

Nr. 196

Nils Jansen

Revision des Verbraucher-*acquis* ?

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 196

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Nils Jansen

Professor an der Universität Münster

Revision des Verbraucher-*Acquis* ?

Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 30. Januar 2012

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

I. EINE GESCHICHTE VERPASSTER CHANCEN	3
II. DIE ERWEITERUNG DES VERBRAUCHER-ACQUIS UND DIE FRAGE DER REICHWEITE EINES KÜNFTIGEN EUROPÄISCHEN VERTRAGSRECHTS	11
1. Unternehmergeschäfte	11
2. Finanzierte Kaufverträge und Zahlungserleichterungen	14
3. Lücken im DCESL	16
4. Die Vereinheitlichung der Klauselinhaltskontrolle	19
III. DIE REFORMULIERUNG TRADIERTER REGELN DES ACQUIS	28
1. Informationspflichten	28
a. Vertragsinhaltsbezogene Informationen	30
b. Der Informationszeitpunkt	33
c. Rechtsfolgen	34
d. Allgemeine und besondere Informationspflichten	36
2. Zwingendes Recht	38
a. Das Widerrufsrecht im Fernabsatz	40
b. Die AGB-Kontrolle im Handelsverkehr	42
c. Gewährleistungsansprüche	45
IV. AUSBLICK	48
V. THESEN	50

Revision des Verbraucher-*acquis*?

Der Verbraucherschutz und die Vereinheitlichung des Verbraucherrechts stehen seit den späten 1970er Jahren weit oben auf der politischen Agenda der Europäischen Union (bzw. seinerzeit der Europäischen Gemeinschaften).¹ Seit den 1980er Jahren ist die Union entsprechend in einem zunehmenden Maße auf diesem Gebiet gesetzgeberisch aktiv geworden, etwa 1985 mit der Produkthaftungsrichtlinie (RL 85/374/EWG) und der Haustürgeschäfts-RL (RL 85/577/EWG), 1986 mit der Handelsvertreter-RL (RL 86/653/EWG) und 1987 mit der Verbraucherkredit-RL (RL 87/102/EWG). Seit den 1990er Jahre haben diese Aktivitäten mit der Klausel-RL (RL 93/13/EWG) und der Verbrauchsgüterkauf-RL (RL 1999/44/EG) noch erheblich an Intensität gewonnen. Hinter diesen Bemühungen stehen seit jeher zum einen die Überzeugung, dass der Gemeinsame Markt eine Vereinheitlichung des Verbraucherrechts voraussetze, zum anderen aber auch der Wunsch nach einem identitätsstiftenden Symbol der Europäischen Union als einer Rechtsgemeinschaft.²

Heute, nach kaum 25 Jahren, befindet sich der *acquis communautaire* indes in einer Krise. Denn die Erwartungen, die mit den frühen Richtlinien verbunden waren, haben sich nur zum Teil erfüllt. Zwar darf man konstatieren, dass Verbraucher heute deutlich besser gegenüber unlauter agierenden Unternehmern geschützt werden als das noch in den 1970er und 80er Jahren der Fall war. Demgegenüber steht es um die Vereinheitlichung des Verbraucherrechts ausgesprochen schlecht. Denn die unterschiedlichen Rechtsordnungen Europas sind hier sowohl inhaltlich als auch rechtstechnisch ganz unterschiedliche Wege gegangen. Inhaltlich

¹ Entschließung des Rates vom 14. April 1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl.EG. Nr. C 92, 1-16, insbesondere Nr. 19 i: „Die Käufer von Gütern oder Dienstleistungen sind vor Machtmissbrauch des Verkäufers zu schützen, insbesondere vor einseitig festgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen ...“; Entschließung des Rates vom 19. Mai 1981 betreffend ein zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl.EG. Nr. C 133, 1-12. Zur späteren Entwicklung R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations* (2005), 178 ff.

² Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (2004), 6 ff., 19 ff.

wird das etwa im Programm der *Social Justice Group* deutlich,³ das in diametralem Gegensatz zu vielem steht, was in Deutschland oder Großbritannien selbstverständlich ist. Rechtstechnisch manifestieren die Unterschiede sich vor allem bei der Kodifikationsfrage: Während der deutsche Gesetzgeber versucht hat, das Verbraucherrecht in das allgemeine BGB zu integrieren, haben insbesondere die romanischen Rechtsordnungen und auch Österreich das Verbraucherrecht in gesonderten Gesetzbüchern kodifiziert. In manchen Ländern, insbesondere in Großbritannien, werden Richtlinien bisweilen auch einfach dadurch umgesetzt, dass man ihren Text als nationales Recht verabschiedet.⁴

Noch gravierender scheinen freilich die strukturellen Defizite des im Laufe der Jahre gewachsenen Sekundärrechts.⁵ Diese resultieren in erster Linie daraus, dass es sich bei dem Verbraucher-*acquis* um ein rasch gewachsenes, junges Recht handelt. Dabei sind die Regeln des *acquis* unverbunden und ohne konzeptionellen Gesamtplan entstanden – wer hätte einen solchen auch entwerfen sollen? Jede Richtlinie hat ihre eigenen Mütter und Väter – nicht nur in der Administration der Europäischen Kommission, sondern auch in den Organisationen, die mit zunehmendem Druck Lobbyarbeit betreiben. Denn in den Diskussionen um den Verbraucherschutz ist das Privatrecht längst zu einer Materie der Tagespolitik geworden, die von Mehrheiten, Verhandlungen und Kompromissen lebt. Die einzelnen Rechtsakte der Europäischen Union sollen dementsprechend je spezifischen Problemen abhelfen; sie beruhen auf nicht immer einheitlichen Vorstellungen darüber, wie sich Märkte mit den Mitteln des Privatrechts steuern lassen. Dass es deshalb zu konzeptionellen Brüchen, zu divergierenden Wertungen und widersprüchlichen Regelungen gekommen ist, war geradezu vorprogrammiert, zumal das Recht als solches – anders

³ Study Group on Social Justice in European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, *European Law Journal* 10 (2004), 653-674.

⁴ Vgl. den Überblick zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL von *H.-P. Mansel*: Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts, *AcP* 204 (2004), 396-456, 405 ff.

⁵ Hierzu und zum Folgenden bereits *H. Eidenmüller / F. Faust / H.C. Grigoleit / N. Jansen / G. Wagner / R. Zimmermann*, *Revision des Verbraucher-acquis* (2011), V ff.

als die Verbraucher- und die unterschiedlichen Unternehmerinteressen – im europäischen Gesetzgebungsprozess über keine eigenständige Lobby verfügt. Die Integrität des Rechts: seine teleologische Folgerichtigkeit und technische Stimmigkeit, mussten, so scheint es, nicht nur ausnahmsweise auf dem Altar tagespolitischer Kompromissfindung geopfert werden.

I. Eine Geschichte verpasster Chancen

Der Europäischen Kommission waren diese Probleme früh bewusst. Bereits 2003 und 2004, als sie mit ihren Mitteilungen an den Rat und das Parlament den Diskussionsprozess zur Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts anstieß, als dessen Früchte mittlerweile der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) von Anfang 2008 bzw. 2009,⁶ die Verbraucherrechterichtlinie 2011⁷ sowie der Vorschlag der Kommission für ein Europäisches Kaufrecht (*Draft Common European Sales Law*, DCESL)⁸ vorliegen, forderte sie deshalb eine grundlegende Überarbeitung und Revision des Verbraucher-*acquis*. Einerseits sei zu erwägen, ob bestimmte Regelungen „richtlinienübergreifend ... standardisiert“ werden könnten, andererseits gelte es aber, die „Unstimmigkeiten im EG-Vertragsrecht“ zu beseitigen; dazu sei zu prüfen, ob sich bestimmte „Probleme durch die Anwendung von Richtlinien in der Praxis nicht lösen“ ließen, ob „der Geltungsbe-

⁶ C. von Bar / E. Clive (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, 6 Bde. (2009). Eine erste, vorläufige *Interim Outline Edition* war bereits Anfang 2008 publiziert worden: C. von Bar / E. Clive / H. Schulte-Nölke (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition* (2008).

⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher.

⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM(2011) 635 endg. Der DECSL ist als Annex zur Verordnung konzipiert. Einführend zu diesem Vorschlag bereits R. Zimmermann, *Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, JBl. 2012, 2-22.

reich der Richtlinien richtig abgegrenzt“ sei und ob „die vorvertraglichen Informationspflichten angemessen“ seien.⁹

Damit war ein zukunftsweisendes Doppelprogramm formuliert: Einerseits sollten die Regeln des *acquis* standardisiert werden, soweit die damit verbundenen Generalisierungen plausibel sind; andererseits sollten sie einer kritischen Revision unterzogen werden, soweit das nötig ist. Das kann durchaus bedeuten, einzelne verbraucher-schützende Vorschriften auf ein vernünftiges Maß zurückzukürzen oder in einer interessengerechteren Form zu reformulieren; und solche Revisions-schritte werden naturgemäß auch Kontroversen auslösen. Versuche, die erforderlichen Korrekturen einzelner Aspekte des verbraucherrechtlichen Besitzstands von vornherein mit primärrechtlichen Argumenten zu verhindern,¹⁰ sind dabei allerdings zu Recht auf Ablehnung gestoßen.¹¹ Mehr als ein revisionsfester Kernbereich kann mit der primärrechtlichen Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzes (Art. 114 (3), 169 (1) AEUV) nicht verbunden sein; und es wäre fatal, ein junges Rechtsgebiet, dessen Regeln unausweichlich etwas Experimentelles haben, für sakrosankt zu erklären. Ein dysfunktionales Verbraucherrecht würde nämlich nicht zuletzt den Verbrauchern schaden. Gleichwohl wurde von dem Doppelprogramm der Europäischen Kommission bis heute nur ein Teil, nämlich die Generalisierung, ernsthaft betrieben. Das erklärt sich möglicherweise mit einer gewissen Zurückhaltung, den Gesetzgeber zu kritisieren, nicht zuletzt aber auch aus der Ge-

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council vom 11.10.2004: European Contract Law and the revision of the *acquis*. The way forward, COM(2004) 651 final, 3 ff.; in dieselbe Richtung bereits die Communication from the Commission to the European Parliament and the Council vom 12.2.2003: A more coherent European contract law. An action plan, COM(2003) 68 final, Rn. 71 ff.

¹⁰ Siehe etwa *N. Reich*, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes, ZEuP 2 (1994), 381-407, 393 f.: „Veränderungssperre bezüglich bestimmter verbraucherpolitischer Maßnahmen“; *H. Grub*, in: *C.O. Lenz / K.-D. Borchardt*, EU-Verträge. Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Aufl. (2010), Art. 169 AEUV, Rn. 10; *H.-W. Micklitz / P. Rott*, in: *M. Dausen* (Hg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 27. Ergänzungslieferung (2010), H. V. Verbraucherschutz, Rn. 23 f., 33.

¹¹ *C. Herresthal*, Die Ablehnung einer primärrechtlichen Perpetuierung des sekundärrechtlichen Verbraucherschutzniveaus, EuZW 2011, 328-333; *M. Stürner*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in: *H. Schulte-Nölke / F. Zoll / N. Jansen / R. Schulze* (Hg.), Das kommende Optionale Instrument zum Europäischen Kaufrecht (2012), 47-83, 62 f.

nese der heute vorliegenden Regelwerke. Jedenfalls kann man die jüngere Geschichte des europäischen Vertragsrechts geradezu als eine Geschichte verpasster Chancen zur Revision des *acquis* schildern.

Diese Geschichte beginnt mit dem DCFR. Wo dies Regelwerk Regeln des *acquis* aufnimmt, gehen diese Regeln nämlich zumeist auf die erste Auflage der *Acquis Principles* der *Acquis Group* (ACQP I)¹² zurück. Das Arbeitsprogramm dieser Gruppe, die ihre Arbeit 2002, also bereits vor den Mitteilungen der Kommission aufgenommen hatte, zielte aber gerade nicht auf eine kritische Revision des Verbraucher-*acquis*; vielmehr sollte der bestehende *acquis* dort aus methodischen Gründen als Ausgangspunkt für die Regelbildung dienen. Die Gruppe wollte prüfen, ob und wie weit sich auf der Grundlage des *acquis* – zumeist durch Verallgemeinerungen – ein kohärentes Vertragsrecht rekonstruieren lasse.¹³ Als die ACQP I mit den *Principles of European Contract Law* (PECL) und den Regeln der *Study Group* im DCFR zusammengeführt wurden, bestand offenbar schon aus Zeitgründen keine Gelegenheit mehr für eine Revision. Damit musste die unkritische Haltung gegenüber dem *acquis*, die in den ACQP ein Element des Forschungsprogramms gewesen war, zu einer strukturellen Schwäche des DCFR werden.¹⁴

Seither hat der Zeitdruck freilich nicht nachgelassen; zu erneuten Revisionsanläufen ist es im Gesetzgebungsprozess nicht mehr gekommen. Besonders deutlich wurde das im Zusammenhang mit den Diskussionen

¹² *The Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (2007) (ACQP I); siehe auch den zweiten Band: Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services (2009) (ACQP II).

¹³ G. Dannemann, Consolidating EC Contract Law: An Introduction to the Work of the Acquis Group, in: *Acquis Group*, Acquis Principles I (Fn. 12), XXIII-XXXII, XXVIII ff.; ausführlicher ders., Consolidating EC Contract Law: an Introduction to the Work of the Acquis Group, in: *Acquis Group*, Acquis Principles II (Fn. 12), xxxvi, xli ff. Kritisch N. Jansen / R. Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113-1126, 1117, 1120 ff.

¹⁴ H. Eidenmüller / F. Faust / H.C. Grigoleit / N. Jansen / G. Wagner / R. Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529-550, 544 ff.; zu den unterschiedlichen im DCFR zusammengeführten Textmassen a.a.O., 532 f.

um die Verbraucherrechte-RL. Im ersten Vorschlag für eine solche Richtlinie, mit der die Europäische Kommission im Herbst 2008 vier (ursprünglich sogar acht) zentrale verbraucherrechtliche Richtlinien (nämlich die Klausel-RL, die Haustürwiderrufs-RL, die Fernabsatz-RL und die Verbrauchsgüterkauf-RL) in ein „horizontales Instrument“ integrieren wollte,¹⁵ war von einer solchen Revision nicht mehr die Rede. Jetzt ging es lediglich darum, hier und da Lücken zu schließen, evidente Inkonsistenzen wie uneinheitliche Fristen zu beseitigen und den Text zu aktualisieren.¹⁶ Sachlich ändern wollte man nichts; und man sah deshalb offenbar auch keinen Anlass, den DCFR oder die *Acquis Principles* zu berücksichtigen.¹⁷ Viel wichtiger erschien die regulatorische Intensität der Vereinheitlichung. Ebenso wie bei der Verbraucherkredit-RL sollte bei der Verbraucherrechte-RL das Konzept einer Mindestharmonisierung des Verbraucherrechts durch das nicht nur rechtspolitisch, sondern im Vertragsrecht auch juristisch wesentlich anspruchsvollere Programm einer Vollharmonisierung¹⁸ ersetzt werden. Gerade bei einem derart anspruchsvollen Programm hätte es freilich nahegelegen, die Vorarbeiten von Expertengruppen zu berücksichtigen; und gerade bei einer Vollharmonisierung wäre zu fragen gewesen, ob die Regeln des *acquis* sich eigentlich bewährt haben, und ob sie in jeder Hinsicht richtig zugeschnitten sind. Dass das ambitionierte Projekt einer vollharmonisierenden, umfassenden Verbraucherrechte-RL einstweilen ge-

¹⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, vom 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg.

¹⁶ EG 2 des RL-Vorschlags (Fn. 15).

¹⁷ R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, Am.J.Comp.L. 57 (2009), 479-512, 487 ff.; M. Hesselink, *The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart?*, ERCL 5 (2009), 290-303, 291.

¹⁸ Dazu insbesondere B. Gsell / H.M. Schellhase, *Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?*, JZ 2009, 20-29. Für eine gründliche und weithin überzeugende Kritik des Vollharmonisierungskonzepts der Europäischen Kommission P. Rott / E. Terry, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, ZEuP 17 (2009), 456-488, 458 ff.

scheitert ist,¹⁹ kann deshalb kaum verwundern. Die jetzt beschlossene Verbraucherrechte-RL führt jedenfalls nurmehr die Haustürgeschäfts-RL und die Fernabsatz-RL zusammen, ohne jedoch den Anspruch zu erheben, die Regeln des *acquis* insgesamt in ein widerspruchsfreies Regelwerk zu integrieren.

