

Gläubigers unter Berücksichtigung seines Verursachungsbeitrags anteilig zu kürzen. Unteilbare Rechtsbehelfe bleiben erhalten, wenn nicht der Gläubiger allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

Soweit in der Rechtsprechung Tendenzen erkennbar sind, das Kausalitätserfordernis des Art. 80 CISG aufzuweichen,<sup>41</sup> hat dies zur Konsequenz, dass in das CISG eine rechtsbehelfsbezogene Vertragstreuepflicht hineingelesen wird, die es so nicht enthält.

Dies ist deshalb bedenklich, weil dadurch dessen ausdifferenziertes Leistungsstörungenrecht unterlaufen zu werden droht. Eine Rückbesinnung auf den Normtext des Art. 80 CISG erscheint daher dringend geboten.

<sup>41</sup> Int. Ct. Belarusian CCI, 5.10.1995, CISG-online 861; OLG München, 9.7.1997, CISG-online 282; OLG München, 1.7.2002, CISG-online 656; Handelskammer Zürich, 31.5.1996, CISG-online 1291.

## B2B Kaufverträge und das GEK: Das Ende des CISG? \*

Patrick A. Droese, Würzburg

### I. Einleitung

Mit der Veröffentlichung des Vorschlags einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>1</sup> (GEK) am 11.10.2011 legt die Kommission erstmalig einen ausformulierten Entwurf eines wählbaren Kaufvertragsrechts vor. Stetig wächst die Zahl an Beiträgen in schon jetzt schwerlich überschaubarem Umfang und unterstreicht damit eindrucksvoll die Brisanz, die das Projekt der Rechtsvereinheitlichung im europäischen (Kauf-)Vertragsrecht mit sich bringt. Aus der Fülle an diskutierten Themen soll vorliegend der Kaufvertrag im *business-to-business* Bereich (B2B) in das Zentrum der Betrachtung gerückt werden, um der Frage nachzugehen, wie es fortan um die Erfolgsaussichten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf<sup>2</sup> (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG) bestellt ist. Denn „[m]it der Kaufrechtsorientierung des Entwurfs begibt sich die Kommission ausdrücklich in Konkurrenz zum UN-Kaufrecht CISG“.<sup>3</sup> Fragen zur materiell-rechtlichen Ausgestaltung des Inhalts sollen dabei nur vereinzelt aufgegriffen bzw. beantwortet werden. Vielmehr wird sich der Konkurrenzproblematik v.a. mit Blick auf einige Charakteristika des Rahmens, in dem sich der Wettbewerb zwischen GEK und CISG vollziehen würde, genähert. Das GEK bietet dabei einige Angriffspunkte von denen einzelne, freilich nicht alle, herausgegriffen werden, um zu verdeutlichen, dass die Aussichten für die Wahl des vorgeschlagenen GEK zulasten des CISG alles andere als rosig sind.

### II. Ablauf der Entwurfsanfertigung

Allen weiteren Überlegungen sei vorangestellt, in welchem Rahmen die Ausarbeitung des Verordnungsvorschlags der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>4</sup> ablief.<sup>5</sup> Insbesondere geht es um die von der Kommission eingesetzte<sup>6</sup> „Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts“ (den sog. *Common Frame of Reference*, CFR), die den akademischen Gemeinsamen Referenzrahmen (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)<sup>7</sup> aus dem Jahre 2009 auf das für ein Vertragsrecht wesentliche Maß<sup>8</sup> reduzieren und anpassen sollte. Ihre Ergebnisse wurden schließ-

lich am 3.5.2011 als Machbarkeitsstudie zu einem optionalen Instrument im europäischen Vertragsrecht<sup>9</sup> veröffentlicht, welche sodann als Grundlage<sup>10</sup> für den am 11.10.2011 von der Kommission veröffentlichten Verordnungsvorschlag<sup>11</sup> fungierte. Hierbei bieten insbesondere der der Expertengruppe gewährte zeitliche Rahmen sowie dessen personelle Zusammensetzung<sup>12</sup>

\* Der Verfasser dankt Frau Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger für wertvolle Anmerkungen zu einem früheren Entwurf.

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht, KOM (2011) 635 endg.

<sup>2</sup> Vom 11.4.1980 (BGBl. 1989 II S. 588).

<sup>3</sup> Schmidt-Kessel, in: ders. (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 29, 36; s. auch Erwägungsgrund (25) zum VO-Vorschlag, KOM (2011) 635 endg. S. 22.

<sup>4</sup> S. Fn. 1.

<sup>5</sup> Für einen anschaulichen Überblick zur Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht s. Schulte-Nölke, in: ders./Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 ff.

<sup>6</sup> S. den Beschluss zur Einsetzung einer „Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts“ vom 26.4.2010 (2010/233/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 105, S. 109 ff.), zum Auftrag der Expertengruppe dort Erwägungsgrund (8) bzw. Art. 2; dazu etwa Leible, EuZW 2010, 401.

<sup>7</sup> Der DCFR (v. Bar/Clive [eds.]), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009) ist ein umfangreicherer Vorläufer zum CRF betreffend das Vertragsrecht, der über Regelungen zum allgemeinen und besonderen Vertragsrecht hinaus auch Regeln zum Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse, dem Recht der beweglichen Sachen sowie des *trust* enthält, also vielmehr ein Europäisches Vermögensrecht darstellt. Dazu etwa R. Schulze, in: ders./v. Bar/Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 1 ff.

<sup>8</sup> Zimmermann, JBl 2012, 2, 7 spricht von einer „[...] Rekontraktualisierung des DCFR [...]“; Schulze/Stuyck, in: dies. (eds.), Towards a European Contract Law, S. 5: „recontractualisation“.

<sup>9</sup> Feasibility Study for a future instrument in European Contract Law, abgedruckt in: Schulze/Stuyck (eds.), Towards a European Contract Law, S. 217 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Reding, in: Schulze/Stuyck (eds.), Towards a European Contract Law, S. 9.

<sup>11</sup> S. Fn. 1.

<sup>12</sup> Für eine namentliche Auflistung der einzelnen 18 Experten sowie der zwei Sonderberater der zuständigen Kommissarin Reding s. die Pressemitteilung vom 21.5.2010 zur ersten Sitzung am selbigen Tag, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/searchAction.do>, Reference IP/10/595.

Anlass zur Kritik,<sup>13</sup> wobei sich beides zu bedingen scheint. Zu Recht wurde vermehrt äußerst kritisch hervorgehoben, dass die Mitglieder zu weiten Teilen bereits maßgeblich an den Vorarbeiten<sup>14</sup> zum DCFR beteiligt waren.<sup>15</sup> Eine gewisse Vorfärbung, was Wertungen und das Bewusstsein zur nochmaligen kritischen Reflektion aus allen erdenklichen Perspektiven betrifft, kann dabei, vorsichtig ausgedrückt, jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.<sup>16</sup>

Sicherlich mag es einleuchten, dass es gerade angesichts des massiven Zeitdrucks, den die Kommission sich und damit allen Beteiligten auferlegt hatte,<sup>17</sup> nahe lag bei der Berufung der einzelnen Mitglieder der Expertengruppe gerade auf solche zu setzen, die bereits an der Konzeption des DCFR beteiligt waren.<sup>18</sup> Sie konnten sich, wenn überhaupt nötig, mit verhältnismäßig geringstem Arbeitsaufwand, v.a. der geringsten Zeitintensität, auf den aktuellen Stand bringen. Der Zeitdruck liefert allerdings mehr einen Erklärungsansatz für die Besetzung der Expertengruppe als eine überzeugende Rechtfertigung. Es drängt sich doch vielmehr die grundsätzliche Frage auf, wie zielführend eine zeitlich allzu ambitionierte Zielvorgabe ist, wenn dabei mindestens der Anschein entsteht, dass die Möglichkeit zum umfassenden kritischen Diskurs und dessen angemessener Berücksichtigung dem Zeitplan geopfert wird.<sup>19</sup>

Was die vorliegend von zentralem Interesse befindliche Schnittstelle zwischen GEK und CISG angeht, ist zudem hervorzuheben, dass ausgewiesene Experten auf dem Gebiet des UN-Kaufrechts in der Expertengruppe jedenfalls unterrepräsentiert waren.<sup>20</sup> Dies ist angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem europäischen Kaufvertragsrecht um eine Materie handelt, die auf internationaler Ebene mit stetig zunehmender Zahl der Vertragsstaaten<sup>21</sup> seit nunmehr über dreißig Jahren vom Wiener Kaufrecht geregelt wird, nur schwer nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass, bis auf das Vereinigte Königreich, Portugal, Irland und Malta, alle Mitgliedstaaten auch Vertragsstaaten des CISG sind. Mithin harret die Konkurrenz zwischen GEK und CISG in rechtlicher Hinsicht aber auch mit Blick auf rechtspolitische und vertragsökonomische Dimensionen entsprechend intensiver Würdigung. Dass diese Überlegung in den Arbeitsabläufen vernachlässigt worden zu sein scheint, gilt es sich bewusst zu machen.<sup>22</sup>

<sup>13</sup> Vgl. dazu insb. *Basedow/Eidenmüller/Grigoleit/Grundmann/Jansen/Kieninger/Mansel/Roth/Wagner/Zimmermann*, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, FAZ v. 1.7.2010, S. 8, abrufbar unter: <http://faz.net/-019m8q>; *Doralt*, *RabelsZ* 75 (2011) 260, 278 ff.; *Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 5 f.; eingehend zu den „Wettbewerbsverzerrungen“ bei der Erarbeitung des DCFR sowie dessen Revision vgl. *Riesenhuber*, *JZ* 2011, 537, 339 (Zeitdruck), 540 f. (Auswahl der Mitglieder) und dort insb.: „Niemand sollte zum Richter über sein eigenes Werk berufen werden.“ *Riesenhuber* (*JZ* 2011, 537, 537) äußert schlussfolgernd die Vermutung, „dass der vorliegende DCFR und der von der Expertengruppe auszuarbeitende CFR nicht die bestmögliche Lösung darstellen.“; *ders.*, *EWS* 2012, 7, 7 f. („Dieser Verfahrensmangel [besonderer Zeitdruck] begründet Zweifel an der Qualität des vorgelegten Vorschlags.“). Auch *Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 6, weist etwa angesichts der frühen Konzentration auf die Verabschiedung einer Verordnung als optionales Instrument auf den verkürzten „[...] wissenschaftliche[n] Wettbewerb der Ideen [...]“ hin.

<sup>14</sup> So waren bereits *Luc Grynbaum*, *Paolo Mota Pinto*, *Jerzy Pisulinski* und *Hans Schulte-Nölke* Teil der sog. *Acquis Group* (Research Group on the Existing EC Private Law) und *Hugh Beale*, *Eric Clive*, *Torgny Hägstad*, *Martijn W. Hesselink*, *Irene Kull* und *Anna Veneziano* Mitglieder der *Study Group* (on a European Civil Code). Beide Projekte wurden 2005 zusammengeführt und formten den Kern des so entstandenen *Joint Network on European Private Law*, das sich fortan mit der Erarbeitung eines DCFR beschäftigte. Eingehender zur personellen Zusammensetzung s. *Basedow/Eidenmüller/Grigoleit/Grundmann/Jansen/Kieninger/Mansel/Roth/Wagner/Zimmermann*, (Fn. 13), die u.a. feststellen, dass „[n]ach normalen ‚good practice‘- Maßstäben [...] damit elf der vierzehn beteiligten Professoren als befähigt gelten [müssten]“. Zur Reaktion eines der Experten s. *Clive*, *The German professors’ article*, in: *MacQueen/Clive/Macgregor* (eds.), *European Private Law News Blog*, 1.7.2010, abrufbar unter: <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8289>.

