

Europäisches Vertragsrecht

Bearbeitet von
Reiner Schulze, Fryderyk Zoll

2. Auflage 2017. Buch. 346 S. Softcover
ISBN 978 3 8487 2877 0

[Recht > Zivilrecht > Internationales Privatrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Schulze | Zoll

Europäisches Vertragsrecht

2. Auflage



Nomos

NomosSTUDIUM

Prof. Dr. Reiner Schulze | Prof. Dr. Fryderyk Zoll

Europäisches Vertragsrecht

2. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-2877-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-7277-1 (ePDF)

2. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	13
§ 1 Grundlagen	19
I. Einführung	19
1. Ausgangslage	19
2. Anliegen und Aufbau des Buchs	20
3. Quellen und Literatur	21
a) Quellen	21
b) Literatur	22
II. Vertragsrecht als Teil des Europäischen Privatrechts	23
1. Begriff des Europäischen Privatrechts	23
a) Übersicht	23
b) Begriffsvarianten	24
2. Dualismus von nationalem und supranationalem Recht	27
a) Entstehen	27
b) Eigenständigkeit der supranationalen Rechtsordnung	28
c) Wechselbeziehungen zwischen nationalem und supranationalem Recht	29
III. Vertragsrechtlicher Acquis communautaire	30
1. Regelungsformen	30
2. Primärrecht	30
3. Richtlinien	32
a) Entwicklung	32
b) Fragmentarischer Charakter	32
c) Mindest- und Vollharmonisierung	33
4. Übersicht: Wichtige Richtlinien	35
a) Verbraucherschutz	35
b) Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)	37
c) Elektronischer Geschäftsverkehr	37
d) Zahlungsdienste	38
e) Diskriminierungsschutz	38
f) Versicherungsverträge	39
g) Weitere Regelungsbereiche	39
IV. Kohärenz des europäischen Vertragsrechts	39
1. Wissenschaftliche Ansätze	39
a) Principles of European Contract Law	39
b) Vorentwurf der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler	40
c) Allgemeines Vertragsrecht und Wirtschaftsrecht	41
d) Acquis Principles	41
2. Der Aktionsplan der Europäischen Kommission und Gemeinsamer Referenzrahmen	43
a) „Basisquellen“ eines kohärenteren europäischen Vertragsrechts	43
b) Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen	44
3. Das GEK als Kodifikation	45
a) Konzept	45

Inhalt

b) Vorbereitung	46
c) Struktur und Anwendungsbereich	46
d) Kodifikationscharakter	47
e) Gesetzgebungsverfahren und Rücknahme	48
4. Ausrichtung auf den Digitalen Binnenmarkt	50
 § 2 Strukturelemente	
I. Vertragsbegriff	54
1. Vertrag und Rechtsgeschäft	54
2. Vertrag als eine Willensübereinstimmung?	62
a) Vertrag und unbestellte Leistung	62
b) Zustandekommen des Vertrages als komplexer Prozess	65
3. Vertrag und Mitteilung	68
II. Vertragstypisierung im <i>Acquis communautaire</i>	71
1. Situationsabhängige Normenanknüpfung	71
a) Situation des Handelsvertreters	71
b) Teilzeitnutzungsverträge	72
c) Verbrauchsgüterkauf	73
d) Verbraucherkreditvertrag	75
2. Zuwachs an Vertragstypen im <i>Acquis communautaire</i>	76
III. Gemischte Verträge	86
IV. Vertragsfreiheit	94
1. Übersicht	94
2. Dispositives und zwingendes Recht	96
3. Klauselkontrolle als Grenze der Gestaltungsfreiheit	100
4. Treu und Glauben	102
5. Diskriminierungsschutz	109
a) Grundlagen	109
b) Diskriminierung wegen einer persönlichen Eigenschaft	110
c) Diskriminierung als Hindernis für das Funktionieren des Binnenmarktes	112
6. Status der Vertragsparteien	115
V. Verbraucher und andere schutzbedürftige Personen	116
1. Übersicht	116
2. Verbraucherbegriff im <i>Acquis communautaire</i>	118
3. Andere schutzbedürftige Parteien	123
 § 3 Zustandekommen und Inhalt des Vertrages	
I. Vorvertragliche Pflichten	125
1. Übersicht	125
2. Vorvertragliche Pflichten rechtsvergleichender Perspektive	134
3. Vorvertragliche Pflichten und Treu und Glauben im <i>Acquis Communautaire</i>	135
4. Vorvertragliche Pflichten und Treu und Glauben im GEK	137
5. Vorvertragliche Pflichten und Treu und Glauben im DCFR	140
6. Vorvertragliche Haftung für die Verletzung von Pflichten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach den <i>Acquis Principles</i>	141
7. Informationspflichten im <i>Acquis communautaire</i>	142

Inhalt

8. Zwischen vorvertraglichen Informationspflichten und dem Lauterkeitsrecht	144
9. Standardisierung der Erfüllung von Informationspflichten	144
10. Vorvertragliche Informationspflichten im GEK	145
11. Vorvertraglichen Informationspflichten in den Acquis Principles und im DCFR	146
12. Folgen der Verletzung von Informationspflichten	146
II. Vertragsschluss	148
1. Übersicht	148
a) Einführung	148
b) Acquis communautaire	148
c) Wissenschaftliche und legislative Entwürfe	150
2. Einigung	151
a) Grundsatz der Einigung	151
b) Erfordernisse im Einzelnen	152
c) Zusätzliche Erfordernisse?	154
3. Einzelne Arten des Vertragsschlusses	155
a) Vertragsschluss durch Angebot und Annahme	155
b) Vertragsschluss ohne Aufgliederung in Angebot und Annahme	159
c) Vertragsschluss durch Fernkommunikationsmittel	161
4. Vorvertragliche öffentliche Erklärungen	163
a) Erklärungen einer Vertragspartei	163
b) Erklärungen Dritter	166
5. Einseitiges Versprechen	169
a) Bindende Wirkung	169
b) Schutz des einseitig Versprechenden	170
6. Unbestellte Waren und Dienstleistungen	170
a) Grundsatz	170
b) Funktionen	171
c) Voraussetzungen	172
d) Rechtswirkungen	172
7. Einigungsmängel	174
a) Alternatives Konzept des Schutzes der fehlerfreien Entscheidung?	174
b) Einigungsmängel im Acquis communautaire – die Korrektur von Eingabefehlern	176
c) Irrtum und Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken	178
d) Einigungsmängel im GEK	180
III. Widerruf	182
1. Übersicht	182
a) Einführung	182
b) Entstehen eines Allgemeinen Teils	184
2. Funktionen	184
a) Schutzfunktionen	184
b) Vertrauensbildungsfunktion	185
c) Einzelne Schutzsituationen	186
3. Rechtscharakter	188
a) Gestaltungsrecht	188
b) Kennzeichen gegenüber anderen Vertragslösungsrechten	189

