Kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Vertragsrecht: Grundfragen und Perspektiven

Emina Mameledzija*

Inhalt

A. Einleitung 56
B. KMU im EU-Recht 56
I. Begriff der KMU 56
1. Definition 56
2. Kritik 57
3. Mögliche Alternativen zur bestehenden Definition 58
II. Entwicklungen in der EU 59
1. Finanzielle Fördermaßnahmen 59
2. Administrative Entlastung 59
3. Der Vertragsrechts-„acquis“ 60
C. KMU und Verbraucherschutz 61
I. KMU als schwächere Vertragspartei 61
1. Verbraucherverträge 61
2. Handelsverträge 62
a) Verträge zwischen zwei KMU 62
b) Verträge zwischen KMU und großen Unternehmen 62
II. Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf KMU 64

* Die Autorin ist nach Abschluss ihres LL.M.-Studiums an der Humboldt-Universität zu Berlin nun Referendarin bei der Rechtsanwaltskanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Sarajewo und derzeit als Stagiaire bei der Europäischen Kommission, Legal Service, Brüssel, tätig.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. KMU zwischen Verbrauchern und Unternehmen 64
a) Der Unternehmensbegriff 64
(1) Europarechtliche Vorgaben 64
(2) Abweichende Lösungen in den Mitgliedstaaten 65
b) Der Verbraucherbegriff 66
(1) Europarechtliche Vorgaben 66
(2) Abweichende Lösungen in den Mitgliedstaaten 66
2. Rechtsprechung zu schutzbedürftigen Konstellationen 67
a) Schutz bestimmter juristischer Personen 67
(1) EuGH: „Idealservice“ 67
(2) Rechtsprechung der Mitgliedstaaten 68
b) Existenzgründer 68
(1) EuGH: „Benincasa“ 69
(2) Rechtsprechung der Mitgliedstaaten 69
(3) Schutzbedürftigkeit 69
c) Gemischte Verträge 70
(1) EuGH: „Gruber“ 70
(2) Lösungen in den Mitgliedstaaten 70
(3) Schutzbedürftigkeit 71
d) Atypische Verträge 71
(1) Lösungen in den Mitgliedstaaten 71
(2) Schutzbedürftigkeit 72
III. Zwischenfazit 72
D. KMU im Binnenmarkt: Grenzüberschreitende Verträge 73
I. Rechtsvielfalt als Vertragshürde 73
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Standardverträge 74
a) Problemlage 74
b) Lösungsvorschlag: Ein europäisches Regulierungssystem 75

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Rechtsdurchsetzung 76
a) Problemlage 76
b) Lösungsvorschläge 76
(1) Eine Zivilkammer des EuGH 77
(2) Grenzüberschreitende Schiedsverfahren für KMU 77
(3) Online-Streitbeilegung 77
II. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht 78
1. KMU im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: Allgemeine Betrachtung 78
a) Anwendungsbereich 79
(1) Persönlicher Anwendungsbereich 79
(2) Räumlicher Anwendungsbereich 79
(3) Sachlicher Anwendungsbereich 80
b) Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument 81
2. KMU im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: Vertragspartnerbestimmte Betrachtung 82
a) KMU – Verbraucher 82
(1) Verhältnis zwischen Kollisionsrecht und Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht 82
(2) Informationspflichten 83
(3) Abhilfen des Käufers 84
b) KMU – Große Unternehmen: AGB-Kontrolle 85
c) KMU – KMU: Verhältnis zwischen Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und UN-Kaufrecht 86
(1) Möglicher Anwendungskonflikt 86
(2) Wesentliche Unterschiede 87
III. Zwischenfazit 88
E. Gesamtergebnis 89

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einleitung

Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) stehen seit kurzem im Rampenlicht der europäischen Gesetzgebung. Die Europäische Kommission hat mit ihrem Vorschlag einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. Oktober 2011[1] einen neuen Weg im Europäischen Vertragsrecht eingeschlagen und damit eine Diskussion über die Relevanz der unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten ausgelöst. Sie reagiert damit auch auf die gewonnene Erkenntnis, dass KMU wegen der unterschiedlichen Vertragsrechte in den Mitgliedstaaten die Vorteile des Binnenmarkts nicht nutzen. Dies stellt im Hinblick auf die wirtschaftliche Integration der EU einen unbefriedigenden Zustand dar, der insbesondere durch die Verbreitung dieser Unternehmen verdeutlicht wird: KMU umfassen 99 % aller Unternehmen in der EU. Davon sind 92 % Kleinstunternehmen.[2] Das bedeutet, dass ein durchschnittliches Unternehmen in der EU weniger als 10 Beschäftigte hat. Daraus ist zu schließen, dass die meisten Verträge in der EU von KMU, insbesondere Kleinstunternehmen, geschlossen werden.[3] Es folgt daraus auch, dass große Unternehmen eine Ausnahme bilden und KMU somit die Regel darstellen. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht werden, welche rechtliche Stellung KMU bisher im EU-Recht einnehmen, ob es gerechtfertigt erscheint, ihnen dieselbe schützenswerte Position wie Verbrauchern zu gewähren und ob das neue Gemeinsame Europäische Kaufrecht in der Lage ist, KMU so zu fördern, dass von ihnen öfter grenzüberschreitende Verträge geschlossen werden.

B. KMU im EU-Recht

I. Begriff der KMU

1. Definition

KMU sind eine heterogene Gruppe von Unternehmen, die weltweit durch verschiedene Kriterien definiert werden.[4] Für die EU hat die Kommission in einer Empfehlung[5] einen einheitlichen KMU-Begriff eingeführt. Dieser ist zwar nicht zwingend für

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

2 Vgl. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/ (13.3.2013).

3 *Hesselink*, SMEs in European Contract Law, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper 3/2007, S. 4.

4 *Lukács*, The Economic Role of SMEs in World Economy, Especially In Europe, European Integration Studies 2005, S. 4.

5 Empfehlung 2003/361/EG der Kommission v. 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124 v. 25.3.2003, S. 36-41.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Mitgliedstaaten,[6] hat aber breite Anwendung gefunden.[7] Die Kommission definiert KMU[8] als Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft.

Darüber hinaus werden KMU in Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen unterteilt. Kleinstunternehmen haben eine Höchstzahl von 10 Beschäftigten und einen Jahresumsatz oder Jahresbilanz von 2 Mio. Euro; kleine Unternehmen beschäftigen bis zu 50 Personen und haben einen Jahresumsatz oder Jahresbilanz von bis zu 10 Mio. Euro.[9]

2. Kritik

Die von der Kommission gewählten Kriterien der Beschäftigtenzahl, des Jahresumsatzes und der Jahresbilanz sind in erster Linie auf wirtschaftliche Ziele, insbesondere Förderprogramme für KMU, gerichtet.[10] Die Definition ist aber problematisch in Bezug auf das Vertragsrecht.[11]

Dabei spielen zwei Aspekte eine wesentliche Rolle. Erstens die verschiedenen Vertragskonstellationen, in denen sich KMU befinden können, und zweitens die Überlegung, dass KMU schutzbedürftig sind.

KMU können als Unternehmen drei verschiedene Arten von Verträgen schließen.[12] Sie können mit Verbrauchern, mit anderen KMU und mit großen Unternehmen kontrahieren. Im ersten Fall handelt es sich um Verbraucherverträge und in den letzteren Fällen um Handelsverträge. Zusätzlich können sich auf KMU-Seite kleinste, kleine oder mittelgroße Unternehmen befinden, sodass sich diese Konstellationen weiter unterteilen lassen.[13] Zweitens werden KMU zum Teil als schwächere Vertragspartei angesehen, weshalb es nachvollziehbar sein könnte, sie besonders zu schützen.[14]

In diesem Zusammenhang wird die Definition aus mehreren Gründen kritisiert. Zum einen seien die bestehenden Kriterien dynamisch und könnten sich in kurzen

6 Art. 1 Abs. 2 lit. a) Empfehlung 2003/361/EG.

7 Europäische Kommission, Die neue KMU-Definition, Benutzerhandbuch und Mustererklärung, 2006, S. 6.

8 Art. 2 Abs. 1 Anhang zur Empfehlung 2003/361/EG.

9 Art. 2 Abs. 2 und 3 Anhang zur Empfehlung 2003/361/EG.

10 *Schmidt-Kessel*, in: ders. (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 8; Europäische Kommission, (Fn. 7), S. 6.

11 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 5.

12 Ibid., S. 4.

13 Ibid., S. 5.

14 Siehe unter C.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zeiträumen ändern, sodass sich ein KMU nach Abschluss eines Vertrages zum großen Unternehmen wandeln kann, womit eine eventuelle Schutzbedürftigkeit nicht mehr bestehen würde.[15] Es werde für den Vertragspartner häufig nicht erkennbar sein, ob er mit einem KMU kontrahiert, was besonders bei Handelsverträgen wichtig sein könne.[16] Zweitens sei die Größe eines Unternehmens von dessen Geschäftsbereich abhängig.[17] Zum Beispiel sei ein als KMU eingestuftes Unternehmen in der petrochemischen Industrie im Gegensatz zu einem Unternehmen der Automobilindustrie, das mit derselben Beschäftigtenzahl klein ist, relativ groß.[18] Im ersteren Fall wären Schutzregelungen nicht nachvollziehbar. Außerdem könne die Definition die Unternehmen dazu veranlassen, die Beschäftigtenzahl oder eines der beiden anderen Kriterien so anzupassen, dass sie eventuelle Vorteile eines KMU-Status genießen könnten.[19]

3. Mögliche Alternativen zur bestehenden Definition

Obwohl die Definition die genannten Mängel aufweist, ist auch die Literatur der Meinung, dass es wegen der Heterogenität von KMU keine ideale Lösung gebe.[20] Eine Lösung wäre, die von der Kommission verwendeten Kriterien dem Geschäftsbereich anzupassen. Das bedeutet, in einem Geschäftsbereich die Beschäftigtenzahl zu Grunde zu legen und in anderen Bereichen den Jahresumsatz oder die Jahresbilanzsumme.[21] Das würde zwar der Realität mehr entsprechen, dennoch würde das auf Grund der Variabilität der Kriterien nicht zur Rechtssicherheit beitragen.

Womöglich wäre eine Differenzierung durch Bestimmungen von sachlichen Anwendungsbereichen in bestimmten Rechtsgebieten angebracht.[22] Dafür findet sich bereits im EU-Recht die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente,[23] die die Schutzanforderungen nach dem Grad der Professionalität[24] bestimmt und zwischen

15 *Meyer-Schwickerarth*, Der Unternehmer als Schutzgegner des Verbrauchers, Eine Untersuchung des Unternehmerbegriffs im europäischen und nationalen Verbrauchervertragsrecht, 2010, S. 114.

16 *Eidenmüller u.a.*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, JZ 2012, S. 270; *Stabentheiner*, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, WBL 2012, S. 64, Fn. 21.

17 *Lukács*, (Fn. 4), S. 4.

18 *Tonge*, A Review of Small Business Literature, Part 1: Defining The Small Business, Manchester Metropolitan Business School Working Paper 1.18/2001, S. 2.

19 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 17.

20 *Tonge*, (Fn. 18), S. 29.

21 *Lukács*, (Fn. 4), S. 4.

22 Dazu und zum Folgenden *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 114.

23 RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABl. L 145 v. 30.4.2004, S. 1-44.

24 *Micklitz*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 94.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Kundentypus „Kunde", „Kleinanleger" oder „professionellen Kunden"[25] unterscheidet. Dabei werden für den Finanzmarkt besondere Kriterien, wie zum Beispiel durchschnittlich zehn Geschäftsabschlüsse von erheblichem Umfang in einem der vier vorangehenden Quartale,[26] verwendet. Letztlich wurde aber die Empfehlung der Kommission in den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR-VO) übernommen,[27] was dafür spricht, dass vorerst nicht der Wille gegeben ist, die bestehende Definition zu ändern.

