

**22.01.13****Empfehlungen  
der Ausschüsse**

R - AV - Wi - Wo

zu **Punkt ...** der 906. Sitzung des Bundesrates am 1. Februar 2013

---

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung

**A.**

Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,  
der **Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz (AV)** und  
der **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Wo)**  
empfehlen dem Bundesrat,  
zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

- R 1. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312 Absatz 2 Nummer 1,  
§ 312g Absatz 2 Nummer 13 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelungen bezüglich notariell beurkundeter Verträge einer Prüfung auf ihre Zweckmäßigkeit und Transparenz zu unterziehen und die Auswirkungen eines Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Verträgen sorgfältig abzuwägen. Notariell beurkundete Verträge sollten grundsätzlich keinem Widerrufsrecht unterliegen. § 312 Absatz 2 Nummer 1 und § 312g Absatz 2 Nummer 13 BGB-E tragen diesem Ziel nicht hinreichend

Rechnung, führen zu komplizierten Prüfungsschritten und sollten daher wie folgt geändert werden:

Artikel 1 Nummer 5 ist wie folgt zu ändern:

- a) § 312 Absatz 2 Nummer 1 ist wie folgt zu fassen:
  1. "notariell beurkundete Verträge,".
- b) § 312g Absatz 2 Nummer 13 ist zu streichen.

Begründung:

Die Einführung eines Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Verträgen ist rechtspolitisch nicht sinnvoll und würde zu zahlreichen zusätzlichen Rechtsstreitigkeiten vor den Zivilgerichten führen. Bei notariell beurkundeten Verträgen hat der Notar den Verbraucher umfassend zu belehren. Dadurch ist, wovon auch die Verbraucherrechterichtlinie ausgeht (vgl. Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe i), hinreichend gewährleistet, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt. Ein Widerrufsrecht bei notariell geschlossenen Verträgen erzeugt Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit des beurkundeten Vertrages und hätte unabsehbare Folgen, insbesondere bei der unter Umständen notwendigen Rückabwicklung von Immobilienkaufverträgen. Eine sorgfältige Folgenabschätzung vor Einführung der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelung ist daher unumgänglich.

Europarechtlich ist festzuhalten, dass die Verbraucherrechterichtlinie gemäß Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe i von vornherein nicht gilt für Verträge, "die nach dem Recht der Mitgliedstaaten vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, der gesetzlich zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist und durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen hat, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt." Erwägungsgrund 13 besagt jedoch: "Die Mitgliedstaaten sollten im Einklang mit dem Unionsrecht weiterhin befugt sein, diese Richtlinie auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Anwendungsbereich fallen. Die Mitgliedstaaten können daher den Bestimmungen oder einigen Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften für Verträge, die nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen, beibehalten oder einführen."

Demnach fallen notariell beurkundete Verträge nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Indes dürfte der deutsche Gesetzgeber nicht gehindert sein,

- sämtliche neuen Regelungen (Informationspflichten, Widerrufsrechte etc.) zusätzlich auf alle Verträge auszudehnen, die notariell beurkundet werden und die gemäß Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe i vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind (was aber keine rechtspolitisch erstrebenswerte Lösung wäre) oder

- sämtliche neuen Regelungen nur auf bestimmte notariell beurkundete Verträge auszudehnen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen;
- nicht alle neuen Regelungen auf notariell beurkundete Verträge auszudehnen, sondern ausdifferenziert nur bei bestimmten notariell beurkundeten Verträgen bestimmte neue Regelungen für anwendbar zu erklären (so der Vorschlag der Bundesregierung);
- alle notariell beurkundeten Verträge unabhängig von ihrem Inhalt von der Anwendung der neuen Regelungen auszunehmen.

Zu beachten ist, dass es sich bei den Räumen des Notars, in denen regelmäßig die Beurkundung stattfindet, nicht um Geschäftsräume "des Unternehmers" als Vertragspartner des Verbrauchers handelt. Der in den Geschäftsräumen des Notars beurkundete Vertrag ist damit definitionsgemäß (§ 312a Absatz 1 Nummer 1 BGB-E) ein "außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag". Nach § 312g Absatz 2 Nummer 13 BGB-RefE waren vom Widerrufsrecht generell ausgenommen: "Verträge, die im Verfahren der notariellen Beurkundung geschlossen worden sind; dies gilt nicht für Verträge über Finanzdienstleistungen". Bei diesem Ergebnis sollte es - unter Streichung des zweiten Halbsatzes betreffend Finanzdienstleistungen - auch bleiben. Das kann einfacher formuliert werden als im Gesetzentwurf vorgeschlagen.

Nach den von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelungen käme es darauf an, ob das Gesetz die notarielle Beurkundung vorschreibt und ob der Vertrag eine Finanzdienstleistung enthält. Sind beide Fragen zu bejahen, soll das Bestehen eines Widerrufsrechts zusätzlich davon abhängen, ob der Notar bestätigt (bestätigen kann), dass die für Finanzdienstleistungsverträge geltenden Informationspflichten eingehalten sind. Solange der Notar die Bestätigung nicht erteilen kann, etwa weil noch Unterlagen fehlen, ist unklar, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zusteht. Wenn ein notariell beurkundeter Vertrag eine Ratenzahlungspflicht des Verbrauchers vorsieht, könnte das nach der von § 1 Absatz 1a Satz 2 KWG abweichenden Begriffsbestimmung des § 312 Absatz 5 BGB-E als "Kreditgewährung" eine Finanzdienstleistung des Vertragspartners darstellen. Handelt es sich um einen beurkundungspflichtigen Immobilienkaufvertrag mit Ratenzahlungsvereinbarung, wäre § 312 Absatz 2 Nummer 1 BGB-E nicht anwendbar (weil der Vertrag eine Finanzdienstleistung enthält), und bei nicht vorliegender Notarbestätigung wäre auch die "Freistellung" vom Widerrufsrecht gemäß § 312 Absatz 2 Nummer 1 BGB-E nicht einschlägig. Bei einem nicht formbedürftigen, aber notariell beurkundeten Kaufvertrag eines Verbrauchers über Unternehmensanteile mit zeitlich gestaffelter Kaufpreisfälligkeit bestünde ebenfalls ein Widerrufsrecht. Die praktischen Ergebnisse der im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelungen sollten überprüft werden.

R 2. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312 Absatz 2 Nummer 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 sind in § 312 Absatz 2 Nummer 3 die Wörter "oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden" zu streichen.

Begründung:

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb gerade bei umfangreichen, erheblichen Umbaumaßnahmen im Sinne des Gesetzentwurfs, die für den Verbraucher mit hohen Kosten verbunden sind, trotz "Überrumpelung" kein Widerrufsrecht bestehen soll, während der Verbraucher unter Umständen jeden Kleinauftrag (über 40 Euro), den er z. B. auf der Baustelle spontan erteilt, noch widerrufen kann.

Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe f der Verbraucherrechterichtlinie bestimmt zwar, dass die Richtlinie für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden oder die Vermietung von Wohnraum nicht gilt. Nach Erwägungsgrund 13 dürften die Mitgliedstaaten aber nicht gehindert sein, den Anwendungsbereich der materiellen Regeln ganz oder teilweise auf weitere Verträge auszudehnen, also beispielsweise - wie von der Bundesregierung vorgeschlagen - auf Wohnraummietverträge oder partiell auf Bauverträge. Die Streichung steht damit einer richtlinienkonformen Umsetzung nicht entgegen.

Die Streichung der "erheblichen Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden" als Sonderfall führt dazu, dass grundsätzlich alle Bauverträge (mit Ausnahme der Verträge über den Bau von neuen Gebäuden, bei dem jedem Verbraucher die Tragweite seiner Entscheidung ohne weiteres bewusst sein wird) den neuen Schutzvorschriften für Verbraucher unterfallen. Durch die Streichung werden Abgrenzungsschwierigkeiten und sich daraus ergebende Streitfälle vermieden.

Sowohl die Richtlinie als auch die Begründung des Gesetzentwurfs lassen nicht hinreichend deutlich erkennen, wie die Erheblichkeitsschwelle bei Bauleistungen festgelegt werden soll und ob es nur auf den Wert der Bauleistung im Verhältnis zum Gebäudewert vor dem Umbau, auf das Ausmaß der Veränderungen an der Gebäudesubstanz oder auf die Genehmigungsbedürftigkeit nach öffentlichem Baurecht ankommen soll. Viele Werkverträge über Bauleistungen werden außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen. Immer wieder ist beispielsweise zu hören, dass sich Verbraucher an der Haustüre von unseriösen Dachdeckerfirmen zur Vergabe kostspieliger, mitunter unnötiger Aufträge verleiten lassen. Gerade in solchen Fällen wird auch vor Gericht gestritten werden, ob es sich um eine erhebliche Umbaumaßnahme im Rechtssinne handelt (was nach Erwägungsgrund 26 der Richtlinie wohl zu verneinen sein dürfte, dem juristischen Laien aber nicht bekannt sein wird). Die Streichung sorgt für mehr Rechtsklarheit und vermeidet eine nicht erwünschte Privilegierung von Bauverträgen mit großem Volumen.

- AV 3. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312 Absatz 2 Nummer 4 BGB),  
Artikel 7 Nummer 3 Buchstabe a (§ 9 Absatz 3 PAngV)  
(bei An-  
nahme  
entfällt  
Ziffer 4)
- a) In Artikel 1 Nummer 5 ist § 312 Absatz 2 Nummer 4 zu streichen.
  - b) In Artikel 7 Nummer 3 Buchstabe a sind die Wörter "§ 312 Absatz 2 Nummer 2, 3, 6, 9 und 10" durch die Wörter "§ 312 Absatz 2 Nummer 2, 3, 5, 8 und 9" zu ersetzen.

Begründung:

Mit dem Vorschlag soll einer Absenkung des Verbraucherschutzniveaus bei Pauschalreiseverträgen, insbesondere durch Aufrechterhaltung des Widerrufsrechts, entgegengewirkt werden. Verträge über Reiseleistungen gemäß § 651a BGB (Pauschalreiseverträge) werden (mit Ausnahme von § 312c Absatz 1, 3, 5 und 6 BGB-E) durch den Gesetzentwurf aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Kapitel 1 und 2 des Untertitels 2 "Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen" ausgenommen. Damit besteht für Pauschalreisen, die z. B. auf sogenannten Kaffeefahrten gebucht werden, zukünftig kein Widerrufsrecht mehr. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen weist darauf hin, dass auf "Kaffeefahrten" häufig Reisen "verkauft" werden, die vorher als Reisegewinne beworben, aber nur durch Zuzahlung zu realisieren sind. Die deutliche Reduzierung des Verbraucherschutzniveaus ergibt sich nicht aus der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie.

Zwar gilt die Verbraucherrechterichtlinie gemäß ihrem Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe g nicht für Verträge, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 90/314/EWG über Pauschalreisen fallen. Nach dem Erwägungsgrund 13 zur Verbraucherrechterichtlinie sollen die Mitgliedstaaten jedoch im Einklang mit dem Unionsrecht weiterhin befugt sein, diese Richtlinie auf Bereiche anzuwenden, die nicht in den Anwendungsbereich fallen. Die Mitgliedstaaten können daher den Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften für Verträge, die nicht in den Geltungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie fallen, beibehalten oder einführen.

- R 4. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312 Absatz 2 Nummer 4 BGB)  
(entfällt  
bei An-  
nahme  
von  
Ziffer 3)
- In Artikel 1 Nummer 5 sind § 312 Absatz 2 Nummer 4 folgende Wörter anzufügen:
- "die im Fernabsatz geschlossen werden,"

Begründung:

§ 312 BGB-E schränkt den sachlichen Anwendungsbereich des Untertitels 2 über besondere Vertriebsformen bzw. die Informationspflichten des Untertitels durch Ausnahmetatbestände ein. Diese Ausnahmen gehen auf die Bereichsausnahmen des Artikels 3 Absatz 3 sowie die Öffnungsklausel in Artikel 3 Absatz 4 der Verbraucherrechterichtlinie zurück.

Nach § 312 Absatz 2 Nummer 4 BGB-E sollen zukünftig Verträge über Reiseleistungen vom Anwendungsbereich des Untertitels (mit Ausnahme von § 312c Absatz 1, 3, 5 und 6 BGB-E) ausgenommen werden. Die Ausnahme geht auf Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe g der Verbraucherrechterichtlinie zurück, der entsprechende Verträge ebenfalls vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt und somit den Mitgliedstaaten zur Regelung überlässt.

Die Ausnahme sollte auf Reiseverträge, die im Fernabsatz geschlossen werden, beschränkt werden. Reiseverträge, die im Fernabsatz geschlossen werden, fallen bereits nach geltendem Recht nicht unter die Vorschriften für Fernabsatzverträge (§ 312b Absatz 3 Nummer 6 BGB). Demgegenüber kann der Verbraucher einen Reisevertrag, den er auf einer vom Unternehmer und auch in dessen Interesse durchgeführten Freizeitveranstaltung (z. B. Kaffeefahrt) geschlossen hat, gemäß § 312 Absatz 1 Nummer 2 BGB widerrufen. Diese Möglichkeit würde aufgrund der Neuregelung zukünftig nicht mehr bestehen. Die Begründung des Gesetzentwurfs führt zu dieser Ausnahme aus, dass Verbraucher bereits von den Vorschriften, die in Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie (Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen) erlassen wurden, ausreichend geschützt würden (vgl. BR-Drs. 817/12, S. 74). Die Möglichkeiten des Reisenden, sich vom Vertrag vor Reisebeginn zu lösen (insbesondere Rücktritt nach § 651a Absatz 5 Satz 2, § 651i BGB), sind jedoch mit einem Widerrufsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen (§ 651a Absatz 5 Satz 2 BGB) bzw. der Rechtsfolgen (§ 651i BGB) nicht vergleichbar. Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie sollte nicht zum Anlass genommen werden, den Verbraucherschutz zu reduzieren, ohne dass die Richtlinie dies vorgibt.

