

Berlin, Februar 2009
Stellungnahme Nr. 24/2009
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Europäisches Vertragsrecht
unter Beteiligung des Informationsrechtsausschusses

zu

einigen Fragen des Vorschlags für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM [2008] 614 endg.)

Mitglieder des Ausschusses Europäisches Vertragsrecht:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Christian Duve, Frankfurt
Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Köln (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Thomas Krümmel, Berlin (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Berichterstatter)

Zuständige DAV-Geschäftsführerin

Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

Mitglieder des Informationsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Niko Härting
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck

Zuständiger DAV-Geschäftsführer

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:Europa

- Europäische Kommission
 - Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz
 - Generaldirektion Justiz, Freiheit und Sicherheit
- Europäisches Parlament:
 - Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz
 - Rechtsausschuss
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung Deutschlands bei der EU
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Justizreferenten der Landesvertretungen

Deutschland

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- DIE LINKE.-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Steuerberaterverband
- Deutscher Gerichtsvollzieherbund e. V.
- Redaktion NJW
- ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
- den Bundesverband Freier Berufe (BFB)
- den Bund Deutscher Verwaltungsrichter

The German Bar Association (Deutscher Anwaltverein – DAV) is the professional body comprising more than 67,000 German lawyers. Being politically independent the DAV represents and promotes the professional and economic interests of the German legal profession.

Executive Summary:

Re: Chapters II and III

In its part dealing with information requirements, the proposed Directive risks to contravene its own objective: to increase consumer protection by creating, inter alia, a higher level of legal clarity. Consumers should be able to easily perceive, and make use of, information provided; traders should not face unnecessary formal obstacles. Arguably, in part, the amount and diversity of information requirements provided in the Proposal work to the contrary. It is also submitted that at least in this field, increased legal standardization at European level will have to be paid for by further fragmentation of the law at Member States' level and, consequently, intransparency to the consumer. There continue to be different and partly overlapping sets of information requirements: those for any and all sales and services contracts; those applying to distance selling; those governing e-commerce transactions; and the national provisions applicable to consumer-related contracts having other objects than the sale of goods and the provision of services.

Traders should not be under the obligation to provide information to consumers where this is objectively unnecessary, especially, in cases of regular or repeated transactions, and where the information is apparent from the external context of the contract or its object as perceivable by the consumer (Art. 5 para. 1).

With regard to additional charges, the Directive should refrain from referring to the possibility of reasonably calculating such charges (Art. 5 para. 1 lit. c; also cf. reasonable expectation or awareness in Art. 24), as to all but a few Member States, the transfer of this - archetypal Anglo-Saxon - term into their legal systems in the course of full harmonisation will be highly problematic.

The requirement to inform the consumer about existing codes of conduct (Art. 9 lit. d) should concretely refer to any relevant codes of conduct to which the trader sub-

scribes, and how those codes can be consulted electronically (cf. Art. 10 para. 2 of the E-Commerce Directive).

Re: Articles 24 through 26

The requirements of conformity should, in part, be cumulative and not alternative so that it is not sufficient if only one of those requirements is met. Further, the trader should be bound to public statements of the producer regarding the qualities of the product, whether or not the trader knew or should have known about them, whilst the consumer should have no rights on the grounds of a lack of conformity if he knew or, applying the normal standard of care, would have known about such lack of conformity. If a repair or replacement of non-conforming goods, or both, would cause significant inconvenience to the consumer, he should have the right to request other forms of remedy immediately. Consumers' rights in case of non-conforming goods do not and should not depend on culpability on the part of the trader. For this reason, a fair balance between consumers' and traders' sides would suggest that consumers only have the right to have the price reduced or the contract rescinded, but with a right for the trader to avert these consumer rights by repairing or replacing the non-conforming goods if this is possible without significant inconvenience to the consumer.

Re: Article 27 subpara 2

The meaning and scope of article 27 subpara. 2 is unclear under various aspects. Depending on the interpretation, it changes the law substantially and causes conflicts with the existing product liability regime. In particular, it is open whether the provision

- only sanctions inappropriate warranty measures according to article 26 or whether it grants a damage claim with respect to all kinds of damages incurred, irrespective of warranty measures, and

- also grants a damage claim in the event that the seller did not act culpably with respect to the defect or the inappropriate warranty measures.

A damage claim for all kinds of damages incurred that does not require culpability on the part of the seller would conflict with the existing product liability regime, as the stricter requirements under the product liability law could be circumvented.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Ausschuss begrüßt die Entscheidung der Kommission, nach Verabschiedung zahlreicher sektoraler Richtlinien zum Verbraucherschutz nunmehr erstmals einen Richtlinienvorschlag zu unterbreiten, der als „horizontales Instrument“ ausgestaltet ist. Denn auf diese Weise wird die dringend notwendige Vereinheitlichung des europäischen Verbraucherschutzrechts gefördert, weil dann abweichende Schutzniveaus nicht mehr zulässig sind. Dieser Ansatz dient sowohl der Harmonisierung als auch der Rechtssicherheit.

Gleichwohl gibt der Ausschuss Europäisches Vertragsrecht zu bedenken, dass die Verabschiedung derartiger „horizontaler Instrumente“ nicht den Blick verstellen darf, ein einheitliches europäisches Vertragsrecht zu schaffen, welches nicht nur den engen Bereich des Verbraucherschutzes, sondern auch den gesamten unternehmerischen Verkehr erfasst. Denn die zahlreichen Grundfragen des Vertragsrechts, die den Verbraucherschutz betreffen, beziehen sich zwangsläufig auch auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern, z.B. Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen, um nur diese beispielhaft zu nennen.

Bei aller grundsätzlichen Zustimmung zu dem Richtlinienvorschlag der Kommission hat der Ausschuss Europäisches Vertragsrecht in seinen intensiven Beratungen einige Kritikpunkte näher beleuchtet, die nachfolgend aufgeführt werden.

I. Zu Kapiteln I, II und III

1. Begriffsbestimmungen

Aus Sicht des DAV sollte bei den Begriffsbestimmungen in Artikel 2 eindeutig auch der Begriff der Software aufgegriffen werden. So sollte der Vertrieb einzelner Exemplare von Software mit dem Ziel der Nutzung durch den Käufer der Richtlinie unterfallen.