II. Entwicklungen in der EU

1. Finanzielle Fördermaßnahmen

Die EU betreibt in jüngster Zeit KMU-orientierte Politiken mit der Tendenz, KMU einen besonderen Schutz zukommen zu lassen.[28] Zu den relevanten Dokumenten gehören die „Europäische Charta für Kleinunternehmen",[29] der „Small Business Act"[30] und die „Binnenmarktakte".[31] Die bisherigen Maßnahmen waren jedoch nur auf finanzielle Förderung von KMU gerichtet und haben sich nicht mit den privatrechtlichen Fragen befasst.[32]

2. Administrative Entlastung

Einen anderen Ansatz verfolgen die „Maßnahmen zur Verringerung der Verwaltungslasten für KMU und die Anpassung der EU-Rechtsvorschriften an die Bedürfnisse von Kleinstunternehmen":[33] Die EU möchte damit insbesondere Kleinstunternehmen von verwaltungsrechtlichen Regelungen entlasten, da diese für KMU einen größeren Aufwand als für große Unternehmen darstellen. Deshalb wurde ab Januar 2012 auch ein modifizierter KMU-Test eingeführt, wonach alle Gesetzgebungsverfahren auf der Prämisse beruhen werden, dass insbesondere Kleinstunternehmen aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden sollen, es

25 Art. 4 Nr. 11 und 12, Art. 21 Abs. 6 lit. a), Art. 27 Abs. 3 und 4 lit. e) RL 2004/39/EG.

26 Art. 4 Nr. 12 in Verbindung mit Anhang II RL 2004/39/EG.

27 Erwägungsgrund 21 GEKR-VO.

28 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 113.

29 Anhang III der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates v. 19./20.6.2000.

30 Mitteilung der Kommission, Vorfahrt für KMU in Europa – Der „Small Business Act" für Europa, KOM (2008) 394 endg. v. 25.6.2008.

31 Mitteilung der Kommission, Binnenmarktakte – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen, „Gemeinsam für neues Wachstum", KOM (2011) 206 endg. v. 13.4.2011.

32 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 7.

33 Bericht der Kommission, Verringerung der Verwaltungslasten für KMU – Anpassung der EU-Rechtsvorschriften an die Bedürfnisse von Kleinstunternehmen, KOM (2011) 803 endg. v. 23.11.2011, S. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sei denn, es kann bewiesen werden, dass eine solche Ausnahme nicht dem Zweck der Norm entspricht. Demnach soll die europäische Gesetzgebung KMU-freundlicher gestaltet werden und zwar durch frühe Einbeziehung der Interessen von KMU in den Gesetzgebungsprozess.[34]

3. Der Vertragsrechts-„acquis"

Die aktuelle Fokussierung auf KMU hat sich auch in den neuesten Entwicklungen des vertragsrechtlichen *acquis* widergespiegelt. Bisher hat der europäische Gesetzgeber KMU nicht gesondert adressiert und auch keine Bestimmungen über vertragliche Rechte und Pflichten, die besonders auf KMU gerichtet wären, erlassen.[35] Dennoch wurden KMU punktuell in einigen handelsrechtlichen Richtlinien, die für KMU relevante Probleme regulieren, angesprochen.[36] Die erste war die Richtlinie zum Schutz von selbstständigen Handelsvertretern,[37] die im Regelfall unter die Definition von KMU fallen. In dieser Richtlinie wurden KMU aber nicht ausdrücklich erwähnt und die dort eingeführten Begrifflichkeiten geben auch keine Anhaltspunkte für eine unionsrechtliche Konkretisierung von KMU.[38]

In der Zahlungsverzugsrichtlinie[39] werden KMU hingegen erwähnt. In den Erwägungsgründen 1 und 7 wird die besonders große Belastung für KMU bei Zahlungsverzug des Schuldners[40] erkannt,[41] weshalb diese durch Setzung dispositiven Rechts gefördert werden sollen.[42] Des Weiteren wird in Erwägungsgrund 2 über den elektronischen Geschäftsverkehr[43] hervorgehoben, dass besonders KMU von der Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs, und damit auch von der Richtlinie, profitieren werden.[44]

---

34 KOM (2008) 394 endg., S. 4.

35 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 8.

36 Ibid., S. 9.

37 RL 86/653/EWG des Rates v. 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter, ABl. L 382 v. 31.12.1986, S. 17-21.

38 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 60.

39 RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 48 v. 23.2.2011, S. 1-10.

40 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME), The regime for remedies in the CESL, 2012, S. 14.

41 *Schmidt-Kessel*, Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, S. 97; *Schulte-Braucks*, Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW 2001, S. 104.

42 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 7.

43 RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178 v. 17.7.2000, S. 1-16.

44 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 9.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Doch im Hinblick auf die Nichtverbindlichkeit von Erwägungsgründen[45] ist die rechtliche Bedeutung dieser Ansätze gering. Seit kurzem wird ein neuer Ansatz für die besondere Einbeziehung von KMU in das europäische Vertragsrecht angestrebt. Die vorgeschlagene GEKR-VO stellt in ihrem persönlichen Anwendungsbereich auch auf KMU ab,[46] womit der Grundsatz der Förderung von KMU auf das ganze Kaufrecht ausgeweitet wird.[47]

C. KMU und Verbraucherschutz

I. KMU als schwächere Vertragspartei

Vertragsrechtliche Fragen im Hinblick auf KMU basieren auf der Annahme, dass KMU schutzbedürftig sind.[48] Es gibt die Überlegung, dass Verbraucher womöglich nicht die einzigen schutzbedürftigen Marktteilnehmer sind[49] und dass KMU daher denselben Schutz genießen sollten.[50] Diese Überlegungen werden dadurch gerechtfertigt, dass KMU, ähnlich wie Verbraucher, oftmals nicht die besonderen Fachkenntnisse, Erfahrung und auch nicht die Verhandlungsmacht besitzen.[51] Allerdings kann diese Unterlegenheit der KMU nicht immer bejaht werden. Es kann zwischen ihrer Stellung in Verbraucher- und Handelsverträgen unterschieden werden.

1. Verbraucherverträge

In Verbraucherverträgen haben KMU trotz ihrer schwächeren Marktposition im Gegensatz zu großen Unternehmen noch immer einen vergleichbaren Vorteil gegenüber dem Verbraucher.[52]

Immerhin kontrahieren KMU täglich, wo hingegen Verbraucher in den meisten Fällen nur gelegentliche Käufer sind.[53] Zusätzlich würden Schutzregeln für KMU in

45 Vgl. http://eur-lex.europa.eu/de/techleg/10.htm (13.3.2013).

46 Art. 7 Abs. 2 GEKR-VO.

47 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 7.

48 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 13.

49 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 397.

50 *Beale u.a.*, Contract Law, 2010, S. 793; *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 112; *Micklitz*, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages München 2012, Band I: Gutachten – Teil A: Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, 2012, S. A 118.

51 *Stuyck*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Consumer Law, 2010, S. 34.

52 *Micklitz*, (Fn. 50), S. A 118; *Sefton-Green*, Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less, ERCL 2011, S. 145.

53 *Collins*, The Freedom to Circulate Documents: Regulating Contracts in Europe, ELJ 2004, S. 797.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbraucherverträgen zu weniger Verbraucherschutz führen, was vor allem unionsrechtlich nicht auf Zustimmung stoßen würde.[54] Denn durch verbraucherrechtliche Vorschriften werden Verbraucher gegen alle Vertragspartner geschützt, ungeachtet dessen, ob es große Unternehmen sind oder KMU.[55] Eine Differenzierung auf Vertragspartnerseite zu Gunsten der KMU würde dazu führen, dass Verbraucher Ansprüche verlieren würden. Die Tatsache, dass 99 % aller Unternehmen KMU sind, Verbraucher also die meisten Verträge gerade mit KMU abschließen, zeigt das Ausmaß einer solchen Verbraucherschutzminderung. Es wäre deshalb sinnvoller, das Verhältnis in Verbraucherverträgen so zu gestalten, dass sie dem typischen Vertragspartner der Verbraucher, also KMU, angepasst werden.

2. Handelsverträge

Die Schutzbedürftigkeit von KMU in Handelsverträgen hängt von dem Vertragspartner ab.

a) Verträge zwischen zwei KMU

Bei Handelsverträgen zwischen zwei KMU könnte man argumentieren, dass die Vertragsparteien die gleiche Verhandlungsposition haben und deshalb kein besonderer Schutz nötig wäre. Das könnte aber wiederum in Frage gestellt werden. Immerhin kann unter einem Vertrag zwischen zwei KMU auch ein Vertrag zwischen einem Kleinstunternehmen mit weniger als 10 Beschäftigten und einem mittleren Unternehmen, das bis zu 250 Beschäftigte haben kann, verstanden werden. In solchen Konstellationen sind unterschiedliche Verhandlungspositionen durchaus möglich. Andererseits könnte aber eine weitere Unterscheidung zu Komplexität und Überregulierung führen, was durch die neuesten Maßnahmen der EU vermieden werden soll.

b) Verträge zwischen KMU und großen Unternehmen

Anderseits trifft die Annahme der Schutzbedürftigkeit bei Verträgen zwischen KMU und großen Unternehmen in der Literatur auf breite Zustimmung.[56] Sie wird damit

54 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 105.

55 *Hesselink*, European Contract Law: A matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice?, ERPL 2007, S. 327.

56 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 28; *Klijnsma*, SMEs in European Contract Law: A Rawlsian Perspective, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 5/2010, S. 27; *Low*, The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology, ERPL 2010, S. 299.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründet, dass KMU eine untergeordnete Verhandlungsmacht gegenüber großen Unternehmen haben, weshalb sich KMU in derselben Position befinden können wie Verbraucher. Ihre Position kann sogar unvorteilhafter sein als die von Verbrauchern, da ihre Existenz oftmals von vertraglichen Beziehungen zu großen Unternehmen abhängt.[57] So befindet sich zum Beispiel der Geschäftsführer einer Tankstelle in einer unterlegenen Verhandlungsposition gegenüber einer großen Ölgesellschaft.[58]

Hiergegen könnte man einwenden, dass ein besonderer, dem Verbraucherschutz ähnlicher Schutz von KMU wegen der generellen Vertragsfreiheit der Parteien in Handelsverträgen[59] nicht angebracht wäre. Dagegen spricht jedoch die Tatsache, dass bei Verbraucherverträgen, verbraucherrechtliche Vorschriften zwar die Privatautonomie eingrenzen,[60] diese Eingrenzung aber nicht in Frage gestellt wird.[61] Der Verbraucherschutz wird damit begründet, dass Verbraucher im Gegensatz zu Unternehmen zu privaten Zwecken handeln und nicht dieselbe Erfahrung haben, weshalb das Verbraucherrecht das Verhandlungsgleichgewicht wiederherstellen soll.[62] Im Gegensatz dazu könnte man sagen, dass bei Handelsverträgen beide Parteien regelmäßige Akteure im Handelsgeschäft und deshalb auch beide erfahrene Vertragsparteien sind.

Dieser Ansatz wäre aber nicht überzeugend. Die Tatsache, dass beide Parteien Unternehmer sind, bedeutet nicht, dass sie dieselben Geschäftsvoraussetzungen haben. Neben der finanziellen Unterlegenheit von KMU muss besonders hervorgehoben werden, dass KMU nicht einfach nur eine kleinere Version eines großen Unternehmens darstellen. Sie müssen sich mit speziell mit ihrer Größe verbundenen Problemen auseinandersetzten und verhalten sich demnach anders zu ihrer Umgebung.[63]

Ein generelles Bejahen der Schutzwürdigkeit in allen Handelsverträgen mit großen Unternehmen könnte jedoch ebenfalls in Frage gestellt werden.[64] Es kann wegen den unterschiedlichen Arten und Bedürfnissen von KMU nicht kategorisch beantwortet werden, ob und in welchen konkreten Verträgen eine Schutzstellung gewährleistet werden sollte.