Wahrscheinlich hängt der deutlich bescheidenere Zuschnitt der neuen Verbraucherrechte-RL damit zusammen, dass die Europäische Kommission mittlerweile den Gedanken eines optionalen Gemeineuropäischen Kaufrechts (*Common European Sales Law*, CESL)²⁰ in den Vordergrund gestellt hatte. Denn mit dem Projekt eines CESL verfolgt die Europäische Kommission das Ziel eines vollharmonisierten europäischen Vertragsrechts auf dem Wege eines optionalen Instruments weiter.²¹ Die Vollharmonisierung wird hier also nicht oktroyiert, sondern den Unternehmen und Verbrauchern als Option angeboten. Freilich scheint der Revision des Verbraucher-*acquis* auch bei der Formulierung dieses Instruments keine besondere Priorität eingeräumt worden zu sein:²² Der Expertengruppe, die mit dem Entwurf eines Regelwerks für ein europäisches Kaufrecht (*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, FS ECL)²³ beauftragt war, stand für diese Arbeit jedenfalls lediglich ein Jahr zur Verfügung, womit ein grundlegender Reflexionsprozess von vornherein ausgeschlossen war; zudem hatte die Europäische Kommission schon mit der Zusammensetzung dieser Gruppe zum Ausdruck gebracht, dass es ihr mehr um eine stabilisierende Konsolidierung und Ausweitung des *acquis* als um eine kritische Prüfung der Regelungsvorschläge der ACQP und des DCFR bzw. des bisherigen Richtlinienrechts ging. Der Großteil der Beteilig-

¹⁹ Die Reaktion der Literatur war jedenfalls vernichtend; statt aller *H.-W. Micklitz / N. Reich*, *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a „Directive on Consumer Rights“*, CMLR 46 (2009), 471-519.

²⁰ Oben Fn. 8.

²¹ Der Gedanke einer Vollharmonisierung durchzieht die Begründung des VO-Vorschlags (Fn. 8); siehe S. 4, 9, sowie EG 6, 11 f.

²² Siehe bereits *Zimmermann*, JBl. 2012, 15 ff.

²³ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

ten war jedenfalls bereits an der Formulierung des DCFR bzw. der ACQP beteiligt²⁴ und hatte im Übrigen offenbar von Anfang an akzeptiert, dass Kritik am Regelungsprogramm der Kommission nicht gewünscht wurde.²⁵

Entsprechend wurde der DCEsL zwar auf der Ebene der Definitionen über weite Strecken mit der Verbraucherrechte-RL abgestimmt.²⁶ Weder die Expertengruppe noch die Europäische Kommission haben aber im Einzelnen geprüft, wie weit die einzelnen tradierten Regeln des *acquis* in sich stimmig und funktional begründet waren, und wo sie einen Platz im Vertragsrecht finden können. Stattdessen scheint das Programm geradezu in einer Verbraucherschutzmaximierung bestanden zu haben: Für jedes einzelne Problem, das im DCEsL geregelt wird,²⁷ hat man offenbar die europaweit jeweils verbraucherfreundlichste Lösung gesucht²⁸ und in der regulatorischen Form des bisherigen Richtlinienrechts formuliert. Offenkundig wollte man den DCEsL auf diese Weise für Verbraucher (und Verbraucher-

²⁴ Kritisch deshalb bereits *J. Basedow / H. Eidenmüller / H.-C. Grigoleit / S. Grundmann / N. Jansen / E.-M. Kieninger / H.-P. Mansel / W.-H. Roth / G. Wagner / R. Zimmermann*, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, FAZ vom 1. Juli 2010, 8; *W. Doralt*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts. Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *RabelsZ* 75 (2011), 260-285, 278 ff.; ähnlich *K. Riesenhuber*, Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, *JZ* 2011, 537-544, 540 f.; *B. Koch*, Die österreichische Rechtsgeschäftslehre im Lichte des DCFR. Gibt es Anpassungsbedarf im ABGB?, in: *C. Fischer-Czermak* u.a. (Hg.), *Festschrift 200 Jahre ABGB* (2011), 1703-1725, 1704 f.

²⁵ *Hans Schulte-Nölke*, das deutsche Mitglied der Expertengruppe, hat diese jedenfalls als „Expertengruppe fehlender Unabhängigkeit“ qualifiziert und darin offenbar auch gar kein Problem gesehen: „Das ist auch richtig so; die Kommission könnte es ja gleich selber machen, sie lässt sich nur helfen. Wenn aber der Kommission gar nicht passt, was wir tun, dann müssen wir entweder das tun, was die Kommission will, oder von Bord gehen“: mitstenographierter Diskussionsbeitrag auf dem Vortragabend mit der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen im Plenarsaal des Niedersächsischen Landtags am 16. November 2010.

²⁶ Siehe insbesondere die weitgehend parallelen Definitionslisten: Art. 2 Verbraucherrechte-RL; Art. 2 des VO-Vorschlags (oben Fn. 8). Allerdings finden sich bei einzelnen Definitionen auch Abweichungen, die im Einzelnen freilich nicht immer unmittelbar einsehbar sind.

²⁷ Das gilt freilich nur für die geregelten Materien; der DCEsL bildet nicht den Verbraucher-*acquis* in seiner Gesamtheit ab. Kritisch, im Hinblick auf unlauteren Wettbewerb, *G. De Cristofaro*, „Invalidity“ of Contracts and Contract Terms in the Feasibility Study on a Future Instrument on European Contract Law, in: *R. Schulze / J. Stuyck* (Hg.), *Towards a European Contract Law* (2011), 97-120, 98 ff.

²⁸ Siehe auch *Zimmermann*, *JBl.* 2012, 16.

verbände!) attraktiv gestalten;²⁹ möglicherweise war dieser Schritt zudem dem Ziel geschuldet, Art. 6 (2) Rom I-VO auszuschalten.³⁰ Freilich war hiermit zugleich die Entscheidung verbunden, auf eine gedankliche Revision des *acquis* abermals zu verzichten. Vielmehr ging es ausschließlich um eine konsolidierende Vollharmonisierung des Erreichten bzw. sogar um eine Ausweitung des *acquis*. Dabei besteht eine solche Ausweitung nicht nur darin, dass der DCESL auch verbundene Dienstleistungen erfasst und auch bei Handelsgeschäften anwendbar sein soll. Vielmehr regelt der DCESL mit seinen Normen zur Klauselkontrolle weite Bereiche des Vertragsrechts, die in den übrigen Kapiteln ungeregelt geblieben sind.

Dieser Befund zur bisherigen Revision des *acquis* ernüchtert, weil das ursprüngliche Programm der Europäischen Kommission heute noch viel mehr als 2003 den Dreh- und Angelpunkt der Zukunft des europäischen Vertragsrechts bildet. Wenn sich eine wirkliche Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa mit dem traditionellen Instrumentarium der Mindestharmonisierung nicht erreichen lässt, und das kann man heute kaum mehr bezweifeln, dürfen die europäischen Gesetzgeber die Sorge um die Integrität des Vertragsrechts nicht mehr einfach den nationalen Gesetzgebern überlassen. Will man ein genuin einheitliches Privatrecht schaffen, so müssen die europäischen Gesetzgeber die Regeln eines europäischen Vertragsrechts selbst formulieren: sei es in der wohl wenig glücklichen Form maximalharmonisierender Richtlinien, sei es in der Form einer wählbaren oder einst sogar verbindlichen Kodifikation des Vertragsrechts.³¹ Die europäischen Gesetzgeber sehen sich deshalb der berechtig-

²⁹ Dies Argument durchzieht die Begründung des VO-Vorschlags (Fn. 8); siehe auch EG 11; siehe auch *D. Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491-3498, 3496 f.; *H. Schulte-Nölke*, Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt, ZEuP 19 (2011), 749-755, 745 f.

³⁰ Vgl. EG 12 des VO-Vorschlags (Fn. 8).

³¹ Zu den gegenwärtig diskutierten Gestaltungsalternativen der *acquis*-Reform, insbesondere zu den Möglichkeiten einer separaten Revision einzelner Richtlinien sowie der Schaffung einer übergreifenden Verbraucherschutzrichtlinie, siehe *H.-W. Micklitz / N. Reich*, Europäisches Verbraucherschutzrecht – quo vadis?, VUR 2007, 121-129, abrufbar unter http://www.vur-online.de/beitrag/2007_04_2.html.

ten Erwartung ausgesetzt, gründlich durchdachte und wohlformulierte Regeln vorzulegen. Denn nur ein in sich stimmiges, für Verbraucher und Unternehmer akzeptables Regelwerk wird die mit dem DCESL verbundene Hoffnung erfüllen können, dass Unternehmer und Verbraucher zu Motoren der europäischen Integration werden, indem sie sich gemeinsam für ein einheitliches europäisches Vertragsrecht entscheiden. Fragt man heute nach der Zukunft des europäischen Privatrechts, so muss deshalb erst recht das ursprüngliche Programm einer Revision des *acquis* im Zentrum stehen. Die plakative Gegenüberstellung von „mehr“ oder „weniger“ Verbraucherschutz,³² die die politische Diskussion nach wie vor zu beherrschen scheint, führt bei Problemen der Regelungstechnik und der systematisch-teleologischen Stimmigkeit ebenso wenig weiter wie bei Regeln, die verfehlte Anreize setzen, zu misslichen Umverteilungen innerhalb der Verbraucher führen oder Unternehmer mit Kosten belasten, ohne Verbrauchern überhaupt zu nützen.

Vor diesem Hintergrund möchte ich im Folgenden den DCESL näher in den Blick nehmen, der bis auf Weiteres den primären Referenztext der Diskussionen um ein künftiges europäisches Vertragsrecht bilden wird. Es gilt zu prüfen, an welchen Punkten der *acquis*, soweit er in diesen Text eingegangen ist, sich als revisionsbedürftig erweist, und auf welche Weise bzw. in welche Richtung eine solche Revision erfolgen sollte. Dabei kann es freilich nicht darum gehen, rechtspolitische Entscheidungen der europäischen Gesetzgeber, insbesondere das abstrakte Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus, in Frage zu stellen. Vielmehr möchte ich hier genuin juristisch nach nachvollziehbaren Begründungen, funktionaler Adäquanz und Wertungskohärenz fragen. Konkret geht es mir also darum, wie man Regeln formulieren sollte, um bestimmte rechtspolitische Ziele zu erreichen, und wie weit die bestehenden Regelungen und Regelungskomple-

³² Vgl. etwa *Staudenmayer*, NJW 2011, 3497; *Schulte-Nölke*, ZEuP 19 (2011), 745 f.

xe zueinander passen.³³ Dabei setze ich als normativen Maßstab das Ziel voraus, ein funktionsfähiges, und d.h. ein marktintegrierendes, Vertragsrecht zu schaffen, das für Verbraucher und Unternehmer so attraktiv ist, dass es den Vorzug vor nationalem Recht verdient. Zugleich muss ein europäisches Vertragsrecht freilich imstande sein, Verbraucher adäquat gegen dominante Konzerne zu schützen.

Inhaltlich geht es mir im Folgenden zum einen um die Reichweite eines optionalen Vertragsrechts, wobei nicht nur die Einbeziehung von Handelsgeschäften und der Ausschluss bestimmter Rechtsgebiete, wie Vertretung, Gesamtschuld und Aufrechnung, problematisch erscheinen, sondern vor allem auch die Reichweite einer vollharmonisierten AGB-Inhaltskontrolle. Zum anderen gilt es, die Reformulierung des *acquis* im Einzelnen zu prüfen. Besonders interessant ist hier neben der Regelung der Informationspflichten vor allem der Ausgleich von privatautonomer Gestaltungsfreiheit und paternalistischem Schutz. Außer Betracht bleiben, trotz ihrer besonderen Bedeutung für den Erfolg eines optionalen Kaufrechts, kollisionsrechtliche Probleme.³⁴

II. Die Erweiterung des Verbraucher-*acquis* und die Frage der Reichweite eines künftigen europäischen Vertragsrechts

1. Unternehmergeschäfte

War der vertragsrechtliche *acquis* der Europäischen Union bislang auf den Verbraucherschutz fokussiert, so hat die Europäische Kommission mit dem DCESL ihr Augenmerk in besonderer Weise auf die sogenannten Kleineren und Mittleren Unternehmen (*Small and medium enterprises, SME*) gelegt. Die Überzeugung, dass SME auf dem Binnenmarkt zu den besonders benachteiligten Akteuren gehören, weil ihnen bei Verträgen mit größeren

³³ Zu diesem Forschungsprogramm *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Revision des Verbraucher-*acquis* (Fn. 5); *dies.*, Towards a Revision of the Consumer-*acquis*, CMLR 48 (2011), 1077-1123.

³⁴ *H. Eidenmüller / N. Jansen / E.-M. Kieninger / G. Wagner / R. Zimmermann*, Der Vorschlag über eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, II.

Unternehmen stets deren Recht oktroyiert werde, und weil die Ermittlung und Verhandlung nationalen Rechts für SME auch im Übrigen unverhältnismäßig aufwändig sei, durchzieht die Begründung und auch die Erwägungsgründe (2, 7 und 21) des Verordnungsvorschlags. Es ist deshalb nur folgerichtig, dass die Kommission mit dem DCESL den Verbraucher-*acquis* um Regeln auch für Handelsgeschäfte erweitert, an denen mindestens ein SME beteiligt ist (Art. 7 des VO-Vorschlags). Den weiteren Schritt, konsequent sämtliche Unternehmergeschäfte mit einzubeziehen, möchte die Kommission aber nicht gehen: „the personal scope of the proposal is limited to transactions where the internal market problems are mainly found, i.e. business-to-business relations where at least one of the parties is an SME and business-to-consumer relations. Contracts concluded between ... traders none of which is an SME are not included, as there is no demonstrable need for action for these types of cross-border contracts“.³⁵

Nun lässt sich gewiss nicht bestreiten, dass eine Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts kleineren Unternehmen wahrscheinlich in besonderer Weise zugutekommen würde. Wenn der Ansatz der Kommission gleichwohl von Anfang an auf Ablehnung gestoßen ist,³⁶ so hat das vor allem regelungstechnische Praktikabilitätsgründe. Zu einer Rechtswahl gehören immer zwei Parteien; ein Europäisches Kaufrecht kann deshalb nur dann erfolgreich sein, wenn es auch für größere Unternehmen attraktiv ist, das CESL gegenüber SME zu vereinbaren. Größere Unternehmen werden indes kaum gewillt sein, ihre Verträge mit anderen Unternehmen je nach Größe mal nationalem, mal europäischem Recht zu unterstellen. Denn das würde ihre administrativen Kosten nicht reduzieren, sondern sogar noch steigern. Hinzu kommt, dass der VO-Vorschlag die SME in Art. 7

³⁵ VO-Vorschlag (Fn. 8), 10.

³⁶ The Law Commission and the Scottish Law Commission, An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government (10.11.2001; abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/publications/1698.htm>), Rn. 6.41 ff.; Zimmermann, JBl. 2012, 17 f.; Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), I.1. Gegen eine bestimmte Begrenzung offenbar auch O. Lando, On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future Perspectives, in: Schulze / Stuyck (Fn. 27), 203-214, 213.

(2) durch zwei Kriterien (weniger als 250 Mitarbeiter; Jahresumsatz von 50.000.000 € bzw. Bilanzsumme von 43.000.000 €) definiert, die Vertragspartner von außen nicht erkennen können, die ein Familienunternehmen häufig nicht offenlegen mag, und die auch im Übrigen kaum handhabbar sind, weil sie eine Fülle von nur judiziell zu klärenden Rechtsfragen aufwerfen: Wie sind teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter zu behandeln? Auf welchen Zeitpunkt kommt es für die Mitarbeiterzahl an: auf den Vertragsschluss oder den Jahresdurchschnitt? Bei saisonal arbeitenden Unternehmen kann das einen signifikanten Unterschied bedeuten. Und wenn es auf den Vertragsschluss ankommt: Ist das Angebot (des SME) oder die Annahme (durch den Unternehmer) entscheidend, wenn zwischenzeitlich eingestellt oder gekündigt wird? Auf welchen Zeitraum ist für die Umsatzzahlen abzustellen? Und überhaupt: nach welchen Kriterien bzw. Regelwerken sind Bilanz und Umsatz zu ermitteln? Muss das SME gegebenenfalls Steuerunterlagen offenlegen? Was gilt, wenn eine oder beide Parteien sich über ein Kriterium irren? Haftet das SME bei Fehlinformation? Nur bei Vorsatz oder auch bei Fahrlässigkeit? Unternehmer, die sich auf solche Fragen nicht einlassen mögen, werden das CESL nicht vereinbaren. Angesichts der vielen vom DCESL nicht geregelten Fragen (sogleich II.2.) ist freilich auch nicht zu erwarten, dass man deshalb einfach auf das Recht eines dritten Mitgliedsstaats ausweicht, der von der Option Gebrauch gemacht hat, das CESL für sämtliche Handelsgeschäfte zu öffnen (Art. 13 (2) VO-Vorschlag).³⁷ Denn dann gilt nicht nur das CESL, sondern im Übrigen das Vertragsrecht dieser Rechtsordnung.

