



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Europäische Kommission
Generaldirektion Gesundheit und
Verbraucherschutz
Rue de la Loi 200
B-1049 Bruxelles

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel.: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

per E-Mail: SANCO-B2@ec.europa.eu

Berlin, den 15. Mai 2007

Grünbuch "Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz" – KOM (2006) 744 final

Stellungnahme des Deutschen Notarvereins

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein bedankt sich zu Beginn einer Stellungnahme üblicherweise für die Gelegenheit hierzu. In dem Fall der Konsultation zum Grünbuch "Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz" fällt dies nicht leicht.

Als ein Verband, der regelmäßig auf europäischer und nationaler Ebene an Konsultationen teilnimmt, hat sich der Deutsche Notarverein daran gewöhnt, dass die Art der Fragestellung und die dazu beigefügten Erläuterungen nicht immer neutral sind, sondern mehr oder minder deutlich erkennen lassen, dass die konsultierende Organisation bereits eine mehr oder minder gefestigte Meinung zu der aufgeworfenen Frage hat. Dies ist für sich genommen nicht zu beanstanden, da eine Konsultation nur derjenige durchführt, der Handlungsbedarf empfindet. Jedem Anhörungsverfahren wohnt daher in legitimer Weise eine bestimmte Tendenz inne.

Dem Sinn einer Konsultation wird es jedoch nicht mehr gerecht, wenn in einem Multiple-Choice-Verfahren vorgefertigte Antworten bereitgestellt werden und bei manchen Fragen

allen Antwortmöglichkeiten dieselbe Tendenz zugrunde liegt. Als Beispiel sei die Frage A3 herausgegriffen. Der Konsultationsteilnehmer soll angeben, welchen Grad an Harmonisierung er sich künftig wünscht und hat – vereinfacht gesprochen – die Wahl zwischen "viel mehr als heute" und "mehr als heute". Wenn sich die Kommission wirklich für die Einschätzung der betroffenen Kreise interessiert und diese bei ihrer weiteren Entscheidungsfindung berücksichtigen möchte, dann muss den Konsultationsteilnehmern die Möglichkeit eingeräumt werden, das ganze Spektrum denkbarer Antworten zu geben. Belastbare Erkenntnisse im Sinne der empirischen Sozialforschung lassen sich nur so gewinnen.

Im Übrigen erscheint es generell zweifelhaft, ob ein vielschichtiges Thema wie die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz geeignet ist, im Multiple-Choice-Verfahren begutachtet zu werden. Zweifelsohne ist die spätere Auswertung der Konsultation bei dieser Vorgehensweise einfach, denn zählen ist leichter als analysieren. Bei rechtspolitischen Fragestellungen zählt indes die Qualität und Stichhaltigkeit eines Arguments, nicht die Anzahl derselben und schon gar nicht die Anzahl derjenigen, die ein Argument vorbringen. Kreuzchen neben vorgegebenen Antworten zu zählen ist nicht geeignet, sich ein differenziertes Meinungsbild der betroffenen Kreise zu verschaffen.

Der Deutsche Notarverein wird daher einige generelle Überlegungen jenseits des vorgegebenen Fragenschemas voranstellen (Teil 1) und sich bei Beantwortung der Fragen (Teil 2) vorbehalten, auch Antworten außerhalb des Katalogs der zulässigen Meinungen zu geben.

Teil 1: Vorbemerkungen

Verbraucherschutz als Zielsetzung

Verbraucherschutz ist zu begrüßen. Wie bei sozialer Gerechtigkeit, Umweltschutz oder Frieden wird jedermann die generelle Zielsetzung befürworten. Der Deutsche Notarverein befürwortet den Verbraucherschutz ganz insbesondere, weil dieser eine tragende Rechtfertigung für bestehende Formerfordernisse ist. Dies galt vor Jahrhunderten, als die nicht lesekundige Bevölkerung den Notar benötigte, um Kenntnis vom Inhalt einer schriftlichen Urkunde zu erlangen. Dies gilt auch heute noch, da dem Verbraucher komplizierte Verträge erst nach fachkundiger Belehrung verständlich werden. Zudem warnt der Notar den Verbraucher vor unüblichen Risiken und muss die Beurkundung ablehnen, wenn eine Partei in sittenwidriger Weise benachteiligt wird. All dies sind originäre Anliegen des Verbraucherschutzes, so dass es dem Deutschen Notarvereins fern liegt, das Ziel als solches in Frage zu stellen.

Vorrang der Vertragsfreiheit

Eckpfeiler des europäischen Binnenmarkts ist die Vertragsfreiheit. Jedermann steht es frei, Verträge zu schließen, mit wem auch immer und mit welchem Inhalt auch immer. Dies ist nicht nur ein Grundsatz des allgemeinen Verfassungs- und Zivilrechts jedes Mitgliedstaates, sondern kommt auch in den Grundfreiheiten des Europäischen Vertrags zum Ausdruck. Einschränkungen dieses Menschenrechts können nur Ausnahmecharakter haben. Wenn man, ausgehend von der unbestritten gegebenen Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft im Bereich des Verbraucherschutzes und ihrer ebenso unbestritten nicht gegebenen Rechtssetzungskompetenz im Bereich des allgemeinen Zivilrechts den *acquis communautaire* analysiert, so besteht die Gefahr, dass diese Perspektive von Regel und Ausnahme verloren geht und Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit als gleichwertige Ziele oder ersteres gar als etwas dem letzteren übergeordnetes begriffen wird. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch den Werten und Prinzipien einer individualistisch-pluralistischen Gesellschaftsordnung nicht gerecht. Die Vertragsfreiheit ist die Regel, ihre Beschränkung die Ausnahme, die der Rechtfertigung aus Gründen des gemeinen Wohls bedarf. Beschränkungen der Vertragsfreiheit müssen zur Erreichung ihrer Ziele geeignet, erforderlich und im Verhältnis zur Einschränkung der Vertragsfreiheit verhältnismäßig sein (EuGH vom 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I 4165 Rz. 37 – *Gebhard*).

Wer die Vertragsfreiheit beschränkt, hat dies zu rechtfertigen. Ein empirischer Nachweis, dass z.B. vorvertragliche Informationspflichten oder Widerrufsrechte sowohl geeignet als

auch erforderlich sind, um den Verbraucher vor Übereilung und Übervorteilung zu schützen, ist bislang noch nicht vorgelegt worden. Das Verbraucherschutzpolitische Desaster der US-amerikanischen *subprime loans* spricht eher dagegen (all die Instrumentarien der Informationspflichten und Widerrufsrechte haben hier offenbar vollkommen versagt). Dieses Defizit kann auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass man die Notwendigkeit dieses Instrumentarien als quasi kanonisch postuliert und Zweifel hieran als Häresie brandmarkt. Verbraucherschutz beruht auf Empirie und ist kein Akt des Glaubens (*auto da fe*). Der Glaube allein kann die Beschränkung der Freiheitsrechte nicht legitimieren, er steht dem empirischen Beweis nicht gleich.

Nebenbei: die Streitvermeidende Funktion der notariellen Urkunde lässt sich durch die Kennzahl von Prozessen pro einer gegebenen Zahl von Urkunden im Verhältnis zu den Prozessen pro einer gegebenen Anzahl nicht beurkundeter Verträge belegen; hier ist die empirische Basis seit langem etabliert. Zudem entsteht durch die und in der Institution des Notariats ein Konsens über die *best practice* der Vertragsgestaltung in bestimmten Interessenkonstellationen. Dieser typischerweise über die Literatur öffentlich zugängliche Standard setzt denjenigen, der hiervon abweichen will, unter Rechtfertigungsdruck. Die Situation ist dann ähnlich wie für denjenigen, der von einem Corporate Governance Standard abweichen will: „*comply or explain*“. Diese Regel gilt dann auch für den Notar im Haftpflichtfall. So lässt sich der Inhalt von Verträgen durch Formvorschriften erstaunlich effektiv regulieren – und dies mit einer geringeren Intensität des Eingriffs in die Vertragsfreiheit.