Andererseits muss das kein Hindernis für eine entsprechende Schutzstellung sein, wie am Beispiel des Verbraucherschutzes ersichtlich wird. Der kategorische Schutz

57 *Klijnsma*, (Fn. 56), S. 27.

58 *Beale*, (Fn. 50), S. 793.

59 Scottish Law Commission, An optional Common European Sales Law: Advantages and Problems, 2011, S. 88.

60 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 65.

61 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 15, Fn. 61.

62 Ibid., S. 14.

63 *Najda/Wach*, Impact of integrated European business environment on SMEs cooperation strategies, Ekonomia 2005, S. 124; *Tonge*, (Fn. 18), S. 10.

64 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 15.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Verbraucher kann auch dazu führen, dass in konkreten Fällen Einzelne geschützt werden, obwohl sie gar nicht schutzwürdig sind.[65] Ein Beispiel dafür ist der Computertechniker, der sich zu privaten Zwecken einen Computer kauft. Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die besseren Argumente dafür sprechen, dass KMU in Handelsverträgen mit großen Unternehmen als schwächere Vertragspartei angesehen werden sollten.

II. Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf KMU

Sowohl die Mitgliedstaaten als auch der EuGH haben sich mit der Frage befasst, ob es sinnvoll wäre, auch andere Personen in den Verbraucherbegriff einzubeziehen.[66] Die Antwort darauf hat besonderen Einfluss auf KMU, da sich die verschiedenen Fragestellungen zumeist auf die Position von natürlichen und juristischen Personen, die unter die Definition von KMU fallen, beziehen.

1. KMU zwischen Verbrauchern und Unternehmen

a) Der Unternehmensbegriff

(1) Europarechtliche Vorgaben

KMU wurden auf EU-Ebene, wie oben bereits erläutert,[67] bisher nicht gesondert geregelt. Sie fallen unter den Begriff des Unternehmens.[68] Der Unternehmensbegriff des EU-Rechts wird durch Umsetzung von EU-Verbraucherrichtlinien, in denen er verankert ist, in das Recht der Mitgliedstaaten eingeführt.[69] Damit fallen alle Gewerbetreibenden, somit auch KMU, die eine der EU-rechtlich geschützten Tätigkeiten ausüben, in den persönlichen Anwendungsbereich dieses Unternehmensbegriffs.[70]

Der Unternehmensbegriff ist aber nicht einheitlich. Er variiert abhängig von dem Gegenstand der Richtlinien, deren persönlicher Anwendungsbereich sich auf Unternehmen bezieht.[71] Ein Kernelement kann dennoch hervorgehoben werden.

---

65 *Drexl*, (Fn. 49), S. 40; *Augenhofer*, A European Civil law – for Whom and What Should it Include?, Reflections on the scope of Application of a Future European Legal Instrument, ERCL 2011, S. 203.

66 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 37; *Stuyck*, (Fn. 51), S. 35.

67 Siehe unter B.II.3.

68 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 44.

69 Z.B. § 14 BGB.

70 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 113.

71 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 102.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Unternehmen ist demnach jede natürliche oder juristische Person, die eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausübt.[72] Daraus geht hervor, dass der „europäische" Unternehmensbegriff jede Berufsgruppe erfasst, unabhängig von Ausbildung, Status und gesellschaftlicher Stellung.[73] Ein solcher sehr weit ausgedehnte Begriff des Unternehmens nimmt also keine Rücksicht auf diejenigen Unternehmen die aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen Sonderstatus benötigen.[74] Das bedeutet, dass nach jetzigem Stand die einzige Möglichkeit einer Differenzierung innerhalb des Unternehmensbegriffs bei den nationalen Gerichten liegt.[75]

(2) Abweichende Lösungen in den Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten sind befugt, den geschützten Personenkreis der EU-Richtlinien auszuweiten.[76] Richtlinien können mindestharmonisiert- und vollharmonisiert sein. Mindestharmonisierte Richtlinien bieten nur einen Mindestschutz, der seitens der Mitgliedstaaten ausgeweitet werden kann, auch auf KMU. Bei vollharmonisierten Richtlinien dürfen Mitgliedstaaten innerhalb des Anwendungsbereiches dieser Richtlinien nicht über den in der Richtlinie gewährten Schutz hinausgehen. Das hindert sie aber nicht, abweichende Schutzregeln außerhalb dieses Anwendungsbereiches zu erlassen. Somit ist es ihnen auch in diesem Fall überlassen, den Schutz auf andere Personen auszuweiten. Deshalb unterscheidet sich der durch das EU-Recht eingeführte Unternehmensbegriff von den bestehenden Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, die sehr wohl eine Differenzierung zulassen.

Ein Beispiel ist der Begriff des Kaufmanns[77] im deutschen Handelsgesetzbuch. Hier wird kleinen Gewerbetreibenden ein Sonderstatus gewährt, indem es ihnen ermöglicht wird, sich gegen die Anwendung des Handelsgesetzbuches zu entscheiden.[78] Des Weiteren differenziert auch das niederländische Zivilgesetzbuch zwischen KMU und großen Unternehmen im Hinblick auf den Schutz gegen missbräuchliche Klauseln.[79] Das Zivilgesetzbuch enthält zwei Listen von Klauseln, die von vornherein unwirksam sind, bzw. deren Unfairness vermutet wird. Diese Listen werden nur zum Schutz von Verbrauchern und KMU angewandt.

72 Ibid., Rdnr. 103.

73 Ibid., Rdnr. 44.

74 Ibid., Rdnr. 61.

75 Ibid., Rdnr. 108.

76 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 106.

77 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 43; *Hesselink*, (Fn. 3), S. 6.

78 § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 2 HGB.

79 Dazu *Tjittes*, in: Beale u.a., (Fn. 50), S. 532.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Der Verbraucherbegriff

(1) Europarechtliche Vorgaben

Auch der Verbraucherbegriff in der EU ist nicht einheitlich. Er wurde, ebenso wie der Unternehmensbegriff, durch verschiedene Richtlinien entwickelt, abhängig von dem spezifischen sachlichen Anwendungsbereich.[80] Trotzdem können auch hier Kernelemente abstrahiert werden. Verbraucher kann nur eine natürliche Person sein, die einen Geschäftszweck verfolgt, der nicht ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.[81] Somit umfasst der europäische Verbraucherbegriff nur natürliche Personen, die zum privaten Zweck handeln.

Eine Ausnahme ist die Pauschalreiserichtlinie,[82] die den Begriff des Verbrauchers so formuliert, dass er auch Berufsreisende, einschließlich KMU, einbeziehen kann.[83] Ein weiteres Ausnahmebeispiel ist die Fluggastrechte-Verordnung,[84] die nicht von Verbrauchern, sondern von Fluggästen spricht.[85] Es bleibt aber nur bei Ausnahmen, denn die Tendenz von Verbraucherrichtlinien ist es, Unternehmen aus dem Anwendungsbereich weitestgehend auszuschließen.[86]

(2) Abweichende Lösungen in den Mitgliedstaaten

Wie auch bei dem Unternehmensbegriff können die Mitgliedstaaten unterschiedliche Verbraucherbegriffe haben, die auch KMU einschließen können. Ein Beispiel ist das Gesetz über missbräuchliche Vertragsklauseln Großbritanniens aus dem Jahr 1977, das die Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[87] umgesetzt hat.[88] Nach der Entscheidung *R & B Customs Brokers Ltd v United Dominions Trust Ltd* [89] wurde der Begriff des Verbrauchers auch auf Unternehmen ausgeweitet.

---

80 *Micklitz*, (Fn. 24), Vor §§ 13, 14 BGB, Rdnr. 89.

81 *Gsell*, in: Staudinger, BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts, 4. Aufl. 2011, S. 565, Rdnr. 5.

82 RL 90/314/EWG des Rates v. 13.6.1990 über Pauschalreisen, ABl. L 158 v. 23.6.1990, S. 59-64.

83 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 10.

84 VO (EG) 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, ABl. L 46 v. 17.2.2004, S. 1-8.

85 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 10.

86 Ibid.

87 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 v. 7.7.1999, S. 12-16.

88 Dazu *Ebers*, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), EC Consumer Law Compendium, 2008, S. 459.

89 England and Wales Court of Appeal, *R & B Custom Brokers Ltd v United Dominions Trust Ltd.* (1988) 1 WLR 321 = ALL LR 1988 847.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein weiteres Beispiel ist im französischen Recht zu finden.[90] Nach der Entscheidung *Cass. Civ. 1987*[91] wurden dem Verbraucher in Bezug auf missbräuchliche Klauseln Unternehmen gleichgestellt, die atypische oder branchenfremde Nebengeschäfte abschließen und zwar unter dem Begriff des *non professionel*. Mit der späteren Entscheidung *Cass. Civ. 1995*[92] wurde der Begriff zwar mit dem Erfordernis eines direkten Zusammenhangs zwischen dem getätigten Geschäft und dem Gewerbe oder Beruf eingeengt. Nichtsdestotrotz wird mit dieser europaweit einzigartigen Regelung der Verbraucherschutz in Frankreich am weitesten ausgedehnt.

Im Gegensatz zu den bisherigen Lösungen in den Mitgliedstaaten hat die italienische Rechtsordnung KMU, neben den Verbrauchern, einen selbstständigen Schutz gewährt.[93] Im Jahr 2012 wurde in dem Gesetz, mit welchem die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken[94] umgesetzt wurde, der Schutz gegen irreführende und aggressive Geschäftspraktiken ausdrücklich auch auf KMU ausgeweitet.[95]

2. Rechtsprechung zu schutzbedürftigen Konstellationen

a) Schutz bestimmter juristischer Personen

Fraglich erscheint, ob Verbraucher nur natürliche Personen sein oder ob unter diesem Begriff auch juristische Personen verstanden werden können. Wenn eine Verbraucherstellung auch juristischen Personen zusteht, ist zu beachten, ob das nur für solche gilt, die keine gewerbliche Tätigkeit ausüben, oder auch für Unternehmen.[96]

(1) EuGH: „Idealservice"

Die Frage, ob auch juristische Personen als Verbraucher angesehen werden können, hat der EuGH in der Rechtssache *Idealservice* beantwortet.[97] Darin wurde die Frage behandelt, ob nach der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln auch Unternehmen

90 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 110.

91 Première chambre civile de la Court de cassation française (Cass. Civ. I), Urt. v. 28.4.1987, Bull. civ. I Nr. 134 = JCP 1987. II. 20893.

92 Cass. Civ. I, Urt. v. 24.1.1995, Bull. civ. I Nr. 54 = Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 327.

93 *Augenhofer*, Vorlesung „Europäisches Verbraucherrecht", Berlin 2012.

94 RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ABl. L 149 v. 11.6.2005, S. 22-39.

95 Art. 7 Decreto legge 1/2012: Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitivita v. 24.01.2012, GU 19 Suppl. Ordinario 18.

96 *Micklitz,* (Fn. 50), S. A 44.

