

Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien

**Rechtsvereinheitlichung in Europa am Beispiel des
deutschen und spanischen Verbrauchsgüterkaufs unter
Einbeziehung des Entwurfs für das optionale Kaufrecht**

Verena Louven

**Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für
Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld**

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Artz
Zweitgutachter: Prof. Dr. Ansgar Staudinger
Datum der Disputation: 14. März 2018

Für meine Familie

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	1
I.	Europa-, Wirtschafts- und Verbraucherpolitik	4
II.	Aufbau der Untersuchung	9
B.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf	12
I.	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG	13
II.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland (rein nationale Sachverhalte)	31
III.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Spanien (rein nationale Sachverhalte)	76
IV.	Vergleich der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien	109
V.	Entwurf des optionalen Kaufrechts	114
VI.	Vergleich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ihre Umsetzung in Deutschland und Spanien und das optionale Kaufrecht .	141
VII.	Grenzüberschreitende Sachverhalte	145
VIII.	Fazit	161
C.	Rechtsvereinheitlichung in Europa (am Beispiel des deutschen und spanischen Verbrauchsgüterkaufs) durch Richtlinien und optionales Kaufrecht	164
I.	Rechtsvereinheitlichung durch die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG	164
II.	Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG und Auswirkungen auf die Wirtschaft	166
III.	Rechtsvereinheitlichung durch Einführung des GEK	168

IV.	Rechtsvereinheitlichung im Verbrauchsgüterkauf durch vollharmonisierende Richtlinien	170
V.	Ergebnis	172
D.	Fazit	177
E.	Literaturverzeichnis	181
F.	Rechtsprechungsverzeichnis.....	201
G.	Anhang - Diagramme und Abbildungen.....	206

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
I.	Europa-, Wirtschafts- und Verbraucherpolitik	4
1.	EU	5
2.	Deutschland.....	7
3.	Spanien	8
II.	Aufbau der Untersuchung	9
B.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf.....	12
I.	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.....	13
1.	Sachlicher Anwendungsbereich	15
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	16
a)	Verbraucher.....	16
b)	Unternehmer	22
3.	Verbraucherrechte.....	23
4.	Zusammenfassung.....	29
II.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland (rein nationale Sachverhalte).....	31
1.	Sachlicher Anwendungsbereich	32
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	35
a)	Verbraucher.....	36
b)	Unternehmer	43
c)	Zusammenfassung	45

3.	Verbraucherrechte.....	47
a)	Primäransprüche des Käufers	47
b)	Rechte des Käufers bei Mängeln	52
aa)	Nacherfüllung.....	52
bb)	Rücktritt und Minderung.....	59
cc)	Schadensersatz und Aufwendungsersatz	61
dd)	Verjährung der Gewährleistungsrechte	62
ee)	Beweislast.....	63
ff)	Garantien	64
gg)	Umgehungsverbote	66
c)	Verbraucherrechte gegen den Verkäufer.....	67
d)	Verbraucherrechte gegen den Hersteller.....	67
e)	Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette	68
4.	Zusammenfassung.....	68
5.	Vergleich der Richtlinie 1999/44/EG und ihre Umsetzung im deutschen Recht.....	72
III.	Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Spanien (rein nationale Sachverhalte).....	76
1.	Umsetzung.....	78
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	78
3.	Persönlicher Anwendungsbereich	82
a)	Verbraucher.....	82
b)	Unternehmer	85

c)	Zusammenfassung	87
4.	Verbraucherrechte.....	87
a)	Primäransprüche des Käufers	88
b)	Rechte des Käufers bei Mängeln	92
aa)	Nacherfüllung.....	93
bb)	Minderung oder Vertragsauflösung.....	96
cc)	Verjährung der Gewährleistungsrechte	97
dd)	Beweislast.....	98
ee)	Garantien	98
ff)	Umgehungsverbote	101
c)	Verbraucherrechte gegen den Verkäufer.....	102
d)	Verbraucherrechte gegen den Hersteller.....	102
e)	Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette	103
5.	Zusammenfassung.....	103
6.	Abweichungen von der Richtlinie 1999/44/EG bei ihrer Umsetzung in Spanien.....	106
IV.	Vergleich der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien	109
V.	Entwurf des optionalen Kaufrechts	114
1.	Umsetzungsvorschlag der europäischen Kommission	115
2.	Räumlicher Anwendungsbereich	118
3.	Sachlicher Anwendungsbereich	119
4.	Persönlicher Anwendungsbereich	121

a)	Verbraucher.....	121
b)	Unternehmer.....	121
c)	KMU.....	122
d)	Zusammenfassung.....	122
5.	Verbraucherrechte.....	123
a)	Primäransprüche des Käufers.....	123
b)	Rechte des Käufers bei Mängeln.....	126
aa)	Erfüllung.....	127
bb)	Zurückbehaltung der eigenen Leistung.....	128
cc)	Beendigung des Vertrages.....	130
dd)	Minderung.....	131
ee)	Schadensersatz.....	132
ff)	Verjährung.....	133
gg)	Beweislast.....	134
hh)	Garantien.....	135
ii)	Umgehungsverbote.....	135
c)	Verbraucherrechte gegen den Verkäufer.....	136
d)	Verbraucherrechte gegen den Hersteller.....	136
e)	Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette.....	137
6.	Zusammenfassung.....	137
VI.	Vergleich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ihre Umsetzung in Deutschland und Spanien und das optionale Kaufrecht .	141

VII.	Grenzüberschreitende Sachverhalte.....	145
1.	Grenzüberschreitende Sachverhalte und die Verwendung unterschiedlicher nationaler Vertragsrechte.....	146
a)	Vertragsstatut	148
aa)	Unternehmer und Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne	148
(1)	Deutscher Verbraucher-spanischer Unternehmer..	149
(2)	Spanischer Verbraucher-deutscher Unternehmer...	150
bb)	Unternehmer und Verbraucher lediglich im mitgliedsstaatlichen Sinne	150
b)	Garantieanspruch	151
c)	Durchgriffshaftung	154
2.	Grenzüberschreitende Sachverhalte und die Verwendung des optionalen Kaufrechts in der Vertragskette.....	158
3.	Ergebnis	159
VIII.	Fazit	161
C.	Rechtsvereinheitlichung in Europa (am Beispiel des deutschen und spanischen Verbrauchsgüterkaufs) durch Richtlinien und optionales Kaufrecht.....	164
I.	Rechtsvereinheitlichung durch die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG.....	164
II.	Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG und Auswirkungen auf die Wirtschaft.....	166
III.	Rechtsvereinheitlichung durch Einführung des GEK.....	168
IV.	Rechtsvereinheitlichung im Verbrauchsgüterkauf durch vollharmonisierende Richtlinien	170

V.	Ergebnis	172
D.	Fazit	177
E.	Literaturverzeichnis	181
F.	Rechtsprechungsverzeichnis.....	201
G.	Anhang - Diagramme und Abbildungen.....	206

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
b2b	Business to business/ Unternehmer-Unternehmer-Geschäft
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
Bgrd.	Begründer
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BOE	Boletín Oficial del Estado
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
bzw.	Beziehungsweise
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
CE	Constitución española
CESL	common european sales law
CISG	Convention on Contracts for International Sale of Goods
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DS	Drucksache
E-Commerce	electronic-Commerce
EG	Europäische Gemeinschaft

EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
endg.	Endgültig
et. al.	und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	Folgende
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
ff.	Fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GEK-A	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht-Anhang
GEK-VO	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht-Verordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
HausTWG	Haustürwiderrufsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Zivilgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
IHR	Internationales Handelsrecht
jurisPK-BGB	Juris Praxis Kommentar – Bürgerliches Gesetzbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KKS	Kaufkraftstandard

KMU	Gruppe der kleinen und mittleren Unternehmer
KOM	Kommission
LG	Landgericht
LGDCU 1984	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aus dem Jahr 1984
LGDCU 2007	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aus dem Jahr 2007
LGDCU 2007 n.F.	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios neue Fassung (mit den Änderungen durch das Ley 3/2014) seit 28.3.2014 in Kraft
LGVBC	Ley de Garantias en la Venta de Bienes de consumo
lit.	litera, Buchstabe
LOCM	Ley Ordenación Minorista
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
MüKoHGB	Münchener Kommentar – Handelsgesetzbuch
MüKoIPR	Münchener Kommentar – Internationales Privatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No	Nummer
núm.	número, Nummer
Núms	números, Nummern
OLG	Oberlandesgericht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
pp.	Páginas
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.S.	siehe Seite
TZWGrG	Teilzeit-Wohnrechte-Gesetz
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
USA	United States of America
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Vgl.	Vergleiche
Vgl. a.	Vergleiche auch
VO	Verordnung
Vol.	Volume, Band
Vss.	Voraussetzung
VuR	Verbraucher und Recht
WEG	Wohnungseigentümergeinschaft
WM	Wirtschafts- und Bankrecht
WTO	World Trade Organization
z.B.	zum Beispiel
Zeup	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	Zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht

A. Einleitung

„Man [kann] aus der Geschichte lernen [...], die Gegenwart besser zu verstehen und ein wenig in die Zukunft zu denken.“¹

Die Europäische Union erhielt am 10.12.2012 den Friedensnobelpreis. Damit zeigt sich, was als Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1958 entstand, kann zu Frieden und Wohlstand für alle Bürger Europas führen.² Die europäische Union ist nicht nur eine Wirtschaftsgemeinschaft, sondern auch der Beweis für dauerhaften und stabilen Frieden zwischen den Ländern, die historisch widerstreitende Interessen vertreten haben.³

Die Förderung eines einheitlichen Binnenmarktes stärkt zum einen die wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Unternehmen, schafft zum anderen aber auch ein vielfältiges Angebot für den Verbraucher.⁴ Der Binnenmarkt fungiert daher als „Wirtschaftsmotor der EU“⁵. Inzwischen kauft der nationale Verbraucher nicht mehr nur „vor Ort“, sondern bestellt unter anderem im Fernabsatz Waren aus anderen Ländern, bzw. fährt/fliegt „über die Grenze“, weil das gleiche oder ein besseres Produkt in einem anderen Mitgliedsstaat günstiger zu erwerben ist.⁶

¹ *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, S. 11.

² Siehe zur Entwicklung der Europäischen Union: Hesse/Ellwein I.3.2, S. 133; Zum Wohlstand in Europa: Barroso, S. 42.

³ Erster Weltkrieg, zweiter Weltkrieg, Einigung zwischen Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und der Niederlande, Gründung der EGKS, EWG, EU.

⁴ Theoretische Grundlage, Ricardo-Modell, *Ribbегge*, Kapitel 2, S. 13 ff.

⁵ Grundlegende Informationen über die Europäische Union, http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_de.htm, 25.1.2013.

⁶ Als Beispiel für eine grenzüberschreitende Einkaufsreise bietet sich das „Brautkleid“ an, welches aufgrund des größeren Angebots und des günstigeren Preises inzwischen häufig in Spanien erworben wird, dazu die Ryanair AGB zu dem Transport des Brautkleides, <https://www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/haufgefragten/-Gepack/Kann-ich-mein-hochzeitskleid-in-der-kabine-transportieren>, 6.4.2018.

Im Jahr 2008 hat jeder vierte EU-Bürger mindestens einen grenzüberschreitenden Handel getätigt.⁷ Dieser Binnenmarkt soll nach den Vorstellungen der EU weiter gefördert und ausgebaut werden. Ziel könnte es sein, den größten Einzelhandelsmarkt der Welt zu schaffen.⁸

Unter einem Markt in diesem Sinne sind nach *Fritsch* „sämtliche *Austauschprozesse*, die aus dem Zusammentreffen von *Anbietern* und *Nachfragern* (Akteuren) erwachsen“⁹ zu verstehen.

Doch wie viel Verbraucherschutz braucht ein gemeinsamer europäischer Binnenmarkt, damit der Verbraucher diesen Binnenmarkt nutzt und dieser wächst? Fraglich ist weiterhin, ob der Verbraucher maßgeblich seine Kaufentscheidung von dem Vertragsrecht abhängig macht.

Kann eine Rechtsvereinheitlichung in der EU tatsächlich zu einer Bildung des größten Einzelhandelsmarktes der Welt beitragen?

Die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter¹⁰ (im Folgenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie oder Richtlinie 1999/44/EG) hat zu einer wesentlichen Beeinflussung der nationalen Kaufrechte in Europa geführt. Jeder Einwohner eines europäischen Mitgliedsstaates und auch fast jede Person, die sich nur für einen vorübergehenden Zeitraum in der Europäischen Union aufhält und Kaufverträge als Verbraucher mit einem Unternehmer schließt, ist von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie betroffen. Doch welche Auswirkungen hatte die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien? Hat es eine Rechtsangleichung gegeben und

⁷ Spezial EUROBAROMETER 298, S. 6, Verbraucherschutz im Binnenmarkt, ; abrufbar unter http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_298_en.pdf, abgerufen am 6.4.2018.

⁸ KOM (2007), 99 endgültig/2, S. 5.

⁹ *Fritsch*, Kapitel 1.1, S. 6.

¹⁰ ABl. 1999 Nr. L 171, S. 12, abgedruckt in: Europäisches Verfahrens-, Kollisions- und Privatrecht, Artz/Staudinger (Hrsg.), 2010, C8.

wie ist das Verhältnis der unterschiedlichen Kaufrechte bei grenzüberschreitenden Sachverhalten? Welche Rechte haben deutsche bzw. spanische Verbraucher gegen ihren Verkäufer oder den Hersteller, wenn das Verbrauchsgut mangelhaft ist?

Weiterhin ist es fraglich, ob auch zukünftig eine weitere Vereinheitlichung des Kaufrechts in der europäischen Union erfolgt. Es wurde die Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts¹¹ (im Folgenden GEK) diskutiert. Dieser Entwurf gilt inzwischen als gescheitert. Würde sich so ein Modell des Kaufrechts doch noch irgendwann durchsetzen und welche Unterschiede bestehen zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und zu dem Verbrauchsgüterkaufrecht in Deutschland und Spanien? Die zentrale Frage ist, wie weit geht Verbraucherschutz im grenzüberschreitenden Verkehr, welche Auswirkungen hat die Rechtsvereinheitlichung in Europa durch die Einführung einer mindestharmonisierenden Richtlinie erfahren und welche möglichen Auswirkungen hätte die Einführung eines optionalen Kaufrechts auf den Verbraucherschutz und den grenzüberschreitenden Handel? Dazu wird im ersten Teil der Arbeit die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien untersucht und mit den Regelungen des GEK verglichen. Sodann werden die Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf im grenzüberschreitenden Verkehr analysiert. Im zweiten Block der Arbeit werden die Erkenntnisse aus dem ersten Teil mit wirtschaftspolitischen und ökonomischen Aspekten verknüpft, um zu ermitteln, ob es mit der Umsetzung der mindestharmonisierenden Richtlinie 1999/44/EG zu einer Rechtsvereinheitlichung gekommen ist und ob der grenzüberschreitende Handel gefördert wurde. Im Weiteren soll ein Ausblick gegeben werden, ob so ein Modell wie das GEK den grenzüberschreitenden Handel tatsächlich fördern würde und wie es sich gegebenenfalls etablieren könnte.