Gewiss könnte man erwägen, das unklare Abgrenzungskriterium durch ein besser handhabbares zu ersetzen. Indes ist zweifelhaft, ob es ein solches Kriterium überhaupt geben kann. Denn die Größe eines Unternehmens ist von außen nicht erkennbar. Schon deshalb gilt: Wer ein optionales Kaufrecht auch für SME zugänglich machen möchte, wofür in der Tat vieles spricht, muss es für sämtliche Unternehmer öffnen. Dass Groß-

³⁷ So offenbar die freilich naive Erwartung der Kommission: *Staudenmayer*, NJW 2011, 3494.

unternehmen divergierende Rechtssysteme einfacher handhaben können als SME, bildet keinen Grund dafür, ihnen ein optionales Instrument vorzuenthalten. Je weiter ein solches Instrument anwendbar ist, umso größer ist der damit verbundene mögliche Vereinfachungseffekt (aus gleichen Gründen sollte man ein optionales Instrument auch für innerstaatliche Geschäfte öffnen – dem Geist des Binnenmarktes entspricht es gewiss nicht, innerstaatliche und grenzüberschreitende Verträge unterschiedlichen Regelwerken zu unterwerfen).³⁸ Folglich gilt

These 1: Ein optionales Instrument sollte Unternehmern unabhängig von ihrer Größe zugänglich sein; eine Beschränkung auf SME ist verfehlt.

2. Finanzierte Kaufverträge und Zahlungserleichterungen

Auch hinsichtlich des Regelungsgegenstands geht die Kommission mit dem DCESL deutlich über den bisherigen *acquis* hinaus; insbesondere werden mit dem DCESL nicht nur klassische Warenkaufverträge, sondern auch Verträge über die „Bereitstellung digitaler Inhalte“ einerseits und verbundene Dienstleistungen andererseits geregelt (Art. 1 (1) VO-Vorschlag). Außen vor bleiben indes Kreditdienstleistungen: Der DCESL „darf“ keine Anwendung auf Verträge finden „bei denen der Unternehmer dem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer vergleichbaren Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht“ (Art. 6 (2) VO-Vorschlag).

Diese Einschränkung verwundert schon deshalb, weil auf diesem Gebiet längst ein wohletablierter europäischer Verbraucher-*acquis* existiert, der sich ohne Weiteres in ein CESL integrieren ließe und dort wohl nicht zuletzt auch aus symbolischen Gründen ohnehin seinen Platz finden sollte. Aber auch wenn das nicht geschieht, sollte man die Anwendung des CESL auf finanzierte Verträge keinesfalls ausschließen, weil das Instru-

³⁸ Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), I.1.

ment damit deutlich an Attraktivität zu verlieren droht. Die – an sich zutreffende – Behauptung der Kommission, die Regeln über den Finanzierungskauf seien doch weitgehend vereinheitlicht, eine Integration in ein CESL also entbehrlich,³⁹ lenkt von diesem Problem nur ab. Denn vereinheitlicht sind eben nur die Regeln über die *Finanzierung*, nicht aber die im DCESL geregelten Fragen, die bei finanzierten Geschäften nach Art. 6 (2) VO-Vorschlag gerade nicht anwendbar sein dürften; und dass man kein gemeinsames Kaufrecht wählen kann, weil die Regeln über die Finanzierung des Kaufs vereinheitlicht sind, erscheint als Begründung absurd.

Dabei sind Ratenzahlungen, verlängerte Zahlungsziele und andere Finanzierungshilfen seit langem auch im Fernabsatzgeschäft üblich. Viele Unternehmer möchten auf solche Angebote nicht verzichten, weil sie fürchten müssen, andernfalls gegenüber der Konkurrenz ins Hintertreffen zu geraten. Wenn sie das CESL für solche Geschäfte nicht nutzen könnten, so würde ein solches Instrument für sie aber keine Reduktion, sondern vielmehr eine Steigerung der Verwaltungskosten bedeuten.⁴⁰ Denn dann könnten sie das CESL nur für einen Teil ihres Geschäfts verwenden und müssten für finanzierte Geschäfte weiterhin nationales Kaufrecht vereinbaren und eigenständige AGB entwerfen. Das muss die Bereitschaft von Unternehmern reduzieren, ein CESL überhaupt anzubieten und kann deshalb nicht richtig sein, wenn das CESL eine attraktive Option werden soll. Weitere Probleme kommen hinzu, wenn ein Unternehmer, was ebenfalls nicht unüblich ist, einem illiquide gewordenen Käufer erst im Nachhinein einen Zahlungsaufschub gewährt: Soll dann die Rechtswahl *ex post* ungültig werden? Oder müssen die Parteien jetzt ein neues Recht vereinbaren? All diese Probleme lassen sich leicht vermeiden.

These 2: Ein CESL sollte auch auf finanzierte Kaufverträge anwendbar sein.

³⁹ *Staudenmayer*, NJW 2011, 3494.

⁴⁰ *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), II.4.b.

3. Lücken im DCESL

Die inhaltliche Erweiterung des DCESL über den engen Bereich des Warenkaufs hinaus bedeutet nicht, dass die Europäische Kommission mit diesem Instrument eine umfassende Regelung der Rechtsfragen, die sich bei einem typischen Erwerbsgeschäft stellen, angestrebt hätte. Vielmehr hat sie den DCESL ausgesprochen lückenhaft konzipiert. Erwägungsgrund 27 spricht das ganz offen aus: „Alle vertraglichen und außervertraglichen Sachverhalte, die nicht im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht geregelt sind“, sollen dem jeweils anwendbaren innerstaatlichen Recht unterliegen. „Hierzu zählen unter anderem die Frage der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, der Wechsel der Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich der Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums sowie das Deliktsrecht. Auch die Frage, ob konkurrierende Ansprüche aus vertraglicher und außervertraglicher Haftung zusammen verfolgt werden können, ist nicht Gegenstand des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.“ Dass diese Fragen „nicht von praktischer Bedeutung“ sein sollen, wie die Kommission in diesem Zusammenhang suggeriert,⁴¹ ist indes eine irritierende Behauptung.⁴² Denn es bildet heute eher die Ausnahme als die Regel, dass an einem Verbrauchervertrag kein Vertreter beteiligt ist; und die Zession von Forderungen zur Sicherung von Bankdarlehen oder im Wege des Factoring ist allgemein üblich. Wenn die Expertengruppe und die Europäische Kommission hier von einer Regelung abgesehen haben, so dürften die Gründe dafür eher in den besonderen Schwierigkeiten zu finden sein, in diesen Rechtsbereichen

⁴¹ EG 26 zum VO-Vorschlag (Fn. 8); vgl. auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3496.

⁴² *J. Kleinschmidt*, Stellvertretung, IPR und ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht, *RabelsZ* 75 (2011), 497-540, 504 f.; *Zimmermann*, JBl. 2012, 9 f. Zur Bedeutung nationalen Rechts für die Lücken im DCESL auch *E. Terry*, *Contract Formation – An Illustration of the Difficult Interface with National Law and Enforcement*, in: *Schulze / Stuyck* (Fn. 27), 65-80.

konsensfähige und überzeugende Regeln zu formulieren. Zudem stellen sich in diesen Gebieten besondere kollisionsrechtliche Probleme, weil hier typischerweise Drittinteressen betroffen sind;⁴³ freilich hat die Europäische Kommission sich dadurch nicht gehindert gesehen, Einzelfragen insoweit im Rahmen der Klauselkontrolle mitzuregulieren.⁴⁴

Nun könnte man solche Lücken mit dem Argument hinnehmen, dass das europäische Vertragsrecht langsam wachsen müsse. Freilich vermag ein solches Argument nur dann zu überzeugen, wenn die Lückenhaftigkeit für die Anwendung der einheitlichen Regeln im Übrigen ohne größere Bedeutung bliebe. Gerade das ist indes nicht der Fall. Denn die Notwendigkeit, in den nicht geregelten Bereichen nationales Recht anzuwenden, bedeutet, dass Verbraucher und SME durch die Wahl eines CESL nur teilweise von den Problemen entlastet werden, die aus der Konfrontation mit einer fremden Rechtsordnung resultieren. Die Suggestion, die Welt würde durch die Wahl eines lückenhaften CESL juristisch einfacher, ist geradezu irreführend. Wenn der Verkäufer seine Forderung abtritt, mit einer anderen Forderung aufrechnet, wenn er geltend macht, eine für den Käufer schwierige Sprache sei Vertragssprache, wenn er behauptet, an eine bestimmte Erklärung eines angeblichen Vertreters nicht gebunden zu sein, oder wenn sich Probleme bei einem Eigentumsvorbehalt stellen, wird der Käufer sich im Regelfall mit einer fremden Rechtsordnung konfrontiert sehen und sich dann auch mit dem juristisch komplizierten Zusammenspiel verschiedener Rechtsordnungen auseinandersetzen müssen.

Hinzu kommen Probleme bei der Bestimmung der inhaltlichen Reichweite eines CESL: So enthält der DCEsL, anders als die UNIDROIT-PICC (2.1.12), die PECL (Art. 2:210) und auch noch der DCFR (Art. II.-

⁴³ Zum Vertretungsrecht ausführlich *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 75 (2011), 514 ff.; zur Abtretung *E.-M. Kieninger*, *Das Abtretungsrecht des DCFR*, *ZEuP* 18 (2010), 724-746, 743 f. m.w.N.

⁴⁴ Siehe insbesondere Art. 84 (c) DCEsL zur Stellvertretung; Art. 85 (m) DCEsL zur Übertragung von Forderungsrechten. Näher sogleich bei II.3.

4:210) keine Regel über kaufmännische Bestätigungsschreiben.⁴⁵ Ob man hier auf nationales Recht oder aber auf die allgemeine Regel des Art. 34 (2) DCEsL, wonach bloßes Schweigen nicht als Annahme gilt, zurückgreifen soll, lässt sich dem Text des DCEsL schlechterdings nicht entnehmen. Denn anders als bei einer nationalen Kodifikation kann man bei der Anwendung eines lückenhaft konzipierten CEsL gerade nicht voraussetzen, dass jede Rechtsfrage ihre Antwort in diesem Rechtstext finde. Klare Kriterien, was geregelt ist und was nicht, werden sich hier indes nicht ohne Weiteres formulieren lassen; jedenfalls hilft die Regel zur Behandlung von „issues within the scope“ des CEsL (Art. 4 (1) DCEsL) nicht weiter, weil es in solchen Fällen ja gerade darum geht, wie weit der *scope* reicht. Auch den Mechanismus zur Lückenfüllung in den Art. 4, 7 (2) CISG⁴⁶ wird man nicht ohne Weiteres auf den DCEsL übertragen können,⁴⁷ weil dieser Mechanismus voraussetzt, dass interne, nach Art. 7 (2) CISG zu füllende Lücken sich eindeutig und ohne größere Probleme von externen Lücken unterscheiden lassen. Beim DCEsL ist das aber schon deshalb nicht der Fall, weil dieser Text inhaltlich wesentlich „ausgefranster“ geregelt ist als das CISG mit seinem verhältnismäßig klar abgegrenzten Regelungsgegenstand – bezeichnenderweise fehlt im DCEsL eine Regelung wie Art. 4 CISG. Erschwerend kommt hinzu, dass man nicht ohne Weiteres vermuten kann, dass Fragen, die im DCEsL ungeregelt sind, obgleich sich in den älteren Regelwerken eine Regel dafür findet, vom DCEsL mit erfasst sein sollen. Woher soll man wissen, ob es sich um eine bewusste Entscheidung oder um ein Redaktionsversehen handelt? Nach welchen Kriterien ist zu entscheiden, ob andere Regeln des CEsL oder nationales Recht anzuwenden sind? Parteien, die über ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben streiten, werden deshalb zunächst einmal – gegebenenfalls vor dem EuGH –

⁴⁵ Vgl. bereits *Terry*, *Contract Formation* (Fn. 42), 66 f. Die Formulierung des DCFR geht auf die PECL zurück, die substantiell mit der Regel der UNIDROIT-PICC übereinstimmt.

⁴⁶ *F. Ferrari*, in: *P. Schlechtriem / I. Schwenzer*, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl. (2008), Art. 7 CISG, Rn. 41 ff. m.w.N.

⁴⁷ Das hofft indes *Staudenmayer*, *NJW* 2011, 3495; siehe bereits *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 75 (2011), 508 f.

klären müssen, ob diese Frage überhaupt vom CESL erfasst sein soll, um den Streit, sofern das nicht der Fall ist, in einem zweiten Schritt nach nationalem Recht entscheiden zu lassen. Ähnliche Probleme stellen sich z.B. auch bei Willensmängeln, für die nicht der Vertragspartner selbst, sondern ein Dritter verantwortlich ist: Im Gegensatz zur *Feasibility study* und zu den früheren nichtlegislativen Kodifikationen fehlt auch hier eine Regelung innerhalb des DCESL.⁴⁸ Solche Ungewissheit trägt wenig zur Attraktivität eines optionalen Vertragsrechts bei.

These 3: Ein optionales Vertragsrecht sollte so umfassend wie möglich geregelt sein, um einen Rückgriff auf nationales Vertragsrecht nach Möglichkeit auszuschließen. Soweit das nicht möglich ist, sollte klar definiert sein, wie weit die Regelungen des optionalen Vertragsrechts reichen.

4. Die Vereinheitlichung der Klauselinhaltskontrolle

Besondere Probleme resultieren in diesem Zusammenhang aus der Vereinheitlichung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hier statuiert der DCESL nämlich, zumindest zugunsten von Verbrauchern, einheitliche Maßstäbe für die Inhaltskontrolle. Damit geht der Vorschlag der Kommission deutlich über den bisherigen *acquis* hinaus und verfolgt ein Projekt weiter, das im Rahmen der Verbraucherrechte-RL gescheitert war.⁴⁹ Die Europäische Kommission sieht sich zwar offenbar nicht imstande, das materielle Vertragsrecht insgesamt zu vereinheitlichen. Gleichwohl soll das CESL Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, ihr Geschäft in verschiedenen Rechtsordnungen auf Grundlage einheitlicher AGB abzuwickeln

⁴⁸ Art. 4:111 PECL; Art. 3.2.8 PICC (Art. 3.11 PICC²⁰⁰⁴); Art. II.-7:208 DCFR; Art. 49 FS ECL. Näher zur „rätselhaften“ Entscheidung der Europäischen Kommission, diese Frage ungeregelt zu lassen, S. Martens, Die Regelung der Willensmängel im Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, demnächst im AcP 211 (2011), 845-885, 876 ff.

⁴⁹ Siehe z.B. Art. 34 f. mit Annex II und III des ursprünglichen RL-Vorschlags (Fn. 15).

(Art. 1 (2) VO-Vorschlag).⁵⁰ Es verwundert nicht, dass dies zu ganz ähnlichen Problemen führt, wie sie bereits beim Versuch einer Vollharmonisierung der Inhaltskontrolle in der Verbraucherrechte-RL deutlich geworden sind.⁵¹

Für die Klauselinhaltskontrolle gilt nach der Rechtsprechung des EuGH bislang, dass die nach Art. 3 (I), 4 (1) Klausel-RL erforderliche Wertentscheidung von der – je nationalen – Vertragsrechtsordnung insgesamt mitbestimmt werde.⁵² Die Entscheidung über die Unfairness von AGB fällt deshalb grundsätzlich in die Kompetenz der nationalen Gerichte.⁵³ Ob eine bestimmte Vertragsklausel wirksam ist, entscheiden also nationale Richter nach nationalem Recht. Das ist schon deshalb plausibel, weil besondere Klauselverbote der Sache nach jeweils zu denjenigen Rechtsgebieten gehören, auf die sie sich beziehen. Das Verbot eines formularmäßigen Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen bildet beispielsweise ebenso einen Aspekt des Gewährleistungsrechts wie eine Regel, die einzelne Gewährleistungsvorschriften dispositionsfest stellt. Wenn Klauselverbote gleichwohl in besonderen gesetzlichen Listen (sowie, in Deutschland, in Richterrecht systematisierenden Kommentierungen zur Generalklausel)⁵⁴

⁵⁰ Art. 1 (2) VO-Vorschlag (oben Fn. 8): „This Regulation enables traders to ... use the same contract terms for all their cross-border transactions thereby reducing unnecessary costs ...“; vgl. auch *Staudenmayer*, NJW 2011, 3497. Es ist bemerkenswert, dass dies Regelungsziel zum Inhalt einer Norm, also nicht nur eines Erwägungsgrunds, geworden ist.