Inhalt

c) Zwingender Charakter	190
4. Ausübung des Widerrufs	192
a) Mitteilung innerhalb der Widerrufsfrist	192
b) Absendungsprinzip	193
c) Information über das Widerrufsrecht	193
5. Wirkungen des Widerrufs	195
a) Rückabwicklungsregimes	195
b) Erlöschen der ursprünglichen Leistungspflichten	196
c) Verpflichtungen der Parteien nach Ausübung des Widerrufs	197
d) Dienstleistungsverträge	199
e) Akzessorische Verträge	199
§ 4 Missbräuchliche Vertragsklauseln	201
I. Übersicht	201
1. Recht der missbräuchlichen Klauseln als Kernbereich des Vertragsrechts	201
2. Missbräuchliche Klauseln nach der Klauselrichtlinie	202
a) Struktur der Richtlinie	202
b) Prüfungsmaßstab der Generalklausel	203
c) Unterschiede zum deutschen Recht	204
d) Ansätze zur Fortentwicklung	204
3. Missbräuchliche Klauseln in den Acquis Principles und dem DCFR	206
4. Missbräuchliche Klauseln im GEK	206
II. Rechtsvergleichende Grundlagen	208
1. Entwicklung der Klauselkontrolle im deutschen Recht	208
2. Französisches System der Klauselkontrolle	210
3. Klauselkontrolle im angelsächsischen und skandinavischen System	210
III. Klauselrichtlinie als Kompromisslösung	211
IV. Generalklausel der Richtlinie und ihre Konkretisierung durch die Liste der verbotenen Klauseln	211
V. Klauselkontrolle in der Zahlungsverzugsrichtlinie	225
VI. Konzept der Klauselkontrolle in den Acquis Principles	226
VII. Konzept der Klauselkontrolle im DCFR	230
VIII. Streben nach einer Reform	232
IX. Scheitern der Klauselkontrolle in der Verbraucherrechtsrichtlinie	233
X. Klauselkontrolle im GEK	233
§ 5 Leistungspflichten	237
I. Verpflichtung zur Leistung	237
1. Acquis communautaire	237
2. Gesetzgebungsvorhaben	240
a) Vertragstypische Leistungspflichten	240
b) Gegenleistungspflichten	245
c) Weitere Regelungsgegenstände des GEK	246
d) Entstehen einer allgemeinen Begrifflichkeit	247
II. Leistungsmodalitäten	248
1. Übersicht	248
2. Ort und Art der Leistung	248
3. Zeit der Leistung	251

Inhalt

III.	Gefahrtragung	253
1.	Grundzüge	253
2.	Verbraucherverträge	254
3.	Verträge zwischen Unternehmen	255
IV.	Besonderheiten bei Langzeitverträgen	256
1.	Übersicht	256
a)	Arten	256
b)	Acquis communautaire	257
c)	Bereitstellung digitaler Inhalte	257
2.	Leistungspflichten und Leistungsstörungen	258
3.	Kündigung	259
§ 6	Rechtsfolgen der Nichterfüllung	264
I.	Einführung	264
1.	Innovative Ansätze des Acquis communautaire	264
2.	System	266
a)	Ausgangspunkte im Acquis communautaire	266
b)	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	267
c)	Dienstleistungen	270
II.	Nichterfüllung	271
1.	Übersicht	271
2.	Einheitlicher Tatbestand der Leistungsstörung im Acquis communautaire	272
3.	Typisierung der Leistungsstörungsarten im Acquis communautaire	274
4.	Einheitlicher Tatbestand des Leistungsstörung im GEK	275
III.	Recht der zweiten Andienung	278
1.	Schutz vor vorzeitiger Vertragsaufhebung im Acquis communautaire	278
2.	Recht der zweiten Andienung im DCFR	280
3.	Recht der zweiten Andienung im GEK	281
IV.	Rechtsbehelfe des Gläubigers	282
1.	Erfüllung	282
a)	Übersicht	282
b)	Voraussetzungen und Ausschlussgründe	285
c)	Nacherfüllung	289
2.	Zurückbehaltung	293
a)	Übersicht	293
b)	Tatbestände	294
c)	Rechtsfolge	294
3.	Vertragsbeendigung	294
a)	Übersicht	294
b)	Beendigungsgründe	297
c)	Mitteilung über die Vertragsbeendigung	301
d)	Prüfungs- und Mitteilungspflichten	301
e)	Rechtsfolgen	302
4.	Preisminderung	303
a)	Übersicht	303
b)	Voraussetzungen und Ausschlussgründe	304
c)	Rechtsfolgen	305

Inhalt

5. Schadensersatz und Zinsen	306
a) Übersicht	306
b) System des Schadensersatzes im GEK	307
c) Zinsen	312
6. Rückabwicklung	315
§ 7 Verjährung und Präklusion	319
I. Fragmentarische Regeln im <i>Acquis communautaire</i>	319
II. Entwurf einer umfassenden europäischen Regelung	322
III. Schlussfolgerungen	326
§ 8 Ausblick	327
Verzeichnis der abgekürzten Literatur	331
Entscheidungsregister	333
Stichwortverzeichnis	339

§ 2 Strukturelemente

Literatur: Adams, Ökonomische Theorie des Rechts – Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl. 2004; Jansen/Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, S. 1113–1126; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, 2013; ders., System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003; Schmidt-Kessel, Der Entwurf für ein Gemeinsames europäisches Kaufrecht, Kommentar 2014; Schulze-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales gemeinsamen Kaufrecht, 2012; Schulze/Wilhelmsson, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, ERCL 2008; Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Service (Contract II), 2009; v. Bar/Clive (Hrsg.), DCFR Full Edition, 2010.

