

Christian Baldus (Hrsg.)

# Neues europäisches Kauf- und Digitalvertragsrecht

Herausforderungen für die notarielle Praxis



**Nomos**

**Band 67**

**Schriften zum Notarrecht**

**Herausgegeben von der  
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)**

Herausgeber-Beirat

Notar Dr. Andreas Albrecht,  
Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,  
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit,  
Forschungsstelle für Notarrecht der  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Prof. Dr. Peter Limmer,  
Institut für Notarrecht an der  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Joachim Münch,  
Institut für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,  
Rheinisches Institut für Notarrecht der  
Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Christian Baldus (Hrsg.)

# Neues europäisches Kauf- und Digitalvertragsrecht

Herausforderungen für die notarielle Praxis

Im Auftrag der NotaReG

Redaktion: Sophie Hornbach



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-7560-1603-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-4522-2 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort\*

Nachdem unsere letzten Veranstaltungen eher in Spezialbereiche des Privatrechts führten, sind wir heute wieder in dessen Kern, mit einem Thema, das von Anfangssemestern bis Praktikerinnen und Praktikern jeden interessieren muss: dem Kaufrecht. Freilich steckt der Teufel im Detail. Denn wenn wir unser heutiges Programm mit „Tagung zum reformierten Kaufrecht“ überschreiben, dann ist das nicht ganz genau, und es wirken Prägungen fort, die früher schon problematisch waren, heute zum Teil geradezu irreführend sind.

Die erste und älteste dieser Prägungen ist die (meist stillschweigende) Annahme, der Kauf sei ein besonders typischer Vertragstyp, vielleicht gar ein besonders einfacher. Das war immer schon zweifelhaft, und seit 2002 ist es jedenfalls unter dem BGB falsch. Einfach war der Kauf deswegen nie, weil bereits seit römischer Zeit verschiedene Rechtsbehelfe, ursprünglich auch verschiedene Zuständigkeiten, miteinander konkurrierten und systematische Schwierigkeiten, also Rechtsunsicherheit, erzeugten.<sup>1</sup> Die Schuldrechtsreform von 2002 hat dieses Problem stark reduziert, aber auf Kosten des Kaufvertrages: Sie hat einige Elemente des Kauf- und des Werkvertrages in das Allgemeine Schuldrecht gezogen und mit der Nachbesserung ein typisch werkvertragliches Element dort verankert. Neben Kauf und Werkvertrag stehen die anderen Typenverträge, die sich meist nur dann verändern, wenn Richtlinien es erzwingen; man denke nur an das Verbraucherkreditrecht. Systematisch ist das nicht. Einfacher geworden waren die Dinge 2002 insoweit, als im Gefolge der Richtlinie 99/44/EG der subjektive Fehlerbegriff kodifiziert wurde. Freilich blieb in Gestalt des § 434 I 2 Nr. 2

---

\* Die Form der mündlichen Einführung ist beibehalten. Zu danken ist allen Personen innerhalb und außerhalb der NotaReG, deren Einsatz die Veranstaltung möglich gemacht hat, namentlich Frau Assessorin Sophie Hornbach, die als Geschäftsführerin Organisation und Durchführung von Tagung und Drucklegung verantwortet hat. Wertvolle Unterstützung bei Korrekturen und Register leisteten Frau ref. iur. Maria Fillmann, Frau cand. iur. Constanze Koppers und Frau cand. iur. Emily Grüner (alle Heidelberg).

1 Hier sei der Hinweis auf *C. Baldus*, Binnenkonkurrenz kaufrechtlicher Sachmängelansprüche nach Europarecht. Zur Rolle des Richters bei der Koordinierung gesetzlicher Tatbestände, Baden-Baden 1999, gestattet.

