander Bezug. Daneben finden sich Regelungen, die man dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuordnen könnte, an systematisch weit auseinander liegenden Stellen (dazu sogleich III.).

2. „Nicht ausgehandelte Vertragsbestimmungen“

Was „nicht ausgehandelte Vertragsbestimmungen“ sind, bestimmt Art. 7 des Ge- 5 meinsamen Europäischen Kaufrechts, das rechtstechnisch einen Anhang (Anhang I) zur Verordnung bilden soll. Warum diese Begriffsbestimmung nicht wie die anderen Begriffsbestimmungen in den Verordnungstext (s. Art. 2 GEK-VO) aufgenommen worden ist, erschließt sich nicht. Entscheidend ist nach Art. 7 Abs. 1 GEK, dass die Vertragsbestimmung von einer Partei gestellt wurde und die andere Partei nicht in der Lage war, ihren Inhalt zu beeinflussen.⁸ Der Begriff „Standardvertragsbestimmungen“ dürfte sich im Grundsatz mit dem deutschen Begriff der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB decken. Beim Verbrauchergeschäft sind auch drittgestellte AGB als vom Unternehmer gestellt anzusehen (Abs. 5): Dies trifft etwa zu auf Allgemeine Geschäftsbedingungen von Internet-Verkaufsplattformen.

⁶ Zum AGB-Recht des GEK s. bereits (teilweise auf die Phase der Machbarkeitsstudie bezogen) Zoll, euvr 2012, 9, hier 18 ff.; Looschelders/Makowsky, GPR 2011, 106 ff., hier 113; Mazeaud, in: Schulze/Stuyck, Towards a European Contract Law, 2011, 123 ff.; Hesselink, Unfair Terms in Contracts between Businesses, *ibid.*, 131 ff.

⁷ Vgl., auch zur Geschichte, Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2010, dort 569 ff., 575 u. öfter.

⁸ Eine Wahlmöglichkeit (z.B. „Versand versichert/unversichert – bitte ankreuzen“) führt nicht dazu, die betreffende Vertragsbestimmung als ausgehandelt anzusehen; Art. 7 Abs. 2 GEK.

- 6 Die Frage des Individuell-ausgehandelt-Seins kann und muss für jede Vertragsbestimmung allenfalls isoliert gestellt werden. Es ist also denkbar, dass einzelne Bestimmungen individuell ausgehandelt worden sind, andere dagegen nicht.
- 7 Während Regelungen, die an Standardvertragsbestimmungen anknüpfen, einen vergleichsweise problemlos identifizierbaren Prüfungsgegenstand haben, indem es um einen separat beigefügten/rückseitig aufgedruckten/ausgehängten Standardtext geht, verweist die Frage, ob eine Vertragsbestimmung individuell ausgehandelt worden ist, auf einen Tatsachenvorgang, der selten liquide ist und oft umstritten sein kann: War über eine bestimmte Vertragsbestimmung ergebnisoffen verhandelt worden oder nicht? Sicherlich muss daher in der Handhabung des GEK die Frage der Beweislast auftreten. Das GEK enthält zwei punktuelle Regelungen zur Beweislast, die den Umkehrschluss zulassen, diejenige Partei, die sich für die Unwirksamkeit einer Klausel darauf stützen muss, dass diese nicht individuell ausgehandelt worden ist, trage dafür auch die Beweislast: (1) Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher trägt der Unternehmer die Beweislast dafür, dass eine vom Unternehmer gestellte Vertragsbestimmung individuell ausgehandelt wurde (Art. 7 Abs. 4 GEK). (2) Eine weitere Beweislastregelung bedient sich des Begriffs der Standardvertragsbestimmung, der hier erst im Anschluss erläutert wird (sogleich 3.): Wenn eine Partei Standardvertragsbestimmungen verwendet, so können einzelne Klauseln doch noch „individuell ausgehandelt“ werden, wofür aber der Verwender die Beweislast trägt, sobald die Standardvertragsbestimmungen erstmalig bereitgestellt waren (Art. 7 Abs. 3 GEK). Das Kriterium des Individuell-ausgehandelt-Seins überlagert oder überwindet also den Umstand, dass eine Vertragsbestimmung im „Kleingedruckten“ erscheint: Sobald hierüber eine ernsthafte Verhandlung mit offenem Ausgang stattgefunden hat, wird also auch eine in „Standardvertragsbestimmungen“ enthaltene Klausel zu einer „individuell ausgehandelten“ Vertragsbestimmung; sie unterliegt dann nicht mehr der Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel. Ob auch der etwaige Umstand, dass es sich um eine der Klauseln der „Grey List“ oder der „Black List“ handelt, durch das Individuell-ausgehandelt-Sein überwunden wird, die Klausel sozusagen zu einer „weißen“ (= fairen) Klausel wird, ist nach dem Text des GEK zweifelhaft.⁹

3. „Standardvertragsbestimmungen“

- 8 Der Begriff der „Standardvertragsbestimmungen“ wird in Art. 2 GEK-VO definiert. Er setzt den Begriff der „nicht individuell ausgehandelte[n] Vertragsbestimmungen“ aus Art. 7 GEK voraus (was die systematische Platzierung der beiden Begriffsbestimmungen in der Verordnung bzw. in deren Anhang noch fragwürdiger macht). „Nicht ausgehandelte Vertragsbestimmungen“ sind zugleich „Standardvertragsbestimmungen“ im Sinne des GEK, wenn sie vorab für mehrere Geschäfte und (!) verschiedene Vertragsparteien verfasst worden sind. Standardvertragsbestimmungen begegnen wohl immer als Textganzes, wogegen das Individuell-ausgehandelt-Sein isoliert für jede Vertragsbestimmung beurteilt werden will.
- 9 Was ist nun das Verhältnis dieser Begriffe? Man könnte es so ansehen, als sei „Nicht ausgehandelte Vertragsbestimmung“ das *genus proximum*, das Vorhalten für mehrere Geschäfte/Vertragsparteien die *differentia specifica*. Es verhält sich aber komplizierter, weil eine Verhandlung über Standardvertragsbestimmungen diesen

⁹ Dazu unten Rn. 16 ff.

offenbar den Status einer individuell ausgehandelten Vertragsbestimmung verleihen kann (arg. Art. 7 Abs. 3 GEK; s. oben 2.).

Es sei noch einmal hervorgehoben, dass im GEK nur sehr punktuell auf die Verwendung von Standardvertragsbestimmungen abgehoben wird, und zwar (1) für die Vermutung, Regelungen in Standardvertragsbestimmungen seien nicht ausgehandelt (Art. 7 Abs. 3 GEK) und (2) für die Behandlung des Problems sich kreuzender Standardvertragsbestimmungen (Art. 39 GEK). Es fragt sich doch, ob man nicht einen Schritt hätte weiter gehen können, indem man den Begriff der „Standardvertragsbestimmungen“ ganz verabschiedet. So hätte sich eine wesentliche Vereinfachung erreichen lassen. **10**

III. Verstreutes mit Bezug zur AGB-Problematik

Vor allem bedingt durch den hierarchischen Systemaufbau des GEK finden sich Bestimmungen, die man dem AGB-Recht zuordnen kann, an den verschiedensten Stellen. **11**

- Im Kontext von Angebot und Annahme ist eine Regelung zum Fall sich kreuzender Standardvertragsbestimmungen getroffen (Art. 39 GEK). Dieser Fall kann auftreten, weil das GEK auch für Verträge zwischen Unternehmen (B2B) verwendet werden kann; vgl. Art. 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GEK-VO. Die Standardvertragsbestimmungen gelten insoweit, als sie sich inhaltlich decken, d.h. soweit die Standardvertragsbestimmungen des Verkäufers dieselbe Regelung enthalten wie die des Käufers. Alle anderen Teile der Standardvertragsbestimmungen bleiben kollisionsbedingt unwirksam. Die Parteien können diese Regelung abwenden (Abs. 2). Es ist zu begrüßen, dass hiermit der wenig befriedigenden „Theorie des letzten Worts“ eine Absage erteilt wird. Allerdings hätte man auch dort, wo ein Regelungsthema nur in den Standardvertragsbestimmungen der einen Seite angesprochen ist, während sich in den Standardvertragsbestimmungen der anderen Seite eine Lücke findet, die getroffene Standardvertragsbestimmung gelten lassen können.
- Art. 70 GEK enthält für nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen eine – zwingende (Abs. 3) – Einbeziehungsregelung. Sie entspricht im Grundsatz dem § 305 Abs. 2 BGB.¹⁰ Bei Verwendung nicht ausgehandelter Vertragsbestimmungen gegenüber Verbrauchern reicht ein bloßer Hinweis auf diese Bestimmungen in einem Vertragsdokument nicht, selbst dann nicht, wenn der Verbraucher das Dokument unterschreibt (Abs. 2); die Einbeziehungs Voraussetzungen sind also statusabhängig verschieden.
- Die moderne *in dubio contra conductorem*-Regel¹¹ knüpft nicht an die Qualität einer Vertragsbestimmung an (vorformuliert oder nicht) oder an die Weise, wie sie in den Vertragsschlussprozess hineingelangt ist (von wem gestellt?), sondern an das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis: Im Zweifel gilt die verbraucherfreundlichere Auslegung (Art. 64 GEK). Diese Bestimmung entspricht Art. 5 S. 2 Klauselrichtlinie und ist auch im GEK zwingender Natur (Abs. 2). Die klassische *in dubio contra proferentem*-Regel, die daran anknüpft, von wem der Vertragstext herrührt,

¹⁰ Kleinere Differenzen sieht *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, 681 f.

¹¹ Dazu statt aller *Riesenhuber*, System u. Prinzipien des europ. Vertragsrechts, 2003, 357; *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, 698 ff., beide m.w.N.

- ist allerdings in Art. 65 GEK für den Vertrag aufgestellt, der „nicht unter Art. 64 fällt“, also für das B2B-Geschäft.
- Nach Art. 62 GEK haben individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen Vorrang vor nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen. Diese Bestimmung kann im Verbrauchervertrag nicht durch gegenteilige Vereinbarung ausgehebelt werden; Art. 84 lit. k GEK.
 - Nach Art. 71 GEK tritt beim Verbraucher-Vertrag eine Kostenpflicht für Nebenleistungen, insbesondere wenn diese im Vertragstext als „default-option“ vorgesehen sind, nur ein, wenn der Verbraucher den Zusatzkosten ausdrücklich zugestimmt hat; diese Regelung kann als besondere Ausprägung des Transparenzgebots angesehen werden.
 - Nicht gefunden wurde eine besondere Regel, die überraschende Vertragsbestimmungen für unwirksam erklärt (Ungewöhnlichkeitsregel). Es mag sein, dass sich einschlägige Fälle mit dem sonstigen Instrumentarium erfassen lassen.¹²
 - Für Vertragsbestimmungen im Zusammenhang mit der Verzugsverzinsung von Geldschulden bringen Art. 167 Abs. 3, 170 GEK eigenständige Sonderregelungen zur Inhaltskontrolle, die teilweise auf das allgemeine Recht der Klauselkontrolle Bezug nehmen, sich aber auch wieder leicht abweichender Regelungselemente bedienen. Man fragt sich, warum man diesen speziellen Fall nicht in das allgemeine Recht der Inhaltskontrolle integriert hat.
 - Im Standard-Informationsblatt, das zu verwenden ist, wenn das GEK einem Verbrauchervertrag zugrunde gelegt werden soll (Art. 9 GEK-VO), findet sich zwingend der Hinweis: „Schutz vor unfairen Bestimmungen: Unfaire Standardvertragsbestimmungen sind für Sie rechtlich nicht verbindlich.“¹³ Für die Einhaltung dieser Informationspflicht müssen die Mitgliedsstaaten effektive Sanktionen festlegen; Art. 10 GEK-VO.

IV. Inhaltliche Klauselkontrolle

1. Allgemeines

- 12** Das 8. Kapitel des GEK enthält in Art. 79 bis 86 GEK einen umfangreichen Normkomplex zur Inhaltskontrolle; er ist – was sich eigentlich verstehen sollte – ausdrücklich für zwingend erklärt (Art. 81 GEK). Art. 82 GEK statuiert ein Transparenzgebot, erstaunlicherweise nur für Verbrauchergeschäfte. Möglicherweise könnte an eine Intransparenz auch eine Schadensersatzhaftung geknüpft werden. Von der mitgliedsstaatlich zu sanktionierenden Verpflichtung, beim Verbrauchervertrag mittels Informationsblatt auf die Unverbindlichkeit unfairen Bestimmungen hinzuweisen, war bereits die Rede.
- 13** Von der eigentlichen Inhaltskontrolle sind der Hauptgegenstand des Vertrages und insbesondere die Preisbestimmung ausgenommen (Art. 80 GEK); Probleme der

¹² Die Erläuterungen zum DCFR suggerieren, dass die Einbeziehungsregelung (im GEK also Art. 70) der Geltung überraschender Klauseln entgegenwirkt; Nachw. bei *Hellwege*, ACP 211 (2011), 665, 682.

¹³ Dieser Hinweis ist sachlich so nicht zutreffend, weil der Schutz vor unfairen Vertragsbestimmungen gerade nicht daran geknüpft ist, dass diese in Standardvertragsbestimmungen gestellt werden.

Grenzziehung zwischen Hauptgegenstand und Nebenfragen wie im deutschen Recht sind vor auszusehen. Speziell für den Verbrauchervertrag ist die Ausklammerung der vertraglichen Festlegung von Hauptgegenstand und Preis davon abhängig gemacht, dass das Transparenzgebot beachtet wurde; Art. 80 Abs. 2 GEK. Hauptgegenstand und Preis sind also nur im B2B-Geschäft uneingeschränkt kontrollfrei. Geradezu idiotisch erscheint die ausdrückliche Bestimmung, dass AGB-Bestimmungen, die Regelungen des GEK wiederholen, nicht auf ihre Fairness geprüft werden sollen; Art. 80 Abs. 1 GEK.

Die Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel lässt „die übrigen Bestimmungen“ **14** (und also wohl den Vertrag als ganzen) verbindlich sein, wenn der Vertrag ohne die unfaire Bestimmung Bestand haben kann (Art. 79 Abs. 2 GEK). Zu der Frage der geltungserhaltenden Reduktion ist eine besondere Festlegung nicht getroffen.

Die Inhaltskontrolle ist dann aufgespalten für das Verbrauchergeschäft (Art. 82–85 **15** GEK) und das B2B-Geschäft (Art. 86 GEK).¹⁴ Die Inhaltskontrolle ist durchgängig am Begriff „unfair“ aufgehängt (Art. 79 GEK). Die Aufspaltung nach B2C- und B2B-Geschäften erfolgt dann so, dass unterschiedlich strenge Maßstäbe zur Ermittlung dessen aufgestellt sind, was als „unfair“ gilt. Es sei nochmals wiederholt, dass die Ansiedlung einer Klausel in separat gehaltenen Standardvertragsbestimmungen keine Voraussetzung dafür ist, dass die Unfairness-Kontrolle eingreift. Zu der Frage, ob die Inhaltskontrolle *durchgängig* voraussetzt, dass es sich um eine nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung handelt, oder ob dies nur für die Prüfung anhand der Generalklausel verlangt wird, nicht aber für die Unfairness, die sich aus dem odösen Inhalt einzelner Klauselinhalte ergibt, wird sogleich noch Stellung genommen.¹⁵

2. Unfair im Verbraucher-Geschäft

a) Trias: Generalklausel – „Grey List“ – „Black List“

Für die Feststellung, ob im Verbraucher-Geschäft eine unfaire Klausel vorliegt, **16** bedient sich das Gemeinsame Europäische Kaufrecht einer dreifach gestuften Prüfung, wie man sie im Grundsatz aus dem deutschen Recht kennt: Generalklausel (Art. 83 GEK), Klauselverbote mit (Art. 85 GEK) und ohne Wertungsmöglichkeit (Art. 84 GEK).

Leider sind der systematische Zusammenhang und die Reichweite dieser zentralen **17** Vorschriften nicht völlig klar, vor allem, soweit es das „Nicht-individuell ausgehandelt-Sein“ als Voraussetzung der Klauselkontrolle betrifft. Anhand der Generalklausel (Art. 83 GEK) unterliegen zweifelsfrei nur diejenigen Vertragsbestimmungen der richterlichen Kontrolle, die im Sinne von Art. 7 GEK „nicht individuell ausgehandelt“ worden sind. Im Verbrauchervertrag sind damit jedenfalls die Vertragsbestimmungen, die nicht in einem der Klauselkataloge auftauchen, kontrollfrei, sofern über sie individuell verhandelt worden ist. Hierfür trägt der Unternehmer die Beweislast; Art. 7 Abs. 4 GEK.

¹⁴ Von einer Dreiteilung in Verbrauchervertrag, Nichtunternehmervertrag und Unternehmervertrag (so im DCFR) ist man abgekommen. Die Vereinfachung ist zu begrüßen; sie ist unschädlich, weil für den Kaufvertrag zwischen zwei Personen, die nicht in einer Verbraucher-Unternehmer- oder Unternehmer-Unternehmer-Beziehung zueinander stehen, das GEK nicht zur Verfügung steht.

¹⁵ Dazu nochmals ausf. sogleich Rn. 16 ff.

18 Art. 84 GEK und Art. 85 GEK erklären konkrete Vertragsbestimmungen „per se“ bzw. im Regelfall für unfair. Man fragt sich: Treten diese Anordnungen an die Stelle (nur) des „erheblichen Ungleichgewichts zu Lasten des Verbrauchers“, das „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs“ hergestellt wird, lässt die Unfairness-Festsetzung/Vermutung aus Art. 84 bzw. 85 GEK also das Erfordernis in Art. 83 Abs. 1 GEK fortbestehen, wonach die Bestimmung „im Sinne von Art. 7 nicht individuell ausgehandelt“ sein muss? Oder ordnen die beiden Artikel als *leges speciales* zu Art. 83 GEK, der insoweit mit seinem ganzen Inhalt zurücktritt, endgültig bzw. widerleglich die „Unfairness“ an, die sogleich über Art. 79 GEK dazu führt, dass die betreffende Klausel den Verbraucher nicht bindet? Damit gleichlaufend ist fraglich, ob die umfassende Abwägung aller Umstände, die dem Richter durch Art. 83 Abs. 2 GEK auferlegt wird, nur bei Anwendung der Generalklausel erforderlich ist oder auch bei Klauseln der „Grey“ bzw. „Black List“. Hinsichtlich der „Black List“ würde dies das merkwürdige Ergebnis ermöglichen, dass nach Abwägung der in Art. 83 Abs. 2 GEK genannten Umstände auch die „per se“ unfaire Vertragsklausel einmal als „fair“ anzusehen wäre. Der Normtext in dieser wichtigen Frage gibt aus sich heraus keine klare Antwort. Ich möchte daher eher davon ausgehen, dass die beiden Klauselverbote ihre Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf entfalten, ob die entsprechende Vertragsbestimmung individuell ausgehandelt wurde oder nicht; insoweit maßgeblich wäre allein der anstößige Inhalt der vom Unternehmer gestellten Vertragsbestimmung.¹⁶ Auch das umfassende Abwägungsgebot würde ich daher auf die aufgelisteten odiosen Klauseln nicht beziehen. Bei den Klauseln der „Grey List“ wird man den Umstand, dass eine Klausel ausgehandelt worden ist, aber doch wieder bei der Entscheidung mitberücksichtigen, ob nun der Regelfall der „Unfairness“ vorliegt oder ob aufgrund von Gegengründen anders zu urteilen ist; hierzu könnte ja wieder gehören, dass die Klausel ausgehandelt wurde (Art. 83 Abs. 2 lit. c GEK). Das Ganze ist jedenfalls kein Glanzstück der Gesetzgebungskunst.

b) „Grey List“ und „Black List“

- 19** Für die Prüfung anhand der beiden Klauselkataloge (Art. 84 und Art. 85 GEK) kommt es – wie gesagt – nicht darauf an, ob die konkrete Vertragsbedingung, um die es geht, mittels „Standardvertragsbestimmungen“ gestellt worden ist oder nicht. Auf die Zweifelsfrage, ob das „Nicht-individuell-ausgehandelt-Sein“ die Voraussetzung dafür ist, für eine Klausel aufgrund Katalogzugehörigkeit die Unfairness festzustellen, wurde bereits eingegangen.¹⁷
- 20** Besonders spannend ist nun das Verhältnis der beiden Klauselkataloge zum Klauselkatalog der Klauselrichtlinie. Die Klauselkataloge in Art. 84 und Art. 85 GEK enthalten zusammen genommen zwar alle Klauseln, die auch in der Klauselrichtlinie aufgelistet sind;¹⁸ die Bestimmungen sind aber redaktionell ganz erheblich überarbeitet worden. Insbesondere ist die Aufteilung des Klauselkatalogs in eine „Grey List“

¹⁶ So verhielt es sich auch in der Feasibility-Study. Diese hatte in Art. 81 noch klargestellt, dass *alle* vom Unternehmer *gestellten* Vertragsbestimmungen der Unfairness-Kontrolle unterliegen, selbst dann, wenn über die unternehmerseitig gestellten Vertragsbestimmungen nochmals nachverhandelt worden sein sollte (Abs. 2); die Feasibility-Study ist abgedruckt als Annex in *Schulze/Stuyck, Towards a European Contract Law*, 2011.

¹⁷ Soeben Rn. 16 ff.

¹⁸ Nicht in den Klauselkatalog integriert ist die Vereinbarung eines erhöhten Verzugszinses gegenüber einem Verbraucher (Art. 167 Abs. 3 GEK); s. auch Art. 170 GEK.

und eine „Black List“ von der Klauselrichtlinie nicht vorgegeben; es handelt sich schon für sich genommen um eine Verschärfung der Kontrolle. Es ist eine interessante Frage, aus welchen Gründen eine Zuordnung zu dem einen oder dem anderen Katalog erfolgt ist;¹⁹ hierzu bedürfte es indes einer Mikroanalyse, die an diesem Ort nicht zu leisten ist.²⁰ Sodann sei festgehalten, dass für die „Grey List“ die Flexibilität der Klauselkontrolle nicht durchgehend mittels wertungsbedürftiger Begriffe erreicht wird (wie im deutschen Recht), sondern durch Aufstellung einer Vermutung der „Unfairness“.²¹

Die genannten Abweichungen von der Klauselrichtlinie dürften, obschon weithin untergeordneter Natur, den Nutzen des Gesamtprojekts viel stärker beeinträchtigen, als man auf erste Sicht annehmen könnte: Schon kleinere Abweichungen vom Wortlaut der *acquis*-Normen, und sei es nur in der Gestalt banaler Formulierungsvarianten, zwingen nämlich bei jedem zukünftigen Heranziehen von EuGH-Judikatur (etwa zur Richtlinienauslegung) zu der Frage, ob die herangezogene Entscheidung auch für das GEK mit seinem abweichenden Normtext Geltung beansprucht. Schlussendlich könnte man zu einem gespaltenen Bestand von europäischem *case law* kommen – hier zum *acquis*, dort zum GEK: eine ganz unerfreuliche Perspektive. Die Problematik, die keineswegs nur das AGB-Recht betrifft, ist in diesem Band von *Beate Gsell* erörtert und muss hier nicht vertieft werden.²²

Wenn man sich schon von der Klauselrichtlinie fortbewegt, was dem GEK als *lex posterior* durchaus möglich wäre,²³ dann hätte man einen regelrechten Neuanfang machen und die Klauselkontrolle auf das dispositive Kaufrecht des GEK abstimmen können. Wenn einer Vollharmonisierung der Klauselkontrolle entgegenstand, dass die nationalen Vertragsrechte unterschiedliche „Leitbilder“ abgeben würden, so wäre doch ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ein geeignetes Leitbild, auf das eine Klauselkontrolle hätte stimmig zugeschnitten werden können. Weil man dies unterlassen hat, sitzt die Klauselkontrolle des GEK dessen materiellrechtlichen Dispositivnormen so unharmonisch auf wie die EU-Klauselrichtlinie den mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsordnungen. Hier hat man eine Chance, die innere Stimmigkeit zu erhöhen, ungenutzt gelassen.

c) Generalklausel

Die Generalklausel bedient sich der Begriffe „erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verbrauchers“ und „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs“ (Art. 83 Abs. 1 GEK). Es sei nochmals hervorgehoben, dass die Kontrolle anhand der Generalklausel nur bei nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen greift; wegen der Beweislastregeln in Art. 7 GEK ist aber zu erwarten, dass beim Verbrauchergeschäft zumeist der ganze Vertragsinhalt der Kontrolle anhand der Generalklausel unterworfen wäre. Art. 83 Abs. 2 GEK fordert

¹⁹ Der DCFR kennt als „schwarze“ Klausel nur die Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber dem Verbraucher; alle anderen Klauseln begründen lediglich die Vermutung der „Unfairness“.

²⁰ Erhebliche sprachliche und inhaltliche Unklarheiten bemängelt *Mazeaud* (Fn. 6), 125, 128, der auch die sachliche Zuordnung einzelner Klauseln zur „grauen“ bzw. zur „schwarzen“ Liste für undurchsichtig hält.

²¹ Zur rechtlichen Einordnung dieses Mechanismus – es handelt sich weder um eine regelrechte Vermutung noch um eine echte Beweislastregel – s. *Pfeiffer*, ERPL 2011, 835, 851.

²² S. unten S. 147 ff.

²³ Oben Rn. 1 ff.

vom Richter eine umfassende Interessenabwägung, in die u.a. der Vertragsgegenstand, die Klauseltransparenz, weitere Vertragsbestimmungen und Vertragsbestimmungen verbundener Verträge einzustellen sind.

- 24 Auch hinsichtlich der Generalklausel ergibt sich der Befund, dass für die Ermittlung der „Unfairness“ nicht auf die eigenen Dispositivregelungen²⁴ des GEK als normatives Leitbild Bezug genommen wird, was nahe gelegen hätte, nachdem hier die Klauselkontrolle ein integraler Bestandteil einer autonomen Kaufrechtsordnung ist.²⁵ Die Vorstellung, dass das an sich dispositive Recht des GEK das Leitbild auch für die Kontrolle nicht individuell ausgehandelter Vertragsbestimmungen sein könnte, spielt im Normtext an sich keine Rolle.²⁶ Es wäre in der Handhabung des GEK aber natürlich auch nicht ausgeschlossen – und unbedingt wünschenswert –, dass Gerichte sich zur Konkretisierung dessen, was „Treu und Glauben“ und dem „redlichen Geschäftsverkehr“ entspricht, auch und vorrangig am Normbestand des GEK selbst orientieren.

3. Das B2B-Geschäft im GEK, insbesondere seine Inhaltskontrolle

- 25 Als ordnungspolitisch besonders bedeutsam dürfte die Frage gelten, ob auch im B2B-Geschäft eine Klauselkontrolle eingreift. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht bejaht dies. Für das B2B-Geschäft soll die Inhaltskontrolle allerdings nur mittels einer (vom Verbrauchervertrag abweichenden) Generalklausel, die auch nur für nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen greift (Art. 86 GEK), durchgeführt werden. Die graue und schwarze Liste der Art. 84, 85 GEK sind an sich nicht anwendbar. Die Bestimmung des Art. 86 GEK löst so viele Zweifelsfragen aus, dass man gar nicht weiß, wo man anfangen soll.
- 26 Dass überhaupt eine Klauselkontrolle für das B2B-Geschäft angeordnet werden kann, ist möglich, weil das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sich auch für eine Vereinbarung im B2B-Geschäft anbietet; Art. 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GEK-VO. Auch an dieser Stelle muss festgehalten werden, worauf in diesem Band *Stefan Leible* ausführlich eingeht:²⁷ Die Nichteröffnung des GEK für Verträge, bei denen auf beiden Seiten Großunternehmen stehen, ist eine Inkonsequenz und Absurdität, sowohl was die *ratio* angeht, als auch hinsichtlich der rechtstechnischen Abgrenzung und der Umgehungsmöglichkeit.
- 27 Kurz sei festgehalten, dass das GEK noch weitere Regelungen enthält, die nur im B2B-Verkehr zum Tragen kommen. Es handelt sich um die schon angesprochene Regelung zu den sich kreuzenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 39 GEK), um die Bestimmung zu Integrationsklauseln in Art. 72 GEK, die gegenüber dem Verbraucher keine Geltung beanspruchen (Art. 72 Abs. 3 GEK), und um die *in dubio contra proferentem*-Regel in Art. 65 GEK.
- 28 Was nun die Inhaltskontrolle beim B2B-Vertrag betrifft – sie betrifft alle nicht-individuell ausgehandelten Vertragsbestandteile (also nicht bloß „Standardvertrags-

²⁴ S. Art. 1 GEK.

²⁵ Für eine Aufwertung der Leitbildfunktion materiell-rechtlicher Dispositivnormen auf europäischer Ebene auch *Jansen* (Fn. 3).

²⁶ Für die Kontrolle von Vertragsbestimmungen hinsichtlich der Verzugsverzinsung nimmt das GEK ausdrücklich auf seine eigenen Regelungen Bezug: Als unfair gilt insoweit eine von den Art. 167, 168, 169 GEK nachteilig abweichende Regelung; s. i.E. Art. 170 Abs. 2, Abs. 3 GEK.

²⁷ Oben S. 21 ff.

bestimmungen“ = AGB)²⁸ –, so stellt der generalklauselartig formulierte Unfairness-Maßstab hier darauf ab, ob die Vertragsbestimmung „gröblich von der guten Handelspraxis abweicht“ und außerdem (kumulativ) „gegen das Gebot von Treu und Glauben verstößt“²⁹ (Art. 86 Abs. 1 lit. b GEK); die letztgenannte Voraussetzung ist vielleicht gegenstandslos, weil Vertragsbestimmungen, die „gröblich von der guten Handelspraxis abweichen“ wohl zumeist auch gegen Treu und Glauben verstoßen. Die Absicht hinter der Formulierung des Kontrollmaßstabs geht dahin, den B2B-Vertrag einer richterlichen Inhaltskontrolle zu unterwerfen, bei welcher sich der Richter einer etwas größeren Zurückhaltung befleißigen muss als bei der Kontrolle eines Verbrauchervertrages.³⁰ Es handelt sich um einen politischen Kompromiss.³¹ Auf diesen zentralen Punkt wird noch zurückzukommen sein.

Es ist außerordentlich merkwürdig, dass hier die „gute Handelspraxis“ zum einzigen Maßstab erhoben ist.³² Was, wenn es für den betreffenden Regelungspunkt keine nachweisbare Handelspraxis gibt: Soll dann eine Klausel Bestand haben, wie einseitig und treuwidrig sie auch sein mag? Und weiter: Ein großer Teil des Reservoirs dispositiver Gesetzesnormen für den Kaufvertrag ist geschichtlich so entstanden, dass Gesetzgeber eine bewährte Handelspraxis als dispositive Gesetzesnormen rezipiert haben. Auf Umwegen sind solche Normbestände auch in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht eingegangen: Wären sie „bloße“ Handelspraxis geblieben, würden sie für Art. 86 GEK die Referenz abgeben – als dispositives Gesetzesrecht soll ihnen die Eignung hierfür abgehen? Das kann nicht sein. Außerdem statuiert Art. 67 Abs. 2 GEK eine Bindung an „Gebräuche“, „die von Unternehmern, die sich in der gleichen Situation wie die Parteien befinden, als allgemein anwendbar angesehen würden“. Diese Gebräuche sind damit – ähnlich wie nach § 346 HGB – auf die Stufe objektiven Rechts aufgewertet; dies kann ihnen wohl kaum die Eignung nehmen, für Art. 86 GEK die Referenz zu bilden.³³ 29

Lassen wir hier den schon bis zum Überdruß ausgefochtenen Streit, ob man Verträge im B2B-Bereich überhaupt einer Klauselkontrolle unterziehen sollte,³⁴ einmal beiseite. Was das GEK betrifft, so geht die Gretchenfrage hinsichtlich des B2B-Verkehrs dahin, ob die gewünschte richterliche Zurückhaltung, wie sie für den B2B-Vertrag angestrebt ist, in der Rechtspraxis ernstlich durchgehalten werden würde: *Die Botschaft hör ich wohl, allein, mir fehlt der Glaube*. Es erscheint naheliegend, dass man in der Handhabung der Generalklausel in Art. 86 GEK den Wertungen der beiden Klauselkataloge Rechnung tragen würde³⁵ – etwa so, wie im deutschen Recht bei der auf § 307 BGB gestützten Inhaltskontrolle bei AGB-Verwendung gegenüber Unternehmern doch die Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB berücksichtigt werden, 30

²⁸ Die Vermutung gegen das Individuell-ausgehandelt-Sein (Art. 7 Abs. 4 GEK) gilt im B2B-Verhältnis nicht.

²⁹ Zur Vorgeschichte dieser Wendung (Verzugsrichtlinie) s. *Zoll*, euvr 2012, 9, 19; *Pfeiffer* (Fn. 4), 117, beide m.w.N.

³⁰ Ausf. *Pfeiffer*, ERPL 2011, 841 ff.

³¹ *Hesselink* (Fn. 6), 147.

³² Kritisch zu diesem Maßstab bereits *Maugeri*, ERCL 2011, 219 ff.; *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, 683 f.

³³ Es wird hier davon ausgegangen, dass die „Gebräuche“ in Art. 67 Abs. 2 GEK und die „gute Handelspraxis“ in Art. 86 GEK Synonyme sind, eine Unterstellung, die angesichts der durchgängig schlampigen Gesetzessprache des Verordnungsentwurfs zulässig erscheint.

³⁴ Die Literatur ist unübersehbar; statt aller *Berger*, ZIP 2006, 2149 ff.; *Hesselink* (Fn. 6).

³⁵ So *Zoll*, euvr 2012, 9, 19.

obschon diese nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich für unanwendbar erklärt sind.³⁶ Die unterschiedlichen Maßstäbe, die das GEK aufstellt, könnten sich in der Rechtspraxis daher leicht verschleifen.³⁷ Ist es wirklich vom Richter zu erwarten, dass er eine Klausel, die den Gegner (Verbraucher) „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs“ benachteiligt (Art. 83 Abs. 1 GEK) und insofern unfair ist, für gültig erklärt, weil eine „gröbliche“ Abweichung von der guten Handelspraxis darin noch nicht liegt? Eigentlich unfair, aber nicht unfair genug? Es braucht hier keine Prognose gestellt zu werden, wie es kommen wird, zumal die Handhabung dieser Generalklausel durch Gerichte verschiedener Rechtsordnungen zunächst unterschiedlich ausfallen könnte. Allein die bloße Möglichkeit, dass gestützt auf Art. 86 GEK ein reines B2B-Geschäft einer richterlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden könnte, deren Kontrollintensität sich nicht von vornherein sicher abschätzen lässt, wird viele Mittelständler von einer Vereinbarung des GEK im B2B-Verkehr effektiv abschrecken. Besonders gefährlich ist dabei, dass die richterliche Inhaltskontrolle sich nicht auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im herkömmlichen Sinne beschränken müsste, sondern leicht auf den primären Vertragstext übergreifen könnte, weil und soweit dieser nicht individuell ausgehandelt ist. Hiermit wird ein für den Bereich des Verbrauchervertrages europarechtlich vorgegebenes Schutzniveau zum Anlass genommen, weite Teile des Handelsverkehrs – wenn er sich des GEK bedienen sollte – einer Richterkontrolle zu unterziehen; diese *policy*-Entscheidung ist doch wohl brisanter, als es sich die Verfasser vorstellen.³⁸ Es macht m.E. die ganze Sache nicht besser, wenn man sich für die Einführung einer Klauselkontrolle im B2B-Bereich und für den diesbezüglichen Maßstab auf die Verzugsrichtlinie beruft, die doch einen besonders zweifelhaften und – zu Recht – stark kritisierten Beitrag des Sekundärrechts zum Kernprivatrecht darstellt. Unternehmerischen tätigen Vertragsparteien stehen mittels Rechtswahl Vertragsordnungen zur Verfügung, in denen der Respekt vor dem Vertragstext weitgehend ungebrochen ist (z.B. England oder die Schweiz³⁹), und sie werden sich hüten, durch Vereinbarung des GEK die Büchse der Pandora zu öffnen. Meines Erachtens „killt“ Art. 86 GEK das Regelwerk für den Bereich jenseits des Verbrauchervertrages.

V. AGB-Probleme außerhalb des Regelungsbereichs des GEK

- 31 Bei einer Kauftransaktion stellen sich zahlreiche Rechtsfragen, von denen das GEK die meisten abzudecken versucht. Es bleiben aber doch etliche Aspekte der

³⁶ Die Klauseln der grauen und der schwarzen Listen (Art. 84, 85 GEK) sind freilich nicht alle ganz leicht auf das B2B-Geschäft zu übertragen, weil sie davon ausgehen, dass die Vertragsbestimmungen von der (unternehmerischen) Verkäuferseite herrühren; im unternehmerischen Verkehr kann es auch der Käufer sein, der die Vertragsbestimmungen stellt.

³⁷ So realistisch *Hesselink* (Fn. 6), 147, der noch befürchtet, dass die beiden Unfairness-Maßstäbe ein Auseinanderdriften nationalstaatlicher Richterpraktiken begünstigen könnten.

³⁸ Zu Recht kritisch *Zoll*, euvr 2012, 9, 19; zu optimistisch m.E. *Pfeiffer* (Fn. 4), 117 f., der die Inhaltskontrolle des GEK im B2B-Bereich zwischen der weitgehenden Kontrollfreiheit einerseits und der intensiven deutschen Kontrolle andererseits sieht, was durch den strengeren Maßstab der „gröblichen Abweichung von guter Handelspraxis“ sichergestellt würde. Richtig ist, dass für das deutsche Recht der gesetzliche Generalklauselbestand bei AGB-Verwendung gegenüber Unternehmern derselbe ist wie sonst auch, während das GEK hier zwei verschiedenen formulierte Maßstäbe anlegt.

³⁹ S. *Pfeiffer*, in: Festschrift Graf von Westphalen, 2010, 555 ff.

Gesamttransaktion, die nicht vom GEK geregelt werden. Im Einzelnen wird auf den Beitrag von *Beate Gsell* in diesem Band verwiesen. Hier ist nur festzuhalten, dass ein rechtlicher Gesichtspunkt, der nicht im Regelungsbereich des GEK liegt, auch nicht der im GEK vorgesehenen Inhaltskontrolle unterliegen kann. Als Beispiele seien formularmäßig vereinbarte Abtretungsverbote oder Klauseln zum Datenschutz genannt. Besonders drängend dürfte auch die Frage eines formularmäßigen Eigentumsvorbehalts sein.⁴⁰ Hinsichtlich solcher Bestimmungen ist m.E. nicht einmal die Kontrolle anhand der Generalklauseln (Art. 83 bzw. Art. 86 GEK) möglich. Man muss sich fragen, ob vertragliche Regelungen, hinter denen ein kollisionsrechtlich zu ermittelndes Sachrecht steht, dann, wenn sie formularmäßig erfolgt sind, einer Inhaltskontrolle nach dem Recht eines der Mitgliedsstaaten unterliegen würden. Ein solches Nebeneinander von GEK-autonomer Inhaltskontrolle und einer partiellen Inhaltskontrolle einzelner Vertragsklauseln mit Themen außerhalb des Regelungsbereiches des GEK wäre ausgesprochen unerquicklich.

VI. Versuch einer Bewertung: Zu dirigistisch, zu kompliziert

Obschon im Vorstehenden zahlreiche Mängel – sowohl konzeptioneller, als auch 32
legislativ-handwerklicher Art – festzustellen waren, könnten die Bestimmungen, die das GEK für den Problemkomplex „Allgemeine Geschäftsbedingungen/Klauselkontrolle“ bereithält, von einer umsichtigen Judikative wohl doch als eine brauchbare Normgrundlage angewendet werden. Für den Verbrauchervertrag ergäbe sich ein Schutzniveau, wie es in etwa schon durch die Klauselrichtlinie vorgegeben ist. Im B2B-Bereich schreckt das GEK durch die politische Kompromisslösung einer Inhaltskontrolle „milderer Art“ eher ab.

Aufgrund des Durchgangs durch das AGB-Recht seien einige allgemeine Folgerungen 33
gezogen. Wenn sich aus dem vorstehenden Bericht der Eindruck ergeben hat, alles sei recht kompliziert und verwickelt, so trifft dies zu: In der Tat ist das Regelwerk deutlich überkomplex. Zu Recht hat *Mazeaud* das Ganze auf das Motto gebracht: Warum einfach, wenn es auch kompliziert geht?⁴¹ Das gesamte Regelwerk ist ausgesprochen stark systematisch strukturiert; es gibt eine Mehrzahl von Regelungsebenen, die in der Rechtsanwendung miteinander zu verbinden sind. Das ist z.B. für einen deutschen Juristen nicht so erschütternd, aber es stellt doch sicher, dass der Verbraucher sich dieses Regelwerk nicht von sich aus erschließen kann.

Sodann besteht eine Tendenz zur Überregulierung im Detail. Als Beispiel sei das 34
Verbot der formularmäßig vorbehaltenen Vertragsübertragung betrachtet (Art. 85 lit. m GEK). Hier ist – im Unterschied zur Klauselrichtlinie – eine Ausnahme vorgesehen, wenn es um eine Übertragung auf eine beherrschte Tochtergesellschaft geht oder die Übertragung das Ergebnis eines Zusammenschlusses „oder eines ähnlich rechtmäßigen gesellschaftsrechtlichen Vorgangs“ ist.⁴² Muss man die Regelungen so

⁴⁰ Freilich betreffen die Klauselkataloge z.T. auch Vertragsbestimmungen, die nach ihrem Sachthema gar nicht durch das GEK geregelt sind, für die vielmehr unvereinheitlichtes mitgliedstaatliches Recht die rechtliche Grundlage bildet; s. z.B. zur Aufrechnungsverbotsklausel Art. 85 lit. c GEK.

⁴¹ Oben Fn. 6, S. 124. Den Ausführungen *Mazeauds* kann man sich auch im Übrigen durchgängig anschließen.

⁴² Natürlich ist nicht ein „ähnlich-rechtmäßiger“, sondern ein „ähnlicher, rechtmäßiger“ Vorgang des Gesellschaftsrechts gemeint.

ins Detail treiben, wo es sich um eine Vermutungsregel handelt, bei welcher der Rechtsanwender auch ohne die Einschränkung im Normtext doch einfach sagen könnte, dass bei fusionshalber erfolgter Vertragsübertragung eine Unfairness nicht gegeben ist, indem die Vermutung in diesem Fall nicht greift? Dass auch kleinere Abweichungen von den Richtlinienvorgaben irritieren werden, wurde bereits erwähnt.⁴³

- 35** Schließlich: Das Ganze erscheint, wie schon der DCFR, ein sehr vom deutschen Recht, seiner Gesetzgebungsart und Begrifflichkeit inspiriertes Regelwerk. Für den deutschen Juristen macht dies den Zugang leichter, aber für eine europäische Betrachtung handelt es sich doch um einen ambivalenten Befund. Es sei daran erinnert, dass man das BGB – insbesondere die Bildung eines Allgemeinen Teils – oft gescholten hat: Im GEK sehen wir nun die Bekräftigung vieler der Charakteristika, die man am BGB – zumeist tadelnd – hervorgehoben hat. Man könnte sagen, im GEK komme die im BGB ausgeprägte deutsche Art der Gesetzgebung zu einer Wiedergeburt. Ich stelle mir die nachdenkliche Frage, ob man dies in ganz Europa als einen Grund zum Feiern ansehen wird.
- 36** Sieht man auf die Entscheidung, ein „Optionales Instrument“ zu kreieren, so ist ordnungspolitisch hiergegen nichts einzuwenden:⁴⁴ Ist dieses Instrument gut, wird der Verkehr davon Gebrauch machen; ist es schlecht, wird man es einfach unbenutzt lassen: „Nutzts nix, schads nix“. Gerade wenn man der Grundidee gegenüber aufgeschlossen ist, dann ist doch die Enttäuschung groß, sobald man sich mit dem Verordnungstext im Detail auseinandersetzt: Zu detailversessen, zu fein ziseliert, mit einer viel zu komplexen Binnenstruktur.
- 37** *Savigny* hat einmal gesagt: Das Vorschnelle verdirbt alles. Es wäre gut gewesen, man wäre vor der Veröffentlichung des Verordnungsentwurfs noch einmal mit dem Willen zur radikalen Vereinfachung über das ganze Regelwerk gegangen: halb so viel Artikel, und die Artikel von der halben Länge – das hätte etwas sein können. Richtigen Schaden befürchte ich von dem Verordnungsentwurf nicht, aber es könnte sein, dass hier eine große Chance vergeben wird. Mit einem paneuropäischen Kaufrecht, das toter Buchstabe bleibt, ist niemandem gedient.

⁴³ Oben Rn. 19 ff.

⁴⁴ Ob es eine hinreichende Kompetenzgrundlage für die Schaffung einer solchen europaweiten Schattenvertragsordnung gibt, ist damit nicht gesagt und soll hier nicht behandelt werden.

Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrecht des Verbrauchers

Dirk Looschelders

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung und Regelungsbereich	110
II.	Informationspflichten	111
1.	Informationspflichten des Unternehmers gegenüber einem Verbraucher	111
a)	Allgemeines	111
b)	Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte	112
aa)	Begriff des Fernabsatzvertrags (Art. 2 lit. p GEK-VO)	112
bb)	Begriff des Haustürgeschäfts (Art. 2 lit. q GEK-VO)	113
cc)	Ausnahmen	114
dd)	Gemeinsame Informationspflichten für Fernabsatz- und Haus- türgeschäfte	114
ee)	Zusätzliche Erfordernisse für Fernabsatz- oder Haustürgeschäfte	115
ff)	Insbesondere: Belehrung über das Widerrufsrecht	116
gg)	Rechtspolitische Würdigung	117
c)	Sonstige Verträge	117
aa)	Alltagsgeschäfte bei sofortiger Erfüllung	117
bb)	Informationen „aus den Umständen“	118
cc)	Kritik	119
2.	Vorvertragliche Informationspflichten zwischen Unternehmern	120
3.	Elektronischer Geschäftsverkehr	122
a)	Informationspflichten	122
b)	„Button-Lösung“	122
4.	Schadensersatz bei Verletzung der Informationspflichten	123
a)	Nichterfüllung von Informationspflichten (Art. 29 GEK)	123
b)	Erteilung unrichtiger Informationen (Art. 28 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 29 GEK)	124
c)	Konkurrenz zur Anfechtung	125
d)	Konkurrenz zum Schadensersatz wegen Vertragspflichtverletzung	126
e)	Mitverantwortlichkeit des Gläubigers	129
III.	Widerrufsrecht des Verbrauchers	129
1.	Anwendungsbereich	129
a)	Persönlicher Anwendungsbereich: Verbrauchergeschäfte	129
b)	Ausnahmetatbestände	130
aa)	Überblick	130
bb)	Spekulativer Kauf alkoholischer Getränke (Art. 40 Abs. 2 lit. f GEK)	130

cc) Öffentliche Versteigerungen (Art. 40 Abs. 2 lit. h GEK)	131
dd) Gesundheitsschutz und Hygiene bei versiegelten Waren (Art. 40 Abs. 3 lit. a GEK)	131
ee) Untrennbare Vermischung (Art. 40 Abs. 3 lit. b GEK)	132
ff) Dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten (Art. 40 Abs. 3 lit. e GEK)	132
2. Ausübung des Widerrufsrechts	133
a) Muster-Widerrufsformular	133
b) Erklärung in anderer Weise – Eindeutigkeit und Formfreiheit	134
c) Widerruf auf der Internetseite des Unternehmers	135
3. Widerrufsfrist	135
a) Einheitliche Fristlänge von 14 Tagen (Art. 41 Abs. 1, 42 Abs. 1 GEK)	135
b) Beginn der Widerrufsfrist (Art 42 Abs. 1 GEK)	136
aa) Rechtslage bei mehreren Lieferungen	136
bb) Erfordernis des Vertragsschlusses	136
c) Maximalfrist von einem Jahr (Art. 42 Abs. 2 lit. a GEK)	137
d) Nachholung der Widerrufsbelehrung (Art. 42 Abs. 2 lit. b GEK)	139
4. Rechtsfolgen des Widerrufs	139
a) Pflichten des Unternehmers	139
b) Pflichten des Verbrauchers	140
aa) Rückgewähr der Waren und Rücksendekosten	140
bb) Ersatz für Wertverlust der Waren	140
cc) Wertersatz für verbundene Dienstleistungen und digitale Inhalte	141
c) Akzessorische Verträge	142
IV. Fazit	143

I. Einleitung und Regelungsbereich

- Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) regelt in Anhang I Kapitel 2 und 4 die Informationspflichten des Unternehmers sowie das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften. Beide Instrumente dienen demselben zentralen Ziel des Verbraucherschutzes, nämlich der Sicherstellung eines rationalen Vertragsschlusses.¹ Außerdem besteht zwischen ihnen insofern ein enger Zusammenhang, als die Belehrung über das Widerrufsrecht Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist (Art. 42 Abs. 2 GEK). Schließlich entsprechen die Regelungen in beiden Bereichen weitgehend der ebenfalls im Oktober 2011 verabschiedeten Verbraucherrechte-Richtlinie², die dem Konzept der Vollharmonisierung folgt (Art. 4 der Richtlinie).
- Soweit der Regelungsbereich des GEK reicht, ist ein Rückgriff auf nationales Recht ausgeschlossen (vgl. Art. 11 GEK-VO und Art. 4 Abs. 2 GEK). Die abschlie-

¹ Vgl. *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 22 ff.

² Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 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. (EU) Nr. L 304 vom 22.11.2011, 64 ff.

bende Wirkung gilt grundsätzlich auch gegenüber dem Umsetzungsrecht zu Richtlinien. Gemäß Art. 12 GEK-VO und Erwägungsgrund 28 Satz 3 bleiben in Umsetzung der Dienstleistungs-Richtlinie festgelegte Informationspflichten aber unberührt.³ Im Hinblick auf vorvertragliche Informationspflichten macht Art. 11 Satz 2 GEK-VO außerdem die Einschränkung, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nur anwendbar ist, wenn der Vertrag tatsächlich zustande gekommen ist.⁴ Rein vorvertragliche Schuldverhältnisse sind daher nach nationalem Recht zu beurteilen. Sobald der Vertrag und die Wahl des GEK (Art. 8 GEK-VO) wirksam zustande kommen, gilt das GEK rückwirkend⁵ aber auch für die vorvertraglichen Rechtsbeziehungen.

II. Informationspflichten

Die Informationspflichten sind im zweiten Kapitel des Verordnungsvorschlags **3** normiert. Hierbei ist in zweifacher Hinsicht zu differenzieren.⁶ Zunächst bestehen unterschiedliche Vorgaben für Verträge zwischen Unternehmern einerseits und für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern andererseits. Bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern kommt es des Weiteren darauf an, ob ein Fernabsatzgeschäft (Art. 2 lit. p GEK-VO), ein Haustürgeschäft (Art. 2 lit. q GEK-VO) oder ein sonstiger Vertrag vorliegt. Ergänzende Sonderregelungen gelten schließlich für den elektronischen Geschäftsverkehr.

1. Informationspflichten des Unternehmers gegenüber einem Verbraucher

a) Allgemeines

Bei Verbraucherverträgen ist der Unternehmer zunächst gemäß Art. 9 Abs. 1 **4** Satz 1 GEK-VO verpflichtet, den Verbraucher auf die beabsichtigte Verwendung des GEK hinzuweisen, indem er ihm das in Anhang II enthaltene Informationsblatt mit deutlichem Hinweis darauf übermittelt. Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GEK-VO muss ein Verbraucher der Verwendung des GEK ausdrücklich und gesondert von seiner Vertragserklärung zustimmen. Wie sich aus Art. 8 Abs. 1 Satz 2 und Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GEK-VO, Erwägungsgrund 23 Satz 4 sowie dem Informationsblatt selbst ergibt, ist die Geltung des GEK nur dann wirksam vereinbart, wenn bzw. sobald der Verbraucher das Informationsblatt erhält.⁷ Erhält der Verbraucher das Informationsblatt erst, nachdem die Parteien sich über die Geltung des GEK geeinigt haben, so muss er der Verwendung des GEK nochmals ausdrücklich zustimmen (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GEK-VO). Im Interesse der Rationalisierung wäre es freilich angezeigt, die Vereinbarung

³ Eingehend zur Konkurrenzproblematik im Allgemeinen sowie im Hinblick auf die Verbraucherrechte-Richtlinie in der Fassung der Ratsposition vom 10.12.2010 *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79 ff.; zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *ders.*, in: Jud/Wendehorst, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, 2009, 21, 32 ff.

⁴ Vgl. dazu die Kritik von *Cravetto/Pasa* (2011) ERPL 759, 770 ff., 777 ff.

⁵ So der Kommissionsentwurf: KOM(2011) 635 endg., 13; zweifelnd Stellungnahme *Grigoleit*, 5, abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen; vgl. auch *Whittaker* (2011) ERCL 371, 396.

⁶ Vgl. auch *Cravetto/Pasa* (2011) ERPL 759, 761 ff.

⁷ Vgl. *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3494.

über die Geltung des GEK zu vereinfachen und auch in AGB zuzulassen, zumal der Verordnungsvorschlag ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet.⁸

- 5 Bezüglich der übrigen Informationspflichten ist zwischen dem Fernabsatz, den Haustürgeschäften und sonstigen Verträgen zu unterscheiden. Diese Differenzierung und die einzelnen Regelungen entsprechen zum großen Teil der neuen Verbraucherrechte-Richtlinie. Grund dafür ist eine dahingehende Vorgabe der Europäischen Kommission⁹, deren Intention wohl die Schaffung möglichst weitgehender Kohärenz im Europäischen Verbraucherrecht¹⁰ war. Zu begrüßen ist die Vereinheitlichung des Belehrungszeitpunkts bezüglich der vorvertraglichen Verbraucherinformationen:¹¹ Die Informationen sind stets vor Vertragsschluss bzw. vor Bindung des Verbrauchers an ein Angebot zu erteilen. Hinzu treten ggf. nachvertragliche Informationspflichten nach Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 5 GEK. Die Regelungen der Art. 13-21 GEK sind nach Art. 22 GEK zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend. Die Parteien können lediglich einen höheren Schutzstandard vereinbaren (vgl. auch Art. 1 GEK und Erwägungsgrund 30). Gleiches gilt bei der Verbraucherrechte-Richtlinie (Art. 3 Abs. 6 und Art. 25 der Richtlinie).

b) Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte

- 6 Die Art. 13-17 GEK statuieren zunächst Informationspflichten, die für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte gleichermaßen gelten; hinzu kommen ergänzende Regelungen für Haustürgeschäfte (Art. 18 GEK) und Fernabsatzverträge (Art. 19 GEK).

aa) Begriff des Fernabsatzvertrags (Art. 2 lit. p GEK-VO)

- 7 Ein Fernabsatzvertrag setzt nach Art. 2 lit. p GEK-VO voraus, dass der Vertrag im Rahmen eines organisierten Fernabsatzsystems¹² ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsschließenden zustande kommt; außerdem müssen bis zum Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet werden. Dies entspricht der Definition in Art. 2 Nr. 1, 4 der Fernabsatz-Richtlinie¹³. Da die Be-

⁸ Zutreffend Stellungnahme *G. Wagner*, 13 f., abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anoerungen/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen; vgl. dazu auch *Doralt*, AcP 211 (2011), 1, 14 ff., 20 ff.

⁹ Siehe S. 6 der Einleitung zur Feasibility Study, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf; vgl. dazu *Cravetto/Pasa* (2011) ERPL 759, 769.