<sup>15</sup> Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 13.

<sup>16</sup> Leider gelang es auch nicht mit Blick auf die Wahl der Sonderberater der zuständigen Kommissarin *Viviane Reding* den Anschein größerer Objektivität zu schaffen, was sicherlich einiges an Angriffsfläche genommen hätte. *Bénédicte Fauvarque-Cosson* und *Christian von Bar* gehörten beide der *Study Group* an. Vgl. dazu bereits Angaben in Fn. 13 und 14. S. auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, *JZ* 2012, 269, 288 („Es handelt sich vielmehr um einen offensichtlich mangelhaften Text, der in großer Eile und ohne kritische Evaluation durch unabhängige Experten produziert wurde.“).

<sup>17</sup> Der Expertengruppe wurde ab der Einsetzung lediglich ein Jahr zur Erarbeitung des CRF bzw. der Machbarkeitsstudie gegeben, was bei einer angesetzten Sitzung pro Monat treffend als „[...] geradezu abenteuerlich kurze[r] zeitliche[r] Rahmen [...]“ bezeichnet wurde, *Zimmermann*, *JBl* 2012, 2, 7.

<sup>18</sup> *Leible*, *EuZW* 2010, 481: „[...] ohne Personen, die mit den vorliegenden Texten bereits vertraut sind, ließe sich der sehr sportliche Zeitplan der Kommission kaum einhalten.“ Der von *Leible* als „[...] dem Projekt gegenüber durchaus kritisch eingestellte Persönlichkeit[...]“ beschriebene *Simon Whittaker* verließ Anfang September 2010 die Expertengruppe, s. *Clive*, *Simon Whittaker resigns from expert group on CFR*, in: *MacQueen/Clive/Macgregor* (eds.), *European Private Law News Blog*, 10.9.2010, abrufbar unter: <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8368>.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Doralt*, *RabelsZ* 75 (2011) 260, 279: „Es fehlt die Zeit, um die Grundlagen für ein Europäisches Privatrecht entsprechend wissenschaftlicher (Mindest-) Standards zu erarbeiten.“ Der Hinweis, dass die Kommission bereits dermaßen überzeugt von ihrem Vorgehen war/ist, dass es weiterer Kritiker in der Expertengruppe nicht bedürfe (vgl. *Clive*, Fn. 14) stützt den Vorwurf der Vernachlässigung eines ausreichend kritischen Diskurses.

<sup>20</sup> Bezeichnend ist insofern der Hinweis von *Zimmermann*, *JBl* 2012, 2, 19, auf ein von der Kommission gebildetes Beispiel (Fakultatives Europäisches Vertragsrecht: häufig gestellte Fragen (FAQ), Memo vom 11.10.2011, Beispiel 2, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/>, Reference: MEMO/11/680). Darin wird bezüglich eines Kaufgeschäftes zwischen einem polnischen und einem rumänischen Unternehmen hervorgehoben, dass sich durch ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vertragsrechtliche Divergenzen überwinden ließen. Dass zwischen diesen Parteien aus langjährigen CISG Vertragsstaaten bereits automatisch (!) das UN-Kaufrecht gilt, wird schlichtweg übersehen oder jedenfalls unterschlagen.

<sup>21</sup> Die Zahl der Vertragsstaaten beträgt aktuell 78 (vgl. dazu die Übersicht der *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*, abrufbar unter: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), wobei aus der Gruppe der größeren Industrie- bzw. Handelsnationen nur das Vereinigte Königreich, Brasilien und Südafrika dem Übereinkommen nicht beigetreten sind. Es wird geschätzt, dass 2/3 des internationalen Warenverkehrs grundsätzlich dem CISG unterliegen, vgl. etwa *Schlechtriem/Schwenzler/Schlechtriem/Schwenzler*, *Commentary*, Introduction, S.1 („[...] approximately 80 per cent [...]“); *Schwenzler/Hachem/Kee*, *Global Sales and Contract Law*, Rn. 3.20 f.

<sup>22</sup> Vgl. dazu hingegen den Hinweis auf die engere Einbindung der Praxis auf der Wiener Konferenz, insb. der Internationalen Handelskammer in Paris (*International Chamber of Commerce, ICC*), im Vergleich zum „[...] so-called stakeholder process“ bei der Ausarbeitung des GEK, *Schwenzler/Hachem*, *EJLR* 2009, 459, 460.

### III. Begrenzter Anwendungsbereich

#### 1. Kritik am begrenzten Anwendungsbereich des CISG

Im Grünbuch der Kommission über die Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer wird eingangs mit Blick auf dessen Zweck und Hintergrund hervorgehoben, dass bisher etwa das Wiener Kaufrecht einen „fast weltweit gültigen Standard“ für beidseitige Unternehmenskäufe biete – aber gerade nur für Warenkäufe.<sup>23</sup> Einer der Kritikpunkte zum *status quo* stützt sich somit auf den begrenzten (hier sachlichen) Anwendungsbereich des CISG,<sup>24</sup> „[...] der wichtige Sachverhalte nicht behandelt [...]“.<sup>25</sup> Vorliegend soll eine isolierte Betrachtung dieses freilich einiges an Diskussionspotential beinhaltenden Merkmals des CISG vernachlässigt werden. Vielmehr geht es um die Frage, wie es denn diesbezüglich um den vorliegenden Verordnungsvorschlag bestellt ist. Wurden die geäußerte Kritik bei der Gestaltung des Anwendungsbereichs des GEK entsprechend berücksichtigt und alle „[...] wichtigen Sachverhalte behandelt [...]“<sup>26</sup>?

#### 2. Spiegelbildlichkeit

Hält man dem Verordnungsvorschlag sinnbildlich den Spiegel vor, so ist festzustellen, dass sich die in Grünbuch und Verordnungsvorschlag geäußerte Kritik am begrenzten Anwendungsbereich des CISG selbst weitestgehend auf das GEK übertragen lässt. Allem voran gilt dies für die Beschränkung auf die Regelung des Warenkaufes.

Freilich beinhaltet das GEK Regelungen zur AGB Kontrolle (Art. 86 GEK betreffend den B2B Vertrag),<sup>27</sup> zur Verjährung (Art. 178 ff. GEK)<sup>28</sup> sowie zur Zinshöhe (Art. 166 ff. GEK),<sup>29</sup> praxisrelevante Rechtsmaterien die vom CISG nicht geregelt werden.<sup>30</sup> Die Regelung der Anfechtung wegen Einigungsmängeln erfolgt im GEK (Art. 48 ff. GEK) ausführlicher als im CISG.<sup>31</sup> Letzteres enthält dennoch die wichtigen Fälle der Anfechtung

wegen Irrtums über die Eigenschaften des Kaufgegenstandes (Art. 45 CISG) und über die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners (Art. 71 Abs. 1 CISG), sowie eine den nationalen Anfechtungsregeln zum Übermittlungsirrtum vorrangige Bestimmung zu den Folgen der falschen Übermittlung von Erklärungen (Art. 27 CISG).<sup>32</sup> Darüber hinaus fehlen im GEK aber, parallel zum Anwendungsbereich des CISG,<sup>33</sup> nicht weniger bedeutende Materien. Namentlich handelt es sich dabei insbesondere um die

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 49, 59 Rn. 20) hervor: „Findet neben dem UN-Kaufrecht zur Füllung der ‚externen Lücken‘ ein nationales Recht Anwendung, das keine Inhaltskontrolle vorsieht, ist dies für Unternehmen, die an einer möglichst unbehinderten AGB-Gestaltung interessiert sind, attraktiver als das GEK.“

<sup>28</sup> Kritisch zu der Beschränkung der Möglichkeit verjährungsmodifizierender Parteivereinbarungen in Art. 186 GEK Ackermann, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 60 Rn. 23.

<sup>29</sup> Kritisch dazu etwa *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 283 f.; *Remien*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 503, 518 ff., insb. 527.

<sup>30</sup> Zu den vom CISG erfassten Rechtsmaterien s. eingehend folgende Kommentarliteratur mit ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen, dort insb. zur fehlenden Regelung der Verjährung: *Achilles*, Art. 4 Rn. 14; *Ferrari/Saenger*, Int. VertragsR, Art. 4 Rn. 31; *Honnold/Flechtner*, Rn. 254.2; *Honsell/Siehr*, Art. 4 Rn. 27 ff.; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas/Djordjevic*, Art. 4 Rn. 30; *MüKo/H. P. Westermann*, Art. 4 Rn. 16; *MüKo-HGB/Benicke*, Art. 4 Rn. 13; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rn. 5-111 ff., 5-162 ff., 5-224, 5-360, 5-401; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer/Hachem*, Commentary, Art. 4 Rn. 50; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 4 Rn. 34; *Staudinger/Magnus*, Art. 4 Rn. 38 ff. Zur nach ganz überwiegender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung fehlenden Regelung der Zinshöhe: *Achilles*, Art. 78 Rn. 5; *Ferrari/Saenger*, Int. VertragsR, Art. 78 Rn. 18; *Honsell/Magnus*, Art. 78 Rn. 12; *MüKo/P. Huber*, Art. 78 Rn. 15; *MüKo-HGB/Ferrari*, Art. 78 Rn. 18; *Staudinger/Magnus*, Art. 78 Rn. 12; mit a. A.: CISG-AC Opinion 9, Consequences of Avoidance of the Contract, 3.25, abrufbar unter: <http://www.cisgac.com>; *Honnold/Flechtner*, Rn. 421; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas/Gotanda*, Art. 78 Rn. 21 ff., 27; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rn. 2-158 ff., 2-160; *Schlechtriem/Schwenzer/Bacher*, Commentary, Art. 78 Rn. 39; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 78 Rn. 26 ff., 36. Zur fehlenden Regelung der AGB-Inhaltskontrolle (und nur dieser, denn die Einbeziehung ist nach CISG zu beurteilen): *Achilles*, Art. 4 Rn. 4; *Ferrari/Saenger*, Int. VertragsR, Art. 4 Rn. 23; *Honsell/Siehr*, Art. 4 Rn. 2, 6; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas/Djordjevic*, Art. 4 Rn. 24 f.; *MüKo/H. P. Westermann*, Art. 4 Rn. 5 f.; *MüKo-HGB/Benicke*, Art. 4 Rn. 5; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rn. 3-79 ff., insb. 3-90 f.; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer/Hachem*, Commentary, Art. 4 Rn. 38 ff., 12; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 4 Rn. 20 f.; *Staudinger/Magnus*, Art. 4 Rn. 25 f.

<sup>31</sup> Dass der vom GEK hier umfasste Bereich hinsichtlich der Anfechtung weiter als der des CISG ist, kann nicht schlechthin als Vorteil verstanden werden, da ein solcher auch die inhaltliche Überzeugungskraft voraussetzt. Dazu aber kritisch *Jansen*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht*, S. 169 ff., insb. 177 ff., der „gravierend[e]“ Mängel der entsprechenden Regelungen in der jetzigen Form des Verordnungsvorschlags feststellt und ihre Überführung in ein Gesetzeswerk nicht „guten Gewissens“ für möglich hält, S. 201; vgl. ferner auch die Kritik von *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 62 Rn. 28.