97 *Ebers*, (Fn. 88), S. 460; *Klijnsma*, (Fn. 56), S. 16; *Stuyck*, (Fn. 51), S. 29.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschützt werden können. Der EuGH hat dies für das Gemeinschaftsrecht verneint,[98] aber, da es sich um eine mindestharmonisierte Richtlinie handelt, können die Mitgliedstaaten den Schutz auch auf juristische Personen ausweiten. Durch die Einschränkung auf natürliche Personen sind gemeinnützige Verbände, Sportverbände, Kirchengemeinden, aber auch KMU tendenziell ohne Schutz auf EU-Ebene.[99]

(2) Rechtsprechung der Mitgliedstaaten

Dieser Entscheidung folgen viele der Mitgliedstaaten nicht. So können in Malta, Italien, Rumänien, Österreich, Belgien, Tschechien, Dänemark, Griechenland und Spanien auch juristische Personen Verbraucher sein.[100] In Frankreich wurde mit der Entscheidung *Cass. Civ. 2005*[101] entschieden, dass zwar die Definition des Verbrauchers im Sinne der „Idealservice"-Entscheidung keine juristischen Personen einbeziehen kann.[102] Dennoch können unter dem Begriff des *non professionel* in Bezug auf missbräuchliche Vertragsklauseln auch juristische Personen verstanden werden. Des Weiteren bestätigen die Gerichte in Großbritannien diesen Ansatz. So können auch juristische Personen im Sinne des Gesetzes über missbräuchliche Klauseln Verbraucher sein. Allerdings werden in den übrigen Bereichen nur natürliche Personen als Verbraucher eingestuft.[103]

b) Existenzgründer

Als nächstes stellt sich die Frage des genauen Zeitpunkts, in dem eine Person den Verbraucherstatus erhält, was weitreichende Folgen haben kann. Im Fall des Existenzgründers geht es um das Problem, ob eine Person, die einen Vertrag zum Zweck der künftigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit geschlossen hat, als Verbraucher angesehen werden kann.[104] Die Beantwortung dieser Frage ist wichtig für KMU, besonders Kleinstunternehmen, die bei der Existenzgründung im Regelfall keine vorherige geschäftliche Erfahrung vorweisen können. Zum Beispiel könnte der Versicherungskaufmann, der Vorbereitungen für die Gründung seiner Versicherungsagentur vornimmt, als Verbraucher oder als Unternehmer eingeordnet werden. Im ersten Fall hätte er selber Schutzrechte und im zweiten Fall hätte er schon vor der eigentlichen beruflichen Tätigkeit Schutzpflichten.[105]

98 EuGH, verb. Rs. C-541/99 und C-542/99, *Idealservice*, Slg. 2001, I-9049, Rdnr. 16.

99 *Ebers*, (Fn. 88), S. 461.

100 *Micklitz*, (Fn. 50), S. A 44.

101 Cass. Civ. I, Urt. v. 15.3.2005, Bull. civ. I Nr. 135.

102 *Ebers*, (Fn. 88), S. 461.

103 Ibid.

104 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 79.

105 Ibid., S. 78.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) EuGH: „Benincasa"

Der EuGH hat dem Existenzgründer in der Entscheidung *Benincasa* keine Verbrauchereigenschaft zugesprochen.[106] Allerdings ist diese Entscheidung zum Internationalen Zivilprozessrecht ergangen und kann nicht auf das materielle Verbraucherrecht direkt übertragen werden, kann allerdings ein Indiz für die generelle Einstellung des EuGH darstellen.[107] Im europäischen vertragsrechtlichen *acquis* ist diese Frage nicht direkt angesprochen worden.[108] Die einzige Ausnahme ist die Fernabsatz-Finanzdienstleistungsrichtlinie,[109] die in ihrem Erwägungsgrund 29 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen lässt, den Schutz auch auf Existenzgründer auszuweiten.

(2) Rechtsprechung der Mitgliedstaaten

In den Mitgliedstaaten gibt es ebenfalls keine eindeutige Haltung zu dieser Frage. Eine Ausnahme bildet Österreich. In § 1 Abs. 3 Konsumentenschutzgesetz wird ausdrücklich geregelt, dass Existenzgründer noch keine Unternehmen sind und demnach als Verbraucher geschützt werden.[110] Ein Gegenbeispiel ist die Rechtsprechung in Italien. In der Entscheidung *Ambrogio Ciocca v. Soc. Galassia* [111] hat der Italienische Oberste Gerichtshof im Jahr 2000 entschieden, dass Existenzgründer als Unternehmen einzustufen sind.[112] In Deutschland gibt es keine eindeutige Auffassung.[113] Der Existenzgründer wird nur in Bezug auf Verbraucherdarlehensverträge gemäß § 512 in Verbindung mit §§ 491 bis 506 BGB dem Verbraucher ausdrücklich gleichgestellt.

(3) Schutzbedürftigkeit

Für die Einbeziehung des Existenzgründers in den Verbraucherschutz spricht die Tatsache, dass er noch keine geschäftliche oder berufliche Erfahrung hat.[114] Allerdings hängt die Schutzbedürftigkeit davon ab, ob er mit einem Unternehmen oder mit einem Verbraucher kontrahiert. Im ersten Fall kann eine Verbraucherstellung befürwortet werden. Das überzeugt vor allem am Beispiel des Franchisenehmers, der vor

106 EuGH, Rs. C-269/95, *Benincasa*, Slg. 1997, I-3767, Rdnr. 19.

107 Dazu *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 82 ff.

108 Ibid., S. 78.

109 RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl. L 271 v. 9.10.2002, S. 16-24.

110 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 90.

111 Corte di cassazione, Urt. v. 14.4.2000, Nr. 4843 = Corriere giuridico 2011, 524.

112 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 94.

113 *Prütting*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 7. Aufl. 2012, § 13 BGB, Rdnr. 9; *Gsell*, (Fn. 81), S. 565, Rdnr. 5.

114 Dazu und zum Folgenden *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 86 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufnahme seiner beruflichen Tätigkeit erhebliche Bedingungen des Franchisegebers erfüllen muss. Anders ist es, wenn der Existenzgründer mit einem Verbraucher Verträge schließt. Obwohl er noch keine Erfahrung bezüglich seiner künftigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit hat, hat er dennoch aufgrund seines Geschäftskonzepts viele Vorüberlegungen machen müssen, was ihm einen Informationsvorsprung gegenüber dem Verbraucher verschafft, weshalb er in diesem Fall nicht schutzwürdig ist.

c) Gemischte Verträge

Ein spezielles, für KMU gewichtiges Problem sind die Fälle der gemischten Verträge. Es ist oft der Fall, dass eine Person einen Vertrag sowohl zum privaten als auch zum gewerblichen oder beruflichen Zweck schließt.[115] Zum Beispiel kann eine Person ein Kraftfahrzeug für berufliche, aber auch private Zwecke kaufen. Es stellt sich dabei die Frage, ob diese Person als Verbraucher oder als Unternehmen kontrahiert.

(1) EuGH: „Gruber"

Der EuGH musste über diese Frage in der Rechtssache *Gruber*[116] entscheiden. Jedoch ist auch dieses Urteil, genau wie das Urteil *Benincasa*, zum Zivilprozessrecht ergangen und kann daher nicht direkt auf das materielle Vertragsrecht übertragen werden. Es stellt jedoch ein Indiz für die aktuelle Einstellung auf EU-Ebene diesbezüglich dar.[117] Der EuGH hat entschieden, dass bei gemischten Verträgen eine Person nur dann als Verbraucher angesehen wird, wenn der private Zweck ganz übergeordnet und der geschäftliche oder berufliche Zweck nur nebensächlich ist.[118]

(2) Lösungen in den Mitgliedstaaten

In den meisten Mitgliedstaaten gibt es keine Bestimmungen über gemischte Verträge.[119] Ein ausdrückliches Abstellen auf den überwiegenden Gebrauchszweck findet sich aber in der Rechtssetzung von Schweden, Finnland und Dänemark. Dagegen wird in Österreich und Belgien nur die Vertragspartei, die ausschließlich zum privaten Zweck handelt, als Verbraucher angesehen. In Deutschland überwiegt die Meinung, dass der vorherrschende Zweck des Vertrags maßgeblich sein soll.[120]

115 *Beale*, (Fn. 50), S. 151.

116 EuGH, Rs. C-464/01, *Gruber*, Slg. 2005, I-439.

117 *Beale*, (Fn. 50), S. 154.

118 EuGH, Rs. C-464/01, *Gruber*, Slg. 2005, I-439, Rdnrn. 39, 54.

119 *Ebers*, (Fn. 88), S. 463.

120 *Prütting*, (Fn. 113), § 13 BGB, Rdnr. 9; *Gsell*, (Fn. 81), S. 565, Rdnr. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Schutzbedürftigkeit

Das Urteil *Gruber* ist in Bezug auf das Zivilprozessrecht gerechtfertigt, weil es zur Rechtssicherheit beiträgt, denn bei der Entscheidung über den Gerichtsstand wird es für das Gericht einfacher sein, den ganz übergeordneten privaten Zweck des Vertrages zu identifizieren.[121]

Doch das ist nicht mit dem Zweck des materiellen Vertragsrechts vereinbar, welches in erster Linie dem Schutz der schwächeren Vertragspartei und der Herstellung eines Parteigleichgewichts dienen soll.[122] Deshalb wäre es zweckmäßiger, bei gemischten Verträgen auf den überwiegenden Gebrauchszweck abzustellen.[123] Ein Beispiel dafür ist die Produkthaftungsrichtlinie,[124] die den Begriff des Schadens[125] als „Beschädigung oder Zerstörung einer anderen Sache als des fehlerhaften Produktes, sofern diese Sache […] von dem Geschädigten hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet worden ist" definiert.[126]

d) Atypische Verträge

Atypische Geschäfte sind Verträge, die nicht direkt oder indirekt mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Unternehmens verbunden sind und für die das Unternehmen eventuell keine vorherige Erfahrung nachweisen kann.[127] Ein Beispiel dazu ist die Ärztin, die für ihre Praxis eine Sitzgarnitur kauft.[128] In diesem Fall gibt es keinen direkten Bezug zu der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit. Es wurden bisher keine Urteile bezüglich dieser Frage gefällt,[129] aber auf EU-Ebene wurde mit der genannten EuGH-Entscheidung *Idealservice* schon indiziert, dass auch in diesen Fällen keine Verbraucherstellung in Frage kommt.

(1) Lösungen in den Mitgliedstaaten

Die bereits geschilderte französische und britische Rechtsprechung will allerdings auch im Fall von atypischen Verträgen den Verbraucherschutz ausdehnen.[130] In einigen anderen Mitgliedstaaten wurde eine Ausweitung des Verbraucherbegriffs mit

121 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 124.

122 *Ebers*, (Fn. 88), S. 462.

123 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 124.

124 RL 85/374/EWG des Rates v. 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 v. 7.8.1985, S. 29-33.

125 Art. 9 lit. b) ii) RL 85/374/EWG.

126 *Ebers*, (Fn. 88), S. 462.

127 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 103.

128 Ibid., S. 103.

129 *Micklitz*, (Fn. 50), S. A 46.

130 *Ebers*, (Fn. 88), S. 459.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Konzept des „Endabnehmers“ bejaht.[131] In Griechenland, Ungarn und Luxemburg werden Unternehmen bei atypischen Verträgen unter der Voraussetzung, dass der Vertragsgegenstand für das Unternehmen als Endverbraucher bestimmt ist, als Verbraucher geschützt. In Deutschland hingegen fallen atypische Verträge unter die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit.[132]

(2) Schutzbedürftigkeit

Atypische Verträge könnten mit den Verträgen zur Existenzgründung verglichen werden.[133] Auch hier hängt die Schutzbedürftigkeit des Unternehmens davon ab, ob er mit einem Verbraucher oder mit einem anderen Unternehmen kontrahiert. Denn auch bei geschäftsfremden Nebengeschäften hat das Unternehmen eine allgemeine Geschäftserfahrung, womit es im Vorteil gegenüber dem Verbraucher ist. Bei Verträgen mit Unternehmen sollte aber danach unterschieden werden, ob das Nebengeschäft doch indirekt etwas mit der geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit zu tun hat oder es in einem ganz anderen Bereich liegt, ohne jeglichen Bezug zu dieser Tätigkeit zu haben.

III. Zwischenfazit

1. Eine schutzwürdige Position der KMU ist in Verbraucherverträgen zu verneinen. Ein Schutzregime für KMU kommt bei Handelsverträgen mit großen Unternehmen in Betracht.