¹⁰ Vgl. dazu allgemein Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.; *Schulze*, ZRP 2006, 155 ff.

¹¹ Vgl. zu den divergierenden Zeitpunkten im Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 283 f.

¹² Der Entwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie aus dem Jahr 2008 verzichtete noch auf das Merkmal eines organisierten Fernabsatzsystems, vgl. dazu *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 76; *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 283; *Paschke/Husmann*, GPR 2010, 262, 266; den Verzicht befürwortend *Schulte-Nölke*, in: Howells/Schulze, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, 29, 36; *Nordhausen Scholes*, ebenda, 213, 225; *Schauer*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 99, 103 f.; *Christiansen*, *Effektive und effiziente Widerrufsrechte*, 2011, 283; kritisch *Artz*, in: *Gsell/Herresthal*, *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009, 209, 215.

¹³ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. (EG) Nr. L 144 vom 4.6.1997, 19 ff.

griffsbestimmung in Art. 2 Nr. 7 der Verbraucherrechte-Richtlinie der Sache nach gleichbedeutend ist, kann zur Auslegung auf deren Erwägungsgrund 20 zurückgegriffen werden. Danach sind auch Fälle erfasst, in denen der Verbraucher die Geschäftsräume des Unternehmers lediglich zu Zwecken allgemeiner Information aufsucht, im Übrigen aber für Vertragsverhandlungen und -abschluss Fernkommunikationsmittel eingesetzt werden. Ausgenommen sind hingegen Fälle, in denen auch die Vertragsverhandlungen in den Geschäftsräumen geführt werden und nur der Vertragsschluss mittels Fernkommunikation erfolgt. Kein Fernabsatzvertrag liegt überdies vor, wenn der Vertrag über ein Fernkommunikationsmittel angebahnt wird, der Vertragsschluss aber in den Geschäftsräumen des Unternehmers erfolgt. Diese Abgrenzung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Verständnis des Fernabsatzgeschäfts.¹⁴ Den Begriff der Geschäftsräume definiert Art. 2 lit. r GEK-VO (vgl. auch Erwägungsgrund 22 zur Verbraucherrechte-Richtlinie).

bb) Begriff des Haustürgeschäfts (Art. 2 lit. q GEK-VO)

Art. 2 lit. q GEK-VO nennt drei Situationen, in denen ein Haustürgeschäft vorliegt. **8** Zum einen sind alle Fälle erfasst, in denen der Vertragsschluss bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Beteiligten außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers erfolgt, auch wenn dem ein zuvor abgegebenes Angebot des Verbrauchers zugrunde liegt (Art. 2 lit. q i) GEK-VO). Ferner gelten die Regeln über Haustürgeschäfte, wenn der Vertrag zwar in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen wird, der Verbraucher aber unmittelbar zuvor außerhalb des Geschäftsraums persönlich und individuell von dem physisch präsenten Unternehmer bzw. dessen Vertreter angesprochen wurde (ii). Damit wird der Begriff der Haustürgeschäfte gegenüber Art. 1 Abs. 1, 2. Spiegelstrich Haustürwiderrufs-Richtlinie¹⁵ in zweifacher Hinsicht erweitert: Ein Besuch des Gewerbetreibenden in einer Privatwohnung oder am Arbeitsplatz des Verbrauchers wird nicht mehr verlangt und auch ein Vertragsschluss während der Haustürsituation ist nicht mehr erforderlich.¹⁶ Die umstrittene Frage, ob und inwieweit der Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 3 und 4 der Haustürwiderrufs-Richtlinie auf Angebote unter „ähnlichen Bedingungen“ zu erweitern ist,¹⁷ bedarf daher keiner Entscheidung mehr.¹⁸ Schließlich ist auch der Vertragsschluss auf einem vom Unternehmer oder von dessen Vertreter organisierten Ausflug erfasst, wenn Zweck des Ausflugs die Werbung und die Herbeiführung von Vertragsschlüssen ist (Art. 2 lit. q iii) GEK-VO), was Art. 1 Abs. 1, 1. Spiegelstrich der Haustürwiderrufs-Richtlinie entspricht.

¹⁴ Näher *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2007, § 312b Rn. 51 ff.

¹⁵ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. (EG) Nr. L 372 vom 31.12.1985, 31 ff.

¹⁶ Vgl. zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 283; *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7, 9; *Howells/Schulze*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 3, 6 f.; *Schulte-Nölke*, ebenda, 29, 35 f.

¹⁷ Dazu näher *Wiedmann*, in: *Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl., 2010, Kap. 7 Rn. 50, 56, 58-60; *Micklitz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Stand: 46. Erg.-Lfg. 10/2011, Band 4, A2 Rn. 20 f., 30-34; jeweils m.w.N.

¹⁸ Zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Christiansen* (Fn. 12), 282; vgl. auch *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 280.

cc) Ausnahmen

- 9 Art. 13 Abs. 5 GEK nennt mehrere Fälle, in denen die Vorschriften über die Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher nicht gelten. Dabei entspricht Art. 13 Abs. 5 lit. a GEK (Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltswaren des täglichen Bedarfs im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten) dem Art. 3 Abs. 2 lit. b der Haustürwiderrufs-Richtlinie sowie dem Art. 3 Abs. 2, 1. Spiegelstrich der Fernabsatz-Richtlinie. Der Ausnahmetatbestand für Warenautomaten und automatisierte Geschäftsräume (Art. 13 Abs. 5 lit. b GEK) befand sich bereits in Art. 3 Abs. 1, 2. Spiegelstrich Fernabsatz-Richtlinie. Bei Haustürgeschäften greifen die Informationspflichten auch dann nicht ein, wenn der Preis bzw. Gesamtpreis 50 Euro oder den entsprechenden Betrag einer anderen Währung nicht übersteigt (Art. 13 Abs. 5 lit. c GEK). Die Verbraucherrechte-Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 4 frei, die Richtlinie auf Haustürgeschäfte bis zu einer Wertgrenze in Höhe von 50 Euro nicht anzuwenden. Dies entspricht auch der bisherigen Regelung in Art. 3 Abs. 1 der Haustürwiderrufs-Richtlinie (Wertgrenze in Höhe von 60 ECU).

dd) Gemeinsame Informationspflichten für Fernabsatz- und Haustürgeschäfte

- 10 Die Art. 13-17 GEK enthalten einen umfangreichen Katalog an Informationspflichten, die sowohl für Fernabsatzverträge als auch für Haustürgeschäfte gelten. Entsprechende Pflichten sind bereits aus den bestehenden verbraucherschützenden Richtlinien bekannt.¹⁹ Für Haustürgeschäfte gehen die Informationspflichten freilich weit über die in Art. 4 der Haustürwiderrufs-Richtlinie vorgesehene Belehrung über das Widerrufsrecht hinaus.²⁰ Ob bei Haustürgeschäften stets ein gleiches Bedürfnis für detaillierte Informationen wie beim Fernabsatz besteht, erscheint indes zweifelhaft.²¹ Denn der Unternehmer bzw. sein Vertreter steht für Nachfragen zur Verfügung und kann mitunter Musterstücke präsentieren.²² Auf der anderen Seite bestünde ohne die Informationspflichten jedoch die Gefahr, dass dem Verbraucher nur selektiv Informationen vermittelt werden und er aufgrund der Überrumpelungssituation von Nachfragen absieht. Überdies werden die Waren auch im Rahmen von Haustürgeschäften teilweise anhand von Katalogen bestellt.²³ Die Ausweitung der Informationspflichten bei Haustürgeschäften lässt sich insofern also durchaus rechtfertigen.
- 11 Nach den detaillierten Regelungen der Art. 13-17 GEK ist der Verbraucher insbesondere über folgende Punkte zu belehren: die wesentlichen Merkmale des Vertragsgegenstands (Art. 13 Abs. 1 lit. a GEK), den Gesamtpreis und etwaige zusätzliche Kosten (Art. 14 GEK), die Person des Unternehmers (Art. 15 GEK), den Vertragsinhalt (Art. 16 GEK), ein etwaiges Widerrufsrecht (Art. 17 GEK), die Bedingungen von Service- und Garantieleistungen des Unternehmers (Art. 13 Abs. 1 lit. f GEK), ggf. die Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung (Art. 13 Abs. 1 lit. g GEK) sowie

¹⁹ Siehe die Systematisierung bei *Grigoleit*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 223, 235 f.; vgl. auch *Rose/Taeger*, K&R 2010, 159, 162 f.

²⁰ Zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Christiansen* (Fn. 12), 292; vgl. auch *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 469.

²¹ Kritisch *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 233 f.

²² Vgl. *Ackermann* (2010) EBLR 587, 599.

²³ Vgl. *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 470; *Terryn*, in: Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2. Aufl., 2009, 143, 174.

verschiedene Spezifika digitaler Inhalte (Art. 13 Abs. 1 lit. h und i GEK).²⁴ Zu Recht gestrichen wurde die in Art. 17 Abs. 2 der Feasibility Study noch geforderte Belehrung über die Rechtsbehelfe bei Vertragspflichtverletzungen, da insoweit die Angaben im Standard-Informationsblatt genügen.

Formale Anforderungen für die Erteilung der Informationen ergeben sich aus **12** Art. 13 Abs. 3 und 4 GEK. Bei Fernabsatzverträgen müssen die Informationen wie nach Art. 4 Abs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise²⁵ sowie in klarer und verständlicher Sprache erteilt werden (Art. 13 Abs. 3 lit. a und b GEK). Letzteres gilt auch für die Informationen bei Haustürgeschäften (Art. 13 Abs. 4 lit. b GEK). Bei diesen müssen die Informationen entweder auf Papier oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden (Art. 13 Abs. 4 lit. a GEK). Bei Fernabsatzverträgen ist die Verwendung eines dauerhaften Datenträgers dagegen fakultativ (Art. 13 Abs. 3 lit. c GEK). Ein dauerhafter Datenträger liegt nach der Definition in Art. 2 lit. t GEK-VO vor, wenn der Verbraucher die Informationen so speichern kann, dass er sie unverändert für eine angemessene Dauer einsehen kann. Gemäß Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-Richtlinie kommen hierfür insbesondere Papier, USB-Sticks, CD-Roms, DVDs, Speicherkarten, Festplatten und E-Mails in Betracht. Eine einfache Internetseite genügt dagegen nicht.²⁶ Nach einem Urteil des EFTA-Gerichtshofs zur Versicherungsvermittler-Richtlinie²⁷ stellt eine Internetseite aber einen dauerhaften Datenträger dar, wenn der Verbraucher aufgrund ihrer Gestaltung die Informationen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausdrückt oder abspeichert.²⁸ Ebenso soll es genügen, einen sicheren, passwortgeschützten Speicherbereich für den Kunden einzurichten, wenn die dort bereitgehaltenen Informationen vom Anbieter nicht mehr verändert werden können.

ee) Zusätzliche Erfordernisse für Fernabsatz- oder Haustürgeschäfte

Die Art. 18 und 19 GEK regeln zusätzliche Erfordernisse, die nur für Haustürgeschäfte bzw. nur für Fernabsatzverträge gelten. Entsprechend § 312c Abs. 2 BGB sind bei Telefonanrufen zu Zwecken des Abschlusses eines Vertrages im Fernabsatz stets die Identität des Unternehmers und der kommerzielle Zweck des Anrufs zu Beginn des Gesprächs offenzulegen (Art. 19 Abs. 1 GEK). Ist im Fernabsatz eine ausführliche Belehrung – etwa auf dem Display eines Smartphones – nicht möglich, so sieht Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 Einschränkungen der Belehrungspflichten vor (entsprechend Art. 8 Abs. 4 und Verbraucherrechte-Richtlinie, vgl. auch deren Erwägungsgrund 36 Satz 1 und 2).²⁹ Der Unternehmer muss unmittelbar auf dem zur Verfügung stehenden Medium nur die in Art. 19 Abs. 3 GEK genannten Informationen

²⁴ Kritische Analyse der Sinnhaftigkeit einzelner Informationsinhalte bei *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 236 ff.

²⁵ Vgl. dazu *Schmidt-Räntsch*, in: BeckOK-BGB, 21. Edition, § 312c Rn. 16; *Nordhausen Scholtes*, in: Howells/Schulze (Fn. 12), 213, 229 f.

²⁶ BGH Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 66/08, NJW 2010, 3566, 3567 f. m.w.N.; weiterführend zur Begriffsdefinition *Schinkels*, in: Gebauer/Wiedmann (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 44 ff.; *Wieser*, ÖJZ 2010, 797 ff.

²⁷ Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. (EG) Nr. L 9 vom 15.1.2003, 3 ff.

²⁸ EFTA-Gerichtshof Urt. v. 27.1.2010 – E-4/09, VersR 2010, 793, 797 m. Anm. *Reiff*, 797 ff.

²⁹ Ausführlich zu dieser Regelung im Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Rose/Taeger*, K&R 2010, 159, 163 ff.

übermitteln und kann die übrigen Informationen „in geeigneter Weise im Einklang mit Artikel 13 Abs. 3“ erteilen. Erwägungsgrund 36 Satz 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie nennt als Beispiele dafür einen Link zu einer Internetseite, auf der alle erforderlichen Informationen bereitgestellt werden, oder die Angabe einer gebührenfrei erreichbaren Telefonauskunft, bei der die zusätzlichen Informationen erfragt oder abgerufen werden können. Auch die so zur Verfügung gestellten Informationen müssen noch vor Vertragsschluss zugänglich sein; insoweit ergibt sich aus Art. 19 Abs. 2 und 3 GEK keine Einschränkung.³⁰

- 14 Bei Haustürgeschäften muss der Unternehmer dem Verbraucher nach Vertragsschluss stets eine Kopie des Vertrages oder eine Bestätigung nach Maßgabe des Art. 18 Abs. 1 GEK überlassen. Art. 19 Abs. 5 GEK sieht eine entsprechende Pflicht für Fernabsatzgeschäfte vor. Dort entfallen die nachvertraglichen Informationspflichten aber, wenn der Verbraucher die Informationen bereits vor Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger erhalten hat (Art. 19 Abs. 5 Satz 2 a.E. GEK).

ff) Insbesondere: Belehrung über das Widerrufsrecht

- 15 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. e, 17 GEK muss der Unternehmer den Verbraucher auch über ein etwa bestehendes Widerrufsrecht sowie dessen Voraussetzungen, Ausübung und Rechtsfolgen informieren. Gemäß Art. 17 Abs. 4 Satz 1 GEK kann er sich dafür einer Musterbelehrung bedienen, die in Anlage 1 zum GEK abgedruckt ist (entsprechend Art. 17 Abs. 4 der Verbraucherrechte-Richtlinie und § 360 Abs. 3 BGB). Bei Verwendung des Musters gelten die Belehrungspflichten qua gesetzlicher Fiktion in Art. 17 Abs. 4 Satz 2 GEK als erfüllt.
- 16 Bei Art. 17 Abs. 2 GEK dürfte ein Redaktionsversehen vorliegen. Nach der Vorschrift ist ggf. darauf hinzuweisen, dass der Verbraucher im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat. Im Anschluss daran wird dieselbe Pflicht nochmals für den Fall statuiert, dass sich bei Fernabsatzverträgen die Waren nicht normal mit der Post zurücksenden lassen. Diese Doppelung, die sich auch in der englischen und der französischen Fassung findet, ergibt keinen Sinn. Wie ein Vergleich mit der entsprechenden Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. i der Verbraucherrechte-Richtlinie ergibt, soll wohl gesagt werden, dass im letzteren Fall auch die Kosten der Rücksendung anzugeben sind. Nur diese Pflicht korrespondiert auch mit der entsprechenden Passage der Muster-Widerrufsbelehrung (Ausfüllhinweis Nr. 5 lit. b). Art. 17 Abs. 2 GEK ist vor seiner Verabschiedung noch entsprechend zu korrigieren.
- 17 Bezüglich des erforderlichen Hinweises bei nicht auf dem Postweg transportablen Waren kann Erwägungsgrund 36 Satz 3 zur Verbraucherrechte-Richtlinie entsprechend herangezogen werden. Danach kann der Unternehmer die Informationspflicht nach Art. 17 Abs. 2 GEK vollständig dadurch erfüllen, dass er einen Beförderer und einen Preis für die Rücksendung angibt. Können die Rücksendekosten im Voraus nicht bestimmt werden, so muss der Unternehmer einen geschätzten Höchstbetrag angeben (vgl. die Muster-Widerrufsbelehrung in Anlage 1 zum GEK). Die Schätzung kann sich an den Kosten für die Lieferung an den Verbraucher orientieren (Erwägungsgrund 36 Satz 4 zur Verbraucherrechte-Richtlinie).

³⁰ Zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Rose/Taeger*, K&R 2010, 159, 164.

gg) Rechtspolitische Würdigung

Die im europäischen Verbraucherrecht verbreitete Statuierung umfassender und detaillierter Informationskataloge ist in der Literatur auf vielfältige Kritik gestoßen.³¹ Beanstandet wird insbesondere, dass der Verbraucher die Fülle der Informationen nicht sinnvoll verarbeiten kann, so dass er doch keine wirkliche Entscheidungshilfe erhält. Diese Kritik lässt sich auch mit Blick auf die in Art. 13 ff. GEK geregelten Informationspflichten nicht von der Hand weisen. Eine Zusammenfassung und Hervorhebung der wesentlichen Informationen – etwa nach dem Vorbild des Produktinformationsblatts bei Versicherungsverträgen (§ 4 VVG-InfoV) – erschiene daher sinnvoll³², auch wenn eine Auswahl schwer fällt. Daneben sollten ausführliche Informationen aber verfügbar bleiben, um individuellen Bedürfnissen gerecht zu werden. Die Einführung einer zusätzlichen Zusammenfassung dürfte freilich nicht auf den Bereich des GEK beschränkt bleiben, um die Kohärenz europäischer Rechtsetzung zu wahren. Angesichts der erst kürzlich erfolgten Verabschiedung der Verbraucherrechte-Richtlinie, deren Regelungen zu Informationspflichten weitgehend denen des GEK entsprechen, erscheint eine Änderung mittelfristig nicht realisierbar. Im Übrigen kann man sich fragen, ob wirklich alle in Art. 13 ff. GEK geregelten Informationen erforderlich sind. Insoweit handelt es sich jedoch um kein spezifisches Problem des GEK, sondern um eine Frage, die primär im Zusammenhang mit der Verbraucherrechte-Richtlinie zu diskutieren ist.³³

c) Sonstige Verträge

Artikel 20 GEK normiert die – reduzierten – Informationspflichten für alle übrigen Verträge, die unter keinen besonderen situativen Voraussetzungen zustande kommen. Die Verbraucherrechte-Richtlinie enthält insoweit eine vollständige Regelung (Art. 5 der Richtlinie); im GEK wird hingegen an zwei Stellen (Art. 20 lit. b und d) auf die Informationspflichten bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften verwiesen. Dies zeigt die Parallelen deutlicher auf. Bei sonstigen Verträgen gelten die Informationspflichten jedoch nicht uneingeschränkt. Art. 20 GEK sieht insoweit vielmehr zwei praktisch wichtige Ausnahmetatbestände vor.

aa) Alltagsgeschäfte bei sofortiger Erfüllung

Die Informationspflichten nach Art. 20 Abs. 1 GEK gelten gemäß Abs. 2 nicht für Alltagsgeschäfte, die sofort erfüllt werden. Zweifelhaft ist der genaue Umfang der Alltagsgeschäfte bzw. der Geschäfte des täglichen Lebens, wie es in der entsprechenden Vorschrift der Verbraucherrechte-Richtlinie (Art. 5 Abs. 3) heißt. Im deutschen

³¹ Stellungnahme *G. Wagner*, 16, abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/aus-schuesse17/a06/anhoerungen/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen; zu den bisherigen verbraucherschützenden Richtlinien *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 247 ff.; *Fleischer*, ZEuP 2000, 772, 787 f.; *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 698; zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Arnold*, RIW 2009, 679, 681; *Ackermann* (2010) EBLR 587, 598 f.; *Artz* (Fn. 12), 209, 216 f.; *Howells/Schulze*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 3, 14; zur Feasibility Study *Lehmann*, GPR 2011, 218, 220.

³² Vgl. *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 249; *Howells/Schulze*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 3, 14. Weiterführend erscheint hier der Ansatz, die Informationen als Grundlage individueller „Informationschancen“ zu verstehen (so *Pfeiffer*, in: *Lorenz*, *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen*, 2012, 100).

³³ Vgl. die instruktive Analyse von *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 234 ff.

nationalen Recht findet sich dieselbe Formulierung in § 105a BGB, der volljährigen Geschäftsunfähigen bei bestimmten Geschäften einen wirksamen Vertragsschluss ermöglicht. Dem entspricht der betreuungsrechtliche Begriff „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens“ in § 1903 Abs. 3 Satz 2 BGB.³⁴ Eine Orientierung an den von § 105a BGB erfassten Fällen³⁵ ist aber nicht nur wegen des Erfordernisses autonomer Auslegung (Art. 4 Abs. 1 GEK)³⁶, sondern auch wegen des unterschiedlichen Regelungszwecks abzulehnen. Bei Art. 20 Abs. 2 GEK muss maßgeblich sein, ob sich die Last der Erfüllung der Informationspflichten angesichts der Häufigkeit und der geringen Bedeutung des betreffenden Geschäfts in Abwägung mit dem Informationsinteresse des Verbrauchers als unverhältnismäßig darstellt. Dabei ist aus Gründen der Rechtssicherheit auf einen durchschnittlichen Verbraucher³⁷ abzustellen; auf die Verhältnisse des konkreten Käufers kommt es nicht an. Keine Belehrungspflichten bestehen daher insbesondere beim Kauf von Lebensmitteln, Textilien und Schuhen, gewöhnlichen Hygieneartikeln und Medizinprodukten, einfachen Haushaltsgegenständen einschließlich kleinerer Elektro- und Elektronikgeräte, Schnittblumen, Zimmer- und Gartenpflanzen, Treibstoff, Schreibwaren sowie Medien wie Zeitungen, Zeitschriften und DVDs. Grenzfälle lassen sich nicht vermeiden.

bb) Informationen „aus den Umständen“

- 21** Sind die Informationspflichten nach Art. 20 Abs. 1 GEK grundsätzlich anwendbar, so brauchen die Informationen dennoch nur erteilt zu werden, sofern sie sich „nicht bereits aus den Umständen ergeben“. Nach der entsprechenden Regelung in Art. 5 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie ist erforderlich, dass sich die Informationen *unmittelbar* aus den Umständen ergeben. Insoweit sollte noch eine Angleichung des Wortlauts vorgenommen werden, um eine einheitliche Rechtsprechung zu dieser Frage zu ermöglichen. Aus den Umständen erkennbar sind insbesondere äußerlich erkennbare Merkmale von Waren, die im Ladengeschäft ausgestellt sind.³⁸ Art. 13 Abs. 1 lit. a der Feasibility Study brachte diesen Gedanken noch deutlich mit den Worten „so far as the characteristics are not evident from the display of the goods“ zum Ausdruck.³⁹ Zu den äußerlich erkennbaren Merkmalen zählen etwa die Farbe, die Form und die Maße von Elektrogeräten, Möbeln, Textilien, Schuhen und dergleichen, soweit nicht ohnehin Art. 20 Abs. 2 GEK eingreift. Über wesentliche Eigenschaften, die nicht ohne Weiteres erkennbar sind, wie die technische Ausstattung eines Compu-

³⁴ *Völmann-Stickelbrock*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl., 2011, § 105a Rn. 3; *Löhnig/Schärtl*, AcP 204 (2004), 25, 33.

³⁵ Vgl. etwa *Knothe*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 105a Rn. 5 f.; *Baldus*, in: NK-BGB, 2. Aufl., 2012, § 105a Rn. 13 ff.; *Löhnig/Schärtl*, AcP 204 (2004), 25, 33.

³⁶ Vgl. zur Feasibility Study *Aubert de Vincelles*, RTD eur. 2011, 615, 626; allg. zur autonomen Auslegung europäischer Rechtsakte *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Fn. 17), Kap. 4 Rn. 8; *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl., 2007, 46 f.

³⁷ Vgl. zum Leitbild des verständigen Durchschnittsverbrauchers *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, Art. 36 AEUV Rn. 212; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2006, Rn. 211 ff.; *Thüsing*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 1 BGB-InfoV Rn. 28.

³⁸ Vgl. zu sog. „Suchgütern“, bei denen eine Informationsmöglichkeit vor Vertragsschluss besteht: *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 74.

³⁹ Vgl. auch Erwägungsgrund 17 Sätze 2 und 3 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM(2008) 614/4; in den Erwägungsgründen der endgültigen Richtlinienfassung finden sich diese Erwägungen nicht mehr.

ters oder die Materialqualität eines Möbelstücks, ist dagegen zu informieren. Dies kann wie bislang üblich auf einem neben den Ausstellungsstücken angebrachten Informationsblatt oder durch das Verkaufspersonal erfolgen. Hängen oder liegen an der Ware schriftliche Informationen aus, so ergeben sich diese aber nicht bereits aus den Umständen,⁴⁰ sondern der Händler erfüllt hierdurch seine Informationspflicht. Im stationären Handel werden sich auch die Identität des Unternehmers und seine Anschrift (Art. 20 Abs. 1 lit. c GEK) zumeist aus den Umständen ergeben.

cc) Kritik

Auch über die beschriebenen Ausnahmen hinaus erscheint zweifelhaft, ob es einer Pflicht zur standardisierten Informationserteilung außerhalb besonderer Vertriebsformen bedarf.⁴¹ Da die Informationen für die jeweiligen Waren anzupassen sind, werden dem stationären Handel dadurch sehr umfangreiche Pflichten aufgebürdet. Ohnehin werden besonders relevante produktbezogene Informationen häufig bereits mittels Datenblättern, Preislisten, Katalogen oder persönlich durch das Verkaufspersonal erteilt. Der mündige Verbraucher ist überdies in der Lage, durch Nachfrage oder Prüfung der Ausstellungsstücke weitere Informationen zu erlangen. Sein Schutzbedürfnis ist deutlich geringer als in einer Haustürsituation oder im Fernabsatz. Das meist nur selektive Informationsinteresse wird durch den Zugang zu einem standardisierten und detaillierten Datensatz ohnehin nicht adäquat befriedigt.⁴² Für den Unternehmer ergeben sich bei der Auslegung der Ausnahmetatbestände in Art. 20 Abs. 1 und 2 GEK Unsicherheiten, die häufig zu einer überobligatorischen Erfüllung von Informationspflichten führen werden. Vor diesem Hintergrund hätte es näher gelegen, die allgemeine Offenlegungspflicht zwischen Unternehmern nach Art. 23 GEK,⁴³ die auf die Umstände des Einzelfalls Rücksicht nimmt, auf Verträge mit Verbrauchern zu erstrecken. Dies hätte Art. II.-3:101 Abs. 1 DCFR entsprochen, der Informationspflichten sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern statuiert⁴⁴ und nur im letzteren Fall durch Abs. 2 modifiziert wird.⁴⁵

⁴⁰ So aber *Dehn*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 41, 57.

⁴¹ Kritisch *Grigoleit* (Fn. 19), 223, 233: „Gebot der transaktionsspezifischen Legitimierung“; vgl. *Cravetto/Pasa* (2011) ERPL 759, 762 f.; *Beale/Howells*, in: *Schulze/Stuyck, Towards a European Contract Law*, 2011, 49, 54 f.; zur Verbraucherrechte-Richtlinie vgl. auch *Aubert de Vincelles*, RTD eur. 2011, 615, 622; zum Entwurf aus dem Jahr 2008 *Christiansen* (Fn. 12), 293.

⁴² Vgl. *Dehn*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 41, 56.

⁴³ Dazu sogleich Rn. 23 ff.

⁴⁴ Vgl. *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 697; *Tommasi*, GPR 2010, 291, 298; *Cravetto/Pasa* (2011) ERPL 759, 762.

⁴⁵ Vgl. dazu *von Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Vol. 1, 2009, 201*; vgl. ferner Art. II.-3:102–104 DCFR, welche die Informationspflichten gegenüber Verbrauchern für bestimmte Konstellationen weiter ausgestalten; kritisch zu dem Regelungskomplex *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, 671 f.; zur Interim Outline Edition des DCFR *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 544 f.; *Faust*, in: *Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, 2008, 113, 115 ff.; zu Recht differenzierend *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 704 ff.; zur Interim Outline Edition *Schulte-Nölke*, in: *Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, 2008, 47, 55 ff.

2. Vorvertragliche Informationspflichten zwischen Unternehmern

- 23 Im Gegensatz zu den sehr detaillierten Regelungen für Verbraucherverträge enthält das Gemeinsame Europäische Kaufrecht für die Informationspflichten zwischen Unternehmern nur eine Generalklausel in Art. 23. Nach Abs. 1 der Vorschrift muss der Verkäufer, Lieferant bzw. Leistungserbringer seinem Vertragspartner alle Informationen in Bezug auf die wesentlichen Merkmale des Vertragsgegenstands offenlegen, über die er verfügt oder verfügen müsste, wenn die Nichtoffenlegung gegen das Gebot von Treu und Glauben und den Grundsatz des redlichen Geschäftsverkehrs verstoßen würde. Den Vertragspartner des Anbieters trifft dagegen keine entsprechende Aufklärungspflicht.⁴⁶ Art. 23 Abs. 1 GEK erinnert an die allgemeine Informationspflicht in Art. II.-3:101 DCFR. Aus der Formulierung „offen zu legen“ bzw. „disclose“ in der englischen Fassung ist allerdings anders als dort nicht abzuleiten, dass von vornherein nur solche Informationen erfasst sind, die dem Unternehmer bereits zur Verfügung stehen.⁴⁷ Denn Art. 23 Abs. 1 GEK bezieht sich ausdrücklich auch auf solche Informationen, über die der Leistungserbringer „verfügen müsste“. Dass die Informationen beim Anbieter vorhanden sind, spricht freilich eher für die Bejahung der Aufklärungspflicht.⁴⁸
- 24 Neu ist die ausdrückliche Erwähnung von Treu und Glauben. Dies entspricht der großen Bedeutung, die das GEK dem Gebot von Treu und Glauben generell beimisst (vgl. Erwägungsgrund 31). Der DCFR nimmt darauf im hier interessierenden Regelungszusammenhang nur bei der Irrtums- (Art. II.-7:201 Abs. 1 lit. b ii) DCFR) und Täuschungsanfechtung (Art. II.-7:205 Abs. 1 DCFR) sowie bei der Regelung zum Abbruch von Vertragsverhandlungen (Art. II.-3:301 Abs. 1 DCFR) Bezug.⁴⁹ Bei der Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben kann auf die Definition in Art. 2 lit. b GEK-VO sowie auf die wissenschaftlichen Untersuchungen zur Bedeutung des Begriffs „Treu und Glauben“ in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen und im Europäischen Privatrecht⁵⁰ zurückgegriffen werden.
- 25 Nach Art. II.-3:101 DCFR ist bei der Bestimmung der Informationspflichten zu ermitteln, ob die Nichtoffenlegung der jeweiligen Information gegen die „good commercial practice“, die gute Handelspraxis, verstoßen würde.⁵¹ Eine Liste weiterer Kriterien zur Bestimmung von Aufklärungspflichten findet sich im DCFR nur bei der Regelung zur arglistigen Täuschung (Art. II.-7:205 Abs. 3 DCFR). Diese Liste übernimmt weitgehend auch das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, allerdings nicht nur

⁴⁶ Zweifelnd zur Feasibility Study *de Boeck* (2011) ERPL 787, 792.

⁴⁷ So zur Interim Outline Edition des DCFR *Faust* (Fn. 45), 115, 117.

⁴⁸ Vgl. *Grigoleit*, in: Schulze/Ebers/Grigoleit, Informationspflichten und Vertragsschluss im *Acquis communautaire*, 2003, 201, 213.

⁴⁹ Vgl. zu diesen Divergenzen *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 710.

⁵⁰ Siehe etwa *Zimmermann/Whittaker*, Good Faith in European Contract Law, 2008; *Chainais/Guillaume/Tenenbaum*, in: Fauvarque-Cosson/Mazeaud, European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, 2008, 150 ff.; *Wicker*, ebenda, 515 ff.; *Hesselink*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Mak/du Perron, Towards a European Civil Code, 4. Aufl., 2011, 619 ff.; *Fleischer*, JZ 2003, 865 ff.; *Lando* (2007) ERPL 841 ff.; *Mekki/Kloepfer-Pelëse* (2008) ERCL 338 ff.; *Baudenbacher*, ZIRV 2008, 205 ff.; *Englisch*, StuW 2009, 3 ff.; *Dajczak*, GPR 2009, 63 ff.; *Zimmermann*, Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2002; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 242 Rn. 1116 ff.

⁵¹ Vgl. dazu von *Bar/Clive* (Fn. 45), 202.

im Rahmen der Täuschungsanfechtung (Art. 49 Abs. 3 GEK), sondern auch bezüglich der Offenlegungspflicht zwischen Unternehmern (Art. 23 Abs. 2 GEK). Neben das Kriterium der guten Handelspraxis (Art. 23 Abs. 2 lit. f GEK) treten nach Art. 23 Abs. 2 lit. a-e GEK noch die Sachkunde des Leistungserbringers und seine Aufwendungen zur Erlangung der Informationen, die Möglichkeit der anderweitigen Informationsbeschaffung durch den Vertragspartner sowie die Art der Information und ihre wahrscheinliche Bedeutung für den Vertragspartner. Das letztgenannte Kriterium enthält eine wichtige Begrenzung der Informationspflichten, sofern man die Wahrscheinlichkeit als Prognose aufgrund objektiver und für den potentiell Aufklärungspflichtigen erkennbarer Kriterien begreift.⁵² Art. 49 Abs. 3 lit. e GEK ist demgegenüber noch enger gefasst und stellt bezüglich der arglistigen Täuschung auf die „offenkundige Bedeutung“ der Information für die andere Partei ab. Diese Divergenz der im Übrigen gleichlautenden Vorschriften widerspricht einer möglichst einheitlichen Bestimmung der Aufklärungspflichten und einer kohärenten Rechtsetzung. Die Vorschriften sollten insoweit noch einander angeglichen werden.

Die in Art. 23 Abs. 2 GEK genannten Faktoren werden größtenteils auch im deutschen autonomen Recht bei der Konkretisierung von Aufklärungspflichten eingesetzt.⁵³ Sie sind nicht abschließend, da sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind. Insbesondere kann auch ein Geheimhaltungsinteresse des Anbieters an bestimmten Informationen zu beachten sein.⁵⁴ **26**

Der beispielhafte Katalog maßgeblicher Kriterien in Art. 23 Abs. 2 GEK geht über die üblichen nationalen Normierungen hinaus, entspricht aber überwiegend der Konkretisierung durch die jeweilige Rechtsprechung und Literatur. Er ist aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen⁵⁵ und kann zu einer einheitlichen Auslegung in den Mitgliedstaaten⁵⁶ beitragen. Es ist systematisch folgerichtig, die Kriterien bereits im Zusammenhang mit der allgemeinen Aufklärungspflicht und nicht erst bei der Täuschungsanfechtung zu normieren, wie es die PECL und der DCFR tun.⁵⁷ Die Verankerung in Art. 23 GEK schafft eine einheitliche Basis zur Bestimmung von Aufklärungspflichten. Mit der Statuierung des Katalogs geht freilich auch eine Betonung und Schärfung der Informationspflichten einher. Dies gilt insbesondere für Gewerbetreibende aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, da das Common Law traditionell kein umfassendes Konzept von Treu und Glauben kennt⁵⁸. Insbesondere werden dort vorvertragliche Pflichten für den Regelfall abgelehnt, da die Parteien in diesem **27**

⁵² Vgl. dazu *Faust*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 201, 207; zur Feasibility Study ferner *de Boeck* (2011) ERPL 787, 795.

⁵³ Siehe dazu etwa *Olzen*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 241 Rn. 437 ff.; *Feuerborn*, in: NK-BGB, 2. Aufl., 2012, § 123 Rn. 31 ff.; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 123 Rn. 32 ff.

⁵⁴ Näher *Faust*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 201, 210 f.

⁵⁵ Vgl. zur Feasibility Study *de Boeck* (2011) ERPL 787, 793; kritisch *Roth*, in: Lorenz (Fn. 32), 5, 44.

⁵⁶ Vgl. *Faust*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 201, 205, der zutreffend auf die Gefahr der Beeinflussung durch nationale Rechtstraditionen hinweist.

⁵⁷ Vgl. die entsprechende Kritik am DCFR von *Faust* (Fn. 45), 115, 129; *ders.*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 201, 203 f.; *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 536; *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 711; zu den PECL *Grigoleit* (Fn. 48), 201, 213.

⁵⁸ *Lando* (2007) ERPL 841, 848; *O'Connor*, Good Faith in English Law, 1990, 10, 18; *Staudinger/Looschelders/Olzen* (Fn. 50), § 242 Rn. 1149.

Stadium noch keinen gegenseitigen Bindungen unterliegen, sondern ihre Vertragsverhandlungen frei führen können sollen.⁵⁹

3. Elektronischer Geschäftsverkehr

- 28 Zusätzliche Anforderungen für den elektronischen Geschäftsverkehr sind in den Art. 24-27 GEK enthalten. Die Verbraucherrechte-Richtlinie lässt dagegen die einschlägigen Regeln der E-Commerce-Richtlinie⁶⁰ unberührt (vgl. Erwägungsgrund 12 Satz 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie) und ergänzt diese bloß (vgl. Art. 8 Abs. 2, 3 Verbraucherrechte-Richtlinie).

a) Informationspflichten

- 29 Art. 24 GEK übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der Art. 10 und 11 E-Commerce-Richtlinie und gilt wie diese auch im Verhältnis zwischen Unternehmern.⁶¹ Der Anbieter hat über die in Art. 24 Abs. 3 GEK genannten Umstände zu informieren. Anders als nach Art. 10 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie und dem entsprechenden § 312g Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB (vormals § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB a.F.)⁶² müssen die Vertragsbestimmungen jedoch nach Art. 24 Abs. 4 GEK auf einem dauerhaften Datenträger (Art. 2 lit. t GEK-VO) zur Verfügung gestellt werden. Nach Art. 25 Abs. 1 GEK und dem entsprechenden Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Verbraucherrechte-Richtlinie hat der Unternehmer den Verbraucher, wenn dieser eine Zahlungsverpflichtung eingeht, unmittelbar vor Abgabe der Bestellung klar und deutlich auf die wesentlichen Merkmale der Leistung, den Gesamtpreis und etwaige zusätzliche Kosten sowie ggf. die Laufzeit des Vertrages und die Beendigungsmodalitäten hinzuweisen.

b) „Button-Lösung“

- 30 Art. 25 Abs. 2 GEK setzt für Fernabsatzverträge im elektronischen Geschäftsverkehr die sog. „Button-Lösung“ um (ebenso Art. 8 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie). Nach Satz 1 muss der Verbraucher ausdrücklich anerkennen, dass er mit der Bestellung eine Zahlungsverpflichtung eingeht. Bei Abgabe der Bestellung mittels einer Schaltfläche oder einer ähnlichen Vorrichtung muss diese gut lesbar und ausschließlich mit den Worten „Bestellung mit Zahlungsverpflichtung“ oder einem ähnlichen eindeutigen Hinweis auf die Zahlungsverpflichtung gekennzeichnet sein (Satz 2). Andernfalls ist der Verbraucher an den Vertrag nicht gebunden (Satz 3). Da die Vorschrift ausdrücklich nur feststellt, dass der Verbraucher an den Vertrag nicht gebunden ist, stellt sich die Frage, ob der Verbraucher dennoch am Vertrag festhalten und

⁵⁹ *Walford v Miles* [1992] 2 W. L. R. 174, 181 (House of Lords); *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 696 ff. m.w.N.

⁶⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. (EG) Nr. L 178 vom 17.7.2000, 1 ff.

⁶¹ Vgl. zur Feasibility Study *Loos/Helberger/Guibault/Mak* (2011), ERPL 729, 737; *Zoll*, euvr 2012, 9, 13.

⁶² Zu den danach geltenden Anforderungen MünchKommWendehorst (Fn. 14), § 312e Rn. 105 ff.

dessen Erfüllung verlangen kann, wenn nach den allgemeinen Regeln ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist. Dafür sprechen der Schutzzweck sowie der Wortlaut der Vorschrift, der einen Umkehrschluss nahelegt. Dagegen lassen sich allerdings Rechtssicherheitserwägungen anführen. Denn es bliebe fraglich, ab wann der Unternehmer im Gegenzug eine Zahlung verlangen kann, ob und wann eine endgültige Bindung des Verbrauchers eintritt und ob der Verbraucher zuvor darüber belehrt werden muss, dass er an den Vertrag nicht gebunden ist. All diese Fragen lassen sich nicht mit ausreichender Sicherheit durch Auslegung des Art. 25 Abs. 1 S. 3 GEK beantworten. Eine eindeutige Regelung enthält insoweit die vom Deutschen Bundestag am 2. März 2012 beschlossene Neufassung von § 312g BGB⁶³, mit der die entsprechende Vorschrift der Verbraucherrechte-Richtlinie (Art. 8 Abs. 2) noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist am 13.12.2013 (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie) umgesetzt werden soll. Nach § 312g Abs. 4 BGB n.F. kommt ein Vertrag nur zustande, wenn der Hinweis auf die Zahlungspflicht erfolgt ist.⁶⁴ Eine solche Präzisierung könnte auch noch im GEK vorgenommen werden. Freilich enthält bereits die Verbraucherrechte-Richtlinie dieselbe Formulierung wie der Entwurf zum GEK, wonach nur der Verbraucher nicht an den Vertrag gebunden ist. Gegebenenfalls muss die aufgeworfene Frage durch Vorlage an den EuGH geklärt werden.

4. Schadensersatz bei Verletzung der Informationspflichten

Für den Schadensersatz bei Verletzung von Informationspflichten kommen wie **31** nach dem Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht. Art. 29 Abs. 1 GEK statuiert eine Schadensersatzhaftung für die Nichterfüllung von Informationspflichten; für den Fall der Erteilung falscher Informationen gilt Art. 28 GEK. Hinzu tritt noch Art. 55 GEK, der Schadensersatz gewährt, wenn dem Gläubiger ein Anfechtungsrecht zusteht oder Zustand und die andere Partei den Anfechtungsgrund kannte oder hätte kennen müssen. Der Anwendungsbereich von Art. 55 GEK überschneidet sich zum Teil mit den Art. 28 und 29 GEK, wenn einer Partei eine Informationspflichtverletzung zur Last fällt und der anderen Partei wegen desselben Sachverhalts auch ein Anfechtungsrecht zusteht.⁶⁵

a) Nichterfüllung von Informationspflichten (Art. 29 GEK)

Erfüllt eine Partei Informationspflichten nach dem GEK nicht, so ist sie der anderen Partei gemäß Art. 29 Abs. 1 GEK zum Ersatz für jeden Verlust verpflichtet, **32** der aus der Pflichtverletzung resultiert. Der Begriff „Verlust“ umfasst nach der Definition in Art. 2 lit. c GEK-VO den materiellen Verlust sowie immateriellen Verlust begrenzt auf erlittene Schmerzen und Leid. Ausdrücklich ausgenommen sind hingegen „andere Formen des immateriellen Verlusts wie Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangene Freude“. Ein Verschuldenserfordernis normiert Art. 29 Abs. 1 GEK im Gegensatz zu Art. 159 Abs. 1 GEK (Schadensersatz bei Nichterfüllung) nicht. Das

⁶³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 17/8805, 4 f.

⁶⁴ Vgl. dazu Begr. RegE BT-Drucks. 17/7745, 12.

⁶⁵ Vgl. zur Multivalenz des Informationsverhaltens der Parteien *Faust/Grigoleit*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 193, 194 f.; *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 379.

Informationsrisiko wird damit wie im DCFR dem Anbieter der Leistung auferlegt.⁶⁶ Freilich statuieren die Art. 13-20 GEK gegenüber Verbrauchern recht detaillierte Informationspflichten, an die der Anbieter sich halten kann, sodass es einer weiteren Begrenzung der Haftung durch ein Verschuldenserfordernis nicht zwingend bedarf. Die allgemeine Informationspflicht gegenüber Unternehmern ist hinreichend durch das Kriterium der „wahrscheinlichen Bedeutung“ für die andere Vertragspartei (Art. 23 Abs. 2 lit. e GEK) begrenzt.⁶⁷

33 Art. 29 Abs. 1 GEK gewährt ausschließlich Schadensersatz in Geld, jedoch keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung oder -anpassung. Zwar fehlt eine Vorschrift wie Art. II.-3:501 DCFR, die klarstellt, dass die vorvertragliche Haftung in Art. II.-3:109 DCFR ein Recht der anderen Partei auf „damages“, also Schadensersatz in Geld⁶⁸, begründet.⁶⁹ Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass die Entwurfsverfasser ohne entsprechende Klarstellung weit über die Rechtsfolgen des Art. II.-3:109 Abs. 3-5 DCFR, dem Art. 29 GEK nachgebildet ist, hinausgehen wollten. Die Beschränkung der vorvertraglichen Haftung auf Geldersatz entspricht auch der weit überwiegenden Meinung im französischen Recht.⁷⁰ Im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ergibt sich die Unklarheit daraus, dass Art. 29 Abs. 1 GEK – anders als etwa Art. 159 GEK – nicht von „Schadensersatz“ spricht, sondern von einer Haftung für jeden „Verlust“. Für den Begriff des Schadensersatzes stellt Art. 2 lit. g GEK-VO nämlich ausdrücklich klar, dass es um einen Geldbetrag geht. Der Begriff „Haftung für jeden Verlust“ dürfte insoweit indessen keine andere Bedeutung haben. Zur Vermeidung solcher Unklarheiten wäre es allerdings sinnvoll, bei allen Haftungstatbeständen des GEK einheitlich von „Schadensersatz“ zu sprechen.

34 Als weitere Sanktion sieht Art. 29 Abs. 2 GEK vor, dass der Verbraucher keine zusätzlichen oder sonstigen Kosten bzw. keine Kosten für die Rücksendung der Ware nach Ausübung des Widerrufsrechts schuldet, wenn der Unternehmer nicht gemäß Art. 14 bzw. Art. 17 Abs. 2 GEK darüber belehrt hat (siehe auch Art. 45 Abs. 2 GEK). Im Verhältnis zu Verbrauchern ist die Regelung in Art. 29 GEK nach ihrem Abs. 4 einseitig zwingend.

b) Erteilung unrichtiger Informationen (Art. 28 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 29 GEK)

35 Anders als im Fall der Nichterfüllung ist die Haftung im Fall der Schlechterfüllung, also bei der Erteilung unrichtiger Informationen, eingeschränkt. Nach Art. 28 Abs. 1 GEK muss die zur Information verpflichtete Partei in angemessener Weise dafür Sorge tragen, dass die erteilten Informationen richtig und nicht irreführend sind. Im Fall einer Verletzung der Pflicht nach Art. 28 stehen der anderen Partei Schadensersatzansprüche nur zu, wenn sie bei Vertragsschluss vernünftigerweise auf die Information vertraut hat (Abs. 2). Die Partei darf etwa dann nicht vernünftigerweise auf eine Information vertrauen, wenn sie es unterlässt, ihr bekannte und naheliegende Informationsquellen auszuschöpfen, mit deren Hilfe sie den tatsächlichen Sachverhalt hätte ermitteln können.⁷¹ Art. 28 Abs. 2 GEK verweist auf die Rechtsfolgen des

⁶⁶ Vgl. *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 712.

⁶⁷ Siehe oben Rn. 25.

⁶⁸ Vgl. auch die Definition im Annex des DCFR; ferner *Faust* (Fn. 45), 115, 126.

⁶⁹ Vgl. dazu auch die Kommentierung zu Art. II.-3:109 DCFR: *von Bar/Clive* (Fn. 45), 235.

⁷⁰ *Looschelders*, ZEuP 2009, 801, 804 m.w.N.

⁷¹ Vgl. zu Art. II.-7:204 DCFR das Beispiel bei *von Bar/Clive* (Fn. 45), 488.

Art. 29 GEK. Auch die Regelung in Art. 29 Abs. 2 GEK, nach der der Verbraucher die dort bezeichneten Kosten nicht schuldet, gilt daher im Fall der unrichtigen Information, wenn die Voraussetzungen des Art. 28 GEK erfüllt sind. Im Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens wird die Haftung für falsche Angaben in Art. II.-7:204 DCFR auf ähnliche Weise beschränkt. Ebenso wie der Anspruch nach Art. II.-7:204 DCFR⁷² ist Art. 28 GEK lediglich auf Schadensersatz in Geld gerichtet. Art. 28 Abs. 3 GEK stellt wiederum klar, dass die Regelung im Verhältnis zu Verbrauchern einseitig zwingend ist.

Die ausdrückliche Statuierung einer Pflicht zur korrekten Information in Art. 28 Abs. 1 GEK war zwar möglicherweise nicht erforderlich,⁷³ sie ist aber unschädlich. Freilich hätte sich eine gemeinsame Regelung mit der Nichterfüllung (Art. 29 GEK) angeboten, zumal auf deren Rechtsfolgen verwiesen wird.⁷⁴ Zu begrüßen ist jedenfalls, dass im GEK die Haftung bei der Erteilung unrichtiger Informationen unmittelbar im Zusammenhang mit den einzelnen Informationspflichten und dem Schadensersatzanspruch bei Nichterfüllung (Art. 29 GEK) geregelt ist. Dies erscheint systematisch folgerichtiger als der Aufbau im DCFR. Dort ist die Haftung für die Nichterteilung von Informationen (Art. II.-3:109 DCFR) zwar am Ende des Abschnitts über Informationspflichten normiert (Book II, Chapter 3, Section 1). Die Regelung zur Haftung für Fehlinformationen (Art. II.-7:204 DCFR) findet sich jedoch erst im Abschnitt über die Anfechtung (Book II, Chapter 7, Section 2).⁷⁵ Im GEK ist in dem entsprechenden Kapitel nur – wiederum systematisch folgerichtig – der Schadensersatzanspruch im Falle der Anfechtbarkeit geregelt (Art. 55 GEK, ähnlich Art. II.-7:214 DCFR).

c) Konkurrenz zur Anfechtung

Nach der ausdrücklichen Anordnung in Art. 29 Abs. 3 GEK ist die durch eine Informationspflichtverletzung geschädigte Partei parallel auch zu einer Anfechtung wegen Irrtums (Art. 48 GEK) oder arglistiger Täuschung (Art. 49 GEK) berechtigt, sofern ein Anfechtungsgrund besteht. Dies entspricht der Rechtslage nach dem Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (vgl. Art. II.-3:109 Abs. 4, Art. II.-7:204 Abs. 2 und Art. II.-7:214 Abs. 1 DCFR).⁷⁶ Die im deutschen nationalen Recht umstrittene Frage des Konkurrenzverhältnisses zwischen vorvertraglicher Haftung und Anfechtung⁷⁷ stellt sich daher nicht, zumal eine Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes – wie beschrieben – nicht in Betracht kommt. Auch der Schadensersatzanspruch nach Art. 55 GEK im Falle der Anfechtbarkeit steht in freier Konkurrenzkongruenz zu Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 GEK. Zwar erwähnt Art. 29 Abs. 3 GEK die Vorschrift nicht ausdrücklich. Es spricht jedoch nichts dagegen, dass die geschä-

⁷² Vgl. zu dieser Vorschrift *Looschelders*, ZEuP 2009, 801, 810 f.

⁷³ *Lehmann*, GPR 2011, 218, 225 hält die entsprechende Vorschrift der Feasibility Study für redundant.

⁷⁴ Vgl. zur Feasibility Study auch *Zoll*, euvr 2012, 9, 12.

⁷⁵ Kritisch zur Interim Outline Edition des DCFR *Faust* (Fn. 45), 115, 120.

⁷⁶ Vgl. dazu *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 713; *Looschelders*, ZEuP 2009, 801, 810; *Schulte-Nölke* (Fn. 45), 47, 56.

⁷⁷ Vgl. dazu etwa BGH Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 f.; MünchKomm/*Armbrüster* (Fn. 53), § 123 Rn. 90 ff.; *Singer/von Finckenstein*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 123 Rn. 101; *Fleischer*, AcP 200 (2000), 91 ff.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, 16 ff.; *Looschelders*, ZEuP 2009, 801, 807 f.

digte Partei ihr Schadensersatzverlangen im vorvertraglichen Bereich – ggf. auch parallel – auf alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen stützen kann. Ficht eine Partei den Vertrag wirksam an und verlangt sie zugleich Schadensersatz, so sind die Rechtsfolgen der Anfechtung bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen.⁷⁸ Eine Anfechtung setzt freilich voraus, dass dem Anfechtenden der Beweis der Ursächlichkeit des Irrtums bzw. der Täuschung gelingt (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. a, Art. 49 Abs. 1 GEK). Bei Verletzung wesentlicher Informationspflichten kommt insoweit aber eine Beweiserleichterung, etwa in Form eines Prima-facie-Beweises „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens, in Betracht.⁷⁹

d) Konkurrenz zum Schadensersatz wegen Vertragspflichtverletzung

- 38** Nicht geregelt ist das Verhältnis zum Schadensersatz wegen Vertragspflichtverletzung nach Art. 159 ff. GEK und zu den übrigen Abhilfen nach Art. 106 GEK. Eine Konkurrenzregelung findet sich hingegen in Art. II.-3:109 Abs. 3 Satz 2 DCFR.⁸⁰ Nach dieser Vorschrift greift die Haftung wegen Nichterfüllung von Informationspflichten nicht ein, soweit die Informationspflichtverletzung auch Einfluss auf den Vertragsinhalt gehabt hat und dem Schuldner daher ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung zusteht. Die Bestimmung knüpft an Art. II.-3:109 Abs. 2 DCFR an, nach dem einer Partei bei Nichterfüllung von Informationspflichten Vertragspflichten obliegen, die den vernünftigen Erwartungen der anderen Partei in Anbetracht der Informationspflichtverletzung entsprechen. Eine entsprechende Regelung enthält Art. 25 Abs. 1 der Feasibility Study. Hat also der Verkäufer einen wesentlichen Mangel der Kaufsache unter Verletzung seiner Aufklärungspflicht verschwiegen, so wird das Fehlen des Mangels Vertragsinhalt und es greift allein das Gewährleistungsrecht ein.
- 39** Das GEK enthält zwar keine Bestimmung wie Art. II.-3:109 Abs. 2 DCFR, nach der die Nichterfüllung von Informationspflichten Einfluss auf den Vertragsinhalt haben kann. Eine solche Bestimmung ist aber auch nicht erforderlich, da sich derartige Konsequenzen bereits aufgrund regulärer Vertragsauslegung ergeben können (vgl. auch Art. 59 lit. a GEK).⁸¹ Überdies können nach Maßgabe von Art. 69 GEK, der Art. II-9:201 DCFR nachgebildet ist, auch vorvertragliche Erklärungen den Vertragsinhalt prägen.⁸² Für das GEK stellt sich daher ebenfalls die Frage der Konkurrenz zwischen vorvertraglicher (Art. 28, 29 GEK) und vertraglicher Haftung. Es sind im Grundsatz – wie im nationalen Recht⁸³ – verschiedene Lösungen denkbar: Eine freie Konkurrenz, eine strenge Exklusivität der vertraglichen Haftung oder eine grundsätz-

⁷⁸ Zu den PECL und zum DCFR *Looschelders*, ZEuP 2009, 801, 810.