¹¹ Vorschlag der europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011), 635.

In der europäischen Union lebten am 1.1.2017 geschätzt 511.522.680 Personen.¹² Jede in der europäischen Union lebende natürliche Person ist auch ein Verbraucher und schließt tagtäglich Verbrauchergeschäfte. In Deutschland lebten im Januar 2017 geschätzte 82.521.650 und in Spanien 46.528.020 Personen.¹³ In Deutschland und Spanien zusammen lebten im Jahr 2017 somit circa 129.049.700 Einwohner, wovon jeder Einzelne auch Verbraucher ist. Der Anteil des Verbraucherkonsums am BIP in Deutschland betrug 53,5 % im Jahr 2016.¹⁴

Doch inwiefern unterscheiden sich Verbraucherechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien und inwiefern, wirken sich mögliche Unterschiede im Verbrauchsgüterkaufrecht für den Verbraucher aus? Die Untersuchung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien bietet sich an, weil sich die Ausgangsbedingungen der Länder in wirtschaftlicher, rechtlicher und historischer Hinsicht stark unterscheiden, so wie bei einer Vielzahl der europäischen Mitgliedsstaaten. Repräsentativ wird daher in dieser Arbeit die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien analysiert.

I. Europa-, Wirtschafts- und Verbraucherpolitik

Dazu ist kurz herauszustellen, welche Wirtschafts- und Verbraucherpolitischen Ansätze die EU, Spanien und Deutschland vertreten, wie sich die EU als „Rechtsvereinheitlicher“ entwickelt hat und welche wirtschaftlichen und politischen Unterschiede in Deutschland und Spanien bestehen.

¹² Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Code tps00001; <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

¹³ Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Code tps00001; <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

¹⁴ Statistisches Bundesamt: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2017/BIP2016/Pressebrochure_BIP2016.pdf?__blob=publicationFile, S. 14, abgerufen am 6.4.2018.

1. EU

Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (im Folgenden EGKS) wurde 1952 von Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und der Niederlande gegründet. Ziel war es einen gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl zu schaffen. Die Europäische Union ist damit ursprünglich eine Wirtschaftsgemeinschaft. Im Jahr 1958 sollte der gemeinsame Markt auf andere Wirtschaftsbereiche ausgeweitet werden. Aus diesem Grund wurde 1958 die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (im Folgenden EWG) von den Gründerstaaten der EGKS gegründet. Die EWG hatte nach dem zweiten Weltkrieg den Sinn und Zweck den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu fördern und die Länder wirtschaftlich zu verknüpfen, um weitere kriegerische Auseinandersetzungen zu vermeiden.

1993 wurde die um viele Kompetenzen erweiterte Wirtschaftsgemeinschaft in Europäische Union (im Folgenden EU) umbenannt.

Die EU ist ein Staatenverbund. Ein Verbund „*erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.*“¹⁵ Die Ziele der Europäischen Union sind in Art. 3 EUV manifestiert.¹⁶ Sie verfolgt das Ziel einen Binnenmarkt mit einer wettbewerbsfähigen, sozialen Marktwirtschaft zu schaffen, Art. 3 III 1 EUV,¹⁷ mit offenen Märkten und freiem Wettbewerb, Art. 119, 120 AEUV.

Die Europäische Wettbewerbspolitik ist eine rechtlich gebundene Ordnungspolitik.¹⁸

¹⁵ BVerfGE 123, 267, Leitsatz 1, (*Lissabon-Urteil*).

¹⁶ Zu den Zielen der EU: *Kirchhof*, § 214, Rn. 19-42.

¹⁷ Vgl. auch *Kirchhof*, § 214, Rn. 39 und *Schmidt-Preuß*, S. 969 ff., soziale Marktwirtschaft ein wirtschaftspolitischer Fundamentalbegriff.

¹⁸ *Mestmäcker*, S. 293 (m.w.N.).

In der EU lebten im Jahr 2017 geschätzt 511.522.680 Personen in 28 Mitgliedsstaaten auf einer Fläche von 4.479.961 km².¹⁹ Die EU hat damit die drittgrößte Bevölkerung der Welt nach China und Indien und erwirtschaftete im Jahr 2017 ein BIP von 15.324.266,7 Millionen Euro.²⁰

Im Vergleich dazu ist die USA flächenmäßig 2,2-mal größer als die EU, hat aber nur 0,64-mal so viele Einwohner.²¹ Die EU hatte im Jahr 2015 ein 1,04-fach größeres BIP als die USA.²² Diese Zahlen zeigen, welche Bedeutung der EU in der Weltwirtschaft zukommt.

Dem Verbraucherkonsum kommt dabei eine besondere Rolle zu, denn die privaten Konsumausgaben betragen 54,6 % des BIP der EU im Jahr 2016.²³

¹⁹ Statista, Fläche der EU: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/326957/umfrage/flaechen-der-eu-laender/>, abgerufen am 6.4.2018; Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Code tps00001; <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

²⁰ Statista, Weltbevölkerung: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1722/umfrage/bevoelkerungsreichste-laender-der-welt/>, abgerufen am 6.4.2018; Eurostat, Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen: <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?sessionid=9ea7d07d30e6cb8cd8d03ab242e39630d107eee9f2e5.e34OaN8PchaTby0Lc3aNchuMbNiNe0?tab=table&plugin=1&pcode=tec00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

²¹ Statista, Die 30 größten Länder der Welt nach Fläche im Jahr 2018 (in Quadratkilometern): <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3058/umfrage/die-30-groessten-laender-der-welt-nach-flaeche/>, abgerufen am 6.4.2018; Statista, Die 20 Länder mit der größten Bevölkerung im Jahr 2017: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1722/umfrage/bevoelkerungsreichste-laender-der-welt/>, abgerufen am 6.4.2018.

²² Bundeszentrale für politische Bildung, EU – USA – China: Bruttoinlandsprodukt (BIP): <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/europa/135823/bruttoinlandsprodukt-bip>, abgerufen am 6.4.2018.

²³ Eurostat, Konsumausgaben: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Consumption_expenditure_of_households,_2006,_2011,_2015_and_2016_YB17-de.png, abgerufen am 6.4.2018.

2. Deutschland

Deutschland gehörte 1952 zu den Gründerstaaten der EGKS und 1958 zu den Gründerstaaten der EG.²⁴ Die Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden BRD) wurde nach dem zweiten Weltkrieg am 24.5.1949 gegründet. Deutschland besteht heute aus 16 Bundesländern. Vom 7.10.1949 bis 3.10.1990 war die BRD in einen demokratischen Westteil und den sozialistischen Ostteil geteilt. Heute gilt für das gesamte Bundesgebiet das Grundgesetz von 1949 und das Bürgerliche Gesetzbuch (im Folgenden BGB). Das deutsche Recht ist dem deutschen Rechtskreis zuzuordnen.²⁵

In der BRD wird das Konzept einer sozialen Marktwirtschaft²⁶ verfolgt.

