

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 60

Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht

Ein Vergleich anlässlich des Vorschlags
für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Von

Marcel Gade



Duncker & Humblot · Berlin

MARCEL GADE

Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen
und europäischen Privatrecht

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 60

Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht

Ein Vergleich anlässlich des Vorschlags
für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Von

Marcel Gade



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-14344-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54344-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84344-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz als Dissertation angenommen. Das Manuskript hat den Stand Juli 2013. Rechtsprechung und Schrifttum konnten größtenteils noch bis Mitte Dezember 2013 nachgetragen werden.

Großen Dank schulde ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Peter Huber, der bei mir während des Studiums das Interesse am Internationalen Privatrecht mit all seinen unionsrechtlichen Ausprägungen geweckt hat. Ebenso möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Urs Peter Gruber bedanken, an dessen Lehrstuhl ich seit August 2011 arbeiten darf und der mir neben der universitären Arbeit ausreichend Freiraum für die zügige Fertigstellung dieser Arbeit gelassen hat. Darüber hinaus gebührt ihm großer Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich danken möchte ich aber vor allem meinen Eltern für ihre fortwährende Unterstützung während des Studiums, während der Promotion und nunmehr während des Referendariats sowie für das rasche und gründliche Korrekturlesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Mainz, im Dezember 2013

Marcel Gade

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	23
I. Ausgangspunkt	23
II. Fortschreitende Rechtsvereinheitlichung in der EU: Kein Europäisches Zivilgesetzbuch, aber ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – vorerst jedenfalls	24
III. Schlussfolgerungen für die Untersuchung und Ziel der Arbeit	26
B. Der Siegeszug allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wirtschaftsverkehr	27
I. Wirtschaftlicher Hintergrund von AGB und Notwendigkeit ihrer Kontrolle	27
II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung	28
C. Entstehung und Entwicklung der behandelten internationalen Regelwerke	30
I. PICC	30
II. PECL	32
III. DCFR	33
IV. GEK-Vorschlag	36
D. Anwendungsbereich der Regelwerke	39
I. CISG	39
II. PICC	39
III. PECL	40
IV. DCFR	41
V. GEK-Vorschlag	41
1. Grenzübergreifende Verträge, Art. 4 GEK-VO	41
2. Zulässige Vertragstypen, Art. 5 GEK-VO	43
3. Vertragsparteien, Art. 7 GEK-VO	44

4. Vereinbarung über die Verwendung des GEK, Art. 8 GEK-VO	46
a) Verbraucherverträge (b2c)	46
b) Unternehmerverträge (b2b)	47
c) Vereinbarung des GEK außerhalb seines Anwendungsbereichs	48
5. Folgen der Verwendung des GEK, Art. 11 GEK-VO	49
6. Verhältnis des GEK zu IPR und CISG	49
a) Verhältnis zur Rom I-VO	50
b) Verhältnis zum CISG	51
7. Der sog. „Blue-Button“	52
VI. Zusammenfassung zu den Anwendungsbereichen	54
E. Vertragsschluss nach den Regelwerken	56
F. Die jeweiligen AGB-Begriffe	58
I. AGB und nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln	58
II. BGB	58
III. CISG	62
IV. PICC	64
V. PECL	66
VI. DCFR und Machbarkeitsstudie zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer	67
VII. GEK-Vorschlag	69
VIII. Zusammenfassung zu den AGB-Begriffen	71
G. Die Einbeziehungskontrolle bei AGB	74
I. Maßgebliche Vorschriften für die Einbeziehung	74
II. Einbeziehung im Rahmen des Angebots	75
1. Hinweisobliegenheit und Möglichkeit der Kenntnisnahme	75
a) BGB	75
aa) AGB in Verbraucherverträgen	76
(1) Hinweis, § 305 II Nr. 1 BGB	76

