

Sieben Fragen zum EU-Kaufrecht

Oder: Was man heute schon über den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Kaufrecht wissen sollte

Von Prof. Dr. Thomas Rübner, Trier*

Am 10.10.2011 hat die EU-Kommission den Entwurf einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt.¹ Noch ist die Verordnung nicht in Kraft. Selbst wenn sie in Kraft tritt, wird sie das Kaufrecht des BGB nicht außer Anwendung setzen; vielmehr soll das Gemeinsame Kaufrecht als „Optionales Instrument“ lediglich dann anwendbar sein, wenn die Parteien eines internationalen Kaufvertrages dies ausdrücklich vereinbart haben. Dennoch lohnt es sich schon heute, sich mit dem Entwurf auseinanderzusetzen: Das Gemeinsame Kaufrecht könnte ein wichtiger Meilenstein auf dem Weg zu einem einheitlichen Europäischen Privatrecht sein. Schon deshalb sind Grundkenntnisse über Inhalt und Funktionsweise der geplanten EU-Verordnung Teil der juristischen Allgemeinbildung. Außerdem stellen sich im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union spannende europarechtliche Fragen. Schließlich ist es zum besseren Verständnis des heute geltenden Rechts – und womöglich für die Praxis von morgen – lehrreich, die Lösung von klassischen Streitfragen des deutschen Zivilrechts nach dem Gemeinsamen Kaufrecht zu durchdenken.

I. Was ist ein „Optionales Instrument“?

Ein „Optionales Instrument“ ist ein gesetzliches Regelwerk, das nur angewendet wird, wenn die Betroffenen dies wollen, also für die Anwendung des Instruments optieren. Das vorgeschlagene Gemeinsame Kaufrecht soll nur dann für einen konkreten Kaufvertrag gelten, wenn Käufer und Verkäufer dies vereinbaren. Das von der EU-Kommission vorgeschlagene Gemeinsame Kaufrecht ist insofern vergleichbar mit dem Wiener UN-Kaufrecht von 1980 (Convention on the International Sale of Goods [CISG]). Auch bei diesem Regelwerk hängt es von der Vereinbarung der Parteien ab, ob es auf einen bestimmten Kaufvertrag anwendbar ist. Auch das CISG ist also ein Optionales Instrument auf dem Gebiet des Kaufrechts. Es besteht jedoch ein gewichtiger Unterschied: Das CISG kann von den Parteien abbedungen werden. Ansonsten wird es – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – automatisch angewendet. Demgegenüber soll das Gemeinsame Kaufrecht nach dem Vorschlag der EU-Kommission nur angewendet werden, wenn die Parteien dies besonders ver-

* Der Verf. ist Professor an der Universität Trier und Richter am Oberlandesgericht Koblenz.

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endgültig, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 26.7.12). Im Folgenden wird der Verordnungsentwurf als GKVO-E zitiert. Die Bestimmungen des in Anhang I des Verordnungsentwurfs enthaltenen Einheitlichen Kaufrechts werden als GK-E zitiert. Vgl. zum Entwurf bereits *Hilbig-Lugani*, ZJS 2012, 403.

einbaren. Beim CISG besteht also die Option, die Nichtanwendung zu vereinbaren (opt-out), während beim Gemeinsamen Kaufrecht die Option gewährt wird, das Regelwerk anzuwenden (opt-in).

Auch im Bereich des Europäischen Unionsrechts bestehen bereits „Optionale Instrumente“. So wurde durch die Verordnung (EG) 2157/2001 die Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) geschaffen. Neben der Societas Europaea blieben die bisher nach dem Recht der Mitgliedsstaaten existierenden Gesellschaftsformen erhalten. So ist etwa das deutsche Aktiengesetz (selbstverständlich) weiter anwendbar. Wer in Deutschland eine Aktiengesellschaft gründen will, kann wählen, ob er eine AG nach deutschem Recht schaffen will, oder ob er die Option einer Societas Europaea vorzieht. In ähnlicher Weise wurde durch die Verordnung EG/1453/2003 die Möglichkeit eröffnet, statt einer Genossenschaft nach nationalem Recht (z.B. eine eG deutschen Rechts) eine Europäische Genossenschaft (SCE) zu gründen.

II. Warum schlägt die EU-Kommission die Schaffung eines Optionalen Instruments für das Kaufrecht vor?

Seit Jahrzehnten wird über die Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuchs diskutiert.² Nicht wenige Stimmen in der Literatur befürworten die Einführung einer umfassenden Kodifikation des Europäischen Privatrechts, die an die Stelle der nationalen Zivilgesetzbücher wie des französischen Code civil und des deutschen BGB treten könnte. Dass eine vollständige Vereinheitlichung des Privatrechts durch ein gemeineuropäisches Zivilgesetzbuch den Handel innerhalb der Europäischen Union erleichtern und verbilligen könnte, weil Unternehmen und Verbraucher sich bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen nicht mehr mit den unterschiedlichen Rechtsordnungen in Europa auseinandersetzen müssten, liegt auf der Hand. Außerdem könnte die Schaffung eines einheitlichen Zivilgesetzbuches die Herausbildung einer gemeinsamen europäischen Identität befördern, so wie die großen Kodifikationen in Frankreich, Deutschland und vielen anderen Ländern als Teil und Ausdruck der nationalen Identität angesehen wurden und noch werden.³

Gerade die Bedeutung der bestehenden Gesetzbücher für die nationalen Identitäten stellt jedoch ein großes Hindernis für die Einführung eines europäischen Zivilgesetzbuchs dar.

² Zur Vorgeschichte des Entwurfs ausführlich *Schulte-Nölke*, in: *Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 1; vgl. auch die eingehende Schilderung der Diskussion bis Ende der 1990er Jahre bei *Zenthöfer*, HFR 1999, 40.

³ Zur Bedeutung von Code civil, BGB und anderen Zivilgesetzbüchern für die nationalen Identitäten in Europa *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und Europäische Identität, 2004, S. 19 ff.

In vielen Ländern wäre mit erbittertem Widerstand gegen die Verdrängung des eigenen Zivilgesetzbuchs durch eine europäische Kodifikation zu rechnen.

Nicht zuletzt aus diesem Grund wird seit geraumer Zeit die Einführung eines „Optionalen Instruments“ als Alternative oder Vorstufe zu einem europäischen Zivilgesetzbuch diskutiert. Durch ein solches „Optionales Instrument“ könnten die wirtschaftlichen Vorteile einer Vereinheitlichung des Privatrechts ebenfalls erreicht werden; es könnte zugleich identitätsstiftend wirken, ohne Kulturdenkmäler⁴ wie den Code civil und das BGB zu zerstören.