Die Kosten des Verbraucherschutzes zahlt der Verbraucher ("TANSTAAFL")

Verbraucherschutz hat auch einen materiellen Preis. Dieser ist unmittelbar fühlbar und bezifferbar, wenn Verbraucherschutz wie z. B. beim Immobilienkauf durch die verpflichtende Einschaltung eines Notars verwirklicht wird. Doch auch beim Verbraucherschutz im engeren Sinne, z. B. beim Widerrufsrecht im Fernabsatzhandel, sind gesteigerte Transaktionskosten die Folge. Die sich in kurzen Abständen ändernden Rechtsvorschriften zwingen Unternehmer, ihre Bestellformulare und Lieferbedingungen laufend zu überarbeiten und rechtlich prüfen zu lassen. Wesentlich schwerer ins Gewicht fallen jedoch die unmittelbaren Kosten der Verbraucherrechte, jedenfalls in vielen Branchen wie z. B. dem Versandhandel. Das Widerrufsrecht hat zur Folge, dass ein erheblicher Teil der ausgelieferten Ware (zumeist versandkostenfrei) retourniert wird. Die Rücksendequote ist in Deutschland von 24 % im Jahr 1998 auf 35 % im Jahr 2004 gestiegen. Die Kosten für das Hin- und Hersenden, ggf. Reinigen und Neuverpacken sowie die Verwaltungskosten sind enorm. Im Jahr 2002 betragen die Retourenkosten der großen deutschen Versandhändler 8,5 % des Nettoumsatzes. Selbstverständlich

werden diese Kosten bei der Preiskalkulation berücksichtigt und umgelegt. Die Waren werden teurer. Vordergründig unentgeltliche Rechte des Verbrauchers bezahlt dieser mit der Ware. *There ain't no such thing as a free lunch*. Diese Regel hat sich im Jargon US-amerikanischer Wirtschaftswissenschaftler so etabliert, dass selbst ihre Abkürzung ("TANSTAAFL") mittlerweile im amerikanischen Wikipedia nachgeschlagen werden kann. Da mehr Verbraucherschutz immer höhere Kosten zur Folge haben muss, gilt auch hier: Mehr ist nicht immer besser. Und: mit der oft geforderten Transparenz von Kosten hat dies wenig zu tun.

Vieles regelt der Markt selber

Die Kosten und der Nutzen des Verbraucherschutzes werden nicht gleichmäßig verteilt. Im Beispiel des Versandhandels gibt es den Kundentyp, der aufs Geratewohl bestellt und das meiste zurücksendet. Dieser Kundentyp, der sog. Hochretournierer, ist so verbreitet, dass Versandhäuser Personal und Software einsetzen, um ihn als solchen zu klassifizieren und zu behindern, zunächst durch Unterlassen der Zusendung des neuen Katalogs, später durch Verweigerung weiterer Bestellungen. Auf der anderen Seite gibt es den Kundentyp, der sorgfältig auswählt und nur selten retourniert. Der letztere Kundentyp bezahlt den Verbraucherschutz, der erstere nutzt ihn. Empirische Untersuchungen zeigen, dass 10 % der Verbraucher 40 % der Retourkosten verursachen. Mit dieser Darstellung ist nicht beabsichtigt, das Widerrufsrecht im Fernabsatzhandel als unzweckmäßig zu geißeln. Denn die Möglichkeit, Waren retournieren zu können und dafür (meist unbewusst) einen höheren Preis zu bezahlen, entspricht dem Wunsch nahezu aller Verbraucher. Aus diesem Grund hatte sich, um beim Beispiel Versandhandel zu bleiben, dort das Rückgaberecht auf vertraglicher Grundlage bereits lange vor Inkrafttreten des Fernabsatzgesetzes etabliert. Der Markt hat es verlangt und geregelt, auch ohne gesetzlichen Zwang, allerdings nicht etwa als Instrument des Verbraucherschutzes, sondern zur Absatzförderung (Kauf ohne Risiko des Fehlkaufs). Das legt den Verdacht nahe, dass Widerrufsrechte im Verbraucherschutz eher einen Kompromiss zwischen Industrie und Kommission darstellen als ein effektives Schutzmittel. Andere Methoden, wie z.B. Pflichten zur Angabe von Inhaltsstoffen bei Lebensmitteln oder von chemischen Ausrüstungen von Textilien, können so vermieden werden.

Ein anderes Beispiel sind die im Grünbuch mehrfach genannten Online-Auktionen. Bei der im Verbrauchsgüterbereich marktbeherrschenden Plattform Ebay bewerten sich Käufer und Verkäufer nach Abschluss der Transaktion gegenseitig. Wer mit negativen Bewertungen auffällt, hat zunehmend Schwierigkeiten, weitere Artikel zu verkaufen bzw. muss mit Preis-

abschlagen rechnen. Das Bewertungssystem gewährleistet ein hohes Verbraucherschutzniveau durch marktwirtschaftliche Mechanismen.

Diese beiden Beispiele zeigen, dass dort, wo Instrumente zum Schutz des Verbrauchers allseits oder ganz mehrheitlich gewünscht werden, häufig die Kräfte des Markts solche Instrumente etablieren. In Märkten, in denen Verbraucher bislang ohne Schutzvorkehrungen Güter austauschen, ist deshalb sehr sorgfältig zu prüfen, ob es wirklich dem Interesse und Wunsch des Verbrauchers entspricht, ihn zu seinem Glück zu zwingen und die zwangsläufigen Mehrkosten (→ TANSTAAFL) tragen zu lassen. Mehr ist nicht immer besser. Die Aufgabe des Staates liegt heute nicht mehr, wie im aufgeklärten Absolutismus des ausgehenden 18. Jahrhunderts, in der Beförderung der Glückseligkeit, sondern in der Schaffung eines Rahmens für das Individuum für seine Suche nach Glück (*pursuit of happiness*).

Verbraucher vermeiden Auslandsgeschäfte vor allem aus praktischen Gründen

Die Kommission stellt fest, dass der Anteil der grenzüberschreitenden Transaktionen bei Verbrauchergeschäften sehr gering ist. Der Deutsche bestellt seinen Kühlschrank lieber bei Quelle oder kauft ihn im Elektronikmarkt vor Ort, auch wenn ein englischer Versandhändler dasselbe Modell inklusive Versandkosten 15 Prozent preiswerter anbietet. Die Gründe hierfür sind vielfältig und stark vom Verbrauchertyp abhängig. Der Diplomat oder Unternehmensberater wird sich in erster Linie daran stören, dass Lieferung sowie etwaige Rücksendung und Ersatzlieferung aufgrund der Entfernung lange dauern und der Verkäufer keinen eigenen Kundendienst vor Ort leisten kann. Weniger auslandserfahrene Verbraucher, mithin die große Masse, werden bereits von der Sprachbarriere abgeschreckt. Auch wenn sie das Bestellformular verstehen oder dieses in Deutsch abrufbar ist, fürchten sie sich davor, im Servicefall ein Telefonat mit einer englischen Hotline führen zu müssen.

Diese Erkenntnis ergibt sich nicht nur aus dem Common Sense, sondern auch aus Fußnote 18 des Grünbuchs. Demnach haben erst "spärliche 1 %" aller griechischen Verbraucher, jedoch schon "stattliche 28 %" aller Luxemburger bereits einmal eine Internetbestellung im Ausland getätigt. Das Problem der möglichen Anwendbarkeit ausländischen, inhaltlich abweichenden Rechts stellt sich in Griechenland und Luxemburg in gleicher Weise. Jedoch ist der Luxemburger schon beim Gang zum Bäcker möglicherweise in Frankreich oder Deutschland, was ihm nichts ausmacht, weil er im Regelfall Französisch und Deutsch beherrscht. Der Grieche hingegen hatte bis vor wenigen Monaten keine gemeinsame Grenze mit einem anderen EU-Staat und sein Bulgarisch lässt meist zu wünschen übrig. Das Zivilrecht von England und Schottland unterscheidet sich deutlich, ebenso das der US-amerikanischen

Bundesstaaten, ohne dass dies Verbrauchergeschäfte über die Grenzen fühlbar behindern würde.

