

## Der Anwendungsbereich und zentrale Vorschriften des Kommissionsentwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht sowie die Änderungsvorschläge des ELI und Änderungsanträge des Parlaments im Vergleich

*Tobias Pinkel\**

A. Einführung.....	46
B. Struktur der Richtlinie und Anhänge .....	48
I. Änderungsvorschläge des ELI zur Struktur .....	48
II. Struktur des GEKR nach den Abänderungen des EP.....	49
III. Eine Zwischenbewertung .....	50
C. Anwendungsbereich des GEKR .....	50
I. Sachlicher Anwendungsbereich .....	51
1. Der sachliche Anwendungsbereich im Kommissionsvorschlag .....	51
2. Die Vorstellungen des ELI zum sachlichen Anwendungsbereich .....	51
3. Abänderungen des EP zum sachlichen Anwendungsbereich.....	52
4. Zwischenbewertung.....	54
II. Räumlicher Anwendungsbereich .....	54
III. Persönlicher Anwendungsbereich .....	56
IV. Gesamtkritik an den Einschränkungen des Anwendungsbereichs .....	58
D. Struktur der materiellen kaufrechtlichen Regelungen im GEKR-E .....	58
E. Zentrale und charakteristische Regelungen des materiellen Kaufrechts .....	60
I. Treu und Glauben im GEKR-E.....	60
II. Keine Postal-Rule im GEKR-E .....	61
III. Vorvertragliche Informationspflichten im Kontext des <i>acquis communautaire</i> .....	61
IV. Voraussetzungen des Vertragsschlusses: Keine <i>consideration</i> , aber doppelter Rechtsbindungswille verlangt .....	62
V. Widerruflichkeit des Angebots: Kompromiss zwischen Common Law und Civil Law .....	63
VI. Zulässigkeit einer geringfügig geänderten Annahme auch im B2C-Bereich .....	64
VII. Auslegung von Verträgen .....	64
VIII. „Remedies-Ansatz“ anstatt „Rights-Ansatz“ wie im BGB.....	65
IX. Erfüllung ( <i>specific performece</i> ) als regelmäßig statthafter Rechtsbehelf.....	66

\* Tobias Pinkel, LL.M., ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik und Lehrbeauftragter für deutsches und europäisches Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bremen und der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

Der Aufsatz basiert auf vom Autor verfassten Teilen des Beitrags *Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke*, Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Eine Einführung, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 35-79, 44-65 und wurde um neuere Entwicklungen und die Position des Europäischen Parlaments in seiner legislativen EntschlieÙung vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C70329/2011 – 2011/0284(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung) ergänzt.

E-Mail: pinkel@zerp.uni-bremen.de.

X. Vertragsbeendigung wegen Nichterfüllung als gleichrangiger Rechtsbehelf .....	66
1. Die Beendigung eines Vertrags wegen Nichterfüllung im B2C-Bereich .....	66
2. Die Beendigung eines Vertrages wegen Nichterfüllung im B2B-Bereich.....	67
3. Vorläufige Bewertung .....	67
XI. Besonderheiten des Schadensersatzrechts .....	68
F. Abschließende Bemerkungen .....	69

## A. Einführung

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEKR) befindet sich in einer entscheidenden Phase des Gesetzgebungsverfahrens. Nachdem die Kommission *Juncker* nun ihre Arbeit aufgenommen hat, steht die Entscheidung an, ob das Projekt der Einführung einer optionalen Kaufrechtsordnung für die EU mit gleichem Elan wie unter der Justizkommissarin *Viviane Reding* in der Kommission *Barroso II* fortgesetzt wird. Die aktuelle politische Entwicklung gibt indes Anlass zur Annahme, dass das bereits jetzt zum Teil als „Zwerg“ verspottete GEKR, das politische Überbleibsel der akademischen Diskussion, die zum Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) führte, noch weiter schrumpft.

So hat bereits das Europäische Parlament in seiner legislativen Entschlieung vom 26.02.2014 neben zahlreichen positiven Entscheidungen zum Anwendungsbereich auch mit Abänderung 60 ff. vorgeschlagen, den sachlichen Anwendungsbereich weiter einzuschränken.<sup>1</sup> Nach dem Willen des Parlamentes soll Art. 4 Abs. 1 GEKR-VOE wie folgt neugefasst werden:

*Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht kann für Fernabsatzverträge, die grenzübergreifende Verträge sind, verwendet werden.*<sup>2</sup>

Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs scheint politisch eine übergroße Mehrheit zu finden.<sup>3</sup> Die vor diesem Hintergrund zu erwartende Reduzierung der materiellen Regelungen des Kaufrechts durch das Europäische Parlament war hingegen vergleichsweise marginal. Blicke es auch im weiteren Legislativprozess bei dieser Einschränkung des Anwendungsbereichs, ohne dass es zu einer weiteren Anpassung der materiellen Vertragsrechtsbestimmung kommt, könnte das GEKR weiterhin als potentielle Keimzelle für ein zukünftiges (optionales) europäisches Vertrags- oder sogar Privatrecht fungieren. Zwar wäre vorerst die Anwendung des optionalen EU-Kaufrechts für den B2B-Bereich weitgehend ausgeschlossen, der in der ersten Zeit zu erwartende Hauptanwendungsfall, der Onlinenehandel, bliebe jedoch von den Abänderungen unberührt.

So könnte die Entwicklung einer europäischen Vertragsrechtsdogmatik, die durch die europäische Rechtswissenschaft und die politischen Institutionen der EU begann,<sup>4</sup> nun über die

<sup>1</sup> Legislative Entschlieung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C70329/ 2011 – 2011/0284(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung).

<sup>2</sup> Abänderung 60. Die Hervorhebungen entstammen dem Zitat.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. *Europäisches Rechtsinstitut*, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final 1st Supplement: Response to the EP Legislative Resolution of 26 February 2014 (ELI-S-4-2014), S. 10, online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/CESL\\_1st\\_Supplement.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/CESL_1st_Supplement.pdf).

<sup>4</sup> Zu dieser Entwicklung bereits ausführlich *Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke*, Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Eine Einführung, in: Tobias Pinkel/Christoph

Auslegung der fragmentarischen Richtlinien hinaus auch von den Gerichten fortgesetzt werden. Zudem bestünde die Hoffnung, dass durch diese Einschränkung politische Widerstände im Rat und in einigen nationalen Parlamenten aufgegeben würden. In einem späteren Schritt könnte – durch die Änderung weniger einführender Artikel – die volle Anwendbarkeit für den B2B-Bereich wiederhergestellt werden.

Die aktuelle Positionierung der Europäischen Kommission lässt aber eine andere Entwicklung zumindest nicht unwahrscheinlich erscheinen. Im „Arbeitsprogramm der Kommission 2015: Ein neuer Start“<sup>5</sup> kündigt die Kommission nämlich an, in das Gesetzgebungsverfahren des GEKR nochmals eingreifen zu wollen und eine überarbeitete Fassung der Verordnung vorzulegen. Zur Begründung schreibt die Kommission:

*Der Vorschlag wird geändert, um das Potenzial des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung zu bringen.*<sup>6</sup>

Dies legt die Befürchtung nahe, dass die Kommission auch eine Verengung der materiellen Regelungen auf die besonderen Bedürfnisse des B2C-Onlinehandels auf die Agenda gesetzt hat. Vielleicht könnte damit sogar kurzfristig eine größere Akzeptanz der Verordnung erreicht werden, für die langfristige Entwicklung eines Unionsvertragsrechts wäre es hingegen ein klarer Rückschritt.

Vor diesem Hintergrund soll der aktuelle politische Stand wichtiger Fragen der Struktur (B.), des Anwendungsbereichs (C.) und ausgewählter materiellrechtlicher Aspekte (D. und E.) zusammengefasst werden. Dies geschieht jeweils durch eine kurze Darstellung des ursprünglichen Kommissionsvorschlags<sup>7</sup> und der relevanten Abänderungen des Parlaments in seiner legislativen Entschließung vom 26. Februar 2014.

Das Europäische Rechtsinstitut (*European Law Institute*, ELI) hat zudem den Kommissionsentwurf sowie die Entschließung des Parlaments in zwei *ELI Statements*<sup>8</sup> konstruktiv und kritisch begleitet und einen eigenen, überarbeiteten Verordnungsentwurf vorgelegt. Die zentralen politischen Entscheidungen auf europäischer Ebene werden jedoch vom ELI nicht in Frage gestellt:

*This Supplement to the 2012 Statement, just as that Statement did not, does not consider the major political choices made by the Commission in respect of the Proposal and later on by the European Parliament and the Council. The working party accepted those choices, in particular the imminent political compromise to restrict the CESL to distance contracts, as given.*<sup>9</sup>

Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 35-79, insb. 39-44.

<sup>5</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 16.12.2014, Arbeitsprogramm der Kommission 2015: Ein neuer Start, KOM(2014) 910 endg.

<sup>6</sup> Anhang II: Liste der zurückzuziehenden oder zu ändernden Vorschläge zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 16.12.2014, Arbeitsprogramm der Kommission 2015: Ein neuer Start, KOM(2014) 910 endg., S. 13.

<sup>7</sup> Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011 KOM(2011) 635 endg.

<sup>8</sup> Zu dem Konzept und der Bedeutung der sogenannten ELI Statements vgl. *Europäisches Rechtsinstitut*, ELI Projects online verfügbar unter: <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/>.

Siehe auch Art. 12 Articles of Association of the European Law Institute (ELI) as amended by Council Decision 2013/5 of April 2013, online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Statute/ELI\\_Statute\\_English\\_amended.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Statute/ELI_Statute_English_amended.pdf).

<sup>9</sup> *Europäisches Rechtsinstitut*, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a

Auf die Positionen des ELI soll immer dann eingegangen werden, wenn das ELI interessante Alternativen für den weiteren Gesetzgebungsprozess vorgeschlagen hat. Dies geschieht vor dem Hintergrund des bislang bereits sichtbaren Erfolgs des noch jungen Institutes, der einen Einfluss des ELI auf die zukünftige Rechtsentwicklung in Europa vermuten lässt. Das erste Statement des ELI hatte bereits, wie auch die nachfolgende Darstellung nur einiger ausgewählter Aspekte der Abänderungen zeigen wird, einen Einfluss auf die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments.

## B. Struktur der Richtlinie und Anhänge

Der Kommissionsvorschlag „über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (GEKR-VOE) ist in einen relativ kurzen Verordnungstext, bestehend aus nur sechzehn Artikeln, sowie zwei Anhänge aufgeteilt. Die Verordnung selbst enthält neben einer Zusammenfassung der Ziele der Verordnung (Art. 1 GEKR-VOE) und einigen Begriffsdefinitionen (Art. 2 GEKR-VOE) vor allem Bestimmungen zum Anwendungsbereich (Art. 4 ff. GEKR-VOE) und der Rechtswahl des GEKR (Art. 3, 8 ff. GEKR-VOE). In der Literatur hat sich dafür der Begriff *chapeau rules*<sup>10</sup> eingebürgert. Der erste Anhang des GEKR-VOE (GEKR-E), der 186 Artikel und zwei Anlagen umfasst, ist das Herzstück des GEKR-VOE. Er enthält die materiellen Regelungen des europäischen Einheitskaufrechts. Die erläuternden Erwägungsgründe zur Verordnung nehmen indes auf ihn überhaupt keinen Bezug. Sie behandeln ausschließlich die *chapeau rules*. Der zweite Anhang enthält ein Formblatt, das einige zentrale Verbraucherrechte zusammenfasst und im B2C-Bereich im Wege einer vorvertraglichen Informationspflicht nach Art. 6 GEKR-VOE vom Unternehmer an den Käufer zu übermitteln ist.<sup>11</sup> Insgesamt enthält der Entwurf mithin eine relativ umfassende Regelung des Kaufrechts.