III. Wer kann für die Anwendung des EU-Kaufrechts optieren?

Der Entwurf besteht aus dem eigentlichen Verordnungstext und einem Anhang. Der Anhang enthält das Gemeinsame Kaufrecht. In der Verordnung sind die Voraussetzungen geregelt, unter denen das Gemeinsame Kaufrecht auf einen konkreten Kaufvertrag anwendbar wird.

Gemäß der Grundidee des „Optionalen Instruments“ ist eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien (Käufer und Verkäufer) Voraussetzung für die Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts (Art. 3 GKVO-E).

1. Der Anwendungsbereich

Sachlich ist der Anwendungsbereich auf Verträge über den Verkauf von Waren, die „Bereitstellung digitaler Inhalte“ und die Erbringung damit verbundener Dienstleistungen (z.B. Montage und Installationsdienstleistungen in Verbindung mit dem Verkauf von Sachen, vgl. Art. 2 lit. m GKVO-E) beschränkt.

Zusätzlich ist erforderlich, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Vertrag handelt. Dies setzt – vereinfacht gesagt – voraus, dass die Vertragsparteien ihren Sitz oder Aufenthaltsort in verschiedenen Staaten haben, von denen wenigstens einer Mitglied der EU ist (vgl. zu den Einzelheiten Art. 4 GKVO-E).

Schließlich ist die Option, einen Vertrag dem Gemeinsamen Kaufrecht zu unterstellen, grundsätzlich nur eröffnet, wenn der Verkäufer bzw. der Lieferant der digitalen Inhalte ein Unternehmer im Sinne der § 14 BGB entsprechenden Definition des Art. 2 lit. e GKVO-E ist. Außerdem muss am Vertrag ein Verbraucher oder ein Unternehmer beteiligt sein, dessen Unternehmen den Anforderungen an ein „Kleines oder Mittleres Unternehmen“ (KMU) im Sinne der Definition in Art. 7 Abs. 2 GKVO-E entspricht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass das „Optionale Instrument“ primär bei Verkäufen (oder Lieferungen digitaler Inhalte) von Unternehmern (gleich ob KMU oder Großunternehmen) an Verbraucher zur Verfügung steht. Daneben ist es aber auch für Geschäfte zwischen zwei KMU, für den Verkauf oder die Lieferung digitaler Inhalte durch ein KMU an ein größeres Unternehmen oder durch ein größeres Unternehmen an ein KMU verfügbar.

Für Geschäfte zwischen zwei größeren Unternehmen, zwischen Verbrauchern und für den Verkauf bzw. die Lieferung durch einen Verbraucher an ein Unternehmen soll das Gemeinsame Kaufrecht hingegen nicht zur Wahl stehen.

2. Gründe für die Beschränkungen des Anwendungsbereichs

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende Verträge erklärt sich daraus, dass das Problem der Behinderung des Verkehrs durch unterschiedliche Rechtsordnungen nur bei solchen Verträgen besteht. Die Begrenzung auf Kaufverträge und Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte lässt sich mit der besonders großen praktischen Bedeutung dieser Verträge rechtfertigen. Für die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung ist die Annahme maßgeblich, dass sich die Verschiedenheit der Rechtsordnungen in Europa gerade bei Lieferungen eines Unternehmers an einen Verbraucher und bei Verträgen, an denen kleine oder mittlere Unternehmen beteiligt sind, als Hemmnis für das Funktionieren des europäischen Binnenmarktes bemerkbar macht:

a) Verbraucherverträge

Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher steht die Überlegung im Vordergrund, dass Unternehmen sich, wenn sie Waren in ganz Europa anbieten wollen, auf die Rechtsordnungen der siebenundzwanzig Mitgliedsstaaten der EU einstellen müssen. Dieser Notwendigkeit kann sich das Unternehmen auch nicht dadurch entziehen, dass es in seinen AGB gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung EG/593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung) die Geltung eines bestimmten Rechts (z.B. des Rechts am Sitz des Verkäufers) vorschreibt, denn nach Art. 6 Abs. 2 Rom-I-VO darf durch eine Rechtswahl nach Art. 3 einem Verbraucher nicht der Schutz der im Staat seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts geltenden zwingenden Verbraucherschutzbestimmungen entzogen werden. Das zwingende Verbraucherschutzrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ist also auch durch Rechtswahl nicht abdingbar. Zumindest diese zwingenden Vorschriften der verschiedenen Mitgliedsstaaten muss das Verkäuferunternehmen also in Betracht ziehen (vgl. Erwägungsgrund 3 des Entwurfs).

Die dadurch verursachten Kosten und Mühen, die nach Auffassung der Kommission dazu führen könnten, dass ein Unternehmen darauf verzichtet, seine Waren im EU-Ausland anzubieten, und die daher möglicherweise den Handel im Binnenmarkt behindern (vgl. nochmals Erwägungsgrund 3), soll das Gemeinsame Kaufrecht überflüssig machen: Wenn die Verordnung in Kraft tritt, soll ein Unternehmer seine Waren (oder digitalen Inhalte) in allen Mitgliedsstaaten unter der Bedingung anbieten können, dass der Abnehmer der Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts zustimmt. In diesem Fall muss der Unternehmer auch das zwingende Verbraucherschutzrecht der einzelnen Mitgliedsstaaten nicht mehr beachten. Denn das Gemeinsame Kaufrecht wird durch die Verordnung zum Teil der nationalen Rechtsordnungen aller Mitgliedsstaaten. Die Vereinbarung seiner Anwendung ist keine Rechtswahl im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Rom-I-VO,

⁴ So bezeichnet *Flume*, ZIP 2000, 1427 (1429) das BGB.

sondern die Ausübung einer innerhalb des nationalen Rechts bestehenden Wahlmöglichkeit (so ausdrücklich Erwägungsgrund 10).⁵ Für die Bereiche, die im EU-Kaufrecht geregelt sind, verdrängt dieses das EU-Kaufrecht die nationalen Vorschriften (einschließlich des zwingenden Verbraucherrechts) vollständig. Zum Ausgleich enthält der Vorschlag selbst Verbraucherschützende Vorschriften, die ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten sollen.