(2) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme, § 305 II Nr. 2 BGB	76
(3) Einverständnis des Empfängers, § 305 II a.E. BGB	78
(4) Rahmenvereinbarung, § 305 III BGB	79
bb) AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr	79
(1) Branchenüblichkeit und laufende Geschäftsbeziehung	80
(2) Handelsbrauch (§ 346 HGB)	80
(3) Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB: Erkundigungsobliegenheit	81
cc) Besonderheiten bei Vertragsschluss und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	82
(1) Vertragsschluss im Internet	82
(2) Herkömmlicher Vertragsschluss und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	84
dd) Zusammenfassung	85
b) CISG	87
aa) Einbeziehung nach Art. 14 I, 8 II	87
(1) Hinweiserfordernis	87
(2) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme von den AGB	87
(a) Übersendungsobliegenheit	88
(b) Kritik am Übersendungserfordernis	89
(c) Folgen der Übersendungsobliegenheit für die Praxis	91
(d) Anderweitiges Zugänglichmachen – insbesondere im Internet	93
(aa) Vertragsschluss über das Internet	93
(bb) Vertragsschluss außerhalb des Internets und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	96
bb) Wiederholter Vertragsschluss und Einbeziehung nach Art. 14 I, 8 III, 9 (Gebräuche und Gepflogenheiten)	100
(1) Gebräuche und Gepflogenheiten i.S.d. Art. 9 I CISG	101
(2) Gebräuche i.S.d. Art. 9 II CISG	101
cc) Zusammenfassung	103
c) PICC	103
aa) Hinweisobliegenheit	103
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	104
(1) Übersendungsobliegenheit	105
(2) Kritik an der Übersendungsobliegenheit	105
cc) Vertragsschluss im Internet und herkömmlicher Vertragsschluss mit Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	107

dd) Verhältnis der PICC zu den Einbeziehungsvorschriften des eigentlich anwendbaren nationalen Rechts	107
ee) Zusammenfassung	108
d) PECL	108
aa) Hinweisobliegenheit	109
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	109
(1) Übersendungsobliegenheit – ja oder nein?	109
(2) „Andere Schritte“ für die Einbeziehung – Vertragsschluss im Internet	110
(a) Vertragsschluss über das Internet	111
(b) „Herkömmlicher“ Vertragsschluss und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	111
cc) Ausreichen eines bloßen Hinweises	112
dd) Verhältnis der PECL zu den Einbeziehungsvorschriften des eigentlich anwendbaren nationalen Rechts	112
ee) Zusammenfassung	113
e) DCFR	113
aa) Hinweisobliegenheit	114
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	114
(1) Keine generelle Übersendungsobliegenheit	115
(2) Anderweitiges Zugänglichmachen – Vertragsschluss im Internet	116
(a) Vertragsschluss im Internet	116
(b) „Herkömmlicher“ Vertragsschluss und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	117
cc) Ausreichen eines bloßen Hinweises und stillschweigende Einbeziehung	117
dd) Keine Modifikation für b2c-Verträge	118
ee) Verhältnis des DCFR zu den Einbeziehungsvorschriften des eigentlich anwendbaren nationalen Rechts	118
ff) Zusammenfassung	118
f) Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	119
aa) Hinweisobliegenheit	120
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	120
(1) Übersendungsobliegenheit nur bei Verbraucherverträgen (b2c) ..	120
(2) Anderweitiges Zugänglichmachen – Vertragsschluss im Internet ..	122
(a) Vertragsschluss im Internet	123