2. Informationspflichten und Rechtsklarheit

Das mit der Richtlinie verfolgte Ziel einer weiteren Erhöhung des Verbraucherschutzes u.a. durch größere Rechtsklarheit wird nur so weit zu erreichen sein, wie die Umsetzung der Vorgaben in nationales Recht dessen Kohärenz, Effizienz und Praktikabilität nicht beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung steht namentlich im Bereich der Informationspflichten zu befürchten.

Art. 5 des Richtlinienvorschlags nimmt in wesentlichen Teilen den Katalog der Informationspflichten auf, der bislang Gegenstand von Art. 4 der Fernabsatzrichtlinie (1997/7/EG) ist, erweitert seinen Anwendungsbereich jedoch auf jeden Kauf- oder Dienstleistungsvertrag (vgl. Art. 2 [2] und [5]), lediglich mit der Einschränkung, dass Informationen nicht gegeben werden müssen, sofern sie sich unmittelbar aus den Umständen ergeben (vgl. Art. 5 Abs. 1).

Daneben bleiben die Bestimmungen über Informationspflichten in den Richtlinien über Dienstleistungen im Binnenmarkt (2006/123/EG) sowie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) bestehen. Sie legen nur Mindeststandards fest, so dass der nationale Gesetzgeber weitergehende Informationspflichten festlegen durfte.

Die Bestimmungen über Informationspflichten im Fernabsatz werden ihrerseits durch Artikel 9 des Richtlinienvorschlags gegenüber den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie erweitert (Art. 9 lit. d, e und f).

Hierdurch dürften allein in gesetzestechnischer Hinsicht weitgehende, rechtstechnische Probleme bei der Einpassung in die nationalen Rechtsordnungen verursacht werden, wie jetzt schon bei den Schwierigkeiten zu sehen, eine hinreichend transparente und für den Verbraucher nachvollziehbare Widerrufsbelehrung nach den diversen Bestimmungen der BGB-InfoV zu erreichen¹. Wichtiger erscheint jedoch der Einwand, dass in puncto Informationspflichten die von dem Richtlinienvorschlag intendierte Rechtsvereinheitlichung im europarechtlichen Bereich zu einer (weiteren) Rechtszersplitterung innerhalb der nationalen Rechtsordnungen zu führen droht. Wird die Richtli-

¹ Kritisch hierzu Graf von Westphalen ZGS 2008, 161.

nie nämlich mit dem nun vorgeschlagenen Inhalt umgesetzt, so muss der nationale Gesetzgeber jeweils Regeln vorhalten über

- (i) die Informationspflichten, die auf alle Kauf- und Dienstleistungsverträge Anwendung finden,
- (ii) dazu ergänzend die Informationspflichten, die für Fernabsatzverträge gelten,
- (iii) parallel dazu, und teilweise sich mit den vorstehenden überschneidend, die Informationspflichten, die im elektronischen Geschäftsverkehr gelten, sowie
- (iv) gegebenenfalls Informationspflichten, die sich nur aus nationalem Recht ergeben, aber andere als Kauf- und Dienstleistungsverträge betreffen, und an denen ein Verbraucher beteiligt sein kann (z.B. Mietverträge über Wohnraum).

Der Zielsetzung der Richtlinie wird freilich nur entsprochen, wenn ihre Regelungen beim Verbraucher - und zwar im Sinne einer Verbesserung seiner Rechtsposition und seines Schutzniveaus - auch tatsächlich "ankommen", d.h. von ihm mit zumutbarem Aufwand wahrgenommen und zielgerichtet genutzt werden können. Darüber hinaus sollten im Interesse der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes auch durch Verbraucherschutzbestimmungen keine unnötigen formalen Erschwernisse für Gewerbetreibende geschaffen werden.

Die vorstehenden Erwägungen rechtfertigen erhebliche Zweifel, ob das eine wie das andere im Bereich der Informationspflichten durch die jetzige Regelung erreicht werden kann. Auch ein besonders informationsbedürftiger Verbraucher kann durch zu viele oder unnötig umfassende Informationen überfordert, wenn nicht behindert werden; auch ein demgegenüber weniger schutzbedürftiger Gewerbetreibender kann in der Ausübung seines Gewerbes unangemessen beeinträchtigt werden, wenn er in nahezu jedem Einzelfall zu viele oder unnötig umfassende Informationen zu geben hat.

Doch auch der eigentliche Inhalt von in der Richtlinie normierten Informationspflichten weckt derartige Zweifel. Ein Beispiel: Es scheint zwar auf den ersten Blick einzuleuchten, dass der Gewerbetreibende den Verbraucher

über seine „Anschrift und Identität“ unterrichten müsse. Das führt jedoch gerade bei Geschäften des täglichen Lebens (z.B. Einkauf in der Niederlassung einer Bäckerei, die zu einer Kette gehört; Tanken an der Tankstelle) zu praktischen Schwierigkeiten: Wie und in welcher Form soll der Verkäufer den Kunden darüber unterrichten, wer (das heißt genau welche natürliche oder juristische Person) Vertragspartner ist? Wie soll dies bei Tankstellen ablaufen? Die Identität und Anschrift des Gewerbetreibenden (Vertragspartners) ergibt sich in diesen Fällen nicht „aus den Umständen“. Dass möglicherweise für den Kauf von Treibstoff, Schmieröl, Zubehörteilen oder Verpflegungsartikeln bei einer Tankstelle jeweils ein anderer Gewerbetreibender Vertragspartner des Kunden ist, ergibt sich für den Kunden keineswegs aus den Umständen und ist ihm im Zweifel auch vollkommen gleichgültig. Auch bezogen auf den Hauptartikel, Treibstoffe, ist die Identität des Gewerbetreibenden möglicherweise nicht eindeutig, jedenfalls ist seine Anschrift nicht klar. In Deutschland jedenfalls sind die Tankstellenbetreiber in der Regel Handelsvertreter des Mineralölunternehmens. Dieses wird also Vertragspartner, hat aber am Ort der Tankstelle keine Niederlassung. Welche Anschrift also ist maßgebend?