Diese Überlegungen sind prinzipiell plausibel. Allerdings ist fraglich, ob die Beschränkung auf Unternehmer als Verkäufer oder Lieferanten digitaler Inhalte eine richtige Entscheidung ist. Dass Unternehmen als Käufer und Verbraucher als Verkäufer auftreten, ist zwar seltener, aber keineswegs ausgeschlossen, wie das Beispiel von Buchankaufplattformen im Internet zeigt, auf denen Verbraucher ihre Buchbestände an ein Unternehmen verkaufen können.

b) Verträge zwischen Unternehmern

Bei internationalen Verträgen zwischen Unternehmen besteht prinzipiell Rechtswahlfreiheit (Art. 3 Rom-I-VO). Die Unabdingbarkeit von Verbraucherschutzvorschriften nach Art. 6 Abs. 2 Rom-I-VO spielt keine Rolle. Die sinnvolle Ausübung der Rechtswahlfreiheit setzt aber voraus, dass die Beteiligten über die wählbaren Rechtsordnungen und deren Inhalt informiert sind. Unternehmen, die grenzüberschreitende Verträge abschließen wollen, müssen sich daher über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen informieren und beraten lassen. Die Kosten, die dabei entstehen, sind nach Auffassung der Kommission – insbesondere für kleinere Unternehmen – verhältnismäßig hoch (vgl. Erwägungsgrund 7). Um kleineren und mittleren Unternehmen diese Kosten zu ersparen und sie so zum Eintritt in den grenzüberschreitenden Handel zu ermutigen, soll bei Verträgen, an denen mindestens ein solches Unternehmen beteiligt ist, die Wahl des EU-Kaufrechts möglich sein.

Auch diese Begründung ist plausibel. Allerdings wird es den Unternehmen mithilfe des Gemeinsamen Kaufrechts nicht möglich sein, die Kosten der Information über ausländische Rechtsordnungen vollständig einzusparen, denn das Gemeinsame Kaufrecht des Entwurfs enthält nicht für alle Fragen im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag eine Regelung. Der Inhalt des Entwurfs geht zwar weit über das Kaufrecht im engeren Sinne hinaus. So ist auch der Abschluss des Vertrages eingehend geregelt. Zahlreiche Punkte sind jedoch bewusst ausgeklammert. Dazu gehören die Geschäftsfähigkeit, das Recht der Stellvertretung und die Nichtigkeit von Verträgen wegen Rechts- und Sittenwidrigkeit (Erwägungsgrund 27). Soweit das Gemeinsame Kaufrecht keine Regelung bietet, bleiben die nationalen Rechte der EU-Mitgliedsstaaten anwendbar (so ausdrücklich Erwägungsgrund 22). Welches Recht im Einzelfall berufen ist, bestimmt sich bei einem grenzüberschreitenden Kaufvertrag nach den einschlägigen Bestimmungen des Internationalen Privatrechts, die für die EU-Mitglieder (mit Ausnahme Dänemarks) in der Rom-I-VO

⁵ Vgl. außerdem die Begründung des Entwurfs (Fn. 1), S. 6 f.; s.a. *Riesenhuber*, GPR 2012, 2; *Mankowski*, RIW 2012, 97 (99 f.).

zu finden sind. Damit werden kleine und mittlere Unternehmen sich in diesen Bereichen auch weiterhin über ausländisches Recht informieren müssen, wenn sie grenzüberschreitend tätig werden wollen.

3. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Nach Art. 13 GKVO-E können einzelne Mitgliedsstaaten bestimmen, dass das Gemeinsame Kaufrecht auch bei nicht grenzüberschreitenden Verträgen und bei Verträgen zwischen Unternehmen, von denen keines der KMU-Definition genügt, gewählt werden darf. Ob Staaten von dieser Option Gebrauch machen werden, ist unklar. In Deutschland wurde bereits gefordert, das Gemeinsame Kaufrecht auch für Verträge zwischen größeren Unternehmen zu öffnen.⁶

IV. Hat die EU die Kompetenz zur Einführung eines Gemeinsamen Kaufrechts?

Für die Gesetzgebung der Europäischen Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV). Die Union darf nur die Gesetzgebungsakte erlassen, für die sich eine Kompetenznorm in den Europäischen Verträgen finden lässt. Trotz der langen Diskussion um die Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts durch ein „Optionales Instrument“ ist sehr streitig, welche Kompetenznorm für den Erlass eines solchen Instruments einschlägig ist.

Nach dem Entwurf und seiner Begründung soll die Verordnung auf Art. 114 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gestützt werden. Dieser Artikel sieht vor, dass Parlament und Rat Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten treffen können, die die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Wenn dies der zutreffende Kompetenztitel ist, gilt das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der europäischen Union (Art. 294 AEUV), was bedeutet, dass das Gesetz im Rat der Europäischen Union mit qualifizierter Mehrheit (Art. 16 Abs. 3 EUV) beschlossen werden kann. Das Gesetzgebungsverfahren braucht nicht die Zustimmung sämtlicher Regierungen der Mitglieder der Europäischen Union.

Nach einer verbreiteten Gegenansicht⁷ kann die geplante Verordnung nicht auf Art. 114 AEUV, sondern allenfalls auf Art. 352 AEUV als Kompetenztitel gestützt werden. Diese Vorschrift gestattet zum Zwecke der Verwirklichung der Ziele der Europäischen Verträge den Erlass von Vorschriften, für die ansonsten ein besonderer Kompetenztitel in den Europäischen Verträgen fehlt.

Für den Erlass von Gesetzgebungsakten nach Art. 352 AEUV ist ein einstimmiger Beschluss des Rates erforderlich.

⁶ V. *Westphalen*, ZIP 2011, 1985.

⁷ Vgl. nur *Müller-Graff*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 21 (S. 35, 41 f.); *ders.*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 51 (S. 59-61) sowie die Nachweise bei *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 1 (S. 13 Fn. 30).

Wegen dieser Divergenz im Gesetzgebungsverfahren ist der Streit um die richtige Kompetenzgrundlage praktisch bedeutsam: Wenn die Verordnung nur auf Art. 352 AEUV gestützt werden kann, wird die Zustimmung der Regierungen aller EU-Mitgliedsstaaten benötigt. Die politische Hürde, die überwunden werden muss, damit der Verordnungsentwurf geltendes Recht wird, liegt dann erheblich höher.

1. Der Zweck des Gemeinsamen Kaufrechts

Die Einschlägigkeit von Art. 114 AEUV erscheint zunächst hinsichtlich der Zielsetzung der Verordnung fraglich: Dient das „Optionale Instrument“ auf dem Gebiet des Kaufrechts wirklich der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes? Damit ein Rechtsakt unter den Kompetenztitel nach Art. 114 AEUV fallen kann, muss der Europäische Gesetzgeber zunächst – insbesondere in den Erwägungsgründen des Rechtsaktes – zu erkennen geben, dass seine Maßnahme diesen Zweck verfolgt.⁸ Der EuGH begnügt sich jedoch nicht mit den Angaben des Gesetzgebers in den Erwägungsgründen, sondern prüft auch selbst nach, ob der Rechtsakt „tatsächlich den Zweck [hat], die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“.⁹ Das in den Erwägungsgründen genannte Ziel darf also nicht nur vorgeschoben sein,¹⁰ sondern es muss plausibel sein, dass es durch die getroffene Maßnahme erreichbar ist. Letztlich gelangt man damit schon im Rahmen des Tatbestandes des Art. 114 AEUV zu einer (Vor-)Prüfung der Eignetheit der Maßnahme, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV) ohnehin geboten ist.

