

Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Professor Dr. Florian Faust, LL.M. (Univ. Michigan)*

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR) stellt einen Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Privatrechts dar. Der folgende Beitrag zeigt das Anliegen auf, das dem Vorschlag zugrunde liegt, stellt dessen grundlegende Charakteristika vor und geht als Beispiel für die vorgeschlagenen Regelungen näher auf das Gewährleistungsrecht ein.

I. Einleitung

Am 11. Oktober 2011 legte die Europäische Kommission den „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ vor.¹ Die geplante Verordnung (GEKR-VO) selbst ist dabei recht kurz. Sie enthält nur 16 Artikel, in denen es im Wesentlichen um Begriffsbestimmungen (Art. 2 GEKR-VO) und um die Anwendbarkeit des Kaufrechts geht. Das eigentliche Kaufrecht (GEKR) ist im Anhang I zu dieser Verordnung enthalten und umfasst 186 Artikel sowie zwei Anlagen mit einer Muster-Widerrufsbelehrung und einem Standard-Widerrufsformular; der Anhang II der Verordnung enthält ein Standard-Informationsblatt, das Verbrauchern vor der Vereinbarung des GEKR übermittelt werden muss (Art. 9 GEKR-VO). Diese Ausgliederung der eigentlichen Kaufrechts-Vorschriften ändert zwar nichts an ihrer Verordnungs-Qualität², führt aber dazu, dass sich die Erwägungsgründe nicht auf das Kaufrecht selbst, sondern nur auf den eigentlichen Inhalt der Verordnung beziehen und daher bei Auslegungsfragen keine große Hilfe sind.

II. Regelungsanliegen

Zweck des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist, „die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern, indem ein für die Europäische Union einheitliches Vertragsrecht (das ‚Gemeinsame Europäische Kaufrecht‘) zur Verfügung gestellt wird“ (Art. 1 I 1 GEKR-VO). Essentiell für die Realisierung des Binnenmarkts (d. h. gemäß Art. 26 II AEUV eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen,

Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist) ist nämlich nicht nur, dass z. B. Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung untersagt werden (siehe Art. 34 AEUV), sondern auch, dass die Marktteilnehmer diesen einheitlichen Markt tatsächlich annehmen, also Unternehmer ihre Waren grenzüberschreitend anbieten und Unternehmer wie Verbraucher grenzüberschreitend einkaufen. Hier bestehen nach Ansicht der Europäischen Kommission noch gravierende Defizite. Einen wesentlichen Grund dafür sieht sie in den unterschiedlichen Vertragsrechten (Erwägungsgründe 1 und 2 GEKR-VO).

Das ist auf den ersten Blick durchaus plausibel, denn wenn ein Unternehmer nicht allen von ihm geschlossenen Verträgen dasselbe Recht zugrunde legen kann, steigen seine Kosten, weil er sich über unterschiedliche nationale Rechte informieren und deren Anforderungen genügen muss.

Auf Kaufverträge zwischen Unternehmern³ wird zwar in der Regel das UN-Kaufrecht (CISG) zur Anwendung kommen⁴, doch regelt es manche wichtige Bereiche nicht. So betrifft es nach Art. 4 lit. a CISG nicht die Gültigkeit des Vertrags oder einzelner Vertragsbestimmungen, also insbesondere nicht die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Insofern gilt vielmehr das nach dem Kollisionsrecht maßgebliche nationale Recht. Das UN-Kaufrecht ermöglicht Unternehmern also nicht, all ihren Geschäften – unabhängig davon, in welchem Staat der Vertragspartner sitzt – dieselben AGB zugrunde zu legen. Das könnten sie nur erreichen, wenn das Kollisionsrecht jeweils zum selben nationalen Recht führen würde. Dies ist zwar nicht ausgeschlossen, da die Parteien nach Art. 3 I Rom I-VO⁵ prinzipiell frei wählen können, welchem Recht ein von ihnen geschlossener Vertrag unterliegen soll; Eingriffsnormen⁶ werden im Warenkaufrecht eher selten sein.

* Professor Dr. Florian Faust, LL.M. (Univ. Michigan) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ KOM(2011) 635 endgültig. Zur Vorgeschichte siehe *Mansel*, WM 2012, 1253 (1254 f.); *Schulte-Nölke*, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 1 ff.

² *Mansel*, WM 2012, 1253 (1255 f.).

³ Genauer: Das UN-Kaufrecht findet *keine* Anwendung auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde (Art. 2 lit. a CISG).

⁴ Freilich gilt das CISG nicht für alle Mitgliedstaaten der EU, nämlich nicht für Großbritannien, Irland, Portugal und Malta.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177, S. 6 ff.

⁶ Das sind gemäß Art. 9 I Rom I-VO zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie unabhängig davon, welches nationale Recht kraft Kollisionsrechts

Doch kann die Einigung über das anwendbare Recht ein ernsthaftes Hindernis auf dem Weg zum Vertragsschluss darstellen, weil keine Partei das Heimatrecht der anderen zu akzeptieren bereit ist. Es bleibt dann nur, sich auf ein neutrales Recht zu verständigen. Das GEKR würde insofern den Vorteil bieten, dass es in allen Amtssprachen der EU verfügbar ist.

Wesentlich gravierender sind die Probleme bei Verbraucher-Verträgen. Auch hier ist zwar eine Rechtswahl möglich (Art. 6 II 1 Rom I-VO). Doch darf dem Verbraucher dadurch nicht der Schutz durch zu seinen Gunsten zwingende Vorschriften seines Aufenthaltsstaats entzogen werden, wenn der Vertrag einen hinreichenden Bezug zu diesem Staat aufweist (Art. 6 II 2 Rom I-VO). Zugunsten des Verbrauchers gelten also sowohl die Normen des gewählten Rechts als auch diejenigen des Rechts seines Aufenthaltsstaats („Rosinentheorie“). Der Unternehmer muss daher auf jeden Fall die Regelungen des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers beachten. Die Verbraucherschutzrichtlinien der Europäischen Gemeinschaft bzw. – seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – Europäischen Union prägen zwar die Rechte der Mitgliedstaaten, doch statuieren sie typischerweise⁷ nur einen Mindeststandard. Ein Unternehmer, der an Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten verkaufen will, muss sich daher eingehend mit dem Recht dieser Mitgliedstaaten befassen, insbesondere seine AGB, die dem Verbraucher erteilten Informationen und die Widerrufsbelehrung an das Recht dieser Mitgliedstaaten anpassen. Das kann erheblichen Aufwand und erhebliche Kosten verursachen. Wie schwer es etwa ist, eine korrekte Widerrufsbelehrung zu formulieren, zeigt die Tatsache, dass selbst die vom Bundesjustizministerium vorgelegte Muster-Widerrufsbelehrung zunächst nicht den deutschen (!) gesetzlichen Vorgaben entsprach⁸. Unternehmer werden sich daher genau überlegen, ob es lohnt, sich auf 27 verschiedene Rechtsordnungen einzustellen. Kleine Unternehmer werden möglicherweise von vornherein darauf verzichten, Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten zu beliefern, und größere Unternehmer werden danach entscheiden, wieviel Umsatz mit Verbrauchern aus einem bestimmten Mitgliedstaat zu erwarten ist. Eine geringere Rolle dürfte dagegen die Unsicherheit der Verbraucher in Bezug auf das anwendbare Recht spielen. Die Kommission meint zwar, dass diese Unsicherheit – insbesondere im Hinblick auf Gewährleistungsrechte – viele Verbraucher davon abhält, Einkäufe im Ausland zu tätigen.⁹ Doch ist dies nicht sehr plausibel. Soweit die Verbraucher überhaupt über die rechtliche Lage nachdenken, bevor sie von einem ausländi-

schen Anbieter kaufen, werden sie wohl eher durch drohende Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung abgeschreckt als durch die Unkenntnis des materiellen Rechts, zumal auch vielen Nicht-Juristen bekannt sein dürfte, dass europaweit ein bestimmter Mindeststandard gilt.¹⁰

Der Deutsche Bundestag meint dagegen – gestützt auf Stellungnahmen von Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden –, dass die Varianz der Vertragsrechtsordnungen generell nur von untergeordneter Bedeutung im grenzüberschreitenden Handelsverkehr sei; die entscheidenden Hindernisse für grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit seien vielmehr Sprachbarrieren und räumliche Entfernung.¹¹ Das mag vom deutschen Blickwinkel aus zutreffen, kann in kleineren Mitgliedstaaten aber durchaus anders sein. So wird es sich häufig für Unternehmer nicht lohnen, sich auf das Recht kleiner Mitgliedstaaten einzustellen, weil der dort zu erwartende Umsatz den Aufwand nicht lohnt. Es besteht daher die Gefahr, dass Verbraucher aus kleineren Mitgliedstaaten in vielen Fällen nicht beliefert werden.