Wegen der Anforderungen an die Sanktionen können derartige praktische Probleme nicht mit der Überlegung abgetan werden, da könne ja nichts passieren. Die Richtlinie sollte so gefasst werden, dass ihre Anforderungen in jeder Einzelheit praktisch erfüllbar sind und deshalb auch ernst genommen werden können – abseits aller Sanktionen.

2. Zu einzelnen Informationspflichten

Es erscheint darüber hinaus fraglich, inwieweit einzelne der gegenüber dem bisherigen Rechtsstand neu eingeführten Informationspflichten für den Gewerbetreibenden, für den Verbraucher oder sogar für beide überhaupt praktikabel sind:

2.1 Artikel 5

2.1.1 Abs. 1 formuliert die aktive Verpflichtung des Gewerbetreibenden, dem Verbraucher die dann nachfolgend aufgeführten Informationen zu geben, sofern

sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben. Die Regelung erscheint in zweierlei Hinsicht problematisch und der Klarstellung bedürftig:

Zum einen bleibt die Anwendung in Fällen mehrfacher oder regelmäßiger Kaufverträge oder Dienstleistungsvereinbarungen offen. Ein Verbraucher, der eine Ware von einem Gewerbetreibenden zu Bedingungen erworben hat, über die er umfassend informiert wurde, benötigt bei Kauf der gleichen oder einer anderen Ware von demselben Gewerbetreibenden eine kurze Zeit später kaum noch einmal eine Information identischen Umfangs. Dennoch lässt es die Formulierung der Richtlinie in einem solchen Fall nicht genügen, wenn der Gewerbetreibende den Verbraucher beim wiederholten Mal etwa auf 'die üblichen' oder 'die bekannten' Bedingungen verweist. Auch dürfte die einmal erworbene Kenntnis des Verbrauchers von diesen Bedingungen nicht zu den "Umständen" gehören, aus denen sich die vertragsrelevanten Informationen ergeben (dazu sogleich). In Abhängigkeit davon, welche Rechtsfolge der nationale Gesetzgeber Verstößen gegen die Informationspflichten zumäße, bestünde sogar die Gefahr, dass ein Verbraucher Ansprüche z.B. auf einen "Nachteilsausgleich" nur deshalb geltend machen könnte, weil die Formalität der aktiven Informationserteilung nicht eingehalten wurde, jedoch ohne dass ihm überhaupt ein konkreter Nachteil entstanden ist. Dem gegenüber fordert die entsprechende Regelung in Art. 4 der Fernabsatzrichtlinie lediglich, der Verbraucher müsse

"rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrags (...) über folgende Informationen verfügen (...)" (Hervorhebung durch uns).

Sie erscheint bevorzugenswert.

Zum anderen besteht aber auch die Gefahr, dass die detailgenau formulierte, kaum der Interpretation offene Festlegung der Informationspflichten durch die Ausnahme

"sofern sich diese Informationen nicht aus den Umständen ergeben"

unnötig verwässert wird. "Die Umstände" ist ein in viele Richtungen auslegbarer Begriff. Geht es nur um die äußeren Umstände, unter denen Waren

oder Dienstleistungen angeboten werden (Lebensmittelkauf im Supermarkt, Maßanfertigung eines Kleidungsstücks, festliches Vier-Gänge-Dîner)? Sind darüber hinaus auch innere Umstände erfasst, zum Beispiel die durchschnittliche Erwartungshaltung eines Kunden in gleicher Situation (Expresskauf oder Kauf nach Beratungsgespräch)? Erfasst die Formulierung besondere Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung selbst?

Erwägungsgrund (17) erläutert zwar den Hintergrund der Formulierung, bietet allerdings ebenfalls keine abschließende Antwort auf die Frage nach dem Inhalt der "Umstände". Gewerbetreibende sollten nicht

"zur Information über Umstände verpflichtet sein, die sich bereits aus dem Kontext ergeben", "beispielsweise die wesentlichen Merkmale eines Produkts, die Identität des Gewerbetreibenden und die Modalitäten der Lieferung bei einem Geschäft, das in Geschäftsräumen getätigt wird";

bei Fernabsatzgeschäften sollen sich die Modalitäten der Zahlung der Lieferung, der Vertragserfüllung sowie das Beschwerdeverfahren

"möglicherweise nicht aus dem Kontext ergeben"
(Hervorhebungen jeweils durch uns).

Der Text von Art. 5 Abs. 1 sollte so konkretisiert werden, dass Gegenstand der Informationspflichten nicht *äußere*, für den Verbraucher ohne Weiteres *erkennbare* Informationen oder Tatsachen sein müssen. Dagegen sollten "innere Umstände", also Vorstellungen oder Erwartungen des Verbrauchers, keine Ausnahme von den Informationspflichten begründen. Folgende Formulierung wird vorgeschlagen:

"... sofern sich diese Informationen nicht aus für den Verbraucher ohne Weiteres erkennbaren Umständen von Vertragsanbahnung und -abschluss oder Merkmalen des Vertragsgegenstandes ergeben:"

2.1.2 Abs. 1 lit. c) berührt Fälle, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit des Produkts, oder in denen Fracht-, Liefer- oder Zustellkosten,

"vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden"

können. Ebenso wie in Art. 24 des Richtlinienvorschlags wird hier mit "vernünftigerweise" ein Begriff verwendet, der in zweifacher Hinsicht Missverständnis und Unklarheit hervorrufen oder fördern kann.

Einerseits ist die Formulierung, die auf das englische "*reasonable/ reasonably*" zurückzugehen scheint, in einer geringeren Anzahl von Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten - den angelsächsisch geprägten, insbesondere also Vereinigtes Königreich, Irland, Malta, Zypern - geläufig, während er in den - innerhalb der EU überwiegenden - sog. kontinentalen Rechtsordnungen als Rechtsbegriff wenig gebräuchlich ist und weitergehender Auslegung bedarf.

Es ist bekannt, dass im angelsächsischen Rechtskreis das Wort "*reasonable*" oder "*reasonably*" keineswegs immer etwas mit "Vernunft", das heißt dem geistigen Vermögen des Menschen, zu tun hat, sondern je nach dem Zusammenhang Kriterien der Angemessenheit, der Billigkeit, der Zumutbarkeit etc. betreffen kann. Es ist deshalb mit dem Wort "vernünftigerweise" oft nicht richtig übersetzt. Die deutsche Sprache – und vermutlich die anderen kontinentaleuropäischen Sprachen – haben kein Wort, welches in der Vielschichtigkeit seines möglichen Bedeutungsgehalts den Wörtern "*reasonable*" und "*reasonably*" im angelsächsischen Rechtskreis entsprechen würde.

