

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 79

Europäische Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Grundsätze und Lehren aus dem gescheiterten GEKR

Von

Fabian Bonke



Duncker & Humblot · Berlin

FABIAN BONKE

Europäische Klauselkontrolle
im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

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

Band 79

Europäische Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Grundsätze und Lehren aus dem gescheiterten GEKR

Von

Fabian Bonke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-15943-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55943-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 30. Oktober 2019 statt. Rechtsprechung und Schrifttum wurden zum Stand Dezember 2019 aktualisiert.

Mein herzlicher Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Univ.-Professorin Dr. Annemarie Matusche-Beckmann, für die Betreuung der Arbeit und für die Ermunterung, diese auch nach der Rücknahme des Verordnungsvorschlags über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht zu Ende zu führen. Bedanken möchte ich mich ferner bei Herrn Univ.-Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Rübmann für sein Interesse an der Arbeit und die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Schließlich möchte ich meiner Familie, insbesondere meinen Eltern sowie Katharina und Rainer, meinen herzlichsten Dank für ihre Unterstützung aussprechen.

Wiesbaden, im Dezember 2019

Fabian Bonke

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	21
A. Hinführung zum Thema	21
B. Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR)	21
I. Was ist das GEKR?	21
II. Entstehungsgeschichte des GEKR	23
1. EU-Vertragsrechtsharmonisierung durch Richtlinien für spezifische Vertragsschlussituationen und Vertragstypen	23
2. Vision eines kohärenten EU-Vertragsrechts bei rechtsvergleichenden Wissenschaftsinitiativen und allmähliche Anerkennung durch die EU-Institutionen	24
3. Kommissionsmitteilung „zum Europäischen Vertragsrecht“ (2001)	26
4. Aktionsplan der EU-Kommission „Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht“ (2003)	27
5. Inspiration zur Gründung der Acquis Group (2002)	28
6. Zusammenführung akademischer und politischer Aktivitäten (2002–2004)	28
7. Erarbeitung des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) (2005–2009)	29
8. Umgang der EU-Institutionen mit dem DCFR	31
9. Von den Feasibility Studies zum GEKR (2010–2011)	33
III. Rezeption und Gesetzgebungsverfahren des GEKR	34
IV. Rücknahme des GEKR durch die EU-Kommission und Vorstellung neuer vertragsrechtlicher Richtlinien zur Gestaltung des digitalen Binnenmarkts	37
1. Vorstellung der Vorschläge Digitale-Inhalte-RL und Onlinehandel-RL	37
2. Vorschlag Digitale-Inhalte-RL	39
3. Änderung des Vorschlags Onlinehandel-RL in den Vorschlag Warenhandel-RL	40
4. Verabschiedung der Digitale-Inhalte-RL und der Warenkauf-RL	42

C. Relevanz der im GEKR vorgesehenen Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	42
I. Relevanz für die europäische Rechtsentwicklung einer Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	43
1. Ermöglichung einer rechtsvergleichenden Analyse des Schutzzwecks der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	43
a) Anhaltspunkte für vermutete rechtsvergleichende Divergenz bei Schutzzwecken	43
aa) Keine flächendeckende Harmonisierung	43
bb) Unterschiedliche Rechtslage in den EU-Mitgliedstaaten	45
b) Bedeutung der rechtsvergleichenden Analyse	46
c) Eignung des GEKR für die rechtsvergleichende Analyse der Schutzzwecke	47
2. Prüfung der Geeignetheit der GEKR-Normen als Grundlage für eine etwaige erneute europäische Regelungsinitiative auf dem Gebiet der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	48
II. Relevanz für die deutsche Rechtsentwicklung einer Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	49
1. Diskussion um eine Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	49
2. GEKR-Generalklausel für die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr als Reformvorbild	51
3. Geeignetheit des Kriteriums der guten Handelspraxis	51
D. Gang der Untersuchung	52

2. Teil

Grundlagen für die Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	53
A. Einleitung	53
B. Vertragsgestaltungsfreiheit und zwingendes Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	54
I. Prinzip des EU-Vertragsrechts: Effektivierung der Vertragsabschlussfreiheit durch die Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit	54
II. Verankerung des Prinzips der Effektivierung der Vertragsabschlussfreiheit durch die Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit im GEKR zur Verbesserung des Binnenmarktzugangs von KMU	55
1. Effektivierung der Vertragsabschlussfreiheit	55
2. Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit	57
a) Ziel: Schutz von KMU zur Förderung des Binnenmarktzugangs	57
b) Umsetzung im GEKR	58