2. KMU werden im Vertragsrecht sowohl auf EU-Ebene als auch in den Mitgliedstaaten als Unternehmen eingestuft und stehen damit den Verbrauchern als Vertragspartner gegenüber. Doch sowohl der Begriff des Unternehmens als auch des Verbrauchers ist nicht einheitlich innerhalb der EU. Im ersteren Fall gibt es mitgliedstaatliche Rechtsordnungen, die durch eine Differenzierung innerhalb des Unternehmensbegriffs KMU besonderen Schutz zukommen lassen. Im Rahmen der zweiten Konstellation gibt es sowohl auf EU-Ebene als auch in den Mitgliedstaaten Verbraucherdefinitionen, die auch KMU einbeziehen.

3. Der Verbraucherbegriff wird vom EuGH tendenziell eng ausgelegt und nur auf natürliche Personen angewandt. Eine Ausweitung des Begriffs wird demnach auch in Fällen von Existenzgründung, von atypischen und von gemischten Verträgen verneint. Die Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten enthalten für diese Fälle keine besonderen Bestimmungen. Eine besondere Rücksichtnahme auf KMU durch neue Rechtsetzung wird aber bei Existenzgründung und bei atypischen Verträgen zwischen KMU und großen Unternehmen empfohlen.

131 Dazu und zum Folgenden *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 110.

132 *Prütting*, (Fn. 113), § 13 BGB, Rdnr. 9.

133 *Meyer-Schwickerarth*, (Fn. 15), S. 108.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. KMU im Binnenmarkt: Grenzüberschreitende Verträge

Ein wesentlicher Aspekt in Bezug auf die Stellung von KMU im Europäischen Vertragsrecht sind grenzüberschreitende Verträge. Die EU ist in erster Linie eine wirtschaftliche Gemeinschaft, deren Ziel es ist, das Zusammenspiel zwischen den nationalen Märkten zu fördern und damit den Nutzen des Binnenmarkts für alle Markteilnehmer zu erhöhen.[134] Daher sollte es vor allem für KMU, die 99 % aller Unternehmen in der EU repräsentieren und mithin die häufigsten Markteilnehmer sind,[135] möglich sein, die Vorteile des Binnenmarkts zu nutzen und auch grenzüberschreitend zu handeln. Leider entspricht das nicht der Realität. Es wurde erkannt, dass der Binnenmarkt in der Tat eine Chance für große Unternehmen ist, im Gegensatz zu Verbrauchern und KMU, die bisher nicht von den Vorteilen profitieren konnten.[136] Befragungen zeigen, dass KMU, insbesondere Kleinstunternehmen, nur selten grenzüberschreitend geschäftlich tätig werden.[137] Dafür sind mehrere Gründe ursächlich, die verschieden belastend für KMU sein können.[138] In Bezug auf das Vertragsrecht wird insbesondere die Belastung durch unterschiedliche Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten hervorgehoben.[139]

I. Rechtsvielfalt als Vertragshürde

Es ist eine allgemeine Annahme, dass Rechtsvielfalt im Sinne von unterschiedlichen nationalen vertragsrechtlichen Bestimmungen eine Hürde für grenzüberschreitende Verträge darstellt.[140] Das wird mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit begründet, die zu zusätzlichen Transaktionskosten führt.[141] Unterschiedliche nationale Rechtsordnungen haben demnach erheblichen Einfluss auf die Kosten der grenzüberschreitenden Vertragsgestaltung.[142] Die Vertragsparteien müssen sich über die relevanten Bestimmungen des fremden Rechts informieren, weshalb sie anwaltliche Beratung beanspruchen müssen. Des Weiteren entstehen höhere Kosten im Fall von Rechtsstreitigkeiten, da diese oftmals nicht den nationalen rechtlichen Regelungen unterliegen und die Mitgliedstaaten unterschiedliche Justizsysteme haben. Dazu müssen auch Kosten der Instabilität mitberechnet werden, da Verträge durch Änderungen der fremden Rechtsordnung beeinflusst werden können.

134 *Wagner*, in: Smits (Hrsg.), The Need For a European Contract Law, 2005, S. 31.

135 *Hesselink*, (Fn. 3), S. 8.

136 *Gessner*, in: von Freyhold u.a. (Hrsg.), Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market, 1995, S. 5.

137 Flash Eurobarometer Nr. 300/2011 und Nr. 320/2011.

138 Ibid., S. 5.

139 KOM (2011) 636 endg., S. 2.

140 *Sefton-Green*, (Fn. 52), S. 135.

141 *Wagner*, (Fn. 134), S. 27.

142 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es gibt unterschiedliche Auffassungen über die Relevanz der genannten Probleme bei der Entscheidung, ob Unternehmen Verträge mit Verbrauchern oder anderen Unternehmen im Ausland schließen wollen. Zum einen wird hervorgehoben, dass die Hindernisse, die am häufigsten abschreckend wirken, nicht unterschiedliche nationale Vertragsrechte sind, sondern andere Probleme wie zum Beispiel Sprachschwierigkeiten,[143] steuerrechtliche Unterschiede,[144] Lieferungs- und Zahlungsprobleme[145] sowie Lizensierungs- und Registrierungserfordernisse.[146] Zudem gibt es die Ansicht, dass die genannten Transaktionskosten für große Unternehmen kein wirkliches Vertragshindernis darstellen, denn sie verfügen über die nötigen finanziellen und personellen Ressourcen.[147] Andererseits wird erkannt, dass die erforderliche intensive Beschäftigung mit der fremden Rechtsordnung[148] und die dazugehörigen Informationskosten für KMU ein erhebliches Hindernis sein können.[149] Deshalb wird eine Harmonisierung in zwei wesentlichen Schwerpunkten vorgeschlagen. Das ist zum einen die Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in Standardverträgen[150] und zum anderen die Rechtsdurchsetzung.[151]

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Standardverträge

a) Problemlage

Verträge haben sich im letzten Jahrhundert fundamental verändert.[152] Heute sind vorformulierte Standardverträge mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Regel. Sie werden durch anwaltliche Beratung zusammengestellt und regulieren alle Aspekte des Geschäfts. Das primäre Ziel einer modernen Rechtsetzung ist deshalb die Förderung und Kontrolle dieser Standardverträge. Die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten werden als Vertragshürde angesehen, da sie die Unternehmen daran hindern, ihre AGB auch grenzüberschreitend zu nutzen.[153]

143 *Mächtel*, Tagungsbericht zum Wissenschaftlichen Symposium „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?", DNotZ 2012, S. 328; *Stabentheiner*, (Fn. 16), S. 68; *Sefton-Green*, (Fn. 52), S. 140.

144 *Stabentheiner*, (Fn. 16), S. 68.

145 *Sefton-Green*, (Fn. 144), S. 140.

146 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 286.

147 *Rutgers*, An Optional Instrument and Social dumping revisited, ERCL 2011, S. 357; *Beale*, The Future of the Common Frame of Reference, ERCL 2007, S. 270.

148 VDMA, Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht, 2001, S. 2.

149 *Schmitt*, Rechtssicherheit im Binnenmarkt, Zur Notwendigkeit eines Europäischen Schiedsgerichts, 2007, S. 73.

150 *Castermans*, Towards a European Contract Law through Social Dialogue, ERCL 2011, S. 366; *Collins*, (Fn. 53), S. 787; *Staudenmayer*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, S. 3492.

151 *Augenhofer*, (Fn. 65), S. 215; *Gessner*, (Fn. 136), S. 5; *Hesselink*, (Fn. 55), S. 337.

152 Dazu *Collins*, (Fn. 53), S. 790.

153 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Problem ist, dass die Unternehmen nicht sicher sein können, ob ihre AGB auch im Ausland, durchsetzbar sein werden und ob sie ihnen wirtschaftliche Vorteile verschaffen können, weshalb sie diese anpassen müssen.[154] Große Unternehmen haben es einfacher, denn sie haben in der Regel die finanziellen Mittel für Rechtsberatung und Niederlassungen im Ausland, die sich mit dem fremden Recht auskennen.[155] KMU hingegen haben in der Regel nicht die nötigen Ressourcen, um AGB individuell zu entwerfen und brauchen Hilfe bei der Vertragsgestaltung.[156]

b) Lösungsvorschlag: Ein europäisches Regulierungssystem

Den KMU wäre der grenzüberschreitende Verkehr in erster Linie durch Musterverträge erleichtert.[157] Bisher haben sie solche Musterverträge durch die Tätigkeit nationaler industrieller Verbände erhalten.[158] Doch um in allen Mitgliedstaaten die eigenen AGB verwenden zu können und damit den grenzüberschreitenden Verkehr zu fördern, wird sowohl in der Literatur[159] als auch seitens der Kommission[160] das Erfordernis betont, AGB auf EU-Ebene zu entwickeln. Es wäre deshalb ratsam, ein europäisches Regulierungssystem zu gründen, in dem Vertreter von Unternehmens- und Verbrauchergruppen zusammen ausgeglichene, speziell für bestimmte Branchen zugeschnittene und in allen Sprachen der Mitgliedstaaten gefasste AGB entwerfen würden.[161] Dabei können als Vorbild schon bestehende nationale Institutionen dienen, wie zum Beispiel der niederländische Sozial- und Wirtschaftsrat, in dem für jede Geschäftsbranche eine eigene Beratungsgruppe eingerichtet ist.[162]

Diese Lösung ist insbesondere deshalb zu befürworten, da sie zu einer Harmonisierung der für den Geschäftsverkehr wesentlichen Bestimmungen führen würde und zwar nicht von oben, durch Rechtsakte der EU, sondern von unten, durch Engagement der Markteilnehmer in den verschiedenen Geschäftsbranchen.[163] Eine Konkretisierung dieses Vorschlags könnte durch die Tätigkeit des kürzlich gegründeten Instituts des Europäischen Rechts ermöglicht werden.[164] Das wäre mit den Zielen

154 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3492.

155 *Beale*, (Fn. 147), S. 271.

156 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME), General remarks on the CESL proposal, 2011, S. 2.

157 Ibid.

158 Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 104; VDMA, (Fn. 148), S. 3.

159 *Cristas*, Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses, What do we want?, ERCL 2011, S. 366; *Collins*, (Fn. 53), S. 798.

160 Mitteilung der Kommission, Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg. v. 12.2.2003, S. 26, Rdnr. 85.

161 *Castermans*, (Fn. 150), S. 366; *Collins*, (Fn. 53), S. 798.

162 *Castermans*, (Fn. 150), S. 366.

163 *Collins*, (Fn. 53), S. 801.