Das Ziel der Einrichtung und des Funktionierens des Binnenmarktes umfasst Maßnahmen zur Beseitigung von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen.¹¹ Nach herrschender Auffassung müssen die beiden Ziele nicht kumulativ verfolgt werden:¹² Es genügt, wenn Handelshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen bekämpft werden. Soweit es um Wettbewerbsverzerrungen geht, verlangt der EuGH zusätzlich, dass diese „spürbar“ sind.¹³ Es wird angenommen, dass die Schwelle der „Spürbarkeit“ für Handelshemmnisse nicht gilt.¹⁴

Die Begründung und die Erwägungsgründe des Verordnungsvorschlags stellen – wie bereits oben bei Frage III. angedeutet – maßgeblich darauf ab, dass Unternehmer und Verbraucher durch die Unterschiedlichkeit der Vertragsrechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten davon abgeschreckt wer-

den, Waren und Dienstleistungen grenzüberschreitend anzubieten bzw. nachzufragen (vgl. Erwägungsgründe 1-7). Dass die Notwendigkeit, sich gegebenenfalls über im Ausland geltendes Recht zu informieren für (kleine und mittlere) Unternehmen einen Kostenfaktor darstellt und dass die Unsicherheit über das im Ausland geltende Recht Unternehmen und Verbraucher vom grenzüberschreitenden Handel abschrecken kann, ist, wie schon gesagt, auch prinzipiell plausibel. Geht man davon aus, dass dieser Abschreckungseffekt ein Handelshemmnis ist, so muss der Nachweis einer „spürbaren“ Beeinträchtigung des Binnenmarktes (anders als im Fall einer Wettbewerbsverzerrung) nicht geführt werden.¹⁵ Jedoch würde der EuGH entsprechend dem oben Ausgeführten gegebenenfalls im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 2 AEUV prüfen, ob die Schaffung des Gemeinsamen Kaufrechts tatsächlich (und nicht nur nach den Angaben der Kommission) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Beseitigung des angenommenen Markthemmnisses führt.¹⁶

Ob der Gerichtshof dafür genügend „objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände“¹⁷ findet, ist eine offene Frage: Ihre Beantwortung ist schon deshalb schwierig, weil es wohl unmöglich ist, die Transaktionskosten, die durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen in der EU anfallen, genau zu beziffern. Überdies ist zu bedenken, dass der Verordnungsentwurf – wie bereits erwähnt – nicht für alle Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag auftreten können, eine Regelung enthält. Daher kann der Erlass des Gemeinsamen Kaufrechts das angenommene Handelshemmnis allenfalls zum Teil beseitigen.

2. Die Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Ein womöglich gewichtigerer Einwand gegen Art. 114 AEUV als einschlägigen Kompetenztitel ergibt sich daraus, dass Art. 114 nur den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten gestattet. Solche Maßnahmen sind beispielsweise die Verbraucherschutzrichtlinien der Europäischen Union, denn sie verlangen, dass die nationalen Rechtsvorschriften in verschiedenen Mitgliedsstaaten bestimmte Mindeststandards erfüllen und insofern aneinander angeglichen werden. Auch der Erlass einer Verordnung, durch die für alle Mitgliedsstaaten eine verbindliche Regelung in einem bestimmten Gebiet geschaffen wird, schafft gleiches Recht in allen Mitgliedsstaaten und führt insofern zu einer Angleichung von Rechtsvorschriften.¹⁸

Das Besondere am „Optionalen Instrument“ ist aber, dass weder eine Veränderung von nationalen Rechtsvorschriften

⁸ Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Lfg., März 2011, Art. 114 AEUV, Rz. 95.

⁹ EuGH Slg. 2000, I-8419 Rz. 84 (Tabakwerbung I).

¹⁰ Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rz. 25.

¹¹ Tietje (Fn. 8), Art. 114 AEUV Rz. 96.

¹² Tietje (Fn. 8), Art. 114 AEUV Rz. 106; Kahl (Fn. 10), Art. 114 AEUV Rz. 22 m.w.N. in Fn. 95.

¹³ EuGH Slg. I-2000, 8419 Rz. 106 (Tabakwerbung I); EuGH Slg. I-1991, 2867 Rz. 23 (Titandioxid).

¹⁴ GA Jacobs EuGH Slg. I-2001, 7079 Rz. 47; Tietje (Fn. 8), Art. 114 AEUV Rz. 100 und 106.

¹⁵ Zweifelnd Müller-Graff (Fn. 7 – Schulte-Nölke), S. 21 (S. 42).

¹⁶ Schmidt-Kessel (Fn. 7), S. 1 (S. 12) m.w.N.

¹⁷ EuGH Slg. I-1991, 2867 Rz. 10 (Titandioxid). Vgl. zum anzulegenden Prüfungsmaßstab Müller-Graff (Fn. 7 – Schulte-Nölke), S. 21 (S. 42), der dem Europäischen Gesetzgeber im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 114 AEUV eine „politische [] Beurteilungsprerogative“ einräumt.

¹⁸ Tietje (Fn. 8), Art. 114 AEUV Rz. 119.

vorgeschrieben wird noch eine einheitliche EU-weite Regelung verbindlich eingeführt wird. Vielmehr wird durch das „Optionale Instrument“ eine zusätzliche Kaufrechtsordnung geschaffen, die neben den mitgliedstaatlichen Regelungen zur Wahl steht. Damit wird gerade keine Angleichung, sondern sogar eine zusätzliche Diversifizierung der Rechtslage bewirkt. Mit dieser Begründung hat der EuGH in einer Entscheidung zur Europäischen Genossenschaft festgestellt, dass die Einführung dieses neuen Gesellschaftstyps nicht auf Art. 114 AEUV bzw. dessen Vorläufer, Art. 95 EGV, gestützt werden konnte.¹⁹

Staudenmayer, der als Beamter der EU-Kommission an der Ausarbeitung des Verordnungsvorschlags beteiligt war, vertritt allerdings die Auffassung, die Einführung des Gemeinsamen Kaufrechts sei mit der Schaffung eines neuen europäischen Gesellschaftstyps nicht vergleichbar, „weil nicht [...] eine neue Rechtsform“ eingeführt werde, „sondern [...] ein zweites Kaufrecht, das über die unmittelbar anwendbare GEKR-VO in das jeweilige nationale Recht eingefügt“ werde.²⁰ Die Angleichung der nationalen Rechtsordnungen soll demnach darin liegen, dass jede nationale Rechtsordnung um ein zweites Kaufrechtsregime (neben dem existierenden nationalen Kaufrecht) ergänzt wird und dass dieses zweite Kaufrechtsregime in allen Mitgliedsstaaten gleich ist.