III. Zwischenergebnis	60
C. Schutzzwecke der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	61
I. Schwächerenschutz (insbesondere Schutz von KMU)	62
1. Kompensation ungleicher Verhandlungsmacht durch die Klauselkontrolle im EU-Verbrauchervertragsrecht	62
2. Kommission und Expertengruppe: zentraler Schutzzweck der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	64
3. Höhepunkt eines besonderen KMU-Schutzes im EU-Vertragsrecht	65
4. Zwischenergebnis und Bewertung	68
II. Schutz vor einseitiger Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit	69
1. Anerkannter Schutzzweck in der BGH-Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle im deutschen Recht	69
2. Stellenwert des Schutzzwecks in der Klausel-RL	71
3. Berücksichtigung des Schutzzwecks in den Acquis Principles	73
4. Berücksichtigung des Schutzzwecks im DCFR	74
5. Zwischenergebnis und Bewertung	75
III. Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb	77
1. Stellen vorformulierter Klauseln als Ursache einer Informationsasymmetrie	77
2. Informationsasymmetrien als Ursache für ein Marktversagen beim Klauselwettbewerb	78
3. Stellenwert im Europäischen Vertragsrecht	80
4. Anerkennung des Schutzzwecks im Vereinigten Königreich	81
5. Zwischenergebnis	83
IV. Zwischenergebnis und Bewertung	83
1. Aufeinandertreffen divergierender Schutzzwecke	83
2. Auswirkungen auf das GEKR und Lehren für die europäische Rechtsentwicklung	85
D. Vertragsgestaltungsfreiheit und Klauselkontrolle als Faktoren bei der Wahl des GEKR	86
I. Allgemeine Entscheidungskriterien bei der Rechtswahlentscheidung	87
II. Besonderheiten des vertikalen GEKR bei der Rechtswahlentscheidung	89
III. Parameter zur Transaktionskostensenkung bei der Wahl des GEKR	90
IV. Vertragsfreiheit und Fairnesskontrolle als Entscheidungskriterien bei der Wahl des GEKR	92
V. Ausgestaltung der Klauselkontrolle als Entscheidungskriterium bei der Wahl des GEKR	94
VI. Zwischenergebnis und Bewertung	96
E. Zwischenergebnisse und zusammenfassende Bewertung	97

3. Teil

Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR		99
A. Einleitung		99
B. Persönlicher Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR		100
I. Abgrenzung anhand von Unternehmens- und Verbraucherbegriff		100
1. Verbindliche Grenzziehung zwischen Unternehmens- und Verbraucherbegriff als Novum im EU-Vertragsrecht		100
2. Vorgeschlagene Behandlung von Grenzfällen im Lichte der Kontrollschutzzwecke		101
a) Verträge mit gemischter Zielrichtung		101
aa) Behandlung im GEKR		101
bb) Bewertung im Lichte der Schutzzwecke		102
(1) Schwächerenschutz		102
(2) Einseitige Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit		103
(3) Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb		104
b) Branchenfremde Nebengeschäfte		105
aa) Vorgeschlagene Regelung		105
bb) Bewertung im Lichte der Schutzzwecke		106
c) Differenzierung zwischen Unternehmen nach Schutzbedürftigkeit		106
aa) Vorgeschlagene Regelungen		106
(1) Schutzregeln für KMU		106
(2) Schutzregeln für Existenzgründungen		107
bb) Bewertung anhand der Schutzzwecke		109
(1) Schwächerenschutz		109
(2) Schutz vor einseitiger Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit		111
(3) Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb		111
II. Zwischenergebnis und Bewertung		112
C. Sachlicher Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR		113
I. Hintergrund: Entwicklung des sachlichen Anwendungsbereichs angesichts unterschiedlicher Rechtstraditionen		113
1. Unterschiedliche Rechtstraditionen zum sachlichen Anwendungsbereich		113
2. Einfluss der unterschiedlichen Rechtstraditionen auf das GEKR		114
II. Kontrollgegenstand: nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung (Art. 7 GEKR-E)		115
1. Bedeutung		115