Das Wort "reasonable" und die "Rule of Reason" sind im angelsächsischen Rechtsbereich nicht nur ein üblicherweise verwendeter Terminus, sondern vermutlich mit Rechtsprechung dazu, was die "Rule of Reason" im Einzelnen bedeutet, ausgefüllt. Die Verwendung eines solchen Wortes bedeutet zwangsläufig, dass entweder ungeschriebene und außerhalb des Geltungsbereichs des Common Law auch gar nicht ohne Weiteres feststellbare Rechtsregeln einzelner Mitgliedstaaten unausgesprochen in die europäische Norm importiert werden, oder dass die europäische Norm von vornherein in den Ländern des Common Law ganz anders verstanden und angewandt wird, als dies in den übrigen Mitgliedsländern möglich wäre. Das ist für einen solchen Terminus eine völlig unangemessene Regelungstechnik. Es wäre anders, wenn ein bestimmtes Rechtsinstitut, wie etwa ein Trust, das es nur in einzelnen Rechtsordnungen gibt, und in anderen Rechtsordnungen ein-

deutig keine Entsprechung hat, zum Gegenstand einer europäischen Rechtssetzung würde.

Wegen der Vielschichtigkeit des Begriffs - die sich auch in § 1:104 des akademischen DCFR neuester Fassung zeigt - ist das Problem auch nicht durch eine Definition lösbar. Vielmehr ist im jeweiligen Zusammenhang durch entsprechende Wortwahl klarzustellen, welchen Bedeutungsgehalt das Wort hier hat. Im Rahmen von Artikel 5 Abs. 1 c) können die Worte „Fälle, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können“ bedeuten:

- "nicht im Voraus berechnet werden können" oder
- "mit einem angemessenen Aufwand nicht im Voraus berechnet werden können".

Möglicherweise geht es auch darum, dass die Berechnungsgrundlagen so komplex sind, dass ihre Mitteilung den Verbraucher überfordern würde und deshalb "*unreasonable*" – auf Deutsch: „unangemessen“ – wäre.

Das Wort „vernünftigerweise“ (reasonably) wird zum Beispiel auch in Artikel 24 Abs. 3 und 4 verwendet. Es hat dort eine gänzlich andere Bedeutung (siehe dazu unten).

Andererseits ist der Begriff Im Zuge der Vollharmonisierung jedoch unverändert in die nationalen Rechtsordnungen aller Mitgliedsstaaten zu übernehmen, wo er entweder in einem bekannten nationalen Kontext steht oder - mangels einer rechtlichen Möglichkeit, der Formulierung der Richtlinie eine nationale Definition oder Auslegungsregel hinzuzufügen oder einer tatsächlichen Möglichkeit, eine solche Definition überhaupt zu formulieren - mehr oder weniger frei ausgelegt werden kann und muss. Wenn es bei diesem Begriff überhaupt um "Vernunft" geht, dann ist sogleich zu fragen: Auf wessen Vernunft oder vernünftige Beurteilung ist subjektiv abzustellen - die des betroffenen Verbrauchers im Einzelfall, die eines durchschnittlichen Verbrauchers, die des Gewerbetreibenden? Fraglich ist auch, welche objektiven Kriterien der vernünftigen Beurteilung zugrunde liegen sollen: die einer Markter-

wartung, eines nationalen oder lokalen Brauchs, die für eine Branche oder einen Sektor typischen?

Die Richtlinie verfolgt u.a. auch das Ziel, dem Mangel der transparenten Preisangabe oder an Information über Zusatzkosten abzuhelpen (vgl. Präambel, Ziffer [47]). Die Verwendung des Wortes "vernünftigerweise" wirkt dagegen; er sollte durch eine weniger unklare und biegsame Formulierung ersetzt werden.

2.2 Artikel 9 lit. d)

Diese Bestimmung verpflichtet den Gewerbetreibenden bei einem Fernabsatz- oder Haustürgeschäft, dem Verbraucher anzugeben

"gegebenenfalls die Existenz von Verhaltenskodizes und, wo diese erhältlich sind".

Mit der Formulierung wird eine der Informationspflichten aus der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr übernommen. Gemäß deren Art. 10 Abs. 2 haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass (außer bei Verträgen ohne Verbraucherbeteiligung)

"der Diensteanbieter alle einschlägigen Verhaltenskodizes angibt, denen er sich unterwirft, einschließlich Informationen darüber, wie diese Kodizes auf elektronischem Wege zugänglich sind."

Dabei formuliert jene Richtlinie nicht präzise, welche Regelwerke als "Verhaltenskodizes" gelten sollen, sondern beschränkt sich auf die "Ermutigung" an Handels-, Berufs- und Verbraucherverbände, solche Kodizes möglichst gemeinschaftsweit aufzustellen (vgl. Art. 16 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

Der vorliegende Richtlinienvorschlag, der ebenfalls keine genauere Bestimmung des Begriffs enthält, fasst die auf Verhaltenskodizes bezogene Informationspflicht deutlich vager: anzugeben sind "gegebenenfalls" ihre Existenz und der Ort ihrer Verfügbarkeit. Nicht erfordert ist, dass es sich um einen Kodex oder Kodizes handelt, denen sich der Gewerbetreibende auch tatsäch-

lich unterwirft; gleichfalls umfasst die Pflicht nicht die Angabe aller, und der einschlägigen, Kodizes.

Damit droht die Informationspflicht nach Art. 9 lit. d) freilich ins Leere zu laufen. In ihrer jetzigen Formulierung ließe sich die Regelung einigermaßen leicht darauf reduzieren, der Gewerbetreibende habe dem Verbraucher die ihm bekannten, mit dem Vertrag und dessen Erfüllung in Zusammenhang stehenden Verhaltenskodizes, sowie den Ort, an dem sie erhältlich sind, zu benennen, freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Die Bestimmung sollte in ihrem Regelungsgehalt entweder Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr angepasst werden oder entfallen.