Die Bereitschaft des Verbrauchers, grenzüberschreitende Geschäfte zu tätigen, hängt nahezu ausschließlich vom Vorliegen eines einheitlichen Sprach- und Kulturraums ab sowie von der Entfernung und Verkehrsanbindung. Unterschiede im Verbraucherschutzrecht spielen nahezu keine Rolle. Bestellt ein Deutscher bei amazon.fr ein Buch, so geht er selbstverständlich davon aus, mangelfreie Ware zu bekommen (und das französische Zivilrecht entspricht dieser Vorstellung natürlich auch); von der Bestellung sieht er allenfalls mangels Sprachkenntnissen ab. Auch eine Vollharmonisierung der gesamten Zivilrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten hätte auf die Häufigkeit grenzüberschreitender Verbrauchergeschäfte keine signifikante Auswirkung.

Fazit

Das Grünbuch widmet sich in allen Facetten der Frage, auf welche Weise und mit welchen Instrumenten das Verbraucherschutzniveau in größtmöglichem Umfang erhöht werden kann. Nicht erörtert wird die Frage, welches Schutzinstrumentarium überhaupt geeignet und erforderlich ist, ob und bis zu welchem Grad dies den Interessen des Binnenmarkts und der Verbraucher überhaupt dient und ob der damit verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit überhaupt verhältnismäßig ist. Es wird ohne Reflexion und ohne Einschränkung unterstellt, dass beim Verbraucherschutz mehr stets besser ist.

Wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes bedarf Harmonisierung durch europäische Rechtsakte einer weiteren positiven Rechtfertigung. Das Grünbuch unterstellt dabei, dass eine Harmonisierung des Verbraucherschutzrechts grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte nachhaltig fördern würde. Das ist Wunschenken. Empirische Betrachtungen zeigen, dass sprachliche, kulturelle und geographische Hürden hierbei eine weitaus größere Rolle spielen.

Teil 2: Die einzelnen Fragen des Grünbuchs

Frage A1: Was ist nach Ihrer Ansicht der beste Ansatz für die Überprüfung der Verbraucherschutzvorschriften?

Option 1: Vertikaler Ansatz mit Überprüfung der Einzelrichtlinien.

Option 2: Gemischter Ansatz durch Kombination eines Rahmeninstruments für alle Verbraucherverträge betreffenden Querschnittsthemen mit einer Überprüfung der Richtlinien für einzelne Bereiche, wo dies erforderlich ist.

Option 3: Status quo: keine Überprüfung.

Für Option 3 spricht, dass Unternehmer und Verbraucher sich gleichermaßen mit dem gegenwärtigen Rechtszustand sehr gut arrangieren können. Der Normgeber muss sich vor dem Erlass neuer Vorschriften immer die Frage stellen, was geschieht, wenn nichts geschieht, ob mit anderen Worten ein wirklicher Handlungsbedarf besteht. Wenn davon auszugehen ist, dass die Neuregelung für die Normadressaten keine fühlbaren Vorteile bringt, ist von gesetzgeberischem Tätigwerden Abstand zu nehmen. Jede Änderung im Verbraucherschutzrecht verlangt den Marktteilnehmern Anpassungen ab. Die Praxis zeigt, dass Kleinunternehmer, insbesondere im Bereich des Online-Versandhandels, in nicht unerheblicher Zahl Widerrufsbelehrungen oder sonstige Formulare verwenden, die nicht dem aktuellen Stand der Gesetzgebung entsprechen. Solche Unternehmer können es sich oft nicht leisten, sich fortlaufend rechtlich beraten zu lassen. Sie leiden besonders unter kurzatmiger Gesetzgebung. Aus diesen Gründen sollte Option 3 nicht nur floskelhaft, sondern ernsthaft in Betracht gezogen werden. So schlecht ist die bisherige Arbeit des europäischen Gesetzgebers doch gar nicht gewesen.

Option 2, der klare Favorit der Kommission, der auch bei manchen Folgefragen als die zu wählende Option vorausgesetzt wird, überzeugt nicht. Die möglichen Regelungsgegenstände des Rahmeninstruments sind zu mager, als dass diese ein eigenes Instrument rechtfertigen würden. Anders als die Kommission in Ziffer 4. 2. des Grünbuchs behauptet, ist es nicht eine "Vielzahl von Aspekten", die übergreifende Bedeutung besitzen. Die Kommission nennt an mehreren Stellen des Grünbuchs als Beispiele die Grundbegriffe wie Verbraucher oder Unternehmer, die Dauer der Widerrufsfrist oder die Modalitäten für die Ausübung des Rücktrittsrechts. Dabei handelt es sich um dieselben Beispiele, die in diesem Zusammenhang immer wieder genannt werden, was den Verdacht nahe legt, dass es keine weiteren bedeutsamen zu geben scheint. Denn Begriffe wie "Treu und Glaube" oder "Zugang von Willenser-

klärungen" sind solche des allgemeinen Zivilrechts, nicht solche des allgemeinen Verbraucherschutzes.

Ebenfalls ungeeignet für ein Rahmeninstrument sind Regelungen zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der einzelnen Verbraucherschutzrichtlinien. Das Grünbuch nennt das etwas gekünstelte Beispiel, dass ein Timesharing-Vertrag im Wege eines Haustürgeschäfts geschlossen wird. Weitaus lebensnäher ist der Fall, dass ein Verbraucherkreditvertrag in Form eines Abzahlungskaufs als Fernabsatzvertrag geschlossen wird. Es stellt sich dann in der Tat die Frage, welche der tatbestandlich erfüllten Richtlinien zur Anwendung gelangt. Bei dieser Frage handelt es sich jedoch nicht um ein Querschnittsthema im Sinne eines allgemeinen Teils. Denn diese Frage betrifft nur das Verhältnis der Richtlinie A zur Richtlinie B, nicht jedoch alle weiteren Richtlinien. Solche Kollisionsregeln eignen sich daher nicht für ein Rahmeninstrument. Sie sollten wie bisher in den Einzelrichtlinien enthalten sein.

Es bleibt nicht viel übrig für ein Rahmeninstrument. Der Unternehmer- und Verbraucherbegriff sowie Frist und Ausübungsmodalitäten des Widerrufsrechts sind etwas mager als ausschließlicher Inhalt für eine eigene Richtlinie oder Verordnung, mag diese auch mit üppigen Erwägungsgründen dekoriert werden. Der Rechtsverkehr hat im Übrigen kein Problem damit, dass es bei diesen Fragen in Randbereichen unterschiedliche Vorschriften gibt oder diese uneinheitlich ausgelegt werden. Auslegungsunterschiede sind selbst zwischen den Gerichtsbezirken innerhalb ein und desselben Mitgliedstaates nicht ganz vermeidbar. Damit haben jedoch vor allem Juristen, weniger Kaufleute ein Problem. Option 2 zu wählen, hieße mit Kanonen auf Spatzen schießen.

Insgesamt ist **Option 1** der Vorzug zu geben. Zwar wurde in den Ausführungen zu Option 3 bezweifelt, dass das im Wesentlichen bewährte europäische Verbraucherschutzrecht überhaupt einer grundlegenden Überarbeitung bedarf bzw. die Defizite so schwerwiegend sind, dass es gerechtfertigt wäre, erneut legislatorisch tätig zu werden und den Unternehmern schon wieder Umstellungen zuzumuten. Andererseits kann es nie schaden, die Einzelrichtlinien auf punktuellen Handlungsbedarf hin zu überprüfen, sofern das Wort "überprüfen" ernst genommen wird und nicht von vornherein feststeht, dass etwas zu geschehen hat.

Frage A2: Für welche Bereiche sollte ein horizontales Instrument gelten?

Option 1: Es würde für alle Verbraucherverträge gelten, unabhängig davon, ob sie Geschäftsvorgänge im In- oder Ausland betreffen.

Option 2: Das Instrument würde nur für grenzübergreifende Verträge gelten.

Option 3: Es würde nur für Fernabsatzverträge gelten, unabhängig davon, ob diese im In- oder Ausland abgeschlossen werden.

