

## Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?

Wissenschaftliches Symposium am 20.Januar 2012 in Würzburg

von

Forschungsstelle Europäisches Privatrecht,, Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, Deutschen Notarinstituts, Prof. Dr. Thomas Ackermann, Prof. Dr. Wolfgang Ernst, Prof. Dr. Florian Faust, Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, Prof. Dr. Beate Gsell, Sebastian Herrler, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ole Lando, Prof. Dr. Stefan Leible, Prof. Dr. Peter Limmer, Prof. Dr. Dirk Looschelders, Dr. Claudia Moser, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Prof. Dr. Oliver Remien, Prof. Dr. Christiane Wendehorst, Dr. Florian Mächtel

1. Auflage

[Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? – Forschungsstelle Europäisches Privatrecht, / Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg / Deutschen Notarinstituts / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64121 3

auch den Anforderungen der *Messner*-Entscheidung gerecht zu werden.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> 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.<sup>163</sup> 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 gezo- genen Nutzungen und nicht für die Verschlechterung der Sache schuldet.<sup>164</sup>

### 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)<sup>165</sup> nichtig und der Gesamtpreis nicht wirksam vereinbart ist. Eine Überhöhung kann etwa angenommen werden, wenn der Gesamtpreis den anderthalbfachen Wert des durchschnittlichen Marktpreises übersteigt.

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

<sup>161</sup> Begr. RegE BT-Drucks. 17/5097, 2.

<sup>162</sup> *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.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> 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.

<sup>165</sup> Vgl. dazu auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491, 3495; kritisch *Aubert de Vincelles*, RTD. eur. 2011, 615, 627 f.; *Leible*, EuZW 2011, 809, 810.

Dirk Looschelders

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 Haustürge- schäft 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.<sup>166</sup> 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 Bezuglich der verbundenen Dienstleistungen sind jedoch die in Art. 2 lit. m GEK-VO a.E. statuierten Ausnahmen zu beachten. Dazu zählen auch die Finanzdienstleis- tungen (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 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.<sup>167</sup> 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

---

<sup>166</sup> Zu § 485 Abs. 3 BGB, der Art. 11 Abs. 1 der neuen Timesharing-Richtlinie umsetzt: Begr RegE BT-Drucks. 17/2764, 19; MünchKomm/Franzen (Fn. 142), § 485 Rn. 25; Staudinger, in: HKBGB, 7. Aufl., 2012, § 485 Rn. 7.

<sup>167</sup> Vgl. dazu Staudenmayer, NJW 2011, 3491, 3494.

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 Verbraucherträgen 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 berechtigte 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 Unternehmen. 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 positiv zu bewerten. Um die Einheitlichkeit des Verbrauchertragsrechts weiter zu fördern, sollte die Maximalfrist in Zukunft freilich noch auf die Bereiche des Verbraucherkredits 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. 82

Dirk Looschelders

- 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.

*Dirk Looschelders*

## 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 gröslich von der guten Handelspraxis abwichen. Dies sei das Ergebnis eines politischen Compromisses 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 verstößen, 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

*Florian Mächtel*

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 ignorieren 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 anderherum, 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.

Florian Mächtel

## 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 .....	145
II.	Die Unterscheidung zwischen sog. internen und externen Lücken .....	147
1.	Innerhalb des Regelungsbereichs liegende, nicht explizit geregelte Fragen als sog. interne Lücken .....	147
2.	Jenseits des Regelungsbereichs liegende Fragen als sog. externe Lücken.....	149
III.	Die Schließung interner Lücken und deren Bewertung .....	149
1.	Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 CISG rein autonom-interne Lückenfüllung angeordnet .....	149
2.	Rein autonom-interne Lückenfüllung europarechtlich geboten .....	150
3.	Inhaltliche und formal-begriffliche Divergenzen zum Richtlinien- acquis erschweren die Lückenfüllung .....	151
4.	Nur mittelbarer Rückgriff auf den DCFR und andere Regelwerke .....	153
5.	CFR als Toolbox wünschenswert? .....	153
IV.	Die Schließung externer Lücken und deren Bewertung .....	154
1.	Rückgriff auf das jeweils kollisionsrechtlich berufene Sachrecht.....	154
2.	Verdrängung des zwingenden nationalen Verbraucherrechts als Wett- bewerbsvorteil des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts .....	155
3.	Ausmaß der externen Lücken beträchtlich .....	156
4.	Externe Lücken teilweise kaum vermeidbar .....	158
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	159

### I. Einleitung: Der Verordnungs-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als Regelwerk mit Lücken

Der Verordnungs-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>1</sup> basiert auf 1 der Prämisse, die unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten

---

<sup>1</sup> 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.

Beate Gsell

schreckten Unternehmen davon ab, den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Union zu nutzen.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Um diese vertragsrechtsbedingten Hindernisse zu überwinden, soll mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ein einziges, einheitliches Vertragsrecht einschließlich eines vollständigen Satzes harmonisierter zwingender Verbraucherschutzvorschriften<sup>4</sup> zur Verfügung gestellt werden, dessen Bestimmungen in allen 27 Mitgliedstaaten dieselbe Bedeutung haben und einheitlich ausgelegt werden.<sup>5</sup> Damit verbunden ist die Wunschvorstellung, dass Waren und Dienstleistungen von einem Unternehmen künftig im Internet auf der Grundlage einer einzigen Website vermarktet werden können<sup>6</sup>.

- 2 Allerdings waren die Verfasser des Entwurfes nicht so naiv zu erkennen, 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Ob die Praxis mit den im GEK vorgesehenen Schnittstellen zum mitgliedstaatlichen Recht zureckkommen 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.

<sup>2</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 GEK-VO.

<sup>3</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 GEK-VO.

<sup>4</sup> Vgl. Erwägungsgründe 11 f. GEK-VO.

<sup>5</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8 GEK-VO.

<sup>6</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 GEK-VO.

<sup>7</sup> Vgl. Erwägungsgründe 26-29, Art. 11 GEK-VO.

<sup>8</sup> 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.

*Beate Gsell*