## I. Änderungsvorschläge des ELI zur Struktur

Bereits in seinem ersten Statement zum GEKR (ELI-S-2-2012)<sup>12</sup>, hat das ELI im Jahr 2012 diese Struktur aus „Einführungsgesetz“ (also den *chapeau rules*) und den Bestimmungen zum Vertragsrecht selbst als unnötig komplex und benutzerunfreundlich abgelehnt:

*Consolidation of the Proposal: The Regulation and its Annex 1 should be consolidated into a single instrument in order to reduce complexity, render the Regulation more coherent and of greater utility. This is desirable (see paragraph (5) – (6)).*<sup>13</sup>

---

Common European Sales Law COM(2011) 635 final 1st Supplement: Response to the EP Legislative Resolution of 26 February 2014 (ELI-S-4-2014), S. 7, online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/CESL\\_1st\\_Supplement.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/CESL_1st_Supplement.pdf).

<sup>10</sup> Anstatt vieler vgl. nur *Stephan Balthasar*, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine Analyse aus unternehmerischer Sicht, RIW 2012, 361-369, 361.

<sup>11</sup> Mit den Regelungen zur Rechtswahl und dem Formblatt in Anhang II GEKR-VOE wird sich dieser Beitrag nicht weiter beschäftigen. Hierzu ausführlich bereits *Tobias Pinkel*, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 457-568.

<sup>12</sup> *Europäisches Rechtsinstitut*, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final, online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/S-2-2012\\_Statement\\_on\\_the\\_Proposal\\_for\\_a\\_Regulation\\_on\\_a\\_Common\\_European\\_Sales\\_Law.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

<sup>13</sup> A.a.o., S. 13

Eine entsprechende Umsetzung findet sich sodann auch im Änderungsvorschlag zum GEKR des ELI (ELI-S-2-2012, S. 46 ff.). Dabei hat das ELI folgende Struktur vorgeschlagen:

- Part I Introductory provisions*
- Part II Making a binding contract*
- Part III Assessing what is in the contract*
- Part IV Obligations of the parties*
- Part V Remedies for Non-Performance*
- Part VI Restitution*
- Part VII Prescription*
- Part VIII Final provisions*

In Part I finden sich dabei, neben den Regelungen der GEKR-VOE, die unmittelbar die Rechtswahl des GEKR betreffen, auch bereits die allgemeinen Bestimmungen des Anhangs I des Kommissionsvorschlags. In Part VIII finden sich hingegen die Bestimmungen des GEKR-VOE, die nicht unmittelbar die Anwendbarkeit des GEKR betreffen, wie die Bestimmungen zum Inkrafttreten der Verordnung oder Berichtspflichten der Mitgliedstaaten und Übermittlungspflichten hinsichtlich nationaler Urteile zum GEKR.

## II. Struktur des GEKR nach den Abänderungen des EP

Das Europäische Parlament folgt in seiner legislativen EntschlieÙung weitgehend den Ideen des ELI, geht allerdings in der Änderung der Gliederung etwas weniger weit. Nach den Vorstellungen des Europäischen Parlaments soll die Verordnung in vier Titel gegliedert werden, wodurch der derzeitige Anhang II zum Anhang I würde und der derzeitige Anhang I in der Verordnung selbst aufginge:

- Titel I Allgemeine Bestimmungen*<sup>14</sup>
- Titel II Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*<sup>15</sup>
- Titel III Flankierende Maßnahmen*<sup>16</sup>
- Titel IV Schlussbestimmungen*<sup>17</sup>

Prinzipiell wird dabei der derzeitige GEKR-VOE (mit einigen Ergänzungen des Europäischen Parlaments) in Titel I, III und IV aufgeteilt, der derzeitige Anhang I ist nunmehr in Titel II zu finden. Zwar beziehen sich auch die ersten 23 Abänderungen auf die Erwägungsgründe. Eine ausführliche Begründung der nunmehr in Titel II enthaltenen Bestimmungen wurde jedoch nicht aufgenommen. Als Alternative dazu, hat das Europäische Parlament jedoch die Einführung eines Kommentars gefordert.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Abänderung 24.

<sup>15</sup> Abänderung 82.

<sup>16</sup> Abänderung 253.

<sup>17</sup> Abänderung 259.

<sup>18</sup> Vgl. Abänderung 19: Erwägung 34a (neu):

*(34a) Ein Kommentar zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht könnte ein wertvolles Instrument sein, da dieser Klarheit und Orientierung in Bezug auf das Recht geben würde. Ein solcher Kommentar sollte eine klare und umfassende Exegese der Artikel des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und gegebenenfalls eine Erklärung für die bestimmten Artikeln zugrundeliegenden politischen Entscheidungen enthalten. Eine deutliche Erklärung dieser Entscheidungen würde Gerichte in den Mitgliedstaaten in die Lage versetzen, das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auszulegen und ordnungsgemäß anzuwenden sowie Lücken zu schließen. So wird der Kommentar*

### III. Eine Zwischenbewertung

Die Gliederung, die sich aus den Abänderungen des Europäischen Parlaments ergibt, hat gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf viele Vorteile. Die zum Teil verwirrende Aufteilung von Definitionen zwischen Verordnung und Anhang, die u.a. dazu führte, dass Definitionen, die im Anhang benötigt wurden, bereits in der Verordnung selbst enthalten waren, wird aufgehoben. Insgesamt dürfte dies die Handhabung erleichtern. Zudem wird nicht mehr suggeriert, dass die eigentlichen Kaufrechtsbestimmungen nicht die zentralen Normen der Verordnungen, sondern lediglich ein „Anhang“ seien. Auch ist es sinnvoll, dass sich die Berichtspflichten der Mitgliedsstaaten und andere flankierende Maßnahmen nicht mehr zwischen den für die tägliche Anwendung relevanten Bestimmungen befinden. Gleiches gilt für die Schlussbestimmungen z.B. hinsichtlich des Inkrafttretens der Verordnung.

Ein zentraler Kritikpunkt bleibt aber erhalten. Die Erwägungsgründe befassen sich nicht hinreichend mit dem eigentlichen Herzstück der Verordnung, den kaufrechtlichen Bestimmungen. Dies wäre aber gerade als Auslegungshilfe im Hinblick auf eine einheitliche Anwendung dieser Bestimmungen durch die mitgliedstaatlichen Gerichte dringend geboten. Ein Kommentar, der sicherlich auch einen wichtigen Beitrag zur einheitlichen Auslegung leisten und ausführlicher sowie dynamischer als Erwägungsgründe sein kann, ist dazu aber keine Alternative sondern lediglich eine Ergänzung. Er hat nicht den gleichen rechtlichen Charakter oder eine vergleichbare Legitimität wie Erwägungsgründe, die vom Parlament und dem Rat verabschiedet wurde. Es bleibt also zu hoffen, dass die Kommission bei der Überarbeitung des Verordnungsentwurfs hier nochmals nachlegt.

### C. Anwendungsbereich des GEKR

Gemäß den Regelungen des GEKR-VOE kann das GEKR-E nur innerhalb einer Rechtsordnung eines Mitgliedstaates als „zweites“ Vertragsrechtssystem [...], das in allen Mitgliedstaaten identisch ist“,<sup>19</sup> gewählt werden. Die Rechtswahl des GEKR-E setzt also voraus, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats als *lex causae* fungiert. Anderenfalls kommt die Anwendung des GEKR-E erst gar nicht in Betracht.<sup>20</sup> Weder das ELI<sup>21</sup> noch das Europäische Parlament in seiner legislativen Entschließung haben vorgeschlagen, an dieser Idee der ausschließlichen Wählbarkeit des GEKR auf Ebene des Rechts eines Mitgliedstaates etwas zu ändern.

Darüber hinaus wird der Anwendungsbereich des GEKR-E nach den Bestimmungen des GEKR-VOE in sachlicher (I.), räumlicher (II.) und persönlicher (III.) Hinsicht beschränkt.

---

*die Entwicklung einer kohärenten, einheitlichen Anwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts unterstützen. Die Kommission sollte Möglichkeiten für die Bereitstellung eines solchen Kommentars untersuchen.*

<sup>19</sup> Mitteilung der Kommission ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzübergreifender Geschäfte im Binnenmarkt vom 11.10.2011, KOM(2011) 636 endg., S. 8.

<sup>20</sup> Hierzu ausführlich Tobias Pinkel, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 457-568, insb. 488 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2. ELI-S-2-2012 zur Wahl des GEKR:

*The parties may do so under the law of the Member State whose law is the law applicable to the contract according to the relevant rules of conflict of laws, in particular Regulation (EC) No 593/2008 ('Rome I'). For the purposes of conflict of laws and otherwise the Common European Sales Law shall be considered as an integral part of this law.*

## I. Sachlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs unterscheiden sich die Vorstellungen im Kommissionsvorschlag des ELI und des Europäischen Parlaments ganz erheblich. Entsprechend sollen dieser Regelungen nachfolgend getrennt dargestellt werden.

### 1. Der sachliche Anwendungsbereich im Kommissionsvorschlag

Der sachliche Anwendungsbereich des europäischen Einheitskaufrechts wird in Art. 5 f. GEKR-VOE geregelt. Während Art. 5 GEKR-VOE den Anwendungsbereich positiv abgrenzt und erklärt, dass das GEKR-E auf Kaufverträge, „Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte“ und mit diesen Verträgen verbundene Dienstleistungsverträge Anwendung finden soll, schließt Art. 6 GEKR-VOE die Anwendung des GEKR-E für „Mischverträge“, also Verträge, die weitere Elemente als die in Art. 5 GEKR-VOE genannten Vertragstypen enthalten, und Kaufverträge, die mit Verbraucherkreditverträgen verbunden sind, aus. Diese Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs sind in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen. Insbesondere hat man den Ausschluss von reinen Dienstleistungsverträgen und mit Kreditfinanzierungsverträgen verbundenen Verträgen mit Blick auf ihre zunehmende wirtschaftliche Bedeutung negativ gewertet.<sup>22</sup>

### 2. Die Vorstellungen des ELI zum sachlichen Anwendungsbereich

In Art. 2 ELI-S-2-2012 übernimmt das ELI prinzipiell die Grundregelung des Art. 5 GEKR-VOE, wenn auch die Formulierung vollständig vom Verordnungsentwurf abweicht und die relevanten Definitionen in die Regelung aufgenommen wurden, greift sodann aber

<sup>22</sup> Zum sachlichen Anwendungsbereich ausführlich z.B. *Dirk Staudemayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491-3498, 3494, der die Wahl des Anwendungsbereichs positiv sieht.

Kritisch, sich für einen weiteren Anwendungsbereich in einzelnen Fragen aussprechend z.B. *ELI*, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final, 21 f. Online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/S-2-2012\\_Statement\\_on\\_the\\_Proposal\\_for\\_a\\_Common\\_European\\_Sales\\_Law.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

Auch das Europäische Parlament spricht sich aus Gründen der Praktikabilität für einen eher weiten Anwendungsbereich aus (vgl. z.B. Entschließung des Europäischen Parlaments „Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“, A7-0164/2011 vom 8.6.2011, (ABl. C 380 E vom 11.12.2012, S. 59, 64 f., Nr. 25) und fordert darüber hinaus auch als Auslegungshilfe ein noch weitergehendes „Instrumentarium“ (*toolbox*).

Genauso hat die Kommission selbst bereits im Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen vom 1.7.2010, KOM(2010) 348 endg., S. 3 als Schwäche der CISG die Beschränkung auf Kaufverträge trotz der zunehmenden Bedeutung der Dienstleistungserbringung hervorgehoben, eine Schwäche, die man nun auch dem GEKR vorwerfen kann. Vgl. dazu *Peter Mankowski*, CESL – who needs it?, IHR 2012, 45-53, 45. Kritisch zum Fehlen der Dienstleistungsverträge auch *Matthias Lehmann*, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht: Die „Feasibility Study“ der Expert Group on European Contract Law, GPR 2011, 218-226, 225. Für die Anwendung des Optionalen Instruments für Dienstleistungen aller Art z.B. *Peter Schneiderhan*, Das Europäische Vertragsrecht – Blue Button ante portas?, DRiZ 2011, 84-86, 86.