2. Voraussetzungen	116
a) Vertragsbestimmung	116
b) Stellen durch eine Partei	116
c) Fehlende Inhaltsbeeinflussungsmöglichkeit	118
aa) Bestimmung der Ursache der fehlenden Inhaltsbeeinflussungsmöglichkeit	118
bb) Bestimmung der fehlenden Inhaltsbeeinflussungsmöglichkeit	121
(1) Grammatikalische und systematische Auslegung	121
(2) Teleologische Auslegung	122
(3) Auslegung anhand des DCFR als Rechtserkenntnisquelle	123
(4) Vergleich der fehlenden Beeinflussungsmöglichkeit zum „Aus-handeln“ nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB	123
(5) Behandlung von sog. Paketlösungen im GEKR und BGB	125
d) Keine Mehrfachverwendungsabsicht vorausgesetzt	127
aa) Verhältnis zu Standardvertragsbestimmungen (Art. 2 lit. d) GEKR-VO)	127
bb) Begriff der Standardvertragsbestimmungen	128
III. Bewertung des vorgesehenen Kontrollgegenstands anhand der Schutzzwecke	131
1. Befreiung der Individualvereinbarungen von der Klauselkontrolle	131
2. Unbeachtlichkeit der Mehrfachverwendungsabsicht	133
IV. Zwischenergebnis	134
D. Zwischenergebnis und Bewertung	136

4. Teil

Einbeziehung nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR 139

A. Einleitung	139
B. Einbeziehungskontrolle (Art. 70 GEKR-E)	141
I. Regelungsvorschlag und -vorbilder	141
II. Einbeziehungskontrolle oder relative Unwirksamkeit	142
III. Anforderungen an die Hinweisobliegenheit	143
1. Kenntnis	143
2. Angemessene Schritte, um die andere Partei auf Bestimmungen aufmerksam zu machen	144
a) Bestimmung der „angemessenen Schritte“	144
b) Keine generelle Übermittlungsobliegenheit	145
c) Übermittlungsobliegenheit im Einzelfall	146

3. Berücksichtigung der Ungewöhnlichkeit nicht individuell ausgehandelter Vertragsbestimmungen	147
IV. Vergleich zur Einbeziehungskontrolle im deutschen AGB-Recht	149
V. Bewertung der Obliegenheiten für eine Einbeziehung anhand der Schutzzwecke der Klauselkontrolle	151
1. Übermittlungsobliegenheit	151
a) Schutz des Verwendungsgegners	151
b) Rechtslage im UN-Kaufrecht und Übertragbarkeit auf das GEKR	151
c) Bewertung	153
2. Hinweisobliegenheit	153
a) Rechtfertigung einer zwingenden Spezialregelung	153
b) Interessengerechte Lösung angesichts der Schutzzwecke?	155
aa) Schutzbedürftigkeit des unternehmerischen Verwendungsgegners	155
bb) Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb	155
VI. Sonderfall: Einbeziehung mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens 156	
1. Anerkennung der Rechtsfigur im deutschen Recht	157
2. Grundsatz: keine Einbeziehung durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben	157
3. Flexible Zuweisung normativer Wirkung anhand von Gebräuchen und Gewohnheiten	159
VII. Zwischenergebnis und Bewertung	160
C. Einbeziehung sich widersprechender Standardvertragsbestimmungen (Art. 39 GEKR-E)	162
I. Problemstellung	162
II. Regelungsvorschlag und -vorbilder	163
III. Einigung trotz sich widersprechender Standardvertragsbestimmungen	164
IV. Vertragsinhalt	166
1. <i>Knock-out-</i> statt <i>last shot</i> -Ansatz	166
2. Inhaltliche Deckungsgleichheit	167
a) Grundprinzip	167
b) Einseitig geregelte Standardvertragsbestimmungen	167
3. Rechtsfolge für inhaltlich (nicht) deckungsgleiche Vertragsbestimmungen	169
V. Sonderproblem: kollidierende Standardvertragsbestimmungen bei der GEKR-Wahl	170
1. Kollisionsrechtliche Behandlung	170
2. Trennung des <i>battle of forms</i> bei Kollisions- und Binnenrechtswahl	171
3. GEKR-Vorschaltlösung für eine rein kollisionsrechtliche Regelung des <i>battle of forms</i>	172
4. <i>Battle of forms</i> im Rahmen der Binnenrechtswahl	173
VI. Zwischenergebnis und Bewertung	175

D. Zwischenergebnis und Bewertung	176
---	-----

5. Teil

Transparenzkontrolle nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR 178

A. Einleitung	178
B. Transparenzgebot	179
I. Hintergrund: allgemeine Bedeutung des Transparenzgebots in der Klauselkontrolle	179
II. Transparenzgebot im Vergleich zu Regelungsvorbildern	181
III. Herleitung des Transparenzgebots im GEKR	182
IV. Abgeschwächter Maßstab gegenüber Verbraucherverträgen	183
C. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Transparenzgebot	184
I. <i>Contra proferentem</i> -Auslegung (Art. 65 GEKR-E)	184
1. Regelungsvorschlag und -vorbilder	184
2. Bedeutung der Regel für die Klauselkontrolle	186
3. Anwendungsbereich	187
4. Voraussetzung: Zweifel an der Bedeutung	189
5. Rechtsfolge: Vorrang einer Auslegung zu Lasten des Verwenders	191
II. Unfairness (Art. 79 ff. GEKR-E)	192
D. Zwischenergebnis und Bewertung	194

