DeutscherAnwaltVerein

# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Europäisches Vertragsrecht

**zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates COM(2017) 637 final**

Stellungnahme Nr.: 01/2018 Brüssel, im Januar 2018

**Mitglieder des Ausschusses Europäisches Vertragsrecht**

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Maître en droit, Dresden (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Roman Mallmann, Köln
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, LL.M., Frankfurt

**Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M., Leiterin Büro Brüssel

**Deutscher Anwaltverein**
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

**Büro Brüssel**
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

## Verteiler

Europa

Europäische Kommission

- Generaldirektion Justiz und Verbraucher
- Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU

Europäisches Parlament

- Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO)
- Ausschuss Recht (JURI)

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU

Justizreferenten der Landesvertretungen

Rat der europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Vertreter der freien Berufe in Brüssel

BDI Brüssel

DIHK Brüssel

Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.

Bundesverband der Freien Berufe, Berlin

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein e.V.

Deutscher Richterbund e.V.

Deutscher Steuerberaterverband e.V.

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführung und wissenschaftliche Mitarbeiter des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV

Presse

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins

Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl

Redaktion Juristenzeitung / JZ

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Redaktion Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / EuZW

Redaktion Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts / IPRAX

Redaktion Recht der Internationalen Wirtschaft / RIW

Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung / FAZ

Redaktion Süddeutsche Zeitung

Redaktion Die Welt

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

**Zusammenfassung**

Der DAV begrüßt im Grundsatz die Zusammenfassung der für Verbrauchsgüterkäufe geltenden Regeln in einem einheitlichen Rechtsakt auf Basis einer gezielten Vollharmonisierung. Tatsächlich bedeutet der Entwurf eine inhaltlich und formal nicht unerhebliche Änderung der Richtlinie 1999/44/EG mit einer nochmaligen Erhöhung des Verbraucherschutzes, jetzt auf der Grundlage der Vollharmonisierung. Mit dem abermals erhöhten Verbraucherschutz setzt der Entwurf jedoch falsche Anreize für Verbraucher, sich unberechtigte Vorteile zu verschaffen. Das führt im Ergebnis zur Erhöhung der Kosten der Hersteller und damit zu Preissteigerungen, d.h. die Verbraucher zahlen die Kosten dafür, dass der Gesetzgeber ihnen unangemessene Vorteile gewährt. Außerdem werden die unausgewogenen Verbraucherrechte in erheblichem Umfang zur voreiligen Verschrottung als fehlerhaft gerügter Waren und damit zur Verschwendung von Ressourcen und damit einhergehender Umweltbelastung führen. Damit fördert der Entwurf eine volkswirtschaftlich und ökologisch bedenkliche Wegwerfmentalität, die über einen ausgewogenen Verbraucherschutz hinausgeht. Auf der anderen Seite hindert die vorgesehene Vollharmonisierung die Mitgliedsstaaten daran, für bestimmte Bereiche angemessene, über den Entwurf der Richtlinie hinaus gehende Rechte zu gewähren.

Abgesehen von diesen grundsätzlichen Einwendungen enthält der Entwurf, vor allem seine deutsche Fassung, zahlreiche redaktionelle und handwerkliche Mängel. Gerade wegen des von dem Entwurf verfolgten Ziels der Vollharmonisierung und dem damit einhergehenden Verlust an Umsetzungsspielraum auf mitgliedstaatlicher Ebene bedarf es – entsprechend den hier unterbreiteten Vorschlägen – der Korrektur dieser Mängel. Selbst wenn man den vorgenannten materiellen Kritikpunkten nicht zustimmt, ist der Entwurf deshalb auf Grund der hier aufgezeigten Mängel nicht verabschiedungsreif.

Insgesamt regt der DAV an, einen tatsächlich bestehenden Regelungs- und vor allem Klarstellungsbedarf mit dem REFIT-Programm zur Vereinfachung des gesamten Verbrauchervertragsrechts zu verbinden oder zumindest über eine grundlegende Reform des Mängel- und Haftungsrechts für Waren, Dienstleistungen und digitale Inhalte innerhalb *eines* Rechtsaktes nachzudenken. Auch wenn ein vergleichbares Vorgehen mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht in den letzten Jahren politisch gescheitert ist, sind Konsistenz und Klarheit des Rechtssystems wichtige Werte des Rechtsstaats, die mit einem sektoralen Ansatz kaum zu verwirklichen sind. Daher wäre es wünschenswert, wenn die EU-Kommission das mittel- oder langfristige Ziel einer umfassenden Regelung nicht aus dem Auge verliert. Denn die Regelung gemeinsamer Grundsätze in einem allgemeinen Teil und der jeweiligen Spezifika in einem besonderen Teil einer neuen Richtlinie oder Verordnung über die vertragliche Haftung bei Verbraucherverträgen oder – noch besser – allgemein über grundlegende vertragliche Rechte und Pflichten könnte insgesamt zur Kohärenz und Verständlichkeit des europäischen Vertragsrechts beitragen. Gleichzeitig könnte ein wichtiges Signal für einen neuen, schlanken Regelungsansatz hin zu einer grundlegenden, auch den unternehmerischen Verkehr erfassenden Basis-Harmonisierung gegeben werden, der einerseits europaweit verbindliche (und in diesem Sinne vollharmonisierte) Standards setzt, den Eingriff in die gewachsenen nationalen Rechte und Kodifikationen aber auf ein Minimum reduziert.

## Stellungnahme

## I. Grundsätzliches

### 1. Anwendungsbereich

Anders als der ursprüngliche Entwurf der Richtlinie (COM(2015) 635) soll die Richtlinie nach dem geänderten Entwurf nicht nur für den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes von Waren gelten, sondern mit gewissen Ausnahmen für alle Verbraucherkaufverträge über Waren. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs gegenüber dem früheren Entwurf entspricht vordergründig einer vielfach erhobenen Forderung (auch der Anregung des DAV in seiner Stellungnahme 13/2016, deutsch und englisch). Sie vermeidet insoweit die Fragmentierung des in den Mitgliedstaaten anwendbaren Rechts, die sich nach dem ursprünglichen Entwurf ergeben hätte. Allerdings wird dadurch das Niveau

des Verbraucherschutzes gemäß dem Entwurf gegenüber dem bisher geltenden Niveau gemäß der Richtlinie 1999/44/EG in vielen Punkten nochmals angehoben und nach der (bereits in der Stellungnahme 13/2016 zum Ausdruck gebrachten) Meinung des DAV überzogen (dazu unten 4.).

## 2. Harmonisierungsgrad

Entgegen der Richtlinie 1999/44/EG, die lediglich einen Mindeststandard an Verbraucherschutz vorschrieb, soll die neue Richtlinie dem Grundsatz der Vollharmonisierung folgen. Der DAV begrüßt dies im Grundsatz, auch wenn gewisse Ausnahmen zugelassen werden sollten (dazu unten Nr. 7). Allerdings hält er die für die Notwendigkeit der Vollharmonisierung gegebene Begründung, soweit sie den Warenhandel im konventionellen, stationären Einzelhandel betrifft, nicht für plausibel. Denn der stationäre Einzelhandel unterliegt in aller Regel ohnehin ausschließlich dem Recht des jeweiligen Standorts; insoweit entfällt ein gewichtiges Argument für die Vollharmonisierung, die vor allem den grenzüberschreitenden (Online-) Verkauf im Binnenmarkt erleichtern soll.