⁵¹ *Jansen*, Klauselkontrolle, in: *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Verbraucher-acquis (Fn. 5), 53-107, 65 ff., 91 ff.

⁵² EuGH, 1.4.2004, Rs. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten GmbH .../Ludger Hofstetter et al.*), Slg. 2004 I, 3403 ff., Rn. 21: „In diesem Zusammenhang sind auch die Folgen zu würdigen, die die Klausel im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts haben kann ...“. Dabei ist auch die Liste unfairer Klauseln nach der Klausel-RL weder bindend noch abschließend; siehe den EG 17 der RL; EuGH, a.a.O., Rn. 19; EuGH, 7.5.2002, Rs. C-478/99 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich Schweden*), Slg. 2002 I, 4147, 4172 ff., Rn. 20 ff.

⁵³ EuGH, *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter* (Fn. 52), Rn. 21 f., 25; dazu *A. Röthel*, Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie: Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungsdialo, ZEuP 13 (2005), 418-427, 419 ff. m.w.N. Dass der EuGH bestimmte Gerichtsstandsvereinbarungen für generell unwirksam erklärt hat (EuGH, 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 [*Océano Grupo Editorial SA et al./Rocío Murciano Quintero et al.*], Slg. 2000 I, 4941, 4973, Rn. 24), bildet insoweit eine Ausnahme: EuGH, *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter*, Rn. 23.

⁵⁴ *Jansen*, Klauselkontrolle (Fn. 51), 69.

zusammengefasst werden, so hat das in erster Linie historische und pragmatische Gründe. Eine Vereinheitlichung der Klauselinhaltskontrolle betrifft deshalb, anders insbesondere als die Vereinheitlichung der Regeln über die Einbeziehung von AGB, nicht einen isoliert regelbaren Einzelaspekt des Vertragsrechts, sondern vielmehr das Vertragsrecht in seiner Gesamtheit (sowie möglicherweise auch Teile des Sachenrechts). Die Vorstellung der Europäischen Kommission und der Expertengruppe, bei der AGB-Kontrolle handele es sich um ein einzelnes Rechtsgebiet, das sich gleichsam neben den Informationspflichten, dem Vertragsschluss, den Willensmängeln und den Leistungsstörungen regeln lasse,⁵⁵ beruht deshalb auf einem Missverständnis.

Der DCESL soll eine einheitliche Inhaltskontrolle zunächst dadurch gewährleisten, dass er, im Gegensatz zum bisherigen *acquis* und im Einklang mit dem deutschen Recht, zwei verbindliche Listen von Klauseln statuiert, die von vornherein unwirksam sind bzw. deren Unfairness vermutet wird (Art. 84, 85). Dabei erfasst der DCESL mit diesen Regeln über die AGB-Inhaltskontrolle ganz selbstverständlich auch Materien wie die Stellvertretung (Art. 84 (c) DCESL), Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen (Art. 84 (d), (e) DCESL), die Aufrechnung (Art. 85 (c) DCESL) und Vertragsstrafen (Art. 85 (e) DCESL). Der DCESL regelt hier also Materien, die außerhalb der übrigen explizit geregelten und zumeist zugunsten von Verbrauchern ohnehin zwingenden Regelungen⁵⁶ liegen.⁵⁷ Wenn der *scope* der AGB-Kontrolle damit signifikant über den allgemeinen *scope* des DCESL hinausreicht, so muss das zu Brüchen führen, die hier zunächst anhand zweier Beispiele veranschaulicht werden sollen:

⁵⁵ Vgl. S. 5 und EG 26 des des VO-Vorschlags (oben Fn. 8).

⁵⁶ Art. 10 (6) (Zugang einer Mitteilung), 22, 27, 28 (3), 29 (4) (Informationspflichten), 47 (Widerrufsrechte), 56 (Willensmängel), 64 (verbraucherfreundliche Vertragsauslegung), 69 (4), 71 (2), 72 (2), 75 (2), 77 (2) (Fragen des Vertragsinhalts), 81 (Klauselkontrolle), 92 (2), 99 (3), (4), 101 (3), 102 (5), 108 (Verkäuferpflichten und Gewährleistungsansprüche), 135 (4) (Verkäuferrechte), 142 (5), 148 (5), 150 (3), 158 (3) (Rechte und Pflichten hinsichtlich verbundener Dienstleistungen).

⁵⁷ Irritierenderweise betrifft die Klauselinhaltskontrolle auch zwingend geregelte Fragen wie die Verkäuferhaftung; siehe Art. 64, 108 einerseits und Art. 84 (a), (b), (f), (j), 85 (b), (j), (n), (q), (t) andererseits.

Das erste betrifft Art. 85 (m) DCEsL, wonach eine Vermutung der Unfairness für Klauseln gilt, mit denen ein Unternehmer sich vorbehält, „to transfer its rights and obligations under the contract without the consumer’s consent“; eine solche Klausel soll nur unter engen Einschränkungen unbedenklich sein.⁵⁸ Dabei zeigt die Genese dieser Vorschrift, dass damit nicht nur die Übernahme eines Vertrags *in toto* gemeint sein kann, sondern implizit auch die isolierte Abtretung von Kundenforderungen verboten sein soll.⁵⁹ Die meisten europäischen Kautelarjuristen würden ein solches Verbot freilich mit befremdetem Schmunzeln zur Kenntnis nehmen: Auch wer keinen solchen Vorbehalt vereinbart, kann praktisch überall seine Forderung zedieren; problematisch ist allenfalls die Zession künftiger Forderungen.⁶⁰ Man könnte freilich auch genau umgekehrt argumentieren: Wenn die Vereinbarung eines solchen Vorbehalts unwirksam sein soll, so müssten Forderungen gegen Verbraucher grundsätzlich als nicht zessionsfähig gelten. Die Auswirkungen einer solchen Regel auf die Kreditpraxis wären verheerend.

Das zweite Beispiel betrifft Vertragsstrafen, die in den meisten europäischen Mitgliedsstaaten mit gewissen Einschränkungen zulässig, in Eng-

⁵⁸ Nämlich im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, und wenn eine Beeinträchtigung der Rechte des Verbrauchers nicht zu erwarten ist.

⁵⁹ Der Vorschlag einer Verbraucherrechte-RL enthielt kein solches Klauselverbot; Annex III (1)(i) schloss lediglich die Übertragung von Verpflichtungen des Schuldners auf einen Dritten aus. Art. II.-9:410 DCFR vermutet ebenso wie Annex III (p) zu Art. 3 Klausel-RL die Unfairness einer Übertragung von Rechten und Pflichten des Unternehmers, allerdings nur soweit dadurch Garantieansprüche des Verbrauchers entwertet werden. Ein Abtretungsverbot war damit nach dem DCFR gerade nicht impliziert, denn nach den Art. III.-5:105 ff. waren auch künftige Forderungen grundsätzlich unbeschränkt abtretbar und vertragliche Zessionsverbote dinglich unwirksam (Art. III.-5:108 (1) DCFR). Angesichts dieses Hintergrunds lässt die viel weiter gefasste Vorschrift des DCEsL sich gerade nicht dahin verstehen, dass sie lediglich die vollständige Auswechslung eines Vertragspartners regelt, die auch nach § 309 Nr. 10 BGB unwirksam ist: Wäre nach Art. 85 (m) DCEsL die isolierte Abtretung von Forderungen zulässig, so müsste das ja umgekehrt auch für die Abwälzung von Verpflichtungen des Unternehmers an einen Dritten gelten. Offenkundig geht es also nicht nur darum, den Verbraucher gegen eine Entwertung seiner Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu schützen, sondern auch um Forderungen gegen Verbraucher. Vielleicht will die Vorschrift Verbraucher vor ruppigen Inkassounternehmen schützen, doch bleibt dies mangels einer Begründung unklar.

⁶⁰ Vgl. Art. 11:102 PECL; *H. Kötz*, Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment, IECL VII/13 (1990), Rn. 64 ff., 68 ff.

land aber unwirksam sind.⁶¹ Die *Feasibility study* und zuvor auch die nichtlegislativen Kodifikationen hatten hier jeweils eine weitgehend gleiche Regel formuliert, wonach Vertragsstrafen grundsätzlich wirksam sind, eine überhöhte Vereinbarung im Einzelfall aber unabhängig von der Parteivereinbarung herabgesetzt werden kann.⁶² Im DECSL findet sich eine solche Regelung indes nicht mehr.⁶³ Umso mehr irritiert deshalb Art. 85 (e) DCECSL, wonach eine Vermutung für die Unwirksamkeit einer Klausel spricht, die eine Vertragsstrafe zulasten des Verbrauchers vorsieht. Man muss das dahin verstehen, dass eine vorformulierte Vertragsstrafe Verbraucher nur ausnahmsweise bindet, gleichwohl aber nicht unter allen Umständen unwirksam ist. Daraus folgt offenbar, dass eine individualvertraglich vereinbarte Vertragsstrafe grundsätzlich wirksam ist, und dass Vertragsstrafen unter Unternehmern auch dann zulässig sein sollen, wenn sie in AGB vereinbart werden. Soll das jetzt auch in England gelten, sollen jetzt also auch englische Unternehmer Vertragsstrafen vereinbaren können, wenn sie nur das CESL vereinbaren? Oder soll das nur dann gelten, wenn das CESL über den Umweg deutschen Rechts oder einer anderen Rechtsordnung gewählt wird, die Vertragsstrafen anerkennt? Dafür könnte sprechen, dass das CESL nur die Wirksamkeit einer AGB-rechtlichen Vereinbarung regelt, die allgemeine Frage der Zulässigkeit von Vertragsstrafen also anscheinend nationalem Recht überlässt. Aber dann könnte man eben nicht europaweit einheitliche AGB verwenden, denn in England blieben Vertragsstrafen ausnahmslos und auch zwischen Unternehmern unzulässig. Und was gilt dann eigentlich bei einer überhöhten Vertragsstrafe? Gilt hier die in den nichtlegislativen Kodifikationen tradierte europäische Regel, wonach solche Vereinbarungen auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen sind? Und ist das eine Frage, die der EuGH zu beantworten hat, weil sie offensichtlich für die Angemessenheit bzw. Unwirksamkeit ei-

⁶¹ A. Burrows, in: *ders.* (Hg.), *English Private Law*, 2. Aufl. (2007), Rn. 21.176 ff. m.w.N.

⁶² Art. 9:509 PECL; Art. 7.4.13 PICC; Art. III.-3:712 DCFR; Art. 170 FS ECL.

⁶³ Zu Recht kritisch *Zimmermann*, JBl. 2012, 10.

ner solchen Klausel ausschlaggebend sein kann, oder gilt hier wieder nationales Recht?

Nun wird man einzelne Regeln gewiss korrigieren können. Wichtiger ist etwas ganz anderes, nämlich die Bedeutung des dispositiven Rechts für die Klauselinhaltskontrolle und das Zusammenspiel einer europäischen Klauselinhaltskontrolle mit den nach wie vor divergierenden nationalen Vertragsrechten. Aufgrund dieser Divergenz kommt es gegenwärtig immer wieder vor, dass Klauseln, die in einem Mitgliedsstaat dispositivem Recht entsprechen, in einer anderen Rechtsordnung als missbräuchlich bzw. unfair gelten.⁶⁴ Entsprechendes würde im Verhältnis von nationalem und europäischem Recht gelten, wenn ein CESL tatsächlich Regeln wie das Abtretungsverbot für Forderungen gegen Verbraucher enthielte. Eine Klauselinhaltskontrolle auch in Bereichen, die vom CESL im Übrigen nicht erfasst sind, scheint nationale Gesetzgeber deshalb dazu zu zwingen, ihr Recht an die europäischen Standards der Art. 84 f. DCEESL anzupassen, wenn sie nicht gravierende Wertungswidersprüche hinzunehmen bereit sind.

Zusätzliche Probleme entstehen in Fällen, wie den Vertragsstrafen, in den sich das nationale Recht als restriktiver als der DCEESL erweist. Hier scheint es nur zwei Optionen zu geben:⁶⁵ Entweder sind nationale Gesetzgeber in den vom allgemeinen *scope* eines CESL nicht erfassten Bereichen auch weiterhin frei, Verbotsnormen zu statuieren, die über die Klauselverbote eines CESL hinausgehen. Das wäre von erheblicher praktischer Relevanz, denn schon bei einem oberflächlicher Vergleich der Klauselverbote in den §§ 309 f. BGB mit denen der Art. 84 f. DCEESL wird deutlich, dass das deutsche Recht in manchem restriktiver ist als der DCEESL.⁶⁶ Hier wird man möglicherweise argumentieren können, dass die deutschen Regeln

⁶⁴ Näher *E.-M. Kieninger*, Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?, *RabelsZ* 73 (2009), 793-817, 801 ff.

⁶⁵ Zum folgenden detaillierter *Jansen*, Klauselkontrolle (Fn. 51), 67 f.

⁶⁶ Siehe etwa § 309 Nr. 1 BGB und Art. 85 (k) DCEESL zu Preiserhöhungen (nur nach deutschem Recht sind Preiserhöhungen für Waren, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert werden sollen, stets unwirksam); § 309 Nr. 3 BGB und Art. 85 (c) DCEESL (nur nach deutschem Recht ist ein Aufrechnungsverbot bei unbestrittenen bzw. rechtskräftig festgestellten Forderungen stets unwirksam).

über die AGB-Kontrolle keine Anwendung finden, soweit sich im CESL eine parallele Regel findet (unklar wäre freilich, nach welchem Maßstab beispielsweise ein formularmäßiger Eigentumsvorbehalt zu beurteilen wäre). Nationale Gesetzgeber wären aber nicht gehindert, solche Klauselverbote in der Form zwingenden Rechts zu reformulieren, das, weil es um Fragen geht, die außerhalb des *scope* des DCESL liegen, ohne Weiteres zur Anwendung kommen müsste. Beispielsweise würde bei Geltung deutschen Rechts § 138 BGB weiterhin zur Anwendung kommen, und der deutsche Gesetzgeber wäre auch nicht gehindert, ergänzende Verbotsnormen zu statuieren. Bei einem solchen Verständnis bestünde deshalb die Gefahr, dass die Vereinheitlichung der Regeln über die Klauselkontrolle im CESL ohne eine wirkliche materielle Vereinheitlichungswirkung bliebe. Das Ziel, mit einem solchen Instrument Unternehmen die Verwendung einheitlicher AGB zu ermöglichen, wäre von vornherein illusorisch. Außerhalb des zentralen *scope* des CESL könnte kein Marktteilnehmer darauf vertrauen, dass nationales zwingendes Recht nicht auch Klauseln verbietet, die sich auf keiner europäischen Verbotsliste finden. Zudem würde eine solche Regelung zugleich inadäquate Anreize für nationale Gesetzgeber setzen, für die Kontrolle vorformulierter Klauseln auf das schärfere Instrument zwingenden Rechts auszuweichen. Die Hoffnung, mit einem CESL ein einheitliches Recht der Klauselkontrolle gewährleisten zu können, wäre bei einem derart engen Ansatz jedenfalls hinfällig.

Eine Alternative scheint darin zu bestehen, die Fragen, für die sich im Abschnitt über die Klauselkontrolle konkrete Regeln finden, als vom *scope* des CESL materiell mitgeregelt zu betrachten; dann wäre auch bei diesen Fragen nationales Recht nicht mehr anwendbar. Dass auch ein solcher Weg zu nur schwer beherrschbaren Problemen führen müsste, illustriert wieder das Beispiel der Vertragsstrafen. Denn dann würde es noch viel schwieriger, den *scope* des CESL zu bestimmen. Auch wenn in den Art. 84 f. DCESL jeweils nur Einzelfragen, nicht aber ganze Rechtsbereiche, geregelt sind, kann die Regelung einer solchen Einzelfrage nämlich

weitreichende Implikationen haben; die Frage der Wirksamkeit von Vertragsstrafen in England macht das anschaulich.