Dieses Argument ist jedoch rein formal. Denn es ändert nichts daran, dass materiell das geltende Recht nicht vereinheitlicht, sondern um eine neue Gestaltungsmöglichkeit ergänzt wird. Die Ergänzung des Rechts der Mitgliedsstaaten um neue Regelungen und Rechtsinstitute ist durch Art. 114 AEUV nicht gedeckt.²¹

Geht man davon aus, dass Rechtsvereinheitlichung und Rechtsergänzung zwei begrifflich verschiedene Vorgänge sind, dann ändert auch die weitere Erwägung *Staudenmayers*, dass die Einführung des Gemeinsamen Kaufrechts auch durch inhaltlich übereinstimmende Gesetzgebungsakte der Mitgliedsstaaten möglich wäre,²² nichts am Ergebnis: Es ist zwar richtig, dass kaum ein Akt der Rechtsvereinheitlichung denkbar ist, der nicht auch auf diesem Wege vollzogen werden könnte. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, dass jeder Gesetzgebungsakt der Union, der durch übereinstimmende Gesetzgebungsakte der Mitgliedsstaaten hätte ersetzt werden können, der Rechtsvereinheitlichung (und nicht vielmehr der Rechtsergänzung) dient.

Die Diskussion um die richtige Kompetenzgrundlage kann an dieser Stelle nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet werden.²³ Die bisherigen Überlegungen sollten aber zei-

gen, dass die Berufung auf den Kompetenztitel des Art. 114 AEUV erheblichen Bedenken begegnet.²⁴ Viel spricht dafür, dass die Kompetenz nur auf die Auffangklausel des Art. 352 AEUV gestützt werden kann, so dass zu ihrem Erlass ein einstimmiger Ratsbeschluss erforderlich ist.

V. Welche materiellen Regelungen enthält der Verordnungsvorschlag?

Die Vorschriften des Anhangs, also die materiellen Regelungen des Kaufrechts, orientieren sich am „Lebenszyklus“ des Vertrages (vgl. Erwägungsgrund 6). Am Anfang stehen Vorschriften über die Vertragsverhandlungen und den Abschluss des Vertrages, sodann folgen Regelungen zur Auslegung und zum Inhalt des Vertrages. Daran schließt sich ein Abschnitt über die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen und über das Leistungsstörungenrecht an. Am Ende des Regelungswerks stehen Vorschriften zur Beendigung des Vertrages durch Rücktritt oder auch durch Verjährung der vertraglichen Pflichten.

Der Regelung zu den einzelnen „Lebensphasen“ des Vertrages ist ein kurzer „Allgemeiner Teil“ vorangestellt. Dieser „Allgemeine Teil“ ist in seinem Inhalt freilich nicht mit dem Allgemeinen Teil des BGB zu vergleichen. Er enthält lediglich wichtige Prinzipien und Generalklauseln, so etwa die Grundsätze der Vertragsfreiheit (Art. 1 GK-E, vgl. auch Erwägungsgrund 30) und der Formfreiheit (Art. 6 GK-E) und das Bekenntnis zu Treu und Glauben (Art. 2 GK-E, vgl. auch Erwägungsgrund 30).

In Artt. 13-29 wird unter der Überschrift „Vorvertragliche Informationen“ die Phase der Vertragsverhandlungen behandelt. Artt. 30-57 sind dem Abschluss des Vertrages gewidmet. Sie enthalten – speziell für Kaufverträge, die dem europäischen Kaufrecht unterfallen, – diejenigen Regelungen, die sich im Allgemeinen Teil des BGB zum Vertragsschluss finden. Es geht hier also um Abgabe und Zugang von Angebot und Annahme, um die Irrtumsanfechtung²⁵ und dergleichen. Im Abschnitt über den Vertragsschluss finden sich auch die aus den entsprechenden Richtlinien übernommenen Vorschriften zum Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürverträgen (Artt. 40-47).²⁶

Die folgenden Bestimmungen dienen der Präzisierung des Inhalts und der Wirkungen eines geschlossenen Vertrages:

ergänzend auf Art. 81 AEUV zurückgegriffen werden muss, dazu *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3496); *Schmidt-Kessel* (Fn. 7), S. 1 (S. 11).

²⁴ Vgl. auch die Nachweise o. Fn. 7.

²⁵ Dazu *Martens*, AcP 211 (2011), 845; *ders.*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179; *Jansen*, in: *Schulte-Nölke u.a.* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 169.

²⁶ Dazu *Weller*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 147; *Schulze*, in: *Schulte-Nölke u.a.* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 151.

¹⁹ EuGH Slg. I-2003, 3733 Rz. 40-46.

²⁰ *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3495).

²¹ *Tietje* (Fn. 8), Art. 114 AEUV Rz. 119. Vgl. auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (274), die von „Taschenspielertricks“ sprechen.

²² *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3495 f.).

²³ Vgl. nur die Überlegungen zum Verhältnis von Art. 114, 118 und 352 AEUV und zur Bedeutung der Änderung von Art. 352 durch den Vertrag von Lissabon, die nach *Schmidt-Kessel* (Fn. 7), S. 1 (S. 14 f.) für die Anwendbarkeit von Art. 114 AEUV sprechen. Diskutiert wird überdies noch, ob

Artt. 58-78 enthalten Auslegungsregeln²⁷ und Vorschriften über die Füllung von vertraglichen Lücken.²⁸ Daran schließen sich in Artt. 79-86 Normen zur Inhaltskontrolle von Verträgen an.²⁹ In diesem Abschnitt sind die Vorschriften der Richtlinie (93/13/EWG) über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eingeflossen.