Auch haben z.B. *Michael Stürmer*, Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung, GPR 2011, 236-242, 241, und *Walter Doralt*, The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance, Max Planck Private Law Research Paper No. 2011/09, 13. Online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1876451>, schon im Vorfeld davor gewarnt, dass durch zu viele externe Lücken die Komplexität durch die kombinierte Anwendung der Reserverechtsordnung und des GEKR entsteht, wodurch die Transaktionskosten erhöht und die Ziele des GEKR konterkariert werden.

die vorherrschende Kritik auf. Mischverträge, inklusive Verträge, die ein Finanzierungsge-  
schäft enthalten, können dabei nach Art. 6 Abs. 2 ELI-S-2-2012 grundsätzlich hinsichtlich  
der vom GEKR geregelten Elemente dem GEKR unterfallen:

**Article 6 Mixed and linked contracts**

*1. Where a contract governed by the Common European Sales Law is linked with another  
contract not governed by the Common European Sales Law, and unless otherwise provid-  
ed,*

*(a) the law applicable to the other contract shall determine the effects which invalidity or  
the exercise of any right or remedy under the Common European Sales Law has on the  
other contract;*

*(b) the national law under which the parties have agreed on the use of the Common Euro-  
pean Sales Law shall determine the effects that invalidity or the exercise of any right or  
remedy in relation to the other contract has on the contract governed by the Common Eu-  
ropean Sales Law, including the issue of what counts as sufficient link between the con-  
tracts.*

*2. Where a contract includes any elements other than the sale of goods, the supply of digi-  
tal content and the provision of related services within the meaning of Article 2 these oth-  
er elements shall be considered as being agreed upon under a linked contract within the  
meaning of paragraph 1.*

### 3. Abänderungen des EP zum sachlichen Anwendungsbereich

Das Europäische Parlament hat zahlreiche Abänderungen des sachlichen Anwendungsbe-  
reichs beschlossen. Teilweise stellen sie lediglich Klarstellungen oder Formulierungsände-  
rungen dar. Ganz wesentliche inhaltliche Änderungen sind jedoch die Einschränkung des  
sachlichen Anwendungsbereichs auf Fernabsatzverträge durch Abänderung 60 f., die Auf-  
hebung des Verbots der Anwendung des GEKR auf Mischverträge und die Aufhebung des  
Verbots der Anwendung des GEKR auf Verträge, die mit einem Verbraucherkredit zur  
Finanzierung verbunden sind.

Würden alle Abänderungen des EP übernommen, ergäben sich daraus folgende Vorschrif-  
ten (in konsolidierter Form):

**Artikel 5**

**Verträge, für die das Gemeinsame Europäische Kaufrecht verwendet werden kann**

*Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht kann für Fernabsatzverträge, einschließlich On-  
lineVerträge verwendet werden, die:<sup>23</sup>*

*a) Kaufverträge [sind],*

*b) Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte gleich, ob auf einem materiellen Da-  
tenträger oder in anderer Weise, die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederver-  
wenden kann oder zu denen er Zugang erhält, unabhängig davon, ob die Bereitstellung  
gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine Gegenleistung, die keine Zahlung eines  
Preises darstellt, erfolgt oder ohne jede andere Gegenleistung geliefert wird,<sup>24</sup>*

<sup>23</sup> Beschränkung auf Fernabsatzverträge durch Abänderung 61.

<sup>24</sup> Klarstellende Änderung der Formulierung durch Abänderung 62.



c) Verträge über verbundene Dienstleistungen, gleich, ob hierfür ein gesonderter Preis vereinbart wurde oder nicht.

#### Artikel 6

##### **Verbundene Verträge und gemischte Verträge<sup>25</sup>**

1. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht kann auch verwendet werden für:

a) Fälle, in denen ein Vertrag gemäß Gemeinsame[m] Europäischen Kaufrecht mit einem Vertrag verbunden ist, der kein Kaufvertrag, kein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte und kein Vertrag über verbundene Dienstleistungen ist, oder

b) Fälle, in denen ein Vertrag neben dem Kauf von Waren, der Bereitstellung digitaler Inhalte oder der Erbringung verbundener Dienstleistungen im Sinne von Artikel 5 noch andere Elemente beinhaltet, vorausgesetzt, diese Elemente sind teilbar und diesen Elementen kann ein Preis zugeordnet werden.<sup>26</sup>

2. In den Fällen des Absatzes 1 Buchstabe a findet auf den verbundenen Vertrag das ansonsten anwendbare Recht Anwendung.<sup>27</sup>

3. In den Fällen des Absatzes 1 Buchstabe a und

(a) wenn im Zusammenhang mit dem vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht geregelten Vertrag keine der Parteien ein Recht, eine Abhilfe oder eine Verteidigung wahrnimmt, oder wenn dieser Vertrag ungültig oder nicht bindend ist, werden die Wirkungen des verbundenen Vertrags durch das einzelstaatliche Recht, das auf den verbundenen Vertrag Anwendung findet, festgelegt;<sup>28</sup>

(b) wenn im Zusammenhang mit dem verbundenen Vertrag keine der Parteien ein Recht, eine Abhilfe oder eine Verteidigung wahrnimmt, oder wenn dieser Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht, das auf diesen Vertrag Anwendung findet, ungültig oder nicht bindend ist, bleiben die Verpflichtungen der Parteien nach dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht unberührt, es sei denn, eine Partei hätte diesen vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht geregelten Vertrag nur wegen des verbundenen Vertrags abgeschlossen oder diesen Abschluss nur mit wesentlich anderen Vertragsbedingungen vorgenommen; in diesem Fall hat die Partei Anspruch darauf, den vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht geregelten Vertrag zu beenden.<sup>29</sup>

4. In den Fällen des Absatzes 1 Buchstabe b werden die anderen Vertrags Elemente als in einem verbundenen Vertrag vereinbarte Elemente betrachtet.<sup>30</sup>

Zusätzlich werden durch Abänderung 75 f. die nicht abschließenden Listen der vom GEKR erfassten (Abänderung 75) und nicht erfassten (Abänderung 76) Rechtsfragen von den Erwägungsgründen in die Artikel des GEKR verschoben.

<sup>25</sup> Änderung des Titels durch Abänderung 63, da Mischverträge nicht mehr vom Anwendungsbereich *per se* ausgeschlossen sein sollen.

<sup>26</sup> Aufhebung des Verbots der Anwendung des GEKR auf den vom GEKR geregelten Bereich von Mischverträgen durch Abänderung 64.

<sup>27</sup> Klarstellend eingefügt durch Abänderung 65.

<sup>28</sup> Eingefügt durch Abänderung 66.

<sup>29</sup> Eingefügt durch Abänderung 67.

<sup>30</sup> Eingefügt durch Abänderung 68; Abänderung 69 hebt den Abs. 2 des Kommissionsentwurfs auf.

#### 4. Zwischenbewertung

Es zeigt sich, dass das Europäische Parlament einige der Ideen, die sich auch in den Änderungsvorschlägen des ELI hinsichtlich von Mischverträgen und verbundenen Verträgen finden, aufgenommen hat. Dieser Schritt ist zu begrüßen. Insbesondere die Möglichkeit, kreditfinanzierte Kaufverträge nach den Regelungen des GEKR zu schließen, ist ein wichtiger Schritt zur Erhöhung der praktischen Relevanz des GEKR. Auch die Aufnahme der Listen der geregelten Rechtsfragen in den eigentlichen Verordnungstext ist sinnvoll. Hierbei handelt es sich um ganz wesentliche Rechtsanwendungsfragen, die nicht nur als Auslegungshilfe in den Erwägungsgründen zu finden sein sollten.

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Fernabsatzgeschäfte ist hingegen zumindest dann bedauerlich, wenn ein europäisches Kaufrecht auf für den B2B-Bereich als Einheitsrecht im intraeuropäischen Handel gewünscht sein sollte. Diejenigen hingegen, die in diesem Bereich im GEKR eine unsinnige Konkurrenz für das UN-Kaufrecht sehen,<sup>31</sup> werden sich jedoch auch hierüber freuen können.

#### II. Räumlicher Anwendungsbereich

Räumlich wird der Anwendungsbereich des GEKR-E in zweifacher Hinsicht beschränkt. Zunächst ist erforderlich, dass der Sachverhalt einen Bezug zu einem Mitgliedstaat der Union aufweist (Art. 4 Abs. 2 GEKR-VOE für den B2B-Bereich und Art. 4 Abs. 3 b GEKR-VOE für den B2C-Bereich). Zudem soll das GEKR nicht für rein nationale Sachverhalte zur Verfügung stehen (Art. 4 Abs. 1 GEKR-VOE). Vielmehr müssen im B2B-Bereich Unternehmer „ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, von denen mindestens einer ein EU-Mitgliedstaat ist“. Unter „gewöhnlichem Aufenthalt“ ist dabei gemäß Art. 4 Abs. 4 GEKR-VOE ausschließlich der Ort der Hauptverwaltung zu verstehen. Der Eintragungsort ist hingegen irrelevant. Bei Verbrauchern ist der Anwendungsbereich bereits eröffnet, wenn sich „die Anschrift des Verbrauchers, die Lieferanschrift oder die Rechnungsanschrift in einem anderen Staat als dem Staat befindet, in dem der Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“, und mindestens einer dieser Staaten ein EU-Mitgliedstaat ist. Die englische Sprachfassung („indicated by the consumer“) macht deutlich, dass es sich bei den Adressen um ein vom Verbraucher bestimmbares Merkmal handelt.<sup>32</sup> Für den Unternehmer dürfen keine Zweifel daran bestehen, ob der räumliche Anwendungsbereich in einem konkreten Fall eröffnet ist.

Art. 13 a) GEKR-VOE räumt den Mitgliedstaaten jedoch die Option ein, das Verbot der Wahl des GEKR in reinen Inlandssachverhalten auszusetzen. Auch wenn es jedem Mitgliedstaat ohnehin erlaubt wäre, identische Regelungen im (autonomen) nationalen Recht in Kraft zu setzen, die dann auch ohne diese räumlichen Beschränkungen gelten würden, ermöglicht Art. 13 a) GEKR-VOE zumindest, dass sich die innerstaatliche Anwendung des GEKR im Rahmen des Unionsrechts vollzieht. Dies erleichtert die Umsetzung und erhöht damit die Chancen, dass Mitgliedstaaten die Option wahrnehmen. Dennoch werden beide

<sup>31</sup> Vgl. z.B. *Ulrich Magnus*, CISG vs. CESL, in: Ulrich Magnus (Hg.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification – With a Focus on the New Common European Sales Law*, München 2012: Sellier, 97-123, 120-122; *Ingeborg Schwenzer*, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, *Uniform Commercial Code Law Journal* 2012, 457-481, insb. 479 ff.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. *Christoph Busch*, *Die aufgeklärte Entscheidung? – Modalitäten der Einwahl und der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz*, in: Martin Gebauer (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013: Sellier, 89-101, 91.