Es lebten im Januar 2017 geschätzte 82.521.650 Personen²⁷ auf einer Fläche von 357.022 km².²⁸ Deutschland erwirtschaftete im Jahr 2017 ein BIP von 3.263.350 Millionen Euro.²⁹ Der Anteil der privaten Konsumausgaben betrug im Jahr 2016 davon 53,5 %.³⁰

²⁴ Zur Entstehung und Entwicklung der Europäischen Union: *Borchardt*, § 1, Rn.1-54 (34).

²⁵ *Zweigert/Kötz*, § 10, S. 130-141.

²⁶ Siehe dazu *Papier*, S. 1093 ff.

²⁷ Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Code tps00001; <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

²⁸ Statista, Fläche der EU: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/326957/umfrage/flaechen-der-eu-laender/>, abgerufen am 6.4.2018; Eurostat.

²⁹ Eurostat, Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen: <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?sessionid=9ea7d07d30e6cb8cd8d03ab242e39630d107eee9f2e5.e34OaN8PchaTby0Lc3aNchuMbNiNe0?tab=table&plugin=1&pcode=tec00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

³⁰ Statistisches Bundesamt: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2017/BIP2016/Pressebrochure_BIP2016.pdf?__blob=publicationFile, S. 14, abgerufen am 6.4.2018.

Deutschland belegte im Jahr 2016 den dritten Platz des weltweiten Warenhandels.³¹ Der Weltmarktanteil der Ausfuhren aus Deutschland betrug 8,4 % im Jahr 2016.³²

Im Jahr 2017 gingen 58,6 % der deutschen Ausfuhren in ein EU-Mitgliedsland und wurden 57,1 % aus anderen EU-Ländern nach Deutschland eingeführt.³³

3. Spanien

Zum 1.1.1986 wurde Spanien Mitglied der EG.³⁴ Spanien ist seit 1978 ein sozialer und demokratischer Rechtsstaat in der Staatsform einer parlamentarischen Monarchie, Art. 1 CE. Zwischen 1939 und 1975 war Spanien eine Diktatur unter Francisco Franco. Beeindruckend ist die friedliche Entwicklung des Staates Spaniens von einer Diktatur zu einem sozialen und demokratischen Rechtsstaat.

Spanien ist ein „dezentralisierter Einheitsstaat“³⁵. Er besteht aus 17 autonomen Gebietskörperschaften.

Für das gesamte Staatsgebiet gilt die CE von 1978, in der der Schutz des Verbrauchers ausdrücklich garantiert wird³⁶. Das spanische Rechtssystem

³¹ WTO: http://stat.wto.org/CountryProfiles/DE_e.htm, abgerufen am 6.4.2018.

³² WTO: <http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFView.aspx?Language=F&Country=DE>, abgerufen am 6.4.2018.

³³ Statista, Wert der Exporte aus Deutschland nach Ländergruppen im Jahr 2017: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/158303/umfrage/deutsche-exporte-und-importe-2010-nach-laendergruppen/>, abgerufen am 6.4.2018; Statista, Wert der Importe nach Deutschland nach Ländergruppen im Jahr 2017: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/74623/umfrage/importe-nach-deutschland-nach-laendergruppen/>, abgerufen am 6.4.2018.

³⁴ Zur Entstehung und Entwicklung der Europäischen Union: *Borchardt*, § 1, Rn.1-54 (36).

³⁵ *Fischer*, S. 73 (m.w.N.).

³⁶ *Wesel*, Kap. 10, Rn. 156, S. 612.

ist in groben Zügen dem romanisch germanischen Rechtskreis zuzuordnen, mit einer kontinental-europäischen Prägung und einem ausgeprägten Rechtspluralismus von Foral- und Sonderrechten.³⁷

In Spanien lebten im Januar 2018 auf einer Fläche von 503.370 km² geschätzte 46.528.020 Personen³⁸. Spanien erwirtschaftete im Jahr 2017 ein BIP von 1.163.662, Millionen Euro.³⁹ Der Anteil der privaten Konsumausgaben betrug 56,8 % im Jahr 2016.⁴⁰

Spanien belegte im Jahr 2016 den 16. Platz beim Export und den 15. Platz beim Import beim weltweiten Warenhandel.⁴¹ Der Weltmarktanteil der Ausfuhren aus Spanien betrug 1,8 % im Jahr 2016.⁴²

Im Jahr 2016 gingen 65,5 % der spanischen Ausfuhren in ein EU-Mitgliedsland und wurden 56,4 % aus anderen EU-Ländern nach Spanien eingeführt.⁴³

II. Aufbau der Untersuchung

Spanien und Deutschland unterscheiden sich damit nicht nur hinsichtlich ihrer Größe, ihrer wirtschaftlichen Leistung und ihrer staatlichen Struktur, sondern auch im Hinblick auf den Zeitpunkt zum EU-Beitritt und ihrer rechtlichen Tradition. Gemeinsam ist diesen beiden Staaten jedoch die

³⁷ Riesenhuber/Albiez Dohrmann/Sánchez Lorenzo, § 27, Rn. 1.

³⁸ Statista, Fläche der EU: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/326957/umfrage/flaechen-der-eu-laender/>, abgerufen am 6.4.2018; Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Code tps00001; <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018..

³⁹ Eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1,%2031.7.2012&pcode=tps00001&language=de>, abgerufen am 6.4.2018.

⁴⁰ Eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/d/d7/Consumption_expenditure_of_households%2C_2006%2C_2011%2C_2015_and_2016_YB17-de.png, abgerufen am 6.4.2018.

⁴¹ WTO, http://stat.wto.org/CountryProfiles/ES_e.htm, abgerufen am 6.4.2018.

⁴² WTO, a.a.O Fn. 41.

⁴³ WTO, a.a.O Fn. 41.

friedliche Entwicklung hin zu modernen demokratischen Staaten, die sich in Europa eingefügt haben.

Aus der Entwicklungsgeschichte der EU folgt, dass der „Motor“ der EU bzw. der Antrieb die EU rechtlich weiter zu gestalten der gemeinsame europäische Binnenmarkt ist.⁴⁴

In den vergangenen Jahren wurde eine lebhafte Diskussion über die Weiterentwicklung dieses Binnenmarktes geführt. Dabei stellte sich immer wieder die Frage, welcher Weg der effektivste sei.⁴⁵ Es wurden die Vor- und Nachteile der Voll- und Mindestharmonisierung beleuchtet,⁴⁶ die Einführung eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches diskutiert und ein europäisches Vertragsrecht als optionales Instrument entworfen.

Die Diskussion über die europäische Rechtsvereinheitlichung ist überaus vielfältig und von verschiedenen Zielsetzungen geleitet. Allerdings erscheint es fraglich, inwieweit der europäische Binnenmarkt, und damit auch der Verbraucher, von der Rechtsvereinheitlichung profitiert.

Anhand einer Untersuchung des deutschen und spanischen Verbrauchsgüterkaufrechts und ihrer Anwendung in grenzüberschreitenden Vertragsketten soll untersucht werden, inwieweit eine mindestharmonisierende Richtlinie bzw. die geplante Einführung eines optionalen Vertragsrechts zu einer Rechtsvereinheitlichung geführt hat bzw. führt und ob der Binnenmarkt tatsächlich durch ihre Einführung gefördert wurde.

In methodischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass im ersten Teil der Arbeit die Richtlinie 1999/44/EG und anschließend deren Umsetzung in das deutsche und spanische Recht erläutert werden. Die Darstellung erfolgt zunächst in Form jeweiliger Länderberichte. Im folgenden Verlauf

⁴⁴ Vgl. Art. 26-27 AEUV, ehemals Art. 14-15 EGV; Vgl. Calliess/Ruffert/*Stefan Korte*: AEUV Art. 26 Rn. 1 ff.

⁴⁵ Dazu auch *Basedow*, S. 29 ff.

⁴⁶ Siehe *Sonntag*, S. 161; unter anderem kritisch zur Vollharmonisierung *Reich*, VuR 2009, 361.

der Arbeit wird erfasst, welche Probleme sich in einem grenzüberschreitenden Warenverkehr für die Verbraucherrechte des jeweiligen Landes ergeben. Im zweiten Teil der Arbeit werden die Auswirkungen der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG auf die Wirtschaft anhand der Entwicklung des BIP nachvollzogen.

Ausgangspunkt ist die mindestharmonisierende „Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“. Ziel der Richtlinie ist die Förderung eines einheitlichen Binnenmarktes. Fraglich ist, ob sich mit der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG das Verbrauchsgüterkaufrecht in Deutschland und Spanien angeglichen hat und ob es zu einer Förderung des Binnenmarktes gekommen ist. Weiterhin stellt sich die Frage, welche nationalen Verbraucherschutzrechte gerade im grenzüberschreitenden Handel gelten, der durch die Einführung der Richtlinie 1999/44/EG gefördert werden sollte.

Im Kontext von Verbrauchsgüterkauf und grenzüberschreitenden Verträgen ist der Entwurf des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zu erläutern und zu analysieren. Der ebenso wie die Richtlinie 1999/44/EG die Zwecksetzung hat den europäischen Binnenmarkt zu fördern. Inwiefern unterscheiden sich die Verbraucherrechte für den Verbraucherkaufvertrag nach dem GEK von den Rechten im Verbrauchsgüterkauf nach der Richtlinie 1999/44/EG und ihrer Umsetzung in Deutschland und Spanien? Im dritten Teil der Arbeit soll thematisiert werden, welche Möglichkeiten für die Entwicklung des „größten Einzelhandelsmarktes“ der Welt bestehen.

B. Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf

Laut einer Untersuchung von Hoppe soll ein überwiegender Teil der deutschen Gesetze einen europarechtlichen Einfluss haben.⁴⁷ Die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁴⁸ veranlasste den deutschen Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der Richtlinie zu der sogenannten „großen Schuldrechtsreform“.⁴⁹ Die Übernahme vieler Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG erfolgte nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf im Sinne der Richtlinie, sondern für sämtliche Kaufverträge im deutschen Recht.⁵⁰

In der BRD wurde die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2002 überschießend im BGB umgesetzt. „Überschießende Umsetzung“ bedeutet, dass die umgesetzte Richtlinie auch auf Sachverhalte anwendbar ist, auf die sich der ursprüngliche Anwendungsbereich der Richtlinie nicht erstreckte.⁵¹

In Spanien entstand 2007 ein allgemeines Verbrauchergesetzbuch, das „Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios“ (im Folgenden LGDCU 2007), worin die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nachträglich umgesetzt wurde.⁵²

⁴⁷ Hoppe, EuZW 2009, 168-169.

⁴⁸ ABl. 1999 Nr. L 171, S. 12, abgedruckt in Artz/Staudinger, C8.

⁴⁹ BT Drucksache 14/6040, S. 79; Reich/Micklitz, § 17, S. 649; Europarecht/Schulte-Nölke, § 23 Rn. 172.

⁵⁰ Gebauer/Wiedmann/Leible, Kap. 10, Rn. 31.

⁵¹ GHN/Nettesheim AEUV Art. 288 Rn. 131.

⁵² Zunächst verspätete Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG mit dem Ley 23/2003, de 10. de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11-7-2003, pp. 27160-27164); Überarbeitung des Ley 26/1984, de 19 Julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE núms. 175 y 176, de 24-7-1984) und Eingliederung des Ley 23/2003 nach dem Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30-11-2007, pp. 49181-49215).

Ob Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf dem einzelnen Verbraucher in Deutschland und beziehungsweise oder in Spanien zustehen, war jedoch bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁵³ maßgeblich von der Definition des Verbrauchers abhängig. Weder das Gemeinschaftsrecht noch das Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten kannten bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie einen einheitlichen Verbraucherbegriff, der allen Rechtsakten zugrunde gelegt werden konnte.⁵⁴ Weiterhin ist zu untersuchen, welche Rechte dem Verbraucher im Verbrauchsgüterkauf zustehen, wer seine Ansprüche befriedigt und welche weiteren Rechte und Verpflichtungen im nationalen Recht entstanden sind, die aus der Richtlinie 1999/44/EG hervorgegangen sind.

Aus diesem Grund ist zunächst die Richtlinie 1999/44/EG und ihre Modifizierung durch die Verbraucherrechterichtlinie zu untersuchen und dann auf die nationale Umsetzung der Richtlinie in Deutschland und Spanien einzugehen und sodann zu vergleichen. Im Weiteren wird der Entwurf des Optionalen Europäischen Kaufrechts in den Vergleich miteinbezogen und grenzüberschreitende Sachverhalte mit unterschiedlichen Vertragsrechten in der Vertragskette untersucht.

I. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine mindestharmonisierende Richtlinie⁵⁵, die einen einheitlichen Mindeststandard des Verbraucherschutzes im Binnenmarkt gewährleisten soll.⁵⁶ Sie gehört nach *Schroeter* zu den wichtigsten EG-Verbraucherschutzrichtlinien.⁵⁷ Dem Verbraucher sollen im europäischen Binnenmarkt grundsätzlich einheitliche Gewährleistungs-

⁵³ Richtlinie 2011/83/EU vom 25.11.2011, ABl. L 304/64, 22.11.2011.

⁵⁴ Vgl. *Reich/Micklitz*, § 1, S. 46.

⁵⁵ Erwägungsgrund 24 Richtlinie 1999/44/EG; Art. 8 II Richtlinie 1999/44/EG.

⁵⁶ Art. 1 I Richtlinie 1999/44/EG; Erwägungsgrund 5 Richtlinie 1999/44/EG; Grundmann/Bianca/*Gomez*, Einl. Rn. 89.

⁵⁷ *Schroeter*, § 4, Rn. 22 (m.w.N.).

rechte zustehen, welche dann auch im Binnenmarkt einheitlich verjähren.⁵⁸ Die Richtlinie 1999/44/EG wurde auf Grundlage des Art. 95 EG zur Verwirklichung des Binnenmarktes erlassen.

Sinn und Zweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist nach überwiegender Meinung nicht die Stärkung des Verbraucherschutzes, sondern die Förderung des Binnenmarktes.⁵⁹ Dies ergibt sich zum einen aus Art. 95 EG und den Erwägungsgründen 2-4. Inwieweit Verbraucherschutz und Binnenmarktförderung zusammenhängen, lässt sich nicht auf den ersten Blick logisch erfassen. So könnte der Eindruck entstehen, dass jegliche Verbraucherschutzauflage den Binnenmarkt eher hindert als fördert.⁶⁰ Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich jedoch mit der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung⁶¹ klären. Nach dieser Entscheidung können Hemmnisse für den Binnenhandel gerechtfertigt sein, wenn dieses Hemmnis dem Verbraucherschutz dient.⁶² Wenn die Bestimmungen für den Verbraucherschutz jedoch europaweit vereinheitlicht werden, so kann der Handel mit bestimmten Waren nicht mit dem Hinweis auf zwingende nationale Verbraucherschutzvorschriften verboten oder beschränkt werden.⁶³ Verbraucherschutz ist daher auch ein Mittel um den Binnenmarkt zu vereinheitlichen.