Aus Sicht der Kommission stellt das GEKR die Lösung für die geschilderten Probleme dar: „Unternehmer sollten das Gemeinsame Europäische Kaufrecht bei allen grenzübergreifenden Geschäften innerhalb der Europäischen Union anwenden können, ohne sich den verschiedenen einzelstaatlichen Vertragsrechtsregelungen anpassen zu müssen, wenn die andere Vertragspartei dem zustimmt. ... Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern müssten nicht erst die im nationalen Recht zwingenden Verbraucherschutzvorschriften ermittelt werden, da das Gemeinsame Europäische Kaufrecht bereits voll harmonisierte Verbraucherschutzvorschriften enthält, die überall in der Europäischen Union ein hohes Schutzniveau garantieren. In grenzübergreifenden Geschäften zwischen Unternehmen könnten die Verhandlungen über das anwendbare Recht reibungsloser verlaufen, da sich die Vertragsparteien auf die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts verständigen könnten, das beiden Seiten gleichermaßen zur Verfügung steht.“¹²

III. Grundprinzip

Das GEKR soll kein weiteres (28.) Vertragsrecht neben den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten darstellen, sondern Teil des Vertragsrechts jedes Mitgliedstaats sein¹³: Es soll „in jedem Mitgliedstaat als fakultatives zweites Vertragsrecht

anwendbar ist, auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

⁷ Wichtige Ausnahme ist die Verbraucherrechte-RL (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. Nr. L 304, S. 64 ff.); siehe deren Art. 4.

⁸ Siehe *Masuch*, NJW 2002, 2931 f. und NJW 2008, 1700 ff. Das Problem wurde schließlich durch den Erlass von § 360 III BGB gelöst.

⁹ KOM(2011) 635 endgültig, S. 4.

¹⁰ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 2012 Nr. C 181, S. 75 (76 unter 2.2.2.).

¹¹ BT-Drucks. 17/8000, S. 6. Siehe auch *Luczak*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/146 vom 1.12.2011, S. 17501 (17502 B-C). Ähnlich die Sichtweise in Österreich, siehe *Stabentheiner*, Der Entwurf für ein Gemeinsames europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012, S. 3 (16).

¹² KOM(2011) 635 endgültig, S. 4 f.

¹³ Siehe zu den Gründen für diese Konstruktion *Leible*, Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 21 Rz. 3 ff.

zur Verfügung stehen“.¹⁴ Außerdem soll es nicht automatisch zur Anwendung kommen, sondern nur, wenn die Parteien seine Anwendung vereinbart haben (Art. 3 GEKR-VO); im Gegensatz zum CISG (Art. 6 CISG) gilt also nicht das Prinzip des „opt out“, sondern das Prinzip des „opt in“. Schließlich ist seine Anwendbarkeit auf grenzübergreifende Verträge mit einem bestimmten Inhalt zwischen bestimmten Vertragspartnern beschränkt (Art. 4 ff. GEKR-VO). Um festzustellen, ob auf einen Vertrag das GEKR zur Anwendung kommt, muss man also zuerst mit Hilfe des Kollisionsrechts das anwendbare nationale Privatrecht bestimmen. Falls das das Recht eines Mitgliedstaats ist, muss man klären, ob die Parteien die Anwendung des GEKR vereinbart haben. Ist auch das der Fall, muss schließlich geprüft werden, ob der Vertrag überhaupt in den Anwendungsbereich des GEKR fällt.

Ist all das der Fall, so gilt für alle im GEKR geregelten Fragen ausschließlich das GEKR; es geht also auch zwingenden Normen des nach dem Kollisionsrecht maßgeblichen nationalen Rechts vor. Dieses kommt nur in Bezug auf im GEKR nicht geregelte Fragen („externe Lücken“) zur Anwendung. Art. 6 II 2 Rom I-VO spielt nach der Vorstellung der Kommission normalerweise¹⁵ keine Rolle mehr (Erwägungsgrund 12 GEKR-VO¹⁶). Denn da das GEKR in allen Mitgliedstaaten gilt, unterläge der Vertrag auch nach dem Recht des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers (sofern dieser ein Mitgliedstaat ist) dem GEKR, so dass dieses Recht dem Verbraucher keinen höheren Schutzstandard gewähren würde.¹⁷ Das UN-Kaufrecht soll nicht anwendbar sein, da die Wahl des GEKR als Abbedingung des UN-Kaufrechts (Art. 6 CISG) auszulegen sei (Erwägungsgrund 25 GEKR-VO).¹⁸

IV. Kompetenz

Lebhaft umstritten ist die Frage nach der Kompetenz zum Erlass des GEKR. Nur ausnahmsweise wird dabei die Kompetenz der EU schlechthin bestritten¹⁹, der Streit

konzentriert sich vielmehr darauf, ob Art. 114 AEUV oder Art. 352 AEUV die richtige Grundlage ist. Die Frage ist deshalb von großer Bedeutung, weil beide Normen unterschiedliche Anforderungen an die Mehrheit im Rat stellen: Bei Art. 114 AEUV reicht nach Art. 289 I, 294 AEUV, Art. 16 III EUV eine qualifizierte Mehrheit. Art. 352 AEUV verlangt dagegen Einstimmigkeit im Rat; der deutsche Vertreter muss dabei nach § 8 Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG) einen auf Art. 352 AEUV gestützten Vorschlag ablehnen, sofern nicht hierzu ein Gesetz gemäß Art. 23 I GG in Kraft getreten ist.

Dass sich alle Mitgliedstaaten auf das GEKR einigen, scheint sehr unwahrscheinlich. Wohl deshalb will die Kommission das GEKR auf Art. 114 AEUV stützen.²⁰ Nach Art. 114 I 2 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. In Zweifel gezogen wird insbesondere, dass das GEKR zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten dient. Denn es gleiche nicht die einzelnen nationalen Kaufrechte einander an; diese blieben vielmehr mit all ihren Unterschieden bestehen, und es werde nur jedes einzelne nationale Recht um das GEKR als eine zweite, von den Parteien wählbare Kaufrechtsordnung ergänzt. Hiergegen wird wiederum angeführt, dass ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, das die nationalen Kaufrechte *ersetzt*, eindeutig eine Maßnahme der Rechtsangleichung i.S.v. Art. 114 AEUV darstellen würde. Die Kompetenz müsse daher erst recht die Schaffung eines nur kraft Parteivereinbarung anwendbaren GEKR umfassen, die weniger in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreife.²¹

Ob der *EuGH* Art. 114 AEUV als taugliche Kompetenzgrundlage anerkennen wird, scheint sehr fraglich. Denn 2006 entschied er, dass die Einführung einer europäischen Rechtsform für Genossenschaften nicht auf die Vorgängervorschrift zu Art. 114 AEUV (Art. 95 EG), sondern nur auf die Vorgängervorschrift zu Art. 352 AEUV (Art. 308 EG) gestützt werden kann, weil „die angefochtene Verordnung, die die bestehenden nationalen Rechte unverändert lässt, [nicht] die Angleichung der auf Genossenschaften anwendbaren Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezweckt; sie verfolgt vielmehr das Ziel, eine neue Genossenschaftsform zu schaffen, die die nationalen Rechtsformen überlagert“.²² Ganz ähnlich scheint die Lage hinsichtlich des GEKR. Die Kommission ist freilich der Ansicht, dass beides nicht vergleichbar sei: „Im Gegensatz zur Europäischen Genossenschaft ... führt das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in keinerlei Weise zur Schaffung einer neuen Rechtsform.

¹⁴ KOM(2011) 635 endgültig, S. 6. Kritisch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (273 ff.); *Mansel*, WM 2012, 1253 (1262 ff.).

¹⁵ Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Verbraucher nicht in einem EU-Mitgliedstaat ansässig ist (vgl. Art. 4 III lit. b GEKR-VO); siehe *Leible* (Fn. 13), Rz. 22.

¹⁶ Die englische und französische Fassung dieses Erwägungsgrunds ist gegenüber der deutschen wesentlich verkürzt und daher inhaltlich unrichtig.

¹⁷ *Moser*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 7 Rz. 33. *Mansel*, WM 2012, 1253 (1264) hält das dagegen für einen „Taschenspielertrick“; im Rahmen von Art. 6 II 2 Rom I-VO müsse ein Vergleich nicht mit dem GEKR, sondern mit dem „normalen“ nationalen Kaufrecht stattfinden. Kritisch auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (273).

¹⁸ Siehe zu möglichen Problemen *Schmidt-Kessel*, Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, 2012, S. 1 (22 f.).

¹⁹ Z. B. *Grigoleit*, Der Entwurf für ein Gemeinsames europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 67 Rz. 32 ff.

²⁰ Zustimmend *Schmidt-Kessel* (Fn. 18), S. 9 ff.

²¹ *Moser* (Fn. 17), Rz. 20.

²² *EuGH*, Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-436/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-3754 Rz. 44.