BGB 2002 eine Hintertür für den objektiven Fehlerbegriff offen. Diese Tür hat sich mit der Umsetzung der beiden hier zu besprechenden Richtlinien weiter geöffnet, wie an § 434 I und III BGB 2022 deutlich abzulesen ist. Ob damit der Privatautonomie und der Rechtssicherheit gedient ist, darf gefragt werden, namentlich aus der Sicht eines Berufsstandes, der Rechtssicherheit durch privatautonome Vereinbarungen schafft. Und neue Richtlinien sind schnell wieder „altes Recht“: Diese Woche hat sich das Europäische Parlament mit überwältigender Mehrheit für ein „Recht auf Reparatur“ im Sinne einer Stärkung der Nachbesserung gegenüber der Nachlieferung ausgesprochen.<sup>2</sup>

Die Zweifel gehen aber noch weiter. Nur die Warenhandelsrichtlinie kann typologisch klar als kaufrechtlich eingeordnet werden. Die Richtlinie über digitale Inhalte abstrahiert hingegen von nationalen Typenmodellen. Sie muss dies tun, um alles zu erfassen, was erfasst werden soll; digitale Inhalte können auf unterschiedlichem Wege vom Anbieter zum Kunden kommen, fast immer aber bestehen Informationsasymmetrien; die Richtlinie muss es daher den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überlassen, ihre je eigenen systematischen Konsequenzen zu ziehen.

Wie unterschiedlich solche Konsequenzen aus deutscher Sicht sein können, zeigen die Beiträge im GPR-Forum 2019; ebenso wie das GPR-Forum 2022, in dem die verwandte Frage behandelt wird, wie eigentlich unsere Lehre vom Dauerschuldverhältnis unter europarechtlichen Aspekten zu sehen ist.<sup>3</sup> Es geht also nicht nur um Kauf im hergebrachten Sinne. Das deutsche Recht kann freilich auf eine Typeneinordnung nicht gut verzichten, denn das gesamte Besondere Schuldrecht basiert auf dem Typenmodell. Dieses ist erfahrungsgemäß auch das Modell, das Studierenden den besten Zugang zum Schuldrecht ermöglicht: Wer einzelne Vertragstypen in den Grundzügen kennengelernt hat (und das dafür ideale Modell ist nicht zwingend der Kauf), dem sind die Kompliziertheiten des Allgemeinen Schuldrechts besser zugänglich, weil konkret vorstellbar. Das früher verbreitete Modell, zunächst nur den Kauf zu erklären, an diesem aber das gesamte Allgemeine Schuldrecht bis hin zu den Pathologien der so genannten Unmöglichkeit, muss nicht das didaktisch einfachste sein.

---

2 Vgl. einstweilen <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20220331STO26410/recht-auf-reparatur-warum-sind-eu-rechtsvorschriften-wichtig>.

3 GPR-Forum 2019: Neue Richtlinien, neue Vertragstypensystematik?, GPR 16 (2019) 258-262; GPR-Forum 2022: Dauerschuldverhältnisse, GPR 19 (2022) 106-109.

Wenn wir heute fragen wollen, wie die neueren Entwicklungen aus notarieller Sicht zu bewältigen sind, können wir gleichwohl „Kauf“ über das Programm schreiben, denn das, was Parteien in diesem Feld praktisch wollen, ist typischerweise ein Kauf — vor dem Notar freilich in aller Regel ein Immobilienkauf. Auch dieses Geschäft ist aber von Veränderungen betroffen. Im Zusammenhang mit der Digitalisierung stellt sich beispielsweise die Frage, welchen Einfluss all die Einrichtungen haben, die man unter den Begriff *smart home* zu fassen pflegt. Und schon immer wurden Mobilien mit der Immobilie zusammen verkauft.

Warum interessiert all das akademisch? Es stellt sich namentlich die Grundsatzfrage, was der Gegenstand eines Rechtsgeschäfts mit den Wertungen zu tun hat, die in den einschlägigen Normen verschlüsselt sind. Strukturell ist es gleich, ob man einen Holzbesen, einen gewöhnlichen Staubsauger oder einen lernfähigen Reinigungsroboter kauft; bei der Frage nach Mängeln ging es traditionell und geht es bis zu einem bestimmten Punkt noch heute jeweils darum, was nur der Verkäufer wissen kann und worum sich hingegen der Käufer kümmern muss. Dies ist eine juristische Wertungsfrage. Dass der Holzbesen technisch simpler ist als der elektrische und erst recht als der elektronische Reinigungsknecht, ändert an dieser Frage nichts Prinzipielles. Termitenbefall am Besenstiel wird man im Regelfall nicht erwarten, kann ihn aber vermutlich auch als Laie erkennen; bei elektrischen Defekten und erst recht bei Softwarefehlern verhält es sich tendenziell umgekehrt. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass die rechtstechnische Verschlüsselung der Wertung in allen drei Fällen in gleicher Weise erfolgen muss.