Vorzugswürdig ist die nicht vorgesehene "Option 4". Ein horizontales Instrument ist aus den bei Frage A1 genannten Gründen entbehrlich. Es sollte daher mangels Existenz gar keinen Regelungsbereich haben.

Wenn das Instrument dennoch beschlossen werden sollte, ist **Option 2** zu wählen. Option 1 ist abzulehnen. Für reine Inlandssachverhalte fehlt es bereits an einer Regelungskompetenz. Option 1 widerspricht ferner dem Subsidiaritätsprinzip. Option 3 ist unschlüssig. Kennzeichnend für das horizontale Instrument ist die Behandlung von Querschnittsthemen. Wenn das horizontale Instrument nur Fernabsatzverträge regelt, ist es eine neue Fernabsatzrichtlinie und kein allgemeiner Teil.

Frage A3: Wie stark sollten die überprüften Richtlinien/das neue Instrument harmonisiert sein?

Option 1: Ausgangspunkt für die überprüften Rechtsvorschriften wäre eine volle Harmonisierung, ergänzt durch eine Klausel über gegenseitige Anerkennung für alle Angelegenheiten, die nicht voll harmonisiert sind.

Option 2: Grundlage für die überprüften Rechtsvorschriften wäre ein Mindestmaß an Harmonisierung, kombiniert mit einer Klausel über gegenseitige Anerkennung oder dem Herkunftslandprinzip.

Auch hier ist weder die eine noch die andere Antwort richtig. Der Status quo (harmonisierte Mindeststandards mit Möglichkeit zur Schaffung strengerer nationaler Standards) hat sich bewährt. Die vorgeschlagenen Kombinationsmöglichkeiten der Option 2 sind nicht geeignet, grenzüberschreitende Verbraucherverträge zu fördern. Sie würden die Situation unübersichtlicher gestalten, als sie es gegenwärtig ist.

Erst recht ist Option 1 abzulehnen. Auch diese würde grenzüberschreitende Verbraucherverträge nicht fühlbar begünstigen, wie in der Vorbemerkung ausgeführt wurde. Im Übrigen verletzt Option 1 den Subsidiaritätsgrundsatz und missachtet, dass nach dem Leitbild des EG-Vertrags bei Erlass einer Richtlinie den Mitgliedstaaten ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung verbleiben muss.

Wenn eine Entscheidung nur zwischen den beiden vorgeschlagenen Optionen erfolgen muss, ist **Option 2** als das kleinere Übel zu wählen.

Frage B1: Wie sollten die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ definiert werden?

Option 1: Die im gemeinschaftlichen Verbraucherrecht verwendeten Definitionen werden angeglichen, ohne deren Geltungsbereich zu ändern. Verbraucher würden definiert als natürliche Personen, die zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Unternehmerwürden als natürliche oder juristische Personen definiert, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.

Option 2: Die Begriffe Verbraucher und Unternehmer werden erweitert und umfassen natürliche Personen, die *hauptsächlich* außerhalb des Rahmens (Verbraucher) oder *hauptsächlich* im Rahmen (Unternehmer) ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.

Eine einheitliche Verwendung der Begriffe "Verbraucher" und "Unternehmer" ist in der Tat wünschenswert. Die Angleichung kann problemlos in den Einzelrichtlinien erfolgen, entweder durch Wiederholung der Definition in jeder Richtlinie oder durch Definition in einer und Bezugnahme in den anderen Richtlinien. Die in **Option 1** vorgeschlagene Definition erscheint sachgerecht.

Für eine Ausdehnung auf Mischtypen (Option 2) besteht hingegen kein Anlass. Wer eine Ware teils aus gewerblichem bzw. beruflichem und teils aus privatem Antrieb kauft, ist jedenfalls abstrakt betrachtet ein Gewerbetreibender oder Freiberufler und damit im Besitz ausreichender Geschäftserfahrung. Dass z. B. ein Rechtsanwalt sich bei privaten Internetbestellungen auf die fehlende oder unvollständige Widerrufsbelehrung berufen kann, ist ohnehin nur dadurch zu erklären, dass Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden sollen. Ein ehrliches Schutzbedürfnis ist hier nicht zu erkennen. Das gilt umso mehr, wenn das Geschäft teilweise aus professionellen Gründen vorgenommen wurde.

Frage B2: Sind Verträge zwischen Privatpersonen als Verbraucherverträge zu betrachten, wenn eine der Parteien durch einen Vermittler vertreten wird?

Option 1: Status quo: Der Verbraucherschutz findet keine Anwendung auf Verträge zwischen Verbrauchern, wenn eine Partei beim Abschluss des Vertrages durch eine vermittelnde Geschäftsperson vertreten ist.

Option 2: Als Verbraucherverträge würden auch Verträge gelten, wenn eine Partei durch eine vermittelnde Geschäftsperson vertreten ist.

Die Einschaltung einer professionellen Hilfsperson ändert nichts an der Rechtsnatur einer Vertragspartei. Wer z.B. einen Versicherungsvertrag über einen Makler abschließt, bleibt Verbraucher. Wie im Grünbuch zutreffend ausgeführt wird, würde es große Schwierigkeiten bereiten, klare Kriterien für die Frage aufzustellen, wann die Rolle der Hilfsperson so stark ist, dass die von ihr unterstützte Partei dadurch ihre Verbrauchereigenschaft verliert. Zudem würde der Verbraucher abgeschreckt, professionelle Hilfe beim Vertragsschluss in Anspruch zu nehmen. Das kann doch nicht ernsthaft gewollt sein. **Option 1** ist daher richtig.

Frage C: Sollte in einem horizontalen Instrument eine übergreifende Verpflichtung der Unternehmer festgeschrieben werden, im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben und Fairness zu handeln?

Option 1: In dem horizontalen Instrument könnte festgelegt werden, dass von Unternehmern nach dem für Verbraucherverträge geltenden EU-Recht ein Handeln in Treu und Glauben erwartet wird.

Option 2: Der Status quo wird beibehalten: Es gibt keine Generalklausel.

Option 3: Es wird eine Generalklausel eingefügt, die für Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen gilt.

Der Grundsatz von Treu und Glauben, der über die Missbrauchskontrolle des AGB-Rechts hinausgeht, ist dem allgemeinen Zivilrecht zuzurechnen. Er wäre in einem horizontalen Instrument des Verbraucherschutzes falsch verortet. Das allgemeine Zivilrecht ist in der Gesetzgebungskompetenz und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten in guten Händen. Es ist bei Generalklauseln unvermeidbar, dass ihre Anwendung im Einzelfall nicht klar vorhersehbar ist. Regionale Besonderheiten und die Mentalität des individuellen Richters spielen eine wichtige Rolle. Das ist unvermeidbar und für die Marktteilnehmer kein Problem. Die gegenwärtige Gesetzeslage ist sachgerecht. Es besteht kein Handlungsbedarf. Dies entspricht **Option 2**.

Frage D1: Inwieweit sollten bei missbräuchlichen Vertragsklauseln auch im Einzelnen ausgehandelte Klauseln einbezogen sein?

Option 1: Der Geltungsbereich der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln würde auch auf im Einzelnen ausgehandelte Klauseln ausgeweitet.

Option 2: Nur die Liste der Klauseln im Anhang der Richtlinie wäre auf im Einzelnen ausgehandelte Klauseln anwendbar.

Option 3: Status quo – Die Gemeinschaftsvorschriften gelten weiterhin nur für nicht ausgehandelte oder vorformulierte Klauseln.

Die Einbeziehung von individuell ausgehandelten Vertragsklauseln in die AGB-Kontrolle wäre ein unerträglicher Eingriff in die Vertragsfreiheit. **Option 3** ist richtig. In Fällen, in denen einem Verbraucher bestimmte, vordergründig individuelle Vertragsklauseln ohne realistische Mitsprachmöglichkeit oktroyiert werden, hilft das bestehende Recht weiter. Denn häufig werden hier auch dann AGB vorliegen, wenn äußerlich kein "Formular mit Kleingedrucktem" verwendet wird.