Die Vertragsparteien entscheiden sich nicht für einen vom nationalen Kaufvertrag konzeptionell unterschiedlichen ‚Europäischen Kaufvertrag‘, sondern vereinbaren privatautonom das Gemeinsame Europäische Kaufrecht. Die bisher existierenden Kaufvertragsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten werden somit durch die Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht lediglich ergänzt.“²³

Bedenken gegen die Anwendbarkeit von Art. 114 AEUV ergeben sich auch aus der durch den Vertrag von Lissabon neu geschaffenen Kompetenz des Art. 118 I AEUV. Dieser erlaubt der EU, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren europäische Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union zu schaffen, die parallel neben die entsprechenden Rechtstitel der Mitgliedstaaten treten, ohne diese zu ändern oder zu ersetzen. Würde schon Art. 114 AEUV die Schaffung von parallel neben die nationalen Regelungen tretenden optionalen Instrumenten erlauben, wäre Art. 118 I AEUV überflüssig.²⁴

Den zahlreichen Autoren, die Art. 114 AEUV nicht für eine taugliche Kompetenzgrundlage halten²⁵, haben sich der Deutsche Bundestag und der Bundesrat²⁶ angeschlossen. Der Bundestag hat einstimmig (!)²⁷ eine Subsidiaritätsrüge gemäß Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit²⁸ erhoben.²⁹

V. Anwendungsbereich

Da das GEKR ohnehin nicht „automatisch“ zur Anwendung kommt, sondern nur, wenn die Parteien das vereinbaren, beschreibt der Anwendungsbereich lediglich, für welche Verträge die Parteien die Geltung des GEKR vereinbaren können. Freilich hindert niemand die Parteien, kraft ihrer Privatautonomie dem GEKR entsprechende Bestimmungen auch für andere Verträge zu vereinbaren, gegebenenfalls dadurch, dass sie einfach auf das GEKR verweisen. Allerdings gilt dann das GEKR nur, soweit das

nach dem Kollisionsrecht anwendbare nationale Recht Parteivereinbarungen zulässt; zwingende Regelungen des nationalen Rechts, insbesondere des Verbraucherschutzes, bleiben also anwendbar.

1. Örtlicher Anwendungsbereich

Das GEKR kann nur für grenzübergreifende³⁰ Verträge vereinbart werden³¹, wobei mindestens einer der betroffenen Staaten EU-Mitglied sein muss (Art. 4 GEKR-VO). Art. 13 lit. a GEKR-VO³² gibt den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, die Wahl des GEKR auch für reine Inlandssachverhalte zu eröffnen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht gilt das GEKR gemäß Art. 5 GEKR-VO für Kaufverträge i.S.v. Art. 2 lit. k GEKR-VO, für – auch unentgeltliche – Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte i.S.v. Art. 2 lit. j GEKR-VO und für Verträge über Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag oder dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte erbracht werden („verbundene Dienstleistungen“, Art. 2 lit. m GEKR-VO). Während sich in Bezug auf die Dienstleistungen eigene Normen in Art. 147 bis 158 GEKR finden, wurden die Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte in die kaufrechtlichen Regelungen integriert. Die Einbeziehung solcher Verträge wurde für sinnvoll gehalten, „um der zunehmenden Bedeutung der digitalen Wirtschaft Rechnung zu tragen“ (Erwägungsgrund 17 GEKR-VO), und unentgeltliche Verträge sollten erfasst werden, weil digitale Inhalte häufig nicht gegen Zahlung eines Preises, sondern gegen eine nicht geldwerte Gegenleistung wie die Einräumung des Zugangs zu persönlichen Daten oder ohne jede Gegenleistung im Rahmen einer Marketingstrategie zur Verfügung gestellt würden (Erwägungsgrund 18 GEKR-VO). Gelungen ist diese Integration freilich nicht; vielmehr hat sie zu zahlreichen Unklarheiten und Widersprüchen geführt.³³ So sprechen etwa viele Normen, die sich auch auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte beziehen, von „Käufer“

²³ Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, BR-Drucks. 274/12.

²⁴ BT-Drucks. 17/8000, S. 5. A. A. Moser (Fn. 17), Rz. 21; Schmidt-Kessel (Fn. 18), S. 14.

²⁵ Z. B. Mansel, WM 2012, 1309 (1315 f.); Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 35 (2011), 371 (388 f., 394 f.); Müller-Graff, Ein fakultatives europäisches Kaufrecht als Instrument der Marktordnung?, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 21 (35); ders., Der Introitus des optionalen Europäischen Kaufrechts: Das erste Kapitel im Kontext von Kodifikationskonzept und Primärrecht, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, 2012, S. 51 (59 ff.); Stabentheiner (Fn. 11), S. 16; zweifelnd auch Perner, Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, 2012, S. 21 (33 ff.).

²⁶ Beschluss vom 25.11.2011, Drucks. 617/11 (Beschluss), Zi. 3.

²⁷ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/146 vom 1.12.2011, S. 17507 D.

²⁸ ABl. 2007 Nr. C 306, S. 150.

²⁹ BT-Drucks. 17/8000.

³⁰ Kritisch zur Terminologie Bundesrat, Beschluss vom 25.11.2011, Drucks. 617/11 (Beschluss), Zi. 9.

³¹ Ablehnend gegenüber dieser Einschränkung Ackermann, *Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?*, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 49 Rz. 12; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, *JZ* 2012, 269 (275); Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 35 (2011), 371 (420 ff.); Perner (Fn. 25), S. 25. Zustimmung Bundesrat, Beschluss vom 25.11.2011, Drucks. 617/11 (Beschluss), Zi. 6.

³² Hier besteht ein Widerspruch zwischen der deutschen Fassung auf der einen Seite und der englischen und französischen Fassung auf der anderen Seite. Nach der deutschen Fassung müssen sich bei Verbraucherverträgen der gewöhnliche Aufenthalt des Unternehmers, die Anschrift des Verbrauchers, die Lieferanschrift für die Waren oder die Rechnungsanschrift in dem betreffenden Mitgliedstaat befinden, im englischen und französischen Text steht dagegen „und“.

³³ Siehe näher Faust, *Das Kaufrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 251 (253 f.).

und „Verkäufer“. Diese sind in Art. 2 lit. k GEKR-VO als die Parteien eines Kaufvertrags definiert, also eines Vertrags, der sich auf die entgeltliche Lieferung von Waren (d. h. gemäß Art. 2 lit. h GEKR-VO beweglichen körperlichen Gegenständen) bezieht. Nur an sehr versteckter Stelle, nämlich in Art. 91 GEKR, ist erläutert, dass in den kaufrechtlichen Normen der Begriff „Verkäufer“ auch den Lieferanten digitaler Inhalte umfasst; eine entsprechende Regelung für den Käufer fehlt.

Für unentgeltliche Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte gelten einige Sonderregeln. So ist nach Art. 100 lit. g GEKR die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen, wenn bestimmt wird, was der Verbraucher (warum nicht ein Unternehmer?) von digitalen Inhalten erwarten kann. Art. 107 GEKR beschränkt die Rechtsbehelfe des Käufers (sic!) auf einen Anspruch auf den Ersatz von Mangelfolgeschäden ausschließlich entgangenen Gewinns³⁴. Art. 123 II GEKR sieht – wer hätte das gedacht! – vor, dass der „Käufer“ bei unentgeltlichen Verträgen nicht den Preis zahlen muss, und Art. 130 VI GEKR erklärt die Regelungen über vorzeitige Lieferung und Lieferung einer falschen Menge für unanwendbar.

Nach Art. 6 II GEKR-VO darf das GEK nicht für Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher verwendet werden, bei denen der Unternehmer dem Verbraucher einen Kredit in Form einer Finanzierungshilfe, insbesondere eines Zahlungsaufschubs, gewährt. Problematisch hieran ist, dass nicht verlangt wird, dass die Finanzierungshilfe entgeltlich ist. Ein Vergleich mit der Verbraucherkredit-RL³⁵ legt im Gegenteil nahe, dass es auf die Entgeltlichkeit nicht ankommt; denn nach deren Art. 3 lit. c, der ebenso wie Art. 6 II GEKR-VO vom „Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen [bzw. vergleichbaren] Finanzierungshilfe“ spricht, kann ein Kreditvertrag auch unentgeltlich sein, wie sich aus der speziellen Ausnahme für unentgeltliche Kredite in Art. 2 II lit. f der Richtlinie ergibt. Danach könnte kein Kauf dem GEKR unterstellt werden, bei dem der Verkäufer zur Vorleistung verpflichtet ist, insbesondere nicht ein Kauf auf Rechnung. Das kann nicht gemeint sein.³⁶

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Nach Art. 7 I GEKR-VO muss der Verkäufer oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer sein. Auf der anderen Seite kann ein Verbraucher oder ein Unternehmer stehen; im zweiten Fall muss allerdings mindestens einer der beiden beteiligten Unternehmer ein kleines oder mittleres Unternehmen („KMU“) i.S.v. Art. 7 II GEKR-VO

³⁴ Die deutsche Fassung ist missglückt, weil sich das „nur“ nicht auf die genannten Schäden bezieht.