Es ist eine Frage der jeweiligen Rechtsordnung und Rechtskultur, ob sie lieber mit für alle Fälle gleich formulierten Normen und differenzierter Rechtsprechung arbeitet oder ob ihr ausführlichere Regelungen bereits auf legislativer Ebene lieber sind. Die populäre Klage über die endlosen neuen Paragraphen in bestimmten Teilen des BGB vergisst oder blendet aus, dass entsprechend komplizierte Judikatur nicht besser ist. Sie ist im Gegenteil schlechter, weil nur der Fachmann sie findet. Die Kompliziertheit mancher Richtlinien erklärt sich entsprechend — abgesehen von allfälligen politischen Kompromissen — daraus, dass nur eine gesetzliche Vorgabe und Umsetzung binnenmarkttauglich ist, nicht eine von Land zu Land unterschiedlich transparente Judikatur.

Und: Wir bewegen uns in einer rasanten technischen Entwicklung, von der wir nicht wissen, wohin sie führen wird. Letzteres ist zwar bei allen

gegenwärtigen Entwicklungen so, aber unsere Unfähigkeit, Veränderungen unserer eigenen Umwelt belastbar einzuschätzen (einfach weil wir Zeitgenossen sind), wirkt sich umso stärker aus, je weniger die neuen Elemente aus irgendwelchen persönlich und rechtskulturell vertrauten Erfahrungen heraus beurteilt werden können. Die Rede von der immer weiter zunehmenden Beschleunigung ist durchaus selbst ein Topos und muss als solcher hinterfragt werden;<sup>4</sup> Signatur der Moderne ist aber, dass der Erwartungshorizont sich vom Erfahrungsraum ablöst,<sup>5</sup> und das wirkt sich auch auf die Brauchbarkeit von Rechtstraditionen aus. Die Frage ist nur, wo und wann genau eine solche Ablösung stattfindet und was das für unseren Umgang mit den Erfahrungen bedeutet, die sich in vertrauten Normstrukturen kristallisiert haben. Wir müssen sie jedenfalls hinterfragen, also historisch analysieren.

Ob auf diesem Wege irgendwann der Punkt erreicht sein wird, an dem wir werden sagen müssen: Auch die Wertung in dieser oder jener Kaufrechtsfrage verändert sich — das wissen wir nicht im Vorhinein. Wichtig ist nur eines: Wir müssen diese Frage juristisch entscheiden. Wir dürfen sie nicht Technikern überlassen. Wir müssen uns von ihnen die Technik erklären lassen, soweit es erforderlich ist, um deren Folgen zu verstehen. Aber die Entscheidung über alles Normative — Gesetze, Judikate, Akte privatautonomer Gestaltung — muss beim Gesetzgeber beziehungsweise bei Juristen bleiben. Digitalisierung darf kein Zauberwort sein, das Diskurse mehr verwirrt als bereichert, sondern sie muss im Einzelnen und unter der Herrschaft juristischer Wertung durchdekliniert werden.

Was fangen wir nun mit der deutschen Umsetzung an, die seit 2022 in Kraft ist? Unsere Referate umkreisen diese Frage zunächst von Genese und Zusammenhang der Regelungen her, dann mit Blick auf bereits erkennbar gewordene Probleme.<sup>6</sup> Zunächst wird über „Das neue Kaufrecht: Einführung und ausgewählte Grundfragen“ mein Heidelberger Kollege Thomas

---

4 Dazu auch aus deutsch-französischer Perspektive *C. Bouton*, *L'accélération de l'histoire. Des Lumières à l'Anthropocène*, Paris 2022.

