

Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

Jahresheft 2014 /15

Jahresheft
der Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

ISSN: 1866-3931

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Süsterstraße 28 D-49069 Osnabrück
Telefon: 0541/969-4673 – Telefax: 0541/969-6059
Internet: <http://www.elsi.uni-osnabrueck.de>

 IJVO e.V.

Präsidium und Herausgeberschaft:

Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega (Präsident)

Dr. Geo Magri (Vizepräsident)

Dipl.-Jur. Christian Dankerl (Quaestor)

Zitierweise: IJVO 19 (2014/15) S. ...

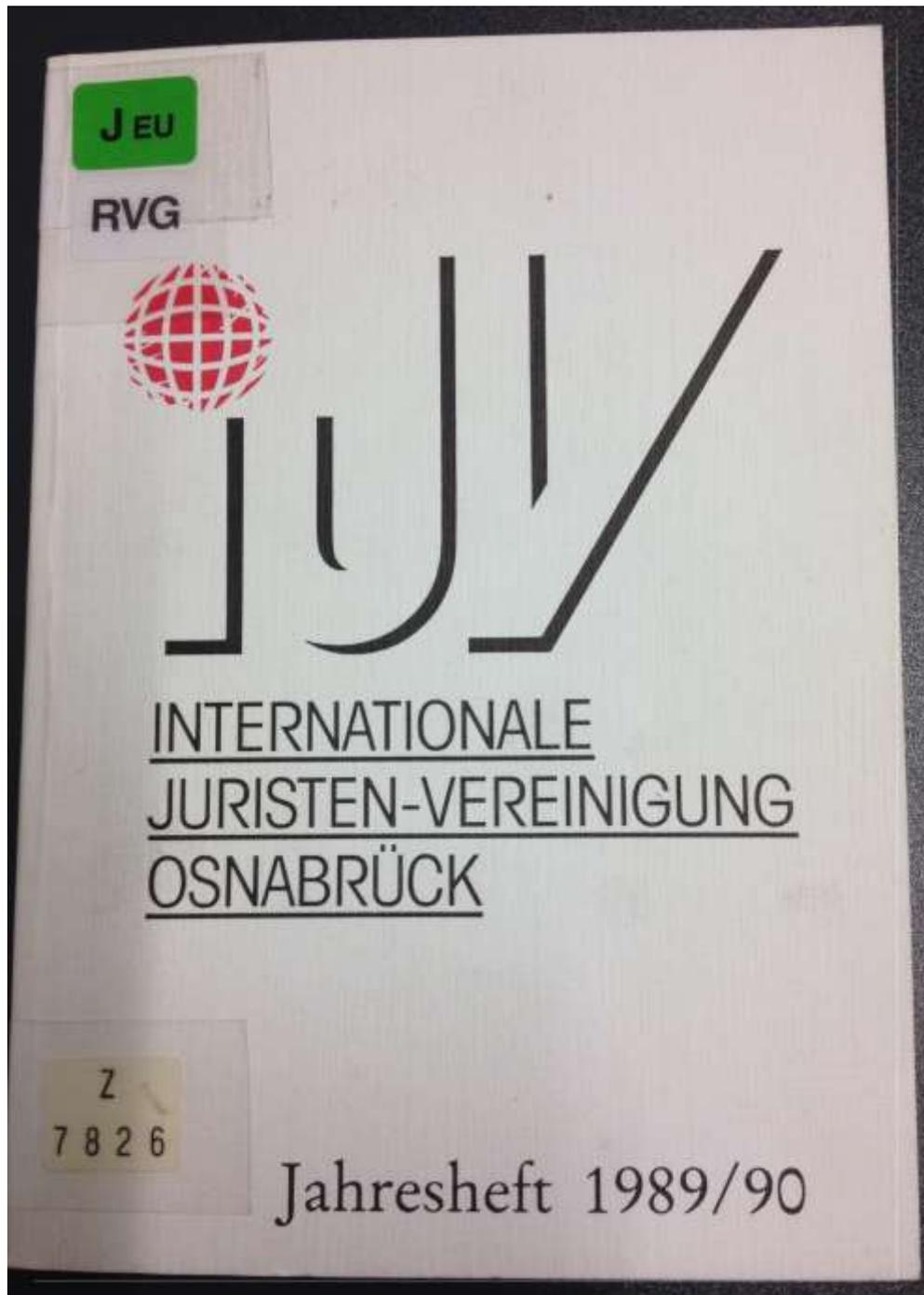
Erscheinungsart: Jährlich *Bandpreis:* € 10,-- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2015 IJVO e.V. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: www.viaprinto.de

Vorwort



„Vor Ihnen liegt das erste ‚Jahresheft‘ der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück“ – so begann das Vorwort im IJVO-Heft 1989/90. Die Ereignisse des Vereinslebens der vergangenen 25 Jahre bieten genügend Stoff für eine eigene Sonderausgabe, die zeitnah in elektronischer Form erscheinen soll. Mit dem aktuellen Heft möchten wir die IJVO-Beiträge aus dem Jahr 2014 – abgerundet durch eine Liste von Veröffentlichungen und Auszeichnungen – in schriftlicher Form veröffentlichen.

Der erste Beitrag stammt von *Dr. Eveline Ramaekers* (Oxford), deren Vortragstext von *Dipl.-Jur. Arne Schmiede* (Osnabrück) ins Deutsche übersetzt wurde. Die englische Fassung ihres Texts wurde mit dem Titel „Classification of Objects by the European Court of Justice: Movable Immovables and Tangible Intangibles“ im Haus Thomson Reuters veröffentlicht. An dieser Stelle bedanken wir uns bei allen Beteiligten und insbesondere für die erteilte Abdruckgenehmigung der deutschen Fassung. Der Inhalt des Beitrags wurde in der Vortrageinladung wie folgt beschrieben: „(...) focus is given on the influence of the internal market rules on national property law and on the extent to which the EU legislature has enacted legislation dealing with matters of property law“.

Die Europäisierung des Privatrechts ist auch Thema des nächsten Aufsatzes, diesmal in Gegenüberstellung mit dem japanischen Recht. Verfasser ist *Ass.-Prof. Dr. Hiroshi Tanaka* (Kobe), der im Jahre 2014 als Gastwissenschaftler am European Legal Studies Institute in Osnabrück tätig war. In seinem Beitrag behandelt er den Einfluss des europäischen Rechts auf das japanische Recht, insbesondere in Bezug auf die dortige Schuldrechtsreform. Während seines Aufenthalts am ELSI arbeitete *Prof. Tanaka* an der Übersetzung des DCFR in seine Muttersprache und lieferte uns somit aus erster Hand Erfahrungen über den juristischen Kulturtransfer zwischen Europa und Japan.

Einen vertieften Blick in eine nationale Rechtsordnung liefert uns *Prof. Dr. Paolo Gallo* (Turin) mit seinem Beitrag über die Rolle des Vorvertrags bei der Eigentumsübertragung in Italien. Gleichfalls zum italienischen Recht erscheint in diesem Heft die schriftliche Fassung des Vortrags von *Dr. Geo Magri* über das dualistische Publizitätssystem in Italien. Beide Autoren machen klar, dass es kaum denkbar ist, über eine Rechtsordnung eines EU-Mitgliedsstaates zu schreiben, ohne die Verflechtungen mit anderen nationalen Rechtsordnungen bzw. mit dem europäischen Recht zu berücksichtigen. *Dr. Magris* Beitrag entstand anlässlich der Tagung „Grundbuchfunktionen im europäischen Rechtsvergleich“, zu deren Partner die IJVO zählte. Die Konferenz fand im polnischen Tschenstochau auf Einladung von *Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski* (Frankfurt/Oder) statt.

Darüber hinaus referierte *Prof. Dr. Attila Menyhárd* (Budapest) zum Thema „The new Hungarian Civil Code and the Codification of Property Law“ und *Prof. Dr. Tatjana Josipović* (Zagreb) über „Die kroatische Sachenrechtsordnung“. Der Abdruck der Vortragstexte war uns leider nicht möglich. Gleichwohl fühlen wir uns durch die mündlichen Vorträge sowie den stetigen persönlichen Austausch sehr bereichert.

Den ersten Studierendenbeitrag dieser Ausgabe liefert uns die mittlerweile Promotionsstudentin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Hans Schulte-*

Nölke, Frau Dipl.-Jur. Imke Tuma. Ihr Beitrag ist die aktualisierte Fassung ihrer mit dem Schindhelm-Förderpreis zum Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück (1. Platz) ausgezeichneten Studienarbeit „Eignung von Informationspflichten zum Verbraucherschutz“.

Ebenfalls als Promotionsstudent und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar* stellt uns Herr *Dipl.-Jur. Arne Schmiede* einen Auszug aus seiner Studienarbeit mit dem Titel „Inhaltskontrolle von Verträgen im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht“ zur Verfügung, der im Rahmen des ZEuP-Preises für studentische Beiträge 2015 ausgezeichnet wurde.

Wir bedanken uns ganz herzlich bei allen Referenten und Autoren sowie bei allen Angehörigen der hiesigen Rechtsfakultät, insbesondere bei *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar* für die freundliche Unterstützung unserer Veranstaltungen. Unser besonderer Dank gilt zudem unseren Sponsoren, der Schindhelm Rechtsanwalts-gesellschaft, der viaprinto-Druckerei und neuerdings der WMS Treuhand GbR. Ohne diese Unterstützungen wäre die Veröffentlichung des vorliegenden Jahreshefts in dieser Form nicht möglich gewesen.

Last but not least möchten wir den neuen Vorstandsmitgliedern *Dr. Aneta Wiewiorowska-Domagalska, Galateia Tina Kalouta LL.M. (München)* und *Dipl.-Jur. Arne Schmiede* unser Vertrauen und beste Wünsche aussprechen. Darüber hinaus gilt unser herzlicher Dank den weiteren Mitgliedern des vorigen Präsidiums *Dr. Geo Magri* und *Dipl.-Jur. Christian Dankerl*.

Wenn es so engagiert weiter geht, wird die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück mindestens weitere 25 Jahre fortbestehen!

Osnabrück, im Dezember 2015

für das Präsidium 2014/2015

Dr. J. Carlos Nóbrega

Inhalt dieses Heftes

VorwortIII

Eveline Ramaekers

Einordnung von Gegenständen durch den Europäischen Gerichtshof 1

Hiroshi Tanaka

Das japanische Recht im Licht der Europäisierung des Privatrechts31

Paolo Gallo

Transfer of ownership and preliminary agreements in Italian law41

Geo Magri

Das dualistische Publizitätssystem in Italien51

Imke Tuma

Verbessern Informationspflichten die Rechtsstellung des Verbrauchers?71

Arne Schmieke

Inhaltskontrolle von Verträgen im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht95

Veröffentlichungen und Auszeichnungen aus dem ELSI (2014)117

Einordnung von Gegenständen durch den Europäischen Gerichtshof: mobile Immobilien und nicht körperliche Körperlichkeiten*

von

Dr. Eveline Ramaekers, Oxford**

Einführung; Sachenrecht im Europäischen Recht; Was ist Sachenrecht?; Warum auf die Gegenstände von Sachenrechten beschränken?; Grundsätzliches zur Mehrwertsteuerrichtlinie; Das Konzept des „Grundstücks“; Das Konzept der „Körperlichkeit“; Auswirkungen auf nationale Sachenrechte?; Auswirkungen auf das EU-Sachenrecht?

Einführung

Sachenrecht als Rechtsgebiet in der EU steckt noch immer in den Kinderschuhen, entwickelt sich jedoch stetig fort. In meiner bisherigen Forschungsarbeit habe ich mich schwerpunktmäßig mit dem Einfluss von Binnenmarktregulierung auf die nationalen Sachenrechte und dem Umfang von Regelungen des europäischen Gesetzgebers, die mit Sachenrecht zu tun haben, befasst. Das EU-Sachenrecht wird jedoch nicht nur durch den europäischen Gesetzgeber, sondern auch durch den Europäischen Gerichtshof geformt. EuGH-Entscheidungen auf dem Gebiet des Sachenrechts finden sich vornehmlich im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuerrichtlinie. Diese Richtlinie enthält wichtige sachenrechtliche Terminologie wie „Grundstück“ und „körperlich“, gibt jedoch keine entsprechenden Definitionen an die Hand. Dieser Artikel arbeitet die Kriterien heraus, die der EuGH entwickelt hat, um Gegenstände entweder als beweglich oder unbeweglich, körperlich oder nicht körperlich einzuordnen und die Bedeutung dieser Urteile für nationales und EU Sachenrecht.

Sachenrecht im Europäischen Recht

Sachenrecht fristete im stetig wachsenden EU-Recht bisher ein Schattendasein. Die Existenz des heutigen Art. 345 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV),¹ der besagt, dass die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen, führte oft dazu, dass nationale Regierungen, Rechtswis-

* Dieser Beitrag beruht auf dem IJVO-Vortrag am 14. Januar 2014. Es handelt sich um die autorisierte Übersetzung der englischen Fassung von *Ramaekers, Classification of Objects by the European Court of Justice: Movable Immovables and Tangible Intangibles*, in: *European Law Review* 39 (2014) 447-469. Die Referentin bedankt sich herzlich bei Herrn Arne Schmieke „for making such a meticulous translation“.

** Fellow in Law at Wadham College, University of Oxford.

¹ Ex Art. 295 EGV, ex Art. 222 EWG-Vertrag.

senschaftler und zum Teil gar EU-Institutionen selbst davon ausgingen, dass die Europäische Union nicht befugt ist, auf dem Gebiet des Sachenrechts tätig zu werden.² Nichtsdestotrotz existiert EU-Sachenrecht, wenn auch in vielen Einzelteilen verstreut über eine Vielzahl von Verordnungen und Richtlinien, die zum Teil schon vor langer Zeit erlassen wurden.³ Es stimmt, dass der EU-Gesetzgeber sich kaum einmal aktiv mit der Implementierung von sachenrechtlichen Regelungen auseinandergesetzt hat.⁴ Das heißt jedoch nicht, dass die nationalen Sachenrechtsordnungen von Einflüssen des Binnenmarkts oder der Kontrolle, die vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) ausgeübt wird, ausgenommen sind. Dass EuGH-Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt - insbesondere solche, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital betreffen - Auswirkungen auf das Sachenrecht haben können, lässt sich anhand von Urteilen wie *Trummer und Mayer*,⁵ *Konle*⁶ und *Reisch*⁷ erkennen, aus denen hervorgeht, dass der grenzüberschreitende Verkauf oder Erwerb von Grundstücken als Kapitalbewegung einzustufen ist und dass nationale Regelungen dazu folglich an den Vorschriften des AEUV zur Kapitalverkehrsfreiheit zu messen sind. Der EuGH hat auch aktiv an der Gestaltung von Grundsätzen des Sachenrechts mitgewirkt. Er hat u.a. aktiv die Definition unterschiedlicher sachenrechtlicher Gegenstandstypen betrieben (namentlich beweglich, unbeweglich, körperlich und nicht-körperlich).⁸ Die nationalen

² Ich habe an anderer Stelle vertreten, dass dies eine inkorrekte Interpretation von Art. 345 AEUV ist und dass sich diese Vorschrift nur auf das sogenannte Prinzip der Neutralität bezieht, was bedeutet, dass die EU sich gegenüber den Entscheidungen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Privatisierung und Nationalisierung neutral verhält; siehe B. Akkermans und E. Ramaekers „Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), its Meanings and Interpretations“ (2010) 16 E.L.J. 292. Der EuGH hat diese Interpretation von Art. 345 AEUV in einem Urteil vom 22. Oktober 2013 bestätigt: *Staat der Nederlanden gegen Essent, Eneco & Delta* (C-105/12 to C-107/12), Rn. 28-38.

³ Vorschriften zum Sachenrecht und zu sachenrechtlichen Begriffen finden sich am häufigsten im EU-Sekundärrecht, das sich mit Kreditverträgen und Finanzinstrumenten oder -dienstleistungen, Buchführungsstandards und Steuern, Insolvenzprozessen, umweltrechtlichen Fragen, Restriktionen gegen bestimmte Staaten oder Organisationen und Anti-Terrorismus-Maßnahmen, landwirtschaftlichen Maßnahmen und Verbraucherschutz beschäftigt. Siehe E. Ramaekers, *European Union Property Law: From Fragments to a System*, Ius Commune Europaeum Series (Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2013), S. 196.

⁴ Siehe jedoch Verordnung 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses [2012] OJ L201/107; Verordnung 1346/2000 über Insolvenzverfahren [2000] OJ L 160/1; Richtlinie 2002/47 über Finanzsicherheiten [2002] OJ L168/43; Richtlinie 2000/35 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr [2000] OJ 200/35. Für eine Gesamtübersicht über existierendes EU-Sachenrecht siehe E. Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), Kap. 4.

⁵ *Trummer und Mayer* (C-222/97) [1999] E.C.R. I-1661; [2000] 3 C.M.L.R. 1143.

⁶ *Konle gegen Österreich* (C-302/97) [1999] E.C.R. I-3099; [2000] 2 C.M.L.R. 963.

⁷ *Reisch gegen Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg* (C-519/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99) [2002] E.C.R. I-2157; [2004] 1 C.M.L.R. 44.

⁸ Siehe z.B. K. Lenaerts und K. Gutman, „Federal Common Law' in the European Union“ (2006) 54 Am. J. Comp. Law 1, 65-66: „the Court is fashioning key concepts within the field of real property law for which

Sachenrechte der Mitgliedstaaten geben unterschiedliche Antworten auf die Frage, welche Art von Gegenständen als Gegenstände des Sachenrechts anzusehen sind und welche nicht. Auf nationaler Ebene dreht sich die Diskussion hauptsächlich um die Frage, ob nicht körperliche Gegenstände sachenrechtlichen Bestimmungen unterliegen können.⁹ Erschwerend kommt hinzu, dass Rechtssysteme so wie das Englische und Irische Kategorien wie „Grundbesitz“ und „bewegliches Vermögen“ im Gegensatz zu Grundstücken und beweglichen Gegenständen vorsehen, wengleich diese Rechtssysteme letztere Begriffe im Kontext des Internationalen Privatrechts sehr wohl kennen.

Dieser Beitrag legt zunächst den Umfang fest, in dem das EU-Recht die Diskussion über die Einordnung von Gegenständen als solche des Sachenrechts gelöst hat. Ferner wird eine Analyse einer Reihe von EuGH-Entscheidungen vorgenommen, die Definitionen dieser unterschiedlichen Typen (Grundstücke, körperliche Gegenstände, etc.) vorgenommen haben. Vorweggenommen werden soll jedoch erstens eine Erklärung dazu, wie überhaupt festgelegt wird, was Sachenrecht auf EU-Ebene darstellt und zweitens, warum sich dafür entschieden wurde, die *Gegenstände* von Sachenrechten zu untersuchen im Gegensatz etwa dazu, Sachenrechte selbst zu analysieren.

Was ist Sachenrecht?

Um den Umfang festzulegen, in dem EU-Sachenrecht existiert, ist es zunächst erforderlich in abstrakter Weise zu bestimmen, was mit Sachenrecht gemeint ist. Nur mit einer solchen Definition oder Charakterisierung des Konzepts „Sachenrecht“ ist es möglich, auf entsprechende Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen im Rahmen des *acquis communautaire* hinzuweisen, die Sachenrecht irgendwie betreffen. In früheren Forschungsarbeiten habe ich ein Modell herausgearbeitet, anhand dessen man die Eigenheiten eines Sachenrechts-Systems beschreiben und sichtbar machen kann.¹⁰ Ausgangspunkt dieses Modells ist, dass ein Sachenrechts-System aus einem Kern von Sachenrechten besteht, dass von einem Gerüst von Vorschriften zu diesen Rechten umgeben ist. Diese Vorschriften können in der Form kategorisiert werden, dass sie die Entstehung, Übertragung, Registrierung und Zerstörung von Sachenrechten - jeweils mit Bezug zu einer

the Community legislator *has not* been given explicit competence, yet doing so within the context of interpreting measures for which the Community legislator *has* been given competence.“

⁹ Für einen Überblick und um ein Gespür für die Intensität der Diskussion zu bekommen, siehe S. van Erp und B. Akkermans (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on Property Law* (Oxford: Hart Publishing, 2012), S. 369 - 375.

¹⁰ E. Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 20 - 38.

bestimmten Phase im Lebenszyklus eines Sachenrechts - sowie die Auswirkungen von Sachenrechten auf Dritte (angesichts ihrer Eigenschaft, auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden zu können als eines der Unterscheidungsmerkmale von Sachenrechten im Gegensatz zu persönlichen Rechten), regeln. Ein Beispiel dafür sind Vorschriften dazu, ob ein Dritter, der ein Sachenrecht erwirbt, gegen die Ungültigkeit eines vorherigen Transfers geschützt ist oder nicht. Die Sachenrechte, die den Kern des Modells darstellen, haben jeweils drei Dimensionen: (1) der Inhalt des Rechts; (2) die Typen von Gegenständen, in Verhältnis zu denen es existieren kann (Immobilien, Mobilien, nicht körperliche Gegenstände); (3) die Länge der Zeit, für die es existieren kann. Diese Dimensionen sind die Bausteine für Sachenrechte.¹¹

Dieses Modell ist eher deskriptiv als normativ in dem Sinne, dass es nicht vorgibt festzulegen, wann und warum ein Recht als Sachenrecht einzustufen ist. Es beschreibt lediglich, wie ein bestehendes Sachenrecht - sobald es als solches erkannt wurde - aussieht und wie es im Rahmen des Gerüsts aus Regeln zur Entstehung, Zerstörung, etc. funktioniert. Ob ein Recht ein Sachenrecht ist oder nicht wird vom Prinzip des *numerus clausus* festgelegt. Rechte, die sich innerhalb des *numerus clausus* befinden und somit Sachenrechte sind, teilen alle zwei wesentliche Eigenschaften: Sie sind Rechte gegenüber Gegenständen, was man anhand des Umstands erkennen kann, dass Sachenrechte ein *droit de suite* haben, also im Gleichlauf zum entsprechenden Grundstück existieren oder dem Gegenstand folgen, gegenüber dem sie existieren¹²; und sie können gegenüber jedermann (*erga omnes*) geltend gemacht werden und nicht bloß gegenüber einer oder einer Anzahl bestimmter Personen.¹³ Rechte, die im Filter des *numerus clausus* stecken bleiben, sind keine Sachenrechte.¹⁴ Sobald ein Recht als Sachenrecht ausgemacht wurde, kann die zweite Frage - wie sehen Sachenrechte und das System der Sachenrechte, in denen sie funktionieren, aus? - durch das oben vorgestellte Modell beantwortet werden.

Nachfolgend wird aufgezeigt, wie das Modell auf Sachenrechte, die sich in nationalen Systemen befinden, angewendet werden kann: ein Eigentumsrecht nach deutschem Recht ist vollkommen unbeschränkt in dem Sinne, dass es dem Eigentümer erlaubt, innerhalb

¹¹ Vgl. B. Heß, „Dienstbarkeit und Reallast im System dinglicher Nutzungs- und Verwertungsrechte“ (1998) 198 AcP 514; R. Stürner, „Dienstbarkeit heute“ (1994) 194 AcP 265, 275.

¹² B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Ius Commune Europaeum Series (Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2008), S. 2.

¹³ Siehe z.B. Van Erp und Akkermans (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on Property Law* (2012), S. 51 - 53; B. McFarlane, N. Hopkins und S. Nield, *Land Law: Text, Cases and Materials*, 2. Aufl. (Oxford: Oxford University Press, 2012), S. 127.

¹⁴ Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (2008), S. 402; S. van Erp, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, Sixth Walter von Gerven Lecture (Groningen: Europea Law Publishing, 2006), S. 13 - 14.

einiger weniger gesetzlicher Beschränkungen, nach Belieben mit seiner Sache zu verfahren; deutsches Eigentum kann in Bezug auf Immobilien und beweglichen Sachen, jedoch nicht für nicht körperliche (immaterielle) Gegenstände existieren¹⁵; zeitlich ist es zudem unbegrenzt. Ein *term of years* nach englischem Recht ist praktisch inhaltlich unbegrenzt, jedoch unterscheidet es sich von einem *fee simple estate* dadurch, dass ein *term of years* gewöhnlich von einer Reihe von vertraglichen Verpflichtungen begleitet wird, wohingegen die Gewährung eines *fee simple estate* solch vertragliche Obligationen in der Regel nicht vorsieht¹⁶; es kann nur gegenüber Immobilien existieren; und, obwohl es für sehr lange Zeiträume errichtet werden kann (99 oder sogar 999 Jahre sind nicht ungewöhnlich),¹⁷ ist es zeitlich beschränkt. Ein Pfandrecht nach niederländischem Recht ist dadurch inhaltlich beschränkt, dass es dem Pfandgläubiger lediglich ein Recht gibt, das Eigentum des Schuldners zu pfänden und zu verkaufen, um das dem Pfandrecht unterliegende Darlehen zurück zu zahlen; es kann jedoch für alle drei Kategorien von Gegenständen existieren; es ist zeitlich dadurch beschränkt, dass es aufhört zu existieren, sobald die gesicherte Schuld beglichen ist.

Warum auf die Gegenstände von Sachenrechten beschränken?

Die gerade beschriebenen Beispiele zeigen, wie das leere oder abstrakte Modell mit spezifischen Sachenrechten aus nationalen Rechten gefüllt werden kann. Das Modell kann jedoch auch als Ausgangspunkt für die Beschreibung des EU-Sachenrechts genutzt werden. In früheren Forschungsarbeiten habe ich angefangen, das abstrakte Modell mit Aspekten des Sachenrechts zu füllen, die in der EU-Gesetzgebung zu finden sind, speziell in Verordnungen und Richtlinien.¹⁸ Es wurde klar, dass EU-Recht am beständigsten und einheitlichsten ist, wenn es um die Typen von Gegenständen geht, die Gegenstände von Sachenrechten sein können: EU-Recht behandelt alle Arten von Gegenständen (im EU-Sekundärrecht normalerweise Vermögen genannt) gleich, solange sie einen ökonomischen Wert darstellen und zwar unabhängig davon, ob sie beweglich, unbeweglich, körperlich oder nicht körperlich sind.¹⁹ Dies gilt nicht nur für Sekundärrecht; es spiegelt sich auch in

¹⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 903 i.V.m. § 90.

¹⁶ K. Gray and S. Gray, *Land Law*, 7. Aufl. (Oxford: Oxford University Press, 2011), Rn. 4-082.

¹⁷ McFarlane, Hopkins und Nield, *Land Law* (2012), S. 800; Gray und Gray, *Land Law* (2011), Rn. 4-009 bis 4-013.

¹⁸ Urteile und andere Gesetzgebungsakte waren von der Forschungsarbeit ausgenommen: Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 144.

¹⁹ Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 172 - 176, 191 - 193, 195 - 196.

der Definition von „Waren“ im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit wieder.²⁰ Der *acquis* selbst führt eine Reihe von neuen, nicht körperlichen Gegenständen von Sachenrechten ein, wie z.B. die Gemeinschaftsmarke, das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und Emissionshandelsrechte. Hinsichtlich der Gemeinschaftsmarke und dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster sehen die entsprechenden Verordnungen jeweils vor, dass sie „verpfändet werden oder Gegenstand eines sonstigen dinglichen Rechts sein“ können.²¹

Bei den Emissionshandelsrechten gestaltet sich die Sache etwas komplizierter. Richtlinie 2003/87 etabliert ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, schreibt jedoch selbst nicht vor, dass Emissionshandelsrechte Gegenstand von dinglichen Rechten sein können, so wie es die Verordnungen zur Gemeinschaftsmarke und zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster festsetzen.²² Natürlich ist die Emissionshandelsrichtlinie eine Richtlinie und die genaue Form und Methode der Umsetzung bleibt damit den Mitgliedstaaten überlassen.²³ Die Marken- und Geschmacksmusterverordnungen entfalten hingegen unmittelbare Wirkung für die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten,²⁴ ohne eine entsprechende Wahl für die Form der Umsetzung zu lassen. Da die Emissionshandelsrichtlinie es den Mitgliedstaaten erlaubt, die Form der Umsetzung frei zu wählen, haben sich einige dafür entschieden, die Emissionshandelsrechte als Gegenstand für Sachenrechte zu behandeln und andere behandeln sie als öffentlich-rechtliche Lizenzen. Das Vereinigte Königreich hat die Richtlinie durch die *Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2005* implementiert. Darin werden Emissionshandelsrechte als Lizenzen angesehen.²⁵ Frankreich, die Niederlande und Deutschland behandeln Emissionshandelsrechte hingegen als Gegenstände von Sachenrechten. Artikel L.229-15 des französischen *Code de l'environnement* ordnet Emissionshandelsrechte als *bien meubles*, oder bewegliche Gegenstände ein. Dies ist aus französischer Sicht nicht ungewöhnlich: Wir wissen aus Art. 529 des französischen Zivilgesetzbuchs, dass es dort noch andere nicht körperliche Gegenstände gibt, die als beweglich eingestuft werden. Das deutsche Gesetz über Emissionshandelsrechte schreibt für die Übertragung der Rechte eine ähnliche Methode wie für

²⁰ Beispiele für Dinge, die unter die Definition von Waren fallen sind Elektrizität, Erdgas und sogar Abfall. Siehe *Costa gegen ENEL* (6/64) [1964] E.C.R. 585; [1964] C.M.L.R. 425; *Kommission gegen Italien* (C-158/94) [1992] E.C.R. I-5789; *Kommission gegen Französische Republik* (C-159/94) [1997] E.C.R. I-5815; und *Kommission gegen Belgien* (C-2/90) [1992] E.C.R. I-4431 entsprechend.

²¹ Verordnung 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung) [2009] OJ L78/1 Art. 19; Verordnung 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster [2002] OJ L3/1 Art. 29.

²² Siehe Verordnung 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung) OJ L78/1 Art. 19; Verordnung 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster [2002] OJ L3/1 Art. 29.

²³ Art. 288 AEUV.

²⁴ Art. 288 AEUV.

²⁵ *Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2005* sec. 15.

die Übertragung von Grundstücken vor; eine Einigung zwischen den Parteien, gefolgt von einer Eintragung im Emissionshandelsregister sind Voraussetzungen für eine Übertragung.²⁶ Das niederländische *Wet Milieubeheer* (Gesetz über Umweltmanagement) reguliert den Handel mit Emissionshandelsrechten in Art. 16.41 ganz ähnlich wie die Übertragung von nicht körperlichen Gegenständen, wie sie in Titel 4 Buch 3 des niederländischen Zivilgesetzbuches vorgesehen ist.

Was hier im Wesentlichen beobachtet werden kann ist, dass das EU-Recht einen neuen Gegenstand einführt und die Mitgliedstaaten, um den *effet utile* der Richtlinie zu wahren, diesen Gegenstand in ihr bestehendes sachenrechtliches System implementieren. Dadurch, dass nicht körperliche Gegenstände als Gegenstände eingeordnet werden, an denen man dingliche Rechte begründen kann, geht das europäische Recht weiter als einige Mitgliedstaaten. In den Niederlanden und Deutschland ist es zum Beispiel nicht anerkannt, dass man ein Eigentumsrecht an Forderungen haben kann (obwohl Forderungen verpfändet werden können). Stattdessen wird eine Person, der eine Forderung „gehört“ als Rechteinhaber (*rechthebbende*) im niederländischen Recht bezeichnet und im deutschen Recht wird schlicht von einem Gläubiger gesprochen.²⁷ In diesem Sinne hat das EU-Recht die in einigen Mitgliedstaaten geführte Diskussion darüber, ob nicht körperliche Gegenstände auch Gegenstände von Sachenrechten sein können, entschieden.

Aufbauend auf diesen Forschungsergebnissen wird der Fokus nun in diesem Beitrag vom europäischen Gesetzgeber auf den EuGH verschoben. Hat der EuGH in irgendeiner Weise die Konzepte von Immobilien, Mobilien und nicht körperlichen Gegenständen geformt? Wenn dem so ist, welche Kriterien benutzt er dann um einen Gegenstand auf die eine oder andere Weise einzuordnen? In welchem Zusammenhang wurde so entschieden und haben die Entscheidungen zu Diskrepanzen mit der Einordnung von Gegenständen im Recht der Mitgliedstaaten geführt?

Wie sich zeigen wird, hat der EuGH mit derlei Fragen stets im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuerrichtlinie 2006/112 zu tun gehabt. Der nächste Abschnitt wird somit zunächst eine Einführung zu der Mehrwertsteuerrichtlinie enthalten. Die darauffolgenden Abschnitte werden bewerten, wie der EuGH die entsprechenden Vorschriften aus dieser Richtlinie interpretiert hat, die Begriffe wie „unbeweglich“ oder „nicht körperlich“ enthalten.

²⁶ Vgl. § 7 (3) des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes mit § 873 (1) des BGB. Siehe auch E. Sommer, „Die zivilrechtliche Ausgestaltung des Emissionsrechtehandels“ (2006) 43 *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 2029, 2031 - 2033.

²⁷ Siehe z.B. Art. 6 Buch 3 des niederländischen Zivilgesetzbuches oder § 398 BGB.

Grundsätzliches zur Mehrwertsteuerrichtlinie

Richtlinie 2006/112 ist eine Neufassung der Sechsten Richtlinie 77/388 des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern.²⁸ Richtlinie 2006/112 wird im Folgenden „Mehrwertsteuerrichtlinie“ genannt, wohingegen Richtlinie 77/388 als „Sechste Richtlinie“ bezeichnet wird. Das Ziel der Sechsten Richtlinie war es, einen Anwendungsbereich für die Mehrwertsteuer festzulegen, der in jedem Mitgliedstaat gleich ist, insbesondere in Hinblick auf zu besteuernde und auszunehmende Personen und Transaktionen und die Berechnungsmethode für den zu besteuern den Betrag.²⁹ Nach einer großen Anzahl an Änderungen hat die Kommission 2004 vorgeschlagen, die Sechste Richtlinie als Richtlinie 2006/112 neu zu fassen und das Gemeinschaftsrecht in diesem Bereich zu vereinfachen und zu verdeutlichen.³⁰ Während Richtlinie 2006/112 die Vorschriften der Sechsten Richtlinie umbildete und den Wortlaut an einigen Stellen klarstellte, gab es nur sehr wenige inhaltliche Veränderungen und diese hatten keine Auswirkungen auf die Artikel, mit denen sich dieser Beitrag beschäftigt.³¹

Die meisten Entscheidungen, die nachfolgend besprochen werden, stammen aus der Zeit, als die Sechste Richtlinie noch in Kraft war. Die Vorschriften, mit denen sich dieser Beitrag auseinandersetzt, sind Art. 5 (jetzt 14 und 15) zur Lieferung von Gegenständen, Art. 7 (jetzt 24 und 25) über Dienstleistungen und Art. 13B (jetzt 135) zur Steuerbefreiung anderer Tätigkeiten. Diese Vorschriften drehen sich um die Konzepte von Immobilien, körperlichen und nicht körperlichen Gegenständen, geben jedoch keine entsprechenden Definitionen an die Hand. Der EuGH musste diese Begriffe also in einer Reihe von Entscheidungen auslegen.

Das Konzept des „Grundstücks“

Art. 135 (1)(l) und 135 (2) der Richtlinie 2006/112³² lauten:

„Artikel 135

(1) Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer:

(l) *Vermietung und Verpachtung von Grundstücken.* [Hervorhebung der Autorin]

²⁸ Richtlinie 2006/112 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem [2006] OJ L347/1.

²⁹ „Vorschlag der Kommission für die Sechste Richtlinie“ KOM(73) 950 endg., S. 7.

³⁰ „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (Neufassung) 2006/112“ KOM(2004) 246 endg., S. 2.

³¹ Für einen Überblick über die wesentlichen Veränderungen, siehe den *Vorschlag für Richtlinie 2006/112* auf S. 5: „materielle Veränderungen“.

³² Ex Art. 13B der Richtlinie 77/366.

(2) Die folgenden Umsätze sind von der Befreiung nach Absatz 1 Buchstabe I ausgeschlossen:

- a) Gewährung von Unterkunft nach den gesetzlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten im Rahmen des Hotelgewerbes oder in Sektoren mit ähnlicher Zielsetzung, einschließlich der Vermietung in Ferienlagern oder auf Grundstücken, die als Campingplätze erschlossen sind;
- b) Vermietung von Plätzen für das Abstellen von Fahrzeugen;
- c) Vermietung von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen;
- d) Vermietung von Schließfächern.

Die Mitgliedstaaten können weitere Ausnahmen von der Befreiung nach Absatz 1 Buchstabe I vorsehen.“

Fälle, die sich um diese Vorschrift drehen, konzentrieren sich im Wesentlichen auf den Satz „Vermietung und Verpachtung von Grundstücken“. In diesem Zusammenhang können zwei Fragen gestellt werden: (1) Was muss unter Vermietung und Verpachtung i.S.v. Art. 135 verstanden werden? und (2) was ist ein Grundstück i.S.v. Art. 135? Während es zur ersten Frage einige zum Nachdenken anregende Fälle gibt - z.B. solche, die sagen, dass die Zeit der Benutzung des Grundstücks ein wesentliches Element für die Vermietung darstellt³³ - wird sich dieser Beitrag mit Fällen auseinandersetzen, die die zweite Frage betreffen. Hat der EuGH jemals eine Definition für „Grundstück“ gegeben und wenn ja, was sind die Kriterien, die anzuwenden sind, wenn etwas als Grundstück einzuordnen ist.

Zunächst hat der EuGH stets betont, dass die in Art. 135 niedergelegten Ausnahmen europäisch-autonom auszulegen sind. Ferner bedarf es aufgrund des Charakters als Ausnahmevorschrift zu den generell in der Mehrwertsteuerrichtlinie vorgesehenen Regeln einer restriktiven Anwendung.³⁴ In einer Reihe von Entscheidungen hat der EuGH die „Vermietung und Verpachtung von Grundstücken“ als „dem Betreffenden auf bestimmte Zeit gegen eine Vergütung das Recht einzuräumen, ein Grundstück so in Besitz zu nehmen, als ob er dessen Eigentümer wäre, und jede andere Person von diesem Recht auszuschließen.“ definiert.³⁵ Diese Definition beschränkt sich weiterhin ausschließlich auf

³³ Z.B. *Leichenich gegen Peffekoven* (C-532/11) [2013] S.T.C. 846 [17]; *Kommission gegen Irland* (C-358/97) [2000] E.C.R. I-6301 [56]; *Kommission gegen Vereinigtes Königreich* (C-359/97) [2000] E.C.R. I-6355; [2000] 3 C.M.L.R. 919 [68]. Grundsätzlicher zum Konzept der „Vermietung und Verpachtung“ siehe auch *Sinclair Collis Ltd gegen Customs and Excise Commissioners* (C-275/01) [2003] E.C.R. I-5965; [2003] 2 C.M.L.R. 36 über die Installation eines Zigarettenautomaten in Handelsgeschäften; und *Wolfgang Seeling gegen Finanzamt Starnberg* (C-269/00) [2003] E.C.R. I-4101; [2004] 2 C.M.L.R. 32 über die private Nutzung eines Gebäudes durch eine zu steuernde Person, das in seiner Gesamtheit Teil seines Geschäftsvermögens darstellt.

³⁴ Z.B. *Maierhofer gegen Finanzamt Augsburg-Land* (C-315/00) [2003] E.C.R. I-590; [2003] 2 C.M.L.R. 37 [25], [26]; *Schweden gegen Stockholm Lindöpark* (C-150/99) [2001] 2 C.M.L.R. 16 [25].

³⁵ Z.B. *Stichting Goed Wonen gegen Staatssecretaris van Financien* (C-326/99) [2001] E.C.R. I-6831; [2001] 3 C.M.L.R. 54 [55]; *Seeling gegen Finanzamt Starnberg* (C-269/00) [2003] E.C.R. I-4131; [2001] 3 C.M.L.R. 54 [49]; *Belgien gegen Temco Europe SA* (C-284/03) [2004] E.C.R. I-11256; [2005] 1 C.M.L.R. 23 [19]. In *Sinclair Collis* (C-275/01) hat der EuGH den Wortlaut der Definition von „Vermietung und

den Inhalt des Konzepts der „Vermietung und Verpachtung“; es sagt nichts dazu aus, was ein Grundstück sein soll. Der erste Fall, in dem der Begriff „Grundstück“ Aufmerksamkeit erhalten hat war *Kommission gegen Französische Republik* (betreffend Zelte, Wohnanhänger und Mobilheime).³⁶

Kommission gegen Französische Republik

Die Kommission hat gegen Frankreich wegen Verstoßes gegen die Pflichten aus Art. 2 der Richtlinie 77/388 ein Verfahren eingeleitet. Artikel 2 unterstellt die Erbringungen bestimmter Dienste der Mehrwertsteuerpflicht.³⁷ Wie wir bereits wissen, nimmt Art. 135 (ex. Art. 13B) die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken von der Mehrwertsteuer aus. Art. 261-D des französischen *Code général des impôts* (allgemeines Steuergesetz) sah vor, dass die gelegentliche, permanente oder saisonale Vermietung oder Verpachtung von Unterbringungen, die zum Wohngebrauch eingerichtet waren, von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind. Das Konzept des „Wohngebrauchs“ wurde in einem Rundschreiben näher erläutert, in dem unter anderem Zelte, Wohnanhänger, Mobilheime und Freizeitunterkünfte in Leichtbauweise, die in Wirklichkeit feste Einrichtungen darstellen, genannt wurden. Die Kommission leitete das Verfahren ein, da die französischen Regeln aus ihrer Sicht über den Anwendungsbereich von Art. 13B(b) der Sechsten Richtlinie hinausgingen, indem die Ausnahme auf Objekte ausgeweitet wurde, die nicht mehr als unbeweglich angesehen werden konnten.³⁸

Das Gericht stimmte der Kommission darin zu, dass die französischen Regelungen die Ausnahmen aus Art. 13B(b) unzulässigerweise auf bewegliche Gegenstände ausgeweitet haben.³⁹ Unglücklicherweise fasste sich der EuGH sehr kurz und gab keinerlei Erklärung dazu ab, warum er Zelte, Wohnanhänger, etc. nicht als unbeweglich, sondern als beweglich angesehen hat. Es scheint so, als wären dem Fall Diskussionen zwischen der Kommission und der französischen Regierung vorausgegangen, warum solche Einrichtungen nicht als Immobilien angesehen werden sollten. Generalanwalt Cosma's Stellungnahme zeigt, dass die französische Regierung behauptete, dass Wohnanhänger und Mobilheime in Wirklichkeit feste Einrichtungen darstellen, die keine dauerhaften Vorrichtungen zur Fortbewegung

Verpachtung“ etwas anders als „auf die betreffende Person, für einen bestimmten Zeitraum und gegen Bezahlung, das Recht übertragen, das Grundstück in Besitz zu nehmen als ob die Person der Eigentümer wäre und jede andere Person von diesem Recht auszuschließen“: [2003] E.C.R. I-5965 [25].

³⁶ *Kommission gegen Französische Republik* (C-60/96) [1997] E.C.R. I-3827.

³⁷ Noch immer Art. 2 in Richtlinie 2006/112, jedoch ist die aktuelle Version von Art. 2 detaillierter als die Fassung der Sechsten Richtlinie.

³⁸ *Kommission gegen Französische Republik* (C-60/96) [1997] E.C.R. I-3827 [7].

³⁹ *Kommission gegen Französische Republik* (C-60/96) [16].

haben und somit Immobilien sind.⁴⁰ Die Kommission war von diesem Argument nicht überzeugt und informierte die französische Regierung davon in einer begründeten Stellungnahme, die am 08. November 1994 gesendet wurde. Diese begründete Stellungnahme zeigt, dass die französische Regierung in vorheriger Kommunikation vom 22. Juni 1994 der Kommission die Kriterien erläutert hat, die nach französischem Recht verwendet wurden, um zu dem Schluss zu kommen, dass Zelte, Wohnanhänger, etc. Grundstücke i.S.d. Richtlinie sind.⁴¹ Die Kommission wies diese Kriterien zurück und stellte klar, dass die Anwendung der Richtlinie nicht davon abhängen kann, wie die Mitgliedstaaten die Schlüsselbegriffe der Richtlinie auf der Grundlage ihres eigenen Rechts interpretieren.⁴²

Nachdem beschlossen wurde, dass es der französischen Regierung nicht erlaubt ist, ihre eigene Interpretation von „Grundstücken“ zu benutzen, da der europäische Gesetzgeber bereits eine europäisch-autonome Interpretation aufgestellt hatte,⁴³ befließigte sich die Kommission nichtsdestotrotz mit den von der französischen Regierung angewendeten Kriterien, um das französische Argument zurückzuweisen, dass Wohnanhänger, etc. Grundstücke i.S.d. Richtlinie sind. Die französische Regierung mag diese Objekte als Grundstücke angesehen haben, weil sie feste Einrichtungen waren; die Kommission legte das Hauptaugenmerke jedoch darauf, dass sie bewegt werden konnten und nicht darauf, ob sie tatsächlich bewegt wurden oder wie schwer es ist, sie zu bewegen.⁴⁴ Daher vertrat die Kommission die Auffassung, dass Kriterien wie Ortsfestigkeit, auf Steinen aufgebockt sein oder mit dem Elektrizitäts- und Wassernetz verbunden sein, keine hinreichend objektiven Kriterien dafür waren, ob die Vermietung oder Verpachtung von Wohnanhängern, Zelten und Mobilheimen steuerungspflichtige Transaktionen waren.⁴⁵ Wie wir in Fällen wie *Maierhofer* und *Leichenich* nachfolgend noch sehen werden, nutzt der EuGH gelegentlich solche Kriterien, um zu begründen, dass ein Grundstück vorliegt, wenngleich er in *Maierhofer* (auf einmal mit Begründung) befand, dass die in *Kommission gegen Französische Republik* in Frage stehenden Zelte und Wohnanhänger in der Tat beweglich waren.

⁴⁰ *Kommission gegen Französische Republik* (C-60/96) [8].

⁴¹ „Il s'agirait ici de biens qui présenteraient la caractère de véritables installations fixes conformément aux deux critères définis par le Conseil d'Etat, *installation à place fixe et absence de moyens permanents de mobilité*“. Begründete Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber der Französischen Republik vom 8. November 1994 C(94) 2653 endg., S. 3 [Hervorhebung der Autorin].

⁴² Begründete Stellungnahme C(94) 2653 endg., S. 3.

⁴³ Nach Ansicht der Kommission konnte man diese Definition in Art. 13B und 4(3)(a) der Sechsten Richtlinie finden, die auf jegliche Bauwerke verwies, die mit dem Boden fest verbunden sind oder auf ihm ruhten.

⁴⁴ Begründete Stellungnahme C(94) 2653 endg., S. 5.

⁴⁵ Begründete Stellungnahme C(94) 2653 endg., S. 5.

Maierhofer

Herr Maierhofer vermietete dem Freistaat Bayern zwei Grundstücke zur vorläufigen Unterbringung von Asylbewerbern. Zu diesem Zweck errichtete er einige Gebäude auf den Grundstücken, für die er vorgefertigte Teile verwendete. Die Gebäude standen auf Sockeln aus Beton, die auf einem in das Erdreich eingelassenen Betonfundament errichtet worden waren. Die aus Platten bestehenden Wände waren mit den in das Fundament eingelassenen Befestigungsbolzen verschraubt. Die Dachstühle waren mit Dachziegeln gedeckt. Die Fußböden und Wände der Sanitär- und Küchenräume waren gefliest. Das auf das Fundament aufgesetzte Gebäude konnte jedoch aufgrund des für seine Herstellung verwendeten Bausystems jederzeit von acht Personen innerhalb von zehn Tagen zur Wiederverwertung demontiert werden und eine der Bedingungen der Miete war, dass die Grundstücke wieder in ihren ursprünglichen, unbebauten Zustand zurückversetzt wurden, sobald das Mietverhältnis endete.

Herr Maierhofer deklarierte die Vermietung der Gebäude als Transaktion, namentlich als Vermietung von Grundstücken, die von der richtlinienumsetzenden Gesetzgebung zur Mehrwertsteuerrichtlinie ausgenommen war. Das Finanzamt Augsburg-Land befand jedoch, dass die Bauwerke beweglich und keine Bestandteile des Grundstücks i.S.v. § 95(1) BGB waren.⁴⁶

Der Bundesfinanzhof fragte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, ob der Satz „Vermietung von Grundstücken“ in Art. 135 der Richtlinie die Vermietung eines Bauwerks umfasst, das aus vorgefertigten Teilen besteht und das am Ende des Mietverhältnisses wieder entfernt werden muss.