Beschränkungen im Schrifttum zu Recht fast einhellig kritisiert. Es wird insbesondere hervorgehoben, dass durch das Verbot der Wahl des GEKR-E in rein innerstaatlichen Sachverhalten die Ziele des GEKR-E gefährdet werden. Wenn es zur Förderung des innereuropäischen Markts in Zukunft möglich sein soll, Verträge auf Basis einer einheitlichen Rechtsordnung zu schließen, so wird dieses Ziel doch verfehlt, wenn immer zwischen rein nationalem und grenzüberschreitendem Handel unterschieden werden muss. Das volle Potential an Rationalisierungseffekten durch eine Reduktion der Transaktionskosten greift nicht; vielmehr wird der Wettbewerb durch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung von inländischen und ausländischen Anbietern verzerrt.<sup>33</sup> Auch die Notwendigkeit eines Unionsbezugs für die Wahl des GEKR mutet kleingeistig an. Ziel des GEKR ist es doch, transnationalen Handel zu fördern und zu vereinfachen. Vor diesem Hintergrund wirkt es geradezu absurd, wenn sich ein neues, supranationales Einheitskaufrecht provinzieller kleidet als traditionelles autonomes nationalstaatliches Recht. Die nationalen Privatrechte der Mitgliedstaaten sind nämlich durchweg auch dann anwendbar, wenn ein Sachverhalt keinerlei Bezug zum jeweiligen Mitgliedstaat aufweist. Es ist in der Praxis auch durchaus üblich, dass beispielsweise bei einem Vertrag zwischen einem russischen und einem chinesischen Unternehmen englisches oder deutsches Recht qua Rechtswahl zur Anwendung kommt. Wieso sollte dies also für das autonome nationale Recht gelten, nicht aber für das – dem Geiste nach doch eigentlich weltgewandtere – zweite nationale Vertragsrecht europäischen Ursprungs, sprich: für das GEKR?<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Kritisch zu dieser Beschränkung z.B. *ELI*, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final, 20. Online verfügbar unter: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/S-2-2012\\_Statement\\_on\\_the\\_Proposal\\_for\\_a\\_Common\\_European\\_Sales\\_Law.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

Gegen die Beschränkung der Rechtswahl bei rein innerstaatlichen Sachverhalten im Schrifttum auch z.B. *Peter Schneiderhan*, Das Europäische Vertragsrecht – Blue Button ante portas?, *DRiZ* 2011, 84-86, 86; *Gerhard Wagner*, Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Button klemmt –, *ZEuP* 2012, 455-469, 458; *Christoph Busch*, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, *EuZW* 2011, 655-662, 657; *Aurelia Colombi Ciacchi*, An Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU: Conflict of Laws and Conflict of Policies, in: Alessandro Somma (Hg.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen aan den Rijn 2009: Kluwer Law International, 3-18, 11 f.; *Stefan Perner*, Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art 1 – Art 16 VO-Entwurf), in: Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud, *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 KOM(2011) 635 endg.*, Wien 2012: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 21-40, 23 ff.; *Burghard Piltz*, The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law and more particular ist Provision on Remedies, *IHR* 2012, 133-136, 136; *Walter Doralt*, The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance, *Max Planck Private Law Research Paper No. 2011/09*, 16 f. Online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1876451>; *ders.*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts, *AcP* 2011, 1-34, 18 f.; *Jürgen Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, *ZEuP* 2004, 1-4, 3 f.; *Stefan Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, *BB* 2008, 1469-1475, 1473.

<sup>34</sup> Sehr kritisch dazu z.B. *MPI for Comparative and Private International Law*, Policy Options for the Progress Towards a European Contract Law, *RabelsZ* 2011, 371-438, 411 f. (Rn. 99 f.), das darauf hinweist, dass Drittstaaten und Schiedsgerichte die Wählbarkeit des Anhangs I des GKER-VOE in ihrem IPR z.B. als *principles of law* erlauben könnten, was zu der absurden Situation führte, dass das GEKR zwar in einem staatlichen Forum in der EU keine Anwendung fände, bei anderen Gerichtsständen aber durchaus wirksam wählbar wäre; *Martin Schmidt-Kessel*, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und Fragen zur Verordnung, in: Martin Schmidt-Kessel (Hg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, München 2012: Sellier, 29-50, 38 f., der auch darauf verweist, dass diese Beschränkung nicht auf Grund der Binnenmarktcompetenz geboten sei, da Art. 114 AEUV nicht verlange, dass Angleichungsmaßnahmen, die zur Verwirklichung des Binnenmarktes geboten seien, nicht auch außerhalb des Binnenmarktes Anwendung finden dürften. So auch *Stefan Leible*, Drittstaatsverhalte und das

Das europäische Rechtsinstitut hat vorgeschlagen, die territoriale Beschränkung des Anwendungsbereichs gänzlich aufzugeben und die Wahl des GEKR immer zuzulassen, wenn das Recht eines Mitgliedstaates Anwendung findet.<sup>35</sup> Als möglichen politischen Kompromiss brachte das ELI in Art. 3 Abs. 3 ELI-S-2-2012 ins Spiel, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einzuräumen, die Anwendung des GEKR für rein innerstaatliche Sachverhalte auszuschließen:

*[Any Member State may, for cases where its law is the law applicable to the contract, restrict availability of the Common European Sales Law to cross-border contracts within the definition given in Article 171.]*

Damit wäre das Regel-Ausnahmeverhältnis des Art. 13 a) i.V.m. Art. 4 GEKR-VOE zumindest umgekehrt, auch wenn materiell die Mitgliedstaaten nach wie vor ein Wahlrecht besäßen. Die Notwendigkeit des Unionsbezugs hält das ELI völlig zu Recht jedenfalls für entbehrlich.<sup>36</sup>

Das Europäische Parlament hat sich hier jedoch vollständig der Position der Kommission angeschlossen und Art. 4 GEKR-E inhaltlich unverändert zugestimmt. Die Kritik am Kommissionsentwurf hat also noch immer volle Gültigkeit. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Kommission bei der Überarbeitung des Entwurfs mit der Kritik auseinandersetzt und zumindest die Notwendigkeit des Bezugs zu einem EU Mitgliedstaat aufgibt.

### III. Persönlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 2 GEKR-VOE ist die Anwendung des GEKR-E auf den B2C- sowie B2KMU-Bereich (also auf Verträge zwischen Unternehmen, an denen mindestens ein kleines oder mittelständisches Unternehmen beteiligt ist) beschränkt. Für den Bereich BigB2BigB (also zwischen zwei großen Unternehmungen) können die Mitgliedstaaten zwar für eine Wählbarkeit des GEKR nach Art. 13 lit. b GEKR-VOE optieren, anderenfalls ist die Wahl des GEKR den Parteien aber nicht erlaubt. Da indes nichts dagegen spricht, das GEKR allgemein auch für diesen BigB2BigB-Bereich zu öffnen, es einem Großunternehmen aber oftmals – gerade bei Vertragsschlüssen über das Internet – nicht klar ist und auch nicht klar sein kann, ob es nun mit einem KMU oder einem Großunternehmen kontrahiert, erscheint es absolut zwingend, diese Beschränkung aufzugeben.<sup>37</sup> Allerdings besteht

---

EU-Kaufrecht: Perspektiven mitglied- sowie drittstaatlicher Gerichte und die Wahrung des internationalen Entscheidungseinklangs, in: Martin Gebauer (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013: Sellier, 165-187, 166 f.

Peter Mankowski, *Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht*, RIW 2012, 97-105, 99, setzt sich umgekehrt kritisch mit der Frage auseinander, inwieweit ein GEKR überhaupt für Sachverhalte zur Verfügung stehen sollte, die nicht rein europäisch sind, und bezeichnet bereits den jetzigen Absatz als „ambitionierte Konzeption“.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 3 ELI-S-2-2012.

<sup>36</sup> Vgl. ELI-S-2-2012, S. 20.

<sup>37</sup> Kritisch zum persönlichen Anwendungsbereich z.B. *Gerhard Wagner*, *Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Button klemmt –*, ZEuP 2012, 455-469, 487 f.; *Walter Doralt*, *The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance*, Max Planck Private Law Research Paper No. 2011/09, 17 f. Online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1876451>.

Auch das Europäische Rechtsinstitut (ELI) sieht in dem beschränkten persönlichen Anwendungsbereich eine Erhöhung der Komplexität des GEKR-E, was den praktischen Erfolg des Optionalen Instruments nachhaltig gefährden könnte. Es schlägt dringend die Erweiterung auf den gesamten B2B-Bereich sowie in Fällen, in denen gemeinnützige Organisationen als Käufer fungieren, vor. Vgl. *ELI*, *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final*, 18 f. Online verfügbar unter:

in Europa im B2B-Bereich weitgehende Rechtswahlfreiheit, was eine Teilrechtswahl grundsätzlich einschließt (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Rom I-VO). Sollte also auch nur ein Mitgliedstaat von der Option Gebrauch machen und die Wahl des GEKR auch im BigB2BigB-Bereich erlauben, bestünde stets die Möglichkeit, nur im Regelungsbereich des GEKR diese Rechtsordnung und innerhalb dieser Rechtsordnung sodann das GEKR zu wählen. Im Ergebnis wäre das GEKR unabhängig von der Wahl der nationalen Reserverechtsordnungen, die in den Regelungslücken des GEKR zur Anwendung kommen, im gesamten B2B-Bereich wählbar. Es müsste lediglich eine kompliziertere Rechtswahlklausel in Individualverträgen im BigB2Big2-Bereich bzw. eine ergänzende Rechtswahlklausel für den BigB2Big2-Bereich in die AGB aufgenommen werden,<sup>38</sup> sofern man nicht sowieso durch die explizite Wahl des GEKR von einer impliziten Teilrechtswahl einer Rechtsordnung ausgeht, die das GEKR im konkreten Fall als zulässige Wahl ansieht. Sollte man diese implizite Rechtswahl indes bejahen, wäre das GEKR im gesamten B2B-Bereich ohne weitere Einschränkung oder ergänzende Vertragsklauseln wählbar – wenn auch auf dogmatisch deutlich komplizierterem Wege.

Als weitere Beschränkung findet gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 1 GEKR-VOE das GEKR, auch wenn es ausdrücklich gewählt wurde, nicht im Verkehr zwischen Privaten (C2C-Bereich) Anwendung, oder wenn ein Unternehmer als Käufer einer von einem Verbraucher angebotenen Ware (C2B-Bereich) auftritt. Auch diese Beschränkung hat keinen sachlichen Grund<sup>39</sup> und ist leider nicht ohne Weiteres zu umgehen. Im Sinne einer möglichst großen Vertragsfreiheit der Unionsbürger sollte sie, auch vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der grenzüberschreitenden Onlineverkäufe von Privaten über Plattformen wie Ebay, aufgegeben werden.

Das ELI hat den persönlichen Anwendungsbereich des GEKR grundsätzlich als wichtige politische Entscheidung klassifiziert und deshalb eine ausführliche Auseinandersetzung damit in seinem Statement abgelehnt:

*This Statement does not however consider the major political choices made by the Commission in respect of the Proposal. The working party accepted those choices as given. It therefore accepted that the Proposal should be applicable to B2B and B2C contractual relationships, but not applicable to C2C relationships and that it should apply to both Ecommerce and more traditional distribution channels. Should a decision be made by the competent political bodies to take a different approach the working party will submit an adapted paper.<sup>40</sup>*

[http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/S-2-2012\\_Statement\\_on\\_the\\_Proposal\\_for\\_a\\_Common\\_European\\_Sales\\_Law.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

Ähnlich auch bereits das Europäische Parlament (Entschließung des Europäischen Parlaments „Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“, A7-0164/2011 vom 8.6.2011, (ABl. C 380 E vom 11.12.2012, S. 59, 63), Nr. 11.

Die Einschränkungen im B2B-Bereich waren in der sogenannten *Feasibility Study* noch nicht vorgesehen und scheinen rein politisch motiviert zu sein. Vgl. z.B. *Michael Stürmer*, Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung, GPR 2011, 236-242, 236.

<sup>38</sup> Zu der Möglichkeit und Ausgestaltung der Rechtswahl des GEKR unabhängig von der Wählbarkeit des Einheitskaufrechts in der Reserverechtsordnung über eine Teilrechtswahl bereits *Tobias Pinkel*, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 457-568, 531.