## 3. Bedürfnis zweifelhaft

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG gilt bereits für alle Verbrauchsgüterkaufverträge, und zwar auch für die, welche online oder in anderer Weise im Fernabsatz abgeschlossen werden. Die mit dem jetzt vorgelegten Entwurf bewirkten Änderungen gegenüber der Richtlinie 1999/44/EG betreffen zum geringsten Teil Besonderheiten des Online- oder sonstigen Fernabsatzhandels. Eine Begründung, warum – über die angestrebte Vollharmonisierung hinaus – materielle Änderungen im Verbrauchsgüterkauf notwendig oder auch nur sinnvoll wären, fehlt. Dies wurde von zahlreichen Verbänden und Experten bereits zur ursprünglichen, auf den Onlinehandel beschränkten Fassung des Vorschlags zu Recht und mit ausführlicher Begründung kritisiert. In der Sache handelt es sich damit um eine – nicht näher begründete sowie inhaltlich und handwerklich verunglückte – Neufassung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, obwohl sich diese im Wesentlichen bewährt hat.

## 4. Unausgewogener Verbraucherschutz

Ziel des Entwurfs ist die Harmonisierung „unter Wahrung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ (Erwägungsgrund 2). Dieses Ziel will der Entwurf dadurch erreichen, dass dem Verbraucher im Falle nicht vertragskonformer Waren über den bisherigen Standard hinaus *zwingend* folgende Rechte zustehen:

- Nachbesserung oder Ersatzlieferung, hilfsweise Preisminderung oder „Beendigung“ des Vertrages,
- mit Beweislastumkehr zu Lasten des Verkäufers, der die Vertragskonformität der Waren im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu beweisen hat, wenn die „Vertragswidrigkeit“ binnen zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt offenbar wird,
- für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Gefahrübergang,
- ohne Möglichkeit einer vertraglichen Reduzierung der Gewährleistungsfrist zumindest bei gebrauchten Waren,
- ohne Verpflichtung oder Obliegenheit des Käufers, eine offenbar gewordene Vertragswidrigkeit unverzüglich anzuzeigen und zu rügen, und
- ohne Verpflichtung des Käufers, im Falle der Ersatzlieferung oder der „Beendigung“ des Vertrages Ersatz für die bei Normalgebrauch zu erwartende Wertminderung des Vertragsgegenstandes oder eine Entschädigung für dessen Nutzung in der Zwischenzeit zu leisten.

Jedes einzelne dieser Elemente entspricht zwar (mit Ausnahme des Zeitraums von zwei Jahren statt bisher sechs Monaten für die Beweislastumkehr und der zwingend zweijährigen Gewährleistungsfrist auch bei Gebrauchtwaren) dem, was durch die Richtlinie 1999/44/EG vorgegeben oder über diese Richtlinie hinaus in einzelnen Mitgliedsstaaten möglich war. Insbesondere durch die Verlängerung der Frist für die Beweislastumkehr und den Ausschluss einer – nach der bisherigen Richtlinie zugelassenen – Rügeobliegenheit für den Käufer würde der aktuelle Vorschlag weit über den bisherigen Rechtszustand hinausgehen:

(a) In Kombination bedeuten diese Rechte des Käufers einen unberechtigten Vorteil, ja eine gezielte, jedenfalls aber eine in Kauf genommene

ungerechtfertigte „Bereicherung“ des kaufenden Verbrauchers. Gerade die Verbindung der letzten beiden Elemente (keine Rügepflicht und keine Verpflichtung zum Ersatz von Wertminderung oder zur Nutzungsvergütung) bewirken aufgrund der ohnehin schon sehr weitgehenden EuGH-Rechtsprechung zur Beweislastumkehr[1] bei einer Frist von zwei Jahren geradezu einen Anreiz für den Verbraucher, eine bei Gefahrübergang tatsächlich noch nicht oder nur geringfügig fehlerhafte Ware bis kurz vor Ablauf der Zweijahresfrist zu nutzen, um sie dann unter Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit entweder im Rahmen eines Anspruchs auf Ersatzlieferung oder im Rahmen der Vertragsbeendigung unter voller Erstattung des Kaufpreises zurückzugeben. Ein solcher Anreiz besteht insbesondere dann, wenn die Ware auch bei Vertragskonformität nur eine relativ kurze Lebenszeit hat.

(b) Ob in einem solchen Fall der Einwand der Verwirkung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (in Deutschland § 242 BGB) greift, ist im Blick auf die beabsichtigte Vollharmonisierung keineswegs sicher. Die genannten Rechtsfolgen könnten allenfalls dann vertretbar sein, wenn sie als eine Art „Strafe“ für den Verkäufer gemeint wären. Zum Schutz des Verbrauchers müssen dessen Rechte im Falle der Vertragswidrigkeit der Ware aber unabhängig vom Verschulden des Verkäufers sein. Dann müssen aber die Folgen einer Vertragswidrigkeit so begrenzt werden, dass sie eine Bereicherung des Verbrauchers zum Nachteil des Verkäufers vermeiden. Dieses Prinzip wird von dem Entwurf grundlegend verfehlt.

Nach der vorgeschlagenen Richtlinie soll überdies das Recht auf „Beendigung“ des Vertrages sowie das Recht auf Ersatzlieferung auch im Falle einer nur geringfügigen Vertragswidrigkeit bestehen, wenn diese nicht von dem Verkäufer durch Nachbesserung behoben wird oder auch nicht behoben werden kann. Das entspricht insoweit bzgl. der Ersatzlieferung der Richtlinie 1999/44/EG, weicht aber bzgl. der Beendigung des Vertrages von ihr ab. Die Erweiterung des Rechts zur Vertragsbeendigung auch bei unwesentlichen Vertragswidrigkeiten bedeutet nochmals eine wesentliche Erweiterung der Rechte des

[1] EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13; s. auch BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15.

Verbrauchers aus folgendem Grund: Es wird viele Fälle geben, in denen der Verbraucher den Kauf bereut und deshalb nach Wegen sucht, „aus dem Vertrag herauszukommen“. Ein noch so kleiner Mangel ist ihm dann die willkommene Grundlage, den Vertrag zu beenden, auch wenn er, schon wegen der Unbequemlichkeiten, diesen Mangel nicht zum Anlass genommen hätte, Ersatzlieferung zu verlangen.