164 *Castermans*, (Fn. 150), S. 367.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Instituts vereinbar, die sich unter anderem auf die mögliche Ausarbeitung von gemeinsamen europäischen Regelungen sowie Modellregeln richten.[165]

2. Rechtsdurchsetzung

a) Problemlage

Die durch Rechtsvielfalt verursachte Rechtsunsicherheit wird insbesondere im Fall der Rechtsdurchsetzung ersichtlich. Erst wenn es zu einer Vertragsverletzung kommt, wird das Ausmaß der Komplexität grenzüberschreitender Gerichtsverfahren in der EU deutlich. Studien belegen, dass die bestehenden Strukturen für grenzüberschreitende Streitigkeiten in der EU keine vertrauenswürdigen und wirksamen Institutionen aufweisen können.[166] Gründe sind die hohen Kosten und die lange Verfahrensdauer. Das führt dazu, dass KMU es unterlassen, ihre Rechte durchzusetzen.[167]

Große Unternehmen regeln ihre Streitigkeiten selten vor Gericht.[168] Sie nutzen informelle Netzwerke und ihre erfahrenen Anwälte, um mit alternativen Formen der Streitbeilegung – in erster Linie Schiedsverfahren – ihre Konflikte zu lösen. KMU hingegen müssen ihre Angelegenheiten gerichtlich regeln. Das tun sie aber nur, wenn der Streitwert eine Höhe erreicht hat, die die hohen Prozesskosten rechtfertigen würde. Andernfalls geben sie ihren Anspruch auf. Da es sich bei den meisten KMU um Kleinstunternehmen, aber auch um Einzelpersonen handelt, liegt der Schluss nah, dass es in den häufigsten Fällen nicht zu einem Prozess kommt. Deshalb wird richtig festgestellt, dass auch die besten materiell-rechtlichen Lösungen, wie die oben vorgeschlagene europaweite Vereinheitlichung von AGB oder das unten analysierte Gemeinsame Europäische Kaufrecht,[169] keine praktische Veränderung einführen würden ohne ein effektives Rechtsdurchsetzungssystem.[170]

b) Lösungsvorschläge

Es wird eingeräumt, dass eine Reformierung der EU-Gerichtsbarkeit und die Annäherung der nationalen Prozessrechte erforderlich sind.[171]

165 European Law Institute, http://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/ (13.3.2013).

166 Vgl. *von Freyhold*, in: ders. (Hrsg.), The Cost of Judicial Barriers, 1995, S. 394.

167 *Gessner*, (Fn. 136), S. 5.

168 Dazu ibid., S. 198.

169 Siehe unter D.II.

170 *Augenhofer*, (Fn. 65), S. 215; *Mächtel*, (Fn. 143), S. 328.

171 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Eine Zivilkammer des EuGH

Die Überlegungen gehen soweit, dass sogar die Gründung einer erstinstanzlichen spezialisierten Zivilkammer des EuGH vorgeschlagen wird.[172] Dagegen spricht zwar, dass es womöglich zu einer Überlastung des EuGH kommen könnte. Andererseits würde es zu einer Rechtsprechungsvereinheitlichung in Zivilsachen führen. In diesem Zusammenhang ist somit ein solcher Vorschlag zu befürworten, da nach der Verabschiedung der GEKR-VO zu erwarten ist, dass sich der EuGH mit einer großen Anzahl von zivilrechtlichen Vorlagefragen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV[173] befassen wird.

(2) Grenzüberschreitende Schiedsverfahren für KMU

Eine für KMU pragmatischere Lösung wäre die Einführung von für sie zugeschnittenen grenzüberschreitenden Schiedsverfahren. Es wäre denkbar, diese auf EU-Ebene einzurichten.[174] Doch aus Sicht der KMU wäre es sachgerechter, sie innerhalb von Industrie- und Handelskammern, die nahe der Staatsgrenze liegen und sich mit grenzüberschreitenden Problematiken auskennen (sogenannte Grenzlandkammern), einzuführen. Um Neutralität zu gewährleisten, müssten diese paritätisch besetzt sein. Dabei wäre die Regionalnähe von Vorteil für KMU.

(3) Online-Streitbeilegung

Es gibt bereits erste konkrete Schritte, die Verbraucher und KMU ermutigen könnten, ihre vertraglichen Ansprüche durchzusetzen. Die Kommission hat eine Verordnung über die Online- Streitbeilegung[175] und eine Richtlinie über alternative Streitbeilegungen[176] vorgeschlagen. Es werden kostengünstige Verfahren bei Verletzung von Verbraucherverträgen eingeführt, ungeachtet dessen, ob diese im Inland oder im Ausland geschlossen wurden.[177] Die Initiative ist an den elektronischen

---

172 *Hesselink*, An Optional Instrument on EU Contract Law: Could it Increase Legal Certainty and Foster Cross-Border Trade?, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper 6/2010, S. 2.

173 Früher Art. 234 EGV, dazu *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts: Der EuGH als Zivilrichter, 1998, S. 28.

174 Dazu *Schmitt*, (Fn. 149), S. 291 ff.

175 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (Verordnung über Online-Streitbeilegung), KOM (2011) 794 endg. v. 29.11.2011.

176 Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Formen der alternativen Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung), KOM (2011) 793 endg. v. 29.11.2011.

177 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP 11/1461 v. 29.11.2011.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geschäftsverkehr gerichtet und soll bis Anfang 2015 in allen Mitgliedstaaten realisiert werden.

Doch auch diese Vorhaben sind durchaus kritisch zu bewerten. In der Vergangenheit wurde offensichtlich, dass Verbraucher und KMU nicht ausreichend über ihre Rechte und Möglichkeiten informiert sind, weshalb sie diese auch nicht genutzt haben.[178] Ein Beispiel ist das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen,[179] welches sich in der Praxis nicht bewährt hat, wahrscheinlich wegen unzureichender Kenntnis darüber.[180] Des Weiteren wäre es für KMU sinnvoller, wenn sich diese neuen Streitbeilegungsoptionen auch auf Handelsverträge erstrecken würden,[181] so könnten sie ihre Ansprüche gegenüber anderen KMU und großen Unternehmen viel effektiver durchsetzen.

II. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht

Die Kommission hat kürzlich eine Lösung vorgeschlagen, die die Probleme der hohen Transaktionskosten und der Rechtsunsicherheit bei grenzüberschreitenden Verträgen bewältigen sollte. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht soll zuvörderst Verbraucher und KMU dazu anregen, öfter grenzüberschreitend zu kontrahieren.[182] Dabei ist es auf den, besonders für KMU relevanten, elektronischen Geschäftsverkehr gerichtet und stellt erstmals verbindliche Regeln für Vertragsabschlüsse im Internet auf.[183] Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wird als Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Vertragsrechts und ersten Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch[184] angesehen.

1. KMU im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: Allgemeine Betrachtung

KMU sollen Transaktionskosten einsparen, indem sie für alle grenzüberschreitenden Verträge nur ein Set vertragsrechtlicher Bestimmungen beachten müssen.[185] Die Effizienz des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts in dieser Hinsicht ist jedoch in

178 *Augenhofer*, (Fn. 65), S. 215.

179 VO (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 1-22.

180 *Augenhofer*, (Fn. 65), S. 216.

181 Zentralverband des deutschen Handwerks, Stellungnahme zur Konsultation über den Gebrauch alternativer Streitbeilegungsverfahren, 2011, S. 4.

182 Erwägungsgründe 2, 4 und 7 GEKR-VO.

183 *Leupold*, Editorial: Das neue europäische Kaufrecht – Chance für den Mittelstand, MMR 2011, S. 701.

184 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 269.

185 Erwägungsgründe 2 und 7 GEKR-VO.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Literatur umstritten. Einerseits gibt es eine allgemeine Befürwortung,[186] andererseits wird starke Kritik zum Ausdruck gebracht.[187]

a) Anwendungsbereich

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Nach Art. 7 Abs. 2 GEKR-VO kann das Gemeinsame Europäische Kaufrecht bei Verbraucher- und Handelsverträgen angewandt werden. Allerdings besteht bei Handelsverträgen die Voraussetzung, dass wenigstens eine Partei ein KMU ist.[188] Es ist zwar zu befürworten, dass die Stellung von KMU hervorgehoben wird, doch führt dieses Erfordernis der KMU-Beteiligung[189] und damit der Ausschluss von Handelsverträgen zwischen großen Unternehmen zu einer nicht plausiblen Beschränkung der Rechtswahlfreiheit der Parteien bei Handelsverträgen.[190] Denn bei diesen haben die Parteien grundsätzlich die Wahl, jedes beliebige nationale oder als Teil des nationalen Systems anerkannte Vertragsrecht zu wählen.[191] Zweitens würde die KMU-Definition unnötige Komplexität einführen, denn, wie oben schon dargelegt,[192] führt die Definition zu Unsicherheit über den Vertragspartner.[193]

Diese Beschränkung kann aber umgangen werden. Die Mitgliedstaaten haben die Option, den persönlichen Anwendungsbereich auch auf Verträge unter großen Unternehmen auszuweiten, Art. 13 lit. b) GEKR-VO. Wenn nur ein Mitgliedstaat davon Gebrauch macht, können alle großen Unternehmen das Vertragsrecht dieses Mitgliedstaates wählen und damit das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auf ihre Verträge anwenden.[194] Damit wäre die besondere Schutzposition von KMU nicht beeinträchtigt und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht würde größere Anwendung finden.

(2) Räumlicher Anwendungsbereich

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht kommt nach Art. 4 Abs. 1 GEKR-VO nur bei grenzüberschreitenden Verträgen zur Anwendung. Allerdings ist es den

186 *Beale*, (Fn. 147), S. 270; *Hesselink*, (Fn. 172), S. 17; *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3492.

187 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 285; *Sefton-Green*, (Fn. 52), S. 136; *Stabentheiner*, (Fn. 16), S. 67.

188 Ibid., S. 64.

189 Ibid.

190 Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 88.

191 Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. L 177 v. 4.7.2008, S. 6-16 („Rom I-VO").

192 Siehe unter B.I.1.

193 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 8.

194 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3494.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mitgliedstaaten überlassen, den Anwendungsbereich auch auf innerstaatliche Verträge auszuweiten, Art. 13 lit. a) GEKR-VO. Diese Lösung war für die Kommission ein Kompromiss zwischen zwei sich gegenüberstehenden Anforderungen.[195] Einerseits ist es das Kernerfordernis des Binnenmarktes, grenzüberschreitende und reine inländische Vertragsbeziehungen gleich zu behandeln. Andererseits könnten bei Anwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf inländische Verträge die nationalen Vertragsrechte gefährdet werden.

Diese Kompromisslösung wirft einige Fragen in Bezug auf KMU auf.[196] Gegen die Ausweitung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auch auf inländische Verträge spricht, dass sich damit auch KMU, die kein Interesse haben, grenzüberschreitend Geschäfte zu machen, mit einem neuen Vertragsrecht vertraut machen müssten. Andererseits kann langfristig nur ein einheitliches sowohl auf grenzüberschreitende als auch auf inländische Verträge anzuwendendes Gemeinsames Europäisches Kaufrecht tatsächlich zu der angestrebten Transaktionskostenminderung führen. Denn nur dann wäre es für KMU möglich, sich nur auf eine Vertragsrechtsordnung zu stützen. Da es sich bei dem Gemeinsamen Kaufrecht um ein neues Instrument handelt, ist vorerst Zurückhaltung angebracht.[197] Erst wenn sich das Gemeinsame Europäische Kaufrecht bei grenzüberschreitenden Verträgen bewährt hat, sollte es auch auf inländische Verträge angewandt werden.

(3) Sachlicher Anwendungsbereich

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht erfasst gemäß Art. 5 lit. a), b) und c) GEKR-VO Kaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Verträge über Dienstleistungen, die zu diesen Verträgen in enger Verbindung stehen. Nicht erfasst sind wesentliche Bereiche, die von großer praktischer Bedeutung sind wie zum Beispiel die Eigentumsübergabe, das Recht des geistigen Eigentums, die Geschäftsfähigkeit oder die Vertretung, die weiterhin den nationalen Regelungen unterliegen.[198] Daraus geht hervor, dass ein komplettes Vertragsverhältnis nicht allein durch das Gemeinsame Kaufrecht reguliert werden kann. KMU werden sich für wesentliche Fragen mit den nationalen Bestimmungen, zum Beispiel des Sachenrechts, vertraut machen müssen.[199] Erst durch eine Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches auf andere für den Vertrag wesentliche Rechtsbereiche werden KMU Transaktionskosten einsparen können.

---

195 Dazu *Reding*, Rede auf der Konferenz „Towards a European Contract Law", Leuven am 3.6.2011.

196 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 156), S. 3.

197 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, Special remarks on the CESL proposal, 2011, S. 2.