(b) „Herkömmlicher“ Vertragsschluss und Abrufmöglichkeit der AGB im Internet	123
cc) Verhältnis der Einbeziehungsvorschriften des GEK zum unverein- heitlichten nationalen Recht	124
dd) Zusammenfassung	125
g) Zusammenfassung zu Hinweisobliegenheit und Möglichkeit der Kennt- nisnahme	126
2. Schweigen des Empfängers und kaufmännisches Bestätigungsschreiben . . .	128
a) BGB	129
aa) Schweigen und das Einverständnis gemäß § 305 II a.E. BGB	129
bb) Anerkannte Fälle der Erklärungswirkung des Schweigens	129
cc) Das kaufmännische Bestätigungsschreiben	130
(1) Erfasster Personenkreis	131
(2) Hinweiserfordernis	132
(3) Einschränkungen	132
(a) Widerspruch oder ablehnende Haltung des Empfängers wäh- rend der Vertragsverhandlungen	132
(b) Vom Vereinbarten wesentlich abweichende Klauseln	133
(c) Beschränkung auf branchenübliche, nicht ungewöhnliche oder nur unerheblich vom dispositiven Recht abweichende Klauseln – Verhältnis zu § 305c I BGB	134
(d) „Praktische“ Gegen Ausnahme: Die Beweislast im Prozess . . .	136
(4) Verhältnis zu Individualabreden nach § 305b BGB	136
(5) Sich kreuzende Bestätigungsschreiben	137
dd) Zusammenfassung	138
b) CISG	139
aa) Schweigen hinsichtlich der Einbeziehung von AGB	139
bb) Erklärungswirkung trotz Schweigens im CISG	139
cc) Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im CISG	140
(1) Einordnung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in die Systematik des CISG	140
(a) Ablehnung des Instituts bei der Ausarbeitung der Konvention	140
(b) Keine Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungs- schreibens infolge der Lückenfüllung nach Art. 7 II CISG . . .	141
(c) Keine Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungs- schreibens nach Art. 19 II CISG analog	143

(d) Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens durch Derogation nach Art. 6 CISG oder aufgrund Vorbehalts nach Art. 92 CISG	145
(e) Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im Rahmen von Art. 9 CISG	145
(aa) Gebräuche und Gepflogenheiten nach Art. 9 I CISG	146
(bb) Gebräuche nach Art. 9 II CISG	146
(f) Voraussetzungen und Reichweite der Wirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im CISG	149
(2) Einbeziehung von AGB mit Hilfe des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im CISG	149
(3) Das kaufmännische Bestätigungsschreiben als Beweismittel für die Einbeziehung von AGB	150
dd) Zusammenfassung	151
c) PICC	152
aa) Schweigen auf den Einbeziehungshinweis	152
bb) Erklärungswirkung trotz Schweigens	152
cc) Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben	153
(1) Bestätigungsschreiben nach Art. 2.1.12 PICC	153
(2) Gebräuche und Gepflogenheiten nach Art. 1.9 PICC	154
dd) Einbeziehung von AGB mithilfe eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens	155
d) PECL und DCFR	155
e) Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	157
f) Zusammenfassung zu Schweigen und kaufmännischem Bestätigungsschreiben	158
3. Die Sprache von Hinweis und AGB-Text	159
a) BGB	160
aa) Systematische Einordnung der Sprachenfrage bei AGB	160
(1) Allgemeine Einordnung bei Willenserklärungen	160
(a) Anknüpfung an ein „Sprachenstatut“	161
(b) Die Behandlung als Formfrage	161
(c) Die Sprache als Zugangsproblem	162
(2) AGB-spezifische Lösung	163
bb) Die zulässige(n) Sprache(n) für die Einbeziehung im Einzelnen	164
(1) Ausgangspunkt: Verhandlungs- und Vertragssprache	164

(2) Verhandlungs- und Vertragssprache bei AGB, Sprachunkundigkeit	167
(a) Hinweis auf die AGB	167
(b) AGB-Text	169
(3) Weitere Sprachen und „Weltsprachen“	172
cc) Folgen der Verwendung einer unverständlichen Sprache	174
dd) Zusammenfassung	175
b) CISG	176
aa) Die Sprachenfrage als Regelungsgegenstand des CISG	176
bb) Die zulässigen Sprachen für die AGB-Verwendung im CISG	178
(1) Verhandlungs- und Vertragssprache	178
(2) Weitere Sprachen, „Weltsprachen“ und Übersetzungsobliegenheiten	180
cc) Zusammenfassung	183
c) PICC, PECL	184
d) DCFR, Machbarkeitsstudie, GEK-Vorschlag	185
e) Zusammenfassung zur Sprache von Hinweis und AGB-Text	187
4. Überraschende Klauseln	188
a) BGB	189
aa) Verhältnis von § 305c I BGB zur Inhaltskontrolle	190
bb) Verhältnis von § 305c I BGB zur Einbeziehung von AGB durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben	190
cc) Voraussetzungen des § 305c I BGB	191
(1) Ungewöhnlichkeit der Klausel	191
(2) „Überrumpelungseffekt“	192
(3) Kritik und Alternativvorschlag der Literatur zum Prüfungsmaßstab	193
(4) Anwendbarkeit auf b2b-Verträge	194
(5) Beweislast	195
dd) Verhältnis zur Auslegungsregel des § 305c II BGB	195
ee) Zusammenfassung	196
b) CISG	197
aa) Überraschende Klauseln als Regelungsgegenstand des CISG	197
(1) § 305c I BGB – negative Einbeziehungsvoraussetzung und keine Frage der Gültigkeit	197
(2) Keine externe Lücke beim Schutz vor überraschenden Klauseln	198