5 Die maßgeblichen Texte von *Reinhart Koselleck* hierzu in: *ders.*, *Zeitschichten. Studien zur Historik* (Frankfurt 2003); aus der Sekundärliteratur vgl. nur *S.-L. Hoffmann*, *Der Riss in der Zeit. Kosellecks ungeschriebene Historik*, Berlin 2023.

6 Die bisherige Diskussion ist in den einzelnen Beiträgen referiert. Unmittelbar vor der Tagung erschienen und zu einem zentralen Problem: *K. Grisse*, *Welche Regeln gelten für in Sachen enthaltene oder mit Sachen verbundene digitale Produkte? Abgrenzung der §§ 327 ff. zum Verbrauchsgüterkaufrecht und Vergleich der Regelungs-systeme*, *JZ* 78 (2023) 1017-1027 mwN.

Pfeiffer sprechen, Vorsitzender der Zivilrechtslehrervereinigung und nicht nur aus verschiedenen einschlägigen Beiträgen seit den Zeiten der *Acquis Group* allseits bekannt.<sup>7</sup>

Diese europäische und deutsche Grundlage wollen wir dann rechtsvergleichend verbreitern, nämlich für einige Nachbarrechtsordnungen, die auch die hiesige Praxis interessieren. Dafür konnten wir einen Kollegen gewinnen, der eine Heidelberger Vergangenheit<sup>8</sup> hat und jetzt in Innsbruck lehrt: Herr Professor Laimer wird Umsetzungsmodelle und Umsetzungsdivergenzen in Österreich, Frankreich und Italien erläutern. Österreich geht gerade in Verbraucherrechtsfragen oft eigene Wege, die besser zu kennen durchaus im Interesse deutscher Rechtswissenschaft und Praxis läge; Frankreich ist der maßgebliche Nachbar im Westen, und in Italien verbinden sich viele Einflüsse in hochentwickelter Dogmatik zu oft kreativen Lösungen.

Nun betreiben wir Rechtsvergleichung in Europa nicht nur, um kompromissfähige Normtexte zu finden, sondern auch deswegen, weil die verbindliche Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof ebenfalls auf den komparatistischen Befund schaut; anders formuliert: Allein aus Deutschland auf Luxemburger Entwicklungen zu schauen, heißt eine durchaus eingengegte Perspektive wählen. So wird uns Herr Dr. Kraus, Referent im Kabinett des Heidelberg seit langem verbundenen Richters Csehi, sagen, was am Gerichtshof bereits an Verfahren eingegangen ist (wenig), vor allem aber, auf welche Elemente und Linien der bisherigen Rechtsprechung wir blicken müssen, wenn wir wissen wollen, was für Fälle zu den neuen Richtlinien *mutatis mutandis* bedeutsam sein kann.<sup>9</sup>

Nach der wohlverdienten Mittagspause wollen wir all das auf die aktuelle Situation in Deutschland herunterbrechen. Es freut mich sehr, dass Herr Vizepräsident des OLG Zweibrücken a.D. Petry uns instanzgerichtliche Judikatur aus Rheinland-Pfalz vorstellen wird, wiederum unter dem Aspekt denkbarer Kontinuitäten zwischen altem und neuem Recht — zugleich stell-

---

7 Der Vortrag erscheint gesondert abgedruckt in BWNotZ, voraussichtlich 2024. Vgl. T. Pfeiffer, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland – Beobachtungen zu Sachmängeln und Aktualisierungspflicht, GPR 2021, 120-128.

8 S. Laimer, Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 77 (2013) 555-591.

9 Der Referent konnte wegen vorrangiger Luxemburger Dienstpflichten seine Schriftfassung für den Druck nicht aktualisieren. Die NotaReG dankt umso mehr für den instruktiven mündlichen Vortrag.

vertretend für das, was Richter auch in Baden-Württemberg und anderen Bundesländern beschäftigt.

