



Carmen Appenzeller, LL.M., Berlin

## **Information Overload statt wirksamer Gesetzgebung**

### **Die Inhaltskontrolle von AGB im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht\***

*Der Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) von 2011 enthält in Art. 79-85 auch Vorschriften zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verbraucherverträgen.*

*Aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs des GEK kann es in vielen Fällen zu einer gespaltenen AGB-Kontrolle kommen. Erstens kann das GEK nur für grenzüberschreitende Verträge über den Kauf von Waren und digitalen Inhalten verwendet werden. Zweitens werden zahlreiche zivilrechtliche Regelungsbereiche vom GEK nicht behandelt. Wenn nun eine AGB-Kontrolle aufgrund von Art. 79 ff. GEK stattfinden soll, fragt sich, ob diese auf die vom GEK umfassten Regelungsbereiche beschränkt ist. AGBs, welche die übrigen Vertragsgegenstände (etwa: Lieferung der Kaufsache) und Rechtsfragen (etwa: Eigentumsübergang, Abtretung und Aufrechnung) betreffen, würden dann weiterhin nach nationalem AGB-Recht geprüft. Die Rechtslage wird jedenfalls weder für Verbraucher und Unternehmer noch für Richter einfacher.*

*Schon die Anwendung der europäischen Klausel-RL von 1993 ist unter anderem deshalb praktisch schwierig, weil sie keinen Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel vorgibt. Auch das GEK schweigt hierzu, sodass spekuliert werden kann, ob das GEK selbst als Referenzrechtsordnung heranzuziehen sein sollte. Jedenfalls für das GEK ungeeignet ist der in jüngeren Entscheidungen des EuGH eingeschlagene Weg, die Missbräuchlichkeit anhand nationalen dispositiven Rechts zu beurteilen. Die Verfasserin plädiert für eine primäre Bezugnahme auf genuin europäische Maßstäbe. Beispiele für die Ergiebigkeit einer systematischen Auslegung europäischen Rechts sind das Transparenzgebot oder Umstände wie die Unlauterkeit einer Klausel.*

*Die Wirksamkeit der AGB-Kontrolle ist abhängig von ihrer Durchsetzung. Um EU-weit ein einheitliches Verbraucherschutzniveau erreichen zu können und die Kontrolle für Unternehmer vorhersehbar zu machen, sollte die Missbräuchlichkeitsprüfung durch nationale Richter im Ergebnis möglichst ähnlich sein. Eine einheitliche Anwendungspraxis erfordert hohe Fallzahlen in den Mitgliedstaaten und letztverbindliche Entscheidungen auf europäischer Ebene. Das derzeitige europäische Justizsystem kann diesen Anforderungen jedoch nicht gerecht werden.*

S. 60

- HFR 06/2014 S. 1 -

#### **1 I. Einleitung**

Am 11. Oktober 2011 legte die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag (VO) über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) vor,<sup>1</sup> der im Frühjahr 2014 in erster Lesung im Europäischen Parlament behandelt wurde.<sup>2</sup> Sollte das GEK in der bislang vorgeschlagenen Form eingeführt werden, käme dies einem Paradigmenwechsel in der europäischen Privatrechtsharmonisierung gleich.

\* Für wertvolle Anregungen zu einer früheren Fassung dieses Textes dankt die Verfasserin den Teilnehmern am Doktoranden-Workshop von Frau Prof. Augenhöfer, der ganz besonderer Dank für ihr hilfreiches Feedback gebührt. Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 1.10.2014.

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 vom 11.10.2011.

<sup>2</sup> Zu den auseinandergehenden Meinungen des Rechts- und des Binnenmarkt-Ausschusses im Europäischen Parlament vgl. Busche, CESL in the European Parliament, in: euvr 2013, 33; am 26.2.2014 hat das Europäische Parlament eine Vielzahl von Änderungen vorgeschlagen, den ursprünglichen Regelungsansatz aber beibehalten, s. P7\_TA(2014)0159.

Denn der bisherige Regelungsansatz im europäischen Vertragsrecht (sog. *Acquis Communautaire*) ist von Richtlinien und Verordnungen mit relativ eng begrenztem Anwendungsbereich geprägt – schon früh wurde bildhaft von „Inseln des harmonisierten Rechts“<sup>3</sup> gesprochen. Wenngleich das GEK weit davon entfernt ist, als umfassendes Europäisches Zivilgesetzbuch gelten zu können, so ist sein Anspruch doch, sämtliche praktisch wichtigen Aspekte im Zusammenhang mit dem Kauf von Waren, digitalen Inhalten und damit verbundenen Dienstleistungen zu regeln (s. Art. 3, 4 VO und Erwägungsgrund 26).

- 2 Die Diskussion zum GEK kreiste bislang zumeist um dessen (kollisions-) rechtstechnische Implementierung und seinen materiellen Gehalt.<sup>4</sup> Der vorliegende Beitrag will den Blick auf die Anwendung eines möglichen GEK lenken: Wie würde sich der Dialog zwischen nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) gestalten, wie können nationale und europäische Rechtsquellen stimmig angewendet werden? Als Beispiel dienen die Vorschriften zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB)<sup>5</sup> in Verbraucherverträgen gemäß Art. 83-85 GEK, die auf die Klausel-RL von 1993<sup>6</sup> zurückgehen.
- 3 Ein erstes, neuartiges Problem entsteht daraus, dass das Rechtsinstitut weniger umfangreich ist als der Kontrollgegenstand, denn aufgrund seines engen Anwendungsbereichs dürfte das GEK regelmäßig einige Rechtsfragen nicht abdecken, die in dem nach Art. 83 ff. GEK zu prüfenden AGB-Regelwerk enthalten sind (II.). Schon für die Klausel-RL wurde diskutiert, nach welchen Maßstäben eine Inhaltskontrolle erfolgen sollte; inwieweit die hierzu jüngst vom EuGH gegebene Orientierung auf das GEK übertragbar wäre, ist daher zu diskutieren (III.). In einem Ausblick werden schließlich kurz die Herausforderungen skizziert, denen sich das europäische Justizsystem bei der AGB-Kontrolle zu stellen hätte (IV.).

S. 61

- HFR 06/2014 S. 2 -

## 4 II. AGB-Kontrolle im GEK

### 1. Entstehung und Inhalt der Regelungen

Die Regelungen des GEK sind aus dem Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>7</sup> entstanden, den europäische Rechtswissenschaftler 2009 basierend auf rechtsvergleichender Analyse und unter Einbeziehung des *Acquis*

<sup>3</sup> Kötz, Rechtsvereinheitlichung, *RebelsZ* 50/1986, 1, 12: „Fragmentarische Rechtsvereinheitlichung, die in einem Meer nationalen Rechts winzige Inseln vereinheitlichten Rechts schafft, ist problematisch, und zwar besonders dann, wenn diese Inseln von einer breiten Zone umgeben sind, von der sich nicht sagen läßt, ob sie noch Küste oder schon Meer darstellt.“

<sup>4</sup> Für Reaktionen aus der Wissenschaft vgl. etwa Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, 2013; Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012; Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012; Conference on European Contract Law, Chicago Law School, 27.4.2012, die Tagungsbeiträge sind veröffentlicht in *Common Market Law Review* 50/2013, Ausgabe 1/2; Eidenmüller/Kieninger/Jansen/Wagner/Zimmermann, *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in: *JZ* 2012, 269-289.

<sup>5</sup> Das GEK selbst spricht von „Standardvertragsbestimmungen“ (Art. 2 lit. d VO) bzw. von „nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen“ (s. Definition in Art. 7 GEK); der Einfachheit halber wird im Folgenden von AGB als dem praktisch häufigsten Fall gesprochen.

<sup>6</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *ABl. L* Nr. 95 vom 21.4.1993, 29.

<sup>7</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009; s. zur AGB-Kontrolle im DCFR etwa Leyens/Schäfer, *Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in: *AcP* 210/2010, 771-803; Micklitz/Reich, *Unfair Terms in the Draft Common Frame of Reference*, in: *Juridica International* 2008, 58-68; Pfeiffer, *Non Negotiated Terms*, in: Schulze (Hrsg.), *Common Frame of Reference*, 2008, 177-188.

in Gestalt eines Zivilgesetzbuches veröffentlicht hatten.<sup>8</sup> Gegenüber dem DCFR ist der Umfang des GEK deutlich eingeschränkt. Dennoch enthält es, anders als der Name vermuten lässt, nicht nur Regelungen zum Kaufrecht, sondern auch allgemein zum Vertragsschluss. Gerade im AGB-Recht, das in Art. 79-86 GEK behandelt wird, werden verschiedene Neuerungen vorgeschlagen. Die bedeutendste und kontroverseste dürfte der Vorschlag sein, die Inhaltskontrolle auf Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr auszudehnen (Art. 86 GEK).<sup>9</sup> Zudem sind eine schwarze Liste in jedem Fall verbotener Klauseln (Art. 84 GEK) sowie eine graue Liste von Klauseln, deren Unfairness vermutet wird (Art. 85 GEK), vorgesehen.