Der EuGH bekräftigte seine Aussage aus früheren Entscheidungen, dass die Interpretation der Formulierung „Vermietung von Immobilien“ europäisch-autonom zu erfolgen hat und nicht auf die Auslegung nationaler Rechte rekurriert werden kann.⁴⁷ Das Gericht zog dann eine Parallele zu Zelten, Wohnanhängern und Mobilheimen aus *Kommission gegen Französische Republik*.⁴⁸ Während diese Objekte als Mobilien eingestuft werden konnten, weil sie entweder beweglich waren oder sie einfach bewegt werden konnten, waren die fraglichen Bauten in *Maierhofer* nicht beweglich und konnten nicht einfach bewegt werden. Der EuGH stufte die Bauwerke somit als Grundstücke i.S.d. Richtlinie ein und

⁴⁶ „Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind.“: *Maierhofer gegen Finanzamt Augsburg-Land* (C-315/00) [2003] E.C.R. I-586; [2003] 2 C.M.L.R. 37 [10]

⁴⁷ *Maierhofer* (C-315/00) [2003] E.C.R. I-586 [26].

⁴⁸ Siehe Abschnitt „Kommission gegen Französische Republik“ oben.

befleißigte sich dafür der folgenden maßgeblichen Faktoren: (1) Die Gebäude standen auf Sockeln aus Beton, die auf einem in das Erdreich eingelassenen Betonfundament errichtet worden waren; (2) der Umstand, dass es für die Demontage acht Personen und zehn Tage bedurfte, bedeutete, dass sie nicht einfach bewegt werden konnten; (3) es war, entgegen der Meinung der deutschen Regierung, nicht notwendig für ein Gebäude, dass es unabtrennbar fest mit dem Boden verbunden ist, um als Grundstück eingestuft zu werden; (4) Die Mietbedingungen sind bei der Einordnung von Objekten als Mobilien oder Grundstücke irrelevant.⁴⁹

Die Verbindung mit dem Grund und Boden spielte ebenfalls eine wichtige Rolle in den nachfolgenden zwei Fällen, *Fonden Marselisborg Lystbådehavn* und *Leichenich*, die sich beide mit Objekten befassen, die auf von Wasser umgebenem Land gebaut wurden, oder mit diesem verbunden waren.

Fonden Marselisborg Lystbådehavn (FML)

FML vermietete Anlegeplätze für Boote in einem Jachthafen.⁵⁰ Überdies wurden Stellplätze an Land für die Überwinterung von Hausbooten vermietet. Die regionalen Finanzbehörden aus Århus (Dänemark) nahmen den Standpunkt ein, dass sie Mehrwertsteuer auf das Einkommen von FML für die Vermietung von Anlegeplätzen erheben können. Nach der Berufung beim Vestre Landsret, in der FML die Einschätzung der Finanzbehörde angriff, dass die Vermietung von auf dem Wasser gelegenen Anlegeplätzen keine Vermietung von Grundstücken ist, die Vermietung von Stellplätzen an Land hingegen schon, entschloss sich der Vestre Landsret das Verfahren auszusetzen und den EuGH hinsichtlich der Auslegung von Art. 13B(b) der Sechsten Richtlinie anzurufen. FML argumentierte, dass die Hafenanlagen feste Einrichtungen darstellten, die nicht einfach abgebaut oder bewegt werden konnten.⁵¹ Die dänische Regierung argumentierte auf der anderen Seite, dass die Benutzung der Hafenanlagen lediglich eine Dienstleistung darstellte. Dies, so die Regierung, falle nicht unter die Definition von Grundstücken i.S.d. Mehrwertsteuerrichtlinie.⁵² Bezüglich der Vermietung von Stellplätzen an Land schienen die Parteien sich einig zu sein, dass es sich hierbei um ein Grundstück handelte; in diesem

⁴⁹ *Maierhofer* (C-315/00) [2003] E.C.R. I-586 [31] - [33].

⁵⁰ *Fonden Marselisborg Lystbådehavn gegen Skatteministeriet (FML)* (C-428/02) [2005] E.C.R. I-1527; [2007] B.T.C. 5839.

⁵¹ *FML* (C-428/02) [2005] E.C.R. I-1527 [21].

⁵² *FML* (C-428/02) [23].

Zusammenhang drehte sich der Konflikt darum, ob Hausboote „Fahrzeuge“ i.S.v. Art. 13B(b)(2) der Richtlinie darstellten.

Das Gericht entschied die Frage der landseitigen Stellplätze zügig: Der Boden, der für diese Art der Lagerung verwendet wird ist ein Grundstück i.S.d. Richtlinie.⁵³ Hinsichtlich der wasserseitigen Anlegeplätze entschied das Gericht, dass der Umstand, dass das Hafengrundstück und das Hafenbecken - die beide im Eigentum von FML standen - zum Teil unter Wasser standen, die Einordnung als Grundstück, das vermietet werden kann, nicht ausschloss.⁵⁴ Als entscheidendes Kriterium führte das Gericht an, dass der wasserbedeckte Bereich eindeutig abgegrenzt war und nicht bewegt werden konnte.⁵⁵

Mit dieser Entscheidung folgt das Gericht Generalanwältin Kokott,⁵⁶ die sich mit dem Problem etwas detaillierter auseinandergesetzt hat. Sie sagte, dass die landseitigen Stellplätze Grundstücke darstellten, da sie klar definiert und zu identifizieren waren. Sie gab zu, dass die Einordnung von wasserseitigen Anlegeplätzen etwas komplizierter war, führte aber im Folgenden aus, dass auch diese durch Stege und Pfosten klar vom Rest des Hafenbeckens abgrenzbar waren. Reicht das aus, um die Anlegeplätze auch als Grundstück zu bezeichnen? Zunächst gab die Generalanwältin eine grundlegende Definition von Grundstücken:

„Ein Grundstück kann definiert werden als ein bestimmter Abschnitt der Erdoberfläche einschließlich der fest darauf errichteten Gebäude, an dem Eigentum und Besitz begründet werden kann.“⁵⁷

Auf der Grundlage dieser Definition erläuterte sie, dass es im Gegensatz zur Hohen See möglich ist, dass Binnengewässer im Eigentum und Besitz einer Person stehen, auch wenn sie zum Teil oder ganz von Wasser überflutet sind. Sie schloss mit einem wichtigen, grundsätzlichen Punkt, nämlich dass FML Eigentum an dem Hafengelände *einschließlich des Hafenbeckens* erwerben konnte und dass das, was für das Gelände als Ganzes gilt, auch für abgegrenzte Teile davon gelten muss (in diesem Fall die wasserseitigen Anlegeplätze).⁵⁸

⁵³ FML (C-428/02) [32].

⁵⁴ FML (C-428/02) [34].

⁵⁵ FML (C-428/02) [34].

⁵⁶ Die Ansicht des Generalanwalts mag viel Gewicht tragen, letztlich ist sie jedoch lediglich beratender Natur und das Gericht muss ihr nicht folgen.

⁵⁷ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott zu FML (C-428/02) [30].

⁵⁸ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott zu FML (C-428/02) [30].

Leichenich

Frau Leichenich war Eigentümerin eines Hausboots, welches sie an ein Unternehmen vermietete, das das Boot, die Landfläche und ein angrenzendes Gebiet als Café-Restaurant und später als Diskothek nutzte. Die Fakten des Falls sagen aus, dass das betreffende Hausboot:

„seit vielen Jahren, ohne bewegt worden zu sein, fest vertäut an derselben Örtlichkeit liegt und dort von Leinen, Ketten und Ankern gehalten wird. Es besitzt keinen Motor oder Eigenantrieb. Außerdem ist es an das Wasser- und das Stromversorgungsnetz angeschlossen und verfügt über eine Adresse, einen Telefonanschluss sowie einen Abwasserkanal.“⁵⁹

Zwischen Frau Leichenich und ihrem Steuerberater, der ihr gegenüber ausgesagt hat, dass hinsichtlich der Vermietung des Bootes keine Mehrwertsteuer zu entrichten ist, weil es sich um ein Grundstück handelt, entflammte daraufhin ein Streit. Als das Finanzamt seine gegenteilige Ansicht kundgegeben hat und Mehrwertsteuer von Frau Leichenich verlangte, wollte sie den anfallenden Betrag von ihrem Steuerberater erstattet bekommen.

Das Landgericht Köln bezog sich auf die EuGH-Entscheidung aus *Maierhofer*⁶⁰ und entschied, dass das Hausboot beweglich war, weil es nicht fest mit dem Boden verbunden war und innerhalb von Stunden bewegt werden konnte. Im Rahmen der Berufung erkannte das Oberlandesgericht Köln, das der Mietvertrag zwischen Frau Leichenich und dem Unternehmen, das die Diskothek betrieb, auch die Landfläche und die angrenzende Gebiete zu Wasser und Land umfasste. Daher beinhaltete die ortsfeste und permanente Benutzung des Hausboots die Inanspruchnahme des Flussufers und den Grund unterhalb des Wassers, auf dem das Hausboot ankerte. Das OLG entschied daher, den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens für die Frage anzurufen und zu fragen, ob der Mietvertrag über das Hausboot und die angrenzenden Gebiete eine „Vermietung und Verpachtung von Grundstücken“ i.S.d. Mehrwertsteuerrichtlinie darstellte.

Der EuGH entschied das Hausboot nicht isoliert zu bewerten, sondern auch die umliegenden Gebiete, in die das Hausboot integriert war, mit einzubeziehen.⁶¹ Sodann verwendete

⁵⁹ *Leichenich gegen Peffekoven* (C-532/11) [2013] S.T.C. 846 [9].

⁶⁰ Siehe Abschnitt „Maierhofer“.

⁶¹ *Leichenich gegen Peffekoven* (C-532/11) [2013] S.T.C. 846 [19] - [20].

er die in *Maierhofer* festgelegten Kriterien, um zu dem Schluss zu kommen, dass das Hausboot ein Grundstück darstellt. Der EuGH hob gesondert hervor, dass die überfluteten und abgegrenzten Bereiche des Flussufers auch als Grundstück einzustufen waren⁶²; dass die Ketten und Anker, mit denen das Boot fixiert war, nicht einfach gelöst werden konnten; dass das Boot eine Postadresse, einen Telefonanschluss und Verbindungen zum Wasser- und Stromversorgungsnetz hatte; und, übereinstimmend mit *Maierhofer*, dass es für ein Bauwerk nicht notwendig war, dass es untrennbar mit dem Boden verbunden ist, auf dem es ruht, um als Grundstück i.S.d. Richtlinie angesehen zu werden.⁶³

Kriterien für die Einordnung als Grundstück

Nach der Lektüre der EuGH-Entscheidungen dazu, was ein Grundstück i.S.d. Richtlinie darstellt und warum, können einige Regeln herauskristallisiert werden: (1) ein Landgebiet kann mit Wasser geflutet sein und trotzdem als Grundstück gelten, solange es klar abgrenzbar ist; (2) ein Gebäude muss fest mit oder auf dem Boden verbunden sein, es muss jedoch nicht *untrennbar* mit dem Boden verbunden sein, um als Grundstück zu gelten; (3) ein Gegenstand wird als unbeweglich (und damit als Grundstück) angesehen, wenn er nicht (einfach) zu bewegen ist; (4) hat ein Gegenstand eine Postadresse, einen Telefonanschluss und / oder Verbindungen zum Wasser- und Stromversorgungsnetz, so sprechen diese Aspekte dafür, den Gegenstand als Grundstück einzuordnen.

Das Konzept der „Körperlichkeit“

Die Mehrwertsteuerrichtlinie und die dazu ergangenen Entscheidungen projizieren ein ungewöhnliches Verständnis davon, was ein „körperlicher“ Gegenstand ist. Dieser Abschnitt untersucht die heutigen Art. 14 und 15 über die Lieferung von Gegenständen und die Art. 24 und 25 über Dienstleistungen als zu besteuerte Transaktionen.

Die Stellungnahme zum Vorschlag der Sechsten Richtlinie besagt, dass körperliche Gegenstände sowohl bewegliche, als auch unbewegliche körperliche Gegenstände umfassen. Diese Definition war bereits im Vorgänger der Sechsten Richtlinie, namentlich

⁶² Hier bezog sich das Gericht auf *FML* (C-428/02) [2005] E.C.R. I-1527 [21]. Siehe auch *Walderdorff gegen Finanzamt Waldviertel* (C-451/06) [2007] E.C.R. I-10637; [2008] S.T.C. 3079 [19]; *Rudi Heger GmbH gegen Finanzamt Graz-Stadt* (C-166/05) [2006] E.C.R. I-7749; [2008] S.T.C. 2679 [20] - [22]: Grundstücke sind mit einem bestimmten Teil der Erdoberfläche verbunden. Der Umstand, dass dieser Teil von Wasser bedeckt ist, spielt keine Rolle, solange die Flutung dauerhaft ist. Ähnlich die Stellungnahme von Generalanwalt Sharpston in *Heger* (C-166/05) [2006] E.C.R. I-7749 [30].

⁶³ *Leichenich gegen Peffekoven* (C-532/11) [2013] S.T.C. 846 [21] - [25].

der Zweiten Richtlinie in Annex A(3) zu finden.⁶⁴ Zudem listet Art. 15 der Richtlinie 2006/112 „Elektrizität, Gas, Wärme, Kälte und ähnliche Sachen“ als körperlichen Gegenständen gleichgestellt auf.⁶⁵ Dies scheint Sinn zu ergeben: nationale Rechtsordnungen behandeln eine Reihe von Gegenständen, inklusive - jedoch nicht ausschließlich - Elektrizität, als körperliche Gegenstände, obwohl diese praktisch nicht berührt werden können.⁶⁶ Diese Definition von körperlichen Gegenständen ist vergleichbar mit der Definition von „Waren“ im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 - 37 AEUV.⁶⁷ Rechtsprechung auf diesem Gebiet hat Gegenstände wie Elektrizität,⁶⁸ Erdgas⁶⁹ und sogar Abfall⁷⁰ unter die Definition von Waren gefasst. Jedoch scheint das Kriterium des ökonomischen Werts eine ebenso große Rolle zu spielen wie die Körperlichkeit, wenn der EuGH zu bestimmen hat, ob etwas eine „Ware“ i.S.d. Freizügigkeitsrechts darstellt.⁷¹

Die Sachlage wird jedoch etwas merkwürdig, wenn wir Art. 14 der Richtlinie 2006/112 untersuchen, der lautet:

„(1) Als „Lieferung von Gegenständen“ gilt die *Übertragung der Befähigung, wie ein Eigentümer über einen körperlichen Gegenstand zu verfügen*. [Hervorhebung der Autorin]

(2) Neben dem in Absatz 1 genannten Umsatz gelten folgende Umsätze als Lieferung von Gegenständen:

a) die Übertragung des Eigentums an einem Gegenstand gegen Zahlung einer Entschädigung auf Grund einer behördlichen Anordnung oder kraft Gesetzes;

b) die Übergabe eines Gegenstands auf Grund eines Vertrags, der die Vermietung eines Gegenstands während eines bestimmten Zeitraums oder den Ratenverkauf eines Gegenstands vorsieht, der regelmäßig die Klausel enthält, dass das Eigentum spätestens mit Zahlung der letzten fälligen Rate erworben wird;

c) die Übertragung eines Gegenstands auf Grund eines Vertrags über eine Einkaufs- oder Verkaufskommission.“

⁶⁴ Terra und Kajus, *A Guide to the European VAT Directives* (2013), paras. 4.2.1. und 4.2.2., <http://www.ibfd.org/IBFD-Products/European-VAT-Directives> [letztmalig abgerufen am 20. Juli 2015].

⁶⁵ In ihrer abgeänderten Form ist diese Vorschrift im Einklang mit der Richtlinie 2009/162.

⁶⁶ Siehe z.B. niederländisches ZGB Buch 7 Art. 5(1); und die „Elektrizitäts-Entscheidung“ des niederländischen Hoge Raad vom 23. Mai 1921 [1921] NJ 564; französischer Code Civil Art. 529.

⁶⁷ Vgl. Terra und Kajus, *A Guide to the European VAT Directives* (2013), para. 4.2.2.1., <http://www.ibfd.org/IBFD-Products/European-VAT-Directives> [letztmalig abgerufen am 20. Juli 2015].

⁶⁸ *Kommission gegen Italien* (C-158/94) [1997] E.C.R. I-5699; [1998] 2 C.M.L.R. 373.

⁶⁹ *Kommission gegen Französische Republik* (C-159/94) [1997] E.C.R. I-5815; [1998] 2 C.M.L.R. 373.

⁷⁰ *Kommission gegen Belgien* (C-2/90) [1992] E.C.R. I-4431; [1993] 1 C.M.L.R. 365.

⁷¹ *Kommission gegen Italien* (7/68) [1968] E.C.R. 423 bei 428: „Unter Waren ... sind Erzeugnisse zu verstehen, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.“

Wie ich an anderer Stelle schon angemerkt habe,⁷² ist es interessant zu sehen, dass die Lieferung von *Gegenständen* als Übertragung eines *Rechts*, namentlich des Rechts zur Verfügung über einen körperlichen Gegenstand wie ein Eigentümer, definiert wird. Der EuGH hat diese Definition in einer Reihe von Entscheidungen präzisiert. Er entschied in *Safe BV*, dass der Begriff der Lieferung von Gegenständen in Art. 14:

„sich nicht auf die Eigentumsübertragung in den durch das anwendbare nationale Recht vorgesehenen Formen bezieht, sondern dass sie jede Übertragung eines körperlichen Gegenstands durch eine Partei umfasst, die die andere Partei ermächtigt, über diesen Gegenstand faktisch so zu verfügen, als wäre sie sein Eigentümer.“⁷³

Mit anderen Worten geht es in Art. 14 darum, wer tatsächlich über den Gegenstand verfügen oder sich seinen Wert einverleiben kann. Es geht also nicht um die Lieferung von Gegenständen in irgendeiner Form der physischen Übertragung von einer Partei auf die andere oder die formelle Eigentumsübertragung oder irgendein sonstiges vermögensrechtliches Interesse im Sinne der nationalen Rechtsordnungen.⁷⁴ Gemäß *Safe BV* ist sodann die Frage, ob Steuern gezahlt werden müssen, nicht davon abhängig, ob eine Lieferung von Gegenständen dem Empfänger Eigentum an diesem Gegenstand verschafft (oder ein entsprechendes Sachenrecht), sondern nur ob der Empfänger tatsächlich die Verfügungsgewalt über den Gegenstand erlangt.⁷⁵ Mit anderen Worten ist eine Transaktion, die dem Empfänger den tatsächlichen Wert des Gegenstandes überträgt, eine zu steuernde Transaktion unter Art. 14.

⁷² E. Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 152 - 155.

⁷³ *Staatssecretaris van Financiën gegen Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV* (C-320/88) [1990] E.C.R. I-285; [1993] 3 C.M.L.R. 547 [7]. Siehe auch *Goed Wonen* (C-326/99) [2001] E.C.R. I-6831; und *Van Tiem gegen Staatssecretaris van Financiën* (C-186/89) [1990] E.C.R. I-4363. Gegenansicht: Generalanwalt Mancini's Verbundene Schlussanträge in *Mol gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen* (269/86) und *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat gegen Inspecteur der Omzetbelasting* (289/86) [1988] E.C.R. 3627 [4]: „Es stimmt auch nicht, dass es dem Gemeinschaftsgesetzgeber gleichgültig wäre, ob der Endverbraucher die Ware illegal erworben hat: nach Artikel 5 Absatz 1 besteht die Lieferung nämlich in der „Übertragung der Befähigung, wie ein Eigentümer über einen körperlichen Gegenstand zu verfügen“; und Eigentümer kann man nur durch einen Vorgang oder einen Rechtsakt werden, aufgrund dessen eine Person kraft Gesetzes die Herrschaft über eine Sache erlangt.“ Das Gericht nahm jedoch in keiner der beiden Entscheidungen Bezug auf diese Aussage des Generalanwalts.

⁷⁴ *Safe BV* (C-320/88) [1990] E.C.R. I-285 [8] - [9]. Diese Entscheidung wurde in jüngerer Vergangenheit in *Auto Lease Holland* (C-185/01) [2003] E.C.R. I-1317; [2005] S.T.C. 598 [32]; und *Evita-K EOOD gegen Direktor na Direktsia Obzhalvane i upravljenie na izpalnenieto, Sofia* (C-78/12) 18. Juli 2013 [33] - [36] bestätigt.

⁷⁵ Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 153. Siehe auch S. Bright und C. Bright „Unfair Terms in Land Contracts: Copy out or Cop out?“ (1995) 111 L.Q.R. 655, 665.

Auf den ersten Blick scheint dieser Ansatz grundsätzliche Regeln des Sachenrechts über die Entstehung und Übertragung von Sachenrechten zu ignorieren. Diese Form der Abweichung vom allgemeinen Sachenrecht ist im speziellen Kontext des Steuerrechts gängiger, was auch z.B. durch den englischen House of Lords Fall *Vandervell v IRC* illustriert werden kann.⁷⁶ Art. 15 der Mehrwertsteuerrichtlinie besagt in Absatz 2, dass die Mitgliedstaaten folgende Dinge als körperlichen Gegenstand betrachten können:

- „a) bestimmte Rechte an Grundstücken;
- b) dingliche Rechte, die ihrem Inhaber ein Nutzungsrecht an Grundstücken geben;
- c) Anteile und Aktien, deren Besitz rechtlich oder tatsächlich das Eigentums- oder Nutzungsrecht an einem Grundstück oder Grundstücksteil begründet.“

Die hier aufgeführten Interessen und Rechte sind offensichtlich nicht körperlich, jedoch dürfen sie von den Mitgliedstaaten für die Zwecke des Art. 14 als körperliche Gegenstände behandelt werden. Mit anderen Worten verschmelzen die in Art. 15 gelisteten sachenrechtlichen Interessen mit dem Begriff des körperlichen Gegenstands aus Art. 14. Das kann durchaus verwirren: Liest man sie im Zusammenhang, so sagen Art. 14 und 15 z.B., dass die Lieferung von Gegenständen die Übertragung des Verfügungsrechts über dingliche Rechte, die dem Berechtigten ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks geben, bedeuten soll.⁷⁷

Was hier passiert ist, dass das Recht oder Interesse in Bezug auf bestimmte Gegenstände i.S.v. Art. 15(2) selbst zu einem Gegenstand i.S.v. Art. 14(1) wird, über den man ein Verfügungsrecht wie ein Eigentümer haben kann. Deshalb beschreiben Art. 14(1) und 15(2) zusammen das Verhältnis „Recht-Recht-Gegenstand“, auch wenn Art. 15(2) lediglich das Verhältnis „Recht-Gegenstand“ regelt.

Die nächste Frage ist, warum die Richtlinie die Option bietet, einige nicht körperliche Gegenstände als körperliche Gegenstände zu behandeln. Diese Frage tangiert die Diskussion darüber, ob Sachenrechte im Verhältnis zu nicht körperlichen Gegenständen bestehen können. Einige, wenn auch nicht alle, nationalen Rechtsordnungen akzeptieren den Gedanken, dass Sachenrechte, inklusive Eigentum, auch im Verhältnis zu nicht körperli-

⁷⁶ *Vandervell v IRC* [1967] 2 A.C. 291 HL: I.E. zeigt dieses Urteil, dass es aus der Perspektive des Steuerrechts weniger wichtig ist, was das sachenrechtliche Interesse ist, das jemand in Bezug auf einen Gegenstand hat, sondern dass es wichtiger ist, ob jemand tatsächlich über den Wert des Gegenstands verfügen kann. Im Lichte dieser Entscheidung ist der Ansatz des EuGH aus *Safe BV* vielleicht gar nicht so ungewöhnlich.

⁷⁷ Kombination von Art. 14(1) erster Satzteil mit Art. 15(2)(b) der Mehrwertsteuerrichtlinie.

chen Gegenständen bestehen können. EU-Recht akzeptiert diese Möglichkeit grundsätzlich auch.⁷⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint es ungünstig, dass der EuGH im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuerrichtlinie Gegenstände, die eindeutig nicht körperlich sind - z.B. Rechte an Gegenständen - als körperliche Gegenstände einordnet.

Würde der Wortlaut von Art. 14 lediglich lauten, dass die „Lieferung von Gegenständen“ die *Übertragung von körperlichen Gegenständen*“ [Hervorhebung der Autorin] bedeuten soll, wäre die Aufnahme von nicht körperlichen Gegenständen in Art. 15 erklärbar gewesen, da andernfalls z.B. die Übertragung von Hypotheken oder Grundschulden von einer Bank auf die andere keine zu besteuern Transaktion darstellen würde. Da Art. 14 jedoch von der „Übertragung der *Befähigung*, wie ein Eigentümer über einen körperlichen Gegenstand zu *verfügen*“ [Hervorhebung der Autorin] spricht, wird die Situation etwas konfus. Warum ist nur die Befähigung über *körperliche* Gegenstände zu verfügen umfasst? Wäre es nicht einfacher gewesen, sich schlicht auf die Befähigung zur Verfügung über Gegenstände zu beziehen, ohne vorzuschreiben, dass der Gegenstand körperlich oder nicht körperlich sein muss? Wenn das Prinzip der „Gegenstände“ im Rahmen der Lieferung von Gegenständen in Art. 14 schon mit nicht körperlichen Dingen (namentlich eines Rechts, über den Gegenstand zu verfügen) gleichgestellt ist, dann folgt daraus nicht, dass der Gegenstand, auf den sich dieses Recht bezieht, seinerseits körperlich sein muss.

Derzeit besagen Art. 14(1) und 15(2), wenn man sie zusammen liest, dass die „Lieferung von Gegenständen“ die Übertragung des Verfügungsrechts über körperliche Gegenstände (wie das des Eigentümers) bedeutet und einige nicht körperliche Gegenstände auch als körperlich behandelt werden dürfen. Eine solche Formulierung legt die Ablehnung der Möglichkeit nahe, dass jemand ein Verfügungsrecht über *irgendeinen* nicht körperlichen Gegenstand als Eigentümer haben könnte. Warum war es andererseits notwendig, einige, aber nicht alle, nicht körperlichen Gegenstände als körperlich anzusehen, anstatt sie einfach als nicht körperlich nach ihrem eigenen Recht zu behandeln? Diese offensichtliche Ablehnung der Möglichkeit, dass jemand das Verfügungsrecht über irgendeinen nicht körperlichen Gegenstand als dessen Eigentümer hat, widerspricht anderem EU-Recht, welches die Möglichkeit akzeptiert, dass eine Person Sachenrechte (oder, im Wortlaut der Mehrwertsteuerrichtlinie, „Befähigung, zur Verfügung wie ein Eigentümer“) an nicht körperlichen Gegenständen hält. Dies weicht ebenso von nationalen Sachenrechtsordnungen ab, die grundsätzlich anerkennen, dass man ein Verfügungsrecht über nicht körperliche

⁷⁸ Beispiele sind z.B. Emissionshandelsrechte, die Gemeinschaftsmarke und das Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 179.

Gegenstände als Eigentümer haben kann, auch wenn nicht alle nationalen Systeme in diesem Zusammenhang von „Eigentum“ sprechen.⁷⁹ Diese Ablehnung mag eine bewusste politische Entscheidung im speziellen Zusammenhang mit der Mehrwertsteuerrichtlinie sein.

Die Entscheidungen, die für Art. 14 und 15 getroffen wurden, sind, auch wenn sie vielleicht nicht die elegantesten Beispiele gesetzgeberischer Schreibkunst sind, einfacher zu verstehen, wenn man sich Art. 24 und 25 über Dienstleistungen ansieht:

„Artikel 24

(1) Als „Dienstleistung“ gilt jeder Umsatz, der keine Lieferung von Gegenständen ist. ...

Artikel 25

Eine Dienstleistung kann unter anderem in einem der folgenden Umsätze bestehen:

a) Abtretung eines nicht körperlichen Gegenstands, gleichgültig, ob in einer Urkunde verbrieft oder nicht“

Hier finden wir als Ergänzung zur Übertragung von körperlichen Gegenständen in Art. 14 die Abtretung eines nicht körperlichen Gegenstands als zu steuernde Transaktion. Zwei Seltsamkeiten verbleiben jedoch. Zunächst fällt auf, dass wenn man die Abtretung eines nicht körperlichen Gegenstands als eine zu steuernde Transaktion in der Form einer Dienstleistung behandelt, es keinen Bedarf mehr dafür zu geben scheint, die Übertragung bestimmter Interessen oder dinglicher Rechte, die nicht körperlicher Natur sind, als Übertragung von körperlichen Gegenständen nach Art.14 über die Lieferung von Gegenständen zu behandeln. Zweitens, während die Lieferung von Gegenständen als „Übertragung der Befähigung, wie ein Eigentümer über einen körperlichen Gegenstand zu verfügen“ definiert wird, wird unter einer Dienstleistung u.a. die „Abtretung eines nicht körperlichen Gegenstands“ verstanden. Konsequenter wäre es gewesen, Letztere als „die Abtretung der Befähigung, wie ein Eigentümer über einen nicht körperlichen Gegenstand zu verfügen“ zu definieren.

⁷⁹ Siehe z.B. niederländisches ZGB Buch 3 Art. 83 und 84; BGB § 398. Im Fall von nicht körperlichen Gegenständen wird die Person, die ein Recht an diesem Gegenstand besitzt, nach niederländischem und deutschem Recht nicht als Eigentümer, sondern als „rechthebbende“ oder „Inhaber“ bezeichnet. Im Englischen würde man wohl von einem „right holder“ sprechen.

Kriterien zur Einordnung als „körperlich“

Es gibt keine Rechtsprechung dazu, welche Kriterien der EuGH anwendet, um festzulegen, ob ein Gegenstand körperlich oder nicht körperlich ist. Wir können uns nur auf den *Safe BV* Fall stützen, der uns sagt, warum bestimmte nicht körperliche Gegenstände im Kontext der Mehrwertsteuerrichtlinie körperlichen Gegenständen gleichgestellt werden.

Auswirkungen auf nationale Sachenrechte?

Jede nationale Sachenrechtsordnung hat ihre eigenen Definitionen von wichtigen Begriffen wie z.B. die in diesem Beitrag Erwähnten. Obwohl sich solche Definitionen als Ausgangspunkt zumeist in Zivilgesetzbüchern oder sonstigen Gesetzen finden, haben Urteile nationaler Gerichte eine wichtige Rolle bei der Feinabstimmung dieser Konzepte gespielt, insbesondere bei Grenzfällen. § 94 BGB besagt z.B., dass zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude oder Pflanzen, gehören. § 95 BGB legt hingegen fest, dass solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind, nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören. Jüngere Entscheidungen aus Belgien und den Niederlanden haben gezeigt, dass eine hinreichend enge Verbindung zum Boden einen Gegenstand unbeweglich machen kann, wenngleich der Gegenstand eigentlich bewegt werden könnte. Diese Entscheidungen betrafen Hafenkräne, die sich nur im Bereich der Schienen bewegen können, auf denen sie stehen (und durch die sie indirekt mit dem Boden verbunden sind) und dies nur im Rahmen ihres speziellen Verwendungszwecks (nämlich dem Be- und Entladen von Schiffen).⁸⁰ Das Konzept des „land“ im englischen Recht wird sowohl vom *Law of Property Act 1925* (LPA 1925), als auch im *Land Registration Act 2002* (LRA 2002) aufgegriffen. Letzterer besagt in sec. 132, dass „land' includes (a) buildings and other structures, (b) land covered with water, and (c) mines and minerals“. Sec. 62 und 205 des LPA 1925 geben detailliertere Beschreibungen dazu ab, was „land“ ist und was ein Teil davon sein kann, wie z.B. Einbauten, Hecken, Wege oder Wasserläufe.

Immer wenn die europäischen Gerichte Definitionen für Konzepte aus europäischer Gesetzgebung liefern, die auch im nationalen Recht zu finden sind, ist das unausweichliche

⁸⁰ Siehe z.B. den belgischen Cour de Cassation, 14. Februar 2008 (2008), 1120 *Fiscoloog* 18; den niederländischen Hoge Raad, 24. Dezember 2010, Fall No. LJN BO3644. Siehe auch A. Apers, „Party Autonomy in the Classification of Things: Expansion of the Term 'Immovable'“ in B. Akkermans, E. Marais und E. Ramaekers (Hrsg.), *Property Law Perspectives II* (Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2013), S. 194.

Resultat, dass die europäische Definition nicht mit denen der 28 Mitgliedstaaten übereinstimmt. Da die Definitionen der Mitgliedstaaten nicht alle gleich sind, wird auch die europäische Definition natürlich zumindest von der Definition einiger Mitgliedstaaten abweichen. Während dies eine logische Konsequenz aus der Existenz eines supranationalen Rechtssystems ist, kann es dann problematisch werden, wenn die nationalen und europäischen Definitionen immer weiter voneinander abweichen.

In einer Stellungnahme zum EuGH-Urteil in *Maierhofer* hat ein deutscher Rechtsanwalt seine Sorge über den „allgemein wachsenden Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf scheinbar sichere Enklaven in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ zum Ausdruck gebracht.⁸¹ Er leitete aus dem Urteil ab, dass die mitgliedstaatlichen Behörden im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer nicht mehr länger auf die in ihren nationalen Privatrechtssystemen existierenden Definitionen von Immobilien oder „land“ oder Grundstücken zurückgreifen können, sondern dass sie jetzt die europäischen Konzepte berücksichtigen müssen, auch wenn diese etwas anderes oder gar das Gegenteil vom nationalen Recht besagen. Besonders auffällig ist, dass während § 95 BGB den „vorübergehenden Zweck“ als entscheidenden Faktor für die Entscheidung, ob ein Gegenstand beweglich oder unbeweglich ist, vorsieht, erhob der EuGH in *Maierhofer* die Verbindung mit Grund und Boden durch Fundamente zum entscheidenden Faktor. Dadurch hat der EuGH etwas als unbeweglich etikettiert, was nach deutschem nationalen Privatrecht beweglich sein würde.

In Grenzfällen ist besonders gut zu beobachten, wie unterschiedliche Gerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können. Der niederländische Hoge Raad entschied, dass ein Mietcontainer unbeweglich ist, u.a. weil er dafür vorgesehen war, dauerhaft an einer Stelle zu verbleiben. Diese Intention konnte objektiv erkannt werden, da der Mietcontainer mit Gas-, Wasser- und Elektrizitätsleitungen verbunden war, einen Telefonanschluss hatte und an das Abwassersystem angeschlossen war.⁸² Auf der anderen Seite hat der Court of Appeal (England & Wales) entschieden, dass ein Mietcontainer ein „chattel“ (körperlicher, beweglicher Gegenstand) ist, da man ihn vom Grund und Boden entfernen kann.⁸³ Betrachtet man die vom EuGH entwickelten Kriterien, so erscheint es naheliegend, dass dieser sich eher dem niederländischen Gericht anschließen würde: der Gegenstand muss

⁸¹ M. Strüber, „EuGH: Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 12a UStG bei der Vermietung von Fertigbauten“ (2003) 41 *Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst* (DStRE) 237.

⁸² Hoge Raad, 31. Oktober 1997 [1998] NJ 97.

⁸³ *Wessex Reserve Forces and Cadets Assn v White* [2005] EWCA Civ 1744; [2006] 2 P. & C.R. 3; siehe auch Gray and Gray, *Land Law* (2011), para. 1-032.

nicht untrennbar mit dem Boden verbunden sein um als Grundstück/Immobilie angesehen zu werden und wenn er mit Wasser-, Telefonleitungen, etc. verbunden ist, dann ist er wahrscheinlich ein Grundstück i.S.d. Mehrwertsteuerrichtlinie.

Mit Wasser überflutetes Land scheint vom EuGH und dem englischen Recht ähnlich behandelt zu werden, nämlich so, dass es im Kern keinen Unterschied macht, ob das Land geflutet ist oder nicht.⁸⁴ Hausboote wurden hingegen vom Court of Appeal als beweglich eingeordnet, unabhängig davon, ob sie einen eigenen Antriebsmechanismus und Verbindungen zu Wasserleitungen haben. Auch Verankerung oder sonstige Verbindungen zum Land oder zu Schiffsbrücken machten keinen Unterschied. Die Hausboote waren,

„structures which could have been removed without being dismantled or destroyed in the process. They also fall into a category of items such as caravans which, as designed, are moveable.“⁸⁵

Wie wir aus Leichenich wissen, ordnet der EuGH Hausboote als Immobilien (bzw. Grundstücke i.S.d. Mehrwertsteuerrichtlinie) ein. Zumindest für Zwecke der Mehrwertsteuer muss das englische Recht sich also dem EU-Recht fügen und Hausboote als Grundstücke behandeln.

Auswirkungen auf das EU-Sachenrecht?

Vorangegangene Forschungsarbeiten haben gezeigt, welche grundlegenden Elemente des Sachenrechts im EU-Recht bereits bestehen. Sie haben ein Gerüst gebaut, das die wesentlichen Charaktereigenschaften eines Sachenrechtssystems beinhaltet und haben dieses Gerüst so weit wie möglich auf der Basis von bestehender EU-Gesetzgebung mit Inhalt gefüllt.⁸⁶ Die folgenden Abschnitte werden zeigen, wie viel EU-Sachenrecht bereits in der Gesetzgebung existiert, wie der EuGH Konzepte und Regeln des Sachenrechts entwickelt (das Hauptthema dieses Beitrags) und wie die Hauptprobleme mit der derzeitigen Herangehensweise an das Sachenrecht, namentlich Inkohärenz und Widersprüchlichkeit, verbessert werden können.

⁸⁴ Gray and Gray, *Land Law* (2011), para. 1-039, mit Bezug auf W. Blackstone, *Commentaries to the Laws of England*, Vol. II (London: 1765 - 1760), S. 18.

⁸⁵ *Mew v Tristmire Ltd* [2011] EWCA Civ 912; [2012] 1 W.L.R. 852 [42]. Ebenso *Chelsea Yacht & Boat Co Ltd v Pope* [2001] 2 All E.R. 309 CA (Civ Div).

⁸⁶ Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), Kap. 6.

Bestehendes EU-Sachenrecht - Gesetzgebung

Soweit es um Rechte geht unterscheidet die EU-Gesetzgebung zwischen Eigentum/Grundbesitz⁸⁷ und anderen Rechten/Ansprüchen. Sie erkennt Sicherheiten und Nutzungsrechte an und es gibt spezifische Rechtsbehelfe, um diese Rechte zu schützen. Neben einer generellen Beschreibung von dinglichen Rechten - die funktionell als auf eine Sache bezogen und mit absoluter Wirkung (*erga omnes*) ausgestattet beschrieben sind - gibt es auch spezifische Beschreibungen von Sachenrechten. Die Insolvenzverordnung ordnet eine „floating charge“ und Rechte, die im Wege einer Vormerkung registriert wurden als Sachenrechte ein.⁸⁸ Die Zahlungsverzugsrichtlinie beinhaltet eine Definition von Eigentumsvorbehaltsklauseln.⁸⁹ Die Richtlinie über Finanzsicherheiten kennt Sicherungseigentum und ein besitzrechtliches Sicherungsrecht (Pfandrecht).⁹⁰ Die Verordnung zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften sieht ebenfalls ein besitzgebundenes und ein besitzungebundenes Pfandrecht vor, das sowohl für körperliche, als auch für nicht körperliche Gegenstände bestehen kann.⁹¹ Wie bereits in der Einführung zu diesem Beitrag angemerkt, deutet auch der *acquis* an, welche Arten von Gegenständen als Gegenstände von Sachenrechten fungieren können. Diese können beweglich oder unbeweglich, körperlich oder nicht körperlich (oder (un)greifbar) sein.

Darüber hinaus zeigt der *acquis* die Konturen eines Regelwerks, das für diese Sachenrechte gilt. Es ist bekannt, dass ein Verfügungsrecht für eine Eigentumsübertragung eine wesentliche Voraussetzung darstellt. Dies wurde im *Möllendorf* - Urteil deutlich, in dem die Verbannung bestimmter terrorverdächtiger Personen auf eine schwarze Liste und das damit verbundene Einfrieren ihres Vermögens bedeutete, dass sie nicht länger die Auflassung einer Immobilie betreiben konnten, auch wenn der Kaufpreis schon gezahlt wurde.⁹² EU-Recht erkennt, dass es unterschiedliche Stadien im Leben eines Sachenrechts gibt - es unterscheidet zwischen der Entstehung und der Übertragung eines Sachenrechts. Es sieht

⁸⁷ Den Begriff „fee simple estate“ kennt die EU-Gesetzgebung nicht.

⁸⁸ Verordnung 1346/2000 über das Insolvenzverfahren [2000] OJ L160/1 Art. 5; Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 150.

⁸⁹ Richtlinie 2011/7 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr [2011] OJ L 48/1 Art. 9.

⁹⁰ Richtlinie 2002/47 über Finanzsicherheiten [2002] OJ L168/42 Art. 2(1)(a); V. Sagaert, „De verworvenheden van het Europese goederenrecht“ in A. Hartkamp, C. Sieburgh und L. Keus (Hrsg.), *De invloed van het Europees recht op het Nederlandse privaatrecht*, Onderneming & Recht, 42-I (Deventer: Kluwer, 2007), S. 323 - 324.

⁹¹ Verordnung 2454/93 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften [1993] OJ L253/1 Art. 857.

⁹² *Möllendorf und Möllendorf-Niehuus* (C-117/06) [2007] E.C.R. I-8361; [2008] 1 C.M.L.R. 11, besprochen in S. van Erp, „DCFR and Property Law: The Need for Consistency and Coherence“ in R. Schulze (Hrsg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2. ern. Aufl. (München: Sellier, European Law Publishers, 2009); und N. Lavranos, „The Effect of UN Sanctions on Private Party Transactions“ (2008) 4 *Eur. Law Reporter* 137.

außerdem eine Definition für die Abtretung von Forderungen vor. Ferner unterscheidet es zwischen Eigentümer und Besitzer, so wie man es aus den nationalen Rechtsordnungen kennt.⁹³ Die Richtlinie über Finanzsicherheiten legt zudem fest, dass der Gläubiger die Sicherheit im Falle der Nichtzahlung behalten kann, was nach nationalem Sachenrecht normalerweise nicht erlaubt ist.⁹⁴ Schließlich hält der europäische Gesetzgeber auch an der *lex rei sitae* -Regel fest, wenn es zur Bestimmung des anwendbaren nationalen Sachenrechts kommt, soweit europäische Regelungen nicht einschlägig sind. Auch Regelungen zur Drittwirkungen finden sich im EU-Recht. Die Verordnung zur Gemeinschaftsmarke besagt, dass der Erwerb eines solchen Markenzeichen ohne Registrierung keine Drittwirkung entfalten kann.⁹⁵ Die Gemeinschaftsmarkenverordnung etabliert auch ein Prioritätsrecht.⁹⁶ Die Insolvenzverordnung gewährt Eigentumsvorbehaltsklauseln sachenrechtliche Wirkung in dem Sinne, dass sie gegenüber Dritten eingewandt werden können und zwar sowohl im Falle einer Insolvenz des Käufers, als auch bei Insolvenz des Schuldners.⁹⁷ Die Richtlinie über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern beschränkt Schutzrechte mit Drittwirkung. Gestohlene Kulturgüter können von Parteien zurückverlangt werden, die diese in gutem Glauben erworben haben und deshalb normalerweise geschützt wären.⁹⁸

Die Auflistung dieser Verordnungen und Richtlinien, die jeweils kleine Elemente von Sachenrecht enthalten, zeigt, wie fragmentarisch der Ansatz der Europäischen Union im Bereich des Sachenrechts ist. Die sachenrechtlichen Aspekte in diesen Maßnahmen scheinen nicht das Resultat eines bewussten, einheitlichen Ansatzes zu sein, sondern häufig ein Nebenprodukt oder Anhängsel des Hauptziels der jeweiligen Maßnahme.

Bestehendes EU-Sachenrecht - Rechtsprechung

Der vorliegende Beitrag ergänzt frühere Forschungsarbeiten, wie sie im letzten Abschnitt dargestellt wurden, der sich auf das bestehende EU-Sachenrecht im Rahmen der Gesetzge-

⁹³ Siehe Art. 1 der Richtlinie 93/7 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern [1993] OJ L74/74: „Im Sinne dieser Richtlinie gilt als ... 6. „Eigentümer“: die Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über das Kulturgut für sich selbst ausübt. 7. „Besitzer“: die Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über das Kulturgut für andere ausübt.“

⁹⁴ S. van Erp und B. Akkermans, „European Union Property Law“ in C. Twigg-Flesner (Hrsg.), *The Cambridge Companion to European Union Property Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) S. 179 - 180.

⁹⁵ Verordnung 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung) [2009] OJ L78/1 Art. 17(6), 23(1) und 87.

⁹⁶ Verordnung 207/2009 Art. 29.

⁹⁷ Verordnung 1346/2000 Art. 7(1) und (2).

⁹⁸ Richtlinie 93/7 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern Art. 5.

bung fokussierte und damit Sachenrecht im Rahmen von EuGH-Rechtsprechung ausklammerte. Während bereits dargelegt wurde, dass EU-Recht unbewegliche, bewegliche und nicht körperliche Gegenstände als solche des Sachenrechts anerkennt, wird nun deutlicher, wie der EuGH diese Konzepte definiert. Insbesondere hat die Rechtsprechung des EuGH Kriterien entwickelt, die dabei helfen, in Grenzfällen zu bestimmen, ob ein Gegenstand unbeweglich ist oder nicht. Bedauernswerterweise sind ähnlich erhellende Urteile nicht in Bezug auf die Konzepte von körperlichen und nicht körperlichen Gegenständen, wie sie von Art. 14, 15, 24 und 25 der Mehrwertsteuerrichtlinie verwandt werden, ergangen. Eine Analyse des Wortlauts der Richtlinie selbst musste die fehlenden Hinweise dafür geben, wie diese Konzepte zu verstehen sind. Die EuGH-Rechtsprechung hat zusammen mit der Textanalyse der Richtlinie hoffentlich einen weiteren Teil des pointillistischen Bildes enthüllt, als das das EU-Sachenrecht beschrieben werden kann.

Ein alternativer Ansatz für die Entwicklung von EU-Sachenrecht

Der inkohärente und uneinheitliche Ansatz, den die EU bisher im Bereich des Sachenrechts verfolgte, ist nicht wünschenswert, da er große Rechtsunsicherheit hinterlässt und den Mitgliedstaaten sehr wahrscheinlich Schwierigkeiten dabei bereitet, diese Kleinteile in ihre normalerweise sehr strikt systematischen Sachenrechtsordnungen zu implementieren. Meine abschließenden Worte sollen daher einen hoffentlich kohärenteren und effektiveren Ansatz für die Entwicklung des EU-Sachenrechts beinhalten, der sich auf die Kernelemente und größten rechtspolitischen Probleme fokussiert, die berücksichtigt werden müssten, wenn die Europäische Union auf dem Gebiet des Sachenrechts gesetzgeberisch tätig wird.⁹⁹

Ich würde den Erlass eines optionalen Elements in Form einer EU-Verordnung vorschlagen, das europäisch-autonome Regelungen zum Sachenrecht enthält. Die großen Vorteile eines optionalen Instruments sind, dass es die nationalen Sachenrechtsordnungen nicht ersetzt, sondern neben ihnen existiert und dass wir - durch die Wahl der Parteien - einen (empirisch schwer zu erbringenden) Hinweis darauf erhalten, in welchem Umfang ein eigenes Sachenrechtssystem, das in grenzüberschreitenden Situationen zur Anwendung kommt, benötigt wird.

Ein solches optionales Instrument müsste zunächst einmal Regeln zur Entstehung, Übertragung, Registrierung, Zerstörung und Drittwirkung von Sachenrechten beinhalten.

⁹⁹ Für eine detailliertere Version dieses Vorschlags siehe Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), Kap. 6, Teil 2 - Where to?

Zweitens sollte das optionale Instrumente europäisch-autonome Sachenrechte einführen, namentlich ein Europäisches „Primärrecht“ (welches das extensivste aller vorhandenen Sachenrechte im EU-Recht darstellen würde, ähnlich einem Eigentumsrecht oder einem „fee simple estate“ für Grundstücke), ein Europäisches Sicherungsrecht und ein Europäisches Nutzungsrecht. Diese europäischen Sachenrechte würden innerhalb eines Gerüsts von Regelungen zur Entstehung, Übertragung, etc. funktionieren, das eigens für diesen Zweck geschaffen wurde. Schließlich sollte das optionale Instrumente eine Definitionsliste enthalten, in denen Begriffe wie „(un)beweglich“, „(un)körperlich“ und „Besitz“ definiert werden, um den einheitlichen Gebrauch dieser Schlüsselbegriffe im Rahmen des optionalen Instruments zu gewährleisten.