I. Vertragsbegriff

1. Vertrag und Rechtsgeschäft

- 1 Im Zentrum des europäischen Vertragsrechts steht der Begriff des Vertrages.¹ Diese zentrale Kategorie ermöglicht es den privaten Personen, ihre eigenen Angelegenheiten und ihre Verhältnisse zu anderen verbindlich zu regeln. Für einen Gesetzgeber, der die aus einem Rechtsgeschäft hervorgehenden Schuldverhältnisse regeln will, stellt sich stets die Frage, auf welcher Ebene der Abstraktheit er die Regelungen zusammenführen möchte: Auf der Ebene des Vertrages oder bereits auf der Ebene des Rechtsgeschäfts.² Er steht vor der Wahl, (1) alle Regeln auf eine abstrakte Konstruktion des Rechtsgeschäfts zu beziehen und den Vertrag als einen Sonderfall des Rechtsgeschäftes zu behandeln oder (2) vornehmlich den Vertrag zu regeln und die den Vertrag regelnden Normen eventuell auf andere Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden.³
- 2 Der europäische Gesetzgeber hat sich für das zweite Modell entschieden. Im Zentrum der Richtlinien und Verordnungen, die das europäische rechtsgeschäftliche Schuldrecht regeln, steht der Vertrag.⁴ Das hat durchaus praktische Gründe. Das Konzept des Rechtsgeschäfts ist eine theoretische Kategorie, die von vielen Rechtsordnungen nicht verwendet wird.⁵ Der Begriff des Vertrages ist aber allgemein verständlich und ermöglicht eine einfache und eindeutige Anknüpfung der europäischen Regeln an diese Kategorie. In der Praxis ist der Vertrag die am häufigsten vorkommende Art des Rechtsgeschäfts. Das Europäische Privatrecht ist nicht als umfassendes System entworfen worden.⁶ Das Konzept des Rechtsgeschäfts, das der deutschen Pandektistik entsprungen

1 Kähler, Zum Vertragsbegriff im Europarecht, in: Arnold, Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts, S. 79; Paricio, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, 2011, S. 11–40; Schulze/Wilhelmsson, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, ERCL 2008, S. 154.

2 Zu den beiden Begriffen das deutsche und das englische Konzept vergleichend Whittaker/Riesenhuber, Conceptions of Contract, in: Dannemann/Vogenauer, The Common European Sales Law in Context, 2013, S. 120–126; Schmidt, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304, 305–320; Zoll, Der Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht, Band 6, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 1. Aufl. 2016, Rn. 56–65.

3 Zum Verhältnis von Rechtsgeschäft und Vertrag siehe vergleichend: Grundmann, The Architecture of European Codes and Contract Law – A Survey of Structures and Contents in: Grundmann/Schauer (Hrsg.), The Architecture of European Codes and Contract Law, 2006, S. 7 ff.

4 Siehe eine Auflistung von europäischen Rechtsakten mit dem im Zentrum stehenden Vertrag in Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, § 1 Rn. 28–43.

5 Schmidt, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304, 307–309.

6 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, § 1 Rn. 26 f.

I. Vertragsbegriff

ist,⁷ hat aber vor allem eine systembildende Funktion.⁸ Die europäischen Richtlinien haben bisher keine europäische Systembildung bezieht,⁹ sondern sollten das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten lediglich ergänzen.¹⁰

Der Entwurf des DCFR hat aber nunmehr den Versuch unternommen, den Begriff des Rechtsgeschäfts auch für das europäische Vertragsrecht zu nutzen.¹¹ Dies führte zur Aufnahme einer Definition sowohl des Vertrages, als auch des Rechtsgeschäfts in Art. II.-101 DCFR:

► ARTIKEL II.-1:101 DCFR¹²

Bedeutung von „Vertrag“ und „Rechtsgeschäft“

- (1) Ein Vertrag ist eine Vereinbarung, die darauf abzielt, ein verbindliches Rechtsverhältnis zu begründen oder eine andere rechtliche Wirkung herbeizuführen. Er ist ein zweiseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft.
- (2) Ein Rechtsgeschäft ist jede Erklärung oder Vereinbarung, gleich ob ausdrücklich oder konkludent, die darauf abzielt, als solche Rechtswirkungen zu haben. Es kann ein-, zwei- oder mehrseitig sein. ◀

Diese Definition zeigt jedoch eine Unsicherheit des DCFR hinsichtlich der Stellung des Rechtsgeschäfts in seinem System.¹³ Der DCFR stellt nämlich die Definition des Vertrags und nicht den Begriff des Rechtsgeschäfts an den Anfang, obwohl dies aufgrund des höheren Abstraktionsgrades des Begriffs gegenüber dem ersten¹⁴ angebracht wäre. Gerechtfertigt ist die Reihenfolge der Begriffserläuterungen dadurch, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts im System des DCFR nur selten verwendet wird, da der Vertragsbegriff hier die zentrale Rolle einnimmt.¹⁵ Der Begriff des Rechtsgeschäfts wird verschiedentlich verwendet, wenn es sich um die Anwendung der Regeln über den Ver-

3

4

7 Hierzu siehe Fröde, Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit, 2012, S. 127; Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, 2011, S. 78, 85 f.; Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 128–150, insbes. 135.

8 Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearbeitung 2012, C. Das Rechtsgeschäft Rn. 1.

9 Kähler, Zum Vertragsbegriff im Europarecht, in: Arnold, Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts, S. 79, 80; Limmer, Europäisierung des Vertragsrechts, DNotZ-Sonderheft 2012, S. 59, 60.