<sup>32</sup> Vgl. auch mit Rechtsprechungsnachweisen *Achilles*, Art. 4 Rn. 4; *Ferrari/Saenger*, Int. VertragsR, Art. 4 Rn. 24; *Honnold/Flechtner*, Rn. 68, 190, 240, 383 ff.; *Honsell/Siehr*, Art. 4 Rn. 7 ff.; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas/Djordjevic*, Art. 4 Rn. 21; *MüKo/H. P. Westermann*, Art. 4 Rn. 8, 10; *MüKo-HGB/Benicke*, Art. 4 Rn. 8; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rn. 2-149; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer/Hachem*, Commentary, Art. 4 Rn. 36; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 4 Rn. 9, 24; *Staudinger/Magnus*, Art. 4 Rn. 48 ff.

<sup>33</sup> Zu den (ebenfalls) vom CISG nicht umfassten Materien vgl. nur die Literatur in Fn. 30 zu Art. 4 CISG.

<sup>23</sup> KOM (2010) 348 endg. S. 3 f.

<sup>24</sup> Mit dieser „[b]esonders pikant[en]“ Feststellung auch *Mankowski*, IHR 2012, 45, 45.

<sup>25</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 6.

<sup>26</sup> S. Fn. 25.

<sup>27</sup> Inwiefern deren inhaltliche Ausgestaltung die Wahl GEK für Parteien eines B2B Kaufes attraktiv macht, bezweifeln zu Recht *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 279 f.; *Ernst*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 93, 102 ff. Rn. 25 ff., insb. S. 104 Rn. 30: „Meines Erachtens ‚killt‘ Art. 86 GEK das Regelwerk für den Bereich jenseits des Verbrauchervertrages.“ Zur schwierigen Handhabung der Norm *Möslein*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 255, 284; *Hesselink*, in: *Schulze/Stuyck* (eds.), *Towards a European Contract Law*, S. 131, 147; *Hellwege*, AcP 211 (2011) 665, 683 f. (noch zur Vorgängernorm im DCFR); optimistischer *Graf v. Westphalen*, ZIP 2011, 1985, 1991 ff., der v.a. auf die Vorteilhaftigkeit aus der Perspektive des KMU abstellt. Allerdings wird die Verhandlungsmacht selten so verteilt sein, als dass das andere „Nicht-KMU“ ohne weiteres der Wahl des GEK zustimmen wird, gerade auch weil es die geschilderten Vorteile für das KMU bietet; mit einer ähnlichen Einschätzung auch *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 18. Explizit als Stärke des CISG, welches Gültigkeitsfragen (Art. 4 S. 2 lit. a CISG) und damit auch die AGB-Inhaltskontrolle ausdrücklich nicht regelt, hebt *Ackermann* (in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.),

Aufrechnung,<sup>34</sup> Abtretung, Stellvertretung, Rechts- und Sittenwidrigkeit sowie die Geschäftsunfähigkeit.<sup>35</sup> Die selbst aufgestellte Zielvorgabe, „[...] den ganzen Lebenszyklus eines Vertrages [zu] umfassen und somit die für den Abschluss grenzübergreifender Verträge wichtigsten Fragestellungen [zu] regeln“,<sup>36</sup> kann demnach schwerlich als verwirklicht angesehen werden,<sup>37</sup> jedenfalls wenn man zugleich das CISG in diesem Punkt kritisiert.

Nun lässt sich, wie gesagt, darüber streiten, wie dramatisch die Nachteile eines lückenhaften Anwendungs- und Regelungsbereichs zu bewerten sind und ob dies nicht schlichtweg ein Merkmal ist, mit dem man sich jedenfalls hinsichtlich des „Ob“ seines Vorliegens bei grenzüberschreitenden Rechtsvereinheitlichungen in einem gewissen Maße abfinden muss.<sup>38</sup> Jedenfalls handelt es sich um eine Eigenschaft, die mit weitestgehender Übereinstimmung sowohl das CISG als auch das GEK aufweisen.<sup>39</sup> Das GEK hebt sich mit Blick auf den Umfang des Anwendungsbereiches keinesfalls dermaßen vom CISG ab, als dass sich die Abwahl des letzteren zugunsten des ersteren aufdrängt.<sup>40</sup> Eine genaue inhaltliche Auseinandersetzung mit den Regelungen im GEK zu Materien, die vom CISG gerade nicht (ausdrücklich<sup>41</sup>) abgedeckt werden, überschreitet den Rahmen dieser Bearbeitung. Dass diese inhaltlich jedenfalls nicht vollends gelungen sind, sei hier also nur nebenbei angemerkt.<sup>42</sup>

#### IV. Die Beschränkung auf B2C und B2SME Verträge

Für ein Unternehmen, das Kaufverträge gleichermaßen mit anderen Unternehmen wie auch mit Verbrauchern schließt, kann es durchaus vorteilhaft sein, wenn beide Geschäftsvarianten einem Vertragsregime unterstellt werden und sich damit insbesondere die allgemeinere vertragsrechtliche Dogmatik einheitlich zugrunde legen lässt.<sup>43</sup> Gewisse Geschäftsabläufe ließen sich standardisieren, was letztlich Potential zur Kosteneinsparung birgt.<sup>44</sup> Ob aber in diesem Punkt die konkrete Gestaltung des Anwendungsbereichs des GEK wirklich dazu geeignet ist, dieses Potential für Unternehmen in den geschilderten Geschäftssituationen nutzbar zu machen, ist indessen zu bezweifeln.

##### 1. Die Realitäten im Warenhandel

Art. 7 Abs. 1 GEK-VO begrenzt die Anwendbarkeit des GEK auf B2B Geschäfte mit einer Partei als KMU, also präziser ausgedrückt auf „B2SME“ (*small and medium sized enterprises*) Geschäfte. Diese Kategorisierung entspricht in weiten Teilen nicht den Realitäten im Warenhandel. In der Praxis werden die wenigsten Unternehmen nur mit KMU und Verbrauchern grenzüberschreitend kontrahieren, sondern oftmals auch mit „großen“ Unternehmen. Dieser Einwand gilt v.a. für Unternehmen, die innerhalb einer Handelskette Waren von Unternehmern kaufen und nachgelagert wieder an Unternehmen sowie Verbraucher verkaufen. Er hat aber auch für produzierende Unternehmen am Anfang der Handelskette, die ihren Vertrieb an Zwischenhändler und Endabnehmer gleichermaßen selbst führen, seine Berechtigung.

<sup>34</sup> Nach umstrittener, aber von beachtlichen Stimmen in der Literatur und Rechtsprechung vertretener Ansicht, ist die Aufrechnung „konventionsinterner“ Ansprüche vom CISG ohne weitere Voraussetzungen geregelt. Vgl. dazu m.w.N. *Achilles*, Art. 4 Rn. 10; CISG-AC, Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, 3.23, abrufbar unter: <http://www.cisgac.com>; MüKo/H.P. *Westermann*, Art. 4 Rn. 12, allg. Rn. 8; *Honsell/Siehr*, Art. 4 Rn. 24 f.; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Djordjevic*, Art. 4 Rn. 38 ff., insb. 41; *Schlechtriem/Schwenzer/Hachem*, Commentary, Art. 4 Rn. 28; *Staudinger/Magnus*, Wiener KaufR, Art. 4 Rn. 46 f. Als herrschend lässt sich diese Ansicht aber nicht bezeichnen, vgl. zur Gegenansicht und entspr. Rechtsprechungsnachweisen *Ferrari/Saenger*, Int. VertragsR, Art. 4 Rn. 20; wohl auch *Honnold/Flechtner*, Rn. 444A („[...] the argument [...] is very strong [...]“); MüKo/P. *Huber*, Art. 81 Rn. 13/Art. 84 Rn. 10; MüKo-HGB/*Benicke*, Art. 4 Rn. 15; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rn. 2-164; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 4 Rn. 39.

<sup>35</sup> Vgl. auch die etwas umfangreichere Aufzählung der nicht umfassten Rechtsmaterien in Erwägungsgrund (27) des Kommissionsvorschlags, KOM (2011) 635 endg. S. 23.

<sup>36</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 4.

<sup>37</sup> *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 271; s. auch *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 9 f., nach dem sich diese Entscheidung der Kommission „[...] nur angesichts des enormen zeitlichen Drucks [...]“ begreifen lässt. Es stellt sich also abermals die Frage nach der Sinnhaftigkeit des straffen Zeitplans der Kommission. Vgl. auch die eingehende Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der „konzeptionellen Beschränkung“ des GEK *Herresthal*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 85, 92 ff. Zur Stellvertretung *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 75 (2011) 497, 504.

<sup>38</sup> Ähnlich *Ferrari*, 25 Int'l Rev. L. & Econ. (2005) 314, 328: „The CISG, like any other uniform substantive law convention, does not deal with all matters that can arise from an international contract for the sale of goods.“; *ders.* m.w.N. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 4 Rn. 3; *Bergsten*, in: *Janssen/Meyer*, CISG Methodology, S. 21; *Schluchter*, Die Gültigkeit von Kaufverträgen unter dem UN-Kaufrecht, S. 21 („Jede internationale Rechtsvereinheitlichung kann sich nur auf einen Teilbereich des Rechts beziehen.“).

<sup>39</sup> Vgl. *Kieninger*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 205, 206 mit der Feststellung, dass „[...] sich der Kommissionsvorschlag als ein um den (nicht revidierten) Verbraucheracquis ergänztes CISG mit leicht erweitertem sachlichen Anwendungsbereich charakterisieren“ lässt. *Mankowski*, IHR 2012, 45, 50 („Die strukturelle Schwäche des notwendig und konzeptionell engeren sachlichen Anwendungsbereichs teilt das CESL mit der CISG.“). In diese Richtung auch *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 49, 56 Rn. 13.

<sup>40</sup> Ähnlich *Schwenzer/Hachem*, *EJLR* 2009, 459, 472 („It seems all the more improbable that parties would opt out of the CISG and into the CFR which in itself would have to be supplemented by domestic law.“). Vgl. dazu auch *Lando*, *ERPL* 2011, 717, 722 („CESL's improvements on CISG are hardly significant enough to justify a CESL as the first regulation governing B2B contracts.“).

<sup>41</sup> Wie unschwer aus Art. 7 Abs. 2 CISG hervorgeht, enthält das CISG auch Regelungen, die nicht ausdrücklich formuliert wurden. Jedenfalls solche, zu denen eine herrschende Meinung besteht müsste man in eine vergleichende Auseinandersetzung mit dem Regelungsumfang des GEK und des CISG mit einbeziehen, da ein Vergleich erst dann aussagekräftig wäre.

<sup>42</sup> Vgl. etwa die obigen Literaturnachweise, z.B. in Fn. 27 zur AGB-Kontrolle, in Fn. 31 zu den Regelungen der Irrtumsanfechtung sowie zur Regelung der Zinshöhe in Fn. 29.

<sup>43</sup> S. in diesem Kontext allgemein zur Vorteilhaftigkeit eines einheitlichen Vertragsrechtsregimes für B2C und B2B Käufe *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 416 ff./Rn. 114 ff.