- 5 Art. 83 Abs. 1 GEK enthält die zentrale Vorschrift für die Inhaltskontrolle von AGB in Verbraucherverträgen:

„In einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ist eine im Sinne von Artikel 7 nicht individuell ausgehandelte, vom Unternehmer gestellte Bestimmung im Sinne dieses Abschnitts unfair, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs in Bezug auf die vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der Vertragsparteien ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verbrauchers herstellt.“<sup>10</sup>

- 6 Was die Regelung der Inhaltskontrolle angeht, wurde eine „weitgehende Parallelität“ von der Klausel-RL über die *Acquis-Principles*<sup>11</sup> bzw. die *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>12</sup> und den DCFR hin zum GEK konstatiert.<sup>13</sup>

## S. 62

- HFR 06/2014 S. 3 -

- 7 In Art. II.-9:403 DCFR wird für die Unfairness einer Klausel lediglich gefordert, dass sie den Verbraucher erheblich benachteilige.<sup>14</sup> Das GEK verwendet hingegen wieder die Version aus der Klausel-RL,<sup>15</sup> allerdings muss das Missverhältnis nur noch „erheblich“ sein, nicht mehr auch „ungerechtfertigt“. Letzteres war jedoch schon in der Klausel-RL in keiner außer der deutschen Sprachfassung vorgesehen gewesen. Diese und andere kleinere linguistische Abweichungen in der deutschen Sprachfassung<sup>16</sup> mögen darauf zurück zu führen sein, dass die Umarbeitung des DCFR zum GEK

<sup>8</sup> Zur Vorgeschichte des GEK s. etwa Lorenz, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, in: AcP 212/2012, 703, 707; für einen Überblick vgl. auch Zimmermann, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, in: EuZW 2009, 319-323; Pfeiffer, Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, in: ZEuP 2008, 679-707.

<sup>9</sup> Kritisch zum unterschiedlichen Prüfungsmaßstab in B2B-Verträgen etwa Loos, Incorporation and Unfairness of Standard Terms Under the Proposal for a Common European Sales Law, in: Moccia (Hrsg.), The making of EU Private Law, 2013, 191, 196 f.

<sup>10</sup> Das Europäische Parlament schlägt die Streichung des Einschubs „im Sinne von Artikel 7 nicht individuell ausgehandelte“ zur Verbesserung der Lesbarkeit vor, Europäisches Parlament (Fn. 2), Abänderung 155; s. ebenso schon European Law Institute (ELI), Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 2012, 82, 225, abrufbar unter: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>.

<sup>11</sup> Research Group on the Existing EC Private Law (Hrsg.), Contract I, 2007; s. zum AGB-Recht in den Acquis-Principles Bernitz, The Commission's Communications and standard contract terms, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), The harmonisation of European contract law, 2006, 185-195.

<sup>12</sup> Art. 4:110 Abs. 1 PECL, s. hierzu etwa Mazeaud, Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français, in: ERCL 6/2010, 1, 19 f.

<sup>13</sup> So etwa Pfeiffer, 20 Jahre Klauselrichtlinie, in: EuZW 2013, 241, 242; v. Westphalen, Zu Art 83 und 84 des Entwurfs des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Geimer et al. (Hrsg.), Festschrift für Simotta, 2012, 659, 669 f.; zustimmend Möslin, Kontrolle vorformulierter Vertragsklauseln, in: Schmidt-Kessel (Fn. 4), 255, 256, 259.

<sup>14</sup> Im englischen Original: „significantly disadvantages the consumer“.

<sup>15</sup> Der Begriff „Mißverhältnis“ aus Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL wurde durch „Ungleichgewicht“ ersetzt, inhaltlich dürfte sich hieraus keine Änderung ergeben, zumal die englischen Fassungen („imbalance“) gleich sind.

<sup>16</sup> Für ein weiteres Beispiel s. Möslin (Fn. 13), 277: Gem. Art. 82 GEK müssen Klauseln nunmehr „einfach“ statt wie zuvor „klar“ formuliert sein; die englische Fassung des GEK stimmt hingegen mit der englischen Klausel-RL überein.

hastig von statten ging. Das GEK wurde nämlich in englischer Sprache ausgearbeitet und erst anschließend in die übrigen Amtssprachen übersetzt.<sup>17</sup>

- 8 Der Generalklausel wurde ein Verweis auf den „redlichen Geschäftsverkehr“ hinzugefügt.<sup>18</sup> Inwiefern diese Änderung im Text eine inhaltliche Neuerung bedeutet, ist mangels offizieller Begründung völlig offen.<sup>19</sup> Im Ergebnis bleibt die Generalklausel zur Inhaltskontrolle von AGB auch im GEK so vage, dass allein der Wortlaut nach wie vor keine verbindliche Anleitung für ihre Anwendung durch die nationalen Behörden bzw. Gerichte enthält.<sup>20</sup>

## 9 2. Anwendungsbereich des GEK

Anders als die Richtlinien des *Acquis* zielt das GEK nicht auf die Angleichung nationalen Rechts ab, sondern soll dieses durch Rechtswahl ersetzen.<sup>21</sup> Insofern handelt es sich um einen neuartigen europäischen Regelungsansatz zur Überwindung der trotz der bisherigen Harmonisierungsbemühungen fortbestehenden Rechtsunterschiede und daraus resultierender Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel.<sup>22</sup>

- 10 Gemäß Art. 5 VO soll das GEK nur anwendbar sein auf Kaufverträge über Waren,<sup>23</sup> digitale Inhalte<sup>24</sup> und damit verbundene Dienstleistungen. Weist ein Vertrag einen über die in Art. 5 VO aufgezählten Vertragsgegenstände hinausgehenden Inhalt auf, ist die Anwendung des GEK laut Art. 6 Abs. 1 VO für den gesamten Vertrag ausgeschlossen. Der Begriff der verbundenen Dienstleistungen ist dabei eng zu verstehen, die Definition in Art. 2 lit. m VO schließt Serviceleistungen ausdrücklich aus, die, anders als z.B. eine Montage, nicht unmittelbar der Inbetriebnahme der Kaufsache dienen.<sup>25</sup> Diese Regelung trägt der Tatsache Rechnung, dass die Vorschriften des GEK auf Kaufverträge zugeschnitten sind. Darüber hinaus sollen – ebenso wie schon in der Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>26</sup> – nur solche Dienstleistungen erfasst werden, die mit der Kaufsache in notwendigem Zusammenhang stehen, wie etwa der Aufbau der Kaufsache.<sup>27</sup>

## S. 63

- HFR 06/2014 S. 4 -

- 11 Zur Veranschaulichung soll der fiktive Fall eines deutschen Kleinunternehmers dienen, der Kohle an Verbraucher in Deutschland und Österreich verkauft und diese sowohl beliefert als auch Selbstabholung anbietet. Der Kohlehändler verwendet für

<sup>17</sup> Vgl. allgemein zum Sprachenproblem im europäischen Recht Schilling, *Beyond Multilingualism*, in: *European L. J.* 16/2010, 47-66; Paunio, *The Tower of Babel and the Interpretation of EU Law*, in: Wilhelmsson et al. (Hrsg.), *Private Law and the Many Legal Cultures of Europe*, 2007, 385-402; Whittaker, *The Language or Languages of Consumer Contracts*, in: Bell/Kilpatrick (Hrsg.), *The Cambridge yearbook of European legal studies*, 2006, 229, 246; s. auch schon Riese, *Sprachenproblem in der Praxis des Gerichtshofes*, 1963.

<sup>18</sup> Gem. Art. 2 lit. b VO ist „Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehr“ einheitlich zu verstehen als ein von „Redlichkeit, Offenheit und Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei“ geprägtes Verhalten.