Frage D2: Welchen Stellenwert sollte eine Liste missbräuchlicher Vertragsklauseln in einem horizontalen Instrument haben?

Option 1: Beibehaltung der geltenden indikativen Liste.

Option 2: Für einige Vertragsklauseln würde eine Liste mit widerlegbaren Vermutungen der Missbräuchlichkeit (graue Liste) aufgestellt. Bei der Bewertung der Missbräuchlichkeit würden hier Anleitung und Flexibilität kombiniert.

Option 3: Eine Liste von Klauseln, die unter allen Umständen als missbräuchlich gelten (schwarze Liste), würde aufgestellt; diese Liste wäre vermutlich wesentlich kürzer als die geltende Liste.

Option 4: Kombination der Optionen 2 und 3: Einige Klauseln würden grundsätzlich verboten, während für die übrigen eine widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit bestünde.

Option 1 ist vorzuziehen. Die geltenden Vorschriften über missbräuchliche Vertragsklauseln und ihre Konkretisierung durch die Rechtsprechung gewährleisten ein hohes Maß an Verbraucherschutz.

Frage D3: Sollte der Umfang der Missbräuchlichkeitsprüfung der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln erweitert werden?

Option 1: Die Missbräuchlichkeitsprüfung wird auf den Vertragsgegenstand und die Angemessenheit des Preises ausgedehnt.

Option 2: Status quo – Die Missbräuchlichkeitsprüfung bleibt unverändert.

In Fällen, in denen Leistung und Gegenleistung in einem krassen Missverhältnis stehen oder die Unerfahrenheit oder Willensschwäche einer Partei ausgenutzt wird, sind Verträge bereits

infolge Sittenwidrigkeit nichtig. Ein darüber hinausgehender Eingriff in die Preisgestaltung im Wege einer Angemessenheitsprüfung wäre eine Renaissance der Planwirtschaft. Nicht von ungefähr kennen wir heute kein kanonisches Zinsverbot mehr, und die von den Schöpfern des spätantiken Zwangsstaates eingeführte *laesio enormis* ist den heutigen Zivilrechtsordnungen entweder gänzlich unbekannt oder stark abgeschwächt (z.B. durch die Möglichkeit des Ausschlusses der Klagbarkeit im österreichischen Recht). Der Marxismus-Leninismus ist mit seinem Konzept des Gebrauchswerts anstelle des Tauschswerts (siehe Karl Marx, Das Kapital, Band 1) grandios gescheitert. Option 1 wäre ein unerträglicher Eingriff in die Marktwirtschaft und in ihr juristisches Pendant, die Vertragsfreiheit. Richtig ist daher **Option 2**.

Frage E: Welche vertraglichen Folgen sollten im Verbraucherrecht für die Verletzung der Informationspflicht vorgesehen sein?

Option 1: Die Bedenkzeit würde als einheitlicher Rechtsbehelf bei der Verletzung der Informationspflicht ausgeweitet werden, beispielsweise auf bis zu drei Monate.

Option 2: Bei Verletzungen der Informationspflicht könnte es je nach Art der Information unterschiedliche Rechtsbehelfe geben: bei einigen Verstößen vor Abschluss eines Vertrags könnten Rechtsbehelfe zum Zuge kommen (z. B. könnte der Verbraucher das Recht haben, bei falschen Preisangaben für ein Produkt vom Vertrag zurückzutreten), während andere Informationsversäumnisse anders behandelt würden (z. B. durch eine Ausweitung der Bedenkzeit oder auch ohne vertragliche Sanktionen).

Option 3: Status quo: Die Rechtsfolgen bei Verletzung der Informationspflicht würden weiterhin für unterschiedliche Vertragsarten unterschiedlich geregelt.

Option 3 ist der Vorzug zu geben. Der Inhalt der zu liefernden Informationen und ihre Bedeutung für die Willensbildung des Verbrauchers sind bei den unterschiedlichen Arten von Rechtsgeschäften zu verschieden, als dass sich die Regelungen vereinheitlichen (Option 1) oder zu Fallgruppen zusammenfassen ließen (Option 2).

Frage F1: Sollte die Länge der Bedenkzeiten im Verbraucherrecht harmonisiert werden?

Option 1: Es würde eine Bedenkzeit in allen Fällen geben, in denen Verbraucher nach den Verbraucherrichtlinien zum Rücktritt von einem Vertrag berechtigt sind, z. B. 14 Kalendertage.

Option 2: Die Richtlinien würden in zwei Kategorien mit einer eigenen Bedenkzeit eingeteilt (z. B. 10 Kalendertage für Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge und 14 Kalendertage bei Timesharing-Verträgen).

Option 3: Status quo: Die Bedenkzeiten würden im gemeinschaftlichen Verbraucherrecht nicht harmonisiert; dies würde in den bereichsspezifischen Rechtsvorschriften geschehen.

Auch wenn diese Stellungnahme sich insgesamt gegen eine zu weitgehende Harmonisierung wendet und darauf hinweist, dass diese jedenfalls keinen Selbstzweck verfolgen darf, wird hinsichtlich der Länge der Bedenkzeit für die Vereinheitlichung plädiert. Dies entspricht **Option 1**. Der Deutsche Notarverein teilt die Sorge der Kommission, dass unterschiedlich lange Bedenkzeiten Fehlvorstellungen des Verbrauchers begünstigen können. Einheitliche und einfache Regelungen sind am besten geeignet, ins kollektive Bewusstsein der Bevölkerung zu gelangen.

Frage F2: Wie sollte das Widerrufsrecht ausgeübt werden?

Option 1: Status quo: Die Mitgliedstaaten bestimmen die Form der Widerrufsankündigung.

Option 2: Es wird ein einheitliches Verfahren der Widerrufsankündigung eingeführt, das für das gesamte gemeinschaftliche Verbraucherrecht gilt.

Option 3: Für die Ankündigung des Widerrufs gibt es keinerlei formale Anforderungen. Verbraucher könnten dann in beliebiger Weise von Verträgen zurücktreten (beispielsweise durch Rückgabe der Ware).

Option 1 hat sich bewährt. Die Gebräuche, die Verfügbarkeit bestimmter technischer Voraussetzungen und die rechtlichen Rahmenbedingungen weichen in den Mitgliedstaaten deutlich voneinander ab. Es ist sinnvoll, dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit zu geben, dies angemessen zu berücksichtigen. Verbraucherschutz muss auf das zurückgreifen, was der Laie weiß bzw. intuitiv erfassen kann. Da der Verbraucher über die Art und Weise der Ausübung des Widerrufsrechts belehrt wird, entsteht für ihn auch keine Unsicherheit. Die Lektüre der Widerrufsbelehrung kann dem Verbraucher zugemutet werden. Etwa erforderliche Fremdsprachkenntnisse wird der Verbraucher ohnehin besitzen müssen, wenn er im Ausland bestellt.

Frage F3: Welche Kosten sollten den Verbrauchern bei einem Rücktritt auferlegt werden?

Option 1: Die in den geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Optionen werden gestrichen – Verbrauchern würden dann bei Wahrnehmung ihres Widerrufsrechts keinerlei Kosten entstehen.

Option 2: Die bestehenden Optionen würden verallgemeinert – den Verbrauchern würden dann unabhängig von der Vertragsart dieselben Kosten bei der Wahrnehmung des Widerrufsrechts entstehen.

Option 3: Status quo: Die Optionen in den geltenden Rechtsvorschriften würden beibehalten.

Auch hier ist der Status quo interessengerecht (**Option 3**). Die sachlichen Unterschiede der einzelnen Vertragsarten rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung.