³⁵ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. Nr. L 133, S. 66 ff.

³⁶ So auch Moser, Diskussionsbeitrag, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 43 Rz. 12; Pfeiffer, ebenda, Rz. 13.

sein³⁷. Erwägungsgrund 21 begründet dies damit, dass der persönliche Geltungsbereich „auf die Parteien ausgerichtet werden [sollte], die derzeit durch die divergierenden einzelstaatlichen Vertragsrechtsregelungen davon abgehalten werden, im Ausland Geschäfte zu tätigen“. Hintergrund ist wohl, dass Art. 114 AEUV, auf den die Kommission die GEKR-VO stützen will, voraussetzt, dass durch die Maßnahme ein spürbares Hemmnis für den Binnenmarkt überwunden wird³⁸, und bei Großunternehmen kein solches Hemmnis besteht.³⁹ Problematisch am Erfordernis, dass eines der Unternehmen ein KMU sein muss, ist insbesondere, dass die Definition des KMU in Art. 7 II GEKR-VO so viele Zweifelsfragen offen lässt⁴⁰, dass es einem Unternehmen häufig nicht nur unmöglich sein wird, zu beurteilen, ob der prospektive Vertragspartner ein KMU ist, sondern sogar schwer fallen wird, zu entscheiden, ob es selbst ein KMU ist. Es besteht daher die Gefahr, dass die Parteien die Anwendung des GEKR vereinbaren, obwohl sein Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, und daher die zwingenden Vorschriften des nach dem Kollisionsrecht anwendbaren nationalen Rechts – insbesondere diejenigen über die AGB-Kontrolle – zur Anwendung kommen.

Art. 13 lit. b GEKR-VO gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Anwendungsbereich des GEKR auf Verträge zwischen Unternehmen zu erweitern, von denen keines ein KMU ist.

Fragwürdig ist, dass nach Art. 2 lit. e und f GEKR-VO Personen, die einen Vertrag im Zusammenhang mit einer unselbstständigen Tätigkeit schließen, als Unternehmer behandelt werden. Das entspricht zwar den Verbraucherschutzrichtlinien, ist aber nicht sachgerecht. Von einem angestellten Lehrer, der einen Computer zur beruflichen Nutzung kauft, kann nicht die einen Unternehmer charakterisierende und von ihm zu erwartende Geschäftsgewandtheit verlangt werden. Es ist daher nicht angemessen, ihn den strengen für Unternehmer geltenden Regeln zu unterwerfen, etwa der Prüfungs- und Mitteilungspflicht (Art. 121 f. GEKR). Es sollte daher – wie in §§ 13, 14 BGB – nur das Handeln in Ausübung eines Gewerbes oder einer *selbständigen* beruflichen Tätigkeiten zur Eigenschaft als Unternehmer führen.

VI. Vereinbarung des GEKR

Da das GEKR nach der Vorstellung der Kommission Teil der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ist, ist die Ver-

³⁷ Ablehnend gegenüber dieser Einschränkung Ackermann (Fn. 31), Rz. 11; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269 (275); Pfeiffer, Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 35 Rz. 26 ff. Kritisch auch Bundesrat, Beschluss vom 25.11.2011, Drucks. 617/11 (Beschluss), Zi. 11.

³⁸ Siehe *EuGH*, Urteil vom 5.10.2000, Rs. C-376/98 (Deutschland/Parlament und Rat – Tabakwerberichtlinie), Slg. 2000, I-8498 Rz. 83 ff.; *EuGH*, Urteil vom 10.12.2002, Rs. C-491/01 (British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco), Slg. 2002, I-11550 Rz. 60.

³⁹ Mansel, WM 2012, 1253 (1259).

⁴⁰ Siehe Mansel, WM 2012, 1253 (1260); Pfeiffer (Fn. 37), Rz. 23 ff.

einbarung über seine Verwendung eine „Wahl zwischen zwei verschiedenen Kaufrechtssystemen innerhalb derselben einzelstaatlichen Rechtsordnung“, die „nicht mit einer Rechtswahl im Sinne des Internationalen Privatrechts gleichzusetzen oder zu verwechseln“ ist⁴¹. Die Frage, ob eine entsprechende Vereinbarung geschlossen wurde und ob sie gültig ist, ist dabei aber nicht nach den Vorschriften des einschlägigen nationalen Rechts, die für innerstaatliche Sachverhalte gelten, zu beurteilen, sondern gemäß Art. 8 I 2 GEKR-VO nach der GEKR-VO und dem GEKR. Für Verbraucherverträge gelten dabei besondere Voraussetzungen: Nach Art. 8 II 1 GEKR-VO muss der Verbraucher in die Verwendung des GEKR ausdrücklich und gesondert von seiner Erklärung, mit der er dem Vertragsschluss zustimmt, einwilligen; eine Vereinbarung des GEKR durch die AGB des Verkäufers ist also nicht möglich. Überdies muss der Unternehmer dem Verbraucher vor dessen Einwilligung das in Anlage II der GEKR-VO enthaltene Standard-Informationsblatt übermitteln⁴²; sonst ist der Verbraucher an die Vereinbarung des GEKR nicht gebunden (Art. 9 I GEKR-VO).⁴³

Nach Art. 8 III GEKR-VO darf das GEKR bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nicht in Teilen, sondern nur in seiner Gesamtheit verwendet werden. Diese Regelung muss freilich im Zusammenhang mit Art. 1 II GEKR gesehen werden, nach dem die Parteien die Anwendung von Bestimmungen des GEKR ausschließen können, soweit nichts anderes bestimmt ist. Art. 8 III GEKR-VO besagt damit letztlich nur, dass es bei Verbraucherverträgen nicht möglich ist, die Anwendung einzelner zwingender Regelungen des GEKR dadurch zu vermeiden, dass vereinbart wird, das GEKR gelte nur mit Ausnahme desjenigen Teils, in dem diese zwingenden Regelungen stehen.

VII. Inhalt

Das GEKR gliedert sich in acht Teile, die mit „Einleitende Bestimmungen“ (Art. 1-12 GEKR), „Zustandekommen eines bindenden Vertrags“ (Art. 13-57 GEKR), „Bestimmung des Vertragsinhalts“ (Art. 58-86 GEKR), „Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrags oder eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte“ (Art. 87-146 GEKR), „Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien bei einem Vertrag über verbundene Dienstleistungen“ (Art. 147-158 GEKR), „Schadensersatz und Zinsen“ (Art. 159-171 GEKR), „Rückabwicklung“ (Art. 172-177 GEKR) und „Verjährung“ (Art. 178-186 GEKR) überschrieben sind.

⁴¹ KOM(2011) 635 endgültig, S. 7; siehe auch Erwägungsgrund 10 GEKR-VO.

⁴² Der deutsche Text von Art. 9 II GEKR-VO ist falsch; wie sich aus dem englischen und französischen Text ergibt, muss nicht das Informationsblatt über einen Hyperlink zugänglich gemacht werden, sondern das Informationsblatt muss einen Hyperlink oder eine Internet-Adresse enthalten, über die der Text des GEKR abgerufen werden kann.

⁴³ Kritisch *Leible* (Fn. 13), Rz. 36.

Es ist unmöglich, an dieser Stelle die einzelnen Normen des GEKR auch nur überblicksartig vorzustellen. Ich möchte daher nur einige Grundfragen beleuchten und exemplarisch auf das Gewährleistungsrecht eingehen. Viele Normen des GEKR sind nach Vorbildern im Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁴⁴ gestaltet. Weitgehend wortidentisch wurden die Regelungen der am 25. Oktober 2011 erlassenen Verbraucherrechte-Richtlinie (Verbr-RL)⁴⁵ übernommen.

1. Vertragsfreiheit und zwingendes Recht

Nach Art. 1 GEKR gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Allerdings findet sich in erheblichem Ausmaß zwingendes Recht im GEKR, von dem die Parteien nicht gemäß Art. 1 II GEKR abweichen können.

Zugunsten von Unternehmern sind dabei relativ wenige Normen zwingend, wie etwa das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 III GEKR) oder die Regeln über unfaire Vertragsbestimmungen (Art. 81, 170, 171 GEKR).

Zahlreiche Regelungen sind dagegen zugunsten von Verbrauchern zwingend. Die Auswahl überzeugt dabei nicht gänzlich. So fällt auf, dass diejenigen Vorschriften, die die Pflichten des Käufers und die Rechtsbehelfe des Verkäufers regeln, ganz überwiegend dispositiv sind; dabei wäre der Schutz des Käufers in seiner Rolle als Schuldner oft nicht weniger dringend als in seiner Rolle als Gläubiger. Häufig beruht der halbzwingende Charakter wohl darauf, dass die betreffende Regelung einer Verbraucherschützenden Richtlinie entstammt. Es ist sehr zweifelhaft, ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, so weitgehenden zwingenden Verbraucherschutz zu statuieren, etwa keinen Haftungsausschluss für nicht vertragsgemäße Leistungen zuzulassen (Art. 108 GEKR). Im Rahmen des GEKR ist es freilich konsequent, den Schutzstandard einzuhalten, den die Verbraucherschutzrichtlinien unabdingbar für die einzelstaatlichen Rechte vorgeben. Denn sonst könnte die grundlegende Wertung der Richtlinien, dem Verbraucher zwingenden Schutz zu gewähren, umgangen werden, indem die Parteien die Anwendung des GEKR vereinbaren.