<sup>39</sup> Gegen diese Beschränkung in der Literatur z.B. *Stefan Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469-1475, 1474, der sich für eine Anwendung eines Optionalen Instruments sowohl für den B2B- als auf den B2C- und C2C-Bereich ausspricht.

<sup>40</sup> Vgl. ELI-S-2-2012, S. 11.

Dennoch ist das ELI der Meinung, dass die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs bei B2B-Verträgen auf B2KMU weder sachlich gerechtfertigt ist noch unter einem zwingenden politischen Vorbehalt steht, und empfiehlt entsprechend die Abschaffung dieser Beschränkung.<sup>41</sup>

Im Ergebnis folgt auch das Europäische Parlament den Ansichten des ELI. Nach dem Willen des Parlaments soll Art. 7 (Vertragsparteien) durch folgende Regelung ersetzt werden:

*Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht darf nur verwendet werden, wenn der Verkäufer der Waren oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer ist.*<sup>42</sup>

Dies ist eindeutig ein Schritt in die richtige Richtung. Das Verbot der Wahl des GEKR bei C2C- und C2B-Verträgen scheint aber weiterhin ungerechtfertigt zu sein.

#### **IV. Gesamtkritik an den Einschränkungen des Anwendungsbereichs**

Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass die Beschränkungen im Kommissionsentwurf größtenteils nur eingeführt wurden, um politischen Gegnern des GEKR den Wind aus den Segeln zu nehmen. Zudem hatte die Kommission wohl Angst, andernfalls eine Diskussion über das Subsidiaritätsprinzip vom Zaun zu brechen. Solche sachfremden Erwägungen, die dazu führen, dass der potentielle Erfolg des GEKR gefährdet werden könnte, sollten indes unterbleiben. Die Änderungsvorschläge des ELI und des Parlamentes sind überwiegend zu begrüßen, gehen aber zum Teil nicht weit genug. Die neu eingeführte Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Fernabsatzverträge macht das GEKR für die meisten Teile des Geschäftsverkehrs im B2B-Bereich völlig unbrauchbar. Die beschränkten Entwicklungschancen des europäischen Vertragsrechts haben aber gleichzeitig zur Folge, dass keine neue Konkurrenz für das UN-Kaufrecht entsteht. Zudem ist diese Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs, sofern es nicht noch zu erheblichen Änderungen der vertragsrechtlichen Bestimmungen im weiteren Legislativprozess kommt, durch eine Änderungsverordnung jederzeit leicht zu korrigieren, wenn sich die politische Stimmungslage ändert.

Es bleibt zu hoffen, dass die Notwendigkeit des Bezuges zu einem Mitgliedstaat und das Verbot der Anwendung des GEKR im C2C-Bereich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch aufgegeben werden. Auch die Aufgabe weiterer Beschränkungen und die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs wären wünschenswert. Solche Änderungen sind angesichts der momentanen politischen Stimmung wohl gänzlich ausgeschlossen. Im weiteren Legislativprozess ist aber von erheblicher Bedeutung, dass keine Schritte unternommen werden, die spätere Erweiterungen im Vergleich zum derzeitigen Entwurf deutlich erschweren.

#### **D. Struktur der materiellen kaufrechtlichen Regelungen im GEKR-E**

Das GEKR soll den gesamten Lebenszyklus eines Kaufvertrags, eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte sowie verbundener Dienstleistungsverträge regeln.<sup>43</sup> Inner-

---

<sup>41</sup> Vgl. A.a.o., S. 18 f.

<sup>42</sup> Abänderung 70.

<sup>43</sup> Vgl. dazu Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011 KOM(2011) 635 endg., S. 4

halb des Regelungsbereichs des GEKR ist ein Rückgriff auf nationales Recht nicht mehr zulässig (Art. 4 GEKR-E).<sup>44</sup>

Nach einigen allgemeinen Bestimmungen (Teil I Einleitende Bestimmungen: Art. 1-12 GEKR-E) zu Grundprinzipien des Vertragsrechts wie Treu und Glauben und der Vertragsfreiheit, Formalitäten wie der Berechnung von Fristen sowie der Formfreiheit des Vertragsschlusses orientiert sich das GEKR an dem Lebenszyklus eines Vertrages<sup>45</sup> und ist somit grundsätzlich ähnlich wie das UN-Kaufrecht aufgebaut. Dies soll dem Rechtsanwender den Zugang zum GEKR erleichtern – besonders wenn er keine vertiefte juristische Ausbildung genossen hat oder mit abstrakten Systemen wie zivilrechtlichen Kodifikationen wenig vertraut ist. Diese Struktur hat jedoch den Nachteil, dass es vereinzelt zu Wiederholungen kommt.<sup>46</sup>

Die Gliederung des Teils II GEKR (Zustandekommen eines bindenden Vertrags) ist ihrerseits wieder am Lebenszyklus eines Vertrages orientiert und beginnt mit den vorvertraglichen Pflichten (Art. 13-29 GEKR-E), also mit Regelungen für die Zeit der Vertragsverhandlungen.<sup>47</sup> Es folgen Regelungen zum Vertragsschluss selbst, also Bestimmungen zu Angebot und Annahme, sowie zu den Voraussetzungen für den Abschluss eines wirksamen Vertrags und die Einbeziehung von AGB (Art. 30-39 GEKR-E). Wurde der Vertrag wirksam geschlossen, beschäftigt sich das GEKR mit möglichen Gründen für sein nachträgliches Scheitern. Der Entwurf beginnt mit (verbraucherrechtlichen) Widerrufsrechten (Art. 40-47 GEKR), um sich sodann Einigungsmängeln (Art. 48-57), namentlich dem Irrtum, der arglistigen Täuschung, der Drohung und der unfairen Ausnutzung, zuzuwenden.

Kommt es zu einem gültigen Vertrag, so wendet sich das GEKR in Teil III (Bestimmung des Vertragsinhalts) seiner Auslegung zu. Dabei geht es neben allgemeinen Fragen der Willensermittlung (Art. 58 GEKR-E ff.) auch um Fragen wie der Wirkung von Handelsbräuchen (Art. 67), Integrationsklauseln (Art. 72) und der Inhaltskontrolle von AGB (Art. 79 ff.).

Der GEKR-E wendet sich dann in den Teilen IV („Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrags oder eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte“) und V GEKR-E („Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien bei einem Vertrag über verbundene Dienstleistungen“) *de facto* den Folgen von Vertragsverletzungen inklusive Schadensersatz und Zinsen (Teil VI GEKR-E) zu. Der GEKR-E endet mit Bestimmungen zur Rück-

<sup>44</sup> Vgl. dazu ausführlich z.B. *Dirk Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491-3498, 3495; *Beate Gsell*, Interne und externe Lücken des GEK – Die Rolle des EuGH und der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Lückenfüllung, in: Martin Gebauer (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013: Sellier, 105-127, 108; *Dennis Solomon*, Externe Lücken, allgemeines Kollisionsrecht und die Rolle der Parteiautonomie, in: Martin Gebauer (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013: Sellier, 129-162, 129 f.; *Tobias Pinkel*, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), *Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Baden-Baden 2014: Nomos, 457-568, 513 ff.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. *Thomas Rüfner*, Sieben Fragen zum EU-Kaufrecht – Oder: Was man heute schon über den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Kaufrecht wissen sollte, ZJS 2012, 476-484, 480.

<sup>46</sup> In diesem Sinne auch *Claudia Moser*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2012, 124-134, 132.

<sup>47</sup> Vgl. *Thomas Rüfner*, Sieben Fragen zum EU-Kaufrecht – Oder: Was man heute schon über den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Kaufrecht wissen sollte, ZJS 2012, 476-484, 480.

abwicklung von endgültig gescheiterten Verträgen (Teil VII GEKR-E) und zur rechtlichen Undurchsetzbarkeit von Verträgen infolge von Verjährung (Teil VIII GEKR-E).<sup>48</sup> Weder das ELI noch das Europäische Parlament haben eine grundlegende Änderung dieser Struktur vorgeschlagen, auch wenn insbesondere vom ELI z.T. einzelne Regelungen verschoben oder die Reihenfolge der Vorschriften innerhalb eines Bereiches erheblich geändert wurden.

## **E. Zentrale und charakteristische Regelungen des materiellen Kaufrechts**

Es würde den Rahmen dieses Überblicksbeitrages sprengen, auf alle inhaltlichen Regelungen des GEKR einzugehen. Deshalb sollen nur einige besonders markante Merkmale des europäischen Kaufrechtsentwurfs umrissen werden. Sofern das Europäische Parlament erhebliche Änderungen vorgeschlagen hat, sollen auch diese diskutiert und cursorisch bewertet werden.

### **I. Treu und Glauben im GEKR-E**

In den einleitenden Bestimmungen fällt bereits die – für einen Juristen aus dem Common Law in dieser Form unbekannte –<sup>49</sup> zentrale Rolle von Treu und Glauben auf, auch wenn das Prinzip nicht ganz so weit wie in Deutschland zu reichen scheint. Art. 2 Abs. 1 GEKR-E verpflichtet jede Partei während der gesamten Geschäftsbeziehungen, „im Einklang mit dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln“. Das Prinzip findet also auch schon während der Vertragsverhandlungen Anwendung. Eine Verletzung dieses nicht abdingbaren Gebots (Art. 2 Abs. 3 GEKR-E) kann weitreichende, für einen deutschen Juristen durchaus bekannte Rechtsfolgen haben. Nach Art. 2 Abs. 2 GEKR-E kann eine Verletzung nicht nur zur Verwirkung andernfalls bestehender Ansprüche, sondern auch zu Schadensersatzforderungen führen. Das Entstehen sonstiger Ansprüche, wie beispielsweise Erfüllungsansprüche, basierend auf dem Prinzip von Treu und Glauben, ist aber ausgeschlossen. Eine solche Generalklausel wird auf Grund der sehr unterschiedlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten erheblicher Konkretisierung durch die zuständigen Gerichte bedürfen, bevor Rechtssicherheit hergestellt werden kann.<sup>50</sup> Das ELI hat eine Einschränkung dieses Prinzips gefordert und vorgeschlagen, auf die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches wegen einer Verletzung des Gebots von Treu und

<sup>48</sup> Insgesamt zu der Struktur etwas ausführlicher z.B. *Thomas Riefner*, Sieben Fragen zum EU-Kaufrecht – Oder: Was man heute schon über den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Kaufrecht wissen sollte, ZJS 2012, 476-484, 480-481; *Claudia Moser*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2012, 124-134, 132.

<sup>49</sup> Zur Rolle von Treu und Glauben (*good faith*) in England, die deutlich beschränkter ist als in anderen Common-Law-Rechtsordnungen und mit der kontinentaleuropäischen Rechtstradition nicht verglichen werden kann z.B. John Cartwright, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2. Aufl., Oxford u.a. 2013: Hart Publishing, 61 ff.

<sup>50</sup> Ausführlich zu Treu und Glauben im GEKR vgl. z.B. *Peter-Christian Müller-Graff*, Der Introitus des optionalen Europäischen Kaufrechts: Das erste Kapitel im Kontext von Kodifikationskonzept und Primärrecht, in: Martin Schmidt-Kessel (Hg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, München 2012: Sellier, 51-86, 79-81.