Doch was ist ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und wer ist im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ein Verbraucher? Diese Fragen sind zunächst zu klären. Sodann ist darzustellen, welche Rechte dem Verbraucher nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährt werden.

⁵⁸ Art. 5 I, Art. 7 I Richtlinie 1999/44/EG, Gebauer/Wiedmann/Leible, Kap. 10, Rn. 1.

⁵⁹ Vgl. Europarecht/Schulte-Nölke, § 23, Rn. 15; Heiderhoff, Kap. 4, S. 86; Zerres, Teil 1. S. 50.

⁶⁰ Heiderhoff, Kap. 4, S. 86.

⁶¹ EuGH, Urt. 20.2.1979, C-120/78.

⁶² EuGH, Urt. 20.2.1979, C-120/78, Rn. 8.

⁶³ Europarecht/Schulte-Nölke, § 23, Rn. 5.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Erfasst sind gemäß Art. 1 I, II RL 1999/44 EG Kaufverträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer über Verbrauchsgüter.⁶⁴ *Verbrauchsgüter* sind gemäß Art. 1 II lit. b Richtlinie 1999/44/EG bewegliche körperliche Gegenstände. Allerdings soll nicht jeder körperliche Gegenstand ein Verbrauchsgut nach der Richtlinie sein. Ausgenommen sind gemäß Art. 1 II lit. b Richtlinie 1999/44/EG „Güter, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden“, „Wasser und Gas, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind“ und „Strom“.⁶⁵ Der sachliche Anwendungsbereich wurde auch nicht durch die neue Verbraucherrechterichtlinie⁶⁶ grundlegend geändert. Die Verbraucherrechterichtlinie definiert nun nicht das Verbrauchsgut, sondern lediglich „Waren“. Waren sind nach Art. 2 Nr. 3 Richtlinie 2011/83/EU ebenfalls „bewegliche körperliche Gegenstände mit Ausnahme von Gegenständen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden; als Waren im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Wasser, Gas und Strom, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden“.

Die Verbrauchsgüter im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie können sowohl neu als gebraucht sein.⁶⁷

⁶⁴ Sowohl grenzüberschreitende wie nationale Kaufverträge sind von der Richtlinie 1999/44/EG erfasst.

⁶⁵ Die Harmonisierung von Strom und Gas erfolgte bereits durch die Richtlinie 1996/92/EG, 19.2.1996, ABl. Nr. L027/20 v. 30.1.1997 und Richtlinie 2003/55/EG, 26.6.2003, ABl. Nr. L176/57 v. 15.7.2003.

⁶⁶ Richtlinie 2011/83/EU, ABl. Nr. L 304/64 v. 21.11.2011.

⁶⁷ Dafür spricht die Ausnahmenvorschrift in Art. 1 III Richtlinie 1999/44/EG und der Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 1999/44/EG; Grundmann/Bianca/Luna Serrano, Art. 1 Rn. 28.

Erfasst werden ausschließlich bewegliche, körperliche Gegenstände. Von der Richtlinie ausgeschlossen sind Immobilienkaufverträge und Immaterialgüter sowie Forderungen.⁶⁸

Auch der Vertrag über die Lieferung einer noch herzustellenden oder noch zu erzeugenden Sache ist ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne der Richtlinie, Art. 1 IV Richtlinie 1999/44/EG.

Von der Richtlinie erfasst sind gemäß Art. 6 Richtlinie 1999/44/EG auch die Garantien. Die Garantie im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist als *Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag*⁶⁹ zu verstehen.⁷⁰

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Was ist ein Verbraucher und was ist ein Unternehmer im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie? Welche Rechte hat ein Verbraucher gegenüber einem Unternehmer nach dieser Richtlinie? Im Folgenden sind diese Fragen zu beantworten.

a) Verbraucher

Ein Verbraucher ist nach Art. 1 II lit. a Richtlinie 1999/44/EG jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer⁷¹ beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Dieser Verbraucherbegriff wurde durch die Verbraucherrechterichtlinie⁷² modifiziert. „Verbraucher“ ist nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2011/83/EU „jede natürliche Person,

⁶⁸ Klarer Wortlaut des Art. 1 II lit. b Richtlinie 1999/44/EG; Grundmann/Bianca/Luna Serrano, Art. 1 Rn. 29; Reich/Mückelitz, § 17, S. 649.

⁶⁹ Grundmann/Bianca/Luna Serrano, Art. 1, Rn. 21.

⁷⁰ Dafür spricht auch Erwägungsgrund 21 Richtlinie 1999/44/EG.

⁷¹ Possessivpronomen „ihre“ ist irreführend, gemeint ist nicht ausschließlich der Unternehmer, der in dem Moment nicht gewerblich oder beruflich handelt, sondern jede natürliche Person, siehe Flume ZIP 2000, 1427.

⁷² Richtlinie 2011/83/EU.

die bei dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“.

Nach dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff ist und bleibt ein Verbraucher nur jede natürliche und keine juristische Person,⁷³ unabhängig von dem jeweiligen nationalen Verständnis. In diesem Kontext ist auch der Verbraucherbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bzw. der Verbraucherrechterrichtlinie auszulegen. Demnach ist die Definition des Verbrauchers aus Art. 1 II lit. a Richtlinie 1999/44/EG und Art. 2 Nr.1 Richtlinie 2011/83/EU wortwörtlich zu verstehen. Das heißt, es können nur natürliche Personen Verbraucher im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sein und nicht juristische Personen. Für diese Auslegung spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 1 II lit. a Richtlinie 1999/44/EG und Art. 2 Nr.1 Richtlinie 2011/83/EU, sondern auch der klare Wortlaut des Art. 1 II lit. c Richtlinie 1999/44/EG bzw. Art. 2 Nr. 2 Richtlinie 2011/83/EU, der den „Verkäufer“ bzw. „Unternehmer“, im Gegensatz zum Verbraucher, als jede natürliche oder juristische Person definiert.

Von dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff sind weder Existenzgründer⁷⁴ noch natürliche Personen erfasst, die ihren Gewerbebetrieb zwecks Geschäftsaufgabe verkaufen.⁷⁵

Grundsätzlich war bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterrichtlinie ein Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne nur dann ein Verbraucher, wenn sein Handeln familiäre oder persönliche Bedürfnisse

⁷³ EuGH, Urt. 22.11.2001, C-541/99, C-542/99, Rn. 15-17, (*Idealservice*); bereits angedeutet in EuGH, Urt. 21.6.1978, C-150/77, Rn. 19/22, (*Bertrand/Ott*), „private Endverbraucher“; EuGH, Urt. 19.1.1993, C-89/91, Rn. 22, (*Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft*), „private Endverbraucher“; EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 17, (*Benincasa/Dentalkit*), „Einzelperson“; wohl a.A. *Reich/Micklitz*, § 1, S. 48 „ausnahmsweise sind auch juristische Personen Verbraucher“.

⁷⁴ EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 19, (*Benincasa/Dentalkit*).