(c) Zu der Möglichkeit, auch wegen geringfügiger Mängel Ersatzlieferung zu verlangen oder den Vertrag zu beenden, weist der DAV zudem auf Folgendes hin:

Ein durch Ersatzlieferung ausgetauschtes oder nach Vertragsbeendigung an den Verkäufer zurückgegebenes Gut wird in vielen Fällen nicht mehr wirtschaftlich (d.h. unter Berücksichtigung entstehender Verkaufskosten etc.) verkäuflich sein und deshalb verschrottet werden. Das bedeutet eine wirtschaftliche und vor allem ökologische Verschwendung. Die ökologische Verschwendung beruht auf der Erhöhung der zu beseitigenden Abfallmengen und in dem Verbrauch von Grund- und Rohstoffen. Die Herstellung jedes Industrieproduktes verzehrt ein Vielfaches seiner eigenen Masse an Rohstoffen und sonstigen Materialien. Man kann im Durchschnitt von einer Materialintensität oder einem MIPS-Faktor (Material Input Per Service Unit) von 30:1 ausgehen; bei vielen Produkten ist der Faktor wesentlich höher, für Smart Phones beispielsweise liegt er in der Größenordnung 400:1.[2] Jedes Abfallgut (und entsprechend jedes Stück seiner Ersatzbeschaffung) verzehrt also durchschnittlich das Dreißigfache seiner eigenen Masse an „Natur“. Wenn Ersatzlieferung oder Vertragsbeendigung auch wegen geringfügiger Vertragswidrigkeiten verlangt werden kann, kollidiert der Verbraucherschutz insoweit mit der Umweltpolitik im Sinne einer Sicherstellung der Nachhaltigkeit und Umweltschonung. Dies sollte bei der Ausgestaltung des Verbraucherschutzes bedacht werden (siehe auch Erwägungsgrund 23 der vorgeschlagenen Richtlinie).

[2] Quelle: Friedrich Schmidt-Bleek, Grüne Lügen, 2. Aufl. 2014, S. 58ff., 266ff.; s. auch Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen/Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie (Hrsg.): MIPS berechnen, Ressourcenproduktivität von Produkten und Dienstleistungen, abrufbar https://epub.Wupperinst.org/files/1533/WS27.pdf [zuletzt abgerufen am: 19.12.2017]. Die Kritik einzelner Umweltorganisationen an diesem Ansatz bezieht sich darauf, dass der Ansatz *zusätzliche* umweltschädigende Aspekte nicht auch reflektiert.

## 5. Materielle, redaktionelle und sprachliche Fehler

Der DAV hat zu dem früheren Entwurf der Richtlinie Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 13/2016 deutsch und englisch). In dieser Stellungnahme hat der DAV auf zahlreiche, zum Teil grobe redaktionelle Mängel und Abweichungen zwischen der deutschen und englischen Fassung der Richtlinie hingewiesen. Bezüglich dieser gerügten Mängel ist an den Entwürfen, soweit ersichtlich, nichts geändert worden. Dies zeigt eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der „handwerklichen“, d.h. legislatorischen oder rechtstechnischen Qualität europäischer Rechtsakte, die die Gefahr in sich birgt, Europaverdrossenheit bei den Bürgern hervorzurufen oder zu befördern.

Die Richtlinie folgt dem Prinzip der Vollharmonisierung. Aus diesem Grund haben die Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit, Mängel der gekennzeichneten Art im Rahmen der (möglicherweise überschießenden) Umsetzungsgesetzgebung auszubügeln. Die bestehenden Unklarheiten, wie sie nicht zuletzt aus Diskrepanzen zwischen verschiedenen sprachlichen Fassungen resultieren, würden deshalb von den Mitgliedstaaten nicht behebbare Unklarheiten zur Folge haben, die solange bestehen blieben, bis der EuGH Gelegenheit hat, punktuell Klarheit zu schaffen. Der DAV hält dies für inakzeptabel. Ein auf Vollharmonisierung gerichteter Rechtsakt muss sich mindestens um optimale Klarheit, Konsistenz und Einheitlichkeit der verschiedenen Sprachfassungen bemühen.

## 6. Ziel der Richtlinie

Erklärtes Ziel des Entwurfs soll es sein, durch zwingende Vereinheitlichung der anwendbaren Vorschriften die Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Handels zu erweitern und dadurch insbesondere auch den Online-Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu erhöhen. Dieses Ziel liegt im Rahmen des übergreifenden Ziels eines allumfassenden einheitlichen Binnenmarktes. Allerdings geht die Förderung des Fernabsatzhandels (als Online-Handel oder in sonstigen Formen) zu Lasten der gewachsenen Strukturen des stationären Einzelhandels, dem zunehmend wichtige Teile seines Marktes entzogen werden. Darunter leiden nicht nur die Einzelhändler, sondern auch die große Zahl der Kunden, die es vorziehen, Ware nach konkreter Besichtigung und ggf. individueller Beratung im stationären Einzelhandel zu kaufen. Überdies besteht nur im stationären

Einzelhandel die Möglichkeit, individuelle Verwendungszwecke vorzugeben und zu vereinbaren (s. Art. 4 Abs. 1 (b)). Das Wachstum des Fernabsatzhandels bewirkt weiter ein geradezu exponentielles Wachstum des Transportwesens mit dem damit verbundenen Energieverbrauch und Anstieg der Umweltbelastung. Die politische Entscheidung sollte diese Effekte gegen die Vorteile eines Binnenmarktes abwägen. Die Begründung lässt nicht erkennen, dass Fragen dieser Art auch nur gestellt wurden.

## 7. Grenzen der Vollharmonisierung

Die nach dem Vorschlag zu realisierende Vollharmonisierung wirft weitere Fragen auf:

(a) Der Vorschlag enthält keine Bestimmungen über eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers. Eine solche Schadensersatzpflicht kommt (gegebenenfalls nur unter der Voraussetzung des Verschuldens) in Betracht wegen der ursprünglichen Vertragswidrigkeit der Waren oder auch auf der Grundlage, dass der Verkäufer seine auf der Vertragswidrigkeit beruhenden Verpflichtungen nicht oder verspätet erfüllt. Der DAV hält es für sachgerecht, dass die Richtlinie keine Regelungen über den Schadensersatz trifft. Die Vollharmonisierung lässt aber die Frage offen, ob die Mitgliedsstaaten zusätzlich zu den in der Richtlinie vorgegebenen Rechtsbehelfen generell oder unter bestimmten Voraussetzungen auch einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren können. Dies sollte klargestellt werden.

(b) Die Gewährleistungsfrist gemäß Artikel 14 des Entwurfs gilt auch für eine Vertragswidrigkeit, die sich aus Rechten Dritter ergibt, bis hin zu der Lage, dass die Ware dem Verkäufer nicht gehörte und von dem Käufer deshalb an den wahren Eigentümer herausgegeben werden muss. Nach deutschem Recht ist für solche Fälle eine Verjährungsfrist von 30 Jahren vorgesehen. Die Richtlinie überlässt es zwar den Mitgliedsstaaten, eine Verjährungsfrist von mindestens zwei Jahren vorzusehen. Wenn jedoch der Rechtsmangel erst nach Ablauf von zwei Jahren offenbar geworden ist, ist die Frist des Artikels 14 abgelaufen. Die Vollharmonisierung würde es den Mitgliedsstaaten also nicht gestatten, dem Käufer für solche Fälle dennoch einen Anspruch zu geben.

(c) Die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren gemäß Artikel 14 des Vorschlags ist auch nicht für alle Fälle sachgerecht. Bei Materialien, die dazu bestimmt sind, in Bauwerken verwendet zu werden, zeigen sich Mängel oft erst nach mehr als zwei Jahren. Im deutschen Recht ist daher für Baustoffe eine Gewährleistungs- und Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen. Es ist nicht ungewöhnlich, dass auch Verbraucher solche Baustoffe kaufen, um sie entweder selbst einzubauen oder durch Handwerker einbauen zu lassen.[3] Die Vollharmonisierung gestattet es den Mitgliedsstaaten nicht, für solche Fälle eine längere Gewährleistungsfrist vorzusehen.