2. Treu und Glauben

Art. 2 I GEKR statuiert die allgemeine Pflicht, im Einklang mit dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln. Dies ist gemäß Art. 2 lit. b GEKR-VO „ein Verhaltensmaßstab, der durch Redlichkeit, Offenheit und Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei in Bezug auf das fragliche Geschäft oder Rechtsverhältnis gekennzeichnet ist“. Erwägungsgrund 31 der GEKR-VO präzisiert: „Die konkreten Anforderungen, die aus dem Gebot von Treu und Glauben und dem Grundsatz des redlichen Geschäftsverkehrs erwachsen, sollten unter anderem von der Sachkunde der Parteien abhängen

⁴⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, 2009.

⁴⁵ Siehe Fn. 7.

und sollten daher in Geschäften zwischen Unternehmen und Verbrauchern anders beschaffen sein als in Geschäften zwischen Unternehmen. In Geschäften zwischen Unternehmen sollte es dabei auch auf die gute Handelspraxis in der betreffenden Situation ankommen.“ Verstöße gegen diese Pflicht können nach Art. 2 II GEKR dazu führen, dass die betreffende Partei ihr zustehende Rechte nicht ausüben kann oder Schadensersatz leisten muss.

3. Füllung von Lücken des GEKR – GEKR und einzelstaatliches Recht

a) Grundlagen

Nach Art. 4 II GEKR und Art. 11 S. 1 GEKR-VO sind Fragen, die in den Anwendungsbereich des GEKR fallen, jedoch darin nicht ausdrücklich geregelt sind (sog. interne Lücken), im Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen und all seinen Bestimmungen und ohne Rückgriff auf einzelstaatliches Recht zu regeln. Externe Lücken dagegen betreffen Fragen, die nicht in den Anwendungsbereich des GEKR fallen. Insofern kommt einzelstaatliches Recht zur Anwendung, das mit Hilfe der Regeln des Internationalen Privatrechts zu bestimmen ist (Erwägungsgrund 27 GEKR-VO).

Die zentrale Frage lautet daher, ob eine Lücke intern oder extern ist. Erwägungsgrund 27 der GEKR-VO zählt als Beispiele für externe Lücken auf: die Frage der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache⁴⁶, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, den Wechsel der Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich der Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums, das Deliktsrecht und die Frage, ob konkurrierende Ansprüche aus vertraglicher und außervertraglicher Haftung zusammen verfolgt werden können.

Die meisten der genannten Beispiele sind unproblematisch, und auch in der Praxis werden keine Probleme entstehen, wenn insofern ein einzelstaatliches Recht zur Anwendung kommt. Drei Problemkomplexe sollen jedoch hervorgehoben werden:

b) Rechts- und Sittenwidrigkeit

Es lässt sich keineswegs so pauschal, wie das Erwägungsgrund 27 S. 2 der GEKR-VO tut, feststellen, dass Fragen der Rechts- oder Sittenwidrigkeit nicht im GEKR geregelt sind und deshalb insofern einzelstaatliches Recht zur Anwendung kommen kann. Denn das GEKR enthält umfangreiche Regelungen zum Schutz der Vertragsparteien vor unfairer Ausnutzung (Art. 51 GEKR) und zur Fairnesskontrolle (Art. 79 ff. GEKR). Wäre es möglich, mit Hilfe der einzelstaatlichen Regelungen über Rechts- und Sittenwidrigkeit (in Deutschland §§ 134, 138 BGB) einen

⁴⁶ Das ist in Anbetracht von Art. 76 GEKR wohl ein Redaktionsversch.

restriktiveren Standard durchzusetzen, würden diese Regelungen des GEKR nur noch das minimale Schutzniveau statuieren. Das Ziel des GEKR, es den Unternehmern zu ermöglichen, ihre Leistungen auf der Grundlage eines für alle ihre grenzüberschreitenden Geschäfte geltenden einheitlichen Vertragsrechts zu vermarkten (Erwägungsgrund 2 der GEKR-VO), würde verfehlt. Man muss daher annehmen, dass Rechts- und Sittenwidrigkeit nur insoweit nicht vom GEKR geregelte Fragen sind, als es um den Schutz von außerhalb des GEKR liegenden Interessen geht. Einzelstaatliche Vorschriften über die Rechts- und Sittenwidrigkeit können daher insofern nicht herangezogen werden, als es um den Schutz des Vertragspartners geht. Sie bleiben dagegen anwendbar, soweit sie beispielsweise den Schutz des Straßenverkehrs⁴⁷, der Besteuerung oder der Umwelt bezwecken.

c) Nebenpflichten

Sehr zweifelhaft ist, inwieweit das GEKR Nebenpflichten regelt. Insofern ist zwischen leistungsbezogenen und nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten zu unterscheiden.

Leistungsbezogene Nebenpflichten, die den Zweck haben, die vertragsgemäße Erfüllung einer Leistungspflicht zu gewährleisten, können etwa die Pflicht zur Vornahme von Ausgangskontrollen, zur Verpackung der Ware und zur Beauftragung eines geeigneten Frachtführers sein. Ihre Verletzung führt entweder dazu, dass der Schuldner nicht vertragsgemäß leistet (etwa wenn die Ware wegen der mangelhaften Verpackung vor Gefahrübergang beschädigt wird) – dann sind die Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung einschlägig. Oder sie wirkt sich nicht aus (etwa wenn die Ware trotz der unzureichenden Verpackung unversehrt ankommt) – dann zieht ihre Verletzung auch keine Rechtsbehelfe nach sich. Leistungsbezogene Nebenpflichten betreffen deshalb das im GEKR umfassend geregelte Leistungsstörungsrecht. Ein Rückgriff auf das einzelstaatliche Recht kommt nicht in Betracht.

Nicht leistungsbezogene Nebenpflichten dienen dagegen dem Schutz nicht des Erfüllungs-, sondern des Integritätsinteresses des Gläubigers. So darf der Schuldner den Gläubiger etwa bei Anlieferung der Ware nicht körperlich verletzen, beleidigen oder bestehlen, er darf keine Geschäftsgeheimnisse des Gläubigers ausspionieren und ihn nicht im Geschäftsverkehr verleumden. Im GEKR ließen sich solche nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten problemlos in Art. 2 GEKR verorten. M. E. sollte man davon jedoch absehen und sie als nicht im GEKR geregelte Frage betrachten, die dem einzelstaatlichen Recht unterliegt.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. *BGH*, Urteil vom 23.2.2005, NJW 2005, 1490 f. (Kauf eines Radarwarngeräts).

⁴⁸ A. A. *Kieninger*, Allgemeines Leistungsstörungsrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 205 (219); *Schmidt-Kessel*, Der Torso des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 287 (292 f.).

Denn es handelt sich dabei 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. Sie sollten daher ebenso wie rein deliktische Fälle nach einzelstaatlichem Recht gelöst werden. Dadurch würde der Zweck des GEKR nicht gefährdet, Unternehmern zu ermöglichen, ihre Leistungen aufgrund einheitlichen Rechts international zu vermarkten. Da das GEKR so gut wie keine hinreichend präzisen Kriterien enthält, die zur Konkretisierung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten herangezogen werden könnten, wäre vielmehr zu befürchten, dass es sonst zu international stark divergierenden Entscheidungen im Rahmen des GEKR käme und dadurch dessen Vereinheitlichungszweck konterkariert würde.

Soweit die Nebenpflichten dagegen zwar das Integritätsinteresse des Vertragspartners schützen sollen, die jeweilige Gefahr aber unmittelbar mit der Vertragsmäßigkeit der geschuldeten Leistung zusammenhängt, betreffen sie im GEKR geregelte Fragen, so dass der Rückgriff auf einzelstaatliches Recht gesperrt ist. Liefert der Verkäufer etwa eine nicht vertragsgemäße Sache, ohne den Käufer vor den damit verbundenen Gefahren zu warnen, kann der Käufer seinen Schadensersatzanspruch nicht auf die Verletzung einer nach einzelstaatlichem Recht bestehenden Warnpflicht stützen, sondern nur die Rechtsbehelfe des GEKR geltend machen.

Nicht möglich ist der Rückgriff auf das einzelstaatliche Recht auch, soweit dieses an die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten Rechtsbehelfe knüpft, die das Leistungsprogramm der Parteien beeinflussen; denn insoweit sind die Regelungen des GEKR abschließend. Unterliegt ein Kaufvertrag deutschem Recht und haben die Parteien die Verwendung des GEKR vereinbart, sind daher §§ 282, 324 BGB nicht anwendbar.

