

# Der digitale Binnenmarkt für Europa und das UN-Kaufrecht

Ulrich G. Schroeter\*

ZVglRWiss 115 (2016) 270–292

## *I. Die Strategie der EU-Kommission für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*

Die seit November 2014 amtierende EU-Kommission hat unter ihrem Präsidenten *Juncker* die Schaffung eines „digitalen Binnenmarkts“ zu einer ihrer Prioritäten erklärt, um so die Digitalisierung aller Bereiche der Wirtschaft und Gesellschaft Europas im Interesse seiner Bürger und Unternehmen zu ermöglichen.<sup>1</sup> Mitte 2015 hatte die Kommission in Gestalt einer Mitteilung<sup>2</sup> und eines englischsprachigen Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen<sup>3</sup> nähere Informationen zu ihrer „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ vorgelegt, die einen ersten Ausblick auf die zu erwartenden Rechtsetzungsvorhaben in diesem Bereich gaben. Zugleich wurden öffentliche Konsultationen zu verschiedenen Themenfeldern initiiert, deren Ausrichtung gleichermaßen Schlüsse auf die beabsichtigten Regelungsansätze erlaubte. In ihrer Gesamtheit dürften diese Dokumente damit die Leitlinien für die Verwirklichung des „digitalen Binnenmarktes für Europa“ während der nächsten Jahre verkörpern.

Erste Schritte zur Umsetzung der Kommissionsstrategie erfolgten sodann im Dezember 2015 in Gestalt eines Aktionsplans zur Modernisierung des Ur-

---

\* Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Unternehmens- und Finanzmarktrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Mannheim.

1 Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Arbeitsprogramm der Kommission 2015 – Ein neuer Start“ vom 16. 12. 2014, KOM(2014) 910 endg., S. 7.

2 Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ vom 6. 5. 2015, KOM(2015) 192 endg.

3 European Commission, Commission Staff Working Document „A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence“ Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions „A Digital Single Market Strategy for Europe“ vom 6. 5. 2015, SWD(2015) 100 final.

heberrechts,<sup>4</sup> dreier Vorschläge für eine Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt (Geoblocking)<sup>5</sup> und für Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitalgüter-Richtlinie)<sup>6</sup> und über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (Online-Warenhandel-Richtlinie)<sup>7</sup> sowie schließlich eine begleitende Mitteilung zum Vertragsrecht für den elektronischen Handel.<sup>8</sup>

Ältere, aber schon ganz ähnlich betitelt Vorhaben der Kommission<sup>9</sup> hatten sich demgegenüber inhaltlich noch ganz vorrangig auf urheberrechtliche Fragestellungen konzentriert. Dagegen ist das Anwendungsfeld der vorgestellten und mittlerweile näher konkretisierten Strategie für einen digitalen EU-Binnenmarkt erheblich weiter gespannt, weil darin auch Bereiche des originären Schuld- und Vertragsrechts in den Blick genommen werden.<sup>10</sup> Auf diese konzentriert sich der vorliegende Beitrag.

---

4 Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht“ vom 9. 12. 2015, COM (2015) 626 final.

5 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt vom 9. 12. 2015, COM (2015) 627 final.

6 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9. 12. 2015, COM (2015) 634 final.

7 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9. 12. 2015, COM (2015) 635 final.

8 Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss „Ein modernes Vertragsrecht für Europa – Das Potenzial des elektronischen Handels freisetzen“ vom 9. 12. 2015, COM (2015) 633 final.

9 So das von den EU-Kommissaren der Barroso I-Kommission *Viviane Reding* und *Charlie McCreevy* vorgelegte Dokument „Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future“ – A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT vom 22. 10. 2009; ebenso Europäische Kommission, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt vom 13. 7. 2011, KOM(2011) 427 endg.

10 Siehe insbesondere die öffentliche Konsultation zu Vertragsbestimmungen für den Online-Erwerb von digitalen Inhalten und Sachgütern, Konsultationszeitraum: 12. 6. 2015 bis 3. 9. 2015.

## II. Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt als Rechtsangleichungsgegenstand

Bei ihrem Amtsantritt hatte die *Juncker*-Kommission eine Reihe von Rechtsetzungsprojekten vorgefunden, die durch die *Barroso II*-Kommission eingeleitet, aber nicht mehr erfolgreich abgeschlossen worden waren. Auf dem Gebiet des Vertragsrechts zählte hierzu der Vorschlag für ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (CESL),<sup>11</sup> der in der europäischen Wissenschaft kontrovers diskutiert worden und im Rat auf erheblichen politischen Widerstand gestoßen war; darüber hinaus hatten nationale Parlamente bzw. -kammern aus vier Mitgliedstaaten formelle Subsidiaritätsrüge erhoben, womit sie zwar unter der nötigen Mindestzahl blieben, aber nichtsdestotrotz ein starkes Signal aussandten.<sup>12</sup> Die *Juncker*-Kommission kündigte vor diesem Hintergrund an, den Kommissionsvorschlag für die CESL-VO zu ändern, „um das Potenzial des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung zu bringen“.<sup>13</sup> Dies wirft die Frage auf, inwieweit die jetzige Initiative in der Tradition des gescheiterten CESL steht oder ob der neue Fokus auf den digitalen Binnenmarkt zu einer wirklichen Neuausrichtung der geplanten Vertragsrechtsharmonisierung geführt hat.<sup>14</sup>

### 1. Kaufrechtsnahe Regelungen für Produkte mit digitalem Inhalt

Worum es der Initiative auf dem Gebiet des Vertragsrechts geht, wird weniger durch die allgemein gehaltenen Ausführungen in der grundlegenden Mitteilung und dem begleitenden Arbeitspapier<sup>15</sup> deutlich als vor allem durch den Fragebogen, der die Konsultation der Öffentlichkeit zu diesem Thema strukturierte.<sup>16</sup> Dieser fasste im ersten seiner zwei Teile<sup>17</sup> zunächst Verträge über

11 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 635 endg.

12 *Basedow*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlags, ZEuP 2015, 432.

13 Mitteilung KOM(2014) 910 endg (Fn. 1), Anhang II: Liste der zurückzuziehenden oder zu ändernden Vorschläge, Nr. 60.

14 Vgl. hierzu auch *European Law Institute*, Unlocking the Digital Single Market – An Instrument for 21st Century Europe, 2nd Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 2015.

15 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 4 ff.; Arbeitspapier SWD(2015) 100 final (Fn. 3), S. 10 ff.

16 Fragebogen zu Vertragsbestimmungen für den Online-Erwerb von digitalen Inhalten und Sachgütern (ein Anhang enthält zudem Fragen „zu warenspezifischen Vorschriften wie Kennzeichnung“).

17 Zum zweiten Teil (zum „Online-Verkauf von Sachgütern“) siehe noch unter 2.

„Produkte mit digitalem Inhalt“<sup>18</sup> ins Auge, also etwa Apps, Videospiele oder Musik zum Download. Der hierauf bezogene Problemaufriss blieb jedoch seltsam vage: Es wurde im Wesentlichen konstatiert, dass die betreffenden Verträge auf EU-Ebene bislang nicht spezifisch und in den mitgliedstaatlichen Rechten uneinheitlich geregelt seien; zudem hätten Nutzer im Regelfall keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt („take it or leave it“).<sup>19</sup> Spezifische Problemlagen, die diese auf zahlreichen Gebieten anzutreffende Situation gerade bei Produkten mit digitalem Inhalt verursacht, sucht man jedoch vergebens – die Konsultationsteilnehmer wurden vielmehr gerade gefragt, ob ihnen überhaupt entsprechende Schwierigkeiten oder dadurch verursachte Kosten bekannt sind.<sup>20</sup>

Obwohl das zu bewältigende Problem also noch nicht recht identifiziert zu sein schien, kündigte die Kommission gleichzeitig bereits eine Lösung an, nämlich in Form eines Vorschlags für harmonisierte Vorschriften für den Online-Erwerb von Produkten mit digitalem Inhalt.<sup>21</sup> Dieser wurde in Gestalt des Kommissionsvorschlags für eine Digitalgüter-Richtlinie<sup>22</sup> wenig später vorgelegt. Inhaltlich umfasst dieser vor allem Regelungen zur Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte<sup>23</sup> nebst Rechtsbehelfen des Nutzers bei fehlender Vertragsgemäßheit, die stark am Kaufrecht ausgerichtet sind,<sup>24</sup> sowie Vertragsänderungs- und -beendigungsrechte bei Abonnementverträgen.<sup>25</sup> Sein Grundansatz erinnert damit an die Vorgehensweise beim CESL-Entwurf, der seine überwiegend klassischen kaufrechtlichen Regelungen ebenfalls schlicht auf „digitale Inhalte“ erstreckt hatte. Hierfür hatte er jedoch verbreitet Kritik erfahren,<sup>26</sup> die sich nicht zuletzt gegen die Verwendung des Kaufrechts als Re-

18 Eine Legaldefinition der „digitalen Inhalte“ enthält Art. 2 Nr. 11 EU-Verbraucherrechtlicher Richtlinie (kürzlich umgesetzt in § 312 f Abs. 3 BGB n. F.), der zufolge es sich dabei um „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“ handelt. Fragebogen (Fn. 16), Frage 9 thematisierte dessen ungeachtet erneut die Abgrenzung des Begriffes, der zwischenzeitlich in Art. 2 Abs. 1 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6) neu und inhaltlich weiter gefasst definiert wurde.