Glauben zu verzichten. Darüber hinaus wurden nur rechtstechnische Änderungen vorgeschlagen.<sup>51</sup>

Das Europäische Parlament hat mit Abänderung 83 wörtlich den Änderungsvorschlag des ELI hinsichtlich der Beschränkung der Wirkung einer Verletzung von Treu und Glauben übernommen. Nach dem Willen des Europäischen Parlaments heißt es damit zukünftig in Art. 2 Abs. 2 GEKR-E:

*Verletzt eine Partei diese Pflicht, so kann sie das von der Ausübung oder Geltendmachung von Rechten, Abhilfen oder Einwänden, die ihr sonst zugestanden hätten, ausschließen, führt aber nicht unmittelbar zu einer Abhilfe wegen Nichterfüllung.*

Die rechtstechnische Änderung des ELI, die Definition von Treu und Glauben in Abs. 1 aufzunehmen, findet in der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments hingegen keinen Niederschlag. Mit der Beschränkung der Wirkung einer Missachtung von Treu und Glauben nähert sich das GEKR ein wenig der Common-Law-Tradition an.

## II. Keine Postal-Rule im GEKR-E

Für den deutschen Leser ebenfalls wenig überraschend, im internationalen Kontext aber dennoch erwähnenswert, ist, dass eine Mitteilung (gemeint sind hier Willenserklärungen im Sinne des BGB und die Weitergabe von „einem rechtlichen Zwecke“ dienenden Informationen) im Rahmen des Vertrages stets zugangsbedürftig ist, um Wirkung zu entfalten (Art. 10 Abs. 3 GEKR-E). Die aus dem englischen Recht bekannte *postal rule*<sup>52</sup>, nach der per Post verschickte Annahmeerklärungen i.d.R. in dem Moment wirksam werden, in dem sie in den Briefkasten der Post geworfen oder auf dem Postamt abgegeben werden, findet also keine Anwendung.

Im Ergebnis findet sich diese Regelung auch im Änderungsvorschlag des ELI in Art. 14 Abs. 3 ELI-S-2-2012. Das Europäische Parlament hat hinsichtlich Art. 10 Abs. 2 GEKR-E keine Abänderung beschlossen.

## III. Vorvertragliche Informationspflichten im Kontext des *acquis communautaire*

Die vorvertraglichen Pflichten (Art. 13 ff. GEKR-E) entsprechen überwiegend dem bereits bestehenden Unionsrecht, wurden aber teilweise sogar noch erweitert.<sup>53</sup> Sie sind überdimensioniert und bedürfen dringend einer Reformierung. Da dies freilich für den gesamten *acquis communautaire* im Verbraucherrecht gilt und davon abweichende Neuregelungen politisch nicht durchsetzbar sein werden, kann dieses Problem im Rahmen der Verabschie-

<sup>51</sup> So wie z.B. die Übernahme der Definition den Treu und Glauben aus einer allgemeinen Bestimmung mit Definitionen in diese Norm. So lautet nunmehr der Entwurf von Art. 12 ELI-S-2-2012:

1. *Each party has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing, which means a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.*

2. *Breach of this duty may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that party would otherwise have, but does not give rise directly to remedies for non-performance of an obligation.*

3. *The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.*

<sup>52</sup> *Adams v Lindsell*, 106 E.R. 250; (1818) 1 B. & Ald. 681 KB.

<sup>53</sup> Kritisch dazu z.B. *Daniela Schmidt*, Vorvertragliche Informationspflichten bei Verbraucherverträgen im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014: Nomos, 369-455.

dung des GEKR kaum gelöst werden.<sup>54</sup> Eine parallele Überarbeitung der Verbraucherrichtlinien würde ebenfalls eine Überforderung des europäischen Gesetzgebers darstellen. Eine erneute Erweiterung der Informationspflichten sollte jedoch tunlichst vermieden werden.

Neben den verbrauchervertraglichen Informationspflichten enthält das GEKR in erster Linie Selbstverständlichkeiten. Eine allgemeine Pflicht, relevante Informationen im Sinne einer *disclosure* weiterzugeben, besteht über die Weitergabepflicht der „wesentlichen Merkmale“ des Vertragsgegenstands nicht. Außerdem könnten sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben des Art. 2 GEKR-E weitere Informationspflichten ergeben.<sup>55</sup>

Grundsätzlich verändern auch die Änderungsanträge des Europäischen Parlaments an diesen Feststellungen nichts. Allerdings finden sich mit Abänderung 93 ff. zahlreiche Änderungsanträge zu vorvertraglichen Informationspflichten in der legislativen Entschließung, da das Europäische Parlament die Streichung aller Informationspflichten beantragt, die sich auf andere Vertriebsmodelle als Fernabsatzverträge beziehen. Dies ergibt sich aber zwingend als Konsequenz aus der beantragten Verengung des Anwendungsbereichs. Hieraus ergeben sich bereits erste Schwierigkeiten, wenn der Anwendungsbereich des GEKR später wieder erweitert werden sollte, die allerdings für den B2B-Bereich keine größere Rolle spielen sollten.

#### IV. Voraussetzungen des Vertragsschlusses: Keine *consideration*, aber doppelter Rechtsbindungswille verlangt

Auch die Voraussetzungen des Vertragsschlusses nach Art. 30 Abs. 1 GEKR-E – Einigung (durch Angebot und Annahme nach Art. 30 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 30 Abs. 2 GEKR-E), Rechtsbindungswille (Art. 30 Abs. 1 lit. b GEKR-E) und hinreichende Klarheit des Vertrags sowie Vorliegen der *essentialia negotii* (Art. 30 Abs. 1 lit. c GEKR-E) – überraschen den deutschen Juristen wenig. Eine Gegenleistung im Sinne einer *consideration*<sup>56</sup> ist nicht erforderlich.

Ein Unterschied zur dogmatischen Konstruktion im deutschen Recht ist dennoch festzustellen. In Deutschland wird die Frage, ob ein Vertrag vom Rechtsbindungswillen der Parteien getragen wird, ausschließlich auf Ebene der Willenserklärungen erörtert.<sup>57</sup> In England wird hingegen die Frage nach der *intention to be legally bound* oder *intention to create legal relations* dogmatisch auf einer späteren Ebene diskutiert, nachdem bereits festgestellt wurde, dass eine Einigung (*agreement*) durch Angebot und Annahme prinzipiell geschlossen wurde. Im Rahmen der Prüfung von Angebot und Annahme spielt der Rechtsbindungswille hingegen keine Rolle.<sup>58</sup>

Der GEKR-E scheint beiden Strukturen zu folgen. Bei Angebot und Annahme handelt es sich um „Mitteilungen“ im Sinne des Art. 10 GEKR-E. Demnach setzt ein Angebot oder

<sup>54</sup> Inwieweit die Aufhebung zwingenden europäischen Verbraucherrechts durch das GEKR rechtspolitisch wünschenswert ist, mag zudem vor dem Hintergrund der weiteren Verzerrung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen mehr als nur fraglich erscheinen.

<sup>55</sup> Vgl. *Sonja Benninghoff*, Die Rolle der vorvertraglichen Informationspflichten im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Martin Schmidt-Kessel (Hg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, München 2012: Sellier, 87-119, 91.

<sup>56</sup> Zur *consideration* als Besonderheit des Common Law vgl. z.B. *John Cartwright*, Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 2. Aufl., Oxford u.a. 2013: Hart Publishing, 127 ff.

<sup>57</sup> Vgl. z.B. *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012: C.H. Beck, Vor § 116-144 BGB, Rn. 23.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. *John Cartwright*, Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 2. Aufl., Oxford u.a. 2013: Hart Publishing, S. 150-152.

eine Annahme nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GEKR-E bereits eine „Erklärung, die darauf abzielt, *Rechtswirkungen* zu haben“<sup>59</sup>, und damit einen Rechtsbindungswillen, voraus, da sich Angebot und Annahme nicht unter die einzige alternative Definition für eine Mitteilung nach Art. 10 Abs. 1. S. 2. Alt. 2 GEKR-E subsumieren lassen. Hiernach kann es sich bei einer Mitteilung auch um die Weitergabe von einer „rechtlichem Zweck dienenden Information“ handeln. Allerdings ist der Rechtsbindungswille nach Art. 30 Abs. 1 lit. b erneut im Rahmen der „Einigung“ erforderlich, wie es der englischen Dogmatik entspricht. Dass der Rechtsbindungswille im Rahmen der Einigung erneut abstrakt und von den einzelnen Mitteilungen unabhängig geprüft werden muss, macht auch Art. 30 Abs. 3 deutlich: „Ob die Parteien ihrer Einigung Rechtswirkung verleihen wollen, ist ihren Erklärungen und ihrem Verhalten zu entnehmen.“ Es entsteht also eine Doppelung der Dogmatik des Rechtsbindungswillens durch die Übernahme von Strukturelementen aus dem deutschen und dem englischen Recht, die nur schwerlich nachvollziehbar ist und keinen Mehrwert schafft. Diesbezüglich relevante Änderungsanträge hat das Europäische Parlament nicht beschlossen.

#### **V. Widerruflichkeit des Angebots: Kompromiss zwischen Common Law und Civil Law**

Anders als gemäß § 145 BGB kann ein Angebot nach der Konzeption des GEKR-E bis zur Abgabe der Annahmeerklärung frei widerrufen werden. Hierfür ist indes nicht auf den Zugang der Annahme, sondern auf die Abgabe der Erklärung abzustellen, was einer eingeschränkten *postal rule* entspricht. Die Widerruflichkeit des Angebots nach Art. 32 Abs. 3 GEKR-E ist – ähnlich wie aus Art. 16 Abs. 2 CISG bekannt – nur dann ausgeschlossen, wenn: (a) das Angebot zum Ausdruck bringt, dass es unwiderruflich ist, (b) das Angebot eine feste Frist für die Annahme bestimmt oder (c) der Empfänger aus sonstigen Gründen vernünftigerweise auf die Unwiderruflichkeit des Angebots vertrauen konnte und er im Vertrauen auf das Angebot gehandelt hat. Damit reicht die Bindungswirkung an ein Angebot im GEKR-E geringfügig weiter, als dies im UN-Kaufrecht der Fall ist.<sup>60</sup> Gleichzeitig unterscheidet sich die Regelung im GEKR-E wie auch im UN-Kaufrecht stark vom englischen Recht. Nach englischem *common law* ist ein Angebot bis zur Annahme immer unwiderruflich. Dies gilt auch, wenn, wie in *Dickinson v. Dodds*<sup>61</sup>, das Angebot eine klare Frist setzt, innerhalb derer es offen gehalten werden soll.<sup>62</sup> Insgesamt kann die Regelung im GEKR-E jedoch als gelungener Kompromiss zwischen den Rechtstraditionen angesehen werden. Das Europäische Parlament hat keinen Änderungsantrag zu Artikel 32 GEKR-E gestellt.

<sup>59</sup> Hervorhebung vom Verf.

<sup>60</sup> Die Ausnahmeregelung zur freien Widerruflichkeit des Angebots in der CISG ist allerdings noch etwas enger gefasst: Nach Art. 16 Abs. 2 lit. a setzt die CISG nämlich voraus, dass das Angebot durch die Bestimmung einer festen Frist zur Annahme oder auf andere Weise *zum Ausdruck bringt*, dass es unwiderruflich ist. Damit ist nicht *per se* sichergestellt, dass jedes Angebot, das eine feste Frist enthält, unwiderruflich ist. Dies muss vielmehr auch noch eigens zum Ausdruck gebracht werden.

<sup>61</sup> *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch D 463.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. *Ewan McKendrick*, Contract Law, 13. Aufl., Hamshire 2013: Palgrave Macmillan, Rn. 3.14.