Da die Problematik erhebliche praktische Bedeutung hat, wäre eine ausdrückliche Regelung angebracht.

c) Fairnesskontrolle

Art. 79 bis 86 GEKR regeln die Inhaltskontrolle von Verträgen. Auf allgemeine Bestimmungen in Art. 79 bis 81 GEKR folgen ein spezieller Abschnitt über Verbraucherverträge (Art. 82-85 GEKR), der eine Generalklausel (Art. 83 GEKR) und zwei Klauselkataloge (Art. 84, 85 GEKR) enthält, und eine Generalklausel für Verträge zwischen Unternehmern (Art. 86 GEKR).

Im Rahmen der Fairnesskontrolle können sich erhebliche Verwerfungen mit dem einzelstaatlichen Recht ergeben. Die Kataloge der Art. 84 und 85 GEKR betreffen nämlich nicht nur Klauseln zu Fragen, die im GEKR geregelt sind, sondern auch Klauseln zu Materien, die außerhalb des GEKR stehen

und damit einzelstaatlichem Recht unterliegen. So bezieht sich Art. 84 lit. c GEKR auf von Vertretern eingegangene Zusagen, obwohl das GEKR die Stellvertretung nicht regelt.

Art. 85 lit. c GEKR betrifft die Aufrechnung, Art. 85 lit. e GEKR Vertragsstrafen und Art. 85 lit. m GEKR (je nach Auslegung⁴⁹) die Vertragsübernahme oder auch die Forderungsabtretung – alles Materien, für die das einzelstaatliche Recht gilt (vgl. Erwägungsgrund 27 GEKR-VO). Welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, ist unklar.

Entweder kann man annehmen, dass es sich hierbei lediglich um punktuelle Regelungen handelt, die nichts daran ändern, dass die Fairnesskontrolle in Bezug auf Stellvertretung, Aufrechnung, Vertragsstrafen, Abtretung usw. *an sich* nicht im GEKR geregelt ist. Sie würde daher nach den Regeln des anwendbaren einzelstaatlichen Rechts erfolgen, und die Normen des GEKR kämen nur insoweit zum Tragen, als eine Klausel gegen Art. 84 lit. c, Art. 85 lit. c, e oder m GEKR verstößt. Das GEKR stellte dann nur einzelne *zusätzliche* Klauselverbote bereit. Eine solche „Doppelzuständigkeit“ für die Fairnesskontrolle scheint befremdlich.

Alternativ kann man aus den Klauselkatalogen schließen, dass die Fairnesskontrolle *generell* eine im GEKR geregelte Frage i.S.v. Art. 11 S. 1 GEKR-VO ist und nicht nur im Hinblick auf Vertragsbestimmungen, die im GEKR geregelte Fragen betreffen. Es wäre dann nicht so, dass dasjenige Recht, das die betreffende Sachfrage regelt (GEKR oder einzelstaatliches Recht), auch für die Kontrolle diese Frage betreffender Klauseln zuständig ist, sondern diese würde immer nach dem GEKR erfolgen.⁵⁰ Die Folgen wären ebenfalls sehr unerfreulich:

Erstens müssten die Generalklauseln der Art. 83 und 86 GEKR auch in Bezug auf außerhalb des GEKR stehende Regelungsmaterien angewendet werden, also Regelungsmaterien, hinsichtlich deren sich dem GEKR keinerlei Wertungen entnehmen lassen. Sofern es einschlägige Richtlinien gibt, ließen sich diesen die EU-weit maßgeblichen Wertungen entnehmen. Wo dies nicht der Fall ist, müsste aber gleichsam im luftleeren Raum beurteilt werden, was „fair“ ist. Auf die einzelstaatlichen Rechte dürfte insofern nicht zurückgegriffen werden, weil sonst der Zweck des GEKR, die Verwendung derselben Vertragsbestimmungen in unterschiedlichen Staaten zu ermöglichen, unterlaufen würde. Auch Regelwerke wie die Principles of European Contract Law (PECL), die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (PICC) oder der DCFR könnten nicht herangezogen werden, da sie keinerlei Legitimation genießen. Man könnte daher nur – soweit vorhanden – Handelsbräuche als Referenzmaßstab verwenden oder sich auf rechtsvergleichende Erkenntnisse

⁴⁹ Siehe Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269 (278).

⁵⁰ Ablehnend Ernst, Das AGB-Recht des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 93 Rz. 31.

stützen, und Letzteres auch nur, soweit diese eine weitgehende Übereinstimmung in allen EU-Staaten ergeben. Gerichte wären mit derartigen rechtsvergleichenden Erwägungen meist überfordert. Es bestünde daher die große Gefahr, dass sie die Generalklauseln in Bezug auf nicht im GEKR geregelte Materien entsprechend ihrem eigenen einzelstaatlichen Recht ausfüllen würden und dadurch eine verdeckte Rechtszersplitterung einträte.⁵¹

Zweitens wäre im Rahmen der Fairnesskontrolle teilweise das einzelstaatliche Recht zu berücksichtigen. Wenn etwa Art. 84 lit. a GEKR verbietet, die Haftung des Unternehmers für Körperschäden zu beschränken, würde sich das nicht nur auf die Haftung nach dem GEKR beziehen, sondern auch eine Beschränkung der aus dem einzelstaatlichen Recht folgenden Deliktshaftung betreffen. Was dabei eine „Beschränkung“ ist, könnte nur aus dem einzelstaatlichen Recht folgen. Obwohl sämtliche Klauseln ausschließlich nach dem GEKR kontrolliert würden, könnten Unternehmer deshalb nicht unabhängig vom subsidiär anwendbaren nationalen Recht dasselbe Klauselwerk verwenden, denn je nachdem, ob die betreffende Klausel die Haftung gegenüber diesem nationalen Recht beschränkt, wäre sie zulässig oder nicht.

4. Gewährleistungsrecht

Etwas näher möchte ich auf das Gewährleistungsrecht eingehen, als Beispiel für einen besonders wichtigen Normenkomplex. Mehr als ein Überblick ist allerdings auch insofern nicht möglich; lediglich auf einzelne Punkte, die mir besonders interessant scheinen, werde ich etwas näher eingehen.

a) *Vertragsmäßigkeit der Waren*

Im Hinblick auf die Vertragsmäßigkeit der Waren stellt das GEKR ähnliche Anforderungen wie § 434 BGB: Primär maßgeblich ist die Parteivereinbarung (Art. 99 I GEKR); nur soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, gelten die Kriterien der Art. 100 bis 102 GEKR (Art. 99 II GEKR). Erhebliche Unterschiede zum BGB bestehen in Bezug auf Rechtsmängel: Der Begriff des Rechtsmangels ist insofern weiter als nach dem BGB, als er nicht nur tatsächlich bestehende Rechte Dritter umfasst, sondern auch „nicht offensichtlich unbegründete Ansprüche“. Es obliegt also dem Verkäufer, solche unbegründeten Ansprüche Dritter abzuwehren. Wesentlich restriktiver ist er dagegen in Bezug auf Rechte aus geistigem Eigentum. Diese begründen nach Art. 102 II GEKR nur dann einen Rechtsmangel, wenn sie erstens nach dem Recht des Staates bestehen, in dem die Waren entsprechend dem Vertrag genutzt werden, oder hilfsweise des Staates des Käufers, und sie zweitens der Verkäufer bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste. Insofern gilt also ein Verschuldensersfordernis, und zwar nicht etwa nur für Schadensersatzansprüche, sondern für sämtliche Rechtsbehelfe.

Maßgeblicher Zeitpunkt dafür, ob die Ware vertragsgemäß ist, ist nach Art. 105 I GEKR der Übergang der Gefahr auf den Käufer, der in Art. 140 ff. GEKR näher bestimmt wird. Das entspricht in Bezug auf Sachmängel dem BGB, in Bezug auf Rechtsmängel stellt das BGB dagegen auf den Zeitpunkt des Eigentumserwerbs ab⁵². Bei Verbraucherverträgen wird – wie nach § 476 BGB – 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 II GEKR).

Von zentraler praktischer Bedeutung ist die Frage, inwieweit die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit durch Parteivereinbarung geändert werden können. Da das GEKR einem subjektiven Fehlerbegriff folgt, ist dies prinzipiell möglich. Eine wichtige Schranke gilt allerdings für Verbraucherverträge: Nach Art. 99 III GEKR ist eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Anforderungen der Art. 100, 102 und 103 GEKR 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.⁵³ Die Notwendigkeit einer solchen Schranke ergibt sich daraus, dass Art. 108 GEKR verbietet, die Haftung des Verkäufers bei Verbraucherverträgen 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 GEKR 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 GEKR nicht leerlaufen, müssen deshalb Beschaffenheitsvereinbarungen unzulässig sein, wenn sie funktionell einem Gewährleistungsausschluss entsprechen. Genau dasselbe Problem stellt sich im deutschen Recht: Es muss zwischen nach § 434 I 1 BGB prinzipiell zulässigen Beschaffenheitsvereinbarungen und nach § 475 BGB prinzipiell unzulässigen Haftungsbeschränkungen abgegrenzt werden. Dabei wird derselbe Gesichtspunkt für maßgeblich gehalten, der auch nach Art. 99 III GEKR entscheidend ist: ob der Käufer annehmen musste, dass die Vereinbarung der tatsächlichen Sachbeschaffenheit entspricht, oder – in den Worten von

⁵² Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 435 Rz. 7.