Hinzu kommt schließlich, dass der *scope* der Klauselkontrolle in dem Maße wachsen und nationales Recht verdrängen müsste, in dem die Rechtsprechung bei der Anwendung der Generalklauseln der Klauselkontrolle die Fairnessmaßstäbe konkretisiert, die sich aus der „nature of what is provided under the contract“ ergeben sollen (Art. 83 (2)(b) und 86 (2)(a) DCESL). Denn wenn Richter Leitbilder eines gerechten vertragsrechtlichen Ausgleichs bzw. eines hypothetischen Vertragskonsenses in der Form richterrechtlicher Regeln formulieren, wozu sie nach diesen Vorschriften aufgerufen sind, bildet ein solches Richterrecht ein Funktionsäquivalent zu den gesetzlichen Regelbeispielen der Art. 84 f. DCESL. Jede neue Regel europäischen Richterrechts würde abweichendes nationales Rechts folglich verdrängen müssen, wobei es angesichts der Divergenz der europäischen Vertragsrechtsordnungen gar nicht möglich wäre, solche Fairnessmaßstäbe als Ausdruck gemeinsamer Überzeugungen zu formulieren. Die bereits früher geäußerte Besorgnis, dass es mit einer einheitlichen Vertragsinhaltskontrolle zu einer problematischen Harmonisierung des Privatrechts „auf kaltem Wege“ kommen könnte,⁶⁷ ist deshalb gewiss nicht unbegründet.

Eine solche indirekte richterrechtliche Vereinheitlichung des im DCESL nicht ausdrücklich geregelten Vertragsrechts auf dem Wege einer Vereinheitlichung der Klauselinhaltskontrolle ist zwar technisch schwierig, freilich nicht unmöglich. Allerdings ist es nicht unproblematisch, die künftige Entwicklung ganzer Vertragsrechtsgebiete in die Hand der Rechtsprechung zu legen; und es ist auch nicht ohne Weiteres klar, wie der EuGH die erforderlichen Fairnessmaßstäbe gewinnen sollte. Naheliegend wäre es wohl, hierfür auf nichtlegislative Kodifikationen wie die PECL oder die UN-IDROIT-PICC zurückzugreifen, doch verdient ein solcher Schritt, mit dem

⁶⁷ *Kieninger*, *RabelsZ* 73 (2009), 812; siehe auch *M. Ebers*, in: *Universität Bielefeld*, EG-Verbraucherrechtskompendium (abrufbar unter http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_full_de.pdf), 363 f.; *Jansen*, *Klauselkontrolle* (Fn. 51), 65 ff., 73 f.

politisch nicht legitimierte nichtlegislative Rechtstexte zu autoritativen Rechtsquellen des geltenden Rechts würden, gewiss eine vorherige Diskussion und eine ausdrückliche politische Entscheidung.⁶⁸ Es wäre jedenfalls nicht angängig, Rechtsgebiete, in denen eine gesetzliche Regelung durch die europäischen Gesetzgeber politisch inopportun erscheint, ohne eine entsprechende Diskussion und ohne entsprechendes Mandat, gleichsam durch die Hintertür, zu vereinheitlichen. Freilich ist gar nicht ganz klar, ob der Europäischen Kommission bei ihrem Regelungsvorschlag die weitreichenden Implikationen einer Vereinheitlichung der Klauselinhaltskontrolle bewusst waren. Jedenfalls muss gelten:

These 4: Die Verwendung einheitlicher AGB ist nur so weit möglich, wie einheitliches materielles Recht gilt. Die Vereinheitlichung der Vertragsinhaltskontrolle muss deshalb auf die Bereiche beschränkt werden, die im CESL ausdrücklich geregelt sind. Ein CESL sollte deshalb so umfassend geregelt sein, dass der Rückgriff auf nationales Vertragsrecht unnötig wird. Nur dann wäre eine Verwendung europaweit einheitlicher AGB möglich, andernfalls das Instrument aus Unternehmersicht uninteressant.

These 4 ist partiell identisch mit These 3, geht freilich über These 3 hinaus. Will man mit einem CESL eine Grundlage für europaweit einheitliche AGB schaffen, so genügt es nicht, den *scope* eines CESL klar zu definieren (so These 3). Erforderlich wäre hierfür vielmehr eine ausdrückliche Regelung der entsprechenden materiellen Rechtsfragen im CESL. Die europäischen Gesetzgeber sollten sich die Zeit nehmen, die für ein derart umfassendes Regelwerk nötig ist.

⁶⁸ Näher zum Ganzen *Kieninger*, *RabelsZ* 73 (2009), 808 ff.; *Jansen*, Klauselkontrolle (Fn. 51), 69, 94 ff. m.w.N. zu entsprechenden Vorschlägen im Hinblick auf die Klausel-RL. Zum Konzept der nichtlegislativen Kodifikation *Jansen*, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective* (2010).

III. Die Reformulierung tradierter Regeln des *acquis*

1. Informationspflichten

Blickt man in die Vorschriften über die Informationspflichten (Art. 13-22 DCESL), so bietet sich bereits äußerlich ein gleiches Bild wie in den einschlägigen Richtlinien, die indes ausschließlich regulatorisch konzipiert und auf eine nationalstaatliche Integration in die jeweiligen Privatrechte angelegt waren.⁶⁹ Ebenso wie die Richtlinien stellt der DCESL die Informationspflichten des *acquis* in einer Vorschrift nebeneinander und verpflichtet Unternehmer zur Information vor Vertragsschluss. Ob und wo solche Informationen ihren Platz im Vertragsrecht haben, hat die Kommission dabei offenbar nicht geprüft; und sie setzt vor allem ohne Weiteres voraus, dass Menschen zu vernünftigen Entscheidungen gelangen, wenn sie nur über sämtliche möglicherweise relevanten Informationen verfügen. Demgegenüber weist die Literatur jedoch, unabhängig von rechtspolitischer Lagerbildung, seit Jahren darauf hin, dass dies naive Informationsparadigma Verbraucher strukturell überfordern kann und ihnen dann mehr schadet als nützt.⁷⁰ Menschen vermögen nur wenige Informationen gleichzeitig zu verarbeiten;⁷¹ sie entscheiden deshalb nur dann vernünftig, wenn sie sich auf die konkret relevanten bzw. wichtigen Informationen konzentrieren. Der Gesetzgeber sollte Verbraucher deshalb nicht unnötig mit störender Zusatzinformation belasten; Verbraucher vermögen normalerweise viel

⁶⁹ Der folgende Abschnitt geht zurück auf *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), III.1.

⁷⁰ Siehe etwa *W. Kroeber-Ried / P. Weinberg / A. Gröppel-Klein*, Konsumentenverhalten, 9. Aufl. (2009), 421 ff. m.w.N. Aus der juristischen Literatur etwa *G. Howells*, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, *J. Law & Soc.* 32 (2005), 349-370, 356 ff., 363 f.; *M. Rehberg*, Der staatliche Umgang mit Information, in: *T. Eger / H.-B. Schäfer* (Hg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), 284-354; *W. Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: *Festschrift Canaris*, Bd. I (2007), 1191-1211, 1193 ff., 1206 ff., jeweils m.w.N. Zum DCFR *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, JZ 2008, 544 f.

⁷¹ *G.A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, *The Psychological Review* 63 (1956), 81-97.

besser als abstrakt planende Gesetzgeber abzuschätzen, welche Information sie benötigen.

Es liegt deshalb nicht nur im Unternehmer-, sondern vor allem auch im Verbraucherinteresse, dass Gesetzgeber Unternehmer nicht mit unnötigen Informationspflichten belasten. Warum soll der Verkäufer beispielsweise über bestimmte Garantien, Kundendienstleistungen und die Möglichkeit einer alternativen Streitbeilegung informieren *müssen* (Art. 13 (1)(f), (g) DCEsL)? Er wird es aus freien Stücken tun, wenn er sich davon eine Umsatzsteigerung verspricht, oder wenn solche Regeln auch die Kunden binden sollen. Er wird es unterlassen, wenn er dieser Information für den konkreten Vertrag keine besondere Bedeutung beimisst. Nachteilige Folgen für den Verbraucher können daraus nicht resultieren. Wenn beispielsweise eine alternative Form der Streitbeilegung weder gesetzlich vorgeschrieben noch wirksam vereinbart worden ist, braucht ein Verbraucher sich selbstverständlich nicht darauf einzulassen. Schützen muss man Verbraucher hier nur vor missverständlicher Information, doch gehört das einerseits ins Wettbewerbsrecht und ist andererseits eine Frage der *culpa in contrahendo* nach Art. 2 DCEsL.

Unnötig ist insbesondere eine Information über Umstände, die der anderen Seite bekannt sind. Nach allgemeiner europäischer Überzeugung brauchen Vertragspartner sich deshalb grundsätzlich nicht über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten, über Gewährleistungsansprüche und -fristen, über etwaige Anfechtungsrechte und Schadensersatzansprüche, zu informieren. Die Informationspflichten über das Widerrufsrecht bilden hier eine atypische Ausnahme. Diese Ausnahme war gut begründet, solange Widerrufsrechte ein neuartiges Instrument bildeten und nicht allgemein bekannt waren. Ob dies auch heute noch der Fall ist, kann man mit guten Gründen bezweifeln. Sofern Widerrufsrechte nicht ohnehin disponibel geregelt werden,⁷² besteht ein Informationsbedürfnis wohl nur noch in den Fällen, in denen das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist. Jedenfalls sollte

⁷² Im Fernabsatz wäre das vorzugswürdig; näher unten bei Fn. 88.

man solche Informationspflichten nicht ewig fortschreiben, ohne zu fragen, ob überhaupt noch ein Informationsbedürfnis besteht.

Offenkundig unnötig ist zudem doppelte Information. Nach Art. 9 (2) VO-Vorschlag muss der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss zusätzlich zu den übrigen Informationspflichten noch die standardisierte Information über das CESL vermitteln. Dort erfährt der Verbraucher unter anderem von seinem Widerrufsrecht und von der Tatsache, dass der Verkäufer ihn über sein Widerrufsrecht informieren müsse und ihm weitere „information on the contract“ schulde (Annex II zum VO-Vorschlag). Der Unternehmer muss den Verbraucher also zweimal über sein Widerrufsrecht informieren, das den meisten Verbrauchern heute ohnehin bekannt ist, und das ihnen auch nach nationalem Recht zusteht. Solche Information ist gänzlich überflüssig; allenfalls vermittelt sie dem Verbraucher das Gefühl, dass das Recht kompliziert und gefährlich sei. Verbrauchervertrauen lässt sich so nicht schaffen.

These 5: Informationspflichten sind unnötig,

- soweit es um Information über Leistungen des Unternehmers an den Verbraucher geht, zu denen der Unternehmer von Rechts wegen nicht verpflichtet ist (Garantien; zusätzliche Dienstleistungen);
- soweit es sich um Umstände handelt, die sich nur dann nachteilig zu Lasten des Verbrauchers auswirken können, wenn sie wirksam vereinbart werden;
- soweit sie zu verdoppelter Information führen.

Regelungsbedarf besteht hier nur hinsichtlich missverständlicher Information, doch kommt es dafür nicht auf eine Informationspflicht an.

a. Vertragsinhaltsbezogene Informationen

These 5 führt zu der allgemeineren Frage, wie vertragsinhaltsbezogene Informationen geregelt werden sollten. Der DCESL behandelt solche Um-

stände ebenso wie Informationen über die Rechtslage (das Widerrufsrecht, Art. 13 (1)(e), 17) oder produktbezogene Warnungen bei digitalen Inhalten (Art. 13 (1)(h), (i)) und verpflichtet Unternehmer dementsprechend, Verbraucher über Preis, Eigenschaften der Kaufsache und über die Vertragsbestimmungen zu „informieren“. Dahinter steht offenbar der Gedanke, dass es sich bei alledem um vom Unternehmer einseitig festzusetzende Sachverhalte handele, die dem Verbraucher aufgrund ihrer Vertragsrelevanz zur Kenntnis gebracht werden müssen. Keine Rolle scheint dabei zu spielen, dass all diese Umstände zunächst einmal vertraglich *vereinbart* werden müssen – was nicht vereinbart wird, kann den Verbraucher nicht binden. Schon deshalb sind besondere vertragsinhaltsbezogene „Informationspflichten“ neben den traditionellen Regeln des Vertragsrechts zumeist unnötig.⁷³ So ist der Gedanke einer Information über Preise (Art. 13 (1)(c), 14 DCEESL) vertragsrechtlich schief: Dass Verbraucher Kosten, die nicht vereinbart wurden, nicht zu tragen brauchen, ist keine Sanktion (so aber Art. 29 (2) DCEESL), sondern ergibt sich aus dem Vertrag. Fraglich können hier nur die Voraussetzungen einer wirksamen Einigung über eine Zahlungsverpflichtung des Käufers sein, doch gehört dies Problem in den Kontext der Vertragsauslegung bzw. des Vertragsschlusses. Hier ist insbesondere zu regeln, wie transparent bzw. ausdrücklich eine Preisabsprache sein muss, wenn sie Verbraucher binden soll. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob über Vertragsbestimmungen informiert wird (Art. 13 (1)(d) DCEESL), sondern darauf, unter welchen Voraussetzungen solche Bestimmungen als vertraglich vereinbart gelten können.

Etwas anders liegt es bei Informationen über Eigenschaften der Kaufsache (Art. 13 (1)(a) DCEESL). Zwar sind selbständige Informationsansprüche hier nicht bereits aufgrund des Vertragsschlussmechanismus entbehrlich. Aber die Informationsinteressen des Käufers werden hier bereits durch seine Gewährleistungsansprüche einerseits und sein Widerrufs-

⁷³ Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann, *Verbraucher-acquis* (Fn. 5), These 7.3 (S. 278); H.C. Grigoleit, *Die Aufklärungspflichten des acquis*, a.a.O., 223-265, 236 ff.

recht andererseits adäquat geschützt. Die Ansprüche auf Minderung und Rücktritt vom Vertrag sind nämlich nichts anderes als zu Zivilrecht geronnene Sanktionen, mit denen die für die Marktaufsicht zuständigen römischen Ädilen Informationspflichten beim Sklaven- und Großtierkauf etabliert und durchgesetzt haben.⁷⁴ Für eine zusätzliche abstrakte Informationspflicht hinsichtlich der Produkteigenschaften besteht deshalb keine Notwendigkeit. Soweit Käufer über die gewährleistungsrechtlich garantierte Information hinaus noch weitere Information wünschen, können sie die Sache beim Ladenkauf in Augenschein nehmen und gegebenenfalls nachfragen; im Übrigen sehen Verkäufer sich mit kostenträchtigen Widerrufs- und Gewährleistungsansprüchen konfrontiert, falls die Sache nicht den Käufererwartungen entspricht.⁷⁵ Verkäufer haben damit starke Anreize, Käufern von vornherein genau die Informationen mitzuteilen, die diese für ihre Kaufentscheidung benötigen. Diese Instrumente kalibrieren die Information des Käufers auf privatrechtlichem Wege in optimaler Weise; von Rechts wegen statuierte Informationspflichten können diesen Zustand nur bestenfalls verdoppeln bzw. stören. Wirklich relevant wären objektivrechtliche Pflichten nur für Informationen, die Käufer eigentlich nicht benötigen. Folglich gilt:

These 6: Selbständige Informationspflichten hinsichtlich des Vertragsinhalts (Kaufgegenstand, Preis und Vertragsbestimmungen) sind überflüssig und störend. Die hier erforderlichen Anreize können besser im Rahmen der Regeln

⁷⁴ Für den Wortlaut der ädilischen Edikte *Ulpian*, D. 21,1,1,1 und D. 21,1,38 pr.; zusammenfassend *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (paperback ed. 1996), 311 ff., 322 ff., auch zur späteren Entwicklung; für Details und den sozial-ökonomischen Hintergrund *É. Jakab*, *Prædicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht* (1997), 1 ff., 123 ff. und *passim*. Streitig sind bei alldem nur Einzelheiten; vgl. *B. Kupisch*, *Römische Sachmängelhaftung. Ein Beispiel für die „ökonomische Analyse des Rechts“?*, TR 70 (2002), 21-54; *Jakab*, a.a.O., 223 ff.; *dies.*, *Cavere und Haftung für Sachmängel. Zehn Argumente gegen Bertold Kupisch*, in: *dies. / W. Ernst* (Hg.), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (2008), 123-137.