**R 5. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§§ 312a und 312b BGB)**

Der Bundesrat regt an, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Definitionen der besonderen Vertriebsformen in den §§ 312a und 312b von Kapitel 1 an den Anfang des Kapitels 2 zu verschieben.

Begründung:

Die Definitionen in den §§ 312a und 312b BGB-E gehören systematisch und inhaltlich nicht zu den allgemeinen Vorschriften des Kapitels 1; insbesondere enthalten sie wesentlich speziellere Regelungen als die nachfolgende Norm des

§ 312c BGB-E. Sie sollten vielmehr am Anfang des einschlägigen Kapitels 2 stehen, was auch der Regelungstechnik entspräche, die der Gesetzentwurf zu Kapitel 3 (Definition des elektronischen Rechtsverkehrs in § 312h Absatz 1 BGB-E) verfolgt. Mit dieser Maßnahme würden Stringenz und logischer Aufbau des Gesetzentwurfs weiter verbessert.

R 6. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312b Absatz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 sind in § 312b Absatz 1 die Wörter "bis einschließlich des Vertragsschlusses" durch die Wörter "vor und bei Vertragsschluss" zu ersetzen.

Begründung:

Die Neufassung macht gegenüber dem geltenden § 312b BGB deutlich, dass das Erfordernis der ausschließlichen Verwendung von Fernkommunikationsmitteln sowohl für die Vertragsanbahnung als auch für den Vertragsschluss selbst gilt. Sie sollte aber auch sprachlich befriedigen, was weder für die Fassung des Artikels 2 Nummer 6 der Verbraucherrechterichtlinie noch für den (gegenüber dem Referentenentwurf veränderten) Wortlaut des Gesetzentwurfs der Bundesregierung uneingeschränkt zutrifft.

AV 7. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312b<sub>1</sub> -neu- BGB)

(bei Annahme entfällt Ziffer 8)

In Artikel 1 Nummer 5 ist nach § 312b folgender § 312b<sub>1</sub> einzufügen:

"§ 312b<sub>1</sub>

Vertragsschluss bei Telefonwerbung

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen zwei Wochen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt. Das gilt nicht, wenn das Telefongespräch nicht von dem Unternehmer zu Werbezwecken veranlasst worden ist oder der Verbraucher in einen Telefonanruf des Unternehmers in Textform eingewilligt hat.

(2) Wird die Willenserklärung des Verbrauchers nach Absatz 1 Satz 1 nicht wirksam, so findet § 241a auf Leistungen des Unternehmers, die auf Grund des Telefongesprächs erbracht wurden, entsprechende Anwendung."

Begründung:

Der Gesetzentwurf enthält keine Umsetzung des Artikels 8 Absatz 6 der Verbraucherrechterichtlinie, der die Möglichkeit eröffnet, die Bestätigungslösung einzuführen. Mit Beschluss vom 27. Mai 2011 hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur Einführung der Bestätigungslösung beschlossen, BR-Drs. 271/11 (Beschluss).

§ 312b<sub>1</sub> BGB-E soll sicherstellen, dass unseriöse Unternehmen daran gehindert werden, im Rahmen eines Werbeanrufs dem Verbraucher Verträge unterzuschieben. Daher soll die Wirksamkeit telefonischer Vertragsabschlüsse eines Verbrauchers mit einem ihn anrufenden Unternehmer grundsätzlich an eine formbedürftige Bestätigung des Verbrauchers gebunden werden (sogenannte Bestätigungslösung). Ein Widerrufsrecht bietet hier keinen zuverlässigen Schutz.

R 8. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312 i<sub>1</sub> -neu- BGB)

(entfällt bei Annahme von Ziffer 7)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine Regelung zur Einführung der sogenannten Bestätigungslösung in das Gesetz aufzunehmen.

Begründung:

Artikel 8 Absatz 6 der Verbraucherrechterichtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei Fernabsatzverträgen die sogenannte Bestätigungslösung einzuführen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung setzt diese Möglichkeit bisher nicht um. Das erscheint aber aus Verbraucherschutzsicht wünschenswert. Eine entsprechende Regelung könnte sich an dem bereits vorliegenden Vorschlag des Bundesrates für ein Gesetz zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung - BR-Drs. 271/11 (Beschluss) - orientieren, auf dessen Inhalt und Begründung Bezug genommen wird, und als neuer § 312i<sub>1</sub> BGB in einem neuen Kapitel 3a "Telefonischer Geschäftsverkehr mit Verbrauchern" eingefügt werden.

R 9. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312c Absatz 2 Satz 1a -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 ist nach § 312c Absatz 2 Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Die in Erfüllung dieser Pflicht gemachten Angaben des Unternehmers werden Inhalt des Vertrages, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart."

Begründung:

§ 312c Absatz 2 Satz 1 BGB-E führt auf Basis des Artikels 5 der Verbraucherrechtlicherichtlinie eine Informationspflicht des Unternehmers für Verbraucherverträge im stationären Handel ein. § 312d Absatz 1 BGB-E normiert die Informationspflichten des Unternehmers bei Verbraucherverträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen werden. Nach § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB-E werden die in Erfüllung der Informationspflicht gemachten Angaben des Unternehmers Inhalt des Vertrages, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

Eine § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB-E vergleichbare Vorschrift fehlt allerdings in § 312c Absatz 2 BGB-E, obwohl die vertraglichen Situationen - unabhängig von der Vertriebsform - insoweit identisch sind. Insbesondere läge andernfalls auch der Umkehrschluss nahe, dass die im stationären Handel gegebenen vorvertraglichen Informationen - mangels einer § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB-E vergleichbaren Regelung - nicht Vertragsbestandteil werden. Ein solcher Umkehrschluss dürfte aber nicht beabsichtigt sein, weil dadurch die Informationspflichten des Unternehmers im stationären Handel gegenüber den Pflichten bei besonderen Vertriebsformen entwertet werden würden.

Der vorgeschlagenen Regelung steht auch nicht entgegen, dass Artikel 5 der Verbraucherrechtlicherichtlinie für Verträge im stationären Handel keine Artikel 6 Absatz 5 der Verbraucherrechtlicherichtlinie, auf den § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB-E zurückgeht, entsprechende Regelung enthält. Auch mit der Regelung zu den Fracht-, Liefer-, Versand- und sonstigen Kosten (§ 312c Absatz 2 Satz 2 BGB-E) führt der Gesetzentwurf eine Regelung für stationäre Verträge ein, obwohl die Richtlinie eine solche Vorgabe in Artikel 6 Absatz 6 nur für Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen werden, trifft. Die Begründung des Gesetzentwurfs verweist insofern ebenfalls auf die Identität der Situationen (BR-Drs. 817/12, S. 82).