(d) Schließlich gestattet es die Vollharmonisierung den Mitgliedsstaaten nicht, die Rechte wegen Vertragswidrigkeit auch dann zu gewähren, wenn die Waren zwar frei von Rechten Dritter, aber moralisch „bemakelt“ (unterschlagene, aber gutgläubig erworbene Waren, Kunstraubgut etc.) sind.

Der DAV regt deshalb eine Ergänzung dahin an, dass die Mitgliedsstaaten jedenfalls für bestimmte langlebige Produkte eine längere Gewährleistungsfrist als die in Artikel 14 bestimmte vorsehen und moralische Makel als Rechtsmängel qualifizieren können. Er erwartet nicht, dass Unterschiede in diesem Punkt einen spürbaren Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel haben werden.

## II. Einzelheiten

Die nachstehenden Anmerkungen folgen ohne Gewichtung der Reihenfolge der Vorschriften in dem Entwurf der Richtlinie. Wegen der Bedeutung, welche den Erwägungsgründen bei der Auslegung der Richtlinie zukommt, werden im Folgenden auch einige Absätze der Erwägungsgründe angesprochen. Soweit aber eine im Einzelnen kritisierte regelnde Vorschrift des Entwurfs bereits in den Erwägungsgründen angekündigt wird, beschränken sich die folgenden Anmerkungen auf einen entsprechenden Kommentar zu dem regelnden Artikel mit der entsprechenden Vorschrift. Soweit der einzelne Punkt nur die deutsche Fassung betrifft, werden diese Punkte im folgenden Abschnitt III. behandelt.

[3] Der Entscheidung des EuGH vom 16. Juni 2017 in der Rs. C-65/09 (NJW 2011, 269) lag ein solcher Fall zugrunde.

## 1. Erwägungsgrund 22

Dieser Erwägungsgrund betont den Grundsatz der Vertragsfreiheit auch hinsichtlich der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, fährt aber fort, dass zur Vermeidung einer Umgehung die „zwingenden Vorschriften betreffend die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit“ einzuhalten seien. Dies ist widersprüchlich. Zwingend können und sollen nur Vorschriften sein, die die Rechtsfolgen der Vertragswidrigkeit der Waren zum Gegenstand haben. Es muss den Parteien freistehen, selbst zu bestimmen, was geschuldet wird.

## 2. Erwägungsgrund 25

In diesem Erwägungsgrund ist ausgeführt, dass ein Verbraucher Rechtsnachteile erleiden könnte, wenn nach dem nationalen Recht seines Mitgliedsstaats keine Obliegenheit besteht, Vertragswidrigkeiten unverzüglich zu rügen, während nach dem maßgeblichen Recht des Verkäufers eine solche Rügepflicht bestehe. Diese Ausführungen des Erwägungsgrunds können allenfalls begründen, dass die Frage der Rügepflicht einheitlich in allen Mitgliedsstaaten geregelt sein sollte. Sie vermögen nicht zu begründen, dass es – insbesondere auch mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt des Entwurfs – sachgerecht sei, von dem Erfordernis einer Rügepflicht abzusehen.

## 3. Artikel 1 Absatz 3:

Nach dieser Vorschrift soll die Richtlinie nicht für materielle Datenträger mit digitalen Inhalten gelten, wenn diese Datenträger ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte an den Verbraucher dienen. Versteht man den Begriff „digitale Inhalte“ so, wie er etwa in dem Vorschlag der EU-Kommission COM(2015)634 - 2015/0287(COD) definiert werden sollte, so würde der Verkauf eines digitalen Bild- oder Tonträgers nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Daraus ergäben sich willkürliche und sachwidrige Differenzierungen, wie etwa mit dem Verkauf einer Vinylplatte. Ein sachgerechtes Differenzierungskriterium könnte etwa darin liegen, wie der Datenträger von dem Käufer genutzt werden kann: Lediglich zur Wiedergabe einer mit digitalen Mitteln aufgezeichneten Leistung oder interaktiv (siehe auch DAV-Stellungnahme 19/2016 zum Richtlinienvorschlag COM(2015)634 über digitale Inhalte).

**4. Artikel 4 Absatz 1 (a):**

Nach dieser Bestimmung müssen die Waren „hinsichtlich der ... Beschreibung den vertraglichen Anforderungen entsprechen“ im Englischen entsprechend „be of the ... description required by the contract“. Das ist in beiden Fassungen falsch. Der Vertrag kann nicht eine „Beschreibung“ verlangen. Vielmehr ist die Beschreibung Teil des Vertrages und definiert (unter anderem) die Anforderungen an die Waren.

**5. Artikel 4 Absatz 1 (c):**

Diese Bestimmung enthält die Formulierung:

> „vorvertragliche Erklärung, die Bestandteil des Vertrages ist“.

Eine ähnliche Formulierung enthält Art. 15 Abs. 1a.

Die Formulierung ist unklar: Sie kann qualifizierend, d.h. einschränkend verstanden werden, also wie folgt:

> „vorvertragliche Erklärung, wenn diese Bestandteil des Vertrages ist“

oder, wenn sie, wie in Artikel 15 Abs. 1 (a), im Plural verwendet ist:

> „*diejenigen* vorvertraglichen Erklärungen, die Bestandteil des Vertrags sind.“

Wird die Bestimmung in diesem Sinne verstanden, so ist sie gegenstandslos, weil die Waren selbstverständlich dem Vertrag entsprechen müssen.

Wahrscheinlich ist sie deshalb in dem Sinne gemeint, dass vorvertragliche Erklärungen (immer) Bestandteil des Vertrages werden. Eine solche Bestimmung wäre jedoch sinnwidrig. Möglich ist, dass sich widersprechende Erklärungen „vorvertraglich“ abgegeben werden (darüber siehe auch unten Nr. 7 zu Artikel 5 Absatz (c)), oder dass solche Erklärungen vage und unbestimmt sind oder in Widerspruch zum eigentlichen Vertragstext stehen. Es bedürfte für solche Fälle einer Hierarchie oder sonstigen Regelung, wie solche Widersprüche aufzulösen sind. Eine solche Regelung fehlt. Schließlich hätte die Bestimmung bei diesem Verständnis die Folge, dass es nicht möglich ist, einen vollständigen Wortlaut des einzelnen Vertrages zu bestimmen. Auch bedürfte es einer genaueren Abgrenzung zu den „im Vorfeld des Vertragsschlusses“ abgegebenen

Erklärungen, von denen in Artikel 5 Absatz (c) die Rede ist. Vorzugswürdig ist eine Formulierung wie diejenige in der Richtlinie 1999/44/EG, Art. 2 Abs. 2 (d), wonach bei den Anforderungen an die Vertragsgemäßheit „Äußerungen des Verkäufers … in Betracht gezogen werden“ müssen.

## 6. Artikel 5 Absatz (a)

Nach dieser Vorschrift müssen sich die Waren für die Zwecke eignen, „für die Waren der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden“. Dieses Erfordernis kann im Einzelfall dem Erfordernis gemäß Art. 4 Abs. 1 (b) (spezifischer dem Verkäufer mitgeteilter Verwendungszweck) widersprechen. Es sollte klargestellt werden, dass Tauglichkeit für den spezifischen Zweck Vorrang vor dem gewöhnlichen Verwendungszweck hat und die Tauglichkeit für den gewöhnlichen Zweck nicht gefordert wird, wenn der besondere mitgeteilte Verwendungszweck dem entgegensteht und der Verkäufer den Verbraucher hierauf hingewiesen hat.