6. Teil

Inhaltskontrolle nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR 196

A. Einleitung	196
B. Ausnahmen von der Inhaltskontrolle	198
I. Deklaratorische Vertragsbestimmungen (Art. 80 Abs. 1 GEKR-E)	198
1. Grundregel	198
2. Kontrollfreiheit nicht vereinheitlichter Regelungsbereiche (externe Lücken)	199
3. Zwischenergebnis und Bewertung	200
II. Hauptgegenstand und Äquivalenzverhältnis (Art. 80 Abs. 3 GEKR-E)	200
1. Regelungsvorschlag	200
a) Ausklammerung des Hauptgegenstands	200
b) Ausklammerung der Preisangemessenheit	203

2. Würdigung anhand der Schutzzwecke der Klauselkontrolle	205
a) Schwächerenschutz	205
b) Schutz vor einseitiger Wahrnehmung der Gestaltungsmacht	207
c) Vertragsschlussentscheidung und Konditionenmarkt	207
aa) Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenbestimmungen	208
bb) Abgrenzung anhand des dispositiven Rechts	209
cc) Ausrichtung an der marktorientierten Auswahlentscheidung	210
3. Unverzichtbarkeit des Transparenzgebots	211
4. Zwischenergebnis und Bewertung	213
C. Regelungsvorschlag und -vorbilder der Generalklausel (Art. 86 GEKR-E)	215
I. ACQP unter Bezugnahme auf die Erste Zahlungsverzugs-RL	215
II. DCFR und Zweite Zahlungsverzugs-RL	219
III. Expertengruppe und Feasibility Study 5/2011	221
IV. Regelungsvorschlag	223
V. Zwischenergebnis und Bewertung	224
D. Regelungsstruktur der Generalklausel (Art. 86 GEKR-E)	225
I. Meinungsstreit zu Art. 86 GEKR-E	225
1. Leitkriterium: Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs	225
2. Leitkriterium: Ungleichgewichtslage mit Korrektur durch die Handelspraxis	227
3. Leitkriterium: Gröbliche Abweichung von der guten Handelspraxis	229
II. Meinungsstreit im Rahmen der deutschen Reformdiskussion	230
1. Annahme von Treu und Glauben als Leitkriterium: Wider eine Reform	230
2. Handelspraxis bzw. unternehmerische Praxis: Hoffnungsträger einer Flexibilisierung	231
a) Handelspraxis bzw. unternehmerische Praxis in den Reformvorschlägen einer Flexibilisierung der deutschen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	231
b) Erhoffte Ansatzpunkte einer Flexibilisierung	233
III. Zwischenergebnis	235
E. Leitbildfunktion der guten Handelspraxis in Art. 86 Abs. 1 GEKR-E	237
I. Hintergrund: Leitbildfunktion des dispositiven Rechts	237
1. Anerkennung im EU-Vertragsrecht	237
a) Anerkennung der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts in der Klausel-RL	237
b) Anerkennung der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts in der b2c-Klauselkontrolle des GEKR	239
c) Zwischenergebnis und Bewertung	240

2. Legitimation des dispositiven Rechts als Leitbild	241
a) Entwicklung des dispositiven Rechts zum Leitbild in der Klauselkontrolle	242
aa) Ursprünge in der Willensauslegung und Beginn der Verobjektivierung	242
bb) Anerkennung des Leitbildgedankens durch den BGH und den Gesetzgeber	242
b) Gemeinwohl als maßgebliche Rechtfertigung der Leitbildfunktion	244
aa) Hypothetischer Parteiwille	245
bb) Gerechtigkeit	247
(1) Kernanliegen im deutschen AGB-Recht	247
(2) Anerkennung im Rahmen der Klauselkontrolle des EU-Vertragsrechts	247
(3) Gerechtigkeit im Sinne der Ausgleichsgerechtigkeit	248
3. Zwischenergebnis	250
II. Legitimation des Leitbilds der guten Handelspraxis in der Klauselkontrolle ...	251
1. Legitimationsbedürftigkeit	251
2. Legitimation auf Grundlage eines kombinatorischen Legitimationsmodells	252
3. Legitimation durch Akzeptanz	252
a) Akzeptanz statt individueller Zustimmung	252
b) Erforderliche Form der Akzeptanz	253
aa) Nicht erforderlich: Rechtsgeltungswille (<i>opinio iuris</i>) oder Akzeptanz als soziale Norm	253
(1) Rechtsgeltungswille (<i>opinio iuris</i>)	253
(2) Akzeptanz als soziale Norm	254
bb) Erforderlich: Maßgeblichkeitsüberzeugung i.S.e. Verkehrserwartung	255
cc) Objektive Anforderungen an die gute Handelspraxis für die Maßgeblichkeitsüberzeugung	257
c) Freiwilligkeit übungsconformen Verhaltens	258
d) Zwischenergebnis	260
4. Legitimation durch Gemeinwohl	261
a) Keine hinreichende Gemeinwohlgewähr durch Handelspraxis an sich ...	261
b) Ansätze zur Gemeinwohlsicherung	262
aa) Gemeinwohlsicherung durch Berücksichtigung von unter Beteiligung von Verkehrskreisen entstandenen Modellklauseln bei der Entwicklung der Handelspraxis	262
bb) Gemeinwohlsicherung durch Kontrolle der Handelspraxis anhand wirtschaftlicher Effizienz	264
cc) Gemeinwohlsicherung durch Kontrolle der Handelspraxis anhand gesetzlicher Wertungen	265
c) Zwischenergebnis	266
5. Zwischenergebnis	267

III. Leitbildfunktion der guten Handelspraxis im Lichte der Schutzzwecke der Klauselkontrolle und des Binnenmarktziels	268
1. Schutzzwecke der Klauselkontrolle und Gemeinwohl	268
2. Leitbildfunktion und Schutzzwecke der Klauselkontrolle	269
a) Schutzzwecke der Klauselkontrolle und gemeinwohlsichernde Ansätze	269
aa) Schwächerenschutz	269
bb) Schutz vor einseitiger Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsmacht	271
(1) Nichtwahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit und dispositives Recht	271
(2) Einseitige Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit und Rücksichtnahme auf „Gewohnheiten und Gebräuche“ (§ 310 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB)	272
(3) Einseitige Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit und Leitbild der guten Handelspraxis	273
cc) Kompensation eines Marktversagens beim Klauselwettbewerb	274
(1) Leitbild des dispositiven Rechts und Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb	274
(2) Leitbild der guten Handelspraxis und Kompensation des Marktversagens beim Klauselwettbewerb	276
b) Zusammenspiel der Schutzzwecke der Klauselkontrolle und der gemeinwohlsichernden Ansätze zur Bestimmung der guten Handelspraxis	277
aa) Indizwirkung der wirtschaftlichen Effizienz	277
bb) Indizwirkung von unter Beteiligung von Verkehrskreisen entstandenen Modellklauseln	278
(1) Privilegierung von vollständigen Modellklauselwerken	278
(2) Privilegierung einzelner Modellklauseln	280
cc) Prüfung der Handelspraxis anhand gesetzlicher Wertungen	282
(1) Vergleich zur normativen Prüfung des Handelsbrauchs in § 346 HGB	282
(2) Normative Prüfung der Handelspraxis im Rahmen von Art. 86 GEKR-E	283
c) Zwischenergebnis und Bewertung	285
3. Leitbildfunktion der guten Handelspraxis und Binnenmarktziel	287
a) Rechtsvereinheitlichung	288
aa) Rechtsvereinheitlichung durch Vereinheitlichung des dispositiven Rechts oder der Handelspraxis	288
(1) Rechtsvereinheitlichung durch Vereinheitlichung des dispositiven Rechts	288
(2) Rechtsvereinheitlichung durch Vereinheitlichung der Handelspraxis	288
bb) Bestimmung einer einheitlichen „guten“ Handelspraxis	290
b) Rechtssicherheit und Flexibilität der Klauselkontrolle	291

- c) Zwischenergebnis 293
 - IV. Gröbliche Abweichung von der guten Handelspraxis 295
 - 1. Bestimmung der „gröblichen Abweichung“ 295
 - 2. Darlegungs- und Beweislastverteilung 296
 - 3. Wirkung auf die Schutzzwecke der Klauselkontrolle 297
 - 4. Wirkung auf den Binnenmarkt 298
 - V. Zwischenergebnis 299
- F. Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs 301
 - I. Hintergrund: Stellenwert und Ansätze zur Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen der Klausel-RL 303
 - 1. Stellenwert neben dem unerheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis 303
 - 2. Ansätze zur Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben 304
 - a) Konkretisierung anhand der individuellen Umstände des Vertragsschlusses 304
 - b) Konkretisierung anhand berechtigter Erwartungen 305
 - c) Konkretisierung anhand der Klauselliste aus dem Anhang der Klausel-RL 307
 - 3. Zwischenergebnis und Bewertung 309
 - II. Definition in Art. 2 lit. b) GEKR-VO 310
 - 1. Nebeneinander von Treu und Glauben und redlichem Geschäftsverkehr ... 310
 - 2. Definitionsmerkmale 311
 - III. Treu und Glauben als kumulatives Kriterium neben der gröblichen Abweichung von der guten Handelspraxis 313
 - 1. Vorliegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben bei einer gröblichen Abweichung von der guten Handelspraxis 313
 - 2. Bei fehlender gröblicher Abweichung: noch Verstoß gegen Treu und Glauben möglich? 315
 - IV. Treu und Glauben als alternatives Kriterium zu der gröblichen Abweichung von der guten Handelspraxis 317
 - 1. Entsprechende gute Handelspraxis nicht feststellbar 317
 - 2. Prüfung allein anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben 317
 - a) Notwendigkeit einer zweistufigen Prüfung 317
 - b) Klausellisten nach Art. 84, 85 GEKR-E 319
 - c) Dispositives Recht 320
 - V. Zwischenergebnis 321
- G. Zu berücksichtigende Kriterien bei der Bestimmung der Unfairness (Artikel 86 Abs. 2 GEKR-E) 324
 - I. Hintergrund: Stellenwert der Kriterien in den Regelungsvorbildern (Klausel-RL, ACQP, DCFR und Feasibility Study) 324
 - 1. Regelungsvorbilder 324
 - 2. Stellenwert der Kriterien in der Klausel-RL 326
 - 3. Stellenwert der Kriterien in ACQP, DCFR und Feasibility Study 328

4. Zwischenergebnis	328
II. Kriterien des Art. 86 GEKR-E im Einzelnen	329
1. Wesen des Vertragsgegenstands (lit. a)	330
a) Inhalt	330
b) Berücksichtigung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Art. 86 GEKR-E	331
2. Umstände des Vertragsschlusses (lit. b))	332
a) Berücksichtigung des Kräfteverhältnisses zur Gewährleistung des Schwächerenschutzes	333
aa) Hintergrund: Berücksichtigung im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL	333
bb) Berücksichtigung im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 GEKR-E	334
b) Berücksichtigung der Entscheidungsfreiheit zum Schutz vor einseitiger Wahrnehmung der Vertragsgestaltungsfreiheit	335
c) Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses mit Blick auf das informationsbedingte Marktversagen	337
d) Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses mit Blick auf das Binnenmarktziel	338
3. Übrige Vertragsbestimmungen (lit. c)) und Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt (lit. d))	339
a) Berücksichtigung der Kompensationswirkung nachteiliger Regelungen ..	339
aa) Rechtliche Kompensation	339
bb) Wirtschaftliche Kompensation	341
b) Berücksichtigung der Kumulationswirkung nachteiliger Effekte verschiedener Regelungen	342
III. Zwischenergebnis	344
H. Zwischenergebnisse und Bewertung	346

7. Teil

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	349
A. Grundlagen von Vertragsgestaltungsfreiheit und Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	349
I. Vertragsgestaltungsfreiheit und zwingendes Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	349
II. Schutzzwecke der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	349
III. Vertragsgestaltungsfreiheit und Klauselkontrolle als Faktor bei der Wahl des GEKR	350

B. Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	351
I. Persönlicher Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	351
II. Sachlicher Anwendungsbereich der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	351
C. Einbeziehung nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	353
I. Einbeziehungskontrolle (Art. 70 GEKR-E)	353
II. Einbeziehung sich widersprechender Standardvertragsbestimmungen (Art. 39 GEKR-E)	354
D. Transparenzkontrolle nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR	354
I. Geltung des Transparenzgebots	354
II. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Transparenzgebot	355
E. Inhaltskontrolle nicht individuell ausgehandelter Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter dem GEKR-E	356
I. Deklaratorische Vertragsbestimmungen (Art. 80 Abs. 1 GEKR-E)	356
II. Hauptgegenstand und Äquivalenzverhältnis (Art. 80 Abs. 3 GEKR-E)	356
III. Regelungsvorbilder der Generalklausel (Art. 86 GEKR-E)	357
IV. Regelungsstruktur der Generalklausel (Art. 86 GEKR-E)	358
V. Leitbildfunktion der guten Handelspraxis in Art. 86 Abs. 1 GEKR-E	358
VI. Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs	360
VII. Zu berücksichtigende Kriterien bei der Bestimmung der Unfairness (Artikel 86 Abs. 2 GEKR-E)	362
VIII. Gesamtschau auf die Inhaltskontrolle	363
Literaturverzeichnis	364
Stichwortverzeichnis	396

1. Teil

Einleitung

A. Hinführung zum Thema

Diese Arbeit untersucht die Kontrolle unfairer Vertragsbestimmungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr entsprechend dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (im Folgenden *GEKR*)¹. Der Verordnungsvorschlag wird nicht in Kraft treten, da die EU-Kommission das GEKR ausgehend von ihrem Jahresprogramm 2015 zugunsten von Richtlinien für den digitalen Binnenmarkt aufgab, welche schließlich im Juni 2019 verabschiedet wurden.² Gleichwohl erscheint eine Untersuchung der hierin vorgeschlagenen Regelungen zur Kontrolle unfairer Vertragsbestimmungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr im Hinblick auf die deutsche und europäische Rechtsentwicklung gewinnbringend.

B. Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR)

I. Was ist das GEKR?

Am 11. Oktober 2011 legte die EU-Kommission das GEKR vor, welches den vorläufigen Höhepunkt der EU-Vertragsrechtsharmonisierung markierte.³ Erstmals veröffentlichte eine EU-Institution einen Entwurf über einen Rechtsakt für ein

¹ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., nicht im ABl. veröffentlicht.

² Zum Entschluss das GEKR aufzugeben: EU-Kommission, Anhang zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Arbeitsprogramm der Kommission für 2015, Ein neuer Start, KOM (2014) 910 endg., Annex 2, Nr. 60. Zu den Richtlinien für den digitalen Binnenmarkt siehe unter B.IV.

³ *Eidenmüller/Faust/Jansen u.a.*, JZ 2012, 269 (269) („Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Vertragsrechts“); *Kötz*, Europ. Vertragsrecht, S. 14 („wichtiger Schritt“); *Schulze/Zoll*, Europ. Vertragsrecht, § 1, Rn. 57 („neue Stufe“).

einheitliches EU-Vertragsrecht für einen der wichtigsten Vertragstypen, den Warenkaufvertrag, sowie für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte.⁴ Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte in Form einer Verordnung erlassen werden, gegliedert in einen einleitenden Regelungsteil mit grundsätzlichen Vorschriften zur Anwendbarkeit und Definitionen (im Folgenden *GEKR-VO*) sowie einem Anhang I mit den Sachregelungen des GEKR (im Folgenden *GEKR-E*).⁵

Die Anwendbarkeit des GEKR hätte von Vertragsparteien grenzüberschreitender Verträge optional vereinbart werden können (Art. 1 Abs. 1, Art. 3, 4 *GEKR-VO*). Die Wahl des GEKR hätte den Parteien für Verbraucherverträge, also für solche Verträge, bei denen der Verkäufer Unternehmer und der Käufer Verbraucher ist (im Folgenden auch *b2c* als Abkürzung für *business-to-consumer*), offen stehen sollen. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr (im Folgenden auch *b2b* als Abkürzung für *business-to-business*) sollte das GEKR gewählt werden können, sofern entweder der Verkäufer oder der Käufer ein „kleines oder mittleres Unternehmen“ (im Folgenden *KMU*) ist (Art. 7 *GEKR-VO*). Bei wirksamer Vereinbarung des GEKR wäre nur dieses „maßgebend“ gewesen für „die darin geregelten Fragen“ (Art. 11 *GEKR*). Die EU-Kommission erhob dabei den Anspruch, dass das GEKR alle Phasen im „Lebenszyklus“ eines Vertrages abdecken und damit die wichtigsten Fragestellungen für grenzüberschreitende Verträge regeln sollte.⁷ Deshalb enthielt das GEKR neben Regelungen zu „Rechten und Verpflichtungen der Parteien und den Abhilfen bei Nichterfüllung“ auch Regelungen, die für das Vertragsrecht im Ganzen maßgebend sind, wie z. B. zu vorvertraglichen Informationspflichten, Vertragsschluss und Vertragsinhalt, Unfairen Vertragsbestimmungen, Rückabwicklung und Verjährung.⁸ Die nicht im GEKR geregelten Sachverhalte sollten durch das kollisionsrechtlich anwendbare, „außerhalb des Gemeinsamen Kaufrechts bestehende [...] innerstaatliche [...] Recht“ geregelt werden.⁹

⁴ Vgl. *Eidenmüller/Faust/Jansen u.a.*, JZ 2012, 269 (269) („Entwurf einer Kodifikation für eine der traditionellen Kernmaterien des Privatrechts“).

⁵ Als Anhang II sieht das GEKR ein Standard-Informationsblatt vor, welches Unternehmer Verbrauchern für eine wirksame Vereinbarung des GEKR zur Verfügung stellen müssen (Art. 9 *GEKR-VO*).

⁶ Für die Definition eines „kleinen oder mittleren Unternehmens“ wird dabei im Erwägungsgrund 21 zum GEKR auf die Empfehlung der EU-Kommission vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, 2003/361/EG, ABl. L 124 vom 20.05.2003, S. 36 verwiesen. Hierunter fallen definitionsgemäß Unternehmen mit bis zu 249 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von maximal 50 Millionen Euro oder einer Jahresbilanzsumme von bis zu 43 Millionen Euro (Art. 2 (1) des Anhangs).

⁷ Begründung zum GEKR, S. 4 sowie Erwägungsgründe 6 und 26 zum GEKR.

⁸ Erwägungsgrund 26 zum GEKR.

⁹ Erwägungsgrund 27 zum GEKR. Hier zeigt sich, dass die EU-Kommission auch das GEKR als „innerstaatliches“ Recht ansah (siehe deutlicher Erwägungsgrund 9 zum GEKR: „Schaffung einer fakultativen zweiten Vertragsrechtsregelung in jedem Mitgliedstaat“). Hintergrund ist, dass die Wahl des GEKR keine kollisionsrechtliche Rechtswahl sondern eine Binnenrechtswahl darstellen sollte (siehe Erwägungsgrund 10 zum GEKR). Eingehend zur sog. Vorschaltlösung und den hieraus folgenden Problemen insbesondere: *Fornasier*, *RabelsZ* 76

II. Entstehungsgeschichte des GEKR

Um das GEKR verstehen und einordnen zu können, ist ein Blick auf dessen Entstehungsgeschichte von Bedeutung, welche zu den Anfängen der Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts durch die Europäische Union bzw. durch ihre Vorgängerinnen, ursprünglich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (im Folgenden *EWG*) und später der Europäischen Gemeinschaft (im Folgenden *EG*) zurückreicht.

1. EU-Vertragsrechtsharmonisierung durch Richtlinien für spezifische Vertragsschlusssituationen und Vertragstypen

Die Vertragsrechtsharmonisierung findet ihren Ursprung in den 1980er Jahren.¹⁰ Seit den 1980er Jahren wertete die EWG unterschiedliche mitgliedstaatliche Vertragsrechte als Hindernisse im Binnenmarkt. Die EWG bzw. später EG verfolgte indes keinen umfassenden Ansatz in Richtung eines kohärenten europäischen Vertragsrechts, sondern beschränkte sich auf punktuelle und sektorspezifische Maßnahmen zur Gestaltung einzelner Politiken der Gemeinschaft.¹¹ So erließ sie seit Mitte der 1980er Jahre eine Reihe von Richtlinien im materiellen Recht, welche punktuell jeweils eng umgrenzte Bereiche des Vertragsrechts behandelten. Einige Richtlinien regelten spezifische Vertragstypen bzw. Vertragsschlusssituationen. Hierunter fallen u. a. die Haustürwiderrufs-RL¹², Handelsvertreter-RL¹³, Fernabsatz-RL¹⁴, Verbrauchsgüterkauf-RL¹⁵, Kreditverträge-RL¹⁶, Pauschalreisen-RL¹⁷, oder

(2012), 401 (418 ff.); *Mankowski*, RIW 2012, 97 (100 ff.); *Wendelstein*, GPR 2013, 70–77. Siehe hierzu unter 2. Teil B.II.1.

¹⁰ Siehe ausführlich zur Genese des GEKR: *Zimmermann*, JBl. 2012, 2 (5 ff.); *Schulte-Nölke*, in: Entwurf für ein optionales europ. Kaufrecht, S. 2 ff.

¹¹ Mit dieser Bewertung: *Dannemann/Vogenauer*, Introduction, in: Dannemann/Vogenauer (Hrsg.), *The CESL in Context*, S. 1 (2 f.); *Eidenmüller/Faust/Grigoleit u.a.*, JZ 2008, 529 (529 f.); *Kötz*, Europ. Vertragsrecht, S. 12 f.; *Schulte-Nölke*, in: Entwurf für ein optionales europ. Kaufrecht, S. 2 f.; *Schulze/Zoll*, Europ. Vertragsrecht, § 1, Rn. 33 m.w.N.

¹² Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen, ABl. L 372 vom 31. 12. 1985, S. 31.

¹³ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. 12. 1986 betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. L 382 vom 31. 12. 1986, S. 17.

¹⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 05. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144 vom 04. 06. 1997, S. 19.

¹⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 05. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 07. 07. 1999, S. 12.

¹⁶ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. 12. 1986 über den Verbraucherkredit, ABl. L 42 vom 12. 02. 1987, S. 48.