Option 1 hat die in der Vorbemerkung ausgeführte TANSTAAFL-Regel nicht verinnerlicht. Das Widerrufsrecht hat zwangsläufig Kosten für den Verbraucher. Die Frage kann nur lauten, ob die Kosten eingepreist und damit sozialisiert oder dem widerrufenden Verbraucher individuell auferlegt werden sollen. De lege lata besteht die Möglichkeit, die Portokosten der Rücksendung bei geringwertigen Bestellungen vertraglich dem Verbraucher aufzuerlegen. Dabei handelt es sich nur um einen kleinen Teil der gesamten Kosten des Widerrufs. Die Kosten für die Verwaltung, ggf. Rückbuchung des Kaufpreises, Prüfung und ggf. Reinigung der retournierten Ware sowie für die Neuverpackung trägt allein der Unternehmen. Der Verbraucher, der immerhin die Ursache für all diese Kosten gesetzt hat, wird nur mit einem regelmäßig einstelligen Eurobetrag Portokosten beteiligt. Dies ist zumutbar und hat keine unangemessen prohibitive Wirkung auf rücktrittswillige Verbraucher. Jedoch wird der Verbraucher dadurch ermutigt, vor der Bestellung kurz nachzudenken, ob er die Ware wirklich erwerben möchte. Option 1 würde falsche Anreize setzen. Der Botschaft "Munter drauf los, die Gemeinschaft zahlt alles!" muss nicht weiter Vorschub geleistet werden.

Frage G1: Sollte das horizontale Instrument allgemeine vertragliche Rechtsbehelfe für die Verbraucher enthalten?

Option 1: Status quo: Nach den geltenden Vorschriften sind Rechtsbehelfe auf bestimmte Vertragsarten (z. B. Verkaufsverträge) beschränkt. Die allgemeinen vertraglichen Rechtsbehelfe würden im nationalen Recht geregelt.

Option 2: Es würden allgemeine vertragliche Rechtsbehelfe für Verbraucher bei Bruch jeder Art von Verbrauchervertrag zur Verfügung stehen. Zu diesen Rechtsbehelfen würde beispielsweise das Recht eines Verbrauchers zählen, den Vertrag zu beenden, einen Preisnachlass zu fordern oder eine Leistung auszusetzen.

Die Regelung allgemeiner vertraglicher Rechtsbehelfe greift tief in das allgemeine Schuldrecht ein. Das Leistungsstörungenrecht ist einer der Kernbestandteile jeder Schuldrechtsordnung. Die Einführung allgemeiner Rechtsbehelfe für Verbraucherverträge muss mit großer Sorgfalt angegangen werden, denn diese Rechtsbehelfe müssen sich in das übrige nationale Zivilrecht einfügen. Das Ziel einer umfassenden Harmonisierung dieser Rechtsbehelfe könnte nur gelingen, wenn zugleich beispielsweise die Regeln zur Bemessung der Art und Höhe des Schadensersatzes entsprechend angeglichen werden. Eine solche Maßnahme würde auf eine weitgehende Harmonisierung des gesamten Schuldrechts hinauslaufen. Ohne die Frage bewerten zu wollen, ob dies überhaupt wünschenswert oder die Zeit für einen solchen Schritt reif ist, kann dies jedenfalls nicht Gegenstand der Überarbeitung des Verbraucherschutzrechts sein. **Option 1** ist daher zu bevorzugen.

Frage G2: Sollten die Verbraucher in dem horizontalen Instrument ein allgemeines Recht auf Schadenersatz bei Vertragsbruch erhalten?

Option 1: Status quo – Die Frage vertraglicher Schäden würden durch einzelstaatliche Gesetze geregelt, wenn dies im gemeinschaftlichen Verbraucherrecht nicht berücksichtigt ist (z. B. bei Pauschalreisen).

Option 2: Es würde ein allgemeines Recht der Verbraucher auf Schadenersatz vorgesehen – sie könnten damit unabhängig von der Art des Vertragsbruchs und des Vertrags selbst Schadenersatz für alle Vertragsbrüche fordern. Es bliebe den Mitgliedstaaten überlassen, welche Art von Schäden ersetzt werden könnten.

Option 3: Es würde ein allgemeines Recht der Verbraucher auf Schadenersatz vorgesehen und es würde klargestellt, dass solche Schäden mindestens die rein wirtschaftlichen (materiellen) Schäden des Verbrauchers aus dem Vertragsbruch abdecken. Es bliebe dann den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie auch eine Regelung für nichtwirtschaftliche Schäden (z. B. moralische Schäden) treffen wollen.

Option 4: Es würde ein allgemeines Recht der Verbraucher auf Schadenersatz eingeführt und es würde klargestellt, dass diese Schäden sowohl rein wirtschaftliche (materielle) Schäden als auch moralische Verluste abdecken.

Aus den zu Frage G1 ausgeführten Gründen ist auch hier **Option 1** zu befürworten.

Frage H1: Sollten die Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf auch für andere Vertragsarten gelten, unter denen Verbraucher Waren erhalten oder digitale Inhalte beziehen?

Option 1: Status quo: Der Geltungsbereich wäre auf den Verkauf von Verbrauchsgütern beschränkt, mit der einzigen Ausnahme von Waren, die noch produziert werden müssen.

Option 2: Der Geltungsbereich würde auf andere Vertragsarten ausgeweitet, unter denen Güter an Verbraucher abgegeben werden (z. B. Autovermietung).

Option 3: Der Geltungsbereich würde auf andere Vertragsarten ausgeweitet, unter denen Verbraucher digitale Inhalte beziehen (z. B. Musik aus dem Internet).

Option 4: Kombination von Option 2 und 3.

Die Einbeziehung von Mietverträgen und digitalen Daten, die ohne einen körperlichen Träger online übertragen werden, in die Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf wurde nicht übersehen und ist auch nicht infolge Unvorhersehbarkeit künftiger technischer Entwicklung unterblieben. Diese Arten von Leistungen wurden vielmehr bewusst nicht den Regeln des Verbrauchsgüterkaufs unterworfen, da die Interessenlage hierbei eine andere ist.

Beim Mietvertrag ist zunächst festzuhalten, dass es nur um die Miete von "Waren" geht, d. h. um bewegliche Sachen. Mietverträge über Immobilien folgen gänzlich anderen Regeln und sind in hohem Maße von sozial motivierten nationalen Besonderheiten geprägt. Wenn ein Verbraucher einen Mietvertrag über eine bewegliche Sache abschließt, dann dürfte es sich in den allermeisten Fällen um die Vermietung eines Fahrzeugs handeln. Das Risiko für den Verbraucher ist dabei ungleich geringer als beim Verbrauchsgüterkauf, da er das Fahrzeug meist nur für einen oder wenige Tage mietet. Es ist beim Mietwagen leichter als beim gekauften Wagen zu verschmerzen, wenn das Fahrzeug nicht den Vorstellungen entspricht oder nicht mehr benötigt wird. Der Verbraucher gibt es ohnehin bald wieder ab. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei Übernahme und Rückgabe in der Regel eine Besichtigung des Fahrzeugs erfolgt und etwaige Mängel in einem Übergabeprotokoll festgehalten werden. Einer der Kernbestandteile der Regeln des Verbrauchsgüterkaufs ist die Beweislastumkehr, wonach bei Mängeln innerhalb einer gewissen Frist vermutet wird, dass diese bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Durch die üblichen Übergabeprotokolle besteht jedoch meist eine klare Beweislage, die für eine solche Vermutung keinen Raum lässt. Auch die übrigen Regeln des Verbrauchsgüterkaufs passen nicht für einen meist nur auf wenige Tage angelegten Kfz-Mietvertrag.

Bei digitalen Daten, die nicht durch Übergabe eines körperlichen Datenträgers transferiert werden, stellt sich das Problem, dass solche Daten beliebig kopiert und verändert werden können, ohne dass dies später nachvollziehbar wäre. Die Vermutung, wonach Mängel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben, ist aus technischen Gründen kaum jemals wi-

derlegbar und liefe im Ergebnis auf eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers hinaus. Dies geht entschieden zu weit.

Die Überlegungen, die den Normgeber veranlasst haben, Mietverträge und Daten nicht in den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs einzubeziehen, haben auch heute noch Gültigkeit. Es sollte insoweit beim Status quo verbleiben (**Option 1**).

Frage H2: Sollte das Verbraucherkaufrecht für gebrauchte Güter gelten, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden?

Option 1: Ja.