## 7. Artikel 5 Absatz (b)

Hiernach kommt es darauf an, welche Zusatzleistungen „der Verbraucher“ erwarten kann. Entgegen dem Erwägungsgrund 18 ist nicht näher geregelt, was der Verbraucher „erwarten kann“. Wie in dem Erwägungsgrund gesagt, sollte es heißen „deren Erhalt der Verbraucher *vernünftigerweise* erwarten kann“.

## 8. Artikel 5 Absatz (c)(i)

Nach dieser Vorschrift muss der Käufer nachweisen, dass er die betreffende Erklärung

„nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte“. Diese Formulierung ist in mehrfacher Hinsicht unklar:

(a) In der englischen Fassung heißt es „could not reasonably have been aware“. Das ist mit den Worten „vernünftigerweise nicht kennen konnte“ nicht richtig übersetzt, obwohl „reasonably“ wörtlich dasselbe ist wie „vernünftigerweise“ und beispielsweise in Erwägungsgrund 18 mit diesem Wort richtig übersetzt ist. Ob der Verkäufer etwas kannte oder kennen konnte, ist keine Frage der Vernunft. Vielmehr geht es darum, welche Sorgfaltspflichten er hat, sich über Produktangaben des Herstellers oder anderer zu informieren. In der deutschen Fassung müsste es also (bei

Verwendung) der deutschen Gesetzessprache heißen „nicht kannte und auch nicht kennen musste“, weil in der deutschen Gesetzessprache „kennen müssen“ so viel heißt wie in Folge von Fahrlässigkeit nicht kennen. Da der Richtliniengeber aber nicht an die deutsche Gesetzessprache gebunden ist, sollte formuliert werden:

„nicht kannte und auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätte kennen müssen“ oder

„nicht kannte und bei angemessenen Anforderungen auch nicht hätte kennen müssen“.

(b) Unabhängig von der Formulierung geht es aber um das Maß der gebotenen Sorgfalt. Dazu sagt der Entwurf nichts. Insofern wird eine einheitliche Anwendung des mit der Richtlinie vorgegebenen Rechts möglicherweise noch lange auf sich warten lassen.

(c) Schließlich ist noch auf folgendes hinzuweisen: Der Käufer wird sich auf solche Angaben, solange sie nicht berichtigt sind, ggf. verlassen. Für ihn ist nicht erkennbar, ob der Verkäufer die Angabe kennt oder kennen muss. Insofern kann diese Ausnahme dazu führen, dass der Käufer unrichtige Vorstellungen von den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Ware hat. Insofern stellt sich die Frage, ob diese Ausnahme, bei der der Verkäufer die Erklärungen nicht kannte und auch nicht kennen musste, nicht als Einschränkung der Einstandspflicht des Verkäufers geregelt werden sollte. In Betracht kommt auch ein Recht des Käufers, den Vertrag in einer solchen Lage wegen Irrtums über die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit anzufechten.

Die hier genannten Unklarheiten dieser Ausnahmebestimmung galten zum Teil bereits für die Richtlinie 1999/44/EG Artikel 2 (4). Da aber mit der neuen Richtlinie das Europäische Recht verbessert und voll harmonisiert werden soll, sollte die Gelegenheit wahrgenommen werden, diese Unklarheiten zu beseitigen.

**9. Artikel 8 Absatz 2 Satz 2:**

Dieser Satz regelt, was als Zeitpunkt der Besitzerlangung gilt, wenn die Waren von dem Verbraucher montiert oder installiert werden. Maßgeblich soll der Ablauf einer angemessenen Frist für die Montage, maximal 30 Tage sein. Auf den

gegebenenfalls früheren Zeitpunkt der tatsächlichen Montage soll es nicht ankommen. Das ist wohl sachgerecht, da dem Verkäufer der Zeitpunkt der tatsächlichen Montage nicht bekannt sein wird.

Allerdings ist die Bestimmung insofern zirkulär, als der Zeitpunkt der physischen Besitzerlangung derjenige der physischen Besitzerlangung (Absatz 1) zuzüglich Montagezeit sein soll. Richtigerweise müsste es heißen „jedoch nicht später als 30 Tage nach dem für die *unmontierte Ware* in Absatz 1 genannten Zeitpunkt.“

Außerdem wird zu überprüfen sein, ob der Beginn der angemessenen Frist oder der Maximalfrist von 30 Tagen mit der Übergabe an den Beförderer sachgerecht ist. Je nach Beförderungsmittel mag die 30-Tages-Frist in dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher die Ware erhält, schon zu einem großen Teil verstrichen sein.

## 10. Rügepflicht für den Käufer

Der Entwurf der Richtlinie enthält keine Vorschrift, wonach der Verbraucher gehalten ist, eine offenbar gewordene Vertragswidrigkeit binnen angemessener Frist zu rügen. Gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 1999/44/EG können die Mitgliedsstaaten eine solche Rügepflicht vorsehen. Von dieser Möglichkeit hat ausweislich der von der Kommission vorgelegten Zusammenstellung (s. Anlage) die große Mehrheit der Mitgliedsstaaten Gebrauch gemacht. Wenn es bei dem sonstigen Inhalt des Vorschlags (Zweijahresfrist, volle Beweislastumkehr, kein Wertersatz für Nutzungen etc.) verbleibt, empfiehlt der DAV, ein solches Rügeerfordernis vorzusehen, und zwar im Sinne der Vollharmonisierung als für alle Mitgliedstaaten verbindliche Regelung. Dabei sind unterschiedliche Rechtsfolgen für den Fall denkbar, dass gegen diese Rügeobliegenheit verstoßen wird:

(a) Die eine Möglichkeit besteht darin, dass der Verbraucher die auf der Vertragswidrigkeit beruhenden Rechte verliert, wenn er die offenbar gewordene Vertragswidrigkeit nicht binnen angemessener Frist (beispielsweise binnen zwei Monaten) rügt.

(b) Wenn diese Sanktion nicht sachgerecht erscheint, könnte auch daran gedacht werden, den Verbraucher, der das Recht auf Ersatzlieferung geltend macht oder den Vertrag beendet, zu verpflichten, eine angemessene Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Ablauf der Rügefrist

mindestens bis zur tatsächlichen Rüge zu bezahlen (siehe dazu nochmals unten bei Nr. 12).

(c) Ergänzend sollte eine Regelung erwogen werden, nach welcher vermutet wird, dass der Verbraucher von einer tatsächlich aufgetretenen Vertragswidrigkeit innerhalb einer bestimmten Frist (beispielsweise wiederum zwei Monate) nach dem in Art. 8 bestimmten Zeitpunkt Kenntnis erlangt hat, sofern er nicht substantiiert darlegt, dass und warum er die Vertragswidrigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt entdeckt hat.

**11. Artikel 8 Absatz 3**

(a) Nach dieser Vorschrift soll eine Vermutung dafür sprechen, dass eine binnen zwei Jahren offenbar gewordene Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden hat. Die Frist ist unangemessen lang. Sie bedeutet in vielen Fällen faktisch eine Einstandspflicht für die Haltbarkeit der Ware für einen Zeitraum von zwei Jahren.

