DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Europäisches Vertragsrecht

zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM(2015) 635 endgültig)

Stellungnahme Nr.: 13/2016 **Berlin, im März 2016**

Mitglieder des Ausschusses Europäisches Vertragsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Köln
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden
- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Roman Mallmann, Köln
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, Frankfurt
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Tilmann (Sachverständiger und Vorsitzender des Ausschusses Geistiges Eigentum)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M

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
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

Europa

Europäische Kommission

- Generaldirektion Justiz und Verbraucher
- Generaldirektion 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 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

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins

Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl

Redaktion Juristenzeitung / JZ

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der DAV begrüßt den Vorschlag zur Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren im Grundsatz. Jedoch geht der Vorschlag in dem Ziel, ein hohes Niveau von Verbraucherschutz zu verwirklichen, nach Meinung des DAV zu weit. Dadurch werden für den Verbraucher falsche Anreize gegeben. Der DAV gibt überdies zu bedenken, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verbraucherverträge beschränkt bleiben oder, als dispositives Recht, auch auf Unternehmerverträge erweitert werden sollte. Schließlich ergeben sich unerwünschte Differenzierungen aus der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Fernabsatzverträge. Davon abgesehen ist der Vorschlag in vielen Einzelpunkten noch verbesserungsbedürftig.

I. Allgemeines

Durch die mit der Richtlinie bezweckte Vollharmonisierung in den geregelten Bereichen wird zwar einerseits eine Fragmentierung des geltenden Rechts zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt, dafür aber andererseits das in dem einzelnen Mitgliedsstaat von diesem autonom gesetzte Recht fragmentiert. Der DAV gibt zu bedenken, ob deshalb einerseits der Anwendungsbereich der Richtlinie erweitert werden soll und andererseits das Maß des durch die Richtlinie gewährten Verbraucherschutzes auf eine Ebene beschränkt werden sollte, die es den Mitgliedstaaten nahe legt, das Niveau des Verbraucherschutzes nach ihrem autonom gesetzten Recht demjenigen gemäß der Richtlinie anzunähern, um Fragmentierungen zu vermeiden (siehe unter 1.).

Die Richtlinie soll jedenfalls ein hohes Niveau von Verbraucherschutz gewährleisten. Auch wenn man dieses Ziel anerkennt, geht die vorgeschlagene Richtlinie hier durch die Kombination mehrerer Elemente zu weit (siehe unter 2.).

Außerdem ist der Entwurf im Einzelnen, vor allem in seiner deutschen Fassung, aber auch in der (wie zu vermuten ist, als Arbeitsgrundlage dienenden) englischen Fassung in vielen Punkten ungenau und zum Teil widersprüchlich (darüber allgemein siehe unter 3.).

1. Zum Anwendungsbereich der Richtlinie

Der Vorschlag der Richtlinie beruht auf der Annahme, dass für den Fernabsatz und insbesondere den Online-Handel von Waren, über den bereits erreichten Verbraucheraquis hinaus, ein Bedürfnis nach abschließender unionseinheitlicher Regelung von Verbraucherverträgen besteht. Aufgrund dieser Annahme soll der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sein auf:

- Verbraucherverträge und
- Verträge, die im Wege des Fernabsatzes abgeschlossen werden.

Durch diese Beschränkung des Anwendungsbereichs wird aber das mit der Richtlinie verfolgte Ziel, den zwischenstaatlichen Handel insbesondere auch durch online geschlossene Verträge zu fördern, beeinträchtigt, und zwar aus zwei Gründen:

(a) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verbraucherverträge hat die Folge, dass es bei online abgeschlossenen Verträgen zwischen Unternehmen bei der Anwendung der nicht harmonisierten Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten verbleibt. Für den Anbieter ist im Einzelfall oft nicht zu erkennen, ob der Käufer als Verbraucher oder als Unternehmen handelt. Das mit der Harmonisierung verfolgte Ziel, dem Anbieter die Kosten der Anpassung seiner Verträge an die einzelnen in Betracht kommenden mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen zu ersparen, wird deshalb jedenfalls dann verfehlt, wenn jeweils nicht harmonisiertes Recht in den Fällen zur Anwendung kommt, in denen der Käufer ein Unternehmen ist.

Zwar könnten die Parteien für B2B-Verträge das Recht des Anbieters wählen, ohne hinsichlich zwingender Bestimmungen am Heimatrecht des Käufers den gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung nur für Verbraucherverträge geltenden Einschränkungen zu unterliegen. Dies hätte aber wiederum die Folge, dass der unternehmerische Käufer sich

insbesondere mit Gewährleistungsbestimmungen unterschiedlichen Inhalts konfrontiert sieht, wenn er entscheidet, bei welchem von mehreren Anbietern innerhalb oder außerhalb seines eigenen Mitgliedsstaates er kaufen möchte.

Der DAV regt deshalb an, den Anwendungsbereich der Richtlinie auch auf Unternehmerverträge (B2B) zu erstrecken, allerdings in sachgerechter Anpassung für B2B-Verträge. Mindestens sollte dann vorgesehen werden, dass die Anforderungen gemäß der Richtlinie in B2B-Verträgen abbedungen werden können, und zwar auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen.

(b) Wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Fernabsatzverträge beschränkt ist, hat dies zur Folge, dass für den kaufenden Verbraucher unterschiedliches Recht gilt, je nachdem, ob er eine Ware im stationären Einzelhandel oder im Online- und Versandhandel, d. h. im Fernabsatz, kauft. Besondere Vorschriften für den Fernabsatz sind insbesondere hinsichtlich Informationspflichten und Widerrufsrechten notwendig. Das ist Gegenstand der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU. Durch diese Richtlinie wird die Rechtsstellung des Verbrauchers, der eine Ware im Wege des Fernabsatzes erwirbt, insbesondere hinsichtlich des Widerrufsrechts gegenüber seiner Rechtsstellung in anderen Fällen verbessert, jedoch in einer Hinsicht, die spezifisch mit den Besonderheiten des Fernabsatzes verbunden ist.

Soweit die jetzt vorgeschlagene Richtlinie inhaltlich von den Anforderungen gemäß der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG abweicht, beruhen die Unterschiede nicht auf den besonderen Gegebenheiten eines Fernabsatzvertrages. Unabhängig davon, ob das nach dem autonom gesetzten nationalen Recht eines Mitgliedsstaats in der einen oder anderen Hinsicht einen höheren oder geringeren Verbraucherschutz gewährt als nach der jetzt vorgeschlagenen Richtlinie für Fernabsatzverträge vorgegeben, führt dies dazu, dass der Verbraucher bei dem Kauf über den einen oder den anderen Kanal ein unterschiedliches Schutzniveau genießt. Wenn dies einem Verbraucher bewusst wird, kann es zur Benachteiligung des Vertriebswegs mit dem geringeren

Schutzniveau führen.

Der DAV gibt deshalb zu erwägen, ob das Ziel der Richtlinie nicht besser verwirklicht wird, wenn der Grundsatz der Vollharmonisierung in ihrem sachlichen Regelungsbereich gleich auf sämtliche Verbraucherverträge zum Verkauf von Waren erstreckt wird. Unter diesen Umständen ließe sich der Vorschlag zwar nicht mehr so offensichtlich im Bereich des Digitalen Binnenmarktes einordnen. Es würde jedoch nichts daran ändern, dass die Förderung des digitalen Binnenmarkts der Anlass für eine entsprechende Änderung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG wäre. Es ist nicht sachwidrig, wenn eine Richtlinie, deren Notwendigkeit sich aus einem Bereich (digitaler Warenhandel) ergibt, im Interesse einer insgesamt kohärenten Regelung in ihrem Anwendungsbereich über den Bereich, aus dem die Notwendigkeit stammt, hinaus reicht. Jedenfalls sollte das Maß des durch die Richtlinie gegebenen Verbraucherschutzes auf ein Niveau fixiert werden, das dem bei der Mehrheit der Mitgliedstaaten gewährten Niveau entspricht, so dass nicht befürchtet werden muss, eine große Zahl von Mitgliedstaaten würde für Verträge, die nicht im Fernabsatz geschlossen werden, ein deutlich höheres oder niedrigeres Maß an Verbraucherschutz gewähren.

2. Verbraucherschutz

Den hohen Verbraucherschutz will der Entwurf dadurch erreichen, dass dem Verbraucher im Falle nicht vertragskonformer Waren folgende Rechte zustehen:

- Ersatzlieferung, hilfsweise „Beendigung“ des Vertrages,
- für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Gefahrübergang,
- 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,
- 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.

(a) In Kombination bedeuten diese Rechte des Käufers einen unberechtigten Vorteil, ja eine gezielte, jedenfalls aber bewusst in Kauf genommene Bereicherung des kaufenden Verbrauchers. Gerade die Verbindung der letzten beiden Elemente (keine Rügepflicht und keine Verpflichtung zum Ersatz von Wertminderung oder zur Nutzungsvergütung) bewirken geradezu einen Anreiz für den Verbraucher, eine (geringfügig) fehlerhafte oder nicht vertragskonforme Ware, zumal dann, wenn sie auch bei Vertragskonformität nur eine relativ kurze Lebenszeit hätte, 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 zurückzugeben. Diese Rechtsfolgen könnten allenfalls dann vertretbar sein, wenn sie als 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.

(b) 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, weicht aber bzgl. der Beendigung des Vertrages von ihr ab. Der DAV weist dazu 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

wirtschaftliche und vor allem ökologische Verschwendung. Die Herstellung jedes Industrieprodukts 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 Smartphones beispielsweise liegt er in der Größenordnung 400:1.[1] Jedes Abfallgut (und entsprechend jedes Stück seiner Ersatzbeschaffung) verzehrt also durchschnittliche das Dreißigfache seiner eigenen Masse an „Natur". Wenn Ersatzlieferung/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.)

3. Kritik an der sprachlichen Qualität des Richtlinienvorschlags

Der Wortlaut des Entwurfs ist in vielfacher Hinsicht unklar oder widersprüchlich. Da die Richtlinie eine Vollharmonisierung anstrebt, ist es den nationalen Gesetzgebern nicht gestattet, solche Unklarheiten bei der Umsetzung mit dem Ziel eines eindeutigen und notfalls über die Richtlinie hinausgehenden Niveaus des Verbraucherschutzes zu vermeiden. Deshalb muss die Richtlinie eindeutig und widerspruchsfrei formuliert werden. Der vorliegende Entwurf gibt in dieser Hinsicht Grund für vielfache Detailkritik. Das gilt in ganz besonderem Maße für die deutsche Fassung. Aber auch die in der englischen Fassung – von der vermutet wird, dass sie das Ergebnis von Vorbereitungsarbeiten in englischer Arbeitssprache war – zeigen sich signifikante Mängel.

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

[1] Quelle: Friedrich Schmidt-Bleek, Grüne Lügen, 2. Aufl. 2014, S. 58ff., 266ff. Die Kritik anderer Umweltorganisationen an diesem Ansatz bezieht sich darauf, dass der Ansatz *zusätzliche* umweltschädigende Aspekte nicht auch reflektiert.

Einzelnen kritisierte regelnde Vorschrift des Entwurfs bereits in den Erwägungsgründen angekündigt wird, beschränken sich die folgenden Anmerkungen auf einen entsprechenden Kommentar zum regelnden Artikel mit der entsprechenden Vorschrift. Soweit der einzelne Punkt nur die deutsche Fassung betrifft, werden diese Anmerkungen in einem Anhang zur deutschen Fassung dieser Stellungnahme vorgelegt.

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 Grund 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 verkennen nach Auffassung des DAV die Wirkung von Art. 6 Abs. 2 der Rom I-Verordnung (2008/593/EG).

3. Artikel 2 Absatz c

Die Definition der juristischen Person, die Verkäufer sein kann, ist in der englischen Fassung und der deutschen Fassung verschieden. Nach der deutschen Fassung ist die Einbeziehung der juristischen Person unabhängig davon, ob sie „öffentlicher oder privater Natur ist“ – gemeint ist wohl „öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur“, während die englische Fassung darauf abstellt, ob die juristische Person im Privatbesitz oder im Publikumsbesitz steht. Es sollte klargestellt werden, was gemeint ist. Wenn (wie in der deutschen Fassung) auch juristische Personen des öffentlichen Rechts einbezogen werden

sollen, müsste es in der deutschen Fassung heißen „unabhängig davon, ob Letztere öffentlich-*rechtlicher* oder privat*rechtlicher* Natur ist“.

4. Artikel 2 Absatz g:

Nach dieser Vorschrift soll eine gewerbliche Garantie auch den Fall abdecken, dass Waren „nicht mit der Vertragsmäßigkeit verbundene Anforderungen (nicht) erfüllen“. Es ist unklar, was damit gemeint ist.

5. Artikel 2, weitere Begriffsbestimmung:

Entsprechend den Ausführungen zum Erwägungsgrund 18 sollte (wie in Art. 5 Abs. 2 des Entwurfs zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, GEKR) definiert werden, dass ein Verbraucher (nur) das erwarten kann, was er *vernünftigerweise* erwarten darf.

6. 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* Erklärungen, die Bestandteil des Vertrags sind.“

Andererseits kann sie aber auch in dem Sinn verstanden werden, dass vorvertragliche Erklärungen (immer) Bestandteil des Vertrages werden.

Wenn Letzteres gemeint ist, wäre auch dies nicht sachgerecht. Es hätte z.B. 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, Art. 2 Abs. 2 (d), wonach bei den Anforderungen an die Vertragsgemäßheit „Äußerungen des Verkäufers … in Betracht gezogen werden“ müssen.

7. 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.

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 unscharf, aus zwei Gründen:

(a) Es ist schon unklar, ob die Formulierung „vernünftigerweise nicht kennen konnte“ gleichbedeutend ist mit der Negation einer Formulierung „vernünftigerweise hätte kennen müssen“, was nach deutschem Verständnis (und entsprechend in der Umsetzung der entsprechenden Vorschrift von Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 1999/44/EG durch § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB) soviel heißt wie: dass die Unkenntnis nicht auf „Fahrlässigkeit“ beruht.

(b) Auch wenn unterstellt wird, dass die Formulierung „vernünftigerweise nicht kennen konnte“ in dem Sinn gemeint ist, dass keine Lage bestand, in welcher der Verkäufer die Kenntnis vernünftigerweise hätte haben müssen, ist unklar, welche Kriterien die Sorgfaltspflicht des Verkäufers in dieser Hinsicht bestimmen.

Es sollte klargestellt werden, inwieweit (in welcher Weise) sich ein Verkäufer über Erklärungen informieren muss, die der Hersteller oder andere Personen in der Vertragskette (oder Dritte in deren Auftrag) bzgl. der Waren abgegeben haben.

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. Die deutsche Fassung entspricht nicht der englischen, ist aber auch für sich selbst unklar. Nach dem englischen Text wäre maßgeblich der Ablauf einer angemessenen Zeit für die Montage oder Installation durch den Verbraucher, maximal 30 Tage nach dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt. Nach dem deutschen Text scheint es auf den tatsächlichen Zeitpunkt der Montage oder Installierung anzukommen oder, wenn diese nicht erfolgt ist, eine angemessene Zeit dafür, maximal 30 Tage. Eine präzisere Formulierung sowohl des deutschen als auch des englischen Textes ist angebracht.

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 können die Mitgliedstaaten eine solche Rügepflicht vorsehen. Davon haben – mit unterschiedlichen Fristen – nach der Begründung des Richtlinienvorschlags die Mehrheit der Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht. Der DAV empfiehlt, ein solches Rügeerfordernis vorzusehen. Dabei sind unterschiedliche Rechtsfolgen für den Fall, dass gegen diese Rügeobliegenheit verstoßen wird, denkbar:

(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. 13).

(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 Abs. 1 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 faktisch in vielen Fällen 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 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 war deshalb die Widerleglichkeit ausdrücklich bestimmt („bis zum Beweis des Gegenteils“).

12. Zu 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 (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. Zu 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, 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. Zu 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 Umweltbelastung hinzuweisen (siehe dazu bereits oben unter I. 2.).

15. Zu Artikel 13 Abs. 3

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

16. Zu Artikel 15

Siehe oben unter Nr. 6 zu Artikel 4 Abs. 1 (c).

17. Zu Artikel 16

Nach dieser Vorschrift soll der Rückgriffsanspruch nur bestehen, wenn die Haftung des Endverkäufers auf einer Handlung oder Unterlassung einer Person in einem früheren Glied der Vertragskette beruht. Das 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“) bestehen soll. Der Regressanspruch würde demnach voraussetzen, dass die Haftung bereits besteht, während sie doch gerade begründet werden soll. Deshalb sollte der erste Satz von Artikel 16 etwa wie folgt gefasst werden:

> „Haftet der Verkäufer dem Verbraucher aufgrund der Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens 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.

Anhang

Anmerkungen zur deutschen Fassung

1. Erwägungsgrund 19

Im zweiten Satz heißt es, dass bei kombinierter Anwendung subjektiver und objektiver Kriterien die legitimen Interessen beider Parteien gewahrt bleiben „*dürften*“. Damit wird eine Wahrscheinlichkeitsaussage getroffen. Das gehört nicht in einen Rechtsakt. Zwar lässt sich das englische Wort „should“ auch in dieser Weise übersetzen. Richtigerweise ist der englische Text aber anders zu verstehen: Die kombinierte Anwendung soll die Interessen beider Seiten wahren. Wie auch sonst in diesen Erwägungsgründen sollte das Wort „should“ auch an dieser Stelle mit „sollte“ übersetzt werden.

Am Ende heißt es:

> „objektive Anforderungen, die Waren … *üblicherweise erfüllen sollten*.“

Im Englischen heißt es entsprechend:

> „objective requirements which constitute the standards normally expected for goods.“

Das Englische drückt das, was gemeint ist, jedenfalls besser aus als der deutsche Text. Die Formulierung „üblicherweise erfüllen sollten“ bezeichnet eine Sollens-Anforderung für den Normalfall. Damit ist nichts darüber gesagt, wann diese Anforderungen nicht gelten. Der englische Text macht dies klar, weil es nämlich auf die übliche Erwartung ankommt. Richtigerweise müsste im Deutschen also formuliert werden:

> „objektive Anforderungen, die den Standard darstellen, der üblicherweise von Waren, insbesondere … erwartet wird.“

2. Erwägungsgrund 21

Nach diesem Grund soll die Vertragsmäßigkeit „die Abwesenheit“ von Sach- und Rechtsmängeln „beinhalten“. In der deutschen Gesetzessprache würde man von der *Freiheit* von Sach- und Rechtsmängeln sprechen. Das ist nicht nur üblich, sondern auch sachlich richtig: Was abwesend ist, ist immer noch vorhanden.

Deshalb kennzeichnet die Formulierung „Freiheit“ von Sach- und Rechtsmängeln das Gebotene besser. Im englischen Text fehlt diese Negation (Freiheit von) völlig, dies ist in der englischen Fassung aber auch entbehrlich.

3. Artikel 1 Absatz 1

Die deutsche Fassung des Entwurfs bezeichnet die Rechtsfolgen einer Vertragswidrigkeit durchgehend als Abhilfen (im Unterschied zum 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. 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“.

4. 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.

5. 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.

6. 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 Erklärungen „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.“

7. 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 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 – frei sein, damit sie vertragsgemäß genutzt werden können.“

8. 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 darauf ankommen, ob der Verbraucher einen Beförderer benannt hat, den der Verkäufer nicht vorgeschlagen hatte. So ist der englische Text auch formuliert.

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 Artikel 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. Zu 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. Zu 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 zuvor Nr. 6 (b) (Anhang) geändert werden:

„einer Person in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette“.

13. Zu Artikel 18

(a) In der deutschen Fassung sollten die Worte „zum Nachteil des Verbrauchers“ verschoben werden und unmittelbar auf das Relativpronomen „die“ in der ersten Zeile folgen (siehe entsprechende Anmerkung oben Nr. 5 (Anhang) 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.