19 Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 1.

20 Fragebogen (Fn. 16), Frage 3.

21 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 5; siehe auch Fragebogen (Fn. 16), Frage 6 (zu alternativen Lösungsansätzen).

22 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6).

23 Siehe hierzu die Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6); dazu schon oben in Fn. 18.

24 Artt. 6–14 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6); dazu schon Fragebogen (Fn. 16), Fragen 12–20.

25 Artt. 15, 16 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6); dazu bereits Fragebogen (Fn. 16), Fragen 21–28.

26 *Faust*, Das Kaufrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 251, 253 f.; *Leible*, Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren – Das optionale Instrument ante portas, *EuZW* 2011, 809, 810; *Loos*,

gelungsvorbild richtete.<sup>27</sup> Andere Stimmen bezweifelten sogar, ob spezifische Vorschriften zu digitalen Inhalten überhaupt erforderlich sind.<sup>28</sup> Es bleibt daher der Eindruck, dass die Vertragsrechtsharmonisierung für Produkte mit digitalem Inhalt eine Lösung auf der Suche nach einem Problem sein könnte – man ist gespannt, ob die Erörterung des Vorschlags für eine Digitalgüter-Richtlinie insofern ein anderes Bild ergeben wird.<sup>29</sup>

## 2. Kauf- und schuldrechtliche Regelungen für online verkaufte Sachgüter

### a) Online-Verkauf und analoge Vertragsdurchführung im „digitalen“ Binnenmarkt

Eine gewisse Überraschung bietet der zweite Harmonisierungsbereich der Initiative, den die Konsultation mit „Online-Verkauf von Sachgütern“<sup>30</sup> überschrieb. Vertragsgegenstand sind in diesem Bereich nicht-digitale Sachgüter (Waren), die jedoch auf digitalem Wege, d.h. im elektronischen Geschäftsverkehr verkauft werden. Die Mitteilung konstatiert hierzu, dass die Entwicklung der globalen digitalen Wirtschaft in der EU durch Barrieren, die es im „analogen“ Binnenmarkt in dieser Weise nicht gibt, gebremst werde,<sup>31</sup> und dass rasch die größten Unterschiede zwischen Online- und Offline-Umgebung beseitigt werden müssen, damit grenzüberschreitende Online-Aktivitäten nicht länger behindert werden. Als ein Hindernis für Online-Aktivitäten werden dabei „Unterschiede im Vertrags- und Urheberrecht der Mitgliedstaaten“<sup>32</sup> identifiziert.

Nach dieser Erläuterung mochte man ein Harmonisierungsvorhaben zum Vertragsanbahnungs- und Vertragsschlussrecht erwarten, mittels dessen „Online-Verkäufe“ erleichtert und von Barrieren befreit werden. Den Regelungsgegenständen des sodann vorgelegten Vorschlags für eine Online-Warenhandel-Richtlinie<sup>33</sup> fehlt demgegenüber jedoch jeder spezifische Bezug zum digitalen Handel; Vorschriften zur Qualität von Sachgütern, zu Rechtsbehelfen

---

The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL, euvr 2014, 146, 156 ff.; Zahn, Die Anwendbarkeit des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf Verträge über digitale Inhalte, ZEuP 2014, 82, 96; punktuell auch Mansel, Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Teil I –, WM 2012, 1253, 1257.

27 So etwa Faust (Fn. 26), S. 253 f.; Zahn (Fn. 26), S. 96.

28 So zur Machbarkeitsstudie Lehmann, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht: Die „Feasibility Study“ der Expert Group on European Contract Law, GPR 2011, 218, 222; a. A. zum CESL Loos (Fn. 26), S. 147.

29 Positivere Einschätzung des Kommissionsvorschlags bei Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil I, GPR 2016, 1, 4.

30 Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 29.

31 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 3.

32 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 4.

33 Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7).

des Käufers und zu gewerblichen Garantien<sup>34</sup> zählen vielmehr zum allgemeinen Kauf- bzw. Vertragsrecht und besitzen im analogen Binnenmarkt dieselbe Bedeutung. Da nicht erkennbar ist, inwieweit gerade online abgeschlossene Verträge einer EU-Regelung zu diesen Themen bedürfen, regt sich die Vermutung, dass hier unter dem irreführenden Schlagwort „online“ tatsächlich Kernfragen des allgemeinen Vertragsrechts harmonisiert werden sollen. Ist die Kommissionsinitiative insofern ein „Trojaner“, mittels dessen erneut Harmonisierungspläne eingeleitet werden, deren Verwirklichung jüngst im ersten Versuch (dem Vorschlag für eine vollharmonisierende Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>35</sup>) und sodann auch im zweiten Versuch (dem CESL-Vorschlag) gescheitert war?

Von Bedeutung ist vor diesem Hintergrund vor allem der Anwendungsbe- reich des Kommissionsvorschlags zur Online-Warenhandel-Richtlinie. Da dieser auf Fernabsatzverträge beschränkt ist<sup>36</sup> und dabei auf die schon aus anderen EU-Rechtsakten bekannte Definition dieses Begriffes<sup>37</sup> zurückgreift, wird viel davon abhängen, wie eng oder weit man das bislang gerichtlich noch kaum konkretisierte Merkmal „im Rahmen eines für den Fernabsatz organi- sierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems“ versteht;<sup>38</sup> bei toleranter Aus- legung wird wohl ein Großteil jedenfalls der grenzüberschreitend geschlosse- nen (Verbraucher-)Verträge im EU-Binnenmarkt erfasst. Damit stellt sich aber die Frage, warum die Beschränkung einheitlicher Vorschriften zur analo- gen Vertragsdurchführung auf online und im sonstigen Fernabsatz abge- schlossene Verträge sinnvoll sein soll.

#### b) Verbraucherverträge (B2C): Erneuter Versuch einer Vollharmonisierung

Um den Bedarf für eine EU-Rechtsharmonisierung darzulegen, konzentriert sich auch die digitale Strategie in personeller Hinsicht vorrangig auf Ver- braucherverträge (B2C-Geschäfte). Auffällig ist allerdings, dass man hierzu nicht mehr in erster Linie auf das angeblich mangelnde Verbrauchervertrauen in unbekannte ausländische Rechte verweist, welches durch Schaffung eines einheitlichen Mindestschutzniveaus gefördert werden müsse,<sup>39</sup> sondern statt-

34 Artt. 4–15 Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7). Im Fra- gebogen (Fn. 16), Fragen 37, 51 f. waren dagegen zusätzlich noch Regelungen zu missbräuchlichen Vertragsbestimmungen zur Diskussion gestellt worden.

35 Siehe dazu noch unten Fn. 52–53.

36 Art. 2 lit. e Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7).

37 Art. 2 Nr. 7 Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU; zuvor Art. 2 Nr. 1 Fernab- satzrichtlinie Richtlinie 97/7/EG) (zum ähnlichen Begriff „Vertragsabschluss im Fernabsatz“).

38 Vgl. dazu Erwägungsgrund 20 zur Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, 3. Aufl. 2012, § 312c Rn. 23 ff.; Föblich, Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht?, MMR 2009, 75, 76.

39 In diesem Sinne etwa Erwägungsgrund 5 zur Klauselrichtlinie 93/13/EWG; Erwä- gungsgründe 2, 5 zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 99/44/EG. Ebenso, aber

dessen primär anführt, dass Händler durch Unterschiede in den verbraucher-schützenden Vertragsrechten von einer grenzüberschreitenden Tätigkeit abgehalten werden könnten.<sup>40</sup> In dieser veränderten Gewichtung liegt eine tendenzielle Abkehr von dem bisher dominanten Bild des grenzüberschreitend aktiven Verbrauchers hin zum (wohl realistischeren) Bild des grenzüberschreitend aktiven Händlers.

Blickt man auf den sachlichen Inhalt der Initiative, so fällt zudem auf, dass nahezu sämtliche angedachten und durch den Kommissionsvorschlag zur Online-Warenhandels-Richtlinie abgedeckten Regelungsgegenstände in der Vergangenheit bereits durch Richtlinien EU-weit harmonisiert wurden. So waren die Qualität (Vertragsgemäßheit) verkaufter Sachgüter, die Rechtsbehelfe des Käufers, die Fristen für deren Ausübung (Rüge- und/oder Verjährungsfristen) und etwaige gewerbliche Garantien<sup>41</sup> sämtlich Gegenstand der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.<sup>42</sup> Die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zu missbräuchlichen Vertragsbestimmungen, die in der Mitteilung zur Strategie für einen digitalen Binnenmarkt und der anschließenden Konsultation in den Blick genommen wurden,<sup>43</sup> aber bislang durch keinen Kommissionsvorschlag abgedeckt sind, wurden dagegen bereits durch die Klauselrichtlinie<sup>44</sup> angeglichen. Als Harmonisierungsgegenstand neu ist allein die ebenfalls in der Konsultation angesprochene Schadensersatzpflicht einschließlich ihrer Ausgestaltung als Verschuldens- oder Garantiehaftung,<sup>45</sup> die von der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nicht erfasst ist; ein diesbezüglicher Regelungsvorschlag findet sich bislang allerdings nur im Kommissionsvorschlag für die Digitalgüter-Richtlinie (und auch dort nur für wirtschaftliche Schädigungen „der digitalen Umgebung des Verbrauchers“),<sup>46</sup> wohingegen der Vorschlag für die Online-Warenhandel-Richtlinie zur Schadensersatzpflicht des Verkäufers schweigt.