198 Erwägungsgrund 27 GEKR-VO.

199 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 156), S. 2.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ist ein optionales Instrument.[200] Dies bedeutet, dass es nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Vertragsparteien es ausdrücklich vereinbart haben, Art. 3 GEKR-VO. Es handelt sich also um ein „Opt-In"-Instrument.[201] Um sich aber für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zu entscheiden, müssen sich die Parteien zuerst mit dem eigentlich anwendbaren Recht auseinandersetzen, um es zu vergleichen.[202] Zudem ist zu erwarten, dass nicht alle Parteien der Anwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zustimmen, weshalb auch weiterhin andere Vertragsrechte angewandt werden.[203] Das führt zu der Befürchtung, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sogar zu höheren Transaktionskosten beitragen könnte, denn die Unternehmen müssten sich neben den bestehenden mitgliedstaatlichen Vertragsrechten auch über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht informieren.[204]

Ein weiteres Problem entsteht bei Handelsverträgen. Angesichts der Tatsache, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht von den Parteien gewählt werden muss, um den Vertrag zu regulieren, ist die Verhandlungsmacht der Parteien entscheidend und im Ergebnis wird es nur zur Anwendung kommen, wenn es die stärkere Vertragspartei will.[205] Für Verträge zwischen KMU und großen Unternehmen bedeutet das, dass große Unternehmen das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nur dann akzeptieren werden, wenn sie davon mehr als von einer anderen Vertragsrechtsordnung profitieren.[206] Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht möchte gerade KMU besonders schützen, was sich zu Lasten der großen Unternehmen auswirkt. Deshalb ist zu prognostizieren, dass diese sich gerade deshalb nicht für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht entscheiden werden.[207] Dieses könnte zwar durch besser ausbalancierte Schutzregelungen attraktiver für große Unternehmen gestaltet werden, aber es ist zu bezweifeln, dass ein optimales Schutzniveau in allen wesentlichen Punkten erreicht werden kann.[208]

---

200 Dazu *Stabentheiner*, (Fn. 16), S. 63; *Hesselink*, How to Opt into the Common European Sales Law?, Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation, ERPL 2012, S. 195.

201 Dazu *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 40.

202 *Cartwright*, „Choice is good." Really?, ERCL 2011, S. 348.

203 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 286.

204 Ibid., S. 286.

205 *Cartwright*, (Fn. 202), S. 346; *Stabentheiner*, (Fn. 16), S. 67.

206 *Cristas*, (Fn. 159), S. 330.

207 Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 87.

208 *Cristas*, (Fn. 159), S. 331.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. KMU im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: Vertragspartnerbestimmte Betrachtung

Für KMU sind im Hinblick auf das Gemeinsame Kaufrecht drei verschiedene Vertragskonstellationen möglich: Verträge mit Verbrauchern, mit großen Unternehmen und mit anderen KMU.

a) KMU – Verbraucher

Bei Verbraucherverträgen haben KMU eine vergleichbar bessere Verhandlungsposition,[209] weshalb das Gemeinsame Europäische Kaufrecht praktisch nur Anwendung finden wird, wenn das KMU bereit ist, es dem Verbraucher anzubieten.[210] KMU werden sich dazu nur dann entschließen, wenn die daraus folgenden Vorteile die Transaktionskosten überwiegen.[211] Dabei werden die folgenden als wesentlich identifizierte Punkte[212] relevant sein.

(1) Verhältnis zwischen Kollisionsrecht und Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

Bei grenzüberschreitenden Verträgen in der EU ist die Rom I-Verordnung, die die Regeln des internationalen Privatrechts aufstellt, zu beachten. Bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen werden Verbraucher geschützt, indem vorgesehen wird, dass solche Verträge dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, Art. 6 Abs. 1 Rom I-Verordnung. Das gilt nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung auch dann, wenn die Parteien sich über ein anderes Recht geeinigt haben, wenn das gewählte Recht weniger vorteilhaft für den Verbraucher ist.

Diese komplizierte Regelung stellt für Unternehmen ein erhebliches Problem dar, denn das bedeutet, dass sie immer das fremde Verbraucherrecht berücksichtigen müssen.[213] Mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht soll das geändert werden. Die Idee ist, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ein sogenanntes „zweites Regime" sein soll.[214] Dem gegenüber steht die Bezeichnung eines „achtundzwanzigsten Regimes". Das impliziert, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in jedem Mitgliedstaat ein Teil der nationalen Rechtsordnung ist und parallel zu dem

209 Siehe unter C.I.1.

210 *Hesselink*, (Fn. 200), S. 10.

211 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 275.

212 Ibid., S. 273; *Hesselink*, (Fn. 200), S. 10; European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 40), S. 12.

213 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3492.

214 Dazu *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 37.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nationalen Vertragsrecht besteht. Es soll kein achtundzwanzigstes, von den bestehenden siebenundzwanzig nationalen Vertragsrechten unabhängiges, Vertragsrecht sein. Daraus resultiert, dass bei grenzüberschreitenden Verträgen erst über die Rom I-Verordnung geregelt wird, welches nationale Recht zur Anwendung kommt.[215] Im zweiten Schritt können die Parteien innerhalb des anzuwendenden nationalen Rechts das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wählen.

Damit sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nichts anderes als eine Wahl zwischen verschiedenen Vertragsrechten innerhalb des gleichen nationalen Rechtssystems sein.[216] Es impliziert, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht dasselbe Verbraucherschutzniveau haben sollte wie das nationale Recht. Für Verbraucherverträge hätte das die Konsequenz, dass Unternehmen durch die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts keine weiteren nationalen verbraucherrechtlichen Vorschriften beachten müssten. Diese Lösung ist jedoch ein unnötiger Umweg für Unternehmen, denn das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wäre einfacher zu handhaben, wenn es als internationales einheitliches materielles Recht Vorrang vor der Rom I-Verordnung hätte und direkt wählbar wäre.[217]

(2) Informationspflichten

Informationspflichten dienen im Wesentlichen dem Schutz der Verbraucher. Doch oft wird die unnötige Überforderung der Verbraucher mit zu vielen Informationen kritisiert.[218] Andererseits könnten diese auch eine Last für KMU darstellen. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sieht zwei Arten von Informationspflichten vor.[219] Zunächst gibt es die vorvertraglichen Informationspflichten gemäß Art. 13 bis 29 GEKR-VO. Zusätzlich sind bei Verbraucherverträgen Unternehmen gegenüber Verbrauchern dazu verpflichtet, Informationen über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in Form von einem Standard-Informationsblatt nach Art. 9 GEKR-VO zu übermitteln.

Die vorvertraglichen Informationspflichten konstituieren einen der Schwerpunkte des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.[220] Sie sehen vor, dass der Unternehmer schon bevor ein Vertrag überhaupt zustande gekommen ist, den potenziellen Vertragspartner über wesentliche Merkmale des Vertrages informiert.[221] Sie sind bei Verbraucherverträgen strenger geregelt als bei Handelsverträgen.[222] Darüber hinaus sind

215 Erwägungsgrund 10 GEKR-VO.

216 *Hesselink*, (Fn. 200), S. 3.

217 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 275.

218 Ibid., S. 276; *Hesselink*, (Fn. 200), S. 10.

219 *Benninghoff*, in: Schmidt-Kessel, (Fn. 10), S. 92.

220 Ibid., S. 88.

221 Ibid., S. 102.

222 Dazu ibid., S. 96 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie nicht dispositiv und viel ausführlicher reguliert. So muss der Verbraucher über „wesentliche Merkmale der Leistung, den vollen Umfang und Bedingungen seiner Zahlungspflicht, Identität und Erreichbarkeit des Unternehmers, die Leistungsmodalitäten sowie die Vertragslaufzeit und -beendigung informiert sein". Schließlich sind auch die Rechtsfolgen einer Informationspflichtverletzung, besonders aus der Sicht eines KMU, besorgniserregend.[223] Es sind nämlich Schadensersatzansprüche nach Art. 29 Abs. 1 GEKR-VO sowie Anfechtungsrechte nach Art. 29 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 1 lit. b) ii) GEKR-VO vorgesehen. So ist es zum Beispiel nicht nachvollziehbar, warum der Käufer gemäß Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 lit. b) ii) GEKR-VO anfechten kann, wenn er von hohen Transportkosten gewusst hätte, die er aber wiederum nach Art. 29 Abs. 2 GEKR-VO gar nicht tragen muss.

Die Regelungen zum Standard-Informationsblatt sehen vor, dass das Unternehmen dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Zusammenfassung seiner Rechte mit deutlichem Hinweis übermittelt, Art. 9 GEKR-VO. Der Verbraucher ist gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 GEKR-VO erst dann an den Vertrag gebunden, wenn er dem Standard-Informationsblatt ausdrücklich und gesondert von der Vertragsschlusserklärung zustimmt. Wenn eine Zustimmung nicht vorliegt, wird der Vertrag dem anzuwendenden nationalen Recht unterworfen, das darüber entscheidet, ob ein Vertrag überhaupt zustande gekommen ist.[224] Bei Verstößen gegen Art. 9 GEKR-VO sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, diese mit Verwarnungen, Bußgeldern oder sogar strafrechtlichen Sanktionen nach Art. 10 GEKR-VO zu sanktionieren.[225] Informationspflichten und die Folgen von Informationspflichtverletzungen sind offensichtlich eine Last für KMU, obwohl die praktische Relevanz für den Verbraucherschutz in Frage gestellt werden kann.[226] Zudem sind es zusätzliche Kosten, wenn Informationen zweimal übermittelt werden müssen.[227] Es wäre deshalb ratsam, diese einerseits zu reduzieren und andererseits die Anforderungen nach Art. 9 GEKR-VO mit den vorvertraglichen Informationspflichten zu verbinden.[228]

(3) Abhilfen des Käufers

Auch die Abhilfen des Käufers im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht sind so geregelt, dass sie einen hohen Verbraucherschutz konstituieren, der sich aber

223 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 277.

224 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 10), S. 42.

225 Ibid., S. 43.

226 *Hesselink*, (Fn. 200), S. 10.

227 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 40), S. 9.

228 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum Nachteil der KMU[229] entfaltet und einen Kostenfaktor darstellt.[230] Wenn der Verkäufer eine seiner Verpflichtungen nach Art. 91 bis 105 GEKR-VO nicht erfüllt hat, kann der Käufer gemäß Art. 106 Abs. 1 lit. a) bis e) GEKR-VO frei entscheiden, ob er entweder die Erfüllung verlangen will, seine Leistung zurückhalten, den Vertrag beenden oder den Preis mindern und Schadenersatz fordern will. Wenn der Käufer Verbraucher ist, bestehen zudem diese Rechte ungeachtet der eventuellen Heilung der Nichterfüllung durch den Verkäufer, Art. 106 Abs. 3 lit. a) GEKR-VO. Dabei hat der Verbraucher ausdrücklich keine Pflicht zur Prüfung des Vertragsgegenstands aus Art. 106 Abs. 3 lit. b) GEKR-VO.

Obwohl die Regelungen zu den Abhilfen aus KMU-Perspektive aus mehreren Gründen kritisiert werden,[231] ist wohl die wichtigste Frage, ob der Käufer eine feste Reihenfolge zu beachten hat, wenn er diese Rechte ausüben möchte oder ob er dabei frei in seiner Wahl ist. Denn da es nach dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht keine Hierarchie gibt,[232] kann der Verkäufer im konkreten Fall nicht wissen, ob der Käufer zum Beispiel zuerst Nacherfüllung verlangen oder sofort den Vertrag beenden wird, was zur Rechtsunsicherheit führt.[233] Deswegen müsste eine Hierarchie eingeführt werden, die die Nacherfüllung an erster [234] und die Vertragsbeendigung an letzter Stelle vorsieht.[235]

b) KMU – Große Unternehmen: AGB-Kontrolle

Die durch das Gemeinsame Europäische Kaufrecht eingeführte „erstmalige europarechtliche Ausweitung der AGB-Kontrolle auf Verträge zwischen Unternehmen“[236] ist das wesentliche Schutzinstrument von KMU gegenüber großen Unternehmen.[237] Wenn eine AGB-Bestimmung einer Partei unfair ist, ist sie für die andere Partei nach Art. 79 Abs. 1 GEKR-VO nicht bindend. Eine Generalklausel sieht vor, dass bei Handelsverträgen eine AGB-Bestimmung dann unfair ist, wenn sie unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und den redlichen Geschäftsverkehr gröblich von der guten Handelspraxis abweicht, Art. 87 Abs. 1 lit. b) GEKR-VO. Zudem ist die Kontrolle auch bei Handelsverträgen gemäß Art. 81 GEKR-VO zwingend.