⁷⁹ Vgl. *Faust*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Fn. 19), 201, 216 f.; *Grigoleit*, ebenda, 223, 255 f.

⁸⁰ Art. II.-3:107 der Interim Outline Edition des DCFR, der dem jetzigen Art. II.-3:109 DCFR entspricht, enthielt eine solche Konkurrenzregelung noch nicht, sodass von einer Anwendbarkeit neben der vertraglichen Haftung ausgegangen werden konnte, so etwa *Faust* (Fn. 45), 115, 127; zu den PECL *Grigoleit* (Fn. 48), 201, 225.

⁸¹ Zutreffend zum DCFR *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 713; zur Interim Outline Edition des DCFR *Faust* (Fn. 45), 115, 124; vgl. auch *von Bar/Clive* (Fn. 45), 236: „general idea“.

⁸² Näher dazu *Looschelders/Makowsky*, GPR 2011, 106, 107 f. (zu Art. 7/2 CFR-E).

⁸³ Siehe zum Meinungsstand im deutschen Recht BGH Urt. v. 27. 3. 2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120, 2121 f.; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 437 Rn. 57 ff.; *Faust*, in: BeckOK-BGB, 21. Edition, § 437 Rn. 186 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., 2012, Rn. 178 f.

liche Konkurrenz mit Ausnahmen für bestimmte Fälle, etwa bei arglistigem Verhalten des Schuldners. Das Fehlen einer Konkurrenzregelung, wie sie in Art. II.-3:109 DCFR enthalten ist, könnte für ein freies Nebeneinander der Rechtsbehelfe sprechen, da sich das GEK im Übrigen deutlich am DCFR orientiert. Andererseits haben die Entwurfsverfasser möglicherweise angenommen, dass im GEK auf eine Konkurrenzregel verzichtet werden könne, da der Verordnungsentwurf – wie beschrieben – keine Vorschrift wie Art. II.-3:109 Abs. 2 DCFR enthält, nach der sich die Verletzung von Informationspflichten auf den Vertragsinhalt auswirken kann. Gegen eine freie Konkurrenz spricht ein systematischer Gegenschluss zu Art. 57 GEK. Dieser ordnet im Hinblick auf die Vorschriften zur Anfechtung einschließlich des daran anknüpfenden Schadensersatzanspruchs (Art. 55 GEK) ausdrücklich eine parallele Anwendbarkeit der vertraglichen Haftung an (ebenso Art. II.-7:216 DCFR).

Mangels eindeutiger Regelung müssen teleologische Argumente ausschlaggebend sein. Zu klären ist, ob die Zulassung der vorvertraglichen Haftung neben den bei einer Vertragspflichtverletzung vorgesehenen Rechtsbehelfen deren besondere Wertungen unterlaufen würde. Zwar gelten für vorvertragliche und vertragliche Schadensersatzansprüche dieselben einheitlichen Verjährungsregeln (Art. 178 ff. GEK). Allerdings bestehen die Abhilferechte des Käufers bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern nur vorbehaltlich einer Heilung durch den Verkäufer (Art. 106 Abs. 2 lit. a, Art. 109 GEK)⁸⁴, was Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁸⁵ entspricht. Vergleichbare Regelungen enthalten auch Art. III.-3:503 DCFR (Nachfristsetzung vor Rücktritt wegen nicht wesentlichen Vertragsverletzungen)⁸⁶ und Art. III.-3:202 DCFR (Recht zur Nacherfüllung)⁸⁷. Außerdem begrenzt Art. 161 GEK den vertraglichen Schadensersatz auf den voraussehbaren Schaden; für Kaufverträge zwischen Unternehmern sieht Art. 122 GEK überdies eine Rügeobliegenheit vor. Entsprechende Bestimmungen finden sich wiederum im DCFR sowie im UN-Kaufrecht⁸⁸: Dort regeln Art. 39 CISG bzw. Art. III.-3:107, IV.A.-4:301 ff. DCFR eine Rügeobliegenheit des (unternehmerischen) Käufers bei Vertragswidrigkeiten der Ware; der Schadensersatz bei Vertragsverletzungen ist gemäß Art. 74 Satz 2 CISG bzw. Art. III.-3:703 DCFR auf den voraussehbaren Schaden begrenzt. Ein Unterschied besteht allein darin, dass bei Anwendbarkeit des CISG bezüglich einer etwaigen vorvertraglichen Haftung auf nationales Recht zurückzugreifen ist, da das Übereinkommen insoweit keine Regelungen enthält (vgl. Art. 4 Satz 1 CISG).⁸⁹

Alle aufgezeigten Einschränkungen der vertraglichen Haftung gelten für die vorvertragliche Haftung nach Art. 28, 29 GEK nicht. Überdies bedarf es keiner vorvertraglichen Vertrauenshaftung mehr, soweit eine Partei einen ihren Vorstellungen entsprechenden Vertrag geschlossen hat und die andere Partei daher für ihr Verspre-

⁸⁴ Vgl. dazu *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3497; zur Feasibility Study *Zoll*, euvr 2012, 9, 21.

⁸⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. (EG) Nr. L 171 vom 7.7.1999, 22 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu *Leible*, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke (Fn. 45), 97, 103; *Dauner-Lieb/Quecke*, ebenda, 135, 147 f.

⁸⁷ Näher *Leible*, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke (Fn. 45), 97, 111 f.; *Dauner-Lieb/Quecke*, ebenda, 135, 154.

⁸⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II 588-616, berichtigt BGBl. 1990 II 1699.

⁸⁹ Näher zum Ganzen *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2008, Art. 45 Rn. 30 ff.

chen eintreten muss.⁹⁰ Entsprechend der überwiegenden Meinung zum UN-Kaufrecht⁹¹ und in Anlehnung an Art. II.-3:109 Abs. 3 Satz 2 DCFR ist daher auch für das GEK von einem grundsätzlichen Vorrang der Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung auszugehen. Ebenso wie im UN-Kaufrecht⁹² ist jedoch eine Ausnahme bei Arglist des Verkäufers zu machen, da in diesem Fall kein Schutzbedürfnis besteht. Die Einfügung einer Konkurrenzregelung mit entsprechendem Inhalt wäre im Interesse der Rechtsklarheit und der einheitlichen Anwendung des GEK zu begrüßen.

42 Der Vorrang gilt wie beschrieben nicht bezüglich des Schadensersatzes bei Anfechtbarkeit (Art. 55 GEK). Denn nach der bereits erwähnten Regelung in Art. 57 GEK ist Art. 55 GEK neben den Abhilfen wegen Nichterfüllung anwendbar. Art. 57 GEK entspricht der Regelung in Art. II.-7:216 DCFR, der unter anderem für die Schadensersatzansprüche wegen falscher Angaben (Art. II.-7:204 DCFR) und im Falle der Anfechtbarkeit (Art. II.-7:214 DCFR) klarstellt, dass sie neben der Haftung wegen Vertragspflichtverletzung anwendbar sind. Dabei ist dieselbe Schadensposition selbstverständlich nur einmal ersatzfähig und die geltend gemachten Rechtsfolgen müssen kompatibel sein.⁹³ Eine Partei kann daher etwa nicht zugleich Ersatz des negativen und des positiven Interesses verlangen.

43 Dennoch ist die beschriebene divergierende Rechtslage, d.h. der Vorrang der vertraglichen Haftung gegenüber Art. 28, 29 GEK einerseits und die parallele Anwendbarkeit von Art. 55 GEK andererseits, kritikwürdig. Denn der Schadensersatzanspruch wegen Anfechtbarkeit wird häufig auf ein gleiches Ziel wie die allgemeine Haftung wegen Informationspflichtverletzung gerichtet sein. Es droht daher ebenfalls eine Umgehung der besonderen Voraussetzungen der vertraglichen Haftung. Ohnehin liegen bei einer Informationspflichtverletzung häufig zugleich die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung vor (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. b ii) und iii) GEK), sodass auch ein Anspruch nach Art. 55 GEK besteht.⁹⁴ Die bereits beim DCFR kritisierte unzureichende Abstimmung zwischen Informationspflichten und Irrtumsrecht⁹⁵ ist daher auch im GEK noch nicht zufriedenstellend gelungen.⁹⁶ Zu begrüßen ist immerhin, dass auch die Haftung wegen Fehlinformationen (Art. 28 GEK) der oben befürworteten Vorrangregelung unterfällt und nicht wie im DCFR (vgl. dessen Art. II.-7:204 und Art. II.-7:216) frei mit der vertraglichen Haftung konkurriert. Es verbleibt aber der soeben aufgezeigte Widerspruch zum Schadensersatz bei Anfechtbarkeit (Art. 55 GEK), der neben der vertraglichen Haftung anwendbar ist. Der Widerspruch ließe sich auflösen, indem man auf die zusätzliche Haftung nach Art. 55 GEK weitgehend verzichtet. Ein Verzicht wäre für den Bereich von Täuschung und Irrtum möglich, da Art. 28 und 29 GEK insoweit grundsätzlich eine ausreichende vorvertragliche Haftung sicherstellen. Es würde daher genügen, die Haftung nach Art. 55 GEK auf die widerrechtliche Drohung (Art. 50 GEK) und die unfaire Ausbeutung (Art. 51 GEK) zu beschränken; für diese Fälle wäre auch eine freie Konkurrenz mit der vertragli-

⁹⁰ *Grigoleit* (Fn. 48), 201, 225.

⁹¹ *Schlechtriem/Schroeter*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 89), Vorbemerkungen zu Art. 14-24 Rn. 36 f.; *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 89), Art. 35 Rn. 48; *Kröll*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2011, Art. 35 Rn. 204 f.; *Saenger*, in: *BeckOK-BGB*, 21. Edition, Art. 25 CISG Rn. 13.

⁹² Siehe die Nachweise in der vorigen Fn.

⁹³ *von Bar/Clive* (Fn. 45), 534; vgl. zur parallelen Anwendbarkeit auch 529.

⁹⁴ Ebenso zu den ähnlichen Regelungen des DCFR *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 713.

⁹⁵ *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 713; zur Interim Outline Edition *Schulte-Nölke* (Fn. 45), 47, 56.

⁹⁶ Vgl. zur Feasibility Study *Zoll*, euvr 2012, 9, 16.

chen Haftung vertretbar. Ob sich darüber hinaus im Hinblick auf die ausführlichen Regelungen zu Informationspflichten und -haftung eine Einschränkung der Anfechtungsgründe empfiehlt,⁹⁷ soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

e) Mitverantwortlichkeit des Gläubigers

Die Art. 28 und 29 GEK enthalten keine Bestimmungen über Obliegenheiten des Gläubigers zur Schadensabwendung und -minderung. Für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung sehen die Art. 162 und 163 GEK hingegen entsprechende Regelungen vor. Eine Rechtfertigung für diese unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich. Auch für den Schadensersatz wegen Informationspflichtverletzungen sind Fälle denkbar, in denen der Gläubiger zur Entstehung oder Ausweitung des Schadens beiträgt. Die Art. 162 und 163 GEK sind daher insoweit als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens analog anzuwenden. Dies entspricht der Regelung in Art. II-3:501 Abs. 2 DCFR. Dort wird unter anderem für den Schadensersatz bei vorvertraglichen Informationspflichtverletzungen (Art. II-3:109 DCFR) ausdrücklich auf die Regelungen zum Mitverschulden beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwiesen.⁹⁸ Einen entsprechenden Verweis enthält auch Art. 25 Abs. 2 Satz 2 der Feasibility Study. Im Rahmen des Schadensersatzanspruchs bei Anfechtbarkeit gemäß Art. II-7:214 DCFR soll nach der Erläuterung⁹⁹ eine Mitverantwortlichkeit des Gläubigers ebenfalls zu berücksichtigen sein, obwohl der Verweis in Art. II-3:109 DCFR für das Kapitel über die Anfechtung nicht gilt. Bei Art. 29 und Art. 55 GEK empfiehlt sich daher zur Klarstellung die Einfügung eines Verweises auf die Art. 162, 163 GEK.

III. Widerrufsrecht des Verbrauchers

Für Fernabsatz- und Haustürgeschäfte regeln die Art. 40 ff. GEK das Widerrufsrecht des Verbrauchers – und zwar wieder weitgehend parallel zur Verbraucherrechte-Richtlinie. Alle Vorschriften sind gemäß Art. 47 GEK zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend.

1. Anwendungsbereich

a) Persönlicher Anwendungsbereich: Verbrauchergeschäfte

Auch nach dem GEK gelten die Regeln über Widerrufsrechte lediglich für Verbraucher.¹⁰⁰ Im deutschen nationalen Recht räumt der Gesetzgeber in § 8 VVG auch Unternehmern ein Widerrufsrecht ein und setzt damit die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen¹⁰¹ überschießend um.¹⁰² Entsprechende Tendenzen finden sich auf der Unionsebene nicht.

⁹⁷ So *Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 713.

⁹⁸ Vgl. *von Bar/Clive* (Fn. 45), 262.

⁹⁹ Comment E. zu Art. II-7:214 DCFR, in *von Bar/Clive* (Fn. 45), 531.

¹⁰⁰ Vgl. zur Feasibility Study *Zoll*, euvr 2012, 9, 15; kritisch mit Blick auf „schützenswerte Unternehmer, die das Gesetz schutzlos lässt“, *Roth*, in: *Lorenz* (Fn. 32), 5, 25 f.

¹⁰¹ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie

b) Ausnahmetatbestände**aa) Überblick**

- 47** Art. 40 Abs. 2, 3 GEK statuiert Ausnahmetatbestände, die sowohl für den Fernabsatz als auch für Haustürgeschäfte gelten. Die Fälle entsprechen größtenteils den in Art. 16 der Verbraucherrechte-Richtlinie aufgeführten und sind weitgehend bereits aus Art. 3, 6 Abs. 3 der Fernabsatz-Richtlinie und Art. 3 Abs. 2 der Haustürwiderrechts-Richtlinie bekannt. Die weitgehend einheitliche Gestaltung der Ausnahmen für beide Bereiche ist zu begrüßen.¹⁰³
- 48** Entsprechend der Ausnahmeregelung bei den Informationspflichten¹⁰⁴ besteht bei Haustürgeschäften bis zu einer Wertgrenze von 50 Euro kein Widerrufsrecht (Art. 40 Abs. 1 lit. b GEK).¹⁰⁵ Die Vorschrift setzt anders als § 312 Abs. 3 Nr. 2 BGB keine sofortige Erfüllung der Hauptleistungspflichten voraus.¹⁰⁶ Der Ausschluss für Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierte (Art. 40 Abs. 2 lit. g GEK) gilt anders als im deutschen Recht (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB) auch bei telefonischer Bestellung. Allerdings statuiert Art. 19 Abs. 3 GEK insoweit bereits strenge Anforderungen an den Vertragsschluss. Neu sind insbesondere die in Art. 41 Abs. 2 lit. f, Abs. 3 lit. a, b und e genannten Fälle. Nicht aus der Fernabsatz-Richtlinie übernommen wurde die Ausnahme für Waren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind (Art. 6 Abs. 3, 3. Spiegelstrich, 3. Var. Fernabsatz-Richtlinie).¹⁰⁷

bb) Spekulativer Kauf alkoholischer Getränke (Art. 40 Abs. 2 lit. f GEK)

- 49** Nach Art. 40 Abs. 2 lit. f GEK besteht kein Widerrufsrecht bei Verträgen über die Lieferung alkoholischer Getränke, für die bei Vertragsschluss ein fester Preis vereinbart wird, die jedoch erst 30 Tage nach Vertragsschluss geliefert werden können und deren Wert von Marktschwankungen beeinflusst wird, die der Unternehmer nicht beeinflussen kann (so auch Art. 16 lit. g der Verbraucherrechte-Richtlinie). Der Verbraucher soll in einem solchen Fall nicht auf Kosten des Unternehmers spekulieren können. Die Vorschrift zielt, wie sich aus Erwägungsgrund 49 Satz 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie ergibt, insbesondere auf den Kauf von „vin en primeur“ ab. Dabei wird der Wein nach der Lese, jedoch noch während des Herstellungsprozesses zu einem bestimmten Preis gekauft. Die Lieferung erfolgt zu einem frei vereinbarten späteren Zeitpunkt. Da der Preis bis dahin Schwankungen unterliegt, wohnt dem Kauf ein spekulatives Element inne.¹⁰⁸ Unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten erschiene es sinnvoller, bei allen Verträgen, die ein spekulatives Element aufweisen,

90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. (EG) Nr. L 271 vom 9.10.2002, 16 ff.

¹⁰² Vgl. dazu *Armbrüster*, r+s 2008, 493, 494; *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 98 ff.; *Looschelders/Heinig*, in: *Looschelders/Pohlmann*, VVG, 2. Aufl., 2011, § 8 Rn. 3.

¹⁰³ Vgl. die Kritik zu den abweichenden Regelungen im DCFR bei *Eidenmüller*, in: *Schulze/von Bar/Schulte-Nölke* (Fn. 45), 47, 56.

¹⁰⁴ Dazu oben Rn. 9.

¹⁰⁵ Gegen die Statuierung einer Wertgrenze in der Feasibility Study *Lehmann*, GPR 2011, 218, 223.

¹⁰⁶ Vgl. Stellungnahme *Schulze*, 6; abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/aus-schuesse17/a06/anhoerungen/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen.

¹⁰⁷ Dies hinsichtlich des Entwurfs 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie befürwortend *Christiansen* (Fn. 12), 291; kritisch hingegen *Föhlich*, MMR 2009, 75, 79.

¹⁰⁸ *Delpal*, *Le vin à table – les meilleurs accords*, 2008, 27.

das Widerrufsrecht auszuschließen, und nicht einzelne Produktgruppen wie alkoholische Getränke herauszugreifen.¹⁰⁹

cc) Öffentliche Versteigerungen (Art. 40 Abs. 2 lit. h GEK)

Nach Art. 40 Abs. 2 lit. h GEK gilt das Widerrufsrecht ferner nicht für Verträge, **50** die auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossen werden (ebenso Art. 16 lit. k der Verbraucherrechte-Richtlinie). Eine öffentliche Versteigerung zeichnet sich nach der Definition in Art. 2 lit. u GEK-VO dadurch aus, dass der Verbraucher ihr persönlich beiwohnt oder beiwohnen kann, die Abgabe konkurrierender Gebote vorgesehen ist und der Zuschlag zum Vertragsschluss führt. Nach dieser Definition sind Internetauktionen vom Ausschlussstatbestand nicht erfasst.¹¹⁰ Denn der Verbraucher wohnt Internetauktionen nicht persönlich bei. Außerdem kommt der Vertrag hier nicht mittels Zuschlags zustande.¹¹¹ Für die Verbraucherrechte-Richtlinie stellt deren Erwägungsgrund 24 Satz 4 klar, dass Auktionen auf Online-Plattformen nicht unter den Begriff der öffentlichen Versteigerung fallen. Art. 19 Abs. 1 lit. h des Richtlinienentwurfs aus dem Jahr 2008 sah dagegen noch einen Ausschluss des Widerrufsrechts bei sämtlichen – also nicht nur öffentlichen – Versteigerungen vor. Art. 2 Nr. 16 des Entwurfs definierte den Begriff der öffentlichen Versteigerung und Art. 2 Nr. 15 den der Versteigerung im Allgemeinen. Für letztere war vorgesehen, dass die Versteigerung auch mithilfe von Fernkommunikationsmitteln durchgeführt werden kann. Demnach wäre das Widerrufsrecht auch bei eBay-Auktionen ausgeschlossen gewesen.¹¹² Der Entwurf eines Berichts des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 2010 sah dann erstmals vor, die Definition der Versteigerung in Art. 2 Nr. 15 zu streichen, nur diejenige der öffentlichen Versteigerung beizubehalten und den Ausschluss des Widerrufsrechts hierauf zu begrenzen.¹¹³ Dies entspricht der endgültigen Fassung der Verbraucherrechte-Richtlinie und des GEK.

dd) Gesundheitsschutz und Hygiene bei versiegelten Waren (Art. 40 Abs. 3 lit. a GEK)

Gemäß Art. 40 Abs. 3 lit. a (entsprechend Art. 16 lit. e der Verbraucherrechte- **51** Richtlinie) ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen, wenn der Verbraucher eine vor-

¹⁰⁹ Vgl. *Schauer*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 99, 117; *Christiansen* (Fn. 12), 290; sehr kritisch zu der Regelung im Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 79: „Geradezu skandalös“, „offensichtliche Lobby-Klausel“; allgemein zu den Ausnahmeregelungen *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 283: „zum Teil sehr problematische[n] Ergebnisse intensiver Lobbypolitik“.

¹¹⁰ Vgl. zur Verbraucherrechte-Richtlinie *Aubert de Vincelles*, RTD eur. 2011, 615, 623.

¹¹¹ Vgl. zum deutschen Recht und zur Fernabsatz-Richtlinie BGH Urt. v. 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53, 54 ff.; *Hoeren/Müller*, NJW 2005, 948 ff.; *Staudinger/Schmidt-Bendun*, BB 2005, 732 ff.; *Obergfell*, MMR 2005, 495 ff.

¹¹² *Schinkels*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 36; *ders.*, JZ 2009, 774, 778; *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 76; *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 283; *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7, 12; *Tacou*, ZRP 2009, 140, 142; *Arnold*, RIW 2009, 679, 681; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 476; *Twigg-Flesner/Metcalf* (2009) ERCL 368, 379; *Schauer*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 99, 108; *Artz* (Fn. 12), 209, 218; *Christiansen* (Fn. 12), 290; ausführlich dagegen *Riefa*, A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 177 ff.

¹¹³ Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)), 33 f., 67.

handene Versiegelung der Waren entfernt hat und die Waren sodann aus Gründen der Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht mehr zur Rückgabe geeignet sind. Im Entwurf der Verbraucherrechte-Richtlinie aus dem Jahr 2008 war die Bestimmung noch nicht vorgesehen; eine entsprechende Regelung enthielt erstmals der Entwurf eines Berichts des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 2010. Es ist davon auszugehen, dass die Vorschrift in Reaktion auf entsprechende Forderungen aus der Wirtschaft¹¹⁴ sowie auf die *Messner*-Entscheidung des EuGH geschaffen wurde, nach der die Fernabsatz-Richtlinie dem Verbraucher stets ein Recht zur Prüfung und zum Ausprobieren der Ware gibt, ohne dass er dafür Wertersatz leisten muss.¹¹⁵ Im Anschluss an die *Messner*-Entscheidung kritisieren Teile der Literatur die erhebliche Belastung des Unternehmers durch das nach der Fernabsatz-Richtlinie geltende Widerrufsfolgenrecht.¹¹⁶ Bei einem Teil der Waren, die nach einer Prüfung nicht mehr verkauft werden können, schließt Art. 40 Abs. 3 lit. a GEK daher das Widerrufsrecht aus.

ee) Untrennbare Vermischung (Art. 40 Abs. 3 lit. b GEK)

- 52 Nach Art. 40 Abs. 3 lit. b GEK entfällt das Widerrufsrecht, „wenn die Waren nach der Lieferung ihrem Wesen nach untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden“ (ebenso Art. 16 lit. f Verbraucherrechte-Richtlinie). Der Ausschlussbestand findet sich erstmals in dem im Juni 2011 vom Rat angenommenen Kompromisstext der Verbraucherrechte-Richtlinie¹¹⁷ sowie in Art. 40 Abs. 3 lit. b der Feasibility Study. Zweck der Vorschrift ist wohl, Rückabwicklungsprobleme zu vermeiden, da das GEK und die Verbraucherrechte-Richtlinie keine Wertersatzpflicht des Verbrauchers für den Fall der Vermischung vorsehen (vgl. Art. 45 GEK und Art. 14 Verbraucherrechte-Richtlinie). Die Regelung findet etwa beim Kauf von Brennstoffen Anwendung (Erwägungsgrund 49 Satz 4 a.E. Verbraucherrechte-Richtlinie).

ff) Dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten (Art. 40 Abs. 3 lit. e GEK)

- 53 Gemäß Art. 40 Abs. 3 lit. e GEK ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen, „wenn der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich um einen Besuch gebeten hat, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen“ (entsprechend Art. 16 lit. h Verbraucherrechte-Richtlinie). Im Entwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie von 2008 und in den späteren Änderungsdokumenten war der Ausschlussgrund noch in zwei Tatbestände aufgeteilt. Das Widerrufsrecht sollte einerseits nicht in Notsituationen und andererseits nicht bei einer ausdrücklichen Aufforderung des Verbrauchers zur Vornahme von Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten bestehen. Der im Juni 2011 vom Rat angenommene Kompromisstext enthielt erstmals die später verabschiedete Fassung, welche die Tatbestände des Notfalls und der Reparaturarbeiten

¹¹⁴ Vgl. *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 79 m.w.N.; dafür auch *Christiansen* (Fn. 12), 291; die Neuregelung begrüßend *Buchmann/Föhlisch*, K&R 2011, 433, 435 f.

¹¹⁵ EuGH Ur. v. 3.9.2009 – C-489/07, NJW 2009, 3015 f. – *Messner/Krüger*; dazu etwa *Schinkels*, ZGS 2009, 539 ff.; *Mörsdorf*, JZ 2010, 232 ff.; *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3 ff.; *Hellwege*, GPR 2010, 74 ff.; *Stempel*, ZEuP 2010, 928 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Schinkels*, ZGS 2009, 539, 542; *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3, 8; *Föhlisch*, NJW 2011, 30, 32 f.; ferner *Hähnchen*, ZJS 2009, 726, 728: „einseitig den Verbraucher begünstigende Entscheidung“.

¹¹⁷ *Andreas Schwab*, Report A7-0038/2011, Consumer rights (final vote), COM(2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD).

zusammenfasst. Art. 40 Abs. 3 lit. e GEK bezieht sich schon nach seinem Wortlaut („Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten“) nur auf verbundene Dienstleistungen im Sinne von Art. 2 lit. m, Art. 5 lit. c GEK-VO. Soweit zusätzlich Dienstleistungen erbracht oder Waren geliefert werden, die nicht mit den dringenden Arbeiten zusammenhängen, steht dem Verbraucher diesbezüglich ein Widerrufsrecht zu (Art. 40 Abs. 3 lit. e Satz 2 GEK). Die Vorschrift ist deutlich enger gefasst als der entsprechende Ausschlussstatbestand in Art. 1 Abs. 1 a.E. Haustürwiderrufs-Richtlinie. Danach galt die Richtlinie nicht bei Besuchen des Gewerbetreibenden in Privatwohnungen oder am Arbeitsplatz des Verbrauchers, wenn der Besuch auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgte. Der heutige Richtliniengeber und die Entwurfsverfasser des GEK gehen offenbar davon aus, dass trotz des ausdrücklichen Wunsches ein Überrumpelungseffekt auftreten kann und der Verbraucher daher eine Bedenkzeit benötigt, ob er am Vertrag festhalten möchte (vgl. Erwägungsgrund 21 Satz 2 zur Verbraucherrechte-Richtlinie).¹¹⁸ Dies entspricht dem Ergebnis einer britischen Studie.¹¹⁹ Nur mit der Notsituation bei dringenden Reparaturarbeiten soll ein Widerrufsrecht nicht vereinbar sein (vgl. Erwägungsgrund 37 Satz 2 des Entwurfs der Verbraucherrechte-Richtlinie von 2008¹²⁰). Dies erscheint sehr weitgehend, da das Schutzbedürfnis bei einem Besuchswunsch des Verbrauchers zumindest erheblich reduziert ist.¹²¹

2. Ausübung des Widerrufsrechts

a) Muster-Widerrufsformular

Neu in der Verbraucherrechte-Richtlinie und im GEK ist ein Muster- 54
Widerrufsformular für den Verbraucher, mit dem er den Widerruf erklären kann (Anlage 2 zum GEK). Das Muster soll die Ausübung des Widerrufsrechts vereinheitlichen und vereinfachen und dadurch zur Rechtssicherheit beitragen (Erwägungsgrund 44 Sätze 1 und 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie). Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die Hürde zur Erklärung des Widerrufs für den Verbraucher geringer ist, wenn er dafür auf ein bereitstehendes Muster zurückgreifen kann.¹²² Auch über das Formular muss der Unternehmer nach Art. 17 Abs. 1 des GEK informieren. Die Vorschrift regelt hingegen nicht eindeutig, ob in den nach Art. 17 GEK zu erteilenden Informationen auch das Formular selbst enthalten sein muss. Eine solche Pflicht ist jedoch aus der Musterbelehrung abzuleiten, die ausdrücklich auf das „beigefügte

¹¹⁸ Dagegen *Christiansen* (Fn. 12), 282 f., 289.

¹¹⁹ Office of Fair Trading, Doorstep selling – A report on the market study (May 2004), 69, 74, 76; abrufbar unter http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/consumer_protection/oft716.pdf.

¹²⁰ In den Erwägungsgründen der endgültigen Richtlinie findet sich diese Erwägung nicht mehr; kritisch zur Regelung im Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Christiansen* (Fn. 12), 283: „Ergebnis von Lobbyarbeit“.

¹²¹ Zu Recht ablehnend daher *Christiansen* (Fn. 12), 289; *Ackermann* (2010) EBLR 587, 600; vgl. auch *Lukas*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 65, 96 f.; *Artz* (Fn. 12), 209, 214 f.; vgl. zum Fehlen einer entsprechenden Ausnahmeregelung im DCFR *Hellwege*, AcP 211 (2011), 665, 675; kritisch zur Interim Outline Edition des DCFR *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 545; die Neuregelung begrüßend hingegen *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 475 f.; *Terryn* (Fn. 23), 143, 179 f.

¹²² Die Einführung befürwortend auch *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 281 (zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie).

Standard-Widerrufsformular“ verweist. Da die Entwurfsverfasser damit den Standard einer Widerrufsbelehrung beschreiben, ist auch im Übrigen davon auszugehen, dass der Unternehmer das Formular selbst in die vorvertraglichen Informationen aufnehmen muss.

b) Erklärung in anderer Weise – Eindeutigkeit und Formfreiheit

- 55 Statt das Formular zu verwenden, steht es dem Verbraucher frei, den Widerruf in beliebiger anderer Form zu erklären (Art. 41 Abs. 2 Satz 2 GEK). Die Erklärung muss aber eindeutig sein. Eine bloße Rücksendung der Waren wie nach § 355 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB genügt daher nicht.¹²³ Erwägungsgrund 44 Satz 5 der Verbraucherrechte-Richtlinie verlangt für diesen Fall ausdrücklich, dass die Rücksendung von einer deutlichen Erklärung begleitet wird.
- 56 Wie sich aus Art. 6 GEK (Formfreiheit) ergibt, kann der Widerruf auch mündlich erklärt werden. Dies wird durch Erwägungsgrund 44 Satz 5 zur Verbraucherrechte-Richtlinie bestätigt, wonach ein Telefonanruf genügt. Art. 14 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs aus dem Jahr 2008 sah demgegenüber noch vor, dass der Widerruf auf einem dauerhaften Datenträger zu erklären ist. Gegen die Möglichkeit einer mündlichen Widerrufserklärung spricht nicht die Verwendung des Wortes „Form“ in Art. 41 Abs. 2 Satz 2 GEK. Dies zeigt ein Vergleich mit der englischen Fassung von Art. 41 Abs. 2 Satz 2 GEK („...any other unequivocal statement setting out the decision to withdraw“), in der das Wort nicht enthalten ist. Zwar lässt Art. 41 Abs. 4 GEK ausreichen, wenn der Widerruf vor Ablauf der Widerrufsfrist abgesendet wurde, und scheidet damit von einer verkörperten Erklärung auszugehen. Hieraus ist jedoch kein Formerfordernis abzuleiten, das sich nicht bereits aus Art. 41 Abs. 1 oder Abs. 2 GEK ergibt. Die Regelung ist vielmehr nur anzuwenden, wenn die Widerrufserklärung in irgendeiner Weise abgesendet werden kann, also verkörpert ist. Dafür spricht auch ein Vergleich mit Art. 6 Abs. 6 Satz 2 der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen.¹²⁴ Danach gilt die Bestimmung zur Rechtzeitigkeit bei fristgerechter Absendung der Mitteilung nur „sofern sie in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften [...] Datenträger erfolgt“.¹²⁵ Der Anwendungsbereich der Vorschrift wird damit ausdrücklich auf verkörperte Erklärungen beschränkt. Einen entsprechenden Passus enthält auch Art. 14 Abs. 3 lit. a Satz 2 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008¹²⁶.
- 57 Ähnliche Erwägungen wie zu Art. 44 Abs. 4 GEK gelten im Hinblick auf die allgemeine Regelung über Mitteilungen in Art. 10 GEK. Da der Verbraucher sein Widerrufsrecht „durch Mitteilung“ ausübt (Art. 41 Abs. 2 Satz 1 GEK), ist diese Regelung auch hier anwendbar. Nach Art. 10 Abs. 2 GEK kann eine Mitteilung auf jede nach den Umständen geeignete Weise abgegeben werden, was für die Zulässigkeit

¹²³ Vgl. zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 284; *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 76; *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7, 12; *Twigg-Flesner/Metcalfe* (2009) ERCL 368, 383; *Howells/Schulze*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 3, 18; kritisch *Schulze*, in: *Schulte-Nölke/Tichý*, *Perspectives for European Consumer Law – Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond* (2010), 13, 20; a.A. *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 263 f.

¹²⁴ Vgl. *Schinkels*, JZ 2009, 774, 778.

¹²⁵ Hervorhebung vom Verfasser.

¹²⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. (EU) Nr. L 133 vom 22.5.2008, 66 ff.

mündlicher Erklärungen spricht. Die Definition des Zugangs in Art. 10 Abs. 4 GEK geht zwar wiederum von einer verkörperten Erklärung aus. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Vorschrift ebenfalls auf verkörperte Erklärungen zu beschränken und lässt nicht den Schluss zu, dass mündliche Mitteilungen unzulässig wären. Dies entspricht der – freilich umstrittenen – Beschränkung des unmittelbaren Anwendungsbereichs von § 130 BGB auf verkörperte bzw. gespeicherte Willenserklärungen.¹²⁷ Zu Beweis Zwecken empfiehlt sich allerdings die Erklärung des Widerrufs auf einem dauerhaften Datenträger (Erwägungsgrund 44 Satz 6 zur Verbraucherrechte-Richtlinie).

c) Widerruf auf der Internetseite des Unternehmers

Der Unternehmer kann dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen, den Vertrag **58** auf seiner Internetseite in elektronischer Form zu widerrufen. Wenn der Verbraucher auf diese Weise den Widerruf erklärt, muss der Unternehmer ihm unverzüglich eine Bestätigung über den Eingang des Widerrufs auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln (Art. 41 Abs. 3 Satz 1 GEK). Unterlässt er dies, so haftet er dem Verbraucher für den darauf beruhenden Verlust (Satz 2). Davon erfasst sind insbesondere Kosten für eine anderweitige Erklärung des Widerrufs, etwa per Einschreiben, und ggf. Rechtsverfolgungskosten.

3. Widerrufsfrist

a) Einheitliche Fristlänge von 14 Tagen (Art. 41 Abs. 1, 42 Abs. 1 GEK)

Nach Art. 41 Abs. 1 i. V. m. 42 Abs. 1 GEK beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage. **59** Damit wird die siebentägige Frist verlängert, die in der Haustürwiderrufs- (Art. 5 Abs. 1 Satz 2) und der Fernabsatz-Richtlinie (Art. 6 Abs. 1 Satz 1) vorgesehen ist. Dies entspricht der Rechtslage nach der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1), der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008 (Art. 14 Abs. 1 Satz 1), der neuen Timesharing-Richtlinie¹²⁸ (Art. 6 Abs. 1), dem entsprechend angepassten Wortlaut von § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB¹²⁹ sowie der Verbraucherrechte-Richtlinie (Art. 9 Abs. 1). Die europaweit einheitliche Länge der Frist schafft für diesen Bereich Rechtssicherheit (vgl. Erwägungsgrund 40 zur Verbraucherrechte-Richtlinie).¹³⁰ Es ist daher sachgemäß, dass auch das GEK sich hieran orientiert.

¹²⁷ Dazu näher MünchKomm/Einsele (Fn. 53), § 130 Rn. 2 m.w.N.

¹²⁸ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. (EU) Nr. L 33 vom 3.2.2009, 10 ff.

¹²⁹ Vgl. dazu Begr. RegE BT-Drucks. 16/11643, 70; Knuth, ZGS 2010, 253, 255; Heinig, JR 2010, 461, 464.

¹³⁰ Vgl. Tonner/Tamm, JZ 2009, 277, 280; Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67, 98; Tacou, ZRP 2009, 140, 141; Arnold, RIW 2009, 679, 681; Hondius (2010) ERPL 103, 111; Howells/Schulze, in: Howells/Schulze (Fn. 12), 3, 16; Loos, in: Howells/Schulze (Fn. 12), 237, 243 f., 250; Rezek, in: Schulte-Nölke/Tichý (Fn. 123), 109, 114; Christiansen (Fn. 12), 310 f.

b) Beginn der Widerrufsfrist (Art 42 Abs. 1 GEK)

- 60** Art. 42 Abs. 1 GEK legt den Beginn der Widerrufsfrist fest und differenziert dabei nach dem jeweiligen Vertragsgegenstand. Diese zusammenfassende Regelung ist gegenüber der derzeit geltenden, wenig übersichtlichen nationalen Regelung zu begrüßen.¹³¹ Positiv zu bewerten ist auch, dass die im Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie vorgesehene Unterscheidung zwischen Fernabsatz- und Haustürgeschäften beim Fristbeginn¹³² weder in der endgültigen Fassung der Richtlinie noch im GEK verwirklicht worden ist.
- 61** Anders als nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie ist die vollständige Erfüllung der Informationspflichten (mit Ausnahme der Widerrufsbelehrung¹³³) nicht mehr Voraussetzung für den Fristbeginn.¹³⁴ Eine Sanktionierung von Pflichtverletzungen erfolgt jedoch mittels der Haftungsregelung in Art. 29 GEK.¹³⁵

aa) Rechtslage bei mehreren Lieferungen

- 62** Positiv zu bewerten sind ferner die Bestimmungen in Art. 42 Abs. 1 lit. b und lit. c GEK (entsprechend Art. 9 Abs. 2 lit. b i) und ii) Verbraucherrechte-Richtlinie) über Verträge, bei denen mehrere Waren gleichzeitig bestellt bzw. die Waren in mehreren Teilsendungen oder Stücken geliefert werden (vgl. im deutschen Recht § 312d Abs. 2 BGB). Die Widerrufsfrist beginnt dabei einheitlich für die gesamte Leistung mit der letzten Lieferung. Dies vereinfacht die Berechnung des maßgeblichen Fristendes. Art. 42 Abs. 2 lit. a (iv) der Feasibility Study sah demgegenüber für die gleichzeitige Bestellung mehrerer Waren, die separat geliefert werden, einen getrennten Fristbeginn für die jeweils gelieferten Waren vor. Bei einer solchen Regelung bliebe jedoch unberücksichtigt, dass der Verbraucher die Waren möglicherweise zur gemeinsamen Verwendung bestellt hat und daher erst nach Erhalt der letzten Ware sinnvoll über die Ausübung des Widerrufsrechts entscheiden kann. Eine Differenzierung danach, ob eine gemeinsame Verwendung beabsichtigt ist oder nicht, würde erst recht zu Unsicherheiten führen. Bei der regelmäßigen Lieferung von Waren für einen bestimmten Zeitraum beginnt die Widerrufsfrist demgegenüber bereits mit Empfang der ersten Ware (Art. 42 Abs. 2 lit. d GEK, ebenso Art. 9 Abs. 2 lit. b iii) Verbraucherrechte-Richtlinie). Zu kritisieren ist, dass die Regelung – anders als das bisherige deutsche Recht (§ 312d Abs. 2 BGB) – auch für ungleichartige Waren gilt.¹³⁶ Denn bei ungleichartigen Waren kann der Verbraucher nicht anhand der ersten Teillieferung beurteilen, ob ihm die noch ausstehenden, andersartigen Warenlieferungen zuzusagen.¹³⁷

bb) Erfordernis des Vertragsschlusses

- 63** Fraglich ist, ob auch der Vertragsschluss stets Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist. Der BGH hat dies für die Regelung zu Haustürgeschäften im Ent-

¹³¹ Zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Schinkels*, JZ 2009, 774, 776.

¹³² Kritisch dazu *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 254 f.; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 471 f.; *Terryn* (Fn. 23), 143, 174; *Schulze* (Fn. 123), 13, 17, 19 f.

¹³³ Dazu unten Rn. 64 ff.

¹³⁴ Vgl. zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Howells/Schulze*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 3, 17; *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 257; *Lukas*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 65, 91 f.; *Schauer*, ebenda, 99, 112 f.; *Christiansen* (Fn. 12), 309.

¹³⁵ Dazu oben Rn. 32 ff.

¹³⁶ Siehe zur Unterscheidung zwischen gleichartigen und ungleichartigen Waren *Grüneberg*, in: *Palandt, BGB*, 71. Aufl., 2012, § 312d Rn. 4; *MünchKomm/Wendehorst* (Fn. 14), § 312d Rn. 91.

¹³⁷ *MünchKomm/Wendehorst* (Fn. 14), § 312d Rn. 91.

wurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie abgelehnt.¹³⁸ Denn nach Art. 12 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs begann die Widerrufsfrist bereits mit der Unterzeichnung des Bestellformulars durch den Verbraucher. Ferner sah Art. 15 Abs. 1 lit. b des Entwurfs vor, dass die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages mit der Ausübung des Widerrufsrechts endet, falls der Verbraucher zu diesem Zeitpunkt nur ein bindendes Angebot abgegeben hat. Eine Art. 15 Abs. 1 lit. b des Entwurfs entsprechende Regelung enthält zwar auch Art. 43 lit. b GEK (ebenso Art. 12 lit. b der Verbraucherrechte-Richtlinie). Dennoch lässt sich die Auffassung des BGH zum Fristbeginn nach dem Entwurf der Verbraucherrechte-Richtlinie nicht auf das GEK übertragen, da dieses den Fristbeginn in Übereinstimmung mit der verabschiedeten Fassung der Verbraucherrechte-Richtlinie abweichend bestimmt. Insbesondere wird nicht mehr auf die Unterzeichnung eines Bestellformulars abgestellt. Soweit die Regelung zum Fristbeginn (Art. 42 Abs. 1 GEK) nicht bereits ausdrücklich den Vertragsschluss voraussetzt, verlangt sie jedenfalls einen – ggf. teilweisen – Empfang der Ware. Spätestens durch die – ggf. erste – Warenlieferung wird aber zumeist konkludent ein Vertrag zustande kommen. Art. 42 GEK liegt damit die Vorstellung zugrunde, dass der Vertrag bereits geschlossen ist, wenn die Widerrufsfrist zu laufen beginnt. Dies entspricht der Rechtslage nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie¹³⁹, Art. 6 Abs. 1 Satz 3 der Fernabsatz-Richtlinie über Finanzdienstleistungen¹⁴⁰, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008¹⁴¹ und Art. 6 Abs. 2 der Timesharing-Richtlinie 2009¹⁴². Trotz der Voraussetzung des Vertragsschlusses für den Fristbeginn verbleibt ein Anwendungsbereich für Art. 43 lit. b GEK, wonach mit Ausübung des Widerrufsrechts ggf. nur die Bindung an ein Angebot des Verbrauchers entfällt: Die Regelung ist für den Fall des Widerrufs vor Fristbeginn relevant, der ohne Weiteres zulässig ist.¹⁴³

c) Maximalfrist von einem Jahr (Art. 42 Abs. 2 lit. a GEK)

Art. 42 Abs. 2 GEK statuiert in Parallele zu Art. 10 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie und Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der neuen Timesharing-Richtlinie eine Maximalfrist für die Ausübung des Widerrufsrechts, wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht über das Widerrufsrecht belehrt hat. Die Frist beträgt ein Jahr und beginnt nach dem Wortlaut des Entwurfs „nach Ablauf der ursprünglichen Widerrufsfrist“. Damit ist die reguläre Widerrufsfrist von 14 Tagen gemeint. Die Regelung ist dahin zu verstehen, dass alle üblichen Voraussetzungen für den Fristbeginn – mit Ausnahme der Widerrufsbelehrung – vorliegen müssen. Sobald dies der Fall ist, wird hypothetisch der Lauf einer 14-tägigen Widerrufsfrist unterstellt. Hieran schließt sich sodann die Maximalfrist von einem Jahr an.

Die Einführung einer Höchstfrist für das Widerrufsrecht bei unterbliebener Belehrung ist zu begrüßen. Eine solche sahen zwar bereits Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 der Fern-

¹³⁸ BGH Urt. v. 23.9.2010 – VII ZR 6/10, NJW 2010, 3503 (3504); vgl. auch *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 284; *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 254 f.; *Lukas*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 65, 91; *Schulze* (Fn. 123), 13, 20.

¹³⁹ Vgl. dazu den Überblick bei *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 251 f.

¹⁴⁰ Dazu *Härtling/Schirnbacher*, CR 2002, 809, 814; *Looschelders/Heinig* (Fn. 102), § 8 Rn. 64.

¹⁴¹ Vgl. dazu *Begr. RegE BT-Drucks. 16/11643*, 69 f.; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 136), § 312d Rn. 16; *Heinig*, JR 2010, 461, 466.

¹⁴² Vgl. dazu *MünchKomm/Franzen* (Fn. 83), § 485a Rn. 1 ff.

¹⁴³ Vgl. *Armbrüster*, r+s 2009, 493, 498; *Looschelders/Heinig* (Fn. 102), § 8 Rn. 59.

absatz-Richtlinie und Art. 5 Abs. 1, 2. Spiegelstrich der Timesharing-Richtlinie 1994¹⁴⁴ vor.¹⁴⁵ Die Mitgliedstaaten konnten über diese Vorgaben aber hinausgehen (Art. 14 Fernabsatz-Richtlinie, Art. 11 Timesharing-Richtlinie 1994) und ein grundsätzlich „ewiges Widerrufsrecht“ vorsehen, wie es der deutsche Gesetzgeber in § 355 Abs. 4 Satz 3 BGB getan hat. Diese Vorschrift ist nun im Hinblick auf die in Art. 10 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie statuierte Maximalfrist anzupassen.¹⁴⁶ Für Timesharing-Verträge sieht § 485a Abs. 2 und 3 BGB, der Art. 6 Abs. 3 S. 1 Timesharing-RL umsetzt, bereits Höchstfristen bei fehlender Belehrung vor.¹⁴⁷

66 Der EuGH erachtete 2008 in der *Hamilton*-Entscheidung zur Haustürwiderrufs-Richtlinie die deutsche Regelung in § 2 Haustürwiderrufsgesetz für zulässig, nach der das Widerrufsrecht einen Monat nach vollständiger Erfüllung des Vertrages erlischt.¹⁴⁸ An die vollständige Erfüllung der Vertragspflichten durch den Unternehmer knüpfte auch noch die Maximalfrist in Art. 13 des Entwurfs der Verbraucherrechte-Richtlinie aus dem Jahr 2008 an. Da die vollständige Erfüllung im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein kann, ist die Normierung im Verordnungsentwurf und in der Verbraucherrechte-Richtlinie, die an die üblichen Kriterien zum Fristbeginn anknüpft, im Hinblick auf die Rechtsklarheit zu begrüßen. Ferner sorgt die Regelung für einen europaweit einheitlichen Standard (vgl. auch Erwägungsgrund 43 Satz 2 zur Verbraucherrechte-Richtlinie). Die Bestimmung des Fristbeginns hätte jedoch noch einfacher und für den Verbraucher verständlicher gestaltet werden können. So hätte etwa bestimmt werden können, dass eine Frist von einem Jahr läuft, sobald die übrigen Voraussetzungen für den Fristbeginn erfüllt sind oder sobald der Vertrag geschlossen wurde, wie es Art. II-5:103 Abs. 3 DCFR vorsieht. Die zusätzliche „Vorschaltung“ der 14-Tages-Frist wäre dann entfallen. Nachdem die Verbraucherrechte-Richtlinie bereits mit einer entsprechenden Regelung in Art. 10 Abs. 1 verabschiedet wurde, empfiehlt sich allerdings keine diesbezügliche Änderung des GEK mehr.

67 Fraglich ist, ob die Neuregelungen dazu führen könnten, eine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts auch in anderen Bereichen vermehrt zuzulassen. Im Anwendungsbereich der vollharmonisierenden Fernabsatz-Richtlinie über Finanzdienstleistungen und der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008 wird zum Teil argumentiert, eine Verwirkung des Widerrufsrechts auf der Grundlage von Treu und Glauben sei nur restriktiv anzunehmen, da die Richtlinien eine entsprechende Regelung nicht enthalten.¹⁴⁹ Die beschriebenen Neuregelungen könnten jedoch eine generelle Bereitschaft des Unionsgesetzgebers ausdrücken, eine entsprechende Begrenzung anzuerkennen. Die genannten Richtlinien ließen sich möglicherweise dahin interpretieren, dass sie bezüglich einer Maximalfrist offen für eine Ausgestaltung durch nationales Recht sind. Dagegen spricht jedoch, dass der europäische Richtliniengeber – wie gezeigt – bereits bei Schaffung der Fernabsatz-Richtlinie und der Timesharing-Richtlinie 1994

¹⁴⁴ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. (EU) Nr. L 280 vom 29.10.1994, 83 ff.

¹⁴⁵ Vgl. dazu *Wilhelmsson*, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Fn. 48), 245, 252; *Loos*, in: Howells/Schulze (Fn. 12), 237, 256.

¹⁴⁶ *Schinkels*, JZ 2009, 774, 776.

¹⁴⁷ Vgl. dazu *MünchKomm/Franzen* (Fn. 142), § 485a Rn. 6 ff.; *Looschelders* (Fn. 83), Rn. 303.

¹⁴⁸ EuGH Urt. v. 10.4.2008 – C-412/06, NJW 2008, 1865, 1867 – *Hamilton*; dazu etwa *Häublein*, ZIP 2008, 2005 ff.; *Mankowski*, JZ 2008, 1141 ff.; *Looschelders*, GPR 2008, 187 ff.; *Kroll-Ludwigs*, ZEuP 2010, 509, 522 f.

¹⁴⁹ Vgl. *Domke*, BB 2007, 341, 342; *Staudinger/Thüsing* (Fn. 37), § 312d Rn. 18.

die Frage einer Fristbegrenzung bei fehlender Belehrung erkannt und geregelt hat. Ferner hat der EuGH das Problem durch die *Heininger*-Entscheidung¹⁵⁰ im Jahre 2001 erneut in Erinnerung gerufen. Die Fernabsatz-Richtlinie über Finanzdienstleistungen und die Verbrauchercredit-Richtlinie 2008 enthalten damit eine bewusste Wertentscheidung gegen eine Maximalfrist für die Ausübung des Widerrufsrechts. Freilich ist im Interesse der Vereinheitlichung im Verbraucherrecht eine Angleichung der beiden Richtlinien an die neue Rechtslage nach der Verbraucherrechte-Richtlinie, der Time-sharing-Richtlinie 2009 und dem GEK angezeigt.¹⁵¹

d) Nachholung der Widerrufsbelehrung (Art. 42 Abs. 2 lit. b GEK)

Neben der Einführung einer Maximalfrist stellt Art. 42 Abs. 2 lit. b GEK ferner **68** klar, dass der Unternehmer die Widerrufsbelehrung nachholen kann, was auch bisher allgemein angenommen wurde. Sobald die Belehrung erfolgt ist und alle übrigen Voraussetzungen für den Fristbeginn vorliegen, beginnt die reguläre Widerrufsfrist von 14 Tagen. Die Frist wird daher bei späterer Nachholung der Belehrung nicht verlängert, wie es im nationalen Recht derzeit noch § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB bestimmt. Diese Regelung muss allerdings zum 13. 12. 2013 geändert werden, da die Verbraucherrechte-Richtlinie ebenfalls keine Verlängerung der Frist bei späterer Belehrung vorsieht.¹⁵² Auch insoweit würde es künftig also keine Divergenz zwischen dem GEK und den nationalen Rechtsordnungen geben.

4. Rechtsfolgen des Widerrufs

Auch die Regelungen zu den Rechtsfolgen des Widerrufs in Art. 43 ff. GEK entsprechen weitgehend der Verbraucherrechte-Richtlinie. Art. 43 lit. a GEK stellt ausdrücklich klar, dass die beiderseitigen Vertragspflichten mit der Erklärung des Widerrufs entfallen. Ist ein Vertrag noch nicht zustande gekommen und hat der Verbraucher bislang nur ein Angebot abgegeben, so ist er auch hieran nicht mehr gebunden (Art. 43 lit. b GEK).¹⁵³ **69**

a) Pflichten des Unternehmers

Der Unternehmer hat dem Verbraucher gemäß Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GEK alle geleisteten Zahlungen zu erstatten. Die Vorschrift stellt im Nachgang zum EuGH-Urteil *Heinrich Heine*¹⁵⁴ klar, dass dem Verbraucher auch die Lieferkosten zu erstatten sind.¹⁵⁵ Dies gilt jedoch nicht für die zusätzlichen Kosten einer anderen Art der Liefere-

¹⁵⁰ EuGH Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99, NJW 2002, 281 ff. – *Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank*.

¹⁵¹ Vgl. auch *Schinkels*, JZ 2009, 774, 776; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 280; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 470; *Terryn* (Fn. 23), 143, 173.

¹⁵² Vgl. zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 77; *Schinkels*, JZ 2009, 774, 777.

¹⁵³ Vgl. dazu bereits oben Rn. 63.

¹⁵⁴ EuGH Urt. v. 15.4.2010 – C-511/08, NJW 2010, 1941 ff. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine-GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; dazu etwa *Buchmann*, K&R 2010, 458 ff.; *Gsell*, JZS 2010, 438 ff.; *Cardano*, GPR 2010, 231 ff.; *Eichelberger*, VuR 2010, 279 f.; *Haase*, VuR 2010, 291 ff.; *Krois/Lindner*, WM 2011, 442 ff.; *Looschelders*, JA 2010, 825 f.