Zusätzlich stellt sich das Problem, dass die Bestimmung des Art. 9 lit. d) gemäß Art. 3 Abs. 4 unbeschadet der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gilt, so dass der nationale Gesetzgeber vor der Aufgabe steht, die Informationspflicht nach Art. 9 lit. d) unverändert in nationales Recht umsetzen zu müssen, während gleichzeitig der Umsetzungsauftrag aus der - in diesem Punkt sehr viel konkreteren - E-Commerce-Richtlinie bestehen bleibt.

II. Zu Kapitel IV

Die Vorschriften des Entwurfs über Vertragsmäßigkeit der Waren und die Folgen einer Vertragswidrigkeit der Waren werfen einige Fragen auf, die sich in derselben Weise schon auf der Grundlage der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) ergaben². Da nunmehr jedoch eine Vollharmonisierung, nicht lediglich ein Mindeststandard, vorgeschrieben werden soll, bedürfen diese Fragen der Klärung, weil das nationale Recht die Unklarheiten nicht dadurch lösen kann, dass es die für den Verbraucher günstigste Auslegungsmöglichkeit zugrunde legt.

Auf dieser Grundlage ist zu dem Artikel 24 bis 28 Folgendes anzumerken:

1. Zu Artikel 24:

1.1 Der Absatz 2 folgt weitgehend, dem Art. 2 Abs. 2 der RL 1999/44/EG, jedoch mit einem signifikanten Unterschied: die vier Voraussetzungen der Vermutung in den Absätzen (a) bis (d) werden durch das Wort „oder“ am Ende des Absatzes (c) alternativ miteinander verknüpft. Es würde danach genügen, dass die Waren einer der Voraussetzungen Absätze (a) bis (d) genügen. Das wäre unsachgemäß. Richtigerweise sollten die Absätze (b) und (c) in einem Alternativitätsverhältnis zu einander stehen aber zusätzlich die Anforderungen der Absätze (a) und (d) erfüllt sein müssen. Demgemäß sollte Artikel 24 Abs. 2 wie folgt gefasst werden:

„Die Vertragsmäßigkeit gelieferter Waren wird vermutet, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- (a) Sie stimmen mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung überein und besitzen die Eigenschaft der Waren, die der Gewerbetreibende dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat
- (b) Sie eignen sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck, dem der Verbraucher dem Gewerbetreibenden bei Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Gewerbetreibende zu-

² Vgl. Grundmann/Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, Köln 2002.

gestimmt hat, *oder, mangels eines solchen Zwecks*, für die Zwecke, für die Waren der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden, und_

- (c) Sie weisen eine Qualität und Leistungen auf, die bei Waren der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit der Waren und ggf. die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Gewerbetreibenden, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften der Waren in Betracht gezogen werden.“

1.1 Nach Absatz 3 liegt eine Vertragswidrigkeit nicht vor, wenn der Verbraucher bei Vertragabschluss „Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte“. Diese Regelung ist aus mehreren Gründen unglücklich:

- (a) Der sachliche Gehalt dieses Absatzes sollte nicht über die Definition des Begriffes „Vertragswidrigkeit“ geregelt werden, sondern über eine Ausnahme bei der Rechtsfolge: der Gewerbetreibende ist in diesen Fällen nicht für die Vertragswidrigkeit verantwortlich, d.h. der Verbraucher hat nicht die Rechte gemäß Art. 26. Die jetzige Regelungstechnik führt zu einer schon in Absatz 3 selbst widersprüchlichen Formulierung: die Vertragswidrigkeit entfällt, wenn der Verbraucher sie kennt. Dann kann er sie aber nicht kennen, weil es sie (aufgrund dieser Regelung) gar nicht gibt. Dasselbe gilt für den ebenfalls in Absatz 3 geregelten Fall, dass die Vertragswidrigkeit auf dem vom Verbraucher gelieferten Material beruht.

Der Artikel 24 Abs. 3 sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden. Stattdessen sollte eine Ausnahme in Artikel 25 vorgesehen werden. Dafür wird ein Formulierungsvorschlag unten am Ende des Abschnitts (b) vorgelegt.

- (b) Der Klarstellung bedarf, was die Worte „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte“ bedeuten. Diese Bestimmung kann ganz unterschiedlichen Sinngehalt haben:

- (i) Sie kann eine Situation betreffen, in der die Vertragswidrigkeit dem Verbraucher vernünftigerweise hätte bekannt sein *müssen*. Dann ist zu klären, was mit dem Wort „vernünftigerweise“ gemeint ist. Auch hierfür kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. Es kann nämlich eine Lage bedeuten, in der die Vertragswidrigkeit dem Verbraucher bekannt gewesen wäre, wenn er:
- die Sache sorgfältig untersucht hätte, oder
 - die übliche Sorgfalt bei der Betrachtung oder Prüfung der Sache angewandt hätte, oder
 - klare Hinweise auf die Vertragswidrigkeit der Sache nicht ignoriert oder unbeachtet gelassen hätte.

Bei dieser Auslegung geht es also darum, ob dem Verbraucher bei Anwendung eines bestimmten Sorgfaltsstandards die Vertragswidrigkeit bekannt gewesen wäre. Der maßgebliche Sorgfaltsstandard müsste festgelegt werden.

- (ii) Es kann aber auch eine schlichte Beweisregel gemeint sein: wenn die Umstände so waren, dass man annehmen kann, der Verbraucher habe die Vertragswidrigkeit erkannt, so soll es nicht mehr auf den Beweis ankommen, dass er sie tatsächlich erkannt hat. In diesem Sinne ginge es um die Offensichtlichkeit der Vertragswidrigkeit.

Das Verständnis als Beweisregel (also als eine Ausnahme für Fälle offensichtlicher „Vertragswidrigkeit“) wird oft im Ergebnis mit der dritten Variante der Auslegungsmöglichkeit zu (i) zusammenfallen, muss dies aber nicht. Deshalb sollte klargestellt werden, was gemeint ist.