bb) Der Schutz vor überraschenden Klauseln gemäß Art. 8 II, III i.V.m. Art. 7 I CISG	201
cc) Zusammenfassung	202
c) PICC	203
aa) Systematische Einordnung von Art. 2.1.20 PICC	203
bb) Schutz vor überraschenden Klauseln im Rahmen der PICC	204
(1) Anwendbarkeit der Vorschrift	204
(2) Erfasste Klauseln	205
(3) Sprachliche Fassung und Erscheinungsbild der Klausel	206
(4) Entfallen der überraschenden Wirkung	206
cc) Zusammenfassung	207
d) PECL, DCFR, Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	208
aa) Schutzmöglichkeiten innerhalb der Regelwerke	208
(1) Keine ausreichende Berücksichtigung im Rahmen der Inhaltskontrolle	209
(2) Erhöhte Anforderungen im Rahmen der „allgemeinen“ Einbeziehungskontrolle	210
bb) Voraussetzungen für eine Überraschung	212
cc) Entfallen der überraschenden Wirkung	212
dd) Unterschiede zwischen Unternehmern und Verbrauchern	213
ee) Zusammenfassung	213
e) Zusammenfassung zum Schutz vor überraschenden Klauseln	213
5. Kollidierende AGB-Klauseln („battle of the forms“)	215
a) BGB	216
aa) Vertragsschluss	217
bb) Vertragsinhalt	217
(1) Lösungsweg der Rechtsprechung	218
(2) Lösungsweg im Schrifttum	219
(3) „Ergänzende Regelungen“, insbesondere Eigentumsvorbehalte ..	220
cc) Zusammenfassung	222
b) CISG	223
aa) Vorliegen einer Kollisionslage	224
bb) Vertragsschluss	225
cc) Vertragsinhalt	227
(1) Theorie des letzten Wortes („last-shot-rule“)	227

(2) Restgültigkeitslösung („knock-out-rule“)	228
(3) „Ergänzende Regelungen“	230
dd) Zusammenfassung	231
c) PICC	232
aa) Vorliegen einer Kollisionslage	232
bb) Vertragsschluss	233
cc) Vertragsinhalt	234
(1) Regelfall: Anwendung der knock-out-rule	234
(2) Ausnahmsweise Anwendung der last-shot-rule	235
(3) „Ergänzende Regelungen“	235
dd) Zusammenfassung	236
d) PECL, DCFR, Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	236
aa) Vorliegen einer Kollisionslage	237
bb) Vertragsschluss	238
cc) Vertragsinhalt	238
(1) Regelfall: Anwendung der knock-out-rule	238
(2) Ausnahmsweise Anwendung der last-shot-rule	239
(3) „Ergänzende Regelungen“	239
dd) Zusammenfassung	240
e) Zusammenfassung zu kollidierenden AGB-Klauseln	241
III. Einbeziehung von AGB im Rahmen der Annahme	243
IV. „Einbeziehung“ von AGB nach Vertragsschluss: Vertragsänderung	245
1. BGB	245
2. CISG	247
3. PICC, PECL, DCFR	249
4. Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	249
5. Zusammenfassung	250
V. Rechtsfolgen der Nichteinbeziehung von AGB	251
1. BGB	251
2. CISG	253
3. PICC	254
4. PECL, DCFR, Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	255