¹⁵⁵ Eine solche Klarstellung fordert *Tacou*, ZRP 2009, 140, 142.

zung als der angebotenen günstigsten Standardlieferung, wenn der Verbraucher sich ausdrücklich für jene entschieden hat (Abs. 2). Bei Haustürgeschäften ist der Unternehmer auch zur Abholung der Waren auf eigene Kosten verpflichtet, wenn er diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Wohnung des Verbrauchers geliefert hat und die Waren nicht regulär mit der Post zurückschicken werden können (Abs. 4). Abs. 3 räumt dem Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht ein, bis er die Waren entweder wieder in Empfang genommen hat oder der Verbraucher den Nachweis der Rücksendung erbracht hat. Es findet damit keine Rückabwicklung Zug um Zug statt, sondern dem Verbraucher wird eine (teilweise) Vorleistungspflicht aufgebürdet.¹⁵⁶ Das Zurückbehaltungsrecht entfällt, wenn der Unternehmer die Abholung der Waren angeboten hat, da die Rückgewähr dann von seinem Verhalten abhängig ist.

b) Pflichten des Verbrauchers

aa) Rückgewähr der Waren und Rücksendekosten

- 71** Nach Art. 45 Abs. 1 Satz 1 GEK muss der Verbraucher die erhaltenen Waren unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 14 Tagen nach Ausübung des Widerrufsrechts, zurückschicken oder übergeben. Die Pflicht entfällt jedoch, wenn der Unternehmer angeboten hat, die Waren abzuholen; der Verbraucher ist dann nur zur Rückgabe bei Abholung verpflichtet. Der Verbraucher hat gemäß Art. 45 Abs. 2 GEK die direkten Kosten der Warenrücksendung zu tragen, es sei denn der Unternehmer hat sich zur Kostenübernahme bereit erklärt oder den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über dessen Pflicht zur Kostentragung informiert. Damit wird bezüglich der Transportkosten ein gerechter Interessenausgleich geschaffen, da im Widerrufsfall der Unternehmer in der Regel die Hinsende-, der Verbraucher hingegen die Rücksendekosten zu tragen hat. Demgegenüber sieht § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB zwar noch vor, dass der Verbraucher die Rücksendekosten nur tragen muss, wenn der Preis der zurückzuschickenden Waren nicht mehr als 40 Euro beträgt oder wenn der Verbraucher im Widerrufszeitpunkt noch keine Zahlung oder Teilzahlung geleistet hat, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht.¹⁵⁷ Die Vorschrift kann jedoch im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 Verbraucherrechte-Richtlinie, der Art. 45 Abs. 2 GEK entspricht, nicht aufrechterhalten werden.

bb) Ersatz für Wertverlust der Waren

- 72** Art. 45 Abs. 3 GEK schränkt die Ersatzpflicht des Verbrauchers für einen Wertverlust der Waren ein. Der Verbraucher hat dafür nur einzustehen, soweit der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Feststellung ihrer Art, Beschaffenheit und Funktionstüchtigkeit nicht erforderlich war (ähnlich Art. 14 Abs. 2 Satz 1 Verbraucherrechte-Richtlinie: „Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise“). Erwägungsgrund 47 Satz 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie spricht sich für die Berechtigung des Verbrauchers aus, mit den Waren wie in einem Ladengeschäft umzugehen. Der Formulierung in Art. 45 Abs. 3 GEK und

¹⁵⁶ Vgl. zum Richtlinienentwurf 2008 *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 78; *Schulte-Nölke* (Fn. 12), 29, 39; *Stabentheiner*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 1, 8; *Artz* (Fn. 12), 209, 218; kritisch *Lukas*, in: *Jud/Wendehorst* (Fn. 3), 65, 94; *Schauer*, ebenda, 99, 114.

¹⁵⁷ Kritisch zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie daher *Tacou*, ZRP 2009, 140, 141: „erhebliche Entwertung des Widerrufsrechts“; die Neuregelung befürwortend hingegen *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Fn. 12), 237, 268; *Christiansen* (Fn. 12), 316.

Art. 14 Abs. 2 Satz 1 Verbraucherrechte-Richtlinie entsprechen auch § 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB, die der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der *Messner*-Entscheidung des EuGH¹⁵⁸ erlassen bzw. neu gefasst hat.¹⁵⁹ Dabei hat er sich bereits am Entwurf der Verbraucherrechte-Richtlinie orientiert.¹⁶⁰ Der Gesetzgeber ist der Auffassung, damit auch den Anforderungen der *Messner*-Entscheidung gerecht zu werden.¹⁶¹ Er spricht sich ebenso wie der Richtliniengeber dafür aus, den Vergleich mit den Prüfungsmöglichkeiten in einem Ladengeschäft heranzuziehen, um den Umfang der wertersatzfreien Nutzung der Ware zu bestimmen.¹⁶² Der BGH ging hingegen in seiner Wasserbetten-Entscheidung davon aus, der Vergleich mit den Prüfungsmöglichkeiten im Ladengeschäft dürfe nicht das einzige Kriterium für den zulässigen Umgang mit der Ware sein.¹⁶³ Gemäß Art. 45 Abs. 3 Satz 2 GEK trifft den Verbraucher keine Wertersatzpflicht, wenn der Unternehmer ihn nicht vollständig über das Widerrufsrecht unterrichtet hat.

Art. 45 Abs. 3 Satz 1 GEK stellt klar, dass allenfalls Ersatz für den Wertverlust der Sache selbst zu leisten ist; eine Entschädigung für die Nutzung schließt Art. 45 Abs. 4 GEK ausdrücklich aus. Dies stellt eine Abweichung vom bisherigen deutschen System dar, nach dem der Verbraucher bei dem über die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme hinausgehenden, regulären Gebrauch lediglich Wertersatz für die gezogenen Nutzungen und nicht für die Verschlechterung der Sache schuldet.¹⁶⁴ **73**

cc) Wertersatz für verbundene Dienstleistungen und digitale Inhalte

Art. 45 Abs. 5 GEK enthält eine Wertersatzregelung für mit dem Kaufvertrag verbundene Dienstleistungen i.S.d. Art. 2 lit. m GEK-VO. Hat der Verbraucher ausdrücklich beantragt, dass vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Erbringung der Dienstleistung begonnen werde, so hat er einen anteiligen Ersatz zu leisten (Satz 1). Der Ersatzbetrag bestimmt sich nach dem bereits geleisteten Anteil der Dienstleistung und ist ausgehend vom vereinbarten Gesamtpreis zu berechnen (Satz 2). Dabei ist zu ermitteln, welchen Anteil die verbundene Dienstleistung am Gesamtpreis hat. Der Unternehmer muss dazu ggf. substantiiert vortragen; im Zweifelsfall kommt auch eine richterliche Schätzung des Anteils in Betracht. Vom Marktwert der Dienstleistung ist hingegen auszugehen, wenn der Gesamtpreis überhöht ist (Satz 3). Der Verordnungsentwurf liefert keine Maßstäbe dafür, wann der Gesamtpreis überhöht ist (vgl. auch Art. 85 lit. s GEK). Eine Überhöhung muss bereits unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit ansetzen, da in diesem Fall der Vertrag bereits nach dem insoweit anwendbaren nationalen Recht (vgl. dazu Erwägungsgrund 27)¹⁶⁵ nichtig und der **74**

¹⁵⁸ EuGH Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07, NJW 2009, 3015 f. – *Messner/Krüger*.

¹⁵⁹ Vgl. zur Neuregelung *Wendehorst*, NJW 2011, 2551 ff.; *Alexander*, JR 2011, 415, 418 ff.; *Buchmann/Föhlisch*, K&R 2011, 433, 434 ff.; *Heinig*, JR 2010, 461, 467 f.

¹⁶⁰ BT-Drucks. 17/5097, 12.

¹⁶¹ Begr. RegE BT-Drucks. 17/5097, 2.

¹⁶² *Lehmann*, GPR 2011, 218, 223 konstatiert eine Abweichung der entsprechenden Vorschrift der Feasibility Study gegenüber der *Messner*-Entscheidung; vgl. ferner zum Entwurf 2008 der Verbraucherrechte-Richtlinie auch *Rott* (2010) ERPL 185, 194.

¹⁶³ BGH Urt. v. 3.11.2010 – VIII ZR 337/09, NJW 2011, 56, 58; hierzu *Föhlisch*, NJW 2011, 30 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2011, Rn. 867; *ders.*, JA 2011, 226 ff.

¹⁶⁴ Vgl. dazu *Faust*, in: *jurisPK-BGB*, 5. Aufl., 2010, § 346 Rn. 56; *Röthel*, in: *Erman*, BGB, 13. Aufl., 2011, § 346 Rn. 12; *Looschelders* (Fn. 163), Rn. 839; *Stempel*, ZEuP 2010, 928, 929 ff.; *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3, 4; *Heinig*, JR 2010, 461, 467.

¹⁶⁵ Vgl. dazu auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495; kritisch *Aubert de Vincelles*, RTD. eur. 2011, 615, 627 f.; *Leible*, EuZW 2011, 809, 810.

Gesamtpreis nicht wirksam vereinbart ist. Eine Überhöhung kann etwa angenommen werden, wenn der Gesamtpreis den anderthalbfachen Wert des durchschnittlichen Marktpreises übersteigt.

- 75 Die Pflicht zum Wertersatz für verbundene Dienstleistungen entfällt nach Art. 45 Abs. 6 lit. a GEK, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht und die dargestellten Wertersatzpflichten belehrt wurde oder er nicht ausdrücklich auf einem dauerhaften Datenträger (Art. 2 lit. t GEK-VO) beantragt hat, dass mit der Dienstleistung begonnen werde. Lit. b enthält eine ähnliche Vorschrift für digitale Inhalte, die nicht auf einem materiellen Datenträger zur Verfügung gestellt werden. Eine Wertersatzpflicht entfällt danach, wenn der Verbraucher der Bereitstellung vor Ablauf der Widerrufsfrist nicht ausdrücklich zugestimmt hat, er nicht zur Kenntnis genommen hat, dass er mit der Zustimmung das Widerrufsrecht verliert (Art. 40 Abs. 3 lit. d GEK) oder der Unternehmer keine Vertragsbestätigung gemäß Art. 18 Abs. 1 bzw. Art. 19 Abs. 5 GEK zur Verfügung gestellt hat.

c) Akzessorische Verträge

- 76 Nach Art. 46 Abs. 1 Satz 1 GEK werden im Widerrufsfall auch alle akzessorischen Verträge beendet. Satz 2 erläutert, was unter einem akzessorischen Vertrag im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist. Es muss sich um einen Vertrag über Leistungen (Waren, digitale Inhalte oder verbundene Dienstleistungen im Sinne des Art. 2 lit. m GEK-VO) handeln, die im Zusammenhang mit dem Fernabsatz- oder Haustürgeschäft stehen und vom Unternehmer selbst oder einem Dritten aufgrund einer Vereinbarung mit dem Unternehmer erbracht werden. Dies entspricht der Definition in Art. 2 Nr. 15 der Verbraucherrechte-Richtlinie und Art. 2 Abs. 1 lit. g der neuen Timesharing-Richtlinie. Ebenso wie bei der Timesharing-Richtlinie ist ein tatsächliches und wirtschaftliches Näheverhältnis zum Hauptvertrag erforderlich.¹⁶⁶ Ein solches liegt jedenfalls vor, wenn die zusätzliche Leistung einen Bezug zur Hauptleistung aufweist, indem sie deren Erbringung vorbereitet oder deren Ingebrauchnahme oder Nutzung ermöglicht, erleichtert, optimiert oder absichert. Ferner muss, wie es Art. 2 lit. m GEK-VO für verbundene Dienstleistungen ausdrücklich voraussetzt, ein zeitlicher Zusammenhang beim Vertragsschluss bestehen. Unter den Begriff der akzessorischen Verträge fallen daher insbesondere Verträge über Zubehör, beim Kauf elektronischer Geräte über zusätzlich erworbene Software, sowie in der Regel die in Art. 2 lit. m GEK-VO genannten Beispiele für verbundene Dienstleistungen.
- 77 Bezüglich der verbundenen Dienstleistungen sind jedoch die in Art. 2 lit. m GEK-VO a.E. statuierten Ausnahmen zu beachten. Dazu zählen auch die Finanzdienstleistungen (Art. 2 lit. m iv) GEK-VO). Verbraucherkreditverträge fallen daher nicht unter den Begriff der verbundenen Dienstleistungen und der akzessorischen Verträge i.S.d. Art. 46 GEK (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GEK). Für die Durchgriffswirkung des Widerrufs auf verbundene Kreditverträge gilt deshalb nicht das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, sondern es sind die nationalen Umsetzungen zu Art. 15 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008 anwendbar. Art. 46 GEK kommt insoweit keine Sperrwirkung zu. Die Vorschrift bezieht sich gemäß ihrem Abs. 1 Satz 2 nur auf Verträge über Gegenstände, für die auch die Geltung des GEK vereinbart werden

¹⁶⁶ Zu § 485 Abs. 3 BGB, der Art. 11 Abs. 1 der neuen Timesharing-Richtlinie umgesetzt: Begr RegE BT-Drucks. 17/2764, 19; MünchKomm/Franzen (Fn. 142), § 485 Rn. 25; *Staudinger*, in: HK-BGB, 7. Aufl., 2012, § 485 Rn. 7.

kann. Sie soll daher keine abschließende Regelung des Widerrufsdurchgriffs für alle Sachmaterien treffen. Vielmehr zeigt gerade Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GEK-VO, dass die besonderen Bestimmungen des Verbraucherkreditrechts unberührt bleiben sollen.¹⁶⁷ Unerheblich ist insoweit, dass Art. 46 GEK anders als die entsprechende Regelung in Art. 15 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie keinen Vorbehalt zugunsten der Anwendbarkeit von Art. 15 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008 vorsieht. Da Art. 46 GEK Finanzdienstleistungen von vornherein nicht erfasst, bedarf es nämlich keiner Klarstellung, dass insoweit die Umsetzungsbestimmungen der einschlägigen Richtlinien anwendbar sind.

Nach Art. 46 Abs. 2 GEK sind die akzessorischen Verträge entsprechend den Regeln für den Hauptvertrag rückabzuwickeln, wenn sie auch dem GEK unterliegen. Andernfalls gelten für das Schicksal der akzessorischen Verträge die hierauf jeweils anwendbaren Regeln (Abs. 3, vgl. auch Erwägungsgrund 20). **78**

IV. Fazit

Bei Verbraucherverträgen entsprechen die Informationspflichten und das Widerrufsrecht nach dem GEK im Wesentlichen dem „Acquis communautaire“ auf dem Gebiet des Verbraucherrechts. Überdies besteht weitgehende Übereinstimmung mit der Verbraucherrechte-Richtlinie. Da die Verbraucherrechte-Richtlinie dem Konzept der Vollharmonisierung folgt, wird es im hier behandelten Bereich zumeist nicht darauf ankommen, ob das nationale Recht oder das Gemeinsame Europäische Kaufrecht Anwendung findet. Soweit die Regelungen des GEK auf berechnete Kritik stoßen, trifft diese zugleich auch die entsprechenden Vorschriften der Richtlinie. **79**

Eine wichtige Besonderheit des GEK ist die Einführung einer allgemeinen Informationspflicht im Verhältnis zwischen Unternehmern. Da sich entsprechende Informationspflichten auch in den meisten nationalen Rechtsordnungen aus allgemeinen Grundsätzen ableiten lassen, ergeben sich jedoch auch insoweit im Ergebnis keine gravierenden Unterschiede gegenüber dem Fall, dass die Parteien nicht oder nicht wirksam für das GEK optiert haben. Die Statuierung konkretisierender Kriterien zur Bestimmung der Informationspflichten kann zur einheitlichen Auslegung in den Mitgliedsstaaten beitragen und erscheint daher grundsätzlich sinnvoll. **80**

Eine bedeutende Änderung gegenüber dem bisherigen Verbraucheracquis stellt die Einführung detaillierter Informationspflichten außerhalb besonderer Absatzformen und unabhängig vom Vertragsgegenstand dar. Die Regelung erscheint jedoch entbehrlich. Eine Generalklausel wie diejenige für den unternehmerischen Rechtsverkehr wäre besser geeignet, die divergierenden Informationsbedürfnisse bei allen übrigen Verträgen zu erfassen. Auch insoweit besteht indes Übereinstimmung mit der Verbraucherrechte-Richtlinie. Neu ist zudem die Einführung eines Schadensersatzanspruchs für Informationspflichtverletzungen auf europäischer Ebene. Die verbraucherschützenden Richtlinien einschließlich der Verbraucherrechte-Richtlinie überlassen die Ausgestaltung der Sanktionen dagegen den nationalen Gesetzgebern. **81**

Im Bereich der Widerrufsrechte ist die Übernahme der Widerrufsfrist von 14 Tagen durch das GEK zu begrüßen. Eine entsprechende Frist ist auch in den neueren verbraucherschützenden Richtlinien vorgesehen. Die Aufstellung einer Maximalfrist für die Ausübung des Widerrufsrechts ist aus Gründen der Rechtssicherheit ebenfalls **82**

¹⁶⁷ Vgl. dazu *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3494.

positiv zu bewerten. Um die Einheitlichkeit des Verbrauchervertragsrechts weiter zu fördern, sollte die Maximalfrist in Zukunft freilich noch auf die Bereiche des Verbrauchercredits und des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen erstreckt werden. Die im GEK statuierte Pflicht des Unternehmers, die Kosten einer regulären Warenversendung zu erstatten, entspricht der *Heinrich-Heine*-Entscheidung des EuGH. Da die Rücksendekosten nach dem GEK im Regelfall dem Verbraucher zu Last fallen, wird insoweit ein gerechter Interessenausgleich geschaffen. Zumindest ergeben sich auch hier keine Abweichungen von der Verbraucherrechte-Richtlinie.

- 83** Die Ersatzpflicht des Verbrauchers für den Wertverlust von Waren im Widerrufsfall ist im GEK in gleicher Weise wie in der Verbraucherrechte-Richtlinie geregelt. Die Problematik war bereits Gegenstand der *Messner*-Entscheidung des EuGH zur Fernabsatz-Richtlinie. Die Formulierung der Vorschriften wirft freilich auch einige neue Fragen auf, sodass weitere Vorlagen an den EuGH erforderlich werden könnten.

Diskussionsbericht
zu den Vorträgen von Wolfgang Ernst
und Dirk Looschelders

Die von Prof. Dr. *Peter Limmer*, Notar in Würzburg, moderierte Diskussion eröffnete Prof. Dr. *Thomas Pfeiffer*, Universität Heidelberg. Er stellte bezugnehmend auf die Ausführungen von Prof. Ernst fest, dass der AGB-Regelung des GEK auch die Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993) zugrunde liege, die in ihrer mittlerweile fast 20jährigen Anwendung in den Mitgliedsstaaten zu keinen spürbaren Unzuträglichkeiten geführt habe. Im Bereich der Unternehmensverträge gelte, wie es Prof. Ernst schon richtig angedeutet habe, im GEK ein gänzlich anderer Maßstab als im deutschen Recht. Klauseln seien demnach nur unangemessen, wenn sie gröblich von der guten Handelspraxis abwichen. Dies sei das Ergebnis eines politischen Kompromisses zwischen den Befürwortern einer gänzlichen Liberalisierung und deren Gegnern, die mehr zwingende Vorschriften gefordert hätten. Hinsichtlich der von Prof. Ernst angesprochenen Überregulierung gab Prof. Pfeiffer zu, dass er diesen Eindruck beim Lesen des GEK zwar auch habe; er gab aber zu bedenken, dass das, was für einen deutschen Juristen selbstverständlich sei, ein Jurist aus einem anderen Mitgliedsstaat möglicherweise ganz anders einschätzen könne. Dies erkläre, warum in europäischen Rechtsakten viel stehe, was aus deutscher Perspektive eigentlich überflüssig sei.

Prof. Dr. *Martin Häublein*, Universität Innsbruck, äußerte die Ansicht, dass die Informationspflichten zu einer Flut von Informationen führen, die letztlich für den Verbraucher oft kaum transparent sind, was der eigentlichen Intention zuwider laufe; dementsprechend befürworte er eine Ausdünnung. Sodann nahm er Art. 79 GEK (Wirkung unfairer Vertragsbestimmungen) in den Blick. Unter Hinweis auf das sog. Verbot geltungserhaltender Reduktion stellte er an Prof. Ernst gewandt die Frage, ob die Formulierung des GEK, eine unfaire Vertragsbestimmung sei „nicht bindend“, dahingehend zu verstehen sei, dass die AGB den Verbraucher nur insoweit nicht binden als sie gegen Klauselverbote verstoßen, und ob es nicht besser sei, wenn das GEK zu dieser für die Praxis wichtigen Frage klarere Vorgaben mache.

Stefan Heinze, Deutsches Notarinstitut, Würzburg, richtete eine Frage an Prof. Ernst zum Verhältnis von Art. 38 und 39 GEK. Art. 38 GEK (Geänderte Annahme) besage abweichend von § 150 Abs. 2 BGB, dass eine Annahme mit Änderungen wirksam sein könne, wenn diese Änderungen nicht erheblich seien. Art. 38 Abs. 2 GEK enthalte hierfür Beispiele. Dies könne dem in dieser Hinsicht unklaren Wortlaut nach bedeuten, dass bei widersprechenden AGB der Vertrag auch zustande komme, selbst wenn die Unterschiede wesentlich seien. Er neige dazu, insoweit Art. 39 GEK (Widersprechende Standardvertragsbestimmungen) den Vorrang einzuräumen. Allgemein würde er gerne wissen, warum Art. 38 GEK überhaupt abweichend von § 150 Abs. 2 BGB konzipiert sei.

Diese Frage von Herrn Heinze konnte Prof. Dr. *Filippo Ranieri*, Universität des Saarlandes, beantworten. Er verwies darauf, dass Art. 38 GEK nach dem Vorbild des

Art. 19 CISG geschaffen sei; entsprechende Formulierungen fänden sich ebenso im Nordischen Vertragsgesetz und im niederländischen ZGB. Allerdings würden die genannten Beispiele ebenfalls zeigen, dass man Art. 38 GEK schlichter und prägnanter hätte formulieren können. Prof. Ranieri kam damit zu einer grundsätzlichen Frage, dem fehlenden europäischen Rechtsdiskurs. Die große Mehrheit der Juristen in den verschiedenen Mitgliedsstaaten ignoriere die anderen Rechtsordnungen vollständig; hier spielten auch völlig unterschiedliche kulturelle Traditionen eine Rolle. Die Kommission habe lediglich wenige Leute an die Konzeption des GEK gesetzt und damit die Gelegenheit verstreichen lassen, eine wahrhaft europäische Diskussion darüber herbeizuführen. Dass gerade einmal sechs Monate zwischen der Machbarkeitsstudie und der Veröffentlichung des GEK-Entwurfs gelegen hätten, zeige die völlige historische Verblendung der Kommission. Das sei vergleichbar mit dem Bau einer Brücke, ohne vorher die Statik berechnet zu haben. Ein gemeinsames europäisches Kaufrecht werde ein Werk von Generationen sein.

- 5 Prof. Dr. *Wolfgang Ernst* schickte seinen Antworten die Bemerkung voraus, dass er trotz der zahlreichen kritischen Töne zur AGB-Kontrolle des GEK der Meinung sei, dass ein Richter mit diesem Normwerk eine brauchbare AGB-Kontrolle ausüben könnte. Auch die gestellten Auslegungsfragen seien mit dem normalen Auslegungskanon zu bewältigen. Zur Frage von Herrn Heinze meinte Prof. Ernst, dass er Art. 39 GEK als *lex specialis* zu Art. 38 GEK ansehen würde. Allenfalls könne er sich ein Eingreifen von Art. 38 GEK vorstellen, wenn nach individuellen Vertragsverhandlungen AGB eingeführt würden. Prof. Häublein erwiderte er, dass eine geltungserhaltende Reduktion im Normtext nirgends angesprochen sei. Geregelt sei nur, dass beim Ausfall einer Vertragsklausel der restliche Vertrag grundsätzlich weiter Geltung beanspruchen könne. Allerdings lasse Art. 79 GEK die Auslegung in beide Richtungen (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion oder nicht) offen.
- 6 Schließlich ging Prof. Dr. *Dirk Looschelders* auf die aufgeworfene Frage ein, ob Informationspflichten den Verbraucher überhaupt schützen könnten. Er fragte andersherum, ob man wirklich wolle, dass der Unternehmer über bestimmte Dinge *nicht* informieren müsse. Die Fülle an Informationen ergebe sich aus der gewünschten Standardisierung, damit man nicht jedem Einzelfall Rechnung tragen müsse. Dadurch könne der Unternehmer seine Pflichten leichter erfüllen. Viele Informationen würden zudem erst relevant, wenn man sie tatsächlich benötige, z.B. um Ansprüche geltend zu machen. Er räumte aber ein, dass auch er die Vielzahl an Informationen für zu umfangreich halte.

Der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und die Problematik seiner Lücken

Beate Gsell

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Der Verordnungs-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als Regelwerk mit Lücken	147
II. Die Unterscheidung zwischen sog. internen und externen Lücken	149
1. Innerhalb des Regelungsbereichs liegende, nicht explizit geregelte Fragen als sog. interne Lücken	149
2. Jenseits des Regelungsbereichs liegende Fragen als sog. externe Lücken	151
III. Die Schließung interner Lücken und deren Bewertung	152
1. Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 CISG rein autonom-interne Lückenfüllung angeordnet	152
2. Rein autonom-interne Lückenfüllung europarechtlich geboten	152
3. Inhaltliche und formal-begriffliche Divergenzen zum Richtlinien-acquis erschweren die Lückenfüllung	153
4. Nur mittelbarer Rückgriff auf den DCFR und andere Regelwerke	155
5. CFR als Toolbox wünschenswert?	156
IV. Die Schließung externer Lücken und deren Bewertung	156
1. Rückgriff auf das jeweils kollisionsrechtlich berufene Sachrecht	156
2. Verdrängung des zwingenden nationalen Verbraucherrechts als Wettbewerbsvorteil des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts	158
3. Ausmaß der externen Lücken beträchtlich	159
4. Externe Lücken teilweise kaum vermeidbar	160
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	161

I. Einleitung: Der Verordnungs-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als Regelwerk mit Lücken

Der Verordnungs-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht¹ basiert auf der Prämisse, die unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM(2011) 635 endg., im Folgenden zitiert als „GEK-VO“, soweit auf die Erwägungsgründe und Art. 1-16 des Verordnungs-Entwurfes Bezug genommen wird, als „GEK“, soweit es um die kaufrechtlichen Regelungen im Anhang des Verordnungs-Entwurfes geht.

schreckten Unternehmen davon ab, den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Union zu nutzen.² Weil die Notwendigkeit für Unternehmer, das anwendbare Recht zu ermitteln oder auszuhandeln, sich über anwendbares ausländisches Recht zu informieren und ggf. rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, den Handel mit dem Ausland komplizierter und kostenträchtiger als den Handel im Inland mache, würden vor allem kleinere und mittlere Unternehmen davon abgehalten, in den grenzübergreifenden Handel einzusteigen oder ihre Geschäftstätigkeit auf weitere Mitgliedstaaten auszudehnen.³ Um diese vertragsrechtsbedingten Hindernisse zu überwinden, soll mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ein einziges, einheitliches Vertragsrecht einschließlich eines vollständigen Satzes harmonisierter zwingender Verbraucherschutzvorschriften⁴ zur Verfügung gestellt werden, dessen Bestimmungen in allen 27 Mitgliedstaaten dieselbe Bedeutung haben und einheitlich ausgelegt werden.⁵ Damit verbunden ist die Wunschvorstellung, dass Waren und Dienstleistungen von einem Unternehmen künftig im Internet auf der Grundlage einer einzigen Website vermarktet werden können⁶.

- 2 Allerdings waren die Verfasser des Entwurfes nicht so naiv zu verkennen, dass das GEK keineswegs alle privatrechtlichen Fragen regelt, die mit dem Kauf von Waren oder der Bereitstellung digitaler Inhalte einhergehen. Dass der Entwurf Lücken enthält, wird darin vielmehr explizit anerkannt, und es finden sich auch Vorgaben, wie diese Lücken bei der Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts zu schließen sind.⁷ Im Folgenden soll ein Blick auf Systematik und Reichweite dieser Lücken und die angeordnete Technik der Lückenfüllung geworfen werden. Auch wenn die Vorgaben für die Lückenfüllung an das UN-Kaufrecht angelehnt sind, ergeben sich doch aus der Genese des GEK und seiner Einbettung in den *acquis communautaire* Besonderheiten. Außerdem soll eine an den Zielen des GEK orientierte Bewertung der Lücken im Entwurf erfolgen. Geklärt werden soll, inwieweit die Lücken im GEK doch wieder zu einem „contract law mix“ oder allgemeiner gesprochen, einem „law mix“ zwingen und damit das Ziel der Vermeidung eines Rückgriffs auf unterschiedliches mitgliedstaatliches Recht zu behindern drohen.
- 3 Dabei ist allerdings unverkennbar, dass es an hinreichend aussagekräftigen empirischen Befunden zum Ausmaß der angeblichen Behinderung grenzüberschreitender Transaktionen im Binnenmarkt durch unterschiedliche Vertragsrechtsordnungen fehlt.⁸ Ob die Praxis mit den im GEK vorgesehenen Schnittstellen zum mitgliedstaatlichen Recht zurechtkommen wird oder ob die verbleibenden Lücken einer Wahl des Gemeinsamen Kaufrechts im Wege stehen werden, ist schon deshalb schwer zu prognostizieren. Dies umso mehr, als eine Rechtswahl vielfach primär von anderen Faktoren jenseits der Frage der Lücken abhängen wird.

² Vgl. Erwägungsgrund 1 GEK-VO.

³ Vgl. Erwägungsgrund 2 GEK-VO.

⁴ Vgl. Erwägungsgründe 11 f. GEK-VO.

⁵ Vgl. Erwägungsgrund 8 GEK-VO.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund 2 GEK-VO.

⁷ Vgl. Erwägungsgründe 26-29, Art. 11 GEK-VO.

⁸ Dazu *Ackermann*, in diesem Band; s. aber etwa die Studie von *Vogenauer/Weatherill*, JZ 2005, 870 ff. u. *dies.*, *Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, 2006.

II. Die Unterscheidung zwischen sog. internen und externen Lücken

Ähnlich wie dem UN-Kaufrecht liegt auch dem GEK die Unterscheidung zwischen 4
sog. internen und externen Lücken zugrunde.⁹

1. Innerhalb des Regelungsbereichs liegende, nicht explizit geregelte Fragen als sog. interne Lücken

Unter einer internen Lücke versteht man im Zusammenhang mit dem UN- 5
Kaufrecht eine im Text des Regelwerkes nicht explizit entschiedene Frage, die jedoch
einen darin ausdrücklich geregelten Gegenstand betrifft.¹⁰ Parallel dazu ist in Erwä-
gungsgrund Nr. 29 GEK-VO von „questions concerning matters falling within the
scope of the Common European Sales Law“ und in Art. 4 Abs. 2 GEK von „issues
within the scope of the Common European Sales Law but not expressly settled by it“
die Rede oder auf Deutsch von „Fragen zu Sachverhalten, die in den Anwendungsbe-
reich des Gemeinsamen Kaufrechts fallen, die aber dort nicht ausdrücklich geregelt
sind“¹¹ bzw. von „Fragen, die in den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäi-
schen Kaufrechts fallen, jedoch darin nicht ausdrücklich geregelt sind“. Es handelt
sich also bei internen Lücken um Lücken innerhalb des Regelungsbereichs, während
sog. externe Lücken Fragen betreffen, die jenseits davon anzusiedeln sind.¹²

Die Ursachen für innerhalb des Regelungsbereichs anzusiedelnde interne Lücken 6
sind vielfältig. Häufig wird es um Fragen oder Widersprüche im Normtext gehen, die
der Gesetzgeber nicht bedacht hat, also um unbeabsichtigte, versteckte Lücken.
Denkbar ist aber auch, dass eine Frage mit Blick auf Systematik und Telos des ge-
samten Regelwerkes oder einzelner Vorschriften selbstverständlich und daher eine
explizite Regelung entbehrlich erschien. Schließlich mag der Verzicht auf eine aus-
drückliche Regelung dem Umstand geschuldet sein, dass sich im Gesetzgebungsver-
fahren keine Lösungsalternative als sachlich oder rechtspolitisch überlegen durchset-
zen konnte und man die Klärung der Frage deshalb mehr oder weniger bewusst der
Rechtsanwendung überlassen hat.

Als Beispiel für eine interne Lücke im GEK mag etwa folgende, bei der Auslegung 7
von Art. 100 GEK im Zusammenhang mit der Bestimmung der Vertragsmäßigkeit

⁹ So auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495.

¹⁰ Vgl. Art. 7 Abs. 2 CISG und dazu nur *Lookofsky*, *Journal of Law and Commerce* 25, 2005-06, 87 ff.; *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer*, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 5. Aufl., 2008, Art. 7 Rn. 43; *Paal*, *ZVglRWiss* 110 (2011), 64, 77 ff., 80, jeweils m.w.N.

¹¹ Die deutsche Fassung von Erwägungsgrund 29 GEK-VO ist insofern missverständlich, als dort nicht von „Gegenständen“ oder „Regelungsgegenständen“ die Rede ist, sondern in einer zu weiten Formulierung von „Sachverhalten“. Anders als die englische Fassung mit der Verwendung des Begriffes „matters“ macht die deutsche Fassung nicht hinreichend deutlich, dass die Qualifikation der jeweiligen Rechtsfrage entscheidend ist und als interne Lücken nur solche Rechtsfragen in Betracht kommen, die innerhalb des Regelungsbereiches des GEK auftreten. Die Frage etwa, ob ein Sachverhalt deliktsrechtliche Ansprüche nach sich zieht, wird nicht deshalb zur internen Lücke, weil derselbe Sachverhalt zugleich kaufrechtliche Mängelrechte nach dem GEK auslöst. Denn zu den „matters“, welche das GEK erfasst, gehört das Deliktsrecht gerade nicht. Klarer dagegen auch die französische Fassung, wo es in Erwägungsgrund 29 GEK-VO heißt: „Les questions relatives aux matières relevant du champ d’application du droit commun européen de la vente...“

¹² Vgl. zu den externen Lücken des UN-Kaufrechts vor allem Art. 2-5 CISG.

der verkauften Ware auftretende Frage dienen¹³: Art. 100 GEK statuiert – ähnlich § 434 Abs. 1 S. 2 BGB – Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit¹⁴, die nach Art. 99 Abs. 2 GEK eingreifen, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben. So fordert Buchstabe a die Eignung der Kaufsache für einen dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebrachten besonderen Zweck, Buchstabe b deren Eignung für die gewöhnlichen Gebrauchszwecke, Buchstabe c die qualitative Übereinstimmung mit einer Probe oder einem Muster usw. Nicht explizit geregelt ist die Frage, wie im Falle eines Binnenkonfliktes zwischen diesen Kriterien zu entscheiden ist.¹⁵, was also etwa gilt, wenn der Käufer dem Verkäufer einen bestimmten Verwendungszweck i.S.v. Art. 100 lit. a GEK bzw. Art. 2 Abs. 2 lit. b Verbrauchsgüterkauf-RL mitgeteilt hat, dieser spezielle Zweck aber dazu führt, dass die Kaufsache die Eignung für die gewöhnlichen Zwecke i.S.v. Art. 100 lit. b GEK gerade verliert.¹⁶ Es handelt sich hier eindeutig um eine interne Lücke, da es um die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache geht und dieser Gegenstand im Regelungsbereich der GEK-VO liegt.

- 8 Ob eine nicht explizit geregelte Frage noch vom Regelungsbereich des GEK umfasst ist oder nicht, wird allerdings nicht immer so einfach zu entscheiden sein. Dies zeigt der Diskussionsstand zum UN-Kaufrecht, wo hinsichtlich einer Reihe von Punkten Streit herrscht, ob sie noch zum Regelungsbereich des CISG zu rechnen sind.¹⁷ Die GEK-VO hilft immerhin insoweit, als sie über den eigentlichen Normtext hinaus in Erwägungsgrund 26 näheren Aufschluss über die geregelten Gegenstände gibt. Recht allgemein bleibt die dort zunächst zu findende Umschreibung des Regelungsbereichs als „the matters of contract law that are of practical relevance during the life cycle of the types of contracts falling within the material and personal scope“, oder auf Deutsch: „vertragsrechtliche Sachverhalte [...], die während des Lebenszyklus von Verträgen, die in seinen materiellen und persönlichen Geltungsbereich fallen, insbesondere von Online-Verträgen, von praktischer Bedeutung sind.“ Es folgt jedoch gleichsam eine Art Positivliste mit den einzelnen Gegenständen, die im Einzelfall bei der Eingrenzung einer internen Lücke durchaus zu helfen vermag:

„Außer den Rechten und Verpflichtungen der Parteien und den Abhilfen bei Nichterfüllung sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht deshalb Folgendes regeln: die vorvertraglichen Informationspflichten, den Abschluss des Vertrags einschließlich der Formerfordernisse, das Widerrufsrecht

¹³ S. dazu näher *Gsell*, in: Jansen u.a., Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 227, 233 ff. (im Erscheinen).

¹⁴ Die Kriterien sind im Wesentlichen wortlautgleich mit den Parallelvorgaben in Art. IV.A.-2:302 DCFR.

¹⁵ Kritisch etwa *Huber*, ZEuP 2008, 708, 719 in Bezug auf die Parallelregelung in Art. IV.A.-2:302 DCFR, der *Huber* vorwirft, sie lasse „einen Plan und eine sinnvolle Ordnung [...] nicht erkennen“.

¹⁶ Diese Frage nach dem Binnenverhältnis der ergänzenden Kriterien zueinander ist ähnlich auch bereits unter der Verbrauchsgüterkauf-RL aufgetreten, s. Art. 2 Abs. 2 lit. b Verbrauchsgüterkauf-RL.

¹⁷ Vgl. etwa zur Frage, inwieweit das CISG die Anwendung mitgliedstaatlicher Bestimmungen über die culpa in contrahendo sperrt, *Ferrari* (Fn. 10), Art. 4 Rn. 46 m.w.N.; nicht frei von Zweifeln ist ferner, in welchem Maße Art. 4 lit. a CISG einen Rückgriff auf nationales Anfechtungsrecht bei Willensmängeln erlaubt, *Ferrari* (Fn. 10), Art. 4 Rn. 22 ff.; s. ferner zum Problem, ob das CISG das Schicksal der Primärleistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit regelt, *Honsell/Gsell*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2010, Art. 28 Rn. 16; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 10), Art. 28 Rn. 13 f.; jeweils m.w.N.; weitere Bsp. für in ihrer Einordnung umstrittene Lücken bei *Lookofsky*, Journal of Law and Commerce 25, 2005-06, 87, 88 ff.

und seine Folgen, die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung oder unfairer Ausnutzung und ihre Folgen, Auslegung, Inhalt und Wirkungen des Vertrags, Beurteilung der Unfairness einer Vertragsbestimmung und ihre Folgen, Rückabwicklung nach Anfechtung und Beendigung des Vertrags sowie Verjährung und Ausschluss von Rechten. Es sollte zudem die verfügbaren Sanktionen im Fall einer Verletzung von Verpflichtungen und Pflichten in seinem Geltungsbereich regeln.¹⁸

2. Jenseits des Regelungsbereichs liegende Fragen als sog. externe Lücken

Was nun die sog. externen Lücken anbelangt, also Rechtsfragen zu Gegenständen, **9** die jenseits des Regelungsbereichs des GEK liegen, so enthält die GEK-VO auch dazu nähere Angaben. So findet sich in Erwägungsgrund 27 eine, allerdings nicht abschließende („unter anderem“) Aufzählung von nicht erfassten Gegenständen, also gleichsam eine Negativliste. Danach sind nicht geregelt

„die Frage der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, der Wechsel der Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich der Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums sowie das Deliktsrecht. Auch die Frage, ob konkurrierende Ansprüche aus vertraglicher und außervertraglicher Haftung zusammen verfolgt werden können, ist nicht Gegenstand des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.“

Außerdem wird in Erwägungsgrund 28 erläutert, dass die Verordnung nicht regelt „any matters outside the remit of contract law“, auf Deutsch: „keine Sachverhalte außerhalb des Vertragsrechts“. Diesbezügliches Unionsrecht oder innerstaatliches Recht soll unberührt bleiben. Beispielsweise sollen danach Informationspflichten, die zum Schutz der Gesundheit oder der Umwelt oder aus Gründen der Sicherheit auferlegt werden, nicht in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht aufgenommen werden. Ferner sollen Informationspflichten nach der Dienstleistungs-Richtlinie¹⁹ unberührt bleiben.

Weitere Grenzen des sachlichen Regelungsbereichs der geplanten Verordnung **10** ergeben sich aus der positiven Regelung der erfassten Vertragstypen in Art. 5 GEK-VO und der ausgeschlossenen Vertragstypen in Art. 6 GEK-VO sowie aus Stellungnahmen in den Erwägungsgründen des Entwurfes zu einzelnen Vertragssituationen oder Rechtsfragen. So sind nach Abs. 1 von Art. 6 GEK-VO gemischte Verträge von der Anwendung ausgeschlossen, die neben dem Kauf von Waren, der Bereitstellung digitaler Inhalte und der Erbringung verbundener Dienstleistungen im Sinne von Artikel 5 noch andere Elemente beinhalten. Und nach Art. 6 Abs. 2 GEK-VO darf das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht für Verträge verwendet werden, bei denen der Unternehmer dem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer vergleichbaren Finanzierungshilfe gewährt oder verspricht. In Erwägungsgrund 20 wird schließlich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht für verbundene Verträge gelten sollte, auf deren Grundlage der Käufer Waren oder Dienstleistungen von einem Dritten bezieht. Die jeweils auftretenden rechtlichen Fragen liegen also jenseits des Regelungsbereichs des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.

¹⁸ Erwägungsgrund 26 GEK-VO.

¹⁹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

III. Die Schließung interner Lücken und deren Bewertung

1. Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 CISG rein autonom-interne Lückenfüllung angeordnet

- 11 Fragt man nun nach der Lückenfüllung, so sind interne Lücken nach Art. 7 Abs. 2 CISG primär unter Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze zu schließen, die dem CISG zugrunde liegen. Wo sich keine solchen internen Grundsätze finden lassen, ist jedoch nach Art. 7 Abs. 2 CISG zur Lückenfüllung auf das nach den Regeln des IPR des Forums anwendbare mitgliedstaatliche Sachrecht zurückzugreifen. Im Gegensatz dazu verbietet das GEK jeden, also auch einen subsidiären Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Recht. So wird in Art. 4 Abs. 1 GEK dessen autonome Auslegung im Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen angeordnet und in Art. 4 Abs. 2 GEK präzisiert, dass Fragen, die in den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts fallen, jedoch darin nicht ausdrücklich geregelt sind,

„im Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen und all seiner Bestimmungen ohne Rückgriff auf das einzelstaatliche Recht, das in Ermangelung einer Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts anwendbar wäre, bzw. auf jedes andere Recht, zu regeln“

sind. Eine entsprechende Anweisung findet sich außerdem in Erwägungsgrund 29. Es wird also im Gegensatz zum CISG im GEK eine rein autonom-interne Schließung interner Lücken angeordnet. Und in Art. 11 GEK-VO wird nochmals explizit klargestellt, dass dann, wenn die Parteien eine gültige Vereinbarung über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts für einen Vertrag getroffen haben, nur das Gemeinsame Europäische Kaufrecht für die darin geregelten Fragen maßgebend ist.

2. Rein autonom-interne Lückenfüllung europarechtlich geboten

- 12 Nach dem Ziel des GEK, ein einheitliches Kaufrecht bereitzustellen, erscheint eine solche autonom-interne Füllung interner Lücken unbedingt gerechtfertigt. Die Gefahr von Auslegungsdivergenzen durch Rückgriff auf unterschiedliches nationales Sachrecht liegt auf der Hand. Auch wird durch das Verbot einer subsidiären Heranziehung mitgliedstaatlichen Rechts entsprechend Art. 7 Abs. 2 CISG für das GEK das aus dem UN-Kaufrecht wohlbekannte Problem einer unterschiedlichen Beurteilung der Zulässigkeit einer internen Lückenfüllung vermieden. So herrscht unter dem CISG für diverse Einzelfragen Streit darüber, ob der Konvention ein allgemeines Prinzip zugrunde liegt, das eine Lückenfüllung erlaubt.²⁰ Europarechtlich muss man deshalb wohl sagen, dass der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Europarechts, der

²⁰ So etwa hinsichtlich der Frage der Berechnung des Zinsanspruches aus Art. 78 CISG, vgl. *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2010, Anhang zu Art. 4 Rom I-VO, UN-Einheitskaufrecht (CISG) Rn. 92 m.w.N. und zum Problem, ob dem CISG eine allgemeine Kooperationspflicht der Parteien als Grundsatz zu entnehmen ist, *Magnus*, in: Staudinger, BGB, 2005, Art. 7 CISG Rn. 47 m.w.N.; s. ferner zur Problematik eines allgemeinen bzw. einheitlichen Zurückbehaltungsrechts, *Hartmann*, IHR 2006, 181 ff.

effet utile, eine autonom-interne Schließung interner Lücken im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gebietet.²¹

Eine rein autonom-interne Füllung interner Lücken des Verordnungs-Entwurfes 13 steht aber ersichtlich auch in Einklang mit der jenseits des GEK vom EuGH in ständiger Rechtsprechung praktizierten autonomen Auslegung des Unionsrechts. Dabei rechtfertigt sich der Grundsatz der autonomen Auslegung des Europarechts hier wie auch sonst aus der Eigenständigkeit des Unionsrechts und dessen durch einheitliche Auslegung zu gewährleistenden einheitlichen Geltung.²²

3. Inhaltliche und formal-begriffliche Divergenzen zum Richtlinien-acquis erschweren die Lückenfüllung

Verbietet sich also nach dem GEK für die Füllung interner Lücken ein Rückgriff 14 auf das mitgliedstaatliche Recht, so drängt sich allerdings die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maße zur Überwindung interner Lücken auf das jenseits der Verordnung liegende europäische Vertragsrecht²³ einschließlich der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden darf, wenn rein verordnungintern und insbesondere nach Rückgriff auf die in den Art. 1-3 GEK niedergelegten allgemeinen Grundsätze Auslegungszweifel verbleiben.

Ein solcher Rückgriff auf das sonstige Europäische Vertragsrecht kommt sicherlich 15 in Betracht, soweit Rechtsbegriffe und Rechtsfiguren aus dem bisherigen *acquis communautaire* übernommen wurden, so dass die betreffenden verbraucherrechtlichen Richtlinien brauchbare Anhaltspunkte über deren Verständnis zu geben vermögen.

Allerdings darf nicht vergessen werden, dass das GEK erklärtermaßen ein beson- 16 ders hohes Verbraucherschutzniveau anstrebt und insoweit teilweise über den bestehenden *acquis* hinausgeht.²⁴ Dementsprechend ist beispielsweise die Hierarchie der Rechtsbehelfe des Käufers bei Mängelleistung im GEK verbraucher- und käuferfreundlicher geregelt als in Art. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL. So ist abweichend von Art. 3 Abs. 5 Verbrauchsgüterkauf-RL der Verbraucher-Käufer nach Art. 114 Abs. 2 GEK²⁵ grundsätzlich zur sofortigen Vertragsbeendigung berechtigt, nach Art. 120 Abs. 1 GEK jeder Käufer, der eine nicht vertragsgemäße Leistung annimmt, zur sofortigen Minderung. Ein weiteres Beispiel für eine deutliche inhaltliche Abweichung

²¹ Unionsrecht ist danach so auszulegen, dass die EU und ihre Organe in die Lage versetzt werden, auf eine möglichst wirksame Erreichung der allgemeinen Vertragsziele hinzuwirken, grundlegend dazu EuGH, Rs. C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du pecheur SA und Factortame Ltd.*), Slg. 1996, I-1029; w.Nachw. etwa bei *Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, *Europarecht*, 2. Aufl., 2010, § 15 Rn. 47 Fn. 33.

²² S. nur EuGH, Rs. C-449/93 (*Rockfon*), Slg. 1995, I-4291; Rs. C-34/92 (*GruSa Fleisch*), Slg. 1993, I-4147/4172; Rs. C-143/88 und C-92/89 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest*), Slg. 1991, I-415; s. zum Ganzen nur *Borchardt* (Fn. 21), § 15 Rn. 32, 46 m.w.N.

²³ Aus der allgemeinen Normenhierarchie innerhalb des Europarechts und konkret dem Vorrang des Primärrechts gegenüber dem sekundären Unionsrecht ergibt sich für das geplante Gemeinsame Europäische Kaufrecht wie auch für sonstiges Sekundärrecht ein Gebot primärrechtskonformer Auslegung, s. dazu allg. EuGH, Rs. C-135/93 (*Spanien/Kommission*), Slg. 1995, I-1651, 1683; Rs. C-98/91 (*Herbrink*), Slg. 1994, I-223/252; Rs. C-314/89 (*Rauh*), Slg. 1991, I-1647, 1672; vgl. zum Ganzen nur *Borchardt* (Fn. 21), § 15 Rn. 50 f. m.w.N.

²⁴ Vgl. Erwägungsgrund 11 GEK-VO.

²⁵ Jedoch schließt eine auf dieser Grundlage erklärte Beendigung des Vertrages eine Heilung durch den Verkäufer unter Art. 109 GEK nicht aus, s. Art. 109 Abs. 2 GEK.

liefert das Verjährungsregime, das mit zehn Jahren (Art. 179 Abs. 2 GEK) nicht nur eine deutlich längere absolute Frist vorsieht als die Zwei-Jahres-Frist in Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL, sondern diese Frist außerdem ergänzt durch eine kürzere Zwei-Jahres-Frist (Art. 179 Abs. 1 GEK), die aber im Gegensatz zur Zwei-Jahres-Frist in Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL kenntnisunabhängig ausgestaltet ist (Art. 180 Abs. 1 und 2 GEK).

- 17** Aber auch begrifflich und formal-systematisch ist das GEK aufgrund seiner Genese auf der Grundlage der mit dem DCFR geschaffenen Vorarbeiten keineswegs durchweg und streng am *acquis communautaire* ausgerichtet. Das wird ohne Weiteres deutlich, wenn man beispielsweise die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache in Art. 99 ff. GEK mit Art. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL vergleicht oder die Regelungen zu den Rechtsbehelfen in Art. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL mit Art. 106 ff. GEK. Hier fehlt es vielfach schon äußerlich an einem Gleichlauf der Normen und man hat es ersichtlich nicht mit parallel aufgebauten Regelungen zu tun. Eine deutlich größere, allerdings auch keineswegs vollständige formale Kohärenz besteht immerhin zwischen den Regelungen des GEK zu Informationspflichten und Widerrufsrecht bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften (Art. 13 ff., 40 ff. GEK) und zu den Parallel-Bestimmungen der neuen Richtlinie über Verbraucherrechte²⁶ (Art. 6 ff. VerbrRechte-RL). Obwohl auf Ebene der Europäischen Gesetzgebung seit Jahren die Forderung nach mehr Kohärenz im Verbraucherrecht erhoben wird²⁷, liegt nun also mit dem GEK erneut der Entwurf eines Rechtsaktes vor, der dem Kohärenzgebot nur bedingt gerecht wird und jedenfalls hinsichtlich der formalen Seite nach meinem Dafürhalten ein geringeres Maß an Kohärenz mit dem *acquis* aufweist, als sich im Zuge eines weniger hastigen Gesetzgebungsverfahrens erzielen lassen müsste.
- 18** Aus meiner Sicht drohen die beschriebenen inhaltlichen sowie formalen Divergenzen zwischen dem GEK und dem Richtlinien-*acquis* die Lückenfüllung innerhalb des künftigen GEK, aber auch dessen Durchsetzung am Markt und schließlich die Rechtsfortbildung im Europäischen Verbraucherprivatrecht überhaupt durchaus zu erschweren. Was zunächst die inhaltlichen Abweichungen anbelangt, so liegt es auf der Hand, dass der eigenständige Regelungsgehalt der betreffenden Bestimmungen eine Lückenschließung unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH zum sonstigen *acquis* u.U. verbietet.
- 19** Aber auch soweit sich die Normen des Verordnungsentwurfes formal und begrifflich vom bisherigen *acquis communautaire* unterscheiden, wird nicht selten zweifelhaft sein, ob sich ein bei der Auslegung eines sonstigen Sekundärrechtsaktes gewonnenes Ergebnis eins zu eins auf das GEK übertragen lässt. Dies ist nicht nur insofern misslich, als damit gegenständlich identische Materien wie namentlich die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Ware, die Rechtsbehelfe des Käufers und deren zeitliche Grenzen, die Informationspflichten und das Widerrufsrecht bei Fernabsatz-

²⁶ Vgl. Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über Rechte der Verbraucher (VerbrRechte-RL), ABl. 2011 L 304/64.

²⁷ Vgl. die Mitteilung der Kommission „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ vom 11.10.2004, KOM(2004) 651 endg., unter 2.1.1. Einer Überprüfung wurden danach unterzogen die Haustürwideruf-RL, die Pauschalreise-RL, die Klausel-RL, die Time-Sharing-RL, die Fernabsatz-RL, die Preisangaben-RL, die Unterlassungsklagen-RL und die Verbrauchsgüterkauf-RL; vgl. auch das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz vom 8.2.2007, KOM(2006) 744 endg., sowie das Arbeitspapier der Kommission „Report on the outcome of the public consultation on the green paper on the review of the consumer *acquis*“.

und Haustürgeschäften in zwei getrennten Spuren, eben dem Richtlinienrecht einerseits und dem GEK andererseits, auseinanderzulaufen drohen.

Die mangelnde Kohärenz ist auch deshalb zu beklagen, weil eine stärkere formale und begriffliche Orientierung des GEK am *acquis communautaire* gegenwärtig und zukünftig größere Rechtssicherheit bei dessen Auslegung erwarten ließe. Dabei ist daran zu erinnern, dass es sich bei dem gesamten europäischen verbraucherrechtlichen Besitzstand um eine noch junge Rechtsmaterie handelt und dementsprechend noch längst nicht alle Lücken durch die Rechtsprechung gefüllt wurden. Dass sich von der qua Auslegung verbraucherrechtlicher Richtlinien durch den EuGH peu à peu geschaffenen Rechtssicherheit auch für das GEK profitieren ließe, wäre dabei umso dringlicher, als die Verordnung selbst erst dann zum Gegenstand von Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV werden kann, wenn sie auch tatsächlich gewählt wird. Davor werden die maßgeblichen Verkehrskreise jedoch möglicherweise gerade so lange zurückschrecken, wie es an gesicherter Rechtsprechung zu zentralen Auslegungsfragen fehlt.²⁸

4. Nur mittelbarer Rückgriff auf den DCFR und andere Regelwerke

Mit Blick darauf, dass der Verordnungsentwurf inhaltlich und formal teilweise stärker an die Regelungen des DCFR als an diejenigen des *acquis communautaire* angelehnt ist²⁹, liegt bei Lücken ein Blick in die Comments und Notes zum DCFR nahe. Es bestehen keine Einwände dagegen, den DCFR einschließlich der dazugehörigen Materialien als Rechtserkenntnisquelle zu nutzen. Entsprechendes gilt für andere Regelwerke wie das UN-Kaufrecht, die PECL und die UNIDROIT-PICC, die ihrerseits den DCFR geprägt haben und die auch Anhaltspunkte dafür liefern können, dass ein Begriff oder eine Rechtsfrage allgemein in bestimmter Weise beantwortet wird. Eine verbindliche Auslegungseitschnur kann der DCFR aber schon mangels formaler Inkraftsetzung nicht liefern. Umgekehrt kann das UN-Kaufrecht jenseits seines Anwendungsbereichs keine Geltung beanspruchen und können interne Lücken erst recht nicht durch unmittelbare Heranziehung von *soft law*-Regelwerken wie die PECL und die UNIDROIT-PICC geschlossen werden, die nach meiner Auffassung

²⁸ Dabei wird in der Diskussion des Optionalen Instruments vielfach Skepsis geäußert, ob das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV, so wie es bislang rechtlich ausgestaltet ist, einen geeigneten prozeduralen Rahmen bietet für die rasche Klärung von Zweifelsfragen: Dass der EuGH weder organisatorisch noch nach seiner Zuständigkeit zur Sicherung der Rechtseinheit im Vertragsrecht in der Lage sei, wird befürchtet von *Grigoleit*, FAZ v. 2.11.2011, S. 23; *Herresthal*, EuZW 2011, 7, 12 fordert eine europäische Revisionsinstanz und neue Verfahren; *Lehmann*, GPR 2011, 218, 226 nimmt an, der EuGH wäre mit der einheitlichen Auslegung des Optionalen Instruments wahrscheinlich überfordert; dazu, dass ein echtes europäisches Revisionsverfahren angesichts der nach wie vor beträchtlichen Schnittstellen zum nationalen Recht keine überlegene Alternative darstellt, *Remien*, in: Gsell/Hau, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, 2012, unter V.-VII. (im Erscheinen), der deshalb überzeugend dafür plädiert, die Fachkompetenz der Spruchkörper zu verbessern, etwa durch die Einrichtung von Abteilungen für Zivilsachen am EuGH.