Option 2: Nein, sie sollen nicht in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen

Es ist ein Wesenmerkmal öffentlicher Versteigerungen unter Anwesenden und macht gerade deren Reiz aus, dass der Erwerber die "Katze im Sack" kauft. Der Aussicht auf ein echtes "Schnäppchen" steht die Gefahr eines Fehlkaufs gegenüber. Der Veräußerer trägt das Risiko, fehlerfrei Ware zu enttäuschenden Preisen abzugeben. Der Erwerber trägt das Risiko, Geld für weitgehend wertlose Ware auszugeben. Beide Parteien kennen und wollen dieses Risiko. Sie sind insoweit nicht schutzbedürftig.

Es kann nicht das Ziel des Verbraucherschutzes sein, den Bürger zu entmündigen. Es geht nur darum, ihn vor Risiken zu bewahren, die er nicht überblicken kann, die ihm gegenüber gezielt bagatellisiert werden oder die ruinöse Folgen haben können. Dies ist bei der Versteigerung nicht der Fall. Es handelt sich bei der Versteigerung um ein Spiel mit dem Risiko, das dem mündigen Bürger erlaubt bleiben sollte. **Option 2** ist deshalb zu befürworten.

Frage I1: Wie sollte der Begriff „Lieferung“ definiert werden?

Option 1: Der Begriff sollte in dem Sinne definiert werden, dass der Verbraucher die Güter tatsächlich erhält (d. h. dass die Güter ihm übergeben werden).

Option 2: Der Begriff sollte in dem Sinne definiert werden, dass die Güter dem Verbraucher zu einem vertraglich bestimmten Zeitpunkt an einem vertraglich festgelegten Ort zur Verfügung gestellt werden.

Option 3: Der Begriff sollte in dem Sinne definiert werden, dass der Verbraucher in der Regel tatsächlich in den Besitz der Güter gelangt, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren.

Option 4: Status Quo: keine Definition des Begriffes.

Die Unterschiede zwischen den Definitionen sind gering und gelangen in der Masse der Verbrauchsgüterkaufverträge zu demselben Ergebnis. Wie in den Vorbemerkungen ausgeführt, stellen Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen kein nennenswertes Hindernis für grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte dar. Erst recht gilt dies für derart feine Differenzen. Gesetzgeberisches Handeln ist hier nicht gerechtfertigt (**Option 4**).

Frage I2: Wie sollte der Gefahrübergang bei Verbrauchsgüterkäufen geregelt werden?

Option 1: Der Gefahrübergang sollte auf Gemeinschaftsebene geregelt und mit dem Zeitpunkt der Lieferung verknüpft werden.

Option 2: Status Quo: Der Gefahrübergang sollte von den Mitgliedstaaten geregelt werden mit der Folge, dass Unterschiede bestehen bleiben.

Aus den zu Frage I1 genannten Gründen (Unterschiede gering, kein Handelshemmnis) und den bei Frage G1 erwähnten Aspekten (Frage könnte nur im Rahmen einer umfassenden Harmonisierung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts sinnvoll geregelt werden) besteht auch hier kein Handlungsbedarf (**Option 2**).

Frage J1: Sollte das horizontale Rechtsinstrument im Fall einer Vertragswidrigkeit eine Ausdehnung der betreffenden Fristen um die Zeitspanne vorsehen, in der versucht wurde, einen Mangel zu beseitigen?

Option 1: Status Quo: keine Änderung.

Option 2: Ja. Das horizontale Rechtsinstrument sollte vorsehen, dass die Gewährleistungspflicht um die Zeitspanne verlängert wird, in der der Verbraucher die Güter wegen des Versuchs einer Mängelbeseitigung nicht nutzen konnte.

Zunächst ist anzumerken, dass sich die Frage regelmäßig nur beim Verbrauchsgüterkauf stellen wird. Eine etwaige Regelung zur Verjährungshemmung während eines Mängelbeseitigungsversuchs wäre daher in der betreffenden Einzelrichtlinie zu verorten. Es handelt sich nicht um ein Querschnittsthema.

Der Sache nach spricht einiges für eine solche Verjährungshemmung, wie sie in einigen Mitgliedstaaten im nationalen Recht besteht. Andererseits kann eine solche Regelung insbesondere bei mehreren Mängelbeseitigungsversuchen zu erheblichen Fristberechnungsproblemen führen. Nicht jeder trägt im Kalender ein, wann er die Ware abgeliefert und zurückerhalten hat. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist eine fortlaufende Frist besser.

Es ist weder das eine noch das andere Konzept klar überlegen. Ein Hindernis für grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. Die Frage sollte dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben (**Option 1**).

Frage J2: Sollte die Gewährleistungsfrist bei einer Reparatur der Ware automatisch ausgedehnt werden, so dass wiederholte Reparaturen wegen desselben Mangels abgedeckt sind?

Option 1: Status Quo: Die Gewährleistungsfrist sollte nicht ausgedehnt werden.

Option 2: Die Gewährleistungsfrist sollte nach der Reparatur um eine noch festzulegende Frist verlängert werden, damit etwaige weitere Reparaturen wegen desselben Mangels abgedeckt sind.

Aus den bei Frage J2 angegebenen Gründen sollte auch dieses Problem der Einschätzung des nationalen Gesetzgebers überlassen bleiben (**Option 1**).

Frage J3: Sollte es spezielle Vorschriften für gebrauchte Güter geben?

Option 1: Ein horizontales Rechtsinstrument sollte für gebrauchte Güter keine Ausnahme vorsehen: Verkäufer und Verbraucher könnten dann für Mängel bei gebrauchten Gütern keine kürzere Gewährleistungsfrist vereinbaren.

Option 2: Ein horizontales Rechtsinstrument sollte spezielle Vorschriften für gebrauchte Güter enthalten: Verkäufer und Verbraucher sollten für Mängel bei gebrauchten Gütern eine kürzere Gewährleistungsfrist vereinbaren können (die aber ein Jahr nicht unterschreiten darf).

Es sprechen im Einzelfall legitime Gründe für eine verkürzte Gewährleistungsfrist bei gebrauchten Gütern. Dies kann auch im Interesse des Verbrauchers liegen, da längere Gewährleistung zwangsläufig einen höheren Preis zur Folge hat (s. "TANSTAAFL"). Die Möglichkeit der vertraglichen Verkürzung auf ein Jahr sollte beibehalten werden (**Option 1**). Im Übrigen wäre die richtige Verortung der Regelung auch hier die Einzelrichtlinie, nicht das horizontale Instrument. Schon die bisherige Regelung hat bestimmte Vertragstypen ungewollt zurück gedrängt: Einem Unternehmer, der kein Kraftfahrzeugmeister ist, kann nicht geraten werden, seinen geschäftlich genutzten Pkw an einen Verbraucher zu verkaufen. Er sollte an einen Händler kaufen. In diesem Vertrag wird dann das Gewährleistungsrisiko auf den Käufer verlagert, der hierfür einen Preisabschlag erhält. Diese Möglichkeit ist dem Verbraucher verwehrt. Der Kauf eines Gebrauchtwagens ist damit für den Verbraucher teu-

rer, denn beim Kauf von Zwischenhändler zahlt er im Kaufpreis dessen Marge mit. Zwischen Verkäufer und Käufer besteht aber in dieser Situation nicht das für Verbraucherverträge typische Machtgefälle.

Frage J4: Wer sollte die Beweislast dafür tragen, dass ein Mangel bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorhanden war?

Option 1: Status Quo: In den ersten sechs Monaten hat der Verkäufer nachzuweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Lieferung noch nicht vorhanden war.

Option 2: Der Verkäufer sollte während der gesamten Dauer der Gewährleistungsfrist nachweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Lieferung noch nicht vorhanden war, sofern dies mit der Art des Gutes und des Mangels vereinbar ist.