Die fast vollständige Kongruenz der angestrebten mit *de lege lata* bereits harmonisierten Regelungsgegenständen im Bereich der online verkauften Sachgüter macht deutlich, dass es der Kommission vor allem um ein anderes Maß der Rechtsangleichung geht, nämlich die Vollharmonisierung. So verwies sie schon in erläuternden Ausführungen zur Konsultation darauf, dass die bis-

---

wohl nur als nachrangiges Argument konzipiert Erwägungsgrund 7 zum Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6); Erwägungsgründe 7, 10 zum Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7).

40 Erwägungsgründe 3, 6 zum Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6); Erwägungsgründe 6, 9 zum Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7); Mitteilung COM(2015) 633 final (Fn. 8), S. 4; Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 4; Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 29.

41 Artt. 4–15 Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7); dazu schon Fragebogen (Fn. 16), Fragen 37–45, 47–49.

42 Artt. 2, 3, 5 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 99/44/EG.

43 Fragebogen (Fn. 16), Fragen 50 und 51.

44 Artt. 3 ff. Klauselrichtlinie 93/13/EWG mit Anhang.

45 So der Fragebogen (Fn. 16), Frage 46.

46 Art. 14 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6).

herige Harmonisierung durch Richtlinien nur Mindeststandards festgelegt habe und viele Mitgliedstaaten von der Möglichkeit, „einen Schritt weiter zu gehen“ und strengere Schutzmaßnahmen zugunsten der Verbraucher aufzunehmen, „zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlichem Ausmaß Gebrauch gemacht“ hätten<sup>47</sup> – ein zutreffender Befund, der jedoch eine naheliegende und vorhersehbare Folge einer Mindestharmonisierung ist. Wenn Händler sich künftig auf ihre einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften stützen können, die wiederum hinsichtlich wichtiger Rechtsbehelfe zu vereinheitlichen seien,<sup>48</sup> so konnte dies von vornherein nur bedeuten, dass das Verbraucherrecht einer Vollharmonisierung unterzogen werden soll, um Händler nicht länger von grenzüberschreitenden Geschäften abzuhalten. Damit übereinstimmend sehen die nunmehr vorgelegten Kommissionsvorschläge für die Online-Warenhandel-Richtlinie und die Digitalgüter-Richtlinie übereinstimmend vor, dass die Mitgliedstaaten keine von den Bestimmungen der geplanten Richtlinien abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen dürfen; dies soll ausdrücklich auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus gelten.<sup>49</sup>

Der damit angestoßene Wechsel der Harmonisierungsstrategie hin zu einem gleichmäßig hohen Verbraucherschutzniveau in der gesamten EU ist nicht neu<sup>50</sup> und aus Binnenmarktperspektive grundsätzlich auch sinnvoll. Die Crux liegt darin, dass eine Vollharmonisierung aus Perspektive der Mitgliedstaaten ungleich einschneidender ist als eine Mindestharmonisierung,<sup>51</sup> weil sie in einigen Ländern zu einem politisch schwierig zu vermittelnden Zurückschneiden des Verbraucherschutzniveaus zwingt. Der ursprünglich vollharmonisierend konzipierte Kommissionsvorschlag zur Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>52</sup> war daher am Widerstand der Mitgliedstaaten gescheitert und wurde im zweiten Versuch im Sinne einer *targeted harmonisation* weniger ambitioniert ausgestaltet.<sup>53</sup> Da der Vollharmonisierungsansatz daneben auch aus der Wissenschaft beträchtliche Kritik erfahren hat,<sup>54</sup> steht zu erwarten, dass auch die jetzt

47 Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 29.

48 Mitteilung KOM(2015) 192 endg. (Fn. 2), S. 5; Fragebogen (Fn. 16), Frage 34.

49 Art. 3 Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7); Art. 4 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6).

50 Als mittelfristiges Ziel von der Kommission bereits im Jahre 2002 angekündigt; vgl. ABl. EG vom 8. 6. 2002, Nr. C 137, S. 2, 6.

51 Allgemein *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, § 3 Rn. 23; zum Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme* (Fn. 29), S. 3 f.

52 KOM(2008) 614 endg.

53 Vgl. dazu *Schmidt-Kessel*, Obligationenrecht (einschl. ziviles Verbraucherschutzrecht), GPR 2010, 129 ff.

54 Statt mancher *Smits*, Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, ERPL 2010, 5 ff.; *M. Stürmer*, in ders., Voll-

vorliegenden Rechtsetzungsvorschläge der Kommission im Parlament und im Rat zu erheblichen Kontroversen führen werden.

### c) Verträge ohne Verbraucherbeteiligung (B2B)

In personeller Hinsicht deckt die Kommissionsstrategie für den digitalen Binnenmarkt daneben jedoch auch B2B-Transaktionen ab, die in der Praxis nicht weniger als 87 % des E-Commerce ausmachen.<sup>55</sup> Obgleich die ersten Kommissionsvorschläge zur Umsetzung der Strategie<sup>56</sup> sich zunächst auf Verbraucherverträge beschränkten,<sup>57</sup> stellt die Kommission in ihrer begleitenden Mitteilung ausdrücklich fest, dass KMU – als schwächere Parteien mit geringerer Verhandlungsmacht – im Rahmen der digitalen Wirtschaft ebenfalls vor Probleme gestellt seien, die aus dem Vertragsrecht erwachsen. Die Kommission habe unter besonderer Berücksichtigung der von Interessenträgern und Mitgliedstaaten vorgebrachten Standpunkte jedoch beschlossen, „diese Problematik im Rahmen anderer Initiativen der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt anzugehen“;<sup>58</sup> ein diesbezüglicher Rechtsetzungsvorschlag ist daher für die Zukunft zu erwarten.

Der Bedarf für eine Vertragsrechtsvereinheitlichung auch im B2B-Bereich wird mit knappen Hinweisen darauf begründet, dass Unternehmen angesichts 28 verschiedener nationaler Vertragsrechtssysteme zögern, sich in anderen Mitgliedstaaten geschäftlich zu betätigen,<sup>59</sup> und dass Verhandlungen über das anwendbare Recht in B2B-Konstellationen Kosten verursachen können.<sup>60</sup> Letzteres trifft zwar sicherlich zu, dürfte aber allein noch kein relevantes Binnenmarkthindernis belegen, weil Unternehmen jenseits von Art. 6 Rom I-VO das auf ihre Verträge anwendbare Recht jedenfalls frei vereinbaren können (Art. 3 Rom I-VO) und der EuGH in der Rechtssache *Alsthom Atlantique* entschieden hat, dass die Existenz kollisionsrechtlicher Parteiautonomie jedenfalls gegen eine Behinderung des Binnenmarktes spricht.<sup>61</sup>

---

harmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010, S. 3, 5 m. w. N. sowie die Beiträge in *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009.

55 Arbeitspapier SWD(2015) 100 final (Fn. 3), S. 6.

56 Oben Fn. 6 und 7.

57 Eine sachlich eng begrenzte Ausnahme bilden die knappen Vorschriften zu Regressansprüchen in der Lieferkette in Art. 16 Kommissionsvorschlag Online-Warenhandel-Richtlinie (Fn. 7) und Art. 17 Kommissionsvorschlag Digitalgüter-Richtlinie (Fn. 6), die hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Ansprüche jedoch auf das nationale Recht verweisen und daher kaum eigenständigen Regelungsgehalt besitzen.

58 Mitteilung COM(2015) 633 final (Fn. 8), S. 6.

59 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 4.

60 Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 29.

61 *EuGH*, 24. 1. 1991 – C-339/89, *Alsthom Atlantique*, ECLI:EU:C:1991:28, Slg. 1991 I-107 (zu Art. 34 EG); *Ludwigs*, Verwirklichung des Binnenmarkts durch ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“, *EuZW* 2012, 608, 610.

### III. Das UN-Kaufrecht (CISG) als Einheitsrecht (auch) für den EU-Binnenmarkt

Vor allem besteht in Gestalt des UN-Kaufrechts aber bereits ein einheitsrechtliches Regelwerk, das für grenzüberschreitende Kaufverträge im EU-Binnenmarkt ein weitgehendes *level playing field* schafft. Da dem CISG schon seit langem eine große Bedeutung auch für den Vertragsschluss per Internet attestiert wird,<sup>62</sup> stellt sich die Frage, in welcher Weise seine Existenz die künftige EU-Rechtsetzung für den digitalen Binnenmarkt beeinflussen sollte. Es geht dabei um einen Teilaspekt einer allgemeineren Problemstellung, nämlich der zunehmenden Koexistenz von universalem Einheitsrecht und regionaler Rechtsvereinheitlichung. In der EU ist diese etwa in Gestalt der EU-Mitgliedschaft in der Haager Konferenz für IPR<sup>63</sup> sowie jüngst der Ratifikation des Haager Gerichtsstandsübereinkommens von 2005<sup>64</sup> sichtbar geworden; sie betrifft jedoch gleichermaßen die Vertragsrechtsvereinheitlichung im digitalen Binnenmarkt.