²⁹ So genießt beispielsweise der Verbraucher-Käufer auch unter dem DCFR prinzipiell ein sofortiges Rücktrittsrecht bei mangelhafter Leistung, vgl. Artikel IV.A.-4:201 DCFR, und ist der Käufer, der die mangelhafte Leistung annimmt, parallel zum GEK zu sofortiger Minderung berechtigt, s. Artikel III.-3:601 DCFR.

keine unabhängig von staatlicher Rechtssetzung gültige autonome *lex mercatoria* darstellen³⁰ und denen damit ebenfalls kein echter Rechtsquellenstatus zukommt.

5. CFR als Toolbox wünschenswert?

- 22 Vor diesem Hintergrund mag man sich fragen, ob es nicht gerade mit Blick auf das GEK sinnvoll wäre, den DCFR oder Teile des DCFR als CFR formal im Sinne einer Toolbox in Kraft zu setzen, die Gesetzgebung und Rechtsprechung bei Schaffung und Auslegung des europäischen Privatrechts zu berücksichtigen hätten.³¹ Ließe sich so nicht vielleicht eine einheitliche Füllung interner Lücken erreichen und ein Auseinanderdriften des Richtlinienrechts einerseits und des GEK andererseits verhindern? Ich habe jedenfalls für den vorliegenden Kontext Zweifel an der Sinnhaftigkeit eines CFR als Toolbox. Gerade weil der Richtlinien-acquis sich in mancherlei Hinsicht, wenn auch mitunter nur in Nuancen, inhaltlich und begrifflich unterscheidet von den Regelungen des DCFR, werden sich Richtlinien-Bestimmungen häufig nicht ohne Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze einfach in Richtung DCFR „glattbürsten“ lassen. Vielversprechender wäre es deshalb, entweder den Entwurf des Gemeinsamen Kaufrechts oder aber die bestehenden Richtlinien wenigstens formal und begrifflich einander stärker anzugleichen, so dass im Idealfall wirklich nur die vom Gesetzgeber beabsichtigten inhaltlichen Divergenzen verbleiben.

IV. Die Schließung externer Lücken und deren Bewertung

1. Rückgriff auf das jeweils kollisionsrechtlich berufene Sachrecht

- 23 Was nun die externen Lücken der GEK-VO angeht, also die Fragen zu Gegenständen, die jenseits des Regelungsbereiches des GEK liegen, so verweist das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – wenig überraschend – sowohl für die vertragsrechtlichen Gegenstände als auch für die nicht-vertragsrechtlichen Fragen auf das nach den jeweils einschlägigen Kollisionsnormen anwendbare Sachrecht.³² Insoweit

³⁰ Vgl. zu dieser hier nicht weiter zu vertiefenden Diskussion um eine solche *lex mercatoria* etwa Berger, ZVglRWiss 94 (1995), 217 ff.; Michaels, RabelsZ 62 (1998), 581 ff.; ders., RabelsZ 73 (2009), 867 ff.; speziell zur umstrittenen Bedeutung der UNIDROIT-PICC für die Lückenfüllung im Rahmen des UN-Kaufrechts etwa Basedow, in: Festschrift Drobniig, 1998, 19, 23 ff.; Ferrari, JZ 1998, 9, 11 ff.; Herber, IHR 2003, 1 ff.; Gotanda, Villanova University School of Law Working Paper Series, 2007/88; Paal, ZVglRWiss 110 (2011), 64, 77 ff., 82 ff., jeweils m.w.N.

³¹ Vgl. zur möglichen Funktion des CFR als Toolbox nur den Zweiten Fortschrittsbericht der Kommission zum Gemeinsamen Referenzrahmen vom 25.7.2007, KOM(2007) 447 endg., 2 f.; ausf. zur Rechtsstatusfrage des CFR Ernst, AcP 208 (2008), 249, 257 ff.

³² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 27 GEK-VO, wo es heißt: „All the matters of a contractual or non-contractual nature that are not addressed in the Common European Sales Law are governed by the pre-existing rules of the national law outside the Common European Sales Law that is applicable under Regulations (EC) No 593/2008 and (EC) No 864/2007 or any other relevant conflict of law rule.“ Die deutsche Fassung lautet: „Alle vertraglichen und außervertraglichen Sachverhalte, die nicht im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht geregelt sind, unterliegen dem außerhalb des Gemeinsamen Kaufrechts bestehenden innerstaatlichen Recht, das nach Maßgabe der Verordnungen (EG) Nr. 593/2008 und (EG) Nr. 864/2007 oder nach sonstigen einschlägigen Kollisionsnormen anwendbar ist.“

bleibt es also bei der „Rechtszersplitterung“³³. Zwar kann in den Grenzen des jeweils kollisionsrechtlich Zulässigen bei unionsweitem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen einheitlich das Recht eines einzigen Mitglied- oder Drittstaates gewählt werden. Gerade hinsichtlich der externen vertragsrechtlichen Lücken bleibt es aber nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO dabei, dass dem Verbraucher der Schutz seines ihm günstigeren Aufenthaltsrechts nicht entzogen werden darf. Will also etwa der Verkäufer dem Verbraucher-Käufer einen Zahlungsaufschub einräumen, so liegt der Vertrag nach Art. 6 Abs. 2 GEK-VO jenseits des Anwendungsbereichs des GEK und hat der Unternehmer folglich keine Möglichkeit, dem zwingenden Verbraucherrecht des Mitgliedstaates durch Rechtswahl zu enttrinnen. Es kommt vielmehr bei Rechtswahl ggf. zu dem unerwünschten „contract law mix“. Und in Bezug auf Lücken jenseits des Vertragsrechts wird vielfach nach dem jeweiligen Kollisionsrecht überhaupt eine Rechtswahl unzulässig sein. So erlaubt Art. 14 Abs. 1 Rom II-VO eine Rechtswahl hinsichtlich des außervertraglichen Schuldrechts im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher erst nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses.³⁴ Hinsichtlich seiner deliktsrechtlichen³⁵ Haftung kommen auf den Unternehmer bei unionsweitem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen also weiterhin Kosten der Ermittlung des Sachrechts der einzelnen Mitgliedstaaten zu.³⁶ Und auch hinsichtlich sachenrechtlicher Fragen wird das jeweils einschlägige Kollisionsrecht aus Verkehrsschutzgründen regelmäßig keine Rechtswahl zulassen.³⁷ Aufgrund der vorherrschenden Geltung der *lex rei sitae* kommt es dann, wenn die betreffenden Waren über die Grenze gebracht werden, grundsätzlich zu einem Statutenwechsel. Auch insofern muss der unionsweit agierende Unternehmer also ggf. in verschiedene mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hineinschauen.³⁸

³³ So der im Zusammenhang mit der mitgliedstaatlichen Privatrechtsvielfalt auf Ebene des Europäischen Gesetzgebers in jüngerer Zeit vielfach gebrauchte, allerdings kaum neutrale Begriff, s. nur Erwägungsgründe 6 und 7 der VerbrRechte-RL.

³⁴ Vgl. dazu, dass die Regelung im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO berichtigend dahin auszulegen ist, dass alle Parteien bei Abschluss des Rechtswahlvertrags nach lit. b in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln müssen und die Rechtswahlvereinbarung in den Bereich dieser Tätigkeit fallen muss, *Junker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2010, Art. 14 VO (EG) 864/2007 Rn. 23 m.w.N.

³⁵ Dass hinsichtlich der außervertraglichen Haftung für fehlerhafte Produkte durch die RL 85/374/EWG v. 25.7.1985, ABl. 1985 L 210, 29, zuletzt geändert durch die RL 99/34/EG, ABl. 1999 L 141, 20, keine Angleichung sämtlicher Aspekte des Produkthaftungsrechts erfolgt ist, wird erst jüngst im Vierten Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 8.9.2011, KOM(2011) 547 endg., 12, wieder betont.

³⁶ Vgl. zur immerhin unionsweit einheitlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfung Art. 4 und 5 Rom II-VO.

³⁷ Vgl. aber zum spanischen Recht BGH, NJW 1998, 1312: Rechtswahl für Ansprüche und Früchte aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Für nicht-vertretbar halten für das deutsche Kollisionsrecht wegen der Einführung von Art. 43 Abs. 1 EGBGB *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., 2004, § 19 I, S. 766, die Auffassung, das Sachstatut unterliege der Rechtswahlfreiheit der Parteien.

³⁸ Vgl. zu den Wechselwirkungen zwischen Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht die Studie von *von Bar/Drobnig*, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, 2004.

2. Verdrängung des zwingenden nationalen Verbraucherrechts als Wettbewerbsvorteil des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

- 24 Fragt man sich, ob die externen Lücken des Verordnung-Entwurfes eine Durchsetzung des GEK am Markt behindern, so liegt wiederum der Vergleich mit dem UN-Kaufrecht nahe. So ist es kein Geheimnis, dass das CISG bis heute überwiegend abgewählt wird³⁹ und Rechtsprechung zum CISG sich vielfach nur dem Umstand verdankt, dass die Parteien verkannten, mit der Wahl eines bestimmten nationalen Rechts auch das CISG gewählt zu haben.⁴⁰
- 25 Es soll hier gar nicht bestritten werden, dass die Erfahrungen mit dem UN-Kaufrecht Anlass zu Skepsis hinsichtlich der künftigen Akzeptanz des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts bieten. Insbesondere die mit neuem Recht notwendig verbundene Unsicherheit hinsichtlich dessen Auslegung mag auch hier abschreckend wirken.
- 26 Anders als beim UN-Kaufrecht, das ja den B2B-Bereich erfasst, mag aber beim geplanten GEK mit seiner primären Ausrichtung auf den Konsumentenkauf ein besonderer Anreiz für eine entsprechende Rechtswahl immerhin darin liegen, dass das GEK auch die zwingenden Regelungen des Verbraucherschutzrechts des Verbraucherstaates verdrängt⁴¹ und es dem Unternehmer auf diese Weise ermöglicht, der Anwendung auch des zwingenden Verbraucherschutzrechts im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers zu entinnen. Weil diesen Vorteil keine der wählbaren mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bietet, das GEK also gleichsam im Wettbewerb der Rechtsordnungen einen Wettbewerbsvorteil für sich verbuchen kann, darf jedenfalls für den B2C-Bereich seine Chance auf Durchsetzung vielleicht doch positiver beurteilt werden als im Verhältnis zum UN-Kaufrecht. Umso deutlicher stellt sich aber die Frage, ob nicht die externen Lücken den beabsichtigten Rationalisierungseffekt bei der Vertragsgestaltung und -durchführung gefährden und damit eine entsprechende Rechtswahl im Ergebnis unattraktiv machen.

³⁹ Vgl. etwa *Koehler/Guo Yujun*, 20 *Pace International Law Review*, Spring 2008, 45 ff., nach deren Studie 72,7 % der deutschen, 70,8 % der US-amerikanischen und 44,4 % der chinesischen Anwälte grundsätzlich oder überwiegend eine Abwahl des CISG praktizieren; vgl. ferner *Fitzgerald*, *The Journal of Law and Commerce*, 2008, Band 27, 1 ff., wonach 55 % der US-amerikanischen Anwälte das CISG typischerweise abwählen.

⁴⁰ S. dazu die Nachweise bei *Ferrari* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 22.

⁴¹ Vgl. Erwägungsgrund 12 GEK-VO: „Da das Gemeinsame Europäische Kaufrecht einen vollständigen Satz voll harmonisierter zwingender Verbraucherschutzvorschriften enthält, werden in diesem Bereich keine Disparitäten zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auftreten, wenn sich die Parteien für die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts entschieden haben. Im Falle eines Verbrauchervertrags, bei dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat und die Parteien eine gültige Vereinbarung dahingehend getroffen haben, dass das Recht des Mitgliedstaats des Verkäufers und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht Anwendung finden sollen, entfaltet Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008, der von einem unterschiedlichen Verbraucherschutzniveau in den Mitgliedstaaten ausgeht, für Fragen, die das Gemeinsame Europäische Kaufrecht regelt, folglich keine praktische Bedeutung.“

3. Ausmaß der externen Lücken beträchtlich

Vergegenwärtigt man sich nun nochmals das Ausmaß der externen Lücken⁴², so erscheinen diese allerdings beträchtlich. Fragen etwa der Sittenwidrigkeit eines Vertrages, der Stellvertretung, der Abtretung, der Aufrechnung, aber auch des Eigentumsübergangs und hier aus Sicht deutscher Unternehmer insbesondere des Eigentumsvorbehalts stellen nun durchaus keine randständigen Gegenstände dar, die in der Praxis keine Rolle spielen. Dasselbe kann sicherlich auch für die deliktsrechtliche Haftung und ihre Konkurrenz mit vertraglichen Ansprüchen behauptet werden, aber auch für die die Gewährung eines Zahlungsaufschubs und den Abschluss verbundener Verträge. 27

Die Frage, ob das GEK trotz dieser Lücken als gleichsam unvermeidlichen Einfallstoren für das einzelstaatliche Recht dennoch attraktiv sein wird für die Handels- und Dienstleistungspraxis, erscheint mir zweifelhaft. Wer ohnehin damit rechnen muss, bei einem unionsweiten Vertrieb am Ende trotz Wahl des GEK doch wieder in 27 Rechtsordnungen blicken zu müssen, der wird vielleicht bezweifeln, ob der durch eine solche Wahl erreichte Rationalisierungseffekt immer noch groß genug ist, dass er es rechtfertigt, das gegenüber dem *acquis communautaire* erhöhte Verbraucherschutzniveau des GEK hinzunehmen. 28

Ein gewisses Indiz für die Frage, ob die externen Lücken des Verordnungsentwurfes für die Praxis akzeptabel erscheinen werden, mag die gegenwärtige Ausgestaltung der AGB von Internet-Händlern liefern. Sofern darin mit einer gewissen Häufigkeit Punkte geregelt werden, die jenseits des Regelungsbereichs des geplanten GEK anzusiedeln sind, liegt darin ein Anhaltspunkt dafür, dass die betreffenden Fragen für relevant erachtet werden und ein Unternehmer, der vor der Entscheidung steht, sein Vertriebssystem umzustellen, es vielleicht als Malus des GEK ansehen wird, dass es hinsichtlich dieser Fragen bei der bisherigen „Rechtszersplitterung“ bleibt. Allerdings darf der Aussagegehalt einer solchen Analyse nicht überbewertet werden. Denn damit ist wenig ausgesagt über externe Lücken, die jenseits des Vertragsrechts liegen und einer vertraglichen Regelung von vornherein nur begrenzt zugänglich sind, wie dies etwa bei sachenrechtlichen Fragen der Fall ist.⁴³ 29

Auch wenn dies selbstverständlich eine großflächige empirische Untersuchung der AGB von Online-Anbietern nicht ersetzen kann, so habe ich mir doch stichprobenweise die AGB einiger der in Deutschland bekannten Online-Anbieter unter dem Blickwinkel der Übereinstimmung mit dem Regelungsbereich des GEK angesehen. Entsprechend untersucht habe ich die AGB von Amazon.de⁴⁴, von Media Markt⁴⁵, diejenigen des OTTO-Versandes⁴⁶, die AGB von Saturn⁴⁷ und schließlich von Zalan-

⁴² S. oben unter Rn. 5 ff.

⁴³ S. dazu bereits unter Rn. 23 und sogleich unter Rn. 30 ff.

⁴⁴ Amazon.de ist laut Impressum der betreffenden Website der Handelsname für Amazon EU S.a.r.l., Amazon Services Europe S.a.r.l. und die Amazon Media EU S.a.r.l. Die AGB sind abrufbar unter <http://www.amazon.de/agb> (am 5.3.2012).

⁴⁵ Laut dem unter [mediamarkt.de](http://www.mediamarkt.de) ausgewiesenen Impressum ist verantwortlich für das betreffende Online-Angebot die Media Markt E-Business GmbH; die AGB sind abrufbar unter <http://www.mediamarkt.de/agb> (am 5.3.2012).

⁴⁶ Nach den Angaben auf der unter [otto.de](http://www.otto.de) zugänglichen Seite ist für den Inhalt der Seite die Otto (GmbH & Co KG) Neue Medien verantwortlich; die AGB des Otto-Versandes sind abrufbar unter <http://www.otto.de/agb> (am 5.3.2012).

⁴⁷ Verantwortlich für das unter [saturn.de](http://www.saturn.de) ausgewiesene Online-Angebot ist laut dem Impressum die Saturn online GmbH, die AGB sind abrufbar unter <http://www.saturn.de/agb> (am 5.3.2012).

do⁴⁸. Dabei ergab sich für sämtliche untersuchten AGB, dass sie ganz überwiegend Fragen im Regelungsbereich des Verordnungs-Entwurfes regeln. Alle weisen jedoch auch einzelne Klauseln auf, die jenseits des Anwendungsbereiches des Verordnungs-Entwurfes liegen. So enthalten sämtliche der untersuchten AGB einen Eigentumsvorbehalt.⁴⁹ Haftungsbegrenzende Klauseln sind in den AGB von Amazon⁵⁰, Media Markt⁵¹ und Saturn⁵² angeordnet, wobei die Haftungsbegrenzung grundsätzlich wohl auch die deliktsrechtliche Haftung erfassen soll. Die AGB von Saturn und von Media Markt enthalten außerdem eine Regelung zur Finanzierung des Kaufpreises im Wege der Kreditgewährung durch eine Bank⁵³. In den AGB von Amazon.de wird die Aufrechnung durch den Kunden eingeschränkt.⁵⁴ Schließlich waren in den untersuchten AGB auch Regelungen zur Vertragssprache zu finden (Zalando⁵⁵), ferner zum Jugendschutz (Saturn⁵⁶) sowie zum Datenschutz (OTTO⁵⁷ und Zalando⁵⁸). OTTO gestaltet den Kauf im Übrigen als Kauf auf Probe aus⁵⁹, der ebenfalls im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht nicht geregelt ist.

4. Externe Lücken teilweise kaum vermeidbar

- 31** Ist also nach allem zu konstatieren, dass die begrenzte Reichweite des Verordnungsentwurfes der Wunschvorstellung unionsweit einheitlicher rechtlicher Vertriebsbedingungen doch – in welchem Maße auch immer – im Wege steht, so muss den Verfassern des Entwurfes andererseits zugutegehalten werden, dass viele der externen Lücken des Entwurfes wohl unvermeidbar sind.
- 32** Soweit das Vertragsrecht Konstellationen mit Drittbeteiligung betrifft, stößt man bei deren Einbeziehung in den Regelungsbereich eines optionalen Instruments auf Schwierigkeiten. Denn eine bilaterale Wahl eines optionalen Instruments vermag hier nicht ohne weiteres auch die rechtliche Stellung Dritter zu beeinflussen, die dieser Wahl nicht zugestimmt haben oder sie nicht wenigstens zu erkennen vermögen. Dies gilt etwa für die gewillkürte Stellvertretung⁶⁰, wo das Vollmachtsstatut nicht nur dem Vertretenen und dem Geschäftsherrn, sondern auch dem Vertreter zumindest bekannt sein muss, da davon Auslegung und Reichweite der Vollmacht, aber auch dessen

⁴⁸ Laut dem Impressum der Website zalando.de handelt es sich dabei um ein Angebot der Zalando GmbH. Die AGB des Unternehmens sind abrufbar unter <http://www.zalando.de/agb> (am 5.3.2012).

⁴⁹ § 11 der AGB von Amazon.de; § 8 der AGB von Media Markt; Ziff. 10 der AGB von OTTO; § 8 der AGB von Saturn und Teil B, Ziff. 6 der AGB von Zalando.

⁵⁰ Vgl. Art. 12 Abs. 2-5 der AGB von Amazon.de.

⁵¹ S. § 14 der AGB von Media Markt.

⁵² S. § 14 der AGB von Saturn.

⁵³ S. jeweils § 7 der AGB von Media Markt und von Saturn.

⁵⁴ Vgl. § 9 der AGB von Amazon.de.

⁵⁵ Vgl. Teil A, Ziff. 4.1 der AGB von Zalando

⁵⁶ Vgl. § 5 Abs. 2 der AGB von Saturn. Danach darf Ware, die in der Produktbeschreibung mit „FSK 18“ (FSK steht für Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft) oder „USK 18“ (USK steht für „Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle“) gekennzeichnet ist, sowohl bei Abholung im Saturn Markt als auch bei Lieferung nur vom Besteller der Ware persönlich unter Vorlage eines von einer Behörde ausgestellten Ausweises mit Foto (z.B. Pass, Personalausweis oder Führerschein) entgegengenommen werden. Eine Aushändigung an einen Bevollmächtigten oder eine Lieferung an eine Packstation ist bei dieser Ware nicht möglich.

⁵⁷ Vgl. den Datenschutzhinweis in den AGB von OTTO.

⁵⁸ Vgl. Teil A, Ziff. 7 der AGB von Zalando.

⁵⁹ Vgl. Ziff. 1 der AGB von OTTO.

⁶⁰ Dazu eingehend *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 2011, 498 ff., 515 ff.

Eigenhaftung abhängen können.⁶¹ Ein ähnliches Problem stellt sich aber auch für die Abtretung⁶², für Gläubiger- und Schuldnermehrheiten und für verbundene Verträge. So wird denn auch in Erwägungsgrund 21 GEK-VO eine Erstreckung des GEK auf verbundene Verträge mit der Begründung verworfen, der Dritte gehöre der Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nicht an.

Erst recht vermag das Instrument einer optionalen Einheitsrechtsordnung in Bezug auf Gegenstände, die über ein (weit verstandenes) Vertragsrecht hinausreichen⁶³, wenig auszurichten, soweit Dritt- bzw. noch allgemeiner Ordnungs- und Verkehrsinteressen einer Rechtswahl von vorne herein Grenzen setzen oder eine solche ganz ausschließen⁶⁴, wie dies namentlich im Sachenrecht der Fall ist⁶⁵. Auch insofern kann die bilaterale Wahl eines optionalen Instruments grundsätzlich nicht die Rechtslage mit Wirkung für und gegen Dritte bzw. jedermann determinieren. Ein optionales GEK weist also gleichsam zwangsläufig entsprechende externe Lücken auf und damit breite Schnittstellen zum kollisionsrechtlich zu bestimmenden nationalen Recht.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das GEK folgt im Ausgangspunkt der dem UN-Kaufrecht zugrundeliegenden Unterscheidung zwischen einerseits sog. internen, also innerhalb des Regelungsbereichs liegenden Lücken und andererseits sog. externen, d.h. jenseits des Regelungsbereichs anzusiedelnden Lücken.
2. Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 CISG sind interne Lücken nach dem GEK ausschließlich durch dessen autonom-interne Auslegung zu schließen, so dass sich ein subsidiärer Rückgriff auf mitgliedstaatliches Recht verbietet.
3. Das Fehlen einer inhaltlichen sowie einer strengen formalen und begrifflichen Kohärenz zwischen dem geplanten GEK und dem verbrauchervertragsrechtlichen *acquis communautaire* droht eine einheitliche Schließung interner Lücken und

⁶¹ Vgl. *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 2011, 498 ff., 515 ff., 518 m.w.N. zum kollisionsrechtlichen Streitstand.

⁶² Gem. Art. 14 Abs. 1 Rom I-VO unterliegt zwar das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar dem Vertragsstatut, nach Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO richten sich jedoch die Übertragbarkeit und das Verhältnis zwischen dem Schuldner der abgetretenen Forderung und dem Zessionar, insbesondere der Schutz des Schuldners bei Leistung an den Zessionar, zwingend nach dem Statut der abgetretenen Forderung; dies dient dazu, dem Schuldner vor den Wirkungen eines Abtretungsstatuts zu schützen, das er nicht mitbestimmt hat, vgl. nur *Rauscher*, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 1229.

⁶³ Vgl. zu den Wechselwirkungen zwischen Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht die Studie von *von Bar/Drobnig* (Fn. 38).

⁶⁴ Dass gerade für das zwingende Recht und insbesondere im Bereich der Zuordnung von Rechten ein Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung besteht, die mit einem optionalen Instrument nicht zu erreichen ist, wird zutreffend betont von *Ernst*, *AcP* 208 (2008), 269 ff.; ähnl. wird hinsichtlich der Verfügungswirkung der Abtretung unter Verweis auf die insofern nach überwiegender Ansicht fehlende Rechtswahlfreiheit die Bedeutung einer möglichen Rechtsvereinheitlichung betont von *Kieninger*, *ZEuP* 2010, 724, 744; vgl. ferner *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 2011, 498 ff., 515 ff., 538, der die Problematik der Drittbetroffenheit bei der Stellvertretung nur als „Ausschnitt aus einem größeren Problemzusammenhang“ einordnet und konstatiert, dass die Entscheidung für ein fakultatives Recht insofern an ihre Grenzen stoße.

⁶⁵ S. bereits oben unter Rn. 23 vor und mit Fn. 37, oben Fn. 62 sowie eingehend zum Abtretungsrecht des DCFR *Kieninger*, *ZEuP* 2010, 724 ff.

damit eine einheitliche Auslegung und Fortbildung des Europäischen Verbrauchervertragsrechts insgesamt zu behindern. Auch steht zu befürchten, dass die Zurückhaltung bei der Wahl des GEK in der Praxis umso größer sein wird, je weniger sich Vorlagen an den EuGH zum Verbraucher-Richtlinienrecht auch für die Beseitigung von Auslegungszweifeln hinsichtlich des GEK fruchtbar machen lassen.

4. Externe Lücken der GEK-VO sind durch Rückgriff auf das jeweils kollisionsrechtlich berufene Sachrecht zu schließen. Insoweit muss sich ein unionsweit agierendes Unternehmen also entgegen dem Ziel, grenzübergreifende Kaufgeschäfte einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterwerfen, weiterhin auf unterschiedliches Recht in den Mitgliedstaaten einstellen.
5. Der Entwurf weist nicht unbeträchtliche externe Lücken auf, denen jedenfalls teilweise auch praktische Relevanz zukommt und die deshalb bei der Entscheidung für oder gegen die Wahl des optionalen Instruments durchaus eine Rolle spielen mögen.
6. Eine Einheitsrechtsordnung stößt als Optionales Instrument an ihre Grenzen, soweit Gegenstände Drittberührung aufweisen oder Verkehrs(schutz)belange in Frage stehen und deshalb eine bilaterale Rechtswahl zwischen den Vertragsparteien ausscheidet oder nur eingeschränkt zugelassen werden kann.

Leistungsstörungenrecht

Florian Faust

Inhaltsverzeichnis

I. Begriff der Leistungsstörung	164
II. Vertragsmäßigkeit der Waren	164
1. Regelungstechnik	165
2. Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit	166
a) Kriterien nach Art. 100 GEK	166
aa) Eignung für einen dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebrachten bestimmten Zweck	166
bb) Eignung für den gewöhnlichen Zweck	167
cc) Eigenschaften einer Probe oder eines Musters	167
dd) Verpackung	167
ee) Zubehör und Anleitungen, insbesondere Montageanleitungen	167
ff) Vorvertragliche Erklärungen	168
gg) Eigenschaften und Tauglichkeit, die der Käufer erwarten kann	170
b) Unsachgemäße Montage (Art. 101 GEK)	170
c) Rechte und Ansprüche Dritter (Art. 102 GEK)	171
aa) Nicht offensichtlich unbegründete Ansprüche Dritter	171
bb) Rechte aus geistigem Eigentum	172
3. Möglichkeit abweichender Parteivereinbarungen	173
4. Maßgeblicher Zeitpunkt	175
a) Verträge zwischen Unternehmern	175
b) Verbraucherkaufverträge	177
III. Rechtsbehelfe	178
1. Erfüllung (Art. 110-112 GEK)	179
2. Zurückhaltung der Leistung (Art. 113 GEK)	180
3. Beendigung des Vertrags (Art. 114-119 GEK)	180
a) Beendigung wegen Nichterfüllung (Art. 114 GEK)	180
b) Beendigung nach Ablauf einer Nachfrist (Art. 115 GEK)	180
4. Preisminderung (Art. 120 GEK)	181
5. Schadensersatz (Art. 159-165 GEK)	181
IV. Ausschlussgründe	181
1. Entschuldigte Nichterfüllung (Art. 88 GEK)	181
2. Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit (Art. 104 GEK)	182
a) Andere Regelwerke	182
b) Kennenmüssen	183
c) Anwendungsbereich	183
d) Rechtsmängel	184

e) Arglist des Verkäufers und Übernahme einer Garantie	185
3. Unterlassene Mitteilung der Vertragswidrigkeit (Art. 122 GEK)	186
4. Vertraglicher Haftungsausschluss	186
5. Heilung (Art. 109 GEK)	186
6. Verjährung (Art. 178-186 GEK)	187
V. Fazit	188

- 1 Das Leistungsstörungenrecht ist ein zentraler Teil des GEK. Es beruht zu einem erheblichen Teil auf den Regelungen des CISG¹ und des DCFR². Der folgende Beitrag konzentriert sich auf Störungen bei der Erfüllung der *Verkäuferpflichten*. Ein besonderer Schwerpunkt wird auf die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Waren gelegt, während die Rechtsbehelfe des Käufers nur überblicksartig dargestellt werden, da ich sie an anderer Stelle vertieft behandelt habe³. Ausgeklammert werden die besonderen Probleme von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und von Verträgen über verbundene Dienstleistungen (Art. 147 ff. GEK).

I. Begriff der Leistungsstörung

- 2 Das GEK geht nicht vom Begriff der Pflichtverletzung aus, sondern vom Begriff der Nichterfüllung („non-performance“; „inexécution“). In Art. 87 Abs. 1 GEK ist definiert, dass „Nichterfüllung“ auf Seiten des Verkäufers die Nichtlieferung, die verspätete Lieferung und die nicht vertragsgemäße Lieferung erfasst. Als Auffangtatbestand ist „jede sonstige behauptete Erfüllung, die nicht vertragsgemäß ist“, genannt. Nicht umfasst ist damit die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten, wie etwa die Verletzung des Käufers bei der Anlieferung der Ware. Das ist durchaus konsequent, handelt es sich dabei doch um genuin deliktsrechtliche Fälle, die im deutschen Recht lediglich wegen der Beschränkungen des Deliktsrechts (restriktive Haftung für Hilfspersonen, Ersatz reiner Vermögensschäden nur unter engen Voraussetzungen, Beweislast) ins Vertragsrecht „hineingezogen“ werden. Da die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nicht zu den im GEK geregelten Fragen gehört, kann nach Art. 11 GEK-VO insofern auf das deutsche Recht zurückgegriffen werden, wenn es nach den Regeln des Internationalen Privatrechts anwendbar ist.⁴

II. Vertragsmäßigkeit der Waren

- 3 Der wohl wichtigste Fall der Nichterfüllung ist die Lieferung nicht vertragsgemäßer Waren (Art. 87 Abs. 1 Buchst. c GEK). Der Begriff der Vertragsmäßigkeit („con-

¹ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II, 588 ff., berichtigt BGBl. 1990 II, 1699.

² Draft Common Frame of Reference – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Full Edition, sechs Bände, 2009.

³ *Faust*, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 251 ff.

⁴ Vgl. Begründungserwägung 27 S. 3 GEK-VO.

formity with the contract“; „conformité au contrat“) wird in Art. 99 ff. GEK konkretisiert.

1. Regelungstechnik

Wie aus Art. 99 Abs. 1 GEK hervorgeht, folgt das GEK einem subjektiven Fehlerbegriff: Die Waren müssen in Menge, Qualität und Art, hinsichtlich Behältnis oder Verpackung, Zubehör und Anleitungen den Anforderungen des Vertrags entsprechen. Nur soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, gelten nach Art. 99 Abs. 2 GEK die Kriterien der Art. 100 bis 102 GEK.⁶ Erfreulicherweise hat man sich insofern von der völlig missglückten Regelungstechnik der VerbrGüterKRiL⁷ gelöst. In deren Art. 2 Abs. 2 sind lediglich Kriterien festgelegt, bei deren Erfüllung die Vertragsmäßigkeit *widerlegbar vermutet* wird. Damit ist niemandem geholfen, denn aus der Tatsache, dass die Vertragsmäßigkeit nicht *vermutet* wird, kann nicht abgeleitet werden, dass die Güter vertragswidrig sind.⁸ Das GEK legt dagegen die Kriterien fest, die erfüllt sein müssen, damit die Waren vertragsgemäß sind.

Nicht explizit geregelt ist, in welchem Verhältnis die einzelnen Kriterien des Art. 100 GEK zueinander stehen. Wie verhält es sich etwa, wenn die dem Käufer als Muster vorgelegte Ware (Buchst. c) sich nicht für den gewöhnlichen Gebrauch eignet (Buchst. b) oder wenn die Eignung der Ware für einen dem Verkäufer gemäß Buchst. a zur Kenntnis gebrachten Zweck dazu führt, dass sich die Ware nicht für den gewöhnlichen Zweck (Buchst. b) eignet? Da Art. 100 GEK keine Hierarchie der Kriterien festlegt, ist davon auszugehen, dass sie prinzipiell kumulativ gelten.⁹ Die Ware muss sich also sowohl für den dem Verkäufer zur Kenntnis gebrachten besonderen Zweck als auch für den gewöhnlichen Gebrauch eignen.¹⁰ Tut sie das nicht, ist sie nicht vertragsgemäß, selbst wenn es derartige Waren nicht gibt; es liegt dann am Verkäufer, mit dem Käufer eine (nach Art. 99 Abs. 2 GEK vorrangige) Vereinbarung herbeizuführen, nach der eines der miteinander in Widerspruch stehenden Kriterien nicht erfüllt sein muss.¹¹ Art. 99 Abs. 3 GEK ist hierbei kein Problem, da er Vereinba-

⁵ Art. 99 Abs. 3 GEK schränkt zwar bei Verbraucherkaufverträgen die Möglichkeit von Partevereinbarungen, die sich zum Nachteil des Verbrauchers auswirken, ein, bezieht sich aber auf Vereinbarungen, die der Sache nach keine Beschaffensvereinbarungen, sondern Haftungsbeschränkungen darstellen; siehe dazu unten Rn. 23 ff.

⁶ Unklar insofern Art. IV.A.-2:301 DCFR, der die subjektiven und die objektiven Kriterien gleichberechtigt nebeneinander stellt.

⁷ 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. EG Nr. L 171, 12 ff.

⁸ Sinnvoll wird die Regelung, wenn man die Vermutung entgegen ihrem Wortlaut nicht auf die Vertragsmäßigkeit bezieht, sondern auf den Vertragsinhalt: Es wird vermutet, dass Güter die betreffenden Kriterien erfüllen müssen, um vertragsgemäß zu sein. So *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1414; *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 952, 953. Dafür spricht auch Begründungserwägung 8 der VerbrGüterKRiL, nach der die in der Vermutung genannten Kriterien in Ermangelung spezifischer Vertragsklauseln verwendet werden können, um die Vertragswidrigkeit zu bestimmen.

⁹ So auch für den DCFR *Comment B* zu Art. IV.A.-2:302 DCFR.

¹⁰ So auch für Art. 35 Abs. 2 CISG *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, Art. 35 CISG Rn. 12; *Magnus*, in: Staudinger, BGB, 2005, Art. 35 CISG Rn. 26; a. A. *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 5. Aufl., 2008, Art. 35 Rn. 12.

¹¹ Ähnlich *Gsell*, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 229, 236.

rungen zulässt, die aus Sicht des Verbrauchers die tatsächlichen Sacheigenschaften widerspiegeln.¹² Ebenso bedeutet die Tatsache, dass die Ware einer Probe oder einem Muster entspricht (Buchst. c), nicht, dass sie sich nicht für die Zwecke i.S.v. Buchst. a und b eignen muss.¹³

2. Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

a) Kriterien nach Art. 100 GEK

- 6 Art. 100 GEK entspricht – mit Ausnahme von Buchst. f – Art. IV.A.-2:302 DCFR, die Buchst. a bis d entsprechen außerdem Art. 35 Abs. 2 CISG.

aa) Eignung für einen dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebrachten bestimmten Zweck

- 7 Nach Art. 100 Buchst. a GEK müssen die Waren für jeden bestimmten Zweck geeignet sein, der dem Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Kenntnis gebracht wurde, außer wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Käufer nicht auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers vertraute oder vernünftigerweise nicht hätte vertrauen dürfen. Eine vertragliche Vereinbarung des Zwecks ist also nicht erforderlich.¹⁴ Zweifelhaft ist, welche Anforderungen an das „Zur-Kennntnis-Bringen“ („to make known to the seller“; „porter à la connaissance du vendeur“) zu stellen sind; im CISG heißt es insofern ausdrücklich, dass dies auch „auf andere Weise als ausdrücklich“ erfolgen kann. Ein konkludentes „Zur-Kennntnis-Bringen“ ist für den Verkäufer mit hohen Risiken behaftet, weil es nicht verbürgt, dass er hinreichend deutlich darauf hingewiesen wird, welche Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu stellen sind.¹⁵ Nach dem Wortlaut der Norm muss der Zweck dem Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Kenntnis gebracht werden („at the time of the conclusion of the contract“; „au moment de la conclusion du contrat“). Danach scheint nicht nur – was selbstverständlich ist – ein Zur-Kennntnis-Bringen nach Vertragsschluss nicht auszureichen, sondern auch ein Zur-Kennntnis-Bringen im Zuge der Vertragsverhandlungen. Dies würde den Verkäufer vor den Folgen beiläufiger Mitteilungen schützen, könnte sich aber als böse Falle für den Käufer erweisen.
- 8 Es fragt sich, was der Verkäufer tun kann, wenn ihm der Käufer einen Zweck zur Kenntnis bringt, für den die Waren sich nicht eignen. Art. 100 Buchst. a GEK enthält keine Ausnahme für den Fall, dass der Käufer nicht auf die Eignung der Waren für den betreffenden Zweck vertrauen darf; es scheint also nicht zu genügen, dass der Verkäufer den Käufer einfach über die fehlende Eignung informiert. Doch greift die Norm dann nicht ein, wenn der Käufer nicht auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers vertraut oder vertrauen darf. Entgegen dem missverständli-

¹² A. A. *Gsell* (Fn. 11), 229, 244.

¹³ Vgl. *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 25. Anders *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 37 in Bezug auf unerkennbare Mängel und die Eignung für den gewöhnlichen Gebrauch, da *Magnus* im Fall der Vorlage einer Probe oder eines Musters eine Parteivereinbarung verlangt (siehe Fn. 17).

¹⁴ So auch gemäß Art. 35 Abs. 2 Buchst. b CISG; siehe *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 20; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 26.

¹⁵ Vgl. *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 21; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 26 f.

chen Wortlaut ist damit wohl nicht gemeint, dass der Käufer den Verkäufer nicht für sachkundig hält oder halten darf, sondern dass er den Vertrag nicht im Vertrauen auf die Sachkunde des Verkäufers schließt oder schließen darf. Dies aber ist der Fall, wenn der Käufer eine Sache kauft, obwohl der Verkäufer ihm mitgeteilt hat, dass er sie nicht für geeignet zu dem vom Käufer verfolgten Zweck hält; denn dann schließt der Käufer den Vertrag nicht im Vertrauen auf die Sachkunde des Verkäufers, sondern im Vertrauen auf seine eigene (bessere) Sachkunde.¹⁶

bb) Eignung für den gewöhnlichen Zweck

Nach Art. 100 Buchst. b GEK müssen die Waren sich für Zwecke eignen, für die 9
Waren der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.

cc) Eigenschaften einer Probe oder eines Musters

Art. 100 Buchst. c GEK verlangt, dass die Waren die Eigenschaften derjenigen 10
Waren besitzen, die der Verkäufer dem Käufer als Probe oder Muster vorgelegt hat. Nach dem Wortlaut und auch der Systematik genügt die bloße Vorlage einer Probe oder eines Musters; eine (konkludente) Vereinbarung, dass die Ware mit der Probe oder dem Muster übereinstimmen muss, ist nicht erforderlich, da Buchst. c sonst neben Art. 99 Abs. 1 Buchst. a GEK überflüssig wäre.¹⁷ Die Norm kommt allerdings nicht zur Anwendung, wenn die Probe oder das Muster nur unverbindlich zur Ansicht vorgelegt wird.¹⁸

dd) Verpackung

Die Waren müssen in der für Waren dieser Art üblichen Weise verpackt sein 11
(Art. 100 Buchst. d GEK). Die Verpackung wird dabei offensichtlich nicht zur Qualität der Waren gezählt, da sie in Art. 99 Abs. 1 Buchst. b GEK eigens genannt ist. Ob es sinnvoll ist, die Verpackung generell unter die Vertragsmäßigkeit zu fassen, ist zweifelhaft. Vorzugswürdig scheint es, danach zu unterscheiden, wozu die Verpackung dienen soll: Soll sie dem Käufer etwa den Weiterverkauf, den Weitertransport oder die sachgerechte Lagerung der Ware ermöglichen, muss sie in der Tat Teil der Vertragsmäßigkeit sein. Soll sie dagegen nur die Abwicklung des Vertrags mit dem Käufer ermöglichen, ist das verfehlt: Erhält der Käufer die Ware trotz unzureichender Verpackung in vertragsgemäßem Zustand, sind keine Rechtsbehelfe angebracht. Wird die Ware dagegen wegen der unzureichenden Verpackung beschädigt, sollten die Rechtsbehelfe des Käufers hieran und nicht an die mangelhafte Verpackung anknüpfen.¹⁹

ee) Zubehör und Anleitungen, insbesondere Montageanleitungen

Nach Art. 100 Buchst. e GEK müssen die Waren mit solchem Zubehör, Monta- 12
geanleitungen und anderen Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Käufer vernünftigerweise (Art. 5 Abs. 2 GEK) erwarten kann.

¹⁶ Vgl. *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 23; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 33.

¹⁷ Vgl. *MünchKomm/Benicke* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 14; *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 24; a. A. *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 36.

¹⁸ Vgl. *MünchKomm/Benicke* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 15; *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 26.

¹⁹ Vgl. zum deutschen Recht *Faust*, in: *Bamberger/Roth, BGB*, 3. Aufl., 2012, § 434 Rn. 68 und zum CISG *MünchKomm/Benicke* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 18; *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 35 Rn. 31; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 44.

- 13** Abgegrenzt werden muss diese Regelung von Art. 101 Abs. 1 Buchst. b GEK. Danach ist bei Verbraucherkaufverträgen über zur Montage durch den Verbraucher bestimmte Waren jede durch eine unsachgemäße Montage verursachte Vertragswidrigkeit als Vertragswidrigkeit der Waren anzusehen, wenn die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Anleitung zurückzuführen ist. Art. 101 Abs. 1 Buchst. b GEK bezieht sich damit nur auf Vertragswidrigkeiten, die (erst) durch die unsachgemäße Montage verursacht werden, nicht dagegen auf die in der mangelhaften Anleitung selbst liegende Vertragswidrigkeit²⁰; dementsprechend ist auch der maßgebliche Zeitpunkt nicht – wie normalerweise – derjenige des Gefahrübergangs (Art. 105 Abs. 1 GEK), sondern derjenige, zu dem der Verbraucher die Montage innerhalb einer angemessenen Zeit abgeschlossen hat (Art. 105 Abs. 3 S. 2 GEK). Die in der mangelhaften Anleitung selbst liegende Vertragswidrigkeit ist ausschließlich nach Art. 100 Buchst. e GEK zu beurteilen. In Bezug auf sie wäre insbesondere die Voraussetzung nicht sinnvoll, dass die Ware infolge der mangelhaften Montageanleitung unsachgemäß montiert sein muss – sonst müsste der Käufer, der eine untaugliche Anleitung erhält, zunächst die Montage „ins Blaue hinein“ versuchen und dabei scheitern, um Rechte geltend machen zu können. Im Fall einer mangelhaften Anleitung kann also der Käufer – unabhängig davon, ob er Verbraucher oder Unternehmer ist – hinsichtlich dieser Anleitung gemäß Art. 100 Buchst. e GEK die Rechtsbehelfe des Art. 106 Abs. 1 GEK geltend machen, insbesondere nach Art. 106 Abs. 1 Buchst. a, 110 Abs. 2 GEK Lieferung einer ordnungsgemäßen Anleitung verlangen. Hat er die Ware infolge der mangelhaften Anleitung schon falsch montiert und ist dadurch ein zusätzlicher Schaden entstanden (insbesondere weil die Ware durch die falsche Montage beschädigt wurde oder zumindest demontiert werden muss), löst dies nur unter den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 Buchst. b GEK Rechtsbehelfe aus, also nur bei Verbraucherkaufverträgen.

ff) Vorvertragliche Erklärungen

- 14** Nach Art. 100 Buchst. f GEK, der auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. d, Abs. 4 VerbrGüterKRiL und Art. II.-9:102 Abs. 2 bis 4, IV.A.-2:303 DCFR beruht, müssen die Waren diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzen, die in einer vorvertraglichen Erklärung angegeben sind, die gemäß Art. 69 GEK Teil der Vertragsbestimmungen ist. Art. 69 GEK differenziert insofern zwischen Erklärungen des Verkäufers oder von Personen, die in dessen Auftrag mit der Werbung oder Vermarktung befasst sind (Art. 69 Abs. 1 und 2 GEK), und Erklärungen anderer Personen (Art. 69 Abs. 3 GEK).
- 15** Im ersten Fall kommt es nicht darauf an, ob der Käufer Unternehmer oder Verbraucher ist und ob die Erklärung individuell oder öffentlich abgegeben wurde. Die Erklärung wird nur dann nicht Bestandteil des Vertrags, wenn der Käufer bei Vertragsschluss wusste oder hätte wissen müssen, dass die Erklärung falsch war oder dass er sich nicht auf eine derartige Bestimmung verlassen konnte, oder wenn sie die Entscheidung des Käufers zum Vertragsschluss nicht beeinflussen konnte. Die Bedeutung der Regelung wird eher gering sein, weil derartige Erklärungen in aller Regel schon nach den allgemeinen Auslegungsregeln (insbesondere Art. 59 Buchst. a GEK)

²⁰ Vgl. *Comment C* zu Art. IV.A.-2:304 DCFR. Anders ist das bei § 434 Abs. 2 S. 2 BGB, der auch den in der mangelhaften Anleitung selbst liegenden Mangel erfasst. Deshalb konnte dort die fehlerhafte Montage nicht als Haftungsvoraussetzung statuiert werden, sondern es wurde die fehlerfreie Montage als Ausschlussgrund festgelegt. Siehe BT-Drucks. 14/6040, 216.

den Vertragsinhalt prägen werden und dann Art. 99 Abs. 1 GEK einschlägig ist. Die Ausnahmen sind enger gefasst als in Art. 2 Abs. 4 VerbrGüterKRiL. Es genügt nicht ohne weiteres, dass die Erklärung berichtigt wird, da der Käufer eine solche Berichtigung nicht in allen Fällen kennen muss.²¹ Erforderlich ist vielmehr eine Berichtigung, die der konkrete Käufer zur Kenntnis nehmen muss, in der Regel also eine Berichtigung unmittelbar bei Vertragsschluss. Das scheint durchaus sinnvoll. Weniger glücklich ist dagegen die Ausnahme in Fällen, in denen die Entscheidung des Käufers zum Vertragsschluss nicht durch die Erklärung beeinflusst werden konnte („could not have been influenced“; „n’a pas pu être influencée“). Sinnvoller wäre es, darauf abzustellen, ob die Entscheidung tatsächlich beeinflusst wurde.²² Ist dies nicht der Fall (z. B. weil die betreffende Eigenschaft für den Käufer gänzlich irrelevant ist), besteht keinerlei Anlass, die Erklärung in den Vertrag einzubeziehen, auch wenn sie die Entscheidung des Käufers hätte beeinflussen können.²³

Bei Verbraucherverträgen²⁴ werden auch öffentliche Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses von oder im Auftrag eines Herstellers oder einer anderen Person abgegeben wurden, Vertragsbestandteil, sofern nicht eine der genannten Ausnahmen vorliegt oder der Verkäufer die Erklärung bei Vertragsschluss weder kannte noch kennen musste. Danach scheinen Erklärungen von beliebigen Dritten Vertragsbestandteil werden zu können, etwa von Konkurrenten des Verkäufers, Händlern auf einer nachgelagerten Handelsstufe, Journalisten oder Politikern. Ein Blick in den englischen und französischen Text zeigt freilich, dass es sich nur um einen der im GEK so häufigen²⁵ Übersetzungsfehler handelt, denn dort heißt es: „a producer or other person in earlier links of the chain of transactions leading to the contract“ bzw. „un producteur ... ou ... une autre personne située plus en amont de la chaîne de transactions ayant abouti au contrat“. Erfasst sind also nur Äußerungen von in der Lieferkette über dem Verkäufer stehenden Personen. Auch dies geht aber erheblich über Art. 2 Abs. 2 Buchst. d VerbrGüterKRiL hinaus, der nur Erklärungen des Verkäufers, des Herstellers i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Buchst. d VerbrGüterKRiL und von deren Vertretern erfasst. Die Ausweitung durch das GEK ist verfehlt. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum das Vertrauen des Käufers in Erklärungen, die weder von seinem Vertragspartner noch vom Hersteller (als offensichtlichem Warenfachmann) stammen, geschützt werden sollte. Im übrigen kann er sich auf Erklärungen von Großhändlern etc. schon deshalb nicht verlassen, weil für diese Art. 69 Abs. 3 GEK nur dann gilt, wenn der Verkäufer die Ware wirklich von dem betreffenden Großhändler bezogen hat; das wird der Käufer kaum je beurteilen können. Bezieht der Verkäufer von mehreren Großhändlern, würden Kunden, die sich auf die Erklärung eines dieser Großhändler verlassen, nur dann geschützt, wenn sie zufällig von diesem Großhändler stammende Ware erhalten. Das ist in der Praxis nicht nur schwer fest-

²¹ Anders wohl *Comment B* zu Art. II-9:102 DCFR, nach dem die Ausnahme eingreift, wenn eine unrichtige Erklärung vor Vertragsschluss öffentlich berichtigt wurde.

²² So Art. II-9:102 Abs. 2 Buchst. b DCFR: „was not influenced“.

²³ Vgl. zu § 434 Abs. 1 S. 3 BGB *Faust* (Fn. 19), § 434 Rn. 87; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 238; *Weiler*, WM 2002, 1784, 1792 f.; a. A. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, § 434 Rn. 39; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 434 Rn. 91.

²⁴ Nach *Comment D* zu Art. II-9:102 DCFR ist die Regelung deshalb auf Verbraucherverträge beschränkt, weil von Unternehmer-Käufern erwartet werden kann, dass sie eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit dem Verkäufer herbeiführen, wenn sie sich auf Erklärungen Dritter verlassen wollen.

²⁵ Siehe auch *Faust* (Fn. 3), 251, 277 Fn. 33.

stellbar, sondern scheint auch sachlich nicht gerechtfertigt. Dem Verkäufer bürdet die Regelung erhebliche Haftungsrisiken auf. Kennt er die Erklärung, kann er sich freilich problemlos dadurch schützen, dass er den Käufer über ihre Unrichtigkeit informiert. Kennt er sie aber nicht, kommt dies nicht in Betracht. Schutz bietet ihm in diesem Fall allein die Ausnahme für Fälle, in denen er die Erklärung weder kannte noch kennen musste. Alles hängt dann davon ab, welche Anforderungen man an das Kennenmüssen stellt. Zu beachten ist dabei, dass der Verkäufer auch haftet, wenn er nur die Erklärung, nicht aber ihre Unrichtigkeit kannte oder kennen musste.

gg) Eigenschaften und Tauglichkeit, die der Käufer erwarten kann

- 17 Nach Art. 100 Buchst. g GEK müssen die Waren diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzen, die der Käufer vernünftigerweise (Art. 5 Abs. 2 GEK) erwarten kann. Hierbei handelt es sich offensichtlich um eine Auffangregelung.²⁶ Erfasst werden nicht die schon in den anderen Buchstaben genannten Fälle, also nur Fälle, in denen die Erwartung des Käufers weder daraus resultiert, dass die Waren gewöhnlich für einen bestimmten Zweck gebraucht werden (Buchst. b), noch daraus, dass der Käufer dem Verkäufer einen bestimmten Zweck mitgeteilt hat (Buchst. a), noch daraus, dass der Verkäufer dem Käufer eine Probe oder ein Muster vorgelegt hat (Buchst. c), noch daraus, dass der Verkäufer, der Hersteller, ein Händler auf höherer Handelsstufe oder eine von deren Hilfspersonen vor Vertragsschluss eine Erklärung über Eigenschaften der Ware abgegeben hat (Buchst. f i.V.m. Art. 69 GEK). Es fragt sich, was übrigbleibt. In Betracht kommt vor allem eine Beschaffenheit, die sich nicht auf die Verwendbarkeit der Ware auswirkt. Die sehr weite Formulierung weckt die Gefahr, dass mit ihrer Hilfe Beschränkungen der anderen Buchstaben umgangen werden. So lässt sich mit ihr problemlos entgegen Art. 69 Abs. 3 GEK eine Haftung des Verkäufers für Äußerungen des Herstellers auch dann herleiten, wenn der Verkäufer die Äußerung bei Vertragsschluss nicht kennen musste oder wenn ein Geschäft unter Unternehmern vorliegt. Die *Comments* zur Parallelregelung im DCFR stellen fest, dass die Erwartungen des Käufers sich, vor allem bei Verbraucherverträgen, auch auf *after-sales services* oder die Verfügbarkeit von Ersatzteilen beziehen können.²⁷ Das ist fragwürdig, weil es mit den Eigenschaften der Waren nichts zu tun hat.

b) Unsachgemäße Montage (Art. 101 GEK)

- 18 Eine unsachgemäße Montage durch den Verkäufer oder unter seiner Verantwortung stellt nach Art. 101 Abs. 1 Buchst. a GEK nur bei Verbraucherverträgen eine Vertragswidrigkeit der Waren dar. Dies entspricht Art. 2 Abs. 5 S. 1 VerbrGüterKRiL und Art. IV.A.-2:304 Buchst. a DCFR. Unerheblich ist, ob durch die unsachgemäße Montage die Kaufsache beschädigt wird oder nicht.²⁸ Die Besonderheit der Regelung liegt darin, dass die unsachgemäße Montage zur Vertragswidrigkeit der Waren selbst führt.²⁹ Die Montage stellt nämlich eine verbundene Dienstleistung i.S.v. Art. 2 Buchst. m GEK-VO dar. Ohne Art. 101 Abs. 1 Buchst. a GEK würde die

²⁶ So auch *Comment B* zu Art. IV.A.-2:302 DCFR für dessen Buchst. f.

²⁷ *Comment B* zu Art. IV.A.-2:302 DCFR.

²⁸ Vgl. *Comment B* zu Art. IV.A.-2:304 DCFR.