5. Zusammenfassung	258
VI. Vorrang der Individualabrede	260
1. BGB	260
2. CISG	262
3. PICC, PECL, DCFR, Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	263
4. Zusammenfassung	265
H. Inhaltskontrolle	267
I. BGB	267
1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrollnormen	268
2. Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit, §§ 308, 309 BGB	270
3. Generalklausel des § 307 BGB	271
a) § 307 I BGB	271
aa) Benachteiligung des Vertragspartners	271
bb) Unangemessenheit der Klausel	272
cc) Das Transparenzgebot, § 307 I 2 BGB	275
(1) Anforderungen des Transparenzgebots	275
(2) Intransparenz als unangemessene Benachteiligung	277
b) Sondertatbestände des § 307 II BGB	279
aa) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der abbedungenen gesetzlichen Regelung (Nr. 1)	279
(1) Begriff der gesetzlichen Regelung	279
(2) Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung	282
(3) Unvereinbarkeit der Abweichung mit den wesentlichen Grundgedanken	283
bb) Gefährdung des Vertragszwecks durch Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten (Nr. 2)	285
(1) Wesentliche Rechte und Pflichten aus der Natur des Vertrages	286
(2) Einschränkung der wesentlichen Rechte und Pflichten	287
(3) Gefährdung des Vertragszwecks als Folge der Einschränkung	288
c) Handhabung von § 307 I 1 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr	289
aa) Unterschiedlicher Schutzbedarf	290
bb) Die Regelung des § 310 I 2 Hs. 1 BGB: Berücksichtigung der §§ 308, 309 BGB	292

cc) Berücksichtigung von Gewohnheiten und Gebräuchen, § 310 I 2 Hs. 2 BGB	295
4. Sondervorschrift des § 475 BGB bei Verbrauchsgüterkaufverträgen	297
5. Zusammenfassung	297
II. CISG	301
III. PICC	302
1. Eigene Kontrollvorschriften der PICC	303
2. Rückgriff auf nationales Recht	304
3. Kontrolle der PICC als AGB des Vertrages	305
4. Zusammenfassung	306
IV. PECL	306
1. Kontrolle nach Art. 4:110 PECL	306
2. Verhältnis zur Inhaltskontrolle nach dem an sich anwendbaren Recht	307
3. Kontrolle der PECL als AGB des Vertrages	308
4. Zusammenfassung	308
V. DCFR	309
1. Anwendungsbereich und zwingender Charakter der Vorschriften	309
2. Transparenzgebot (Art. II.-9:407 I und II.-9:402 DCFR)	310
3. Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern (b2c)	311
a) Art. II.-9:403 DCFR – Generalklausel	311
b) Art. II.-9:410 DCFR – Bedingungen, bei denen die Unangemessenheit vermutet wird („graue Liste“)	313
c) Art. II.-9:409 DCFR – Grundsätzliches Verbot eines ausschließlichen Ge- richtsstands am Unternehmensitz	313
4. Verträge zwischen Unternehmern (b2b)	314
5. Verträge zwischen Nichtunternehmern	317
6. Verhältnis der Inhaltskontrollvorschriften zum anwendbaren Recht	318
7. Kontrolle der DCFR-Vorschriften als AGB des Vertrages	318
8. Zusammenfassung	318
VI. Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	320
1. Anwendungsbereich und zwingender Charakter	320