Sachgerecht wäre eine Regelung im Sinne der zweiten Alternative von oben (i). In Verbindung mit dem Vorschlag oben zu (a) sollte deshalb statt des Artikels 24 Abs. 3 in Artikel 25 ein Satz mit folgendem Wortlaut angefügt werden:

„der Gewerbetreibende haftet für eine Vertragswidrigkeit jedoch nicht, wenn

- (i) der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder gehabt hätte, wenn er die übliche Sorgfalt bei der Betrachtung oder Prüfung der Sache angewandt hätte oder*
- (ii) die Vertragswidrigkeit auf Material zurückzuführen ist, das der Verbraucher geliefert hat.“*

1.2 Nach Absatz 4 ist

„der Gewerbetreibende durch die in Absatz 2 Buchstabe d genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er darlegt, dass ...

- a) er ... die betreffende Äußerung nicht (kannte) und ... vernünftigerweise keine Kenntnis davon haben (konnte).“

(a) Diese Bestimmung ist inhaltlich problematisch.

- (i) Wenn der Verbraucher aufgrund öffentlicher Erklärungen des Herstellers oder seines Vertreters bestimmte Eigenschaften erwarten durfte, muss er in dieser Erwartung geschützt sein, und zwar auch dann, wenn der Händler, bei dem er die Ware kauft, diese Äußerungen nicht kannte und auch nicht kennen musste. Die Bestimmung, dass der Gewerbetreibende durch solche Äußerungen nicht gebunden sei, bedeutet im Ergebnis, dass die Vertragsmäßigkeit ohne Berücksichtigung dieser Äußerungen beurteilt wird. Damit würde der Verbraucher in seinem berechtigten Vertrauen enttäuscht.
- (ii) Da der Verbraucher auch keinen direkten Anspruch gegen den Hersteller hat – und einen solchen direkten Anspruch sollte er nicht haben –, wäre er in dieser Lage schutzlos. Der Verbraucher verdient in dieser Situation nicht weniger Schutz als in dem umgekehrten Fall, dass der Verkäufer weiß, welche Angaben über die

Ware gemacht sind, er aber nicht weiß und nicht wissen kann, dass die Ware diesen Angaben tatsächlich nicht entspricht.

- (iii) Die sachgemäße Lösung für den Fall, dass der Gewerbetreibende die Erklärungen des Herstellers nicht kannte, liegt auf der Rechtsfolgeseite. Insbesondere der Regress des Händlers gegen den Hersteller sollte helfen. Außerdem kann daran gedacht werden, in diesem Fall:
- die Rechte des Verbrauchers auf Minderung oder Rücktritt zu beschränken oder
 - dem Gewerbetreibenden zu gestatten, sich von dem Vertrag zu lösen, da er mit dem Vertrag mehr versprach, als er wusste und wollte.
- (iv) Der Absatz (a) sollte deshalb gestrichen werden, ggf. in Kombination mit einer Regelung der in (iii) genannten Art.

- (b) Auch hier verwendet der Entwurf wieder die Formulierung „konnte vernünftigerweise keine Kenntnis davon haben“, freilich mit einem anderen Gegenstand. Es ist zu regeln, nach welchen Kriterien sich beurteilt, ob der Gewerbetreibende „vernünftigerweise“ Kenntnis von der Erklärung haben „konnte“ oder hätte haben müssen. Konkret ist jetzt die Frage, ob und in welchem Maß und Umfang sich der Händler über werbende Äußerungen des Herstellers unterrichtet halten muss. Eine solche Verpflichtung des Händlers schiene bedenklich, ebenso wie der Händler ja auch nicht verpflichtet und auch gar nicht in der Lage ist, zu überprüfen, ob das – in der Regel abgepackte – Produkt den Herstellerangaben entspricht. Wenn dem obigen Vorschlag, den Absatz (a) des Artikel 24 Abs. 4 zu streichen nicht gefolgt wird, sollte er deshalb wie folgt gefasst werden:

c) *„er kannte die betreffende Äußerung nicht und diese Unkenntnis beruhte nicht darauf, dass der Gewerbetreibende es unterließ, sich über die in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Herstellers oder des-*

sen Vertreters in der üblichen Weise zu unterrichten.“

2. Zu Artikel 25:

Es sollte klargestellt werden, dass der Inhalt der Haftung sich ausschließlich nach den Artikeln 26 ff. richtet.

3. Zu Artikel 26:

- (a) Es sollte nochmals erwogen werden, ob der Verbraucher ein Recht auf Herstellung (nicht: *Wiederherstellung*) des vertragsgemäßen Zustandes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung haben soll, oder ob es sich insoweit besser um eine Abwendungsbefugnis des Gewerbetreibenden handeln sollte. Dann würden sich die Rechte des Verbrauchers auf Rücktritt oder Minderung beschränken, der Gewerbetreibende könnte jedoch beides dadurch vermeiden, dass er nachbessert oder Ersatz liefert. Das Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung soll gemäß Art. 27 Abs. 2 noch mit einer eigenen Schadensersatzpflicht sanktioniert werden (zu Artikel 27 siehe noch unten). Weil der Gewerbetreibende verschuldensunabhängig für die Vertragsmäßigkeit der Ware verantwortlich ist, ist es unangemessen, ihn über die Verpflichtung zur Minderung des Kaufpreises oder Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Ware hinaus zu weiteren, möglicherweise aufwendigen (wenn auch nicht unverhältnismäßig aufwendigen) Maßnahmen zu verpflichten.

Wird das Recht auf „Herstellung des vertragsgemäßen Zustand“ als Abwendungsbefugnis für den Gewerbetreibenden gestaltet, so muss natürlich das Verfahren zur Geltendmachung der Rechte etwas anders geregelt werden: Der Verbraucher müsste zunächst den Mangel anzeigen und Rücktritt oder Minderung ankündigen oder androhen, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht binnen angemessener Frist erfolgt. Das Recht des Verkäufers auf Nachbesserung sollte auch dann denselben Schranken unterliegen, wie jetzt im Art. 26 vorgesehen.