⁵³ Siehe hierzu ausführlich Faust, Leistungsstörungenrecht, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, S. 161 Rz. 23 ff.; Gsell, Fehlerbegriff und (negative) Beschaffenheitsvereinbarungen im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 229 (237 ff.).

⁵¹ Vgl. zum Ganzen Jansen, Klauselkontrolle, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, S. 53 (95 ff.).

Art. 99 III GEKR – ob ihm der tatsächliche Sachzustand bekannt war.⁵⁴

b) Rechtsbehelfe des Käufers

Die Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware ist ein Unterfall der Nichterfüllung (Art. 87 I lit. c GEKR). Dem Käufer stehen daher die allgemeinen Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung zu, die in Art. 106 I GEKR zusammengefasst sind. Die Terminologie im deutschen Text ist dabei wenig glücklich: „Abhilfe“ ist sowohl der Oberbegriff für alle Rechtsbehelfe als auch der Ausdruck für die Nacherfüllung (Art. 110 II GEKR).

Nach Art. 104 GEKR sind die Rechtsbehelfe des Käufers bei einem Vertrag zwischen Unternehmern – also nicht bei Verbraucherverträgen! – ausgeschlossen, wenn der Käufer bei Vertragsschluss die Vertragswidrigkeit kannte oder hätte kennen müssen; Art. 102 III und IV GEKR enthalten Sonderregeln für Rechtsmängel. Im deutschen Recht gilt insofern § 442 BGB, der nicht nach der Person des Käufers unterscheidet. Ist der Käufer Unternehmer, können seine Rechte außerdem nach Art. 121 und 122 GEKR ausgeschlossen sein, weil er die Vertragswidrigkeit nicht gerügt hat; im deutschen Recht trifft § 377 HGB eine ähnliche Regelung.

aa) Vorbemerkung: Hierarchie der Rechtsbehelfe

Im deutschen Recht ist die Nacherfüllung der primäre Rechtsbehelf. Das ergibt sich daraus, dass Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung prinzipiell erst möglich sind, nachdem der Verkäufer nicht binnen angemessener Frist nacherfüllt hat (§§ 281 I, 323 I BGB). Das GEKR beschreitet einen anderen – m. E. erheblich komplizierteren – rechtstechnischen Weg, um den Vorrang der Nacherfüllung zu sichern: Es statuiert kein Fristerfordernis als Voraussetzung für die anderen Rechtsbehelfe, sondern gewährt dem Verkäufer ein Recht zur Heilung (Art. 109 GEKR). Der Verkäufer kann dem Käufer Heilung – also die Behebung der Vertragswidrigkeit – anbieten. Kann der Käufer dieses Angebot nicht nach Art. 109 IV GEKR zurückweisen, führt es dazu, dass alle mit einem Recht zur Heilung unvereinbaren Rechtsbehelfe des Käufers während eines angemessenen Zeitraums (Art. 109 V GEKR) ausgesetzt sind (Art. 109 VI GEKR). Ausgesetzt sind damit die Beendigung des Vertrags, die Minderung und der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber der Nacherfüllungsanspruch, das Zurückbehaltungsrecht und Ansprüche auf Schadensersatz neben der Leistung (vgl. Art. 109 VII GEKR).

Ein zentraler Unterschied zwischen BGB und GEKR liegt darin, dass der Verkäufer nach Art. 106 III lit. a GEKR bei Verbraucherverträgen kein Recht zur Heilung hat (Ausnahme: Art. 155 II und III GEKR in Bezug auf verbundene Dienstleistungen). Das GEKR ist damit wesentlich verbraucherfreundlicher als

die Verbrauchsgüterkauf-RL und das BGB. Ob das rechtspolitisch sinnvoll ist, ist zweifelhaft⁵⁵, zumal die Parteien nach Art. 108 GEKR nicht einmal privatautonom ein Recht zur Heilung vereinbaren können. Insbesondere überzeugt die Ungleichbehandlung von Verbraucherverträgen und unternehmerischem Geschäftsverkehr nicht. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr sind 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 I BGB im Unternehmerregress eine Heilung durch den Verkäufer aus. Da das GEKR keinerlei besondere Regelungen über den Unternehmerregress enthält, droht dem Händler hier eine Regressfalle⁵⁶: Ihm steht gegenüber dem Verbraucher kein Recht zur Heilung zu, er muss sich aber die Heilung durch seinen Lieferanten gefallen lassen. Es scheint angezeigt, den Parteien zumindest die Möglichkeit zu geben, ein Recht zur Heilung bei Verbraucherverträgen – auch durch nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen – zu vereinbaren. Sonst ist zu befürchten, dass das GEKR „totes Recht“ bleibt, weil sich Unternehmer weigern, auf seiner Basis zu kontrahieren.

bb) Nacherfüllungsanspruch

Art. 110 II GEKR i.V.m. Art. 106 I lit. a GEKR gibt dem Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung. Bei Verbraucherverträgen kann der Käufer dabei nach Art. 111 I GEKR zwischen Reparatur und Ersatzlieferung wählen. Im Umkehrschluss folgt, dass im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Entscheidung über die Art der Nacherfüllung dem Verkäufer zusteht. Das ist eine erhebliche Abweichung vom deutschen Recht, das in § 439 I BGB das Wahlrecht generell dem Käufer zuspricht. Die Differenzierung danach, ob der Käufer ein Unternehmer oder ein Verbraucher ist, ist wenig überzeugend, denn eine besondere Schwäche des Verbrauchers, die durch sein Wahlrecht kompensiert wird, ist nicht ersichtlich.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Nichterfüllung i.S.v. Art. 88 GEKR entschuldigt ist (Art. 106 IV GEKR). Weitere Ausschlussgründe enthalten Art. 110 III GEKR und – für Verbraucherverträge – Art. 111 I GEKR.

cc) Recht auf Zurückhaltung der Leistung

Art. 113 I GEKR gibt dem Käufer, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist, das Recht, seine Leistung zurückzuhalten, bis der Verkäufer nacherfüllt hat oder die Nacherfüllung angeboten hat.

⁵⁵ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269 (281 f.); Schopper, Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Am Vorabend eines gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012, S. 107 (129); Zöchling-Jud, Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 327 (345 f.). Anders noch Faust (Fn. 33), S. 267.

⁵⁶ Diese Gefahr besteht auch noch in anderer Hinsicht; so kommt dem Händler gegenüber seinem Lieferanten etwa die Vermutung des Art. 105 II GEKR nicht zugute (anders § 478 III BGB).

⁵⁴ Schinkels, ZGS 2003, 310 ff.; Soyka, Der Verbrauchsgüterkauf, 2011, S. 148 ff.

dd) Beendigung des Vertrags

Art. 114 GEKR regelt das Recht des Käufers, wegen einer Vertragswidrigkeit den Vertrag zu beenden. Bei Verbraucherverträgen ist dies nach Art. 114 II GEKR immer dann möglich, wenn die Vertragswidrigkeit nicht unerheblich ist. Dies entspricht zwar § 323 V 2 BGB, doch ist das GEKR für den Verbraucher deshalb wesentlich günstiger als das BGB, weil das BGB den Rücktritt außer von der Nicht-Unerheblichkeit des Mangels prinzipiell davon abhängig macht, dass der Verkäufer nicht binnen angemessener Frist nacherfüllt hat (§ 323 I BGB), während das GEKR dem Verkäufer bei Verbraucherverträgen keine Heilungsmöglichkeit einräumt (Art. 106 III lit. a GEKR).