2. Verbraucherverträge (b2c)	321
a) Transparenzgebot	321
b) Generalklausel	322
c) Per se unfaire Vertragsbestimmungen („schwarze Liste“) und Vermutungsregeln („graue Liste“)	324
3. Unternehmerverträge (b2b)	326
4. Keine Regelung für Nichtunternehmer	329
5. Keine Übernahme von Abschnitt 4 der Machbarkeitsstudie	329
6. Verhältnis der Inhaltskontrollvorschriften des GEK zum anwendbaren nationalen Recht	330
7. Kontrolle der GEK-Vorschriften als AGB des Vertrages	330
8. Fazit zur Inhaltskontrolle im GEK-Vorschlag	330
9. Zusammenfassung	333
VII. Zusammenfassung zur Inhaltskontrolle	334
VIII. Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle	340
1. BGB	340
2. CISG	343
3. PICC	345
a) Eigene Kontrollvorschriften der PICC	345
aa) Art. 3.2.7 PICC	345
(1) Anfechtung der Vertragsbestimmung	345
(2) Kritik am Erfordernis der Anfechtung	345
(3) Folgen der Anfechtung für die AGB und den Vertrag im Übrigen	346
(4) Füllung der durch die Anfechtung entstandenen Lücke	346
(5) Anpassung der Bedingung: Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion	347
bb) Art. 7.4.13 PICC	347
cc) Art. 7.1.6 PICC	347
b) Rückgriff auf die Inhaltskontrollvorschriften des nationalen Rechts	347
4. PECL	348
5. DCFR, Machbarkeitsstudie und GEK-Vorschlag	349
6. Zusammenfassung	351
I. Abschließende Bewertung und Ausblick	354

Literaturverzeichnis	359
Sachwortregister	381

Abkürzungsverzeichnis

ACQP	Acquis Principles
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CISG-online	http://www.cisg-online.ch (Entscheidungssammlung)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ERPL	European Review of Private Law
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
GEK-VO	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Art. 1 – 16)
GEK-Vorschlag	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anhang I)
Klauselrichtlinie	Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-verträgen
Machbarkeitsstudie	Machbarkeitsstudie zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer
PECL	Principles of European Contract Law („Lando-Principles“)
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
rechtspraak.nl	http://www.rechtspraak.nl (Entscheidungssammlung)
URL	Uniform Resource Locator
ZG	Zivilgericht (Schweiz)

Hinsichtlich der weiteren Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013.

A. Einleitung

I. Ausgangspunkt

Allgemeine Geschäftsbedingungen – oder kurz AGB – lassen sich aus den heutigen Geschäftsbeziehungen nicht mehr wegdenken. Dies hat insbesondere ökonomische Gründe.¹ Verwendet werden sie daher nicht nur in Verträgen zwischen Unternehmern, sondern auch als Verbraucher hat man es bei Rechtsgeschäften regelmäßig mit dem Klauselwerk eines Unternehmers zu tun. Dadurch kann dieser die Vertragsbeziehung in bestimmten Bereichen nach seiner Vorstellung und zu seinen Gunsten ausgestalten. Dementsprechend breit gefächert sind auch die in AGB typischerweise geregelten Bereiche. So enthalten sie beispielsweise die Modalitäten von Zahlung, Lieferung oder Erstattung, Gefahrübergang sowie Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse.

Die damit verbundenen Fragestellungen und Probleme beschränken sich nicht auf den inländischen Rechtsverkehr, sondern treten ebenso in grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen auf. Bei internationalen Sachverhalten hängt ihre Lösung maßgeblich vom jeweils anwendbaren Recht ab. Häufig handelt es sich dabei um unvereinheitlichtes nationales Recht. Vertragsstatut kann aber auch materielles Einheitsrecht sein. In Betracht kommt insbesondere das Wiener UN-Kaufrecht (CISG),² das mittlerweile von fast allen großen Wirtschaftsmächten ratifiziert wurde.³

In den letzten Jahrzehnten wurden aber auch mehrere Regelwerke ausgearbeitet, die zwar größtenteils nicht rechtsverbindlich sind, aber durchaus als Vertragsstatut dienen könnten: die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), die Principles of European Contract Law (PECL) und der Draft Common Frame of Reference (DCFR). Alle diese Werke sind das Ergebnis einer langen und umfassenden rechtsvergleichenden Arbeit ihrer jeweiligen wissenschaftlichen Kommissionen. Die Bezeichnung als „Principles“ verdeutlicht, dass die Werke selbst nicht als eigene Rechtsordnung, sondern als Grundregeln verstanden werden sollen.⁴

¹ Dazu näher unten B. I.