229 *Leupold*, (Fn. 183), S. 702.

230 *Grädler/Köchel*, in: Schmidt-Kessel, (Fn. 10), S. 368.

231 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 40), S. 12 ff.

232 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3496.

233 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 40), S. 13.

234 *Mächtel*, (Fn. 143), S. 327.

235 European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises, (Fn. 40), S. 13.

236 *Mächtel*, (Fn. 143), S. 326.

237 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3498.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Obwohl diese, wenn auch im Vergleich zu Verbraucherverträgen reduzierte AGB-Kontrolle[238] als eine unnötige Einschränkung der Parteiautonomie bei Handelsverträgen angezweifelt wird,[239] ist die Generalklausel-Lösung ideal für KMU.[240] Denn damit wird vermieden, dass es durch Normierung einzelner Situationen zu einer Überregulierung kommt. Der Schutz durch das Gebot von Treu und Glauben könnte zwar damit problematisiert werden, dass es zu Rechtsunsicherheit führt.[241] Andererseits überzeugt es durch seine Vorhersehbarkeit. Denn große Unternehmen wissen, dass KMU in (sehr) unausgeglichenen Vertragssituationen geschützt werden („gröblich"). In Situationen, in denen es eine relativ gleiche Verhandlungsmacht gibt, wird die Parteiautonomie nicht beeinflusst.

c) KMU – KMU: Verhältnis zwischen Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und UN-Kaufrecht

Angesichts der vermuteten gleichen Verhandlungsmacht der Parteien bei Verträgen zwischen zwei KMU vergleichbarer Größe[242] könnte erwartet werden, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in dieser Konstellation tatsächlich durch Verhandlung frei gewählt wird.[243] Der Vorteil wäre insbesondere, dass die Parteien damit eine „neutrale" Rechtsordnung wählen können, um Uneinigkeiten über das anwendbare nationale Recht der jeweils anderen Partei zu vermeiden.[244] Entscheidend für die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist aber, ob es für die Parteien vorteilhafter ist als eine der anderen möglichen Vertragsrechtsordnungen, die sie bei einem Handelsvertrag auch frei wählen können.[245] Deshalb stellt sich die Frage, warum das für grenzüberschreitende Handelsverträge konzipierte und weltweit anerkannte UN-Kaufrecht[246] den Parteien nicht schon genügt.[247]

(1) Möglicher Anwendungskonflikt

Im Gegensatz zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ist das UN-Kaufrecht ein „Opt-Out"-Instrument. Das bedeutet, dass es bei grenzüberschreitenden Han-

238 *Micklitz*, (Fn. 50), S. A 34.

239 *Eidenmüller u.a.*, (Fn. 16), S. 279.

240 *Klijnsma*, (Fn. 56), S. 21.

241 Dazu *Hesselink*, (Fn. 3), S. 18.

242 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3492.

243 *Cartwright*, (Fn. 202), S. 346.

244 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3492; Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 86.

245 *Cartwright*, (Fn. 202), S. 346.

246 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 1.1.1988 (UN-Kaufrecht).

247 *Müller-Graff*, in: Schmidt-Kessel, (Fn. 10), S. 66; Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 95.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

delsverträgen automatisch zur Anwendung kommt, es sei denn, die Parteien haben die Anwendung ausgeschlossen, Art. 6 UN-Kaufrecht.[248] Um einen Konflikt zwischen dem UN-Kaufrecht und dem Gemeinsamen Kaufrecht zu vermeiden, regelt der Erwägungsgrund 25 GEKR-VO, dass die Wahl des Gemeinsamen Kaufrechts einen Ausschluss des UN-Kaufrechts impliziert.[249] Obwohl ein konkludenter Ausschluss des UN-Kaufrechts allgemein anerkannt ist, ist diese Regelung der GEKR-VO problematisch.[250] Der Ausschluss des UN-Kaufrechts kann nämlich nur durch das UN-Kaufrecht selbst vorgesehen werden. Deshalb könnte dieser Erwägungsgrund als Überschreitung der Befugnisse des europäischen Gesetzesgebers bewertet werden.

(2) Wesentliche Unterschiede

Es sind einige wesentliche Unterschiede zwischen dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und dem UN-Kaufrecht ersichtlich.[251] Zu den wichtigsten gehört zum einen die Tatsache, dass das UN-Kaufrecht im Gegensatz zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht eingeschränkt ist. Es umfasst nicht den ganzen Vertragszyklus und bietet keinen Schutz für die schwächere Partei. Andererseits wird aber das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als zu ausführlich und nicht praktisch zu handhaben beurteilt. Zudem haben die nationalen Gerichte zum UN-Kaufrecht unterschiedliche, sich untereinander widersprechende Rechtsprechungen entwickelt, was durch die ausschließliche Auslegungskompetenz des EuGH beim Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht vermieden werden wird.[252] Die praktische Relevanz könnte aber im Hinblick auf die lange Verfahrensdauer vor dem EuGH in Frage gestellt werden.

Da das Gemeinsame Europäische Kaufrecht und das UN-Kaufrecht parallel zueinander existieren werden, werden letztlich die Unternehmen darüber entscheiden, welches System sich besser durchsetzen wird.[253] Das Bestehen von zwei neutralen Vertragsrechtsordnungen könnte aber wieder zu Verhandlungsschwierigkeiten über das anwendbare Recht führen. Insgesamt hat die bisherige Erfahrung mit dem UN-Kaufrecht jedoch gezeigt, dass es Unternehmen bei ihren Verträgen in der Regel ausschließen, was Anlass für eine ähnliche Prognose in Hinblick auf das Gemeinsame Europäische Kaufrecht gibt.[254]

248 *Staudenmayer*, (Fn. 150), S. 3495.

249 Ibid.

250 *Hesselink*, (Fn. 200), S. 4.

251 Scottish Law Commission, (Fn. 59), S. 98.

252 Ibid.

253 Ibid., S. 102.

254 *Low*, (Fn. 56), S. 300; *Sefton-Green*, (Fn. 52), S. 139.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Zwischenfazit

1. Obwohl sie die größten Marktteilnehmer im Binnenmarkt sind, schließen KMU in der Regel keine grenzüberschreitenden Verträge. Ein Grund dafür sind die unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten, welche hohe Transaktionskosten verursachen.

a) Dabei sind zwei Probleme wesentlich. Erstens müssen KMU ihre AGB immer der fremden Rechtsordnung anpassen, was erheblichen Aufwand und Kosten auslöst. Deshalb würden KMU davon profitieren, wenn EU-weit einheitliche AGB für jeden Geschäftsbereich und in allen EU-Sprachen entwickelt werden würden.

b) Das zweite Problem ist die Rechtsdurchsetzung. Wegen der unterschiedlichen Zivilprozessordnungen können KMU nur selten ihre Ansprüche im Ausland durchsetzen. Ihnen wäre am besten geholfen, wenn an sie angepasste, grenzüberschreitende Schiedsverfahren entwickelt werden würden. Die neuesten Entwicklungen gehen dabei in die richtige Richtung.

2. Die Union möchte mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht KMU dazu bewegen, die Vorteile des Binnenmarkts besser zu nutzen. Obwohl das Konzept lobenswert ist, bestehen im Hinblick auf die finale Fassung wesentliche Kritikpunkte: Durch eine allgemeine Betrachtung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts als optionales Instrument wurden zwei Schwachstellen ersichtlich. Erstens kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Parteien weiterhin mit anderen Vertragsrechtsordnungen auseinander setzen werden müssen. Zweitens wird die Anwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts in der Regel von dem Willen der stärkeren Vertragspartei abhängen. Des Weiteren würde die angestrebte Transaktionskostenminderung durch das Gemeinsame Europäische Kaufrecht erst durch eine Ausweitung des persönlichen, räumlichen und sachlichen Anwendungsbereichs erreicht werden.

3. Eine vertragspartnerbestimmte Betrachtung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts hat ergeben, dass bei Verbraucherverträgen KMU zu sehr durch die Verbraucherschutzvorschriften belastet werden. Deshalb ist eine Ausbalancierung der Vorschriften unter Berücksichtigung der KMU zu empfehlen. Bei Handelsverträgen ist dagegen die AGB-Kontrolle, durch die KMU gegenüber großen Unternehmen geschützt werden, lobenswert. Andererseits ist fraglich, ob sich bei Handelsverträgen zwischen zwei KMU die Parteien eher für das schon bekannte UN-Kaufrecht entscheiden werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Gesamtergebnis

1. Jede Gesetzgebung in Bezug auf KMU muss auf der Überlegung basieren, dass KMU die typischen Unternehmen und die zahlreichsten Marktteilnehmer in der EU sind. Die Gesetzgebung müsste genau an dieser Mehrheit ausgerichtet werden. Nur für die Minderheit könnten Sonderregeln in Betracht kommen. Darunter fallen große Unternehmen, die mit einer Beteiligung von 1 % in der EU nur eine Ausnahme darstellen. Deshalb sollte der Verbraucherbegriff nicht auf KMU ausgeweitet werden.

2. Daraus ergibt sich in Bezug auf Verbraucherverträge die Notwendigkeit, ein ausbalanciertes Vertragsverhältnis für die typischen Vertragspartner zu schaffen. Dem Verbraucher steht meist ein Kleinstunternehmen mit zwei Beschäftigten gegenüber. Für dieses Kleinstunternehmen sind die Verbrauchervorschriften, die zum Beispiel lange Widerrufsfristen vorsehen, eine größere Last als für große Unternehmen. Bei Handelsverträgen sollte prinzipiell die Vertragsfreiheit eingehalten werden. Doch um Rücksicht auf KMU gegenüber den überlegenen großen Unternehmen zu nehmen, ist eine Schutzstellung durch Einbeziehung von Generalklauseln ausreichend.

3. Bei grenzüberschreitenden Verträgen wollen KMU vorformulierte Verträge, die sie zuverlässig bei allen Geschäften verwenden können, sowie eine schnelle Durchsetzung ihrer Ansprüche. Es ist fraglich, ob das Gemeinsame Europäische Kaufrecht diese Anforderungen erfüllen kann. Immerhin sieht es keine standardisierten AGB vor und das Problem der Rechtsdurchsetzung bleibt auch weiterhin offen. Zusätzlich werden KMU Rechtsberatung beanspruchen müssen, um sich mit dieser neuen Vertragsrechtsordnung vertraut zu machen. Vorerst sollten KMU deshalb nicht zu viel von dem Gemeinsamen Kaufrecht erwarten. Es wird sich eine langjährige Rechtsprechung des EuGH entwickeln müssen, damit Rechtssicherheit garantiert werden kann. Langfristig könnten aber basierend auf den Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts AGB entworfen werden, die tatsächlich in allen Mitgliedstaaten verwendet werden könnten. Letztlich wird sich das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zwischen den anderen möglichen anwendbaren Vertragsrechtsordnungen beweisen müssen. Die Unternehmen, auf die es bei der Wahl lediglich ankommt, werden sich für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nur dann entscheiden, wenn die allgemeinen Vorteile einer europäischen Vertragsrechtsordnung die hohen Kosten, die durch einzelne Bestimmungen entstehen, langfristig übersteigen werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2013-1-53 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY