

Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt

Herausgegeben von
MARKUS ARTZ
und BEATE GSELL

Mohr Siebeck

Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt



Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt

Die europäischen Richtlinienvorschlage zum Fernabsatz
von Waren und zur Bereitstellung digitaler Inhalte

Herausgegeben von
Markus Artz und Beate Gsell

Mohr Siebeck

Markus Artz ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld und Leiter der Forschungsstelle für Immobilienrecht der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld (gemeinsam mit Prof. Dr. Florian Jacoby).

Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München; außerdem im Nebenamt Richterin am OLG München.

ISBN 978-3-16-155027-0 / eISBN 978-3-16-156190-0

DOI 10.1628/ 978-3-16-156190-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Nachdem das ambitionierte Projekt einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht bis auf Weiteres von der Agenda des Europäischen Gesetzgebers gestrichen wurde,¹ hat die Europäische Kommission mit den beiden Richtlinienentwürfen vom Dezember 2015 zum Waren-Fernabsatz² einerseits und zu Verträgen über digitale Inhalte³ andererseits einen neuen Vorstoß zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts unternommen. Beide Vorschläge stehen im Kontext der im Mai 2015 angenommenen Strategie für einen digitalen Binnenmarkt.⁴

In der Tat bringt die Digitalisierung einen erheblichen Wandel der sozialen Wirklichkeit der Verbrauchervertragspraxis mit sich. Als besonders augenfällige Veränderung sei hier nur die massenhafte Verschiebung genannt weg vom einmaligen Sachkauf als Austauschvertrag hin zu typengemischten dauerschuldähnlichen Vertragsbeziehungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte mit dienst- und werkvertraglichen Elementen, wie sie etwa mit dem Schlagwort „access over ownership“ plastisch umschrieben wird. Ferner sei erwähnt die verstärkte personale Multipolarität der Vertragsbeziehungen, die aufgrund von Vertragsschlüssen über online-Plattformen, aber auch aufgrund der Bereitstellung digitaler Inhalte durch vom Vertragspartner verschiedene Dritte bewirkt wird oder auch durch die Abhängigkeit der Funktion des Vertragsgegenstandes von einer bestimmten, von Dritten bereitgestellten digitalen Umgebung.

Die beiden Richtlinien-Vorschläge regeln allerdings in der gewohnt sektoriell-punktuellen Manier europäischen Verbraucher-Richtlinienrechts nur Ausschnitte aus dem Vertragsrecht. Sowohl für den Absatz von Waren als auch für

¹ S. den als „Liste der zurückzuziehenden oder zu ändernden Vorschläge“ überschriebenen Annex 2 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 vom 16. 12. 2014, COM(2014) 910 final, wo es unter Ziffer 60 zur Begründung heißt: „Der Vorschlag wird geändert, um das Potenzial des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung zu bringen.“

² Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9. 12. 2015, COM(2015) 635 final.

³ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final.

⁴ S. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, vom 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final.

Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte sollen im Wesentlichen nur die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der versprochenen Waren und Dienstleistungen sowie die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit harmonisiert und zwar vollharmonisiert werden.

Ob ein solcher begrenzter Ansatz geeignet ist, die vertragsrechtlichen Anforderungen der Digitalisierung unionsweit und mit Vorbildcharakter für andere Rechtsordnungen zu bewältigen und insbesondere den grenzüberschreitenden Vertrieb von Waren und digitalen Dienstleistungen unionsweit voranzubringen oder ob nicht die von der Europäischen Kommission immer wieder gebrandmarkte „Rechtszersplitterung“ angesichts des weiterhin jenseits der Anwendungsbereiche der geplanten Richtlinien notwendigen Rückgriffs auf nationale Rechtsordnungen fort dauern wird oder gar eine weitere Fragmentierung der Rechtslage droht wegen der geplanten Zweiteilung des vertragsrechtlichen Regimes in Regeln für den Waren-Absatz einerseits und Verträge über digitale Inhalte andererseits bedarf eingehender Analyse. Entsprechendes gilt für die Beurteilung der inhaltlich-technischen Qualität der Entwürfe und ihres Innovationsgehaltes insbesondere im Bereich der Verträge über digitale Inhalte.

Der vorliegende Band versammelt die Beiträge einer Tagung vom Juli 2016 in Berlin. Der modifizierte Kommissionsentwurf des Richtlinienentwurfs zum Warenabsatz vom Oktober 2017, mit dem der Anwendungsbereich nun doch auf den stationären Handel ausgeweitet wird,⁵ konnte noch nicht vorweggenommen werden, während die im Juni 2017 als Grundlage weiterer Beratungen vorgelegte „Kompromissfassung“⁶ des Richtlinienentwurfes zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte teilweise berücksichtigt wurde.

Wir danken den Referentinnen und Referenten, ebenso wie den Diskussionsleitern und den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung vielmals für ihre Beiträge und Mitwirkung. Auch sind wir dem Unternehmen arvato/Bertelsmann zu großem Dank verpflichtet für die großzügige finanzielle Unterstützung der Tagung. Unser herzlicher Dank gilt ferner unseren beiden Lehrstuhl-Teams für vielfältige organisatorische Unterstützung. Schließlich möchten wir dem Verlag Mohr Siebeck herzlich danken für die Möglichkeit zur Veröffentlichung dieses Tagungsbandes und die Mühen seiner Lektorierung und Produktion.

Bielefeld/Málaga und München

Markus Artz, Beate Gsell

⁵ Vgl. geänderter Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels vom 31. 10. 2017, COM(2017) 637 final. Die modifizierte Fassung zielt damit auf Ersetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG.

⁶ Rat der Europäischen Union, Dok. 9901/17 ADD 1 vom 1. 6. 2017.

Inhaltsverzeichnis

<i>Christoph Busch</i> Wandlungen des Verbrauchervertragsrechts auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt. Standortbestimmung und europäische Legislativoptionen	1
<i>Matthias Lehmann</i> Binnenkohärenz des europäischen Verbrauchervertragsrechts	19
<i>Caroline Meller-Hannich</i> Vollharmonisiertes Verbraucherrecht und Verbraucherrechtsdurchsetzung	45
<i>Julia Ludwigkeit</i> Diskussionsbericht Zu den Referaten von <i>Christoph Busch</i> , <i>Matthias Lehmann</i> und <i>Caroline Meller-Hannich</i>	69
<i>Thomas Riehm</i> Regelungsbereich und Harmonisierungsintensität des Richtlinienentwurfs zum Waren-Fernabsatz	73
<i>Florian Faust</i> Regelungsbereich und Harmonisierungsintensität des Richtlinienvorschlags zur Bereitstellung digitaler Inhalte	91
<i>Jonas Brinkmann</i> Diskussionsbericht Zu den Vorträgen von <i>Thomas Riehm</i> und <i>Florian Faust</i>	111
<i>Brigitta Zöchling-Jud</i> Vertragsmäßigkeit von Waren und digitalen Inhalten – (rechtzeitige) Bereitstellung digitaler Inhalte	119
<i>Beate Gsell</i> Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit in den Richtlinienvorschlägen zum Fernabsatz von Waren und zur Bereitstellung digitaler Inhalte	143

Matthias Fervers

Diskussionsbericht

Zu den Vorträgen von *Brigitta Zöchling-Jud* und *Beate Gsell* 177

Autorenverzeichnis 181

Wandlungen des Verbrauchervertragsrechts auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt*

Standortbestimmung und europäische Legislativoptionen

Christoph Busch

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
B. Verbrauchervertragsrecht im Kontext der europäischen Privatrechtsentwicklung	2
I. „Goldene Gründerjahre“: Richtlinien der ersten Generation	2
II. DCFR und Acquis Review	3
III. Verbraucherrechterichtlinie und Gemeinsames Europäisches Kaufrecht . .	6
IV. Vom Gemeinsamen Europäisches Kaufrecht zum digitalen Binnenmarkt .	7
V. Zwischenfazit	9
C. Verbrauchervertragsrecht im digitalen Binnenmarkt	10
I. Neue Interferenzprobleme	10
II. Neue Schwerpunkte innerhalb des Vertragsrechts	12
III. Neue Regulierungsinstrumente	14

A. Einleitung

Die Veranstalter der Tagung haben mir die Aufgabe gestellt, erstens eine Standortbestimmung zu versuchen und zweitens über europäische Legislativoptionen nachzudenken. Diese doppelte Aufgabe erfordert zwei unterschiedliche Perspektiven:

Zur Ermittlung des Standorts ist es zunächst erforderlich, einen Blick zurück zu werfen auf die europäische Rechtsentwicklung der letzten Jahre. Ordnet man die aktuellen Vorschläge in diesen Kontext ein, so wird erkennbar, dass die beiden Richtlinienentwürfe,¹ die Gegenstand dieser Tagung sind, in vieler Hin-

* Erweiterte Fassung des am 4.7.2016 auf der Tagung „Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt“ gehaltenen Vortrags. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM(2015) 634 (im Folgenden: DIRM) und Vorschlag für Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimm-

sicht das vorläufige Ergebnis einer durch große Erwartungen und ebenso große Enttäuschungen, unaufgelöste Widersprüche und überraschende Kurswechsel geprägten Entwicklung sind.

Die zweite Frage nach den Legislativoptionen lenkt den Blick nach vorn auf Handlungsmöglichkeiten des europäischen Gesetzgebers und die künftige Gestalt des Verbrauchervertragsrechts. Nun werde ich heute keine Prognosen anstellen über die Entwicklung des Verbrauchervertragsrechts in den nächsten zehn Jahren. Das wäre wohl auch etwas gewagt. Einige Konturen einer möglichen zukünftigen Rechtsentwicklung sind aber auch und gerade anhand der Vorschläge vom 9.12.2015 erkennbar. Von diesen sich bereits abzeichnenden Wandlungen des Verbrauchervertragsrechts auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt soll im zweiten Teil die Rede sein.

B. Verbrauchervertragsrecht im Kontext der europäischen Privatrechtsentwicklung

Zunächst also ein Blick zurück: Vorausgeschickt sei, dass meine Perspektive natürlich subjektiv ist. Ich kann nicht versprechen zu schildern, „wie es eigentlich gewesen ist.“ Es soll daher im Folgenden weniger um eine detailgetreue „histoire événementielle“ des europäischen Verbraucherrechts gehen,² sondern um eine Art „Mentalitätsgeschichte“, sozusagen die „Fieberkurve“ des Verbraucherrechts. Um den Gang des Geschehens zu strukturieren, mag es dabei hilfreich sein, die jüngere Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts in vier Phasen einzuteilen.³

I. „Goldene Gründerjahre“: Richtlinien der ersten Generation

Die Entwicklungslinien, die zu den beiden Vorschlägen vom 9.12.2015 führen, beginnen in einer Zeit, die *Norbert Reich* etwas nostalgisch und vielleicht nicht ganz ohne Ironie als „goldene Gründerjahre“ des Verbraucherrechts bezeichnet hat.⁴ In dieser Zeit, den 1980er und 90er Jahren, wurden gemeinschaftliche Stan-

te vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, KOM(2015) 634 (im Folgenden: FWRL).

² Einen Überblick bietet *Hugh Beale*, *The story of EU contract law – from 2001 to 2014*, in: Christian Twigg-Flesner (Hg.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham 2016, 431–462.

³ Der Probleme, die mit solchen Periodisierungen verbunden sind, bin ich mir sehr wohl bewusst, aber hier gilt, wie der französisch-polnische Historiker *Krzysztof Pomian* es formuliert: „Les périodisations servent à rendre les faits pensable.“, *Krzysztof Pomian*, *L'ordre du temps*, Paris 1984, S. 164; siehe auch *Jürgen Osterhammel*, Über die Periodisierung der neueren Geschichte, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften: *Berichte und Abhandlungen*, Bd. 10, Berlin 2006, S. 47–64.

⁴ *Norbert Reich*, *Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“ – Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten*, ZEuP 2010, 7, 8.

dards für Haustürgeschäfte und Verbrauchercredit, Pauschalreisen und Klauselkontrolle, Timesharing und Fernabsatz geschaffen. Die letzte dieser „Richtlinien der ersten Generation“⁵ war die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus dem Jahr 1999.

Charakteristisch für diese Richtlinien war, dass sie nur punktuell ganz ausgewählte Fragen des Verbraucherrechts behandelten. Die Defizite dieses sektoriellen oder „vertikalen“ Ansatzes sind oft beschrieben worden.⁶ Insbesondere mangelte es dem sich nach und nach herausbildenden *acquis communautaire* an inhaltlicher Kohärenz. Hinzu kommt, dass die Richtlinien der ersten Generation auf dem Konzept der Mindestharmonisierung beruhten. Den Mitgliedstaaten stand es also frei, zugunsten der Verbraucher strengere Bestimmungen einzuführen oder aufrecht zu erhalten. Da die Mitgliedstaaten hiervon regen Gebrauch gemacht haben, ergaben sich erhebliche Unterschiede im Verbraucherschutzniveau.⁷ Ein „level playing field“ im Binnenmarkt ließ sich auf diese Weise nicht erreichen.

Das Problem verschärfte sich mit der zunehmenden Verdichtung des *acquis*. Etwa um das Jahr 2000 zeichnete sich ein politischer Strategiewechsel ab hin zu einer stärkeren Systematisierung und einer Anhebung des Harmonisierungsgrades.⁸ Damit setzte zugleich eine bis dahin ungekannte Dynamik ein, die eine neue Phase der Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts einleitete.

II. DCFR und Acquis Review

Die Initialzündung bildete die im Juli 2001 veröffentlichte Mitteilung der Kommission,⁹ mit der das Europäische Vertragsrecht auf die politische Agenda gesetzt wurde. Die Mitteilung war ihrerseits eine Antwort auf die Beschlüsse des Europäischen Rates von Tampere aus dem Jahr 1999, in denen eine „allgemeine Studie“ über die Angleichung des mitgliedstaatlichen Zivilrechts gefordert worden war.¹⁰ Konkretisiert wurden diese Überlegungen im Februar 2003 mit

⁵ Christoph Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009, S. 85.

⁶ Siehe etwa Brigitta Zöchling-Jud, Acquis-Revision, Common European Sales Law und Verbraucherrechtlicherichtlinie, AcP 212 (2012), 550 ff.

⁷ Siehe die Bestandsaufnahme in Hans Schulte-Nölke/Christian Twigg-Flesner/Martin Ebers (Hg.), EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States, München 2008.

⁸ Zu diesem Strategiewechsel Beate Gsell/Carsten Herresthal, Einleitung, in: dies. (Hg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009, S. 2 ff.

⁹ Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht vom 11.07.2001, KOM (2001) 398 endg.; dazu näher Stefan Grundmann, Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte, NJW 2002, 393 ff.; Hans Schulte-Nölke, Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?, JZ 2001, 917 ff.; Christian von Bar, Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2001, 799 ff.; Dirk Staudenmayer, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2001, 485 ff.

¹⁰ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere, ABl. EG Nr. C 377/323 v. 29.12.2000.

einem Aktionsplan.¹¹ Darin wurde die Ausarbeitung eines „gemeinsamen Referenzrahmens“ in Aussicht gestellt. Über die Funktion des „Common Frame of Reference“ (CFR) erfuhr man von der Kommission nur Ungefähres. Einerseits wurde betont, dass es sich im Wesentlichen nur um eine „Toolbox“¹² zur Unterstützung des europäischen Gesetzgebers handeln solle. Andererseits war davon die Rede, dass der CFR die Basis für weitere Überlegungen für ein „optionales Rechtsinstrument“ auf dem Gebiet des Vertragsrechts liefern solle.¹³

Die Einzelheiten zur Erarbeitung des Draft CFR (DCFR) sind an anderer Stelle bereits ausführlich geschildert worden und sollen hier nicht wiederholt werden.¹⁴ Es lohnt sich aber noch einmal an die aufgeheizte Stimmung der Jahre 2006 bis 2008 zu erinnern. So titelte etwa die Frankfurter Allgemeine Zeitung im Oktober 2006 ganz alarmistisch „Rettet das BGB vor Brüssel“.¹⁵ In besorgtem Ton hieß es: „Weitgehend unbeachtet, aber wild entschlossen arbeitet eine kleine Gruppe von Rechtswissenschaftlern am Abschied vom BGB“ Und weiter: „Praxisferne Doktoranden basteln am Reißbrett ein europäisches Zivilgesetzbuch, das niemand braucht.“ Die Zeitschrift „Der Betrieb“ fragte etwa zur gleichen Zeit angstvoll: „Ist das europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen“¹⁶. Bei einer Podiumsdiskussion in London warnte ein Richter des englischen High Court die versammelten Zuhörer vor einer „pandora’s box with a lot of trojan horses inside“¹⁷ und Jürgen Basedow diagnostizierte in der ZEuP gar einen „Kodifikationsrausch“.¹⁸

¹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 15.3.2003 – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.

¹² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. Oktober 2004 – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., S. 3 ff. Der vielzitierte Begriff der „Toolbox“ wird nur in der englischen Fassung verwendet. In der deutschen Sprachfassung ist ganz allgemein vom „Instrumentarium des GRR“ die Rede.

¹³ Aktionsplan (Fn. 11), Abschnitt 4.1.1, Nr. 59–68; siehe auch Dirk Staudenmayer, Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2005, 103 ff.

¹⁴ Siehe die Beiträge in Martin Schmidt-Kessel (Hg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009 und Reiner Schulze/Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke (Hg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, Tübingen 2008.

¹⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18.10.2006, Nr. 242, S. 13.

¹⁶ Peter M. Wiesner, Ist das europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?, DB 2005, 871.

¹⁷ Es ist auffällig, wie häufig die Metapher des Trojanischen Pferdes im Zusammenhang mit europäischen Rechtssetzungsprojekten im Bereich des Vertragsrechts verwendet wird, siehe etwa Norbert Reich, Die Stellung des Verbraucherrechts im „Gemeinsamen Referenzrahmen“ und im „optionellen Instrument“: trojanisches Pferd oder Kinderschreck?, in: FS Bernd Stauder, Baden-Baden 2006, 357 (zum DCFR); Barbara Dauner-Lieb, in: Remien (Hg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 2008, S. 191, 192 (zur Verbrauchergüterkaufrichtlinie); Christiane Wendehorst, Regulierungsprivatrecht, in: Schumann (Hg.), Das erziehende Gesetz, Berlin 2014, 113, 126 (zum GEK); Ulrich G. Schroeter/Jonas von Schöler, Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum Vertragsrecht des Online-Warenhandels, DB 2016, 754, 760 (zum Vorschlag einer Richtlinie über den Online-Warenhandel). Dieses Thema könnte ein lohnender Gegenstand einer sprachpsychologischen Untersuchung sein.

¹⁸ Jürgen Basedow, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 673–676.

Auf den Rausch folgte schon bald die Ernüchterung. Als die endgültige Fassung des DCFR zum Jahresende 2008 vorgestellt wurde, hatte der politische Elan bereits merklich nachgelassen. Einen im privatrechtlichen Schrifttum wenig beachteten Anteil daran hatte vielleicht auch die globale Finanzkrise, die im September 2008 mit dem Zusammenbruch der Investmentbank *Lehman Brothers* ihren Höhepunkt erreichte. Am 3. September 2008 hatte sich das Europäische Parlament in einer Resolution noch ganz positiv zur weiteren Arbeit am CFR geäußert.¹⁹ Keine zwei Wochen später, am 15. September 2008, musste *Lehman Brothers* Insolvenz anmelden. Als sich der Europäische Rat im November 2008 mit der Zukunft des CFR befasste, hatten sich die politische Agenda in Brüssel bereits deutlich verändert. Nun rang man fieberhaft um die Rettung des Bankensystems. Für die Verwirklichung eines europäischen Vertragsrechts waren jetzt keine Kräfte mehr verfügbar.

Inhaltlich hatte sich der Fokus schon einige Zeit vorher verlagert vom Großprojekt eines europäischen Vertragsrechts hin zu den kleinteiligeren Fragen des Verbraucherrechts. Denn parallel und etwas im Schatten der Arbeiten am DCFR hatte die Kommission zwischenzeitlich die Revision des Verbraucher-acquis in Angriff genommen. Bereits in der Verbraucherpolitischen Strategie von 2002 hatte die Kommission angekündigt, man müsse „auf ein einheitlicheres Umfeld für Verbraucherschutz in der gesamten EU hinarbeiten.“²⁰

Die darin etwas verklausuliert zum Ausdruck kommende Forderung nach einer Vollharmonisierung wurde schrittweise in die Tat umgesetzt, etwa mit der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2002/65/EG) und der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG), die der Kommission in vieler Hinsicht als Vorbild für die spätere Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) diene. Nach einer längeren Diagnosephase kündigte die Kommission im Grünbuch²¹ von 2007 die Überprüfung von insgesamt acht Verbraucherrechtsrichtlinien an. Zugleich ließ die Kommission keinen Zweifel der von ihr bevorzugten Handlungsoption: der Schaffung eines vollharmonisierten „horizontalen Instruments“.

Wie sich diese sog. Acquis Review zu den Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht verhält, war nie ganz klar.²² Zwar gab es einige personelle Verflechtungen auf der Ebene der Protagonisten. In der Sache war es aber häufig eher ein Neben- als ein Miteinander. Als im Oktober 2008 der angekündigte Entwurf der Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) vorgelegt wurde, waren die Reaktionen überwiegend kritisch: Zum einen umfasste der Vorschlag statt acht

¹⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3.9.2008 zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht, P6_TA-PROV(2008)0397.

²⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – „Verbraucherpolitische Strategie 2000–2006“ vom 8.6.2002, KOM(2002) 208 endg., Abschnitt 3.

²¹ Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz“ v. 8.2.2007, KOM(2006) 744 endg.

²² *Zöchling-Jud* (Fn. 6) 550, 553; siehe auch *Hans-W. Micklitz/Norbert Reich*, europäisches Verbraucherrecht – quo vadis?, VuR 2007, 121 ff.

nur vier Richtlinien (Fernabsatz-, Haustürgeschäfte-, Verbrauchsgüterkauf- und Klausel-RL), zum anderen wurde der DCFR kaum berücksichtigt. Auf besonders heftige politische Kritik stieß aber das Konzept der flächendeckenden Vollharmonisierung.²³

III. Verbraucherrechterichtlinie und Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Mit dem Ringen um die VRRL beginnt die dritte Phase der jüngeren Verbraucherrechtsentwicklung. Die Jahre 2009 bis 2011 waren geprägt von verschiedenen Versuchen, den missglückten Richtlinienvorschlag zu retten. Im Zentrum der Debatte stand der Streit über die flächendeckende Vollharmonisierung. Eine Reihe von Mitgliedstaaten verweigerten sich dem damit verbundenen vollständigen Kompetenztransfer auf die Union.

Die Blockade konnte erst Ende 2010 unter belgischer Ratspräsidentschaft überwunden werden, indem der Kommissionsvorschlag radikal verschlankt wurde. Aus der Richtlinie über Rechte der Verbraucher wurde damit im Wesentlichen eine Neuauflage der Haustür- und Fernabsatzrichtlinie.²⁴ Unter ungarischem Ratsvorsitz wurde im Frühjahr 2011 dann auch die flächendeckende Vollharmonisierung aufgegeben und auf ein Modell der „targeted full harmonisation“ zurückgefahren. Im Ergebnis blieb von der groß angelegten Acquis-Revision nur ein Torso übrig. Die Kommentare fielen entsprechend kritisch aus. *Hans Micklitz* und *Norbert Reich* sprachen von einer „Cronica de una muerte anunciada“²⁵ und *Martin Schmidt-Kessel* gar von einem „legistischen Desaster“.²⁶

Auf der anderen europäischen Großbaustelle – dem Projekt eines gemeinsamen Referenzrahmens – sah es zunächst nicht besser aus. Die Hoffnungen auf einen politischen CFR noch unter der Kommission *Barroso I* erfüllten sich nicht. Auch hier bemühten sich die Beteiligten daher um Rettungsversuche. Aus der Wissenschaft wurde bald die Forderung nach einer „Rekontraktualisierung“ des DCFR erhoben.²⁷ Um den aus politischer Sicht viel zu breit angelegten DCFR zu retten, sollte er also auf seinen vertragsrechtlichen Kern zurückgeführt werden. Aufgegriffen wurde diese Idee von *Viviane Reding*, der neuen Justizkom-

²³ Einen Überblick über die Debatte bieten die Beiträge in *Gsell/Herresthal* (Fn. 8) und *Michael Stürner* (Hg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, München 2010.

²⁴ Die wesentlichen Entwicklungen im Rechtsetzungsverfahren skizziert *Oliver Unger*, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – eine systematische Einführung*, ZEuP 2012, 270, 273 ff.

²⁵ *Hans-W. Micklitz/Norbert Reich*, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a „Directive on Consumer Rights““, CMLR 46 (2009) 471 ff.

²⁶ *Martin Schmidt-Kessel*, *Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz – Meilensteine auf dem Weg zum legistischen Desaster*, GPR 2010, 129 ff.

²⁷ *Reiner Schulze/Thomas Wilhelmsson*, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law rules*, ERCL 2008, 154 ff.; siehe auch *Reiner Schulze*, *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in: ders. (Hg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2nd Revised Edition, München 2009, S. 1, 17 f.

missarin der Kommission *Barroso II*. Mit neuem Elan und einem geradezu atemberaubenden Tempo wurde im April 2010 eine Expert Group²⁸ eingesetzt und eine Machbarkeitsstudie²⁹ für ein „optionales Instrument“ erstellt. Im Juli 2010 folgte ein neues Grünbuch³⁰ zum Vertragsrecht und im Oktober 2011 wurde der Vorschlag³¹ für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) vorgelegt, das als „fakultatives Vertragsrecht“ neben die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen treten sollte.³² Damit hatte die Kommission innerhalb weniger Jahre erneut einen Strategiewechsel vollzogen.

IV. Vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht zum digitalen Binnenmarkt

Die Jahre von 2011 bis 2014 waren wiederum geprägt von Rettungsversuchen. Auf eine Schilderung der Details soll hier verzichtet werden. Die Geschichte vom Scheitern des GEK ist an anderer Stelle bereits detailliert beschrieben worden.³³ In Erinnerung rufen möchte ich aber, dass die Versuche zur Rettung des GEK neben der üblichen Verschlinkung von Anfang an auf eine „Digitalisierung“ des Vorschlags gerichtet waren.³⁴ Insoweit weisen die Versuche zur Rettung des optionalen Kaufrechts bereits über das GEK hinaus.

Im Herbst 2013 sprach sich etwa der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments dafür aus, den Anwendungsbereich des GEK auf „Verträge im Bereich des Cloud Computings“ zu erweitern.³⁵ Auch Regeln über digitale Inhalte waren zunächst nicht geplant. In der Machbarkeitsstudie vom Mai 2011 fehlen sie noch vollständig.³⁶ Erst in letzter Minute wurden sie in den Entwurf des GEK aufgenommen.

²⁸ ABl. L 105 v. 27.4.2010.

²⁹ Der Text der Machbarkeitsstudie ist abgedruckt in *Hans Schulte-Nölke/Fryderyk Zoll/Nils Jansen/Reiner Schulze* (Hg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München 2012.

³⁰ Grünbuch der Kommission „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“ v. 1.7.2010, KOM(2010) 348 endg.

³¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11.10.2011, KOM(2011) 635 endg.

³² Zur umstrittenen Frage der kollisionsrechtlichen Einbettung eines fakultativen Vertragsrechts siehe *Christoph Busch*, *Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht EuZW 2011*, 655 sowie die Beiträge in *Martin Gebauer* (Hg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013.

³³ Siehe etwa *Marina Tamm/Klaus Tonner*, *Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes*, EWS 2015, 241 ff.; siehe auch *Beale* (Fn. 2) 459–461.

³⁴ Dazu näher *Christoph Busch*, *From European Sales Law to Online Contract Law: The CESL in the European Parliament*, euvr 2013, 33.

³⁵ Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, Bericht v. 25.9.2013 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, PE 505.998v03–00, Änderungsantrag 8.

³⁶ Im Begleittext zur Machbarkeitsstudie (S. 9) wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob der Anwendungsbereich um Regeln über „digital content“ erweitert werden soll. Die Mach-

All dies half am Ende nicht. Das endgültige Aus brachte im November 2014 ein gemeinsames Schreiben von sechs europäischen Justizministern an die Kommission, in dem das GEK abgelehnt wird.³⁷ Interessanterweise wird in diesem Schreiben der Gedanke einer „Toolbox“ wieder aufgegriffen, als ein Instrument, „an dem sich der europäische Gesetzgeber orientieren könnte und auf dessen Grundlage die einzelstaatlichen Rechtsordnungen schrittweise an einen gemeinsamen Mindeststandard herangeführt werden könnten.“³⁸ Nur kurze Zeit später, im Dezember 2014, kündigte die neue Kommission *Juncker* in ihrem Arbeitsprogramm die Rücknahme des GEK an.³⁹ Zugleich wurde eine neue Gesetzesinitiative als Teil der neuen Strategie für den digitalen Binnenmarkt in Aussicht gestellt. In Anhang II des Arbeitsprogramms findet sich unter Nr. 60 zum GEK der knappe Hinweis: „Der Vorschlag wird geändert, um das Potenzial des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung zu bringen.“ Den meisten Beobachtern dürfte jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits klar gewesen sein, dass die Idee eines „fakultativen Vertragsrechts“ politisch tot war. Anstelle einer Neuauflage des GEK stellte die Kommission daher im Dezember 2015 zwei Richtlinienvorschläge zu Verträgen über digitale Inhalte und den Online-Warenhandel vor. Der Vorschlag für eine Richtlinie über digitale Inhalte hat inzwischen den größten Teil des „parcours législatif“ durchlaufen und wird aller Voraussicht nach im Jahr 2018 verabschiedet werden. Der Entwurf einer Richtlinie über den Online-Warenhandel wurde im Oktober 2017 durch einen geänderten Vorschlag ersetzt, der nunmehr auch den klassischen Einzelhandel erfasst. Einige Beobachter hatten eine solche Entwicklung bereits zu einem frühen Zeitpunkt vermutet und sahen mit Blick auf den zunächst nur auf den Online-Warenhandel beschränkten Vorschlag schon wieder ein Trojanisches Pferd im Anmarsch.⁴⁰ Abzuwarten bleibt, welche Initiativen die Kommission im Nachgang zum sog. REFIT-Programm ergreifen wird, bei dem unter der Überschrift „Fitness check of consumer law“ eine Evaluierung von sieben Richtlinien durchgeführt wurde. Die Ergebnisse wurden im Mai 2017 veröffentlicht.⁴¹ Welche konkreten Maßnahmen die Kommission ergreifen wird, ist bislang nicht klar erkennbar. Einiges deutet aber darauf hin, dass es im Bereich des Vertragsrechts nur kleinere Anpassungen an der Verbraucherrechterichtlinie geben wird.⁴²

barkeitsstudie und der Begleittext sind verfügbar unter <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.12.2017.

³⁷ Das gemeinsame Schreiben der Justizminister von Frankreich, Deutschland, dem Vereinigten Königreich, der Niederlande und Finnland vom 28.11.2014 an die zuständige Justizkommissarin Jourová ist abgedruckt in ZEuP 2015, 432 ff.

³⁸ Gemeinsames Schreiben der Justizminister (Fn. 37), ZEuP 2015, 432 ff.

³⁹ Mitteilung der Kommission vom 16.12.2014 „Arbeitsprogramm der Kommission 2015 – Ein neuer Start“, KOM(2014) 910.

⁴⁰ So etwa *Ulrich G. Schroeter/Jonas von Schöler*, Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum Vertragsrecht des Online-Warenhandels, DB 2016, 754, 760.

⁴¹ Siehe http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/review/index_en.htm, zuletzt abgerufen am 15.12.2017.

⁴² Siehe das Inception Impact Assessment „Targeted revision of EU consumer law directives“, Ref. Ares(2017)3287178 – 30/06/2017.

V. Zwischenfazit

Der kurze Rundgang durch die ziemlich bewegten letzten fünfzehn Jahre des europäischen Verbrauchervertragsrechts führt zur Frage, an welchem Punkt die europäische Rechtsentwicklung angelangt ist. Versucht man ein kurzes Zwischenfazit zu formulieren, so ergibt sich folgendes Bild:

1. Der Vorrat an legislativen Optionen scheint vorerst aufgebraucht. Mindestharmonisierung schafft kein „level playing field“, flächendeckende Vollharmonisierung wird von den Mitgliedstaaten abgelehnt, ebenso der innovative Ansatz eines optionalen Instruments. Der große Wurf eines europäischen Vertragsrechts ist nach wie vor eine Utopie.
2. Nach dem „European Civil Code“⁴³ und dem „Blue Button“⁴⁴ scheint das Europäische Vertragsrecht gewissermaßen in eine post-heroische Phase eingetreten zu sein. Statt großer Entwürfe gibt es nun eine Rückkehr zur Rhetorik des „problem-driven approach“.⁴⁵ Europäische Rechtspolitik soll nicht mehr als „Lösung auf der Suche nach einem Problem“ erscheinen.⁴⁶ Das ist vielleicht eine Lehre aus den vorherigen Versuchen, die möglicherweise zu wenig vom Markt her gedacht waren. *Jürgen Basedow* hat das hellsichtig schon 2008 formuliert: „Wer die europäische Integration über einige Jahrzehnte hinweg beobachtet hat, weiß dass am Anfang jeglicher Harmonisierungsarbeit das praktische Bedürfnis steht, und dieses ist im Zweifel ökonomisch und sektorspezifisch.“⁴⁷ Diese Einschätzung mag den Systematiker schmerzen, aber sie bestätigt sich in den aktuell vorliegenden Richtlinienentwürfen.
3. Mit der Rückkehr zum „problem-driven approach“ bleibt natürlich das Problem der Binnenkohärenz zwischen den sektorspezifischen und problembezogenen Einzelrechtsakten bestehen. Eine mögliche Lösung hat *Thomas Pfeiffer* ebenfalls schon 2008 aufgezeigt, als er mit Blick auf den Gemeinsamen Referenzrahmen den „kategorischen Imperativ der Privatrechtsgesetzgebung“ formuliert hat. Danach sind sektorische Regeln „so zu fassen, dass sie als Bestandteil einer allgemeinen Privatrechtskodifikation gelten könnten“.⁴⁸

⁴³ Vgl. *Christian von Bar*, Die Study Group on a European Civil Code, in: FS Henrich, Bielefeld 2000, S. 1 ff.

⁴⁴ Siehe einerseits *Hans Schulte-Nölke*, Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt, ZEuP 2011, 749ff. und andererseits *Gerhard Wagner*, Transaktionskosten durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Button klemmt, ZEuP 2012, 455 ff.

⁴⁵ Mitteilung der Kommission „Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt Chancen und Herausforderungen für Europa“ KOM(2016) 288, S. 5. In der deutschen Fassung ist von einem „problemorientierten Ansatz“ die Rede.

⁴⁶ So etwa die Kritik von *Dieter Schmidtchen*, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – eine Lösung auf der Suche nach einem Problem, in: Eger/Schäfer (Hg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Tübingen 2007, 1 ff.; siehe auch *Ulrich G. Schroeter*, Ein separates Gewährleistungsrecht für digital geschlossene Kaufverträge: Lösung auf der Suche nach einem Problem?, Editorial, EWS, Heft 3/2016.

⁴⁷ *Basedow* (Fn. 18) 676.

⁴⁸ *Thomas Pfeiffer*, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU – Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht, AcP 208 (2008) 227, 235.

Der Unionsgesetzgeber sollte also auch beim Erlass von Einzelvorschriften stets „in den Kategorien der Vertragsrechtsordnung als Ganzer“⁴⁹ denken. Ein Instrument, das ihn dazu anhalten könnte, wäre der DCFR, gewissermaßen als „virtuelle Kodifikation“. Dieser Gedanke bleibt auch nach dem (vorläufigen) Scheitern eines politischen CFR aktuell.

4. Da die Kommission mit den neuen Vorschlägen wieder zum Konzept der Vollharmonisierung zurückkehrt, kehren auch die im Zusammenhang mit der VRRL diskutierten Umsetzungsprobleme zurück.⁵⁰ Insbesondere die Frage nach dem Verhältnis zwischen vollharmonisierten Teilbereichen und dem allgemeinen Vertragsrecht. Ein Beispiel liefert etwa die Vorschrift über Schadensersatzansprüche in Art. 14 des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte.

Da die zuletzt angesprochenen Fragen Gegenstand eines eigenen Referats⁵¹ sind, gehe ich hierauf an dieser Stelle nicht näher ein. Stattdessen möchte ich noch schlaglichtartig auf einige neue Entwicklungslinien hinweisen, die jedenfalls teilweise auch anhand der beiden Vorschläge vom 9.12.2015 erkennbar werden. Die beiden Richtlinienvorschläge stehen nämlich nicht nur am Ende einer wechselvollen Entwicklung, sondern in vieler Hinsicht auch am Anfang eines neuen Abschnitts im europäischen Verbraucherrecht, in dem neue Fragestellungen in den Vordergrund drängen.

C. Verbrauchervertragsrecht im digitalen Binnenmarkt

I. Neue Interferenzprobleme

Das künftige europäische Verbraucherrecht dürfte, wie die beiden aktuellen Richtlinienvorschläge deutlich erkennen lassen, zum einen durch neuartige Interferenzprobleme geprägt sein. Gemeint sind damit Wechselwirkungen zwischen dem Verbrauchervertragsrecht und benachbarten Rechtsgebieten. Ich beschränke mich auf zwei Beispiele:

Mit dem immer stärkeren Fokus auf Verträge über digitale Inhalte nehmen die Überschneidungen mit dem Recht des geistigen Eigentums zu. Regeln über digitale Inhalte finden sich zwar bereits in der VRRL und auch im Entwurf des GEK.⁵² Mit dem Vorschlag für eine DURL vom 9.12.2015 erreicht diese Entwicklung aber eine neue Qualität. Und trotzdem beschränkt sich die Richtlinie auf die

⁴⁹ Pfeiffer (Fn. 48) 236.

⁵⁰ Siehe dazu *Thomas Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal (Fn. 8) 83 ff.; *Marco Loos*, Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders – The example of the Consumer Rights Directive, in: Stürner (Fn. 23) 47 ff.

⁵¹ Siehe dazu den Beitrag von *Thomas Riehm* in diesem Band.

⁵² Dazu näher *Johannes Druschel*, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), GRUR Int. 2015, 125 ff.