² „UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ vom 11.04.1980, BGBl. 1989 II, 588.

³ Derzeit haben 78 Staaten das CISG ratifiziert (Stand: 06.03.2013). Unter <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> sind alle Vertragsstaaten mit ihren jeweiligen Vorbehalten aufgeführt (Stand: 30.07.2013). Das *Vereinigte Königreich* fehlt bislang (instruktiv dazu: Hofmann, 22 Pace Int'l. L. Rev., 145 ff.).

⁴ Vgl. Zimmermann, JZ 1995, 477 (478); ders., ZEuP 1995, 731 (732).

Grundregeln sind jedoch ein wichtiger Ausgangspunkt für die Schaffung neuer, einheitlicher Rechtsvorschriften. Gerade wenn – wie im Falle der EU – eine Vielzahl von verschiedenen Rechtsordnungen zur Verfügung steht, fällt die Entscheidung für eine bestimmte Regelungstechnik und –weise nicht immer einfach und wird vor allem auch nicht kritiklos hingenommen. Die Idee einer grenzüberschreitenden Analyse der verschiedenen Rechtsordnungen ist daher hilfreich, um einen möglichst weitreichenden Konsens zu erzielen.⁵

II. Fortschreitende Rechtsvereinheitlichung in der EU: Kein Europäisches Zivilgesetzbuch, aber ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – vorerst jedenfalls

Die Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU hat bereits große Fortschritte im Bereich des Kollisionsrechts gemacht: Für vertragliche Schuldverhältnisse ist nun die Rom I-VO⁶ maßgeblich, für außervertragliche die Rom II-VO.⁷ Für das Unterhaltsrecht gilt seit 18.06.2011 die EuUnthVO,⁸ für die Ehescheidung seit 21.06.2012 die Rom III-VO.⁹ Auch für das Erbrecht gibt es mittlerweile eine eigene Verordnung (sog. EuErbVO)¹⁰ und für das Güterrecht ist eine weitere in Planung.¹¹

In Anbetracht dieser Entwicklungen liegt der Gedanke nahe, neben dem Kollisionsrecht auch das materielle Recht zu vereinheitlichen. Am Ende könnte sich daraus ein Europäisches Zivilgesetzbuch entwickeln. Das Europäische Parlament hat bereits zweimal von der Kommission gefordert, die für ein solches Projekt notwendigen Vorbereitungen zu treffen.¹² Von Seiten der Kommission selbst ist bisher jedoch wenig geschehen. Nicht verschweigen darf man in diesem Zusammenhang aber, dass die Kommission durchaus Sympathien für eine materielle Rechtsvereinheitlichung hat erkennen lassen.¹³ Den Forschungsprojekten, aus denen die PECL und der DCFR hervorgegangen sind, stand sie sehr wohlwollend gegenüber – was

⁵ Vgl. Zimmermann, ZEuP 1995, 731 (732).

⁶ VO (EG) Nr. 593/2008, ABl. EG 2008 Nr. L 177/6.

⁷ VO (EG) Nr. 864/2007, ABl. EG 2007 Nr. L 199/40.

⁸ VO (EG) Nr. 4/2009, ABl. EG 2009 Nr. L 7/1.

⁹ VO (EU) Nr. 1259/2010. Die VO gilt jedoch nicht in allen Mitgliedstaaten.

¹⁰ VO (EU) Nr. 650/2012. Die VO gilt ab dem 17.08.2015.

¹¹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts vom 16.03.2011, KOM(2011) 126 endgültig.

¹² ABl. EG 1989 Nr. C 158/400 und 1994 Nr. C 205/518.