Eine Art allgemeines Leistungsstörungenrecht ist in den Artt. 87-90 enthalten.³⁰ Es folgen Bestimmungen über die Pflichten des Verkäufers und dessen Gewährleistung (Artt. 91-122)³¹ und über die Pflichten des Käufers einschließlich der Regelung der Preisgefahr (Artt. 123-146).³² Die Vorschriften zur Gewährleistung lehnen sich naturgemäß an die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) an, gehen aber über das dort dem Verbraucher als Käufer gewährte Schutzniveau noch hinaus – insbesondere dadurch, dass dem Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf das „Recht der zweiten Andienung“ versagt wird.³³

Artt. 147-158 enthalten Sondervorschriften für Kaufverträge, die mit Verträgen über Dienstleistungen verbunden sind.³⁴ Schließlich folgen in Artt. 159-177 BGB Vorschriften über Schadensersatz und Zinsen sowie die Rückabwicklung des Vertrages.³⁵ Ganz am Schluss stehen in Artt. 178-186 die Verjährungsregeln.³⁶

²⁷ Zu diesen *Mautzsch*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 203.

²⁸ Vgl. *Looschelders/Makowsky*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 227.

²⁹ Dazu *V. Westphalen*, ZIP 2011, 1985 (1987 ff.); *Möslein*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 255.

³⁰ Behandelt bei *Schmidt-Kessel* (Fn. 7), S. 287; *Kieninger*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 205.

³¹ *Remien*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 307 und *Zöchling-Jud*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 327; *Gsell*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 229.

³² Dazu *Schaub*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 425; *Fehrenbach*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 437; *Wiese*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 469.

³³ Vgl. *Zöchling-Jud* (Fn. 31), S. 327 (S. 345 f.).

³⁴ Dazu *Zoll*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 279.

³⁵ *Wendehorst*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 371.

³⁶ Dazu jetzt *Müller*, GPR 2012, 1; *ders.* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 529.

VI. Was wird aus den klassischen Streitfragen des deutschen Kaufrechts?

Es ist unmöglich, die vorgeschlagenen Regelungen des Entwurfs im Rahmen dieses Beitrages im Detail vorzustellen. Im Folgenden soll daher lediglich versucht werden, zwei „klassische Fälle“ aus dem deutschen Zivilrecht nach dem Gemeinsamen Kaufrecht zu lösen. Das mag einen Eindruck von der Regelungstechnik und den materiellen Inhalten des Entwurfs vermitteln. Außerdem ist es – wie jede rechtsvergleichende Betrachtung eines Rechtsproblems – nützlich, um die Lösungen des deutschen Rechts richtig einzuordnen und womöglich kritisch zu hinterfragen:

1. Trierer Weinversteigerung

Die Abgabe einer Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein ist ein seit langem behandeltes Problem des deutschen Vertragsschlussrechts. Sie wird gewöhnlich mit dem fiktiven Fall der Trierer Weinversteigerung³⁷ illustriert:

Bei einer Versteigerung von Fassweinen wird die Erhöhung des Gebots jeweils durch Heben der Hand signalisiert. X, dem dies nicht klar ist, hebt die Hand, um einen Freund zu grüßen und erhält daraufhin vom Auktionator, der das Handzeichen für ein Gebot hält, den Zuschlag für eine größere Menge Wein.

Nach deutschem Recht stellt bei Auktionen das Gebot ein Angebot und der Zuschlag des Auktionators dessen Annahme dar (§ 156 BGB). Das Angebot des X wird von der herrschenden Meinung als wirksam angesehen, sofern er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Handlung als Willenserklärung aufgefasst werden würde. Weil dem X jedoch das Erklärungsbewusstsein (d.h. das Bewusstsein, eine rechtlich relevante Erklärung abzugeben) fehlte, ist die Erklärung nach § 119 Abs. 1 BGB anfechtbar.³⁸

Für die Lösung nach dem Gemeinsamen Kaufrecht sind einige zusätzliche Annahmen nötig: Es sei unterstellt, dass X und der Verkäufer in verschiedenen Ländern ansässig sind, so dass es sich um einen grenzüberschreitenden Vertrag handelt. Weiter sei angenommen, dass der Verkäufer Unternehmer ist und X ein Weinhändler, der unter die KMU-Definition des Entwurfs fällt. X hatte sich vorab mit Versteigerungsbedingungen, welche die Geltung des Gemeinsamen Kaufrechts vorsahen, einverstanden erklärt, sich aber nicht über die ortsüblichen Modalitäten der Versteigerung informiert. Daher wusste er nicht, dass sein Handzeichen als Gebot angesehen werden könnte.

Eine Bestimmung wie § 156 BGB fehlt im Gemeinsamen Kaufrecht, doch dürfte bei einer traditionellen Versteigerung (anders als bei einer Internetauktion) auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anzunehmen sein, dass jedes Gebot

³⁷ Der Fall wurde zuerst von *Isay*, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899, S. 25 in die Diskussion gebracht.

³⁸ Grundlegend BGHZ 91, 324 (329 f.), vgl. auch BGHZ 109, 171 (177); 149, 129 (136); *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 119 BGB, Rz. 94 m.w.N.

ein Vertragsangebot und der Zuschlag die Annahme des Höchstgebots darstellt.

Eine Regelung zur Wirksamkeit von Willenserklärungen, die ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurden, enthält das Gemeinsame Kaufrecht ebenso wenig wie das BGB. Jedoch bestimmt Art. 30 Abs. 3 GK-E: „Ob die Parteien ihrer Einigung Rechtswirkung verleihen wollen, ist ihren Erklärungen und ihrem Verhalten zu entnehmen“. Diese Norm soll primär zur Abgrenzung rechtsverbindlicher Verträge von unverbindlichen Absichtserklärungen dienen. Sie bringt aber die allgemeine Wertung zum Ausdruck, dass es für die Abgabe einer verbindlichen Erklärung genügt, wenn der Erklärende bei der anderen Seite den Eindruck erweckt, er wolle sich binden, auch wenn er in Wahrheit keinen Bindungswillen hat.³⁹ Demnach dürfte auch nach dem Gemeinsamen Kaufrecht davon auszugehen sein, dass das Handzeichen des X ein wirksames Gebot darstellt. Anders als nach der herrschenden Meinung zum deutschen Recht kommt es nicht darauf an, ob X die Bedeutung, die man seiner Erklärung beimessen würde, fahrlässig nicht erkannt hat. Ausschlaggebend ist nach Art. 30 Abs. 3 GK-E nur, dass sein Verhalten den Anschein eines Bindungswillens erzeugte.