AV 10. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 312c Absatz 5 Satz 2, 3 -neu-, 4 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 § 312c Absatz 5 ist Satz 2 durch folgende Sätze zu ersetzen:

"Eine ausdrückliche Vereinbarung nach Satz 1 liegt bei Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen durch den Unternehmer nur dann vor, wenn der Verbraucher ihr gesondert und ausdrücklich zustimmt. Eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers liegt nur dann vor, wenn der Unternehmer sie nicht durch eine vorausgewählte Option herbeiführt. Eine auf Grund der Sätze 1 bis 3 unwirksame Vereinbarung wird durch Genehmigung des Verbrauchers wirksam."

Begründung:

Nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers soll der Verbraucher nur mit Zusatzentgelten belastet werden, wenn er ihnen im Sinne eines "opt-in" bewusst und ausdrücklich zustimmt. Daher ist für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen klarzustellen, dass der Verbraucher der Vereinbarung über das Zusatzentgelt gesondert von den übrigen Vertragsbedingungen zustimmen muss. Eine bloße, gegebenenfalls auch konkludent erteilte Einverständniserklärung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit gemäß § 305 Absatz 2 BGB genügt dagegen nicht.

§ 312c Absatz 5 Satz 3 BGB-E setzt Artikel 22 Satz 2 der Verbraucherrechte-richtlinie um und trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass weder die europarechtliche Regelung, noch die Gefahr von vorausgewählten Optionen auf den elektronischen Geschäftsverkehr beschränkt ist.

Beispielsweise ist denkbar, dass der Unternehmer im schriftlichen Vertrag von mehreren wählbaren Varianten die entgeltpflichtige ankreuzt und es Sache des Verbrauchers ist, dies abzulehnen, um einer Entgeltspflicht zu entgehen. Diese Gestaltung soll durch Satz 3 miteinbezogen werden.

Aus der Stellung von Artikel 22 im Kapitel IV über sonstige Verbraucherrechte ergibt sich, dass eine Beschränkung auf den elektronischen Geschäftsverkehr nicht gewollt ist. Hinzu kommt, dass in anderen Sprachfassungen überwiegend der Begriff "Optionen" statt "Voreinstellungen" verwendet wird, was eine über den elektronischen Geschäftsverkehr hinausgehende Geltung nahelegt. Auch Artikel 23 Absatz 1 der Luftverkehrsdienstverordnung - Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 -, wonach die Annahme von fakultativen Zusatzkosten durch den Kunden auf "Opt-in"-Basis erfolgt, beschränkt sich nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr.

§ 312 Absatz 5 Satz 4 BGB-E ermöglicht dem Verbraucher, eine mangels ausdrücklicher Zustimmung zunächst unwirksame Nebenleistungsvereinbarung durch nachträgliche Genehmigung wirksam zu machen. Dies ist notwendig, da sich der Verbraucher möglicherweise auf eine vom Unternehmer vorausgewählte Option wie beispielsweise einen zusätzlichen Versicherungsschutz verlässt, der ihm aber wegen der Unwirksamkeit der gesamten Nebenleistungsvereinbarung entzogen würde.

**R 11. Zu Artikel 1 Nummer 7 (§ 358 Absatz 4 Satz 1 BGB)**

Der Bundesrat regt an, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Verweisung in § 358 Absatz 4 Satz 1 BGB-E zu präzisieren.

Begründung:

Weder der derzeitigen Fassung des § 358 Absatz 4 Satz 1 BGB-E noch der Begründung des Gesetzentwurfs (anders als zu § 360 BGB-E) ist mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen, welche Vorschriften bei der Rückabwicklung des

verbundenen Vertrages entsprechend anwendbar sein sollen. Für die Fälle des Absatzes 1 liegt der Schluss nahe, dass hinsichtlich der Rückabwicklung eines verbundenen Darlehensvertrages die Regelung des § 357a BGB-E entsprechend gelten soll. Für die Fälle des Absatzes 2 hingegen ergibt sich aus der Verweisung in § 358 Absatz 4 Satz 1 BGB-E nicht klar, welche Vorschriften für die Rückabwicklung des verbundenen Vertrages maßgeblich sein sollen. Diese Unklarheit betrifft namentlich Verträge über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung, die nicht unter Verwendung besonderer Vertriebsformen geschlossen worden sind. Soll auch in diesen Fällen eine Rückabwicklung entsprechend § 357 BGB-E erfolgen, bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

R 12. Zu Artikel 1 Nummer 7 (§ 360 Absatz 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat regt an, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Verweisung in § 360 Absatz 1 Satz 2 BGB-E zu präzisieren.

Begründung:

Der Formulierung des § 360 Absatz 1 Satz 2 BGB-E ist nicht hinreichend klar zu entnehmen, welche Vorschriften für die Rückabwicklung zusammenhängender Verträge entsprechend anzuwenden sind. Dies ergibt sich lediglich aus der zugehörigen Begründung des Gesetzentwurfs. Soll für die Rückabwicklung eines zusammenhängenden Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unabhängig vom Vorliegen einer besonderen Vertriebsform § 357 BGB-E entsprechend gelten (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs - BR-Drs. 817/12, S. 109), bedürfte dies einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

R 13. Zu Artikel 1 Nummer 8 Buchstabe b (§ 443 Absatz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 Buchstabe b ist § 443 Absatz 1 wie folgt zu ändern:

- a) Das Wort "(Garantiegeber)" ist zu streichen.
- b) Nach dem Wort "Mängelhaftung" ist das Wort "insbesondere" einzufügen.
- c) Das Wort " Ware" ist jeweils durch das Wort "Sache" zu ersetzen.
- d) Die Wörter "dem Garantiegeber zu." sind durch die Wörter "demjenigen zu, der die Garantie gegeben hat (Garantiegeber)." zu ersetzen.

Begründung:

Die Änderung des § 443 Absatz 1 BGB-E dient der Umsetzung des Garantiebegriffs aus Artikel 2 Nummer 14 der Verbraucherrechterichtlinie in innerstaatliches Recht. Die Umsetzung erfolgt durch nahezu wortgleiche Übernahme der Richtlinienvorschrift. Die Neuregelung sollte jedoch wie vorgeschlagen neugefasst werden.

Zu den Buchstaben a und d

Der Klammerzusatz "(Garantiegeber)" steht in der im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Fassung an einer jedenfalls missverständlichen Stelle. Danach wären der Verkäufer, der Hersteller oder ein sonstiger Dritter "Garantiegeber", ohne dass die Begriffsbestimmung voraussetzen würde, dass sie eine Garantie übernommen haben. Um die Definition in diesem Sinne klarzustellen, sollte der Klammerzusatz - mit den nötigen weiteren Anpassungen im Wortlaut - an das Ende der Vorschrift gezogen werden.