(b) Die Umkehr der Beweislast bedeutet eine erhebliche Belastung für den Verkäufer. Je länger die Frist ist, für welche die Beweislastumkehr gilt, desto schwerer wird die Belastung für den Verkäufer. Das mag an einigen Beispielen verdeutlicht werden:

(i) Ist die gelieferte Ware ein Serienprodukt und sind Neustücke der Serie noch vorhanden oder wird ein Mangel nur bei einem verschwindend kleinen Teil der insgesamt abgesetzten Menge geltend gemacht, so stellt sich die Frage, ob die Vertragskonformität eines noch vorhandenen Neustücks oder die Tatsache, dass für die große Mehrzahl der ausgelieferten Produkte gleicher Art keine Mängel geltend gemacht wurden, zur Widerlegung der Vermutung genügt. Auch bei einer Serienfertigung kann es sog. „Ausreißer“ geben, so dass der Hinweis auf die Singularität des aufgetretenen Problems wahrscheinlich nicht genügen wird.

(ii) Betrifft die Vertragswidrigkeit die Leistungsfähigkeit oder Funktion des Produkts, so stellt sich die Frage, ob und wie lange die Vermutung gerechtfertigt ist, wenn es in Wirklichkeit darum geht, wie lange die Leistungsmerkmale erfüllt werden müssen.

(iii) Bedarf das Produkt der Wartung und kann die aufgetretene „Vertragswidrigkeit“ auch darauf beruhen, dass der Verbraucher das Produkt nicht sachgerecht hat warten lassen, wird dem Verkäufer der Nachweis, dass die Wartung nicht erfolgte, kaum möglich sein. Sachgerecht müsste in einem solchen Fall der Verbraucher (durch die üblichen Wartungsbestätigungen geeigneter Werkstätten) nachweisen, dass er seiner Wartungsobliegenheit genügt hat und der Mangel trotzdem aufgetreten ist.

Gilt die Vermutung, wie nach der Richtlinie 1999/44/EG, nur für Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten aufgetreten sind, so kommt solchen Überlegungen ein deutlich geringeres Gewicht zu als bei einer Verlängerung der Frist.

(c) Schließlich sollte deutlich gemacht werden, dass die Vermutung widerlegbar ist. Der deutsche Text legt das nahe. Der englische Text „presumed“ spricht eher für eine unwiderlegliche Vermutung. In Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 1999/44/EG war deshalb die Widerleglichkeit ausdrücklich bestimmt („bis zum Beweis des Gegenteils“).

## 12. Artikel 9 und 13

Für einen der Rechtsbehelfe des Käufers sieht der Entwurf das Recht auf „Beendigung“ des Vertrages vor (im Englischen das Recht „to terminate“). Dieser Begriff ist unglücklich für einen Rechtsbehelf, der zur Rückabwicklung führen soll und nicht lediglich den Vertrag für die Zukunft beendet (wofür man im Deutschen den Terminus der Kündigung verwenden würde, der auf Dauerrechtsverhältnisse passt). Es empfiehlt sich, in Anlehnung an die Richtlinie 1999/44/EG (Art. 3 Abs. 2 und 6) oder das CISG-Übereinkommen (Art. 49) von dem Recht auf Vertragsauflösung oder Vertragsaufhebung (im Englischen „rescission“ oder „avoidance“ zu sprechen.

## 13. Artikel 10 Absatz 3

Nach dieser Vorschrift haftet der Verbraucher nicht auf Wertersatz für die Nutzung der ersetzten Waren. Entsprechend hat er gemäß Art. 13 Abs. 3d im Falle der Vertragsbeendigung für eine Wertminderung nur einzustehen, soweit

der Wertverlust die Wertminderung durch normale Verwendung übersteigt. Diese Bestimmungen sind zu sehen in Verbindung mit:

- dem Fehlen einer Rügeobliegenheit
- der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren
- der Umkehr der Beweislast (Art. 8 Abs. 3).

Insgesamt gibt dieses Regelungspaket falsche Anreize und führt zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verbrauchers, die nach Erwägungsgrund Nr. 31 vermieden werden soll. Sachgerecht müsste in dieser Regelung ergänzt werden, dass:

- der Verbraucher eine Nutzungsvergütung (entsprechend einer angemessenen Miete) von dem Zeitpunkt an schuldet, zu dem er die Vertragswidrigkeit erkannte, abzüglich der Zeiten, für welche der Verkäufer mit seiner Gewährleistungspflicht im Verzug war, und
- der Verbraucher mindestens darlegen muss, zu welchem Zeitpunkt er Kenntnis erlangte, und wenn er geltend macht, die Kenntnis später als beispielsweise zwei Monate nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs erlangt zu haben, warum er die Kenntnis so spät erlangte.

**14. Artikel 11**

Das Recht auf Ersatzlieferung (wie auch dasjenige auf Vertragsbeendigung) soll im Grundsatz unabhängig davon sein, ob die Vertragswidrigkeit geringfügig ist oder nicht. Abgesehen von der möglicherweise unangemessenen Belastung, die sich daraus für den Verkäufer ergeben kann, ist auf die damit tendenziell begründete erhöhte Ressourcenverschwendung und Umweltbelastung hinzuweisen (siehe dazu bereits oben I.4(c)).

**15. Artikel 13 Abs. 3**

Zu den Rechtsfolgen wird auf die Anmerkungen oben unter Nr. 10 und 12 verwiesen.

## 16. Artikel 15

(a) Siehe oben Nr. 4 zu Artikel 4 Abs. 1 (c).

(b) Nach dieser Bestimmung haftet der Garant (beispielsweise der Hersteller) für die Einhaltung vorvertraglicher Informationen des Verkäufers. Das ist sachwidrig. Der Garant (z. B. der Hersteller) muss frei bestimmen können, wofür er die Garantie übernimmt. Wenn der Verkäufer dann weitergehende Erklärungen abgibt, kann das nicht in die Verantwortung des Herstellers aufgrund seiner Garantie fallen.

## 17. Artikel 16

Nach der deutschen Fassung des Entwurfs entspricht der Tatbestand nicht der Rechtsfolge. Nach dem Tatbestand ist ein „Handeln oder Unterlassen einer Person im Vorfeld des Vertragsschlusses“ vorausgesetzt, während der Regressanspruch gegen Personen „innerhalb der Vertragskette“ bestehen soll. In der englischen Fassung betreffen sowohl Tatbestand als auch Rechtsfolge Personen in „the chain of transactions“.

Die Beschränkung des Rückgriffs auf Personen „in der Vertragskette“ berücksichtigt nicht die in Art. 5 Abs. (c) vorgesehene Regelung, wonach der Verkäufer auch für Beschaffenheitsangaben von Personen verantwortlich ist, die im Auftrag von Personen in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette abgegeben werden. Überdies scheint die Bestimmung insofern zirkulär, als der Regressanspruch gegen den „Haftenden“ (in der englischen Fassung „person or persons liable“ statt „person responsible“) bestehen soll. Der Regressanspruch würde demnach voraussetzen, dass die Haftung bereits besteht, während sie doch gerade begründet werden soll.