Ist der Käufer dagegen Unternehmer, sind die Anforderungen wesentlich höher: Der Verkäufer kann – wie nach dem BGB – heilen (Art. 106 II lit. a, Art. 109 GEKR), und außerdem muss die Vertragswidrigkeit wesentlich i.S.v. Art. 87 II GEKR sein, d. h. dem Käufer einen erheblichen Teil dessen vorenthalten, was er nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass der Verkäufer diese Folge bei Vertragsschluss weder vorausgesehen hat noch voraussehen konnte, oder klar erkennen lassen, dass der Käufer sich nicht auf die künftige Erfüllung durch den Verkäufer verlassen kann. Art. 115 GEKR, der dem Käufer unabhängig vom Gewicht der Nichterfüllung die Beendigung des Vertrags nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist ermöglicht, gilt nicht, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung unterlässt, sondern nur, wenn er überhaupt nicht leistet.⁵⁷ Der Nacherfüllungsanspruch wird dadurch im unternehmerischen Geschäftsverkehr ganz erheblich geschwächt.

ee) Preisminderung

Nach Art. 120 GEKR kann der Käufer, der eine nicht vertragsgemäße Leistung annimmt, den Preis mindern. Die Norm lässt dabei offen, ob es sich um ein Gestaltungsrecht handelt oder die Minderung automatisch eintritt.⁵⁸

ff) Schadensersatz

Nach Art. 106 I lit. e GEKR kann der Käufer Schadensersatz nach Maßgabe der Art. 159 bis 165 GEKR verlangen. Anders als das deutsche Recht unterscheidet das GEKR nicht zwischen verschiedenen Arten von Leistungsstörungen, sondern statuiert mit Art. 159 I GEKR eine einheitliche Anspruchsgrundlage. Infolgedessen werden – anders als nach § 280 II und III BGB – keine zusätzlichen Voraussetzungen für den Ersatz bestimmter Schäden statuiert.

Im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 280 I 2 BGB) setzt der Schadensersatzanspruch nicht voraus, dass der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat. Die Schadensersatzpflicht entfällt nur, wenn die Nichterfüllung i.S.v. Art. 88 GEKR entschuldigt ist, d. h. wenn sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegenden Hindernis be-

ruht 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. „Entschuldigt“ darf also keinesfalls im Sinne von „ohne Verschulden“ verstanden werden, sondern ist viel enger. Die Regelung greift zwar auch auf Verschuldensgesichtspunkte zurück, wenn sie danach fragt, ob vom Schuldner erwartet werden konnte, das Hindernis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht zu ziehen oder es oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. All das gilt jedoch nur für Hindernisse außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners. Bei Hindernissen innerhalb dieses Einflussbereichs ist eine Entschuldigung von vornherein ausgeschlossen. Von zentraler Bedeutung ist daher, ob der Hersteller dem Einflussbereich des Händlers zuzurechnen ist; denn wenn dies der Fall ist, haftet der Händler unabhängig davon auf Schadensersatz, ob er die Vertragswidrigkeit erkennen musste oder nicht.⁵⁹ In Bezug auf die ganz ähnliche Regelung in Art. 79 CISG hat der BGH entschieden, 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 Beschaffungsrisiko.⁶⁰ Falls das auch nach dem GEKR so ist, stellt dieses erheblich geringere Voraussetzungen für die Schadensersatzhaftung auf als das BGB. Allerdings ist auch der Haftungsumfang geringer, denn nach Art. 161 GEKR haftet der Schuldner nur für denjenigen Verlust, den er bei Vertragsschluss als Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können. Diese Vorhersehbarkeitsregel, die auch im englischen und französischen Recht und im CISG (Art. 74 S. 2 CISG) gilt, schafft erhebliche Rechtsunsicherheit. Sie droht den Schadensersatz erheblich und in schwer vorhersehbarer Weise gegenüber dem deutschen Recht zu beschneiden. Das ist insbesondere zu Lasten von Verbrauchern verfehlt.

gg) Verjährung

Art. 179 GEKR 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 I GEKR erst, wenn der Gläubiger von den das Recht begründenden Umständen Kenntnis erhält oder erhalten müsste, während die lange, zehn- bzw. dreißigjährige Frist nach Art. 180 II GEKR 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. achtundzwanzig Jahren

⁵⁹ Siehe Faust (Fn. 33), S. 266.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 24.3.1999, BGHZ 141, 129 (133 f.); ebenso Schwenzler, in: Schlechtriem/Schwenzler, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 5. Aufl. 2008, Art. 79 Rz. 28 f.; Maganus, in: Staudinger, BGB, 2005, Art. 79 CISG Rz. 26. A. A. Stoll, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 3. Aufl. 2000, Art. 79 Rz. 47.

⁵⁷ Ausführlich Faust (Fn. 33), S. 261 f.

⁵⁸ Siehe hierzu Faust (Fn. 33), S. 264.

Kenntnis erlangt oder erlangen muss. Diese Fristen gelten auch für Gewährleistungsrechte.

Das GEKR ist daher in Bezug auf die Verjährung von Gewährleistungsrechten wesentlich käuferfreundlicher als das BGB, nach dem grundsätzlich eine zweijährige Frist mit objektivem Beginn bei Ablieferung der Sache läuft (§ 438 I Nr. 3, II BGB). Praktisch dürfte der Unterschied allerdings nicht so gravierend sein, da auch nach dem GEKR die die Rechte begründende Vertragswidrigkeit ja schon bei Gefahrübergang vorliegen muss (Art. 105 GEKR)⁶¹ und – wie aus Art. 105 II GEKR folgt – die Beweislast hierfür prinzipiell der Käufer trägt. Mängel, die erst mehr als zwei Jahre nach dem Gefahrübergang zu Tage treten, dürften eher selten sein, und es scheint nicht unangemessen, dem Käufer in diesem Fall noch Rechtsbehelfe zu gewähren. Verkäufer von Gütern, bei denen derartige Mängel nicht fernliegend sind und sich nicht auf „Ausreißer“ beschränken, können dadurch freilich zur Bildung nicht unerheblicher Rückstellungen gezwungen werden, insbesondere wenn hohe Folgeschäden drohen.

VIII. Ausblick

Die Schaffung eines optionalen Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist ein interessantes Projekt. Dass es für einen Unternehmer einen großen Vorteil darstellt, seine Waren europaweit auf der Basis desselben Rechts vermarkten zu können, liegt auf der Hand, mögen auch andere Handelshemmnisse (wie etwa Sprachbarrieren) noch wichtiger sein als die Rechtszersplitterung. Gelingen kann dieses Projekt allerdings nur, wenn das GEKR auch in der Praxis akzeptiert wird. Sind die Unternehmer der Ansicht, dass die Regelungen des GEKR inhaltlich so unattraktiv sind, dass sie ihre Produkte nicht auf der Grundlage des GEKR anbieten, stellt das GEKR eine „juristische Totgeburt“ dar.

Es wäre daher zu erwarten, dass die Kommission bei seiner Vorbereitung mit größtmöglicher Sorgfalt vorgeht. Doch leider scheint das nicht der Fall zu sein. Das Projekt soll auf eine Kompetenzgrundlage gestützt werden, die ganz überwiegend für unzureichend gehalten wird. Viele Nor-

men sind schwer verständlich und schlecht aufeinander abgestimmt. Besonders bedauerlich ist, dass man die Chance nicht genutzt hat, im GEKR Fragen, die sich im Rahmen des zur Umsetzung der VerbrGüterKRiL erlassenen einzelstaatlichen Rechts als hochkontrovers erwiesen haben, ausdrücklich zu regeln, etwa die Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Ersatzlieferung⁶², den Erfüllungsort für die Nacherfüllung⁶³ und die Selbstvornahme⁶⁴. Nahezu fassungslos steht man vor der Schlaperei, die bei der Herstellung der unterschiedlichen Sprachfassungen geherrscht hat⁶⁵. Man kann sich keinesfalls auf eine Fassung verlassen, sondern muss stets zumindest die deutsche, englische und französische Fassung vergleichen.

Dieser Befund ist umso schlimmer, als das GEKR in einer Fülle verschiedener Rechtsordnungen angewendet werden soll und der *EuGH* kein „echtes“ letztinstanzliches Gericht ist, sondern nur im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) zu einzelnen abstrakten Auslegungsfragen Stellung nimmt. Eine internationale einheitliche Auslegung wird sich daher kaum gewährleisten lassen, selbst wenn für die Übersetzung und Publikation von Gerichtsurteilen gesorgt ist.

Erfreulicherweise scheint sich auch auf europäischer Ebene die Einsicht durchzusetzen, dass man nicht um eines schnellen politischen Erfolgs willen ein inhaltlich defizitäres Regelwerk erlassen sollte. So hat der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme konstatiert, „dass der Verordnungsvorschlag in einigen Punkten erheblich nachgebessert werden muss“⁶⁶. Hoffen wir, dass das auch geschieht!

⁶¹ Falsch daher das Beispiel von *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (284).

⁶² Siehe *EuGH*, Urteil vom 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 Rz. 40 ff. und die Folgeentscheidung *BGH*, Urteil vom 21.12.2011, NJW 2012, 1073 ff.

⁶³ Siehe *BGH*, Urteil vom 13.4.2011, NJW 2011, 2278 ff.

⁶⁴ Siehe *BGH*, Urteil vom 23.2.2005, BGHZ 162, 219 ff.; *BGH*, Urteil vom 22.6.2005, NJW 2005, 3211 (3212).

⁶⁵ Siehe etwa oben Fn. 16., 32, 34, 42 sowie *Faust* (Fn. 53), Rz. 16, 58, 60 f.

⁶⁶ Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 2012 Nr. C 181, S. 75 (77 unter 4.4).