<sup>19</sup> Den Mangel an Materialien kritisiert etwa Lorenz, *AcP* 212/2012, 709 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Herresthal, *Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung*, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Fn. 4), 85, 129-133; Möslin (Fn. 13), 279; Pfeiffer, *Unfaire Vertragsbestimmungen*, *ERPL* 19/2011, 835, 849.

<sup>21</sup> S. ausführlich zur IPR-Problematik Rühl, *The Common European Sales Law*, *Maastricht Working Paper No. 5*, 2012; Fornasier, „28.“ versus „2. Regime“, in: *RebelsZ* 76/2012, 401-442.

<sup>22</sup> S. etwa aus Sicht der europäischen Kommission Staudenmayer, *Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, in: *NJW* 2011, 3491, 3493. Für den unternehmerischen Handelsverkehr steht bereits seit 1980 das UN-Kaufrecht zur Verfügung.

<sup>23</sup> Ware wird definiert als „beweglicher körperlicher Gegenstand“, vgl. Art. 2 lit. k, h VO.

<sup>24</sup> Vgl. Definition in Art. 2 lit. j VO.

<sup>25</sup> In Ziffer i-iv des Art. 2 lit. j VO werden genannt: „Transportleistungen, Schulungen, Unterstützungsleistungen im Telekommunikationsbereich und Finanzdienstleistungen“.

<sup>26</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Art. 2 Abs. 5 S. 1: „Ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes wird der Vertragswidrigkeit gleichgestellt, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde.“

<sup>27</sup> Vgl. *Erw.gr.* 19 VO: „unmittelbar und eng mit den jeweiligen Waren oder digitalen Inhalten verbunden“; vgl. hierzu Lorenz *AcP* 212/2012, 831.

alle Verträge die gleichen AGB, in denen das GEK den Kunden zur Wahl gestellt und im Übrigen deutsches Recht zum Vertragsstatut erklärt wird. Aufgrund des beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs steht das GEK aber nur für Selbstabholer überhaupt zur Verfügung. Denn der Transport der Kohle stellt gem. Art. 2 lit. m Ziffer i VO keine mit der Ware verbundene Dienstleistung dar, sodass ein Mischvertrag i.S.v. Art. 6 VO vorläge. Das GEK wäre nicht anwendbar, sodass für Lieferkunden grundsätzlich deutsches Recht gilt. Allerdings ist für österreichische Kunden ihr eigenes Recht anwendbar, wenn es zu günstigeren Ergebnissen führt (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO).<sup>28</sup>

- 12 Dass das GEK auf sogenannte „Mischverträge“ nicht angewendet werden darf, vereinfacht deren rechtliche Beurteilung insofern, als der gesamte Vertrag der gleichen Rechtsordnung unterfällt, nämlich der jeweils durch Internationales Privatrecht bezeichneten nationalen. Allerdings wurde kritisiert, dass durch Art. 6 VO die Verwendungsmöglichkeit des GEK praktisch stark eingeschränkt werde.<sup>29</sup> Das Europäische Parlament hat deshalb nunmehr eine Änderung des Art. 6 VO vorgeschlagen, wonach das GEK auch für Mischverträge gewählt werden kann und die über dessen Anwendungsbereich hinausgehenden Inhalte dem jeweiligen nationalen Recht unterfallen.<sup>30</sup> Dies hätte zur Folge, dass im Beispiel des Kohlehändlers für Kohlelieferverträge das GEK und die deutsche bzw. zusätzlich die österreichische Rechtsordnung beachtet werden müssten, je nachdem, ob das jeweilige Element der Leistung unter das GEK fällt (etwa Ansprüche bezüglich der Qualität der Kohle) oder nicht (Ansprüche im Zusammenhang mit der Beförderung).<sup>31</sup>
- 13 Für das Massengeschäft mit Verbrauchern ist diese Problemstellung im Bereich des Internationalen Privatrechts insofern neu, als die nationalen Rechtsordnungen, die traditionell zur Wahl standen, ein alle Vertragsinhalte abdeckendes materielles Recht vorhielten, sei es in Gesetzesform oder durch Richterrecht.<sup>32</sup> Übrigens ist auch das für Handelsgeschäfte wählbare UN-Kaufrecht bei Kaufverträgen mit arbeits- oder dienstvertraglichen Elementen auf den gesamten Vertrag anwendbar, es sei denn, diese Elemente stellen den überwiegenden Teil der geschuldeten Leistung dar.<sup>33</sup>

S. 64

- HFR 06/2014 S. 5 -

14 **3. Spannungsverhältnis: AGB umfassender als die sie kontrollierende Rechtsordnung**

Eine Definition zum Anwendungsbereich speziell der AGB-Kontrolle enthält das GEK nicht. Nach allgemeinem Internationales Privatrecht richtet sich die AGB-Kontrolle nach dem insgesamt bezeichneten Vertragsstatut.<sup>34</sup> Somit kommen bei GEK-Verträgen die Art. 79 ff. GEK zur Anwendung. Dies ist allerdings nur dann unproblematisch, wenn der Inhalt der AGB nicht über den Regelungsbereich des GEK hinausgeht.

15 **a) AGB bei reinen GEK-Verträgen**

Die Anwendbarkeit des GEK hängt nach Art. 5 und Art. 6 VO davon ab, ob die vertragliche Hauptleistung in den Regelungsbereich des GEK fällt. Wenn auf dieser Grundlage ein Selbstabholer das GEK für seinen Kohlekaufvertrag gewählt hat,

<sup>28</sup> Vgl. zum Günstigkeitsvergleich insbesondere bei der AGB-Kontrolle MüKoBGB/Martiny, VO (EG) 593/2008, Art. 6, Rn. 44; Hau, IntGV, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl., 2013, Rn. 30.

<sup>29</sup> ELI Statement (Fn. 10), Rn. 17, 21.

<sup>30</sup> Europäisches Parlament (Fn. 2), Abänderungen 64 und 65; schon für reine GEK-Verträge ist gem. Erw.gr. 27 VO klargestellt, dass über den Regelungsbereich des GEK hinausgehende Rechtsfragen nach dem jeweiligen nationalen Recht zu beurteilen seien; s. hierzu Fleischer, Optionales Europäisches Privatrecht, in: RabelsZ 76/2012, 235, 248 f.

<sup>31</sup> Vgl. So Busch, euvr 2013, 34 zum Vorschlag des JURI-Ausschusses.

<sup>32</sup> Vgl. zur Herausforderung durch die „externen Lücken“ des GEK im Vergleich zu den vollständigen nationalen Rechtsordnungen etwa Fornasier, RabelsZ 76/2012, 438; Busch, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, in: EuZW 2011, 655, 660.

<sup>33</sup> MüKoHGB/Benicke CISG Art. 3 Rn 8 f.; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari CISG Art. 3 Rn. 13; BeckOK BGB/Saenger CISG Art. 3 Rn. 6.

<sup>34</sup> MüKoBGB/Spellenberger VO (EG) 593/2008 Art. 10 Rn. 145.

können die AGB trotzdem Nebenbestimmungen enthalten, die das GEK nicht abdeckt. In Erwägungsgrund 27 werden zahlreiche vom GEK nicht erfasste Rechtsfragen ausdrücklich genannt: „die Frage der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, der Wechsel der Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich der Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums sowie das Deliktsrecht.“

- 16 Nehmen wir an, der deutsche Kohleverkäufer in unserem Beispiel sieht in seinen AGB unter anderem vor, dass das Eigentum erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung übergeht und dass der Kunde nur solche Ansprüche aufrechnen kann, die rechtskräftig gerichtlich festgestellt wurden.<sup>35</sup> Beide Klauseln fallen aus dem Regelungsbereich des GEK heraus.