10 Acquis Principles/Schulte-Nölke/Zoll, Contract II, Introductory Part, S. xxiii, xxv; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 55–58; Zoll, A Need for a New Structure for European Private Law, in: Brownsword/Micklitz a.o., The Foundations of European Private Law, 2011, S. 555, 556; Zoll, Die Vertragstypen im Vorschlag für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – die Bestimmung des Anwendungsbereichs eines Optionalen Instruments durch die Typisierung von Verträgen, in: Stumpf/Kainer (Hrsg.), Festschrift Müller-Graff, 2015, S. 118–128.

11 Hierzu Whittaker/Riesenhuber, Conceptions of Contract, in: Dannemann/Vogenauer, The Common European Sales Law in Context, 2013, S. 120, 137–159; Schmidt, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304, 305–320; Zoll, Der Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 6, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 1. Aufl. 2016, § 9 Rn. 56–65.

12 Übersetzung aus dem Englischen auch im Folgenden nach DCFR Translation Project, English-German, Proofreader: Hans Schulte-Nölke, Version v. 23.3.2016., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (abgerufen am 9.12.2016).

13 Zoll, Der Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 6, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 1. Aufl. 2016, § 9 Rn. 56–65.

14 V. Bar/Clive (Hrsg.), DCFR Full Edition, S. 125; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearbeitung 2012, C. Rechtsgeschäfte Rn. 2.

15 Schmidt, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304, 320.

§ 2 STRUKTURELEMENTE

trag auf andere Rechtsgeschäfte handelt (wie zB in Art. II.-4:301 DCFR).¹⁶ Abgesehen von dieser Ausweitung der Regelungen des Vertrages allgemein auf Rechtsgeschäfte hinaus, ist aber der „Vertrag“ der zentrale Bezugspunkt für annähernd alle vertragsrelevanten Regeln. Für die Regelungstechnik des DCFR ist die Verwendung des Begriffs des Rechtsgeschäfts daher eher entbehrlich. Im Grunde erfüllt bereits das weniger abstrakte Konzept des Vertrages diese Funktion.¹⁷

- 5 Im System des zurückgenommenen Kommissionsvorschlags für das GEK ist der Begriff des Rechtsgeschäfts dagegen nicht mehr zu finden.¹⁸ Trotz des nicht unwesentlichen Einflusses des DCFR auf den Vorschlag für das GEK, wurde der aktuelle Text des DCFR durch den Entwurf für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht „rekontraktualisiert“.¹⁹ Art. 12 GEK-E betrifft zwar die einseitigen Erklärungen bzw. das einseitige Verhalten, befasst sich mit diesen aber nur als eine Ergänzung der Regelungen über den Vertrag.
- 6 Sowohl der zurückgenommene Vorschlag des GEK als auch der DCFR gehen von einem klassischen Begriff des Vertrages aus.²⁰ Die Richtlinien folgen hingegen eher keinem konkreten Vertragsbegriff, sondern versuchen ihre Schutzvorschriften an die verschiedenen nationalen Vorstellungen über den Vertrag anzupassen.²¹ Der europäische Gesetzgeber möchte den Mitgliedstaaten keine Vorstellung von einem Vertrag aufdrängen. Er möchte aber sicherstellen, dass die Schutzmechanismen einer Richtlinie zur Anwendung kommen, unabhängig davon, wie eine Rechtsordnung ein Rechtsverhältnis wegen eines auf die Entstehung einer Rechtsbeziehung gerichteten Verhaltens regelt. Das europäische System des Vertragsrechts darf daher nicht auf einer Ebene mit den nationalen Rechtssystemen verglichen werden. Der gescheiterte Versuch des GEK war zugleich ein Versuch, das europäische Vertragsrecht qualitativ zu verändern.²² Anstatt eines die nationalen Rechtsordnungen ergänzenden Systems sollte ein genuines (wenn auch nur ein optionales) Vertragsrecht der Union entwickelt werden. Die Ablehnung durch eine Reihe von Mitgliedsstaaten hat dieses Vorhaben aber verhindert.²³ Es wird sich zeigen, ob die Rücknahme des Vorschlags für das gemeinsame europäische Kaufrecht den Prozess der Entstehung eines selbstständigen Vertragsrechts nachhaltig verhindern wird.²⁴
- 7 Es würde aber auch eine falsche Vorstellung erwecken, wenn man einen wesentlichen Einfluss auf das Bild des Vertrages im System der Mitgliedstaaten seitens des europäischen Rechts leugnen würde.²⁵ Es geht nicht nur um den selbstverständlichen Einfluss

16 V. Bar/Clive (Hrsg.), DCFR Full Edition, S. 339 f.

17 Schmidt, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304, 311.

18 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, § 1 Rn. 50, der als Regelungsbereich des GEK-E „vertragliche Sachverhalte“ nennt und § 4 Rn. 59, in der das GEK als „fakultative zweite Vertragsrechtsregelung“ bezeichnet wird.

19 Schulze, Europäisches Vertragsrecht – die Zeit ist reif für die Gesetzgebung, EuZW 2011, S. 569, 570; Schulze/Wilhelsson, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, ERCL 2008, S. 154, 165.

20 V. Bar/Clive (Hrsg.), DCFR Full edition S. 170; Gebauer, in: Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht Kommentar, Art. 30 GEK-E Rn. 1, 6.

21 Schulte-Nölke/Zoll, in: Acquis Principles Contract II, 2009, Introductory Part, S. 25.

22 Tamm/Tonner, Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts im Rahmen des digitalen Binnenmarktes, EWS 2015, S. 243 f.