⁷⁵ EuGH, Urt. 14.3.1991, C-361/89, Rn. 19, (*Di Pinto*).

im konkreten Rechtsgeschäft erfüllte.⁷⁶ Nach dem Erwägungsgrund 17 S. 2 der Verbraucherrechterichtlinie ist eine natürliche Person nunmehr auch dann ein Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne, wenn er die Leistung teils privat und teils beruflich nutzt, solange die gewerbliche Nutzung nicht überwiegt.⁷⁷

Bis zur Einführung der Verbraucherrechterichtlinie war streitig, ob auch Personengemeinschaften Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne sein können, wenn sie nicht juristische Personen sind.⁷⁸ Schutzzweck ist zum einen der Verbraucherschutz und zum anderen die Förderung des Binnenmarktes. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine mindestharmonisierende Richtlinie, die einen weitergehenden Verbraucherschutz den Mitgliedsstaaten überlässt. Dies sprach für ein enges Verständnis des Verbraucherbegriffs, der nicht die Personengruppe einbezieht. Dafür sprach auch der Wortlaut des Art. 1 II lit. a Richtlinie 1999/44/EG, der den „Verbraucher“ als jede natürliche Person kennzeichnet und eben nicht als Personengruppe oder Personenzusammenschluss. Des Weiteren sollte das Handeln des Verbrauchers seine familiären oder persönlichen Bedürfnisse erfüllen⁷⁹, das Handeln in einer Personengruppe oder Personengemeinschaft wird zwar immer auch seine persönlichen Bedürfnisse erfassen, aber nicht ausschließlich. Aus diesem Grund ist eine Personengemeinschaft grundsätzlich kein Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen

⁷⁶ EuGH, Urt. 14.3.1991, C-361/89, Rn. 15, (*Di Pinto*); EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 16, 17, (*Benincasa/Dentalkit*); Vgl. zur Anknüpfung an das gegenwärtige Rechtsgeschäft als objektiv-funktionelles Element: *Denkinger*, S. 322-325.

⁷⁷ Nach dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis des Verbraucherbegriffs nach der Richtlinie 1999/44/EG war ein Verbraucher nur dann ein Verbraucher, wenn der gewerbliche Zweck völlig untergeordnet war, vgl. EuGH, Urt. 20.1.2005, C-464/01, Rn. 39, 41, (*Gruber/BayWa AG*).

⁷⁸ Ablehnend: *Heiderhoff*, Kap. 4, S. 94; *Denkinger*, S. 337; so auch *Europarecht/Schulte-Nölke*, § 23, Rn. 40; a.A. *Doehner*, S. 130.

⁷⁹ EuGH, Urt. 14.3.1991, C-361/89, Rn. 15, (*Di Pinto*); EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 16, 17, (*Benincasa/Dentalkit*).

Sinne.⁸⁰ Für diese Ansicht spricht nun auch die Verbraucherrechterichtlinie, die den Anwendungsbereich ausdrücklich nicht auf Personengemeinschaften erweitert hat.⁸¹ Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 2011/83/EU definiert den „Verbraucher“ als „jede natürliche Person“ und nicht als Personengruppe oder Personengemeinschaft, obwohl die Diskussion um die Personengruppe als Verbraucher bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie bekannt war.

Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist nur derjenige, der sich nicht als Unternehmer geriert.⁸²

Für die Beurteilung, ob eine Person für den beruflichen oder gewerblichen Zweck oder als Verbraucher handelt, ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.⁸³ Der Verbraucher schließt einen Vertrag zu einem Zweck, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.⁸⁴ Es kommt daher auf die Zielsetzung des Vertragsschlusses an und nicht auf die spätere tatsächliche Nutzung. So kann sich auch nicht derjenige auf den Schutz der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie berufen, der zunächst als Unternehmer einen Vertrag schließt und die Sache im Nachhinein als Verbraucher nutzt.

Grundsätzlich geht das Gemeinschaftsrecht von einem Verbraucher aus, der selbst freie Entscheidungen treffen kann, weil er aufgeklärt, geschäftsfähig und informiert ist.⁸⁵ Sozial- und Minderheitenschutz fällt im

⁸⁰ Vgl. *Denkinger* S. 337, anders *Wiedemann*, S. 178-181, der es von der Betrachtung der einzelnen Personen abhängig macht, ob dieser Verbraucher ist oder nicht. Diese Ansicht führt jedoch dazu, dass ein einheitlicher Vertrag aufgespalten würde mit unterschiedlichen Verpflichtungen und Rechten.

⁸¹ Art. 2 Richtlinie 2011/83/EU.

⁸² Derjenige der sich als Unternehmer ausgibt, kann sich im Nachhinein nicht auf den Schutz eines Verbrauchsgüterkaufs berufen, z.B. Einkauf im Großmarkt zu dem nur die Gewerbetreibenden Zutritt haben; EuGH, Urt. 20.1.2005, C-464/01, Rn. 54, (*Gruber/BayWa AG*).

⁸³ Vgl. *Faber*, *ZeUP* 1998, 854, 866 zur Fernabsatzrichtlinie (m.w.N.); *Doehner*, § 6, S. 133; Vgl. a. zur Anknüpfung an das gegenwärtige Rechtsgeschäft als objektiv-funktionelles Element: *Denkinger*, S. 322-325.

⁸⁴ Vgl. Art. 1 II lit. a Richtlinie 1999/44/EG.

⁸⁵ *Reich/Micklitz*, § 1, 1.37, S. 45; *Faber*, *ZeUP* 1998, 854, 854; *Traub*, S. 11.

Rahmen der Mindestharmonisierung in den Aufgabenbereich der Mitgliedsstaaten.⁸⁶

Sinn und Zweck der Richtlinie 1999/44/EG ist es einen Mindestsockel an Verbraucherrechten zu gewährleisten⁸⁷ und nicht ein umfassender Verbraucherschutz, denn dies ist primär Aufgabe der Mitgliedsstaaten. Gemeinschaftsrechtlich ist aber trotzdem grundsätzlich von einem engen Verbraucherbegriff und einem weiten Unternehmerbegriff auszugehen. Diese Auslegung entspricht auch den Urteilen des EuGH zu der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁸⁸ und der Definition des „Verbrauchers“ nach der Verbraucherrechterichtlinie, die den Verbraucherbegriff bewusst nicht weiter gefasst hat, als nach der ursprünglichen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Der Verbraucherschutz wird in diesen Urteilen sehr weit gefasst, der persönliche Anwendungsbereich dagegen nicht erweitert.

Offen bleibt auch mit der Einführung der Verbraucherrechterichtlinie, ob der Arbeitnehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne Verbraucher sein kann.⁸⁹ Was unter einer beruflichen Tätigkeit verstanden werden kann, ist nach dem deutschen Wortlaut der Richtlinie 1999/44/EG und auch nach der Verbraucherrechterichtlinie nicht eindeutig. Es könnte zum einen nur die selbständige berufliche Tätigkeit gemeint sein oder prinzipiell jedes berufliche Handeln, also auch die unselbständige berufliche Tätigkeit. Für eine enge Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriffs, und damit den Ausschluss des Arbeitnehmers als Verbrauchers, spräche laut *Denkinger* die Wortwahl „privater Endverbraucher“ in den Urteilen des EuGH⁹⁰, die den gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff maß-

⁸⁶ Erwägungsgrund 24, Richtlinie 1999/44/EG; *Reich/Micklitz*, § 1, 1.37, S. 45.

⁸⁷ Erwägungsgrund 5, Richtlinie 1999/44/EG.

⁸⁸ EuGH, Urt. 14.4.2008, C-404/06, (*Quelle*); EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, (*Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medianess Electronics*).