#### 1. Persönlicher und territorialer Anwendungsbereich in der EU

Das UN-Kaufrecht gilt heute für 24 der 28 EU-Mitgliedstaaten. In einer ganzen Reihe dieser Staaten war das CISG dabei schon Jahre oder Jahrzehnte in Kraft, als diese der EU beitraten; die globale Kaufrechtsvereinheitlichung hat in diesen Staaten also eine schon deutlich längere Geschichte als die regionale Rechtsharmonisierung durch die EU.<sup>65</sup> Bislang nicht ratifiziert wurde das UN-Kaufrecht innerhalb der EU von Irland, Malta, Portugal und dem Vereinigten Königreich. In der Praxis hat dieser Ratifikationsstand zur Folge, dass all diejenigen grenzüberschreitenden Handelskaufverträge<sup>66</sup> innerhalb der EU gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG automatisch dem UN-Kaufrecht unterfallen, an denen keine Vertragspartei aus Irland, Malta, Portugal oder dem Vereinigten Königreich beteiligt ist. Darüber hinaus gilt das UN-Kaufrecht aber auch für Kaufverträge im EU-Binnenmarkt, an denen auf Käuferseite eine Partei aus einem Nicht-CISG-Vertragsstaat beteiligt ist, weil es sich bei den „Regeln des internationalen Privatrechts“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG bei einem Forum innerhalb der EU typischerweise<sup>67</sup> um Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO handelt – wo das damit berufene Recht am Verkäufersitz das

62 *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 302.

63 Vgl. *Kreuzer/Wagner/Reder*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 37. Erg.-Lfg. (April 2015), R. Rn. 13.

64 Vgl. *R. Wagner*, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2014, 1862, 1864.

65 Vgl. nur *Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Verhältnis und Wechselwirkungen, 2005, § 13 Rn. 12 f.

66 Vgl. Art. 1 Abs. 3 CISG.

67 Anderes gilt in Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien und Schweden, wo nach wie vor vorrangig das Haager Übereinkommen vom 15. 6. 1955 betreffend das auf

Recht eines CISG-Vertragsstaats ist, gelangt also wiederum das UN-Kaufrecht zur Anwendung.<sup>68</sup> Im Ergebnis fiel damit 2014 nicht weniger als 87,5 % des EU-Binnenhandels in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts;<sup>69</sup> etwas anderes galt nur für grenzüberschreitende Kaufverträge mit Verkäufern aus Irland, Malta, Portugal oder dem Vereinigten Königreich.

Bedeutsam ist, dass das UN-Kaufrecht darüber hinaus auch die Mehrzahl sog. Drittstaatensachverhalte abdeckt, also Kaufverträge zwischen einer Partei aus einem EU-Staat und einer anderen Partei, die außerhalb der EU in einem der übrigen zur Zeit 60 CISG-Vertragsstaaten (darunter so wichtigen Handelspartnern wie China, den USA, Japan, Russland, Brasilien und der Schweiz) niedergelassen ist. Das CISG schafft damit Rechtseinheitlichkeit über die Grenzen der EU hinaus und verwirklicht dadurch ein Ziel auch der EU-Initiative, die den europäischen Unternehmen erklärtermaßen nicht nur im EU-Binnenmarkt, sondern gerade bei der „Expansion auf den Weltmärkten“<sup>70</sup> dienen soll.

In personeller Hinsicht zielt das UN-Kaufrecht allerdings nur auf Kaufverträge zwischen Unternehmen (B2B-Geschäfte), ohne eine Vereinheitlichung des Verbraucherkaufrechts zu bezwecken. In Art. 2 lit. a CISG wird dies dahingehend ausgedrückt, dass das Übereinkommen keine Anwendung auf den Kauf von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt findet, „es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, daß die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde“. Die Einschränkung im letzten Halbsatz der Norm bewirkt, dass das CISG in bestimmten Situationen doch auf Käufe durch Verbraucher Anwendung findet,<sup>71</sup> sofern der private Zweck des Kaufes für den Verkäufer nämlich nicht erkennbar war. Es geht dem UN-Kaufrecht dabei allerdings nicht um eine beiläufige (Mit-)Regelung „verdeckter“ Verbraucherkäufe, sondern um den Schutz des Verkäufers, der sich auf die Anwendbarkeit des Übereinkommens soll verlassen können.<sup>72</sup> Im Ergebnis schafft das CISG damit schon heute ein umfassendes Einheitsrecht für B2B-Käufe sowohl innerhalb der EU als auch über deren Grenzen hinaus, von dem zusätzlich vereinzelte B2C-Verkäufe erfasst werden.

---

internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht Anwendung findet.

68 *Wagner-von Papp*, European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?, 63 *Curr. Leg. Probs.* 511, 537 (2010).

69 Zahlen nach *Eurostat*, Intra-Handel der EU28, nach Mitgliedstaaten, Gesamtprodukt, 2014.

70 Europäische Kommission, Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 3.

71 BGH, 31. 10. 2001 – VIII ZR 60/01, BGHZ 149, 113, 119; *Sandvik*, The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales, ERPL 2012, 1097, 1098; ausführlich *Schroeter* (Fn. 65), § 6 Rn. 83 ff.

72 *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 80.

## 2. Unzureichende Beachtung des CISG in der EU-Rechtsetzung

Vor dem Hintergrund des nahezu flächendeckenden Anwendungsbereiches des UN-Kaufrechts innerhalb der EU überrascht es, dass das Übereinkommen weder in der Mitteilung der Kommission zum digitalen Binnenmarkt noch in dem umfangreichen Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen oder den zugehörigen Konsultationsunterlagen Erwähnung findet. Allerdings ist dieses Phänomen nicht neu, sondern ließ sich in ähnlicher Form schon bei vergangenen Projekten der EU-Vertragsrechtsharmonisierung nachweisen.<sup>73</sup> Dabei ist zwischen zwei Rollen des UN-Kaufrechts zu unterscheiden:

### a) Globales Einheitsrecht als Inspirationsquelle für EU-Vertragsrecht

So fand das UN-Kaufrecht in der Vergangenheit durchaus als inhaltliche Inspirationsquelle für unionsrechtliche Bestimmungen Verwendung,<sup>74</sup> und diese Funktion wurde manchmal sogar deutlich ausgewiesen. Beispiele sind namentlich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie,<sup>75</sup> die gelegentlich als bloße „Adaption des CISG auf Verbraucherniveau“ bezeichnet worden ist,<sup>76</sup> aber auch die Zahlungsverzugsrichtlinie 2011/7/EU<sup>77</sup> sowie in jüngerer Zeit die im Folgenden noch anzusprechende Machbarkeitsstudie zum Entwurf eines Instruments für ein europäisches Vertragsrecht<sup>78</sup> und der darauf aufbauende Kommissionsvorschlag für die CESL-VO.<sup>79</sup> Ebenfalls Erwähnung fand das

73 Zum CESL *Droese*, B2B Kaufverträge und das GEK: Das Ende des CISG?, IHR 2013, 50, 51, 55.

74 Hierfür schon früh eintretend *Magnus*, Europäische Kaufrechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 45 (1981), 144, 165; ausführlich *Schroeter* (Fn. 65), § 16 Rn. 43 ff.

75 So fand sich in der Begründung zum ersten Kommissionsvorschlag vom 18. 6. 1996, KOM(95)520 endg., ZIP 1996, 1845, 1847, die klare Aussage: „Der vorliegende Vorschlag für eine Richtlinie soll durch Angleichung der bestehenden einzelstaatlichen Regelungen an das für den internationalen Warenkauf zwischen Gewerbetreibenden geltende internationale Recht (Wiener Übereinkommen aus dem Jahr 1980) zur Vereinfachung der nationalen Vorschriften beitragen und Wettbewerbsverzerrungen infolge der Unterschiede im jeweiligen nationalen Recht mindern.“

76 So *Micklitz*, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, *EuZW* 1997, 229, 230.

77 Berichtet von *Schulte-Braucks*, Zahlungsverzug in der Europäischen Union, *NJW* 2001, 103, 107. *Magnus*, in: Ferrari, *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, 2003, S. 129, 142 f., erkennt darüber hinaus auch einen Einfluss des CISG auf die Pauschalreise- und die Überweisungs-Richtlinie.

78 *Schulte-Nölke*, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *ders./Zoll/Jansen/Schulze*, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, S. 1, 19.

79 *Lando*, in: *Remien/Herrler/Limmer*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012, Rn. 2; *van den Aardweg*, in: *Lehmann*, *Common European Sales Law Meets Reality*, 2015, S. 7, 13: „an important source of inspiration“.

CISG in den Mitteilungen der Kommission<sup>80</sup> und „Kodifikationsbeschlüssen“ des Europäischen Parlaments,<sup>81</sup> die der Entwicklung eines Europäischen Vertragsrechts im Allgemeinen galten. Das UN-Kaufrecht teilte diese Vorbildfunktion dabei nicht selten mit anderen internationalen Regelwerken, die ebenfalls auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitet wurden und daher mutmaßlich „beste Lösungen“ für regelungsbedürftige Sachfragen abbilden, wie namentlich die Principles of European Contract Law (PECL) und die Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC).

Der EuGH hat sie in jüngerer Zeit schließlich auch auf die Ebene der unionsrechtlichen Judikatur erstreckt, indem er ausdrücklich bestätigte, dass Vorschriften des UN-Kaufrechts „Anhaltspunkte“ für die Auslegung von EU-Sekundärrechtsakten bieten können,<sup>82</sup> und zwar auch dann, wenn die betreffende EU-Regelung (*in concreto* Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO<sup>83</sup>) nicht in Anlehnung an das Einheitskaufrecht formuliert worden war. Der Gerichtshof verwendet das UN-Kaufrecht damit nicht als Rechtgeltungs-, sondern als Rechtsgewinnungsquelle zur Begründung einer gesetzesbasierten Entscheidung.<sup>84</sup>

Dass die mehrgestaltige Vorbildfunktion des globalen Einheitsrechts in den EU-Dokumenten zum digitalen Binnenmarkt dagegen noch nicht nachzuweisen ist, mag zum Teil am frühen Planungsstadium liegen; im Fall der ersten Kommissionsvorschläge für die Online-Warenhandel-Richtlinie und die Digitalgüter-Richtlinie dürfte sich zusätzlich auswirken, dass diese Vorschläge inhaltlich weitergehend vom UN-Kaufrecht abweichen als namentlich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

## b) Globales Einheitsrecht als Alternative zu EU-Vertragsrecht

Erheblich bedenklicher ist dagegen die mangelnde Berücksichtigung des Umstandes, dass das UN-Kaufrecht – insofern anders als bloßes „soft law“ wie PECL oder PICC – im Rahmen seines Anwendungsbereiches bereits geltendes Einheitsrecht schafft und daher die Erforderlichkeit neuer EU-Initiativ-

80 Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat zum europäischen Vertragsrecht vom 11. 7. 2001, KOM(2001) 398 endg., Rn. 48; Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan“ vom 12. 2. 2003, KOM(2003) 68 endg., Rn. 63.

81 So in der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten vom 15. 11. 2001 (sog. „dritter Kodifikationsbeschluss“), ABl. EG C 140 E vom 13. 6. 2002, S. 538 ff., 539, ErwGr. J.

82 EuGH, 25. 2. 2010 – C-381/08, Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl, ECLI:EU:C:2010:90, Slg. 2010 I-1255, EuZW 2010, 301 Rn. 34 ff. – m. Anm. Leible.

83 Zur Interpretation dieser Norm anhand des CISG Schroeter (Fn. 65), § 17 Rn. 33 m. w. N.

84 Leible, Internationale Zuständigkeit bei Vertrag über Fertigung und Lieferung von Airbag-Komponenten, EuZW 2010, 303, 304.

ven als fraglich oder jedenfalls begründungsbedürftig erscheinen lässt. Indem das globale Einheitsrecht in dieser Rolle eine Alternative zur EU-Rechtsetzung darstellt, betrifft es nicht erst deren „Wie“, sondern bereits deren „Ob“: Es ist nämlich nicht recht erkennbar, warum die EU dort legislativ tätig werden soll, wo das UN-Kaufrecht als vollwertiges Einheitsrecht schon Rechtsunterschiede beseitigt hat, die das Funktionieren des EU-Binnenmarktes behindern könnten.

Dass dieser Aspekt in der Vergangenheit nur unzureichend beachtet worden ist, wurde bei den Vorarbeiten für einen gemeinsamen Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht und für das CESL deutlich. Die EU-Kommission hatte hierzu bekanntlich zunächst eine Expertengruppe eingesetzt,<sup>85</sup> die im Mai 2011 eine sog. Machbarkeitsstudie (*Feasibility Study*) zum Entwurf eines Instruments für ein europäisches Vertragsrecht<sup>86</sup> vorlegte. Diese Studie versuchte den Bedarf der Praxis für ein optionales Instrument anhand von drei Beispielfällen zu demonstrieren, unter denen das Beispiel eines polnischen Kinderbettenherstellers namens Kowalski den B2B-Bereich abdecken sollte. Als Leser vermochte man dessen beschriebene „Frustration“ gut nachzuvollziehen, als er von mehreren Rechtsanwälten die Information erhält, das Aushandeln der von ihm gewünschten Kaufverträge mit einem italienischen und einem deutschen Einzelhändler mache eine kostenträchtige Beratung nötig, weil jeweils unterschiedliche nationale Vertragsrechtsvorschriften zu beachten seien<sup>87</sup> – allerdings war der wahre Grund für Herrn Kowalskis Frustration nicht in den (angeblichen) Rechtsunterschieden zu suchen, sondern in der mangelnden Rechtsberatungsqualität, weil die beschriebenen Konstellationen beide erkennbar dem UN-Kaufrecht unterfielen.

Ähnlich fragwürdig fiel wenig später ein Dokument mit „häufig gestellten Fragen“ (FAQ) zum CESL<sup>88</sup> aus, in dem nunmehr die Kommission den Bedarf der Praxis für ein optionales Instrument anhand von Beispielfällen darzulegen versuchte. Bei Durchsicht der hierzu beschriebenen Konstellationen musste man erneut feststellen, dass diese fast ausnahmslos unter das UN-Kaufrecht fielen (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG) und daher ohne Zutun der Vertragspartner bereits einheitlichen Rechtsvorschriften unterlagen; dies galt für den Export von Kosmetikerzeugnissen aus Polen nach Rumänien ebenso wie für den deutsch-französischen Disput über eine Nacherfüllung oder die ge-

85 Europäische Kommission, Beschluss vom 26. 4. 2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts (2010/233/EU), ABl. EU L 105 vom 27. 4. 2010, S. 109 ff.

86 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback (undatiert). Dazu *Lehmann* (Fn. 28), S. 218 ff.

87 Machbarkeitsstudie (Fn. 86), S. 5.

88 „Fakultatives Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: häufig gestellte Fragen (FAQ)“ vom 11. 10. 2011, MEMO/11/680.

wünschten einheitlichen Lieferbedingungen für das polnische Unternehmen mit Niederlassungen in der Tschechischen Republik, der Slowakei und Ungarn.<sup>89</sup> Die befürchteten rechtsberatungsintensiven und dadurch kostenträchtigen Rechtsunterschiede, die durch das neuartige CESL plötzlich hätten überwindbar werden sollen, bestanden also weit überwiegend gar nicht – ein Umstand, der den Verfassern des Kommissionsdokuments entgangen zu sein scheint, wie man im Schrifttum verwundert notierte.<sup>90</sup> Mit gutem Grund wurde deshalb bezweifelt, ob es angesichts des UN-Kaufrechts noch eines CESL bedurfte.<sup>91</sup>

Im Bereich der EU-Initiative zum digitalen Binnenmarkt stellt sich die Sache nicht anders dar. Der knappe Verweis auf die Kostenträchtigkeit von B2B-Verhandlungen über das anwendbare Recht<sup>92</sup> lässt nämlich auch hier wiederum außer Acht, dass für entsprechende Geschäfte das UN-Kaufrecht gilt, welches solche Verhandlungen in seinem Anwendungsbereich entbehrlich macht. Das pauschale Schlagwort der Rechtsuneinheitlichkeit allein belegt daher noch kein Bedürfnis für eine EU-Vertragsharmonisierung.

### c) Kompetenzrechtliche Folgen

Soweit das UN-Kaufrecht bereits Einheitsrecht für den EU-Binnenmarkt schafft, wäre eine Rechtsvereinheitlichung durch die EU mithin „bloße Energieverschwendung“<sup>93</sup> und sollte schon aus diesem rechtspolitischen Grund unterbleiben. Hinzu treten noch kompetenzrechtliche Folgen, weil Art. 26 Abs. 1 AEUV die EU-Rechtsetzung auf „erforderliche“ Maßnahmen be-

89 Beispiele 2, 4 und 5 (Beispiel 3 betraf einen Verbraucherkauf). Allein in Beispiel 1 (Export aus Portugal in die Niederlande) war mangels portugiesischer CISG-Ratifikation eine Parteieinigung auf das neutrale UN-Kaufrecht erforderlich, die durch Wahl des niederländischen Rechts (Recht eines CISG-Vertragsstaates) oder – sofern man Art. 3 Rom I-VO berechtigterweise entsprechend permissiv verstehen will – durch direkte Wahl des UN-Kaufrechts hätte erfolgen können; vgl. dazu *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 35, 51 f. und Rn. 59 f.

90 *Droese* (Fn. 73), S. 51: „nur schwer nachvollziehbar“; *Zimmermann*, JBl 2012, 2, 19.

91 *Droese* (Fn. 73), S. 55; *Hellwege*, UN-Kaufrecht oder Gemeinsames Europäisches Kaufrecht?, IHR 2012, 221, 231; *Lehmann*, (Fn. 28), S. 221; *Magnus*, CISG und CESL, in: FS Lando, 2012, S. 225, 238; *ders.*, Das UN-Kaufrecht – aktuelle Entwicklungen, ZEuP 2013, 111, 113 f.; *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 23; *Schwenzer/Hachem*, The CISG – successes and pitfalls, EJLR 2009, 459, 471.

92 Fragebogen (Fn. 16), vor Frage 29.

93 So schon früh *Kropboller*, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 43 (allgemein zur Parallelnormierung durch universale und regionale Rechtsvereinheitlichungsorganisationen); spezifisch zur Kaufrechtsvereinheitlichung durch die EU *U. Huber*, Einheitliches Kaufrecht und europäische Privatrechtsvereinheitlichung, in: FS Everling, 1995, S. 493, 498: „Verschwendung von Zeit und Geld“; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 187; *Leible*, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht – Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?, EWS 2001, 471, 481: „überflüssig und kontraproduktiv“.

schränkt, um den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten. Hierin liegt eine besondere Betonung der allgemeinen Kompetenzausübungsschranke der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV), die auf sämtliche binnenmarktrelevanten Einzelermächtigungen Anwendung findet.<sup>94</sup> Es liegt daher nahe, die Erforderlichkeit einer Vertragsrechtsharmonisierung oder -vereinheitlichung auf EU-Ebene zu verneinen, soweit das UN-Kaufrecht das Funktionieren des Binnenmarktes bereits gewährleistet.<sup>95</sup> Ob diese Kompetenzgrenze durch den EuGH tatsächlich durchgesetzt würde, ist freilich offen – die EU-Kommission beharrt einstweilen jedenfalls auf der Verwirklichung des digitalen Binnenmarktes durch „Maßnahmen, die nur auf EU-Ebene getroffen werden können“.<sup>96</sup>

Beachtung sollte das Erforderlichkeitskriterium auch bei der Ausgestaltung des Anwendungsbereiches von EU-Maßnahmen finden, die so auf diejenigen Fragestellungen konzentriert werden können, bezüglich derer einheitliches Recht bislang fehlt; dies verwirklicht die in Art. 5 Abs. 4 EUV vorgeschriebene Verhältnismäßigkeit der EU-Rechtsetzung. Zu dieser zählt auch, dass EU-Rechtsakte keine Vorgaben zur Interpretation EU-fremder Einheitsrechte machen (man kann sich unschwer vorstellen, wie empfindlich EU-Organe auf vergleichbare Anordnungen in einem Nicht-EU-Rechtsakt reagieren würden). Gleichwohl fand sich in Erwägungsgrund 25 des Kommissionsvorschlags zur CESL-VO<sup>97</sup> die Aussage, die Wahl des CESL durch Vertragsparteien „sollte“ eine Vereinbarung über den Ausschluss der Anwendung des UN-Kaufrechts „implizieren“ – eine Regelung zur Auslegung des Art. 6 CISG, die im Schrifttum zu Recht als „ultra vires“ kritisiert worden ist.<sup>98</sup>

### 3. Eignung des UN-Kaufrechts für den E-Commerce

Um eine kompetenzrechtlich wie rechtspolitisch zu beachtende Alternative zur EU-Vertragsrechtsharmonisierung zu sein, muss das UN-Kaufrecht allerdings nicht nur über einen passenden Anwendungsbereich<sup>99</sup> verfügen, sondern auch inhaltlich für die Regelungsbedürfnisse des digitalen Binnenmarktes

94 *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 114 AEUV Rn. 72; Streinz/Schröder, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 26 AEUV Rn. 11.

95 *Basedow*, Die Europäische Gemeinschaft als Partei von Übereinkommen des einheitlichen Privatrechts, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 165, 168; *Leible* (Fn. 93), S. 473; *Chr. Ramberg*, The E-Commerce Directive and formation of contract in a comparative perspective, 26 Eur.L.Rev. 429, 430f. (2001); *Schroeter* (Fn. 65), § 16 Rn. 8ff.

96 Mitteilung KOM(2015) 192 endg (Fn. 2), S. 3.

97 Kommissionsvorschlag CESL (Fn. 11).

98 *Hesselink*, How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation, ERPL 2012, 195, 202; kritisch auch *Mansel* (Fn. 26), S. 1257.

99 Dazu bereits oben III. 1.

geeignet sein. Als Beurteilungsgrundlage für die diesbezügliche Eignung des UN-Kaufrechts bieten sich dabei weniger theoretische Einschätzungen<sup>100</sup> als vielmehr die Erfahrungen der Rechtsanwendungspraxis an, die unter dem Übereinkommen in der jüngeren Vergangenheit ständig mit „digitalen“ Kommunikationsmitteln umgehen musste: Anbahnung, Abschluss und Abwicklungen von Verträgen unter Einsatz von E-Mail und Internet sind unter dem CISG bereits seit geraumer Zeit der praktische Regelfall. Das Erfahrungsbild ist dabei eindeutig: Schwierigkeiten sind nicht aufgetreten, und das UN-Kaufrecht hat sich für den E-Commerce als tauglich erwiesen.<sup>101</sup>

#### a) Medienneutrale Ausgestaltung des UN-Kaufrechts

Als entscheidend erweist sich dabei, dass durch elektronische Kommunikation übermittelte Erklärungen unter dem UN-Kaufrecht schon infolge des Grundsatzes der Formfreiheit (Art. 11, 29 Abs. 1 CISG) zweifelsfrei gültig sind.<sup>102</sup> Das UN-Kaufrecht folgte damit bereits bei seiner Verabschiedung im Jahre 1980 der neueren Tendenz zur medienneutralen Ausgestaltung von Vertragsrecht<sup>103</sup> und sicherte so frühzeitig seine Tauglichkeit für den digitalen Handel. Dagegen spiegelt Art. 13 CISG, dem zufolge der Ausdruck „schriftlich“ für die Zwecke des Übereinkommens „auch Mitteilungen durch Telegramm oder Fernschreiben“ umfasst, erkennbar den technischen Stand der frühen 1980er Jahre wider. Für den E-Commerce ergeben sich daraus allerdings schon deshalb keine Schwierigkeiten, weil die Legaldefinition des Art. 13 CISG angesichts der das UN-Kaufrecht prägenden Formfreiheit ohnehin nur für privatautonom vereinbarte Schriftformklauseln sowie den Begriff der „schriftlichen Mitteilung“ in Art. 21 Abs. 2 CISG<sup>104</sup> Bedeutung

100 So ist im Schrifttum gelegentlich Skepsis geäußert worden, ob die CISG-Vertragsrechtsvorschriften traditioneller Prägung dem modernen elektronischen Geschäftsverkehr gerecht werden; vgl. *Wulf*, UN-Kaufrecht und eCommerce, 2003, S. 20.

101 *Hahnkamper*, Acceptance of an Offer in Light of Electronic Communications, 25 J. L. & Com. 147, 151 (2005–2006); *O. Meyer*, Constructive interpretation: applying the CISG in the 21st century, in: Janssen/O. Meyer, CISG Methodology, 2009, S. 319, 338 f.; *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 157; *Schlechtriem/Schwenger/Schroeter*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 6. Aufl. 2013, Vor Artt. 14–24 Rn. 25; *Schwenger/Mohs*, Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World, IHR 2006, 239.

102 CISG Advisory Council, Opinion Nr. 1: Electronic Communications under CISG (Rapporteur: *Chr. Ramberg*), IHR 2003, 244 Comment 11.1; *Ferrari*, Einige kurze Anmerkungen zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts beim Vertragsschluss über das Internet, EuLF 2001, 301, 304; *Schlechtriem/Schwenger/Schmidt-Kessel*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 6. Aufl. 2013, Art. 11 Rn. 2a.

103 *Schlechtriem/Schwenger/Schmidt-Kessel* (Fn. 102), Art. 11 Rn. 2a.

104 *Schroeter*, Interpretation of „writing“: Comparison between provisions of the CISG (Article 13) and the counterpart provisions of the PECL, 6 VJ 268 (2002).

hat;<sup>105</sup> sein Anwendungsbereich wie seine praktische Bedeutung sind daher begrenzt. Und selbst dort, wo Art. 13 CISG ausnahmsweise eingreift, ist weiterhin anerkannt, dass danach auch Vertragsschlüsse und Parteierklärungen per E-Mail oder durch andere elektronische Kommunikationsmittel als schriftlich oder schriftformäquivalent zu behandeln sind.<sup>106</sup>

#### b) Schriftformvorbehalt (Art. 96 CISG) als überholter Schwachpunkt

Punktuelle Zweifel an der Geeignetheit des UN-Kaufrechts für Zwecke des E-Commerce mögen daraus resultiert haben, dass mit Estland, Lettland, Litauen und Ungarn nicht weniger als vier der im Jahre 2004 der EU beigetretenen Staaten einen Schriftformvorbehalt nach Art. 96 CISG erklärt hatten. Dieser Vorbehalt hat ausweislich von Art. 12 CISG zur Folge, dass die Vorschriften des UN-Kaufrechts zur Formfreiheit – vor allem Art. 11 und Art. 29 Abs. 1 CISG<sup>107</sup> – nicht gelten, wenn eine Kaufvertragspartei ihre Niederlassung in einem Vorbehaltsstaat hat. Da die Formfreiheit als wesentlicher Grund dafür gilt, dass das UN-Kaufrecht für den E-Commerce geeignet ist, konnte man die Vorbehalte als Einschränkung dieser Eignung sehen.<sup>108</sup> Hinzu trat, dass jeder EU-Staat nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG sicherzustellen hat, dass seine Rechtsvorschriften keine Hindernisse für die Verwendung oder Gültigkeit elektronischer Verträge bilden – eine Vorgabe, die insbesondere auf Formerfordernisse abzielt.<sup>109</sup> Die Vorbehalte nach Art. 96 CISG dürften aus diesem Grund mit Art. 9 Abs. 1 Satz 2 E-Commerce-Richtlinie unvereinbar gewesen sein.<sup>110</sup>

Allerdings sind diese Bedenken jedenfalls seit kurzem überholt, weil mit Ungarn just der letzte der vier Schriftform-Vorbehaltsstaaten in der EU seinen

105 Freilich ist umstritten, ob sich Art. 13 CISG zudem auf Schriftformanforderungen im nationalen Recht solcher CISG-Vertragsstaaten erstreckt, die einen Vorbehalt nach Art. 96 CISG erklärt haben (dazu noch sogleich im Text). Nach zutreffender Ansicht ist dies zu verneinen; wie hier MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 13 CISG Rn. 1; a. A. Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel (Fn. 102), Art. 13 Rn. 4.

106 BGH, 23. 10. 2013 – VIII ZR 423/12, IHR 2014, 56 Rn. 4; CISG Advisory Council (Fn. 102), Comments 13.1 f.; Schwenger/Mohs (Fn. 101), S. 245; Wulf (Fn. 100), S. 142; im Ergebnis auch Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel (Fn. 102), Art. 13 Rn. 7.

107 Näher CISG Advisory Council, Opinion Nr. 15: Reservations under Articles 95 and 96 CISG (Rapporteur: Schroeter), IHR 2014, 116 Comments 4.11 ff.

108 Wulf (Fn. 100), S. 145 ff.

109 Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 16.15; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 323; Waldenberger, Electronic Commerce: Der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296, 300.

110 Schroeter (Fn. 65), § 6 Rn. 302 ff.

Vorbehalt in Übereinstimmung mit Art. 97 Abs. 4 CISG<sup>111</sup> zurückgenommen hat;<sup>112</sup> zuvor hatten schon Estland (bereits 2004), Lettland (2012) und Litauen (2013) eine Vorbehaltsrücknahme erklärt. Seit die ungarische Rücknahme am 1. 2. 2016 wirksam geworden ist (Art. 97 Abs. 4 Satz 2 CISG), gilt damit für sämtliche UN-Kaufrechtsverträge innerhalb der EU vollumfänglich die Formfreiheit.

### c) Beschränkte sachliche Regelungsgegenstände

Im Übrigen ist die sachliche Regelungsmaterie des UN-Kaufrechts freilich nicht allumfassend; das Übereinkommen regelt zwar die wichtigsten Rechtsfragen, die bei Abschluss und Durchführung internationaler Kaufverträge auftreten können, aber nicht alle (vgl. Art. 4 CISG). Es waren gerade diese „Lücken“ des UN-Kaufrechts, die in der Vergangenheit nicht selten als Begründung für die Notwendigkeit einer EU-Rechtssetzung angeführt wurden<sup>113</sup> – freilich musste man später fast durchweg konstatieren, dass das europäische Vertragsrechtsinstrument ebenfalls erhebliche Lücken aufwies, die häufig sogar dieselben Fragen betrafen wie im UN-Kaufrecht.<sup>114</sup> Im Übrigen spricht die mangelnde Regelung einzelner Fragen für die Erforderlichkeit eines (nur) ergänzenden Rechtsaktes, der eben diese Lücken schließt, kann aber kaum die flächendeckende Neuregelung sonstiger Bereiche rechtfertigen.<sup>115</sup>

Keinerlei Regelungen enthält das UN-Kaufrecht zu Informationspflichten, die den Besonderheiten der digitalen Vertragsanbahnung Rechnung tragen und Risiken speziell von „online“-Käufen abfedern sollen. Hier bleibt folglich ein erheblicher Spielraum für unionsrechtliche Regelungen, ohne dass Kollisionen mit dem CISG drohen.<sup>116</sup> (Allerdings nimmt die umrissene Initiative diesen Bereich überraschenderweise gar nicht in den Blick.)

111 Vgl. zur Rücknahme von Vorbehalten unter privatrechtsvereinheitlichenden Übereinkommen im Einzelnen *Schroeter*, *The Withdrawal of Reservations under Uniform Private Law Conventions*, *Unif. L. Rev.* 2015, 1 ff.

112 Notifikation des UN-Generalsekretärs C.N.278.2015.TREATIES-X.10 vom 6. 7. 2015.

113 Europäische Kommission, Mitteilung vom 11. 7. 2001 (Fn. 80), Rn. 19f.; Kommissionsvorschlag CESL (Fn. 11), S. 6; Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzübergreifender Geschäfte im Binnenmarkt“ vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 636 endg., S. 5.

114 Zum CESL *Droese* (Fn. 73), S. 52; *Hellwege* (Fn. 91), S. 223; *Magnus*, in: FS Lando (Fn. 91), S. 238.

115 *Magnus*, UN-Kaufrecht – Konsolidierung und Ausbau nach innen und gleichzeitig Erodierung von außen? – Aktuelles zum CISG, *ZEuP* 2015, 159, 178.

116 Eine Ausnahme ist die auf Art. 8 Abs. 2 Verbraucherrechte-Richtlinie zurückgehende und für Verbraucherverträge in § 312j Abs. 3, Abs. 4 BGB vorgeschriebene sog. „Button-Lösung“, die mit Art. 11 CISG inkompatibel sein dürfte; vgl. dazu *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Fn. 101), Vor Artt. 14–24 Rn. 25.

## d) Anwendbarkeit auf und Geeignetheit für digitale Inhalte

Als für den digitalen Binnenmarkt nur eingeschränkt brauchbar dürfte sich das UN-Kaufrecht allerdings wohl dort darstellen, wo es nicht um den Online-Verkauf von „Sachgütern“, sondern um den Vertrieb „digitaler Inhalte“ geht. Zwar wird Software (jedenfalls Standard-Software<sup>117</sup>) in Rechtsprechung und Schrifttum ganz überwiegend als „Ware“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 CISG eingeordnet,<sup>118</sup> und zahlreiche Stimmen betonen zu Recht, dass dies auch für die Online-„Lieferung“ von Software mittels Download gelten muss,<sup>119</sup> weil der technische Überlassungsvorgang für die Einordnung als „Ware“ nicht ausschlaggebend sein sollte.<sup>120</sup> Es ist aber weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit dieselben Überlegungen auch auf Videospiele, Apps und sonstige digitale Inhalte übertragbar sind.<sup>121</sup> Letztlich entscheidend dürfte hier ohnehin weniger die Interpretation des Art. 1 Abs. 1 CISG als vielmehr die Erkenntnis sein, dass die Sachnormen des CISG auf körperliche Güter zugeschnitten sind<sup>122</sup> und daher keine Lösung für spezifische Problemlagen gerade von Verträgen über digitale Inhalte bieten. Das UN-Kaufrecht stellt sich insoweit folglich als Regelwerk dar, dessen Anwendung zwar nicht ausgeschlossen ist, das aber der Erarbeitung neuer Spezialregelungen nicht im Wege stehen sollte.

117 Vgl. dazu *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 85.

118 Österr. OGH, 21. 6. 2005 – 5Ob45/05m, IHR 2005, 195, 196 m. Anm. *Piltz*; RB Arnheim, 28. 6. 2006 – 82879/HA ZA 02-105, CISG-online 1265; LG München I, 8. 2. 1995 – 8 HKO 24667/93, CISG-online 203; *Bamberger/Roth/Saenger*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 1 CISG Rn. 7; *Diedrich*, Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge, RIW 1993, 441, 451 f.; *Endler/Daub*, Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, CR 1993, 601, 605; *Green/Saidov*, Software as Goods, J. Bus. L. 2007, 166; *Kilian* (Fn. 93), Rn. 183; *MünchKommBGB/H.P. Westermann* (Fn. 105), Art. 1 CISG Rn. 6; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 6. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 38; *Schmitt*, Intangible Goods in Online-Kaufverträgen und der Anwendungsbereich des CISG, CR 2001, 145, 150; *Schmitz*, MMR 2000, 256, 258; *Sono*, in FS Kritzer, 2008, S. 512, 517 f.; *Staudinger/Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 2013, Art. 1 Rn. 44.

119 *Bamberger/Roth/Saenger* (Fn. 118), Art. 1 CISG Rn. 7; *Diedrich*, RIW 1993, 441, 451 f.; *Green/Saidov*, J. Bus. L. 2007, 166; *MünchKomm-BGB/H.P. Westermann* (Fn. 105), Art. 1 CISG Rn. 6; *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 86; *Schmitt*, (Fn. 118), S. 150; *Staudinger/Magnus* (Fn. 118), Art. 1 Rn. 44; *Wulf* (Fn. 100), S. 42 ff. A. A. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari* (Fn. 118), Art. 1 Rn. 38; *Sono* (Fn. 118), S. 521.

120 *Bamberger/Roth/Saenger* (Fn. 118), Art. 1 CISG Rn. 7; *Endler/Daub* (Fn. 118), S. 605.

121 Eine Anwendbarkeit des CISG befürwortend etwa *Schmitt* (Fn. 118), S. 150; *Wulf* (Fn. 100), S. 54.

122 *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 86.

#### 4. Sicherung der einheitlichen Auslegung als Aufgabenstellung

Ein mutmaßlicher Nachteil, den das UN-Kaufrecht im Vergleich zur unionsrechtlichen Harmonisierung aufweist, ist das Fehlen eines Gerichts, dem die Sicherung der einheitlichen Rechtsauslegung übertragen ist. Dieser angebliche Schwachpunkt, der im Schrifttum seit jeher bemängelt worden ist,<sup>123</sup> taucht als Monitum in nahezu jedem Regelungsvorschlag der EU-Organe auf, der die Harmonisierung kaufrechtlicher Gegenstände betrifft:<sup>124</sup> Das UN-Kaufrecht sehe „keinen Mechanismus vor, der die einheitliche Anwendung des Übereinkommens sicherstellen könnte. Im UN-System gibt es keine verbindliche Rechtsprechungsinstanz wie den Gerichtshof der Europäischen Union, so dass die einzelstaatlichen Gerichte das Übereinkommen unterschiedlich auslegen können.“<sup>125</sup>

Nun sieht das UN-Kaufrecht sehr wohl einen Mechanismus vor, der die einheitliche Anwendung des Übereinkommens sicherstellen kann, nur eben einen anderen als die Konzentration der Auslegungszuständigkeit bei einem zentralen Spruchkörper: Art. 7 Abs. 1 CISG setzt durch seine Auslegungsziele der Berücksichtigung des internationalen Charakters des Übereinkommens und der Förderung seiner einheitlichen Anwendung auf eine dezentrale Kooperation der vertragsstaatlichen Gerichte, die mittels der Beachtung ausländischer Judikatur zum UN-Kaufrecht zu dessen einheitlicher Interpretation führen soll.<sup>126</sup> Und manches spricht dafür, dass dieser Ansatz jedenfalls für den Bereich des Vertragsrechts der geeigneteren Mechanismus ist: So wird verbreitet die einschlägige Fachkompetenz der Richter am EuGH angezweifelt<sup>127</sup> und mit guten Gründen prognostiziert, dass dem Gerichtshof durch eine Auslegungszuständigkeit für ein EU-Vertragsrecht unweigerlich die

123 Vgl. etwa *Basedow*, Europäisches Privatrecht: Das UN-Kaufrecht vor dem EuGH, *EuZW* 1992, 489; *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 7; *Rösler*, Die Entgrenzung des Nationalprivatrechts, *EuLF* 2003, 207, 212; zum optionalen Instrument zum EU-Vertragsrecht *Lehmann* (Fn.28), S. 226.

124 Europäische Kommission, Grünbuch „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“ vom 1. 7. 2010, KOM(2010) 348 endg., S. 4; Europäische Kommission, Kommissionsvorschlag CESL (Fn. 11), S. 6; Europäische Kommission, Mitteilung zum CESL (Fn. 113), S. 6.

125 Europäische Kommission, Mitteilung KOM(2011) 636 endg. zum CESL (Fn. 113), S. 6.

126 Vgl. im Einzelnen *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari* (Fn. 118), Art. 7 Rn. 15 ff.; *Staudinger/Magnus* (Fn. 118), Art. 7 Rn. 20 ff.

127 *U. Huber* (Fn. 93), S. 505; *Schmid*, Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, *JZ* 2001, 674, 678 f.; *Streinz/Leible*, Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaft – Reflexionen über Reflexionspapiere, *EWS* 2001, 1, 5 f.

Überforderung drohe.<sup>128</sup> Vor allem wird aber vielfach übersehen, was eine (nach der EuGH-Rechtsprechung verpflichtend zu nutzende<sup>129</sup>) Vorabentscheidungskompetenz für kaufrechtliche Vorschriften für die konkret betroffenen Vertragsparteien bedeuten würde: Angesichts der schon jetzt erheblichen Dauer von Vorlageverfahren dürften gut beratene Beklagte versucht sein, durch das Vorbringen von (in der Sache auch nicht fern liegenden<sup>130</sup>) Auslegungszweifeln ein Vorabentscheidungsersuchen zu initiieren, um auf diese Weise den Zeitpunkt ihrer Verurteilung hinauszuschieben. Dass ein solcher „Luxemburg-Torpedo“<sup>131</sup> unter dem UN-Kaufrecht hingegen nicht droht, dürfte daher einen beträchtlichen Praxisvorteil seines kooperativen Interpretationsregimes darstellen.<sup>132</sup>

### 5. Vervollständigung der territorialen Geltung des CISG in der EU

Schließlich mag man auf den Umstand verweisen, dass das UN-Kaufrecht bislang nicht in der gesamten EU gilt, weil vier der augenblicklichen EU-Mitgliedstaaten das Übereinkommen nicht ratifiziert haben.<sup>133</sup> Die passende Remedur liegt insoweit jedoch nicht in der Schaffung eines neuen EU-Rechtsakts mit Geltung für die ganze Union, sondern in einem Hinwirken der EU-Kommission und ggfs. weiterer Unionsorgane auf die noch ausstehende Ratifikation des UN-Kaufrechts durch Irland, Malta, Portugal und das Vereinigte Königreich.<sup>134</sup> Der Rat hat dies in der Vergangenheit bereits

128 *Hellwege* (Fn 91), S. 224; *Herresthal*, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, *EuZW* 2011, 7, 12; *Lehmann* (Fn. 28), S. 226; *Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, *JB* 2012, 2, 20; auch *Maultzsch*, Rechtsprechungsvereinheitlichung im Europäischen Privatrecht: Herausforderungen und Lösungsansätze, *ZfPW* 2015, 282, 290f.

129 EuGH, 6. 10. 1982 – 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415 Rn. 6ff.; EuGH, 12. 2. 2008 – C-2/06, *Kempton*, ECLI:EU:C:2008:78, Slg. 2008, I-411 Rn. 41: „unmittelbare Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten durch ein Verfahren [...], das der Parteiherrschaft entzogen ist.“

130 Vgl. zum CESL-Entwurf *Mansel*, Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Teil II, 1309, 1321, der „eine Vielzahl von Vorlagefragen“ an den EuGH erwartete.

131 *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 99.

132 So auch *Droese* (Fn. 73), S. 57, 59.

133 So bei Vorbereitung des CESL Kommissionsvorschlag (Fn. 11), S. 6; Europäische Kommission, Mitteilung KOM(2011) 636 endg. zum CESL (Fn. 113), S. 6.

134 Dies wurde schon in der Vergangenheit gefordert von *Basedow*, The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 *C.M.L. Rev.* 687, 702 (2000); *Magnus*, Europäisches Vertragsrecht und materielles Einheitsrecht – künftige Symbiose oder störende Konkurrenz?, in: *FS Jayme*, 2004, S. 1307, 1320; *Remien*, Vertragsrecht im europäischen Rechtsraum, Eine Stellungnahme zur „Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament“ vom

versucht,<sup>135</sup> ohne dass sein Appell jedoch Erfolg gehabt hätte. Eine so erreichte Vervollständigung der territorialen Geltung des CISG wäre erheblich weniger aufwändig als die Einführung neuen Einheitsrechts auch in den Staaten der EU, in denen das UN-Kaufrecht bereits Rechtseinheitlichkeit schafft, und verdient daher als milderes Mittel jedenfalls den Vorzug.

#### IV. Fazit

Die angekündigte und auf eine Dauer von mehreren Jahren angelegte Initiative der EU-Kommission zur Vertragsrechtsharmonisierung für den „digitalen Binnenmarkt“ bietet Chancen, beinhaltet aber auch Risiken. Während im Bereich der Verbraucherverträge insbesondere die Akzeptanz der angestrebten Vollharmonisierung<sup>136</sup> Probleme aufwirft, muss im Bereich der Unternehmerverträge das Verhältnis zum UN-Kaufrecht<sup>137</sup> sorgfältiger beachtet werden als bislang. Da das CISG bereits in 24 der 28 EU-Staaten gilt und seine Regelungen sachlich auch für den E-Commerce tauglich sind,<sup>138</sup> ist eine parallele Rechtsharmonisierung auf EU-Ebene nämlich nicht erforderlich, weil das UN-Kaufrecht sowohl für den EU-Binnenmarkt als auch darüber hinaus schon Rechtseinheitlichkeit schafft.<sup>139</sup> Das Ziel einer harmonischen Koexistenz zwischen globalem und regionalem Einheitsrecht<sup>140</sup> spricht somit dafür, sich im Rahmen der EU primär um die Ratifikation des CISG durch weitere EU-Staaten<sup>141</sup> sowie die Harmonisierung solcher Rechtsmaterien zu bemühen, die jenseits des UN-Kaufrechts liegen. Innerhalb seines Regelungsbereiches verdrängt das Übereinkommen paralleles mitgliedstaatliches Recht schließlich ohnehin,<sup>142</sup> so dass dessen Harmonisierung schon deshalb nur begrenzten Effekt hätte.

---

11. 7. 2001, KOM(2001) 398 endg., in: FS Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 219, 225.

135 Rat der Europäischen Union, Bericht über die Notwendigkeit einer Angleichung der zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten vom 16. 11. 2001, Ziff. 8; zustimmend Europäische Kommission, Aktionsplan KOM(2003) 68 endg. (Fn. 80) Anh., Ziff. II 1).

136 Siehe oben II. 2. b).

137 Siehe oben III.

138 Siehe oben III. 3.

139 So auch *Bonell*, Do we need specifically European optional instruments for international business transactions?, in: Kleineman, A common frame of reference for European contract law, 2011, S. 37, 38; ebenso wohl *Riesenhuber*, Von der Vertrauensschutzordnung zur Wettbewerbsordnung – Für Abschaffung des Günstigkeitsprinzips im kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz, in: FS Martiny, 2014, S. 531 f.

140 *Schroeter* (Fn. 65), § 11 Rn. 3.

141 Siehe oben III. 5.

142 *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 72), Rn. 24, 112 f.