**S. 65**

- HFR 06/2014 S. 6 -

- 17 Es fragt sich nun, ob Klauseln außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des GEK dennoch auf Grundlage der Art. 79 ff. GEK zu kontrollieren sind. Alternativ könnte man daran denken, die AGB-Kontrolle des GEK nur anzuwenden, wenn das gesamte Klauselwerk keinerlei über das GEK hinausgehende Inhalte aufweist. Hierdurch würden die Art. 79 ff. GEK jedoch praktisch bedeutungslos, was dem erklärten Vorhaben widerspricht, Anreize zur häufigen Verwendung des GEK zu setzen.<sup>36</sup>
- 18 Möglich wäre wohl auch, jede Klausel jeweils nach der AGB-Kontrolle derjenigen Rechtsordnung zu prüfen, die ihren Inhalt abdeckt, wobei der Rückgriff auf nationales Recht nur subsidiär gegenüber dem GEK erfolgen sollte. Aber schon der Wortlaut des Art. 83 Abs. 2 GEK spricht gegen eine solche fragmentarische Kontrolle, denn danach sind für die Inhaltskontrolle u.a. das Wesen des Vertragsgegenstandes (lit. b) sowie die übrigen Bestimmungen des Vertrages (lit. d) zu berücksichtigen. Auch enthalten die Art. 84 und 85 GEK einige Klauselbeispiele, die über den Anwendungsbereich des GEK hinausgehen.<sup>37</sup> So wäre etwa die Aufrechnungsklausel im Kohlevertrag anhand von Art. 85 lit. c GEK<sup>38</sup> zu prüfen. Dies legt nahe, dass eine einheitliche Beurteilung des gesamten Klauselwerkes erfolgen soll. Anderenfalls wäre die Rechtslage für den AGB-Verwender noch unüberschaubarer und weniger vorhersehbar.<sup>39</sup>
- 19 Es ist daher davon auszugehen, dass bei einem GEK-Vertrag auch die AGB-Kontrolle im GEK jedenfalls als Rechtsgrundlage und Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle dienen soll.<sup>40</sup>

**S. 66**

- HFR 06/2014 S. 7 -

**20 b) AGB bei gemischten Verträgen**

Falls sich das Europäische Parlament mit seinem Vorschlag durchsetzen kann, auf gemischte Verträge sowohl das GEK als auch das nach Internationalem Privatrecht zu ermittelnde Vertragsstatut anzuwenden, sind beide Rechtsordnungen gleichermaßen

<sup>35</sup> Diese Beispielsklausel wurde gebildet nach: [http://www.steinkohle-handel.de/Unsere-AGBs-\\_-3.html?XTCsid=0184ov5psjck2taiip9g1v1vv0](http://www.steinkohle-handel.de/Unsere-AGBs-_-3.html?XTCsid=0184ov5psjck2taiip9g1v1vv0).

<sup>36</sup> S. etwa Erw.gr. 19: „Nutzen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts maximieren“.

<sup>37</sup> S. Beispiele bei Eidenmüller et al., JZ 2012, 278.

<sup>38</sup> „Für die Zwecke dieses Abschnitts besteht die Vermutung, dass eine Vertragsbestimmung unfair ist, wenn deren Zweck oder Wirkung darin besteht, [...] c) das Recht auf Aufrechnung etwaiger Forderungen des Verbrauchers gegen den Unternehmer gegen etwaige Verbindlichkeiten des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer, in unangemessener Weise auszuschließen oder zu beschränken.“

<sup>39</sup> Busch, EuZW 2011, 659 f. weist auf die Gefahr hin, dass durch geschickte partielle Rechtswahl das Verbraucherschutzniveau letztlich gesenkt werden könne; zudem erhöhe ein „law mix“ die Unübersichtlichkeit der Rechtslage.

<sup>40</sup> So auch knapper Herresthal, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, in: EuZW 2011, 7, 10.

anwendbar und es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die AGB des Gesamtvertrages gemäß dem GEK kontrolliert werden sollen.

- 21 Es lässt sich spekulieren, wie die Rechtsgrundlage der AGB-Kontrolle bestimmt werden könnte: Vielleicht objektiv je nachdem, ob die konkrete Klausel eher der GEK-Leistung oder eher der „überschießenden“ Leistung zuzuordnen ist. Oder subjektiv indem man auf den (hypothetischen) Parteiwillen abstellt und fragt, welche Rechtsordnung die Parteien für die Kontrolle bevorzugen würden. Beide Vorschläge würden Abgrenzungsschwierigkeiten und willkürliche, unvorhersehbare Entscheidungen provozieren und sind daher nicht wünschenswert. Denkbar wäre also entweder dem GEK pauschal Vorrang für das gesamte Klauselwerk einzuräumen, etwa wenn grundsätzlich eine europafreundliche Lösung vorzugswürdig erscheint. Andererseits könnte vertreten werden, dass immer gleich auf das nach Internationalem Privatrecht anwendbare Recht zurückgegriffen werden soll.
- 22 Der Kohleverkäufer muss sich jedenfalls überraschen lassen, welche Rechtsgrundlage ein eventuell angerufenes Gericht heranziehen würde; erst recht kann er nicht im Vorhinein seine AGB rechtskonform gestalten. Hier zeigt sich eine bislang wenig thematisierte Schwäche des Parlamentsvorschlags, der zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit nicht übernommen werden sollte.
- 23 **4. Zwischenfazit: AGB-Kontrolle ohne Konzept**

Versetzt man sich in die Perspektive des Richters, der gemäß der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet ist, eine Klausel zu kontrollieren, sobald die hierzu erforderlichen Informationen verfügbar sind,<sup>41</sup> so wirkt die Aufgabe abschreckend, weil zunächst nicht einmal die Rechtsgrundlage der Kontrolle unzweifelhaft festzustellen ist. Deutsches Recht ist auf jeden Fall anwendbar, wenn deutsche Kunden das GEK nicht wählen. Gleiches gilt für österreichische Kunden in diesen Konstellationen, wobei aufgrund der Günstigkeitsprüfung gegebenenfalls österreichisches Recht das deutsche ersetzt. Für GEK-Verträge wird die Lage aber komplizierter, denn das GEK ersetzt die nationalen Rechte bei der AGB-Kontrolle nicht, sondern tritt nach dem oben Gesagten noch hinzu, sodass nun nicht einmal klar ist, ob die AGB auf einer einheitlichen Rechtsgrundlage bewertet werden.

S. 67

- HFR 06/2014 S. 8 -

### 24 **III. Der Maßstab für die Inhaltskontrolle nach dem GEK**

#### **1. Problemaufriss**

Im Anschluss an die Ermittlung der Rechtsgrundlage für die AGB-Kontrolle ergibt sich aus dem begrenzten Anwendungsbereich des GEK ein Folgeproblem: Nach welchem Maßstab sind Klauseln zu bewerten, für deren Inhalt das GEK selbst keine Regelung vorsieht?

- 25 Zur Klausel-RL verlangte der EuGH in der Entscheidung *Aziz*, dass als Maßstab für die Feststellung eines Missverhältnisses „insbesondere“ auf das ohne Klausel anwendbare

<sup>41</sup> S. grundlegend EuGH verb. Rs. C-240 bis 244/98 *Océano Grupo*, Slg. 2000 I-4941; Rs. C-243/08 *Pannon*, Slg. 2009 I-4713; ebenso für Schiedsverfahren: EuGH Rs. C-473/00 *Cofidis*, Slg. 2002 I-10875; Rs. C-168/05 *Mostaza Claro*, Slg. 2006 I-10421; Rs. C-40/08 *Asturcom*, Slg. 2009 I-9579; Rs. C-342/13 *Sebestyén*, noch nicht veröffentlicht; für Mahnverfahren: EuGH Rs. C-618/10 *Banco Español de Crédito*, digitale Slg.; für die Zwangsvollstreckung: EuGH Rs. C-415/11 *Aziz*, noch nicht veröffentlicht; verb. Rs. C-537/12 *Banco Popular* und C-116/13 *Banco de Valencia*, noch nicht veröffentlicht; vgl. hierzu Whittaker, *The Internal Relationships of EU Consumer Contract Laws*, in: Moccia (Hrsg.), *The Making of EU Private Law*, 2013, 117, 121 f.

Recht abzustellen sei.<sup>42</sup> Auch die Generalanwältin *Trstenjak* vertrat in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *RWE* die gleiche Auffassung und führte weiter aus, dass die vom (nationalen) Gesetzgeber erlassenen Normen einen angemessenen Interessenausgleich darstellten, von dem AGB-Verwender nur deshalb abweichen, um „die maximale Sicherung der Eigeninteressen“ zu erreichen.<sup>43</sup>

- 26 Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung auch für die Inhaltskontrolle nach dem GEK Bedeutung hat.

Wie schon nach Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL so ist auch der Formulierung in Art. 83 Abs. 1 GEK nicht zu entnehmen, welche Kriterien für die Inhaltskontrolle eine Rolle spielen sollen und was der Maßstab für die Beurteilung eines erheblichen Missverhältnisses ist.<sup>44</sup> Es wurde vertreten, dass auch im GEK die Kontrolle anhand des dispositiven Rechts erfolgen sollte, hierfür aber eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im GEK selbst erforderlich sei.<sup>45</sup> Die EuGH-Rechtsprechung erging nach Veröffentlichung des GEK-Vorschlages, sodass denkbar wäre, dass ein entsprechender Verweis nunmehr ergänzt werden könnte.