Es sollte möglich sein, diese europäischen Sachenrechte im Verhältnis zu allen Arten von Gegenständen zu kreieren, egal ob beweglich, unbeweglich oder körperlich. Wie oben bereits erwähnt,¹⁰⁰ akzeptiert der europäische *acquis* bereits, dass diese Arten von Gegenständen auch Gegenstände von Sachenrechten sein können. Die Registrierung sollte für die Entstehung und Übertragung von europäischen Sachenrechten ein konstitutives Element darstellen, um jegliche Missverständnisse hinsichtlich ihrer Existenz zu vermeiden, ihnen ein Rang zu geben und ihre Wirkung im Fall einer Insolvenz zu garantieren. Für diesen Zweck sollte ein europäisches Register installiert werden. Die Registrierung sollte schuldnerbezogen, nicht vermögensbezogen erfolgen, d.h. die europäischen Sachenrechte sollten im Fall eines Sicherungsrechts gegenüber dem Schuldner und im Fall eines Nutzungsrechts gegenüber dem Berechtigungsgeber. Eine schuldnerbezogene Registrierung ermöglicht es, europäische Sachenrechte in Verhältnis zu Vermögensgruppen und zukünftigem Vermögen sowie individuell bezeichnetem Vermögen zu registrieren. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für das Europäische Sicherungsrecht, das als generelles Sicherungsrecht kreierbar sein sollte und nicht bloß als spezifisches Sicherungsrecht, um dem Trend ansteigender Beliebtheit genereller Sicherungsrechte zu folgen.¹⁰¹ Nur ein schuldnerbezogenes Registrierungssystem erlaubt die Registrierung von Transaktionsgruppen für Vermögensmassen, die nicht notwendigerweise identifiziert sein müssen. Es sollte möglich sein, das Europäische Sicherungsrecht als besitzloses Recht zu begründen. Besitzgebundene Sicherungsrechte sind ineffektiv in internationalen Handelsbeziehungen,

¹⁰⁰ Siehe Abschnitt „Bestehendes EU-Sachenrecht - Gesetzgebung“ oben.

¹⁰¹ Siehe z.B. die englische *floating charge*, die belgische *gage sure fonds de commerce* oder *pand op de handelszaak*, oder die Rechtsprechung des holländischen obersten Gerichtshof, der die Verpfändung von Gruppen (zukünftiger) Forderungen durch eine *verzamel pandakte* zulässt (kollektiver Pfandvertrag; siehe *Dix v ING Bank NV*, 3. Februar 2012, LJN: BT6947 bei Rn. 4.6.1 bis 4.6.4.).

da sie dem Schuldner die Möglichkeit nehmen, das belastete Vermögen zu nutzen, um damit Mittel zu akquirieren um das sekundäre Darlehen zu bedienen. Ein besitzloses sekundäres Sicherungsrecht wäre für den internationalen Markt also besser geeignet. Ferner sollte das Europäische Sicherungsrecht ein akzessorisches Sicherungsrecht sein. Die Erfahrungen der anhaltenden Finanzkrise haben uns gelehrt, dass nicht-akzessorische Sicherungsrechte schwerwiegende Probleme für Schuldner hervorrufen können.¹⁰² Sollte also kein ausreichender Ersatz für die Sicherheit geschaffen werden, die ein akzessorisches Sicherungsrecht bietet, wäre es nicht ratsam, ein nicht-akzessorisches Europäisches Sicherungsrecht zu etablieren.

Die Schaffung eines Europäischen Primärrechts müsste dadurch erfolgen, dass ein nationales Primärrecht in ein Europäisches Primärrecht umgewandelt wird. Diese Umwandlung würde das nationale Primärrecht auslöschen und dadurch die Situation verhindern, dass zwei Primärrechte gleichzeitig nebeneinander mit Bezug auf denselben Gegenstand bestehen. Als Folge der *nemo dat* Regel¹⁰³ kann die Umwandlung jedoch nicht dazu führen, dass andere, beschränkte Sachenrechte, die auf dem Primärrecht lasten, auch erlöschen. Sobald diese Umwandlung registriert wurde kann das Europäische Primärrecht auf eine andere Partei übertragen werden. Schließlich sollten in Hinblick auf das Europäische Nutzungsrecht klare Zeiträume für die Lebensdauer eines solchen Rechts abgesteckt werden. Je extensiver der Inhalt eines Europäischen Nutzungsrechts, desto restriktiver sollte die Lebensdauer ausgestaltet sein, für die es ausgeübt werden kann.

Dieser Vorschlag mag zunächst sehr weitgreifend erscheinen und es mag sich infolge des ganzheitlichen Ansatzes auf der Ebene der Europäischen Union in einem Rechtsgebiet, das bisher eher stiefmütterlich behandelt wurde, ein gewisses Unbehagen einstellen. Jedoch hat sich gezeigt, dass frühere Projekte auf dem Gebiet des Sachenrechts, die zu viele Aspekte den nationalen Rechten überlassen wollen, wie z.B. der Vorschlag einer Richtlinie über die Anerkennung der besitzlosen Sicherheiten an beweglichen Sachen und der Modalitäten des Eigentumsübergangs von 1973¹⁰⁴ und dem Vorschlag für einen Hypothekarkredit in der

¹⁰² Siehe S. van Erp und B. Akkermans, „Public or Private Harmonisation of the EU Mortgage Market?“ (2013) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 43, Abschnitt „The impact of the financial crisis“; Ramaekers, *European Union Property Law* (2013), S. 284.

¹⁰³ Die Maxime *nemo dat quod non habet* bedeutet im Sachenrecht, dass man nicht mehr Rechte übertragen kann, als man selber hat. Siehe z.B. House of Lords in *Abbey National v Cann* [1991] 1 A.C. 56, Lord Jauncey bei 101-102: „Since no one can grant what he does not have it follows that ... a purchaser could never grant an interest which was not subject to the limitations on his own interest.“

¹⁰⁴ Generaldirektion Binnenmarkt, Dokument XI/466/73-E.

EU,¹⁰⁵ wenig oder gar keinen Erfolg haben. Die Sachenrechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind einfach zu unterschiedlich im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten und deren geschlossene und zwingende Natur dient - insbesondere im Grundstücksrecht - dem Schutze nationaler Interessen. Daher darf eine europäische Maßnahme auf dem Gebiet des Sachenrechts nicht zu viele Aspekte den nationalen Rechten überlassen, weil ansonsten nur eine Implementierung von einzelnen Harmonisierungsmaßnahmen in die geschlossenen Systeme erfolgen würde, die der Idee der vereinfachenden Wirkung für grenzüberschreitenden Handel zuwider laufen würde. Dies folgt schon aus der *lex situs* Regel, die besagt, dass sachenrechtliche Beziehungen immer nach dem Recht des Belegenheitsorts zu behandeln sind. Der Erfolg anderer Instrumente, die grenzüberschreitende sachenrechtliche Beziehungen regeln, so wie Art. 9 des Uniform Commercial Codes und der Kapstadt-Konvention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung scheint in großen Teilen damit zusammen zu hängen, dass sie wahrhaft internationalen - i.S.v. grenzüberschreitenden - Charakter haben: sie sichern ein eigenständiges internationales Interesse, das im Einklang mit Regelungen kreiert wird, die spezifisch für solche internationalen Interessen angelegt wurden und die ihr eigenes Registrierungssystem haben. Sehr wenig bleibt dann übrig für die Regelung durch nationale Rechte. Und doch scheint die Existenz dieser internationalen Interessen das nationale Recht nicht verzerrt zu haben. Durch die Einführung eines europäischen Sachenrechtssystems durch ein optionales Instrument als Alternative zu den nationalen Sachenrechtsordnungen würde nationales Sachenrecht nicht verzerrt oder ersetzt, wenngleich es sich insbesondere in grenzüberschreitenden Fällen mit einem Widersacher auseinandersetzen müsste. Was das Ergebnis einer solchen Auseinandersetzung wäre, kann Gegenstand kommender Diskussionen sein.

¹⁰⁵ Europäische Kommission, „Grünbuch über Hypothekarkredite in der EU“ KOM(2005) 327 endg., S. 13 Nr. 47, 48.

Das japanische Recht im Licht der Europäisierung des Privatrechts

von

Associate Prof. Hiroshi Tanaka, Kobe*

I. Einleitung; II. Die Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuchs; 1. Die Notwendigkeit der Kodifikation des ZGB in Japan; 2. Der Plan vom alten ZGB und seines Scheitern; 3. Die Entstehung des geltenden ZGB; III. Der inhaltliche Charakter des japanischen ZGB; 1. Die Regelung aus deutschem Recht; 2. Die Regelung aus französischem Recht; 3. Die Regelung aus japanischer Gewohnheit; IV. Die Entwicklung der japanischen Zivilrechtswissenschaft; V. Die heutige Diskussion über die Schuldrechtsreform in Japan; 1. Der Ablauf der Diskussion über Schuldrechtsreform; 2. Berücksichtigung des europäischen Rechts in der Diskussion; 3. Der Inhalt des Reformvorschlag; VI. Schlußwort

I. Einleitung

Wenn man über die europäischen Einflüsse auf das japanische Zivilrecht spricht, ist es unentbehrlich, die Entwicklungsgeschichte des japanischen Zivilrechts anzusprechen. Japan liegt in Ostasien, also ganz weit von Europa entfernt. Deshalb kann man die Frage stellen: Warum hat das japanische Recht eine Beziehungen zum europäischen Recht? Und: Wie ist das japanische Recht vom europäischen Recht beeinflusst? Diese Fragen lassen nur beantworten, wenn man erst auf die Entwicklungsgeschichte des japanischen Zivilrechts eingeht.

Ich spreche also zunächst über die Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuchs. Anschließend nenne ich als inhaltlichen Charakter des japanischen ZGB einige Regelungen und gehe darauf ein. Dann spreche ich über die Entwicklung der japanischen Zivilrechtswissenschaft nach der Entstehung des ZGB. Schließlich erwähne ich die heutige Diskussion über die Schuldrechtsreform in Japan. Auf der jeweiligen Ebene ist das japanische Recht vom europäischen Recht in verschiedener Weise beeinflusst.

II. Die Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuchs

Das geltende japanische Zivilgesetzbuch (民法minpo) trat im Jahr 1898, also 2 Jahre vor dem Inkrafttreten des deutschen BGB, in Kraft. Die Entstehungsgeschichte war kompliziert.

* Der Referent bedankt sich herzlich bei Herrn Christian Dankerl für das Korrekturlesen dieses Beitrags.

1. Die Notwendigkeit der Kodifikation des ZGB in Japan

In Japan gab es damals die politische Notwendigkeit der Kodifikation des ZGB. Die ehemalige japanische Regierung betrieb seit dem 17. Jahrhundert die ausschließende Politik, wonach der Umgang mit dem Ausland grundsätzlich verboten wurde. Aber im Jahr 1853 kam eine Flotte der USA nach Japan und forderte von der japanischen Regierung den Verzicht der Politik. Die japanische Regierung war erschrocken und schloss mit USA den Vertrag über diplomatische Beziehungen ab. Anschließend kamen auch viele europäische Länder nach Japan und schlossen mit Japan ähnliche Verträge ab.

Dabei gab es für Japan ein großes Problem. Die Verträge waren für Japan sehr ungünstig gestaltet. Nach den Verträgen hatte Japan keine Gerichtsbarkeit über Ausländer in Japan (d.h. die Exterritorialität) und kein Recht zur Selbstbestimmung des Zolls. Die damalige japanische Regierung erkannte die Bedeutung solcher Bestimmungen nicht. Es wäre damals für Japan das heutige „Haustürgeschäft“ gewesen, aber Japan hatte natürlich kein Widerrufsrecht.

Dann veränderte sich das politische Regime in Japan. Im Jahr 1867 stürzte die bisherige Regierung (Tokugawa-bakuhu; Regierung von Tokugawa Familien) und es entstand eine neue Regierung (Meiji-seihu; Regierung vom Kaiser). Eine der wichtigsten Aufgaben der neuen Regierung war die Reform der ungünstigen Verträge mit dem Ausland. Bei der Verhandlung über die Reform forderten ausländische Staaten als notwendige Voraussetzung der Reform die Modernisierung des japanischen Rechtssystems. Es gab damals in Japan keine modernen systematischen Institutionen zur Lösung der Zivilsachen durch Gerichtsentscheidung. Deswegen musste die japanische Regierung das moderne europäische Rechtssystem in Japan einführen.

2. Der Plan vom alten ZGB und seines Scheitern

Die japanische Regierung plante zum ersten, einen europäischen Rechtswissenschaftler den Entwurf des Zivilgesetzbuchs verfassen zu lassen. So berief die Regierung als Verfasser des Entwurfs des Zivilgesetzbuchs den französischen Professor *Gustave Boissonade*. Er verfasste den Entwurf vor allem auf Grundlage des französischen Code civil. Und das Gesetz wurde im Jahr 1890 verabschiedet.

Allerdings trat das Gesetz nicht in Kraft. Nach dem Erlass stieß die Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuchs auf heftigen Widerspruch, wonach das europäische beeinflusste Zivilgesetz die japanischen traditionellen Gedanken und Sitten brechen sollte. Der Widerstand war so stark, dass die japanische Regierung auf die Inkraftsetzung verzichten musste. Das Gesetz, das nicht in Kraft trat, wird das alte ZGB (旧民法kyu-minpo) genannt.

3. Die Entstehung des geltenden ZGB

Trotzdem veränderte sich die Notwendigkeit der Einführung des modernen Zivilgesetzbuchs in Japan nicht. So setzte die japanische Regierung im Jahr 1893 die Kommission zur

Kodifikation (Hotenchosa-kai) ein. Dabei wurden als Verfasser des Entwurfs drei japanische Professoren, *Nobusige Hozumi*, *Masaakira Tomii* und *Kenjiro Ume*, einberufen. Sie hatten in europäischen Ländern Zivilrechtswissenschaft studiert.

Die drei japanischen Professoren sollten auf Grundlage des alten ZGB den neuen Entwurf des ZGB verfassen. Dabei wurde nicht nur das französische Recht, sondern auch viele Zivilrechte anderer europäischer Ländern, vor allem das deutsche Recht (damals die Entwürfe des BGB), berücksichtigt. Das Gesetz wurde verabschiedet und trat schließlich im Jahr 1898 in Kraft.

III. Der inhaltliche Charakter des japanischen ZGB

Das japanische ZGB ist, wie gesehen, als ein Erfolg der europäischen Rechtsverleichung in damaliger Zeit entstanden. Ein Verfasser des ZGB, Professor *Hozumi*, hat das japanische ZGB als „ein Frucht der Rechtsvergleichung“ bezeichnet. Das japanische ZGB ist also ein Beispiel für die gemischte Rezeption der europäischen Rechte. Deswegen gibt es im japanischen ZGB die Regelungen aus verschiedenen Quellen. Hier werden einige Beispiele aufgenommen.

1. Die Regelung aus deutschem Recht

Das japanische ZGB übernahm aus dem deutschem Recht die Methode der Kodifikation des „Ausklammerungsprinzips“. Während das alte ZGB, so wie der französische Code civil, der Gliederung nach dem Institutionensystem folgte, folgt das geltende ZGB der Gliederung nach dem Pandektensystem. Die Verfasser des ZGB dachten, dass die Gliederung nach dem Pandektensystem einfacher wäre und man damit die Zahl der Vorschrift durch die Vermeidung der Wiederholung niedriger machen könnte. Infolgedessen hat das japanische ZGB einen „Allgemeinen Teil“ und eine ähnliche Gliederung wie des deutschen BGB.

Die Gliederung des japanischen ZGB ist folgende: Im ersten Buch befindet sich der „Allgemeine Teil“ (総則sousoku). Danach kommt das Sachenrecht (物権bukken), das Schuldrecht (債権saikenn), das Familienrecht (親族sinzoku) und das Erbrecht (相続souzoku). Diese Gliederung wurde aus dem Sächsischen BGB übertragen.

Dabei übernahm das japanische ZGB auch die deutsche „Rechtsgeschäftslehre“. Im ersten Buch „Allgemeiner Teil“ des japanischen ZGB findet sich das fünfte Kapitel „Rechtsgeschäft“. Dort werden die Probleme über die Mängel beim Vertragsschluss, beispielweise der Irrtum, die Täuschung, die Drohung usw., nach der deutschen Rechtsgeschäftslehre als Problem der mangelhaften Willenserklärung gelöst.

2. Die Regelung aus französischem Recht

Aus französischem Recht übernahm das japanische ZGB das „Konsensprinzip“ in Bezug auf die Eigentumsübertragung (Art. 176 ZGB). So kann der Eigentümer der Sache zum Beispiel mit dem Kaufvertrag ohne weiteres auf den Erwerber das Eigentum übertragen. Man braucht also dazu nicht etwa das vom Kaufvertrag getrennte Verfügungsgeschäft, wie

in Deutschland. Aber die Übertragung des Eigentums hat bei unbeweglichen Sachen ohne Eintragung ins Register keine Wirkung gegenüber Dritten (Art. 177 ZGB). Zur Drittwirkung braucht man also die Registereintragung. Bei beweglichen Sachen braucht man zur Drittwirkung die Übergabe oder die sogenannte Übergabesurrogate (Art. 178 ZGB). Die Gründe für solchen Regelungen sind zum einen das Interesse der Erleichterung des Verkehrs und der Gedanke, auf den Parteiwille Gewicht zu legen, zum anderen das Bedürfnisse des Schutzes Dritter und der Verkehrssicherheit durch die Publizität der dinglichen Rechtslage.

Dies bedeutet, dass das Trennungsprinzip und das Abstraktionsprinzip beim japanischen ZGB abgelehnt wurden. Das japanische ZGB übernahm aus deutschem Recht zwar die „Rechtsgeschäftslehre“, aber weder Trennungsprinzip noch Abstraktionsprinzip. Trotzdem kennen wir natürlich die Unterscheidung zwischen schuldrechtlicher (verpflichtender) und dinglicher (verfügender) Wirkung des Vertrags. Bei uns kann ein Vertrag aber eine Doppelwirkung haben. Und wenn der Vertrag unwirksam ist, so entsteht weder verpflichtende noch verfügende Wirkung.

Aber anders als im französischen Recht ist der Kaufvertrag der fremden Sache im japanischen Recht wirksam. Dabei entsteht ohne weiteres keine Wirkung der Eigentumsübertragung, weil der Verkäufer keine Verfügungsbefugnis über die Kaufsache hat. Trotzdem entsteht aus dem Kaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums an der Sache. Wenn der Verkäufer das Eigentum an der Sache erhält, wird das Eigentum an der Sache aufgrund des Kaufvertrags ohne weiteres auf den Käufer übertragen.

3. Die Regelung aus japanischer Gewohnheit

Außerdem gibt es eine Regelung aus japanischer Gewohnheit. Das betrifft die Regelung des Verhältnisses zwischen Grundstück und Gebäude. In Japan werden das Grundstück und das darauf errichtete Gebäude „immer“ als zwei verschiedene Sachen angesehen. Das Gebäude ist also kein (wesentlicher) Bestandteil des Grundstücks, sondern die vom Grundstück getrennte unbewegliche Sache. Dementsprechend gibt es in Japan zwei verschiedene Register, zum einen für Grundstück, zum anderen für Gebäude.

So sind das Grundstück und das Gebäude auch als Gegenstand eines Vertrags zwei getrennte Sachen. So kann man etwa nur das Grundstück oder nur das Gebäude kaufen. Dabei wird regelmäßig der Nutzungsvertrag zwischen dem Eigentümer des Grundstücks und des Gebäudes abgeschlossen, damit der Eigentümer des Gebäudes rechtmäßig das Grundstück besitzen kann. Wenn man beide, das Grundstück und das Gebäude, kaufen möchte, muss man zwei Verträge abschließen, und zwar einen für das Grundstück und anderen für das Gebäude. In der Regel werden aber beide Verträge gleichzeitig abgeschlossen.

Der Grund dieser Regelung ist nicht so klar und umstritten. Nach allgemeiner Meinung war es die damalige Gewohnheit in Japan. Als ein Beweis gab es damals schon vor der Entstehung des ZGB das Eintragungsgesetz, wonach das Grundstück und das Gebäude als getrennt betrachtet werden sollten. Und auch in dem Gesetzgebungsverfahren des ZGB

wurde so gesagt, dass die Trennung von dem Grundstück und Gebäude die japanische Gewohnheit war.

Wenn das Grundstück und das Gebäude immer als zwei getrennte Sachen angesehen werden, kann der Fall entstehen, in dem der Eigentümer des Grundstücks mit dem des Gebäudes nicht identisch ist. Es gibt natürlich kein Problem, wenn es zwischen den Parteien, wie schon gesagt, ein vertragliches Nutzungsrecht über das Grundstück gibt. Aber z.B. im folgenden Fall entsteht ein Problem: A ist Eigentümer von dem Grundstück und dem darauf errichteten Gebäude. B hat eine Geldforderung gegen A. Weil A seine Schulden nicht bezahlt, wird das Grundstück im Zwangsvollstreckungsverfahren versteigert und von C gekauft. Dabei ist der Gegenstand der Zwangsversteigerung nur das Grundstück, also nicht das Gebäude. Dann ist C der Eigentümer des Grundstücks, aber A bleibt noch immer der Eigentümer des Gebäudes. Und dabei gibt es kein vertragliches Nutzungsrecht zwischen A und C. Ohne Nutzungsrecht des Grundstücks wäre der Besitz von A als Eigentümer des Gebäudes rechtsgrundlos. Dann müsste A das Gebäude auf dem Grundstück beseitigen. Für solchen Fall sieht das Gesetz das gesetzliche Nutzungsrecht vor. Im diesen Fall entsteht das gesetzliche Nutzungsrecht zugunsten von A und damit kann A als Eigentümer des Gebäudes rechtmäßig das Grundstück besitzen.

IV. Die Entwicklung der japanischen Zivilrechtswissenschaft

Nach der Entstehung des ZGB wurden in Japan zum ersten viele deutsche Rechtslehren (Rechtsdogmatik) eingeführt. Es gab damals keine Tradition der Rechtswissenschaft in Japan und die damaligen Zivilrechtswissenschaftler dachten, dass die deutsche Rechtswissenschaft derzeit am besten entwickelt war und dass es auch am besten wäre, die deutsche Rechtslehren zu importieren. Deutschland wurde damals in Japan als das Vorbild der Modernisierung angesehen.

Dies hatte zwar viele Vorteile für die japanische Rechtswissenschaft, aber war teilweise problematisch und komisch. Denn wurden dabei auch die rechtsdogmatischen Lehren, die mit dem Inhalt der Vorschriften des deutschen BGB eng verbunden waren, eingeführt, obwohl es inhaltliche Unterschiede zwischen den Vorschriften des BGB und des japanischen ZGB gab. Dadurch wurde die Regelung des ZGB nach der deutschen Rechtslehre dogmatisch eingeordnet und systematisiert. Dies ist in Japan als „Theorierezeption“ bezeichnet. Nach der gemischten Rezeption der europäischen Zivilrechte kam es in Japan zur Rezeption der deutschen Zivilrechtsdogmatik.

Als Beispiel kann man die Regelung der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung nennen.

Es gibt im japanischen ZGB die Vorschrift über die Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung des Schuldners, wonach der Gläubiger vom Schuldner Schadensersatz verlangen kann, wenn der Schuldner die Verpflichtung nicht erfüllt. Darunter sollen alle Typen der Pflichtverletzung fallen. Die Vorschrift wurde eigentlich in Anlehnung an den französischen Code civil (Art. 1147 CC) formuliert. Dagegen hatte das damalige deutsche BGB von 1900 (vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002) keine solche umfassende

Vorschrift, sondern nur Vorschriften zur Unmöglichkeit und zum Verzug. So hatte das BGB die Lücke der Regelung zur sonstigen Pflichtverletzung, weshalb in Deutschland die Lehre von der „positiven Vertragsverletzung (Forderungsverletzung)“ eingeführt wurde. Die damalige japanische Rechtswissenschaft dachte nach der solchen deutschen Rechtsdogmatik, dass auch das japanische ZGB die Lücke der Regelung zur positiven Vertragsverletzung hatte. So wurde auch in Japan die Lehre von der positiven Vertragsverletzung eingeführt, die aber eigentlich für das japanische ZGB entbehrlich sein könnte.

Übrigens gibt es in japanischem ZGB auch die Vorschrift über den Umfang des ersatzfähigen Schadens bei Nichterfüllung, nach der die Haftung des Schuldners auf Schäden beschränkt ist, die für ihn vorhersehbar waren. Trotzdem versuchte auch hier die damalige japanische Rechtswissenschaft, die Vorschrift nach der deutschen „Adäquanztheorie“ zu verstehen. Aber auch dies war entbehrlich.

Diese Neigung der japanischen Rechtswissenschaft dauerte bis Mitte des 20. Jahrhunderts. Danach wurde die Neigung heftig kritisiert. Die Kritik sagte, dass das japanische ZGB als Erfolg der Rechtsvergleichung entstand, so dass die Forschung der anderen europäischen Rechte als Quellen der jeweiligen Regelung notwendig und wichtig ist. Dabei wurde auch die Wichtigkeit der Forschung des französischen Rechts betont, weil der Vorläufer des geltenden ZGB, d.h. das alte ZGB, durch das französische Recht geprägt war und viele Regelungen des geltenden ZGB aus dem alten ZGB stammen. Seitdem betreibt die japanische Rechtswissenschaft nicht nur die Forschung des deutschen Rechts, sondern auch die Forschung des französischen und des englischen Rechts usw.

Heute studieren fast alle japanischen Zivilrechtswissenschaftler ein fremdes Recht (vor allem europäisches Recht) sowie Rechtsvergleichung. Dabei interessieren wir uns sehr auch für die heutige Tendenz der Europäisierung des Privatrechts. Das Interesse der japanischen Zivilrechtswissenschaft erstreckt sich heute vom deutschen Recht, über andere europäische Rechte, bis zur modernen Europäisierung des Privatrechts. Das Interesse richtet sich auf die zukünftige Rechtsentwicklung in Europa, sogar auch in der Welt. In diesem Zusammenhang ist die internationale rechtsvergleichende Arbeit, wie PECL und DCFR sowie UNIDOROIT Principles, als wichtiger Schritt zur Harmonisierung des Privatrechts anzusehen.

V. Die heutige Diskussion über die Schuldrechtsreform in Japan

In Japan gibt es heute die große Diskussion über die Schuldrechtsreform. Ich spreche nun darüber.

1. Der Ablauf der Diskussion über Schuldrechtsreform

Der Anfang der Diskussion war die Arbeit einer privaten Gruppe von Zivilrechtswissenschaftlern, die als sich als „Kommission zur Schuldrechtsreform“ bezeichnete. Die Gruppe hat im Jahr 2006 mit der Arbeit angefangen und hat im Jahr 2009 als Ergebnis den akademischen Vorschlag der Schuldrechtsreform veröffentlicht. Der Vorschlag wird als „Grundrichtlinie der Schuldrechtsreform (saikenhokaisei no kihonhoushin)“ bezeichnet und besteht aus fünf Bänden.

Danach hat die damalige japanische Justizministerin im November 2009 die offizielle Arbeitsgruppe zur Schuldrechtsreform eingesetzt. Die Gruppe besteht aus Zivilrechtswissenschaftlern, Richtern, Rechtsanwälten, Vertretern einiger Unternehmen und Banken und dem Arbeiterschaftsverein usw. Der Zweck der Reform sei nach dem Justizministerium, zum einen Anpassung der Vorschriften des ZGB von 1896 an die Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Lage, zum anderen den Inhalt des ZGB für Bürger verständlicher zu machen, indem man die festgelegte Rechtsprechung und unstreitige ungeschriebene Regeln in das Gesetz aufnimmt.

Die offizielle Arbeitsgruppe hat schon mehr als vier Jahre gearbeitet und hat im Februar 2013 den „Zwischenvorschlag der Zivilrechtsreform“ veröffentlicht. Der Reformvorschlag erstreckt sich auf das allgemeine Schuldrecht, das besondere Vertragsrecht, die Regelung des Rechtsgeschäfts (z.B. die Regelung des Vertragsabschlusses und der Stellvertretung) und das Verjährungsrecht, aber nicht auf das Deliktsrecht. Die Gruppe soll noch weiter arbeiten und bis Ende 2014 den Abschlußbericht über den Reformvorschlag veröffentlichen. Nach dem Plan des Justizministeriums soll das Reformgesetz im Jahr 2015 verabschiedet werden. Aber das ist noch unsicher.

2. Berücksichtigung des europäischen Rechts in der Diskussion

In der Diskussion über die Schuldrechtsreform werden viele nationale Zivilrechte in Europa und CISG, PECL, DCFR und auch der CESL-Entwurf berücksichtigt.

CISG wurde in Japan lange nicht ratifiziert. Dies geschah aber endlich im Jahr 2008. Zum PECL und DCFR (Outline Edition) gibt es schon die japanische Übersetzung. Die Übersetzung des PECL wurde 2006 (Teil I und II) und 2008 (Teil III) publiziert und die Übersetzung des DCFR wurde 2013 publiziert. Dadurch wurden PECL und DCFR auch für japanische Juristen leicht zugänglich.

3. Der Inhalt des Reformvorschlag

In dem Reformvorschlag werden die neuen Regelungen vorgeschlagen. Hier werden einige Schwerpunkte aufgenommen.

(1) Einführung des verschuldensunabhängige Rücktrittsrechts

Erstens wird die Einführung des verschuldensunabhängigen Rücktrittsrechts vorgeschlagen. Nach geltendem Recht ist das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung des Vertrags, wie in dem alten deutschen Recht, vom Verschulden des Schuldners abhängig. Aber viele moderne europäische Vertragsrechte, einschließlich des neuen deutschen Rechts, PECL und DCFR, nehmen das verschuldensunabhängige Rücktrittsrecht auf. Der Reformvorschlag macht nach den modernen Vertragsrechten in Europa das Rücktrittsrecht nicht vom Verschulden des Schuldners, sondern grundsätzlich von wesentlicher Nichterfüllung des Vertrags abhängig.

(2) Einführung der verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung

Zweitens wird die Einführung der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung vorgeschlagen. Es gibt auch im geltenden Recht keine ausdrückliche Vorschrift, dass die Schadensersatzhaftung vom Verschulden des Schuldners abhängig ist. Aber nach der ehemals herrschenden Lehre sollte die Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung verschuldensabhängig sein. Das lässt sich auf „Rezeption der deutschen Rechtswissenschaft“ zurückführen. Allerdings hat die Menge an wissenschaftlichen Arbeiten der Rechtsvergleichung die herrschende Lehre ins Wanken gebracht. Dabei hatte das französische Recht, common law, CISG, PECL und DCFR große Einflüsse. Nach heutiger Lehre soll die Schadensersatzhaftung nicht von dem Verschulden des Schuldners, sondern von der vertraglichen Risikoverteilung über die Ursache der Leistungsstörung abhängig sein. Das Verschuldensprinzip als Zurechnungsgrund soll zwar im Deliktsrecht gelten, aber nicht im Vertragsrecht, weil die Vertragsschuldner schon mit dem Vertrag die Verpflichtung übernehme, und es darin auch um den Zurechnungsgrund der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung gehe. Entscheidend für die Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten sei die vertragliche Regelung dazu. Der Reformvorschlag berücksichtigt die Neigung der Lehre und nimmt die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung auf.

(3) Einführung des Nacherfüllungsanspruchs ins Kaufrecht

Drittens wird die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs ins Kaufrecht vorgeschlagen. Im geltenden japanischen ZGB gibt es keine Vorschrift für den Nacherfüllungsanspruch des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Sache. Der Grund dafür ist, dass das japanische ZGB von vielen europäischen Zivilgesetzen die Regelung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte aus dem römischen Recht übernahm. Aber die heutige typische Form des Kaufs ist der Kauf von industriellen Massenprodukten. Dabei ist die Nacherfüllung des Verkäufers bei der Lieferung der mangelhaften Sache notwendig und zumutbar. Die römische Regelung, die keinen Nacherfüllungsanspruch des Käufers vorsieht, würde zum modernen typischen Kauf nicht gut passen. In Europa gibt es heute auf der EU-Ebene die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die den Nacherfüllungsanspruch des Käufers beim Verbrauchsgüterkauf vorsieht. Die Richtlinie wurde schon ins nationale Gesetz der Mitgliedsstaaten der EU umgesetzt. In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf hinaus. Also gibt es in Deutschland den Nacherfüllungsanspruch des Käufers in allgemeinem Kaufrecht. Auch im DCFR wird der Nacherfüllungsanspruch im allgemeinen Kaufrecht, sogar in allgemeinem Schuldrecht vorgesehen. Der Reformvorschlag berücksichtigt auch solche modernen europäische Rechtsentwicklungen.

(4) Einführung der Regelung der AGB

Schließlich ist auch die Einführung der Regelung der AGB wichtig. Bis jetzt gibt es in Japan kein Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Aber es gibt als Sondergesetz zum Verbraucherschutz das Verbrauchervertragsgesetz. Beim B2C-Vertrag (Verbrauchervertrag) werden die AGB-rechtliche Probleme, z.B. die Problem zur Inhaltskontrolle der AGB, durch das Verbrauchervertragsgesetz geregelt. Allerdings entstehen solche Probleme nicht nur beim B2C-Vertrag, sondern auch beim B2B-Verträgen. Zusätzlich gibt es auch die besonderen Probleme beim AGB-Geschäft. Dazu gehört z.B. die Problem der Einbeziehung der AGB in den Vertrag und der Auslegung der AGB. Deshalb wird in der Reformdiskussion die Einführung der Regelung der AGB ins ZGB

vorgeschlagen. Dabei wird als Vorbild die europäischen Rechte, insbesondere die Regelung der AGB in Deutschland (§§ 305 ff. BGB), berücksichtigt.

VI. Schlußwort

Wir haben gesehen, dass das japanische Zivilrecht sich bisher unter europäischem Einfluss entwickelt hat. Das japanische ZGB war von Anfang an als eine Frucht der Rechtsvergleichung stark durch das europäische Recht geprägt. Auch die Entwicklung der Rechtswissenschaft in Japan stand immer unter dem Einfluß von dem europäischen Recht, und zwar zunächst unter dem Einfluß vom deutschen Recht, dann unter dem Einfluß vom anderen europäischen Recht (vor allem französisches Recht), und heute unter dem Einfluß von der Europäisierung des Privatrecht. In der heutigen Diskussion über die Schuldrechtsreform werden auch viele europäische nationale Zivilrechte und die rechtsvergleichende Arbeiten wie PECL und DCFR berücksichtigt.

Das europäische Recht war bisher das wichtigste Vorbild des japanischen Zivilrechts. Dementsprechend könnte das japanische Zivilrecht vielleicht seinerseits ein Spiegel des europäischen Rechts und auch eine Quelle der Inspiration für die Harmonisierung des europäischen Privatrechts sein. Das japanische Recht wird sich auch in Zukunft mit dem europäischen Recht zusammen weiter entwickeln.

Ich würde mich freuen, wenn ich durch diesen Vortrag Ihr Interesse für das japanische Zivilrecht geweckt habe.

Transfer of ownership and preliminary agreements in Italian law

von

Prof. Dr. Paolo Gallo, Turin*

Sommario: 1) An historical and comparative perspective; 2) Reasons for and against the *principio consensualistico*; 3) Transfer of ownership in the projects of Uniform and European private law; 4) Resistance to acceptance of the *principio consensualistico*; 5) The sell which produces no real effect; 6) The preliminary of preliminary; 7) The money; 8) Derogability of *principio consensualistico*; 9) The obligation to transfer property; 10) Double sell; 11) Invitation to treat.

1) An historical and comparative perspective

According to Roman law the contract was not able to produce real effects ; for this purpose it was required a subsequent act of fulfillment, namely the traditio, the mancipatio or the in iure cessio, which produced the transfer itself; such acts were abstract in the sense that the transfer of ownership was possible regardless of the existence or validity of the underlying relationship; only the delivery was therefore appropriate to transfer the property, which corresponded to the view that the mere agreement did not assume significance unless accompanied by delivery. In reality, the rigidity of this system began to be cracked in the course of the evolution of Roman law, thanks to the admission that its effect could be replaced by spiritualized forms of traditio, such as for example the *costituto possessorio*. The Digest, however, reiterated the classical scheme of transfer of ownership, which focused on traditio, subject to the admission of spiritualized forms of traditio.

This system will be implemented by the *jus commune*, in which we note, however, the overcoming of the principle of abstraction; in particular, in the system of *jus commune* the purpose of transfer of ownership requires both the existence of a valid contract (*titulus*), and an act of execution, such as the traditio (*modus*), or other kinds of spiritualized form of delivery. This system still appears essentially unchanged in the Austrian Civil Code (*ABGB*), which for the purpose of transfer of ownership requires both *titulus* and *modus*.

In French Law the system of *jus commune* was, however, simplified by the practice of including in contracts a *costituto possessorio*; in this way, through the use of forms of spiritualized delivery, it has been considered appropriate the only contract (*titulus*) for the purpose of transfer of ownership; so we are at the beginning of the *principio consensualistico*, which will then be incorporated in the Code Napoleon.

In the German area, the system has evolved rather differently; particularly through the teaching of Savigny, it has been affirmed the principle of abstraction of delivery, as well as its ability to produce the effect of translating property even in the absence of the underlying relationship, with clear convergence with the classic Roman system of transfer of

* Professore Ordinario, Università degli Studi di Torino.

ownership, focusing on *traditio*, as well as on other equivalent acts. In this perspective, the only exchange of consent may not be relevant for the purpose of transfer of ownership, if not accompanied by exterior events, such as delivery or transcription.

This has led to a deep fracture in Europe between the French/Italian and the German/English model of transfer of property. Comparative studies however have demonstrate that the contrast is much less strong than might appear at first sight; it is sufficient to remember that in Germany, for example, the principle of abstractness has been subject to some criticism, with consequent development of numerous techniques that can neutralize it; on the other side, also in French/Italian law there are many cases in which the delivery produces the effect of translating property even in the absence of a supporting relationship below; consider for example the manual donation, the fulfillment of a natural obligation, or the conscious payment of an undue obligation.

2) Reasons for and against the *principio consensualistico*

It remains, however, to consider the problem, even in the perspective of the unification of European private law, which system is preferable to adopt for the purpose of transfer of ownership.

In favor of the *principio consensualistico* it is possible to consider that, beyond the philosophical suggestions of natural law about the suitability of only consent to have legal effect, the *principio consensualistico* has evolved under the pressure of the practical needs to simplify the procedures for transfer of ownership. Consider again that even from an economic point of view it is desirable to try to reduce to a minimum the formalities required in order to conclude the contract, and therefore the transfer of ownership; this makes it possible to reduce to a minimum the requirements necessary, and then as a further consequence, transaction costs. In this perspective, the principle of delivery may seem old-fashioned and no longer it meets the needs of a modern and dynamic economy, where the trading and exchanges occur more frequently at a distance, via the telephone, the exchange of letters, faxes, telegrams, not to mention electronic trading via the Internet. Under these conditions not completely adequate would appear to require delivery in order to transfer property; imagine a person who purchases in New York a lot of goods to resell them immediately in electronic form; but consider again the electronic market for securities, stocks and bonds, which could not physically work if the transfer of ownership of the securities being subject to their delivery; in fact for the purchase you can simply send an electronic order, which allows you to resell the securities even immediately after, without need of physical delivery. A comparable speech can be repeated with regard to the payment of the price; it is true that to permit the passage of property without payment, it may affect the interest of the seller; but at the same time promotes the circulation of wealth even in the event that the buyer does not yet have got the amount due; which meets the needs of the modern economy, based more on credit than on cash payment; save obviously a different manifestation of the will of the contracting parties. In these conditions would obviously not be possible to return to the past. The modern bargaining needs speed, that could be seriously frustrated, resulting in serious and unacceptable reduction in the volume of trade, where the fulfillment of the purpose of transfer of ownership needs something more than the exchange of consent. In this perspective, the emergence of the *principio consensualistico* must be placed in close correlation with the progressive reduction of the

elements necessary for the conclusion of a valid contract; think in particular to the progressive affirmation of the purely consensual modern contract, and the progressive loss of importance of formal contracts and real contracts, once again under the influence of natural law philosophy. The *principio consensualistico* therefore promotes the circulation of goods, minimizing the requirements for the conclusion of a valid contract, and allowing the buyer to immediately dispose of assets of which he has not even received the possession and maybe never will achieve it; at the same time, however, the buyer bears the risk that the seller, who has preserved the possession of the good, can subtract, destroy, damage, consume, or alienate it to third parties, such as someone who, unaware of the earlier contract of alienation, acquires property by virtue of possession (art. 1153 cc) or transcription; in this second case, regardless of his good or bad faith. The German system, based on delivery or transcription, eliminates these risks, as far as the buyer becomes the owner only by virtue of delivery or transcription. The German system, based on the model of the Roman abstract *traditio*, is also very protective of third party buyers, who are not at the risk of lapsing the purchased good as a consequence of the failure of the previous sell. Under these conditions it is not easy to indicate which is the better system of property transfer, also in the perspective of unification of European law; according to someone a first solution would be to return to the system of *jus commune*, which required both *titulus e modus*. It is, however, a solution that unnecessarily makes complex trade, and in fact would not be feasible with respect to many markets; think in particular to contracts concluded at distance, as well as electronic trading of securities.

On the one hand the need for speed of trading and exchanges, typical of modern economic systems, push in favor of the *principio consensualistico*, which requires only the exchange of consent in order to transfer property, at least between the parties.

This does not exclude, however, that delivery or transcription retain relevance to the transfer of ownership especially in relation to third parties. Emblematic in this regard is the English law, where traditionally for the purpose of transfer of ownership is required the delivery or conveyance; in more recent times, under the pressure of commercial needs, English law has come to accept the *principio consensualistico* of French derivation.

It follows that currently in England for the purpose of transfer of ownership between the parties it is sufficient the exchange of consent; for the purpose of transfer of ownership to all purposes it is necessary delivery or conveyance. The *principio consensualistico* does not exclude that in certain cases delivery can produce by itself the effect of transfer the property, in spite of the disability or absence of the underlying relationship; emblematic in this regard is once again English law, in which the admission of the *principio consensualistico* has not led to negate the efficacy of delivery to transfer property; but we can remember also the residual relevance of *traditio* in French law, especially in the field of manual donation, fulfillment of natural obligation, conscious payment of an amount not due. The affirmation of the *principio consensualistico* has not in fact completely overcome the role of delivery as an autonomous means of transfer of ownership.

This with regard to movable property; but as far as immovable property is concerned, also in Italy we can notice a preference of the parties to postpone the transfer of ownership to a later time.

3) Transfer of ownership in the projects of Uniform and European private law

The plurality of models about the transfer of ownership, as well as their strong roots in different areas of Europe, at least in part explains the reluctance of European jurists to take a clear position in favor of one model or another. Nothing about transfer of property we can find in the draft UNIDROIT, and also in the PECL. Not different is the situation as far as the Vienna Convention is concerned, which merely regulates the transfer of risk (Art. 66). In particular, the transfer of risk takes place by virtue of the delivery; except in the case of goods on the road, in which case the time of transfer of risk coincides with the conclusion of the contract. On the other side worth of consideration is the European Contract Code, which, as far as chattels are concerned provides that, unless explicitly agreed otherwise, the contract produces real effects, both between the parties and against third parties from the moment of delivery (Article 6 , paragraph 1); on the other side, as far as real estate and movable property registered are concerned, there is a reference to the laws in force in the various states (Article 6 , paragraph 3).

The transfer of ownership is also treated in the DCFR; in particular art. VIII.2.101, states that parties are free to agree on the time and manner of transfer of ownership; in the lack of specific provision, as a default rule operates the principle according to which the property passes by virtue of delivery.

4) Resistance to acceptance of the *principio consensualistico*

Historically, the *principio consensualistico* has introduced an innovation of great importance which simplify the procedure for transfer of ownership, making it unnecessary the delivery. The affirmation of the *principio consensualistico* was however not painless; indeed it has always met with great resistance, not yet completely overcome.

Suffice it to recall, for example, that even in the early twentieth century the Italian doctrine denied that the exchange of consent alone was sufficient for the purpose of transfer of ownership, resulting in the need of delivery or of additional requirements.

Solution which, however, was not confirmed by the Italian code of 1942, which reaffirmed the suitability of the contract to produce real effects, regardless of other requirements (art. 1376 cc). Despite the clarity of the wording of Article 1376 cc however, there are many doubts that remain; in particular the *principio consensualistico* it is not easy to coordinate with the principles laid down in the field of transcription.

5) The sell which produces no real effect

Not always the exchange of consent is able to produce an immediate effect of translation of property, taking into account the nature of the goods, or yet other circumstances; in cases of this kind we are talking about purchase which don't produces real effects.

A) Alternative sale. A first application it is given in the field of alternative sale (art. 1285 cc); imagine, for example, a purchase agreement whose object is either a car or a motorcycle; in such cases the transfer of ownership takes place only with the exercise of the power of choice.

B) Generic sale. A second case takes place in the field of sale of goods determined only in general. If the contract relates to certain things only in general, the transfer of ownership takes place with the identification (art. 1378 cc). The code merely states that the identification must be made by agreement between the parties or in the manner established by them, without specifying their nature. Many interpretative doubts have arisen about this topic; in effect the nature of identification can vary depending on whether the parties have already predetermined or not the criteria of identification; in the first case it is a purely executive act that relates to the fulfillment; in the second case it is a fragment of the agreement, which relates to the manner of performance, which the parties have postponed to a later date, namely the moment of identification.

After determination, the replacement of assets is no longer permitted in principle, except that it is carried out for the exclusive benefit of the buyer, such as for example in the case in which the goods may be replaced with others of higher quality.

The methods of individuation may indeed be very different; the choice can be left to the seller, the buyer, or to a third party. Normally, the sale of generic goods takes place in the field of fungible goods, except that the quantity of goods to be transferred is already determined at the time of conclusion of the contract, such as in the case where the contract has for object a mass of things (art. 1377 cc).

The generic sale can take place also in the field of real properties, provided that they are considered homogeneous; for example, the sale of a certain quantity of land to be identified as part of a larger plot; the sale of a newly constructed apartment, left to the choice of the buyer, and so on. As specifically provided for by art. 1378 cc, in the event that goods must be transported from place to place, possession, and subsequent transfer of ownership and risk takes place by virtue of the delivery to the carrier.

C) Sale of property of others. To sell a property is not essential to have ownership (art. 1478 cc). The Italian civil code expressly contemplates the situation where the seller was not the owner of the thing sold at the time of conclusion of the contract. The contract is neither void nor voidable, but it is perfectly valid; it may not, however, obviously produce an immediate effect of transfer of the property to the buyer, but compell the seller to obtain the goods promised. In practice, for these purposes it is sufficient that the seller buy the property of the goods; according to art. 1478, paragraph 2, of the Civil Code, the buyer becomes owner when the seller himself acquires ownership of the good. The same result can be achieved if the third party takes part at the purchase, directly transferring the asset to the buyer. More delicate is the question when it was disposed of an asset that belongs to a pro rata basis to others. In cases of this kind the purchase agreement is not perfect, due to lack of consensus on certain units; unless it constitutes an alienation pro rata basis; in which case the alienation has actual effectiveness with reference to the share that belongs to the transferee, and binding effect with respect to the portion that belongs to third parties. Finally, if it is movable, for which the purchaser has obtained possession in good faith, apply the provisions of art. 1153 cc, resulting in the purchase of the property; this should

exclude the interest of the buyer to request the termination of the contract; on some occasions the Court has, however, allowed the resolution.

D) Sale of future goods. In accordance with general principles, also future goods may be sold (art. 1348 cc); not allowed is the donation of future goods (art. 771 Civil Code). The sale of future goods is specifically contemplated by the legislature in art. 1472 cc. In fact it is necessary to distinguish two different figure of sale of future goods.

1) If the contract relates to future goods, such as the harvest of a field, the birth of an animal, an invention not yet finished, a book not yet written, and so on, it is perfectly valid and the purchase of the property occurs as soon as it comes into existence (article 1472, paragraph 1 of the Civil Code); obviously if the thing comes into existence; otherwise the sale is considered void (article 1472, paragraph 2 , Civil Code).

2) However, it may happen that parties wanted to conclude a contract under uncertain conditions; in this case, the contract is valid and binding even in the event that the good does not come into existence; it follows that the buyer is compelled to make full payment even if the harvest of the field is lost, the animal does not come into existence, and so on (article 1472 , paragraph 2 , Civil Code). In case of immovable property, the contract must be made in writing. The contract for the sale of future goods is liable to immediate transcription.

E) The donation of future goods. It is not permitted the donation of future goods (Art. 771 Civil Code). The donation must be free and spontaneous, so it is not possible to dispose of an asset that you can only have in the future. Traditionally, for the same reasons it is not allowed also the donation of goods of others.