23 Siehe § 1, Rn. 60; (KOM) 2014, 910 final, Annex 2, Nr. 60.

24 Tamm/Tonner, Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2015, S. 241, 246.

25 Wiedmann/Gebauer in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 1, Rn. 2.

I. Vertragsbegriff

des europäischen Rechts auf die Einzelvorschriften der Mitgliedsstaaten, sondern um eine grundsätzliche Umgestaltung der Begriffsbestimmung für das Rechtsinstitut des Vertrages. Das Vertragsrecht der EU geht von einer anderen Grundlage aus als viele nationale Rechtsordnungen. Die hauptsächliche Funktion des EU-Rechts liegt in der Beseitigung der Hindernisse im Binnenmarkt.²⁶ Deswegen ist die Perspektive des europäischen Gesetzgebers auf die Funktion des Vertrages eine andere, als die übliche Perspektive des nationalen Gesetzgebers. Der europäische Gesetzgeber bestimmt die Regeln über Verträge grundsätzlich nicht, um die Ausübung der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen zu ermöglichen, sondern um die nationalen Rechtsordnungen aneinander anzunähern und ein reibungsloses und gerechtes Funktionieren des Binnenmarktes zu sichern und zu erleichtern. Es handelt sich also um eine Steuerung des Verhaltens der Marktteilnehmer. Diese Herangehensweise wirkt sich aber nicht nur auf die Vorgänge am Markt, sondern auch auf die rechtliche Gestaltung der individuellen Vertragsbeziehungen aus.²⁷ Auch wenn der europäische Gesetzgeber keine weitreichende Umgestaltung des europäischen Vertragsrechts beabsichtigt hat, beeinflusst das europäische Recht die tragenden Elemente erheblich. Im europäischen Vertragsrecht werden die Grenzen zwischen den verschiedenen Phasen einer rechtlich relevanten Beziehung weniger deutlich – die vorvertragliche Phase (zB die Erteilung vorvertraglicher Informationen), der Abschluss des Vertrages und die Bestimmung des vertragskonformen Inhalts der Leistung werden immer stärker zu einem einheitlichen Vorgang.²⁸ Der europäische Gesetzgeber geht zudem von einem Konzept der legitimen Erwartungen aus.²⁹ Das Konzept der legitimen Erwartungen des Gläubigers, welche bei der Bestimmung des Vertragsinhalts eine entscheidende Rolle spielen, verändert grundsätzlich die Wahrnehmung der wesentlichen Bausteine eines Vertrages. Die legitimen Erwartungen ersetzen die performative Funktion der Willenserklärung. Entscheidend für die Gestaltung einer Rechtsbeziehung ist demnach nicht der Inhalt der Willenserklärung; vielmehr muss beurteilt werden, was angesichts der abgegebenen Willenserklärungen berechtigterweise von dem Kunden erwartet werden kann. Der Inhalt einer Willenserklärung wird selten allein durch den geäußerten Willen der Parteien bestimmt. Doch nach dem Konzept der legitimen Erwartungen wird die Rolle des Willens noch weiter herabgesetzt. Der Wille wird nicht deshalb maßgebend, weil es eben der Wille ist, sondern, weil er unter anderen Umständen des Vertrages den Tatbestand der legitimen Erwartungen begründet. Der europäische Gesetzgeber führt also ein Kriterium an, das auf die Erfordernisse des Massenmarktes zugeschnitten ist.³⁰

Das Konzept der legitimen Erwartungen kann in mehreren Quellen des europäischen Vertragsrechts identifiziert werden.

26 Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, § 6, Rn. 550; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, § 2, Rn. 6.

27 Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, § 7, S. 173.

28 Dazu § 3 Rn. 1 ff.; Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, zur Haftung aus geschäftsbezogenem Verhalten, S. 434 ff.

29 Pfeiffer/Zoll, Leistungsstörung im europäischen Vertragsrecht, UN-Kaufrecht und common frame of reference im Bereich der Leistungsstörung, ZEuP 2007, S. 260 ff.

30 Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 57 f.

► ARTIKEL 6 VERBRAUCHERRECHTE-RL

Informationspflichten bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

(...)

(5) Die Informationen nach Absatz 1 sind fester Bestandteil des Fernabsatzvertrags oder des außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags und dürfen nicht geändert werden, es sei denn, die Vertragsparteien vereinbaren ausdrücklich etwas anderes.

(...) ◀

Diese Vorschrift bestimmt, dass die Informationen Bestandteil des Vertrages werden. Technisch gesehen ist die Erteilung einer Information keine Willenserklärung, sondern bloß eine Wissenserklärung.³¹ Die Unterscheidung dieser beiden Arten der Erklärungen verblasst immer mehr.³² Die erteilte Information begründet eine Erwartung hinsichtlich des Vertragsinhalts und der zu erbringenden Leistung. Die Vorschrift nennt die legitimen Erwartungen zwar nicht als Maßstab, jedoch liefert das Konzept der legitimen Erwartungen die Begründung, warum die Informationen zum Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien werden.

9 Deutlich wird das Konzept der legitimen Erwartungen in der Verbrauchsgüterkauf-RL benannt.

► ERWÄGUNGSGRUND 8 VERBRAUCHSGÜTERKAUF-RL

(8) Um die Anwendung des Grundsatzes der Vertragsmäßigkeit zu erleichtern, ist es sinnvoll, eine widerlegbare Vermutung der Vertragsmäßigkeit einzuführen, die die meisten normalen Situationen abdeckt. Diese Vermutung stellt keine Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit dar. In Ermangelung spezifischer Vertragsklauseln sowie im Fall der Anwendung der Mindestschutzklausel können die in dieser Vermutung genannten Elemente verwendet werden, um die Vertragswidrigkeit der Waren zu bestimmen. Die Qualität und die Leistung, *die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann*, hängen unter anderem davon ab, ob die Güter neu oder gebraucht sind. Die in der Vermutung genannten Elemente gelten kumulativ. Ist ein bestimmtes Element aufgrund der Umstände des betreffenden Falls offenkundig unanwendbar, so behalten die übrigen Elemente der Vermutung dennoch ihre Gültigkeit. ◀

In diesem Erwägungsgrund benennt der europäische Gesetzgeber ausdrücklich das Kriterium der legitimen Erwartungen des Verbrauchers, indem er auf die Qualität der Leistung hinweist, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Er betont aber auch, dass die in Art. 2 der Richtlinie geregelte Vermutung keine Einschränkung der Vertragsfreiheit bedeutet.