Es bleibt damit die Frage, ob X seine Erklärung nach den Vorschriften des Gemeinsamen Kaufrechts anfechten könnte. Die Anfechtung ist in Art. 48 GK-E geregelt. Art. 48 GK-E kennt keine Untergliederung nach Irrtumstypen wie § 119 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Vielmehr wird als Anfechtungsgrund allgemein ein Tatsachen- oder Rechtsirrtum vorausgesetzt. Unter diesen Tatbestand lassen sich sowohl Inhalts- und Erklärungsirrtümer als auch Motivirrtümer subsumieren.⁴⁰ Dass Erklärungsirrtümer in den Tatbestand einbezogen werden sollen, wird durch Art. 48 Abs. 3 GK-E klargestellt, der bestimmt, dass Fehler in der Verlautbarung einer Erklärung als Irrtümer im Sinne des Abs. 1 anzusehen sind.⁴¹

Angesichts des weiten Irrtumsbegriffs des Art. 48 GK-E ist es wenig problematisch, die Norm unmittelbar auf die Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein anzuwenden. Dabei mag dahinstehen, ob die Abgabe einer Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein als Fehler in der Verlautbarung im Sinne von Art. 48 Abs. 3 GK-E angesehen werden kann.

Die Auswirkungen des weiten Irrtumsbegriffs des Art. 48 Abs. 1 GK-E werden indes dadurch beschränkt, dass die Anfechtung den weiteren Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 GK-E unterliegt. Danach ist die Anfechtung nur möglich,

wenn der Vertragspartner den Irrtum verursacht hat (also im Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Täuschung), wenn er vorvertragliche Informationspflichten verletzt hat und deshalb für den Irrtum verantwortlich ist oder wenn er den Irrtum erkannt hat oder hätte erkennen müssen und ihn entgegen Treu und Glauben nicht aufgeklärt hat. Schließlich ist die Anfechtung noch im Fall eines gemeinsamen Irrtums beider Seiten möglich. Keiner dieser Tatbestände ist einschlägig. Insbesondere lässt sich nicht sagen, dass der Auktionator den Fehler des X hätte erkennen und ihn darüber hätte aufklären müssen.

Im Ergebnis ist die Anfechtung damit nach dem Gemeinsamen Kaufrecht ausgeschlossen. X muss den ersteigerten Wein abnehmen (Art. 123 Abs. 1 lit. b, Art. 129 GK-E) und bezahlen (Art. 123 Abs. 1 lit. a, Art. 124-128 GK-E): Das Gemeinsame Kaufrecht bewertet – im Unterschied zum deutschen Recht – den Schutz des Vertrauens des Empfängers in den Bestand der Willenserklärung höher als die Willensfreiheit des X.⁴²

2. *Eigenmächtige Selbstvornahme*

Zu den meist diskutierten Fällen im Kaufrecht dürfte seit der Schuldrechtsreform von 2001 die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer gehören. Als Beispiel sei ein Fall in Anlehnung an BGHZ 162, 119 gebildet: K kauft bei B einen PKW. Einige Monate nach der Übergabe wird ein Motorschaden festgestellt, der auf einem schon bei Übergabe bestehenden Defekt beruht. K lässt den Schaden durch eine Werkstatt beheben und verlangt von B Ersatz seiner Aufwendungen.

Nach deutschem Recht scheidet der Anspruch an dem durch die Schuldrechtsreform eingeführten Vorrang der Nacherfüllung. K hat es versäumt, den B zunächst auf Nacherfüllung nach § 439 BGB in Anspruch zu nehmen und eine Frist nach §§ 281, 323 BGB zu setzen.⁴³ Daher kommt ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach § 346 Abs. 1 BGB, die Minderung nach § 441 BGB oder ein Schadensersatzanspruch nach § 281 BGB nicht in Betracht.⁴⁴ Auch ein Aufwendungsersatzanspruch wird vom BGH verneint.⁴⁵

Für die Lösung nach dem Gemeinsamen Kaufrecht sei wiederum unterstellt, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Kaufvertrag handelt; K sei Verbraucher, B Unternehmer. Beide haben die Anwendung des Gemeinsamen Kaufrechts wirksam vereinbart.

Im Falle der Lieferung von nicht vertragsgemäßer Ware (Artt. 9-102 GK-E) stehen dem Käufer die in Art. 106 GK-E aufgelisteten Rechte zu. Danach kann der Käufer unter anderem Nacherfüllung verlangen (Art. 106 Abs. 1 lit. a und Artt. 110-112 GK-E), vom Vertrag zurücktreten (Art. 106 Abs. 1 lit. c und Artt. 114-119), mindern (Art. 106 Abs. 1 lit.

³⁹ Vgl. auch die Erläuterung B. zu Art. 4:102 des Draft Common Frame of Reference, auf dessen Text Art. 30 Abs. 3 GK-E beruht: „It seems better [...] to hold a party liable on the basis of what reasonably appeared to the other party to be an intention to be bound“, von Bar/Clive (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common frame of Reference, Full Edition, Bd. 1, 2009*, S. 274.

⁴⁰ *Martens*, AcP 211 (2011), 845 (858); *ders.*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?*, 2012, S. 179 (S. 182).

⁴¹ Dazu *Martens*, AcP 211 (2011), 845 (857); vgl. auch eingehend *Jansen* (Fn. 25), S. 169 (S. 194-198).

⁴² Zur Kritik dieser Entscheidung gerade auch für die Konstellation der Trierer Weinversteigerung *Jansen* (Fn. 25), S. 169 (S. 195 f.).

⁴³ BGHZ 162, 119; BGH NJW 2005, 3211.

⁴⁴ BGHZ 162, 219 (221).

⁴⁵ BGHZ 162, 219 (224 f.).

d, Art. 120 GK-E) oder Schadensersatz verlangen (Art. 106 Abs. 1 lit. e und Artt. 159-165 GK-E).

Das Gemeinsame Kaufrecht kennt – wie bereits angedeutet – keinen allgemeinen Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung. Nur soweit der Käufer Unternehmer ist, darf er gemäß Art. 106 Abs. 2 GK-E seine Rechte (mit Ausnahme der Zurückbehaltung des Kaufpreises) nur geltend machen, sofern der Verkäufer nicht die unverzügliche Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes anbietet (Art. 109 GK-E). Ein Unternehmer als Käufer muss also zunächst Nacherfüllungsbemühungen des Verkäufers abwarten, ehe er den Vertrag beenden oder Schadensersatz verlangen kann.⁴⁶

Für K als Verbraucher gilt diese Einschränkung nicht. Er kann daher den Vertrag durch Rücktritt beenden, sofern die Vertragswidrigkeit der Ware nicht nur unerheblich ist (Art. 114 Abs. 2 GK-E). Das dürfte bei dem Motordefekt zu bejahen sein. Damit kann K ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten, müsste dann allerdings den gekauften PKW nach Art. 172 GK-E zurückgeben, woran ihm kaum gelegen sein dürfte, zumal nach Art. 175 GK-E ein Aufwendungsersatz wegen der Reparaturkosten ausgeschlossen sein dürfte.