F) The preliminary contract. Although the preliminary contract has apparently the function to compel parties to conclude a subsequent contract, in practice it has become a sell which does not produce real effects, in some ways comparable to the German sale. The success of the preliminary contract in Italy is due to the fact that the seller does not intend to loose property immediately; in these conditions the transfer of property take place only when parties conclude the final contract of sale, in a very formal way. Generally in this occasion the buyer also pays the amount due. It is a matter of interpretation in practice to distinguish whether it is a preliminary or a final contract. According to art. 2645-bis, paragraph 1, cc, it has been also provided the opportunity to transcribe preliminary contracts. The transcription of preliminary contracts allows the prospective buyer to prevail against any subsequent assignees, who have registered their deed of purchase at a later time.

G) Sale with reservation of ownwership. In the event of a sale with reservation of ownership, the effect of translation is subject to the suspensive condition of full payment; this kind of sale is widespread especially in the field of movable goods and is designed to increase consumption; the Courts has recognized, however, that the pattern of sale with reservation of title also applies to the sale of real estate.

H) Leasing. In this field we can consider also the contract of leasing, which plays a role very similar to that of the sale with reservation of ownership; namely to allow those who do not have the money required to buy an asset, such as a vehicle, to obtain immedi-

ately it, upon payment of a periodic fee; with the faculty at the expiry of the contract, to purchase it, or to return it.

6) The preliminary of preliminary

More doubtful is whether it is possible to conclude a contract which compel to conclude a contract to make a contract; in fact, although on some occasions the law has denied this possibility, there is no reason to prevent the parties to conclude it.

More and more frequently the conclusion of the preliminary contract is in fact preceded by the signing of a document prepared by real estate agents, and variously described as purchase order, preliminary of preliminary, and so on; very often in the occasion of signing the firm offer the buyer pay a sum of money as a guarantee of the seriousness of the commitment; generally at this stage you can still cancel the contract, however, losing what has already been payed.

Rather discussed is the meaning of this figure, which precedes the conclusion of the preliminary contract; a first solution would be to assume that it is not yet a binding agreement, also known as punctuation; this would explain the possibility of withdrawal; or believe that it is an agreement already binding, which produce real effects; it could still be a preliminary of a preliminary, that is an agreement whereby the parties accept the commitment to conclude a preliminary, perhaps more articulate and with the assistance of a lawyer.

In any event the signing of the purchase does not permit to obtain specific performance (art. 2932 cc), and in this it differs from the conclusion of a preliminary; very often the forms provided by real estate agents in fact allow the withdrawal by the buyer, with the understanding that in this case he will lose the amount given on the occasion of the signing of the proposed acquisition.

7) The money

In general, the exchange of consent is not suitable to transfer the ownership of money too; in fact, the sale produces three main effects; a) the transfer of ownership of the property, b) the obligation to deliver to the purchaser, c) the obligation to pay the amount due. The exchange of consent does not produce in other words, the transfer of ownership of money, even if it has already been identified and set aside for payment; if in fact an instant before payment the buyer lose the money, not for this he would be exonerated from payment; it follows, therefore, that in general the purpose of transfer of ownership of money can be fulfilled only by means of delivery.

8) Derogability of *principio consensualistico*

For a very long time jurists denied the possibility to derogate the *principio consensualistico*, which was considered of public order; the same is true as far as french law is considered. In reality there is no reason not to allow the parties to conclude a sell which does not transfer property; in fact there may be an interest of the seller not to lose immediately property; the immediate loss of the property, regardless of the actual payment of the amount due, in fact exposes the seller to the risk of not getting anything in return of the property; this is the reason why in Italy the preliminary developed so much.

However if there is no immediate transfer of the property, purchase contract would not qualify sell, but preliminary; in spite of this, nowadays the preliminary contract is considered nothing more than a contract of sale, in which the parties, in derogation from the provisions of art. 1376 cc, postpone the transfer of property in a subsequent moment, usually concurrent with the preparation of the deed and the payment of the amount due.

Solution which obviously leads to a splitting of the prerogatives of the owners, just like in case of mandate or fiduciary relationship; it is obvious that who assume the obligation to transfer property, lose at least part of his powers of enjoyment and disposition of the property, which must be operated only in accordance with the commitments made in order to preserve intact the expectations of the buyer (art. 1177 cc).

9) The obligation to transfer property

But once admitted the possibility of a sell that just compell to transfer property, which is qualified preliminary, there is a further problem, namely the obligation to give, and the ways of its fulfillment. The obligation to give is typical of those systems, such as the Roman and German one, where you can see the split between the binding contract and the act of transfer of the property. The obligation to give does not seem to have reason to be in the legal systems based on consensualismo, taking into account the fact that the transfer of ownership is anticipated to the moment of conclusion of the contract.

Despite some resistance to accept the principio consensualistico in the early twentieth century, which has led some commentators to emphasize the centrality of the obligation to give, the later doctrine has largely ignored the issue; is in fact only starting from the last decades of the twentieth century that it has manifested a new interest concerning the obligation to give. A lot of examples of the obligation to give are prescribed by the code; for example we can consider the obligation of an agent without representation to transfer the ownership of real property purchased in his own name but on behalf of the principal (article 1706 , paragraph 2 of the Civil Code), and so forth (articles Art. 651 , paragraph 1, 746, 769, 2041, paragraph 2, 2058, 2286, paragraph 3 of the Civil Code).

To these cases, it is necessary to add also the preliminary contract, from which also it derives the obligation to transfer the ownership of the goods promised.

But once accepted the obligation to give, remains open the question about the nature of the act of fulfillment of this duty.

The problem is certainly delicate, given that such an admission will collide with the traditional thesis about the typicality of the means of transfer of the property (sale and donation); in this context would not be configurable atypical translational acts that do not fall into these two fundamental figures. In fact there should be no fear about the admission of acts of transfer *solvendii causa*; otherwise, the parties should be forced to utilize negotiation schemes witch are not suitable, such as gift or purchase, with simulation of the price.

10) Double sell

Considerable interpretative doubts have arisen with regard to the coordination of the principle laid down in article 1376 cc (principio consensualistico) with the principle of transcription; which for common admission is not required for the transfer of property between the parties, but it is relevant for the enforceability of the purchase against third parties. The contrast emerges in all its fullness in the case of double alienation of real estate.

Who sell immovable property pursuant to the provisions of art. 1376 cc would lose property, making it impossible to dispose of the same good to other people; in fact, this conclusion collides with the existing provisions of transcription; in fact, it is clear that in case of conflict between multiple assignees prevail the one who has transcribed first, regardless of the date of the purchase contract (art. 2644 cc).

The regulation of transcription seems to contradict the principio consensualistico and give reason to those who argues that the transfer of ownership could be considered perfect in all respects only with the transcription, resulting relativity of the property acquired under the sole exchange of consents; others have spoken of dissociation of the property, with subsequent transfer based on the consent of only part of the prerogatives of ownership.

The seller prior to execution is subject to a duty of custody of the property to the buyer, but at the same time retains the option to dispose of it in favor of a third party.

In this perspective, the principio consensualistico would therefore not be able to completely eliminate the relevance of the transcription of the contract, at least for the purpose of transfer the ownership to all effects and for its enforceability against third parties.

The unenforceability of the contract against third parties undoubtedly constitutes an important limitation of the principio consensualistico and discloses some resemblances with the German system based on the effectiveness of the constitutive transcription in the land register.

Who purchases first and does not obtain the good, can only rely on the contractual liability of the seller. To overcome these difficulties, there are many solutions that have been proposed; according to someone, the act of transcription may be considered invalid, if made with knowledge of infringing the rights of others; solution which, however, failed to take root precisely on the grounds that the code does not distinguish according to whether the transcription took place in good or in bad faith. The Court of Cassation starting from 1982 has finally concluded that in case of double alienation of real estate, if the second buyer is in bad faith, he may be compelled to restore the first buyer, according to art. 2043 c.c.

Solution that undoubtedly benefits the first purchaser, who in this way can take advantage of the contractual liability of the seller and the tortious liability of the second buyer.

In any event the first buyer does not obtain specifically the good he has contracted for.

11) Invitation to treat

The proposal should not be confused with a mere invitation to treat. Normally it is believed that sending catalogs which advertises goods, or the insertion of advertisements in newspapers or magazines, could not be considered as a proposal, but as a mere invitation to treat; with the result that the eventual acceptance of the recipient of the message does not imply the conclusion of the contract. For example, who has published in a newspaper an offer concerning an apartment to be leased, normally intends to choose between all the responses he gets; this would not be possible if you qualify the act as an offer, rather than as an invitation to treat.

Discussed is also the meaning of exposure of the goods in the windows of shops with the indication of the price; according to the traditional view that would be a typical example of a public offer, taking into account the completeness of the offer and the irrelevance of the person who buys; obviously it is considered implied the clause "subject to the availability". On the other side, some authors believe that the exposition of the goods can only mean invitation to treat, as far as the dealer reserves himself the opportunity to check the availability of goods.

In favor of this solution also plays the common law tradition, where the exposition of goods in windows of shops is considered an invitation to treat; the same holds true as far as the Vienna Convention is concerned (art. 14, paragraph 2).

We can also consider that if the exposure of the goods in windows is considered as an offer, not only the shopkeeper may default if he has not sufficient stock to meet all requests, but for the conclusion of the contract, and the subsequent transfer of ownership, it would be sufficient a declaration of acceptance, even in the absence of devolution of the price; the result would be that the buyer can take his property and go out without payment, save the right of the seller to claim the amount due. However this does not correspond to the normal practice of business. Normally no one can go out of the shop, with the goods, without payment!

Das dualistische Publizitätssystem in Italien: zwischen deklaratorischer und rechtsbildender Funktion

von

Dr. Geo Magri, Osnabrück*

I. Einleitung; 1. Kurze historische Bemerkungen; 2. Der Einfluss des *Code Napoléon*; 3. Entwicklungen nach dem ersten Weltkrieg; 4. Der *codice civile* von 1942; II. Die Funktionen der Publizität in Italien; III. Liegenschaftsregister (*pubblici registri immobiliari*) und Grundbuch (*libro fondiario*); IV. Die *trascrizione*; V. Die *trascrizione* des Vorvertrages und der Urkunden, die zur Verwirklichung schutzwürdiger Interessen bestimmt sind; VI. Die *trascrizione mobiliare*; VII. Die *iscrizioni tavolari*; VII. Schlussfolge

I. Einleitung

Zweck dieses Aufsatzes ist die Beschreibung des in Italien bestehenden dualen Publizitätsregimes und die Erklärung der Gründe für seinen Dualismus. In Italien lässt sich das mehrheitlich vertretene deklaratorische Hauptpublizitätssystem und ein fortbestehendes konstitutives System in den ehemaligen Gebieten des österreichischen Reichs identifizieren. Meiner Meinung nach, ist diese Dualität hilfreich um die Probleme der Publizitätsvereinheitlichung in Europa zu verstehen und zu analysieren. Die italienische Erfahrung zeigt z. B., dass das Publizitätsregime nicht so einfach zu ändern ist, da es bedeutungsvolle Konsequenzen für das ganze Zivilrecht hat. Das erklärt auch warum ein gemeinsames europäisches Publizitätsregime sehr schwer vorstellbar ist.

Wo die Publizität nur deklaratorische Wirkung haben soll, wird das Grundbuch zum Hindernis im Rechtsverkehr. Umgekehrt reicht in einer Rechtsordnung die eine rechtsbildende Publizität voraussetzt, ein Liegenschaftsregister nicht. Auf diesem Grund wäre es einfacher, meiner Meinung nach, nur verschiedene Aspekte der Publizität europarechtlich zu regeln (z.B. wer im Internet die eingetragenen Daten sehen kann und auf welcher Grundlage, auf welche Dateien *online* zugegriffen werden kann).

Dieser Aufsatz beginnt mit der Beschreibung der Geschichte des italienischen Publizitätssystems, anschließend werden die verschiedenen Funktionen der Publizität analysiert und die Arbeitsweise der Eintragung in dem dualen System Italiens erläutert.

1. Kurze historische Bemerkungen

Die Publizität in Bezug auf unbewegliche Sachen hat in Italien erst in der modernen Zeit an Bedeutung gewonnen (grundsätzlich nach der französischen Revolution).¹ Der Grund dafür ist, dass die Publizität mit dem Immobilienverkehr und dem Schutz Dritter eng verbunden ist wohingegen das wirtschaftliche System Italiens vor der französischen

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am LS Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück. Der Autor bedankt sich herzlich bei Herrn Dipl.-Jur. Artur Barański für das Korrekturlesen dieses Beitrags.

¹ Vgl. *Petrelli*, *Trascrizione immobiliare e costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, S. 103-131, insb. 104 und 105.

Revolution noch feudalistisch war und die Sicherheit des Immobilienrechtsverkehrs ein nicht notwendiges Bedürfnis darstellte.

Es wäre ein Fehler eine Verbindung zwischen der Publizität (nach dem italienischen und französischen Modell) und dem Formalismus des römischen Rechts zu suchen oder an sie zu denken.² Im alten Rom war der Formalismus wichtig für die Übertragung des Eigentums, bei uns hingegen hat die Publizität nichts mit der Eigentumsübertragung zu tun, sondern mit der Verkündung des Rechtsgeschäfts.

Die italienische Lehre vertritt die Auffassung,³ dass die erste Funktion der Publizität in der Sicherung des Vertrauensgrundsatzes besteht (*principio di affidamento*). Die Publizität garantiert die Sicherheit des Käufers und des Gläubigers. Ein Erwerb vom Nichtberechtigten oder die Einschreibung einer Hypothek über eine fremde Sache ist nicht möglich mit einem funktionierendem Publizitätssystem.⁴

Dagegen erwirbt man das Eigentum in dem germanischen Modell auch heutzutage nicht nur mit dem *consensus*, sondern durch *titulus* und *modus*⁵.

2. Der Einfluss des Code Napoleon

Napoleon war für die Italiener nicht nur ein Kunstwerkräuber⁶ oder Besatzer. Seine Niederlage bescherte den italienischen Staaten ein wichtiges Erbe. Dieses Erbe besteht in dem *Code Napoléon* und in dem Verwaltungsmodell des Staates (z. B. Provinzen und Präfekturen). Das Grundbuchsystem ist mit dem *Codice civile* eng verbunden, deshalb hatten alle italienischen Königreiche nach dem Rückzug der Franzosen ein Grundbuchsystem, das dem französischen Modell folgte. Dieses System gilt auch heutzutage in den meisten Provinzen Italiens und ist von der *trascrizione nei pubblici registri immobiliari* (Eintragung in das Liegenschaftsregister) geprägt. Die *trascrizione* ist mit der Eigentumsübertragung durch das Konsensprinzip (*principio consensualistico*) verbunden, was ein Merkmal der Systeme ist, welche der französischen Rechtsordnung folgen. Als Folge dieses Prinzips wird das Eigentum durch die Einwilligung (*accordo*) der Parteien übertragen. Die Publizität im Liegenschaftsregister ist nur für die Sicherheit im Rechtsverkehr (Beweis und Einwendung) notwendig, d.h. sie entfaltet keine Wirkung für die Eigentumsübertragung.

Da man in einem Konsensualsystem für die Eigentumsübertragung keine Eintragung braucht, reicht der *Titulus*. Die Publizität dient nur der Einwendbarkeit des Rechtsgeschäfts, jedoch nicht seiner Gültigkeit oder Wirksamkeit. Es folgt daraus, dass die Publizität normalerweise eine deklaratorische Funktion hat und nur ausnahmsweise rechtsbildende Wirkungen entfaltet.

² Luigi Ferri, Della trascrizione, in Commentario Scialoja – Branca (Bologna – Rom 1995) 2. Ganz wichtig zu bemerken ist, dass die *trascrizione* nichts mit der Rechtsgeschäftsform zu tun hat, vgl. Triola, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in Bessone (Hrsg.), Trattato dei diritto privato (Turin³ 2012) 13.

³ Vgl. Luigi Ferri, Della trascrizione, in Commentario Scialoja – Branca (Bologna – Rom 1995) 1.

⁴ Luigi Ferri, Della trascrizione, in Commentario Scialoja – Branca (Bologna – Rom 1995) 1.

⁵ Luigi Ferri, Della trascrizione, in Commentario Scialoja – Branca (Bologna – Rom 1995) 2.

⁶ Vgl. Steinmann, Der Kunstraub Napoleons (Rom 2007); Geo Magri, La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo, limiti e obblighi di restituzione, (Neapel 2011) 2 und 3.

Die Lehre beschreibt die Publizität als eine Fotografie des Rechtsgeschäfts, es bedeutet, dass die Eintragung keine Wirkung für das Rechtsverhältnis hat und dieses bleibt gültig und wirksam⁷.

Denkbar wäre, dass eine unbewegliche Sache auch ohne Eintragung gekauft werden könnte. Der Kauf wäre gültig, und die einzige Folge der unterbliebenen Eintragung wäre die Uneinwendbarkeit des Kaufs und die Unterbrechung der Kette der Eintragungen (*catena delle trascrizioni*), die das Prinzip der Kontinuität der Eintragungen *principio di continuità delle trascrizioni* (Art. 2650 c.c.) gründet.⁸ Die Irrelevanz der Eintragung für die Rechtsübertragung erklärt auch, warum in Italien die Immobiliäreritzung unproblematisch ist. Der Besitzer kann nach dem Ablauf der Ersitzungsfrist,⁹ vor Gericht klagen und ein Feststellungsurteil der Ersitzung bekommen. Dieses Urteil kann nach Art. 2643 Nr. 14 eingetragen werden¹⁰.

3. Entwicklungen nach dem ersten Weltkrieg

Nach dem ersten Weltkrieg wurden auch die Provinzen von Trient, Bozen, Triest, Görz sowie einige Gemeinden der Provinzen Udine, Brescia, Belluno und Vicenza mit dem Königreich Italiens vereint. Diese Provinzen befanden sich zuvor unter österreichischer Verwaltung. In Österreich hatte der Gesetzgeber im Jahre 1811 das Grundbuch auf das gesamte Gebiet der Monarchie ausgedehnt. Das Gesetz vom 25.7.1871, Nr. 95 regelte dann die Struktur und Führung des Grundbuchs und das Gesetz vom 25.7.1871, Nr. 96 die Rahmenbedingungen für die Anlegung der Grundbücher, woran sich die jeweiligen Landesgesetze zu halten hatten.

Mit der Vereinigung bekamen die neuen Provinzen die italienischen Gesetze¹¹ und die italienische Verwaltung, nicht jedoch das Grundbuchsystem (vgl. Art. 2 *Regio Decreto*. 4. November 1928, Nr. 2325)¹². Die Gründe für diese Entscheidung des Gesetzgebers ergaben sich aus zwei Erwägungen. Erstens, war das österreichische Grundbuchsystem in diesen Gemeinden sehr verwurzelt, wie in Elsass-Lothringen, wo der französische Gesetzgeber nach dem Anschluss das Grundbuchsystem auch nicht veränderte. Zweitens, der Gesetzgeber wollte das Grundbuchsystem in ganz Italien übernehmen. Das französische Modell war als eine Zwangsentscheidung in Italien perzipiert, wohingegen das germanische System nicht nur funktioneller war, sondern auch als eine freie Wahl angesehen wurde.¹³ Als Beweis für diese Willensänderung kann das Publizitätssystem der italienischen Kolonien gesehen werden. Im Jahre 1909 führten die Italiener ein Grundbuch nach dem germanischen Modell (*libro fondiario*) in Eritrea ein, 1921 in Libyen und 1925 auf Rhodos.¹⁴

⁷ Luigi Ferri, Della trascrizione, in Commentario Scialoja – Branca (Bologna – Rom 1995) 4 und 5..

⁸ Über das Prinzip der *continuità delle trascrizioni*, vgl. punkt III. aa

⁹ Normalerweise beträgt die Frist 20 Jahre für Immobilien (Art. 1158 c.c.), aber es gibt auch Fälle von verkürzter Ersitzung (vgl. Art. 1159 und 1159 bis)

¹⁰ So lautet die Bestimmung: „die Urteile, welche die Begründung, Übertragung oder Abänderung eines der in den vorhergehenden Ziffern erwähnten Rechte bewirken“.

¹¹ Insb. der *codice civile* von 1865, der praktisch eine Übersetzung des *Code Napoléons* war.

¹² Der Gesetzgeber hat, mit R.D. 4. November 1928, Nr. 2325, das aus der österreichischen Rechtsordnung herrührende System des Grundbuches behalten. Mit dem R.D. 28.2.1929, Nr. 499 wurden die wesentlichen Grundsätze des Grundbuchsystems des ABGBs in die italienische Rechtsordnung übernommen.

¹³ Cuccaro Lineamenti di diritto tavolare (Mailand 2010) 4.

¹⁴ Cuccaro Lineamenti di diritto tavolare (Mailand 2010) 4.

4. Der codice civile von 1942

Im Jahre 1942 wurde der geltende *codice civile* verabschiedet. Durch die Vorbereitungsarbeiten für diese neue Kodifikation war das Publizitätsregime ein wichtiges Diskussionselement geworden.¹⁵ Die dominierende Meinung war für das Beibehalten des alten französischen Systems. Das geltende Gesetzbuch regelt im sechsten Buch die *trascrizione* (Eintragung) und die Funktionen der Publizität. Man kann die Gründe für diese Wahl des Gesetzgebers nur abschätzen, wenn man an die Eigentumsübertragung denkt. Die *trascrizione* ist funktioneller als der Grundbuchsanzug in einem Konsenssystem und der Gesetzgeber wollte nicht von dem französischen Eigentumsübertragungssystem in das österreichische wechseln.

Das französische Konsensprinzip (*principio consensualistico*) erschien für den italienischen Gesetzgeber näher an den wirtschaftlichen Abläufen als das österreichische Eigentumsübertragungssystem, das noch der römischen Unterscheidung zwischen *Titulus* und *Modus* folgte¹⁶. Gleich der französischen Regelung, sollte bereits sofort mit der Einwilligung der Parteien das Eigentum erworben werden, also ganz ohne weitere Formalitäten.

Art. 1376 *codice civile* hat das Konsensprinzip ausdrücklich kodifiziert. Nach diesem Artikel: «Bei Verträgen, welche die Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache, die Begründung oder die Übertragung eines dinglichen Rechtes oder aber die Übertragung eines anderen Rechtes zum Gegenstand haben, wird das Eigentum oder das Recht auf Grund der rechtmäßig geäußerten Einwilligung der Parteien übertragen und erworben».

Mit einer solchen Regelung man braucht die Publizität nicht um das Recht zu übertragen, sondern um die Übertragung der Rechte zu beweisen und um sie gegenüber Dritten zu einzuwenden. Unter anderem aus demselben Grund, wenn das österreichische Grundbuchsystem, besser als das *pubblico registro immobiliare* (Liegenschaftsregister) eingeschätzt worden ist auf Grund des Schutzes der Sicherheit des Rechtsverkehrs und des öffentlichen Glaubens, haben die Italiener, am Ende, nichts geändert und die französische Zwischenlösung ist eine endgültige Lösung geworden.

Gleichzeitig war es nicht so einfach das Grundbuchsystem in den neuen Regionen *Trentino* und *Friuli* zu ändern. Folglich bestehen in Italien heutzutage zwei Systeme der Kundgabe von Rechten an Grundstücken: das System der Eintragungen, das auf die französische (-italienische) Gesetzgebung zurückgeht und das Grundbuchssystem, das aus der österreichisch-ungarischen Gesetzgebung stammt.

Nach Art. 4 des Statuts der Region *Trentino Alto Adige*: «Die Region ist befugt, in Übereinstimmung mit der Verfassung und den Grundsätzen der Rechtsordnung der Republik, unter Achtung der internationalen Verpflichtungen und der nationalen Interessen - in welchen der Schutz der örtlichen sprachlichen Minderheiten inbegriffen ist - sowie der grundlegenden Bestimmungen der wirtschaftlich-sozialen Reformen der Republik Gesetzesbestimmungen auf folgenden Sachgebieten zu erlassen: 5) Anlegung und Führung der Grundbücher».

¹⁵ Vgl. die "Lavori preparatori al libro VI del codice civile".

¹⁶ Vgl. *Luigi Ferri*, Della trascrizione, in *Commentario Scialoja – Branca* (Bologna – Rom 1995) 7 ff.

Dieselbe Bestimmung ist in Art. 4 Nr. 5 des Statuts der Region *Friuli - Venezia Giulia* vorgesehen.

Nach diesem Gesetz haben die Regionen *Trentino Alto Adige* (Südtirol) und *Friuli Venezia Giulia* die Kompetenz für die Anlegung und Führung der Grundbücher. Für diese Regionen gelten Koordinierungsgesetze, die in den siebziger Jahren verabschiedet wurden¹⁷.

Die Grundbuchsgesetze sind Sondergesetze und nach dem *lex specialis* Prinzip finden in den Territorien der ehemaligen österreichisch-ungarischen Monarchie die Bestimmungen des *codice civile*, die mit dem Grundbuchsgesetz unvereinbar sind, keine Anwendung (vgl. Art. 12 der Allgemeinen Bestimmungen des GrundbuchGs Südtirol¹⁸).

Die bedeutendsten Konsequenzen sind, dass in diesen Regionen die Eigentumsübertragung dem österreichischen Modell folgt (Vgl. Art. 12 der allgemeinen Bestimmungen GrundbuchG.)¹⁹ und die Ersitzung beschränkt ist (Vgl. Art. 5 der allgemeinen Bestimmungen GrundbuchG.)²⁰. Es wurde diskutiert, ob diese Unterschiede in der Regelung der Ersitzung verfassungswidrig sind, wegen einer Verletzung des Artikels 3 *Costituzione* und des Gleichheitsprinzips²¹. Die *Corte di Cassazione* hat diese These nicht angenommen²².

¹⁷ Gesetz 29. Oktober 1974, Nr. 594 und für Familienrecht, das Gesetz Nr. 574 von 8. August 1977.

¹⁸ «Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und der anderen Gesetze, die mit den Bestimmungen dieses Dekretes unvereinbar sind, finden in den im Art. 1 angeführten Gebieten keine Anwendung. Insbesondere sind die Bestimmungen der Art. 1159 und 1376 des Zivilgesetzbuches sowie jede andere Bestimmung unanwendbar, die den Erwerb des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte auf Liegenschaften durch einfache Willenseinigung vorsieht oder voraussetzt; die Bestimmungen des Art. 1465 des Zivilgesetzbuches bleiben aber aufrecht. Unanwendbar sind ferner die Kapitel I und II des I Titels des VI Buches, mit Ausnahme der Bestimmungen des Art. 11 dieses Dekretes und des Art. 20 Buchstaben g) und h) des Allgemeinen Grundbuchsgesetzes, beschränkt jedoch, was den Buchstaben h) betrifft, auf die vom Artikel 2645 bis des Zivilgesetzbuches vorgesehenen Vorverträge und auf die bedingten Verträge, sowie die Artikel 2834, 2846, 2850-2854, 2882, 2884-2886 und 2888 des Zivilgesetzbuches. Der Art. 2839 des Zivilgesetzbuches wird angewandt, soweit er die Verpflichtungen aus Order- oder Inhaberpapieren betrifft.

Sämtliche Hinweise in Gesetzen und Dekreten auf Umschreibungen, Eintragungen oder Anmerkungen in Liegenschaften gelten als auf die Einverleibungen, Vormerkungen oder Anmerkungen entsprechend bezogen, die in dem durch Art. 1 dieses Dekretes in Kraft gebliebenen Allgemeinen Grundbuchsgesetz vorgesehen sind, sofern nicht die unterschiedliche Rechtsnatur der Eintragungen dem entgegensteht».

¹⁹ Der Artikel lautet: „Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und der anderen Gesetze, die mit den Bestimmungen dieses Dekretes unvereinbar sind, finden in den im Art. 1 angeführten Gebieten keine Anwendung. Insbesondere sind die Bestimmungen der Art. 1159 und 1376 des Zivilgesetzbuches sowie jede andere Bestimmung unanwendbar, die den Erwerb des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte auf Liegenschaften durch einfache Willenseinigung vorsieht oder voraussetzt...“.

²⁰ So lautet der Artikel: «Wer Anspruch erhebt, das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht an Liegenschaften durch Ersitzung der durch eine andere ursprüngliche Erwerbsart erworben zu haben, kann die Eintragung im Grundbuch auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, das ihm dieses Recht zuerkennt, erwirken.

Wer den Anspruch erhebt, durch Verjährung die Befreiung einer Liegenschaft oder eines anderen dinglichen Rechtes von einer im Grundbuch eingetragenen Belastung erlangt zu haben, kann die Löschung auf Grund eines rechtskräftig gewordenen Urteils erwirken, das auf Aufhebung der Belastung erkennt.

Es bleiben aber in jedem Fall die Rechte Dritter unberührt, die im Vertrauen auf das Grundbuch vor der Eintragung oder Löschung oder Anmerkung der auf die Eintragung oder Löschung gerichteten Klage erworben wurden».

Über den Unterschied zwischen der Ersitzung in dem allgemeinen italienischen Recht und in den „neuen Provinzen“ vgl. *Petrelli*, *Trascrizione immobiliare, Costituzione repubblicana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, *Atti dell'8° Convegno nazionale Sisdic* – 3, 4 e 5 aprile 2013 (Neapel 2014), 47 ff., insb. Fn. 101 und *ItalOG*. 21. 3 2011, Nr. 6393, in *De Jure Daten Bank*.

²¹ Art. 3 Abs. 1 lautet: «Alle Staatsbürger haben die gleiche gesellschaftliche Würde und sind vor dem Gesetz ohne Unterschied des Geschlechtes, der Rasse, der Sprache, des Glaubens, der politischen Anschauungen, der persönlichen und sozialen Verhältnisse gleich».

²² *ItalOG* 23. 3 1995, Nr. 3370, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 516.

Es gibt keine Verletzung des Gleichheitsprinzips, die Unterscheidung zwischen der italienischen allgemeinen Rechtsordnung und der Rechtsordnung der „neuen Provinzen“ findet seinen Rechtsgrund in dem Schutz der Minderheiten (Art. 6 ital. Verfassung)²³.

Man muss aber anmerken, dass die österreichische Gesetzgebung einen sehr wichtigen Einfluss in Italien hatte. Der *codice civile*, im Unterschied zu dem *Code Napoléon* sieht eine „*pubblicità sanante*“ (heilende Publizität) in Art. 2652 nn. 6, 7, 8 und 9. Nach diesen Bestimmungen schützt die *trascrizione* den gutgläubigen Erwerber, der sein Recht eingetragen hat²⁴. Diese heilende Funktion der *pubblicità* hat seinen Ursprung in den Artikeln 63 und 64 des österreichischen Grundbuchgesetzes von 1871.

Ein Teil der italienischen Lehre spricht, in diesen Fällen von einem beschränkten Schutz des öffentlichen Glaubens durch die Eintragung. Natürlich sind die Wirkungen der Eintragung nach Art. 2652 mit der Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsaktes verbunden und nicht mit der Existenz des Rechts wie es bei dem Grundbuch ist²⁵.

Dieser Punkt ist aber bei der hL unterschätzt und die meisten Autoren beschreiben die *trascrizione* als aus dem französischen Recht stammend, wie die Tradition es immer wiederholt hat²⁶.

²³ Petrelli, *Trascrizione immobiliare, Costituzione repubblicana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'8° Convegno nazionale Sisdic – 3, 4 e 5 aprile 2013 (Neapel 2014), 47 ff., insb. § 6. Art. 6 der italienischen Verfassung lautet: «Die Republik schützt mit besonderen Bestimmungen die sprachlichen Minderheiten».

²⁴ So lauten die Nummern 6, 7, 8 und 9 des Artikels: „die Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit oder auf Nichtigerklärung eintragungspflichtiger Rechtshandlungen und die Klagen zur Anfechtung der Gültigkeit einer Eintragung. Wird die Klage nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Eintragung der angefochtenen Rechtshandlung eingetragen, so beeinträchtigt das der Klage stattgebende Urteil nicht die Rechte, die von gutgläubigen Dritten aus welchem Rechtstitel auch immer auf Grund einer vor der Eintragung der Klage eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung erworben worden sind. Ist die Klage jedoch auf Nichtigerklärung aus einem anderen Grund als dem der gesetzlichen Unfähigkeit gerichtet, so beeinträchtigt das der Klage stattgebende Urteil die Rechte nicht, die von gutgläubigen Dritten auf Grund einer vor der Eintragung der Klage eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung erworben worden sind, und zwar auch dann nicht, wenn die Klage vor Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Eintragung der angefochtenen Rechtshandlung eingetragen worden ist, sofern in diesem Fall die Dritten entgeltlich erworben haben;

7) die Klagen, mit denen die Rechtsgrundlage eines Erwerbs von Todes wegen bestritten wird. Vorbehaltlich der Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes des Artikels 534 beeinträchtigt das der Klage stattgebende Urteil, wenn die Klage nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Eintragung des Erwerbs eingetragen worden ist, die gutgläubigen Dritten nicht, die aus welchem Rechtsgrund auch immer auf Grund einer vor der Eintragung der Klage eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung Rechte vom Scheinerben oder Scheinvermächtnisnehmer erworben haben;

8) die Klagen auf Kürzung von Schenkungen und testamentarischen Verfügungen wegen Verletzung des Pflichtteils. Erfolgt die Eintragung nach Ablauf von zehn Jahren ab der Eröffnung der Erbfolge, so beeinträchtigt das der Klage stattgebende Urteil Dritte nicht, die entgeltlich Rechte auf Grund einer vor der Eintragung der Klage eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung erworben haben;

9) die gegen eintragungspflichtige Urteile gerichteten Wiederaufnahmsklagen und Drittwiderspruchsklagen aus den in den Ziffern 1, 2, 3 und 6 des Artikels 395 der Zivilprozessordnung und im zweiten Absatz des Artikels 404 desselben Gesetzbuches vorgesehenen Gründen. Wird die Klage nach Ablauf von fünf Jahren ab der Eintragung des angefochtenen Urteils eingetragen, so beeinträchtigt das der Klage stattgebende Urteil nicht die Rechte, die von gutgläubigen Dritten auf Grund einer vor der Eintragung der Klage eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung erworben worden sind. Der gerichtlichen Klage gleichgestellt ist das zugestellte Schriftstück, mit dem bei Bestehen eines Schiedsvertrags oder einer Schiedsklausel eine Partei der anderen ihre Absicht mitteilt, das Schiedsverfahren einzuleiten, den Anspruch erhebt und, soweit es ihr zukommt, die Bestellung der Schiedsrichter vornimmt“.

²⁵ Nicolò, *La trascrizione*, Mailand, 1973, 20..

²⁶ Petrelli, *Trascrizione immobiliare e costituzione*, 107

II. Die Funktionen der Publizität in Italien

Die Publizität hat nach italienischem Recht mehrere Hauptfunktionen und es wird grundsätzlich zwischen drei Arten von Publizität unterschieden. Es gibt die Publizität, die nur einen Informationszweck hat (*pubblicità notizia*), eine Publizität mit deklaratorischen Wirkungen (*pubblicità dichiarativa*) und eine Publizität mit rechtsbildenden Wirkungen (*pubblicità costitutiva*)²⁷.

Die *pubblicità notizia* hat nur die Funktion den Dritten bestimmte Tatbestände mitzuteilen, aber sie hat keine Wirkung für die Wirksamkeit und die Rechtsgültigkeit des Rechtsgeschäfts oder des Rechtsakts. Ein Beispiel ist die Anmeldung der Eheschließung (*pubblicazione di matrimonio*), die in Art. 93 c.c. vorgesehen ist²⁸. Das Aufgebot hat nur den Zweck die Eheschließung bekannt zu machen, wird dies nicht vorgenommen, bleibt die Ehe trotzdem gültig und wirksam²⁹.

Die *trascrizione* (Eintragung) ist ein Beispiel für die *pubblicità dichiarativa*. Diese Publizitätsart gibt die Möglichkeit bestimmte Rechtsakte Dritten bekannt zu machen und sie ihnen gegenüber einzuwenden. Wird ein Rechtsakt entgegen einer solchen Verpflichtung nicht bekannt gegeben, kann er Dritten nicht entgegengehalten werden. Die deklaratorische Funktion ist auch die Hauptfunktion der Publizität in Italien.

Die Publizität mit rechtsbildenden oder konstitutiven Wirkungen ist notwendig für die Wirksamkeit der Rechtshandlung. Das bekannteste Beispiel in unserem Rechtssystem ist die Gründung der Hypothek. Nach Art. 2808 (2) c.c. wird die Hypothek «... durch Einschreibung in die Liegenschaftsregister bestellt». Die Hypothek ist aber nicht das einzige Beispiel, man kann auch an die Eintragung der Zehnjährige Ersitzung³⁰ oder an die Belastung mit der Nichtverfügbarkeit (*vincoli di indisponibilità*) der Immobilien (z.B. durch eine Immobilienpfändung oder einen Sequester) denken³¹.

Ganz anders ist es aber in den ehemals österreichischen Gebieten (Trentino Alto Adige und Friuli Venezia Giulia), in denen wurde wie zuvor gesagt das Grundbuchsystem (*sistema tavolare*) beibehalten³².

In diesen Gebieten gilt nicht das Konsensprinzip, sondern das österreichische System, das, wie das römische Recht, den Eigentumserwerb über *Titulus* und *Modus* begründet³³. Nach Art. 2 I des GrundbuchGs ist die Publizität nicht deklaratorisch, sondern rechtsbildend: «in Abänderung der Vorschriften des italienischen Zivilgesetzbuches erfolgt der Erwerb des Eigentumsrechtes und der anderen dinglichen Rechte an Liegenschaften durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nur mit der Eintragung des Rechtes im Grundbuch».

Eintragungen können sein: a) *intavolazioni* (Einverleibungen), für den unbedingten Rechtserwerb oder die unbedingte Löschung oder Abschreibung, die den Erwerb, die Änderung oder das Löschen von Grundbuchsrechten bewirken. Es handelt sich grundsätz-

²⁷ Zaccaria/Troiano, Gli effetti della trascrizione, (Turin 2005) 10.

²⁸ Der Artikel lautet: «Der Eheschließung hat das vom Standesbeamten durchzuführende Aufgebot voranzugehen»

²⁹ Vgl. Cendon, Commentario al codice civile, Artt. 2643-2696 - Trascrizione (Mailand 2008), 357.

³⁰ Vgl. Gazzoni, La trascrizione immobiliare, Band 1 (Mailand 1991) 79.

³¹ Zaccaria/Troiano, Gli effetti della trascrizione, (Turin 2005) 12 und 13.

³² Gabrielli/Tommaseo, Commentario della legge tavolare² (Mailand 1999).

³³ Russo, Vendita e consenso traslativo (Mailand, 2010) 154.

lich, vor allem um Sachenrechte an Grundstücken; b) *prenotazioni* (Vormerkungen) für den bedingten Rechtserwerb oder bedingte Löschungen, die unter der Bedingung ihrer nachfolgenden Rechtfertigung den Erwerb, die Änderung oder das Löschen von Grundbuchsrechten bewirken und c) *annotazioni* (Anmerkungen), für die Rechtsakte, die nur bekannt gemacht werden müssen. Aber auch das Grundbuch hat eine Art informative Funktion, weil es den öffentlichen Glauben (*pubblica fede*) schützt.

Dritte können, sofern sie nicht bösgläubig sind, vertrauen, dass alle eingetragenen Rechte und Rechtsverhältnisse existieren und richtig sind und umgekehrt, dass alles was nicht eingetragen ist nicht besteht (positives und negatives Publizitätsprinzip)³⁴.

Grundsätzlich hat die Publizität in den meisten Regionen Italiens eine deklaratorische (Drittwirksamkeit des Rechtsgeschäfts) Hauptfunktion und verschiedene kleinere Nebenfunktionen (Information und Rechtsbildende Funktion). Nur in *Trentino Alto Adige* und *Friuli Venezia Giulia* hat die Grundbuchpublizität rechtsbildende Hauptwirkungen und eine verbleibende informatorische Funktion.

III. Liegenschaftregister (*pubblici registri immobiliari*) und Grundbuch (*libro fondiario*)

Der Unterschied zwischen *trascrizione* (im Liegenschaftregister) und *iscrizione* (im Grundbuch) begründet auch eine ganz wichtige Unterscheidung zwischen den Liegenschaftsregistern (*pubblici registri immobiliari*) und dem Grundbuch (*libro fondiario*).

Der *libro fondiario* wird nach Rechtsobjekten geführt. Dagegen wird der *pubblico registro immobiliare* für Rechtssubjekte geführt, welche Rechte an bestimmten Gegenständen erworben sind und wird nach dem Prinzip der Kontinuität der Eintragungen (*principio di continuità delle trascrizioni*) begründet (Art. 2650 c.c.)³⁵. Die Eintragungen im Liegenschaftsregister folgen das Personalprinzip, deswegen müssen die Eintragungen eine ununterbrochene Kette von Personen bilden, die eine Eintragungswirkung positiv (als Erwerber) und negativ (als Verkäufer) haben.

Wenn die Eintragungswirkung positiv ist, wird die *trascrizione* als *trascrizione pro* oder *a favore* genannt. Wenn die Eintragungswirkung negativ ist, dann ist die *trascrizione contro*.

Dieselbe Person hat als Erwerber eine positive Eintragung (*trascrizione pro* oder *a favore*) und als Übertragender eine negative Eintragung (*trascrizione contro*). In anderen Worten erfolgt die *trascrizione* zu Lasten des Übertragenden und zu Gunsten des Erwerbers

³⁴ Vgl. Bernhard Eccher, Francesco Schurr und Gregor Christandl (Hrsg.), Handbuch Italienisches Zivilrecht, Linde Verlag, 2009, S. 460.

³⁵ Über das Prinzip der *continuità delle trascrizioni*, vgl. Zaccaria/Troiano, Gli effetti della trascrizione, (Turin 2005) 35. und Triola, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in Bessone (Hrsg.), Trattato dei diritto privato (Turin³ 2012) 33.

Besonders wichtig sind die Absätze 1 und 2 des Artikels 2650 c.c., die lauten: „In den Fällen, in denen nach den vorhergehenden Bestimmungen ein Erwerbsgeschäft der Eintragung unterliegt, sind nachfolgende Eintragungen oder Einschreibungen zu Lasten des Erwerbers wirkungslos, wenn dieses vorhergehende Erwerbsgeschäft nicht eingetragen worden ist.

Ist das vorhergehende Erwerbsgeschäft eingetragen worden, so sind die nachfolgenden Eintragungen oder Einschreibungen, vorbehaltlich der Bestimmung des Artikels 2644, nach ihrer jeweiligen Reihenfolge wirksam“.

Während die *trascrizione* mit der Verfügungsaktpublizität verbunden ist, ist der *libro fondiario* über den Grundbuchsanzug geprägt. In diesem Fall hat die Publizität eine Rechtsbildendewirkung, deswegen wo das Grundbuch gilt, findet das Konsensprinzip keine Anwendung. (Vgl Art. 12 Allgemeine Bestimmungen über die Offenkundigkeit der Grundstücksrechte des GrundBGs)

IV. Die *trascrizione*

Die wichtigste Publizitätsform an Immobilien in Italien ist die *trascrizione* (Eintragung). *Rosario Nicolò* hat die *trascrizione* als ein Balkon mit Blick auf das ganze Zivilrecht beschrieben.

In der Tat ist die *trascrizione* wichtig als Publizitätsmittel der Eigentumsübertragung an Immobilien. Sie ist relevant für das Erbrecht und für die Verträge über Immobilien oder registrierten beweglichen Sachen, sowie für das Familienrecht. Man kann z.B. an die Klage für die Feststellung der Nichtigkeit eines Immobilienkaufvertrages, sowie an die Auflösungsansprüche am Familiengut (*fondo patrimoniale*)³⁶ oder an die Ehegüterstandänderung (*modifiche del regime patrimoniale della famiglia*) denken, die eingetragen werden müssen³⁷.

Nicolò merkt an, dass all die Tatbestände, die mit der *trascrizione* verbunden sind, eine Änderung der Regelung der Publizität sehr schwierig machen: jede Modifizierung kann einen Bruch in dem System mit sich bringen³⁸.

Die Verbindung zwischen der *trascrizione* und dem ganzen Zivilrecht erklärt die Gründe warum die Publizität nicht nur ein Hilfsmittel für die Lösung eines Konfliktes zwischen Privaten ist. Dies war seine ursprüngliche Funktion³⁹, aber wenn die Publizität mit dem ganzen Zivilrecht verbunden ist, ist eine einzige Funktion nicht ausreichend, sondern es braucht mehrere und unterschiedliche Funktionen im Bezug auf den konkreten Tatbestand.

Die Publizität mit einem Informationszweck ist für die Tatbestände gedacht, die nur bekannt gemacht werden müssen. Eine deklaratorische Publizität ist für die Lösung eines Konflikts zwischen Privaten (z.B. im Fall von Immobilienerwerb) und eine rechtsbildende Publizität ist für die Tatbestände, die eine Ergänzung durch ein juristisches Element brauchen (z. B. im Fall von einen Immobilienerwerb in gutem Glauben von nicht Eigentümer nach Art. 1158 c.c.).

Die Artikel 2643 und 2644 c.c. beschreiben die Hauptfunktionen der *trascrizione* (deklaratorische und Informationspublizität). Artikel 2643 c.c. lautet: «Durch Eintragung sind öffentlich bekanntzumachen ... », der Artikel listet vierzehn Akte auf, die vor der Eintragung bekannt zu machen sind⁴⁰. Es geht um die Rechtsgeschäfte oder die Urteile mit denen

³⁶ *Zaccaria/Troiano*, Gli effetti della trascrizione, (Turin 2005) 176 bis 179.

³⁷ Vgl. *Mariconda*, La trascrizione del contratto preliminare, in *Carrabba* (Hrsg.), La trascrizione del contratto preliminare (Neapel 1997) 17 bis 35, insb. 21 und ff.

³⁸ Vgl. *Mariconda*, La trascrizione del contratto preliminare, in *Carrabba* (Hrsg.), La trascrizione del contratto preliminare (Neapel 1997) 23.

³⁹ *Triola*, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in Bessone (Hrsg.), Trattato dei diritto privato (Turin³ 2012) 1.

⁴⁰ Es handelt sich um: «1) die Verträge, mit denen das Eigentum an unbeweglichen Sachen übertragen wird; 2) die Verträge, mit denen das Fruchtgenussrecht an unbeweglichen Sachen, das Überbaurecht, die Rechte

das Eigentum an unbeweglichen Sachen übertragen wird bzw. andere Sachenrechten an Immobilien begründet, übertragen, geändert oder gelöscht werden.

Die Formulierung des Artikels («öffentlich bekanntzumachen ...») ist ein Beweis, dass der *trascrizione* eine Informationsfunktion hat.

Die Auflistung der Rechtsakte und Rechtsgeschäfte des Artikels 2643 c.c. ist normalerweise als abschließend anzusehen. Die Lehre präzisiert aber, dass abschließend nur die Rechtswirkungen sind, die durch Eintragung bekannt gemacht werden können, nicht jedoch die Rechtsakte oder Geschäfte⁴¹.

Auch Rechtsakte und Rechtsgeschäfte, die nicht im Art. 2643 ausdrücklich aufgelistet sind, können eingetragen werden, wenn ihre Wirkungen in Art. 2643 vorgesehen sind⁴². Die Richtigkeit dieser Meinung kann durch Art. 2645 c.c. bewiesen werden. Der Artikel lautet: «Für die im vorhergehenden Artikel vorgesehenen Wirkungen ist gleichfalls jede andere Rechtshandlung oder Verfügung bekanntzumachen, die in Rücksicht auf unbewegliche Sachen oder Rechte an unbeweglichen Sachen irgendeine der Wirkungen der in Artikel 2643 erwähnten Verträge hervorbringt, es sei denn, dass sich aus dem Gesetz ergibt, dass die Eintragung nicht oder nur für andere Wirkungen erforderlich ist».

Ganz wichtig ist, dass die Eintragung nur kraft eines Urteils (*sentenza*), einer öffentlichen Urkunde (*atto pubblico*) oder einer Privaturkunde mit beglaubigter oder gerichtlich festgestellter Unterschrift (*scrittura privata autenticata*) vollzogen werden kann (vgl. Art. 2657 (1) c.c.).