Die Beweislastumkehr kommt in vielen Fällen beinahe einer Garantie gleich, da der Gegenbeweis, wonach der Mangel erst nach der Lieferung entstanden ist, schwer zu erbringen ist. Eine Vervielfachung des zeitlichen Anwendungsbereichs dieser Regel erscheint unangemessen, zumal die Mehrkosten auch hier zwangsläufig eingepreist werden. In Märkten, in denen Kunden längere Garantien wünschen, wird dies im Übrigen regelmäßig vom Markt geregelt. Der Kunde hat dann die Wahl zwischen günstigeren Produkten mit lediglich den gesetzlichen Gewährleistungsrechten oder höherpreisigen Produkten mit längerer vertraglicher Garantie. Bei manchen Gütern, z. B. bei Autos oder Elektronik, bieten viele Hersteller sogar eine Garantieverlängerung gegen einen gesondert ausgewiesenen Aufpreis an. Der Kunde kann dann wählen. Es ist nicht im Sinne der Produkt- und Preisvielfalt und damit nicht im Sinne des Verbrauchers, bei Waren aller Art und Güte die zweijährige Quasi-Garantie im Wege der Beweislastumkehr gesetzlich vorzuschreiben. Der Markt funktioniert. Dies entspricht **Option 1**.

Frage K1: Sollte der Verbraucher zwischen den verfügbaren Abhilfemöglichkeiten frei wählen können?

Option 1: Status Quo: Die Verbraucher sollten zunächst eine Nachbesserung/Ersatzlieferung verlangen müssen; nur wenn dies nicht möglich ist, können sie eine Preisminderung oder Vertragsauflösung verlangen.

Option 2: Die Verbraucher könnten von Anfang an jede Art der Abhilfe verlangen. Die Vertragsauflösung wäre allerdings nur unter bestimmten Bedingungen möglich.

Option 3: Die Verbraucher müssten zunächst eine Nachbesserung/Ersatzlieferung/Preisminderung verlangen; eine Vertragsauflösung käme jedoch nur in Frage, wenn keine andere Abhilfe möglich ist.

Bei Massengütern ist der unkomplizierteste Weg die Ersatzlieferung. Diese sollte weiter Vorrang genießen, auch gegenüber der Preisminderung. Ein legitimes Interesse des Käufers, das Mangel Exemplar zum geminderten Preis zu behalten, besteht nicht, wenn der Verkäufer sofort zur Ersatzlieferung in der Lage ist. Der Verbraucher wird dadurch nicht benachteiligt, denn er bekommt genau das, was er gekauft hat. Dies entspricht der **Option 1**.

Frage K2: Sollten die Verbraucher den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit unterrichten müssen?

Option 1: Einführung einer Pflicht zur Unterrichtung des Verkäufers über jede Vertragswidrigkeit.

Option 2: Einführung einer Pflicht zur Unterrichtung des Verkäufers unter bestimmten Umständen (z. B. wenn der Verkäufer gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen oder grob fahrlässig gehandelt hat).

Option 3: Abschaffung der Pflicht zur Unterrichtung innerhalb einer bestimmten Frist.

Wenn der Käufer Mängelrechte geltend machen möchte, muss er den Verkäufer ohnehin unterrichten. Wenn die Entdeckung des Mangels länger als zwei Monate zurückliegt, wird der Verkäufer dies im Regelfall nicht beweisen können. Eine Rügepflicht macht nur Sinn, wenn sie – wie im deutschen Recht des Handelskaufs – mit einer Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung verbunden ist. Dies kommt für den Verbrauchsgüterkauf jedoch nicht in Frage. Die Abschaffung der Unterrichtungspflicht dürfte ohne nachteilige Folgen sein (**Option 3**).

Frage L: Sollte das horizontale Rechtsinstrument eine unmittelbare Haftung des Herstellers bei Vertragswidrigkeit vorsehen?

Option 1: Status Quo: keine Einführung einer unmittelbaren Produzentenhaftung auf EU-Ebene.

Option 2: Einführung einer unmittelbaren Produzentenhaftung unter den oben beschriebenen Bedingungen.

Erneut: Dies wäre, wenn überhaupt, in der Einzelrichtlinie zu regeln.

Der Sache nach ist eine unmittelbare Produzentenhaftung aus den bei Frage J4 genannten Gründen abzulehnen. Die Produkte würden teurer. Der Markt regelt die Thematik durch vertragliche Herstellergarantien in befriedigender Weise. Dies entspricht **Option 1**.

Frage M1: Sollte ein horizontales Rechtsinstrument regeln, welchen Inhalt eine kommerzielle Garantie haben sollte, falls dieser nicht festgelegt ist?

Option 1: Status Quo: Das horizontale Rechtsinstrument sollte keine Auffangregelung enthalten.

Option 2: Einführung einer Auffangregelung für kommerzielle Garantien.

Erneut: Dies wäre, wenn überhaupt, in der Einzelrichtlinie zu regeln.

Bei vertraglichen Garantien wird der Umfang der Garantie nahezu immer vertraglich festgelegt sein. Regelungslücken lassen sich im Wege der Auslegung schließen. Gegen unverständliche oder überraschende Regelungen ist der Verbraucher durch das AGB-Recht ausreichend geschützt. Dies entspricht **Option 1**.

Frage M2: Sollte ein horizontales Rechtsinstrument die Übertragbarkeit einer kommerziellen Garantie regeln?

Option 1: Status Quo: keine gemeinschaftsrechtliche Regelung der Frage, ob eine kommerzielle Garantie übertragen werden kann.

Option 2: Einführung einer zwingenden Bestimmung, wonach die Garantie automatisch auf spätere Käufer übergeht.

Option 3: Das horizontale Rechtsinstrument könnte die Übertragbarkeit der Garantie im Regelfall vorsehen, d. h. der Garantiegeber könnte die Übertragbarkeit einer kommerziellen Garantie ausschließen oder einschränken.

Erneut: Dies wäre in der Einzelrichtlinie zu regeln.

Der Sache nach erscheint hier **Option 2** vorzugswürdig. Der Verbraucher wird, ohne darüber nachzudenken, davon ausgehen, dass die vertragliche Garantie z. B. bei einem Elektrogerät automatisch auf einen späteren Käufer übergeht, sozusagen also akzessorisch ist. Sollte dies im Einzelfall vertraglich anders geregelt sein, dürfte zwar eine insoweit unwirksame überraschende Klausel im Sinne des AGB-Rechts vorliegen. Da dieser Angriffspunkt jedoch nicht eindeutig ist, spricht einiges dafür, den automatischen Übergang gesetzlich zu regeln.

Es ist kein legitimes Interesse des Verkäufers oder Herstellers ersichtlich, die Garantie auf den Erstkäufer persönlich zu beschränken. Da unsachgemäße Behandlung keinen Garantiefall bildet, ist die möglicherweise geringere Zuverlässigkeit des Zweitkäufers kein Aspekt, der eine solche Beschränkung rechtfertigen könnte.

Frage M3: Sollte das horizontale Rechtsinstrument eine Regelung für kommerzielle Garantien enthalten, die auf bestimmte Teile beschränkt sind?

Option 1: Status Quo: Kommerzielle Garantien, die sich auf bestimmte Teile beziehen, sollten im horizontalen Rechtsinstrument nicht geregelt werden.

Option 2: Das horizontale Rechtsinstrument sollte lediglich eine Informationspflicht vorsehen.

Option 3: Das horizontale Rechtsinstrument sollte eine Informationspflicht vorsehen und bestimmen, dass sich die Garantie auf das gesamte Produkt bezieht, sofern nichts anderes angegeben ist.

Erneut: Dies wäre, wenn überhaupt, in der Einzelrichtlinie zu regeln.

Hier gelten dieselben Erwägungen wie bei Frage M1. Die vertraglich festgelegten Garantiebestimmungen, flankiert durch Vertragsauslegung und AGB-Kontrolle, sorgen für ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit und Verbraucherschutz (**Option 1**).

Frage N: Gibt es andere Fragen(komplexe), die im Rahmen der Überprüfung des Verbraucherrechts auf EU-Ebene untersucht oder gelöst werden sollten?

An dieser Stelle kann nur dringend appelliert werden, die Ausführungen in den Vorbemerkungen zu beherzigen und die Kosten und den Nutzen jeder Maßnahme zu analysieren. Mehr ist nicht immer besser.

Für weitere Fragen stehe ich Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stefan Zimmermann
Präsident