⁷⁵ *Jansen / Zimmermann*, JZ 2007, 1125 f.

über den Vertragsschluss und den Vertragsinhalt sowie im Gewährleistungsrecht geregelt werden.

b. Der Informationszeitpunkt

Jeder Mensch macht einmal die Erfahrung, dass man eine Information häufig nur dann aufnimmt und berücksichtigen kann, wenn sie zum rechten Zeitpunkt erfolgt. Wie oft vergisst man nicht eine Bitte um Rückruf, wenn diese einen zur Unzeit erreicht? Warnungen müssen sich dort befinden, wo es gefährlich ist; Werbung für Skikleidung wäre im Mai zwecklos. Die Bedeutung des Informationszeitpunkts für die Informationsaufnahme und -verarbeitung kann deshalb kaum überschätzt werden. Im DCESEL scheint diese Überlegung indes nicht hinreichend berücksichtigt worden zu sein. Denn ein Großteil der nach Art. 13 DCESEL vor Vertragsschluss geschuldeten Information betrifft Details der *Vertragsabwicklung*. Beim Vertragsschluss geht solche Information indes neben den jetzt viel wichtigeren Fragen der Produkteigenschaften und des Preises unter; richtigerweise gehört solche Information auf die Vertragsbestätigung. Gewiss muss ein Käufer auf der Webpage des Verkäufers ermitteln können, wo dieser seinen Sitz hat. Aber die meisten Verbraucher interessieren sich dafür nicht näher; und Information über die genaue Adresse, Fax- und Telefonnummer, E-Mail-Adresse etc. benötigen sie ohnehin erst bei der Erfüllung. Auch die Details des Widerrufsrechts (Art. 13 (1)(e), 17 DCESEL) sind erst nach Vertragsschluss interessant, wenn der Verkäufer den Vertragsschluss bestätigt oder wenn der Käufer die Ware erhält. Nur die Frage, wer die Rücksendekosten zu tragen hat, wäre *ex ante* zu regeln. Warum soll ein Verkäufer, der diese Kosten selbst zu tragen bereit ist, verpflichtet sein, den Verbraucher beim Vertragsschluss mit unnötiger, von der Kaufentscheidung möglicherweise ablenkender Information zu belasten?

These 7: Unternehmer sollten nicht pauschal verpflichtet werden, Verbraucher vor Vertragsschluss mit Informationen zu belasten, die Details der Vertragsrückabwicklung betref-

fen. Zumeist gehört solche Information auf die Vertragsbestätigung.

c. Rechtsfolgen

Die regulatorische Herkunft der Regelungen zu den Informationspflichten zeigt sich am deutlichsten in der zentralen Vorschrift zu den Rechtsfolgen einer Informationspflichtenverletzung (Art. 29 DCESL). Ganz offenkundig war die Formulierung dieser Vorschrift von dem Ziel geleitet, effektive Sanktionen zur Durchsetzung der Informationspflichten zu statuieren. Der DCESL gewährt deshalb bei jeder Verletzung einer Informationspflicht ohne weitere Beschränkung oder Differenzierung Schadensersatzansprüche (Art. 29 (1) DCESL) bzw. Anfechtungsrechte (Art. 29 (3), 48 (1)(b)(ii) DCESL).

Ein solcher Ansatz muss unabhängig von einer Kritik der Anfechtungsregeln⁷⁶ und des Schadensersatzrechts⁷⁷ in die falsche Richtung gehen, weil er geradezu zwangsläufig sinnvolle Regelungen an anderer Stelle unterläuft. So droht die sechsmonatige Anfechtungsfrist ab Kenntniserlangung (Art. 52 (2)(a) DCESL) die Befristung des Widerrufsrechts zu unterlaufen, wenn der Käufer geltend machen kann, er habe sich aufgrund ungenügender Information über Eigenschaften der Kaufsache geirrt, die ihm innerhalb der Widerrufsfrist hätten auffallen müssen. Geradezu absurd erscheint es aber, wenn der Käufer offenbar nach Art. 14 (1)(b), 48 (1)(b)(ii) DCESL anfechten kann, weil er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er von hohen Transportkosten gewusst hätte, die er freilich ohnehin nicht zu tragen braucht (Art. 29 (2) DCESL). Hier werden die Konsequenzen der vertragsrechtlich schiefen Informationspflichtenkonzeption des *acquis* deutlich: Was überhaupt vertraglich vereinbart wurde, wird gar nicht gefragt; stattdessen geht der DCESL ohne Weiteres von den Ver-

⁷⁶ Jansen, Irrtumsanfechtung im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Schulte-Nölke / Zoll / Jansen / Schulze* (Fn. 11), 167-201, 175 ff.; *Martens*, AcP 211 (2011), 854 ff.

⁷⁷ *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), 854 ff.

tragsbedingungen des Verkäufers aus, über die sich der Käufer in der Tat geirrt hat. Das Anfechtungsrecht erscheint dann ebenso als eine Sanktion wie die Befreiung von der Leistungspflicht (Art. 29 (2) DCESL). Die *Feasibility study* hatte dem Verbraucher hier sogar noch eine verlängerte Widerrufsfrist eingeräumt (Art. 42 (3) FS ECL). Das macht deutlich, dass es der Expertengruppe tatsächlich darum ging, ein Vertragslösungsrecht zugunsten des Verbrauchers zu etablieren. Zwar findet sich im DCESL eine solche Regel nicht mehr (vgl. Art. 42 (2)), doch macht die Europäische Kommission sich mit Art. 48 (1)(b)(ii) DCESL die entsprechende Irrtumsregel der Expertenkommission zu eigen und sieht zudem nach wie vor ausdrücklich die Möglichkeit eines durch eine Fehlinformation insoweit begründeten Irrtumsanfechtungsrechts vor (Art. 29 (3) DCESL).

Ähnliche Probleme stellen sich auch beim Schadensersatzanspruch nach Art. 29 (1) DCESL. Insbesondere ist hier ganz unklar, wie sich diese Sanktion wegen Informationspflichtenverletzung zu dem Anspruch aus *culpa in contrahendo* (Art. 2 (2) DCESL) und zum gewährleistungsrechtlichen Schadensersatz (Art. 106 (1)(e) DCESL) verhält. Während der gewährleistungsrechtliche Schadensersatz nach Art. 106 (4), 88 DCESL nämlich durch ein Verschuldenselement beschränkt ist (Gleiches gilt wohl auch für den Anspruch nach Art. 2 (2) DCESL mit dem Erfordernis eines Verstoßes gegen *good faith*), fehlt eine solche Beschränkung in Art. 29 DCESL. Das ist konzeptionell widersprüchlich, weil jeder Sachmangel einen Verstoß gegen die Informationspflicht über diesen Mangel (Art. 13 (1)(a) DCESL) bedeutet. Zudem müssten gewährleistungsrechtliche Ansprüche durch eine angemessene Verjährungsfrist begrenzt werden,⁷⁸ die ebenso durch einen allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen Informationspflichtverletzung ausgehebelt würde.

These 8: Die Rechtsfolgen einer Informationspflichtenverletzung dürfen nicht allein am Gedanken einer effektiven

⁷⁸ Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* (Fn. 34), IV.5.b.

Sanktionierung ausgerichtet sein. Vielmehr gilt es die Sanktionsregel mit den allgemeinen Vorschriften zum Vertragschluss, zum Irrtumsrecht und zum Schadensersatz abzustimmen.

d. Allgemeine und besondere Informationspflichten

Im Gegensatz zu den detaillierten Informationspflichtenkatalogen für Verbrauchergeschäfte (Art. 13 ff. DCESL) formuliert Art. 23 DCESL für Handelsgeschäfte eine Generalklausel, wonach der Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet ist, dem Käufer bestimmte vertragsrelevante Umstände offenzulegen. Eine solche Generalklausel beruht auf einem ganz anderen Informationspflichtenmodell als es den Pflichtenkatalogen für Verbrauchergeschäfte zugrunde liegt. Denn während es bei den Informationspflichten des Verbraucher-*acquis* in erster Linie um die Regulierung von Märkten geht, ist die allgemeine Informationspflicht des Art. 23 DCESL genuin privatrechtlich konzipiert: Sie zielt auf eine Korrektur konkreter Informationsasymmetrien und ist damit am zivilrechtlichen Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Vertragspartnern ausgerichtet. Es verwundert nicht, dass diese allgemeine privatrechtliche Informationspflicht, anders als die regulatorischen Informationspflichten des *acquis communautaire*, als alteuropäisches Recht gelten kann.⁷⁹

Eine als Generalklausel formulierte privatrechtliche Informationspflicht bedarf freilich stets der richterrechtlichen Konkretisierung im Einzelfall. Die Frage, unter welchen Umständen welche Information geschuldet ist, bildet dann einen Gegenstand von Richterrecht. Aus der Perspektive des Verbraucherschutzes mag man darin einen Nachteil sehen, weil der Blick ins Gesetz unkomplizierter erscheint als der Blick in einen Kommentar. Indes besteht, auch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, der Vorteil einer solchen Generalklausel in ihrer Lückenlosigkeit. Demgegen-

⁷⁹ Vgl. etwa Art. 4:107 (3) PECL; J. Du Plessis, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (2009), Art. 3.8, Rn. 19 ff.

über können Listen regulatorischer Informationspflichten, wie sie sich in den Art. 13 ff. DCESL finden, niemals vollständig sein, weil sie von vornherein auf Einzelfragen zielen. Dabei legt das übliche und wohl auch nicht vermeidbare Nebeneinander speziell formulierter Listen für verschiedene Arten von Geschäften⁸⁰ aber unweigerlich irreführende Gegenschlüsse nahe: Wenn eine Pflicht P_1 unter bestimmten, speziell beschriebenen Umständen U_1 gelten soll, eine allgemeine privatrechtliche Informationspflicht aber nicht existiert, muss man das dahin verstehen, dass diese Pflicht P_1 *nur* unter den Umständen U_1 gilt. Gäbe man diese Einschränkung auf, so würde das von vornherein die Rechtssicherheit beseitigen, die mit der Statuierung von Katalogen einzelner Informationspflichten doch angestrebt wird. Solche Gegenschlüsse sind im Ergebnis aber häufig unbefriedigend. So scheint der DCESL den Anspruch des Verbrauchers auf bestimmte Preisinformationen bei Dauerschuldverhältnissen an die Voraussetzung eines Distanz- bzw. *off-premises*-Vertrags zu knüpfen (Art. 14 (2), 20 (1)(b)); sinnvoll wäre das nicht. Auch vermag nicht einzuleuchten, dass bei Haustürgeschäften unterhalb des doch nicht ganz marginalen Grenz Betrags von 50 € weder über den Preis noch über die Adresse und Identität des Verkäufers, ein Widerrufsrecht oder sonst überhaupt irgendetwas informiert werden muss (Art. 13 (5)(c) DCESL).⁸¹ Und man zweifelt, ob die Europäische Kommission den Verkäufer bei einem Bargeschäft wirklich von sämtlichen Informationspflichten hinsichtlich der Sacheigenschaften entbinden wollte (Art. 20 (2) DCESL). Das strukturelle Grundproblem besteht bei alledem darin, dass „besondere“, politisch bzw. marktregulatorisch begründete Pflichtenkataloge eine allgemeine privatrechtliche Informationspflicht nicht entbehrlich zu machen vermögen.⁸² Dabei ist aber auch gar nicht einzusehen, warum man Verbrauchern den Anspruch vor-

⁸⁰ Siehe bereits Art. 2:201-2:205 ACQP I; Art. 2:201-2:G-03 ACQP II (jeweils Fn. 12).

⁸¹ Hier ist nach dem unmissverständlichen Wortlaut („In contracts other than distance and off-premises contracts ...“) auch der allgemeine Art. 20 (1) DCESL nicht einschlägig.

⁸² Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann, *Revision des Verbraucher-acquis* (Fn. 5), 275 ff. (Thesen 5.3 und 6.1 ff.); *dies.*, CMLR 48 (2011), 1112 ff. (Thesen 5.3 und 6.1 ff. mit Erläuterungen).

enthalten sollte, der Unternehmern nach Art. 23 DCESL zusteht. Diese Vorschrift formuliert eine überzeugende zivilrechtliche Generalklausel der Informationspflicht, neben der allenfalls ergänzend einzelne regulatorische Informationspflichten statuiert zu werden brauchen. Die Gefahr einer Regelungslücke besteht dann nicht mehr, weil sich ein Informationsanspruch immer auch aus der allgemeinen Generalklausel ergeben kann. Regulatorische Informationspflichten können die allgemeine zivilrechtliche Informationspflicht also allenfalls ergänzen, keinesfalls aber ersetzen.

These 9: Auch für Verbrauchergeschäfte muss eine allgemeine, privatrechtlich begründete Informationspflicht gelten, wie sie Art. 23 DCESL für Handelsgeschäfte statuiert. Soweit daneben überhaupt noch eine vertragsrechtliche Notwendigkeit für regulatorisch begründete Informationspflichten besteht, sind diese als Ergänzungen zur allgemeinen Informationspflicht zu regeln.

2. Zwingendes Recht

Besondere Aufmerksamkeit verdient in einem optionalen Instrument der Umgang mit zwingendem Recht.⁸³ Denn zum einen findet die Gretchenfrage nach dem Ausgleich von privatautonomer Gestaltungsfreiheit und hoheitlich-paternalistischem Schutz des Einzelnen vor sich selbst ihre Antwort an dieser Stelle, nicht bei der programmatischen Formulierung von Rechtsgrundsätzen (vgl. Art. 1 DCESL). Zum anderen kann die Disponibilität einzelner Vorschriften durchaus von entscheidender Bedeutung für die Akzeptanz eines CESL sein. Dabei muss ein Gesetzgeber, der zur Vereinheitlichung des Privatrechts auf ein optionales Instrument, also auf die privatautonomen Entscheidungen von Vertragspartnern, setzt, davon ausgehen, dass seine Bürger zur „Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse ...

⁸³ Zum Folgenden insbesondere G. Wagner, Zwingendes Vertragsrecht, in: Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann, Verbraucher-acquis (Fn. 5), 1-52.

nach (ihrem) Willen“⁸⁴ imstande sind. Zwingendes Recht müsste in einem CESL demzufolge eine begründungsbedürftige Ausnahme bilden. Auch die Europäische Kommission scheint das so zu sehen, wenn sie programmatisch formuliert: „Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geleitet sein. Die Parteiautonomie sollte nur eingeschränkt werden, soweit dies insbesondere aus Gründen des Verbraucherschutzes unerlässlich ist“.⁸⁵

Diese Aussage geht sehr weit, verlangt sie doch für jede zwingende Regel zwingende und nicht lediglich plausible Gründe. Jedenfalls sollte ein CESL aber Fragen, die nach nationalem Recht disponibel geregelt sind, nicht zwingend zu regulieren versuchen. Denn das wäre nicht nur konzeptionell widersprüchlich, weil den Parteien damit die Dispositionsbefugnis über Fragen entzogen würde, über die sie im Wege der Vereinbarung des CESL ohnehin disponieren können. Es wäre vor allem schlichtweg töricht, weil einzelne nicht disponible Vorschriften Parteien dazu motivieren könnten, von der Wahl des CESL gänzlich abzusehen, obgleich sie dies im Übrigen durchaus als attraktiv empfinden. Mit anderen Worten: optionales Recht muss grundsätzlich disponibel sein. Freilich gilt auch hier, dass es häufig nicht einfach auf „mehr“ oder „weniger“ Privatautonomie ankommt, sondern auf eine einfach praktikable und dogmatisch folgerichtige Regelung.

Wer nun vor diesem Hintergrund erwartet, der DCESL statuiere primär dispositives Recht, wird freilich schon bei einem ersten Blick in den Text überrascht. Denn ebenso wie im bisherigen Verbraucher-*acquis*⁸⁶ gehen die europäischen Gesetzgeber offenbar auch hier wie selbstverständlich davon aus, dass der Verbraucherschutz zwingend geregelt werden müsse. Dabei ist eine solche Annahme zwar gewiss richtig, soweit das Recht Verbraucher in ihrer rationalen Entscheidungsfindung schützt bzw.

⁸⁴ W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. (1979), 1 (§ 1).