Außerdem liegt das eigentliche Regelungsthema nicht in der Haftung des Verkäufers, sondern darin, dass andere für die Vertragswidrigkeit verantwortlich sind. Das kann daran liegen, dass die von vorgelagerten Gliedern gelieferten Produkte den normalen Anforderungen nicht genügten, oder aber auch daran, dass durch Erklärungen vorgelagerter Glieder in der Vertragskette besondere Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit begründet wurden, welchen die Waren nicht genügen. Deshalb sollte der erste Satz von Artikel 16 etwa wie folgt gefasst werden:

„Beruht die Vertragswidrigkeit auf dem Handeln oder Unterlassen einer Person in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette, einschließlich öffentlicher Erklärungen, die von einer solchen Person oder in ihrem Auftrag abgegeben wurden, ist der Verkäufer berechtigt, den oder die Personen innerhalb der Vertragskette in Regress zu nehmen, die für das haftungsbegründende Handeln oder Unterlassen verantwortlich waren oder in deren Auftrag die haftungsbegründenden öffentlichen Erklärungen abgegeben wurden."

Wieviel Spielraum dann noch für die nationalen Gesetzgeber besteht, die Person des Haftenden innerhalb des so umschriebenen Kreises der Verantwortlichen zu bestimmen, sollte geprüft werden.

## III. Besondere Fehler der deutschen Fassung

### 1. Artikel 1 Absatz 1

Die deutsche Fassung des Entwurfs bezeichnet die Rechtsfolgen einer Vertragswidrigkeit durchgehend als Abhilfen (im Unterschied zu dem englischen Begriff „remedies"). Das entspricht schon nicht der deutschen Gesetzessprache. Es führt dann auch zu inhaltlichen Veränderungen. So in Artikel 1 Absatz 1, wo zum Anwendungsbereich formuliert wird:

„die Abhilfen … und die Art und Weise, wie Mängeln abgeholfen werden kann."

Das ist redundant und entspricht nicht dem englischen Text. Außerdem wird das Verb „abhelfen" hier in einem anderen Sinne verwendet als das Substantiv „Abhilfe". Denn den Mängeln kann nur durch Nachbesserung „abgeholfen" werden – worum es aber nicht geht. Es geht um die „Rechtsbehelfe … und die Art und Weise der Ausübung der Rechtsbehelfe" („remedies … modalities for the exercise of these remedies").

Entsprechend sollte die Überschrift von Artikel 9 lauten: „Rechtsbehelfe des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit"

### 2. Artikel 2 Absatz (c)

In der Definition des Begriffs „Verkäufer" heißt es bei juristischen Personen, es komme nicht darauf an, ob sie „öffentlicher oder privater Natur" sind. Diese Begriffe gibt es im deutschen nicht. Nach dem englischen Text geht es darum, ob

sie im Publikumsbesitz oder im Privatbesitz stehen. Ginge es um die „Natur“ der juristischen Person so müsste es „öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur“ heißen. Das ist aber ersichtlich nicht gemeint.

**3. Artikel 4 Absatz 1 (c):**

Nach der deutschen Fassung muss die Ware „diejenige Tauglichkeit“ haben, die den vorvertraglichen Erklärungen entspricht. Im Englischen heißt es „performance capabilities“. Das ist wesentlich konkreter als das Wort „Tauglichkeit“, welches nur die allgemeine Eignung bezeichnet. Dem englischen Text würde es entsprechen, von „Leistungsfähigkeit“ oder „Leistungsmerkmalen“ zu sprechen.

**4. Artikel 4 Absatz 3:**

In der deutschen Fassung sollten die Worte „zum Nachteil des Verbrauchers“ vor die Worte „die Anwendung der Art. 5 und 6“ verschoben werden, um deutlich zu machen, dass das Merkmal „zum Nachteil des Verbrauchers“ für sämtliche Varianten (ausschließt, davon abweicht oder deren Wirkung abändert) maßgeblich ist. Außerdem sollte das Wort „Umstand“ durch „Zustand“ (im Englischen: „condition“) ersetzt werden.

**5. Artikel 5 Absatz (c):**

(a) Nach dem deutschen Text kommt es auf die „Tauglichkeit“ an, während nach dem englischen Text auf die „performance capabilities“, also auf die Leistungsfähigkeit oder Leistungsmerkmale abgestellt wird.

(b) Bei der Konkretisierung derjenigen Erklärungen, die bei der Bestimmung der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu berücksichtigen sind, heißt es im deutschen Text, dass die Erklärung „im Vorfeld des Vertragsschlusses“ abgegeben worden sein müssen. Das impliziert eine Lage der Vertragsanbahnung. Nach der englischen Fassung kommt es richtigerweise hierauf nicht an. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Erklärung von oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person „in earlier links of the chain of transactions“ abgegeben wurden. Eine sinngemäße Übersetzung ins Deutsche müsste etwa wie folgt lauten:

„die von dem Verkäufer oder einer anderen Person in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette, einschließlich des Herstellers, oder in deren Auftrag abgegeben wurden.“

## 6. Artikel 7

In der deutschen Fassung wirken die Einleitungsworte „damit die Waren vertragsgemäß genutzt werden können“ wie ein Motiv der Regelung. Darum geht es jedoch nicht, sondern um das Maß der Freiheit von Rechten Dritter, das geschuldet wird. Das wird deutlicher, wenn diese Worte wie in der englischen Fassung ans Ende gestellt werden. Überdies geht es nicht um „Rechte an geistigem Eigentum“, sondern die Waren müssen frei von Rechten aufgrund des geistigen Eigentums sein. Schließlich geht es bei der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Vertragsmäßigkeit nicht um den Zeitpunkt von deren Feststellung, sondern, wenn man es im Grundsatz bei der Struktur des Satzes belässt, um den für die Beurteilung der Vertragskonformität maßgebenden Zeitpunkt. Richtig müsste diese Bestimmung also wie folgt lauten:

> „die Waren müssen zu dem für die Beurteilung ihrer Vertragsmäßigkeit nach dem Artikel 8 maßgebenden Zeitpunkt von Rechten Dritter – einschließlich von Rechten aufgrund des geistigen Eigentums – so frei sein, dass sie vertragsgemäß genutzt werden können.“

## 7. Artikel 8 Absatz 1 (b)

Nach dem deutschen Text würde die Übergabe an den vom Verbraucher benannten Beförderer den maßgeblichen Zeitpunkt nur dann markieren, wenn der Verkäufer

> „keinen Beförderer oder keine Beförderung (richtig müsste es heißen: oder kein Beförderungsmittel) vorgeschlagen hat“.

Das ist sachwidrig. Es muss, wie nach dem englischen Text, darauf ankommen, ob der Verbraucher einen Beförderer benannt hat, den der Verkäufer nicht vorgeschlagen hatte. Richtig müsste der Text also lauten:

„die Waren einem von dem Verbraucher benannten Beförderer übergeben werden, wenn dieser nicht vom Verkäufer vorgeschlagen war oder der Verkäufer kein Beförderungsmittel vorgeschlagen hat“.

**8. Artikel 8 Absatz 2**

Unabhängig von dem Vorschlag zur materiellen Änderung (oben II Nummer 9) ist der zweite Halbsatz in der deutschen Fassung wie folgt zu ändern:

> „der Zeitpunkt, zu dem eine angemessene Frist zur Montage oder Installierung durch den Verbraucher abläuft, spätestens 30 Tage nach dem für die nicht montierte oder installierte Ware in Absatz 1 genannten Zeitpunkt“.