- (b) Gemäß Absatz 4 (c) soll der Verbraucher zwischen den Abhilfemöglichkeiten wählen können, wenn der Gewerbetreibende einen (erfolglosen) Versuch der Nachbesserung unternommen und dem Verbraucher dadurch erhebliche Unannehmlichkeiten bereitet hat. Was die RL 1999/44 in Art. 3 Abs. 5 zu dieser Frage vorschreibt, ist unklar. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen:

- (iii) „wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat“

im Englischen

„if the seller has not completed the remedy without significant inconvenience to the consumer.“

Beide Fassungen lassen zwei Lesearten zu:

- Entweder ist die Abhilfe erfolgt, jedoch nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher. In diesem Fall wäre ein Rücktritt des Käufers unangebracht. Eine Kaufpreisminderung würde den Käufer nicht für einen – nach Abhilfe nicht mehr bestehenden – Minderwert der Sache entschädigen, sondern für seine Unannehmlichkeiten.
 - Oder die Abhilfe ist tatsächlich noch nicht erfolgt. Dann haben die Worte „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ keine Funktion.
- (c) Jedenfalls ist es nicht sachgemäß, den Verbraucher zunächst den erheblichen Unannehmlichkeiten auszusetzen. Sinnvoll ist es, den Gewerbetreibenden von vorn herein auf die eine Art der Abhilfe zu beschränken, wenn die andere mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden ist, und dem Verbraucher sofort einen Anspruch auf Rücktritt oder Minderung des Kaufpreises zu geben, wenn beide Arten der Abhilfe für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden sind.

- (d) Aufgrund der Regelungstechnik des Artikel 26 bedarf es dafür einer Änderung an zwei Stellen:

Am Ende von Artikel 26 Abs. 2 ist Folgendes anzufügen:

„ist eine der beiden Arten der Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden, so hat der Gewerbetreibende die andere Art der Abhilfe zu wählen.“

Außerdem ist Absatz 4 (c) durch folgende Formulierung zu ersetzen:

„beide Arten der Abhilfe sind für den Verbraucher mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden.“

4.Art. 27 Abs. 2

Bei der kritischen Würdigung von Art. 27 Abs. 2 stellen sich mehrere Fragen, die nachfolgend dargestellt werden sollen:

–

Der Regelungsgehalt von Art. 27 Abs. 2 RL ist in vielerlei Hinsicht unklar. Die Vorschrift lässt ganz unterschiedliche Interpretationen zu, und die damit verbundenen Auswirkungen sind ganz erheblich. Wir werfen im Folgenden die wesentlichen Fragen auf und nehmen gleichzeitig zu den möglichen Antworten Stellung. In jedem Fall ist eine Klarstellung erforderlich, um den Regelungsgehalt zu präzisieren.

4.1Voraussetzungen und Gegenstand des Schadensersatzanspruchs sind unklar. Die Vorschrift kann entweder verstanden werden

- als Sanktion für die Verletzung der Ansprüche des Verbrauchers aus Artikel 26 (also etwa in Fällen der mangelhaften Nacherfüllung, der unberechtigten Verweigerung der Nacherfüllung) oder
- als Gewährung eines zusätzlichen Schadensersatzanspruchs, der die Gewährleistungsansprüche aus Artikel 26 für alle Arten von Schäden ergänzt, auch wenn die Ansprüche aus Artikel 26 ordnungsgemäß erfüllt werden.

Mit dem Wortlaut „Ersatz aller Schäden, denen nicht gemäß Art. 26 abgeholfen wurde“, wären beide Varianten vereinbar. Es muss klargestellt werden, was gemeint ist, weil die Auswirkungen ganz erheblich wären. Insbesondere die zweite Variante hätte Konsequenzen, die weit über den Acquis hinausgingen.

- a) Im Falle der ersten Variante wären zudem folgende Fragen offen:
- Deckt der Schadensersatzanspruch nur das Interesse ab, das durch Artikel 26 geschützt ist? Oder führt die Verletzung der Rechte aus Artikel 26 dazu, dass der Verbraucher z.B. auch Entschädigung für den Entgang eines Gewinns verlangen kann, den er erzielt hätte, wenn die Waren von vornherein vertragsgemäß gewesen wären? Anders gewendet: Erhält der Verbraucher im Falle einer Verletzung der Rechte aus Artikel 26 mehr, als er erhalten hätte, wenn diese Ansprüche ordnungsgemäß erfüllt worden wären?
 - Ist auch ein Verzögerungsschaden zu ersetzen, der daraus entsteht, dass die Sache erst später zur Verfügung steht? Falls ja, ist der Verzögerungsschaden von dem Zeitpunkt an zu ersetzen, zu dem der Anspruch aus Artikel 26 im normalen Verlauf hätte erfüllt werden können/müssen?
 - Sind – auch oder nur – Schäden erfasst, die durch mangelhafte Erfüllung der Ansprüche aus Artikel 26 entstehen?
 - Sind weitere Schäden erfasst, die im Rahmen der unzureichenden Gewährleistungsmaßnahmen entstehen, etwa Nutzungsausfall oder die Verletzung sonstiger Rechtsgüter des Verbrauchers z.B. infolge von Unfällen? Beispiele:
 - Ein Automechaniker wechselt im Rahmen einer Gewährleistungsmaßnahme einen defekten Motor aus und beschädigt dabei den Lack des Fahrzeugs.
 - Die Reparatur des Lackes dauert eine weitere Woche.

- Durch eine unzureichende Bremsenreparatur innerhalb der Gewährleistungszeit wird ein Unfall mit Personenschaden verursacht.
 - Kommt es auf ein Verschulden des Verkäufers an:
 - hinsichtlich der Beurteilung der Sach- und Rechtslage (wenn der Verkäufer zum Beispiel entschuldbar, aber irrig der Meinung war, die Sache sei vertragsgemäß oder eine andere als die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe sei die richtige)?
 - hinsichtlich der tatsächlichen Ausführung der Gewährleistungsmaßnahme?
- b) Im Falle der zweiten Alternative wären zudem folgende Fragen offen:
- Welche Voraussetzungen hat der Schadensersatzanspruch?
 - Welche Arten von Schäden/Interessen sind ausgleichspflichtig?
 - Nur das unmittelbare Interesse an der vertragsgemäßen Sache?
 - Oder auch darüber hinausgehende Schäden, die durch die Gebrauchsunfähigkeit oder Fehlfunktion der Sache entstanden sind, bis hin zu Schäden an anderen Vermögensgütern, die die nicht vertragsgemäße Sache verursacht hat? Beispiel: Wegen eines Bremsendefektes geschieht ganz unabhängig von einer Gewährleistungsmaßnahme ein Unfall mit Personenschaden.
 - Kommt es auf ein Verschulden des Verkäufers an? Falls ja, worauf muss sich das Verschulden beziehen:
 - Genügt es, wenn der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Sache kannte oder kennen musste?
 - Oder ist weitere Voraussetzung, dass er die Eignung zur Verursachung weiterer Schäden derjeni-

gen Art, wie sie dann tatsächlich entstanden sind, kannte oder hätte kennen müssen?