10 Wie sind aber diese zwei Grundsätze des Vertragsrechts aufeinander abzustimmen? Der Grundsatz der legitimen Erwartungen begrenzt die Vertragsfreiheit nicht in dem Sinne, dass die Parteien in der Bestimmung des Vertragsinhalts eingeschränkt werden sollten. Die Parteien können weiterhin beliebig den Inhalt des Vertrages festlegen. Die Wirkung, die der Vertrag entfaltet, wird aber davon abhängen, ob der „vereinbarte“ Inhalt des Vertrages auch den legitimen Erwartungen auf der Seite des Verbrauchers entspricht. Der Unternehmer muss also dafür sorgen, dass die legitimen Erwartungen mit dem vereinbarten Inhalt übereinstimmen. Das Konzept der legitimen Erwartungen betrifft vor allem die Festlegung des Inhaltes einer Rechtsbeziehung. Man kann aller-

31 Andrzejewski, Die Umsetzung der Fernabsatz-RL in Deutschland und Polen, 2008, S. 85.

32 Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 58.

I. Vertragsbegriff

dings nicht leugnen, dass dadurch auch ein Rahmen für den Inhalt des Vertrages festgelegt wird. Dies geschieht zwar nicht direkt; aber die Tatsache, dass neben den Willenserklärungen auch sonstige Umstände für die Begründung des Horizonts der berechtigten Erwartungen maßgebend sind, schränkt den Einfluss des Willens auf den Inhalt des Vertrages ein.³³

Auf diese Weise sollte eigentlich das Problem der sog negativen Beschaffenheitsvereinbarung gelöst werden. Eine derartige Vereinbarung hat Eigenschaften der Kaufsache zum Gegenstand, die unter dem Standard der üblichen Erwartungen hinsichtlich der Eigenschaften von Sachen gleicher Art und Bestimmung liegen. Grundsätzlich steht es den Parteien frei, den Gegenstand des Vertrages beliebig zu bestimmen. Jedoch muss stets geprüft werden, ob unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Gegebenheiten legitimerweise die niedrigere Qualität der Sache erwartet werden kann. In den Fällen, in denen sich die Vereinbarung über die niedrigere Qualität mit den sonstigen Umständen nicht in Einklang bringen lässt (zB weil die Sache vollwertig aussieht), soll der Inhalt des Vertrages aus der Sicht der legitimen Erwartungen des Verbrauchers beurteilt werden.

Die Kommission hat kürzlich versucht, das Problem im Rahmen von zwei neuen Richtlinien-Vorschlägen aus einem anderen Blickwinkel anzugehen: die Online-Warenhandel-RL und die Digitale Inhalte-RL.

► ARTIKEL 4 ONLINE-WARENHANDEL-RL

Vertragsmäßigkeit der Waren

- (1) Der Verkäufer hat dafür zu sorgen, dass die Waren, soweit dies relevant ist,
 - a) hinsichtlich der Quantität, Qualität und Beschreibung den vertraglichen Anforderungen entsprechen, wozu auch gehört, dass die Waren, falls der Verkäufer dem Verbraucher eine Probe oder ein Muster vorgelegt hat, hinsichtlich der Qualität und Beschreibung dieser Probe oder diesem Muster entsprechen,
 - b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat, und
 - c) diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzen, die in einer vorvertraglichen Erklärung, die Bestandteil des Vertrags ist, angegeben sind.
- (2) Um den Anforderungen des Vertrags zu entsprechen, müssen die Waren überdies den Anforderungen der Artikel 5, 6 und 7 genügen.
- (3) Jede Vereinbarung, die die Anwendung der Artikel 5 und 6 zum Nachteil des Verbrauchers ausschließt, davon abweicht oder deren Wirkungen abändert, ist nur dann gültig, wenn dem Verbraucher der besondere Umstand der Waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war und er diesen besonderen Umstand bei Vertragsschluss ausdrücklich akzeptiert hat. Die Informationen nach Absatz 1 sind fester Bestandteil des Fernabsatzvertrags oder des außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags und dürfen nicht geändert werden, es sei denn, die Vertragsparteien vereinbaren ausdrücklich etwas anderes. ◀

11

12

³³ Zu legitimen Erwartungen siehe Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 57 f.; Jansen/Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, S. 1113, 1123 f.

► ARTIKEL 5 ONLINE-WARENHANDEL-RL

Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Waren

Die Waren müssen, sofern relevant,

- a) sich für die Zwecke eignen, für die Waren der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden,
- b) mit solchem Zubehör einschließlich Verpackung, Montageanleitungen und anderen Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann, und
- c) eine Qualität und Tauglichkeit aufweisen, die bei Waren der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher in Anbetracht der Beschaffenheit der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer Person einschließlich des Herstellers abgegeben wurden, erwarten kann, es sei denn, der Verkäufer weist nach,
- i) dass er die betreffende Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,
- ii) die betreffende Erklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war, oder
- iii) die Kaufentscheidung nicht durch die Erklärung beeinflusst worden sein konnte. ◀

In diesem Vorschlag versucht die Kommission, das Verhältnis zwischen der legitimen Erwartung und der Vertragsfreiheit etwas anders als im Fall der Verbrauchsgüterkauf-RL zu lösen. Die Kommission bestimmt in zwei verschiedenen Artikeln zwei unterschiedliche Arten der Festlegung des Vertragsinhaltes. Im ersten Artikel regelt der Vorschlag die privatautonome Beschreibung der Eigenschaften der Ware. Dieser Artikel richtet sich auch darauf, ausdrücklich das Problem der negativen Beschaffensvereinbarung zu lösen. Eine negative Beschaffensvereinbarung wird für zulässig erklärt, aber sie verlangt eine qualifizierte Art des Konsenses zwischen den Parteien. Das Zustandekommen einer negativen Beschaffensvereinbarung hängt davon ab, ob der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Abweichung wusste und diese Abweichung ausdrücklich akzeptiert hat.³⁴