**9. Artikel 9**

Nach Absatz 3 hat der Verbraucher unter den genannten Voraussetzungen „Anspruch … auf Beendigung des Vertrags“. Der englische Text formuliert richtig „shall be entitled … to terminate the contract“. Letzteres bedeutet: Beendigung durch einseitige Erklärung. Das entspricht dem Artikel 13 Abs. 1. Da das Wort „Anspruch“ in der deutschen Gesetzessprache ein Recht, etwas zu verlangen, bezeichnet (§ 194 Abs. 1 BGB), müsste Artikel 9 Absatz 3 in der deutschen Fassung wie folgt umformuliert werden:

> „der Verbraucher kann anteilmäßige Minderung des Preises nach Maßgabe des Artikels 12 verlangen oder den Vertrag nach Maßgabe des Artikels 13 beenden, wenn …“.

**10. Artikel 11**

In der zweiten Zeile muss es heißen: „… es sei denn, die gewählte Möglichkeit wäre unmöglich *oder* rechtswidrig *oder* würde dem Verkäufer …“. Das zweite „oder“ verknüpft das erste Hilfsverb „wäre“ mit dem Verb des zweiten Teils (würde auferlegen) und kann daher nicht die beiden Prädikate „unmöglich“ und „rechtswidrig“ im ersten Halbsatz alternativ verknüpfen.

**11. Artikel 13 Abs. 1**

Nach der deutschen Fassung soll das Recht auf Beendigung durch „Mitteilung“ an den Verkäufer ausgeübt werden. Richtig wäre die Formulierung „Erklärung“.

**12. Artikel 16**

Zusätzlich zu der inhaltlichen Anmerkung im Hauptteil und unabhängig von dieser sollte die Formulierung „Handeln oder Unterlassen einer Person *im Vorfeld des*

*Vertragsschlusses*“ entsprechend der obigen Kommentarnummer 6 (b) geändert werden:

„einer Person in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette“.

**13. Artikel 18**

(a) In der deutschen Fassung sollten die Wörter „zum Nachteil des Verbrauchers“ verschoben werden und unmittelbar auf das Relativpronomen „die“ in der ersten Zeile folgen (siehe entsprechende Anmerkung oben Nr. 9 zu Artikel 4 Abs. 3).

(b) Im deutschen und im englischen Text sollte klargestellt werden, worauf sich das Wort „bevor“ bezieht: Gemeint ist eine vertragliche Vereinbarung, die vor diesem Zeitpunkt getroffen wird.

Anlage

**Auszug aus dem**

**Commission Staff Working Document**

**–SWD (2017) 354 final–**

### *1.1.3 The progress made so far in the legislative procedure points to the need for uniform EU rules across sales channels.*

During the recent Informal Justice and Home Affairs Council of 7 July 2017, the vast majority of Ministers expressed their firm conviction that the rules applicable to consumer sales of goods need to be the same regardless of the sales channel.

Ensuring the coherence of rules for all sales of goods has also been a major concern in the European Parliament from the beginning of discussions on the OSD proposal. This led the rapporteurs of both the lead IMCO committee and the associated JURI committee to table amendments extending the scope of the OSD proposal to face-to-face sales, based on a targeted impact assessment that focusses specifically on the impacts of the scope extension.

## 1.3 Differences in national consumer contract law rules affect EU businesses and consumers

### *1.1.4 Existing legal framework*

An extension of the scope of the proposal to offline contracts makes the scope of the proposal similar to the scope of the CSGD. The CSGD currently applies both to online and to offline sales of goods, and provides consumers across the EU with a minimum harmonisation level of protection, by laying down a set of conformity requirements and remedies in case a good turns out not to be in conformity with the contract of sale. As shown in Table 1, 14 Member States have gone on different points and to a different extent beyond the minimum standards set in the Directive, in particular regarding the hierarchy of remedies, the legal guarantee period and the period for reversal of the burden of proof. In addition, the CSGD allows Member States flexibility as to whether to introduce a notification obligation on consumers; the resulting scenario is also diverse.

**Table 1 – Legal status quo in relation to 4 key provisions of Directive 1999/44/EC[33]**

| Member States | Key provisions of the CSG Directive | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Duration of legal guarantee (years) | Notification obligation on consumers | Reversal of burden of proof period | Hierarchy of remedies |
| Austria | 2 | No | 6 months | Yes |
| Belgium | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Bulgaria | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Croatia | 2 | Yes | 6 months | Free choice |
| Cyprus | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Czech Republic | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Denmark | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Estonia | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Finland | No fixed time limit | Yes | 6 months | Yes |
| France | 2 | No | 2 years | Yes |
| Germany | 2 | No | 6 months | Yes |
| Greece | 2 | No | 6 months | Free choice |
| Hungary | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Ireland | 6 | No | 6 months | Yes + short term right to reject |

33 SWD(2017) 209 final, Report on the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Annex 5, p.148. Table established by external consultants for the purpose of the Fitness check of EU consumer and marketing law. Situation as of July 2016.

| Member States | Key provisions of the CSG Directive | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Duration of legal guarantee (years) | Notification obligation on consumers | Reversal of burden of proof period | Hierarchy of remedies |
| Italy | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Latvia | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Lithuania | 2 | Yes | 6 months | Free choice |
| Luxembourg | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Malta | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Poland | 2 | No | 1 year | Yes |
| Portugal | 2 | Yes | 2 years | Free choice |
| Romania | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Slovakia | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Slovenia | 2 | Yes | 6 months | Free choice |
| Spain | 2 | Yes | 6 months | Yes |
| Sweden | 3 | Yes | 6 months | Yes |
| The Netherlands | No fixed time limit | Yes | 6 months | Yes |
| United Kingdom | 6 (5 in Scotland) | No | 6 months | Yes + right to reject |

An extension of the scope of the proposal to offline contracts aligns it with other key consumer contract law directives which grant contractual remedies in case products or services do not correspond to the contract. These other directives follow a technology-neutral approach and apply therefore to both online and offline sales. This legislation follows intentionally this approach because contractual remedies should be the same independently of the distribution channel. The extension of the scope makes the proposal therefore more consistent with those other pieces of consumer contract law legislation.

Where, within consumer legislation, there are differentiations between distance and face-to-face sales, those differences do not concern contractual remedies in case products or services do not correspond to the contract. They concern instead other rights and obligation of the parties which are created in the respective legislation because they respond to either the fact that when shopping at a distance, consumers do not have access to the same 'look and feel' as when shopping in a 'brick-and-mortar' shop or are subject to specific marketing methods which may lead to undue influences on the transaction decisions of consumers.

The extension is also consistent with the outcome of the Fitness Check of other pieces of consumer legislation. In the Fitness Check stakeholders viewed the possibility of having different rules for different sales channels as creating confusion for consumers. It would also create legal uncertainty for businesses.

#### *1.1.5 Differences in mandatory consumer contract law rules create costs for businesses*

The differences in consumer contract law rules have been a cost factor for businesses already before the advent of e-commerce and the possibilities that e-commerce offers to traders to reach out to customers in other Member States. E-commerce and the growing digitisation has exposed more strikingly than before the regulatory barriers that prevent businesses from reaping the full benefits of the Single Market.

The Rome I Regulation allows contracting parties to choose which law applies to their contract and determines which law applies in the absence of choice. A trader who "directs his activities" to consumers in another country may either apply the consumer's national law or