²⁹ Relevanter Zeitpunkt ist nach Art. 105 Abs. 3 S. 1 GEK nicht derjenige des Gefahrübergangs, sondern derjenige des Abschlusses der Montage.

unsachgemäße Montage nicht die Waren selbst vertragswidrig machen, sondern nur zu einer Nichterfüllung des Dienstleistungsteils führen. Der Verbraucher müsste eine Heilung durch den Dienstleister akzeptieren (Art. 155 Abs. 2 und 3 GEK) und hätte die Rechtsbehelfe des Art. 155 Abs. 1 GEK grundsätzlich nur in Bezug auf den Dienstleistungsteil (Art. 9 Abs. 1 und 4 GEK). Er könnte also z. B. nicht auch den Kauf beenden. Bei Verträgen unter Unternehmern bleibt es bei dieser Regelung. Diese Differenzierung leuchtet nicht ein, da eine besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern aufgrund ihrer wirtschaftlichen oder intellektuellen Unterlegenheit hier nicht erkennbar ist.

c) Rechte und Ansprüche Dritter (Art. 102 GEK)

Nach Art. 102 Abs. 1 GEK, der auf Art. 41 CISG und Art. IV.A.-2:305 DCFR be- **19**
ruht, müssen die Waren frei von Rechten oder nicht offensichtlich unbegründeten
Ansprüchen Dritter sein.³⁰ Das „oder“ ist dabei wohl ein Redaktionsversehen, obwohl
es auch im CISG und im DCFR steht – im französischen³¹ Text von Art. 102 Abs. 1
GEK steht „und“, was allein sinnvoll ist.

aa) Nicht offensichtlich unbegründete Ansprüche Dritter

Anders als nach deutschem Recht, aber entsprechend dem Vorbild des CISG³² und **20**
des DCFR kann es dem Verkäufer obliegen, unbegründete Ansprüche Dritter abzu-
wehren. Das ist durchaus eine akzeptable Regelung, zumal es nur um unbegründete
Ansprüche Dritter geht, die schon bei Gefahrübergang erhoben sind (Art. 105 Abs. 1
GEK). Die Abgrenzung danach, ob der Anspruch des Dritten „nicht offensichtlich
unbegründet“ („not obviously unfounded“; „non manifestement dépourvue“) ist, führt
freilich zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Das CISG enthält keine entsprechende
Einschränkung³³; im DCFR heißt es „reasonably well founded“. Das GEK scheint
damit einen Mittelweg zwischen CISG und DCFR zu gehen und den Verkäufer zur
Abwehr aller Ansprüche Dritter zu verpflichten, die nicht „frivol“ sind. Das kann
jedoch für den Käufer schwer zu beurteilen sein, während dem Verkäufer die Abwehr
offensichtlich unbegründeter Ansprüche keine Schwierigkeiten machen wird. Würde
auch die Geltendmachung solcher Ansprüche eine Vertragswidrigkeit begründen,
wäre diese unerheblich, so dass ihretwegen selbst ein Verbraucher den Vertrag nicht
beenden könnte (Art. 114 Abs. 2 GEK). Entstehen dem Käufer aber durch einen
offensichtlich unbegründeten Anspruch eines Dritten Kosten, so ist es durchaus sach-
gerecht, wenn er im Wege des Schadensersatzes (Art. 106 Abs. 1 Buchst. e, 159 ff.
GEK) Ersatz verlangen kann.³⁴ Es wäre deshalb vorzugswürdig, auf die Einschrän-
kung, dass der Anspruch nicht offensichtlich unbegründet sein darf, zu verzichten.

³⁰ Das CISG enthält den Vorbehalt „es sei denn, dass der Käufer eingewilligt hat, die mit einem solchen Recht oder Anspruch behaftete Ware zu nehmen“. Dieser ist im GEK überflüssig, weil sich der Vorrang einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung aus Art. 99 Abs. 2 GEK ergibt.

³¹ Im englischen Text steht gleichfalls „oder“.

³² MünchKomm/Benicke (Fn. 10), Art. 41 CISG Rn. 6; Schwenzler (Fn. 10), Art. 41 Rn. 10; Staudinger/Magnus (Fn. 10), Art. 41 CISG Rn. 15.

³³ MünchKomm/Benicke (Fn. 10), Art. 41 CISG Rn. 7 f.; Schwenzler (Fn. 10), Art. 41 Rn. 10; Staudinger/Magnus (Fn. 10), Art. 41 CISG Rn. 16 f.

³⁴ Vgl. Schwenzler (Fn. 10), Art. 41 Rn. 10.

bb) Rechte aus geistigem Eigentum

- 21** Für Rechte aus geistigem Eigentum gelten nach Art. 102 Abs. 2 bis 4 GEK – ebenso wie nach Art. 42 CISG und Art. IV.A.-2:306 DCFR – Einschränkungen.³⁵ Nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. a GEK müssen die Waren nicht schlechthin frei von Rechten und Ansprüchen Dritter aus geistigem Eigentum sein, sondern nur von solchen Rechten und nicht offensichtlich unbegründeten Ansprüchen, die nach dem Recht des Staates bestehen, in dem die Waren entsprechend dem Vertrag genutzt werden, oder hilfsweise des Staates des Käufers.³⁶ Und nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. b GEK begründen solche Rechte und Ansprüche nur dann eine Vertragswidrigkeit, wenn der Verkäufer sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte oder vernünftigerweise (Art. 5 Abs. 2 GEK) hätte kennen müssen („knew ... or could be expected to have known“; „avait ou pouvait être censé avoir connaissance“). Insofern gilt also ein Verschuldenserfordernis, und zwar nicht etwa nur für Schadensersatzansprüche, sondern für sämtliche Rechtsbehelfe. Erwirbt der Käufer eine Sache, die er wegen eines Rechts oder Anspruchs aus geistigem Eigentum nicht nutzen kann, und musste der Verkäufer dies nicht wissen, hat der Käufer Pech gehabt; er kann nicht einmal zurücktreten. Dies ist sehr bedenklich, entspricht allerdings Art. 42 CISG, nach dem der Verkäufer sogar nur haftet, wenn er „nicht in Unkenntnis sein konnte“. Ganz entscheidend wird insofern sein, welche Sorgfaltsanforderungen man dem Verkäufer auferlegt.³⁷ Für den Käufer, der das Bestehen von Rechten oder Ansprüchen Dritter aus geistigem Eigentum befürchtet, ist es jedenfalls sinnvoll, sich durch eine vertragliche Vereinbarung abzusichern; da diese Art. 102 Abs. 2 GEK vorgeht, haftet der Verkäufer dann ohne Rücksicht auf Verschulden.
- 22** Art. 42 Abs. 2 Buchst. b CISG und Art. IV.A.-2:306 Abs. 2 DCFR schließen die Haftung des Verkäufers für Rechte und Ansprüche Dritter aus geistigem Eigentum aus, die sich daraus ergeben, dass der Verkäufer sich nach technischen Zeichnungen, Entwürfen, Formeln oder sonstigen Angaben gerichtet hat, die der Käufer zur Verfügung gestellt hat. Das GEK enthält keine entsprechende Einschränkung. Die Haftung des Verkäufers wird in diesem Fall zwar meist deshalb ausgeschlossen sein, weil er sich auf die Angaben des Käufers verlassen darf und deshalb das Recht oder den Anspruch nicht kennen muss³⁸, aber das ist keineswegs stets so. Die Regelung des GEK, die dem schuldhaft handelnden Verkäufer prinzipiell auch dann eine Haftung auferlegt, wenn die Ursache für das Recht oder den Anspruch im Verantwortungsbe-
reich des Käufers liegt, scheint sachgerecht. Denn wenn der Käufer bei Vertragsschluss das Recht oder den Anspruch kannte oder – bei Unternehmern³⁹ – hätte kennen müssen, ist die Haftung des Verkäufers ohnehin nach Art. 102 Abs. 3 und 4 GEK ausgeschlossen; sonst kommt eine Minderung des Schadensersatzes nach Art. 163 Abs. 1 GEK in Betracht, sofern man in Art. 102 Abs. 3 und 4 GEK keine abschließende Sonderregel in Bezug auf eine Mitverantwortung des Käufers sieht⁴⁰.

³⁵ Nach Art. 105 GEK in der Fassung der Durchführbarkeitsstudie waren Rechte und Ansprüche aus geistigem Eigentum noch ebenso zu behandeln wie andere Rechte und Ansprüche Dritter; die in Art. 102 Abs. 2-4 GEK normierten Einschränkungen galten nicht.

³⁶ Art. IV.A.-2:306 DCFR enthält keine entsprechende Regelung.

³⁷ Vgl. zum CISG *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 14; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 42 CISG Rn. 22.

³⁸ Vgl. *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 19.

³⁹ Siehe unten Rn. 60 f.

⁴⁰ Nach h. M. im deutschen Recht kommt, wenn die Voraussetzungen von § 442 Abs. 1 BGB nicht vorliegen, weder ein Mitverschulden des Käufers (§ 254 BGB) noch dessen Haftung wegen

3. Möglichkeit abweichender Parteivereinbarungen

Von zentraler praktischer Bedeutung ist die Frage, inwieweit die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit durch Parteivereinbarung geändert werden können. Da das GEK einem subjektiven Fehlerbegriff folgt, ist dies prinzipiell möglich. Nach dem in Art. 1 GEK verankerten Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien innerhalb der allgemeinen Grenzen, insbesondere der Art. 79 ff. GEK, frei festlegen, welche Anforderungen die Waren erfüllen müssen, um vertragsgemäß zu sein. Eine wichtige Schranke gilt allerdings für Verbraucherkaufverträge: Nach Art. 99 Abs. 3 GEK ist eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Anforderungen der Art. 100, 102 und 103 GEK abweicht, nur gültig, wenn dem Verbraucher „der besondere Umstand der Waren“ („the specific condition of the goods“, „l'état particulier du bien“) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war und er die Waren bei Vertragsschluss als vertragsgemäß akzeptiert hat. **23**

Die Notwendigkeit einer solchen Schranke ergibt sich daraus, dass Art. 108 GEK **24** verbietet, die Haftung des Verkäufers bei Verbraucherkaufverträgen auszuschließen oder zu beschränken, bevor der Verbraucher dem Unternehmer die Vertragswidrigkeit zur Kenntnis gebracht hat, also namentlich bevor er sie selbst kennt. Durch Beschaffenheitsvereinbarungen kann nämlich in vielen Fällen das gleiche Resultat erreicht werden wie durch einen nach Art. 108 GEK unzulässigen Haftungsausschluss: Wenn vereinbart wird, dass der verkaufte Gebrauchtwagen nur die Qualität eines „Bastlerfahrzeugs“ oder von „rollendem Schrott“ haben muss, wird er praktisch nie mangelhaft sein, und der Käufer steht deshalb nicht anders, als wenn die Haftung des Verkäufers für den Fall, dass der Gebrauchtwagen mangelhaft ist, ausgeschlossen wäre. Soll Art. 108 GEK nicht leerlaufen, müssen deshalb Beschaffenheitsvereinbarungen unzulässig sein, wenn sie funktionell einem Gewährleistungsausschluss entsprechen. Dieses Problem stellt sich bei Verbrauchsgüterkäufen auch im deutschen Recht, das Beschaffenheitsvereinbarungen nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB prinzipiell zulässt, während Haftungsausschlüsse und -beschränkungen nur in den engen Grenzen des § 475 BGB möglich sind.

Um zu klären, wann eine Beschaffenheitsvereinbarung funktionell einem Haftungsausschluss gleichkommt, muss man sich bewusst machen, warum bei Verbraucherkaufverträgen Beschaffenheitsvereinbarungen prinzipiell zulässig, Haftungsausschlüsse dagegen weitgehend unzulässig sind. Der Grund liegt darin, dass Verbraucher Haftungsbeschränkungen typischerweise nicht ernst genug nehmen, weil sie davon ausgehen, diese würden letztlich nicht zum Tragen kommen („Wird schon gut gehen.“). Deshalb neigen sie dazu, Haftungsbeschränkungen bei ihrer Entscheidung, ob und zu welchem Preis sie eine Ware kaufen, nicht hinreichend zu berücksichtigen. Anders liegt es dagegen bei Beschaffenheitsvereinbarungen: Wenn im Vertrag festgelegt ist, welche Beschaffenheit die Ware haben muss, wird der Verbraucher davon ausgehen, dass er auch nur Ware dieser Beschaffenheit erhält, und sich sehr genau überlegen, ob er solche Ware wirklich haben und wie viel er dafür zahlen will. **25**

Eine Beschaffenheitsvereinbarung entspricht daher dann funktionell einem Haftungsausschluss und muss deshalb unzulässig sein, wenn der Verbraucher sie nicht ernst nimmt, weil er hofft, dass die Ware in Wirklichkeit besser ist, als sie nach der **26**

Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) in Betracht: Palandt/Weidenkaff (Fn. 23), § 442 Rn. 5; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., 2009, Rn. 609; a. A. Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 442 Rn. 15.

Vereinbarung sein muss. In einem solchen Fall muss die Beschaffenheitsvereinbarung ebenso wie ein Haftungsausschluss behandelt werden – wie durch einen Haftungsausschluss übernimmt der Käufer durch sie das Risiko, dass seine Hoffnung „Wird schon gut gehen“ sich nicht erfüllt.⁴¹

- 27** Erfreulicherweise greift Art. 99 Abs. 3 GEK genau diesen Gesichtspunkt auf⁴²: Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit können nur dann durch Vereinbarung so festgelegt werden, dass sie zum Nachteil des Verbrauchers von Art. 100, 102 und 103 GEK abweichen, wenn dem Verbraucher der tatsächliche Zustand der Waren⁴³ bei Vertragsschluss bekannt ist. Denn wenn dem Verbraucher dieser Zustand bekannt ist, wird und darf er nicht auf einen besseren Zustand hoffen und wird daher die entsprechenden für ihn negativen Eigenschaften der Waren bei seiner Entscheidung, ob und zu welchem Preis er sie kauft, hinreichend berücksichtigen.
- 28** Im Hinblick auf den geschilderten Zweck von Art. 99 Abs. 3 GEK, Geschäfte zu verhindern, die aus Sicht des Käufers Risikogeschäfte sind, ist auch die Voraussetzung auszulegen, dass dem Käufer der Zustand der Waren bekannt ist. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn der Käufer annehmen muss, die vertragliche Vereinbarung spiegle den tatsächlichen Zustand der Ware wider. Eine irrationale Hoffnung des Käufers, die Sache sei in Wirklichkeit doch besser, verdient keinen Schutz. Maßgeblich sind sämtliche Umstände des Einzelfalls, etwa der erkennbare Sachzustand bei einer Besichtigung. Macht beispielsweise der Käufer mit dem als „nicht fahrbereit“ beschriebenen Gebrauchtwagen eine Probefahrt, ohne dass dabei Probleme auftreten, kann er berechtigterweise davon ausgehen, dass das Auto in Wirklichkeit doch fahrbereit ist, und die Vereinbarung „nicht fahrbereit“ ist gemäß Art. 99 Abs. 3 GEK nicht gültig. Von zentraler Bedeutung sind Aussagen des Verkäufers. Sobald dieser eine Beschaffenheitsvereinbarung relativiert, etwa durch die Aussage, es handle sich dabei um eine bloße Formalie, verstößt die Klausel gegen Art. 99 Abs. 3 GEK. Umgekehrt muss der Käufer in der Regel annehmen, eine ernsthafte negative Beschreibung der Kaufsache durch den Verkäufer entspreche der Wahrheit, da eine derartige Beschreibung offensichtlich den Interessen des Verkäufers widerspricht.⁴⁴
- 29** Die zweite Voraussetzung von Art. 99 Abs. 3 GEK, dass der Käufer die Waren bei Vertragsschluss als vertragsgemäß akzeptiert, ist überflüssig, denn die Akzeptanz des Käufers ergibt sich schon daraus, dass er in Kenntnis des tatsächlichen Zustands eine von den Anforderungen der Art. 100, 102 und 103 GEK abweichende Vereinbarung schließt.⁴⁵
- 30** Die Beschränkung der Vertragsfreiheit nach Art. 99 Abs. 3 GEK greift nur insoweit ein, als es um von den Anforderungen der Art. 100, 102 und 103 GEK *abweichende* Vereinbarungen geht. *Gsell* weist zu Recht darauf hin, dass das insofern problematisch ist, als die Kriterien von Art. 100 GEK nicht vollständig objektiv sind, sondern unter Rückgriff auf den konkreten Vertrag ausgefüllt werden müssen.⁴⁶ So stellt Art. 100 Buchst. b GEK auf Waren „der gleichen Art“ und Art. 100 Buchst. g

⁴¹ Siehe zum deutschen Recht insbesondere *Schinkels*, ZGS 2003, 310 ff.; *Soyka*, Der Verbrauchsgüterkauf, 2011, 148 ff.

⁴² Vgl. auch *Gsell* (Fn. 11), 229, 241.

⁴³ Der deutsche Ausdruck „der besondere Umstand der Waren“ ist wenig klar; was gemeint ist, ergibt sich aus dem englischen und französischen Text („the specific condition of the goods“; „l'état particulier du bien“).

⁴⁴ Siehe zum deutschen Recht *Faust* (Fn. 19), § 475 Rn. 10; *Schinkels*, ZGS 2003, 310, 313 ff.

⁴⁵ *Gsell* (Fn. 11), 229, 241.

⁴⁶ *Gsell* (Fn. 11), 229, 241 ff.

GEK auf die Eigenschaften und die Tauglichkeit ab, „die der Käufer erwarten kann“. Beide Merkmale lassen sich nicht konkretisieren, indem man den tatsächlichen Sachzustand zugrunde legt, also etwa als Art i.S.v. Buchst. b „Autos mit defekten Bremsen“ ansieht oder i.S.v. Buchst. g danach fragt, was der Käufer von einem Auto mit defekten Bremsen erwarten kann. Denn dann würden diese Kriterien nie eine Vertragswidrigkeit begründen und wären damit sinnlos. Man muss daher zwangsläufig auf den Vertragsinhalt und die den Vertragsschluss begleitenden Umstände abstellen. Wenn aber die Vereinbarung selbst die Kriterien konkretisiert, scheint eine von ihnen abweichende Vereinbarung kaum möglich, und Art. 99 Abs. 3 GEK droht leerzulaufen. Die Kriterien des Art. 100 GEK müssen daher im Licht von Art. 99 Abs. 3 GEK ausgelegt werden.⁴⁷ Eine „Art“ i.S.v. Art. 100 Buchst. b GEK liegt folglich nur vor, wenn der Verbraucher davon ausgeht, dass die Sache tatsächlich dieser Art angehört. Wenn also der Verbraucher annehmen darf, dass der ihm als „Bastlerfahrzeug“ verkaufte Gebrauchtwagen in Wirklichkeit besser ist, lautet die maßgebliche Art nicht „Bastlerfahrzeuge“, sondern „Gebrauchtwagen“, näher konkretisiert nach Typ, Alter, Laufleistung etc. Ebenso prägt eine Angabe des Verkäufers über (negative) Eigenschaften nur dann diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit, die der Verbraucher i.S.v. Art. 100 Buchst. g GEK erwarten kann, wenn der Verbraucher die Angabe als Beschreibung der *tatsächlichen* (und nicht nur der geschuldeten) Sacheigenschaften auffassen muss.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt dafür, ob die Ware vertragsgemäß ist, ist nach Art. 105 Abs. 1 GEK der Übergang der Gefahr auf den Käufer. Dieser wird in Art. 140 ff. GEK näher bestimmt. Dabei wird zwischen Verbraucherkaufverträgen und Verträgen zwischen Unternehmern unterschieden.

a) Verträge zwischen Unternehmern

Als Grundregel statuiert Art. 143 GEK, dass die Gefahr zu dem Zeitpunkt übergeht, zu dem der Käufer die Waren angenommen hat. Der deutsche Wortlaut lässt dabei offen, ob mit der Annahme die bloße physische Entgegennahme gemeint ist oder ob sie auch eine Art Billigung der Waren erfordert. Aus dem englischen („takes delivery“) und französischen („prend livraison“) Wortlaut ergibt sich allerdings, dass ersteres gemeint ist.

Art. 144 GEK behandelt Fälle, in denen dem Käufer die Waren zu seiner Verfügung bereitgestellt werden und der Käufer sie nicht annimmt; denn sonst würde die Gefahr ohnehin nach Art. 143 GEK übergehen⁴⁸. In deutscher Terminologie geht es also um den Annahmeverzug. Abs. 1 bezieht sich dabei – wie allerdings erst aus einem Gegenschluss zu Abs. 2 folgt – auf den Fall, dass die Bereitstellung an einem Geschäftssitz des Verkäufers erfolgt, also auf Holschulden. Die Gefahr geht über, sobald dem Käufer die Bereitstellung bekannt ist und er die Waren hätte übernehmen müssen. Das Erfordernis, dass dem Käufer die Bereitstellung bekannt ist, ist dabei wenig glücklich. Schränkt man die Norm nämlich nicht entgegen ihrem Wortlaut ein, muss der Käufer auch dann über die Bereitstellung informiert werden, wenn die Par-

⁴⁷ Diese Möglichkeit lässt *Gsell* (Fn. 11), 229, 241 ff. außer Betracht.

⁴⁸ Vgl. zum CISG *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 69 CISG Rn. 8.

teien einen Abholtermin vereinbart haben und der Verkäufer die Waren rechtzeitig bereitstellt; das ist ein überflüssiger Aufwand (vgl. § 296 BGB). Ist dagegen kein Termin vereinbart, ist ohnehin Kenntnis des Käufers von der Bereitstellung erforderlich, da ein Käufer, der von der Bereitstellung nichts weiß, die Waren auch nicht übernehmen muss. Die Voraussetzung, dass dem Käufer die Bereitstellung bekannt ist, sollte daher gestrichen werden. So lässt Art. 69 Abs. 1 Alt. 2 CISG genügen, dass die Ware dem Käufer zur Verfügung gestellt wird und er durch die Nichtabnahme eine Vertragsverletzung begeht. Art. IV.A.-5:201 Abs. 1 DCFR verlangt zwar Kenntnis des Käufers. *Comment B* stellt dagegen fest, dass der Gefahrübergang von drei Voraussetzungen abhängt, und bei deren Aufzählung wird die Kenntnis des Käufers nicht erwähnt. Unklar ist auch, warum Art. 144 Abs. 1 GEK nicht wie Art. 143 Abs. 1 GEK von „Annahme“, sondern von „Übernahme“ („should have been taken over“; *aurait dû retirer*) spricht. Die systematische Auslegung legt nahe, dass ein Unterschied zwischen beiden bestehen muss, aber welcher? Und wie verhalten sich die „Annahme“ und die „Übernahme“ zur Besitzerlangung, auf die Art. 142 Abs. 1 GEK für Verbraucherkauverträge abstellt?

- 34** Abs. 2 regelt den Fall, dass die Waren dem Käufer an einem anderen Ort als einem Geschäftssitz des Verkäufers zu seiner Verfügung bereitgestellt werden. Das kann auch am Sitz des Käufers sein, sofern Art. 145 GEK nicht eingreift.⁴⁹ Die Gefahr geht über, sobald die Lieferung fällig ist und der Käufer Kenntnis von der Bereitstellung erhält. Auch diese Regelung ist fragwürdig. Zwar ist es schlüssig, dass die Gefahr nicht vor Fälligkeit übergeht, wenn der Käufer die Waren nicht annimmt. Bedenken begegnet aber, dass sie schon mit der Kenntnis von der Bereitstellung übergehen soll, also bevor der Käufer die Waren tatsächlich übernehmen kann. Hinsichtlich der Parallelvorschrift im CISG (Art. 69 Abs. 2 CISG) wird das damit gerechtfertigt, dass sich die Ware nicht im Herrschaftsbereich des Verkäufers befindet und deshalb normalerweise von ihm nicht versichert ist.⁵⁰ Zwingend ist dies allerdings nicht. Vor der Übernahme befindet sich die Ware jedenfalls nicht im Herrschaftsbereich des Käufers, und die Einwirkungsmöglichkeiten des Verkäufers auf den Besitzer sind typischerweise größer als diejenigen des Käufers. Noch problematischer ist, dass Art. 144 Abs. 2 GEK – anders als Art. 69 Abs. 2 CISG – nach seinem Wortlaut nicht verlangt, dass die Bereitstellung an dem betreffenden Ort vertragsgemäß ist; da es offensichtlich verfehlt wäre, die Gefahr bei Bereitstellung an einem beliebigen Ort übergehen zu lassen, muss Abs. 2 insofern eingeschränkt werden.⁵¹
- 35** Art. 145 GEK, der Art. 67 CISG und Art. IV.A.-5:202 DCFR entspricht, regelt den Gefahrübergang bei Kaufverträgen, die eine Beförderung der Waren einschließen. Gemeint sind damit Verträge i.S.v. Art. 94 Abs. 1 Buchst. b GEK, bei denen der Verkäufer seine Lieferverpflichtung durch Übergabe der Waren an den ersten Beförderer zur Versendung an den Käufer erfüllt.⁵² Die Norm gilt wohl nur für eine Beförderung durch ein selbständiges Unternehmen, nicht dagegen für eine Beförderung

⁴⁹ Vgl. *Comment C* zu Art. IV.A.-5:201 DCFR sowie zum CISG *Hager/Maultzsch*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 10), Art. 69 Rn. 6; Staudinger/*Magnus* (Fn. 10), Art. 69 CISG Rn. 7, 22.

⁵⁰ *Hager/Maultzsch*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 10), Art. 69 Rn. 6.

⁵¹ Art. IV.A.-5:201 Abs. 2 DCFR entspricht insofern Art. 144 Abs. 2 GEK; doch in *Comment C* heißt es: „If the seller *has to* make the goods available at a place other than the seller’s place of business...“ (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵² Vgl. zum CISG *Hager/Maultzsch*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 10), Art. 68 Rn. 4; Staudinger/*Magnus* (Fn. 10), Art. 68 CISG Rn. 11.

durch den Verkäufer selbst oder seine Leute.⁵³ Ob der (bloße) Spediteur ein Beförderer im Sinne der Regelung ist, ist zweifelhaft.⁵⁴ Die Gefahr geht nach Art. 145 Abs. 2 und 3 GEK über, wenn die Waren vertragsgemäß (d. h. insbesondere am richtigen Ort) dem Beförderer zur Versendung an den Käufer übergeben werden.

Art. 146 GEK, der Art. IV.A.-5:203 DCFR entspricht, trifft eine besondere Regelung für – wie Abs. 1 formuliert – Kaufverträge, die während der Beförderung verkaufte Waren einschließen. Nimmt man das wörtlich, gilt die Norm auch für nicht während der Beförderung verkaufte Waren, sobald sich nur eine von mehreren gemeinsam verkauften Waren bei Vertragsschluss im Beförderungsstadium befindet. Das kann sinnvollerweise nicht gemeint sein; die Norm ist daher nur auf – wie auch die Überschrift sagt und der französische⁵⁵ Wortlaut andeutet („concernent des biens vendus en cours de transport“) – während der Beförderung verkaufte Waren („goods sold in transit“; „biens vendus en cours de transport“) anzuwenden. Die Gefahr geht nach Abs. 2 S. 1 mit Übergabe an den ersten Beförderer über, außer wenn der Verkäufer bei Vertragsschluss wusste oder hätte wissen müssen, dass die Waren untergegangen oder beschädigt waren, und er dies dem Käufer nicht offengelegt hat (Abs. 3). Dieser rückwirkende Gefahrübergang ist zweckmäßig, weil dadurch nicht ermittelt werden muss, wann genau während der Beförderung die Ware unterging oder beschädigt wurde. Leider statuiert Abs. 2 S. 2 eine Ausnahme: Wenn es sich aus den Umständen ergibt („if the circumstances so indicate“; „si les circonstances l’impliquent“), geht die Gefahr erst im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über. Welcher Art diese Umstände sein müssen, ist unklar. Sinnvoll, aber überflüssig wäre die Ausnahme, wenn damit gemeint wäre, dass die Parteien konkludent eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Werden auch andere Fälle unter sie subsumiert, führt sie zu gefährlicher Rechtsunsicherheit. In Art. 68 CISG ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis gerade umgekehrt: Die Gefahr geht normalerweise im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über; wenn es sich aus den Umständen ergibt, dagegen schon mit der Übergabe der Ware an den Beförderer. Als Umstand, der zum rückwirkenden Gefahrübergang führt, wird dabei insbesondere das Bestehen einer Transportversicherung angesehen, die dem Käufer zugute kommt.⁵⁶ Dementsprechend kann ein Umstand i.S.v. Art. 146 Abs. 2 S. 2 GEK das Fehlen einer Transportversicherung sein.⁵⁷

b) Verbraucherkauferträge

Bei Verbraucherkauferträgen ist nach Art. 142 Abs. 1 GEK normalerweise die Erlangung des Besitzes entscheidend. Hat der Verbraucher seine Pflicht zur Übernahme nicht erfüllt, ohne dass dies entschuldigt ist, kommt es nach Art. 142 Abs. 3 GEK auf denjenigen Zeitpunkt an, zu dem er bei Erfüllung der Übernahmepflicht den Besitz erlangt hätte. Insofern gilt allerdings eine Ausnahme bei Fernabsatzverträgen und bei

⁵³ Vgl. *Comment C* zu Art. IV.A.-5:202 DCFR sowie zum CISG *Hager/Maultzsch*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 10), Art. 67 Rn. 5; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 67 CISG Rn. 11.

⁵⁴ Vgl. *Comment C* zu Art. IV.A.-5:202 DCFR sowie zum CISG *Hager/Maultzsch*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 10), Art. 67 Rn. 5; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 67 CISG Rn. 11.

⁵⁵ Die englische Formulierung ist dagegen ähnlich vage wie die deutsche („involves goods sold in transit“).

⁵⁶ *Hager/Maultzsch*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 10), Art. 68 Rn. 4; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 68 CISG Rn. 11.

⁵⁷ So auch *Comment B* zu Art. IV.A.-5:203 DCFR.

außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Ein Grund für diese Ausnahme ist nicht ersichtlich; insbesondere hängt der Lauf der Widerrufsfrist nach Art. 42 GEK nicht vom Gefahrübergang ab. Wenn der Verbraucher selbst die Beförderung der Waren veranlasst, ohne dass der Unternehmer diese Möglichkeit angeboten hat („Where the consumer arranges the carriage of the goods ... and that choice was not offered by the trader...“, „Lorsque le consommateur assure le transport du bien ... et que ce choix n'a pas été proposé par le professionnel...“), kommt es nach Art. 142 Abs. 4 GEK auf die Übergabe an den Beförderer an. Warum dies allerdings nicht gelten soll, wenn der Unternehmer die Versendung der Waren angeboten hat, ist unklar – der Verbraucher, der trotz eines entsprechenden Angebots des Unternehmers den Transport selbst arrangiert, ist weniger schutzwürdig als derjenige, der dies mangels eines entsprechenden Angebots des Unternehmers tun muss.

- 38 Bei Verbraucherkaufverträgen wird vermutet, dass eine Vertragswidrigkeit, die innerhalb von sechs Monaten nach dem Gefahrübergang offenbar wird, zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden hat, es sei denn, dies ist mit der Art der Waren oder mit der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar (Art. 105 Abs. 2 GEK). Dies entspricht Art. 5 Abs. 3 VerbrGüterKRiL. Wie dort bezieht sich diese Vermutung zumindest dem Wortlaut nach nur auf den konkreten Mangel. Steht fest, dass dieser bei Gefahrübergang noch nicht vorlag, wird also nicht vermutet, dass der innerhalb der Frist aufgetretene Defekt auf einem anderen, schon bei Gefahrübergang vorliegenden Mangel beruhte. Das entspricht der Auslegung, die der BGH § 476 BGB gegeben hat.⁵⁸ Für den Verbraucher ist die Vermutung dadurch in vielen Fällen entwertet, nämlich immer dann, wenn eine zunächst scheinbar mangelfreie Sache innerhalb der Frist kaputtgeht, etwa ein zunächst funktionierendes technisches Gerät nicht mehr ordnungsgemäß arbeitet. Für den Verbraucher ist es in dieser Situation essentiell, Gewährleistungsrechte geltend machen zu können, ohne (mit Hilfe eines Sachverständigen) die Ursache des Kaputtgehens zu ermitteln. Genau das ist aber bei dem engen Verständnis, das der BGH § 476 BGB gegeben hat und dem offenbar auch Art. 105 Abs. 2 GEK folgt, nicht möglich. Der Verbraucher muss den aufgetretenen Defekt vielmehr auf eine Ursache zurückführen, die schon bei Gefahrübergang vorgelegen haben kann; erst dann greift die Vermutung ein. Dem Ziel des GEK, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 3 GEK-VO), würde eine Regelung besser gerecht, nach der der Verkäufer im Fall eines während der Frist auftretenden Defekts beweisen muss, dass dieser nicht auf einer schon bei Gefahrübergang vorliegenden Vertragswidrigkeit beruht.⁵⁹

III. Rechtsbehelfe

- 39 Die Rechtsbehelfe des Käufers sind in Art. 106 Abs. 1 GEK zusammengefasst. Zu ihnen gehört entsprechend dem *common law* auch der Erfüllungsanspruch. Die Ter-

⁵⁸ BGH, Urt. v. 2.6.2004, NJW 2004, 2299, 2300; BGH, Urt. v. 14.9.2005, NJW 2005, 3490, 3492; BGH, Urt. v. 23.11.2005, NJW 2006, 434 Rn. 21. Ebenso *Grunewald*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 476 Rn. 5; *Wertenbruch*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl., 2009, § 476 Rn. 21 ff.

⁵⁹ In diesem Sinn legen § 476 BGB aus: *Faust* (Fn. 19), § 476 Rn. 8 ff.; *Looschelders/Benzenberg*, VersR 2005, 233 f.; *Lorenz*, NJW 2004, 3020, 3021; *MünchKomm/Lorenz* (Fn. 40), § 476 Rn. 4, 25; *Büdenbender*, in: NK-BGB, 2. Aufl., 2012, § 476 Rn. 12; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 40), Rn. 737; *H. Roth*, ZIP 2004, 2025 ff.; *Saenger/Veltmann*, ZGS 2005, 450 ff. Differenzierend *Gsell*, JuS 2005, 967, 971 f.

minologie im deutschen Text ist dabei wenig glücklich: „Abhilfe“ ist sowohl der Oberbegriff für alle Rechtsbehelfe als auch der Ausdruck für die Nacherfüllung (Art. 110 Abs. 2 GEK). Im englischen Text wird zwar derselbe Ausdruck, aber immerhin in anderer Form („remedy“ – „remedying ... of a performance which is not in conformity with the contract“) verwendet, während allein der französische Text klar unterscheidet („moyen d’action“ – „correction ... d’une exécution non conforme au contrat“). Um Missverständnisse zu vermeiden, wird im Folgenden statt von „Abhilfe“ von „Rechtsbehelf“ einerseits und von „Nacherfüllung“ andererseits gesprochen.

1. Erfüllung (Art. 110-112 GEK)

Nach Art. 110 GEK kann der Käufer verlangen, dass der Verkäufer seine Ver- 40
pflichtungen erfüllt, soweit dies nicht unmöglich, rechtswidrig oder im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer durch die Erfüllung erlangen würde, unverhältnismäßig aufwendig oder kostspielig wäre.⁶⁰ Ist die Erfüllung im Vergleich zum Vorteil, den der Käufer daraus ziehen würde, nicht unverhältnismäßig, aber für den Verkäufer übermäßig belastend und beruht dies auf einer außergewöhnlichen Änderung der Umstände, so greift Art. 89 GEK ein: Unter den Voraussetzungen von Art. 89 Abs. 3 GEK müssen die Parteien über eine Anpassung oder Beendigung des Vertrags verhandeln; erzielen sie dabei keine Einigung, kann ein Gericht die Anpassung oder Beendigung vornehmen.

Hat der Verkäufer nicht vertragsgemäß geleistet, kann der Käufer gemäß Art. 110 41
Abs. 2 GEK kostenlose Nacherfüllung verlangen. Der Umfang der Nacherfüllung wird dabei nicht genauer umschrieben. Offen bleibt vor allem die praktisch äußerst wichtige Frage, was gilt, wenn die Kaufsache inzwischen an einen anderen Ort verbracht, eingebaut oder bearbeitet wurde; in Bezug auf die VerbrGüterKRiL hat der EuGH im Juni 2011 entschieden, dass im Rahmen der Ersatzlieferung die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der ersatzweise gelieferten mangel-freien Sache dem Verkäufer zur Last fallen⁶¹.

Bei Verbraucherkaufverträgen kann der Käufer nach Art. 111 Abs. 1 GEK im 42
Rahmen der Nacherfüllung zwischen Reparatur und Ersatzlieferung wählen. Nur wenn eine Art unmöglich, rechtswidrig oder absolut (Art. 110 Abs. 3 lit. b GEK) oder relativ (Art. 111 Abs. 1 Halbs. 2 GEK) unverhältnismäßig ist, kann sie nicht verlangt werden. Das Wahlrecht dem Käufer zuzusprechen ist ebensowenig sachgerecht wie im Rahmen der VerbrGüterKRiL. Der Verkäufer kann nämlich die Kosten der beiden Arten besser beurteilen und sich für die kostengünstigere Art entscheiden; dabei kommt eine Art ohnehin nur dann in Betracht, wenn sie das Interesse des Käufers an der Nacherfüllung vollständig befriedigt, so dass keine Käuferinteressen auf dem Spiel stehen.⁶² Zu begrüßen ist daher, dass zumindest bei Verträgen unter Unternehmern der Verkäufer über die Art der Nacherfüllung entscheidet. Freilich ist die Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern hier nicht überzeugend, da

⁶⁰ Siehe eingehender *Faust* (Fn. 3), 251, 257.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 16.6.2011, verbundene Rs. C-65/09 und C-87/09 (*Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*), NJW 2011, 2269 ff. = JuS 2011, 744 ff. (*Faust*).

⁶² Vgl. *Dauner-Lieb/Quecke*, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 135, 150 zum DCFR.

keine besondere Schwäche oder Benachteiligung von Verbrauchern erkennbar ist, die durch die Gewährung des Wahlrechts kompensiert wird.

2. Zurückhaltung der Leistung (Art. 113 GEK)

- 43 Nach Art. 113 Abs. 1 GEK kann der Käufer seine Leistung zurückhalten, bis der Verkäufer geleistet oder seine Leistung angeboten hat, sofern der Käufer nicht vorleistungspflichtig ist. Ist der Käufer vorleistungspflichtig, kann er nach Art. 113 Abs. 2 GEK seine Leistung trotzdem zurückhalten, solange er Grund zur Annahme hat, dass der Verkäufer nicht fristgemäß erfüllen wird.

3. Beendigung des Vertrags (Art. 114-119 GEK)

- 44 Das Recht auf Beendigung des Vertrags wird durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner ausgeübt (Art. 118 GEK). Unternehmer müssen nach Art. 119 GEK die Beendigung außer im Fall vollständiger Nichterfüllung binnen angemessener Frist mitteilen. Dies ist unnötig unbestimmt, zumal auch der Fristbeginn nicht eindeutig festgelegt ist, sondern von der Kenntnis und dem Kennenmüssen des Käufers abhängt. Rechtssicherheit ist insofern von entscheidender Bedeutung, während das Bedürfnis für Flexibilität gering ist. Die Folgen der Vertragsbeendigung werden im Beitrag von *Christiane Wendehorst* in diesem Band behandelt.
Das GEK sieht zwei Beendigungsgründe vor⁶³:

a) Beendigung wegen Nichterfüllung (Art. 114 GEK)

- 45 Art. 114 Abs. 1 GEK erlaubt die Beendigung des Vertrags im Fall einer wesentlichen Nichterfüllung i.S.v. Art. 87 Abs. 2 GEK. Eine solche liegt vor, wenn die Nichterfüllung dem Käufer einen erheblichen Teil dessen vorenthält, was er nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass der Verkäufer diese Folge bei Vertragsschluss weder vorausgesehen hat noch voraussehen konnte, oder wenn die Nichterfüllung klar erkennen lässt, dass der Käufer sich nicht auf die künftige Erfüllung durch den Verkäufer verlassen kann.
- 46 Art. 114 Abs. 2 GEK erleichtert die Beendigung des Vertrags, wenn bei einem Verbraucherkaufvertrag nicht vertragsgemäße Ware geliefert wird: Die Beendigung des Vertrags ist hier stets möglich, außer wenn die Vertragswidrigkeit der Waren unerheblich ist.

b) Beendigung nach Ablauf einer Nachfrist (Art. 115 GEK)

- 47 Art. 115 GEK erlaubt im Fall einer verspäteten Lieferung die Beendigung nach Ablauf einer Nachfrist unabhängig davon, ob die Nichterfüllung wesentlich ist. Die Norm gilt wohl – wie die Parallelvorschrift in Art. 49 Abs. 1 Buchst. b CISG – nicht im Fall einer Verzögerung der Nacherfüllung, ist also bei mangelhafter Leistung nicht anwendbar.⁶⁴ Falls der Verkäufer allerdings die Nacherfüllung nicht binnen angemessener Frist vornimmt, ist dies im Rahmen der Wesentlichkeit der Vertrags-

⁶³ Siehe eingehender *Faust* (Fn. 3), 251, 260 ff.

⁶⁴ Siehe *Faust* (Fn. 3), 251, 261 f.

verletzung zu berücksichtigen und kann deshalb dazu führen, dass eine Vertragsbeendigung nach Art. 114 GEK möglich wird⁶⁵.

4. Preisminderung (Art. 120 GEK)

Nach Art. 120 GEK kann der Käufer, der eine nicht vertragsgemäße Leistung annimmt, den Preis mindern. Zweifelhaft ist, ob die Norm nur bei mangelhafter Leistung oder auch z. B. bei verspäteter Leistung anwendbar ist, und ob es sich um ein Gestaltungsrecht handelt oder die Minderung automatisch eintritt.⁶⁶ **48**

5. Schadensersatz (Art. 159-165 GEK)

Der Schadensersatzanspruch wird im Beitrag von *Christiane Wendehorst* in diesem Band behandelt. **49**

IV. Ausschlussgründe

1. Entschuldigte Nichterfüllung (Art. 88 GEK)

Nach Art. 88 GEK ist die Nichterfüllung des Verkäufers entschuldigt, wenn sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegenden Hindernis beruht und wenn von ihm nicht erwartet werden konnte, das Hindernis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht zu ziehen oder es oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Die Entschuldigung führt nach Art. 106 Abs. 4 GEK zum Ausschluss des Erfüllungs- und des Schadensersatzanspruchs; die übrigen Abhilfen bleiben unberührt. **50**

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der Händler entschuldigt ist, wenn die von ihm gelieferte Ware einen Produktionsfehler aufweist, ohne dass er dies erkennen muss.⁶⁷ Eine solche Vertragswidrigkeit kann man allenfalls dann dem Einflussbereich des Händlers zuordnen, wenn man den Hersteller diesem Einflussbereich zurechnet. Grundlage hierfür könnte Art. 92 Abs. 2 GEK sein, nach dem der Verkäufer für die Erfüllung verantwortlich bleibt, auch wenn er eine andere Person mit der Erfüllung betraut. Allerdings muss der Verkäufer nach Art. 91 GEK die Waren nur liefern, nicht herstellen. Der Hersteller ist daher wohl keine Person, die der Verkäufer mit der Erfüllung betraut. **51**

Der BGH hat allerdings in der „Rebwachs“-Entscheidung zur Parallelvorschrift in Art. 79 CISG angenommen, dass der Händler sich nur dann entlasten kann, wenn die Mangelhaftigkeit auf Umständen beruht, die außerhalb seines eigenen und des Einflussbereichs jedes seiner Vorlieferanten liegen; denn er trage das Beschaffungsrisiko⁶⁸. Dies ist freilich nur die Ansicht eines einzelnen – wenn auch letztinstanzlichen – nationalen Gerichts und deshalb schon für die Auslegung des CISG nicht verbindlich. **52**

⁶⁵ Vgl. *Dauner-Lieb/Quecke* (Fn. 62), 135, 154 f. zum DCFR.

⁶⁶ Siehe *Faust* (Fn. 3), 251, 263 ff.

⁶⁷ Siehe näher *Faust* (Fn. 3), 251, 265 ff.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 24.3.1999, BGHZ 141, 129, 133 f.; ebenso *Schwenzer* (Fn. 10), Art. 79 Rn. 28 f.; *Staudinger/Magnus* (Fn. 10), Art. 79 CISG Rn. 26. A. A. *Stoll*, in: *Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 3. Aufl., 2000, Art. 79 Rn. 47.

Für die Auslegung des GEK, die nach Art. 4 Abs. 1 GEK autonom zu erfolgen hat, kommt ihr noch weit geringere Bedeutung zu.

- 53 Auf jeden Fall ist zu bedauern, dass das GEK für eine praktisch so zentrale Frage keine eindeutige Antwort bereithält. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ist erheblich; eine Klarstellung wäre unbedingt angezeigt.

2. Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit (Art. 104 GEK)

- 54 Nach Art. 104 GEK haftet der Verkäufer bei einem Vertrag zwischen Unternehmern nicht für die Vertragswidrigkeit der Waren, wenn der Käufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Vertragswidrigkeit kannte oder hätte kennen müssen.

a) Andere Regelwerke

- 55 Die Norm unterscheidet sich erheblich von den Parallelregelungen im CISG, im DCFR und in der VerbrGüterKRiL. Nach Art. 35 Abs. 3 CISG ist die Haftung ausgeschlossen, wenn der Käufer über die Vertragswidrigkeit nicht in Unkenntnis sein konnte („could not have been unaware“; „ne pouvait ignorer“), was zumindest grobe Fahrlässigkeit voraussetzt⁶⁹. Vor allem aber bezieht sich Art. 35 Abs. 3 CISG nur auf Vertragswidrigkeiten i.S.v. Art. 35 Abs. 2 CISG, also nur auf Abweichungen vom mangels einer vertraglichen Vereinbarung geltenden Standard. Bei Abweichungen von der vereinbarten Qualität (Art. 35 Abs. 1 CISG) schadet dem Käufer nicht einmal positive Kenntnis; ihm kann die Berufung auf die Vertragswidrigkeit lediglich im Einzelfall wegen des Verbots des *venire contra factum proprium* zu versagen sein.⁷⁰ Auch bei Rechtsmängeln schadet dem Käufer bloße Kenntnis nicht; erforderlich ist vielmehr, dass er einwilligt, die mit einem Rechtsmangel behaftete Ware zu nehmen (Art. 41 CISG). Nur wenn der Rechtsmangel im Schutzrecht eines Dritten liegt, haftet der Verkäufer nicht, wenn der Käufer den Mangel kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (Art. 42 Abs. 2 Buchst. a CISG).
- 56 Art. IV.A.-2:307 DCFR schließt die Haftung des Verkäufers aus, wenn der Käufer bei Vertragsschluss wusste oder „could reasonably be assumed to have known“, dass die Waren dem objektiven Standard des Art. IV.A.-2:302 DCFR nicht entsprechen oder einen (beliebigen) Rechtsmangel (Art. IV.A.-2:305 und IV.A.-2:306 DCFR) aufweisen. Wie im CISG wird die Haftung für Abweichungen von vertraglichen Vereinbarungen nicht ausgeschlossen.⁷¹ Die Regelung gilt auch für Verbraucherkaufverträge.⁷²
- 57 Nach Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL liegt – paradox formuliert – keine Vertragswidrigkeit vor, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis

⁶⁹ Im Sinne grober Fahrlässigkeit verstehen die Formulierung MünchKomm/Benicke (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 21; Staudinger/Magnus (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 48. Nicht einmal grobe Fahrlässigkeit hält für ausreichend Schwenzler (Fn. 10), Art. 35 Rn. 34.

⁷⁰ Schwenzler (Fn. 10), Art. 35 Rn. 38; wohl auch Staudinger/Magnus (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 49 ff.

⁷¹ *Comment C* zu Art. IV.A.-2:307 DCFR stellt fest: „At the end of the day, the relationship between the parties’ agreement and the buyer’s knowledge of certain defects will have to be solved through contract interpretation. Important features here will be whether it was reasonable for the buyer to expect that the seller would remedy the defect before delivery. Also the contract price can provide an indication as to which standards the buyer can expect to be met.“

⁷² Siehe *Comment D* zu Art. IV.A.-2:307 DCFR.

von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte („was aware or could not reasonably be unaware“; „connaissait ou ne pouvait raisonnablement ignorer“). Der Ausschlussbestand gilt somit zu Lasten von Verbrauchern und erfasst alle Arten von Vertragswidrigkeiten, insbesondere auch solche, die sich daraus ergeben, dass die Güter einer vertraglichen Vereinbarung nicht entsprechen. Ob die VerbrGüterKRiL allerdings Rechtsmängel umfasst, ist umstritten.⁷³

b) Kennenmüssen

Nach dem deutschen Text von Art. 104 GEK ist die Haftung des Verkäufers schon **58** dann ausgeschlossen, wenn der Käufer die Vertragswidrigkeit bei Vertragsschluss hätte kennen müssen. Der deutsche Text weicht insofern erheblich von der englischen und der französischen Fassung ab. Der deutsche Ausdruck „hätte kennen müssen“, was nach Art. 5 Abs. 2 GEK als „hätte vernünftigerweise kennen müssen“ zu verstehen ist, deutet darauf hin, dass dem Käufer jede Fahrlässigkeit schadet. „Could not have been unaware“ bzw. „ne pouvait pas ignorer“ scheinen dagegen wesentlich höhere Voraussetzungen für einen Ausschluss der Käuferrechte aufzustellen. Dieselben Ausdrücke werden im CISG⁷⁴ und in der VerbrGüterKRiL⁷⁵ verwendet, wo sie mindestens im Sinne grober Fahrlässigkeit verstanden werden.

c) Anwendungsbereich

Art. 104 GEK gilt im Gegensatz zu den Regelungen im CISG und im DCFR auch **59** für vertraglich vereinbarte Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit. Das scheint sinnvoll, da der Übergang zwischen einer konkludenten vertraglichen Vereinbarung⁷⁶ und kraft dispositiven Rechts geltenden objektiven Kriterien fließend ist. Dass die Norm für Verbraucherkaufverträge nicht gilt, ist konsequent, da es nach Art. 99 Abs. 3 GEK für den Ausschluss der Haftung nicht genügt, dass der Verbraucher die tatsächliche Beschaffenheit kennt, sondern darüber hinaus eine vertragliche Verein-

⁷³ Dafür: *Grundmann*, in: Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rn. 14; *Bianca*, ebenda, Art. 3 Rn. 6; *Rieger*, VuR 1999, 287. Dagegen: BT-Drucks. 14/6040, 80; *Doehner*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 2004, 158 f.; *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1411; *Leible*, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., 2010, Kap. 10 Rn. 74; MünchKomm/Lorenz (Fn. 40), Vor § 474 Rn. 10; *Pfeiffer*, in: NK-BGB, 2. Aufl., 2012, Art. 2 Kauf-RL Rn. 2.

⁷⁴ Siehe oben Fn. 69.

⁷⁵ Für grobe Fahrlässigkeit *Doehner* (Fn. 73), 207 ff.; *Leible* (Fn. 73), Kap. 10 Rn. 75; *Grundmann* (Fn. 73), Art. 2 Rn. 52; *Rieger*, VuR 1999, 287, 290. Grobe Fahrlässigkeit hält nicht für ausreichend *Pfeiffer*, in: NK-BGB (Fn. 73), Art. 2 Kauf-RL Rn. 24. In einigen älteren Stellungnahmen wurde sogar – jeweils ohne Begründung – angenommen, nach Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL seien die Rechte des Käufers selbst bei einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen; so *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853, 857; *Honsell*, JZ 2001, 278, 279; *Martinek*, in: Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, 511, 538 f. Das ist angesichts des Wortlauts, des Vergleichs mit dem CISG und des Ziels der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten (vgl. Begründungserwägungen I und 24), nicht haltbar.

⁷⁶ *Comment C* zu Art. IV.A.-2:307 DCFR spricht bemerkenswerterweise davon, dass die Haftung „under the express terms of the contract“ (Hervorhebung hinzugefügt) nicht ausgeschlossen werde. Diese Einschränkung widerspricht Art. II.-9:101 Abs. 1 DCFR („The terms of a contract may be derived from the express or tacit agreement of the parties...“) und findet im Text der Regeln selbst keinerlei Stütze.

barung erforderlich ist.⁷⁷ Lediglich in einem Fall schadet dem Verbraucher Kenntnis oder Kennenmüssen bei Vertragsschluss, nämlich gemäß Art. 69 Abs. 1 Buchst. a GEK in Bezug auf Eigenschaften und Tauglichkeit, die aufgrund einer vorvertraglichen Erklärung geschuldet werden (Art. 100 Buchst. f GEK).

d) Rechtsmängel

- 60 Unklar ist die Lage nach dem GEK in Bezug auf Rechtsmängel. Zunächst enthält Art. 102 Abs. 4 GEK für Verbraucherkaufverträge exakt dieselbe Regelung wie Art. 102 Abs. 3 GEK für Verträge zwischen Unternehmern: Art. 102 Abs. 2 GEK findet keine Anwendung, wenn der Käufer die Rechte oder Ansprüche bei Vertragsschluss kannte oder hätte kennen müssen. Der Leser, der sich verwundert fragt, wieso dann überhaupt zwischen Verbraucherkaufverträgen und anderen Verträgen unterschieden wird, wird durch einen Blick in den englischen Text⁷⁸ belehrt, dass es sich wohl abermals um einen Fehler bei der Übersetzung handelt. Denn danach soll Kennenmüssen zwar Unternehmern schaden, nicht aber Verbrauchern.
- 61 Auch in Bezug auf die Haftung von Unternehmern für Rechtsmängel herrscht Unklarheit. Art. 104 GEK enthält keine entsprechende Einschränkung, so dass der Verkäufer dann nicht für Rechtsmängel zu haften scheint, wenn der Käufer die Rechte oder Ansprüche des Dritten bei Vertragsschluss kannte oder hätte kennen müssen. Art. 102 Abs. 3 GEK ordnet aber an, dass bei Verträgen zwischen Unternehmen Art. 102 Abs. 2 GEK – also die Vorschrift über Rechte und Ansprüche aus geistigem Eigentum – keine Anwendung findet, wenn der Käufer die Rechte oder Ansprüche bei Vertragsschluss kannte oder hätte kennen müssen. Das legt den Gegensatz nahe, dass – wie im CISG – andere Rechtsmängel (i.S.v. Art. 102 Abs. 1 GEK) auch bei Kennen oder Kennenmüssen zur Haftung des Verkäufers führen; Art. 102 Abs. 3 GEK hätte sonst neben Art. 104 GEK keinerlei eigenständigen Regelungsgehalt. Allerdings scheint es ebenso möglich, dass die für Unternehmer geltende Regelung des Art. 102 Abs. 3 GEK lediglich als Gegensatz zur für Verbraucher geltenden Regelung des Art. 102 Abs. 4 GEK gedacht war, also verdeutlichen sollte, dass einem unternehmerischen Käufer in Bezug auf Rechte und Ansprüche aus geistigem Eigentum nicht nur Kenntnis, sondern auch Kennenmüssen schadet, und an der allgemeinen Regelung des Art. 104 GEK nichts ändern sollte. Eine dritte Deutungsmöglichkeit ergibt sich bei einem Blick auf den englischen und französischen Text. Nach Art. 104 GEK schadet es dem Käufer nur, wenn er „could not have been unaware of the lack of conformity“ bzw. „ne pouvait pas ignorer le défaut de conformité“, während Art. 102 Abs. 3 GEK seine Rechte schon dann ausschließt, wenn er „could be expected to have known of the right or claims based on intellectual property“ bzw. „pouvait être censé avoir connaissance des droits ou prétentions fondés sur la propriété intellectuelle“. Danach würde für normale Rechtsmängel der Standard des Art. 104 GEK gelten, nach dem die Käuferrechte nur bei mindestens grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen sind, während für einen Ausschluss der Haftung in Bezug auf Rechte und Ansprüche aus geistigem Eigentum einfache Fahrlässigkeit genügen würde. Dies scheint die sinnvollste Auslegungsvariante, ist doch die Haftung des Verkäufers in Bezug auf Rechte und Ansprüche aus geistigem Eigentum generell schwächer ausgestaltet als in Bezug auf andere Rechtsmängel. Diese Auslegung kommt freilich nur in

⁷⁷ Siehe oben Rn. 23 ff. sowie *Gsell* (Fn. 11), 229, 247.