- 13 In Art. 5 Online-Warenhandel-RL wird versucht, die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Ware zu formulieren. Diese Veränderung gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-RL im Aufbau der Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit könnte auch eine Grundlage dafür bilden, Schlussfolgerungen für das europäische Konzept des Vertrages zu ziehen. Aus der Formulierung des Art. 2 der Verbrauchsgüterkauf-RL ergibt sich, dass die Feststellung der Vertragsmäßigkeit ein Ergebnis der Gesamtwertung aller Umstände ist. In der vorgeschlagenen Fassung der Online-Warenhandel-RL bemüht man sich deutlich zwischen dem objektiven und subjektiven Begriff der Vertragswidrigkeit zu trennen.³⁵ Die zugrundeliegende Struktur versucht, auf die klassische Idee des Vertrages als Vereinbarung der Parteien zurückzugreifen. Zuerst soll sich die Beschreibung der Sache aus den Erklärungen der Parteien ergeben und erst später objektiv, nach den standariserten Erwartungen bezüglich der Sache, ermittelt werden.
- 14 In Wirklichkeit bleibt das Konzept der legitimen Erwartungen aber auch in der Fassung des Vorschlags erhalten. Der Kommission ist es auch nicht gelungen, ausreichende Kriterien zu finden, um die in Art. 4 und 5 Online-Warenhandel-RL enthaltenen Materien logisch voneinander zu trennen. In Art. 4 Abs. 1 lit. c Online-Warenhandel-RL, der die vorvertraglichen Informationen als Bestandteil des Vertrages betrachtet, wird ebenfalls das zugrundeliegende Konzept der legitimen Erwartungen sichtbar.

34 Wendehorst, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, EuCml 2016, S. 30, 32.

35 Wendland, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online Handel?, EuZW 2016, S. 126, 130.

I. Vertragsbegriff

Durch die Aufspaltung der Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit der Waren hat man das Problem der negativen Beschaffenheitsvereinbarung nur vordergründig gelöst. Trotz der etwas irreführenden Struktur der Art. 4 und 5 Online-Warenhandel-RL müsste bei der Feststellung der Vertragswidrigkeit der Ware weiterhin eine Gesamtwertung aller Umstände erfolgen.

In dem Vorschlag der Digitale Inhalte-RL³⁶ ist das Zusammenspiel von Erklärung und legitimer Erwartung deutlicher zum Ausdruck gekommen:

15

► ARTIKEL 6 DIGITALE INHALTE-RL

Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte

- (1) Die digitalen Inhalte sind vertragsgemäß, wenn sie, soweit dies relevant ist,
- a) hinsichtlich der Quantität, Qualität, Dauer und Version, des Funktionsumfangs, der Interoperabilität und sonstiger Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Vertrag oder den vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind, ergeben;
 - b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Anbieter bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Anbieter zugestimmt hat;
 - c) den Anforderungen des Vertrags entsprechend mit Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt werden und
 - d) den Anforderungen des Vertrags entsprechend aktualisiert werden.
- (2) Die digitalen Inhalte müssen, sofern relevant und soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte gemäß Absatz 1 bestimmt, für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden, einschließlich in Bezug auf ihren Funktionsumfang, ihre Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit; dabei ist zu berücksichtigen,
- a) ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden,
 - b) ob es, sofern relevant, internationale technische Normen gibt oder in Ermangelung solcher Normen anwendbare Verhaltenskodizes und bewährte Verfahren der Wirtschaft und
 - c) ob der Anbieter oder eine andere Person in seinem Auftrag im Vorfeld des Vertragsschlusses eine diesbezügliche öffentliche Erklärung abgegeben hat, es sei denn, der Anbieter weist nach, dass
- i) er die betreffende Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,
 - ii) die betreffende Erklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war,
 - iii) die Entscheidung, die digitalen Inhalte zu erwerben, nicht durch die Erklärung beeinflusst worden sein konnte.
- (3) Digitale Inhalte, die dem Vertrag zufolge im Laufe eines Zeitraums bereitzustellen sind, müssen während dieses Zeitraums den vertraglichen Anforderungen entsprechen.
- (4) Sofern nicht anders vereinbart, müssen die digitalen Inhalte der neuesten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbaren Version entsprechen.
- (5) Um den Anforderungen des Vertrags zu entsprechen, müssen die digitalen Inhalte überdies den Anforderungen der Artikel 7 und 8 genügen. ◀

Das Vereinbarte hat nach dieser Vorschrift nur Vorrang, wenn der Vertrag die Anforderungen an diese Inhalte klar und umfassend bestimmt. Dabei richtet sich der Inhalt des Vertrages auch nach den vorvertraglichen Pflichten, die schließlich zum Inhalt des

36 Kaiser, Zum Verordnungsvorschlag über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, 2015, S. 3.

Vertrages werden. Im Vorschlag versucht man aber in Abs. 1 eher auf die subjektiven und in Abs. 2 eher auf die objektiven (also sich nicht allein aus dem Vertrag ergebenden) Eigenschaften hinzuweisen.³⁷

2. Vertrag als eine Willensübereinstimmung?

- 16 Im zurückgenommenen Vorschlag für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht versuchte man den Vertrag wie folgt zu definieren:

► **ARTIKEL 2 GEK-VO-E**

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

(a) „Vertrag“ eine Vereinbarung, die darauf abzielt, Verpflichtungen oder andere rechtliche Wirkungen herbeizuführen;

(...) ◀

- 17 Diese Definition des Vertrages³⁸ kann auch eine Stütze im geltenden *Acquis communautaire* finden,³⁹ die aus den zahlreichen Richtlinien zu entnehmen ist. Es muss aber auch zugegeben werden, dass sich in keiner dieser Richtlinien eine Definition des Vertrages befindet, die mit jener aus dem Vorschlag für das GEK vergleichbar wäre.⁴⁰ Dieses Verständnis des Vertrages liegt den Definitionen des Fernabsatzvertrages (Art. 2 Ziffer 7 Verbraucherrechte-RL) und des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages (Art. 2 Ziffer 8 Verbraucherrechte-RL) zugrunde. In den beiden erwähnten Definitionen wird auf den Abschluss des Vertrages hingewiesen.