¹³ Vgl. aber auch Beale, *Juridica International* XIV (2008), 10 (11): „European Commission has vigorously denied that its aim is a unification of contract law across Europe“.

man nicht zuletzt an der großzügigen finanziellen Förderung dieser Projekte erkennen konnte.¹⁴

Das europäische Schrifttum hält sich gegenüber der Idee eines Europäischen Zivilgesetzbuches entweder sehr bedeckt oder lehnt sie aus verschiedenen Gründen von vornherein ab.¹⁵ Mitunter gibt es aber auch Befürworter, die vor allem die Vorteile einer systematisch in sich abgeschlossenen Kodifikation hervorheben.¹⁶

Jedenfalls gegenwärtig ist aber nicht mit einer umfassenden Europäischen Kodifikation des Privatrechts zu rechnen, da schon die Kompetenz der EU hierfür fraglich erscheint.¹⁷ Erfolgsversprechender und leichter zu realisieren ist daher der u. a. von EU-Justizkommissarin *Viviane Reding* befürwortete Vorstoß, ein optionales europäisches Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer zu schaffen.¹⁸ Dieses ist als sog. „28. Rechtsordnung“¹⁹ gedacht, die neben die bisherigen 27 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen treten soll und von den Parteien für ihr Vertragsverhältnis gewählt werden kann.²⁰ Unabhängig vom Inhalt wird vor allem die Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV, auf die sich die EU-Kommission beruft, stark kritisiert.²¹ Der Bundestag hat sich deswegen am 01.12.2012 sogar dazu entschlossen, eine Subsidiaritätsrüge zu erheben.²² Zum Streit um die Kompetenz der EU kommen noch vielfältige Kritikpunkte inhaltlicher Art hinzu.²³ Ob und in wel-

¹⁴ Näher dazu unten C. II. und III.

¹⁵ s. etwa *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, 3401 (3401 f.); *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (530); *Beale*, *Juridica International* XIV (2008), 10 (17); *Wagner*, ZEuP 2007, 180 (182 ff.); vgl. auch *Heiner-Lehne*, S. 190; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (269).

¹⁶ So etwa *Hondius*, S. 3 ff.; *von Bar*, FS Henrich, S. 1 ff.; *Hesselink*, ERPL 2004, 397 (402; 417 ff.); *von Bar/Landol/Swann*, ERPL 2002, 183 (231 ff.); *Müller-Graff*, NJW 1993, 13 (23); vgl. auch *Buschmann*, S. 198 f.; *von Bar*, Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens, S. 28 f.; *Hesselink*, 83 *Tulane L. Rev.* (2009), 919 (923 f.).

¹⁷ Vgl. *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (530); vgl. auch *Beale*, *Juridica International* XIV (2008), 10 (11). Noch deutlicher *Heiner-Lehne*, S. 190.

¹⁸ *Reding*, S. 1 ff.; *dies.*, ZEuP 2011, 1 ff.; *dies.*, Gastkommentar im Handelsblatt vom 5./6. 11. 2010 (Nr. 215), S. 72.

¹⁹ Zur unterschiedlichen Bezeichnung als 28. oder – auch nach hier vertretener Auffassung befürwortet – 2. Rechtsordnung s. unten D. V. 6. a).

²⁰ *Reding*, ZEuP 2011, 1 (3).

²¹ Die Frage nach der Kompetenzgrundlage soll in dieser Arbeit dahingestellt bleiben. s. hierzu ausführlich *Daiber*, S. 205 ff.; *Grigoleit*, S. 75 ff.; *Schmidt-Kessel*, Einleitung, S. 9 ff.; *Müller-Graff*, S. 57 ff.; *Perner*, S. 33 ff.; *Ludwigs*, EuZW 2012, 608 (608 ff.) mit Ausführungen zum Verfahren der Subsidiaritätsrüge; vgl. auch schon *Max Planck Institut*, *RabelsZ* 75 (2011), 371 (386 ff.); zur Auffassung der EU-Kommission *Reding*, S. 3 ff.; *Staudenmayer*, Bedarf, Mehrwert und Reichweite, S. 37; *ders.*, NJW 2011, 3491 (3495 f.).

²² Zu den Gründen s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 30. 11. 2011, BT-Drucks. 17/8000.

²³ s. stellvertretend *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 ff.