⁷⁸ Der französische Text entspricht dagegen dem deutschen.

Betracht, wenn die englische und französische, nicht aber die deutsche Textfassung richtig ist.

e) Arglist des Verkäufers und Übernahme einer Garantie

Art. 104 GEK greift seinem Wortlaut nach auch ein, wenn der Verkäufer die Vertragswidrigkeit arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Vertragsmäßigkeit der Ware übernommen hat. In Bezug auf die Arglist entspricht dies den Regelungen in der VerbrGüterKRiL⁷⁹, im CISG und im DCFR. Die Kommentatoren zum CISG nehmen allerdings an, dass dem Käufer bei Arglist des Verkäufers nur positive Kenntnis schadet, und stützen dies auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 7 Abs. 1 CISG) und eine Analogie zu Art. 40 CISG, nach dem der Verkäufer sich nicht auf eine Verletzung der Rügeobliegenheit durch den Käufer berufen kann, wenn er die Tatsachen, die zur Vertragswidrigkeit führen, kannte oder über sie nicht in Unkenntnis sein konnte und sie dem Käufer nicht offenbart hat.⁸⁰ Die Verfasser des DCFR erkannten zwar das Arglist-Problem.⁸¹ Der Ausschluss der Rechte des Käufers, wenn dieser „could reasonably be assumed to have known of the lack of conformity“, sollte aber nur Fälle erfassen, in denen mit hoher Wahrscheinlichkeit Kenntnis vorlag, bloß nicht beweisbar war.⁸² Deshalb wurde eine Ausnahme bei Arglist wohl für entbehrlich gehalten. Ganz anders liegt das nach dem GEK, wo dem Käufer – je nach Sprachfassung – schon einfache oder grobe Fahrlässigkeit schadet. Es wäre schwerlich angemessen, dem Käufer, der die Vertragswidrigkeit fahrlässig nicht erkennt, gegenüber dem arglistig handelnden Verkäufer keine Rechte einzuräumen. Wie im CISG ist daher anzunehmen, dass sich der Verkäufer nach Treu und Glauben (Art. 2 GEK) nicht darauf berufen kann, dass der Käufer die Vertragswidrigkeit hätte kennen müssen, wenn ihm selbst Arglist zur Last fällt. Auf eine Verletzung der Rügeobliegenheit kann sich der Verkäufer nach Art. 122 Abs. 6 GEK sogar dann nicht berufen, wenn er die Vertragswidrigkeit lediglich hätte kennen müssen und sie dem Käufer nicht offengelegt hat.

Bedenklich ist auch, dass Art. 104 GEK – anders als § 442 Abs. 1 S. 2 BGB – keine Ausnahme für den Fall enthält, dass der Verkäufer eine Garantie übernommen hat. Auch dann scheint es nicht angemessen, die Rechte des Käufers schon bei fahrlässiger Unkenntnis auszuschließen. Im CISG und im DCFR stellt sich dieses Problem nicht, da dort der Ausschluss der Käuferrechte nicht gilt, soweit sich die Vertragswidrigkeit aus einer vertraglichen Vereinbarung ergibt. Man sollte daher im Rahmen der Frage, ob der Käufer die Vertragswidrigkeit hätte kennen müssen, berücksichtigen, ob der Verkäufer eine Garantie übernommen hat. Ist das der Fall, darf sich der Käufer in aller Regel auf diese Garantie verlassen und deshalb annehmen, dass die Sache der Garantie entspricht oder der Verkäufer zumindest bis zum Gefahrübergang einen der Garantie entsprechenden Zustand herstellen wird. Ein Kennenmüssen liegt dann nicht vor, so dass der Tatbestand von Art. 104 GEK nicht erfüllt ist.

⁷⁹ Das nationale Recht kann aber nach Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL für den Verbraucher günstigere Regelungen treffen und deshalb Ausnahmen von Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL zulassen; siehe MünchKomm/Lorenz (Fn. 40), Vor § 474 Rn. 14 Fn. 65; Pfeiffer, in: NK-BGB (Fn. 73), Art. 2 KaufRL Rn. 24.

⁸⁰ MünchKomm/Benicke (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 23; Schwenzler (Fn. 10), Art. 35 Rn. 37; Staudinger/Magnus (Fn. 10), Art. 35 CISG Rn. 52.

⁸¹ Siehe Note 3 zu Art. IV.A.-2:307 DCFR.

⁸² Siehe Comment B zu Art. IV.A.-2:307 DCFR.

3. Unterlassene Mitteilung der Vertragswidrigkeit (Art. 122 GEK)

- 64 Art. 121 f. GEK statuieren eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Verkäufers nach Art von § 377 HGB. Sie gelten nur für Verträge zwischen Unternehmern (siehe auch Art. 106 Abs. 2 Buchst. b und Abs. 3 Buchst. b GEK). Verletzt der Käufer die Rügeobliegenheit, kann er sich nicht auf die Vertragswidrigkeit berufen. Eine Ausnahme gilt nach Art. 122 Abs. 6 GEK, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die der Verkäufer kannte oder hätte kennen müssen und dem Käufer nicht offengelegt hat.⁸³

4. Vertraglicher Haftungsausschluss

- 65 Für Verträge zwischen Unternehmern besteht nach Art. 1 GEK Vertragsfreiheit in den allgemeinen Grenzen insbesondere der Art. 79 ff., 86 GEK. Bei Verbraucherverträgen kann dagegen vielfach von den Regeln des GEK nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden; im Rahmen dieses Beitrags sind insofern vor allem Art. 99 Abs. 3⁸⁴ und Abs. 4⁸⁵, Art. 101 Abs. 2, Art. 105 Abs. 5 und Art. 108 GEK relevant.⁸⁶
- 66 Ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, in Verbraucherkauferträgen keinen Haftungsausschluss für nicht vertragsgemäße Leistungen zuzulassen, ist sehr zweifelhaft.⁸⁷ Im Rahmen des GEK ist es freilich konsequent, da nach Art. 7 Abs. 1 VerbrGüterKRiL die nationalen Rechte einen solchen Haftungsausschluss nicht zulassen dürfen. Wäre es im GEK anders, könnte eine grundlegende Wertung der VerbrGüterKRiL umgangen werden, indem die Parteien die Anwendung des GEK vereinbaren. Doch sollte die Erforderlichkeit zwingender Regelungen zugunsten der Verbraucher grundlegend überdacht werden. Derartige Regelungen führen dazu, dass bestimmte fehleranfällige Produkte, wie etwa alte Gebrauchtwagen, nicht mehr angeboten werden, weil sich eine genaue Feststellung des Sachzustands vor Vertragsschluss für den Verkäufer nicht lohnt und er deshalb eine Risikoprämie verlangen müsste, die prohibitiv wirkt. Ein fachkundiger Käufer mit wenig Geld, der sich zutraut, den Sachzustand vor Vertragsschluss gut zu beurteilen und etwaige Mängel selbst zu beheben, wird dadurch faktisch vom Markt ausgeschlossen. Es spricht viel dafür, dass dies zum Zweck eines effektiven Verbraucherschutzes nicht erforderlich ist, sondern eine Inhaltskontrolle von Gewährleistungsbeschränkungen und -ausschlüssen genügen würde.

5. Heilung (Art. 109 GEK)

- 67 Art. 109 GEK gibt dem Verkäufer ein Recht zur Heilung einer Vertragswidrigkeit.⁸⁸ Eine wesentliche Neuerung ist, dass die Norm nicht für Verbraucherverträge gilt (Art. 106 Abs. 3 Buchst. a GEK). Ob das rechtspolitisch sinnvoll ist, ist zweifelhaft.⁸⁹ Bedenklich scheint insbesondere, dass die Parteien nach Art. 108 GEK nicht einmal privatautonom ein Recht zur Heilung vereinbaren können. Erstaunlich ist auch

⁸³ Siehe näher *Faust* (Fn. 3), 251, 270 ff.

⁸⁴ Siehe dazu oben Rn. 23 ff.

⁸⁵ Die Norm ist eigentlich überflüssig, da sich schon aus Art. 99 Abs. 3 GEK selbst seine Unabdingbarkeit ergibt; siehe *Gsell* (Fn. 11), 229, 239 Fn. 32.

⁸⁶ Siehe zu Unklarheiten *Faust* (Fn. 3), 251, 275 f.

⁸⁷ Ablehnend *Gsell* (Fn. 11), 229, 243, 245.

⁸⁸ Siehe näher *Faust* (Fn. 3), 251, 267 ff.

⁸⁹ Vgl. *Dauner-Lieb/Quecke* (Fn. 62), 135, 148 zum DCFR.

die Ungleichbehandlung von Verbraucherkaufverträgen und unternehmerischem Geschäftsverkehr. Zwar birgt ein Recht zur Heilung insbesondere für Verbraucher das Risiko, dass sie in Unkenntnis dieses Rechts die Vertragswidrigkeit voreilig selbst beseitigen; doch kann man diese Gefahr durch eine sachgerechte Regelung der Selbstvornahmeproblematik entschärfen. Auf der anderen Seite sind im unternehmerischen Geschäftsverkehr Schnelligkeit und Leichtigkeit von besonderer Bedeutung, und deshalb würde viel dafür sprechen, gerade dort auf ein Recht zur Heilung zu verzichten. So schließt etwa § 478 Abs. 1 BGB im Unternehmerregress eine Heilung durch den Verkäufer aus.

Art. 109 Abs. 4 GEK ordnet drei Ausnahmen von dem Recht zur Heilung an: Der Käufer kann das Angebot des Verkäufers zur Heilung ablehnen, wenn (1.) die Heilung nicht umgehend und nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer bewirkt werden kann oder (2.) der Käufer Grund zu der Annahme hat, dass er sich nicht auf die künftige Leistung durch den Verkäufer verlassen kann, oder (3.) eine verspätete Erfüllung einer wesentlichen Nichterfüllung gleichkäme. Misslich ist, dass ein allgemeiner Unzumutbarkeitstatbestand fehlt, der z. B. eingreift, wenn die Sache infolge ihres Mangels beim Käufer erheblichen Schaden angerichtet hat, ihm etwa schwere Verletzungen zugefügt hat. **68**

Über die Art und Weise der Heilung entscheidet der Verkäufer. Das ist konsistent mit der Tatsache, dass – außer bei Verbraucherkaufverträgen, bei denen es ohnehin kein Recht des Verkäufers zur Heilung gibt – der Käufer auch im Rahmen seines Anspruchs auf Abhilfe nicht über die Art der Nacherfüllung entscheiden kann. **69**

Die Regelungstechnik des GEK, ein eigenes Recht des Verkäufers zur Heilung zu statuieren, scheint unnötig kompliziert. Vorzugswürdig wäre es, wie in der VerbrGüterKRiL nicht ein Recht des Verkäufers zur Heilung zu begründen, sondern die Rechtsbehelfe des Käufers vom fruchtlosen Ablauf einer Frist abhängig zu machen. **70**

6. Verjährung (Art. 178-186 GEK)

Die Verjährung ist in Art. 178 bis 186 GEK geregelt. Die Regelungen haben wenig mit denjenigen des UN-Übereinkommens über die Verjährung beim internationalen Warenkauf⁹⁰, mit Art. 5 Abs. 1 VerbrGüterKRiL und Art. III.-7:101 ff. DCFR gemein. **71**

Der Verjährung unterliegen nach Art. 178 GEK das Recht, die Erfüllung einer Verpflichtung zu vollstrecken, und etwaige Nebenrechte. Art. 179 GEK statuiert zwei Verjährungsfristen, deren Verhältnis zueinander aus dem Text nicht klar hervorgeht: Es handelt sich dabei nicht um für unterschiedliche Ansprüche geltende Fristen, sondern um parallel laufende. Die kurze, zweijährige Verjährung beginnt nach Art. 180 Abs. 1 GEK erst, wenn der Gläubiger von den das Recht begründenden Umständen Kenntnis erhält oder erhalten müsste⁹¹, während die lange, zehn- bzw. dreißigjährige Frist nach Art. 180 Abs. 2 GEK mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Schuldner leisten muss bzw. die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung erfolgt. Die lange Frist stellt damit eine Höchstfrist dar, die zum Tragen kommt, wenn der Gläubiger von den das Recht begründenden Umständen erst nach mehr als acht bzw. achtund- **72**

⁹⁰ Abrufbar unter http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit_conv_E_Ebook.pdf und kommentiert von Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 10), 1026 ff.

⁹¹ Restriktiver möglicherweise der französische Text: „a pris, ou peut être présumé avoir pris, connaissance“.

zwanzig Jahren Kenntnis erlangt oder erlangen muss. Eine zweijährige Frist mit subjektivem Beginn mag dem deutschen Juristen in Bezug auf Gewährleistungsrechte sehr lang erscheinen. Größere Probleme dürfte sie allerdings nicht mit sich bringen, da die die Rechte begründende Vertragswidrigkeit ja schon bei Gefahrübergang vorliegen muss (Art. 105 GEK) und – wie aus Art. 105 Abs. 2 GEK folgt – die Beweislast hierfür prinzipiell der Käufer trägt.

- 73** Art. 181 bis 183 GEK statuieren Hemmungstatbestände bei der Einleitung von Verfahren zur Durchsetzung des Rechts, bei Verhandlungen und im Fall fehlender Geschäftsfähigkeit, wobei der Begriff der Geschäftsfähigkeit sich nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet (Begründungserwägung 27 GEK-VO). Im Fall eines Anerkenntnisses beginnt (nur) die kurze Verjährung gemäß Art. 184 GEK von neuem.
- 74** Nach Eintritt der Verjährung hat der Schuldner gemäß Art. 185 GEK ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Rechtsbehelfe des Gläubigers wegen Nichterfüllung sind an die Verjährung des Erfüllungsanspruchs gekoppelt; nach deren Eintritt verliert der Gläubiger also z. B. auch das Recht zur Beendigung des Vertrags. Lediglich zur Zurückhaltung seiner Leistung ist er auch nach Eintritt der Verjährung berechtigt.
- 75** Bei Verbraucherverträgen sind die Verjährungsregeln zugunsten des Verbrauchers halbzwingend (Art. 186 Abs. 5 GEK), sonst innerhalb der Grenzen des Art. 186 GEK dispositiv.
- 76** Nicht geregelt ist leider die praktisch äußerst wichtige und in Deutschland lebhaft umstrittene⁹² Frage, ob im Fall der Nacherfüllung die Verjährung erneut beginnt. Hat der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch anerkannt, folgt der Neubeginn der kurzen Verjährung aus Art. 184 GEK. Erklärt er aber, lediglich „aus Kulanz“ nachzuerfüllen, ist Art. 184 GEK nicht einschlägig, da der Verkäufer das Bestehen des Anspruchs gerade nicht anerkennt. Im übrigen führt Art. 184 GEK lediglich zum Neubeginn der kurzen Verjährung, und wenn die Nacherfüllung kurz vor Ablauf der langen Verjährung erfolgt, ist dem Käufer hiermit nicht gedient. Dass der Käufer nach Art. 185 Abs. 1 GEK mit Eintritt der Verjährung alle Abhilfen wegen Nichterfüllung – zu denen nach Art. 106 Abs. 1 Buchst. a, 110 Abs. 2 GEK auch die Nacherfüllung gehört – verliert, spricht dafür, dass die (nicht vertragsgemäße) Nacherfüllung keine neue Verjährung in Lauf setzt. Das kann freilich für den Käufer eine erhebliche Härte bedeuten, etwa wenn der Verkäufer, ohne ein Anerkenntnis abzugeben, kurz vor Eintritt der Verjährung nicht vertragsgemäße Ersatzware liefert. Der Gedanke eines effektiven Verbraucherschutzes (Art. 1 Abs. 3 GEK-VO) spricht daher entscheidend dafür, mit der Vornahme der Nacherfüllung die Verjährungsfristen neu beginnen zu lassen.

V. Fazit

- 77** Das Leistungsstörungenrecht des GEK bewegt sich meist auf vertrauten Bahnen; fast alle Regelungen finden sich in ähnlicher Form im CISG, in der VerbrGüterKRiL oder im DCFR. Der wohl gravierendste Einschnitt ist, dass bei Verbraucherkauferträgen der Verkäufer kein Recht zur Heilung hat. Aus deutscher Sicht stellt dies eine Rückkehr zur Zeit vor der Schuldrechtsreform dar, verschärft noch dadurch, dass ein

⁹² Siehe *Faust* (Fn. 19), § 438 Rn. 59; *Menges*, Verjährungsfolgen der kaufrechtlichen Nacherfüllung, 2008.

Vorrang der Nacherfüllung nicht privatautonom vereinbart werden kann. Das begegnet erheblichen Bedenken.

Die Ausarbeitung des GEK hätte die Chance geboten, viele Zweifelsfragen, die sich bei der Anwendung des CISG und vor allem der zur Umsetzung der VerbrGüterKRiL dienenden nationalen Rechte ergeben haben, zu klären. Leider wurde diese Chance nur selten wahrgenommen; rühmliche Ausnahme ist Art. 99 Abs. 3 GEK, der die Zulässigkeit von Beschaffensvereinbarungen bei Verbraucherkaufverträgen beschränkt⁹³. Nicht geregelt wurden dagegen beispielsweise die Reichweite der Vermutung des Art. 105 Abs. 2 GEK⁹⁴, der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs⁹⁵, die Verjährung im Fall mangelhafter Nacherfüllung⁹⁶ und vor allem die Haftung eines Händlers für Fehler bei der Herstellung⁹⁷. An zahlreichen Stellen entsteht durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „angemessen“ oder „nicht offensichtlich unbegründet“ vermeidbare Rechtsunsicherheit. Das ist besonders misslich, weil das GEK nur zur Anwendung kommt, wenn die Parteien dies vereinbaren, und deshalb auf die Akzeptanz in den maßgeblichen Verkehrskreisen angewiesen ist, und weil es in einer Fülle unterschiedlicher Rechtsordnungen, von Richtern mit ganz unterschiedlichem Vorverständnis, angewandt werden soll. Rechtspolitisch ist zu beklagen, dass Verbrauchern auch nach dem GEK jegliche Risikogeschäfte verwehrt sind.

Nahezu fassungslos steht man vor der Schlamperei, die bei der Herstellung der unterschiedlichen Sprachfassungen geherrscht hat⁹⁸. Man kann sich keinesfalls auf eine Fassung verlassen, sondern muss stets die drei vorliegenden Fassungen vergleichen. Selbst wenn man berücksichtigt, dass es sich beim vorliegenden Text noch um einen Entwurf handelt, ist das nicht akzeptabel, und man fragt sich mit Schrecken, welche Abweichungen sich erst ergeben werden, wenn der Text in allen Amtssprachen vorliegt. Es wäre schade, wenn das GEK dadurch von Anfang an diskreditiert würde. Es gibt vieles, worüber sich die Diskussion lohnt – von der Kompetenz der Europäischen Union für den Erlass eines Gemeinsamen Kaufrechts über dessen Sinnhaftigkeit und das angemessene Verbraucherschutzniveau bis hin zum Inhalt einzelner Normen. Darüber, ob der englische oder der deutsche Text der richtige ist, sollte man jedenfalls nicht streiten müssen. Es wäre sehr zu wünschen, dass die Kommission in Zukunft nicht legislative Sorgfalt um eines schnellen politischen Erfolgs willen opfert.

⁹³ Siehe oben Rn. 23 ff.

⁹⁴ Siehe oben Rn. 38.

⁹⁵ Siehe oben Rn. 41.

⁹⁶ Siehe oben Rn. 76.

⁹⁷ Siehe oben Rn. 51 ff.

⁹⁸ Siehe oben Rn. 16, 58 und 60 f.

Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung

Christiane Wendehorst

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	192
II. Schadensersatz und Zinsen	192
1. Schadensersatz	193
a) System des Schadensersatzes.....	193
aa) Übernahme des <i>acquis commun</i>	193
bb) Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden	194
cc) Vertragsstrafen	194
b) Anwendungsbereich von Kapitel 16.....	195
aa) Anwendbarkeit auf andere Pflichten als primäre Leistungs-	
pflichten?	195
bb) Bedeutung für spezielle Anspruchsgrundlagen.....	196
2. Verzugszinsen	196
a) Aufbaufragen	196
b) Zinslauf bei Verbraucherverträgen	197
III. Rückabwicklung	197
1. Teil VII im Gesamtkontext des GEK	198
a) Überbetonung von Randproblemen	198
b) Mangelnde Abstimmung mit dem System der Rechtsbehelfe	199
c) Schweigen hinsichtlich praktisch wichtiger Rechtsprobleme.....	199
2. Einzelprobleme innerhalb von Teil VII.....	200
a) Waren	200
aa) Wertersatz	200
bb) Surrogate	201
cc) Aufwendungen.....	202
dd) Nutzungen	202
b) Digitale Inhalte	203
c) Verbundene Dienstleistungen	203
3. Konsequenzen aus dem Befund	204
IV. Thesen.....	204

I. Einführung

- 1 Teil VI des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK) in der Fassung des Kommissionsentwurfs vom 11. Oktober 2011¹ ist Schadensersatz und Zinsen gewidmet, Teil VII dann der Rückabwicklung und Teil VIII der Verjährung. Verglichen mit den vorangehenden Teilen sind sie relativ knapp ausgefallen. Auch im Stil heben sie sich von den ersten fünf Teilen etwas ab. Gerade bei den Vorschriften zu Schadensersatz, Zinsen und Rückabwicklung, die den Gegenstand dieses Beitrags bilden, ist dieser Umstand bemerkenswert, weil sie eigentlich einen integralen Bestandteil des in den Teilen IV und V entworfenen Systems von Rechtsbehelfen darstellen. Sie wurden allein aufgrund ihrer Multifunktionalität – Schadensersatz, Zinsen und Rückabwicklung stehen prinzipiell bei verschiedenen Vertragsverletzungen zur Verfügung – gleichsam hinter die Klammer gezogen.
- 2 Ob diese Entscheidung so glücklich war, muss mit einem Fragezeichen versehen werden. Zwar ist die Regelungstechnik im Prinzip vom UN-Kaufrecht (CISG)² her bekannt und bewährt, doch ging die Eleganz und Anwenderfreundlichkeit, die sowohl die UNIDROIT Principles (PICC)³ als auch das europäische Vertragsrecht seit den Principles of European Contract Law (PECL)⁴ ausgezeichnet haben, dadurch verloren.⁵ Verbrauchern, für welche die CISG ohnehin nie anwendbar war, wäre die klarere Struktur sehr entgegengeworfen, und Unternehmern, die sich an die CISG gewöhnt haben könnten, soll mit dem GEK ja gerade eine attraktive Alternative geboten werden.⁶ Es erscheint daher insgesamt bedauerlich, dass die Rechtsbehelfe auf diese Art und Weise zerrissen wurden.

II. Schadensersatz und Zinsen

- 3 Teil VI des Kommissionsentwurfs besteht lediglich aus Kapitel 16, das seinerseits in drei Abschnitte zerfällt. Davon ist der erste dem Schadensersatz, die beiden anderen dagegen sind den Verzugszinsen gewidmet. Auch wenn Schadensersatz einerseits und Verzugszinsen andererseits der Sache nach eng miteinander verknüpft sind, handelt es sich doch um ganz unterschiedliche Materien, die getrennt voneinander behandelt werden sollten.

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. Artikel, die in diesem Beitrag ohne weitere Bezeichnung angeführt werden, sind solche aus Annex I zu diesem Dokument.

² Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) vom 11. April 1980 (BGBl. 1989 II 588 i.d.F. BGBl. 1990 II 1699).

³ UNIDROIT Grundregeln der Internationalen Handelsverträge, 2010.

⁴ *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law – Part I and II, 2000; sowie *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann*, Principles of European Contract Law – Part III, 2003. Von diesen existieren mittlerweile auch deutschsprachige Ausgaben, nämlich v. *Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, 2002; sowie Teil III, 2005.

⁵ I.d.S. auch *Vu/S. Jansen/Samoy*, ERPL 2011, 859 ff.; *Storme*, Juristenkrant 2011, 16, sowie *ders.*, ERPL 2011, 343 (Editorial).

⁶ Vgl. Begründung des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 1), 1 ff.

1. Schadensersatz

Der Abschnitt über Schadensersatz enthält als solcher wenige Überraschungen. Er bewegt sich im Rahmen dessen, was angesichts der verwendeten Vorlagen – CISG, PICC, PECL, Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁷ und zuletzt vor allem die Machbarkeitsstudie der von der Europäischen Kommission eingesetzten Experten-
gruppe (FSECL)⁸ – zu erwarten war und bereits so etwas wie *acquis commun* dar-
stellt, an dem zu rütteln sich nicht empfohlen hätte.⁹ 4

a) System des Schadensersatzes

aa) Übernahme des *acquis commun*

So sieht auch der Vorschlag eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht für die Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen vor, die in vierfacher Hinsicht eingeschränkt ist: Erstens kann der Schuldner einwenden, dass die Nichterfüllung entschuldigt war,¹⁰ weil sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs dieser Partei liegenden Hindernis beruhe und es von ihm nicht erwartet werden konnte, das Hindernis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht zu ziehen oder das Hindernis oder dessen Folgen zu vermeiden oder zu überwinden (Art. 159 Abs. 1 i.V.m. Art. 88 Abs. 1). Vielleicht wäre es gut, wenn der Anwender darauf hingewiesen würde, dass sich die Definition von „entschuldigt“¹¹ in Art. 88 finden lässt; an anderen Stellen, namentlich in Art. 142 Abs. 3 und in Art. 168 Abs. 1, ist ein solcher Hinweis erfolgt. Zweitens haftet der Schuldner nur für einen solchen Schaden, den er bei Vertragsschluss als mögliche Folge der Nichterfüllung hätte voraussehen können (Art. 161). Drittens und viertens schließlich erfährt der Schadensersatzanspruch eine entsprechende Reduktion im Fall einer Mitverursachung des Schadens durch den Gläubiger¹² (Art. 162) oder bei dessen Verstoß gegen die Obliegenheit, den Schaden zu mindern 5

⁷ v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, 2009.

⁸ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback), abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (letzter Zugriff: 7.3.2012); vgl. auch die Version dieses Dokumentes vom 19.8.2011 abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf (letzter Zugriff 7.3.2011).

⁹ Einen Vergleich der Rechtsbehelfe im GEK und in den vorangehenden Harmonisierungsentwürfen nehmen etwa *Vu/S. Jansen/Samoy*, ERPL 2011, 855 ff., vor.

¹⁰ Zur entschuldigten Nichterfüllung ausführlich *Schopper*, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011, 2012 107, 112 ff.

¹¹ Zu dieser Formulierung kritisch *Koch*, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011, 2012, 225, 231.

¹² Zu den Tatbestandsmerkmalen „the creditor contributed to the non-performance“ und „the creditor contributed to the effects of the non-performance“ vgl. *Mozina*, in: Schulze, Common European Sales Law – Commentary, 2012 (im Erscheinen), Art. 162, 11 f. (Manuskript).

(Art. 163).¹³ Weitere Vorschriften betreffen die Berechnung des Ersatzes auf der Grundlage eines realen (Art. 164) oder fiktiven (Art. 165) Deckungsgeschäfts.¹⁴

bb) Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden

- 6 Eine gezielt vorgenommene Abweichung – übrigens auch im Vergleich zur FSECL¹⁵ – betrifft die Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden. Dies erkennt man zwar leider nicht aus Kapitel 16, das mit dem Hinweis auf die Ersatzfähigkeit künftiger Verluste¹⁶ (Art. 159 Abs. 2) nur einen Teil des relevanten Schadensbegriffs enthält, und auch nicht aus einer sonstigen Bestimmung des Annex I.¹⁷ Wohl erhellt es aber aus der Definition von „Verlust“ in Art. 2 lit. c des Verordnungsvorschlags selbst, wonach Ersatz für immaterielle Schäden zwar für Schmerzen und Leid, nicht aber für Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangene Freude verlangt werden könne.¹⁸
- 7 Die Entscheidung, gewisse Nichtvermögensschäden aus dem Kreis ersatzfähiger Schäden herauszunehmen, ist eine rechtspolitische Entscheidung, die zu akzeptieren und in meinen Augen auch zu begrüßen ist.¹⁹ Die Ansichten darüber, ob etwa ein defekter Fernseher einen so signifikanten Verlust an Lebensqualität bedeutet, dass allein dafür Schadensersatz verlangt werden kann, dürften zu unterschiedlich sein als dass man Richter aus mehr als 27 Staaten damit konfrontieren sollte. Die Abgrenzung im Einzelfall dürfte freilich äußerst schwierig sein, und die Definition muss unbedingt klarer gefasst werden.²⁰ Auch wäre es im Sinne der Anwenderfreundlichkeit fast unumgänglich, den zugrundeliegenden Schadensbegriff im Annex I, und möglichst (auch) in Art. 159 selbst klarzustellen.

cc) Vertragsstrafen

- 8 Nicht von der FSECL übernommen wurde auch der dort noch zu findende eigene Abschnitt über Vertragsstrafen und Schadenspauschalen, der insbesondere bei exzes-

¹³ Dazu ausführlich und teils kritisch *Koch* (Fn. 11), 233 f. Zum Begriff der „reasonable steps to reduce the loss“ vgl. *Mozina* (Fn. 12), Art. 163, 13 f. (Manuskript).

¹⁴ Kritisch im Hinblick auf Art. III.–3:707 DCFR, in dem sich eine inhaltlich gleiche Lösung finden lässt, *Ackermann*, in: Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, 2009, 36 ff. Vgl. auch *Vu/S. Jansen/Samoy*, ERPL 2011, 865.

¹⁵ Vgl. Art. 2 Punkt 12 FSECL. Anders bereits in der Fassung vom 19.8.2011, vgl. Art. 5 Punkt 3.

¹⁶ Mit der Ausnahme eines unentgeltlichen Vertrags über Bereitstellung der digitalen Inhalte: hier haftet der Schuldner lediglich für einen positiven Schaden; vgl. Art. 107; zum Begriff der künftigen Verluste vgl. *Mozina* (Fn. 12), Art. 160, 6 (Manuskript).

¹⁷ Kritisch zur Auslagerung der Definition des Verlustes in Art. 2 des VO-Entwurfs auch *Koch* (Fn. 11), 225 f.

¹⁸ Vgl. dazu auch *Koch* (Fn. 11), 226 f.

¹⁹ Kritisch jedoch im Hinblick auf den Verkehr zwischen Verbrauchern und Unternehmern The Law Commission and The Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems*, abrufbar unter http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf (letzter Zugriff: 7.3.2012), 64 f., insbesondere Rn. 4.147, weil diese Entwicklung zur Reduktion des Verbraucherschutzes führe; vgl. auch *Koch* (Fn. 11), 226 f. m.w.N., der hervorhebt, dass das Aufnehmen von Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangener Freude in die Definition des Verlustes eine massive Schiefelage mit den meisten nationalen Rechtsordnungen herbeiführe.

²⁰ I.d.S. wohl auch *Mozina* (Fn. 12), Art. 160, 5 (Manuskript); vgl. auch *Koch* (Fn. 11), 227, der bei der jetzigen Fassung der Definition des Verlustes „etwa *danno biologico* oder ähnliche Varianten des *danno extrapatrimoniale*“ als Zweifelsfälle hervorhebt.

siv hohen Strafen bzw. Pauschalen eine Reduktionsmöglichkeit vorsah.²¹ Diese Aufgabe muss nunmehr im Rahmen der Klauselkontrolle geleistet werden (vgl. für Verbraucherverträge Art. 85 lit. e). Vor allem im unternehmerischen Verkehr hat dies freilich die missliche Konsequenz, dass die Pönalklausel, wenn ein Gericht sie *ex post* für exzessiv und daher missbräuchlich befinden sollte, ganz wegfällt, also auch kein angemessener Betrag mehr geschuldet ist: Der Entwurf hat sich in Kapitel 3 wohl gegen eine geltungserhaltende Reduktion und für die in Deutschland mehrheitlich vertretene Ansicht entschieden, dass eine inhaltlich missbilligte Klausel insgesamt unwirksam ist.²² Mir erscheint diese Lösung, die sich übrigens auch zuungunsten eines Verbrauchers auswirken kann, mindestens bei Vertragsstrafen als weniger sachgerecht als die Reduktionsmöglichkeit. Es sollte daher erwogen werden, wieder eine entsprechende Vorschrift in Kapitel 16 aufzunehmen.²³

b) Anwendungsbereich von Kapitel 16

Erheblicher Klärungsbedarf scheint mir hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Art. 159 ff. zu bestehen.²⁴ Wie nicht zuletzt die Aufzählung von Fallgruppen der Nichterfüllung in Art. 87 Abs. 1 nahelegt, ist auch Kapitel 16 in allererster Linie auf die Nichterfüllung primärer, vertraglicher Leistungspflichten zugeschnitten, wie etwa der Pflicht zur Lieferung der Waren oder zur Zahlung des Kaufpreises.

aa) Anwendbarkeit auf andere Pflichten als primäre Leistungspflichten?

Unklar ist aber bereits, ob Kapitel 16 auch die Nichterfüllung anderer als primärer Leistungspflichten erfasst. Ein Beispiel hierfür wäre die aus Art. 172 Abs. 1 folgende Verpflichtung zur Rückgabe der erlangten Ware im Falle der Anfechtung oder der Beendigung des Vertrags. Kann also der Käufer, bei dem die Ware untergegangen ist und der diese nicht mehr zurückgeben kann, gegebenenfalls nicht nur nach Art. 173 auf Wertersatz, sondern zusätzlich nach Art. 159 auf Schadensersatz verklagt werden? Und falls diese Frage zu bejahen sein sollte, wie sollten dann etwa Art. 88 über die Entschuldigung oder Art. 161 über die Vorhersehbarkeit des Schadens gehandhabt werden, da diese Vorschriften doch eindeutig auf primäre Leistungspflichten zugeschnitten sind? Die bessere Lösung scheint es mir zu sein, Art. 173 als abschließende Regelung anzusehen und die Frage weitergehenden Schadensersatzes nationalem Deliktsrecht zu überlassen, dessen Ergebnisse natürlich oft von der Eigentumsfrage abhängen werden.

Noch weitergehend stellt sich die Frage, ob Kapitel 16 auch bei der Verletzung klassischer Nebenpflichten eingreifen kann, wie etwa Schutz-, Aufklärungs- und Treuepflichten, die sich aus einer individuellen Auslegung des Vertrags ergeben mögen. Dagegen spricht die Wortwahl *obligation* anstelle des weiteren Begriffs *duty* und die Herkunft der Vorschriften aus dem Bereich der *remedies for non-performance*. Dies könnte es auch erklären, warum etwa bei der Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2, *duty*) eine spezielle Schadensersatzpflicht

²¹ Vgl. Art. 170 ff. FSECL; vgl. auch Koch (Fn. 11), 237.

²² Vgl. Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011, 2012, 87, 101.

²³ So auch Mozina (Fn. 12), Art. 159, 3 (Manuskript).

²⁴ I.d.S. auch Koch (Fn. 11), 231.

angeordnet wurde, bei der Verletzung der Kooperationspflicht (Art. 3, *obligation*) dagegen nicht. Allerdings ist der Schadensersatz im Entwurf des GEK, anders noch als in den PECL oder im DCFR, gerade ausgelagert worden, was auf einen weiteren Anwendungsbereich hindeuten könnte.

bb) Bedeutung für spezielle Anspruchsgrundlagen

- 12 Das führt unmittelbar zu der weiteren Frage, in welchem Verhältnis Kapitel 16 zu den Schadensersatzansprüchen steht, die in anderen Vorschriften gesondert erwähnt bzw. geregelt sind. Dies ist nicht nur im Zusammenhang mit dem soeben erwähnten Gebot von Treu und Glauben der Fall (vgl. Art. 2 Abs. 2), sondern auch bei der Verletzung von Informationspflichten (Art. 29 Abs. 1), Bestätigungspflichten (Art. 41 Abs. 3) oder Warnpflichten (Art. 88 Abs. 3), nach Anfechtung (Art. 55), Mangelfolgeschäden (Art. 107) oder Zahlung durch Dritte (Art. 127 Abs. 4).
- 13 Es ist kaum denkbar, dass etwa die Vorschriften über die Entschuldigung (Art. 88), über die Beschränkung der Ersatzpflicht auf den vorhersehbaren Schaden (Art. 161) oder über die Kürzung wegen Mitverursachung (Art. 162) oder Verstoß gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung (Art. 163) für derartige Schadensersatzansprüche nicht gelten sollten. Insoweit wird eine sinngemäße Anwendung erforderlich sein. Bei einer direkten Anwendung würde sich dagegen das Problem stellen, dass viele der genannten Vorschriften auf die Sichtweise zum Zeitpunkt des Vertragschlusses u.s.w. abstellen, was für die Sondertatbestände nicht unbedingt passt. Auch erscheint es fraglich, inwieweit Art. 160 über die Bemessung des Schadensersatzes anwendbar bleibt. Zwar vermeidet der Entwurf die Differenzierung zwischen Erfüllungsinteresse und Vertrauensinteresse, doch hat man zumindest den Eindruck, dass die Formulierung von Art. 160 auf das Erfüllungsinteresse gemünzt ist.

2. Verzugszinsen

- 14 Auch bei den Abschnitten zu Verzugszinsen stellt sich das Problem des Anwendungsbereichs, sind sie doch – ganz wie der Abschnitt zum Schadensersatz – im Kontext der Nichterfüllungsvorschriften zu sehen. Immerhin wird hier aus dem Gesamtkontext deutlich, dass jede Art von Zahlungspflicht erfasst sein muss.

a) Aufbaufragen

- 15 Die Abschnitte über Verzugszinsen sind allerdings extrem verwirrend aufgebaut und müssen unbedingt redaktionell überarbeitet werden, um Auslegungsfehler zu vermeiden. Insbesondere ist das Verhältnis von Art. 166, 167 und 168 zueinander für einen Rechtsanwender, der kein für diese Fragen geschultes Auge hat, kaum verständlich.
- 16 Art. 166 stellt sich zunächst einmal auf den ersten Blick als die Grundnorm dar, die besagt, dass ein Schuldner ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit und unabhängig von einer Mahnung seitens des Gläubigers Zinsen schulde, und zwar zu einem bestimmten, in Abs. 2 näher definierten Satz und unbeschadet weitergehender Ansprüche des Gläubigers auf Schadensersatz. Erst nach eingehender Analyse stellt sich heraus, dass diese Grundnorm fast nie in reiner Form zur Anwendung gelangt. Bei Verbraucherverträgen wird sie durch Art. 167 ganz wesentlich verändert: Zinsen sind nur geschuldet, sofern die Nichtleistung nicht entschuldigt ist, der Beginn des Zinslaufes ist von der Fälligkeit weitgehend unabhängig, und ein Zinseszinsverbot ist ausdrücklich

normiert. Aber auch bei Verträgen zwischen Unternehmern²⁵ hat Art. 166 nur wenig Bedeutung: Art. 168 bis 171 enthalten nämlich gänzlich eigenständige Vorschriften für den Fall, dass ein Unternehmer mit der Zahlung eines Preises in Verzug gerät.²⁶ Art. 166 ist in diesem Zusammenhang nicht einmal mehr subsidiär anwendbar. Die scheinbare Grundnorm²⁷ Art. 166 gilt damit nur noch, wenn ein Unternehmer mit einer Zahlung in Verzug gerät, die keinen Preis darstellt, also etwa mit der Zahlung von Schadensersatz oder der Rückzahlung des Kaufpreises nach Verbraucherwider-ruf.

b) Zinslauf bei Verbraucherverträgen

Gemäß Art. 167 Abs. 2 beginnt der Zinslauf bei Verbraucherverträgen erst frühes- 17
tens 30 Tage, nachdem der Gläubiger dem Verbraucher die Verpflichtung zur Zah-
lung von Zinsen und die Höhe dieser Zinsen mitgeteilt hat. Diese Mitteilung kann
allerdings bereits vor Fälligkeit der Zahlung erfolgen. Die Vorschrift verfolgt ein
rechtspolitisch hinnehmbares Regelungsziel,²⁸ indem sie den Verbraucher davor
schützen will, vorschnell mit einer Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen konfrontiert
zu werden. Art. 167 Abs. 2 ist in seiner derzeitigen Fassung allerdings nicht
geeignet, dieses Regelungsziel zu erreichen. Bei entsprechend frühzeitiger Mittei-
lung, die möglicherweise sogar in AGB erfolgen darf, kann Art. 167 Abs. 2 dazu
führen, dass der Verbraucher vom ersten Tag der Fälligkeit an Zinsen schuldet, wäh-
rend er sonst vielfach einen 30-tägigen zinslosen Kredit erhält. Vorzuziehen erscheint
eine Regelung, welche den Zinslauf z.B. 14 Tage nach Eintritt der Fälligkeit begin-
nen lässt.

III. Rückabwicklung

Kapitel 17 über Rückabwicklung ist ein weiterer der „hinter die Klammer gezogenen“ 18
Teile des Kommissionsentwurfs. Er enthält gemeinsame Vorschriften für die
Rückabwicklung nach Anfechtung des Vertrags (Art. 52 ff.) und die Rückabwicklung
nach Vertragsbeendigung²⁹ (ähnlich dem deutschen Rücktritt), während die Rückab-

²⁵ Zu den Verzugszinsen zwischen Unternehmen eingehend *Koch* (Fn. 11), 240 f.

²⁶ Die Aufnahme dieser Vorschriften wird mindestens teilweise als eine Verbesserung der Lage im Vergleich mit Art. 78 CISG empfunden, wo eine derartige Regelung fehlt. So etwa *Lando*, ERPL 2011, 717, 721.

²⁷ Ähnlich wohl *Mozina* (Fn. 12), Art. 166, 19 (Manuskript): „However, art 166 must be read together with the following articles of the Section. Articles 167 and 168 reveal that the basic principle and the rules on interest under art 166 are subject to important exceptions.“

²⁸ A.A. mit eingehender Kritik *Mozina* (Fn. 12), Art. 167, 28 (Manuskript); *Koch*, (Fn. 11), 240; Stellungnahme zur FSECL des österreichischen Bundesministerium für Justiz, 5 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/publication_2011_en.zip; letzter Zugriff 7.3.2012); sowie Austrian Academic Position Paper, 8 (ebenfalls abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/publication_2011_en.zip; letzter Zugriff 7.3.2012); Zinszahlungspflicht ist auch einem Verbraucher ab dem Fälligkeitszeitpunkt zuzumuten.

²⁹ Dazu eingehend *Wendehorst*, Rücktritt („Beendigung“) im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, 2012, 371 ff. (im Erscheinen).

wicklung nach Verbraucherwiderruf in Kapitel 4 geregelt bleibt³⁰. Eine besondere Herausforderung für die Formulierung von Kapitel 17 war es dabei, Vorschriften zu entwerfen, die für Anfechtung oder Beendigung seitens des Käufers gleichermaßen geeignet sind wie für den – viel selteneren – Fall der Anfechtung oder der Beendigung seitens des Verkäufers, für Verbraucherverträge gleichermaßen wie für Unternehmerverträge. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass wegen Art. 48 Abs. 1 lit. b Punkt (iv), wonach ein gemeinsamer Irrtum zur einseitigen Anfechtung berechtigt, nicht einmal pauschal davon ausgegangen werden kann, der Anfechtungsgegner sei weniger schutzwürdig als der Anfechtende. Der Kommissionsentwurf folgt damit insgesamt keiner stringenten Linie: Innerhalb von Teil IV und Teil V werden die Rechte und Pflichten sowie die Rechtsbehelfe für Verkäufer und Käufer selbst dort getrennt ausgewiesen, wo sich eine übergreifende Regelung aufgedrängt hätte, in Teil VII dagegen werden evidentenmaßen ganz unterschiedliche Fallgestaltungen auf kleinstem Raum zusammengefasst.

1. Teil VII im Gesamtkontext des GEK³¹

- 19 Im Gesamtkontext des Kommissionsentwurfs macht sich Teil VII zur Rückabwicklung noch mehr als Fremdkörper aus als Teil VI zu Schadenersatz und Verzugszinsen. Er folgt dem Stil nationaler Zivilgesetzbücher des 19. Jahrhunderts³² und fokussiert sich auf klassische, aus dem römischen Recht her bekannte Fragestellungen, wie Sachfrüchte und Rechtsfrüchte (Art. 172 Abs. 2), Verwendungsersatz durch einen gutgläubigen und einen bösgläubigen Besitzer (Art. 175), oder eine überaus liebevolle und detailreiche Betrachtung zur Herausgabe erlangter Surrogate (Art. 173 Abs. 5). Dies geht so weit, dass auch inzwischen weithin bekannte Schwächen der klassischen Regelungen mit übernommen wurden, so etwa zum Verwendungsersatz (s. u. Rn. 31 f.).

a) Überbetonung von Randproblemen

- 20 In den Gesamtkontext des GEK wollen diese Regelungen nicht passen. Eine Definition³³ von „Sachfrüchten“ und „Rechtsfrüchten“ findet sich im Entwurf nirgends, und es ist – insbesondere bei den Rechtsfrüchten – nicht ersichtlich, dass Richter in über 27 Mitgliedstaaten davon eine übereinstimmende Vorstellung haben könnten. In einem primär auf effiziente Abwicklung grenzüberschreitender Massengeschäfte gerichteten Rechtsinstrument ist es auch überaus fraglich, ob eine Regelung dazu erforderlich ist. Auch Verwendungsersatz dürfte im modernen Massengeschäft ein absolutes Randproblem sein, das wirklich befriedigend zu regeln so kompliziert wäre,

³⁰ Art 43 ff.; *Lehmann*, in: Schulze, *Common European Sales Law – Commentary*, 2012 (im Erscheinen), Art. 172, 3 (Manuskript).

³¹ Vgl. zu einer Einordnung im GEK und einer Darstellung des Verhältnisses zu Teil VI *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 2 (Manuskript).

³² So etwa der Code Civil (Frankreich, 1804), das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (Österreich und Liechtenstein 1811/1812), der Código Civil (Portugal, 1867; Spanien, 1889), der Codice Civile (Italien, 1874), das Bürgerliche Gesetzbuch (Deutschland, 1900).

³³ Wie sie etwa in § 99 BGB zu finden ist; vgl. auch § 405 ABGB sowie Art. 547 Code Civil; dazu ebenfalls *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 8 (Manuskript).

dass die zusätzliche Komplexität ganz außer Verhältnis zum Gewinn stünde.³⁴ Dies sollte in der Tat im Wege über die Flexibilitätsklausel in Art. 176³⁵ gelöst werden.

b) Mangelnde Abstimmung mit dem System der Rechtsbehelfe

Auf das System der Rechtsbehelfe im GEK insgesamt ist Kapitel 17 schlecht abge- **21**
stimmt. In besonderem Maße missglückt ist Art. 172 Abs. 3, der vermutlich auf die Beschränkung der Rückabwicklung bei zeitlich gestreckter Leistungserbringung abzielt, das aber erstens im Wortlaut nicht zum Ausdruck bringt und zweitens übersieht, dass dieses Problem durch die Vorschriften über die Teilbeendigung, insbesondere Art. 117 und 137, längst an anderer Stelle gelöst ist.³⁶ Ähnliches gilt für die Herausgabe von Surrogaten. Art. 173 Abs. 5 ist nicht nur unnötig kompliziert und inhaltlich verfehlt (s. u. Rn. 30), sondern stellt im GEK schon deswegen einen Fremdkörper dar, weil ein Anspruch auf Herausgabe von Surrogaten bislang weder bei Unmöglichkeit der primären Leistung noch als Alternative zum Schadensersatz vorgesehen ist. Es ist keine Rechtfertigung dafür erkennbar, allein im Kontext der Rückabwicklung eine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe vorzusehen (z.B. bei Weiterverkauf der Waren durch einen Käufer, der den Grund für die Rückabwicklung hätte kennen müssen), nicht dagegen im Kontext von Leistung und Schadensersatz (z.B. bei vor-sätzlicher Zwischenverfügung über die Waren durch den Verkäufer).

Ungeklärt ist auch das Verhältnis von Wertersatz im Falle der Unmöglichkeit der Rückgabe (Art. 173 Abs. 1) und Schadensersatz nach Kapitel 16, weil völlig offen ist, ob die Nichterfüllung der Rückgabepflicht eine Nichterfüllung im Sinne von Art. 159 darstellt. Die allgemeine Definition von Nichterfüllung in Art. 87 Abs. 1 scheint dagegen zu sprechen, doch ist das alles andere als klar. Wäre Kapitel 16 mit seiner verschuldensunabhängigen Haftung parallel anwendbar, könnte dies die Regelung in Art. 174 weitgehend unterlaufen. Zumindest in den Erwägungsgründen sollte übrigens auch erläutert werden, wie sich Kapitel 17 zur Rückabwicklung mittels *rei vindicatio*, *constructive trust*³⁷ usw. nach nationalem Recht verhält. **22**

c) Schweigen hinsichtlich praktisch wichtiger Rechtsprobleme

Gravierender als die detailverliebte Regelung von Randproblemen erscheint es, **23**
dass einige wirklich drängende Fragen, die im Massengeschäft tagtäglich gelöst werden müssen und die – bezogen auf die Nacherfüllung – auch bereits den Gerichtshof der EU beschäftigt haben,³⁸ völlig ausgeklammert bleiben. Dazu gehört zunächst einmal die Frage des Leistungsorts, d.h. insbesondere ob der Käufer die Ware zu-

³⁴ Vgl. *Sirena*, ERPL 2011, 995 ff.; s. aber *Lehmann* (Fn. 30), Art. 175, 29 f. (Manuskript) mit grundsätzlich positiver Kritik.

³⁵ Zu dieser kritisch *Koch* (Fn. 11), 250, der darin eine „zusätzliche Reduktion der Vorhersehbarkeit von Lösungen“ sieht; vgl. ebenfalls *Lehmann* (Fn. 30), Art. 176, 29 ff. (Manuskript); *Sirena*, ERPL 2011, 985.

³⁶ Dazu *Wendehorst* (Fn. 29), 374..

³⁷ S. dazu *Hudson*, *Equities and Trust*, 6. Aufl., 2010, 497 ff.; *Virgo*, *The Principles of the Law of Restitution*, 2. Aufl., 2006, 605 ff.

³⁸ EuGH, Urteil vom 16.6.2011, C-65/09, C-87/09 (Gebr. Weber und Putz), zur Mängelbehebung beim Verbrauchsgüterkauf.

rücksenden oder der Verkäufer sie beim Käufer abholen muss.³⁹ Damit eng verbunden ist die Frage nach der Art und Weise der Rückstellung, etwa ob dasselbe Zahlungsmittel oder dieselbe Versendungsart gewählt werden muss wie für die ursprüngliche Leistung. Zu klären wäre auch, ob der Verkäufer nur ein Recht auf Rückstellung der Waren hat, oder ob er diese zurücknehmen muss, wie dies Art. 112 Abs. 1 für den Austausch fehlerhafter Waren explizit anordnet. Dabei stellt sich in der Praxis das in Weber und Putz⁴⁰ thematisierte Problem, ob gegebenenfalls auch der Ausbau der vom Käufer ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nach eingebauten Waren gefordert werden kann. Über dem allen steht schließlich die Frage nach den Kosten der Rückabwicklung⁴¹, die für den Austausch in Art. 112 Abs. 1 geregelt wurde, nicht dagegen für den Fall der Anfechtung oder der Beendigung.

2. Einzelprobleme innerhalb von Teil VII

- 24** Selbst wenn man das Kapitel zur Rückabwicklung nicht in seinem Kontext betrachtet, sondern für sich allein, vermag es als Regelungsentwurf nicht zu überzeugen. Zwar wirkt es auf den ersten Blick plausibel und mindestens für kontinentaleuropäische Juristen vertraut, entpuppt sich aber bei näherem Hinsehen als völlig inkohärente Kombination von Versatzstücken aus nationalen Kodifikationen, die erhebliche Defizite aufweist. Die Regelungen bleiben qualitativ deutlich hinter den Art. III.–3:510 ff. DCFR (Rückabwicklung nach *termination*) zurück.

a) Waren

- 25** Waren gehören zu den prinzipiell rückgabefähigen Gütern. Damit unterfallen sie in erster Linie der allgemeinen Regelung in Art. 172 Abs. 1, wonach das Erlangte zurückzustellen ist.⁴² Besondere Probleme werfen sie auf, wenn die Rückgabe in Natur nicht ohne Weiteres möglich ist, wenn Nutzungen gezogen wurden oder Surrogate erlangt wurden, oder wenn der Empfänger Verwendungen auf die Waren gemacht hat.

aa) Wertersatz

- 26** Wenn das Erlangte nicht zurückgegeben werden kann, muss der Empfänger gemäß Art. 173 Abs. 1 den Wert in Geld ersetzen. Kann das Erlangte zwar theoretisch zurückgegeben werden, würde dies dem Empfänger aber unverhältnismäßige Mühe oder Kosten verursachen, kann der Empfänger von sich aus den Geldersatz wählen, sofern er dadurch die eigentumsrechtlichen Interessen des anderen Teils nicht verletzt.⁴³ Der Wert ist nach Art. 173 Abs. 2 der Marktwert, den die Waren zu dem Zeitpunkt gehabt hätten, zu dem die Zahlung fällig wird, und zwar unter der Annahme, dass sie ohne Beschädigung geblieben wären.⁴⁴

³⁹ Zu diesem Problem inkl. Lösungsvorschlägen s. *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 7 (Manuskript); *Sirena*, ERPL 2011, 986 Fn. 39.

⁴⁰ Vgl. oben Fn. 38.

⁴¹ Dazu ebenfalls *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 8 (Manuskript).

⁴² S. *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 5 (Manuskript); vgl. nunmehr auch *Koch* (Fn. 11), 243; *Sirena*, ERPL 2011, 987.

⁴³ Zur Notwendigkeit einer speziellen Lesart der Bestimmung *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 15 f. (Manuskript); vgl. auch *Sirena*, ERPL 2011, 988.

⁴⁴ Kritisch dazu *Sirena*, ERPL 2011, 990; vgl. auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 17 (Manuskript).

Diese Regelung lässt es schon völlig unklar erscheinen, ob eine Verpflichtung zum Wertersatz nur dann entsteht, wenn das Erlangte überhaupt nicht zurückgegeben werden kann, oder auch insoweit, als das Erlangte zwar zurückgegeben werden kann, aber mittlerweile beschädigt worden ist.⁴⁵ Aus früheren Verlautbarungen der Kommission kann indirekt geschlossen werden, dass Zahlung tatsächlich nur bei Verlust geschuldet sein soll.⁴⁶ Wertungsmäßig scheint die Differenzierung kaum zu rechtfertigen, zudem eine Grenze zwischen Zerstörung und Beschädigung nicht sicher zu ziehen ist.