- 18 Wie aber vorstehend⁴¹ erläutert, ist ein Vertrag nach dem Verständnis, das im *Acquis communautaire* zugrunde liegt, nicht lediglich als eine Willensübereinstimmung zu verstehen. Auch lässt sich aus der unionsrechtlichen Wahrnehmung des Vertrages eher nicht das vollständige Bild des Vertrages entnehmen.⁴² Der europäische Gesetzgeber beschäftigt sich für gewöhnlich nur mit den Anforderungen an die Erklärung einer Seite. Man möchte vermeiden, dass der schwächeren Partei ohne ihren ausreichend erklärten Willen Pflichten auferlegt werden. Die Quellen des *Acquis communautaire* geben aber zu wenig Anhaltspunkte, um feststellen zu können, dass der europäische Gesetzgeber einen autonomen Vertragsbegriff entwickelt hat.⁴³ Man kann vermuten, dass der europäische Gesetzgeber von einem Konzept der Willensübereinstimmung ausgeht, wenn in den Richtlinien das Wort „Vertrag“ fällt. Der europäische Gesetzgeber wirkt eher punktuell auf das nationale Verständnis von einem Vertrag ein.

a) Vertrag und unbestellte Leistung

- 19 Mit der Regelung über die unbestellten Leistungen in Art. 27 Verbraucherrechte-RL versucht der europäische Gesetzgeber, den Verbraucher vor dem Risiko zu schüt-

37 Smits, New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts: Fit for Purpose?, ZEuP 2016, S. 319, 320 f.

38 Näher zum Begriff des Vertrages im GEK siehe Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, 2014, GEK-E Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E Rn. 10.

39 KOM(2011) 636 endg., 2.3., S. 12; Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, GEK-E Kommentar, Einl. GEK-VO-E Rn. 37.

40 Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, GEK-E Kommentar, 2014, Art. 2 GEK-VO-E Rn. 10; Schulze/Wendehorst, GEK Commentary, Art. 2 GEK Regulation Rn. 4.

41 Rn. 2 ff.

42 Jansen/Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts, JZ 2007 S. 1020, 1022 f.

43 Zoll, Die Grundregeln der Acquis-Gruppe, GPR 2008, S. 106, 109.

I. Vertragsbegriff

zen, ohne einen diesbezüglich geäußerten Willen in eine Vertragsbeziehung gedrängt zu werden:

► ARTIKEL 27 VERBRAUCHERRECHTE-RL

Unbestellte Waren und Dienstleistungen

Werden unter Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 5 und Anhang 1 Nummer 29 der Richtlinie 2005/29/EG unbestellte Waren, Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitaler Inhalt geliefert oder unbestellte Dienstleistungen erbracht, so ist der Verbraucher von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit. In diesen Fällen gilt das Ausbleiben einer Antwort des Verbrauchers auf eine solche unbestellte Lieferung oder Erbringung nicht als Zustimmung. ◀

Der Verweis in der zitierten Vorschrift bezieht sich auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁴⁴, in der die Praxis der Lieferung von unbestellten Waren oder Dienstleistungen mit dem Ziel eines Vertragsschlusses durch den Verbraucher als eine unlautere Geschäftspraxis eingestuft wird. Dieser Verweis auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist sehr charakteristisch für die neue Entwicklung im Vertragsrecht – der Verbindung des individuellen Vertragsrechts mit dem Lauterkeitsrecht.⁴⁵ Das zeigt auch, dass es in Art. 27 der Verbraucherrechte-RL weniger um die Darstellung der Überzeugung des europäischen Gesetzgebers über bestimmte feste Vertragsbestandteile geht, als um die Vermeidung einer den Verbraucher belästigenden Praxis. Die Vorschrift richtet sich insbesondere auf die Stärkung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers. Der europäische Gesetzgeber beschäftigt sich dabei aber nur mit einer Seite des Vertragsverhältnisses und entscheidet nicht, ob für die Begründung einer Rechtsbeziehung eine Willensübereinstimmung mit der Willenserklärung des Unternehmers (der zweiten Partei) vorliegen muss.

In Art. 27 Verbraucherrechte-RL wird der Gedanke des Verbraucherschutzes durch den Schutz der Entscheidungsfreiheit deutlich. Die ausdrückliche Regelung der unbestellten Leistungen fand sich zum ersten Mal in Art. 9 Hs. 2 Fernabsatz-RL. In der Verbraucherrechte-RL, die diese Richtlinie ersetzt hat, wurde zudem ausdrücklich eine Sanktion für den Fall des Zuwiderhandelns festgelegt. Im Falle der Zusendung unbestellter Leistungen wird der Verbraucher im Einklang mit Art. 27 Verbraucherrechte-RL von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit.⁴⁶ Dadurch entsteht gleichwohl keine Rechtsklarheit hinsichtlich der Sanktion.⁴⁷ Bereits aufgrund der alten Rechtslage wurde vielfach vertreten, dass für den Verbraucher bei Erhalt unbestellter Leistungen überhaupt keine Pflichten entstehen können.⁴⁸ Überwiegend wurde sogar der Ausschluss der Herausgabe der gelieferten Sache sowohl aufgrund eigentumsrechtlicher Herausgabeansprüche als auch aufgrund von Bereicherungsansprüchen befür-

20

21

44 Richtlinie 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 149, S. 22, ber. ABl. 2009 Nr. L 253, S. 18.

45 Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 189 f.

46 Staudinger/Olzen, BGB, Neubearbeitung 2014, § 241 a Rn. 53.

47 Zu den Rechtsfolgen siehe Bamberger/Roth/Sutchet, Online-Kommentar BGB, 40. Edition, Stand 1.8.2016, § 241 a Rn. 9.

48 Walter, Die rechtliche Behandlung der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241 a BGB, 2009, S. 3.