Zu Buchstabe b

Nach dem Wortlaut der im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Vorschrift handelt es sich bei den Leistungen des Garantiegebers im Garantiefall um einen abschließenden Katalog (Erstattung des Kaufpreises, Austausch oder Nachbesserung der Ware, Erbringen von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ware). Die Leistung von Schadenersatz wird demgegenüber nicht erwähnt. Dementsprechend ist in der Begründung des Gesetzentwurfs auch - zunächst - von einem abschließenden Katalog die Rede. Sodann wird jedoch ausgeführt, dass es dem Verkäufer ohne Weiteres möglich sei, dem Käufer über die gesetzliche Mängelhaftung hinaus auch die Leistung von Schadenersatz oder von sonstigen in der Neufassung des § 443 Absatz 1 BGB-E nicht genannten Gegenständen zuzusagen (vgl. BR-Drs. 817/12, S. 112).

Der vorgeschlagene Gesetzestext gibt die gesetzgeberische Absicht, mit Blick auf die Vertragsfreiheit der Parteien - doch - keinen abschließenden Katalog einzuführen, nicht wieder. Dazu dient die Einfügung des Begriffs "insbesondere".

Zu Buchstabe c

Der vorgeschlagene Gesetzestext verwendet den Begriff der "Ware", der nunmehr in § 241a Absatz 1 BGB-E als "bewegliche Sache, (...)" legaldefiniert wird. Gegenstand einer Garantie können aber nicht nur bewegliche, sondern auch unbewegliche Sachen sein. Dementsprechend wird in der Begründung - zur Erläuterung der "anderen als die Mängelfreiheit betreffenden Anforderungen" - der Fall in Bezug genommen, dass der Verkäufer dem Käufer eines Grundstücks den zukünftigen Erlass eines Bebauungsplans zusagt (vgl. BR-Drs. 817/12, S. 112). Ferner stellen auch die übrigen, kaufrechtlichen Vorschriften nicht auf "Waren", sondern auf "Sachen" ab. Auch in der durch den Gesetzentwurf vorgeschlagenen Neufassung von § 443 Absatz 2 BGB-E wird der Begriff "Sache" verwendet. In § 443 Absatz 1 BGB-E sollte der Begriff "Ware" deshalb durch den Begriff "Sache" ersetzt werden.

AV 14. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 443 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens mit einer ausdrücklichen Regelung sicherzustellen, dass ein Verbraucher bei Inanspruchnahme einer Herstellergarantie weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen in seinen gesetzlichen Gewährleistungsrechten gegenüber dem Verkäufer behindert wird.

Bislang sollen lediglich nach § 443 Absatz 1 BGB-E dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie gegenüber dem Garantiegeber zustehen. Dies genügt angesichts der erheblichen Praxisrelevanz von falschen und irreführenden Auskünften seitens der Verkäufer, die durch eine aktuelle Studie des Verbraucherzentrale Bundesverbandes dokumentiert wird, für einen effektiven Verbraucherschutz nicht.

Der Bundesrat regt daher eine Prüfung dahingehend an, ob z. B. in § 443 BGB-E eine Bestimmung aufgenommen werden kann, nach der zwischen Verkäufer und Hersteller das Prinzip der Gesamtwirkung gilt, zumindest wenn die Inanspruchnahme der Garantie auf Veranlassung des Verkäufers erfolgt. Im Ergebnis sollen die in Bezug auf die Gewährleistungsrechte des Käufers erheblichen Tatsachen (insbesondere verjährungshemmende Umstände und solche im Zusammenhang mit der Nacherfüllung) sowohl gegen den Verkäufer als auch gegen den Hersteller wirken, gleich in welcher Person sie eintreten. Auch könnte gesetzlich vorgesehen werden, dass der Verkäufer für Herstellerfehler verantwortlich ist. Dies erscheint aufgrund der Art und des Zusammenhangs der beiden Schuldverhältnisse interessengerecht. Zumindest sollte aber eine ausdrückliche Regelung aufgenommen werden, wonach die Rechte des Käufers gegen den Verkäufer unbeschadet einer Abhilfe durch den Hersteller gelten und der Käufer aus der Inanspruchnahme einer Herstellergarantie keine Nachteile in Bezug auf diese Rechte erleidet.

Begründung (nur gegenüber dem Plenum):

Ein im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes durchgeführter Praxistest bei großen Handelsunternehmen zum Thema Umgang von Händlern mit Gewährleistungsansprüchen stellt im Ergebnis fest: "Trotz berechtigter Reklamationsansprüche erfolgt durch den Handel häufig ein Verweis auf die Herstellergarantie. Argumentiert wird, dass der Hersteller entweder unmittelbar für das defekte Produkt verantwortlich sei oder aber eine bestimmte Reklamationsfrist für den Handel bereits abgelaufen sei - der Hersteller wäre daher verantwortlich." (vgl. <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Testreklamationen->

[Ergebnisse-Praxistest-2012.pdf](#)). In ca. 90 Prozent der Fälle wurde der Testkunde auf die Herstellergarantie verwiesen.

Der Verweis auf die Garantie unter gleichzeitiger Verweigerung eigener Abhilfe durch den Verkäufer bringt erhebliche Nachteile für den Verbraucher mit sich. Denn nimmt der Verbraucher eine Garantie in Anspruch, so stellt er sich unter Umständen schlechter als bei der Gewährleistung oder verliert möglicherweise die gesetzlichen Ansprüche. Denn Garantien sind oft an bestimmte Bedingungen geknüpft und gestehen z. B. den Ersatz von Transportkosten nicht zu. Weiterhin greift zum Beispiel der Neubeginn der Verjährungsfrist bei Ersatzlieferung nicht, wenn die neue Ware im Rahmen der Garantieverpflichtung geliefert wird. Zusätzlich ist der Verbraucher rein tatsächlich finanziell, zeitlich, organisations- und wissenstechnisch unterlegen gegenüber mehreren professionellen Unternehmen mit eigenen Rechtsabteilungen und zahlreichen Mitarbeitern, zum Teil mit Sitz im Ausland. Kommen noch Fehlinformationen des Händlers hinzu, wird der Verbraucher von der Wahrnehmung und Durchsetzung seiner gesetzlichen Rechte abgehalten.

In Anbetracht der erheblichen Missstände zum Nachteil des einzelnen Verbrauchers, der für einen Mangel der Kaufsache am wenigsten verantwortlich ist, und der für Verbraucher komplizierten Rechtslage (Dreiecksverhältnis), genügen Maßnahmen wie erhöhte Informationspflichten oder Appelle an eine bessere Ausbildung der Mitarbeiter der Händler nicht. Informationspflichten werden in aller Regel nicht dazu führen, dass sich der Verbraucher in Kenntnis der Vor- und Nachteile für die Gewährleistungsrechte oder die Garantie entscheidet.