Unerträglich erscheint es auch, dass der Käufer augenscheinlich im Falle des Untergangs der Waren den Geldwert auch dann ersetzen muss, wenn der Untergang der Sache auf einem Mangel derselben oder einem anderen, eher dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand beruht.⁴⁷ Diese Fälle – der defekte Fernseher gerät in Brand und wird dadurch zerstört, das Glas hat schon einen Sprung und zerbricht danach völlig, usw. – stellen keinesfalls ein Randphänomen dar, sondern vermutlich den praktisch häufigsten Fall des Untergangs.

bb) Surrogate⁴⁸

Gemäß Art 173 Abs. 5 gilt für Surrogate folgende Regelung: Hat der Empfänger für die Waren ein Surrogat (Geld oder andere Sachen) erhalten und war ihm der Grund der Anfechtung oder der Beendigung des Vertrags bekannt oder hätte er ihm bekannt sein müssen, kann die andere Partei wählen, ob sie das Surrogat oder den Geldwert des Surrogats zurückfordert. Hat der Empfänger ein Surrogat erhalten, ohne dass ihm der Grund der Anfechtung oder der Beendigung bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, kann er wählen, ob er den Geldwert des Surrogats oder das Surrogat selbst zurückgibt.

Bereits weiter oben (Rn. 21) wurde erwähnt, dass diese Regelung im Gesamtwurf einen Fremdkörper darstellt, weil auch bei den Rechtsbehelfen wegen Nichterfüllung nirgends eine Verpflichtung zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums vorgesehen ist und weil Umfang und Komplexität der Regelung ganz außer Verhältnis zu ihrer praktischen Bedeutung stehen. Darüber hinaus führt Art. 173 Abs. 5 auch zu dem unerträglichen Wertungswiderspruch, dass sich ein gutgläubiger Empfänger, der ein beliebiges Surrogat erhalten hat (im Extremfall: 1 Cent), durch dessen Herausgabe von allen Pflichten befreien kann, ohne Erlangung eines Surrogats aber nach Art. 173 Abs. 1 zum vollen Wertersatz verpflichtet bleibt.⁴⁹ Dies muss zwingend korrigiert werden.

⁴⁵ Vgl. auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 10, Art. 173, 20 (Manuskript), vgl. auch die Stellungnahme des ÖRAK zur FSECL der von der Kommission eingesetzten Expertengruppe, 7 f., sowie die Ausführungen des Austrian Academic Position Paper (Fn. 28), 8.

⁴⁶ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, Punkt V. 5 (S. 8 unten) abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (letzter Zugriff: 7.3.2012).

⁴⁷ Mit Bedenken zu diesem Problem jetzt auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 17 (Manuskript).

⁴⁸ Historische und rechtsvergleichende Bemerkungen bei *Sirena*, ERPL 2011, 990 ff.

⁴⁹ Zu dieser Schiefelage vgl. *Koch* (Fn. 11), 247; für ein abgeschwächtes Beispiel zu dieser Problematik s. *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 19 (Manuskript).

cc) Aufwendungen⁵⁰

- 31** Art. 175 über Aufwendungsersatz thematisiert nicht nur etwas, das im Massengeschäft eher ein schwer zu kodifizierendes Randproblem darstellt (dazu oben Rn. 20), sondern ist auch viel zu allgemein gehalten und lässt viel zu viele Fragen offen, um in den Mitgliedstaaten auch nur einigermaßen einheitlich angewendet werden zu können. Insbesondere perpetuiert die Regelung Fehler und Ungenauigkeiten, die in älteren Kodifikationen noch gemacht worden, später aber erkannt und korrigiert worden sind.
- 32** Ein gutgläubiger Besitzer kann nach Art. 175 Abs. 1 Ersatz für Verwendungen insoweit verlangen, als diese Verwendungen der anderen Partei zum Vorteil gereichen, was frustrierte Maßnahmen gerade ausschließt. Bei einem bösgläubigen Besitzer hängt die Ersatzfähigkeit dagegen von der aus einer Perspektive *ex ante* zu beurteilenden Notwendigkeit der Maßnahmen ab (Art. 175 Abs. 2), womit der Bösgläubige bei frustrierten Maßnahmen besser stehen kann als der Gutgläubige. Dieser klassische Wertungswiderspruch, der sich etwa noch in §§ 331, 336 ABGB finden lässt,⁵¹ war in § 994 BGB bereits korrigiert. Das Gleiche gilt für den übersehenen Zusammenhang zwischen dem Ersatz von gewöhnlichen Erhaltungskosten und der Verpflichtung zur Nutzungsherausgabe, wie er in § 994 Abs. 1 BGB explizit angesprochen ist: Ein Empfänger, der die Gebrauchsvorteile nicht vergüten muss – was nach Art. 174 Abs. 1 meistens der Fall sein wird – sollte nicht befugt sein, über Art. 175 die gewöhnlichen Erhaltungskosten ersetzt zu verlangen.

dd) Nutzungen

- 33** Die Regelungen zur Nutzungsherausgabe werfen auch für sich betrachtet einige Fragen auf. So enthält Art. 172 Abs. 2 eine generelle Verpflichtung zur Herausgabe von Sach- und Rechtsfrüchten.⁵² Diese generelle Verpflichtung steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zu Art. 174, wonach ein Ersatz für den Gebrauch erlangter Waren ebenso wie eine Verzinsung erlangten Geldes nur unter eng definierten Voraussetzungen geschuldet ist. Eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Früchten einerseits und Gebrauchsvorteilen andererseits ist nicht ersichtlich. Da der Entwurf die Verzinsung erlangten Geldes offenbar überhaupt nicht mit dem Fruchtbegriff in Verbindung bringt⁵³, sondern eine explizit abschließende Sonderregelung in Art. 174 Abs. 2 schafft, wonach Zinsen nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen⁵⁴ geschuldet sind, führt dies jedenfalls zu einer eklatanten Ungleichbehand-

⁵⁰ Vgl. *Lehmann* (Fn. 30), Art. 175, 26 ff. (Manuskript); *Sirena*, ERPL 2011, 997.

⁵¹ Zur Korrektur dieses Wertungswiderspruchs etwa OGH 2 Ob 563/55; vgl. auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 13. Aufl., 2006, 347 f. m.w.N.; siehe auch *Schey/Klang*, in: *Klang*, ABGB, 2. Aufl., II 100; *Spielbüchler*, in: *Rummel*, ABGB, 3. Aufl., § 336 Rn. 1; *Eccher*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB, 3. Aufl., § 336 Rn. 1; dazu *Apathy*, JBl. 1978, 517, 522.

⁵² S. auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 2 (Manuskript) und *Koch* (Fn. 11), 243 f., die beide die Unabhängigkeit dieser Verpflichtung von der Redlichkeit des Verpflichteten betonen, vgl. ebenso *Sirena*, ERPL 2011, 994 f. mit Anmerkungen zum Umfang dieser Pflicht.

⁵³ S. nunmehr auch *Koch* (Fn. 11), 244, 248, der betont, dass die Kommission in der Fruchtziehung keine Nutzung der Sache sieht; *Sirena*, ERPL 2011, 996 zeigt auf, dass traditionellerweise Zinsen als Früchte gesehen werden.

⁵⁴ S. dazu eingehender *Koch* (Fn. 11), 248 f. mit den einzelnen Fallgruppen; vgl. auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 174, 23 f. (Manuskript).

lung von Sach- und Geldleistungen.⁵⁵ Unklar erscheint überdies, ob der Verkäufer trotz Art. 174 Abs. 3 Zinsen wegen verzögerter Rückzahlung schulden kann.

Gemäß Art. 174 Abs. 1 lit. c hat der Käufer Gebrauchsvorteile zu vergüten, wenn es aufgrund der Beschaffenheit der Ware, der Art und des Umfangs ihrer Nutzung und der Verfügbarkeit anderer Abhilfen als der Beendigung des Vertrags unbillig wäre, dem Empfänger die unentgeltliche Nutzung der Ware für diesen Zeitraum zu gestatten. Wertungsmäßig mag das gerechtfertigt sein und wäre in einer nationalen Kodifikation allemal akzeptabel. Bei einer Anwendung durch Richter in über 27 unterschiedlichen Staaten bleibt aber zu befürchten, dass die Ergebnisse extrem divergieren werden.⁵⁶ Für den Käufer besteht damit erhebliche Unsicherheit, ob ihm die Beendigung des Vertrages nicht Steine statt Brot gibt, verliert er damit doch die Ware und ist möglicherweise mit erheblichen, bis zum vollen Preis der Ware reichenden Zahlungsverpflichtungen konfrontiert. Die Regelung ist angesichts ihrer Unbestimmtheit durchaus geeignet, den Erfolg des Instruments insgesamt zu gefährden.⁵⁷ **34**

b) Digitale Inhalte

Bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte sieht Art. 173 Abs. 1 unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger geliefert wurden oder nicht, zwingend eine Zahlungsverpflichtung vor. Dabei bestimmt Art. 173 Abs. 4, dass der Wert digitaler Inhalte dem Betrag entspreche, den „der Verbraucher“ durch die Nutzung der digitalen Inhalte erspart hat. Diese Regelung kann nur als völlig missglückt bezeichnet werden.⁵⁸ **35**

Sie beschränkt sich in einer für das GEK ungewöhnlich unvermittelten Formulierung nur auf Verbraucher und lässt offen, was bei Unternehmerkunden gelten soll. Weiterhin differenziert sie nicht nach dem Grund der Rückabwicklung: Die Privilegierung, nur auf das Ersparte zu haften, kommt dem Verbraucher (oder dem Kunden allgemein?) also offenbar sogar dann zugute, wenn er selbst durch seine Vertragsverletzung, insbesondere durch die Nichtzahlung, die Vertragsbeendigung durch den anderen Teil verursacht hat. Weiterhin lässt die Regelung völlig offen, was unter Ersparnis zu verstehen ist, was angesichts des Luxuscharakters vieler digitaler Inhalte (z.B. Musik, Apps, Spiele) alles andere als evident ist. Schließlich ist es aber umgekehrt auch nicht gerechtfertigt, den Verbraucher selbst dann auf Wertersatz haften zu lassen, wenn er z.B. einen versiegelten Datenträger zurückgeben kann oder wenn der Unternehmer im Rahmen eines DRM-Systems die weitere Nutzung der Inhalte durch den Verbraucher mühelos unterbinden kann: Viele digitale Inhalte setzen heute beispielsweise ein Nutzerkonto voraus, welches der Unternehmer ohne Weiteres löschen kann. **36**

c) Verbundene Dienstleistungen⁵⁹

Die Regelung in Art. 173 Abs. 1 und 3 hinsichtlich verbundener Dienstleistungen ist insoweit deutlich besser geglückt als die Regelung über digitale Inhalte, als sie für **37**

⁵⁵ So auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 174, 25 (Manuskript).

⁵⁶ Ebenfalls kritisch: *Lehmann* (Fn. 30), Art. 174, 26 (Manuskript); *Sirena*, ERPL 2011, 996.

⁵⁷ Vgl. auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 174, 25 f. (Manuskript), der die geringe praktische Relevanz und das Problem des Nachweises der konkreten Summe betont.

⁵⁸ Vgl. ebenfalls *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 18 f. (Manuskript).

⁵⁹ *Lehmann* (Fn. 30), Art. 173, 17 f. (Manuskript).

alle Kunden gilt und die Beschränkung der Zahlungspflicht auf das vom Empfänger Ersparte nur für den Fall besteht, dass die Anfechtung oder Vertragsbeendigung durch den Kunden erfolgt ist.⁶⁰ Auch das kann zwar in Ausnahmefällen zu ungerechten Ergebnissen führen, doch dürften diese mit der Flexibilitätsklausel in Art. 176 angemessen zu lösen sein.

3. Konsequenzen aus dem Befund

- 38** Der Befund, der nach einer Analyse des Kapitels über die Rückabwicklung zu ziehen ist, ist ernüchternd. Auch wenn der knappe, konzise Charakter der Vorschriften auf den ersten Blick bestechen mag, kann er doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Regelungsinhalte selbst sowohl in ihrem konkreten Kontext des GEK als auch für sich betrachtet weitgehend ungeeignet sind.⁶¹ Das Kapitel muss daher zwingend neu geschrieben werden.⁶² Ob es dazu kommen wird, ist allerdings fraglich.
- 39** Will man die Regelungen tatsächlich neu schreiben, so stellt sich erstens die Frage, ob nicht ein einheitliches Rückabwicklungsregime, das sowohl Anfechtung und Vertragsbeendigung als auch Verbraucherwiderruf umfasst, vorzuziehen ist. Ein solches einheitliches Regime könnte angesichts der Vollharmonisierung, die durch die Verbraucherrechterichtlinie⁶³ bewirkt worden ist, nur auf der Basis der Widerrufsvorschriften geschrieben werden. Der Vorteil wäre eine weitere Verkürzung und Verschlanung des Instruments. Der Nachteil läge in der Schwierigkeit, wo ein solches einheitliches Rückabwicklungskapitel zu platzieren wäre: Stellt man es an das Ende, kommt das dem Nutzer für den praktisch weitaus häufigsten Fall der Rückabwicklung nach Widerruf nicht gerade entgegen, stellt man es dagegen hinter die Widerrufsvorschriften, kommt die Bezugnahme auf Anfechtung und Vertragsbeendigung etwas unvermittelt. Daher ist es möglicherweise am besten, es bei getrennten Regelungen zu belassen, Kapitel 17 aber dennoch im Stil der Vorschriften über die Rückabwicklung nach Widerruf (s.o. Fn. 30) umzuschreiben.

IV. Thesen

- 40** 1. Der Abschnitt über Schadensersatz enthält als solcher wenige Überraschungen und bewegt sich im Rahmen existierender Vorentwürfe. Die Einschränkungen bei der Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden (vgl. Definition von „Verlust“ in Art. 2 lit. c Verordnungsentwurf) sind eine rechtspolitische Entscheidung, die nicht zu beanstanden ist, wenngleich die Definition selbst Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringt. Im Interesse der Benutzerfreundlichkeit sollte Art. 159 sowohl einen Hinweis auf die Bedeutung von „Verlust“ als auch auf die von „entschuldigt“ (vgl. Art. 88) enthalten.

⁶⁰ Kritisch zum Wortlaut allerdings *Koch* (Fn. 11), 246 f.

⁶¹ Sehr kritisch auch *Koch* (Fn. 11), 250 f., der von einem „Textsammelsurium ..., das kaum durch bloß punktuelle Änderungen zu einem konsistenten Ganzen gemacht werden kann“, spricht und insbesondere auch Übersetzungsfehler kritisiert.

⁶² In diesem Sinne auch *Lehmann* (Fn. 30), Art. 172, 11, Art. 173, 21, Art. 174, 26 (Manuskript).

⁶³ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates 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. L 304/64.

2. Klärungsbedürftig erscheint der Anwendungsbereich von Art. 159 ff., insbesondere ob diese Vorschriften auch die Nichterfüllung anderer als primärer Leistungspflichten erfassen (z.B. die Verpflichtung zur Herausgabe nach Vertragsbeendigung, was Art. 173 weitgehend überlagern würde), oder sogar die Nichterfüllung sonstiger Pflichten (z.B. Pflicht zur Zusammenarbeit, Art. 3). Ebenfalls klärungsbedürftig erscheint das Verhältnis von Kapitel 16 zu Schadensersatzansprüchen, die in anderen Vorschriften gesondert erwähnt bzw. geregelt sind (vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 29 Abs. 1, Art. 41 Abs. 3, Art. 55, Art. 88 Abs. 3, Art. 107, Art. 127 Abs. 4).
3. Bedauerlich ist, dass eine Regelung über Vertragsstrafen und Schadenspauschalen gestrichen wurde, die insbesondere bei exzessiv hohen Strafen bzw. Pauschalen eine Reduktionsmöglichkeit vorsah. Diese Aufgabe muss nunmehr im Rahmen der Klauselkontrolle geleistet werden (vgl. für Verbraucherverträge Art. 85 lit. e). Vor allem im unternehmerischen Verkehr hat dies freilich die missliche Konsequenz, dass die Pönalklausel, wenn ein Gericht sie *ex post* für exzessiv und daher missbräuchlich befinden sollte, ganz wegfällt, also auch kein angemessener Betrag mehr geschuldet ist.
4. Die Abschnitte über Verzugszinsen sind extrem verwirrend aufgebaut und müssen unbedingt redaktionell überarbeitet werden, um Auslegungsfehler zu vermeiden. Insbesondere ist das Verhältnis von Art. 166, 167 und 168 zueinander für einen Rechtsanwender, der kein für diese Fragen geschultes Auge hat, kaum verständlich.
5. Die Vorschrift in Art. 167 Abs. 2 verfolgt ein rechtspolitisch hinnehmbares Regelungsziel, ist in ihrer derzeitigen Fassung allerdings nicht geeignet, dieses Regelungsziel zu erreichen. Bei entsprechend frühzeitiger Mitteilung, die möglicherweise sogar in AGB erfolgen darf, kann Art. 167 Abs. 2 dazu führen, dass der Verbraucher vom ersten Tag der Fälligkeit an Zinsen schuldet, während er sonst vielfach einen 30tägigen zinslosen Kredit erhält. Vorzuziehen erscheint eine Regelung, welche den Zinslauf z.B. 14 Tage nach Eintritt der Fälligkeit beginnen lässt.
6. Das Kapitel zur Rückabwicklung wirkt auf den ersten Blick plausibel und mindestens für kontinentaleuropäische Juristen vertraut, entpuppt sich aber bei näherem Hinsehen als völlig inkohärente Kombination von Versatzstücken aus nationalen Kodifikationen, die erhebliche Defizite aufweist. Die Regelungen bleiben qualitativ deutlich hinter den Art. III.–3:510 ff. DCFR (Rückabwicklung nach *termination*) zurück und passen weder vom Regelungsstil noch vom Regelungsinhalt her zu den parallelen Vorschriften in Art. 43 ff. zur Rückabwicklung nach Widerruf.
7. Kapitel 17 enthält keinerlei Hinweise zu den praktisch extrem relevanten Fragen des Leistungsorts (z.B. ob der Käufer die Ware zurücksenden oder der Verkäufer sie abholen muss), der Art und Weise der Rückstellung (z.B. ob dasselbe Zahlungsmittel verwendet werden muss wie für die ursprüngliche Leistung) oder der Tragung der Kosten der Rückabwicklung (vgl. die Regelung in Art. 112 für den Fall der Ersatzlieferung).
8. In besonderem Maße missglückt ist Art. 172 Abs. 3, der vermutlich auf die Beschränkung der Rückabwicklung bei zeitlich gestreckter Leistungserbringung abzielt, dieses Regelungsanliegen aber im Wortlaut nicht hinreichend zum Ausdruck bringt. Die Vorschrift passt nicht zum System der Rechtsbehelfe, weil die

- Beschränkung der Rückabwicklung durch die Vorschriften über die Teilbeendigung, insbesondere Art. 117 und 137, längst an anderer Stelle gelöst ist.
9. Art. 172 Abs. 2 enthält eine generelle Verpflichtung zur Herausgabe von Sach- und Rechtsfrüchten, ohne diese Begriffe zu definieren. Diese generelle Verpflichtung steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 174, wonach ein Ersatz für den Gebrauch erlangter Waren ebenso wie eine Verzinsung erlangten Geldes nur unter eng definierten Voraussetzungen geschuldet ist, und führt jedenfalls zu einer eklatanten Ungleichbehandlung von Sach- und Geldleistungen. Art. 174 Abs. 1 lit. c mag der Sache nach gerechtfertigt sein, dürfte infolge seiner Unbestimmtheit aber zu Akzeptanzproblemen führen und könnte den Erfolg des Instruments insgesamt gefährden.
 10. Es erscheint angesichts der gegenwärtigen Fassung von Art. 173 Abs. 1 und 2 nicht hinreichend klar, ob eine Verpflichtung zum Wertersatz nur dann entsteht, wenn das Erlangte überhaupt nicht zurückgegeben werden kann, oder auch insoweit, als das Erlangte zwar zurückgegeben werden kann aber mittlerweile beschädigt worden ist. Darüber hinaus erscheint es unerträglich, dass der Käufer im Falle des Untergangs der Waren den Geldwert auch dann ersetzen muss, wenn der Untergang auf einem Mangel der Sache oder einem anderen, eher dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand beruht.
 11. Die Regelung zur Herausgabe von Surrogaten in Art. 173 Abs. 5 stellt einen Fremdkörper dar, weil ein Anspruch auf Herausgabe von Surrogaten bislang weder bei Unmöglichkeit der primären Leistung noch als Alternative zum Schadensersatz vorgesehen ist. Darüber hinaus führt Art. 173 Abs. 5 zu dem unerträglichen Wertungswiderspruch, dass sich ein gutgläubiger Empfänger, der ein beliebiges Surrogat erhalten hat (im Extremfall: 1 Cent), durch dessen Herausgabe von allen Pflichten befreien kann, ohne Erlangung eines Surrogats aber nach Art. 173 Abs. 1 zum vollen Wertersatz verpflichtet bleibt.
 12. Die Regelung in Art. 173 Abs. 4 über Rückabwicklung nach Erwerb digitaler Inhalte ist völlig missglückt: Sie beschränkt sich auf Verbraucher (Was gilt im Übrigen?), differenziert nicht nach Grund und Veranlassung der Rückabwicklung und lässt offen, was unter Ersparnis zu verstehen ist (vgl. Luxuscharakter vieler digitaler Inhalte, z.B. Musik, Apps, Spiele). Darüber hinaus ist es nicht gerechtfertigt, den Verbraucher auch dann auf Wertersatz haften zu lassen, wenn er z.B. einen versiegelten Datenträger zurückgeben kann oder wenn der Unternehmer im Rahmen eines DRM-Systems die weitere Nutzung der Inhalte durch den Verbraucher mühelos unterbinden kann.
 13. Art. 175 über Aufwendungsersatz statuiert nur allgemeine Prinzipien und lässt viel zu viele Fragen offen um in den Mitgliedstaaten auch nur einigermaßen einheitlich angewendet werden zu können (z.B. Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen, Ersatzfähigkeit gewöhnlicher Unterhaltskosten, Abhängigkeit von der Verpflichtung zur Vergütung von Nutzungen, objektiver oder subjektiver Vorteilsbegriff, usw.)
 14. Zumindest in den Erwägungsgründen sollte erläutert werden, wie sich Kapitel 17 zur Rückabwicklung mittels *rei vindicatio*, *constructive trust* usw. nach nationalem Recht verhält.

Diskussionsbericht
zu den Vorträgen von Beate Gsell,
Florian Faust und Christiane Wendehorst

Prof. Dr. *Peter Limmer*, Notar in Würzburg, eröffnete die Diskussion mit einer 1
Kritik an der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung des GEK. Er bildete
das Beispiel eines verkauften Toasters, der sich durch einen Kurzschluss entzündet
und das Haus des Käufers abrennen lasse. Im deutschen Recht sei der Ersatz dieses
Mangelfolgeschadens an ein Verschulden geknüpft. Beim GEK sei jedenfalls für
einen Unternehmer, der den Toaster nicht original verpackt verkauft habe, der ge-
schilderte Schaden kein unvorhersehbares Ereignis. Er sehe diese Haftungsfolge des
GEK gerade für kleine Unternehmen als sehr problematisch an.

Prof. Dr. *Felix Maultzsch*, Universität Frankfurt, sprach den fehlenden Vorrang der 2
Nacherfüllung im GEK an. Dieser Punkt werde von der Kommission als verbraucher-
freundlich beworben. Damit werde allerdings eine Regelung wiederbelebt, die sich in
der Vertragspraxis des deutschen Rechts vor der Schuldrechtsreform regelmäßig als
abdingungswürdig dargestellt habe. Das GEK führe beispielsweise dazu, dass ein von
Neapel nach Tallinn verkauftes Klavier wegen eines Mangels wieder zurückgegeben
werden könnte, obwohl man das Problem mit einer örtlichen Servicestructur ggf.
ohne weiteres lösen könnte. Dies zeige, dass die Kommission die Verbraucherattrak-
tivität des GEK mit sehr fragwürdigen Regelungen hergestellt habe.

In seiner Antwort ging Prof. Dr. *Florian Faust* zunächst auf Prof. Limmer ein. Die 3
Reichweite der verschuldensunabhängigen Haftung werde ganz wesentlich von der
Auslegung des Entschuldigungsgrundes abhängen. Er bekundete seine Sympathie
dafür, diesen so aufzufassen, dass einen Händler für nicht erkennbare Produktions-
fehler keine Haftung treffe. Dann sei man gar nicht mehr weit vom deutschen Recht
entfernt, das eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens vorsehe, die in
vielen Fällen einer verschuldensunabhängigen Haftung nahekomme. Den von Prof.
Maultzsch angesprochenen Wegfall des Vorrangs der Nacherfüllung halte auch er für
nicht sachgerecht. Man könne aber mit der Regelung durchaus leben, wenn man ihren
zwingenden Charakter etwas zurücknehme. Dann müsse man weiter überlegen, ob
man ein Recht zur zweiten Andienung durch AGB oder nur durch Individualabrede
vereinbaren könne. Generell plädiere er für mehr Vertragsfreiheit – auch im B2C-
Bereich –, was derzeit freilich nicht im Trend liege.

Zur Schadensersatzhaftung ergänzte Prof. Dr. *Christiane Wendehorst*, dass dieses 4
Problem in Teil 4 des GEK gelöst werden müsse. Weder der Vorhersehbarkeitstest
noch ein Wechsel zum Verschuldenserfordernis bringe etwas; nur die Klarstellung,
welche Pflichten der Händler konkret zu erfüllen habe, sei erfolgversprechend.

Auf eine gefährliche Schwächung des Erfüllungsanspruchs im GEK wies Prof. Dr. 5
Axel Flessner, Humboldt-Universität Berlin, hin. Art. 110 Abs. 3 lit. b GEK besage,
dass Erfüllung vom Käufer nicht verlangt werden könne, wenn „die Erfüllung im
Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer dadurch erlangen würde, unverhältnismä-
ßig aufwändig oder kostspielig wäre“. Damit werde die Regelung, die man vom

Nacherfüllungsanspruch kenne, schlechthin auf den Lieferanspruch angewandt. Noch bedenklicher sei Art. 132 Abs. 2 GEK, der den Kaufpreisanspruch des Verkäufers bei Annahme- und Zahlungsverweigerung des Käufers ausschließe, wenn der Verkäufer ohne nennenswerten finanziellen oder sonstigen Aufwand ein angemessenes Deckungsgeschäft hätte abschließen können. Dies gefährde den Einsatz von Geldforderungen als Kreditsicherheit, da beispielsweise ein Factoring-Unternehmen damit rechnen müsse, dass der Käufer den Verkäufer in ein Deckungsgeschäft drängen könnte und damit die Werthaltigkeit der Forderung gefährdet sei. Die momentane Konzeption des GEK, so Prof. Flessner, führe so zu einer der Rechtssicherheit abträglichen Störung des Wirtschaftsverkehrs.

- 6 *Klaus Krebs*, Universität Freiburg, wollte von Prof. Wendehorst wissen, wie die im Urteil des EuGH in der Rechtssache Weber und Putz entschiedene Frage zu Ein- und Ausbaurkosten (Urteil vom 16.6.2011, verbundene Rechtssachen C-65/09 und C-87/09) auf der Grundlage des GEK zu lösen wäre.
- 7 Dr. *Martin Illmer*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, bemerkte ergänzend zu den Ausführungen von Prof. Maultzsch und Prof. Faust, dass bei verbundenen Dienstleistungen eine Nachbesserungsmöglichkeit vorgesehen sei. Bei Installations- und Montagemängeln sei diese dann allerdings wieder ausgeschlossen, weil Art. 101 GEK diese Fehler einer Vertragswidrigkeit der Ware gleichsetze. Dies führe insgesamt zu merkwürdigen Ergebnissen, die nicht miteinander in Einklang zu bringen seien: Keine Abhilfemöglichkeit beim Kauf, grundsätzlich aber bei verbundenen Dienstleistungen, außer bei Installation oder Montage.
- 8 Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, Ludwig-Maximilians-Universität München, unterstrich die Sinnhaftigkeit eines Rechts auf zweite Andienung. Zwar sei dieses Recht international nicht unbedingt konsensfähig; aus ökonomischer Sicht sei es aber für die Unternehmen von entscheidender Bedeutung und für den Käufer auch keine besondere Belastung. Prof. Grigoleit sprach weiter die Verjährungsfristen im GEK an. Er halte die zehnjährige Verjährungsfrist für verdeckte Mängel für überdenkenswert. Diese würde die momentan geltende Regelung massiv abändern und einen erheblichen Eingriff in die Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer darstellen, zumal vor dem Hintergrund, dass die Amortisationszeit der meisten Produkte weit unter zehn Jahren liege.
- 9 Prof. Dr. *Florian Faust* erwiderte auf Prof. Flessner, dass der Ausschluss des Lieferanspruchs in Fällen, in denen die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil des Käufers unverhältnismäßig aufwändig oder kostspielig wäre (Art. 110 Abs. 3 lit. b GEK), der Regelung des § 275 Abs. 2 BGB entspreche, auch wenn im GEK dessen ergänzende Kriterien fehlten. Daher schätze er die Schwächung des Erfüllungsanspruchs, über deren Sinnhaftigkeit man durchaus diskutieren könne, als nicht so dramatisch ein. Im deutschen Recht bestehe wegen der Verschuldensabhängigkeit von Schadensersatzansprüchen das Problem, dass der Verkäufer zur Erfüllung einen Aufwand bis zur Grenze des groben Missverhältnisses treiben müsse; komme er – und sei es auch nur ein wenig – über diese Schwelle, müsse er gar nichts mehr machen. Im GEK sei dann wenigstens ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch vorgesehen. Dagegen teile er die Kritik von Prof. Flessner in Bezug auf den Kaufpreisanspruch, insbesondere wegen des überzeugenden Arguments der Tauglichkeit als Kreditsicherung.
- 10 Hinsichtlich der Ein- und Ausbaurkosten halte er die Weber und Putz-Entscheidung des EuGH im Gegensatz zur überwiegenden Meinung für begrüßenswert; sie entspre-

che dem, was er schon immer für das deutsche Recht vertreten habe. Die Lösung durch das GEK sei nicht bekannt, da es diese Frage – wie so viele andere, die in den Mitgliedstaaten relevant geworden seien – nicht beantworte. Eine Auslegung des GEK im Lichte des EuGH-Urteils sei aber wohl geboten. Die von Dr. Illmer angesprochenen Widersprüche des GEK bei der Nacherfüllung seien auf den ersten Blick in der Tat erstaunlich. Er vermute, dass eine Differenzierung deshalb gerechtfertigt sein könne, weil der sich zu einer Dienstleistung verpflichtende Verkäufer insofern zwangsläufig kompetent sei, während nicht jeder Verkäufer eine Reparatur durchführen könne. Die von Prof. Grigoleit thematisierte zehnjährige Verjährungsfrist halte er für weit weniger dramatisch, als es zunächst scheine. Man dürfe nicht vergessen, dass es bei dieser Frist nicht um eine Haltbarkeitsgarantie gehe, sondern die Rechtsbehelfe immer davon abhingen, dass die Sache schon bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sei. Letzteres werde nur bei Verbraucherverträgen und nur sechs Monate lang vermutet. Nach mehreren Jahren werde sich ein Verbraucher schwertun, den geforderten Beweis zu erbringen.

Eine gewisse Beantwortung der von Herrn Krebs gestellten Frage nach den Ein- und Ausbaurkosten sah Prof. Dr. *Christiane Wendehorst* in Art. 112 GEK. Diese Norm decke aber bei weitem nicht alle Probleme ab, die in der Rechtssache Weber und Putz angesprochen worden seien, z.B. den Wiedereinbau, eine etwaige Unzumutbarkeitsgrenze, Selbstvornahme und Kostenersatz sowie die Lösung beim Rücktritt. Hinsichtlich der Verjährungsfrist von zehn Jahren teilte Prof. Wendehorst die Auffassung von Prof. Faust und verwies auf das Beispiel Frankreich. Dort hätten sich die Unternehmerverbände für die Aufrechterhaltung der Zehn-Jahres-Frist ausgesprochen, da diese das Verbrauchervertrauen stärke, gleichzeitig aber die Praxisrelevanz gering sei.

Prof. Dr. *Filippo Ranieri*, Universität des Saarlandes, nahm Stellung zu der im Vortrag von Prof. Wendehorst geäußerten Kritik, dass eine Koordination der Rückabwicklungsvorschriften im GEK mit dem nationalen Vindikationsanspruch nicht vorgesehen sei. Er gab zu bedenken, dass schon die Entstehungsgeschichte des Draft Common Frame of Reference zeige, dass angesichts der unüberbrückbaren Differenzen zwischen den nationalen Eigentumsordnungen dieses Problem im europäischen Raum wohl nicht lösbar sei. Zum verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch im GEK wies Prof. Ranieri darauf hin, dass dies dem entspreche, was in den meisten europäischen Rechtsordnungen gelte. Beispielhaft verwies er auf das englische, das niederländische und das estnische Recht, das Nordische Kaufgesetz sowie darüber hinaus auf Art. 79 CISG. In Deutschland dagegen betrachte man die vertragliche Haftung immer unter dem moralischen Gesichtspunkt des Verschuldensprinzips.

Prof. Dr. *Michael Martinek*, Universität des Saarlandes, fasste seine bisherigen Eindrücke von der Tagung wie folgt zusammen: Das GEK sei dogmatisch dekonstruiert und quasi nach spätpandektistischer Manier regelrecht „zerfleischt“ worden. Man habe unzählige Unstimmigkeiten entdeckt und letztlich sei vom GEK das Bild eines kodifikatorischen „Machwerks“ entstanden, vor dem man verschont bleiben möge. Allerdings stünden die Chancen für die Kommission trotz der überhaupt nicht einschlägigen Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV und des miserablen Verordnungsentwurfs vor dem EuGH nicht schlecht, wie Prof. Ackermann richtig bemerkt habe. Prof. Martinek gab aber zu bedenken, ob man vom GEK nicht zu viel an kodifikatorischer Stringenz und systematischer Kohärenz verlange. Gerade die deutschen Juristen sollten vielleicht mit ihrem „Plusquamperfektionismus“ etwas mehr Zurückhaltung an den Tag legen, zumal auch das BGB nicht perfekt gewesen sei: Ganze Leistungs-

störungsinstitute wie die positive Vertragsverletzung und die culpa in contrahendo seien übersehen und erst im Nachhinein gut gelöst worden. Von britischen und französischen Kollegen sei ihm bekannt, dass sich diese überhaupt nicht mit dem GEK beschäftigten. Anders als die Deutschen würden diese die mit dem GEK verbundenen Probleme nicht im Vorfeld, sondern erst dann lösen, wenn sie sich tatsächlich stellen. Angesichts der guten Grundidee des GEK plädiere er deshalb dafür, das GEK nicht – wie damals die Schuldrechtsreform, die von der Politik gegen weite Teile der Wissenschaft durchgesetzt wurde – vollständig zu zerreden.

- 14 Prof. Dr. *Jan Dirk Harke*, Universität Würzburg, gewann der Lösung des GEK, dass der Käufer bei Leistungsstörungen sofort alle Rechte geltend machen könne durch die vorgesehene Heilungsmöglichkeit auch etwas Positives ab. Man müsse sich dann nicht darüber streiten, was der Käufer genau verlangt habe. Es reiche bei erfolgreicher Heilung, dass der Käufer in irgendeiner Form auf den Mangel hingewiesen habe. Insofern sehe er dann keinen so großen Unterschied zum deutschen Recht mehr, noch weniger zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.
- 15 Gegen den von Prof. Martinek gezogenen Vergleich zur Schuldrechtsreform wandte sich *Christian Hertel*, Notar in Weilheim, „zur Ehrenrettung der Schuldrechtsreform“. Bei der Schuldrechtsreform habe es einen über 20 Jahre dauernden Entwicklungsprozess gegeben, der Entwurf sei intensiv diskutiert und von Kommissionen sowie dem Deutschen Juristentag behandelt worden. Insofern sehe er einen qualitativen Unterschied zum GEK. Im Übrigen mache es auch einen großen Unterschied, ob man im nationalen Recht ein paar „Schrauben“ verstelle oder ob man ein Recht schaffen wolle, das in 27 Ländern mit unterschiedlichen Zivilprozessordnungen etc. gelten solle.
- 16 *Karl-Heinz Rennert*, Rechtsanwalt und Notar in Dortmund, bemerkte, dass er als Anwaltsnotar mit Freude zur Kenntnis genommen habe, welche neuen Arbeitsfelder sich durch das GEK für Anwälte ergeben würden.
- 17 Prof. Dr. *Christiane Wendehorst* stimmte mit Prof. Ranieri darin überein, dass das Problem der Koordination des GEK mit nationalen Vindikationsansprüchen letztlich nicht lösbar sei, da die Kommission keine Kompetenz für Eigentumsregelungen habe. Sie wünsche sich aber zumindest eine entsprechende Klarstellung in den Erwägungsgründen. An Prof. Martinek gewandt unterstrich Prof. Wendehorst, dass es im GEK nicht nur um Grundsatzprobleme gehe, die man in der Tat einfach einmal mutig ohne Zögern anpacken müsse, sondern dass es auch viele Dinge gebe, die „himmelschreiender Unsinn“ seien. Dies würden in den internationalen Arbeitsgruppen nicht nur die Deutschen so sehen, sondern auch die Franzosen, die Engländer, die Polen, die Niederländer u.a. Sie halte nichts davon, sich zurückzulehnen und den Dingen ihren Lauf zu lassen. Man müsse auch an die späteren Rechtsanwender denken und deshalb jetzt etwas tun.
- 18 Prof. Dr. *Beate Gsell* ergänzte, dass auch ein Ingenieur für Fahrzeugtechnik nicht schon dann zufrieden sei, sobald das Auto lediglich fahre. Wenn es Verbesserungsbedarf gebe, müsse man diesen aufzeigen. Das Argument „Irgendwie wird es nachher schon funktionieren“ sei wenig bestechend.
- 19 In seiner Stellungnahme entgegnete Prof. Dr. *Florian Faust* zunächst Prof. Harke, dass die Heilungsvorschrift des Art. 109 GEK so viele Probleme aufwerfe, dass eine Nachfristsetzungslösung einfacher sei. Gegenüber Prof. Ranieri bekräftigte er, dass er kein Problem mit einer Abkehr vom Verschuldenserfordernis habe, wohl aber ein Problem mit unklaren Regelungen, die den Vertragsparteien eine Kalkulation ex ante unmöglich machten. Unter Bezugnahme auf den Beitrag von Prof. Dr. Martinek hob

Prof. Faust hervor, dass er es ärgerlich finde, wenn eine an sich gute Sache diskreditiert werde, weil die Kommission einen schnellen politischen Erfolg erzielen wolle und deshalb nicht die gebotene Sorgfalt walten lasse. Durch die vielen Unklarheiten und Auslegungszweifel bestehe die Gefahr eines pseudovereinheitlichten Rechts mit völlig unterschiedlichen nationalen Auslegungen. Wenn man sich nur die „Vorlagekultur“ des VIII. Zivilsenats des BGH anschau, der regelmäßig seine Vorlagepflicht verletze (Zahnriemenentscheidung, Erfüllungsort für die Nacherfüllung, Einbaukosten, Selbstvornahme), könne man unabhängig von den generellen Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des EuGH nicht darauf setzen, dass sich über den EuGH eine einheitliche Rechtsanwendung durchsetzen werde. Lege man jetzt mit dem GEK schlechte Regeln vor, seien zwei unschöne Szenarien denkbar: Entweder werde das GEK nicht gewählt und das Projekt sei damit tot. Oder das GEK werde nicht gewählt und man gehe dann vom Opt-in zum Opt-out und schließlich zum zwingenden Recht über, was angesichts der Qualität des GEK schlimm wäre. Er plädiere daher für eine gründliche, notwendig zeitintensive Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Entwurf.

In seinem Schlusswort zog Prof. Dr. *Oliver Remien*, der die Diskussion auch moderierte, das Fazit, dass die Kommission noch viel zu tun habe und weiter am GEK arbeiten müsse. Recht gravierende Probleme seien aufgezeigt worden bei der IPR-Vorschaltlösung, dem Verhältnis des GEK zum nationalen Recht und bei der Kompetenzgrundlage. Die Funktionsfähigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens in Art. 267 AEUV sei umstritten gewesen, wobei der EuGH in jedem Fall mit zivilrechtlicher Expertise besser besetzt sein könnte. An den Informationsvorschriften und Widerspruchsrechten des GEK, die im Wesentlichen mit der Verbraucherrechterichtlinie harmonisierten, sei wenig auszusetzen gewesen. Prof. Lando habe manche Regelung des GEK als Fortschritt gepriesen, wohingegen sich beim Leistungsstörungenrecht, beim Schadensersatz und beim Rücktritt ein durchwachsendes Bild gezeigt habe. **20**

Zum Abschluss der Tagung dankte er im Namen des Deutschen Notarinstituts, des Instituts für Notarrecht und der Julius-Maximilians-Universität Würzburg den Teilnehmern für ihr Interesse und verließ der Hoffnung auf ein baldiges Wiedersehen Ausdruck. **21**

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Abschließende Bemerkungen

Sebastian Herrler/Peter Limmer/Oliver Remien

Durch die Referate und Diskussionen des heutigen Tages ist deutlich geworden, **1** dass noch erheblicher Erörterungsbedarf hinsichtlich des Ob und Wie der Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts für die EU, insbesondere im Hinblick auf den Verordnungsvorschlag der EU-Kommission vom 11. Oktober 2011 besteht. Die erhobenen Einwände sind teilweise grundlegender Natur (u.a. Bedarf für ein einheitliches Kaufrecht im B2C- sowie im B2B-Bereich, EU-Kompetenz, Verhältnis zum IPR, effektive Zivilgerichtsbarkeit, Sprache, sonstige „Funktionsbedingungen“). Aber auch die einzelnen Regelungen des Kommissionsvorschlags bzw. die Regelungsweise an sich wurden beleuchtet, kritisch hinterfragt und mitunter kontrovers diskutiert (u.a. Beschränkungen des Anwendungsbereichs, komplizierte AGB-Regelung, Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen). Vor allem die zahlreichen Divergenzen in den unterschiedlichen Sprachfassungen des GEK wurden als Beleg des (zu) engen zeitlichen Rahmens angesehen, der nicht immer Raum für die gebotene legislative Sorgfalt ließ. Im Folgenden soll unter Berücksichtigung der aus den Diskussionen gewonnenen Erkenntnisse ein knapper Überblick über das (am 20. Januar 2012 zutage getretene) Meinungsbild gegeben werden.

I. Rahmenbedingungen eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts

Die Anwendbarkeit des GEK setzt nach Art. 3 GEK-VO eine entsprechende Ver- **2** einbarung der Parteien voraus, wobei die Zustimmung des Verbrauchers unter entsprechender Belehrung mithilfe eines Musterformulars ausdrücklich in einer gesonderten Erklärung zu erfolgen hat (Art. 8 Abs. 2 GEK-VO). Das von der Kommission gesetzte Ziel einer Aufklärung des Verbrauchers über die Folgen einer solchen Vereinbarung wurde von den Teilnehmern begrüßt. Bei der Vereinbarung handelt es sich nach den Vorstellungen der Kommission nicht um eine kollisions-, sondern um eine sachrechtliche Rechtswahl, so dass die dem GEK mithin vorgeschaltete Rom I-Verordnung grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung findet. Die von der Kommission befürwortete Vorschaltlösung zur Etablierung eines sog. zweiten Vertragsrechtsregimes stieß indes auf europarechtliche Bedenken sowie Vorbehalte, weil sie gegenüber einer unmittelbaren Anwendung des GEK aufgrund einer eigenständigen Kollisionsnorm komplizierter und intransparenter ausfalle. Auch in der Sache sei sie unzutreffend, da es sich beim GEK um europäisches und nicht um nationales Recht handle. Darüber hinaus könne die Vorschaltlösung rechtlich nicht sicherstellen, dass der nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO anzustellende Günstigkeitsvergleich – wie von der Kommission beabsichtigt – wegen Übereinstimmung der Vergleichsgegenstände tatsächlich leerlaufe. Jedenfalls resultiere hieraus eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit für die Verwender des GEK.

- 3 Was die Beschränkungen des Anwendungsbereichs des GEK in räumlich-persönlicher Hinsicht anbelangt, bestand Einvernehmen, dass die auf Verbraucherseite subjektiv ausgestaltete Definition des räumlichen Anwendungsbereichs in Art. 4 Abs. 3 GEK-VO sowie die KMU-Definition in Art. 7 Abs. 2 GEK-VO nicht zu überzeugen vermögen. Überwiegend wurde eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf sämtliche B2B-Geschäfte schon aus Gründen des Anwendungsgleichlaufs befürwortet. Denn Unternehmer könnten im Wege der Rechtswahl bereits dann auf das GEK zurückgreifen, wenn nur ein Mitgliedstaat von der Option des Art. 13 lit. b GEK-VO Gebrauch macht. Die im Entwurf enthaltenen Beschränkungen des Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende Transaktionen sowie Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern bzw. KMU wurde freilich mit Blick auf die anvisierte Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV (dazu sogleich) und das damit einhergehende Erfordernis eines Binnenmarktbezugs sowie aus Gründen der Subsidiarität- und der Verhältnismäßigkeit von der Kommission bewusst vorgesehen. Unabhängig von der Frage der Rechtsgrundlage wurde dem GEK in seiner derzeitigen Fassung – insbesondere im B2B-Bereich - kaum eine Chance im Wettbewerb der Rechtsordnungen eingeräumt (u.a. unzureichende Vertragsgestaltungsfreiheit, mangelnde Vorhersehbarkeit der Auslegung des GEK).
- 4 Kritisch hinterfragt wurde ferner das von der Kommission vorgebrachte, auf zwei Eurobarometer-Umfragen gestützte praktische Bedürfnis für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Zwar rangieren danach Schwierigkeiten beim Umgang mit ausländischem Vertragsrecht im B2B-Verkehr an dritter Stelle der Hemmnisse für den grenzübergreifenden Handel. Allerdings misst nur eine Minderheit der befragten Unternehmen diesen Schwierigkeiten eine signifikante Bedeutung zu. Dies bestätigte sich in der Diskussion. Zudem wurden methodische Bedenken gegen die Aussagekraft der Selbsteinschätzung der befragten Unternehmen vorgetragen. Nimmt man die Antworten auf die Frage nach dem bei grenzüberschreitenden Geschäften anwendbaren Recht exemplarisch in den Blick, bestünden erhebliche Zweifel daran, dass die befragten Personen überhaupt in der Lage waren, die Bedeutung vertragsrechtlicher Divergenzen für ihr Unternehmen richtig einzuschätzen. Ob zumindest im B2C-Bereich ein praktisches Bedürfnis für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht bestehe, wurde hingegen uneinheitlich beurteilt.
- 5 Diskussionsteilnehmer und Referenten (mit Ausnahme der anwesenden Vertreterin der Kommission) waren darüber einig, dass die von der Kommission präferierte Kompetenzgrundlage für die Einführung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Art. 114 AEUV, mangels qualifizierten Binnenmarktbezugs, aufgrund Umkehrschlusses aus Art. 118 AEUV sowie mit Blick auf das Urteil des EuGH zur Genossenschaft nicht als geeignete Rechtsgrundlage in Betracht komme. Ob stattdessen auf die Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV zurückgegriffen werden könne, sei ebenfalls zweifelhaft, da diese Norm für die systematische Regulierung eines großflächigen und elementaren Rechtsgebiets keine belastbare Basis biete.
- 6 Die fehlende effektive und einheitliche Zivilgerichtsbarkeit auf europäischer Ebene gefährdet nach einer vorgetragenen und von mehreren Diskussionsteilnehmern unterstrichenen Ansicht eine erfolgreiche, insbesondere rechtssichere Anwendung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Denn das gewünschte einheitliche europäische Kaufrecht müsse zwingend von einer einheitlichen Justiz ausgelegt werden. Ohne einheitliche Justiz, einen systematisch geschlossenen Regelbestand, einen hinreichend gesicherten Wertungsrahmen sowie die Verständigung auf eine einheitliche Rechtssprache sei das Einheitsrecht zwangsläufig ein schwaches Recht. Hingewiesen

wurde ferner auf die aus der fehlenden Einbindung des EuGH in den „ordentlichen Rechtszug“ und der mangelnden Leistungsfähigkeit bei zahlreichen Vorabentscheidungsverfahren innerhalb kurzer Zeit (vgl. Fluggastrechteverordnung) resultierenden Schwierigkeiten. Eine andere Ansicht betonte hingegen den Wert des grundsätzlich funktionierenden Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV. Einigkeit bestand in der Kritik an der (derzeit) unzureichenden zivilrechtlichen Kompetenz des Gerichtshofs.

II. Ausgewählte materiell-rechtliche Regelungen des Kommissionsvorschlags

Die Bestimmungen des GEK für den Problemkomplex „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ wurden zwar als brauchbare Normgrundlage für eine Klauselkontrolle durch eine umsichtige Judikative angesehen. Insgesamt erschienen die Regelungen aber unnötig kompliziert. Es sei eine Tendenz zur Überregulierung im Detail zu konstatieren (vgl. exemplarisch das Verbot der formularmäßig vorbehaltenen Vertragsübertragung gem. Art. 85 lit. m GEK). Dies wurde auf den Kompromisscharakter des GEK zurückgeführt, da in anderen europäischen Jurisdiktionen ein weniger abstrahierender Regelungsansatz vorherrsche. Während sich das Schutzniveau im Verbraucherbereich an den Vorgaben der Klauselrichtlinie orientiere, gelte im B2B-Bereich ein gänzlich anderer Maßstab als nach deutschem Recht, eine Art „Inhaltskontrolle light“, was auf unterschiedliche Resonanz stieß. Die Initiative der Kommission, die Klauselkontrolle im Unionsrecht erstmals auf den B2B-Bereich auszuweiten, dürfte jedenfalls mehrheitlich auf Zustimmung stoßen. Ob die parallele Klauselkontrolle nach GEK sowie eine Überprüfung anhand des Sittenwidrigkeitsmaßstabs nach nationalem Recht (vgl. Erwägungsgrund 27) unter Gefährdung der Rechtssicherheit auf eine echte „Doppelkontrolle“ von Vertragsklauseln hinauslaufen, wurde uneinheitlich beurteilt.

Die im GEK normierten Informationspflichten sowie das Widerrufsrecht entsprechen auf dem Gebiet des Verbraucherrechts im Wesentlichen dem *acquis communautaire*. Es besteht weitgehende Übereinstimmung mit der Verbraucherrechte-Richtlinie. Eine allgemeine Informationspflicht im Verhältnis zwischen Unternehmen wird hingegen erstmals im GEK eingeführt. Im Interesse einer einheitlichen Auslegung der Informationspflichten in den Mitgliedsstaaten sprachen sich die Referenten und Diskussionsteilnehmer zugunsten einer Aufnahme konkretisierender Bestimmungen aus. Ob es allerdings tatsächlich der Einführung detaillierter Informationspflichten außerhalb besonderer Absatzformen und unabhängig vom Vertragsgegenstand bedürfe, sei jedoch zweifelhaft. In der Diskussion wurde die Frage aufgeworfen (und bejaht), ob das Informationspflichtenkonzept des *acquis communautaire* generell einer Revision bedürfe (Flut an Informationen, keine Transparenz).

Interne Regelungslücken des GEK sind anders als nach Art. 7 Abs. 2 CISG ausschließlich durch autonom-interne Auslegung zu schließen. Ein subsidiärer Rückgriff auf mitgliedstaatliches Recht ist gem. Art. 11 GEK-VO ausgeschlossen. Kohärenzdefizite zwischen dem geplanten GEK und dem verbrauchervertragsrechtlichen *acquis communautaire*, die auf formale, terminologische und inhaltliche Abweichungen zurückzuführen seien, bereiteten in diesem Zusammenhang erhebliche Schwierigkeiten. Im Übrigen müsse sich ein grenzüberschreitend agierendes Unternehmen entgegen der Zielsetzung des GEK weiterhin auf unterschiedliches Recht in den Mitglied-

staaten einstellen, da externe Lücken durch Rückgriff auf das jeweils kollisionsrechtlich berufene Sachrecht zu schließen sind.

- 10** Das Leistungsstörungenrecht des GEK bewegt sich dagegen größtenteils in vertrauten Bahnen. Die große Mehrzahl der Regelungen geht auf ähnliche Vorschriften im CISG, in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie oder im DCFR zurück. Erhebliche Bedenken wurden gegen den Verzicht auf den Vorrang der Nacherfüllung erhoben. Bedauerlich sei zudem, dass die Chance überwiegend nicht genutzt wurde, Zweifelsfragen zu klären, die sich bei der Anwendung des CISG und vor allem der zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie dienenden nationalen Rechte ergeben haben (z.B. Reichweite der Vermutung in Art. 105 Abs. 2 GEK, Verjährung im Fall mangelhafter Nacherfüllung, Haftung eines Händlers für Fehler bei der Herstellung). Schließlich führe die häufige Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „angemessen“ oder „nicht offensichtlich unbegründet“ zu unnötiger Rechtsunsicherheit.
- 11** Deutliche Kritik wurde an den Regelungen zur Rückabwicklung geübt. Diese wirkten zwar auf den ersten Blick plausibel und mindestens für kontinentaleuropäische Juristen vertraut, entpuppten sich aber bei näherem Hinsehen als inkohärente Kombination von Versatzstücken aus nationalen Kodifikationen. Demgegenüber bewegt sich das Kapitel über Schadensersatz im Rahmen der existierenden Vorentwürfe. Gerade aus deutscher Perspektive sei freilich die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des GEK zumindest gewöhnungsbedürftig. Kritik wurde ferner am verwirrenden Aufbau des Abschnitts über Verzugszinsen sowie an dem Verzicht auf eine Regelung betreffend die Reduktion exzessiv hoher Vertragsstrafen bzw. Schadenspauschalen geübt.

III. Fazit

- 12** Ob sich der vorliegende Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrechts demnächst in der Praxis bewähren kann und muss, ist in diesem Stadium des Gesetzgebungsprozesses vor allem eine politische Frage. Aber selbst wenn das optionale Instrument kommt, ist seine Akzeptanz im Rechtsverkehr nicht gewiss. Einer der Referenten forderte insoweit eine „Abstimmung mit den Füßen“. Nicht zu Unrecht wurde diesem Ansatz entgegen gehalten, dass Rechtsetzung einer marktmäßigen Entscheidung nur begrenzt zugänglich sei, da die individuelle Vertragspartei, insbesondere der Verbraucher, die Wirkungsmechanismen, Stärken und Schwächen einer Vertragsrechtsordnung kaum überblicken könne. In jedem Fall gilt es zu gewährleisten, dass ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht den Qualitätsstandards entspricht, die die nationalen Zivilrechtsordnungen, wie beispielsweise das BGB bieten. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Kommission nicht legislative Sorgfalt um eines schnellen politischen Erfolges willen opfert. Mit gutem Grund wurde heute auf die Aussage von Friedrich Carl von Savigny verwiesen: „*Das Vorschnelle verdirbt alles.*“

Das „Gemeinsame Europäische Kaufrecht“, für das die Europäische Kommission am 11.10.2011 einen Verordnungsvorschlag vorgelegt hat, wird in den Beiträgen des Würzburger Symposiums vom 20.1.2012 eingehend untersucht. Allgemeine sowie besondere materiellrechtliche Fragen werden von namhaften Zivilrechtlern unabhängig erörtert. Zudem unterrichten detaillierte Diskussionsberichte über die gehaltvolle und kontroverse Diskussion des Symposiums mit Stimmen aus den unterschiedlichsten Kreisen und Lagern. Der Band leistet einen wesentlichen Beitrag zur dringend erforderlichen Debatte über den potentiell sehr weitreichenden Verordnungsvorschlag.