In Art. 2644 c.c. ist die ursprüngliche Funktion und die wichtigste Folge der Eintragung geregelt: die sog. Prinzip der „*opponibilità ai terzi della trascrizione*“ (Einwendbarkeit gegenüber Dritten der Eintragung)⁴³.

des Verpächters und des Erbpächters begründet, übertragen oder abgeändert werden; 3) die Verträge, mit denen eine Gemeinschaft an den in den vorhergehenden Ziffern erwähnten Rechten begründet wird; 4) die Verträge, mit denen Grunddienstbarkeiten, das Gebrauchsrecht an unbeweglichen Sachen, das Wohnungsrecht begründet werden; 5) die Rechtshandlungen unter Lebenden, mit denen auf die in den vorhergehenden Ziffern erwähnten Rechte verzichtet wird; 6) die Verfügungen, durch die bei der Zwangsvollstreckung das Eigentum an unbeweglichen Sachen oder andere dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen übertragen werden, mit Ausnahme des im Zuge des Verfahrens zur Befreiung der Liegenschaften von Hypotheken erfolgten Verkaufs an den Dritterwerber; 7) die Rechtshandlungen und Urteile über die Ablösung des Erbpachtgrundes; 8) die Bestandverträge über unbewegliche Sachen für eine Dauer von über neun Jahren; 9) die Rechtshandlungen und Urteile, aus denen sich die Befreiung oder die Abtretung von noch nicht fälligen Mietzinsen oder Pachtzinsen für einen über drei Jahre hinausgehenden Zeitraum ergibt; 10) die Gesellschaftsverträge und die Verträge über Vereinigungen, mit denen die Nutzung an unbeweglichen Sachen oder von anderen dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen eingebracht wird, wenn die Dauer der Gesellschaft oder der Vereinigung neun Jahre übersteigt oder unbestimmt ist; 11) die Rechtshandlungen zur Errichtung von Konsortien und Kartellen, welche die in der vorhergehenden Ziffer angegebene Wirkung haben; 12) die Verträge über das Nutzungspfand; 13) die Vergleiche, die Rechtsstreitigkeiten über die in den vorhergehenden Ziffern erwähnten Rechte zum Gegenstand haben; 14) die Urteile, welche die Begründung, Übertragung oder Abänderung eines der in den vorhergehenden Ziffern erwähnten Rechte bewirken».

⁴¹ *Zaccaria/Troiano*, Gli effetti della trascrizione, (Turin 2005), 44.

⁴² Vgl. *Cendon* (Hrsg.), sub Art. 2643 c.c., in *Commentario al codice civile* (Mailand, 2008, S. 199 und *Luigi Ferri/D'Orazi Flavoni/Zanelli*, Della trascrizione immobiliare, in *Scialoja und Branca* (Hrsg.), *Commentario al codice civile*³ (Roma – Bologna 1995) 200.

⁴³ *Triola*, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in *Bessone* (Hrsg.), *Trattato dei diritto privato* (Turin³ 2012) 11.

Nach diesem Prinzip können die in Art. 2643 aufgelisteten Rechtshandlungen, nicht gegenüber Dritten wirken, die aus welchem Rechtstitel auch immer auf Grund einer vor der Eintragung dieser Rechtshandlungen erfolgten Eintragung oder Einschreibung Rechte an den unbeweglichen Sachen erworben haben. Nach der erfolgten Eintragung kann demjenigen gegenüber, der die Eintragung erwirkt hat, keine Eintragung oder Einschreibung von Rechten, die gegenüber seinem Rechtsvorgänger erworben wurden, wirksam werden, auch wenn der Erwerb auf ein früheres Datum zurückgeht.

Der Artikel legt eine andere Funktion der Publizität dar. Die Eintragung wies die Rechtshandlungen auf, die das Eigentum an Immobilien (oder registrierten beweglichen Sachen) übertragen und versichert die Einwendbarkeit dieser Rechtshandlungen gegenüber Dritten.

Die wichtigste Wirkung der *trascrizione* liegt darin, dass der eingetragenen Akt Dritten entgegengehalten werden kann. Der Konflikt zwischen mehreren Erwerbern von miteinander unvereinbareren Rechten an unbeweglichen Sachen wird danach gelöst welcher Erwerbsakt zuerst eingetragen wurde, auch wenn dieser Akt ein späteres Datum in Vergleich mit dem eingetragenen hat.

Die Lehre merkt an, dass in diesem Fall die Eintragung das Konsensprinzip in dem Sinne beschränkt, dass die Einwilligung ausreichend zur Eigentumsübertragung ist, aber bestimmten Dritten (denen Rechte von Verkäufer eingeräumt wurden) nicht entgegengehalten werden kann, wenn sie nicht rechtzeitig eingetragen wird⁴⁴. Die nicht eingetragene Eigentumsübertragung hat nur Wirkungen *inter partes* d.h. zwischen dem Verkäufer und dem Käufer.

Die Rechtsordnung sieht natürlich ein Schutz auch für den Erwerber, der zuerst gekauft hat, aber als zweiter eingetragen wurde vor. Aber dieser Schutz ist nur schuldrechtlicher, nicht sachenrechtlicher Natur. Der Käufer hat, in diesem Fall, einen Anspruch gegen den Verkäufer nach Art. 1218 c.c. Es handelt sich um einen Schadensersatzanspruch für die nicht Erfüllung des Vertrages⁴⁵. In der Tat hat der Verkäufer nicht nur seine Übereignungspflichten nicht erfüllt, sondern zweimal mit zwei Verfügungsakten dasselbe Recht an zwei verschiedene Personen übertragen.

Der erste Käufer hat auch einen Anspruch gegenüber dem zweiten Erwerber nach Art. 2043 c.c. Der Artikel regelt die außervertragliche Haftung und die italienische Jurisprudenz erkennt einen solchen Schadensersatzanspruch an, wenn der Zweiterwerber Kenntnis über den ersten Verkauf in dem Moment seines Erwerbs hatte (oder haben sollte)⁴⁶.

Ganz wichtig für das italienische Rechtssystem ist der sog. *Principio della continuità delle trascrizioni* (Prinzip der Kontinuität der Eintragungen). Die Wirksamkeit der Eintragung hängt von der Lückenlosigkeit der vorangehenden Eintragungen ab.

Die Eintragung ist nur wirksam, wenn die Rechtsinhaberschaft durch eine ununterbrochene Kette von Eintragungen belegt ist. Das Prinzip ist in Art. 2650 Absatz 1 c.c.

⁴⁴ Vgl. *Gazzoni*, La trascrizione immobiliare, Band I (Mailand, 1998), 547 und ff.

⁴⁵ Der Artikel 1218 lautet: «Der Schuldner, der die geschuldete Leistung nicht gehörig erbringt, ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er nicht beweist, dass die Nichterfüllung oder die Verspätung durch Unmöglichkeit der Leistung verursacht worden ist, die auf einen von ihm nicht zu vertretenden Grund zurückgeht».

⁴⁶ ItalOG 2.9.2013, Nr. 20118, Giust. civ. Mass. 2013, italOG 17.12.1991, Nr. 13573 Giust. civ. Mass. 1991.

dargelegt. Nach diesem Artikel: «In den Fällen, in denen nach den vorhergehenden Bestimmungen ein Erwerbsgeschäft der Eintragung unterliegt, sind nachfolgende Eintragungen oder Einschreibungen zu Lasten des Erwerbers wirkungslos, wenn dieses vorhergehende Erwerbsgeschäft nicht eingetragen worden ist».

Die *continuità delle trascrizioni* ist auch wegen der *probatio diabolica* (teuflische Beweisführung) wichtig. Wenn der Eigentümer mit einer Vindikationsklage die Sache wiedererlangen will, muss er sein Eigentumsrecht beweisen. Dieser Beweis erfolgt normalerweise auf derivativem Weg, also bei Immobilien durch Beweis des Eigentums des Rechtsvorgängers, und wiederum durch Beweis des Eigentums des Rechtsvorgängers des Rechtsvorgängers usw. Die Beweislast ist vereinfacht, weil der Eigentümer durch eine ununterbrochene Kette von Eintragungen einen ursprünglichen Erwerbstitel mit der Ersitzung beweisen kann. Es reicht der Beweis, dass alle seine Rechtsvorgänger für einen ausreichenden Zeitraum für die Ersitzung eingetragen waren.

Nur ausnahmsweise kann die *trascrizione* auch Rechtsbildendewirkungen haben. Das wichtigste Beispiel ist in Art. 1159 c.c. zu finden. Die Bestimmung regelt den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten einer Immobilie. Der Artikel lautet: «Für denjenigen, der eine Liegenschaft in gutem Glauben von einer Person, die nicht Eigentümer ist, kraft eines Rechtstitels erwirbt, der zur Übertragung des Eigentums geeignet ist und ordnungsgemäß eingetragen worden ist, tritt die Ersitzung daran mit dem Ablauf von zehn Jahren ab der Eintragung ein. Die gleiche Bestimmung findet im Fall des Erwerbs der sonstigen dinglichen Nutzungsrechte an einer Liegenschaft Anwendung». In diesem Fall ist die *trascrizione* ein Tatbestandsmerkmal und sie ist für den Eigentumserwerb durch eine abgekürzte besondere Ersitzung notwendig⁴⁷.

V. Die trascrizione des Vorvertrages und der Urkunden, die zur Verwirklichung schutzwürdiger Interessen bestimmt sind

In Italien wird normalerweise mit dem Vertragsabschluss das Eigentum übertragen (Art. 1376 c.c.). Manchmal, wollen die Parteien die dingliche Wirkungen (*effetti reali*) des Vertrags noch nicht. In diesen Fällen können die obligatorischen Wirkungen des Vertrags durch einen Vorvertrag (*contratto preliminare*) durchgesetzt werden⁴⁸.

Der Vorvertrag beinhaltet die Rechtsverpflichtung, einen endgültigen Vertrag (*contratto definitivo*) zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen⁴⁹.

Der Abschluss eines Vorvertrags beinhaltet für die Parteien das Recht, ein Gerichtsurteil mit den gleichen konstitutiven Rechtsfolgen zu erlangen, wie ein Urteil in einem Verfahren über den endgültigen Vertrag, zusätzlich aber ggf. auch noch die weiteren Rechten gemäß dem Vorvertrag (Art. 2932 C.C.)⁵⁰.

⁴⁷ Gazzoni, La trascrizione immobiliare, Band 1 (Mailand 1991) 79.

⁴⁸ Vgl. Gazzoni, Il contratto preliminare, Turin, II Aufl., 2002, S. 5 und Paolo Gallo, Trattato del contratto, Band 1, (Turin 2010) 449 ff.

⁴⁹ Paolo Gallo, Trattato del contratto, Band 1, (Turin 2010) 453.

⁵⁰ So lautet Art. 2932 c.c. «(Besondere Vollstreckung zur Erwirkung eines Vertragsabschlusses) Wenn derjenige, der einen Vertrag abzuschließen verpflichtet ist, diese Verpflichtung nicht erfüllt, kann die andere Partei, sofern dies möglich und im Titel nicht ausgeschlossen worden ist, ein Urteil erlangen, das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt.

Wenn es sich um Verträge handelt, die die Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache oder die Begründung oder Übertragung eines sonstigen Rechts zum Gegenstand haben, kann der Klage nicht

Der Vorvertrag muss in der gleichen Form abgeschlossen werden wie der endgültige Vertrag (Art. 1351 C.C.); dies auf jeden Fall, wenn das Gesetz die Schriftform verlangt⁵¹.

Nach der Art. 2645 *bis* c.c. ist die *trascrizione* des Vorvertrags (*trascrizione del contratto preliminare*) möglich⁵².

In der Tat, alle Vorverträge, die den Abschluss eines der in den Ziffern 1, 2, 3 und 4 des Artikels 2643 bezeichneten Verträge zum Gegenstand haben, müssen, auch wenn sie einer Bedingung unterliegen, eingetragen werden. Die Wirkungen der Eintragung werden gelöscht und gelten als nie eingetreten, wenn nicht innerhalb eines Jahres ab dem Tag, der von den Parteien für den Abschluss des endgültigen Vertrags vereinbart worden ist, und jedenfalls nicht innerhalb von drei Jahren ab der vorgenannten Eintragung die Eintragung des endgültigen Vertrags oder der Rechtshandlung, die sich in irgendeiner Weise als Durchführung des Vorvertrags darstellt nicht vorgenommen wird (Art. 2645 *bis* (3) c.c.).

Die *trascrizione* des *contratto preliminare*, sowie die *trascrizione* der Klage (*domanda giudiziale*) hat eine besondere Wirkung. Man spricht von einem *effetto prenotativo della trascrizione* (vormerkende Wirkung der Eintragung)⁵³. Das bedeutet, dass die Vorvertrags-eintragung den Vorvertrag einwendbar gegenüber Dritten macht und die Eintragung des endgültigen Vertrags (*contratto definitivo*) wirkt ab dem Zeitpunkt der Vorvertrags-eintragung⁵⁴.

Folglich sind die Verträge, die zwischen dem Zeitpunkt der Eintragung des Vorvertrags und des endgültigen Vertrags eingeschrieben unwirksam. Dasselbe passiert mit der *domanda giudiziale*. Die Eintragung der Klage bewirkt die Einwendbarkeit des Urteils⁵⁵.

Die Eintragung des Vorvertrags wurde in der Lehre stark diskutiert⁵⁶. Dogmatisch ist sie problematisch. Die Vorverträge haben als Gegenstand keine Eigentumsübertragung, sondern nur obligatorische Wirkung. Viele Autoren sind der Meinung, dass ein solcher Vertrag, der nur obligatorische Wirkungen hat, nicht eingeschrieben werden kann, weil die Eintragung nur für die dinglichen Wirkungen (*effetti reali*) des Rechtsgeschäfts erfolgt.

Die Eintragung des Vorvertrages ist nach der hL möglich, weil der Vorvertrag nicht völlig losgelöst von der Eigentumsübertragung steht. Denn der *preliminare* (Vorvertrag) ist die erste Stufe des Verfahrens, das entweder durch einen endgültigen Vertrag oder Artikel 2932 c.c., zum Eigentumserwerb führt⁵⁷. Die Eintragung des Vorvertrags merkt die

stattgegeben werden, wenn die Partei, die sie erhoben hat, die eigene Leistung nicht erbringt oder diese nicht in der vom Gesetz verlangten Art und Weise anbietet, außer die Leistung ist noch nicht fällig».

⁵¹ Art. 1351 c.c. lautet: «Ein Vorvertrag ist nichtig, wenn er nicht in derselben Form errichtet wird, die das Gesetz für den endgültigen Vertrag vorschreibt».

⁵² Art. 3 (1) Decreto Legge 31. Dezember 1996, Nr. 669, convertito in legge 28. Februar 1997, Nr. 30

⁵³ Vgl. *Gabrielli*, La pubblicità immobiliare, in *Sacco* (Hrsg.), Trattato di diritto civile, Turin, 2012, 120 ff. insb. 123 ff. für den contratto preliminare und 125 für die domanda giudiziale.

⁵⁴ *Gabrielli*, La pubblicità immobiliare, 124.

⁵⁵ *Gabrielli*, La pubblicità immobiliare, 125.

⁵⁶ *Labriola*, La trascrizione del preliminare avente ad oggetto immobili da costruire: brevi spunti per una riflessione, in *Carrabba* (Hrsg.), La trascrizione del contratto preliminare (Neapel 1997), 183 – 190, insb. S. 183 und 184. »

⁵⁷ *Triola*, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in *Bessone* (Hrsg.), Trattato dei diritto privato (Turin³ 2012) 88.

Wirkungen der Vertragseintragung vor, genauso wie der Vorvertrag die Wirkungen des endgültigen Vertrages vormerkt⁵⁸.

Praktisch ganz wichtig sind die Absätze 4 bis 6 des Artikels 2645 *bis*⁵⁹. Nach diesen Absätzen müssen die Vorverträge, die Teile von zu errichtenden oder sich im Bau befindlichen Gebäuden zum Gegenstand haben, eingetragen werden.

Art. 2645 *ter* sieht die Möglichkeit der Eintragung einer in öffentlicher Form errichteten Urkunden vor, mit denen unbewegliche Sachen oder in öffentliche Register eingetragene bewegliche Sachen für einen Zeitraum (nicht mehr als neunzig Jahre oder die Lebensdauer einer begünstigten natürlichen Person) gewidmet werden. Die Belastung muss die der Verwirklichung schutzwürdigen Interessen, die sich auf behinderte Personen, öffentliche Verwaltungen oder andere Körperschaften oder natürliche Personen beziehen, dienen (*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*)⁶⁰. Verschiedene Autoren in der Lehre sind der Meinung, dass in diesem Fall die Eintragung eine rechtsbildende Funktion hat, weil sie die Widmung wirksam macht⁶¹.

Die Lehre sieht in Art. 2645 *ter* eine Bestätigung der Möglichkeit einen *Trust* einzutragen⁶². Die Eintragung dieses Instituts war sehr umstritten in der italienischen Lehre⁶³. Die

⁵⁸ Triola, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in Bessone (Hrsg.), Trattato dei diritto privato (Turin³ 2012) 88.

⁵⁹ «In den Vorverträgen, die Teile von zu errichtenden oder in Bau befindlichen Gebäuden zum Gegenstand haben, müssen, damit sie eingetragen werden, die Nutzfläche des Gebäudeteils und der Anteil des Rechts, der dem zum Erwerb Berechtigten zusteht, angegeben werden, wobei dieser Anteil unter Bezugnahme auf das gesamte zu errichtende Gebäude in Tausendstel auszudrücken ist.

In dem in Absatz 4 vorgesehenen Fall erfolgt die Eintragung unter Bezugnahme auf die Liegenschaft und für den Anteil, der gemäß der in jenem Absatz festgesetzten Art und Weise bestimmt wird. Sobald das Gebäude errichtet ist, treten die Wirkungen der Eintragung hinsichtlich der materiellen Teile, die den vorherbestimmten Eigentumsanteilen entsprechen, und hinsichtlich der entsprechenden gemeinschaftlichen Teile ein. Eine allfällige Abweichung der Fläche oder des Anteils, die ein Zwanzigstel der im Vorvertrag angegebenen Werte nicht übersteigt, erzeugt keine Wirkungen.

Im Hinblick auf die in Absatz 5 enthaltenen Bestimmungen gilt ein Gebäude als errichtet, sobald der Rohbau einschließlich der Umfassungsmauern der einzelnen Einheiten hergestellt und die Überdachung fertig gestellt ist».

⁶⁰ Vgl. Mirzia Bianca (Hrsg.), La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, (Mailand 2007) und Anzani, Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 *ter* c. c., in NGCC, 2007, II, S. 398 ff. Artikel 2645 *ter* lautet: «Die in öffentlicher Form errichteten Urkunden, mit denen unbewegliche Sachen oder in öffentliche Register eingetragene bewegliche Sachen für einen Zeitraum von nicht mehr als neunzig Jahre oder für die Lebensdauer einer begünstigten natürlichen Person gewidmet werden und die der Verwirklichung von im Sinn des Artikels 1322, zweiter Absatz, schutzwürdigen Interessen, die sich auf behinderte Personen, öffentliche Verwaltungen oder andere Körperschaften oder natürliche Personen beziehen, dienen, können eingetragen werden, um Dritten die Zweckbindung entgegenhalten zu können; zur Verwirklichung dieser Interessen kann außer dem Einbringer ein jeder, der ein Interesse daran hat, auch schon zu Lebzeiten des Einbringers gerichtlich vorgehen. Die eingebrachten Sachen und deren Früchte können vorbehaltlich der Bestimmung des Artikels 2915, erster Absatz, nur für Verpflichtungen, die für diese Zwecke eingegangen worden sind, der Zwangsvollstreckung unterzogen werden».

⁶¹ D'Amico, La proprietà „destinata“, in Riv. dir. civ., 2014, S. 525 – 546, insb. S. 529.

⁶² Vgl. Graziadei, L'art. 2645-ter e il trust: prime osservazioni, in E. Q. Bassi, F. Tassinari (ed.), I trust interni e le loro clausole, Roma, 2007, S. 217 ff.; Zaccaria/Troiano, La pubblicità degli atti di destinazione e del trust, in Zoppini (Hrsg.), Diritto civile, Buch IV, Band II (Mailand 2009) 67 – 85, Di Landro, I vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, in Riv. dir. civ. 2014, S. 727 -746, insb 730 und 731; Muritano, L'art. 2645-ter e il trust interno. Linee evolutive, in I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2012, S. 101 – 111, insb. 101 und Maurizio Lupoi, Gli atti

Argumente gegen die Eintragung des *Trusts* waren grundsätzlich zwei. Erstens: der *Trust* ist eine neue Eigentumsart, die vom italienischen Gesetz nicht anerkannt. Italien hat das Haager Trust-Übereinkommen ratifiziert, aber die Konvention regelt den *Trust* nur im IPR, nicht als Institut des italienischen materiellen Rechts, deswegen wäre die Eintragung des *Trusts* eine Verletzung des *numerus clausus* Prinzips. Zweitens, die Wirkungen des *Trusts* als *iuris vinculum* waren nicht in Art. 2643 C.C. vorgesehen. Der Gesetzgeber hat mit dem Art. 2645 *ter c.c.* eine deutliche Antwort gegeben und heute ist die Möglichkeit ein sog. *atto di destinazione* (Rechtshandlung mit Zweckbestimmung) einzutragen unbestreitbar.

VI. Die *trascrizione mobiliare*

Das italienische Recht sieht die Eintragung auch für verschieden bewegliche Güter vor. Es handelt sich dabei um die sog. *beni mobili registrati* (registrierten bewegliche Sachen). Die beweglichen Güter, die eingetragen werden können, haben eine besondere wirtschaftliche Bedeutung, deswegen wollte der Gesetzgeber einen besonderen Schutz⁶⁴.

Nach Art. 2683 c.c. sind einzutragen - unter Beachtung der sonstigen gesetzlich vorgeschriebenen Formen der öffentlichen Bekanntmachung der Eintragung – alle die Rechtshandlungen, die zum Gegenstand Schiffe, Wasserfahrzeuge oder Luftfahrzeuge haben, die in den von Schiffahrtsgesetzbuch (*codice della navigazione*) bezeichneten Registern eingetragen sind, sowie die Kraftfahrzeuge, die in dem öffentlichen Kraftfahrzeugregister (*pubblico registro automobilistico*) eingetragen sind.

Die Rechtshandlungen, die einzutragen sind, werden in Art. 2684 ff. aufgelistet.

Es handelt sich z. B. um: Verträge, die das Eigentum übertragen oder die eine Gemeinschaft (*comunione*) begründen; Verträge, die ein Nießbrauchrecht (*usufrutto*) oder ein Nutzungsrecht (*uso*) begründen oder abändern oder das Nießbrauchrecht übertragen; Rechtshandlungen unter Lebenden, mit denen auf diese Rechte verzichtet wird; Vergleiche (*transazioni*), die Rechtsstreitigkeiten über die erwähnten Rechte zum Gegenstand haben; Verfügungen (*provvedimenti*), durch die im Enteignungsverfahren (*procedimento di espropriazione*) das Eigentum oder die anderen erwähnten Rechte übertragen werden; Urteile (*sentenze*), welche die Begründung, Abänderung oder Übertragung eines des erwähnten Rechts bewirken.

di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust, in Riv. notariato, 2006, 2, S. 467 – 478, insb. 478 wo schreibt der Autor: «Si sa che tanto la giurisprudenza italiana, in quasi cinquanta pronunce (una anche della Cassazione), quanto l'Agenzia delle Entrate, in sette pareri su interpello, si sono espresse per la legittimità dei *trust* interni così come, di recente, ha fatto lucidamente il Consiglio Nazionale del Notariato. L'art. 2645-ter ha, quindi, scarsi effetti sulla operatività dei *trust* interni. Tanto l'effetto segregativo quanto la pubblicità, immobiliare e societaria, sono da considerarsi alla stregua di dati acquisiti e l'innovazione legislativa può solo rafforzare la prassi dominante: il vincolo di beni per una finalità meritevole di tutela è ora ammesso in via generale dal codice civile e la trascrizione di tale vincolo costituisce lo specifico oggetto della nuova norma.

A mio parere, l'art. 2645-ter c.c. è solo la conferma di quanto da tempo eravamo in molti a sostenere, sia pure con diversità di accenti: esiste un cammino dell'ordinamento verso la specializzazione dei patrimoni e chi rifiutava di accorgersene dovrà ora prenderne atto».

⁶³ Vgl. die Debatte zwischen Gazzoni, Maurizio Lupoi und Gambaro: *Gazzoni*, Tentativo dell'impossibile, in Riv. not., 2000, 11 ff.; *Maurizio Lupoi*, Lettera ad un notaio conoscitore dei trust, in Riv. not. 2001, 1159 ff.; *Gazzoni*, In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato, in Riv. not., 2001, 1247 ff. und *Gambaro*, Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee, in Riv. dir. civ., 2002, II, 257 ff.

App. Neapel, 27. Mai 2004, in *Trusts e att. fiduc.*, 2004, 570.

⁶⁴ Vgl. die Relazione al codice civile, Nr. 1096 und *Gentile*, La trascrizione mobiliare, Neapel, 1961, S. 1.

Die Eintragung der beweglichen Sachen hat für die unbeweglichen Sachen festgesetzte Wirkungen (Art. 2685 (2) c.c.) und im Fall von nicht Eintragung wird die Sache als eine ganz normale bewegliche Sache betrachtet⁶⁵.

Die praktischen Folgen der Eintragung sind in Art. 1156 und 1162 c.c. vorgesehen⁶⁶. Nach Artikel 1156 finden die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen (Art. 1153 und ff.) auf Gesamtsachen und auf die in öffentlichen Registern verzeichneten beweglichen Sachen keine Anwendung. Nach Art. 1162 c.c.: «Für denjenigen, der in gutem Glauben von jemandem, der nicht Eigentümer ist, kraft eines Rechtstitels, der zur Übertragung des Eigentums geeignet ist und ordnungsgemäß eingetragen worden ist, eine bewegliche Sache erwirbt, die in öffentlichen Registern verzeichnet ist, tritt die Ersitzung daran mit dem Ablauf von drei Jahren ab der Eintragung ein». Falls diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, tritt die Ersitzung mit dem Ablauf von zehn Jahren ein (Art. 1162 (2) c.c.). Diese Bestimmungen gelten auch im Fall des Erwerbs sonstiger Sachenrechte (*diritti reali di godimento*) durch die Ersitzung (Art. 1162 (3) c.c.).

VII. Die iscrizioni tavolari

Wie schon gesagt bestehen die grundbücherlichen Eintragungen aus den Einverleibungen (*intavolazioni*), Vormerkungen (*prenotazioni*) und Anmerkungen (*annotazioni*).

Die Einverleibungen und Vormerkungen sind mit den Rechtsgeschäften, die das Eigentum übertragen verbunden⁶⁷. Sie sind inzwischen die wichtigsten und höchstwertigsten Beispiele von rechtsbildender Publizität in Italien. Nach Art. 9 GrundbG. können im Grundbuch, sofern sie sich auf Liegenschaften beziehen, nur verschiedenen Rechte einverleibt oder vorgemerkt werden. Es handelt sich um das Eigentumsrecht (*proprietà*), die Dienstbarkeit (*servitù*), das Nießbrauchrecht (*usufrutto*); das Nutzungsrecht (*uso*), das Wohnungsrecht (*abitazione*), das Erbpacht- (*enfiteusi*) und Erbbaurecht (*superficie*), die Hypothek (*ipoteca*), die Vorzugsrechte (*privilegi*), für die, die Eintragung in den Liegenschaftsregistern durch Gesetze vorgeschrieben ist, sowie die Reallasten (*oneri reali*).

Die Anmerkung, dagegen ist eine Publizitätsinformationsart⁶⁸. In der Tat, müssen nach Artikel 19 und ff. des GrundbuchsGs all die Akte die an Dritten bekannt gegeben werden müssen, angemerkt werden, (z.B. Mietverträge von Liegenschaften mit einer Dauer von mehr als 9 Jahren; Gesellschafts- und Vereinsverträge, durch welche die Nutzung von unbeweglichen Sachen oder anderen dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen verliehen werden, wenn die Dauer der Gesellschaft oder des Vereins neun Jahre übersteigt oder nicht bestimmt ist; Verträge über Antichrese; das Rückkaufsrecht bei Kaufverträgen über unbewegliche Sachen usw.).

Die Grundbuchspublizität hat folglich grundsätzlich nur zwei Funktionen: eine rechtsbildende (Hauptfunktion) und eine informative (Nebenfunktion).

⁶⁵ Trib. Monza 30. 1 2006, in G. mer., 2006, 1928; Trib. Reggio Emilia 2. 3 1998, in F. it., 1998, I, 3373; ItalOG 17. 4 2001, Nr. 5600, in G. it., 2001, 2020; ItalOG 6. 10 1997, n. 9714, in Giur. it., 1998, 1102 und ItalOG 16. 5 1997, n. 4328, in G. it., 1998, 1374.

⁶⁶ Vgl. Mengoni, Gli acquisti a non domino, Mailand, Neudruck der III Aufl., 1994, 91.

⁶⁷ Cuccaro, Lineamenti di diritto tavolare (Mailand 2010) 18 ff.

⁶⁸ Cuccaro, Lineamenti di diritto tavolare (Mailand 2010) 28 ff.

VII. Schlussfolge

Zwischen dem germanischen und französischen Modell hat in Italien das französische Modell gewonnen. Die Frage, ob eine Änderung des Publizitätsregimes zu erhoffen war, wurde in den 40er Jahren stark diskutiert, aber heute ist sie nicht mehr umstritten.

Viele Autoren in der Lehre, aber auch der Gesetzgeber, am Anfang der XX. Jahrhundert, waren für diese Änderung. Das germanische Grundbuchsystem war für die Sicherheit des Rechtsverkehrs viel besser als das französische Liegenschaftsregistersystem. In der Tat bringt das deutsche Modell eine größere Sicherung für den Immobilienerwerber mit sich und den Dritten. Eine solche Sicherung ist völlig unbekannt in der italienischen Rechtsordnung.

Am Anfang der Arbeiten für die neue Kodifizierung wurde die Möglichkeit einer Anwendung des germanischen Publizitätssystems in Italien wirklich positiv aufgenommen. Nach der Begeisterung für das neue Modell haben die Lehre und der Gesetzgeber an den Preis des germanischen Modells gedacht.

Dieser Preis war für das italienische Recht übersteuert. In der Tat versichert das germanische Modell den Rechtsverkehr, bringt aber zu viele Verkehrshindernisse mit sich. Man muss eine schnelle Immobilienzirkulation durch das Konsensprinzip und die Immobiliarer-sitzung preisgeben. In der Tat ist die Möglichkeit eine Immobilie zu ersetzen sehr problematisch in den Provinzen, die dem germanischen Modell folgen⁶⁹. In der italienischen Rechtsordnung ist aber die Ersitzung ein zentrales Institut und es wäre wirklich schwierig an das Immobilienrecht ohne Ersitzung zu denken. Auch das Konsensprinzip ist nur in Ausnahmefälle abtretbar (wie z.B. im Fall von Art. 2644 c.c.). Das Prinzip macht die Zirkulation der Immobilien einfacher und schneller und es ist als eine Grundregel des italienischen Rechts anzusehen⁷⁰.

Natürlich hat diese Entscheidung seinen Preis und dieser ist die Verminderung der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Aber in der Bilanzierung zwischen Sicherheit, Einfachheit und Geschwindigkeit des Rechtssystems, wurde die Geschwindigkeit und die Einfachheit bevorzugt. Man war der Meinung, dass, obwohl die deklaratorische Publizität insbesondere diese zwei Voraussetzungen garantiert, wird mit dem Prinzip der Kontinuität der Eintragungen auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs geschützt. Mit der Anpassung des *principio della continuità delle trascrizioni*, wird die deklaratorische Publizität als die optimale Lösung gesehen. Zuletzt ist das italienische „gewöhnliche“ Publizitätssystem mehr formbar als die Grundbuchspublizität. Die Publizität kann mehreren Funktionen dienen (Information, Drittwirksamkeit des Rechtsgeschäftes und selten sogar rechtsbildende Wirkungen). Der Punkt war ganz wichtig, weil die Publizität für das ganze Zivilrecht bedeutungsvoll ist und ein Institut, das an die Erfordernisse der Rechtsordnung anpassbar ist, ist wünschenswerter als ein strenges System.

Heutzutage denkt niemand daran das Publizitätssystem zu ändern.

Das germanische Modell bleibt als verbliebendes System in verschiedenen Regionen, aber es wird nicht mehr als eine mögliche Alternative gesehen. Das Grundbuch sieht zu

⁶⁹ Vgl. Cuccaro, *Lineamenti di diritto tavolare* (Mailand 2010) 102 ff.

⁷⁰ Vgl. Luigi Ferri, *Della trascrizione*, in *Commentario Scialoja – Branca* (Bologna – Rom 1995) 7 ff.

kompliziert und verworren für die Rechtspraxis aus und die Änderung der Publizität bringt mit sich zu viele Umstellungen des materiellen Rechts, die nicht erstrebenswert sind.

Die italienische Lehre beschäftigt sich nicht viel mit der *trascrizione*. Das Thema interessiert grundsätzlich nur die Praxis, aber die Publizität sollte viel mehr vertieft werden. Insbesondere wäre es ganz interessant eine Analyse der italienischen Eintragung im Vergleich mit der französischen. Auch der Einfluss der Verfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die *trascrizione* sollte in Betracht gezogen werden und das Interesse der Lehre wieder anregen⁷¹.

Auch wenn die italienische Lehre an der Publizität nicht so sehr interessiert ist, ist Italien ein gutes Beispiel für jeden, der sich mit der Frage beschäftigt, ob Europa ein gemeinsames Publizitätssystem haben kann oder soll.

Am Anfang haben die Italiener gedacht, dass die Änderung des Grundbuchsystems ganz einfach und problemlos gewesen wäre. Man war der Meinung, dass der Gesetzgeber sagen kann, dass ab Morgen wir das französische Modell verabschieden und das deutsche wir übernommen, weil es besser für die Sicherheit des Rechtsverkehrs ist.

Im Lauf der Arbeiten für den neuen *codice civile* wurde das Problem vertieft und es ist sofort klar geworden, dass die Änderung der Publizität nicht nur von dem Willen des Gesetzgebers abhängt. Die Publizität ist wichtig für das ganze Zivilrecht und eine Änderung des Publizitätssystem bringt Folgeerscheinungen über das substantielle Recht mit sich.

Die Regionen, in denen das Grundbuch gilt, kennen, wie gesagt, das Konsensprinzip nicht und die Ersitzung ist beschränkt, wohingegen für das allgemeine italienische Recht Ersitzung und Konsensprinzip sehr wichtig sind.

Die Folge der Publizität für das substantielle Recht sind die Aspekte, die die Änderung der Publizität behindern. In Frankreich und in Italien braucht man keine Eintragung im Register um das Eigentum zu übertragen, in Deutschland schon. Es folgt, dass für Franzosen und Italiener eine rechtsbildende Publizität kein Sinn macht, im Gegensatz eine Publizität mit nur deklaratorischen Wirkungen wäre für die Deutschen bedeutungslos. Außerdem ist die Publizität, wie das Immobilienrecht im allgemein oder die Immobiliensicherheiten, mit dem *lex rei sitae* Prinzip und die Souveränität der Mitgliedstaaten ganz tief verbunden und das macht es schwieriger eine europäische Harmonisierung zu vollziehen⁷². Ich finde, dass das französische Publizitätssystem wirtschaftlich besser ist, man erwirbt das Eigentum einfacher und ohne Formalismus. Umgekehrt wird der Rechtsverkehr mit dem Grundbuchsysteem besser geschützt.

Beide Systeme haben ihre Vor und Nachteile. Die Wahl zwischen den zwei Modellen ist mit der Wahl zwischen Wirtschaft und Sicherheit verbunden und nur der Gesetzgeber kann entscheiden was hat mehr Wert.

⁷¹ So Petrelli, *Trascrizione immobiliare e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. civ., 2014, S. 329 – 349, insb. 329,

⁷² *Fiorentini*, *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari*, in Bussani, *Fiorentini* (Hrsg.), *I contratti di finanziamento e le garanzie del credito nella prospettiva europea - Financial Contracts and Secured Transactions in the European Perspective*, E.U.T. (Trieste 2003), 160.

Außerdem hat die Wahl auch mit Geschichte und Psychologie zu tun. Wenn ein Grundbuch es gab, man kann nicht ganz einfach das Konsensprinzip und den Liegenschaftsregister einführen, weil für die Leute es ganz problematisch zu verstehen wäre, dass das Eigentum mit dem Vertrag und nicht mit der Eintragung überträgt wird und das könnte den Markt von Immobilien und Grundstücke verhindern. Auch wenn es in Europa verschiedene und sehr unterschiedliche Publizitätsregime gibt, man kann trotzdem einige Ähnlichkeiten finden. Überall wird das Grundbuch/Liegenschaftsregister für verschiedene Rechtsakte benutzt, um sie gegenüber Dritten einwendbar und bekannt zu machen. Überall hat die Publizität auch eine Schutzfunktion. Sie schützt den Inhaber des Rechts einer registrierten Sache und die Dritten, die diese Sache erwerben wollen. Gleichzeitig wird auch der Gläubiger geschützt, weil durch die Publizität er das Vermögen seines Schuldners kennen kann.

Meiner Meinung nach wäre es nützlich eine gemeinsame Regelung über die Informatisierung der Publizität in Europa und die Möglichkeit eines direkten und schnelleren Zugangs zu den Registern und Grundbüchern zu geben.

Eine andere offene Frage - die ein gemeinsames Publizitätssystem antworten sollte - ist, ob an eine Begrenzung der Berechtigten zu der Grundbucheinsicht zu hoffen ist. Das Problem bezieht sich auf die Balance zwischen dem Recht zur Information des Dritten und dem Datenschutz des eingetragenen Rechtsinhabers. Also sollte es entschieden werden, ob alle Dritten wissen können wer und was eingetragen hat, oder nur die Dritten, die ein konkretes Interesse haben. Diese letzte Meinung, wäre für mich vorteilhafter, weil die Rechtsordnungen den Datenschutz als Grundrecht respektieren sollen und in verschiedenen Systemen das Informationsrecht der Dritten noch eine Vorherrschaft hat, die nicht mehr gerechtfertigt ist.

Heutzutage erscheint die Erschaffung eines gemeinsamen europäischen Publizitätssystems unvorstellbar. Die Wahl zwischen Grundbuch und Liegenschaftsregister ist von der Geschichte der europäischen Mitgliedstaaten stark geprägt. Zudem wäre eine tiefe Veränderung des materiellen Zivilrechts notwendig, die heute kaum denkbar ist. Eine gemeinsame Regelung der Publizität kann nur eine Folge eines gemeinsamen europäischen Zivilrechts sein. Man könnte das beste der bestehenden Publizitätssysteme nur dann abschätzen, wenn auch die Bedürfnisse des materiellen Rechts umfassend bekannt wären.

Drucken Sie doch einfach. Mit Ihrer Online-Druckerei viaprinto.



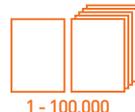
Immer persönlich:

Vom ersten Tag an mit persönlichem Berater an Ihrer Seite.



Immer perfekt:

Bestnoten für Produkt-Qualität, Services und Sicherheit.



1 - 100.000

Immer flexibel:

Bedarfsgerecht in allen Auflagen, Formaten und Versandoptionen.



Immer schnell:

Im Overnight-Service von Deutschlands schnellster Online-Druckerei.

Verbessern Informationspflichten die Rechtsstellung des Verbrauchers? *

von

Dipl.-Jur. Imke Tuma, Osnabrück**

I. Einführung: Informationspflichten im BGB bzw. EGBGB; 1. Anwendungsbereiche; a) Der Vertragstyp als Anknüpfungspunkt; b) Die Umstände des Vertragsschlusses; c) Neuerungen durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie; 2. Unionsrechtlicher Hintergrund; 3. Regelungstechnik; 4. Prämissen beim Einsatz von Informationspflichten; a) Zwecke des Gesetzgebers; b) Informationsmodell; c) Erforderlichkeit einer Pflicht zur Information; II. Wirkungen von Informationspflichten auf die Rechtsstellung des Verbrauchers: Beispiele; 1. Merkmale der Leistungsbeziehung; a) Vertragsschluss als Zäsur; b) Katalog einzelner Informationsgegenstände; aa) Eigenschaft der Ware / Dienstleistung; bb) Angaben zum Vertragspartner; cc) Preis und sonstige Kosten; dd) Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen; ee) Bindungsdauer; ff) Funktionsweise, Schutz und Kompatibilität digitaler Inhalte; 2. Rechte des Verbrauchers und Procedere; a) Gewährleistungsrecht, Garantie, Kundendienst; b) Umgang mit Beschwerden; c) Widerrufsrecht; 3. Dokumentation; III. Zusammenfassung

Als relativ junge und erkennbar im Vormarsch befindliche Erscheinung sind Informationspflichten Gegenstand zahlreicher rechtswissenschaftlicher Beiträge. Ihre Ausweitung gibt regelmäßig Anlass, die belastenden Auswirkungen aufseiten der *Verpflichteten* zu betonen.¹ Der Blick auf die Eignung solcher Pflichten zum Schutz der *Informationsberechtigten* erschöpft sich dagegen zumeist in der überaus prominenten und geradezu unwidersprochenen Feststellung, dass sie mit zunehmender Fülle an Pflichtangaben gefährdet werde.² Das legt bereits nahe, dass der gedankliche Zugang zur Diskussion um die Sinnhaftigkeit von Informationspflichten im Bürgerlichen Recht vielfach zum einen geprägt ist von verhaltensökonomischen Erwägungen und sich zum anderen auf die vorvertragliche Wirkung von Informationspflichten fokussiert.³ Man geht dabei zwar von der Prämisse aus, dass Informationspflichten die „Lage“ des Verbrauchers in irgendeiner

* Der Beitrag beruht auf einer im SS 2014 geschriebenen Studienarbeit, deren Thema (Eignung von Informationspflichten zum Verbraucherschutz) von Herrn Professor Dr. Hans Schulte-Nölke ausgegeben wurde. Sie wurde 2014 mit dem Schindhelm-Förderpreis zum Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück (1. Platz) ausgezeichnet.

** Die Verfasserin ist Promotionsstudentin an der Universität Osnabrück und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Europäische Rechtsgeschichte (Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke) am European Legal Studies Institute in Osnabrück.

¹ Etwa BeckOK/Schmidt-Räntsch § 312c (a.F.) Rn. 1 (2011); *Bierekoven*, MMR 2014, 283 ff.; *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 3, 8; *Haines*, Verbraucher schützende Informationspflichten für Websites: bedarfsgerechte Angaben oder Überregulierung? (2008), S. 264 ff.; *Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in Heldrich (Hg.), FS Canaris (2007) Bd. 1, S. 1991, 1206 f.; *Vander*, MMR 2005, 139, 142; *Wendehorst*, NJW 2014, 577, 581.

² BeckOK/Schmidt-Räntsch § 312c (a.F.) Rn. 1 (2011); *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 3, 7; *Raue*, MMR 2012, 438, 441.

³ Allen voran auch die in den USA geführte Diskussion um „mandated disclosure“, siehe nur *Ben-Shahar/Schneider*, More than you wanted to know (2014), S. 3 ff.

Art verbessern. Der Frage aber, ob und inwiefern aus einer Informationspflicht *konkrete* Vorteile für die *Rechtsposition* des Verbrauchers folgen – vor allem auch im Stadium nach Vertragsschluss – wird kaum nachgegangen. Das Bewusstsein für einen solchen *rechtlichen* Nutzen von Informationspflichten scheint unterentwickelt und damit auch für das Kriterium, dass eine Informationspflicht insbesondere dann einen Beitrag zum Verbraucherschutz leistet, wenn sie dem Verbraucher einen - in *rechtlichen* Kategorien zu bemessenen – Vorteil bringt⁴. In diese Lücke soll vorliegend gestoßen werden, indem eben dieses Kriterium exemplarisch auf Informationspflichten als Maßstab für deren Eignung zum Verbraucherschutz angewendet wird.

I. Einführung: Informationspflichten im BGB bzw. EGBGB

Die hier interessierenden Informationspflichten im Sinne von gesetzlich positivierten Rechtspflichten, nach denen im Kontext eines Vertragsschlusses die eine Seite der anderen Partei bestimmte, genau vorgegebene Angaben zukommen lassen muss,⁵ stellen ein klassisches Instrument im Kanon der gesetzlichen Mittel zum Verbraucherschutz⁶ dar.⁷ In dieser Funktion ist ihre Bedeutung seit den 80er Jahren gewachsen, v.a. im Kontext von gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen.⁸

1. Anwendungsbereiche

Als Materie des Verbraucherschutzes setzen Informationspflichten bei einer vom Gesetzgeber typisierten⁹ Unterlegenheit der einen Partei eines angebahnten oder geschlossenen Vertrags an,¹⁰ die er zu kompensieren sucht.

a) Der Vertragstyp als Anknüpfungspunkt

⁴ Vgl. *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht (2011), Rn. 1; *Gießelmann*, Die gesetzlichen Informationspflichten im Spannungsfeld zwischen Verbraucherschutz und Privatautonomie (2014), S. 32.

⁵ Vgl. zur Terminologie *Hoffmann*, ZIP 2005, 829.

⁶ Vgl. den Überblick bei *Bülow/Artz* [Fn. 4] § 2 Rn. 23.

⁷ Vgl. BT-Drs. 14/2658, S. 37; *Fuchs*, ZIP 2000, 1273, 1274; *Rünz*, Verbraucherschutz im Fernabsatz (2004), S. 37.

⁸ *Börger*, Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten (2010), S. 2; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 28.

⁹ Vgl. dazu *Bydlinski*, AcP 204, 309, 380 ff.; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 132 ff.; *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 253 ff.; *Hk/Schulte-Nölke* Vor §§ 312-312k Rn. 1 (2014).

¹⁰ *Angermann*, Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts (2010), S. 88, 94; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 32, 182; *Grunewald/Pfeifer*, Verbraucherschutz im Zivilrecht (2010), Rn. 8; *Heiderhoff* [Fn. 9], S. 250 f., 258 f.; *Hoffmann*, ZIP 2005, 829, 830; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente (1994), S. 30 ff.; *Schäfer*, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherschutzrechts, in *Grundmann* (Hg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), S. 559, 560; *Vogel*, Vom Anlegerschutz zum Verbraucherschutz (2005), S. 275; zu den Gründen der Unterlegenheit im Einzelnen *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (1983), S. 65 f.; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 168 ff.; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht (2004), S. 46 ff.

Die Schutzbedürftigkeit kann sich zum einen aus den spezifischen Merkmalen des *Vertragsgegenstandes* (z.B. Komplexität, langfristige Folgen) ergeben.¹¹ Entsprechend ordnet das BGB im Besonderen Schuldrecht für bestimmte Vertragstypen Informationspflichten an, nämlich in §§ 482-484 BGB¹² für Verträge über Teilzeit-Wohnrechte (§ 481), langfristige Urlaubsprodukte (§ 481a) sowie Vermittlungs- und Tauschsystemverträge (§ 481b); in §§ 491a-493, 504f. für Verbraucherdarlehen (§ 491 I) und sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen (§ 506); in §§ 655a II 1, 655b für Darlehensvermittlungsverträge (§ 655a I); in § 651a III für Reiseverträge (§ 651a I) und in § 675d für Zahlungsdienste (§ 675c I).

Mit Ausnahme der Informationspflichten i.R.v. Reiseverträgen, Zahlungsdiensten und Behandlungsverträgen (§§ 630c, 630e), für die das Gesetz andere Begriffspaare verwendet, knüpfen die Informationspflichten hier jeweils an das Vorliegen eines Vertrages zwischen einem Unternehmer (§ 14) und einem Verbraucher (§ 13) an.¹³ Es liegt also die Prämisse zugrunde, dass die o.g. durch sie auszugleichende Disparität typischerweise bei einem Verbrauchervertrag i.S.d. Legaldefinition des § 310 III,¹⁴ und zwar zulasten des Verbrauchers besteht, d.h. einer natürlichen Person, die das Geschäft zu Zwecken abschließt, die *überwiegend* weder einer gewerblichen, noch selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind.¹⁵ Dies unterstreicht den Charakter von Informationspflichten als spezifisch zum *Verbraucherschutz* eingesetztes Instrument.

b) Die Umstände des Vertragsschlusses

Zum anderen knüpft der Gesetzgeber die Notwendigkeit, durch Informationspflichten ausgleichend einzuwirken, an bestimmte *Umstände des Vertragsschlusses*, die typischerweise mit einer zuungunsten einer Partei verschobenen Ausgangslage einhergehen (z.B. durch Überrumpelung, fehlende persönliche Inaugenscheinnahme).¹⁶ In diese Gruppe gehörten nach der bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage v.a. die im Allgemeinen

¹¹ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 126; Börger [Fn. 8], S. 30; Dehn, Allgemeine Informationspflichten nach Art. 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, in Wendehorst/Jud (Hg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009), S. 41, 43; Ebers, Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen, in Schulze/Ebers/Grigoleit (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (2003), S. 171, 174; Gießelmann [Fn. 4], S. 227, 240 f., 246; Grigoleit, Die Aufklärungspflichten des acqvis, in Eidemnmüller (Hg.), Revision des Verbraucher-acquis (2011), S. 223, 232; Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht (2005), S. 137 ff.

¹² §§-Angaben im Folgenden seien solche des BGB, soweit nicht anderweitig gekennzeichnet. Zugrunde gelegt ist die ab 13.06.2014 geltende Fassung, falls nicht die alte Rechtslage in Bezug genommen wird (a.F.).

¹³ Beachte allerdings § 512 BGB.

¹⁴ Vgl. dazu Gießelmann [Fn. 4], S. 51.

¹⁵ So ausdr. § 13 n.F., vgl. dazu Hk/Schulte-Nölke § 312 Rn. 2 (2014); Wendehorst, NJW 2014, 577.

¹⁶ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 125; Börger [Fn. 8], S. 22 ff.; Gießelmann [Fn. 4], S. 227, 230 f., 264 f.; Grigoleit in Eidemnmüller [Fn. 11], S. 223, 232; Grunewald/Pfeifer [Fn. 10], Rn. 9; Haines [Fn. 1], S. 24 ff., 129 ff.; Meller-Hannich [Fn. 11], S. 136; Rünz [Fn. 7], S. 39.

Schuldrecht angeordneten Informationspflichten für im Fernabsatz (§ 312c a.F.) und im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312g a.F.) geschlossene Verträge.

c) Neuerungen durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie¹⁷

Das am 13.06.2014 in Kraft getretene Umsetzungsgesetz¹⁸ zur (im Grundsatz vollharmonisierenden¹⁹) Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) hat in der Landschaft der BGB-Informationspflichten Veränderungen ausgelöst. Allgemeine Informationspflichten im Bereich der „besonderen Vertriebsformen“ bestanden zwar im Fernabsatz (jetzt § 312d I 1) und im elektronischen Geschäftsverkehr (jetzt §§ 312i [allerdings unabhängig davon, ob der Kunde Verbraucher ist], 312j) schon zuvor (s.o.). Nach § 312d I 1 gibt es solche aber jetzt auch für Haustürgeschäfte, bei denen bisher lediglich eine Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht galt (§§ 312 II 1, 360 a.F.). Dieser Vertriebstypus geht nunmehr aber in der *weiter gefassten* Kategorie des „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags“²⁰ i.S.d. § 312b (im Folgenden: Außergeschäftsraumvertrag) auf.²¹ Neu in dem Informationspflichtenkomplex ist auch § 312f, der den Unternehmer bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen verpflichtet, dem Verbraucher eine Abschrift oder Bestätigung des Vertrags zur Verfügung zu stellen.²² Für in besonderen Vertriebsformen angebotene Finanzdienstleistungen i.S.d. § 312 V 1 ist eine Ausweitung von Informationspflichten insoweit zu konstatieren, dass sie nicht mehr nur im Fernabsatz (bisher: § 312c a.F.), sondern gem. § 312d II jetzt auch für Außergeschäftsraumverträge gelten. Finanzdienstleistungen sind jedoch nicht Gegenstand der VRRL,²³ sodass der Gesetzgeber in diesem Punkt nicht durch unionsrechtliche Vorgaben gebunden war.²⁴

Mit Ausnahme von § 312i setzen die Pflichten je das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher voraus (vgl. § 312 I/§ 312j). Nicht bloß als Erweiterung, sondern als Novum zu bezeichnen²⁵ ist die Einführung von allgemeinen Informationspflichten generell für entgeltliche Verbraucherverträge (§§ 312 I, 310 III) gem. § 312a I (bei Anrufen) und § 312a II 1. Letztere gelten, abgesehen von den Bereichsausnahmen nach § 312 II-VI, auch

¹⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates [„Haustür-RL“] und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [„Fernabsatz-RL“], ABl. L 304/64.

¹⁸ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013 (BGBl. I S. 3642).

¹⁹ Art. 4 VRRL, Ausnahmen: Art. 5 IV, 6 VIII, 18 IV; vgl. Hk/Schulte-Nölke Vor §§ 312-312k Rn. 2 (2014).

²⁰ Vgl. Art. 2 Nr. 8, 9 VRRL.

²¹ BT-Drs. 17/12637, S. 49 (Regierungsbegründung).

²² Vgl. Art. 7 II, 8 VII VRRL.

²³ Vgl. Art. 3 III lit. d VRRL.

²⁴ BT-Drs. 17/12637, S. 54.

²⁵ Vgl. Schwab/Giesemann, EuZW 2012, 253, 254; Tamm, VuR 2014, 9; Unger, ZEuP 2012, 270, 282.

nicht für Außergeschäftsraum-, und Fernabsatzverträge sowie Finanzdienstleistungen (§ 312a II 3), für die § 312d als Sondervorschrift besteht (s.o.). Die der Umsetzung von Art. 5 I VRRL dienende Anordnung von Informationspflichten in § 312a II 1 betrifft daher den stationären Handel.²⁶

2. Unionsrechtlicher Hintergrund

Die EU räumt der Verbraucherinformation bei ihrer Rechtssetzung ein großes Gewicht ein;²⁷ Informationspflichten stehen heute geradezu im Zentrum des europäischen und dadurch beeinflussten²⁸ nationalen Verbraucherschutzrechts.²⁹

Die Kernparameter, bei welchen *Arten von Vertragsschlüssen* der Verbraucher auf welche *Weise* mit welchen *Informationsinhalten* zu welchem *Zweck* zu versorgen ist, sind hinsichtlich der o.g. im BGB angeordneten Informationspflichten bei Verbraucherverträgen weitgehend durch europäische Vorgaben determiniert: So gehen die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr auf Art. 10, 11 der E-Commerce-Richtlinie³⁰ (§ 312j II) und Art. 8 III VRRL (§ 312j I) zurück. Den §§ 482-484 (Teilzeitwohnrechte etc.) liegt die Timesharing-Richtlinie³¹ (Art. 3-5) zugrunde. Die Pflichten bei Verbraucherdarlehen etc. (§§ 491a-493, 504 f.) und Darlehensvermittlungsverträgen (§§ 655a, 655b) beruhen auf der Verbraucherkreditrichtlinie³² (Art. 4-6, 10-12, 21). Für die Pflichten im neu gestalteten Untertitel über Verbraucherverträge und besondere Vertriebsformen waren v.a. die Art. 5-8 VRRL maßgeblich. Anders als im Fernabsatz (Art. 3-5 Fernabsatzfinanzdienstleistungs-

²⁶ BT-Drs. 17/12637, S. 51; Palandt/*Grüneberg* § 312a nF Rn. 3, Art. 246 EGBGB nF Rn. 1 (2014).

²⁷ *Haines* [Fn. 1], S. 2; *Heiderhoff* [Fn. 9], S. 266 ff.; *Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information (1998), S. 58 ff.; *Lenz/Borchardt/Grub*, Art. 169 Rn. 32 (2013); *Martinek*, Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht, in Grundmann (Hg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), S. 511, 518 f.; *Reich*, Verbraucherrechte als – unverzichtbare – subjektive Rechte passiver Marktbürger, in Grundmann (ebd.), S. 481, 496; *Rösler* [Fn. 10], S. 142.

²⁸ Vgl. *Angermann* [Fn. 10], S. 22; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 99; *Grunewald/Pfeifer* [Fn. 10], Rn. 16 ff.; *Hk/Schulte-Nölke*, Vor §§ 312-312k Rn. 1 (2014).

²⁹ *Angermann* [Fn. 10], S. 85; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 143; *Grigoleit/Faust*, Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen, in Eidenmüller (Hg.), Revision des Verbraucher-acquis (2011), S. 193, 224; *Heiderhoff* [Fn. 9], S. 370 f.; *Staudinger*, ECKPFLEILER DES ZIVILRECHTS (2014) - *Gsell* Kap. L, Rn. 12.

³⁰ RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbes. des elektronischen Rechtsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

³¹ RL 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen.

³² RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

richtlinie³³) sind Informationspflichten für Außergeschäftsraumverträge über Finanzdienstleistungen (§ 312d II) nicht unionsrechtlich vorgegeben (s.o.).

3. Regelungstechnik

Die Umsetzung der harmonisierenden Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber technisch so bewerkstelligt, dass die Frage, „*ob*“ bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Informationspflicht besteht, an der entsprechenden Stelle im Schuldrecht (s.o.) durch das BGB beantwortet wird.³⁴ Teilweise legt dieses auch selbst fest, dass eine Information bestimmten *Inhalts* zu erteilen ist.³⁵

Der weit überwiegende Teil der inhaltlichen Vorgaben für die zu gewährende Information ist aber aus dem BGB ausgelagert. Als „Sammelpool“ der jeweiligen Pflichtangaben diente zunächst³⁶ die aufgrund der im EGBGB enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen (Art. 238, 240, 241 EGBGB³⁷) erlassene BGB-InfoV³⁸; heute hat, mit einer Ausnahme für Reiseverträge (§ 651a III 2 BGB i.V.m. §§ 4 ff. BGB-InfoV), ausschließlich das EGBGB und damit ein formelles Gesetz diese Funktion übernommen. Art. 246 EGBGB a.F., der die bisherigen Pflichtangaben für Fernabsatzverträge und den elektronischen Geschäftsverkehr enthielt, wurde durch Art. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Umsetzung der VRRL geändert und durch drei weitere Artikel ergänzt: Art. 246 regelt jetzt die Informationspflichten nach § 312a II 1 für Verbraucherverträge im stationären Handel; Art. 246a jene für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge gem. § 312d I 1 mit Ausnahme der Finanzdienstleistungen, für die § 312d II auf den neuen Art. 246b verweist. Die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312i I Nr. 2 stehen in Art. 246c; ist der Kunde Verbraucher, verweist § 312j II auf Teile des Art. 246a § 1 I 1. Den *Zeitpunkt und Modus* der Informationserteilung gibt teilweise das BGB vor,³⁹ i.d.R. aber ebenfalls das EGBGB.⁴⁰

4. Prämissen beim Einsatz von Informationspflichten

a) Zwecke des Gesetzgebers

³³ RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

³⁴ Zur Umsetzungstechnik auch *Angermann* [Fn. 10], S. 211 ff.

³⁵ Z.B. §§ 312a I; 312j I; 482 II; 493 I, II.

³⁶ Vgl. *Gießelmann* [Fn. 4], S. 271 f.; Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts* (2014) - *Gsell* Kap. L, Rn. 13.

³⁷ Art.-Angaben im Folgenden seien solche des EGBGB. Zugrunde gelegt ist die ab dem 13.06.2014 geltende Fassung, soweit nicht anderweitig gekennzeichnet (a.F.).

³⁸ Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung).

³⁹ Vgl. §§ 482 I, 482a.

⁴⁰ Vgl. Art. 246 I, III 1, 2; 246a § 4; 246b § 1 I, § 2 I; Art. 247 § 1.

An der VRRL lässt sich exemplifizieren, welchem übergreifenden Zweck die Unionsrechtssetzung in Gestalt von Informationspflichten verschrieben ist. Durch Rechtsangleichung, v.a. in Bereichen, die für den grenzüberschreitenden Handel prädestiniert erscheinen (wie Fernabsatz, E-Commerce), mit der qualitativen Maßgabe, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu etablieren (Art. 169 I, II lit. a AEUV),⁴¹ sollen die Marktteilnehmer zur grenzüberschreitenden Aktivität ermutigt werden – indem das Hemmnis für *Unternehmer*, sich auf eine Vielzahl von mitgliedstaatlichen Einzelregeln einstellen zu müssen, abgebaut,⁴² aber auch die Verunsicherung des *Verbrauchers* angesichts unterschiedlicher und ungewisser nationaler Standards oder mangelnder Vergleichbarkeit der Angebote geschmälert wird.⁴³ Das erklärt den (voll)harmonisierenden Ansatz des Unionsgesetzgebers (Art. 4 VRRL) und sein Berufen auf die Binnenmarkt-Kompetenz (Art. 114 AEUV).

Verallgemeinern lässt sich, dass Informationspflichten Informationsdefizite ausgleichen sollen.⁴⁴ Jenseits des spezifisch unionsrechtlichen Strebens nach grenzüberschreitendem Handel wird dies, je nach politischer Tonart, auf einerseits soziale (Schutz des Verbrauchers als der strukturell unterlegenen Partei), andererseits marktbezogene Gründe gestützt.⁴⁵ Für jeden Wirtschaftsverkehr gilt nämlich die wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis,⁴⁶ dass sich Informationsasymmetrie (hier: typisierend zulasten des Verbrauchers)⁴⁷ auf die Funktionsfähigkeit des Marktes negativ auswirkt.⁴⁸

b) Informationsmodell

⁴¹ Erwägungsgrund 3 der VRRL; vgl. *Heiderhoff* [Fn. 9], S. 224 ff., 334; *Meller-Hannich* [Fn. 11], S. 72; *Reich* in Grundmann [Fn. 27], S. 481, 490.

⁴² Vgl. *Gießelmann* [Fn. 4], S. 493 f.

⁴³ Erwägungsgründe 5, 6, 7 der VRRL; BT-Drs. 17/12637, S. 74; vgl. jenseits der VRRL: *Angermann* [Fn. 10], S. 72; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 28; *Meller-Hannich* [Fn. 11], S. 182; *Vogel* [Fn. 10], S. 232 ff., 253 ff.

⁴⁴ *Rünz* [Fn. 7], S. 38; vgl. *Angermann* [Fn. 10], S. 90; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 447; *Grigoleit* [Fn. 11], S. 223, 229; *Kemper* [Fn. 10], S. 63.

⁴⁵ Vgl. *Angermann* [Fn. 10], S. 82; *Börger* [Fn. 8], S. 8 f., 12 ff.; *Dehn* [Fn. 11], S. 41, 42; *Faust/Grigoleit* [Fn. 29], S. 193, 194; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 32; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht: Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011), S. 136 ff.

⁴⁶ Grundlegend *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488-500; vgl. dazu auch *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik (2010), S. 258 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), S. 370 ff.

⁴⁷ Vgl. zu den Informationsdefiziten im Einzelnen *Kemper* [Fn. 10], S. 37 ff.; zu den Ursachen *Angermann* [Fn. 10], S. 28 ff.

⁴⁸ Vgl. *Angermann* [Fn. 10], S. 32 f.; *Basedow*, AcP 200, 445, 486 f.; *Börger* [Fn. 8], S. 11; *Dauner-Lieb* [Fn. 10], S. 64; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 184; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1137; *Kötz*, JuS 2003, 209, 212; *Mota Pinto*, Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht, in *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (2003), S. 157, 159; *Oehler*, VuR 2006, 294, 297; *Rösler* [Fn. 10], S. 27 ff.; *Vogel* [Fn. 10], S. 22 f.

Sowohl der den einzelnen Pflichten zugrunde liegende gesetzgeberische Zweck i.e.S. (z.B. Schutz vor Überrumpelung, Gewährleistung der Entschlussfreiheit)⁴⁹, als auch der konzeptionell verfolgte Zweck i.w.S. (z.B. Stärkung des Marktes) basiert gedanklich auf der Prämisse, dass die Verfügbarkeit von Informationen dem Verbraucher im Kontext der Vertragssituation weiterhilft. Das setzt ein bestimmtes Leitbild des „mündigen“ Verbrauchers voraus, der in der Lage ist, seine Interessen (v.a. im Hinblick auf die Ausgewogenheit des Vertrags) hinreichend wahrzunehmen, sofern er nur angemessen informiert ist, sog. Informationsmodell.⁵⁰ Dieses liegt auf europäischer Ebene dem Vertrauen in Informationspflichten zugrunde.⁵¹

Das Modell ist Gegenstand von Einschränkungen und Kritik.⁵² Abgesehen von der teilweise prinzipiellen Infragestellung des Verbraucherleitbilds, d.h. der Forderung nach einer stärkeren Orientierung an der Wirklichkeit⁵³ bzw. nach Zugrundelegung eines eher unmündigen und flüchtigen Verbrauchers,⁵⁴ ist wohl die Erkenntnis, dass in quantitativer Hinsicht ein Grenznutzen von Information besteht,⁵⁵ unbestritten: Mit zunehmender Fülle an Informationen wächst die Unübersichtlichkeit, gleichzeitig sinkt die Fähigkeit des Verbrauchers zur Aufnahme und Verarbeitung.⁵⁶ Auch Verbraucherverbände mahnen im Kontext der Einführung neuer Informationspflichten deren Umfang an.⁵⁷

Hinzu kommen die Grenzen, die sich zwingend aus dem Charakter eines *Modells* ergeben, das nur als Arbeitsgrundlage dienen und nicht die Wirklichkeit umfassend

⁴⁹ Vgl. MüKo/Wendehorst § 312c (a.F.) Rn. 2 (2012).

⁵⁰ Dazu BeckOK/Schmidt-Räntsch § 312c (a.F.) Rn. 1 (2011); Bydlinski, AcP 204, 309, 362; Dauner-Lieb [Fn. 10], S. 63; Gießelmann [Fn. 4], S. 109; Grunewald/Pfeifer [Fn. 10], Rn. 10; ausführl. Kind [Fn. 27], S. 38 ff.; Meller-Hannich [Fn. 11], S. 226; Schön [Fn. 1], S. 1191, 1193 ff.; Staudinger/Kannowski § 13 Rn. 4 (2013); Tamm [Fn. 45], S. 138 f.

⁵¹ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 85 ff.; Dehn [Fn. 11], S. 41, 42; Gießelmann [Fn. 4], S. 114 ff.; Heiderhoff [Fn. 9], S. 282; Martinek [Fn. 27], S. 511, 514; Roth, JZ 2001, 475, 480; Rudkowski/Werner, MMR 2012, 711, 712; Tamm [Fn. 45], S. 151. Für das Leitbild der Rspr. s. EuGH, 20.02.1979 – Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649.

⁵² Vgl. Gießelmann [Fn. 4], S. 353.

⁵³ Vgl. Brönneke/Oehler/Tamm u.a., Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, Ist der „mündige Verbraucher“ ein Mythos? Auf dem Weg zu einer realistischen Verbraucherpolitik (2012), abrufbar unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ministerium/Beiraete/Verbraucherpolitik/2012_12_MuendigerVerbraucher.pdf?__blob=publicationFile; Martinek [Fn. 27], S. 511, 529 f.

⁵⁴ Tamm [Fn. 45], S. 157 ff.

⁵⁵ Angermann [Fn. 10], S. 77 f.; BeckOK/Schmidt-Räntsch § 312c (a.F.) Rn. 1 (2011); Börger [Fn. 8], S. 44; Ebers [Fn. 11], S. 171, 180; Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 3, 7; Gießelmann [Fn. 4], S. 357 f.; Haines [Fn. 1], S. 17, 262; Heiderhoff [Fn. 9], S. 269; Martinek [Fn. 27], S. 511, 522 f.; Raue, MMR 2012, 438, 441; Roth, JZ 2001, 475, 480; Vogel [Fn. 10], S. 249.

⁵⁶ Vgl. Ben-Shahar/Schneider [Fn. 4], S. 101 ff.; Härting/Schirmbacher, CR 2002, 809, 812; Kind [Fn. 27], S. 467; Kroeber-Riel/Weinberg/Gröppel-Klein, Konsumentenverhalten (2009), S. 421; Kuhlmann, Verbraucherpolitik (1990), S. 335; Rünz [Fn. 7], S. 50, 99.

⁵⁷ Vgl. Gurkmann, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie (2013), S. 11, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2839&id=1217>.

beschreiben soll: Freilich ist nicht jeder Verbraucher⁵⁸ in jeder Situation in der Lage, jede Information wahrzunehmen, die sich aus ihr ergebenen Schlüsse zu ziehen und diese dann noch rational in das eigene Verhalten umzusetzen.⁵⁹ Jenseits der Schwächen eines Modells kann aber die Prämisse, dass Informationen *grds.* ein geeignetes Mittel darstellen, um die Position des Verbrauchers zu verbessern, als anerkannt gelten.⁶⁰

c) *Erforderlichkeit einer Pflicht zur Information*

Ist eine Information erst einmal erteilt, mag sie dem Verbraucher in rechtlicher Hinsicht mehr oder weniger nutzen. Eine davon zu trennende Frage ist, ob es einer gesetzlichen *Verpflichtung* des Unternehmers bedarf, damit dieser sie preisgibt. Die Erforderlichkeit der jeweiligen *Pflicht* zur Information lässt sich, je nach Informationsgegenstand, vielfach nach einem der folgenden drei Gesichtspunkte in Zweifel ziehen: Erstens kann man hinsichtlich vieler Angaben argumentieren, dass der Unternehmer schon aus eigenem Interesse auf sie aufmerksam machen wird (etwa zu Werbezwecken, weil sie für die Attraktivität der Leistung sprechen). Zweitens gibt es Pflichtinformationen, die nur die Gesetzeslage wiedergeben (z.B. Bestehen eines Gewährleistungsrechts), sodass man den Informationsberechtigten prinzipiell auch auf einen Blick ins Gesetz verweisen könnte. Drittens besteht für einen Teil der Inhalte ohnehin schon die Notwendigkeit ihrer Angabe, sei es von Gesetzes wegen (PAngV) oder aufgrund allgemeiner Vertragslehre, die eine Einigung jedenfalls über die *essentialia negotii* verlangt und Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht nur rechtsverbindlich sein lässt, wenn die Parteien darüber auch eine Einigung erzielt haben.

Der *Mehrwert* der *Pflichtangaben* kann aber zumindest darin gesehen werden, dass sie vom Unternehmer, der zudem gem. § 312k II insoweit beweisbelastet ist, explizit erteilt werden müssen, gar gewissen Formvorgaben unterworfen sind und so – verglichen mit oftmals nur durch Auslegung der Gesamtumstände zu ermittelnden Vertragsinhalten – für den Verbraucher und andere Marktteilnehmer die Rechtsklarheit erhöhen bzw. bei Informationen, die sich auch aus dem Gesetz ergeben würden, den Verbraucher davon dispensieren, die gesetzliche Regelung kennen oder ermitteln zu müssen.

⁵⁸ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 44.

⁵⁹ Vgl. Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218 f.; Gießelmann [Fn. 4], S. 207, 363; Heiderhoff [Fn. 9], S. 367; Martinek [Fn. 27], S. 511, 529; Rösler [Fn. 10], S. 17 ff.; Vogt, Wie viel Information braucht der Durchschnitt?, in Genzow/Schulte-Nölke (Hg.), FS Graf v. Westphalen (2010), S. 741, 745.

⁶⁰ Vgl. Dauner-Lieb [Fn. 10], S. 105; Gießelmann [Fn. 4], S. 445; Grundmann, JZ 2000, 1133, 1137; Grunewald/Pfeifer [Fn. 10], Rn. 10; Heiderhoff [Fn. 9], S. 367; Kemper [Fn. 10], S. 218, 507; Martinek [Fn. 27], S. 511, 520; Tamm [Fn. 45], S. 41.

II. Wirkungen von Informationspflichten auf die Rechtsstellung des Verbrauchers: Beispiele

Die vom BGB angeordneten und im EGBGB näher beschriebenen Informationen lassen sich anhand verschiedener Kriterien ordnend zusammenfassen. In Betracht kommt etwa eine Einteilung nach den Normadressaten.⁶¹ Ferner kann man danach unterscheiden, *wann* die Informationen zu erteilen sind.⁶² Oft muss dies *vor* Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers geschehen sein.⁶³ Unmittelbar *nach* dem Vertragsschluss dagegen kommen v.a. Pflichten zum Tragen, die die Aushändigung von Vertragsdokumenten (meist einschl. Pflichtangaben) beinhalten.⁶⁴ Auch wird der Verbraucher zuweilen mit Informationsrechten ausgestattet, die erst im Laufe der Vertragslaufzeit bestehen.⁶⁵

Hinsichtlich des *Inhalts* der Informationen lässt sich folgende Grobeinteilung treffen.⁶⁶ Eine große Gruppe betrifft Merkmale der Leistungsbeziehung, wobei man weitere Unterkategorien bilden kann (Vertragspartner,⁶⁷ Leistung, Gegenleistung/Kosten und deren Abwicklung, Umfang der Bindung⁶⁸). Zweitens gibt es Pflichtinformationen über Rechte des Verbrauchers und ggf. das entsprechende Procedere.⁶⁹ In den Kontext der Informationspflichten gehören⁷⁰ drittens auch die der Dokumentation des Vereinbarten dienenden Vorschriften.⁷¹ Dieser Kategorisierung folgend soll nunmehr anhand von Beispielen aus den im stationären Handel (§ 312a II 1) sowie bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen (§ 312d I 1) geltenden Vorschriften (Art. 246, 246a) exemplarisch veranschaulicht werden, welchen möglichen konkreten rechtlich relevanten Nutzen eine Pflichtinformation für den Verbraucher haben kann.

1. Merkmale der Leistungsbeziehung

Betrachtet werden zunächst die dem Art. 246 I und Art. 246a § 1 I 1 gemeinsamen *leistungsbezogenen* Informationspflichten. Sie gelten vorvertraglich.

⁶¹ Vgl. dazu *Gießelmann* [Fn. 4], S. 210; *Hoffmann*, ZIP 2005, 829, 830.

⁶² *Ebers* [Fn. 11], S. 171, 179; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 211; *Hoffmann*, ZIP 2005, 829, 830.

⁶³ So § 312a II 1 i.V.m. Art. 246 I; § 312d I 1 i.V.m. Art. 246a § 4 I; § 312d II i.V.m. Art. 246b § 1 I; § 491a I i.V.m. Art. 247 § 1; § 482 I 1; § 482a S. 1; § 312j [unmittelbar vor Abgabe der Bestellung].

⁶⁴ § 312f; § 484 III 1; § 492 III 1.

⁶⁵ § 312d II i.V.m. Art. 246b § 2 II; 493.

⁶⁶ Angelehnt an *Börger* [Fn. 8], S. 30 ff.; *Ebers* [Fn. 11], S. 171, 176.

⁶⁷ § 312a II 1 i.V.m. Art. 246 I Nr. 2; § 312d I 1 i.V.m. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 2, 3; § 312d II i.V.m. Art. 246b § 1 Nr. 1-4; § 491a I i.V.m. Art. 247 § 3 I Nr. 1.

⁶⁸ § 312a II 1 i.V.m. Art. 246 I Nr. 1, 3, 4, 6-8; § 312d I 1 i.V.m. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 1, 4-7, 11-15; § 312d II i.V.m. Art. 246b § 1 Nr. 5-11, 13, 14; § 491a I i.V.m. Art. 247 § 3 I Nr. 2-12.

⁶⁹ § 312a II 1 i.V.m. Art. 246 I Nr. 5, III; § 312d I 1 i.V.m. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 8-10, 16, II, III; § 312d II i.V.m. Art. 246b § 1 Nr. 12, 15-19; § 491a I i.V.m. Art. 247 § 3 I Nr. 13-16.

⁷⁰ Vgl. *Wendehorst*, NJW 2014, 577, 581.

⁷¹ § 312f; § 484 III 1; § 492 III 1.

a) *Vertragsschluss als Zäsur*

Bei der Betrachtung von Vorteilen, die sich für den Verbraucher aus den hier untersuchten leistungsbezogenen Informationspflichten ergeben, ist zwischen der Phase vor und nach Vertragsschluss zu unterscheiden.⁷²

Entsprechend ihrer Geltung im Vorfeld der Einigung und unabhängig von deren Zustandekommen sind diese Pflichten nach der gesetzgeberischen Konzeption primär auf einen Schutz des Verbrauchers bereits *vor* dem Vertragsschluss gerichtet: Sie sollen die Bewertung der Leistung, den Vergleich mit Konkurrenzangeboten⁷³ und damit eine überlegte und eigenverantwortliche Entscheidung für oder gegen einen Vertragsschluss,⁷⁴ eine störungsfreie Willensbildung⁷⁵ ermöglichen und damit sicherstellen, dass der Vertragsinhalt den Vorstellungen des Verbrauchers entspricht.⁷⁶ So gewendet klingt dies nach einem *ökonomischen* Zweck i.S.d. Abbaus von Informationsasymmetrie⁷⁷ (s.o.) und der Herstellung von Markttransparenz. Eine fundierte Entscheidungsgrundlage sicherzustellen, ist aber auch nach *rechtlichen* Gesichtspunkten erstrebenswert – nämlich zwecks Gewährleistung der Privatautonomie⁷⁸ in einem material verstandenen Sinne.⁷⁹ Privatautonomie ist das Prinzip der Selbstbestimmung der Person, d.h. der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen,⁸⁰ – hier des Verbrauchers. Unabhängig von der (eher empirischen) Frage, ob dieser ein durch Pflichtangaben erweitertes Informationsangebot tatsächlich in Anspruch nimmt und er es (als eher ökonomische Frage) aus rationaler Sicht nutzen sollte, verschafft ein solches jedenfalls die Chance einer selbstbestimmten Entscheidung.⁸¹

Für letztere ist eine Information umso wichtiger, je mehr Relevanz sie für den Vertragsentschluss hat, je mehr sie von der Vorstellung abweicht, die der Verbraucher ohne die Mitteilung hätte, je weniger dieser bei einer wegen Fehlens der Information „falschen“ Entscheidung abgesichert ist und je schwieriger es für ihn wäre, die Information ohne eine

⁷² Vgl. Ebers [Fn. 11], S. 171, 179.

⁷³ Börger [Fn. 8], S. 90; Dehn [Fn. 11], S. 41, 42; MüKo/Wendehorst § 312c (a.F.) Rn. 22 (2012); Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht (2006) § 12 Rn. 281; Tamm, VuR 2014, 9, 10.

⁷⁴ Angermann [Fn. 10], S. 138, 282; Gießelmann [Fn. 4], S. 213, 288; Meller-Hannich [Fn. 11], S. 207, 227.

⁷⁵ Angermann [Fn. 10], S. 227, 277.

⁷⁶ Vgl. Faust, Generalklauselartige Aufklärungspflicht, in Eidenmüller (Hg.), Revision des Verbraucheracquis (2011), S. 201, 219.

⁷⁷ Vgl. Vogel [Fn. 10], S. 271.

⁷⁸ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 63; Bülow/Artz [Fn. 4], § 1 Rn. 3; Bydlinski, AcP 204, 309, 362; Gießelmann [Fn. 4], S. 185, 209, 484 f.; Kemper [Fn. 10], S. 33 ff., 186; Meller-Hannich [Fn. 11], S. 180, 222; Mota Pinto [Fn. 48], S. 157, 159 f.

⁷⁹ Vgl. zum Begriffspaar der formalen und materialen Vertragsfreiheit Canaris, AcP 200, 273 ff.; Heiderhoff [Fn. 9], S. 307 ff.

⁸⁰ Angermann [Fn. 10], S. 47; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 (1992), § 1 I.

⁸¹ Vgl. Gießelmann [Fn. 4], S. 361.

entsprechende Pflicht zu erlangen – und sei es, weil er das Informationsbedürfnis gar nicht erkennt.⁸²

Für die Bedeutung der Pflichtangaben *nach* der Einigung ist entscheidend, inwiefern sie sich auf den Vertragsinhalt auswirken und dadurch Rechtsverbindlichkeit erlangen.⁸³ Für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge legt § 312d I 2 fest, dass die in Erfüllung der Informationspflicht gemachten Angaben – vorbehaltlich einer abweichenden Vertragsabrede – *Inhalt des Vertrags* werden. Auffällig ist, dass es an einer entsprechenden Vorschrift für allgemeine Verbraucherverträge fehlt.⁸⁴ Aus systematischen Erwägungen ließe sich daher ein *argumentum e contrario* erwägen.⁸⁵ Solches ist vom Gesetzgeber jedoch nicht gewollt. Vielmehr hielt er nach den Materialien eine dem § 312d I 2 entsprechende Regelung für nicht notwendig, da viele der in Art. 246 genannten Informationen auch nach den allgemeinen Vertragsregeln Bestandteil der Vertragserklärungen seien und als solche Vertragsinhalt werden könnten.⁸⁶ Die Frage, welche rechtliche Relevanz vorvertraglichen Pflichtangaben im *Stadium der Vertragsabwicklung* zukommen kann, soll im Folgenden jeweils besonders beleuchtet werden.

b) Katalog einzelner Informationsgegenstände

aa) Eigenschaft der Ware / Dienstleistung

Gem. Art. 246 I Nr. 1 und 246a § 1 I 1 Nr. 1 muss der Unternehmer über die wesentlichen Eigenschaften der Waren bzw. Dienstleistung informieren. Notwendig ist eine Beschreibung, aus der der Verbraucher die für seine Entscheidung maßgeblichen Merkmale entnehmen kann.⁸⁷ Es stellt sich die Frage, ob der Verbraucher diese gesetzliche Vorgabe – neben von ihr ausgehenden positiven Effekten für seine Entscheidungsbasis bei der Geschäftsabwägung (s.o.) – auch nach Vertragsschluss konkret rechtlich für sich fruchtbar machen kann. In Betracht kommen Konsequenzen für das Gewährleistungsrecht.⁸⁸

Bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen wird die in Erfüllung der Informationspflicht gemachte Angabe gem. § 312d I 2 grds. Vertragsbestandteil. Im Kontext eines Kauf- oder Werkvertrags ließe sich diese dann wohl als ausdrückliche Beschaffenheitsver-

⁸² So *Faust* [Fn. 76], S. 201, 207 ff.

⁸³ Vgl. dazu *Angermann* [Fn. 10], S. 236; *Gießelmann* [Fn. 4], S. 327; *Meller-Hannich* [Fn. 11], S. 207, 226 f.

⁸⁴ Vgl. *Tonner*, VuR 2013, 443, 445.

⁸⁵ So auch Stellungnahme des BR, BT-Drs. 17/12637, S. 89.

⁸⁶ BT-Drs. 17/12637, S. 97; vgl. *Dehn* [Fn. 11], S. 41, 43.

⁸⁷ BT-Drs. 17/12637, S. 74; Palandt/*Grüneberg* Art. 246 EGBGB nF Rn. 5 (2014); *Tamm*, VuR 2014, 9, 10.

⁸⁸ Vgl. dazu *Börger* [Fn. 8], S. 91.

einbarung gem. § 434 I 1 bzw. § 633 II 1 einordnen. Das hat zur Folge, dass bei Fehlen einer i.R.d. Pflichtinformation aufgeführten Eigenschaft automatisch ein Sachmangel vorliegt und dem Verbraucher damit (teils verschuldensunabhängige) Mängelrechte⁸⁹ offenstehen. Da der Unternehmer mit der Angabe andererseits nur seiner gesetzlichen Pflicht nachkommt, lässt sich eine Garantieübernahme hingegen daraus nicht per se ableiten.⁹⁰ Hinsichtlich Ansprüchen aus c.i.c. sowie Anfechtungsrechten (§§ 119, 123) wäre hier das Spezialitätsverhältnis zum Gewährleistungsrecht⁹¹ zu beachten.

Dem Automatismus könnte der Unternehmer zwar durch die Möglichkeit einer von § 312d I 2 abweichenden Vertragsabrede entgehen. Die muss aber erstens ausdrücklich erfolgen, sodass z.B. ein Schweigen auf später überlassene AGB nicht genügt.⁹² Zweitens kann sich der Unternehmer hier leicht dem Vorwurf widersprüchlichen (§ 242),⁹³ unlauteren oder intransparenten Verhaltens ausgesetzt sehen.⁹⁴

Bei allgemeinen Verbraucherverträgen (stationärer Handel) fehlt es zwar an einer § 312d I 2 entsprechenden, die Angaben in den Vertragsinhalt einführenden Vorschrift. Zum einen ist aber kaum vorstellbar, wie ein Unternehmer in lauterer, also nicht irreführender (§ 5 I 2 Nr. 1 UWG), und dem Verständlichkeitsgebot (Art. 246 I) genügender, nicht widersprüchlicher (§ 242) Weise im Vorfeld bestimmte Merkmale seiner Leistung ausweist, sich aber bei bzw. nach Vertragsschluss an dieser Aussage nicht festhalten lässt.

Bedenkt man zum anderen die o.g. vorvertraglichen Pflichtangaben zugrunde liegende Prämisse, dass der Verbraucher auf ihrer Grundlage eine fundierte Entscheidung über den Vertragsschluss trifft, so muss seine auf diesen gerichtete Erklärung gem. §§ 133, 157 aus Sicht des Unternehmers so ausgelegt werden, dass ihr dessen Aussagen zu Eigenschaften der Ware/Dienstleistung stillschweigend zugrunde liegen.⁹⁵ So ließe sich regelmäßig eine konkludente Beschaffenheitsabrede begründen,⁹⁶ womit bei Abweichungen der Weg zu Mängelrechten eröffnet wäre.

⁸⁹ Bei Kauf- oder Werkverträgen insbes. das Recht auf Nacherfüllung (§§ 439; 635), zur Minderung (§§ 441; 638), zum Schadensersatz (§§ 280 ff.) oder zum Rücktritt (§§ 323 ff.).

⁹⁰ Vgl. MüKo/Wendehorst § 312c (a.F.) Rn. 23 (2012).

⁹¹ Vgl. BGHZ 180, 205, 210 ff.; BGH, NJW 2010, 858, 859; NJW-RR 2011, 462, 463 f.

⁹² BT-Drs. 17/12637, S. 54; Palandt/Grüneberg § 312d nF Rn. 2 (2014).

⁹³ BT-Drs. 17/12637, S. 54.

⁹⁴ Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 3, 6.

⁹⁵ Vgl. Hoffmann, ZIP 2005, 829, 836.

⁹⁶ In diese Richtung auch Angermann [Fn. 10], S. 237, 282; Gießelmann [Fn. 4], S. 316 f.; Wendehorst, NJW 2014, 577, 578 f.; im Kontext der Fernabsatzrichtlinie wurde dies uneins beurteilt, dagegen: BeckOK/Schmidt-Räntsch Art. 246 EGBGB (a.F.) Rn. 12 (2011); Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1280 (noch zu § 459 II BGB i.d. bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung), dafür: Micklitz/Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht (1998), S. 17 (Tz. 37), 36 (Tz. 76) (ebenfalls zu § 459 II BGB a.F.). Der RegE (BT-Drs.

Für das Kaufrecht sieht § 434 I 3 explizit vor, dass ein Sachmangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 auch dann vorliegt, wenn es an Eigenschaften fehlt, die ein Käufer „nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers [...] insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann“.⁹⁷ Insgesamt dürfte die o.g. Wirkung der Pflichtangabe also auch ohne deren gesetzliche Einbeziehung in den Vertrag weitgehend eintreten.

Zusammenfassend befördert die thematisierte Informationspflicht nicht nur, dass der Verbraucher vorvertraglich jeweils über die Kerneigenschaften der Ware/Dienstleistung im Bilde ist (Stärkung der Privatautonomie), sondern sichert auch deren mängelrechtliche Durchsetzung ab. Ließe sich zwar in Bezug auf die hier erfassten wesentlichen Eigenschaften auch ohne die Pflichtangabe nicht selten ein Sachmangel durch Auslegung begründen, so führt sie aber doch für den Verbraucher zu mehr Rechtssicherheit und erspart ihm eine ggf. aufwendigere Herleitung mithilfe von §§ 434 I 2 Nr.1/2; 633 II 2 Nr. 1/2.⁹⁸ Das sind konkrete Vorteile, die die Lage des Verbrauchers also i.S.d. Verbraucherschutzes verbessern können.

bb) Angaben zum Vertragspartner

Die Pflicht, Informationen zur Identität des Vertragspartners zu gewähren, ist für allgemeine Verbraucherverträge (Art. 246 I Nr. 2: bspw. Handelsname, Anschrift der Niederlassung, Telefonnummer) und für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge (hier ggf. mit zusätzlichen Angaben zu Faxnummer, E-Mail-Adresse und zum Unternehmer, in dessen Auftrag gehandelt wird, Art. 246a § 1 I 1 Nr. 2, 3) in unterschiedlicher Ausführlichkeit vorgesehen.

Die Pflichtinformation verfolgt einerseits marktordnungsrechtliche Funktionen: Die so hergestellte Anbietertransparenz können andere Marktteilnehmer nutzen, wenn sie z.B. Sanktionen wegen Rechtsverstößen und unlauterer Geschäftspraktiken einleiten wollen.⁹⁹

Andererseits ist – individualschützend – auch bezweckt, es dem Verbraucher zu ermöglichen, etwaige Ansprüche gegen den Unternehmer schnell und effektiv geltend zu

14/2658, S. 38 f.) sagte dazu, eine zugesicherte Eigenschaft sei nicht automatisch gegeben, könne aber Ergebnis der Auslegung i.R.d. Kaufrechts sein.

⁹⁷ Vgl. dazu auch *Aigner/Hofmann*, Fernabsatzrecht im Internet (2004), S. 205 Rn. 297; *Börger* [Fn. 8], S. 91; *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien (2011) - *Micklitz/Schirmbacher* § 312c (a.F.) Rn. 213.

⁹⁸ *Krit. Grigoleit* [Fn. 11], S. 223, 240.

⁹⁹ *Börger* [Fn. 8], S. 88.

machen.¹⁰⁰ Der Verbraucher verfügt so jedenfalls über den Namen sowie die ladungsfähige Anschrift des Unternehmers und kennt dessen Rechtsform.¹⁰¹ In Kenntnis letzterer kann der Verbraucher mögliche mit dieser verbundene Risiken in die Entscheidung über den Vertragsschluss einbeziehen.¹⁰²

Die ladungsfähige Anschrift ist spätestens dann unverzichtbar, wenn der Verbraucher zur Durchsetzung seiner Rechte den Klageweg beschreiten will (§ 253 II Nr. 1 ZPO).¹⁰³ Aber auch schon früher setzt der Gebrauch von Rechten gegenüber dem Unternehmer – sei es durch eine Widerrufs- (§ 355 I 2), Anfechtungs- (§ 143 I), Minderungs- (§ 441 I 1) oder Rücktrittserklärung (§ 349), eine Fristsetzung im Kontext der Aufforderung zur Nacherfüllung oder eine Mahnung¹⁰⁴ – stets die Kontaktherstellung voraus. Die anbieterbezogene Informationspflicht erweist sich daher als wertvoll, um bestehende Rechte praktisch ausüben zu können.

cc) Preis und sonstige Kosten

Die Angabe des Gesamtpreises einschl. aller Steuern, Abgaben (subsidiär: Art der Preisberechnung) und aller zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten (subsidiär: Hinweis auf Möglichkeit zusätzlicher Kosten) ist vorgesehen in Art. 246 I Nr. 3 und Art. 246a § 1 I 1 Nr. 4 (mit weiteren Informationen zu Kosten in Nr. 5, 6). Diese Mitteilung soll es dem Verbraucher ermöglichen, die gesamte finanzielle Belastung, die er durch das Geschäft eingeht, zu überblicken.¹⁰⁵ Vor dem Vertragsschluss hat dies Vorteile für die Privatautonomie des Verbrauchers (belastbare Entscheidungsgrundlage) sowie solche ökonomischer Natur (Vergleichbarkeit, Markttransparenz, Rechtsklarheit¹⁰⁶).

Rechtlich relevant ist v.a. die vertragliche Folge, dass hinsichtlich nicht ausgewiesener Kosten kein Zahlungsanspruch besteht. So sehen es § 312a II 2 (Verbraucherverträge) und § 312e (Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge) vor. Zwar ist auch nach allgemeiner Vertragslehre nur das geschuldet, was (nach Auslegung) Gegenstand der Einigung war; die genannten Vorschriften können aber die Rechtsanwendung in diesem Punkt vereinfachen¹⁰⁷ und sollen einen Anspruch darüber hinaus selbst dann ausschließen, wenn der Verbraucher zugestimmt hat, einen bestimmten Kostenpunkt zu übernehmen, der Unter-

¹⁰⁰ MüKo/Wendehorst § 312c (a.F.) Rn. 20 (2012); vgl. *Grigoleit* [Fn. 11], S. 223, 237; *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher* [Fn. 97], § 312c (a.F.) Rn. 83.

¹⁰¹ Palandt/*Grüneberg* Art. 246 EGBGB nF Rn. 6 (2014).

¹⁰² *Bürger* [Fn. 8], S. 36.

¹⁰³ Vgl. *Musielak/Foerste* § 253 Rn. 2d (2014); *Rünz* [Fn. 7], S. 78.

¹⁰⁴ Auch diese sind empfangsbedürftig, vgl. *Hk/Schulze* § 323 Rn. 5, § 286 Rn. 8 (2014).

¹⁰⁵ *Bürger* [Fn. 8], S. 92.

¹⁰⁶ *Dehn* [Fn. 11], S. 41, 58.

¹⁰⁷ *Schomburg*, VuR 2014, 18, 19.

nehmer aber dessen formal korrekte Angabe versäumt hat.¹⁰⁸ Die Informationspflicht schützt damit insgesamt wirkungsvoll gegen versteckte Zusatzkosten und trägt auf diese Weise zum Verbraucherschutz bei.

dd) Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen

Gem. Art. 246 I Nr. 4 und 246a § 1 I 1 Nr. 7 ist über etwaige Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie den Termin zu informieren, bis zu dem sich der Unternehmer verpflichtet hat, die Waren zu liefern oder die Dienstleistungen zu erbringen. Wann und wie¹⁰⁹ der Verbraucher die Leistung erwarten darf bzw. selbst erbringen muss, mag zunächst für die Geschäftsabwägung von Belang sein.

Jenseits der ausdrücklichen Regel in § 312d I 2 wird auch hier ein auf die vorvertragliche Information o.g. Inhalts folgender Vertragsschluss nach verständiger Würdigung oft so auszulegen sein, dass ihm die dazu vorvertraglich gemachten Angaben zugrunde liegen.

In praktischer Hinsicht kann es sich damit v.a. als nützlich erweisen, wenn der Verbraucher noch bei der Vertragsabwicklung über sie verfügt: Die Kenntnis der Leistungsmodalitäten befähigt ihn zunächst hinsichtlich der eigenen Leistungspflichten,¹¹⁰ sich vertragsgemäß verhalten zu können, d.h. bspw. nicht unabsichtlich in Verzug zu geraten.

Wichtig ist diese Kenntnis aber insbesondere auch für die Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Unternehmer: So hängt etwa die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 320 davon ab, inwiefern Vorleistungspflichten vereinbart sind. Ungeachtet der Frage, ob der Unternehmer einen konkreten Liefertermin oder nur eine Lieferfrist nennen muss,¹¹¹ kann der Verbraucher zudem mithilfe der Pflichtangabe jedenfalls das Datum der Fälligkeit bestimmen, die Voraussetzung für die Geltendmachung von Sekundärrechten ist (vgl. §§ 280 I, III, 281; 323 I). Die Angabe von Lieferbedingungen und –zeitpunkt ist für den Verbraucher auch dann hilfreich, wenn keine von der gesetzlichen Regelung (§§ 269, 271) abweichenden Leistungsmodalitäten vereinbart werden sollen, da er so Gewissheit über diese hat, ohne darauf angewiesen zu sein, das dispositive Gesetzesrecht zu kennen.¹¹²

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/12637, S. 55; Hk/*Schulte-Nölke* § 312e Rn. 1 (2014); Palandt/*Grüneberg* § 312d nF Rn. 1 (2014).

¹⁰⁹ Palandt/*Grüneberg* Art. 246 EGBGB nF Rn. 8 (2014).

¹¹⁰ Vgl. *Bürger* [Fn. 8], S. 94.

¹¹¹ Dazu *Bierekoven*, MMR 2014, 283; *Buchmann*, K & R 2013, 535, 537; *Schirnbacher/Schmidt*, CR 2014, 107, 109.

¹¹² Vgl. im Kontext des § 312c a.F.: MüKo/*Wendehorst* Rn. 37 (2012); im Kontext der VRRl: *Dehn* [Fn. 11], S. 41, 61.

Durch die vorgeschriebene Angabe des Termins, bis zu dem sich der Unternehmer zur Leistung verpflichtet hat, wird der Leistungszeitpunkt i.d.R. derart bestimmt sein, dass der Unternehmer gem. § 286 II Nr. 1 bzw. Nr. 2 auch ohne Mahnung in Verzug geraten dürfte – mit der Folge des § 287 sowie möglicher Ansprüche auf Schadensersatz (§§ 280 I, II, 286) und Verzugszinsen (§ 288 I 1).

ee) Bindungsdauer

Zu informieren ist gem. Art. 246 I Nr. 6 und 246a § 1 I 1 Nr. 11 (ergänzend: Nr. 12) über die Laufzeit des Vertrags bzw. die Bedingungen der Kündigung unbefristeter oder sich automatisch verlängernder Verträge. Für die Selbstbestimmtheit des Verbrauchers ist es von Vorteil, wenn er vor Abschluss des Vertrags explizit und unter Wahrung gewisser Formvorgaben auf dessen zeitliche Bindungswirkung und auf Lösungsmöglichkeiten hingewiesen wird, um so den Umfang der eigenen Gebundenheit einschätzen und sich vor unbewusst eingegangener überlanger Festlegung schützen zu können.

Nach Vertragsschluss befähigt ihn dieses Wissen dazu, von bestehenden Lösungsmöglichkeiten auch Gebrauch zu machen. I.d.R. werden diese vorvertraglichen Aussagen des Unternehmers nämlich durch Auslegung oder nach § 312d I 2 Vertragsinhalt werden, sodass er sich an ihnen festhalten lassen muss. Der durch diese Pflichtangabe bewirkte Vorteil für den Verbraucher liegt damit insgesamt v.a. in der Herstellung von Rechtsklarheit.

ff) Funktionsweise, Schutz und Kompatibilität digitaler Inhalte

Handelt es sich bei dem Leistungsgegenstand um „digitale Inhalte“, d.h. Daten, die in digitaler Form her- und bereitgestellt werden (§ 312f III),¹¹³ so gilt – als Novum – eine Informationspflicht über deren Funktionsweise einschl. anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen sowie über wesentliche Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität mit Hard- und Software (Art. 246 I Nr. 7, 8; 246a § 1 I 1 Nr. 14, 15). Dies beinhaltet u.a. Angaben zu der üblicherweise wichtigen standardmäßigen Umgebung von Hard- und Software, mit der die digitalen Inhalte kompatibel sind (z.B. Betriebssystem, notwendige Versionen) sowie darüber, wie die digitalen Inhalte verwendet werden können.¹¹⁴

Diese Spezialregelung einer in der modernen Informationsgesellschaft immer wichtiger werdenden „besonders verbrauchersensible[n] Dienstleistung“¹¹⁵ bezweckt, den Verbrau-

¹¹³ Siehe Art. 2 Nr. 11 u. Erwägungsgrund 19 VRRL; BT-Drs. 17/12637, S. 55.

¹¹⁴ Erwägungsgrund 19 VRRL; BT-Drs. 17/12637, S. 73 f.

¹¹⁵ Tamm, VuR 2014, 9, 11.

cher einerseits auf eine mögliche Nachverfolgung seines Nutzerverhaltens durch den Unternehmer oder Dritte hinzuweisen.¹¹⁶ Andererseits scheint der Informationspflicht der Gedanke zugrunde zu liegen, dass es für die Entscheidung zum Vertragsschluss für den Verbraucher wichtig ist, einschätzen zu können, ob und wie er den Vertragsgegenstand technisch überhaupt verwenden kann.¹¹⁷

Neben dem damit angesprochenen, vielleicht zweifelhaften¹¹⁸ vorvertraglichen Nutzen des Verbrauchers mögen die Pflichtangaben aber auch Wirkungen nach Vertragsschluss zeitigen. Das ist der Fall, wenn sie maßgeblich werden für die Beschaffenheit, die der Verbraucher erwarten darf. Dies dürfte auch hier gem. § 312d I 2 oder – für allgemeine Verbraucherverträge – durch die oben beschriebene Art der Auslegung zu bejahen sein. Weicht das Produkt davon ab, liegt also z.B. eine jetzt zwingend auszuweisende wesentliche Beschränkung der Kompatibilität¹¹⁹ vor, die der Unternehmer nach Art. 246 I Nr. 8 bzw. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 15 kannte oder hätte kennen müssen, dürfte darin folglich ein Mangel zu sehen sein, der – da eine Nacherfüllung durch Beseitigung der Kompatibilitätsbeschränkung meist unmöglich sein wird – den Weg zu Rücktritt (§§ 323, 326 V), Schadens- oder Aufwendungsersatz (§§ 311a II, 284) eröffnet.

Denkbar ist auch der Fall, dass der Unternehmer es unterlässt, anwendbare technische Schutzmaßnahmen anzugeben, der Verbraucher solche gerade deshalb nicht installiert und dadurch Datenverluste oder einen Betriebsausfall des Rechners erleidet, was z.B. entgangenen Gewinn zur Folge hat. Dann wäre ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II unter dem Gesichtspunkt zu erwägen, dass es nach Art. 246 I Nr. 7 bzw. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 14 die vorvertragliche Pflicht des Unternehmers war, über jene zu informieren.

In beiden gebildeten Konstellationen wird es sich für den Verbraucher positiv auswirken, dass die Beweislast für die Erfüllung der Informationspflichten der Unternehmer trägt, § 312k II. Insgesamt handelt es sich hier daher um einen zum Verbraucherschutz in diesem Spezialbereich geeigneten Informationsinhalt.

2. Rechte des Verbrauchers und Procedere

a) Gewährleistungsrecht, Garantie, Kundendienst

¹¹⁶ Erwägungsgrund 19 VRRL; *Bierekoven*, MMR 2014, 283; *Rudkowski/Werner*, MMR 2012, 711, 713.

¹¹⁷ Vgl. dazu den Rechtsgedanken der Regelung in § 434 I 2 Nr. 1, II 2.

¹¹⁸ Zur Kritik: *Rudkowski/Werner*, MMR 2012, 711, 713.

¹¹⁹ Vgl. *Schirnbacher/Creutz*, ITRB 2014, 44, 46.

Gem. Art. 246 I Nr. 5 und 246a § 1 I 1 Nr. 8, 9 ist zu informieren über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts und ggf. das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und Garantien.

Was den ersten Teil der Pflichtangabe betrifft, so ist eine rechtliche Verbesserung der Position des Verbrauchers damit nicht verbunden. Die Information mag in tatsächlicher Hinsicht das Bewusstsein des Verbrauchers wecken oder stärken, dass er bei Leistungsstörungen von Gesetzes wegen nicht schutzlos steht. Rechte kann nur nutzen, wer um ihre Existenz weiß.¹²⁰ Wie das konkret zu geschehen hat, wird dem Verbraucher, schon wegen der Komplexität der Möglichkeiten, hier aber auch nicht mitgeteilt werden.¹²¹

Insofern anders als beim gesetzlichen Gewährleistungsrecht steht die Antwort auf die Frage, ob und unter welchen Konditionen Kundendienstleistungen oder Garantien angeboten werden, dagegen nicht schon von vornherein fest. Der Verbraucher ist daher darauf angewiesen, durch den Unternehmer hiervon zu erfahren. Dadurch, dass auch die jeweiligen Bedingungen anzugeben sind, wird der Verbraucher in die Lage versetzt, von den Möglichkeiten bei Bedarf Gebrauch zu machen. Dieser Teil der Pflichtinformation ist für ihn durchaus nützlich.

b) Umgang mit Beschwerden

Art. 246 I Nr. 4 a.E. und Art. 246a § 1 I 1 Nr. 7 a.E. verlangen Informationen über das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden. Vor Vertragsschluss wird diese Angabe für den Verbraucher, der als Grundannahme für eine positive Vertragsentscheidung zunächst nicht gerade das Aufkommen von Beschwerden erwartet, keine so wichtige Rolle spielen.¹²² Tritt der Fall später doch ein, können die Informationen hilfreich bei der Frage sein, wie prozessökonomisch vorzugehen ist. Zwingend sind sie dafür aber nicht.¹²³ Womöglich beschreibt der Unternehmer den Umgang mit Beschwerden gar in einer Weise, die den Verbraucher von diesen abhalten soll. Umgekehrt kommen Schadensersatzansprüche gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II in Betracht, wenn es der Verbraucher aufgrund fehlender oder falscher Pflichtangaben versäumt hat, die richtigen Schritte einzuleiten.¹²⁴ Insgesamt tritt die individualschützende Wirkung eher hinter dem marktordnungsrechtlichen Charakter zurück.¹²⁵

¹²⁰ Vgl. *Kemper* [Fn. 10], S. 47, 205.

¹²¹ Vgl. *Palandt/Grüneberg* Art. 246 EGBGB nF Rn. 9 (2014).

¹²² *Bürger* [Fn. 8], S. 94.

¹²³ Vgl. *Dehn* [Fn. 11], S. 41, 61 f.

¹²⁴ *Bürger* [Fn. 8], S. 95.

¹²⁵ *Leistner*, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb* (2007), S. 450.

c) Widerrufsrecht

Sofern ein Widerrufsrecht existiert, ist bei allgemeinen Verbraucherverträgen auf dessen Bestehen und einige Grundinformationen zur Ausübung hinzuweisen (Art. 246 III 3 Nr. 1-4: Form, Frist, ladungsfähige Anschrift des Erklärungsgegners). Bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen (Art. 246a § 1 II, III) muss der Unternehmer weitere Details zur Ausübung geben und über bestimmte Rechtsfolgen des Widerrufs (finanzieller Art) belehren, wobei er den Informationspflichten genügen kann, indem er das in der Anlage zum EGBGB vorhandene Muster verwendet und zutreffend ausfüllt. In den einschlägigen Fällen ist der Verbraucher auch darüber in Kenntnis zu setzen, dass kein Widerrufsrecht besteht bzw. über die zum Verlust des Widerrufsrechts führenden Umstände.

Für diesen Informationsgegenstand gilt, wie schon beim gesetzlichen Gewährleistungsrecht, dass er zunächst an der objektiven Rechtsposition des Verbrauchers nichts ändert. Die Frage, ob und wie sich der Verbraucher von einem Vertrag schnell wieder lösen kann, wird für ihn aber vor dessen Abschluss von Interesse und nicht immer bekannt sein. V.a. jedoch in dem nach Vertragsschluss auftretenden Bedarfsfall benötigt der Verbraucher die entsprechenden Angaben, um sein Recht ohne weitere Recherchen ausschöpfen zu können¹²⁶ bzw. sich vor unangenehmen Überraschungen (Kosten) zu schützen. Bedenkt man, dass das Widerrufsrecht als eines der zentralen Verbraucherschutzinstrumente angesehen wird,¹²⁷ ist es angezeigt, auch dafür zu sorgen, dass der Verbraucher es leicht ausüben kann.¹²⁸

Dabei stellt sich auch die Frage nach rechtlichen, den Verbraucher schützenden Konsequenzen in dem Fall, dass die Belehrung nicht (korrekt) erfolgt ist – angesprochen ist damit der Einfluss auf die Widerrufsfrist. Deren Lauf setzt bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen, für die gem. § 312g I ein Widerrufsrecht besteht, die Erfüllung bestimmter widerrufsbezogener Informationspflichten voraus (§ 356 III 1).¹²⁹ Bei einem Verstoß hat der Verbraucher für die Ausübung also länger Zeit, aber nicht – so noch die Rechtslage¹³⁰ vor der Umsetzung der VRRL – „ewig“. Hier (§ 356 III 2, IV, V) und auch in fast allen übrigen Fällen¹³¹ ist nunmehr vorgesehen, dass das Widerrufsrecht nach einer gewissen Zeitspanne oder einem bestimmten Ereignis erlischt. Diese Veränderung wird unter Verbraucherschutzgesichtspunkten kritisiert: Aus Unternehmerperspektive falle eine

¹²⁶ Vgl. *Grigoleit* [Fn. 11], S. 223, 246; *Haines* [Fn. 1], S. 191.

¹²⁷ Stellvertretend *BeckOK/Schmidt-Räntsch* § 312c (a.F.) Rn. 1 (2011).

¹²⁸ Vgl. *Kemper* [Fn. 10], S. 205.

¹²⁹ Gleiches gilt nach §§ 356a I 2, II 1, III 1; 356b I, II 1, III; 356c II 2 auch im Bereich Timesharing (§ 485 I), bei Verbraucherdarlehens- (§ 495 I) und Ratenlieferungsverträgen.

¹³⁰ Vgl. § 355 IV 3 BGB a.F.; *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 545, 547.

¹³¹ §§ 356a II 2, III 2; 356c II 2; Ausn.: Finanzdienstleistungen (§ 356 III 3), Verbraucherdarlehen (§ 356b).

abschreckende Sanktion weg;¹³² auch hätten Verbraucher dank bisheriger nicht erlöschender Widerrufsfristen über einen nützlichen „Notnagel“ als Alternative zu nicht durchgreifenden Gewährleistungsrechten verfügt.¹³³

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Abkehr von nicht endenden Fristen zum einen unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zu begrüßen ist.¹³⁴ Zum anderen vermag der Hinweis auf die nunmehr getrübe Einsatzmöglichkeit des Widerrufsrechts abseits der eigentlich mit ihm verfolgten Zwecke¹³⁵ nicht zu überzeugen. Werden diese zugrunde gelegt, sollten die jetzt normierten Erlöschensfristen bei Verletzung widerrufsbezogener Informationspflichten (Dauer min. 12 Monate) vielmehr genügen.¹³⁶ Die Eindämmung einer möglichen „Zweckentfremdung“ des Widerrufsrechts trägt auch dazu bei, dass die Wertungen des Gewährleistungs-, speziell des Verjährungsrechts nicht unterlaufen werden.

3. Dokumentation

Dem „Schutz des Verbrauchers durch umfassende Dokumentation“ dient der in Umsetzung von Art. 7 II, 8 VII VRRL geschaffene § 312f.¹³⁷ Danach muss der Unternehmer dem Verbraucher bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen eine Vertragsabschrift oder -bestätigung auf Papier bzw. einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, die auch die oben thematisierten Informationen enthalten muss, sofern der Verbraucher sie nicht schon vorher auf einem dauerhaften Datenträger (vgl. § 126b S. 2)¹³⁸ erhalten hat. Die Abschrift oder – wenn kein unterzeichnetes Vertragsdokument vorliegt – eine Bestätigung, die den Vertragsinhalt einschl. wirksam nach § 305 II in den Vertrag einbezogener AGB wiedergibt, muss dem Verbraucher zugehen.¹³⁹ Er soll dokumentieren können, welche vertraglichen Rechte und Pflichten bestehen. Divergiert die Bestätigung vom tatsächlichen Vertrag, soll dem Verbraucher indes kein Nachteil entstehen.¹⁴⁰

¹³² Kaufhold, Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (2013), S. 5, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2839&id=1217>; Tamm, VuR 2014, 9, 17.

¹³³ Vgl. Brönneke, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (2013), S. 4, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2839&id=1217>; Gurkmann [Fn. 57], S. 2, unter Hinweis auf EuGH, Urteil v. 03.09.2009, Rechtssache C-489/07.

¹³⁴ Vgl. Erwägungsgrund 43 S. 2 VRRL; Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts (2014) - Martinek Kap. A. Rn. 104.

¹³⁵ Vgl. zu diesen Canaris, AcP 200, 273, 346 ff.

¹³⁶ Vgl. Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts (2014) - Martinek Kap. A. Rn. 104.

¹³⁷ BT-Drs. 17/12637, S. 55.

¹³⁸ Dem unterfallen z.B. USB-Sticks, CD-ROMs, Speicherkarten, Festplatten, E-Mails, vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 44.

¹³⁹ BT-Drs. 17/12637, S. 55; Hk/Schulte-Nölke § 312f Rn. 2 (2014).

¹⁴⁰ BT-Drs. 17/12637, S. 55; Hk/Schulte-Nölke § 312f Rn. 7 (2014).

Mithilfe des § 312f steht dem Verbraucher somit nicht nur der Vertragsinhalt transparenter vor Augen,¹⁴¹ sondern er kann auch dauerhaft auf den Inhalt der eingegangenen Vereinbarung in unveränderter Form zugreifen¹⁴² und hat damit einen Referenzpunkt, den er später bei auftauchenden Fragen oder gar Leistungsstörungen konsultieren kann.¹⁴³ Kommt es zur streitigen Auseinandersetzung, ist die Beweisführung erleichtert.¹⁴⁴ Dies sind Vorteile, die der Verbraucher ohne die gesetzliche Pflicht nicht in jedem Fall hätte.

Auf Erteilung der Vertragsabschrift/-bestätigung hat der Verbraucher einen Anspruch. Es handelt sich um eine gesetzliche Nebenpflicht i.R.d. bestehenden Vertragsverhältnisses, sodass bei Missachtung ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 I möglich ist, wobei dieser freilich einen kausalen Vermögensschaden erfordert. Im Extremfall soll auch ein Rücktritt nach § 324 in Betracht kommen.¹⁴⁵ Insgesamt liegt der Nutzen des § 312f aber v.a. darin, dass er den Verbraucher in die Lage versetzt, besser seine Position überblicken und mögliche Rechte durchsetzen zu können.

Trüben könnte dies vielleicht die Einschränkung, dass der Unternehmer von der Aufnahme der Pflichtinformationen in die Abschrift/Bestätigung dispensiert ist, wenn er sie schon vor dem Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger (wie i.d.R. bei Außergeschäftsraumverträgen, vgl. Art. 246a § 4 II 1) überlassen hat – wird doch der Verbraucher u.U. dem vorvertraglich zur Verfügung gestellten Material vergleichsweise geringeres Gewicht beimessen.¹⁴⁶ Genügen sollte daher nur eine vorvertragliche Informationserteilung mit Bezug zu einem konkreten Vertrag.¹⁴⁷ Dann aber ist es durchaus im Sinne des Verbraucherschutzes, Verwirrung stiftende doppelt perpetuierte Informationen zu vermeiden.¹⁴⁸

III. Resümee

Ein Instrument ist zum Verbraucherschutz geeignet, wenn es den Verbraucher besser stellt. Dass Informationspflichten dies prinzipiell vermögen, ist anerkannt. Inwiefern sie dies bewirken, indem sie dem Verbraucher konkrete *rechtlich* relevante Vorteile verschaffen, scheint aber bisher wenig eruiert. Dabei ließe sich daraus ein valides Kriterium zur

¹⁴¹ Vgl. Rünz [Fn. 7], S. 43.

¹⁴² Vgl. dazu allgemein für nachvertragliche Pflichten Gießelmann [Fn. 4], S. 223 f., 226.

¹⁴³ Hk/Schulte-Nölke § 312f Rn. 1 (2014); zu Dokumentationspflichten in anderen Zusammenhängen vgl. Grigoleit [Fn. 11], S. 223, 247; Haines [Fn. 1], S. 219, 260, 264; Mankowski, CR 2001, 767, 769.

¹⁴⁴ Tamm, VuR 2014, 9, 14.

¹⁴⁵ Zu beidem BT-Drs. 17/12637, S. 55; Hk/Schulte-Nölke § 312f Rn. 7 (2014); Palandt/Grüneberg § 312f nF Rn. 5 (2014); zu letzterem Gießelmann [Fn. 4], S. 340 f.

¹⁴⁶ Vgl. Angermann [Fn. 10], S. 151; Gurkmann [Fn. 57], S. 7.

¹⁴⁷ Hk/Schulte-Nölke § 312d Rn. 4 (2014); vgl. Palandt/Grüneberg § 312c nF Rn. 2 (2014).

¹⁴⁸ Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1157; Rünz [Fn. 7], S. 44.

Beurteilung der verbraucherschützenden Wirkung und damit der Rechtfertigung einzelner Informationspflichten gewinnen.

Die nähere Betrachtung des hier untersuchten, in Umsetzung der VRRL neu gestalteten Untertitels der §§ 312ff. hat gezeigt, dass sich Wirkungen und Zwecke von Informationspflichten danach unterscheiden, in welchem zeitlichen Stadium sich das Schuldverhältnis befindet:

Vor der Einigung können Pflichtangaben dazu beitragen, dass der Verbraucher eine selbstbestimmte Geschäftsentscheidung fällt (Beitrag zur Privatautonomie). Der Mehrwert einer dahingehenden *Pflicht* liegt hier nicht selten lediglich darin, dass durch sie bestimmte Informationen ausdrücklich und unter Formvorgaben erteilt werden müssen, was die Transparenz für den Verbraucher und andere Marktteilnehmer erhöht. Einigkeit besteht aber darin, dass es hier quantitativ einen Grenznutzen gibt.

Anders ist dies in der Phase der Vertragsabwicklung. Ermöglichen gesetzliche Pflichten es hier dem Verbraucher, auf bestimmte für den Leistungsaustausch und seine Rechte gegenüber dem Unternehmer relevante Informationen dauerhaft zuzugreifen, kann dies wie ein Nachschlagwerk fungieren.

In den betrachteten Beispielen konnte gezeigt werden, dass sich die in Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten gemachten Angaben i.d.R. auf den Vertragsinhalt auswirken oder mindestens die Möglichkeiten des Unternehmers begrenzen, sich bei der Vertragsabwicklung in Widerspruch dazu zu setzen. In diesem Fall ist es für den Verbraucher mit praktischen und rechtlichen Vorteilen verbunden, wenn er auch noch bei der Vertragsabwicklung über diese Informationen verfügt. Die thematisierte Dokumentationspflicht vereinfacht es daher dem Verbraucher, seine Interessen zu wahren.

Gleiches gilt grds. für die Informationen zu seinen Rechten: Ist der Verbraucher über diese ohne weitere Nachforschungen im Bilde, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass er sie auch nutzt. Da Informationspflichten auf Modellen, einer typisierenden Betrachtung beruhen, bleibt es zwar wieder eine empirisch-ökonomische Frage, ob der Verbraucher die hier ermittelten Vorteile zu nutzen weiß. Demonstriert werden konnte aber, dass die untersuchten Informationspflichten Potential haben, ihm abstrakte (Privatautonomie), aber auch konkrete – rechtliche und tatsächliche – Möglichkeiten zu eröffnen und Erleichterungen zu verschaffen, die ohne sie nicht bestünden.

Die bisherige Diskussion um Informationspflichten dominiert eine Fokussierung auf ihre vorvertragliche Funktion, dem Verbraucher eine bessere Entscheidung zu ermöglichen. Dies greift aber zu kurz, weil dabei insbesondere ihr Nutzen im Stadium der Vertragsdurchführung unbeachtet bleibt. Die eingenommenen Positionen – bis hin zum Apell für eine völlige Abkehr von Informationspflichten¹⁴⁹ – sollten daher auf diesen Aspekt hin neu überdacht werden.

¹⁴⁹ *Ben-Shahar/Schneider* [Fn. 3], S. 183.

Inhaltskontrolle von Verträgen im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

von

Dipl.-Jur. Arne Schmiede, Osnabrück

A. Einleitung; B. Inhaltskontrolle im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht; I. Bedeutung und Entstehungsgeschichte; II. Einbeziehungskontrolle; III. Inhaltskontrolle; 1. Gegenstand der Inhaltskontrolle; 2. B2C-Verträge; a) Transparenzgebot; b) Generalklausel; c) Klauselkataloge; 3. B2B-Verträge; a) Unterschiede zur Inhaltskontrolle bei B2C-Verträgen; b) Bedürfnis einer eigenen Inhaltskontrolle bei B2B-Verträgen; IV. Abschließende Bewertung; C. Fazit und Ausblick

A. Einleitung

Die Inhaltskontrolle von Verträgen ist ein zentrales Instrument, um schwächere Vertragsparteien zu schützen und einen Mindeststandard der Fairness für Verträge zu garantieren. Insbesondere bei Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern bedürfen Letztere als typischerweise unterlegene Vertragspartei eines besonderen Schutzes. Gleiches gilt, wenn auch in abgeschwächtem Maße, auch für kleine und mittelständische Unternehmen mit weniger Ressourcen und Marktmacht, sofern sie mit größeren Marktakteuren kontrahieren. Darüber hinaus soll es so etwas wie eine gute, auf gegenseitigem Respekt basierende Handelspraxis geben, bei deren Durchsetzung es sich verbietet, grob nachteilige Klauseln in Verträge zu implementieren. Der mit dem gesetzgeberischen Tätigwerden einhergehende Eingriff in die Privatautonomie und Gestaltungsfreiheit der Parteien muss durch diese Ziele gerechtfertigt werden.

In Anbetracht der großen Bedeutung verwundert es nicht, dass auch der europäische Gesetzgeber in unterschiedlicher Form immer wieder den Versuch unternommen hat, die Inhaltskontrolle von Verträgen unionsweit zu harmonisieren, bzw. in einem eigenen Regelwerk zu implementieren. Neben dem Schutz von Verbrauchern, sowie kleineren Unternehmen spielte dabei stets die Förderung des europäischen Binnenmarktes eine zentrale Rolle.

Gegenstand dieser Bearbeitung ist das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in der derzeitigen Fassung von 2011, welches sowohl Regelungen für Verbraucher-, als auch Unternehmerverträge vorsieht. Neben den materiellen Regelungen zur Inhaltskontrolle

wird insbesondere zu bewerten sein, wie sich der Charakter des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts als optionales Instrument auf den entsprechenden Regelungsgehalt auswirkt. Als solches steht es nämlich im Gegensatz zum bisher gängigen, zumindest in seinen Zielen verbindlichen Richtlinienrecht des europäischen Gesetzgebers.

B. Inhaltskontrolle im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

Der am 11. Oktober 2011 durch die Europäische Kommission veröffentlichte Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht¹ an das Europäische Parlament und den Rat² markiert einen Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Vertragsrechts.³ Selbst kritische Stimmen in der Wissenschaft sehen sich durch den Kommissionsvorschlag veranlasst, einen genaueren Blick auf das GEKR zu werfen und ihm als optionales Instrument eine Chance zu geben.⁴ Neben der grundlegenden Bedeutung und Eckpfeilern der Entstehungsgeschichte wird nachfolgend auf die Voraussetzungen für eine Einbeziehung von Vertragsbestimmungen sowie schwerpunktmäßig deren inhaltliche Überprüfung bewertend eingegangen, bevor eine abschließende Bewertung vorgenommen und ein Fazit gezogen wird.

I. Bedeutung und Entstehungsgeschichte

Das GEKR in seiner heutigen Form ist das Ergebnis eines langwierigen Prozesses,⁵ dessen Grundlage die Principles of European Contract Law („PECL“) und die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts („PICC“) bildeten.⁶ Zudem ist der Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens für ein einheitliches europäisches Privatrecht („Draft Common Frame of Reference - DCFR“) bei der Entwicklung des GEKR von besonderer Bedeutung. Infolge der Fertigstellung des DCFR wurde von der Kommission durch Beschluss im April 2010 eine Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des Vertragsrechts eingesetzt, um Vorarbeiten für ein fakultatives einheitliches europäisches Vertragsrecht zu leisten.⁷ Das Arbeitsergebnis dieser Expertenkommission erschien am 3.5.2011 unter dem Titel einer „Machbarkeitsstudie zu einem

¹ Verordnungsvorschlag im Folgenden „*GEKRVO-Vorschlag*“; Gemeinsames Europäisches Kaufrecht i.d.F. vom 11.10.2011 (Anhang des GEKRVO-Vorschlags) im Folgenden „*GEKR*“.

² KOM (2011) 635 endg. vom 11.10.2011.

³ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (269).

⁴ Stadler, AcP 2012, S. 473 (473f.), die die Gründe für eine Notwendigkeit des GEKR für keineswegs überzeugend hält.

⁵ Siehe insgesamt zur Vor- und Entstehungsgeschichte Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (1ff.).

⁶ Herresthal, EuZW 2011, S. 7 (7); Looschelders, AcP 2012, S. 581 (584).

⁷ Beschluss 2010/233/EU vom 26.04.2010.

optionalen Instrument im europäischen Vertragsrecht⁸ und bildete die Grundlage für den heutigen Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.⁹ Am 11.10.2011 hat die Europäische Kommission sodann den Vorschlag für eine Verordnung zum GEKR vorgelegt, in dessen Anhang die derzeitige Textfassung des GEKR abgedruckt ist.

Das GEKR soll mitgliedstaatliche Regelungen nicht ersetzen, sondern vielmehr ein optionales Instrument darstellen, das die Vertragsparteien bei Vertragsschluss wählen können.¹⁰ Zweck des GEKR ist es, die zum Teil erheblichen Unterschiede in den materiellen Vertragsrechten der Mitgliedstaaten und damit Rechtsunsicherheiten zu überwinden, die den internationalen Warenverkehr in der EU derzeit behindern. Durch die damit verbundene Senkung von Transaktionskosten wird der grenzüberschreitende Handel erleichtert, sowie die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes gefördert, was letztlich zu einem größeren Warenangebot bei niedrigeren Preisen führt.¹¹ Darüber hinaus soll als Reaktion auf die typische Unterlegenheit geschäftsunererfahrener Verbraucher ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden.¹² Dies verdeutlicht den großen potenziellen Nutzen des GEKR, dessen Vorschlag durch die Kommission möglicherweise einen ersten Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch darstellt.¹³

II. Einbeziehungskontrolle

Die Einbeziehung von Vertragsklauseln ist notwendige Voraussetzung dafür, dass diese inhaltlich überprüft werden können. Die Einbeziehungskontrolle setzt zunächst stets eine vertragliche Einigung der Parteien über die entsprechende Klausel voraus. Dabei kann die Einbeziehung in jedem Stadium des Vertragsschlusses oder auch nachträglich erfolgen.¹⁴ Das GEKR spricht uneinheitlich von „Standardvertragsbestimmungen“¹⁵ und „nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen“¹⁶. Infolge der systematischen Stellung ist für die Inhaltskontrolle auf nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen

⁸ Feasibility Study on European Contract Law, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (zuletzt abgerufen 19.11.2014).

⁹ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (271); Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (16ff.); Schulte-Nölke, ZEuP 2011, S. 749 (749).

¹⁰ Art. 3 GEKRVO-Vorschlag; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (269); Herrenthal, EuZW 2011, S. 7 (7ff.); Stadler, AcP 2012, S. 473 (473f.); Staudenmayer, NJW 2011, S. 3491 (3491).

¹¹ Art. 1 Nr. 1 GEKRVO-Vorschlag; Staudenmayer, NJW 2011, S. 3491 (3491).

¹² Art. 1 Nr. 2, 3 GEKRVO-Vorschlag.

¹³ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (269).

¹⁴ Gade, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht, S. 74.

¹⁵ Artt. 7 Nr. 3, 39 GEKR; Definition siehe Art. 2 (d) GEKRVO-Vorschlag.

¹⁶ U.a. Artt. 7, 62, 70, 82ff..

abzustellen, von denen Standardvertragsbestimmungen ein Unterfall sind, wenn diese vorab für mehrere Geschäfte und verschiedene Vertragsparteien verfasst worden sind.¹⁷ Art. 7 Abs. 1 GEKR gibt inhaltlich mit Art. II.-1:110 DCFR¹⁸ korrespondierend vor, dass eine Vertragsbestimmung nicht individuell ausgehandelt ist, wenn sie von einer Partei gestellt wurde und die andere Partei nicht in der Lage war, ihren Inhalt zu beeinflussen. Die Abwesenheit von Verhandlungen impliziert demnach, dass die Vertragsbestimmung der finanziell, intellektuell oder emotional schwächeren Partei durch die Stärkere aufgezungen wurde.¹⁹ Ferner muss für jede Klausel isoliert betrachtet werden, ob sie individuell ausgehandelt wurde. Es kann also sein, dass bestimmte Vertragsklauseln individuell ausgehandelt wurden und andere nicht.²⁰ Eine Unterscheidung zwischen Unternehmer- („B2B“) und Verbraucherverträgen („B2C“) nimmt Art. 7 Abs. 1 durch die neutrale Formulierung „Partei“ nicht vor.²¹

Nach Art. 70 Abs. 1 GEKR kann sich der Verwender nur dann auf die Vertragsbestimmungen berufen, wenn die andere Partei die Bestimmung kannte oder er vor oder bei Vertragsschluss angemessene Schritte unternommen hat, um die andere Partei darauf aufmerksam zu machen. Abs. 2 schreibt vor, dass ein Verweis auf die Vertragsbestimmungen durch ein Vertragsdokument bei B2C-Verträgen nicht ausreicht. Im Umkehrschluss zu Abs. 2 ergibt sich, dass bei B2B-Verträgen der bloße Verweis auf die eigenen Klauseln in einem Vertragsdokument bereits beim ersten geschäftlichen Kontakt ausreicht.²² Selbst eine stillschweigende Einbeziehung kommt hier unter den Voraussetzungen des Art. 67 GEKR in Betracht. Zusätzliches Gewicht erhält dieses Erfordernis durch die in Abs. 3 festgelegte Unabdingbarkeit der Regelungen des Art. 70. Abgesehen von Abs. 3 ist Art. 70 GEKR mit Art. II.-9:103 DCFR inhaltlich identisch.

Die diffizile Aufgabe des Normgebers bei der Einbeziehungskontrolle bestand darin, einen Ausgleich zwischen Attraktivität des GEKR und damit Anwendungsanreiz auch für Unternehmen auf der einen und Verbraucherschutz, bzw. Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen („KMUs“) auf der anderen Seite zu schaffen. Positiv hervorzuheben sind die unterschiedlichen Voraussetzungen für B2C- und B2B-Verträge, die den unterschiedlichen Verhältnissen im unternehmerischen Geschäftsverkehr Rechnung tragen. Jedoch sind auch

¹⁷ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (95ff.).

¹⁸ Gade [s. Fn. 14], S. 70.

¹⁹ Mazeaud/Sauphanor-Bouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 7 Rn. 1.

²⁰ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (96); Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 7 Rn. 5.

²¹ Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 7 Rn. 6; von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (442).

²² Gade [s. Fn. 14], S. 121.

einige Versäumnisse zu beklagen. So findet sich z.B. keine explizite Regelung zum Schutz vor überraschenden Klauseln.²³ Diese können zwar theoretisch im Rahmen von Art. 70 berücksichtigt werden, jedoch ist die dogmatische Herleitung schwierig. Eine explizite Regelung wäre somit unbedingt angezeigt.

III. Inhaltskontrolle

Das GEKR behandelt im 8. Kapitel den Umgang mit unfairen Vertragsbestimmungen. Neben allgemeinen Regelungen in den Artt. 79 -81 finden sich in den Artt. 82ff. spezielle Vorschriften für Verbraucher- und Unternehmerverträge. Rechtsfolge einer Unfairness ist gem. Art. 79, dass die entsprechende Klausel nicht bindend ist, wobei der Vertrag im Übrigen verbindlich ist, sofern er auch ohne die unfaire Bestimmung Bestand haben kann. Durch die ungenau beschriebene Rechtsfolge der „Nichtbindung“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist und für die betroffene Partei somit keinerlei nachteilige Wirkung entfaltet.²⁴ Anstelle der nicht bindenden Klausel tritt die dispositive Regelung aus dem GEKR. Ist keine entsprechende Regelung im GEKR enthalten, so ist die Lücke möglichst europäisch-autonom zu füllen.²⁵ Art. 81 stellt klar, dass der Normkomplex zur Inhaltskontrolle zwingenden Charakter hat. Nach einer Konkretisierung hinsichtlich des Gegenstands der Inhaltskontrolle werden nachstehend die Regelungen für B2C- und B2B-Verträge einer umfassenden Bewertung unterzogen.

1. Gegenstand der Inhaltskontrolle

Art. 80 GEKR nimmt eine negative Eingrenzung des Gegenstands der Inhaltskontrolle vor. Redundant ist zunächst der Abs. 1, welcher vorsieht, dass solche Vertragsbestimmungen der Inhaltskontrolle nicht unterliegen, die lediglich Bestimmungen des GEKR wiederholen.²⁶ Diese Bestimmungen bedürfen keiner Angemessenheitskontrolle, weil diese bereits im Prozess der Normgebung durch den Gesetzgeber erfolgt ist.²⁷ Wiederholungen von sonstigem dispositivem Recht, etwa nationalen Vorschriften, unterliegen demnach vollumfänglich der Inhaltskontrolle.²⁸

²³ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (98); Gade [s. Fn. 14], S. 208.

²⁴ Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 79 Rn. 7; Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (101).

²⁵ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (285).

²⁶ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (99), der die Regelung für „*idiotisch*“ hält.

²⁷ Gade [s. Fn. 14], S. 320; Mazeaud/Sauphanor-Bouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 80 Rn. 4.

²⁸ Gade [s. Fn. 14], S. 320f.; Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (271).

Abs. 2 und 3 sehen zudem vor, dass der Hauptgegenstand des Vertrages, sowie das Äquivalenzverhältnis zwischen Preis und Leistung nicht der Inhaltskontrolle unterliegt.²⁹ Dies wird bei B2C-Verträgen nach Abs. 2 unter die Bedingung gestellt, dass der Unternehmer seiner Pflicht zur Transparenz aus Art. 82 nachgekommen ist.³⁰ Abzusehen sind Probleme hinsichtlich der Grenzziehung zwischen Haupt- und sonstigen Vertragsgegenständen.³¹ Folge der europarechtsautonomen Auslegung ist zudem, dass bekannte Abgrenzungskriterien aus mitgliedstaatlichem Recht höchstens indiziell herangezogen werden können.

2. B2C-Verträge

Artt. 82 - 85 GEKR sehen spezielle Regelungen für die Inhaltskontrolle bei Verbraucher-Verträgen vor. Diese erfolgt in einer dreistufigen Prüfung. Art. 83 fungiert als Generalklausel, Art. 84 erklärt bestimmte Vertragsbestimmungen per se für unfair und Art. 85 stellt einschlägige Klauseln unter die Vermutung der Unfairness.³² Zweifel über die Bedeutung einer Vertragsbestimmung in B2C-Verträge gehen gem. Art. 64 Abs. 1 zwingend (Abs. 2) zulasten des Unternehmers, es sei denn, der Verbraucher hat die Bestimmung gestellt. Neben der Generalklausel und den Klauselkatalogen wird nachstehend das in Art. 82 geregelte Transparenzgebot dargestellt und bewertet.

a) Transparenzgebot

Wurden die Vertragsbestimmungen in einem B2C-Vertrag i.S.v. Art. 7 nicht individuell ausgehandelt, so legt Art. 82 GEKR fest, dass der Unternehmer dafür Sorge tragen muss, dass sie in einfacher und verständlicher Sprache abgefasst und mitgeteilt werden. Dieses Gebot ist dem Inhalt nach weitestgehend mit Art. 5 der Verbraucherklausalrichtlinie 93/13/EWG und damit dem bisher unionsweit geltenden Mindeststandard identisch.³³ Bei genauerer Betrachtung ergeben sich jedoch durchaus Unterschiede und Eigenarten, die im Folgenden näher durchleuchtet werden.

Zuvörderst fällt auf, dass in Art. 82 im Unterschied zu Art. 5 Klauselrichtlinie nicht von einer „klaren“, sondern von einer „einfachen“ Sprache die Rede ist. Daraus könnte sich insofern eine unterschiedliche Wertung ergeben, als dass einfache Formulierungen nicht

²⁹ Vgl. oben zur Klauselrichtlinie B. III., die eine entsprechende Regelung vorsieht.

³⁰ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (99); Gade [s. Fn. 14], S. 321.

³¹ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (98).

³² Budde/Eckhoff, in: Hahn, GEKR, S. 113 (130).

³³ Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 82 Rn. 3; Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (275f.).

notwendig besonders klar sind.³⁴ Jedoch darf dieser Unterschied nicht überbewertet werden. Zum einen korrespondiert das Transparenzgebot mit der grundsätzlich verbraucherfreundlichen Auslegungsregel aus Art. 64, sodass sich die Notwendigkeit der Klarheit spätestens aus diesem Zusammenspiel ergibt. Überdies sieht die englische Fassung im Einklang mit der Regelung zur Klauselrichtlinie „*plain, intelligible language*“ vor.³⁵ Es dürfte sich insoweit nur um eine Ungenauigkeit in der deutschen Übersetzung handeln.³⁶

Darüber hinaus fällt ins Auge, dass Art. 82 aufgrund seiner systematischen Stellung nur für B2C-Verträge gilt, wohingegen eine entsprechende Regelung für B2B-Verträge fehlt. Zu beachten ist zunächst, dass das Transparenzgebot sicherstellt, dass die andere Vertragspartei sich eine informierte Entscheidung über den Inhalt des Vertrages bilden kann, ihm also wesentlicher Charakter zukommt.³⁷ Darüber hinaus vereinfacht das Vorhandensein eines Transparenzgebots den Rechtsverkehr. Denn wo ein Verständlichkeitspostulat gilt, bedarf es umso weniger einer Inhaltskontrolle von Vertragsbestimmungen.³⁸ Insofern wäre eine Deutlichkeitsobliegenheit für den Verwender auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht grundsätzlich deplatziert.³⁹ Auf der anderen Seite ist ein Transparenzgebot spezifischer Ausfluss des Verbraucherschutzes. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung bedeutet zudem nicht, dass Klauseln beliebig verschachtelt und unverständlich formuliert sein dürfen. Dem steht schon Art 2 GEKR und der Grundsatz von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr entgegen. Darüber hinaus kann sich auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Unfairness daraus ergeben, dass ein unklarer Inhalt nicht deutlich wird, sodass der Gedanke der Transparenz auch im Rahmen der Klauselkontrolle bei B2B-Verträgen zu berücksichtigen ist.⁴⁰ Die typische Unerfahrenheit und der Mangel an Fachwissen bei Verbrauchern, aufgrund derer die Existenz des Transparenzgebots notwendig ist, sind bei Unternehmern gerade nicht vorhanden. Diese können sich vielmehr auf ihre Erfahrung und Ressourcenstärke berufen, welche Ihnen den Zugang zu rechtlichem Fachwissen ermöglichen. Insofern besteht hier kein Handlungs- oder Klarstellungsbedarf.

³⁴ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (277), der sogar fragt, „*ob fortan eine besonders laienhafte Sprache gefordert ist, die bei der Rechtsanwendung oft eher Zweifelsfragen aufwirft, als für Klarheit sorgt*“.

³⁵ COM (2011) 635 final.

³⁶ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (277).

³⁷ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 225 (276).

³⁸ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 225 (276).

³⁹ Gade [s. Fn. 14], S. 328; Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (848).

⁴⁰ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 225 (276); Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (848).

b) Generalklausel

Nach Art. 83 Abs. 1 ist eine Vertragsbestimmung in B2C-Verträgen unfair, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs in Bezug auf die vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der Vertragsparteien ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verbrauchers herstellt. Bei der Prüfung sind nach Abs. 2 das Transparenzgebot, das Wesen des Vertragsgegenstands, die Umstände des Vertragsschlusses, die übrigen Bestimmungen des Vertrages und die Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt, zu berücksichtigen.

Die Generalklausel stellt das Herzstück der Klauselkontrolle im GEKR dar.⁴¹ Wann eine Bestimmung „unfair“ i.S.v. Art. 83 Abs. 1 ist, gründet sich auf Art. 3 Abs. 1 der Verbraucherklausalrichtlinie 93/13/EWG.⁴² Die in Art. 83 Abs. 2 GEKR befindliche Liste von Faktoren, die bei der Bestimmung einer Unfairness zu berücksichtigen sind, geht jedoch über die in Art. 4 Abs. 1 Klauselrichtlinie hinaus.⁴³ Jede einzelne Vertragsklausel kann und muss einer individuellen Inhaltskontrolle nach Art. 83 unterzogen werden, sodass die Annehmbarkeit des Vertrages insgesamt keine Rolle spielt.⁴⁴ Eine Bewertung der Unfairness erfolgt sowohl in ökonomischer, als auch in rechtlicher Hinsicht.⁴⁵ Das Konzept von Treu und Glauben und eines redlichen Geschäftsverkehrs beschreibt einen Verhaltensmaßstab, der durch Redlichkeit, Offenheit und Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei in Bezug auf das fragliche Geschäft oder Rechtsverhältnis gekennzeichnet ist.⁴⁶

Beachtenswert ist, dass neben dem objektiv zu ermittelnden erheblichen Ungleichgewicht zu Lasten des Verbrauchers ein subjektiver Verstoß des Unternehmens gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs notwendig ist. Fraglich ist, wie dieser Zweiklang in der Prüfung zu behandeln ist. Denkbar wäre, dass die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Besteht also ein erhebliches Ungleichgewicht, so kann die Klausel gleichwohl fair sein, wenn der Unternehmer nicht gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verstoßen hat, was wiederum vom Verbraucher zu beweisen ist.⁴⁷ Ein solcher Zweiklang würde gegenüber der Klauselrichtli-

⁴¹ Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (102).

⁴² Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (278); Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 83 Rn. 3; Mansel, WM 2012, S. 1309 (1317).

⁴³ Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 83 Rn. 3.

⁴⁴ Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 83 Rn. 8.

⁴⁵ Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 83 Rn. 9.

⁴⁶ Definition siehe Art. 2 (b) GEKRVO-Vorschlag.

⁴⁷ Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, GEKR, Art. 83 Rn. 7, 12.

nie ein niedrigeres Verbraucherschutzniveau darstellen.⁴⁸ Überzeugender ist jedoch, dem Verweis auf Treu und Glauben lediglich klarstellenden Charakter beizumessen.⁴⁹ Durch den Zusatz wird nur zum Ausdruck gebracht, dass nicht jede Benachteiligung unfair i.S.v. Art. 83 GEKR ist. Die Inhaltskontrolle ist nämlich letztlich auch eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁵⁰ Zudem lässt sich aus dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 kein zwingender Schluss auf ein kumulatives Vorliegenmüssen von zwei klar abgrenzbaren Voraussetzungen herleiten. Das erhebliche Ungleichgewicht zu Lasten des Verkäufers muss „...entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr in Bezug auf die vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der Vertragsparteien...“ bestehen. Dies unterstützt eher die Annahme, dass das Gebot von Treu und Glauben dem Erfordernis der Erheblichkeit zusätzlichen Nachdruck verleihen soll. Die Intention zur Implementierung eines niedrigeren Verbraucherschutzniveaus ist nicht erkennbar.

Auffällig ist überdies, dass Art. 83 im Unterschied etwa zu Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im unternehmerischen Geschäftsverkehr keinen Bezug auf die dispositiven Vorschriften des GEKR als Leitbild der Inhaltskontrolle nimmt. Im Lichte der angestrebten autonomen Kaufrechtsordnung wäre ein entsprechender Hinweis hilfreich gewesen.⁵¹ Die Beliebigkeit der Generalklausel hätte durch die Vorgabe eines konkreten Vergleichsmaßstabs erheblich reduziert werden können.⁵² Zwar gibt Art. 4 Abs. 1 vor, dass das GEKR autonom und im Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen auszulegen ist. Daraus ergibt sich, dass sich der Rechtsanwender bei der Auslegung von Treu und Glauben ohnehin am Normbestand des GEKR orientieren wird.⁵³ Nichtsdestotrotz hätte eine klarstellende Regelung in Art. 83, dass neben den zwingenden auch die dispositiven Regelungen des GEKR als normatives Leitbild der Inhaltskontrolle fungieren, zur Rechtssicherheit beigetragen.

Der Generalatbestand der Klauselkontrolle in Verbraucherverträgen des GEKR gewährleistet eine umfassende, an einem konkret-individuellen Maßstab orientierte Überprüfung von Vertragsbestimmungen. Sie reicht weiter, als die zugrunde liegende Kontrolle anhand der Klauselrichtlinie 93/13/EWG und setzt in Sachen Verbraucherschutz im grenzüber-

⁴⁸ Mazeaud, in: Schulze/Stuyck, *Towards a European Contract Law*, S. 123 (128); Mozeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, *GEKR*, Art. 83 Rn. 12.

⁴⁹ Gade [s. Fn. 14], S. 323.

⁵⁰ Gade [s. Fn. 14], S. 323.

⁵¹ Ernst, in: Remien/Herrler/Lemmer, *GEKR für die EU?*, S. 93 (102); Möslein, in: Schmidt-Kessel, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 255 (279f.).

⁵² Möslein, in: Schmidt-Kessel, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 255 (279f.).

⁵³ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, *GEKR für die EU?*, S. 93 (102); Gade [s. Fn. 14], S. 324.

schreitenden Geschäftsverkehr somit neue Standards. Durch die Auflistung zu berücksichtigender Faktoren in Art. 83 Abs. 2 ist zudem sichergestellt, dass alle Umstände des Einzelfalls bei der Bewertung der Unfairness berücksichtigt werden. Dies ist nicht nur unter Verbraucherschutzgesichtspunkten, sondern auch für den unternehmerischen Vertragspartner positiv. So können Klauseln, die bei einer abstrakt-generellen Prüfung den Anschein der Unfairness erwecken unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände (etwa durch einen Ausgleich an anderer Stelle) doch Bestand haben.

Was bedeutet der konkret-individuelle Maßstab jedoch dann, wenn z.B. auf Seiten des Verbrauchers ein ausgebildeter Jurist Vertragspartei ist. Muss ein solcher nun stets bei jedem privat geschlossenen Kaufvertrag die AGB der Gegenseite studieren in dem Wissen, dass die Korrektur durch die Inhaltskontrolle für ihn wirkungslos ist? Führt man den Gedanken des konkret-individuellen Kontrollmaßstabs konsequent fort, so wäre ein solcher Schluss legitim. Es ist einem Rechtsgelehrten nämlich durchaus zuzutrauen, auch komplizierte Vertragsgestaltungen (bis zu einer Grenze der Missbräuchlichkeit) zu durchdringen. Jedoch darf man Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle und die übrigen Ziele nicht aus den Augen verlieren. So spielen neben dem reinen Verbraucherschutz als Hilfskonstrukt der intellektuell unterlegenen Partei auch ökonomische Erwägungen eine zentrale Rolle. Keinem Verbraucher, auch nicht dem juristisch vorgebildeten, ist es nämlich zuzutrauen, bei jedem noch so banalen Vertragsschluss seitenlange AGB zu studieren und gegebenenfalls in Verhandlung darüber mit dem Unternehmer zu treten. Freilich ist dies auch nicht im Sinne des Unternehmers. Dieser Umstand zeigt jedoch, dass an dem Mantra des segenbringenden konkret-individuellen Maßstabs durchaus gerüttelt werden darf.

Eine umfassende Klauselkontrolle birgt zudem freilich die Gefahr, dass das GEKR für Unternehmer an Attraktivität verliert. Dies ist insbesondere in Hinblick auf den optionalen Charakter von großer Bedeutung. Zwar sind im Vergleich zur Klauselrichtlinie verschärfende Unterschiede vorhanden, jedoch setzt die Richtlinie auch nur Mindeststandards für die Mitgliedstaaten. Dass die derzeit im GEKR vorgesehene Klauselkontrolle abschreckende Wirkung für Unternehmer hat, ist somit nicht zu erwarten. Darüber hinaus kann sich ein hohes Verbraucherschutzniveau durchaus auch für Unternehmer positiv auswirken. Weiß der Verbraucher um die Gewährung eines Schutzes auch im grenzüberschreitenden Verkehr, so ist er zu diesem auch eher bereit. Daraus ergeben sich neue und größere Absatzmärkte, die letztlich den gesamten Wirtschaftsstandort EU fördern. Lediglich eine klarstellende Bezugnahme auf die dispositiven Regeln des GEKR

als Leitbild der Inhaltskontrolle wäre im Interesse einer höheren Rechtssicherheit wünschenswert.

c) Klauselkataloge

Bereits im Anhang der Verbraucherklauselrichtlinie befand sich eine Aufzählung von kasuistischen Klauseln, die den Generaltatbestand ergänzte. Dieses Konzept wurde von Artt. 84, 85 GEKR übernommen und präzisiert.⁵⁴ Art. 84 formuliert eine Liste von elf per se unfairen Vertragsbestimmungen („schwarze Liste“) und Art. 85 einen Katalog von 23 Klauseln, bei denen die Unfairness vermutet wird („graue Liste“). Die Bewertung der Klauselkataloge erfolgt in allgemeiner Hinsicht sowie mit Bezug auf ein hervorstechendes Beispiel.

Einer genaueren Betrachtung bedarf zunächst die Beziehung der Klauselkataloge zur Generalklausel aus Art. 83. Festzustellen ist insoweit, ob die von Art. 83 Abs. 2 vorgegebenen umfassende Abwägung aller Umstände auch für die Klauselkataloge gilt. Eine klare Antwort ist aus dem Normtext nicht ersichtlich.⁵⁵ Artt. 84, 85 sprechen jeweils von der Unfairness einer „Vertragsbestimmung“, während Art. 83 nur „nicht individuell ausgehandelte Bestimmungen i.S.v. Art. 7“ zum Gegenstand hat. Denkbar ist insoweit, dass die Kataloge als *leges speciales* zu Art. 83 endgültig, bzw. widerleglich die Unfairness anordnen, ohne dass eine umfassende Abwägung erfolgt und in ihrem Anwendungsbereich über die Generalklausel hinausgehen.⁵⁶ Andererseits ist es dogmatisch unsauber, wenn eine Inhaltskontrolle nach der Generalklausel andere Voraussetzungen an die zu überprüfende Vertragsklausel stellen würde, als die Klauselkataloge.⁵⁷ Zudem gilt Art. 83 Abs. 2 ausweislich seines Wortlauts für Prüfungen der Unfairness für die Zwecke „dieses Abschnitts“ (i.e. Kapitel 8, Abschnitt 2: Unfaire Vertragsbestimmungen bei B2C-Verträgen). Dies würde jedoch zu dem unsinnigen Ergebnis führen, dass eine Klausel, die nach Art. 84 als per se unfair eingestuft wird, nach einer umfassenden Abwägung doch als fair gelten könnte. Diese verwirrende Regelung kann nicht im Interesse des Normgebers gewesen sein.⁵⁸ Vielmehr sind Artt. 84, 85 so zu verstehen, dass die Klauselkataloge über nicht individuell ausgehandelte Klauseln hinaus alle Vertragsbe-

⁵⁴ Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (102).

⁵⁵ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (100).

⁵⁶ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (100); Gade [s. Fn. 14], S. 325.

⁵⁷ Budde/Eckhoff, in: Hahn, GEKR, S. 113 (130).

⁵⁸ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (100).

stimmungen erfassen.⁵⁹ Die in den Katalogen vorgesehenen Klauseln sind für den Verbraucher besonders nachteilig und sollen somit auch für individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen gelten.⁶⁰ Die in Art. 83 Abs. 2 aufgelisteten Faktoren können lediglich bei der Überprüfung einer Klausel von der grauen Liste des Art. 85 herangezogen werden.⁶¹

Beispielhaft soll noch auf Art. 85 (m) GEKR eingegangen werden, wonach die Unfairness einer Klausel vermutet wird, die es dem Unternehmer gestattet, seine vertraglichen Rechte und Pflichten ohne Zustimmung des Verbrauchers zu übertragen, es sei denn, ganz bestimmte, enge Voraussetzungen sind erfüllt. Der genaue Regelungsgehalt dieser Vorschrift ist unklar.⁶² Zum Teil wird in der Regelung ein generelles Abtretungsverbot in Verbraucherverträgen gesehen.⁶³ Andererseits wird vermutet, dass eine Abtretung infolge der andererseits verheerenden Auswirkung für die Kreditpraxis nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn sie die Rechte des Verbrauchers beeinträchtigt oder auch, dass nur eine komplette oder weitgehende Vertragsübernahme umfasst ist.⁶⁴ Der Wortlaut spricht zunächst für ein generelles Abtretungsverbot. Legt man die Klausel jedoch teleologisch aus, so spricht einiges dafür, hierin kein pauschales Verbot der Forderungsabtretung zu sehen. Sinn und Zweck des GEKR ist neben dem Verbraucherschutz nämlich auch die Stärkung des Binnenmarktes,⁶⁵ der unter einer so weitgehenden Regulierung leiden würde. Dies hätte ferner abschreckende Wirkung für Unternehmer und die Attraktivität des GEKR würde erheblich gemindert. Es besteht zudem kein Schutzbedürfnis für ein generelles Verbot, vielmehr kann eine Abtretung aus Sicht des Verbrauchers auch neutralen, oder gar positiven Charakter haben. Eine klarstellende Korrektur des Wortlauts ist mithin unbedingt zu empfehlen.⁶⁶

Im Sinne des Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit und -klarheit stellen die Klauselkataloge in Artt. 84, 85 einen Fortschritt im Vergleich zur Richtlinie 93/13/EWG dar.⁶⁷ Allein das Vorliegen einer schwarzen Liste mit per se unfairen Klauseln bedeutet eine Erhöhung des Verbraucherschutzsniveaus. Die derzeitige Fassung sollte jedoch

⁵⁹ Gade [s. Fn. 14], S. 325.

⁶⁰ Budde/Eckhoff, in: Hahn, GEKR, S. 113 (130).

⁶¹ Gade [s. Fn. 14], S. 325.

⁶² Wedenhorst, in: Wedenhorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (103).

⁶³ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (278f.).

⁶⁴ Wedenhorst, in: Wedenhorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (103).

⁶⁵ Schulte-Nölke, in: Hahn, GEKR, S. 25 (26f.).

⁶⁶ So auch Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (279); Wedenhorst, in: Wedenhorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (103).

⁶⁷ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (100f.); Wedenhorst, in: Wedenhorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines GEKR, S. 87 (102).

insbesondere hinsichtlich der systematischen Beziehung zwischen Klauselkatalogen und Generaltatbestand konkretisiert werden, um Unsicherheiten vorzubeugen. Zudem bedürfen auch die einzelnen Klauseln zum Teil einer klarstellenden Wortlautänderung. Insgesamt bekommt die Inhaltskontrolle des GEKR jedoch im Vergleich zur Klauselrichtlinie durch die Kataloge deutlichere Konturen und lässt gesetzgeberische Wertungen erkennen. Sie könnte mithin Vorbildcharakter auch für künftige Neuerungen auf dem Gebiet der Privatrechtsharmonisierung einnehmen. Zwar stellt insbesondere die schwarze Liste einen nicht zu verkennenden Eingriff in die Privatautonomie der Parteien dar. Jedoch vergrößert dies auch die Berechenbarkeit von Vertragsgestaltungen und muss somit auch für Unternehmer nicht zwingend negative Auswirkungen haben. Dem Unternehmer verbleibt darüber hinaus noch immer die Möglichkeit, virulente Klauseln individuell mit dem Verbraucher auszuhandeln. Insgesamt ist die Aufstellung von Katalogen und die Einteilung in per se und vermutet unfaire Vertragsbestimmungen somit zu begrüßen.

3. B2B-Verträge

Für Unternehmerverträge sieht Art. 86 GEKR eine Generalklausel vor, die ihrem Inhalt nach insofern am Maßstab der Klauselkontrolle der Zahlungsverzugsrichtlinie 2011/7/EU ausgerichtet ist, als dass eine grobe Abweichung von einer guten Handelspraxis verlangt wird.⁶⁸ Gem. Art. 86 wird eine Unfairness im Einklang mit Art. 83 nur für nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen kontrolliert. Überdies spielt gleichermaßen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs eine wichtige Rolle. Schließlich nimmt Art. 86 Abs. 2 eine abgesehen vom Transparenzgebot zu Art. 83 Abs. 2 wortgleiche Konkretisierung hinsichtlich der zu berücksichtigenden Umstände vor. Zweifel an der Bedeutung einer nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmung gehen gem. Art. 65 zu Lasten der Partei, die die Bestimmung gestellt hat. Unterschiede zur Regelung für B2C-Verträge bestehen insbesondere in zweierlei Hinsicht. Zum einen sieht das GEKR für B2B-Verträge keine Klauselkataloge vor und zum anderen bedarf es gem. Art. 86 Abs. 1 lit. (b) einer *gröblichen* Abweichung von der *guten Handelspraxis*.⁶⁹ Dies zeigt die Intention des Normgebers, Klauseln in B2B-Verträgen einer weniger weitreichenden Inhaltskontrolle zu unterziehen.⁷⁰ Neben den dargestellten Unterschieden wird

⁶⁸ Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (841).

⁶⁹ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (283f.).

⁷⁰ Ayad/Schnell, BB 2012, S. 1487 (1492); Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (279f.); Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (103); Gade [s. Fn. 14], S. 326; Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 86 Rn. 4.

nachfolgend der Frage nachgegangen, ob es einer Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr überhaupt bedarf.

a) Unterschiede zur Inhaltskontrolle bei B2C-Verträgen

Wann eine gute Handelspraxis vorliegt, ist vom GEKR nicht vorgegeben. Mithin bedarf es im Einklang mit Art. 4 Abs. 1 einer autonomen Auslegung, die an den Zielen und Grundsätzen des GEKR orientiert ist.⁷¹ Festzuhalten ist zunächst, dass zwischen einer Handelspraxis und den Gebräuchen und Gepflogenheiten der Parteien i.S.v. Art. 67 ein Unterschied besteht. Eine Handelspraxis ist unabhängig von einem individualisierten Bezug, der für die Feststellung von Gebräuchen und Gepflogenheiten zwischen den Parteien zu beachten ist, zu determinieren.⁷² Der zusätzliche Verweis in Art. 86 Abs. 1 lit. (b) auf Treu und Glauben und den redlichen Geschäftsverkehr dürfte neben dem gröblichen Verstoß gegen die gute Handelspraxis gegenstandslos sein, weil ein solcher zugleich stets einen Verstoß gegen diese Gebote darstellt.⁷³ Gleichwohl bringt der Gesetzgeber damit zum Ausdruck, dass ein anderer Maßstab als der von Treu und Glauben anzulegen ist. So muss es möglich sein, dass eine Klausel, die nicht mehr den Anforderungen von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 (b) GEKRVO-Vorschlag entspricht, trotzdem noch fair wegen Befolgung der guten Handelspraxis ist. Dies marginalisiert die eigenständige Bedeutung des Bezugs auf die gute Handelspraxis erheblich, denn „gut“ kann eine Handelspraxis eigentlich nur dann sein, wenn sie nicht treuwidriger Natur ist.⁷⁴ Hinsichtlich der Frage, wann eine Handelspraxis besteht, ist auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁷⁵ zu rekurrieren, wonach das Vorliegen einer Geschäftspraxis nach nationalem Recht beurteilt werden kann.⁷⁶ Darin ist auch kein Verstoß gegen das Gebot der unionsautonomen Auslegung zu sehen. Es gibt schlicht noch keine Handelspraxis nach dem GEKR, welche vorausgesetzt werden könnte. Ob man als Definition nun auf die „Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“⁷⁷ oder auf eine „gängige unternehmerische Praxis“⁷⁸ abstellt, spielt keine entscheidende Rolle.

Wann eine Klausel *gröblich* von der guten Handelspraxis abweicht, ist ebenfalls nicht näher beschrieben. Die Bedeutung kann zunächst anhand eines Vergleichs mit Art. 83

⁷¹ von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (446).

⁷² von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (446).

⁷³ Ernst, in: Remien/Herrler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (102f.).

⁷⁴ von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (446).

⁷⁵ Richtlinie 2005/29/EG.

⁷⁶ Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 86 Rn. 4.

⁷⁷ Berger, NJW 2010, S. 465 (469).

⁷⁸ von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (446).

ermittelt werden. Demnach kommt es auf ein *erhebliches Ungleichgewicht* zulasten des Verbrauchers an. Aus den unterschiedlichen Wortlauten ergibt sich, dass offenbar auch ein unterschiedlicher Maßstab intendiert ist. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr soll also mehr als ein nach dem Gebot von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr ermitteltes erhebliches Ungleichgewicht vorliegen, damit die Klausel unfair ist.⁷⁹ Festzuhalten ist im Einklang mit Art. 83 zunächst, dass eine unfaire Klausel im Unternehmerverkehr grundsätzlich akzeptabel ist, solange sie nicht jedes Maß übersteigt.⁸⁰ Bedenkt man nun, dass die gute Handelspraxis - wie dargestellt - letztlich ihrerseits Ausfluss von Treu und Glauben ist, so liegt der Schluss nahe, dass ein erhebliches Ungleichgewicht, das anhand von Treu und Glauben ermittelt wurde, stets auch eine gröbliche Abweichung von der Handelspraxis im Unternehmerverkehr darstellt.⁸¹ In beiden Fällen ist die Unfairness Folge einer Störung der Entscheidungsfreiheit der anderen Partei.⁸² Jedoch ist das Bedürfnis nach risikobegrenzenden und rationalisierenden Klauseln im Unternehmerverkehr größer und die Fähigkeit der Vertragspartner damit umzugehen besser.⁸³ Insofern ist vom Rechtsanwender zu erwarten, dass er sich bei der Beurteilung der Unfairness einer größeren Zurückhaltung befleißigt, als bei der Überprüfung eines B2C-Vertrags.⁸⁴

Beachtung sollte darüber hinaus finden, dass von der Formulierung von Klauselkatalogen bei der Inhaltskontrolle von Unternehmerverträgen gänzlich abgesehen wurde. Dadurch soll ein größerer Gestaltungsspielraum bei der Formulierung von Verträgen gewährt werden.⁸⁵ Damit geht jedoch auch einher, dass die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung leidet und insbesondere beim Schutz von KMUs Abstriche gemacht werden müssen.⁸⁶ Daher stellt sich die Frage, ob den Klauselkatalogen aus Artt. 84, 85 für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zumindest indizielle Bedeutung zukommt. Dafür spricht, dass die Kontrollmaßstäbe von Art. 83 und Art. 86 sich im Kern decken. Wichtigstes Kriterium ist jeweils das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs.⁸⁷ Zur Verbesserung der Rechtsklarheit könnte ein entsprechender Hinweis auf die Klauselkata-

⁷⁹ von Westphalen, ZIP 2011, S. 1985 (1992).

⁸⁰ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (279).

⁸¹ Gade [s. Fn. 14], S. 326; von Westphalen, NJOZ 2012, S. 441 (446).

⁸² Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (844).

⁸³ Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (844).

⁸⁴ Ernst, in: Remien/Hemmler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (103).

⁸⁵ Möslein, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (284).

⁸⁶ von Westphalen, ZIP 2011, S. 1985 (1993).

⁸⁷ von Westphalen, ZIP 2011, S. 1985 (1993).

loge hilfreich sein.⁸⁸ Zu beachten wäre dabei aber, dass die indizielle Heranziehung keineswegs mit der unmittelbaren Anwendung gleichgestellt werden darf. Es ist jedoch nicht etwa ein redaktionelles Versehen, dass im Rahmen von B2B-Verträgen keine Klauselkataloge vorgesehen sind. Vielmehr soll hierdurch zum Ausdruck gebracht werden, dass Unternehmen jeglicher Art ein geringeres Schutzbedürfnis trifft als Verbraucher. Darüber hinaus stehen auch KMUs nicht etwa schutzlos dar, sondern genießen die bereits weitgehende Protektion durch die Generalklausel. Nur weil eine Regelung im entsprechenden Recht einzelner Mitgliedstaaten vorgesehen ist,⁸⁹ muss dies noch nicht der Weisheit letzter Schluss sein. In Anbetracht dessen, dass offensichtlich ein weniger strenger Kontrollmaßstab im Vergleich zu B2C-Verträgen intendiert ist und dass die Privatautonomie gerade im Unternehmerverkehr zu schützen ist, scheidet eine Indizwirkung der Klauselkataloge bei B2B-Verträgen aus.⁹⁰

b) Bedürfnis einer eigenen Inhaltskontrolle bei B2B-Verträgen

Es ist nicht unbedingt üblich, dass auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Inhaltskontrolle von Verträgen durchgeführt wird.⁹¹ Für eine solche Ausweitung spricht, dass die bloße Existenz von nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbestimmungen ausreichend für die Annahme ist, dass der eine Unternehmer die privatautonome Entscheidungsfreiheit des anderen beschränkt.⁹² Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr gibt es das Phänomen, dass Klauseln eines Vertrags nicht auf freier Zustimmung beruhen, sondern einer Seite schlicht aufgezwungen wurden.⁹³ Zudem kann das gänzliche Fehlen einer Inhaltskontrolle den Regress in einer Lieferkette erschweren, denn zumindest am Ende einer solchen greift eine Kontrolle im Verhältnis zwischen Unternehmer und (End-)Verbraucher.⁹⁴

Gegen eine solche Erstreckung wird angeführt, dass individuell ausgehandelte Klauseln hart sein dürfen, weil im unternehmerischen Verkehr eine Vermutung dafür spreche, dass sie mit Entgegenkommen an anderer Stelle bezahlt worden sind.⁹⁵ Zudem würde durch

⁸⁸ Ernst, in: Remien/Hemmler/Limmer, GEKR für die EU?, S. 93 (103f.); Möslin, in: Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 255 (284).

⁸⁹ Vgl. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁹⁰ So i.E. auch Ayad/Schnell, BB 2012, S. 1487 (1492); Gade [s. Fn. 14], S. 328.

⁹¹ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (279); Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 86 Rn. 6.

⁹² Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, in: Schulze, CESL, Art. 86 Rn. 6.

⁹³ Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (842).

⁹⁴ Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (843).

⁹⁵ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (279).

eine Ausweitung auf B2B-Verträge Rechtsunsicherheit in diese Geschäfte hineingetragen und der Nutzen der Klauselverwendung käme abhanden.⁹⁶

Der vereinzelte Protest ist jedoch abzulehnen. Die typische Unterlegenheit kann sich auch im Verhältnis Großunternehmen - KMU widerspiegeln. Darüber hinaus ist der Schutzzweck der Klauselkontrolle im Unternehmensverkehr nicht auf den Schutz von KMUs beschränkt. Vielmehr soll auch einer situativ bestehenden Gestaltungsmacht, insbesondere weil eine Verhandlung über Klauseln den Aufwand ökonomisch nicht rechtfertigt, entgegengewirkt werden.⁹⁷ Es geht bei der Inhaltskontrolle insofern nicht um den Ausgleich der „Faulheit“ der Unternehmen, sondern vielmehr ist diese volkswirtschaftlich sinnvoll. Diese Ziele können effektiv und unter Berücksichtigung aller Umstände nur erreicht werden, wenn auch Vertragswerke zweier Unternehmer der Inhaltskontrolle unterliegen. Die Attraktivität der Anwendung des GEKR wird durch eine Klauselkontrolle auch für B2B-Verträge insbesondere für KMUs zudem deutlich erhöht.

Es wird überdies bemängelt, dass eine Kontrolle, wenn sie schon vorhanden ist im unternehmerischen Geschäftsverkehr, nicht privatautonom durch die Parteien ausgeschlossen werden kann, etwa wenn zwei große Unternehmen mit professionellen Juristen miteinander kontrahieren. Dies müsse gerade im Rahmen eines optionalen Instruments gelten, welches erst durch eine attraktive Gestaltung interessant würde.⁹⁸ Dieser Gedanke ist jedoch ebenfalls abzulehnen. Dadurch würde den größeren Unternehmen Tür und Tor geöffnet, ihre Marktmacht auszuspielen und Vertragsschlüsse unter die Bedingung des Ausschlusses einer Inhaltskontrolle zu stellen.

Zu denken wäre jedoch an eine Ausnahme bestimmter Unternehmen, sofern diese eine bestimmte Größe erreicht haben. Unabhängig davon, welcher Maßstab hierbei herangezogen werden sollte (Anzahl Mitarbeiter, Wert des Unternehmens, etc.), wird durch eine solche Differenzierung jedoch verkannt, dass es stets zu strukturellen Ungleichgewichten kommen kann, auch wenn das entsprechende Unternehmen eine bestimmte Größe erreicht hat. Entscheidend ist nicht die Größe des individuellen Unternehmens, sondern vielmehr das relative Verhältnis zwischen den jeweils vertragsschließenden Parteien. Insofern ist dieser Gedanke ebenfalls abzulehnen.

Näher zu betrachten ist jedoch das Instrument einer Wertgrenze, also die Ausnahme großer Transaktionen vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle. So wäre es z.B.

⁹⁶ Pfeiffer, ERPL 2011, S. 835 (842).

⁹⁷ Pfeiffer, EPRL 2011, S. 835 (843).

⁹⁸ Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, S. 269 (280).

denkbar, Transaktionen ab 10 Mio. EURO gänzlich der Parteiautonomie zu überlassen. Bei solch großvolumigen Geschäften wird es in der Regel kein extremes wirtschaftliches Machtgefälle zwischen den Parteien geben und auch die Transaktionskosten stünden nicht außer Verhältnis zum Vertragswert.⁹⁹ Die Rechtssicherheit würde substantiell erhöht und die Privatautonomie gestärkt. Grundsätzlich ist eine solche Wertgrenze somit zu begrüßen. Zu betrachten ist jedoch, ob auch für den GEKR das Bedürfnis einer entsprechenden Obergrenze besteht. Dagegen spricht, dass eine Anwendung des GEKR bei derartigen Geschäften vom Normgeber nicht intendiert war.¹⁰⁰ Der „politische Anwendungsbereich“ des GEKR setzt eine solche Regelung also nicht voraus.¹⁰¹ Dies schließt gleichwohl eine Anwendung bei entsprechender Parteivereinbarung nicht per se aus. Eine solche Regelung hätte insofern Signalwirkung für die Mitgliedstaaten und die übrigen europäischen Gesetzgebungsorgane (i.e. der Rat und das Europäische Parlament), dass die Kommission den Nutzen einer Wertgrenze erkannt hat. Auch ohne verbindliche Regelung in einer Richtlinie könnte zumindest der Diskurs in den Mitgliedstaaten über ein solches Instrument angestoßen werden. Zudem würde die Attraktivität des GEKR mangels entsprechender Regelungen in den nationalen Rechtsordnungen deutlich gesteigert werden.

Mithin spricht einiges dafür, den Vorschlag um eine Wertgrenzenregelung zu ergänzen. Ob dies nun in Form einer flexiblen oder starren Grenzziehung geschieht, kann zunächst dahinstehen, soweit der Grundgedanke der Wertgrenze aufgegriffen wird.

IV. Abschließende Bewertung

Das GEKR schickt sich an als Vorläufer eines gemeineuropäischen Zivilgesetzbuches. Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sollen überwunden und dadurch der internationale Warenverkehr gefördert werden. Nichtsdestotrotz bleibt das GEKR für praktische Juristen (und um die geht es im Wesentlichen bei der alltäglichen Rechtsanwendung im Wirtschaftsverkehr) in der Regel fremd. Es liegt auf der Hand, dass jeder Jurist erst einmal das Recht anwenden möchte, welches er studiert hat und dessen Anwendung er beherrscht. Das GEKR muss also so starke Anreize setzen, dass der Malus der Anwendung fremden Rechts hinter den Boni des GEKR zurücktritt. Von wesentlicher

⁹⁹ Leuschner, Chancen und Machbarkeit einer Wertgrenze - Vortrag i.R.d. OSCAR AGB-Tagung am 21.11.2014.

¹⁰⁰ Zum hauptsächlich auf kleinere Verbraucherverträge im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ausgelegten Anwendungsbereich siehe Schulte-Nölke, in: Schulte/Stuyck, Towards a European Contract Law, S. 35 (40).

¹⁰¹ Schulte-Nölke, Internationale Tendenzen der Klauselkontrolle bei B2B-Verträgen - Vortrag i.R.d. OSCAR AGB-Tagung am 21.11.2014.

Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang die Inhaltskontrolle von Verträgen sein, welche nach dem GEKR sowohl in B2C-, als auch in B2B-Verträgen vorgesehen ist.

Zunächst ist der durch den GEKR vorgesehene hohe Verbraucherschutzstandard positiv hervorzuheben. Insbesondere im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr muss der Verbraucher als typischerweise unterlegene Vertragspartei einen besonderen Schutz genießen. Neben der bereits aus der Klauselrichtlinie bekannten umfassenden, konkret-individuellen Kontrolle von Vertragsbestimmungen beinhaltet das GEKR zwei Klauselkataloge. Diese lassen eine gesetzgeberische Wertung erkennen und tragen in bedeutendem Umfang zur Rechtssicherheit bei. Verbrauchern werden dadurch Unsicherheiten genommen, die bei der Anwendung fremden Rechts auftreten können. Viel wichtiger ist jedoch der dadurch gewährleistete hohe Schutzstandard. Die Klauselkataloge haben den Vorteil, dass es nicht mehr wie bei einer Generalklausel so stark auf die Wertung des Rechtsanwenders ankommt, sondern dass bestimmte Klauseln praktisch von jedermann a priori als unfair erkannt werden können.

Dabei darf jedoch nicht außer Sicht geraten, dass ein starker Verbraucherschutz im Rahmen der Inhaltskontrolle immer auch eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Unternehmers bedeutet. Bedenkt man jedoch, dass der Generaltatbestand des Art. 83 nur marginal über den Schutzzumfang der seit langem verbindlich geltenden Klauselrichtlinie hinausgeht und dass auch die Richtlinie bereits einen Klauselkatalog (wenn auch nur im Anhang und mit ungeklärtem Regelungscharakter) zur Verfügung stellt, dann wird der Verbraucherschutz letztlich nicht das ausschlaggebende Kriterium für Unternehmer gegen die Wahl des GEKR sein. Die Vorschriften zur Inhaltskontrolle in B2C-Verträgen im GEKR sind eine Weiterentwicklung gegenüber der Klauselrichtlinie und setzen so neue Maßstäbe. Dass vereinzelt Klauseln aus den Katalogen noch nicht hinreichend klar formuliert sind und daraus eine Rechtsunsicherheit abgeleitet wird verwundert nicht und ist legitim. Unterzieht man ein neues Recht, das den Anspruch hat, Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen verschiedener Länder zu egalisieren, einer differenzierten Untersuchung, so ist Kritik ein natürlicher Automatismus. Die vorgegebene unionsautonome Auslegung führt weiter dazu, dass auf bekannte Spruchpraktiken im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht zurückgegriffen werden kann. Somit ist es nachvollziehbar, dass insbesondere in der Praxis eine grundlegende Skepsis vorherrscht. Die umfassende Inhaltskontrolle bietet jedoch gleichwohl eine Chance auf dem Gebiet des Verbraucherrechts, einheitliche Standards zu schaffen. Denn die reine Existenz der Regelungen wird die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zur Wahrung ihrer Wettbewerbsfähigkeit dazu

veranlassen, zumindest entsprechende Regelungen auch in ihre nationalen Rechtsordnungen zu implementieren. Insofern stellt die Inhaltskontrolle nach dem GEKR für Verbraucherverträge ein wichtiges Instrument und eine große Chance dar, um einen umfassenden Verbraucherschutz auf Dauer im Unionsgebiet zu garantieren.

Neben dem Verbraucherschutz kann das GEKR insbesondere für KMUs von besonderem Interesse sein. Schwächere Marktakteure auf unternehmerischer Ebene mussten bisher, sofern sie grenzüberschreitenden Handel betrieben haben und fremdes Recht zur Anwendung kam, hohe Kosten für Rechtsberatung einrechnen. Überdies stellt das genaue Studium sämtlicher Vertragsbedingungen der Gegenseite für sich einen Kostenfaktor dar. Diese Transaktionskosten könnten eingespart werden, wenn das GEKR zur Anwendung käme und damit auch die in Art. 86 vorgesehene spezifische Inhaltskontrolle für B2B-Verträge. Diese bietet zwar nicht den gleichen umfassenden Schutz wie auf Verbrauchervertragebene. Führt man sich die größere Erfahrung und Ressourcenstärke von Unternehmen im Geschäftsverkehr jedoch vor Augen, so ist dies auch gar nicht von Nöten. Die höhere Schwelle des Art. 86, eine Klausel als unfair einzustufen, trägt der im unternehmerischen Verkehr höheren Bedeutung von parteiautonomem Handeln und der geringeren Schutzbedürftigkeit der Akteure Rechnung. Aus den gleichen Gründen sind auch entsprechende Klauselkataloge entbehrlich. Größere Unternehmen werden zwar weiterhin das für sie jeweils bekannte Recht präferieren und versuchen, dieses durch Auspielen ihrer überlegenen Marktposition zur Grundlage des Vertrages zu machen. Jedoch kann die im GEKR vorgesehene Inhaltskontrolle für B2B-Verträge auch für große Unternehmen eine wertvolle Verhandlungsposition darstellen, wenn für die Zugrundelegung des GEKR im Gegenzug etwa ein geringerer Preis vereinbart wird. So lassen sich Win-Win-Situationen kreieren, die letztlich auch dem Verbraucher als Endabnehmer zugute kommen.

Die grundsätzliche Entscheidung, auch B2B-Verträge einer Klauselkontrolle zu unterziehen trägt dem Umstand Rechnung, dass es auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr unterlegene, schutzbedürftige Parteien gibt, für die eine Absicherung über die Inhaltskontrolle einen starken Anreiz zum grenzüberschreitenden Tätigwerden darstellt.

Abgesehen von einigen Geburtsfehlern stellt das GEKR in seiner derzeitigen Fassung eine wirkungsvolle Handhabe gegen unfaire Klauseln in Verträgen zur Verfügung. Daraus kann sich eine große Chance ergeben, den einheitlichen Binnenmarkt zu fördern und damit den Wirtschaftsstandort Europäische Union insgesamt nachhaltig zu stärken.

C. Fazit und Ausblick

Sowohl in Form von Richtlinienrecht, als auch in Gestalt eines optionalen Instruments bestehen mittlerweile auf europäischer Ebene Regelungen zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die die Privatautonomie sowohl bei Verbraucher- als auch bei Unternehmerverträgen zum Teil stark beschränken. Das GEKR nimmt insoweit eine Vorreiterrolle ein. Dies lässt sich im Vergleich mit dem bestehenden Sekundärrecht dadurch erklären, dass das GEKR in seiner derzeitigen Fassung ein Vorschlag der Europäischen Kommission ist. Wie kein zweites Legislativorgan der EU denkt die Kommission europäisch und ist weitestgehend unabhängig von Einwirkungen durch die nationalen Regierungen und Parlamente. Dies spiegelt sich auch darin wieder, dass die ursprünglichen Kommissionsvorschläge für Richtlinien oft weitergehende Regelungen vorsahen, als das Endprodukt. Insofern verwundert es nicht, dass das GEKR insbesondere bei der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen neue Standards setzt. Und gerade dem Verbraucherschutz kommt im Rahmen der Inhaltskontrolle zentrale Bedeutung zu. Der Verbraucher ist gegenüber einem Unternehmer in jeglicher Hinsicht am Markt unterlegen und bedarf eines entsprechenden Schutzes. Ein Mindeststandard wird durch die Klauselrichtlinie 93/13/EWG gewährleistet. Doch genügt dieser Standard wirklich, um dem französischen Verbraucher die Vorbehalte gegen einen Internetkauf vom maltesischen Elektronikfachhändler zu nehmen? Das GEKR beantwortet diese Frage mit seinen umfassenderen Regelungen, insbesondere mit der Integrierung der verbindlichen Klauselkataloge, mit „Nein“.

Letztlich geht ein hohes Verbraucherschutzniveau auch nicht zwingend zulasten der Unternehmer. Sobald eine größere Akzeptanz für grenzüberschreitenden Handel herrscht, die für Verbraucher nur durch entsprechende Sicherheit zu generieren ist, ergeben sich neue Absatzmärkte, die insgesamt zu einer positiven Entwicklung der Wirtschaft in der EU führen werden.

Überdies wurde durch die Implementierung einer Generalklausel für B2B-Geschäfte im GEKR der Einsicht Rechnung getragen, dass auch Unternehmen in der Position der unterlegenen Partei sein können. Gerade diese Einsicht könnte einen Durchbruch in der Verwirklichung und Förderung eines europäischen Binnenmarktes darstellen. KMUs werden eher den Schritt zum grenzüberschreitenden Handel wagen, wenn sie sich gewiss sein können, dass europaweit Mindeststandards zu ihrem Schutz auf dem Gebiet der Inhaltskontrolle gelten. Die Klauselkontrolle bedarf jedoch insbesondere im unternehmerischen Geschäftsverkehr einer sensiblen Handhabung. Auf der einen Seite schützt sie kleine Unternehmen und vermindert Transaktionskosten, auf der anderen Seite baut sie hingegen

ungewollte Hindernisse für größere Marktakteure auf. Insbesondere die Einführung einer Wertgrenzenregelung könnte zu einem schonenden Ausgleich dieser divergierenden Interessen führen und sollte daher auch auf europäischer Ebene im Rahmen des GEKR als Alternative ernsthaft in Betracht gezogen werden.

Die europäische Harmonisierung der Inhaltskontrolle von Verträgen ist ein Prozess, dessen Ende noch nicht abzusehen ist. Eine Entwicklung mit dem GEKR als Vorbild erscheint im Lichte des Schutzes unterlegener Vertragsparteien und zur Förderung des Binnenmarktes angezeigt; doch leider stimmen rechtliche Zweckmäßigkeit und politische Opportunität nur in seltenen Fällen überein.

Veröffentlichungen und Auszeichnungen aus dem European Legal Studies Institute 2014

Badowski, Mateusz

- Impementation of the INSPIRE Directive- a comparative law perspective, in: M. Jankowska / M. Pawełczyk (Hrsg.), Geoinformation law and practice, Katowice 2014, S. 57-79.
- Implementacja dyrektywy INSPIRE w ujęciu prawnoporównawczym, in: M. Jankowska / M. Pawełczyk (Hrsg.), Geoinformacja. Prawo i praktyka, Katowice 2014, S. 60-84.
- Wpływ dostępu do informacji przestrzennych na jakość życia, in: A. Wudarski (Hrsg.), Poszukiwanie jakości życia. Studium interdyscyplinarne, Częstochowa 2014.
- Terminologie im Geodatenrecht – Informationen und Daten: ZIP/HSS-Forschungsfachtagung, Kloster Banz 2014.
- Zugang zu Geodaten aus datenschutzrechtlicher Perspektive, Tagungsunterlagen: „Transnationale Räume in Europa“, Wrocław 2014.
- Dostęp do informacji o prawie w Niemczech, in: Modele dostępu do informacji o prawie, G. Szpor (Hrsg.), Warszawa 2014, S. 138-151.

von Bar, Christian

- Wozu braucht man und was sind Grundstücke?, in: Festschrift für Ulrich Magnus (München 2014) S.585-604; in englischer Fassung auch erschienen als: Why do we need *Grundstücke* (Land Units), and What are They? On the Difficulties of Divinig a European Concept of ‘Things’ in Property Law, in: *Juridica International* 2014 S. 3-15.
- Die Rolle der Rechtsvergleichung in der Entwicklung des Europäischen Privatrechts, in: *Quaestiones de Qualitate Vitae. Liber Sollemnis ad Honorem Professoris Romualdi Derbis* (Frankfurt/Oder, Tschenstsochau und Osnabrück 2014) S. 681-690.
- Eigentum. Europäische Betrachtungen zu einem unverzichtbaren Sachenrecht, in: Festschrift für Egon Lorenz (Karlsruhe 2014) S. 741-767, in gekürzter und überarbeiteter Fassung auch erschienen in: 200 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg, Festschrift aus Anlass des Jubiläums (Oldenburg 2014) S. 91-110.

- The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle? in: English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale (Oxford 2014) S. 441-454.
- Privatrecht europäisch denken! in: JZ 2014 S. 473-479.
- Rechtsvergleichung ist nicht mehr genug! in: Legal Roots 3 (2014) S. 3-9.

Busch, Christoph

- Implementation of the Consumer Rights Directive in Germany, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR) 2014, 119-122.
- The Language in Which CESL Shall be Taught: CESL and the Multilingual Complexity of European Law – A Plea for Moderate Multilingualism, in: Lehmann (ed.), Common European Sales Law Meets Reality, München: Sellier 2014, 151-170.
- Secondary Liability of Service Providers, in: Schmidt-Kessel (ed.) German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 765-779
- Mobile Payment – Rechtliche und technische Rahmenbedingungen für Innovationen im Zahlungsverkehr, in: Wirtschaft und Verwaltung (WiVerw) 2014, 148-154.
- Consumer Protection and Construction Law in Germany: Structural Deficits and Current Reform Proposals, in: Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (euvr) 2014, 34-40.
- Legal Expressions of Urgency in Comparative Perspective: The Translation of Temporal Adverbials in the DCFR, in: Ajani/Graziadei/Pasa (ed.), Translating the DCFR and Drafting the CESL: A Pragmatic Perspective, Sellier: München 2014, 181-192.
- Harmonization versus Complementation: The Consumer Rights Directive and the Common European Sales Law, in: Xavier et al. (ed.), Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa, 2014, S. 221-235.

Doege, Hinrich

- A German Perspective on the Concurrence of Claims in Contract and Unjust Enrichment (Case Note on Cour de Cassation 23 October 2012), ERPL 6/2014, pp. 979–1004.

Dörr, Oliver

- Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung, 2. Aufl. 2014
- Kommentierung von Art. 275 AEUV (EuGH und GASP), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt-Kommentar, EL 53, 2014
- Kommentierung von Art. 276 AEUV (EuGH und mitgliedstaatliche Polizeimaßnahmen), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt-Kommentar, EL 53, 2014
- Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Bd. 73 (2014) S. 323-367
- Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, 2014 (Hrsg.)
- Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in: O. Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, 2014, S. 1-30
- Deutschland, in: O. Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, 2014, S. 121-155

Groß, Thomas

- Deutsches Entwicklungsverwaltungsrecht, in: Ph. Dann/S. Kadelbach/M. Kaltenborn (Hrsg.), Entwicklung und Recht, 2014, S. 659 ff.
- Ist die Wirtschaftskrise ein Katalysator für das Entstehen unabhängiger Behörden?, in: Die Verwaltung 2014, S. 197 ff.
- Integration durch Rechtsgleichheit, DVBl. 2014, S. 1217 ff.
- Das Ausländerrecht zwischen obrigkeitstaatlicher Tradition und menschenrechtlicher Herausforderung, AöR 2014, S. 420 ff.
- Chronik Verfassungsrecht, Bundesrepublik Deutschland, Eur. Zeitschrift des öffentl. Rechts (REDP/ERPL) 2014, S. 1593 ff.
- Rezension *Matthias Wehner*, Der Sprachnachweis beim Ehegattennachzug von Drittstaatsangehörigen, und Jonathan Leuschner, Das Spracherfordernis bei der Familienzusammenführung, ZAR 2014, S. 297 f.
- Rezension *Christina Fraenkel-Haeberle*, Die Universität im Mehrebenensystem, in: Die Verwaltung 2014, S. 579 ff.
- Klausur Europarecht, Ad Legendum 2014, S. 365 ff. (mit *Caroline Mindach*)

Kubela, Monika

- Ausgewählte Probleme des Schuldrechts in der Fallbearbeitung – Ansätze zur Negierung der strengen Grenze zwischen Anfechtung und Gewährleistung und die nähere Beleuchtung der „Verantwortlichkeit für den zum Rücktritt berechtigenden Umstand“, Iurratio 2014 S.61-67.

Magri, Geo

- Law made in Germany, in *Digesto delle disc. priv., sezione civile*, Torino, aggiornamento.
- Alcune osservazioni sull'influenza del modello italiano in Portogallo, in: CDCT working paper 27-2014/ELC16, in: *European Legal Culture 16*, abrufbar unter www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx (gemeinsam mit *José Carlos de Medeiros Nóbrega*)
- The Italian Codice del Consumo, a model for consumer legislation? in: Xavier/Nóbrega et al. (Hrsg.), *Perspectivas atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa: conceitos, jurisdição e harmonização legislativa*, Natal
- Italien, in O. Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa* (zusammen mit *Fulvio Cortese*)
- Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 1402 – 1427
- Il contratto di agenzia nel settore musicale, in *Aedon 2*, 2014

de Medeiros Nóbrega, José Carlos

- *Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa*, Bd. 1 – Conceitos, jurisdição e harmonização legislativa (Natal 2014) 235 S. (Herausgabe gem. mit Yanko Xavier, Fabrício Alves und Patrícia Guimarães)
- *Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa*, Bd. 2 – Relações contratuais e comércio eletrônico (Natal 2014) 238 S. (Herausgabe gem. mit Yanko Xavier, Fabrício Alves und Anderson Lanzillo)
- Proteção dos consumidores especialmente vulneráveis na Europa: elementos dos direitos alemão e espanhol, in: Xavier et al. (Hrsg.), *Perspectivas actuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa*, Bd. 1, S. 25-49 (gem. mit *Hans Schulte-Nölke*)
- Übersetzung ins Portugiesische: *Hans Schulte-Nölke*, *Desenvolvimentos do direito europeu do consumidor tendo em vista o Brasil* (Originaltitel: *Entwicklungen des europäischen Verbraucherrechts mit Blick auf Brasilien*), in: Xavier et al. (Hrsg.), *Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa*, Bd. 1, S. 15-18 sowie Bd. 2, S. 15-18.

- Alcune osservazioni sull'influenza del modello italiano in Portogallo, CDCT working paper 27-2014/ELC16, in: European Legal Culture 16, abrufbar unter www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx (gemeinsam mit *Geo Magri*)
- Rezension: Alexander Rathenau, Einführung in das portugiesische Recht, Beck: München 2013, Zeitschrift für das Juristische Studium 4/2014, S. 462-464, abrufbar unter www.zjs-online.com

Schulte-Nölke, Hans

- Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. März 2013 – VII ZR 162/12 (Wirksamkeit einer Klausel über die Vorleistungspflicht bei Werkverträgen), Case Note, in: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC) 2014, S. 196-199.
- Überarbeitung/Neukommentierung von Vor §§ 305-310 (Allgemeine Geschäftsbedingungen), §§ 305-310, §§ 312-312i (Besondere Vertriebsformen), §§ 675-676c (Zahlungsdienste), Vor §§ 854-1296 (Sachenrecht), §§ 854-872 (Besitz), Vor §§ 903-924 (Eigentum), §§ 903-905, Vor §§ 929-1011 (Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen), §§ 929-1011, §§ 1030-1089 (Nießbrauch), Vor § 1204 (Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten), §§ 1204-1296, in: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, herausgegeben von Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger, 8. Auflage 2014
- Data Protection Aspects of eCall, requested by the European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Februar 2014 (zusammen mit Xawery Konarski und Damian Karwala), abrufbar unter: www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201402/20140218ATT79553/20140218ATT79553EN.pdf
- Entwicklungen des europäischen Verbraucherrechts mit Blick auf Brasilien (Übersetzung ins Portugiesische von Carlos Nóbrega: Desenvolvimentos do direito europeu do consumidor tendo em vista o Brasil), in: Xavier et al. (Hrsg.), Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa, Bd. 1, S. 11-14 bzw. 15-18 sowie Bd. 2, S. 11-14 bzw. 15-18.
- Proteção dos consumidores especialmente vulneráveis na Europa: elementos dos Direitos alemão e espanhol, in: Perspectivas Atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa, herausgegeben von Y. M. de Alencar Xavier, 2014, S. 25-49 (zusammen mit Carlos Nóbrega)

Schusterova, Magda

- Das neue tschechische (A)BGB – die Besonderheiten, in: IJVO 18 (2013) S. 1-23 (erschienen 2014).

- Kataster nieruchomości w Republice Czeskiej. Dane w nim zawarte, zasady dostępu i zmiany spowodowane nową kodyfikacją czeskiego prawa prywatnego (Das tschechische Liegenschaftskataster, seine Daten, Zugang zu diesen und die mit der neuen Privatrechtskodifikation verbundenen Veränderungen), in: *Przeegląd Naukowy Disputatio*, 1/2014 (vol. 17), S. 159-170.

Zoll, Fryderyk

- Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań, w: A. Olejniczak, *Suplement do t. 6 Systemu Prawa Prywatnego*, s. 1-218 (Performance and The Effects of the Non- Performance of Obligations). 2nd ed System t. 6, Warszawa 2014, pp. 1013-1241.

- A Civil Code Outside of Reality, The Polish Codification of the Year 1964, Its Origin, Development and Future, in: *Codification in International Perspective: Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Series: *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, ed. Wen-Yeu Wang, Cham, Heidelberg NewYork Dordrecht London 2014, pp. 125-135.

- A Three Dimensional-Code and a Question of the Normative Hyperlinking?, in: *Information, Technology and Law - Jagiellonian University Press (Information, Technologie und Recht)*, ed. Wojciech Cyruł, Cracow 2014, pp. 95-103.

- Problem z pojęciem umowy sprzedaży w nowej ustawie o prawach konsumenta – zagadnienie umów mieszanych z obowiązkiem świadczenia usługi (The Problem of the notion of the sales contract in the new law on consumer protection – the question of the mixed contracts with the service component), *IKAR* 4/2014, pp. 7-19.

- Założenia projektu świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym (The concept of the draft on services in the new Polish civil code), pp. 71-74, *TPP* 4/2014 with Marlena Pecyna.

Auszeichnungen 2014

- Dipl.-Jur. Imke Tuma: Landesbestenehrung der Ersten Juristischen Prüfung in Niedersachsen (1. Rang)

- Dipl.-Jur. Imke Tuma: Auszeichnung mit dem Schindhelm-Förderpreis zum Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück (1. Platz) für ihre Studienarbeit „Eignung von Informationspflichten zum Verbraucherschutz“; gekürzte und leicht veränderte Fassung abgedruckt in dem vorliegenden IJVO-Jahresheft.



Verzeichnis der Jahreshefte

Jahresheft 1989/90	IJVO 1	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 1991/92	IJVO 2	
Jahresheft 1992/93	IJVO 3	
Jahresheft 1994/95	IJVO 4	
Jahresheft 1995/96	IJVO 5	
Jahresheft 1996/97	IJVO 6	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 1997/98	IJVO 7	
Jahresheft 1998/99	IJVO 8	
Jahresheft 1999/00	IJVO 9	
Jahresheft 2000/01	IJVO 10	
Jahresheft 2001/02	IJVO 11	
Jahresheft 2003/05	IJVO 12	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 2006	IJVO 13	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 2007	IJVO 14	
Jahresheft 2008	IJVO 15	
Jahresheft 2009/10	IJVO 16	
Jahresheft 2011/12	IJVO 17	
Jahresheft 2013	IJVO 18	
Jahresheft 2014/15	IJVO 19	

Internationale Juristenvereinigung Osnabrück e.V.

<http://www.elsi.uni-osnabrueck.de>  IJVO e.V.