Erste praktische Erfahrungen von der linken Rheinseite gibt es nicht nur in Deutschland, sondern auch in Frankreich, wo das neue Recht auf ein ganz anders strukturiertes Zivilrechts- und Gerichtssystem trifft – eines, dessen Bedeutung für den Luxemburger Blick auf sämtliche Materien in Deutschland fortwährend unterschätzt wird. Dazu werden wir bereits einen ersten und vergleichenden Zugang aus dem Vortrag von Herrn Laimer haben, die besonders wichtige Innenperspektive aber werden wir dann von Herrn Kollegen Ringot-Namer, Université de Lorraine, bekommen, und zwar (wie Sie dem aktualisierten Programm entnehmen)<sup>10</sup> ebenfalls mit Schwerpunkt auf der auch für Deutschland zu stellenden Frage, inwieweit Rechtsprechung zu den Vorgängernormen fortwirken wird.

Bei dieser Gelegenheit darf ich der französischen Partneruniversität für die Finanzierung der Verdolmetschung danken und die im Publikum anwesenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Nancy besonders begrüßen: Auch fragen können Sie gern auf Französisch, es wird hin und her übersetzt, und es entspricht deutscher Universitätstradition, dass Studierende nicht stumm sind wie angeblich die Fische, sondern fragen, wenn sie etwas nicht verstehen oder vertieft sehen wollen. Dumme Fragen gibt es nicht.

Ins Zentrum der notariellen Praxis sollen uns dann, solcherart umfassend vorbereitet, die beiden letzten Vorträge führen. Digitale Produkte in notariellen Verträgen wird Herr Kollege Schmidt-Kessel, Bayreuth, beleuchten; ich sage nicht zuviel, wenn ich darauf hinweise, dass die Reintegration des Verbraucherprivatrechts in ein modernisiertes deutsches Zivilrechtsdenken, und zwar in konsequent europäisch-vergleichender Perspektive, ein Thema ist, für das sein Name seit über dreißig Jahren steht. Entsprechend hat er den Entstehungsprozess der beiden Richtlinien von Anfang an begleitet und wird auch die Frage ansprechen, wo digitale Produkte in Immobilienverträgen zwischen Unternehmen besonderer Aufmerksamkeit bedürfen.

Und am Ende steht, anstelle eines *rapport de synthèse*, natürlich nicht „der Grüneberg“, sondern „der Herrler“: Es ist mir eine besondere Freude, Sie endlich hier begrüßen zu dürfen! In Ihrem Vortrag „Das reformierte

---

10 La Directive 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens et l'expérience française antérieure = Die Warenkaufrichtlinie und das frühere französische Recht.

Kaufrecht in der Gestaltungspraxis“ wird sich all das bündeln, was uns heute beschäftigen wird.

Das Schlusswort wird dann kurz sein und — abgesehen von wenigen „roten Fäden“ aus den Referaten — namentlich technische Fragen, etwa zu der zeitnah angestrebten Publikation, betreffen.<sup>11</sup>

Damit kann ich das Wort an die Moderatoren übergeben: Wiederum haben meine Vorstandskollegen Dr. Andrea Stutz und Dr. Thomas Raff sich freundlicherweise bereiterklärt, diese Aufgabe zu übernehmen, sodass der akademisch informierte notarielle Blick alles umfasst — und der straffe Zeitplan strikt gewahrt bleibt. Wir wollen Zeit für die Diskussionen haben, und was an Fragen, Anregungen und Gedanken in die Diskussionszeit nicht passt, das findet Raum bei Mittagspause, Kaffeepause und Empfang.<sup>12</sup>

Christian Baldus

---

11 Auf einen Abdruck wird verzichtet.

12 Anstelle eines Diskussionsberichts: Die Referenten waren gebeten, die wesentlichen Inhalte der Diskussion in die jeweilige Schriftfassung einfließen zu lassen. Tagungsbericht: *M. Fillmann*, Tagung zum reformierten Kaufrecht der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg in Kooperation mit der Université de Lorraine am 24.11.2023, *BWNotZ* 2024, 16-19.