⁸⁵ EG 30 des VO-Vorschlags (Fn. 8).

⁸⁶ Nachgezeichnet und nachgewiesen bei Wagner, Zwingendes Vertragsrecht (Fn. 83), 4 f.

Informationsasymmetrien zulasten von Verbrauchern abbaut. Bei einer Reihe zwingend geregelter Vorschriften sind solche guten Gründe indes nicht erkennbar. Zweifel bestehen insbesondere hinsichtlich des zwingenden Widerrufsrechts im Fernabsatz, hinsichtlich der zwingenden AGB-Kontrolle auch im Handelsverkehr und hinsichtlich des zwingenden Charakters der Gewährleistungsvorschriften.

a. Das Widerrufsrecht im Fernabsatz

Ebenso wie bei den Informationspflichten ist es auch beim Widerrufsrecht, abgesehen von der Einführung einer einjährigen Maximalfrist für die Ausübung des Rechts (Art. 42 (2)(a) DCESL), zu keiner ernsthaften Revision des *acquis* gekommen;⁸⁷ auch hier schreibt der DCESL weitgehend das bisherige Recht fort. Insbesondere wurde nicht gefragt, obwohl das dringend angezeigt gewesen wäre,⁸⁸ ob die existierenden Widerrufsrechte sach- und interessengerecht ausgestaltet sind. Zweifelhaft ist das beim

⁸⁷ Für eine vollständige Kritik der Vorschriften zum Widerrufsrecht ist hier kein Raum. Nur hingewiesen sei deshalb darauf, dass insbesondere auch die Widerrufsfolgen ausgesprochen unglücklich geregelt sind (näher *Zimmermann*, JBl. 2012, 12 f.). Zwar überwindet der DCESL, im Anschluss an die UNIDROIT-PICC und im Einklang mit einer Forderung der Literatur (zusammenfassend *R. Zimmermann*, Rückabwicklung nach Widerruf, in: *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Verbraucher-*acquis* [Fn. 5], 167-192, 172 ff.), die unglückliche traditionelle Zweiteilung der Regeln über die Rückabwicklung gescheiterter Verträge in ein bereicherungs- und ein rücktrittsrechtliches Regime, wie sie sich etwa im deutschen Recht findet. Stattdessen regeln die Art. 172-177 DCESL gleichermaßen die Rückabwicklung nach einer Anfechtung (Art. 54 DCESL) und bei einem gewährleistungsrechtlichen Rücktritt (Art. 106 (1)(c) DCESL) und statuieren damit ein nicht nur ökonomisches sondern vor allem auch ein wertungswiderspruchsfreies System. Umso problematischer ist deshalb die separate Regelung der Widerrufsfolgen in den Art. 44 f. DCESL, die offenbar die Art. 13 f. Verbraucherrechte-RL als Regelungsmodul integrieren soll. Das ist nicht nur umständlich, weil nur wenige Sonderregeln erforderlich wären, die sich leicht in die allgemeine Regelung hätten einfügen lassen (*Zimmermann*, a.a.O.; *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Verbraucher-*acquis* [Fn. 5], These 4.5 [S. 274 f.]). Vor allem liegt es auf der Hand, dass ein solcher Ansatz zu Wertungswidersprüchen führen muss. Schon jetzt ist nicht einsichtig, warum der getäuschte Käufer bei schuldloser Sachbeschädigung Wertersatz schuldet (Art. 173 (1), (2) DCESL), der widerrufende Verbraucher aber nicht (Art. 45 (3) DCESL), und warum dem Käufer bei einem Widerruf, auch bei unterlassener Belehrung, umgekehrt kein Verwendungsersatz zusteht (vgl. Art. 44 DCESL), wohl aber bei einer Anfechtung (Art. 175 DCESL).

⁸⁸ Ausführlicher zum Folgenden *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Verbraucher-*acquis* (Fn. 5), Thesen 1.6 und 3.4 (S. 268, 272); *Wagner*, Zwingendes Vertragsrecht (Fn. 83), 24 ff.; *Eidenmüller*, Widerrufsrechte, in: *Eidenmüller / ... / Zimmermann*, a.a.O., 109-166, 131 ff.

zwingenden Fernabsatzwiderrufsrecht nach Art. 40 (1)(a) DCEsL. Denn mit einem solchen Recht sind stets Kosten verbunden, die in die Preisgestaltung einfließen müssen und nach der gegenwärtigen Regelung von der Gesamtheit der Verbraucher zu tragen sind. Ein guter Grund, warum Verbraucher, die sich „ihrer Sache sicher“ sind, andere Verbraucher quersubventionieren sollten, die lieber „experimentell shoppen“ und damit die fraglichen Kosten verursachen, ist jedoch nicht ersichtlich. Anders als bei Haustürgeschäften besteht hier nämlich nicht einmal eine abstrakte Besorgnis gestörter Willensbildung.

Dabei machen die langen Ausnahmelisten des Art. 40 (2) und (2) DCEsL deutlich, dass es hier eine Reihe ganz unterschiedlicher guter Gründe für den Ausschluss eines solchen Widerrufsrechts geben kann. Dass der Gesetzgeber diese aber besser überblicken und gleichermaßen abschließend und zielgenau in einer gelungenen Formulierung zusammenfassen könnte als privatautonome Parteien, denen immerhin die Wahl einer Privatrechtsordnung zugetraut wird, ist kaum vorstellbar und wird durch die ständigen Veränderungen solcher Ausnahmelisten nicht plausibler. So schließt Art. 40 (2)(f) DCEsL das Widerrufsrecht für Verträge aus, „die die Lieferung alkoholischer Getränke betreffen, deren Preis bei Abschluss des Kaufvertrags vereinbart wurde, deren Lieferung aber erst 30 Tage nach Vertragsschluss erfolgen kann und deren tatsächlicher Wert von Schwankungen auf dem Markt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat.“ Diese Vorschrift erweitert eine in der Literatur als zu eng kritisierte⁸⁹ Ausnahme für Weinsubskriptionen. Die Gründe, die diese Ausnahme tragen, beruhen aber ersichtlich nicht auf besonderen Eigenschaften alkoholischer Getränke, sondern auf dem spekulativen Charakter von Subskriptionsgeschäften. Warum sollte man ein Widerrufsrecht nicht ausschließen können, wenn künftig auch andere Nahrungsmittel mit volatilen Preisen im Wege der Subskription verkauft werden?

⁸⁹ Vgl. *Wagner*, Zwingendes Vertragsrecht (Fn. 83), 26 f.

All das zeigt, dass im Fernabsatz nur ein standardisiertes optionales Widerrufsrecht passt, das den Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher die Wahl einzuräumen, den Vertrag – gegebenenfalls zu unterschiedlichen Preisen⁹⁰ – mit oder ohne Widerrufsmöglichkeit abzuschließen. Den Schutzinteressen von Verbrauchern wird vollends Genüge getan, wenn der Verzicht auf ein solches Widerrufsrecht eine ausdrückliche Erklärung erfordert.

These 10: Das zwingende Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen ist revisionsbedürftig. Sachlich begründet ist hier nur ein standardisiertes optionales Widerrufsrecht, das Verbrauchern die Wahl eröffnet, den Vertrag mit oder ohne eine Widerrufsmöglichkeit abzuschließen.

b. Die AGB-Kontrolle im Handelsverkehr

Ebenso wie für Verbrauchergeschäfte etabliert der DCESEL auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr eine zwingende AGB-Inhaltskontrolle (Art. 81, 86 DCESEL).⁹¹ Allerdings soll es unter Unternehmern nicht auf den traditionellen Maßstab eines „erhebliche(n) Ungleichgewicht(s) zu Lasten des Verbrauchers“ (Art. 83 (1) DCESEL) ankommen, sondern auf eine treuwidrige, „gröbliche Abweichung von der guten Handelspraxis“ (Art. 86 (1)(b) DCESEL). Diese Regelung, mit der der DCESEL auf ein entsprechendes Regelungsmodell der *Acquis-Group* zurückgreift (Art. 6:301 (2) ACQP I; ebenso Art. II.-9:405 DCFR), beruht auf dem nicht unplausiblen Ziel, auch Unternehmer gegen unfaire AGB zu schützen, ihnen aber gleichzeitig durch den weiten Kontrollmaßstab einen gewissen Spielraum

⁹⁰ Man darf hier erwarten, dass der Markt Verkäufern hier hinreichende Anreize bietet, die Widerrufsmöglichkeit nicht exorbitant teuer auszugestalten. Seriöse Warenhäuser gewähren ja schon heute auch im stationären Handel weitreichende Rückgaberechte.

⁹¹ Auch hier geht es nicht um eine vollständige Kritik der AGB-Vorschriften, sondern lediglich um die zwingende Kontrolle auch im Handelsverkehr. Für weitere Detailkritik (zum Entwurf der Expertenkommission) etwa *De Cristofaro, Invalidity* (Fn. 27), 104 ff.; *D. Mazeaud, Unfairness and Non-negotiated Terms*, in: *Schulze / Stuyck* (Fn. 27), 123-129.

zur privatautonomen Vertragsgestaltung zu gewähren. Gleichwohl gibt dieser Maßstab, der ursprünglich gar nicht für die AGB-Kontrolle, sondern für die Inhaltskontrolle *individuell ausgehandelter* Verträge im kaufmännischen Verkehr konzipiert worden ist,⁹² Unternehmern Steine statt Brot.⁹³ Einerseits statuiert dieser Maßstab nämlich, was nirgends sonst gilt,⁹⁴ dass unfaire AGB im Geschäftsverkehr akzeptabel sind, sofern die Unfairness nicht jedes Maß übersteigt. Er vermag Unternehmer also gerade nicht von der Notwendigkeit zu entlasten, die AGB ihrer Vertragspartner detailliert zu prüfen und gegebenenfalls zu verhandeln. Dabei besteht die primäre Funktion der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr gerade darin, eine bei kleineren Geschäften unverhältnismäßig aufwändige Prüfung von AGB entbehrlich zu machen bzw. Vertragspartner zu schützen, wo ein Konditionenwettbewerb aufgrund Marktversagens unterbleiben muss.⁹⁵ Individuell ausgehandelte Klauseln dürfen nur deshalb hart sein, weil eine Vermutung dafür spricht, dass sie mit Entgegenkommen an anderer Stelle bezahlt worden sind. Soweit AGB wegen Marktversagens kontrolliert werden, ist das aber gerade nicht der Fall.

Andererseits werden Unternehmer bedauern, dass sie eine richterliche Inhaltskontrolle ihres Vertrags nicht gänzlich ausschalten können. Dabei besteht für eine solche Kontrolle bei Großgeschäften, an denen auf beiden Seiten professionelle Juristen beteiligt sind, gar kein Grund. Über-

⁹² Art. 3 (3) Zahlungsverzugs-RL (2000/35/EG); vgl. auch den Comment zu Art. 6:301 ACQP I/II (Rn. 1).

⁹³ Siehe bereits *Jansen / Zimmermann*, JZ 2007, 1120 f.; w.N. bei *Jansen*, Klauselkontrolle (Fn. 51), 85; sehr kritisch auch *Mazeaud*, Unfairness (Fn. 91), 126; *M. Hesselink*, Unfair Terms in Contracts Between Businesses, in: *Schulze / Stuyck* (Fn. 27), 131-147.

⁹⁴ *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I (1996), 219 f.

⁹⁵ Siehe nur *P. Ulmer / M. Habersack*, Einleitung, in: Ulmer. Brandner. Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. (2011), Einleitung, Rn. 48, 50 f.; *Zimmermann*, New German Law of Obligations (Fn. 1), 175 f.; zum Gedanken der Klauselkontrolle zur Korrektur eines Marktversagens etwa *Kötz*, Vertragsrecht I (Fn. 94), 209 ff.; *ders.*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209-214; *English and Scottish Law Commissions*, Unfair Terms in Contracts. A Joint Discussion Paper, 3.7.2002 (The Law Commission Consultation Paper No 166; The Scottish Law Commission Discussion Paper No 119, abrufbar unter http://www.lawcom.gov.uk/unfair_terms.htm), Rn. 2.1 ff., insbesondere Rn. 2.7; w.N. bei *Jansen*, Klauselkontrolle (Fn. 51), 76 ff.

legungen des Schwächerenschutzes scheiden hier von vornherein aus;⁹⁶ zugleich ist es hier durchaus sinnvoll, dass die Parteien die AGB selbst prüfen und gegebenenfalls verhandeln. Wenn Unternehmer gerade in solchen Fällen auf das englische und schweizer Recht ausweichen, weil sie dort keine Inhaltskontrolle befürchten müssen,⁹⁷ so ist das gut zu verstehen. Man sollte AGB deshalb zwar auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr dem allgemeinen Fairnessmaßstab unterwerfen, wie er auch für Verbrauchergeschäfte gilt⁹⁸ – den Besonderheiten des Geschäftsverkehrs wäre gegebenenfalls bei der Konkretisierung dieses Maßstabs Rechnung zu tragen. Zugleich sollte man es Unternehmern aber freistellen, diese AGB-Inhaltskontrolle im Wege einer Individualvereinbarung gänzlich auszuschließen.⁹⁹ Das gilt erst recht in einem optionalen Instrument, das überhaupt nur dann anwendbar sein kann, wenn Parteien sich darauf einigen, und das es deshalb möglichst attraktiv auszugestalten gilt. Solange Parteien sich einer AGB-Kontrolle dadurch entziehen können, dass sie auf ein entsprechendes nationales Recht ausweichen, ist eine zwingende Regelung in einem optionalen Instrument gleichermaßen sinnlos und unklug. Dass eine zwingende Regelung, wie die Europäische Kommission suggeriert, hier „aus Gründen des Verbraucherschutzes“ oder vergleichbaren Erwägungen „unerlässlich ist“,¹⁰⁰ wird man jedenfalls nicht sagen können.

These 11: Eine zwingende AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist sinnvoll, doch sollten Unterneh-

⁹⁶ Wird bei der Verhandlung von AGB unangemessener Druck ausgeübt, so stellen die internationalen Regelwerke mit einer Regel zur *undue influence* bzw. *unfair exploitation* (vgl. Art. 51 DCESL) einen passenden Rechtsbehelf zur Verfügung.

⁹⁷ H. Eidenmüller, *Recht als Produkt*, JZ 2009, 641-653, 645 f. m.w.N.

⁹⁸ Für einen solchen Ansatz Art. 4:110 PECL mit den Comments; siehe *Mazeaud*, *Unfairness* (Fn. 91); *Hesselink*, *Unfair Terms* (Fn. 93).

⁹⁹ *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, *Verbraucher-acquis* (Fn. 5), These 2.4 (S. 270); *Jansen*, *Klauselkontrolle* (Fn. 51), 78 f., 86 f. m.w.N. zur internationalen Reformdiskussion. Ein alternativer Vorschlag geht dahin, eine Inhaltskontrolle bei besonders umfangreichen Geschäften auszuschließen, doch ist das unflexibel und letztlich wenig interessengerecht. Vorzugswürdig ist es, die Entscheidung über die Inhaltskontrolle den beteiligten Unternehmern selbst zu überlassen.

¹⁰⁰ Siehe oben bei Fn. 85.

men eine gerichtliche Klauselkontrolle individualvertraglich ausschließen können. Dabei sollte im unternehmerischen Geschäftsverkehr dieselbe Generalklausel der Fairnesskontrolle wie für Verbrauchergeschäfte Anwendung finden. Den Besonderheiten des Geschäftsverkehrs ist gegebenenfalls bei der Konkretisierung dieser Generalklausel Rechnung zu tragen.¹⁰¹

c. Gewährleistungsansprüche

Eine Grundannahme des europäischen Verbraucher-*acquis* scheint von jeher darin bestanden zu haben, dass Gewährleistungsansprüche zugunsten des Käufers einseitig zwingend gestellt werden müssten.¹⁰² Bereits nach Art. 7 (1) Verbrauchsgüterkauf-RL sind die auf den Schutz des käuferischen Äquivalenzinteresses bezogenen Ansprüche auf Ersatzlieferung, Nachbesserung, Minderung und Vertragsauflösung (Art. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL) unabdingbar. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag für eine Verbraucherrechte-RL ging darüber noch hinaus und statuierte auch einen nicht disponiblen Anspruch auf Schadensersatz (Art. 27 (2)). Gleiches soll nach Art. 106 (1), 108 DCESEL für ein künftiges optionales Kaufrecht gelten, wobei die Verjährungsfrist von zwei Jahren irritierenderweise nicht mit dem Abschluss des Kaufvertrags oder der Lieferung der Ware beginnt, sondern mit der Kenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen. Im Falle des Schadensersatzanspruchs ist das der Eintritt des schädigenden Ereignisses (Art. 180 (1) DCESEL).