Möglich ist aber auch die Minderung gemäß Art. 120 GK-E. Sie setzt ebenfalls keine Fristsetzung voraus und kann beim Verkauf an einen Verbraucher auch nicht durch das Angebot, den vertragswidrigen Zustand zu beseitigen, gehemmt werden. Für die Berechnung des Minderungsbetrages gelten nach Art. 120 Abs. 1 GK-E dieselben Maßstäbe wie nach § 441 Abs. 3 BGB.⁴⁷

Ein Anspruch auf Schadensersatz setzt, wenn der Käufer Verbraucher ist, gleichfalls keine Fristsetzung voraus. Auch Verschulden ist nach Art. 159 GK-E nicht Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch. Vielmehr wird Schadensersatz geschuldet, wenn die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten nicht entschuldigt ist. Die Nichterfüllung bzw. Schlechterfüllung durch eine Partei ist gemäß Art. 88 GK-E entschuldigt, „wenn sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs dieser Partei liegenden Hindernis beruht und wenn von dieser Partei nicht erwartet werden konnte, das Hindernis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht zu ziehen oder das Hindernis oder dessen Folgen zu vermeiden oder zu überwinden“. Diese Formulierung, die auf Art. 79 CISG zurückgeht, normiert einen im Ansatz schärferen Haftungsmaßstab als §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 BGB. Allerdings lässt die Formulierung von Art. 88 GK-E keine präzise Festlegung des Haftungsmaßstabes zu.⁴⁸

Im gegebenen Sachverhalt ist nicht erklärt, wie es zu dem Motordefekt kam. Da die Beweislast für einen Entschuldigungsgrund bei B liegt, ergibt sich schon daraus, dass er auf Schadensersatz haftet. Doch selbst wenn B beweisen könnte,

dass der Defekt nicht von ihm verursacht wurde, sondern z.B. schon bestand, als er selbst den PKW erwarb, würde ihn das vermutlich nicht entlasteten. Für Art. 79 CISG wird angenommen, dass ein Weiterverkäufer selbst dann zum Schadensersatz wegen Mängeln der Ware verpflichtet ist, wenn der Mangel von dem Lieferanten verursacht wurde, von dem der Weiterverkäufer die Ware erhalten hat.⁴⁹

Demnach ist davon auszugehen, dass B Ersatz für die aufgewendeten Reparaturkosten nach Art. 159 GK-E als Schadensersatz fordern oder den Kaufpreis mindern kann. Wiederrum wertet das Gemeinsame Kaufrecht anders als das deutsche Recht: Dem Interesse des Verkäufers an einer zweiten Andienung der Kaufsache wird ein viel geringerer Stellenwert eingeräumt.⁵⁰

VII. Wird der Verordnungsvorschlag in Kraft treten?

Die vorstehenden Ausführungen konnten nur einen ersten Eindruck von dem Verordnungsentwurf und den Problemen geben, die sich mit ihm verbinden. Darum kann am Ende auch keine umfassende, alle Aspekte berücksichtigende Bewertung des Entwurfs stehen. Dessen ungeachtet lässt sich festhalten, dass der Versuch, eine schlüssige Gesamtregelung des Kaufrechts vorzulegen und dabei einen Kompromiss zwischen den verschiedenen europäischen Rechtstraditionen zu finden, an und für sich Respekt und Anerkennung verdient. Allerdings bestehen im Hinblick auf die von der Kommission angegebene Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV erhebliche Bedenken, welche die Verwirklichungschancen des Projekts schmälern.

Davon abgesehen spricht vor allem der Umstand gegen den Erfolg des Projekts, dass nach Einführung des Gemeinsamen Kaufrechts zunächst in vielen Punkten Rechtsunsicherheit herrschen wird. Bei jedem neuen Gesetz treten Auslegungsschwierigkeiten auf, die erst nach einiger Zeit für die Praxis geklärt werden. Wenn der Entwurf für das Gemeinsame Kaufrecht in seiner jetzigen Form in Kraft tritt, ist damit in besonderem Maße zu rechnen, weil der Entwurf an vielen Stellen auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreift. So dürften es Unternehmen als Risiko empfinden, die Geltung des Gemeinsamen Kaufrechts zu vereinbaren, solange die Tragweite des Haftungsmaßstabes in Art. 88 GK nicht geklärt ist.⁵¹ Derartige unbestimmte Formulierungen finden sich im Entwurf vielfach. Wenn der Entwurf in Kraft tritt, werden die Unklarheiten nach und nach durch die Rechtsprechung beseitigt werden. Es besteht aber die Gefahr, dass die Parteien aus Angst vor der Rechtsunsicherheit von vornherein von der Vereinbarung des Gemeinsamen Kaufrechts Abstand nehmen. An der mangelnden Bereitschaft der Rechtsanwender, die Option für das Gemeinsame Kaufrecht auszuüben, könnte das

⁴⁶ Vgl. *Zöchling-Jud* (Fn. 33), S. 327 (S. 343-345).

⁴⁷ *Grädler/Köchel*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?*, 2012, S. 347 (S. 357); zur Rechtsnatur der Minderung nach dem GK-E *Faust*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 251 (S. 264).

⁴⁸ *Remien* (Fn. 31), S. 503 (S. 506); vgl. auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 7), S. 287 (S. 295-297).

⁴⁹ BGHZ 141, 129; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. Aufl. 2010, Art. 79 Rz. 28. Für eine tendenziell großzügige Auslegung zugunsten des Weiterverkäufers *Faust* (Fn. 47), S. 251 (S. 265 f.).

⁵⁰ Dazu *Zöchling-Jud* (Fn. 33), S. 327 (S. 346).

⁵¹ Kritisch zu Unklarheit des Entwurfs gerade in diesem Punkt *Faust* (Fn. 47), S. 251 (S. 267).

Projekt des „Optionalen Instruments“ scheitern, selbst wenn es das Gesetzgebungsverfahren erfolgreich durchläuft.

Insgesamt ist daher fraglich, ob der Vorschlag in seiner jetzigen Form in Kraft treten kann⁵² – und ob man das wünschen sollte. Dennoch – oder gerade deshalb – lohnt es sich, sich mit dem Entwurf kritisch auseinanderzusetzen und die weitere Diskussion aufmerksam zu verfolgen.

⁵² Vgl. auch das überwiegend kritische Fazit der Stellungnahmen bei der Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 21.11.2011, im Internet abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen/index.html (zuletzt aufgerufen am 26.7.12) sowie bei *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 369 (288 f.) und *Kindler*, JZ 2012, 712 (716); positiv hingegen das Fazit bei v. *Westphalen*, ZIP 2011, 1985 (1995).