Stattdessen bedarf es zivilrechtlicher Folgen bei der Verweisung auf den Hersteller. Der Verbraucher muss in Fällen, in denen z. B. der Verkäufer mit Verweis auf die Herstellergarantie die Wahrnehmung der Gewährleistungsrechte gegen ihn selbst vereitelt oder er nach Inanspruchnahme der Garantie eine neue, wiederum mangelhafte Sache vom Hersteller übereignet erhält, geschützt werden, indem ihm in diesen Fällen ein Rücktrittsrecht ohne weitere Fristsetzung zur Nacherfüllung gegenüber dem Verkäufer zusteht. Es ist dem Verbraucher nicht zuzumuten, mit Verkäufer und Hersteller gleichzeitig zu verhandeln, um eine Hemmung der Verjährung gegenüber beiden zu bewirken. Der Schutz des Verbrauchers kann eventuell über gesamtwirkende Umstände erreicht werden - ähnlich wie einige Tatsachen für und gegen Gesamtschuldner wirken. Für eine derartige Gesamtwirkung spricht, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Hersteller nur durch den Verkäufer zustande gekommen und der Kaufvertrag zumindest durch die Herstellergarantie mitverursacht ist (vgl. Haas: Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel 5 Rnr. 410, der bereits nach geltendem Recht eine Gesamtwirkung bejaht). Dementsprechend könnte beispielsweise eine Ersatzlieferung durch den Hersteller im Rahmen der Garantie wie eine Ersatzlieferung nach Gewährleistungsrecht behandelt werden, der Käufer also so stehen, als ob der Verkäufer eine neue Ware geliefert hätte. Wenn der Hersteller die Abhilfe verweigert oder verzögert, könnte dies z. B. in Bezug auf Fristen wie eine Erklärung oder Verzögerung des Verkäufers gewertet werden.

Außerdem sollte der Verkäufer für Fehler des Herstellers einstehen müssen. Zwar ist überwiegende Ansicht (vgl. z. B. Schmidt-Kessel, in: Prütting, Wegen, Weinreich, BGB, § 278 Rnr. 21; Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 278 Rnr. 31; Klees, MDR 2010, 305; Peters, ZGS 2010, 24; Weller, NJW 2012, 2312) zufolge - spätestens nach der Schuldrechtsmodernisierung - der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Sinne des § 278 BGB anzusehen. Soweit dagegen der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 210) und der Bundesgerichtshof (vgl. NJW 2008, 2837) eine gegenteilige Auffassung vertreten, ist eine positive Regelung der Zurechnung zwischen Verkäufer und Hersteller erforderlich. Die Zurechnung über § 278 BGB im Rahmen eines verschuldensabhängigen Schadenersatzes könnte auch eine übermäßige Ausdehnung des verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 BGB eindämmen.

Die Zurechnung im Verhältnis zwischen Verkäufer und Hersteller ist auch materiell gerecht, dem Verkäufer insbesondere zumutbar und aus Verbraucherschutzgesichtspunkten zwingend erforderlich. Der unternehmerische Verkäufer darf nicht weiterhin auf Kosten des Verbrauchers überprivilegiert werden: Wenn er sich schon im eigenen Interesse eines (selbständigen) Herstellers bedienen kann, um sich in den Zustand der Leistungsfähigkeit im Sinne von § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB zu setzen, und die Vorzüge der modernen Arbeitsteilung genießt, sogar durch die vom Hersteller abgegebene Garantie einen erhöhten Produktabsatz erlebt, erscheinen die kleineren Unannehmlichkeiten eines Regresses gegen den Hersteller durchaus vertretbar. Der Verkäufer hat auch die besseren rechtlichen und tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf den ihm vertraglich oft eng verbundenen Hersteller, der dem Käufer möglicherweise nicht einmal bekannt ist. Die Gewährung direkter Ansprüche für den Käufer gegen den Hersteller allein unter dem Gesichtspunkt der Produkt- oder deliktischen Produzentenhaftung ist nicht gleich wirkungsvoll, da einerseits das Deliktsrecht reine Vermögensschäden nicht ersetzt und andererseits dem Verbraucher das Risiko einer gerichtlichen Geltendmachung gegen einen möglicherweise weit entfernten, fremdsprachigen und insolventen Dritten aufgebürdet wird. Schließlich wird bei Zurechnung zwischen Verkäufer und Hersteller ein Anreiz für die Auswahl des Herstellers oder die Qualität der Produktion geschaffen.

R 15. Zu Artikel 1 Nummer 9 (§ 474 Absatz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 9 ist § 474 Absatz 3 wie folgt zu fassen:

"(3) Abweichend von § 271 Absatz 1 kann der Verbraucher nur verlangen, dass die Übereignung und die Übergabe der Sache, sofern dafür keine Zeit bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, unverzüglich bewirkt wird. Der Unternehmer muss die Sache in diesem Fall spätestens 30 Tage nach Vertragsabschluss übergeben. Abweichend von § 271 Absatz 1 kann der Unternehmer nur

verlangen, dass die Kaufpreiszahlung und die Abnahme der Sache, sofern dafür keine Zeit bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, unverzüglich bewirkt wird. Die Vertragsparteien können die Leistungen sofort bewirken."

Begründung:

§ 474 Absatz 3 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 18 Absatz 1 der Verbraucherrechterichtlinie. Durch den Vorschlag wird der Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungen eines Verbrauchsgüterkaufs abweichend von § 271 Absatz 1 BGB geregelt. Insbesondere kann der Gläubiger einer Leistung, für die keine Zeit bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, nur verlangen, dass die Leistung unverzüglich bewirkt wird.

Artikel 18 Absatz 1 der Verbraucherrechterichtlinie bestimmt, dass, sofern nichts anderes vereinbart ist, der Unternehmer die Ware dem Verbraucher unverzüglich liefern muss. Die Richtlinie sieht eine unverzügliche Lieferung also nur für die kaufvertragliche Hauptleistungspflicht des Unternehmers vor. Da die Regelung insgesamt allerdings dem Verbraucherschutz dienen soll, ist es richtig, wenn auch die Pflichten des Verbrauchers zur Kaufpreiszahlung und zur Abnahme der Sache nur "unverzüglich" und nicht "sofort" erfüllt werden müssen (vgl. BR-Drs. 817/12, S. 114).

Allerdings bedarf die Neuregelung der Korrektur, sofern aufgrund des Wortlautes die von § 271 Absatz 1 BGB abweichende Leistungszeit nicht nur für die primären Leistungspflichten aus dem Kaufvertrag, sondern z. B. auch für die sekundären Leistungspflichten gilt. Es ist nicht ersichtlich, wieso Gewährleistungsansprüche nicht "sofort", sondern nur "unverzüglich" erfüllt werden sollen. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs spricht sich für eine inhaltlich enge Umsetzung der Richtlinienvorgabe aus und konzentriert sich im Übrigen auf die Darstellung, wie sich die Neuregelung auf die primären Leistungspflichten auswirkt (vgl. BR-Drs. 817/12, S. 114).

Zu Artikel 1 allgemein

- AV 16. a) Der Bundesrat spricht sich dagegen aus, dass das Schutzniveau bei Verträgen über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von einem Unternehmer im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden, abgesenkt wird, sofern es sich um länger bindende Verträge handelt. Bisher waren Verträge wie z. B. laufzeitgebundene Lebensmittelabonnements (Biokisten, Getränkelieferungen zum Arbeitsplatz), die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden, widerrufbar. Zukünftig würde hier kein Widerrufs-

recht mehr bestehen. Die Reduzierung des Verbraucherschutzniveaus ergibt sich nicht zwingend aus der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie.

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, wie diese Verträge wieder in den Schutzbereich der neu geschaffenen Regelungen hineinzunehmen sind und wie insbesondere Verbrauchern ein Widerrufsrecht eingeräumt werden kann.

- b) Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von einem Unternehmer im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden, sind bereits nach geltendem Recht vom Schutzbereich der Fernabsatzverträge ausgeschlossen (§ 312b Absatz 3 Nummer 5 BGB). Das damit generell nicht bestehende Widerrufsrecht kann aus Sicht von Verbraucherinnen und Verbrauchern zu unbilligen Härten führen, wenn z. B. am Telefon ein Vertrag über die Lieferung einer Biokiste mit mehrjähriger Laufzeit geschlossen wird. Auch in diesen Fällen sollte dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt werden, sich im Rahmen eines ihm zustehenden Widerrufsrechts von dem Vertrag zu lösen.

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, welche gesetzlichen Regelungen eingeführt werden können, um die vorgenannte Schutzlücke im Fernabsatz zu schließen.

- R 17. Der Bundesrat bittet zudem, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob das Recht der kaufrechtlichen Nacherfüllung im Hinblick auf die Ein- und Ausbaurkosten im Interesse der Rechtsicherheit einer interessengerechten Neuregelung bedarf.

Begründung:

Das deutsche Kaufrecht unterscheidet zwischen verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüchen und dem Anspruch auf Schadenersatz.

Weist die verkaufte Sache Mängel auf, stehen dem Käufer Gewährleistungsansprüche auch dann zu, wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat.

Für weitergehende Schäden, welche nicht die Kaufsache unmittelbar betreffen, musste der Verkäufer nur Ersatz leisten, wenn ihn Verschulden traf.

Umstritten war, wer beim Austausch einer mangelhaften Sache, die bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebaut worden ist, den Ausbau der mangelhaften und Einbau der mangelfreien Sache vornehmen bzw. die entsprechenden Kosten tragen muss.

Während Teile von Rechtsprechung und Lehre davon ausgingen, dass der Verkäufer ohne Verschulden bei der Nacherfüllung keine diesbezüglichen Pflichten hat, ging ein anderer Teil der Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass zur Nacherfüllung auch der Ausbau der mangelhaften Sache gehört. Ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf den Einbau der mangelfreien Sache wurde nur vereinzelt vertreten.

Der Europäische Gerichtshof hat zwischenzeitlich entschieden, dass im Verbrauchsgüterkauf der Verkäufer bei der Nacherfüllung grundsätzlich auch den Ausbau der mangelhaften sowie den Einbau der mangelfreien Sache schuldet (EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011 - C-65/09, C-87/09 -, NJW 2011, 2269).

Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung daraufhin dahingehend geändert, dass er beim Verbrauchsgüterkauf § 439 BGB richtlinienkonform dahingehend auslegt, dass Aus- und Einbau bzw. Übernahme der entsprechenden Kosten zur Nacherfüllung gehören, während er bei Rechtsgeschäften zwischen Unternehmern bzw. zwischen Verbrauchern eine Pflicht zum Aus- und Einbau aus § 439 BGB weiter verneint (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11 - ZIP 2012, 2397).

Die derzeitige Rechtslage ist unbefriedigend. Es erscheint nicht sachgerecht und unsystematisch, dauerhaft bei der Auslegung einer allgemeinen, für alle Kaufverträge geltenden Norm zu unterscheiden, ob ein Verbrauchsgüterkauf oder ein sonstiger Kauf vorliegt.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die vollständige Umsetzung des europäischen Rechts und eine Rechtssicherheit schaffende Gestaltung der Rechtslage dem Gesetzgeber obliegen. Eine zweifelsfreie gesetzliche Regelung ist geboten und vermeidet Rechtsunsicherheit. Die gespaltene, richtlinienkonforme Auslegung einer Norm kann keine Dauerlösung sein.

Bei einer gesetzlichen Regelung erscheint es sachgerecht, die berechtigten Interessen kleiner und mittelständischer Unternehmer angemessen zu berücksichtigen.

## Wo 18. Zu den Artikeln 1 und 2

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, inwieweit die Förderinstitute von Bund und Ländern vom Anwendungsbereich des Artikels 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs) und des Artikels 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche) ausgenommen werden können.

Begründung:

Die Verbraucherrechterichtlinie löst sich zwar von dem Mindestharmonisierungsansatz ihrer beiden Vorläuferrichtlinien zugunsten eines Vollharmonisierungsansatzes, der es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erlaubt, strengere oder weniger strenge Verbraucherschutzvorschriften vorzusehen. Die Bestimmungen der Richtlinie finden aber bei Kollision mit Bestimmungen anderer EU-Rechtsakte nur subsidiäre Anwendung (Artikel 3 Absatz 2). Auch ist der Geltungsbereich beschränkt (vergleiche insbesondere Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a, d bis f und i). In mehreren Artikeln sind Öffnungs- beziehungsweise Ausnahmetatbestände geregelt (vergleiche unter anderem die Aufzählung in Artikel 29 Absatz 1), die es den Mitgliedstaaten erlauben, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die ein abweichendes Verbraucherschutzniveau gewährleisten.

Bei einer sachgerechten Anwendung, Auslegung beziehungsweise wertenden Betrachtung dieser Regelungen ist vorliegend auch bei der Einführung eines Ausnahmetatbestandes für die Maßnahmen der genannten Institute ein "abweichendes" Verbraucherschutzniveau gewährleistet:

Im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland gibt es neben der Kreditanstalt für Wiederaufbau als Förderbank des Bundes auch Förderbanken der Länder - 18 insgesamt. Diese unterstützen den Bund und die einzelnen Länder bei ihren öffentlichen Aufgaben und finanzieren im Bundes- und Landesinteresse liegende Maßnahmen, insbesondere auch in der Wohnraum-, Sozial- oder Infrastrukturförderung. Manche Landesförderbanken haben sich spezialisiert, zum Beispiel auf den Wohnungsbau. Die meisten Landesförderbanken sind Anstalten des öffentlichen Rechts, wobei einige als Anstalt in einer Landesbank tätig sind.

Die in den Artikeln 1 und 2 des Gesetzentwurfs vorgesehenen Anforderungen sowie der hieraus resultierende Umsetzungsaufwand würden diese Institute bei der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags unverhältnismäßig belasten. Dabei ist diesen Instituten gemeinsam, dass sie aufgrund europarechtlicher Vorgaben ausschließlich Fördergeschäfte durchführen und bei der Durchführung dieser - nur auf Antrag gewährten - Förderungen im staatlichen Auftrag ein überobligatorisch hohes Maß an Verbraucherschutz gewährleisten und es auch in der Praxis zu keinen substantziellen oder nachhaltigen Beschwerden aus Richtung des Verbraucherschutzes kam und kommt.

Bei mit staatlicher Unterstützung angebotenen Förderungen muss der Verbraucher nicht vom oder vor dem Staat geschützt werden. Auch ist es nicht sachgerecht, Förderbanken mit umfangreichen Prüfungs- und Informationspflichten zu belasten, die zu einer Verteuerung der Förderung führen, die vom Fördernehmer, dem Bund oder den Ländern zu tragen wären.

Wegen des bloßen Regionalbezugs der Förderungen haben Verbraucher auch von vornherein keine europaweiten Vergleichs- oder Auswahlmöglichkeiten.

Schließlich handelt es sich bei den Förderungen der genannten Förderinstitute, die an Verbraucher gerichtet sind, ganz überwiegend um Maßnahmen im Rahmen von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Hier hat ausschließlich der jeweilige Mitgliedstaat und nicht die Kommission

die Definitionsfreiheit darüber, wie die DAWI zu organisieren und zu finanzieren ist und welche spezifischen Verpflichtungen gelten sollen. Wie sich aus Nummer 18 der Erwägungsgründe der Richtlinie ergibt, beabsichtigt die Kommission auch gar nicht, in diesem Zusammenhang Vorgaben zu machen oder zum Beispiel durch überzogene Verbraucherschutzanforderungen Maßnahmen der DAWI zu verteuern. Die Richtlinie lässt an dieser Stelle ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, "welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten."

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bereits durch Artikel 1 Nummer 20 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 mit § 491 Absatz 2 Nummer 5 BGB aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes eine Ausnahmenvorschrift zugunsten der Förderinstitute geschaffen wurde. Der in § 491 Absatz 2 Nummer 5 BGB enthaltene Ausnahmetatbestand bezieht sich allerdings lediglich auf die für Verbraucherdarlehen geltenden Regelungen. Unter anderem sind die Regelungen für Fernabsatzgeschäfte (Haustürgeschäfte sind bei Förderinstituten wohl eher sehr selten) davon nicht erfasst, da sie sich in den §§ 312b ff. BGB befinden. Diese bedingen ebenfalls ein erhebliches Maß an bürokratischem Zusatzaufwand, wenn dieser auch nicht ganz den Umfang der Vorschriften für Verbraucherdarlehen erreicht, so ist er doch in weiten Bereichen damit deckungsgleich. Es wird daher zur Vermeidung nicht unerheblichen Aufwandes für die Einhaltung nicht erforderlicher Verbraucherschutzvorschriften für angezeigt gehalten, eine gleichwertige Ausnahme unter anderem auch für den Bereich des Fernabsatzrechts zu schaffen. Die für die damalige Ausnahme sprechenden Gründe können entsprechend herangezogen werden.

### Zu Artikel 5

- AV 19. a) Der Bundesrat hält die Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Artikel 5 für nicht ausreichend. Nach Artikel 23 der Verbraucherrechterichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, mit denen die Einhaltung der Richtlinie sichergestellt wird. Die in Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe b genannten Verbände haben in der Praxis jedoch Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, wie insbesondere die Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen.

- [20.] [b) Der Bundesrat ist der Auffassung, dass es für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Gewinnabschöpfung gemäß § 10 Absatz 1 Satz 1 UWG ausreichen sollte, wenn der Unternehmer eine unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat. Im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher, aber auch im Interesse des fairen Wettbewerbs darf sich grundsätzlich keinerlei gesetzeswidriges unlauteres Handeln lohnen. Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse ist daher verschuldensunabhängig gerechtfertigt. Auch sollten die nach dem UWG klagebefugten Verbände und Einrichtungen berechtigt sein, zur effektiven Durchsetzung des Anspruchs auf Gewinnabschöpfung die Höhe des rechtswidrig erlangten Erlöses zu schätzen (§ 287 ZPO). Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, wie die Regelungen in § 10 Absatz 1 UWG entsprechend anzupassen sind.]
- c) Der Bundesrat hält eine Zahlung der abgeschöpften Gewinne an den Bundeshaushalt für nicht gerechtfertigt. Der Bundesrat regt an, diese Mittel zur Stärkung der Verbraucherarbeit einzusetzen.

AV 21. Zu Artikel 7 Nummer 1 Buchstabe b (§ 1 Absatz 2 Satz 3 -neu- PAngV)

In Artikel 7 Nummer 1 Buchstabe b ist dem § 1 Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

"Soweit die vorherige Angabe dieser Kosten in bestimmten Fällen nicht möglich ist, sind die näheren Einzelheiten der Berechnung anzugeben, auf Grund derer der Letztverbraucher die Höhe leicht errechnen kann."

Begründung:

Es sollen in § 1 Absatz 2 Satz 2 der Preisangabenverordnung die Informationspflichten im Fernabsatz bezogen auf zusätzlich anfallende Fracht-, Liefer- oder Versandkosten an die Regelungen der Verbraucherrechterichtlinie angepasst werden. Mit der Anpassung ergibt sich eine Verschlechterung der bisherigen Rechtsposition von Verbrauchern. Nach geltendem Recht ist der Unternehmer verpflichtet, sofern die Angabe zusätzlicher Liefer- und Versandkosten nicht möglich ist, nähere Einzelheiten der Berechnung anzugeben, auf Grund derer der Letztverbraucher die Höhe leicht errechnen kann.

Oftmals hängt die Höhe der Kosten von den Umständen ab, wie z. B. Einzel- oder Sammelbestellung und Art der Versendung. Soweit daher die vorherige Angabe der Kosten in bestimmten Fällen nicht möglich ist, sollten zumindest

die näheren Einzelheiten der Berechnung angegeben werden, so dass der Letztverbraucher die Höhe leicht errechnen kann. Ansonsten hätten Verbraucher keinerlei Anhaltspunkte mehr, in welcher Größenordnung sie mit zusätzlichen Kosten zu rechnen haben.

Nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e Satz 1 der Verbraucherrechterichtlinie hat der Unternehmer den Verbraucher über ggf. zusätzlich anfallende Fracht-, Liefer- oder Versandkosten, oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzliche Kosten anfallen können, zu informieren. Nach Buchstabe e Satz 3 ist er darüber hinaus verpflichtet, in diesen Fällen die Art der Preisberechnung anzugeben. Der Vorschlag dient der Umsetzung dieser Vorgabe aus der Verbraucherrechterichtlinie.

## **B.**

### **22. Der Wirtschaftsausschuss**

empfiehlt dem Bundesrat,

gegen den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes keine Einwendungen zu erheben.