Nun kann es auch hier nicht um eine umfassende Kritik dieser Regelungen gehen;¹⁰³ offenkundig verfehlt ist insbesondere der subjektive Beginn der Verjährungsfrist, der möglicherweise Jahre nach dem Abschluss

¹⁰¹ Siehe auch *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Verbraucher-*acquis* (Fn. 5), Thesen 1.7 und 2.4 (S. 268, 270).

¹⁰² Hierzu und zum Folgenden *Wagner*, Zwingendes Vertragsrecht (Fn. 83), 36 ff. m.w.N.

¹⁰³ Vgl. *F. Faust*, Das Kaufrecht im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, in: *Schulte-Nölke / Zoll / Jansen / Schulze* (Fn. 11), 249-276, 255 ff.; *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Fn. 34), IV. m.w.N.

des Kaufvertrags liegt und letztlich zu einer falschen Kanalisierung der Produkthaftung auf den Verkäufer führt, der zwar beim Produzenten Rückgriff nehmen kann, aber doch dessen Insolvenzrisiko zu tragen hat. Von Interesse ist hier allein die Ausgestaltung dieser Regeln als halbzwingend zugunsten des Verbraucher-Käufers (Art. 108 DCEsL), die mehr durch die Herkunft der Regeln aus dem Verbraucher-*acquis* (dann zwingend) bzw. aus dem DCFR (dann dispositiv) als durch gute Sachgründe bestimmt zu sein scheint.¹⁰⁴ Dabei kann eine zwingende Regelung aber nur dann „aus Gründen des Verbraucherschutzes unerlässlich“ sein, wenn die Vorschriften über die Klauselinhaltskontrolle nur ungenügenden Schutz bieten, weil auch ein individualvertraglicher Ausschluss bzw. eine individualvertragliche Einschränkung von Gewährleistungsansprüchen unter allen Umständen eine Übervorteilung des Käufers bedeutet. Dass das nicht der Fall ist, liegt indes auf der Hand. Ein Beispiel bildet das Recht zur zweiten Andienung, wie es gegenwärtig nach Art. 3 (2), (3), (5) Verbrauchsgüterkauf-RL und §§ 439 f., 281, 323 BGB gilt. Wenn Art. 106 (3) DCEsL ein solches Recht des Unternehmers bei Verbrauchergeschäften nicht vorsieht, so gibt es dafür gewiss gute Gründe – bis zur Schuldrechtsreform kannte auch das BGB kein solches Recht. Ebenso gewiss ist es aber nicht unter allen Umständen rechtsmissbräuchlich, wenn Unternehmer sich ein Recht auf zweite Andienung vorbehalten möchten. Nach altem deutschem Recht konnte dies ganz selbstverständlich auch in AGB geschehen, weil eine solche Regelung in vielen Fällen interessengerecht ist, etwa wenn der Unternehmer den Kaufgegenstand beim Käufer einbaut, beim Werklieferungsvertrag (vgl. Art. 2 (k) VO-Vorschlag), oder wenn der Unternehmer die Kaufsache für den Käufer beschafft hat. Dass solche Vereinbarungen nach Art. 108 DCEsL nicht einmal individualvertraglich erfolgen können, obgleich eine solche Vereinbarung doch dem Modell der Verbrauchsgüter-

¹⁰⁴ So treffend *Faust*, Kaufrecht (Fn. 103), 273 f.

kauf-RL entspricht, ist offenkundig sachwidrig und muss letztlich zu höheren Kosten führen, die letztlich die Verbraucher tragen müssen.¹⁰⁵

Bisweilen kann es sogar für einen vollständigen Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen gute Gründe geben. So ist der professionelle Markt für ältere Gebrauchtwagen praktisch zum Erliegen gekommen, seit Unternehmer hier ihre Gewährleistung nicht ausschließen können. Denn Mängel, die bereits beim Kauf vorhanden waren, lassen sich kaum von späteren Abnutzungsschäden unterscheiden; Händler können die mit dem Gebrauchtwarengeschäft verbundenen Gewährleistungsrisiken deshalb vernünftigerweise nicht auf sich nehmen. Umso mehr wird das gelten, wenn sie sich nicht nur mit den äquivalenzschützenden Rechtsbehelfen der Verbrauchsgüterkauf-RL, sondern mit praktisch nicht zu kalkulierenden Schadensersatzansprüchen konfrontiert sehen. Dabei stellen solche Probleme sich aber nicht nur auf Märkten für gebrauchte Güter, sondern auch beim Handel mit Neuprodukten, wenn Händler ihre Haftung für Mangelfolgeschäden begrenzen und die Käufer insoweit an den für den Mangel verantwortlichen Produzenten verweisen wollen. Würde ein CESL Gesetz, so bestünde dafür durchaus ein anerkanntes Bedürfnis: nicht nur aufgrund der unklaren Regelung der entschuldigenden Nichterfüllung (Art. 88 DCESL), sondern schon aufgrund der mit einem neuen Regelwerk unvermeidbar verbundenen Rechtsunsicherheit. Wenn Parteien diese Rechtsunsicherheit nicht mittels privatvertraglicher Absprachen steuern können, wäre es unvernünftig, die Anwendung des CESL zu vereinbaren.

Es wäre verfehlt, das Plädoyer für eine dispositive Regelung des vertraglichen Gewährleistungsrechts, bei der Verbraucher grundsätzlich nur mittels der Regeln über die Klauselinhaltskontrolle geschützt werden, als ein Plädoyer für weniger Verbraucherschutz zu verstehen. Werden Gewährleistungsregeln zwingend ausgestaltet, so begünstigt das letztlich nicht die Käufer gegenüber ihren Händlern, sondern führt zu zusätzlichen Kosten, die von den Käufern – insbesondere von den schwächsten Käufern

¹⁰⁵ Näher *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* (Fn. 34), IV.2.b.

– zu tragen sind: Der Zusammenbruch des professionellen Marktes für Gebrauchtfahrzeuge trifft beispielsweise zunächst die Tüftler und Bastler, die sich zutrauen, allfällige Defekte selbst zu beheben; in zweiter Linie trifft er Käufer, die sich bewusst auf einen Kauf unter Ausschluss der Gewährleistung eingelassen hätten, um Geld zu sparen; und schließlich trifft er die Eigentümer älterer Wagen, deren Fahrzeuge mit dem Zusammenbruch des Gebrauchtwagenmarktes ihren Wert verlieren müssen. Im Übrigen wird die Ausweitung von Gewährleistungsansprüchen naturgemäß zu Preissteigerungen führen, weil Verkäufer mit zusätzlichen Kosten kalkulieren bzw. ihre Schadensersatzverpflichtungen versichern und die Kosten auf die Verbraucher umlegen müssen. Ein guter Grund dafür ist indes solange nicht ersichtlich, wie nach der Produkthaftungs-RL die Hersteller und Importeure für Mangelfolgeschäden verantwortlich sein sollen. Sollten Verkäufer in einem CESL tatsächlich mit einer zwingenden Haftung für Mangelfolgeschäden belastet sein, so wird man in vielen Branchen von der Vereinbarung dieses Instruments abraten müssen.

These 12: Gewährleistungsansprüche sollten auch zulasten von Verbrauchern dispositiv ausgestaltet werden. Die Regeln über die Klauselinhaltskontrolle bieten hier einen besser zugeschnittenen Schutz, weil die Möglichkeit einer Einschränkung von Gewährleistungsrechten auch im Verbraucherinteresse liegen kann. Eine unbeschränkte Mängelhaftung des Verkäufers auch für Mangelfolgeschäden ist nicht immer angemessen.¹⁰⁶

IV. Ausblick

Das primäre Ziel dieses Beitrags besteht darin, zu zeigen, dass es bei der zukünftigen Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts nicht länger um „mehr“ oder „weniger“ Verbraucherschutz gehen kann. Es ist dringend

¹⁰⁶ Siehe auch *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann, Verbraucher-acquis* (Fn. 5), These 1.8 (S. 268 f.).

an der Zeit, diese bloß politischen Kompromisskategorien um eine juristische bzw. wissenschaftliche Diskussion um besseren, also gleichermaßen interessengerechten und juristisch stimmigen, Verbraucherschutz zu ergänzen.

Nun hat *Dirk Staudenmayer*, einer der Hauptakteure im Prozess der Vertragsrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Kommission, den DCEsL kürzlich in etwas irritierender Weise mit der akrobatischen Metapher eines „doppelten Quantensprungs“ gepriesen.¹⁰⁷ Quanten sind kleinste, unteilbare Mengen einer physikalischen Einheit; ein Quantensprung ist also ein außerordentlich kleines physikalisches Ereignis. Und in der Tat kann man aus juristischer Perspektive gewiss nicht sagen, dass mit dem DCEsL ein großer Wurf getan worden wäre: Fortschritte sind allenfalls marginal und werden durch Fehler an anderer Stelle neutralisiert; der Versuch einer umfassenden Regelung des Vertragsrechts ist auf halber Strecke stecken geblieben. Allerdings möchte *Staudenmayer* mit dieser Metapher offenbar zum Ausdruck bringen, dass nun eine neue Stufe der Diskussion erreicht sei. Und in der Tat bedeutet es einen wirklichen Fortschritt, für die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts nicht länger auf hoheitlichen Zwang, sondern auf ein optionales Instrument, also auf die privatautonomen Entscheidungen eigenverantwortlicher Vertragspartner, abzustellen. Das kann freilich nur dann gelingen, wenn den europäischen Verbrauchern und Unternehmern ein wirklich attraktives Instrument geboten wird, das sie als privatautonome Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr ernst nimmt. Dazu müsste aber auch die Diskussion um die europäische Regelbildung eine neue juristische Qualitätsstufe erreichen. Denn zumindest Unternehmer werden sich bei der Entscheidung für oder wider ein solches Instrument nicht zuletzt von seinen juristischen Qualitäten leiten lassen: Sie werden ihre Anwälte fragen, in welchem Maße sich bei der Anwendung eines CEsL Rechtssicherheit verbürgen lässt,

¹⁰⁷ *Staudenmayer*, NJW 2011, 3498.

und wie weit Haftungsrisiken entstehen, die es auf die Kunden umzulegen gilt.

In dem derzeitigen DCESL scheint ein solcher Diskussionsstand noch nicht in einem hinreichenden Maße erreicht zu sein. Viele Regeln statuieren hier einen zwar „hohen“, nichtsdestotrotz aber inadäquaten Verbraucher- und Schwächerenschutz, mit dem weder den Interessen von Verbrauchern noch denen von Unternehmern gedient ist. Beispiele sind unnötige Informationspflichten mit ihren systemdisruptiven Rechtsfolgen, das zwingend ausgestaltete Widerrufsrecht im Fernabsatz, die auch unter Unternehmern zwingende AGB-Kontrolle und das dispositionsfeste Gewährleistungsrecht. Ganz offenkundig fehlt den an der Fortschreibung des *acquis communautaire* Beteiligten derzeit die Kraft für eine Korrektur bereits „erreichter“ Regelungen. Stattdessen schreibt man die existierenden Regeln fort, ergänzt sie allenfalls vorsichtig um neue Schutzinstrumente und Regeln und erweitert den Anwendungsbereich durch Einbeziehung von SME. Ob die bisherigen Regeln sich überhaupt bewährt haben, hat man dabei offenbar nicht gefragt, Kritik insoweit allenfalls ausnahmsweise berücksichtigt. Die zwölf hier herausgearbeiteten Thesen, die hier noch einmal zusammenfassend wiedergegeben werden, sollen das illustrieren und den Weg künftiger Diskussion aufzeigen. Denn es wäre geradezu fatal, wenn mit einem optionalen CESL das Projekt einer Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts insgesamt scheitern würde.

V. Thesen

- (1) Ein optionales Instrument sollte Unternehmern unabhängig von ihrer Größe zugänglich sein; eine Beschränkung auf SME ist verfehlt.
- (2) Ein CESL sollte auch auf finanzierte Kaufverträge anwendbar sein.
- (3) Ein optionales Vertragsrecht sollte so umfassend wie möglich geregelt sein, um einen Rückgriff auf nationales Vertragsrecht nach Möglichkeit auszuschließen. Soweit das nicht möglich ist, sollte klar definiert sein, wie weit die Regelungen des optionalen Vertragsrechts reichen.

- (4) Die Verwendung einheitlicher AGB ist nur so weit möglich, wie einheitliches materielles Recht gilt. Die Vereinheitlichung der Vertragsinhaltskontrolle muss deshalb auf die Bereiche beschränkt werden, die im CESL ausdrücklich geregelt sind. Ein CESL sollte deshalb so umfassend geregelt sein, dass der Rückgriff auf nationales Vertragsrecht unnötig wird. Nur dann wäre eine Verwendung europaweit einheitlicher AGB möglich, andernfalls das Instrument aus Unternehmenssicht uninteressant.
- (5) Informationspflichten sind unnötig,
- soweit es um Information über Leistungen des Unternehmers an den Verbraucher geht, zu denen der Unternehmer von Rechts wegen nicht verpflichtet ist (Garantien; zusätzliche Dienstleistungen);
 - soweit es sich um Umstände handelt, die sich nur dann nachteilig zu Lasten des Verbrauchers auswirken können, wenn sie wirksam vereinbart werden;
 - soweit sie zu verdoppelter Information führen.
- Regelungsbedarf besteht hier nur hinsichtlich missverständlicher Information, doch kommt es dafür nicht auf eine Informationspflicht an.
- (6) Selbständige Informationspflichten hinsichtlich des Vertragsinhalts (Kaufgegenstand, Preis und Vertragsbestimmungen) sind überflüssig und störend. Die hier erforderlichen Anreize können besser im Rahmen der Regeln über den Vertragsschluss und den Vertragsinhalt sowie im Gewährleistungsrecht geregelt werden.
- (7) Unternehmer sollten nicht pauschal verpflichtet werden, Verbraucher vor Vertragsschluss mit Informationen zu belasten, die Details der Vertragsrückabwicklung betreffen. Zumeist gehört solche Information auf die Vertragsbestätigung.
- (8) Die Rechtsfolgen einer Informationspflichtenverletzung dürfen nicht allein am Gedanken einer effektiven Sanktionierung ausgerichtet sein. Vielmehr gilt es die Sanktionsregel mit den allgemeinen Vor-

schriften zum Vertragsschluss, zum Irrtumsrecht und zum Schadensersatz abzustimmen.

- (9) Auch für Verbrauchergeschäfte muss eine allgemeine, privatrechtlich begründete Informationspflicht gelten, wie sie Art. 23 DCEsL für Handelsgeschäfte statuiert. Soweit daneben überhaupt noch eine vertragsrechtliche Notwendigkeit für regulatorisch begründete Informationspflichten besteht, sind diese als Ergänzungen zur allgemeinen Informationspflicht zu regeln.
- (10) Das zwingende Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen ist revisionsbedürftig. Sachlich begründet ist hier nur ein standardisiertes optionales Recht, das Verbrauchern die Wahl eröffnet, den Vertrag mit oder ohne eine Widerrufsmöglichkeit abzuschließen.
- (11) Eine zwingende AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist sinnvoll, doch sollten Unternehmen eine gerichtliche Klauselkontrolle individualvertraglich ausschließen können. Dabei sollte im unternehmerischen Geschäftsverkehr dieselbe Generalklausel der Fairnesskontrolle wie für Verbrauchergeschäfte Anwendung finden. Den Besonderheiten des Geschäftsverkehrs ist gegebenenfalls bei der Konkretisierung dieser Generalklausel Rechnung zu tragen.
- (12) Gewährleistungsansprüche sollten auch zulasten von Verbrauchern dispositiv ausgestaltet werden. Die Regeln über die Klauselinhaltskontrolle bieten hier einen besser zugeschnittenen Schutz, weil die Möglichkeit einer Einschränkung von Gewährleistungsrechten auch im Verbraucherinteresse liegen kann. Eine unbeschränkte Mängelhaftung des Verkäufers auch für Mangelfolgeschäden ist nicht immer angemessen.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftenreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, *Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten*, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, *Quo vadis Europa?*, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amttenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010

- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa: die Initiativen der Kommission, 2012

- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-*acquis*?: Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts, 2012