<sup>44</sup> Vgl. insofern auch den grundsätzlichen Hinweis von *Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 20 („Immerhin könnte aber ein Anreiz bestehen, möglichst alle Verträge nach einem Regelungsregime abzuwickeln. In Unternehmen, die auch B2C-Verträge abschließen, wäre in der Folge die Umstellung für alle Verträge durchaus eine Überlegung wert.“).

In der Konsequenz bleibt es in einem Großteil der Fälle trotz Wahl des GEK bei dem Erfordernis in Bezug auf B2B Kaufverträge parallel das CISG zu beachten. Der Nutzen des GEK für Unternehmen in den geschilderten Konstellationen wird mithin um einiges reduziert, weil durch dessen Wahl ein weiterer Regelungskomplex hinzukommt statt wegzufallen. Die Eingrenzung auf B2SME Verträge erscheint vor diesem Hintergrund unnatürlich und für viele „große“ Unternehmen bedingt vorteilhaft, weil gerade nicht alle Kundenbeziehungen nach dem GEK beurteilt und die oft erwähnten Rationalisierungseffekte<sup>45</sup> damit begrenzt werden.<sup>46</sup>

## 2. Die Bestimmung eines KMU gemäß Art. 7 Abs. 1 GEK-VO

Bezogen auf die materiell-rechtliche Gestaltung der Begrenzung kommt hinzu, dass die Bestimmung eines Unternehmens als KMU, die im Gegensatz dazu für den Anwendungsbereich des CISG gänzlich unerheblich ist, mitunter problematisch sein kann. Art. 7 Abs. 2 GEK-VO legt genaue Schwellenwerte fest, wann es sich um ein KMU i.S.d. GEK handelt. Dies mag Rechtssicherheit bzgl. der Kriterien schaffen. Die Überzeugungskraft dieses Ansatzes wird aber in zweierlei Hinsicht konterkariert.<sup>47</sup>

Erstens wird es insbesondere für die andere Vertragspartei, namentlich das „große“ Unternehmen, schwer sein, vor jedem Vertragsschluss die relevanten Bezugsgrößen des potentiellen KMU zu ermitteln.<sup>48</sup> Dabei müsste sich weitestgehend auf die Angaben des Vertragspartners und gerade auch deren Richtigkeit verlassen werden.<sup>49</sup>

Zweitens erscheint die Regelung zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt wenig sachgemäß. Aus Art. 7 Abs. 2 GEK-VO i.V.m. Art. 4 der Empfehlung der Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen<sup>50</sup> geht hervor, dass der Stichtag des letzten Rechnungsabschlusses maßgeblich ist (Art. 4 Abs. 1 der Empfehlung). Ist ein Unternehmen dabei einmal als KMU *per definitionem* bestimmt, bleibt es bei diesem Status solange die Schwellenwerte nicht in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden (Art. 4 Abs. 2 der Empfehlung). Um es auf die Spitze zu treiben: ein KMU bliebe demnach mindestens zwei Geschäftsjahre lang ein KMU, auch wenn es mittlerweile sogar größer als das „große“ Unternehmen auf der Gegenseite ist. Dies dürfte für die meisten Unternehmen eine überraschende Wertung sein. Zudem wird der Jahresabschluss neu gegründeter Unternehmen ohne bisherige Rechnungslegung „nach Treu und Glauben geschätzt“ (Art. 4 Abs. 3 der Empfehlung), was immer das heißen mag.<sup>51</sup>

Zusammenfassend mindert die unnatürliche Eingrenzung auf B2SME Verträge die potentielle Transaktionskostensparnis erheblich und ist in ihrer materiell-rechtlichen Ausgestaltung kaum handhabbar und wenig praktikabel.<sup>52</sup> Das CISG, welches auf eine entsprechende Differenzierung und die aufgezeigten Probleme verzichtet, ist in dieser Hinsicht also deutlich im Vorteil.<sup>53</sup>

<sup>45</sup> Dass der Erfolg mit Blick auf die tatsächliche Wahl des GEK aber entscheidend von diesen Rationalisierungseffekten abhängt, hebt in diesem Kontext *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 17 hervor. Dort auch mit der Einschätzung, dass es SME schwer gelingen wird gegenüber großen Unternehmen das GEK durchzusetzen. Dies verstärkt abermals den Fokus auf die Perspektive der großen Unternehmen bei der Rechtswahlentscheidung für oder gegen das GEK.

<sup>46</sup> *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 270; *Wagner*, ZEuP 2012, 455, 458; ähnlich *Riesenhuber*, EWS 2012, 7, 11 („Ein Sachgrund für diese Differenzierung zwischen KMU und Nicht-KMU ist nicht ersichtlich. Die Abgrenzung ist willkürlich.“).

<sup>47</sup> Kritisch zur Handhabbarkeit der Regelung in Art. 7 GEK auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 275; *Pfeiffer*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 35, 38 f./Rn. 20 ff.

<sup>48</sup> *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 55 Rn. 11; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 270; *Wagner*, ZEuP 2012, 455, 458; *Zimmermann*, JBl 2012, 7, 18.

<sup>49</sup> Eine Prüfung der Bücher etc. ist gemessen am Arbeitsaufwand unrealistisch, geschweige denn, dass diese ohne Weiteres zur Einsicht freigegeben werden.

<sup>50</sup> Empfehlung vom 6.5.2003, 2003/361/EG (ABl. L 124/36 vom 20.5.2003, S. 36). Auf die im VO-Vorschlag explizit Bezug genommen wird, s. KOM (2011) 635 endg. S. 7 und Erwägungsgrund (21). Art. 4 der Empfehlung lautet:

„Art. 4. Für die Mitarbeiterzahl und die finanziellen Schwellenwerte sowie für den Berichtszeitraum zugrunde zu legende Daten

(1) Die Angaben, die für die Berechnung der Mitarbeiterzahl und der finanziellen Schwellenwerte herangezogen werden, beziehen sich auf den letzten Rechnungsabschluss und werden auf Jahresbasis berechnet. Sie werden vom Stichtag des Rechnungsabschlusses an berücksichtigt. Die Höhe des herangezogenen Umsatzes wird abzüglich der Mehrwertsteuer (MwSt.) und sonstiger indirekter Steuern oder Abgaben berechnet.

(2) Stellt ein Unternehmen am Stichtag des Rechnungsabschlusses fest, dass es auf Jahresbasis die in Artikel 2 genannten Schwellenwerte für die Mitarbeiterzahl oder die Bilanzsumme über- oder unterschreitet, so verliert bzw. erwirbt es dadurch den Status eines mittleren, eines kleinen Unternehmens bzw. eines Kleinstunternehmens erst dann, wenn es in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zu einer Über- oder Unterschreitung kommt.

(3) Bei einem neu gegründeten Unternehmen, das noch keinen Jahresabschluss vorlegen kann, werden die entsprechenden Daten im Laufe des Geschäftsjahres nach Treu und Glauben geschätzt.“

<sup>51</sup> S. auch *Pfeiffer*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 35, 39 Rn. 25: „Diese Schätzung ist also dann die Anwendungsgrundlage für die KMU-Klausel. Man kann an der praktischen Nützlichkeit einer solchen Regelung und Handhabbarkeit natürlich zweifeln, denn sie gilt nicht für echte Neugründungen, sondern hat auch Bedeutung für zahlreiche Unternehmen, deren Neugründung sich aus gesellschaftsrechtlichen Umwandlungsvorgängen ergibt.“

<sup>52</sup> Vgl. dazu auch die kritische Bewertung von *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 18, der in der Konsequenz die Anwendung auf jeden B2B Vertrag für vorzugswürdig hält, mit Verweis auf *Lando*, in: *Schulze/Stuyck* (eds.), *Towards a European Contract Law*, S. 203, 213; *ders.*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 15, 20 Rn. 34; Ebenso *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 270 u. 275; *Wagner*, ZEuP 2012, 455, 458. I.E. auch *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 55 Rn. 11 („Gänzlich dysfunktional [...]“); *Leible*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 21, 32 der die Beschränkung auf B2SME Verträge für „[...] nur schwer nachvollziehbar [...]“ hält; diesem explizit beipflichtend *Ernst*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 93, 102 Rn. 26. Ferner *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 416 Rn. 114; *Riesenhuber*, EWS 2012, 7, 11; *Schmidt-Kessel*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 29, 33.

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Schmidt-Kessel*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, S. 29, 33: „So löblich der Gedanke ist, die Transaktionskostenreduzierungen vor allem den Mittelstand zugute kommen zu lassen, so sehr lehrt die Erfahrung des CISG, daß es dafür einer Einschränkung des Anwendungsbereichs [Art. 7 GEK] nicht bedarf.“

## V. Das Europäische Kaufrecht im Kontext des weltweiten B2B Warenhandels

Der Warenhandel zwischen Unternehmen macht nicht an den Grenzen der EU halt.<sup>54</sup> In einer globalisierten Welt spielt sich dieser gerade mit Produzenten aus Ländern mit günstigerer Produktionskostenstruktur, man denke an den asiatischen Raum, in einem *globalen* Kontext ab. Gleiches gilt aber auch für den Export von hochtechnologischen Gütern aus der EU bzw. deren Import aus Drittstaaten in die EU (z.B. aus den USA).

Insofern leidet ein auf europäischer Ebene konzipiertes Kaufrecht an dem Makel einer gewissen Einseitigkeit mit Blick auf dessen Ursprung. Das CISG dagegen wurde auf weltweiter Ebene erarbeitet und verabschiedet. Beteiligt waren Repräsentanten aus der ganzen Welt und aus allen Rechtskreisen.<sup>55</sup> Bereits diese globale Konzeption macht das CISG für die Anwendung im weltweiten Warenhandel reizvoller. Dies gilt umso mehr, als dass die rechtlichen Disparitäten im weltweiten B2B Bereich viel größer sind als dies mit Blick auf die rein europäische Ebene der Fall ist, auf der es mehr die unterschiedlich ausgestalteten Verbraucherschutzvorschriften sind, die wirkliche Probleme bereiten. Das CISG überzeugt durch Vereinheitlichung auf der entscheidenden globalen Ebene, zumal auf dieser auch nahezu alle Mitgliedstaaten umfasst sind.<sup>56</sup> Dabei werden gewisse Diskrepanzen vermieden, die dagegen bei der Wahl des GEK zu Tage treten:

Zwar ist gemäß Art. 4 Abs. 2 GEK-VO ein *opting-in* auch im Warenverkehr mit einer Partei aus einem Drittstaat möglich. Aber gesetzt den Fall, dass die Zuständigkeit im Streitfall bei einem drittstaatlichen Gericht liegt und die *lex fori* über die Berufung mitgliedstaatlichen Rechts zur Anwendbarkeit des GEK führt, so wendet das Gericht „fremdes“ und weitestgehend unbekanntes Recht an. Zweifel an der Qualität der Rechtsanwendung sind berechtigt. Vermeiden ließen sich diese nur durch eine evtl. schwer durchsetzbare Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 23 EuG-VO). Das CISG hingegen kommt angesichts der großen Zahl an Vertragsstaaten weltweit in der Regel über Art. 1 Abs. 1 lit.a CISG zur Anwendung, da beide Parteien zumeist ihre Niederlassung in einem der 78 Vertragsstaaten haben.<sup>57</sup> Verfahren, in denen Gerichte „eigenes“ und v.a. besser bekanntes Recht anwenden, sind also unter Geltung des CISG flächendeckender möglich als unter Geltung des GEK. Letzteres wäre lediglich in den 27 Mitgliedstaaten „Heimatrecht“ des Forums.

Ferner geht aus Art. 4 Abs. 2 GEK-VO hervor, dass das GEK in einem reinen Drittstaatsverhältnis nicht wählbar sein soll. Diese Einschränkung ist in der Sache nicht nachvollziehbar. Parteien aus Drittstaaten, die durchaus Anlass zur Wahl des GEK hätten, z.B. weil sie den Großteil ihres Warenhandels mit Parteien in der EU abwickeln, wird der Anreiz genommen, die mit der Zugrundelegung des GEK verbundenen Anpassungskosten zu zahlen. Diese würden schließlich mit Blick auf die restlichen Geschäfte mit anderen Parteien aus Drittstaaten frustriert. Dadurch wird die Attraktivität des GEK nicht nur aus drittstaatlicher Perspektive gemindert. Sie sinkt auch für Parteien aus der EU, für die es aufgrund der nachvollziehbaren Vorbehalte drittstaatlicher Parteien nur schwer durchsetzbar sein wird.

Aus den aufgezeigten Erwägungen folgt, dass die Berücksichtigung des CISG mit der Wahl des GEK nicht obsolet wird. Letztlich wird die Zielvorgabe, umfassende Rationalisierungseffekte

zu verwirklichen, weiter<sup>58</sup> untergraben. Neben dem CISG für weltweite Sachverhalte und dem nationalen Recht für reine Inlandssachverhalte<sup>59</sup> nun auch noch das GEK bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen, dürfte daher für die Wenigsten eine attraktive Option darstellen.<sup>60</sup>

## VI. Unbestimmte Rechtsbegriffe

Das CISG arbeitet an vielen Stellen mit wertungsoffenen Begriffen,<sup>61</sup> um Raum für die einzelfallgerechte Würdigung der gerade im internationalen (Waren-) Handel mannigfaltigsten Konstellationen zu lassen. Der Ansatz besteht also gerade nicht darin, durchweg anhand kasuistischer Regelungstechnik die Vorhersehbarkeit und damit (vermeintliche) Rechtssicherheit zu maximieren. Angesichts der unterschiedlichsten Handelsbräuche und Gepflogenheiten in den jeweiligen Branchen, einzelnen Handelsregionen u.s.w., kann eine zu starre Ausgestaltung der Vorschriften schnell zu unbefriedigenden, weil gänzlich unpassenden Konsequenzen führen, und zwar für beide Parteien. Gerade weil die Parteien die dem CISG unterliegenden Verträge für geschäftliche Zwecke schließen, werden diese in der Regel selbst am besten beurteilen können, wie der entsprechende wertungsoffene Begriff zu verstehen ist. Im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen ist dieser flexible und weniger protektionistische Ansatz auch durchaus angebracht. Freilich wäre es naiv, allein auf dieser Überlegung beruhend davon auszugehen, dass sich die jeweilige Konkretisierung immer problemlos und quasi „einvernehmlich“ vollzieht. Gerade subjektive Wahrnehmungen und konträre Interessen können zu unterschiedlichen Bewertungen bezüglich streitgegenständlicher Tatbestandsmerkmale führen.

Letztlich handelt es sich hier um den immerwährenden Grundkonflikt zwischen dem Grad an Flexibilität und Einzelfall-

<sup>54</sup> Mit Blick auf den B2C Bereich darf dies schon eher behauptet werden. Schon alleine die zumeist niedrigeren Kaufpreise bzw. Mengen i.R.v. Verbraucherverträgen machen den Handel über weitere Strecken angesichts der relativ hohen Transportkosten recht unattraktiv.

<sup>55</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte etwa *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schwenzer*, Commentary, Introduction, S. 1 ff. (insb. 2 f. zur „[...] balance in the representation of the various regions of the world [...]“); *Staudinger/Magnus*, Einl. zum CISG, insb. Rn. 24 ff.

<sup>56</sup> S. o. unter II., dort auch Fn. 21.

<sup>57</sup> Mit Hinweis zum Bedeutungsverlust von Art. 1 Abs. 1 lit.b CISG gegenüber Art. 1 Abs. 1 lit.a CISG s. nur *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer/Hachem*, Commentary, Art. 1 Rn. 30.

<sup>58</sup> Vgl. bereits den entsprechenden Vorwurf i.R.d. Ausführungen zur Beschränkung auf B2SME Verträge, unter IV.

<sup>59</sup> Auch für diese ist das GEK nicht wählbar, was ein bedeutender Vorteil gegenüber dem CISG sein könnte.

<sup>60</sup> I. E. auch *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales and Contract Law, Rn. 3.67; *Schwenzer/Hachem*, EJLR 2009, 459, 471. In diese Richtung auch die Einschätzung der BRAK, Stellungnahme zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, IHR 2012, 53, 54. Ein GEK für den B2B-Bereich daher ablehnend *Bonell*, in: *Kleinemann* (ed.), A Common Frame of Reference for European Contract Law, S. 37, 38: „So why not in Europe develop further and promote what is peculiar to Europe rather than duplicate what already exists at a global level with the obvious risk of overlapping and ultimately increasing instead of reducing the transactional costs of European companies as compared to their competitors outside Europe.“

<sup>61</sup> Exemplarisch: „angemessen“ (Art. 39 Abs. 1, 47 Abs. 2, 63 Abs. 2 CISG); „wesentlich“ (Art. 3 Abs. 1, 25, 71 Abs. 1 CISG); „überwiegend“ (Art. 3 Abs. 2 CISG); „vernünftigerweise“ (Art. 79 Abs. 1 CISG).

gerechtigkeit einerseits und der Vorhersehbarkeit andererseits, mit dem jeder Gesetzgeber konfrontiert wird. Der Wortlaut des CISG ist im Schwerpunkt recht deutlich auf das Element der Flexibilität ausgerichtet.<sup>62</sup> In der Konsequenz wurde also angenommen, dass der Faktor Vorhersehbarkeit erst mit der Entwicklung der Rechtsprechung weiter ausgeprägt wird. Nach mittlerweile über 30-jähriger Geltung des CISG in aktuell 78 Vertragsstaaten steht nunmehr ein breiter Fundus an Rechtsprechung zur Verfügung,<sup>63</sup> so dass die Vorhersehbarkeit in beachtlicher Weise mit dem Maß an Flexibilität gleichgezogen hat.<sup>64</sup> Ob das Maß an Vorhersehbarkeit ausreichend Rechtssicherheit im Umgang mit dem CISG gewährleistet, ist Ansichtssache, kann aber mit Blick auf die vergleichende Bewertung der mittelfristigen<sup>65</sup> Erfolgchancen des GEK dahinstehen. Letzteres enthält nämlich ebenfalls eine Vielzahl unbestimmter Begriffe.<sup>66</sup> Bzgl. derer lässt sich aber gerade nicht auf einen so langen Anwendungszeitraum zurück blicken. Wählt man also schon das CISG aus Gründen der Rechtsunsicherheit ab, so wird vor diesem Hintergrund konsequenterweise auch eine Wahl des GEK ausscheiden.<sup>67</sup> Beantwortet man die Frage nach ausreichender Rechtssicherheit bei Anwendung des CISG positiv, so fehlt es in dieser Hinsicht wiederum an einem entsprechenden Anreiz zur Wahl des GEK.

Sicherlich würde dieser Kritikpunkt mit fortschreitender Geltung des GEK und der Zunahme an Rechtsprechung an Überzeugungskraft verlieren.<sup>68</sup> Bis auf Weiteres wiegt der Faktor Rechtsunsicherheit bei der Abwägung zwischen CISG und GEK dennoch schwer.<sup>69</sup>

## VII. Zur Kodifikationstechnik

Mit der großen Zahl an unbestimmten Begriffen ist aber noch ein weiterer Faktor in Bezug zu setzen, der sich nicht im Laufe der Zeit bzw. der Ausbildung der Rechtsprechung ohne Weiteres erledigen wird. So wird ganz im Gegenteil zu den Bereichen mit unbestimmten Rechtsbegriffen andernorts eine stärker kasuistische Regelungstechnik verfolgt, die die Verständlichkeit und auch Rechtssicherheit angesichts der leichteren Vorhersehbarkeit erhöhen soll.<sup>70</sup> In den Fällen, in denen abstrakt-generelle, ggf. wertungsoffene Bestimmungen konkretisiert werden, kann dies, nicht zuletzt mit Blick auf das Maß an einheitlicher Anwendung und damit auch der Rechtssicherheit, durchaus vorteilhaft sein.<sup>71</sup> Dies gilt aber wiederum nur solange, wie das Verhältnis zwischen dem abstrakt-generellen Grundsatz und den gebildeten Fallgruppen nicht verkehrt wird. Genau hierin liegt aber ein beträchtlicher Kritikpunkt an der Kodifikationstechnik des GEK begründet: An vielen Stellen werden Fallgruppen und Beispiele gebildet, aber ohne vorab einen abstrakt-generellen Grundsatz festzulegen.<sup>72</sup> Das ursprüngliche Motiv, die Anwendung mit Hilfe von Regelbeispielen einheitlicher und vorhersehbarer zu machen, droht somit untergraben zu werden, da es nun an den Normanwendern liegt, in Fällen, die gerade nicht unter die Regelbeispiele subsumiert werden können, diese selbst zu abstrahieren und dann wiederum auf den betreffenden Sachverhalt zu beziehen. Die drohende Rechtsunsicherheit, die man in welchem Umfang auch immer auf unbestimmte Rechtsbegriffe stützen mag, aber angesichts der fehlenden Anwendungspraxis zum

GEK jedenfalls erheblich ist, läuft durch dieses Kodifikationsmerkmal Gefahr, zusätzlich gesteigert zu werden. Auch vor diesem Hintergrund erscheint das GEK im Vergleich zum CISG weniger attraktiv.

<sup>62</sup> Vgl. *Bridge*, in: *Cranston* (ed.), *Making Commercial Law*, S. 277, 290: „The CISG does not set out its stall in favour of the principle of contractual certainty, which is almost invariably to be purchased at the cost of some flexibility and fairness in the instant case.“

<sup>63</sup> Zu Recht wird die leichte und v.a. kostenlose Zugänglichkeit zur internationalen Rechtsprechung auf dem Gebiet des CISG via Internet hervorgehoben und gelobt (*Mankowski*, RIW 2003, 2, 10: „Zum CISG gibt es die weltweit beste elektronische Rechtsprechungsdokumentation überhaupt.“). Hervorzuheben sind insb. die Datenbanken von UNCITRAL (abrufbar unter: <http://www.uncitral.org>), der New Yorker PACE Universität (abrufbar unter: <http://www.cisg.law.pace.edu>) und der Universität Basel (abrufbar unter: <http://www.globalsaleslaw.org>). In nahezu allen Fällen sind dort zudem englische Übersetzungen verfügbar. UNCITRAL hat jüngst eine aktualisierte Auflage des *Digest* veröffentlicht, der ebenfalls kostenlos online erhältlich ist (abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>) und die internationale Rechtsprechung zum CISG überblicksartig aufbereitet. Für eine Übersicht zu diesen und den zahlreichen weiteren Arbeitsmitteln zum CISG s. *Piltz*, NJW 2011, 2261, 2261 f.

<sup>64</sup> I. E. auch *Zeller*, *CISG and the Unification of International Trade Law*, S. 28. Ferner i.R.d. Stellungnahme zu einem optionalen Instrument auch die Aussage betreffend das CISG vom *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 415 Rn. 113: „[...] today there is certainly no longer a shortage of relevant publications on it [the Convention], and numerous court decisions, widely available on the internet, have clarified uncertainties.“

<sup>65</sup> Zu den realistischen Aussichten auf eine rasche einheitliche Konkretisierung durch den EuGH sogleich.

<sup>66</sup> *Herresthal*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 85, 131, dort in Fn. 118 mit einer umfangreichen Auflistung entsprechender unbestimmter Begrifflichkeiten im GEK.

<sup>67</sup> Dazu und allgemein zum Problem der Rechtsunsicherheit eines neuen Regelwerkes im Bezug auf ein optionales Instrument vgl. *Grigoleit*, *AcP* 210 (2010) 354, 405 f.

<sup>68</sup> Zur Rolle des EuGH sogleich, unter VIII.

<sup>69</sup> Ebenso zur (jedenfalls mittelfristigen) Rechtsunsicherheit im Umgang mit dem GEK vgl. *Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 23; *Herresthal*, *EuZW* 2011, 7, 8; *Kirchner*, in: *Grundmann/Stuyck* (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, S. 399, 399 f.; *O'Callaghan/Hutt*, *IHR* 2011, 137, 139; *Zimmermann*, *JBl* 2012, 2, 18.

<sup>70</sup> Kritisch aber zu der überlangen Definitionsliste in Art. 2 GEK-VO etwa *Schmidt-Kessel*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 29, 43 ff.

<sup>71</sup> *Herresthal*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 85, 122. In Gesamtschau mit den vielen unbestimmten Begrifflichkeiten lässt sich darin aber auch eine gewisse Widersprüchlichkeit in der Kodifikationstechnik erblicken. So schon zum DCFR etwa deutsche und französische Stimmen zusammenfassend *Vogenauer*, in: *House of Lords European Union Committee, European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference* (HL Paper 95), *Minutes of Evidence*, p. 14, Q 52, abrufbar unter: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldcom/95/95.pdf>: „The general thrust of the criticism is that paradoxically the [DCFR] is both too detailed – it has very detailed rules going into the nitty-gritty – but, on the other hand, it uses an astonishing number of vague and ambiguous terms, concepts like ‚reasonable‘ and ‚good faith‘, so it leaves a lot of discretion to the judge or anyone else who would apply that sort of instrument.“; s. etwa auch *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, *JZ* 2008, 529/537; *Schwenzer/Hachem*, *EJLR* 2009, 459, 470 (CISG und DCFR vergleichend).

<sup>72</sup> So bereits eingehend *Herresthal*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 85, 122 f., der dies als „[...] strukturelles Regelungsdefizit [...]“ aufzeigt sowie die Tatsache, dass dadurch „[...] der (vermeintliche) Gewinn an Rechtssicherheit partiell wieder verloren geht.“

### VIII. Die einheitliche Auslegungsinstanz als schlagendes Argument?

Es versteht sich, dass die Anwendung des GEK durch die Gerichte mit der Zeit Klarheit bezüglich wertungsoffener Begriffe schaffen kann. Ob des großen Umfangs an unbestimmten Formulierungen erscheint es aber zweifelhaft, dass eine zufriedenstellende Konkretisierungsleistung zeitnah erfolgen wird. Wer in diesem Kontext allzu große Erwartungen an den Beitrag des EuGH stellt, droht enttäuscht zu werden.

Theoretisch hat der Ansatz durchaus seinen Reiz, auch bzw. gerade den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr einer verbindlichen Auslegungsinstanz zu unterstellen, um damit eine möglichst weitgehende Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu erzielen.<sup>73</sup> Dementsprechend hebt die Kommission im Grünbuch hervor, dass es zum CISG kein Verfahren gebe, „[...] mit dem die einheitliche Auslegung in den Mitgliedstaaten sichergestellt werden kann“.<sup>74</sup> Im VO-Vorschlag selbst heißt es zum UN-Kaufrecht, dass „[...] keine Vorkehrungen zu seiner einheitlichen Auslegung getroffen wurden“.<sup>75</sup>

Soviel zur Überlegenheit in der Theorie – in der Praxis verliert dieser Ansatz in der aktuellen Ausformung seinen Glanz. Unterstellt, das GEK fände entsprechenden Zuspruch – hält man sich an die Ausführungen der Kommission zum VO-Vorschlag, scheinen die dort behaupteten Wachstumspotentiale auf Grundlage eines GEK dies ja geradezu aufzudrängen<sup>76</sup> – so ist mit der Zuweisung der verbindlichen Auslegung zum EuGH von einem enormen Mehraufwand für diesen auszugehen. Daher stellt sich die „Kapazitätsfrage“,<sup>77</sup> d. h. inwieweit der schon jetzt durchaus ausgelastete EuGH überhaupt in der Lage ist, die zusätzliche Arbeitsbelastung zu bewältigen. Die gleiche Frage ist auch in fachlicher Hinsicht aufzuwerfen.

Ohne eine Verstärkung der personellen Ressourcen ist dies jedenfalls momentan fragwürdig.<sup>78</sup> Sinnvoll wäre es sowohl in organisatorischer, aber gerade auch in fachlicher Hinsicht, zusätzliche Kammern für privatrechtliche Handelssachen zu bilden. Zwar äußert sich die Kommission im VO-Vorschlag dahingehend, dass die Vertreter der Rechtsberufe, die mit dem GEK befasst sind, entsprechend geschult werden sollen.<sup>79</sup> Ob dies aber aus EuGH-Richtern Fachleute im Privatrecht betreffend den unternehmerischen Warenhandel macht, darf bezweifelt werden. I.Ü. schweigt die Kommission, so dass das Kapazitätsproblem wohl bis auf Weiteres ungelöst bleibt.

Ferner bietet allein das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV kaum einen ausreichenden Mechanismus zur Gewinnung einheitlicher Bewertungskriterien im erforderlichen Umfang.<sup>80</sup> Die Vorlagepflicht und v.a. auch die Vorlagebereitschaft der nationalen Gerichte sind beschränkt. Die Möglichkeit zur umfassenden, ineinander stimmigen Konkretisierung durch den EuGH unterliegt also schon von vornherein gewissen Grenzen in Abhängigkeit zum Verhalten der nationalen Gerichte.<sup>81</sup> Hinzu kommt, dass der EuGH bei Beantwortung einer Vorlagefrage nur Vorgaben zur Auslegung gibt. Eine Entscheidung in der Sache fällt er gerade nicht und belässt den einzelstaatlichen Gerichten damit beträchtlichen Raum zur uneinheitlichen Rechtsprechung. Potenziert wird dieser Faktor dadurch, dass der EuGH bei der Auslegung von Generalklauseln bekanntlich Zurückhaltung übt.<sup>82</sup>

Gerade im B2B Bereich gilt es auch die Relevanz des Faktors Zeit nicht zu unterschätzen, da ein Kaufvertrag hier meist mit hohen Summen verbunden ist. Droht den Parteien dabei im Streitfall eine zusätzliche Ausdehnung der ohnehin schon langen Verfahrensdauer – die Erwägungen zur momentanen Belastbarkeit der Judikative<sup>83</sup> sprechen stark dafür – so mindert dies erheblich die praktische Attraktivität des GEK. Zeit ist (gerade hier) bekanntlich Geld. Ob die Parteien bereit sind, den Preis ggf. jahrelanger Verfahren „zu zahlen“, darf in Anbetracht der aufgezeigten Kritikpunkte doch stark bezweifelt werden.

<sup>73</sup> So etwa auch BRAK, Stellungnahme zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, IHR 2012, 53, 53; Doralt, AcP 211 (2011) 1, 28; Herresthal, EuZW 2011, 7, 12; Mankowski, IHR 2012, 45, 47.

<sup>74</sup> KOM (2010) 348 endg. S. 4.

<sup>75</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 6.

<sup>76</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 2 ff. wo es insbesondere heißt (S. 4), dass „[a]llein wegen der Unterschiede im Vertragsrecht dem zwischenstaatlichen Handel jedes Jahr Umsätze in zweistelliger Milliardenhöhe (in Euro) [entgehen].“ Vgl. ferner Reding, in: Schulze/Stuyck (eds.), Towards a European Contract Law, S. 9 ff., insb. 12 und die dazu von Remien aufgeworfene Frage: „Ist das nicht eine wahnwitzige Überschätzung der Bedeutung des Vertragsrechts, wenig glaubhaft, ein Brüsseler Märchen?“, Remien, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 1, 3 Rn. 10.

<sup>77</sup> Herresthal, EuZW 2010, 7, 12; vgl. auch schon Ernst, AcP 208 (2008) 248, 267 mit dem Hinweis auf „[...] ein gewaltiges Kapazitätsproblem [...]“.

<sup>78</sup> Vgl. Doralt, AcP 211 (2011) 1, 28 der neben der erheblichen zusätzlichen Belastung und dem Erfordernis weiterer Ressourcen für den EuGH entsprechendes auch mit Blick auf die nationalen Gerichte hervorhebt, die nunmehr ebenfalls ein „[...] zusätzliches Streitfeld [...]“ bewältigen müssten; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269, 286; Ernst, AcP 208 (2008) 248, 267; Herresthal, EuZW 2011, 7, 12; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 435 Rn. 153; Zimmermann, *JBl* 2012, 2, 20.

<sup>79</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 12, unter Verweis auf die Mitteilung der Kommission vom 13.9.2011 über „Die Förderung des Vertrauens in eine EU-weite Rechtspflege, Eine neue Dimension der justiziellen Aus- und Fortbildung auf Europäischer Ebene“, KOM (2011) 551 endg.

<sup>80</sup> Herresthal, EuZW 2011, 7, 12 fordert dementsprechend etwa neue zusätzliche Verfahren; vgl. auch Ackermann, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 49, 65 f. Rn. 34; Zimmermann, *JBl* 2012, 2, 20 („Die Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts würde erheblich weitreichende Reformen erfordern, die die Architektur der europäischen Gerichtsbarkeit insgesamt betreffen.“); Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 435 Rn. 153.

<sup>81</sup> Mit diesem Hinweis auch Grigoleit, AcP 210 (2010) 354, 389 f.; Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 382 ff. Insgesamt zu Bedeutung und Ausgestaltung des Vorabentscheidungsverfahrens etwa Schillig, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, S. 85 ff. („Bei dieser verfahrensrechtlichen Situation [Art. 267 AEUV] sind Gerichtshof und nationale Gerichte auf wechselseitige Kooperation ganz besonders angewiesen.“).

<sup>82</sup> Vgl. nur EuGH 14.2004, Rs. C-237/02 Slg. 2004, I-3403, NJW 2004, 1647 („Freiburger Kommunalbauten“) und eingehend m.w.N. Grigoleit, AcP 210 (2010) 354, 395 ff. zu den „Grenzen der gemeinschaftsautonomen Konkretisierung von Generalklauseln und ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen“. Ferner Basedow, ERPL 3 (2010) 443, 455 ff., (466: „The preceding analysis of the Court’s judgements in matters of private law has resulted in a finding of excessive caution, self-restraint, insecurity and sometimes inconsistencies.“).

<sup>83</sup> Insb. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 435 Rn. 153: „Already working at its limits, the ECJ would hardly in its current structure be able to cope with the flood of requests for preliminary rulings on questions of private law that is to be anticipated.“

Schlägt man nun also wieder den Bogen zur Kritik der Kommission, zum CISG seien keine Vorkehrungen zur einheitlichen Auslegung getroffen worden, so muss sich dies gerade auch die Kommission in weiten Teilen mit Blick auf das GEK vorhalten lassen, jedenfalls in einem Ausmaß, das in diesem Punkt nur bedingte Überzeugungskraft hinsichtlich der Abwahl des CISG zugunsten des GEK hat. Die Behauptung der Kommission ist zudem dahingehend zu relativieren, dass im Konventionstext die international einheitliche Auslegung in Art. 7 Abs. 1 CISG als zentraler Pfeiler des Wiener Einheitsrechts verankert ist und sich, freilich nicht durchweg, viele Beispiele nennen lassen,<sup>84</sup> in denen Gerichte auch mit Blick auf ausländisches *case law* Rücksicht auf das Gebot der Einheitlichkeit nehmen.<sup>85</sup> Noch viel deutlicher hervorzuheben ist die Tatsache, dass die Gerichte in den überwiegenden Fällen auf eine h.M. in der einschlägigen und in einer Fülle bestehenden Kommentarliteratur Bezug nehmen, bzw. mittelbar oder unmittelbar auf die dort dargestellte vorherrschende Ansicht in der *internationalen* Rechtsprechung verweisen.<sup>86</sup> Das CISG ist also sicherlich nicht frei von Schwachstellen, was die einheitliche Auslegung angeht, allerdings nicht in dem Maße, wie es die Darstellung der Kommission zunächst glauben macht. Diese Tatsache lässt die Wahl des GEK abermals weniger dringlich erscheinen. Dies stützt auch ein Vergleich der kürzeren Verfahrensdauer bei Geltung des CISG mit der zu erwartenden Verfahrenslänge infolge einer schlichten Erhebung des EuGH zur verbindlichen Auslegungsinstanz. Zudem entscheiden zum CISG in der Regel die zuständigen Kammern für Zivil- bzw. Handelssachen unmittelbar in der Sache, was einen direkten Vorteil gegenüber der Vorlage zum EuGH bedeuten kann.

Schon diese Erwägungen dürften verdeutlicht haben, dass in der gegenwärtigen Situation der theoretisch richtige Ansatz einer einheitlichen Auslegungsinstanz in der Praxis kein schlagendes Argument für die Abwahl des CISG zugunsten des GEK darstellt. Auf den „[...] psychologische[n] Nachteil [...]“<sup>87</sup> des EuGH als verbindliche Auslegungsinstanz wird sogleich noch einzugehen sein.<sup>88</sup>

## IX. Zum Kostenargument

In der Begründung der Kommission zum VO-Vorschlag wird zunächst völlig richtig dargelegt, dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten grundsätzlich höhere Transaktionskosten als bei reinen Inlandsverhältnissen drohen, da das zu beachtende rechtliche Spektrum größer ist und in weiten Teilen aus ausländischen, u. U. zwingenden Regelungen bestehen kann. „Grenzüberschreitende Geschäfte, die Unternehmer untereinander tätigen, unterliegen zwar nicht den gleichen Beschränkungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts [wie Geschäfte mit Verbrauchern], doch sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vertragsverhandlungen und der Anwendung von ausländischem Recht nicht unerheblich.“<sup>89</sup> Auch dem ist beizupflichten.

Wie hoch die potentielle Kostenersparnis bei Zugrundelegung eines GEK aber tatsächlich ausfällt, bzw. ob diese im Verhältnis zu dabei anfallenden Kosten überwiegt,<sup>90</sup> wird zu Recht durchaus kritisch beurteilt.<sup>91</sup> Eine quantitative Einschätzung soll hier nicht gewagt werden. Die zahlreichen Variablen einer solchen Berech-

nung sind dafür viel zu vage.<sup>92</sup> Für die vergleichende Betrachtung von GEK und CISG ist dies aber auch gar nicht von Nöten. Denn unterstellt man eine signifikante, wie hoch auch immer ausfallende, Transaktionskostensparnis bei Zugrundelegung des GEK, so hat dies bei gleicher Argumentation angesichts der räumlich-persönlich weiteren Geltung des CISG doch umso mehr für die Beibehaltung des letzteren zu gelten.<sup>93</sup>

Hinzu kommt die Tatsache, dass die „rechtlichen“ Transaktionskosten eingeschränkteres Gewicht bei der Entscheidung für oder gegen den grenzüberschreitenden Warenhandel haben als dies von der Kommission scheinbar zu vermitteln versucht wird.<sup>94</sup> Neben der zu Recht geäußerten Kritik an der Ermittlungsmethodik der zugrundegelegten Daten aus der Umfrage „*European contract law in business-to-business transactions*“<sup>95</sup> und deren Aussagekraft,<sup>96</sup> wird vermehrt hervorgehoben, dass Faktoren

<sup>84</sup> Exemplarisch Tribunale der Forli (Italien), 16.2.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>, Erw. 3.2 ff. (umfangreiche Verweise auf die deutsche, französische, schweizerische, spanische, niederländische, belgische und österreichische Rechtsprechung zum CISG); Rechtbank Utrecht (Niederlande), 21.1.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090121n1.html> Erw. 4.3 und in Erw. 4.11. (explizit dem BGH beitretend); *Hannafor* / *Australian Farmlink*, F.C.A., S.A. Adelaide (Australien), 24.10.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081024a2.html> (Auf die französische *Cour de Cassation* Bezug nehmend); OLG Karlsruhe, 20.7.2004 – 17 U 136/03, CISG-online Case No. 858, Erw. II.B)2.b)dd) (verweisend auf den österreichischen OGH); *Chicago Prime Packers, Inc. / Northam Food Trading Co., et al.*, U.S. Dist. Ct. [Northern Dist. Illinois, East. Div.], 21.5.2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html> (umfangreiche Verweise auf die deutsche, italienische und niederländische Rechtsprechung); BundesG (Schweiz), 13.11.2003, CISG-online Case No. 840, Erw. 5.3 = IHR 2004, 215, 218 (verweisen auf den BGH, das OLG Frankfurt a.M. sowie die *Cour d'Appel Mons* [Belgien]).

<sup>85</sup> Vgl. dazu eingehend und mit zahlreichen weiteren Beispielen *Ferrari*, in: *ders.* (ed.), *Quo Vadis CISG?*, S. 3, 13 ff.; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas/Perales Viscasillas*, Art. 7 Rn. 42; *Schwenzer/Hachem*, *Global Sales and Contract Law*, Rn. 5.39 ff. Vgl. auch die Untersuchung und entsprechenden Ergebnisse von *Zeller*, *CISG and the Unification of International Trade Law*, insb. S. 95 ff.

<sup>86</sup> Hier erweisen sich auch die bereits genannten Datenbanken (Fn. 63) als sehr hilfreich und förderlich zur Verwirklichung einer einheitlichen Auslegung unter Berücksichtigung der internationalen Rechtsprechung.

<sup>87</sup> *Mankowski*, IHR 2012, 45, 49.

<sup>88</sup> S. unten X. zum „Imageproblem“.

<sup>89</sup> KOM (2011) 635 endg. S. 3.

<sup>90</sup> *G. Wagner*, in: *Smits* (ed.), *The Need for a European Contract Law*, S. 1, 4: „The crucial question is not whether this [the fact that a European Civil Code would work to save transaction costs] is so but what the costs of these savings are and whether the savings outweigh the costs or vice versa.“

<sup>91</sup> Vgl. dazu *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 52 ff./Rn. 5 ff.; *Doralt*, *AcP* 211 (2011) 1, 20 ff.; *Collins*, *The European Civil Code*, S. 71 ff.; *G. Wagner*, in: *Smits* (ed.), *The Need for a European Contract Law*, S. 1, 16 ff.; *H. Wagner*, in: *Smits* (ed.), *The Need for a European Contract Law*, S. 25, 30 ff., insb. 44; *Mankowski*, IHR 2012, 45, 46; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 415 Rn. 112; *Zimmermann*, *JBl* 2012, 2, 18.

<sup>92</sup> Vgl. dazu unten, insb. Fn. 96.

<sup>93</sup> Vgl. dazu *Schmidt-Kessel*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, S. 29, 33.

<sup>94</sup> Vgl. KOM (2011) 635 endg. S. 2 ff. sowie *Reding*, in: *Schulze/Stuyck* (eds.), *Towards a European Contract Law*, S. 9, 11.

<sup>95</sup> The Gallup Organization, *Flash Eurobarometer Series Nr. 320*, 2011, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_320\\_sum\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_320_sum_en.pdf).

<sup>96</sup> Eingehend *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 53 f. Rn. 8 ff. („Fest-

wie etwa Sprache, räumliche Distanz, das Bedürfnis an Marktforschung und Marketing, öffentlich-rechtliche Produktvorgaben und sonstige Marktzutrittsbarrieren, nicht zu vergessen die Konkurrenz, viel erheblicher auf die Entscheidungsfindung der Unternehmen wirken.<sup>97</sup>

Im unternehmerischen Warenhandel vermag daher auch das Kostenargument weder an sich, noch im Verhältnis zu den sonstigen, entscheidungserheblicheren Faktoren von der Abwahl des CISG zugunsten des GEK zu überzeugen.

## X. Das „Imageproblem“<sup>98</sup>

Nicht unterschätzt werden darf der subjektive Eindruck, den das GEK auf die Unternehmerschaft macht. Oftmals dürfte es als Regelungskomplex, der in der Öffentlichkeit mit Schlagworten wie „Verbraucherschutz“ und „leistungsschwächeren KMU“ in Verbindung gebracht wird, auf ein Unternehmen zunächst einmal abschreckend wirken. Der „Kern des Regelungsbereiches“ des GEK ist nun mal das grenzüberschreitende B2C Geschäft.<sup>99</sup> Insofern steht die Befürchtung einseitiger Interessengewichtung und der bedingten Eignung für den unternehmerischen Warenhandel im Raum.<sup>100</sup>

Auch die Positionierung des EuGH als einheitliche Auslegungsinstanz, die aus Sicht eines juristisch Bewanderten jedenfalls in der Theorie Sinn ergibt,<sup>101</sup> kann bei Unternehmen Resentiments hervorrufen. Stützen ließen sich diese auf das verbreitete Bild vom EuGH als „Verbraucherschützer“ und weniger als versierter Spruchkörper bei Streitigkeiten aus grenzüberschreitenden B2B Geschäften mit all ihren speziellen *internationalen* Bräuchen etc. Fachliche Zweifel der Unternehmerschaft am EuGH als Maß aller Dinge dürften nicht selten aufkommen.

Im Verkehr mit Parteien aus Drittstaaten wird es auch eine Rolle spielen, dass sich das GEK aus deren Perspektive als Heimatrecht der Gegenseite präsentiert und u.U. dessen Neutralität in Frage gestellt wird.<sup>102</sup> Das CISG hat ein solches „Imageproblem“ in der Regel nicht.

Sicherlich sind allzu pauschale Erwägungen bzw. Vorurteile in der Sache nicht durchweg haltbar. Deren Einfluss auf die Entscheidung gegen das GEK darf aber gerade in der Anlaufphase nicht unterschätzt werden – ein weiterer komparativer Wettbewerbsnachteil des GEK gegenüber dem ausschließlich und explizit auf den internationalen Warenhandel zwischen Unternehmen gemünzten CISG.

## XI. Gesamtschau

Die voranstehend erfolgten Erläuterungen dürften verdeutlicht haben, dass das GEK im Wettbewerb der Kaufrechte im B2B Bereich gegenüber dem CISG erhebliche Schwierigkeiten haben wird, sich durchzusetzen. Dies gilt sowohl mit Blick auf die hier im Fokus der Betrachtung liegenden Rahmenbedingungen, aber auch für einige materiell-rechtliche Ausgestaltungen des VO-Vorschlags.

So hängt schon der Ausgestaltung der Entwurfsanfertigung hinsichtlich der personellen Zusammensetzung der nicht unerhebliche Makel der Einseitigkeit an. Der zu straffe Zeitplan

war gemessen an der Tragweite sowie den zweifellos bestehenden Chancen des Vorhabens schlichtweg nicht angemessen.

Die Kritik am begrenzten (sachlichen) Anwendungsbereich des CISG lässt sich zu weiten Teilen auf das GEK projizieren. Folglich lässt sich durch Wahl des GEK das Erfordernis einer etwaigen kollisionsrechtlichen Bestimmung des anwendbaren Rechts kaum reduzieren. Einen durchschlagenden Vorteil bietet das GEK hier also nicht.

Was die Kompatibilität mit den Realitäten im weltweit erfolgreichen B2B Warenhandel angeht, ist das CISG klar im Vorteil. Schwer wiegt zulasten der Wahl des GEK, dass dieses eine in der Sache unnatürliche und hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung kaum überzeugende Beschränkung auf den B2SME Handel enthält. Noch weiter hebt sich das CISG vom GEK ab, wenn man berücksichtigt, dass letzteres ein „Produkt“ mit europäischer Prägung ist. Diese mag für den Bereich der grenzüberschreitenden Kaufvertragsabschlüsse mit Verbrauchern passend sein, in dem sich primär Probleme zum Verbraucherschutzrecht „europäischer Prägung“ ergeben. Auch hinsichtlich der geographischen Reichweite lässt sich ein Markt für Verbrauchergeschäfte umreißen, der den Grenzen der EU entspricht. Dies stützen insbesondere kostentechnischen Erwägungen sowie ein abnehmendes Vertrauen in die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung mit Zunahme der Entfernung zwischen den Parteien. Entsprechende Erwägungen lassen sich für den B2B Handel aber gerade nicht vorbringen, da er keinen vergleichbaren Grenzen unterliegt, sondern vielmehr von global verlaufenden Warenströmen geprägt ist. Während die Konzeption des GEK allenfalls für eine Teilmenge der grenzüberschreitenden Handelsbeziehungen adäquat erscheint, passt die des CISG zur Eigenschaft des B2B-Warenhandels als globales Phänomen.

In Bezug auf die in beiden Kodifikationen oftmals verwendeten wertungsoffenen Begrifflichkeiten hat das CISG angesichts über 30-jähriger Geltung und mittlerweile 78 Vertragsstaaten einen doch beträchtlichen Vorsprung was die Vorhersehbarkeit der rechtlichen Beurteilung des Einzelfalls angeht. Die dargelegten Zweifel an der Überzeugungskraft des EuGH als einheitliche

zuhalten aber bleibt, dass die Dimension des Transaktionskostenproblems im Dunkel bleibt und die Kommission mit dem von ihr in Auftrag gegebenen Umfragen anstelle einer empirischen Aufklärung nur eine politisch genehme Bestätigung ihres Mandats gesucht hat.“ (S. 54 Rn. 9); kritisch zu den Rückschlüssen der Kommission aus der Studie auch *Riesenhuber*, EWS 2012, 7, 12.

<sup>97</sup> *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 53 Rn. 7; *Mankowski*, IHR 2012, 45, 46; *O’Callaghan/Hutt*, IHR 2012, 137, 138 Rz. 7; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269, 286 („[...] praktisch die selbe Rolle wie vertragsrechtsbezogene Transaktionskosten.“).

<sup>98</sup> *Mankowski*, IHR 2012, 45, 49 („Europäisches Einheitsprivatrecht hat Imageprobleme.“).

<sup>99</sup> *Herresthal*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 85, 90.

<sup>100</sup> Mit diesem Hinweis *Mankowski*, IHR 2012, 45, 49. Zur „[...] demanding task [...]“ der zusammengefassten Regelung von B2C und B2B Käufen angesichts der unterschiedlichen Grundwertungen, z.B. bzgl. der Informationspflichten und der AGB-Inhaltskontrolle *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011) 371, 419 Rn. 119.

<sup>101</sup> Vgl. oben unter VIII., insb. Fn. 73.

<sup>102</sup> Vgl. *Mankowski*, IHR 2012, 45, 47.

Auslegungsinstanz sprechen dafür, dass dies bis auf Weiteres auch so bleiben dürfte.

Das von der Kommission propagierte Transaktionskostenargument vermag jedenfalls nach genauerer Betrachtung nicht davon zu überzeugen, die geschilderten Nachteile in Kauf zu nehmen und ferner das „Imageproblem“ des GEK zu „lösen“.

## XII. Fazit

So wie sich das GEK im VO-Vorschlag der Kommission präsentiert, stellt es in akademischer Hinsicht einen bedeutenden Schritt dar, der die rege wissenschaftliche Diskussion weiter vorantreibt – in praktischer Hinsicht sind die Erfolgchancen skeptisch zu beurteilen.<sup>103</sup> Das GEK läutet keinesfalls das Ende des CISG ein.<sup>104</sup>

Schon der von der Kommission gewählte Ansatz zur Rechtsvereinheitlichung des (Kauf-)Vertragsrechts für B2B Geschäfte ist zu überdenken. Ziel sollte es doch im Interesse aller Beteiligten sein, europäische Regelungen gerade dort kompatibel mit dem internationalen Kontext zu gestalten, wo sich die Normadressaten in einem solchen bewegen. Mit der Schaffung eines europäischen Konkurrenzproduktes in Form des GEK, welches noch nicht mal in der Lage ist, das CISG zu ersetzen, sondern vielmehr nur Teilmengen abdeckt und ansonsten neben diesem steht, schafft man mehr Verwirrung als Vereinfachung.<sup>105</sup>

Somit bleibt die Möglichkeit, den B2B Bereich vollkommen von der Agenda zum GEK zu streichen oder aber für eine konstruktivere Abstimmung der europäischen mit der internationalen Regelungsebene zu sorgen. Die erste Alternative dürfte nicht wirklich gewünscht sein, obgleich sie der Kommission keinesfalls fremd ist.<sup>106</sup> Was die zweite Alternative betrifft, bietet die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zum VO-Vorschlag einen interessanten Ansatz.<sup>107</sup> Demnach soll das CISG unverändert in den VO-Vorschlag integriert und durch zusätzliche Regelungen die erwähnte Lückenhaftigkeit der abgedeckten Rechtsmaterien minimiert werden.<sup>108</sup> Dieser Vorschlag verdient m.E. Aufmerksamkeit, zumindest als Denkanlass, der natürlich weiter ausdifferenzieren wäre. Aber in der Sache scheint einiges für diese alternative Herangehensweise zu sprechen. Jedenfalls auf europäischer Ebene könnte so mehr Vorhersehbarkeit bei der Beurteilung der dann geschlossenen Regelungslücken erreicht werden.<sup>109</sup> Für die bereits im CISG enthaltenen Regelungen ließe sich auf die umfangreiche internationale Rechtsprechung zurückgreifen und der EuGH könnte tatsächlich die Einheitlichkeit der Auslegung des CISG vorantreiben, auf dessen Rechtsprechung wiederum Gerichte aus allen Vertragsstaaten gemäß dem Gebot der international einheitlichen Auslegung in Art. 7 Abs. 1 CISG Bezug zu nehmen hätten. Der Einwand, dass es zur Bewäl-

tigung eines solchen Mehraufwandes der Ausweitung der Kapazitäten des EuGH bedürfe, gilt natürlich auch hier. Weiterhin würde somit mittelbar auch eine Angleichung an zahlreiche Kaufrechtskodifikationen weltweit erreicht, die sich oft sehr stark an das CISG anlehnen.<sup>110</sup>

Den Unternehmen würde somit die Wahl eines optionalen Kaufvertragsrechts gegeben, welches im B2C Bereich, unter Wahrung eines hohen Schutzniveaus, die beträchtlichen Unterschiede auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts reduziert und zeitgleich für den B2B Handel, ggf. des gleichen Unternehmens, sowohl für den europäischen als auch den weltweiten Kauf bzw. Verkauf einheitlich verwendet werden kann.

<sup>103</sup> Für weitere skeptische Stimmen was allgemein den praktischen Erfolg angeht vgl. etwa *Herresthal*, EuZW 2011, 7, 8; *Mankowski*, IHR 2012, 45, 49 f., 53; *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 20 f.

<sup>104</sup> So auch *Ackermann*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 49, 66 Rn. 36; *Ernst*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 93, 104 Rn. 30 (schon wegen der AGB-Inhaltskontrolle); *Lando*, ERPL 2011, 717, 728; noch im Vergleich zum DCFR *Schwenzer/Hachem*, EJLR 2009, 459, 471.

<sup>105</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Kommission gerade die Rechtszersplitterung reduzieren möchte, um den Rechtsverkehr zu vereinfachen muss sie sich vorwerfen lassen, ein Einheitskaufrecht vorzuschlagen, bei dessen Wahl der Handel eines international agierenden europäischen Unternehmens rechtlich zusätzlich verkompliziert würde.

<sup>106</sup> So wird im Aktionsplan für ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht vom 12.2.2003 (KOM (2003) 68 endg., S. 28, Nr. 96) mit Blick auf ein „freiwilliges Instrument“ in den Raum gestellt, „[e]s könne diesen [den vom CISG umfassten] Bereich auch ausnehmen, so dass nur das CISG anwendbar wäre.“

<sup>107</sup> BRAK, Stellungnahme zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, IHR 2012, 53, 54.

<sup>108</sup> Vorgeschlagen werden namentlich Vorschriften zur Verjährung, Zinshöhe, AGB-Inhaltskontrolle, Abtretung, Aufrechnung und Warenkreditsicherung, insb. dem Eigentumsvorbehalt.

<sup>109</sup> Die von *Lando* (*Lando*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 15, 18 Rn. 23) vorgeschlagene dahingehende Revision des CISG durch UNCITRAL wäre sicherlich wünschenswert und einer lediglich europäischen Lückenschließung vorzuziehen. In naher Zukunft ist dies aber wohl eher unrealistisch.

<sup>110</sup> Zu den nationalen Gesetzgebern, u.a. dem deutschen, die sich vom CISG haben inspirieren lassen s. nur *Schwenzer/Hachem/Kee*, *Global Sales and Contract Law*, Rn. 3.21.

Reproduced with permission of copyright owner. Further reproduction prohibited  
without permission.