## VI. Zulässigkeit einer geringfügig geänderten Annahme auch im B2C-Bereich

Besondere Aufmerksamkeit verdient Art. 38 GEKR-E zur geänderten Annahme. Ist eine Änderung bei der Annahmeerklärung nur unwesentlich, kommt ein Vertrag zustande, sofern die andere Seite nicht dem Vertragsschluss widerspricht. Diese Regelung, die an Art. 19 CISG erinnert, war bislang nur im Bereich von Handelsverträgen bekannt. Sie ist für den B2C-Bereich völlig ungeeignet. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass nach Art. 31 Abs. 3 GEKR-E Werbung und Auslagen wie in Deutschland oder England, aber anders als in Frankreich, den PECL und dem DCFR<sup>63</sup> in aller Regel nur als *invitatio ad offerendum* anzusehen sind, sodass der Unternehmer in den meisten Fällen das Angebot des Verbrauchers annehmen wird. Hier abgeänderte Annahmen zuzulassen, ist, auch wenn es sich nur um geringfügige Änderungen handelt, schwer vertretbar. Zumindest ist darin kein besonders hohes Maß an Verbraucherschutz zu sehen, das der GEKR-E anzustreben vorgibt (Art. 1 Abs. 3 GEKR-VOE).

Das Europäische Rechtsinstitut hatte vorgeschlagen, abgeänderte Annahmen niemals zuzulassen.<sup>64</sup> Das Europäische Parlament hat sich hingegen für einen Mittelweg entschieden und mit Abänderung 111 beantragt, die Möglichkeit einer abgeänderten Annahme auf den B2B-Bereich zu beschränken. Dieser, grundsätzlich sehr begrüßenswerte Weg des Europäischen Parlaments wurde jedoch mit dem vorgeschlagenen neuen Art. 38 Abs. 5 GEKR-E rechtstechnisch sehr unschön umgesetzt:

*Zwischen Unternehmer und Verbraucher stellt eine Antwort des Empfängers, die ausdrücklich oder stillschweigend zusätzliche oder abweichende Vertragsbestimmungen enthält, in jedem Fall eine Ablehnung und ein neues Angebot dar.*

Es wäre wünschenswert, dies als Grundregel einzuführen und die geringfügig geänderte Annahme als Ausnahmeregelung für den B2B-Bereich zuzulassen, da es sich bei einer solchen Regelung eher um ein Sonderprivatrecht der Kaufleute als um eine Bestimmung des allgemeinen Vertragsrechts handelt. Auch bei einer ggf. später vorgenommenen Erweiterung des personalen Anwendungsbereichs der Verordnung auf C2C- und C2B-Verträge sollte eine abgeänderte Annahme nicht möglich sein.

## VII. Auslegung von Verträgen

Bei der Auslegung von Verträgen versucht sich Art. 58 GEKR-E in einer Versöhnung von „Willenstheorie“ und „Erklärungstheorie“:

### *Artikel 58*

#### *Allgemeine Regeln zur Auslegung von Verträgen*

- 1. Ein Vertrag wird nach dem gemeinsamen Willen der Parteien ausgelegt, auch wenn dieser nicht mit der normalen Bedeutung der im Vertrag verwendeten Ausdrücke übereinstimmt.*
- 2. Wenn eine Partei einen im Vertrag verwendeten Ausdruck in einem bestimmten Sinne verstanden wissen wollte und dies der anderen Partei bei Vertragsschluss bewusst war*

<sup>63</sup> Zu der unterschiedlichen Behandlung von Werbung in den verschiedenen Rechtsordnungen vgl. die Materialsammlung von *Thomas Kadner Graziano*, Europäisches Vertragsrecht – Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts, Basel und Baden-Baden 2008: Helbing Lichtenhahn Verlag und Nomos, 13 ff.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 36 ELI-S-2-2012.

oder hätte bewusst sein müssen, wird der Vertrag so ausgelegt, wie die erste Partei ihn verstanden wissen wollte.

3. Sofern die Absätze 1 und 2 nicht anders bestimmen, ist der Vertrag in dem Sinne auszu-legen, den ihm eine vernünftige Person geben würde.

Damit steht das GEKR-E eher in der kontinentaleuropäischen und hier insbesondere in der deutschen Tradition, in der trotz eines Wettstreits beider Theorien die Willenstheorie eine ungleich zentralere Rolle einnimmt, als dies in England der Fall ist, wo in der Rechtsprechung vom absoluten Dominat der Auslegung von Verträgen nach dem äußeren Tatbestand der Erklärung trotz einer gewissen Rezeption des kontinentaleuropäischen Diskurses in der Wissenschaft niemals abgewichen wurde.<sup>65</sup>

Dass der GEKR-E eher einem kontinentalen Ansatz folgt, ist auch wichtig, stellt der GEKR-E doch anders als das *common law* nicht neben die vertraglichen Rechtsbehelfe ergänzend den *tort* „*misrepresentation*“, der auch völlig schuldlos begangen werden kann und eine Sanktion für zum Vertragsschluss führende vorvertragliche Falschinformationen bietet.<sup>66</sup> Umso erstaunlicher ist deshalb, dass zumindest im B2B-Bereich nach Art. 72 GEKR-E nicht nur vertragliche Nebenabreden durch eine Integrationsklausel ausgeschlossen werden können, sondern auch ein Ausschluss vorvertraglichen Verhaltens bei der Auslegung von Verträgen vereinbart werden darf. Wie sich dies aber im Einzelfall mit dem Prinzip von Treu und Glauben verträglich wird, noch richterrechtlich zu konkretisieren sein.

Das Europäische Parlament beantragt keine Änderung dieser Situation. Mit Abänderung 122 wird lediglich vorgeschlagen, die Bestimmung des Art. 58 Abs. 2 GEKR-E ausdrücklich auch auf die Auslegung von Verhaltensweisen zu erstrecken. Diese Abänderung findet sich bereits ähnlich in Art. 58 Abs. 2 ELI-S-2-2012.

### VIII. „Remedies-Ansatz“ anstatt „Rights-Ansatz“ wie im BGB

Bezüglich gerichtlich durchsetzbarer Ansprüche folgt der GEKR-E in der theoretischen Konstruktion dem englischen Konzept von *remedies*<sup>67</sup> und nicht einem rechtesbasierten Modell, wie es beispielsweise aus Deutschland bekannt ist.<sup>68</sup> Zwar werden Rechte und Pflichten aufgelistet, diese sind aber nicht selbstständig einklagbar, stellen also keine Anspruchsgrundlagen wie § 433 BGB im deutschen Recht dar. Erst die Vertragsverletzung ermöglicht es eine *remedy* (also einen Rechtsbehelf, oder in der Sprache des GEKR-E: eine Abhilfe) gerichtlich geltend zu machen. Diese strukturelle Grundentscheidung wurde weder vom ELI noch vom EP in Frage gestellt.

<sup>65</sup> Ausführlich zu den unterschiedlichen Auslegungstraditionen von Verträgen in Europa vgl. Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996: Mohr Siebeck, 395-405.

<sup>66</sup> Zur *misrepresentation* z.B. Ewan McKendrick, Contract Law, 13. Aufl., Hamshire 2013: Palgrave Macmillan, Rn. 13.

<sup>67</sup> Die einklagbaren Forderungen ergeben sich hierbei aus der Vertragsverletzung und nicht aus dem Anspruch aus dem Vertrag an sich. Zu *breach of contract* als Rechtsbehelf vgl. z.B. Ewan McKendrick, Contract Law, 13. Aufl., Hamshire 2013: Palgrave Macmillan, Rn. 19.

<sup>68</sup> So kann im deutschen Recht bereits aus dem Abschluss eines Kaufvertrages ein Erfüllungsanspruch mit § 433 BGB als Anspruchsgrundlage hergeleitet werden, nicht erst aus der Vertragsverletzung.

### IX. Erfüllung (*specific performance*) als regelmäßig statthafter Rechtsbehelf

Die erste „Abhilfe“ (also der erste Rechtsbehelf) nach Art. 106 Abs. 1 lit. a GEKR-E ist die Erfüllung. Dies ist ein fundamentaler Unterschied zum *common law*, wo Schadensersatz (*damages*) als zentraler Anspruch bei Vertragsverletzung fungiert. Die sogenannte *specific performance* wird im englischen Recht nur in Ausnahmefällen im Bereich der *equity* gewährt.<sup>69</sup> Obgleich das theoretische Modell (also gerichtliche Ansprüche nur als „remedies“ bei Vertragsverletzung (*breach of contract*) statt Rechte aus dem Vertragsschluss zuzulassen) dem englischen Ansatz folgt, dürften die Folgen in der Rechtspraxis dem deutschen System in der Regel näher kommen.<sup>70</sup> Denn gerichtlich werden Ansprüche in der Regel sowieso nur durchgesetzt, wenn etwas bei der Vertragserfüllung schief geht, also auch eine Vertragsverletzung vorliegt und damit eine „Abhilfe“ geltend gemacht werden kann. Wenn als „Abhilfe“ aber die Erfüllung durchgesetzt werden kann, besteht ein gerichtlicher Anspruch auf Erfüllung immer dann, wenn nicht pflichtgemäß erfüllt wurde. Dies entspricht der Rechtspraxis in Deutschland, nicht aber in England.

Eine dem Art. 106 Abs. 1 lit. a GEKR-E entsprechende Regelung findet sich auch in Art. 128 Abs. 1 lit. a ELI-S-2-2012. Das Europäische Parlament hat hinsichtlich Art. 106 Abs. lit. a GEKR-E keine Abänderungen beantragt.

### X. Vertragsbeendigung wegen Nichterfüllung als gleichrangiger Rechtsbehelf

Einen wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht stellt die zentrale Rolle des Rechtsbehelfs der Vertragsaufhebung dar. Der Verkäufer hat zumindest im B2C-Bereich oder bei „wesentlichen Pflichtverletzungen“ im B2B-Bereich grundsätzlich kein Recht, eine Vertragsverletzung zu heilen:

#### **Artikel 114 GEKR-E**

##### **Beendigung wegen Nichterfüllung**

1. Der Käufer kann im Sinne von Artikel 8 den Vertrag beenden, wenn die Nichterfüllung des Verkäufers im Rahmen des Vertrags wesentlich im Sinne von Artikel 87 Absatz 2 ist.
2. Bei einem Verbrauchervertrag und einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die Bereitstellung digitaler Inhalte kann der Verbraucher den Vertrag beenden, wenn Nichterfüllung vorliegt, weil die Waren nicht vertragsgemäß sind, es sei denn, die Vertragswidrigkeit der Waren ist unerheblich.

#### 1. Die Beendigung eines Vertrags wegen Nichterfüllung im B2C-Bereich

Art. 114 Abs. 2 GEKR-E führt hinsichtlich der Möglichkeit der sofortigen Vertragsbeendigung im B2C-Bereich zurück zu einer rechtlichen Situation, die aus dem alten BGB vor der Schuldrechtsreform bekannt ist. Die Möglichkeit, einen Vertrag bei einer nicht nur unerheblichen Vertragsverletzung sofort zu beenden, entspricht weitgehend dem Recht auf

<sup>69</sup> Zu den unterschiedlichen Ansätzen zur Erfüllungs- oder Schadensersatzklage in Europa vgl. statt vieler nur Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996: Mohr Siebeck, 467-484.

<sup>70</sup> Vgl. auch in diese Richtung Florian Faust, Leistungsstörungenrecht, in: Oliver Remien/Sebastian Herrler/Peter Limmer (Hg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011 – Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, München 2012: C.H. Beck, 161-187, 176-179.

sofortige Wandlung nach § 462 BGB a.F. In der Vertragspraxis hatte sich dieses jedoch regelmäßig als ungeeignet erwiesen. In der Folge wurde es meist vertraglich abbedungen.<sup>71</sup> Der Änderungsvorschlag des ELI sieht zwar eine vollständige Neufassung der Rücktrittsrechte vor, im B2C-Bereich führt dies jedoch im Ergebnis zu keiner Änderung. ELI-S-2-2012 schlägt folgende Regelung vor:

**Article 139**

**Termination by the consumer for a lack of conformity**

*In a consumer sales contract, where there is a nonperformance because the goods, digital content or services do not conform to the contract, the consumer may terminate the contract unless the lack of conformity is minor.*

Das Europäische Parlament hat hinsichtlich Art. 114 GEKR-E keine Änderungsanträge gestellt.