S. 68

- HFR 06/2014 S. 9 -

## 27 **2. Das GEK als dispositives Recht**

Aber was ist eigentlich das dispositive Recht, wenn das GEK anwendbar ist? Zunächst einmal das GEK selbst, soweit es entsprechende Regelungen vorsieht.<sup>46</sup> Die Klausel-RL konnte noch nicht auf ein geschlossenes europäisches Regelwerk als Referenzrahmen verweisen. Gerade diese Funktion sprechen nun einige Stimmen in der Literatur dem GEK zu und erhoffen sich dadurch eine einfachere Konkretisierung der Generalklausel in Art. 83 Abs. 1 GEK.<sup>47</sup> Ein Beispiel bilden die gem. Art. 22 GEK zwingend zu erteilenden vorvertraglichen Informationen. Schon in der Rechtsprechung zur Klausel-RL war hervorgehoben worden, dass das Transparenzgebot der Richtlinie auch der vorvertraglichen Information des Verbrauchers diene.<sup>48</sup> Das GEK selbst enthält nun detaillierte Kriterien für Art und Weise sowie den Inhalt der zu erteilenden Information in Art. 13-21 GEK, sodass konkrete Prüfungspunkte für die Rechtsanwender zur Verfügung stehen, welchen Ansprüchen transparente AGB genügen müssen.

- 28 Unklar ist aber etwa die Beurteilung einer Aufrechnungsklausel: Diese fällt gemäß Erwägungsgrund 27 aus dem Anwendungsbereich des GEK heraus, Art. 85 lit. c GEK enthält aber trotzdem eine Vermutung ihrer Unzulässigkeit, wenn das Recht des Verbrauchers zur Aufrechnung „in unangemessener Weise“ ausgeschlossen oder eingeschränkt wird.

<sup>42</sup> EuGH *Aziz* (Fn. 41), Rn. 68 mit Verweis auf *Kokott*, Schlussanträge *Aziz*, Rn. 71; ebenso anschließend EuGH *Banco Popular* (Fn. 41), Rn. 65; EuGH Rs. C-226/12 *Constructora Principado*, noch nicht veröffentlicht, Rn. 21; EuGH *Sebestyén* (Fn. 41), Rn. 27; so schon *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 381; *Jansen*, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht, in: ZEuP 2010, 69, 98; *Storme*, Freedom of Contract, in: ERPL 15/2007, 233, 238; *Bernitz*, Swedish standard contracts law and the EEC Directive on contract terms, in: ERPL 5/1997, 213, 219.

<sup>43</sup> *Trstenjak*, Schlussanträge Rs. C-92/11 *RWE*, Rn. 49; vgl. zum deutschen Verständnis des dispositiven Rechts als Leitbild der AGB-Kontrolle differenziert *Cziupka*, Dispositives Vertragsrechts, 2010, 230 ff.

<sup>44</sup> Vgl. ebenso *Möslein*, Optional Regulation of Standard Contract Terms, abrufbar unter: [http://www.academia.edu/6116393/Optional\\_Regulation\\_of\\_Standard\\_Contract\\_Terms](http://www.academia.edu/6116393/Optional_Regulation_of_Standard_Contract_Terms), 2014, 16: "the unfairness test remains arbitrary as long as those general clauses lack further specification."

<sup>45</sup> *Möslein* (Fn. 13), 279; zustimmend *Loos* (Fn. 9), 198.

<sup>46</sup> S. hierzu v. *Westphalen* (Fn. 13), 663; *M. Stürner*, Verhältnis zum Richtlinienrecht, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), GEK, 2012, 47, 79; *Möslein* (Fn. 44), 9; s. ebenso schon für die gleichlautende Regelung in der Machbarkeitsstudie *Pfeiffer*, ERPL 19/2011, 848.

<sup>47</sup> S. v. *Westphalen* (Fn. 13), 663; *Pfeiffer*, ERPL 19/2011, 848.

<sup>48</sup> Zu Preisänderungsklauseln s. EuGH Rs. C-472/10 *Invitel*, digitale Slg., Rn. 28 f.; EuGH Rs. C-92/11 *RWE*, noch nicht veröffentlicht, Rn. 44; allgemein zur vorvertraglichen Information durch AGB: EuGH *Constructora Principado* (Fn. 42), Rn. 25; EuGH *Sebestyén* (Fn. 41), Rn. 33; zu Zinsangaben EuGH Rs. C-26/13 *Kásler*, noch nicht veröffentlicht, Rn. 70 und schon EuGH Rs. C-76/10 *Pohotovost*, Slg. 2010 I-11557, Rn. 70 f.

- 29 Es scheint nicht fernliegend, dass die Klausel des Kohleverkäufers hierunter fallen könnte, denn sie verlangt nur für Forderungen des Verbrauchers, dass diese rechtskräftig gerichtlich festgestellt sein müssen, um aufrechnungsfähig zu sein. Dies bedeutet eine einseitige und deutliche Erschwernis des Aufrechnungsrechts, welches eigentlich die Anspruchsdurchsetzung erleichtern soll, indem ein Aktivprozess vermieden wird.<sup>49</sup> Zudem ist Art. 85 lit. c GEK weiter als die Vorgängernorm in Nr. 1 lit. b Anhang Klausel-RL, die Aufrechnungserschwernde nur für Forderungen aus Vertragsverletzungen des Unternehmers verbot. Letztlich könnte aber nur der EuGH verbindliche Hinweise geben, ob in der Klausel des Kohlehändlers eine unangemessene Beschränkung zu sehen wäre.

**S. 69**

- HFR 06/2014 S. 10 -

- 30 Diese Überlegungen gelten unmittelbar nur für Selbstabholerverträge nach dem GEK. Ist deutsches Recht anwendbar, so dürfte eine pauschale Beschränkung der Aufrechnung mit Ansprüchen aller Art gemäß der Rechtsprechung des BGH unzulässig sein.<sup>50</sup> Für österreichische Kunden wäre daher die Berufung auf ihr Heimatrecht günstiger, denn hier sieht die Rechtsprechung eindeutig vor, dass ein uneingeschränkter Aufrechnungsausschluss die Klausel insgesamt unzulässig macht.<sup>51</sup>
- 31 Nun schlägt allerdings *M. Stürner* vor, das GEK auch dann als Prüfungsmaßstab zu verwenden, wenn es von den Parteien nicht gewählt wurde.<sup>52</sup> Auch die Kohlekunden, die sich gewollt oder zwangsläufig der Anwendung des GEK entzogen haben, müssten demnach die durch dieses verursachte Rechtsunsicherheit bei der Bewertung der Aufrechnungsklausel in Kauf nehmen. Wäre eine solche Ausstrahlungswirkung des GEK anzuerkennen, so würde dessen Anwendungsbereich letztlich auf das gesamte Zivilrecht ausgeweitet, soweit es von AGB berührt wird. Dies wäre nicht nur europarechtlich fragwürdig. Dem EuGH würde überdies indirekt die Rechtsetzung in weiten Feldern des Zivilrechts überlassen, denn letztlich obläge ihm die Inhaltskontrolle und Konkretisierung des autonomen Prüfungsmaßstabs des GEK.<sup>53</sup>
- 32 Praktisch in die umgekehrte Richtung zielt die Ansicht *Mösleins*, wonach der Verweis in den Erwägungsgründen auf das gemäß der Rom I-VO bezeichnete nationale Recht es rechtfertige, dieses als Leitbild der AGB-Kontrolle für die vom GEK ausgenommenen Rechtsfragen heranzuziehen.<sup>54</sup> Dies hätte wohl zur Folge, dass der EuGH schon wie bisher die Zuständigkeit für die konkrete AGB-Bewertung bei den nationalen Gerichten sehen würde. Wie die Erfahrung mit der Klausel-RL zeigt, wäre damit die Harmonisierung der Inhaltskontrolle durch das GEK zum Scheitern verurteilt. Daher ist ein Rückgriff auf nationales Recht als Leitbild meines Erachtens abzulehnen.

**S. 70**

- HFR 06/2014 S. 11 -

**33 3. Dispositives Recht als alleiniger Maßstab nicht tragfähig**

Letztlich kann der Vergleich zwischen den AGB und der ohne sie herrschenden Rechtslage nichts darüber aussagen, ob eine missbräuchliche Benachteiligung des Verbrauchers vorliegt. Der Befund kann höchstens ergeben, dass eine Klausel anders ist als die gesetzliche Regelung. Aus Sicht der ökonomischen Analyse dient

<sup>49</sup> S. aus deutscher Sicht etwa MüKoBGB/Schlüter, § 387, Rn. 1, vgl. ähnlich die Begründung in DCFR Introduction, Rn. 55.

<sup>50</sup> S. BGH NJW 2011, 1729, 1730 zu einer gleichlautenden Klausel in einem Architektenvertrag; die Rechtslage scheint aber noch ungefestigt, vgl. Dammann, § 309 Nr. 3, in: Wolff/Lindacher/Pfeiffer (Fn. 28), Rn. 40.

<sup>51</sup> Vgl. etwa kürzlich zu einem von Amazon EU S.à.r.l. verwendeten Aufrechnungsausschluss Handelsgericht Wien vom 11.4.2014, Az. 39 Cg 88/12b, 32 abrufbar unter:

[http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/HG\\_Wien\\_11.04.2014\\_39\\_Cg\\_88\\_12b.pdf](http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/HG_Wien_11.04.2014_39_Cg_88_12b.pdf).

<sup>52</sup> M. Stürner, (Fn. 46), 79 f.

<sup>53</sup> Vgl. kritisch zu einem solchen "spill-over effect" Whittaker (Fn. 41), 124 ff.; eine Rechtsangleichung auf „kaltem Wege“ befürchten auch Eidenmüller et al., JZ 2012, 279.

<sup>54</sup> Möslein (Fn. 44), 17; ähnlich vertritt v. Westphalen (Fn. 13), 664, dass auch für Art. 83 die Wertungen des § 307 BGB heranzuziehen seien.

das dispositives Recht dazu, für häufig auftretende Verträge Musterregeln bereit zu stellen, die es den Parteien erlauben, auf zeit- und kostenintensive Verhandlungen zu verzichten.<sup>55</sup> Es bilde daher im Optimalfall die Regeln ab, die sich die Mehrzahl der Vertragsschließenden selbst gewählt hätte.<sup>56</sup> Hieraus folgt, dass es für die Minderheit, deren Präferenz die dispositive Regelung nicht entspricht, Sinn macht, eine abweichende Vereinbarung zu treffen, sofern die Aushandlungskosten die Kosten der unpassenden dispositiven Norm nicht überwiegen.<sup>57</sup> Gerade deshalb ist dispositives Recht nicht zwingend ausgestaltet, sondern abdingbar und es kann sogar das genaue Gegenteil vereinbart werden.<sup>58</sup> Daher widerspräche es dem Willen des Gesetzgebers genauso wie der ökonomischen Vernunft, schon eine bloße Abweichung – selbst eine erhebliche – von der staatlich vorgeschlagenen Regelung als missbräuchlich zu werten.

- 34 Unter dem Deckmantel der Leitbildfunktion dispositiven Rechts könnten sich nationale Richter von den ihnen bekannten nationalen Wertungen leiten lassen, statt das GEK autonom auszulegen. Ein Beispiel ist die Anwendung der grauen Liste in Art. 85 GEK: Die dort aufgeführten Kriterien enthalten häufig unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch wertende Entscheidungen der Rechtsanwender ausgefüllt werden müssen. Nach nationalem Recht steht hingegen für die meisten der genannten Problemkreise fest, ob sie zulässig sind<sup>59</sup> oder nicht,<sup>60</sup> sodass es naheliegend scheint, Richter könnten aufgrund dieser ihnen vertrauten Wertung auch die „Vermutung“ bekräftigen oder widerlegen.
- 35 Es ist daher Vorsicht geboten, das traditionell deutsche Mantra vom dispositiven Recht als Leitbild der AGB-Kontrolle kurzerhand auf das GEK zu übertragen.

## S. 71

- HFR 06/2014 S. 12 -

36 **4. AGB-Kontrolle und übriges Sekundärrecht**

Es stellt sich folglich die Frage, wie die Inhaltskontrolle nach dem GEK konkretisiert werden könnte, wenn nicht anhand des dispositiven Rechts.

- 37 Seit 2012 hat der EuGH in mehreren Entscheidungen die Klausel-RL mittels systematischer Auslegung konkretisiert.<sup>61</sup> Dabei wurden zwei „Einfallstore“<sup>62</sup> in der Klausel-RL genutzt, um auf andere Richtlinien zurückzugreifen. Das erste ist die Berücksichtigung der „Umstände bei Vertragsschluss“ gem. Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL. So stellte der EuGH in der Rechtssache *Pereničová* klar, dass die Unlauterkeit i.S. der UGP-Richtlinie<sup>63</sup> „einen Anhaltspunkt unter mehreren“ darstelle, auf den der zuständige Richter gem. Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL seine Beurteilung stützen könne.<sup>64</sup> Zweitens wurde in verschiedenen Entscheidungen zum Transparenzgebot in Art. 4 Abs. 2 und

<sup>55</sup> Zum Problem der Transaktionskosten grundlegend s. Coase, *The Nature of the Firm*, in: *Economica* 4/1937, 386-405; Williamson, *Economic Institutions*, 1985, 18 ff., 386 ff.; ausführliche Darstellung auch bei Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 4. Aufl., 2010, Kapitel II.

<sup>56</sup> Cooter/Ulen, *Law and Economics*, 6. Aufl., 2014, 285; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2012, 428 f.; Wagner, *Mandatory Contract Law*, in: *Erasmus L. Rev.* 3/2010, 47, 52; Unberath/Cziupka, *Dispositives Recht welchen Inhalts?*, in: *AcP* 209/2009, 37, 50; s. so auch Schwartz/Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in: *Yale L. J.* 113/2003, 541, 595 für Verträge, an denen nur Unternehmen beteiligt sind.

<sup>57</sup> S. Unberath/Cziupka, *AcP* 209/2009, 52 f.

<sup>58</sup> S. monographisch etwa Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012, 134, 192 ff.; Möslin, *Dispositives Recht*, 2011, 36; Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010, 221 f., 236 ff.

<sup>59</sup> Ein Beispiel hierfür ist das Abtretungsverbot in Art. 85 lit. m GEK, das dem Recht in fast allen Mitgliedstaaten widerspricht, vgl. Eidenmüller et al., *JZ* 2012, 278 f.

<sup>60</sup> Eidenmüller et al., *JZ* 2012, 279 erwähnen als Beispiel die Vertragsstrafe, die nach englischem Recht verboten, nach Art. 85 lit. e GEK aber nur vermutet unzulässig ist.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu etwa Gavrilovic, *The Unfair Contract Terms Directive through the Practice of the Court of Justice of the European Union*, in: *ERCL* 9/2013, 163-180; Micklitz/Reich, *Von der Klausel- zur Marktkontrolle*, in: *EuZW* 2013, 457, 459.

<sup>62</sup> So ausdrücklich für Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL Trstenjak, *Schlussanträge Rs. C-453/10 Pereničová*, Rn. 124.

<sup>63</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, *ABl. L* Nr. 149, 22.

<sup>64</sup> EuGH Rs. C-453/10 *Pereničová*, *digitale Slg.*, Rn. 47.

Art. 5 S. 1 Klausel-RL argumentiert, dass dieses im gemeinschaftsrechtlichen Kontext zu sehen ist.<sup>65</sup> Schon im Beschluss *Pohotovost'* erklärte der EuGH die korrekte Angabe des effektiven Jahreszinsen, wie sie gem. Art. 4 Verbrauchercredit-RL<sup>66</sup> geschuldet ist, für einen maßgeblichen Faktor im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL sowie der Missbräuchlichkeitsprüfung insgesamt.<sup>67</sup> In der Rechtssache *RWE* ergänzte der EuGH, dass auch das Transparenzgebot der Gas-RL<sup>68</sup> dem der Klausel-RL entspreche.<sup>69</sup>

- 38 Die beiden „Einfallstore“ sind im GEK fast wortgleich enthalten: Gemäß Art. 82 GEK gilt nach wie vor das Transparenzgebot und in Art. 83 Abs. 2 lit. c GEK ist wie schon in der Klausel-RL die Berücksichtigung der „Umstände des Vertragsschlusses“ vorgesehen. Dies spricht für die Übertragbarkeit jedenfalls der bereits zur Klausel-RL ergangenen Rechtsprechung auch auf das GEK.<sup>70</sup> V. Mak sieht in dem Ansatz, einen in mehreren Richtlinien verwendeten Begriff im Licht der anderen Richtlinien auszulegen („cross-directive interpretation“),<sup>71</sup> einen möglichen Beitrag des EuGH zur Harmonisierung des europäischen Verbraucherrechts. Wie dieses Konzept praktisch zur Anwendung gebracht werden kann, zeigt Generalanwältin *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *Pereničová*: Teleologisch argumentiert sie, dass sich grundsätzlich die verbraucherrechtlichen Rechtsakte gegenseitig ergänzen<sup>72</sup> und insbesondere die UGP-RL und die Klausel-RL die gleiche Schutzrichtung teilten, indem beide auf die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers abzielten.<sup>73</sup> Diese Argumentation dürfte auch für das GEK fortgelten, denn insbesondere der Blick auf die in Art. 13 ff. GEK vorgesehenen Informationspflichten vor Vertragsschluss zeigen, dass das GEK insgesamt vertragliche Transparenz fördern will, um eine selbstbestimmte und interessengerechte Entscheidung des Verbrauchers zu ermöglichen. Gerade im praktisch wohl wichtigsten Anwendungsfeld des GEK, dem Onlinehandel, dürften häufig lauterkeitsrechtliche Aspekte relevant sein, die dann auch nach wie vor als Umstände bei Vertragsschluss für die Inhaltskontrolle von AGB zu berücksichtigen sein werden.
- 39 Ob der EuGH aber dauerhaft eine parallele Entwicklung der Inhaltskontrolle im GEK und in der weiterhin außerhalb dessen Anwendungsbereichs geltenden Klausel-RL gewährleisten könnte, müsste sich erst zeigen.

S. 72

- HFR 06/2014 S. 13 -

## 40 IV. Fazit und Ausblick

### 1. Die AGB-Kontrolle wird noch unübersichtlicher

Schon bisher war die Inhaltskontrolle für Anbieter gerade bei grenzüberschreitenden Geschäften schwer vorhersehbar. Indem aber das GEK im Bereich der AGB-Kontrolle die nationalen Regime gerade nicht ersetzt, sondern zu diesen hinzutritt,

<sup>65</sup> S. zu den Entscheidungen *Invitel* (Fn. 48) und *RWE* (Fn. 48) C. Leone, *Transparency revisited*, in: ERCL 10/2014, 312-325.

<sup>66</sup> Für den fraglichen Kreditvertrag galt noch die Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbrauchercredit, ABl. L Nr. 42, 48.

<sup>67</sup> EuGH *Pohotovost'* (Fn. 48), Rn. 71, 73.

<sup>68</sup> Damals galt noch die Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. L Nr. 176, 57.

<sup>69</sup> EuGH *RWE*, Rn. 46.

<sup>70</sup> M. Stürner, (Fn. 46), 72 sieht hierin wohl die einzige Voraussetzung für die Berücksichtigung der zum *Acquis* ergangenen EuGH-Rechtsprechung.

<sup>71</sup> S. V. Mak, *Harmonisation through „Directive-Related“ Case Law*, in: ZEuP 2010, 129, 138 f. mit dem Beispiel des sekundärrechtlichen Verbraucherbegriffs.

<sup>72</sup> *Trstenjak*, Schlussanträge *Pereničová* (Fn. 62), Rn. 88: „Die Unionsrechtsakte auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts müssen deshalb als Teil eines einheitlichen Gesamtregelungswerks aufgefasst werden, die einander ergänzen“ mit Verweis auf *Orlando*, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in: ERCL 7/2011, 25, 38, 40; vgl. zustimmend *Micklitz/Reich*, „Und es bewegt sich doch?“, in: EuZW 2012, 126, 127; *Micklitz/Reich*, *AGB-Recht und UWG*, in: EWS 2012, 257, 259 f.

<sup>73</sup> *Trstenjak*, Schlussanträge *Pereničová* (Fn. 62), Rn. 90 mit Verweis auf Erw.gr. 6 bis 8 der UGP-RL und Erw.gr. 8 und 15 Klausel-RL; auch M. Stürner, (Fn. 46), 75 f. betont, dass eine systematische Auslegung gleichgerichtete Schutzzwecke der zu vergleichenden Sekundärrechtsakte voraussetzten.

verkompliziert sich die Rechtslage weiter. Ein Unternehmer, der dies – wie in Art. 8 VO vorgesehen – durch Wahl des GEK freiwillig auf sich nimmt, würde sich selbst Steine in den Weg legen. Meines Erachtens ist der Punkt der gespaltenen AGB-Kontrolle unter dem GEK einer der wichtigsten, wenn davon gesprochen wird, dass die Wahl des GEK für Unternehmer unattraktiv sei.<sup>74</sup>

- 41 Die Vorschriften zur Inhaltskontrolle wurden aus der Klausel-RL in das GEK übertragen, ohne zu hinterfragen, ob sie dort überhaupt hinein passen und Sinn machen. Insbesondere durch die Listen in Art. 84 und 85 GEK wollte man wohl unter Beweis stellen, dass ein verbessertes Schutzniveau gegenüber dem *Acquis* erreicht werde. Sinnvoller wäre es gewesen, konzeptionelle Änderungen in Angriff zu nehmen: Schon in ihrem Fünfjahresbericht 2000 zur Klausel-RL hatte die Kommission ein ernüchtertes Fazit gezogen und eine mangelnde Harmonisierungswirkung sowie zersplitterte Rechtsanwendung konstatiert.<sup>75</sup> Für diese grundsätzlichen Probleme ist keine Abhilfe durch das GEK in Sicht.
- 42 Rechtspolitisch ist bedauernswert, dass einige schon nach der Klausel-RL strittige Fragen mangels grundsätzlicher Überarbeitung weiter ungeklärt bleiben: Was bedeutet „Umstände“ bei standardisierten Vertragsschlüssen?<sup>76</sup> Welche Rolle spielt das nationale dispositive Recht?<sup>77</sup> Welche Kriterien sind bei der Prüfung eines Missverhältnisses entgegen von Treu und Glauben zu berücksichtigen? Ist die Rechtsfolge bei Intransparenz die Nichtigkeit der Klausel oder handelt es sich hierbei nur um ein Tatbestandsmerkmal innerhalb der Missbräuchlichkeitsprüfung?<sup>78</sup> Der EuGH hat für die Klausel-RL seit 2012 verstärkt Hinweise zu diesen Fragen gegeben. Im 2011 veröffentlichten GEK fehlt aufgrund der Chronologie der Ereignisse die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung.

**S. 73**

- HFR 06/2014 S. 14 -

- 43 Im Übrigen ist die praktische Relevanz der AGB-Kontrolle im GEK fraglich. Keine der bisher zur Klausel-RL ergangenen EuGH-Entscheidungen betraf einen Sachverhalt, auf den das GEK hätte angewendet werden können. Mehrheitlich ging es um Finanzierungsverträge,<sup>79</sup> zwei Entscheidungen ergingen zum Immobiliarkauf<sup>80</sup> und eine betraf einen ratenfinanzierten Kauf,<sup>81</sup> einigen lagen Telekommunikationsdienstleistungen zugrunde.<sup>82</sup> Weitere Entscheidungen hatten Gaslieferungsverträge,<sup>83</sup> einen Mietvertrag<sup>84</sup> oder die Nutzung einer Online-Börse zum Gegenstand.<sup>85</sup> Unterstellt man, dass Klauseln, die es bis vor den EuGH „schaffen“,

<sup>74</sup> S. ähnlich Eidenmüller et al., JZ 2012, 288; zu Recht wurde verschiedentlich ausgeführt, dass die Wahl durch die Parteien in der Praxis allein durch den Unternehmer erfolgen würde, s. W. Doralt, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, in: AcP 211/2011, 1, 14; kritisch Whittaker, The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract, in: ERCL 7/2011, 371, 387 ff.; gegen die Attraktivität des GEK spreche vor allem auf dessen inhaltliche Unklarheit und Lückenhaftigkeit, vgl. nur Eidenmüller et al., JZ 2012, 285.

<sup>75</sup> S. KOM (2000) 248, 30; ebenso etwa Alpa, The Role of Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities, in: Collins (Hrsg.), Standard Contract Terms, 2008, 75, 89 aus italienischer Perspektive; Schillig, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, 2009, 251 f.; Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, 420 f.

<sup>76</sup> Möslin (Fn. 13), 281; ebenso Pfeiffer, ERPL 19/2011, 849; v. Westphalen (Fn. 13), 664, 666.