4.2 Stellungnahme

Die erste Variante erscheint grundsätzlich unproblematisch. Problematisch wäre sie, wenn wegen einer – schuldlosen, aber auch im Falle einer schuldhaften – Verletzung der Ansprüche aus Artikel 26 der Bereich des geschützten Interesses erweitert würde. Die Sanktion des Artikels 26 ginge dann über dessen Schutzzweck und Schutzzumfang hinaus.

Die zweite Variante ist vor dem Hintergrund der Produkthaftungsrichtlinie jedenfalls dann problematisch, wenn sie einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch vorsieht. Hierzu ist nochmals auf Folgendes hinzuweisen:

Der Verbraucher braucht ein mangelhaftes Produkt nicht hinzunehmen. Primäre Verbraucherrechte im Falle eines Mangels (wenn also die Waren nicht vertragsgemäß sind) sollten deshalb nicht von einem Verschulden des Gewerbetreibenden abhängen. Diese Primärrechte sollten – wie in Artikel 26 vorgesehen – aus dem Recht auf Rücktritt oder Preisminderung (mit einem Recht des Gewerbetreibenden auf Abhilfe) oder ggf. auch einem Recht des Verbrauchers auf Abhilfe bestehen. Wenn der Gewerbetreibende darüber hinaus zum Ersatz jeglichen Schadens verpflichtet wäre, müssten die Voraussetzungen einer solchen Schadensersatzpflicht – insbesondere hinsichtlich eines Verschuldens des Gewerbetreibenden – wie auch in anderen Zusammenhängen überprüft werden.

Die aktuelle Regelung im deutschen Recht sieht vor, dass der Käufer vom Verkäufer (der nicht gleichzeitig Hersteller ist) Schadensersatz aus Vertrag nur über §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen kann. Dazu muss den Verkäufer ein Verschulden treffen, das jedoch nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird. Unabhängig davon kann der Käufer Mangelfolgeschäden (d.h. Schäden an anderen Rechtsgütern, die durch den Mangel verursacht wurden) auch vom Produzenten aus § 1 ProdHaftG oder aus Delikt ersetzt verlangen. Bei der Produkthaftung handelt es sich um eine Gefährdungshaftung, allerdings mit einem Höchstbetrag und einer Selbstbeteiligung. Auch ist der Fehler-

begriff unterschiedlich. Zudem werden nur solche Schäden ersetzt, die nicht an der Sache selbst auftreten, und teilweise ist eine Exkulpation möglich. Fallen daher Hersteller und Verkäufer auseinander und trifft den Verkäufer kein Verschulden, so ist der Käufer nach bisheriger Rechtslage gezwungen, zum einen gegen den Verkäufer wegen der mangelhaften Sache und zum anderen gegen den Hersteller wegen der Verletzung anderer Rechtsgüter (Mangelfolgeschäden) vorzugehen. Es wäre also auf eine inhaltliche Abstimmung mit den Ansprüchen nach der Produkthaftungsrichtlinie zu achten.

Falls Art. 27 Abs. 2 RL-E dem Verbraucher einen verschuldensunabhängigen, vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer einräumen will, dann kann sich der Verbraucher hinsichtlich aller Schäden an den Verkäufer als den von ihm ausgewählten Vertragspartner wenden, ohne den Hersteller ermitteln zu müssen. Es käme dann nicht darauf an, ob der Verkäufer die Vertragswidrigkeit oder die Mangelhaftigkeit der Gewährleistungsmaßnahme bei der Anwendung üblicher Sorgfalt hätte erkennen oder vermeiden können. Dies hätte ganz erhebliche Auswirkungen:

- Zunächst wäre die bisher geltende Verschuldensabhängigkeit der Haftung (einschließlich der Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB) infrage gestellt.
- Man müsste die Vorschriften über den Regress in der Lieferkette (§§ 478, 479 BGB) entsprechend anpassen, damit der Letztverkäufer bei seinem Lieferanten verschuldensunabhängig Regress nehmen kann. Entscheidet sich der Käufer dazu, einen unabhängig von Gewährleistungsmaßnahmen eingetretenen Schaden an einem anderen Rechtsgut verschuldensunabhängig bei dem Verkäufer geltend zu machen, dann befindet sich der Verkäufer in einer misslichen Lage, wenn ihm gegenüber seinem Lieferanten nicht auch ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch zugestanden wird. Denn einen Anspruch aus § 1 ProdHaftG oder über die Produzentenhaftung hat der Letztverkäufer nicht, weil der Sach- oder Personenschaden beim Verbraucher eingetreten ist und sich der Schadensersatzanspruch gegenüber dem Letztverkäufer bei diesem als reiner Vermögensschaden dar-

stellt, der nicht über § 1 ProdHaftG oder § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen ist.

- In dieser Variante ergeben sich erhebliche Unstimmigkeiten im Vergleich zum bisherigen Recht insbesondere dann, wenn der Verkäufer nicht Hersteller ist. Denn die teilweise engeren Voraussetzungen der Produkthaftungsansprüche wären durch eine verschuldensunabhängige, vertragliche Schadensersatzhaftung obsolet.

5. Zu Artikel 28 Abs. 2:

Hier wird eine Zweijahresfrist bestimmt, die mit „dem Erwerb des Besitzes an den ersetzten Waren“ beginnen soll. Das wäre praktisch dieselbe Frist wie gemäß Absatz 1. Es sollte geprüft werden, ob es (entsprechend der französischen, nicht aber der englischen Fassung) statt „ersetzten Waren“ richtig „ersetzenden Waren“ heißen müsste, und ob die Vermutung gemäß Art. 28 Abs. 5 auch für die ersetzenden Waren gilt.