## 2. Die Beendigung eines Vertrages wegen Nichterfüllung im B2B-Bereich

Auch für den B2B-Bereich wirkt die Regelung im Kommissionsentwurf wenig überzeugend. Die Wesentlichkeit einer Pflichtverletzung im GEKR-E ist um ein Vielfaches weiter gefasst als eine „wesentliche Pflichtverletzung“ nach Art. 25 CISG, die nach Art. 49 CISG ebenfalls eine Vertragsaufhebung rechtfertigen kann. Nach Art. 87 Abs. 2 GEKR-E wird sie wie folgt definiert:

*Die Nichterfüllung einer Verpflichtung durch eine Partei ist wesentlich, wenn*

*(a) sie der anderen Partei einen erheblichen Teil dessen vorenthält, was diese nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass die nichterfüllende Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses diese Folge nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte, oder*

*(b) sie klar erkennen lässt, dass sich die andere Partei nicht auf die künftige Erfüllung durch die nichterfüllende Partei verlassen kann.*

Im B2B-Bereich kann der Käufer bei einer wesentlichen Vertragsverletzung also auch unmittelbar vom Vertrag zurücktreten. Dieses Recht ist zwar vertraglich abdingbar, das gerade für den internationalen Handel wichtige Prinzip des *favor contractus*, wie es auch dem UN-Kaufrecht zu Grunde liegt,<sup>72</sup> wird dadurch freilich massiv beschnitten.

Die Änderungsanträge des Europäischen Parlaments betreffen auch nicht die Möglichkeiten zur sofortigen Vertragsbeendigung im B2B-Bereich. Dies trifft nach Art. 137. i.V.m. 121 ELI-S-2-2012 im Ergebnis auch auf den Vorschlag des Europäischen Rechtsinstituts zu.

## 3. Vorläufige Bewertung

Die Lösungen zur sofortigen Vertragsbeendigung sind sowohl nach dem Kommissionsvorschlag, als auch nach den Vorstellungen des ELI und des Europäischen Parlaments gleich-

<sup>71</sup> Vgl. z.B. *Felix Maultzsch* nach *Florian Mächtel*, Diskussionsberichte, in: Oliver Remien/Sebastian Herrler/Peter Limmer (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011 – Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg*, München 2012: C.H. Beck, 205-209, 205.

<sup>72</sup> Vgl. z.B. *Nils Schmidt-Ahrendts*, *Das Verhältnis von Erfüllung, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im CISG*, Tübingen 2007: Mohr Siebeck, 36.

sam unbefriedigend. Im Verbrauchervertragsrecht reicht somit jede nicht nur unwesentliche Vertragsverletzung aus, um eine sofortige Aufhebung des Vertrags zu rechtfertigen. Dies stellt in vielen Fällen eine ungerechtfertigte, unfaire und wirtschaftlich ineffiziente sowie ökologisch wenig nachhaltige Benachteiligung des Verkäufers dar, mag man darin auch ein wirksames Instrument des Verbraucherschutzes erblicken. Dennoch erscheint es wenig überzeugend, die in Deutschland gerade erst in der Schuldrechtsreform eingeführte Differenzierung der Rechtsbehelfe nun wieder auf europäischem Wege zumindest teilweise abzuschaffen. Ebenso erscheint es gerade im internationalen Handel, wo Güter über weite Strecken transportiert werden müssen, sowohl ökonomisch als auch ökologisch wenig sinnvoll, das Prinzip des *favor contractus* einzuschränken.

## XI. Besonderheiten des Schadensersatzrechts

Zwei Regelungen aus dem Schadensersatzrecht verdienen ebenfalls eine genauere Betrachtung. So beschränkt Art. 161 GEKR-E die Schadensersatzpflicht auf vorhersehbare Schäden:

### *Voraussehbarkeit eines Verlusts*

*Der Schuldner haftet nur für den Verlust, den er zu dem Zeitpunkt, als der Vertrag geschlossen wurde, als Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können.*

Als allgemeines Prinzip ist diese Beschränkung des Schadensersatzes als *remoteness*-Test des englischen *common law* bekannt,<sup>73</sup> obgleich auch kontinentaleuropäische Rechtsordnungen keine ausufernden, im Umfang nicht vorhersehbaren Schadensersatzforderungen zulassen. Eine dem Art. 161 GEKR-E entsprechende standardvertragliche Haftungsbeschränkung wird z.B. in Deutschland in vielen Fällen als zulässig erachtet.<sup>74</sup> Dennoch wird durch die Regelung des GEKR-E die Haftpflicht des Verkäufers spürbar eingeschränkt, was für diesen einen Anreiz für die Wahl des GEKR bilden könnte. Da es sich aber bei diesen Haftungsregelungen nicht um zwingendes Recht handelt, können sie heute schon bei einer Rechtswahl nach Art. 3, 6 Abs. 2 Rom I-VO wirksam ausgehebelt werden.

Ebenfalls von zentraler Bedeutung ist eine in Art. 163 GEKR-E enthaltene Haftungsbeschränkung. Danach entfällt die Schadensersatzpflicht insofern und soweit durch „angemessene Maßnahmen“ der Schaden hätte verringert werden können. Das führt im Ergebnis dazu, dass in vielen Fällen wirtschaftlich aufwändige Erfüllungsansprüche nicht durchsetzbar sind und Deckungsgeschäfte vorgenommen werden müssen. Im Ergebnis bedeutet dies eine Abkehr vom kontinentaleuropäischen Grundsatz des *pacta sunt servanda* und von Erfüllungsklagen als seinem prozessualen Pendant. Entsprechend kann auch die Kombination aus einem grundsätzlichen Erfüllungsanspruch kombiniert mit der Haftungsbeschränkung des Art. 163 GEKR-E als Kompromiss zwischen *common law* und *civil law* angesehen werden.

Änderungsanträge zu Art. 161 oder 163 GEKR-E hat das Europäische Parlament in seiner legislativen Entschließung nicht gestellt.

<sup>73</sup> Vgl. z.B. Ewan McKendrick, Contract Law, 13. Aufl., Hamshire 2013: Palgrave Macmillan, Rn. 20.11.

<sup>74</sup> Vgl. z.B. Urteil des BGH vom 17. Juli 2012, Aktenzeichen VIII ZR 337/11, BeckRS 2012, 20497.



## F. Abschließende Bemerkungen

Der Kommissionsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht hatte hinsichtlich des Anwendungsbereichs zahlreiche, auch zum Teil für die Praxis bedenkliche Schwächen. Das erste Statement des ELI hätte mit seinen Änderungsvorschlägen die meisten relevanten Schwächen ausgeräumt. Nur der vom ELI als politische Entscheidung klassifizierte und deshalb nicht diskutierte Ausschluss des C2...-Bereichs war im ELI-Alternativentwurf noch zu kritisieren.

Die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zeichnet hingegen ein gemischteres Bild. Die meisten beantragten Abänderungen gehen zwar in die richtige Richtung, einige stimmen inhaltlich oder sogar fast wörtlich mit den Vorschlägen des ELI überein. Die Beschränkung des GEKR im sachlichen Anwendungsbereich auf Fernabsatzverträge schließt jedoch endgültig aus, dass sich das GEKR, solange diese Beschränkung Bestand hat, im B2B-Bereich im internationalen, intraeuropäischen Handel als Standardrechtsordnung etablieren kann. Ansonsten scheinen aber die Abänderungen des Parlaments den Verordnungsentwurf nicht in der Weise einzuschränken, dass er nicht mehr als Keimzelle für ein zukünftiges europäisches (optionales) Vertragsrecht geeignet und ein Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung der allgemeinen Unionsvertragsrechtsdogmatik wäre.

Dass keiner der Akteure die ausschließliche Möglichkeit des GEKR auf Ebene des Rechts eines Mitgliedstaates in Frage gestellt hat, ist allerdings bedauerlich. Eine Kombination der Rechtswahlmöglichkeiten auf dieser und – innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Unionsrechts, also vor jedem mitgliedstaatlichen Gericht – als Einheitsrecht auf einer dem IPR vorgelagerten Ebene, wie man es aus dem UN-Kaufrecht kennt, wäre vorzuzugswürdig. Eine echte Gefährdung des praktischen Erfolgs des GEKR steht aber auch durch die gewählte Form der Rechtswahl nicht zu befürchten.<sup>75</sup>

Positiv hervorzuheben ist aber, dass durch die untersuchten Änderungsvorschläge des ELI und durch die Änderungsanträge des Parlaments einige Schwächen des materiellen Kaufrechts beseitigt würden.

Hierzu gibt es eine Ausnahme: Die Beschränkung der Rechtswirkung eines Verstoßes gegen das Gebot von Treu und Glauben, die in den Änderungsanträgen des Europäischen Parlaments offensichtlich auf die Vorschläge des ELI zurückgeht, scheint nämlich kein Fortschritt zu sein. Sie dient zumindest nicht der Förderung des Vertrauens im Geschäftsverkehr. Andererseits handelt es sich um eine Annäherung an die Rechtstradition im Common Law und könnte insoweit die Akzeptanz des GEKR bei englischen Juristen fördern.

Keine Verbesserung wurde auch im Bereich des sehr weitreichenden Rechts zur sofortigen Beendigung eines Kaufvertrags bei Mängeln insbesondere im B2C-Bereich durch die Änderungsanträge des Parlaments erreicht. Ebenso wenig hatte das ELI hierfür geeignete Vorschläge gemacht. Diese weiterhin geltende, an das Recht zur sofortigen Wandlung im BGB vor der Schuldrechtsreform erinnernde Regelung scheint weder ökonomisch noch ökologisch sinnvoll zu sein, noch einen geeigneten Interessenausgleich zwischen den Parteien darzustellen. Hier ist nach wie vor zu hoffen, dass der weitere Legislativprozess zu einer Änderung der Regelung führt.

<sup>75</sup> Ausführlich dazu auch *Tobias Pinkel*, Die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Tobias Pinkel/Christoph Schmid/Josef Falke (Hg.), *Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Baden-Baden 2014: Nomos, 457-568.

Zu hoffen bleibt auch, dass die Kommission in der nunmehr angekündigten überarbeiteten Fassung des GEKR-E die positiven Änderungsanträge des Europäischen Parlaments und weitere positive Veränderungen vornimmt. Auch wäre wünschenswert, dass die Kommission bei der Bestrebung, die Verordnung besonders für den Onlinehandel nutzbar zu machen, nicht der Versuchung anheimfällt, den Regelungsbereich des materiellen Vertragsrechts in der Weise zu beschränken, dass die positive Wirkung auf die zukünftige Entwicklung einer europäischen Vertragsrechtsdogmatik ausbleiben muss.

Für die Nummerierung der Artikel wäre wünschenswert, wenn die einzelnen Titel der Verordnung wie Bücher in vielen modernen nationalen Privatrechtskodifikationen behandelt würden. Es wäre also zu wünschen, dass die Artikel nicht durchlaufend nummeriert werden. Vielmehr sollte der erste Artikel im zweiten Buch als Art. 2:1 GEKR bezeichnet werden. Dadurch würde es einfacher, Änderungen in den einzelnen Büchern vorzunehmen, ohne Nummerierungen grundlegend zu verändern. Dies gilt insbesondere für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des GEKR, die fast ausschließlich Änderungen im Titel des Verordnungsentwurfs voraussetzen würde.

Das bisherige Gesetzgebungsverfahren hat aber auch eine weitere positive Erkenntnis ganz klar gezeigt. Das sich sehr schnell etablierende ELI wird auch von den europäischen Institutionen im Gesetzgebungsverfahren angemessen zur Kenntnis genommen. Auch hier ist zu hoffen, dass die Kommission dem lobenswerten Beispiel des Parlaments folgt.