<sup>77</sup> Möslin (Fn. 13), 280.

<sup>78</sup> v. Westphalen (Fn. 13), 666.

<sup>79</sup> EuGH Rs. C-484/08 Caja de Ahorros, Slg. 2010 I-4785; Rs. C-137/08 Pényügyi, Slg. 2010 I-10847; Pohotovosť (Fn. 48); Pereničová (Fn. 64); Banco Español de Crédito (Fn.41); Rs. C-472/11 Banif Plus Bank, noch nicht veröffentlicht; Aziz (Fn. 41); Rs. C-397/11 Jörös, noch nicht veröffentlicht; Banco Popular (Fn.41); Rs. C-470/12 Pohotovosť, noch nicht veröffentlicht; Sebestyén (Fn. 41); Rs. C-280/13 Barclays Bank, noch nicht veröffentlicht; Kásler (Fn.48).

<sup>80</sup> EuGH Rs. C-237/02 Freiburger Kommunalbauten, Slg. 2004 I-3403; Constructora Principado (Fn. 42).

<sup>81</sup> EuGH Océano Grupo (Fn. 41).

<sup>82</sup> EuGH Mostaza Claro (Fn. 41); Pannon (Fn. 41); Asturcom (Fn. 41); Invitel (Fn. 41).

<sup>83</sup> EuGH RWE (Fn. 48).

<sup>84</sup> EuGH Rs. C-488/11 Asbeek, noch nicht veröffentlicht.

<sup>85</sup> EuGH Rs. C-413/12 Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, noch nicht veröffentlicht.

besonders praxisrelevant sind, kommen Zweifel auf, dass es sich bei der AGB-Kontrolle im GEK um mehr als ein kosmetisches Zugeständnis an den Verbraucherschutz handelt.

## 44 **2. Das GEK als Herausforderung für die Rechtsprechung**

Die Klausel-RL hatte für ihre Durchsetzung immerhin von den Mitgliedstaaten verlangt, dafür zu sorgen, dass „angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind“, um der Verwendung unfairer AGB ein Ende zu setzen (Art. 7 Abs. 1 Klausel-RL). Hierzu wurde als einzige konkrete Vorgabe die Einführung von Verbandsklagen vorgesehen, wobei im Richtlinienentwurf anerkannt wird, dass auf nationaler Ebene sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden für die Beurteilung von AGB zuständig sein können (vgl. Art. 7 Abs. 2 Klausel-RL).

- 45 Das GEK schweigt sich über die Zuständigkeitsverteilung seiner Anwendung aus. Da es sich um eine Kaufrechtskodifikation handeln soll, ist von der klassischen Zuständigkeit der Zivilgerichte auszugehen. Zur Klausel-RL war jahrelang umstritten, wie die Kompetenz zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie verteilt sei.<sup>86</sup> In der Rechtssache *Pénzügyi* entschied der EuGH schließlich, dass die konkrete Bewertung einer Klausel Sache der nationalen Gerichte sei, für die Auslegung aller Aspekte der Richtlinie sei hingegen der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zuständig.<sup>87</sup> Für das GEK muss diese Frage nun neu gestellt werden.

S. 74

- HFR 06/2014 S. 15 -

- 46 *Ernst* hat griffig formuliert, dass für die „Reifung“ eines Vertragsstatuts einerseits eine hohe Zahl von Gerichtsentscheidungen und andererseits eine letztverbindliche Oberinstanz erforderlich sei.<sup>88</sup>
- 47 Hohe Fallzahlen werden wohl am ehesten auf nationaler Ebene anfallen, auch weil AGB-Streitigkeiten mit Verbraucherbeteiligung oft nur einen geringen Streitwert haben.<sup>89</sup> *Herresthal* schlägt vor, dass nationale Richter bei Anwendung des GEK verpflichtet werden sollen, alle Sprachfassungen sowie einschlägige Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, um eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten.<sup>90</sup> Hierzu sieht Erwägungsgrund 34 vor, eine Datenbank aller nationalen Entscheidungen einzuführen.<sup>91</sup>
- 48 Zusätzlich ist eine europaweit verbindliche Revisionsinstanz notwendig.<sup>92</sup> Der EuGH wird sich nicht wie bei der Klausel-RL auf bloße Auslegungshinweise beschränken können. Bisher wurde zwar die Struktur der Prüfung durch die Klausel-RL angeglichen, die gleiche Klausel kann aber durchaus in verschiedenen Mitgliedstaaten

<sup>86</sup> Vgl. überblicksartig nur Heiderhoff, *Verbrauchervertragsrecht*, 2004, 122-131 m.w.N.; Röthel, Die Konkretisierung von Generalklauseln, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2010, Rn. 4 f.

<sup>87</sup> EuGH *Pénzügyi* (Fn. 79), Rn. 38 f.

<sup>88</sup> Ernst, Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht, in: AcP 208/2008, 248, 267 zum DCFR; ebenso schon Grundmann, *Europäisches Vertragsrecht - Quo vadis?*, in: JZ 2005, 860, 868.

<sup>89</sup> ELI Statement (Fn. 10), Rn. 65 ff.; Riehm, *Europäisches Fachgericht für Privatrecht*, in: Gsell/Hau (Hrsg.) *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem*, 2012, 203, 212.

<sup>90</sup> Herresthal, *EuZW* 2011, 8; so schon zur Klausel-RL Micklitz, *Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts*, in: ERCL 6/2010, 347, 358, 365.

<sup>91</sup> Zustimmung s. etwa ELI Statement (Fn. 10), Rn. 65 ff.; s. zur kurzzeitig bestehenden Datenbank zu Fällen nach der Klausel-RL KOM (2000) 248, 6, 12; Micklitz/Radeideh, *CLAB Europa*, in: *J. Consumer Policy* 28/2005, 325-360; ergänzend schlägt das ELI auch eine offizielle Kommentierung zum GEK sowie ein Beratungskomitee vor, s. ELI Statement (Fn. 10), Rn. 57-64.

<sup>92</sup> Herresthal, *EuZW* 2011, 12; s. auch Riehm (Fn. 89), 210 f.

unterschiedlich bewertet werden.<sup>93</sup> Was aufgrund des mindestharmonisierenden Ansatzes der Klausel-RL wohl als – wenngleich bedauerliche – gesetzgeberische Grundentscheidung hinzunehmen war, ist im GEK nicht tragbar, wenn nicht der Sinn seiner Verwendung gänzlich entfallen soll. Hierzu müssten die personellen Ressourcen des EuGH sowohl im juristischen Bereich als auch beim Übersetzungsdienst deutlich aufgestockt werden.<sup>94</sup>

- 49 Die Effektivität der AGB-Kontrolle steht und fällt mit ihrer Durchsetzung.<sup>95</sup> Ein wirksamer Verbraucherschutz kann hier nicht so sehr durch strenge Regeln erreicht werden, als durch flächendeckende und möglichst auch präventive Kontrolle. Andererseits muss die Kontrolle auch für Unternehmer vorhersehbar und transparent sein, damit ihnen ein regelkonformes Verhalten erleichtert wird. Diesen Ansprüchen wird das GEK ebenso wenig gerecht wie schon zuvor die Klausel-RL.

*Zitierempfehlung:* Carmen Appenzeller, HFR 2014, S. 60 ff.

---

<sup>93</sup> Vgl. für Beispiele etwa Kenny, Orchestrating sub-prime consumer protection in retail banking, in: ERPL 19/2011, 43; Kieninger, Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?, in: RabelsZ 73/2009, 793, 801; Amato, Unfair Contract Terms in Search of Harmonization, in: Collins (Hrsg.), Standard Contract Terms, 2008, 187, 191; Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, in: Recueil Dalloz Sirey 1993 n° 43, 315.

<sup>94</sup> Herresthal, EuZW 2011, 12 mit Verweis auf Ernst, AcP 208/2008, 267; Grigoleit, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrecht, in: AcP 210/2010, 354, 390; vgl. grundlegend Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, 115 ff., 268 ff.; Basedow, The Court of Justice and Private Law, ERPL 18/2010, 443, 469 ff.

<sup>95</sup> S. so zum GEK Busch, euvr 2013, 35; vgl. allgemein zum Verbraucherrecht nur Brownsword/Micklitz/Niglia/Weatherill (Hrsg.), The Foundations of European Private Law, 2011, Kapitel 4 passim; Wilhelmsson, The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law, in: J. Consumer Policy 27/2004, 317, 329.