⁸⁹ Zustimmend: *Riesenhuber*, § 7, Rn. 189 f.; *Palandt/Ellenberg*, § 13, Rn. 3; wohl ablehnend: *Denkinger*, S. 337, 338; *Doebner*, S. 131; *Morgenroth*, S. 49, 50.

⁹⁰ EuGH, Urt. 21.6.1978, C-150/77, (*Bertrand/Ott*); EuGH, Urt. 19.1.1993, C-89/91, (*Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft*); EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, (*Benincasa/Dentalkit*); *Denkinger* stützt unter anderem mit diesem Argument

geblich geprägt haben. Weiterhin diene die unselbständige, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nicht der Befriedigung persönlicher oder familiärer Bedürfnisse und es sei nicht ersichtlich, warum der unselbständige Berufstätige schutzbedürftiger sei, als der selbständige.⁹¹ Allerdings ist auch der Sinn und Zweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu beachten, der zum einen in der Förderung des Binnenmarktes liegt und zum anderen im Verbraucherschutz. Der Verbraucher, der nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geschützt werden soll, hat keinen Einfluss auf das Geschäftsrisiko wie der Selbständige.⁹² Er ist aus diesem Grunde schutzwürdiger als der Selbständige. Aufgrund der bisherigen engen Auslegung des Verbraucherbegriffs des EuGH⁹³ ist der Verbraucherbegriff nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenfalls in dieser Historie auszulegen. Daher ist dem Argument, der Arbeitnehmer wäre nicht schutzwürdiger als der Selbständige, zwar nicht zuzustimmen, allerdings unterfällt der Arbeitnehmer nicht in den Schutzbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutzrecht hat zum Ziel, den Verbraucher vor gewissen situativen Gefährdungen zu schützen, dies umfasst den Schutz zum Zwecke privaten oder familiären Handelns. Der Arbeitnehmer ist jedoch gerade nicht in einer privaten Situation,⁹⁴ daher kann von ihm eine höhere Aufmerksamkeit erwartet werden und ist nicht durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geschützt.

Eine sehr treffende Metapher nach *Teichmann*⁹⁵ ist der Spaziergänger und der Autofahrer im Straßenverkehr. Der Autofahrer muss die volle Auf-

die These, dass nach gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten, der Arbeitnehmer kein Verbraucher sei, S. 337, 338.

⁹¹ *Denkinger*, S. 337, 338.

⁹² Vgl. zum gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff *Faber*, *ZeuP* 1998, 854, 873; zum Prinzip der Eigenverantwortung: *Wiedenmann*, S. 188.

⁹³ EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 19, (*Benincasa/Dentalkit*); EuGH, Urt. 20.1.2005, C-464/01, Rn. 39, 41, (*Gruber/BayWa AG*).

⁹⁴ Der Verbraucher bedarf Schutz nur gegenüber situativen Gefährdungen: *Pfeiffer*, S. 42; Art. 1 I Richtlinie 1999/44/EG „zu bestimmten Aspekten“, Stellungnahme, ABl. C 333/52, 30.10.1998.

⁹⁵ *Teichmann*, FS Kraft, S. 629, 634.

merksamkeit erbringen, unabhängig davon, ob er erfahren oder ein Fahr-anfänger ist. Der Spaziergänger dagegen darf weniger aufmerksam sein und sorgloser agieren.⁹⁶ Der Verbraucher darf beim Handeln zum privaten oder familiären Zweck sorgloser und weniger aufmerksam sein, als derjenige der aus beruflichen oder gewerblichen Gründen tätig wird.

b) Unternehmer

Davon ist der Unternehmer dadurch zu unterscheiden, dass sein Handeln Bezüge zu der geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit aufweist.⁹⁷ Gemeint ist nicht, dass das Handeln des Unternehmers zu *seiner* typischen geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit Bezug haben muss, sondern nur im Sinne des Art. 1 II lit. c Richtlinie 1999/44/EG, dass der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit verkauft.⁹⁸

Ein Verkäufer ist nach Art. 1 II lit. c Richtlinie 1999/44/EG „jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Vertrags im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft“. Der Begriff des Verkäufers ist nach der Funktion seines Handelns im konkreten Rechtsgeschäft definiert und nicht nach seinem Status.⁹⁹ Was unter einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit im Sinne der Richtlinie 1999/44/EG zu verstehen ist, ist gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Denkinger verwendet folgende Definition des verbraucherrechtlichen Gewerbebegriffs: „*Der betreffenden Tätigkeit muss ein planmäßiges Handeln mit einer*

⁹⁶ Teichmann, FS Kraft, S. 629, 634.

⁹⁷ EuGH, Urt. 21.6.1978, C-150/77, (*Bertrand/Ott*); EuGH, Urt. 19.1.1993, C-89/91, Rn. 20, 22, (*Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft*); EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, Rn. 15, 19, (*Benincasa/Dentalkit*).

⁹⁸ Also auch die geschäftliche Existenzaufgabe oder die geschäftliche Existenzaufnahme, EuGH, Urt. 14.3.1991, C-361/89, (*Di Pinto*); EuGH, Urt. 3.7.1997, C-269/95, (*Benincasa/Dentalkit*); erfasst sollte auch das branchenfremde Nebengeschäft sein, welches der Unternehmer im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit tätigt, so auch MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 59.

⁹⁹ Verkäufer ist, wer *im Rahmen* seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit etwas verkauft, Art. 1 II lit. c Richtlinie 1999/44/EG. Es wird demnach nicht an den grundsätzlichen Status einer Person angeknüpft, wie zum Beispiel die Eintragung in ein Register oder Umsatzzahlen etc., sondern an objektive-funktionale Elemente.

*Geschäftsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zugrunde liegen, sie muss von einer gewissen Dauerhaftigkeit sein, eine Tätigkeit am Markt im Wettbewerb und eine entgeltliche sein. Gewinnerzielungsabsicht ist hingegen nicht notwendig [...]*¹⁰⁰

Die Auslegung des Verkäuferbegriffs der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist durch die Einführung der Verbraucherrechterichtlinie auch nicht zu modifizieren. Nach Art. 2 Nr. 2 Richtlinie 2011/83/EU ist ein „Unternehmer jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträge selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Lediglich ist zu berücksichtigen, dass nun auch ausdrücklich die Fälle der Vertretung und des Auftrags erfasst sind.

3. Verbraucherrechte

Von der Vertragsmäßigkeit der Ware ist es abhängig, ob der Verbraucher gegen den Verkäufer Rechte geltend machen kann und wenn ja, welche Rechte dem Verbraucher gegen den Verkäufer zustehen.

Die Vertragsmäßigkeit der Ware ist in Art. 2 Richtlinie 1999/44/EG geregelt und von der kommerziellen Garantie nach Art. 6 Richtlinie 1999/44/EG abzugrenzen.

Der Verkäufer ist gemäß Art. 2 I Richtlinie 1999/44/EG verpflichtet dem Verbraucher vertragsgemäße Ware zu liefern. Ansonsten haftet nach Art. 3 I Richtlinie 1999/44/EG der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht.¹⁰¹ Entscheidend ist daher der Zeitpunkt der Lieferung, also der Übergabe. Die Vertragsgemäßheit der Ware wird positiv vermutet, wenn ein Fall des

¹⁰⁰ *Denkinger*, S. 275, 276, so auch *Wiedenmann*, S. 185, 186; ausführlich *Faber*, *ZeUP* 1998, 854, 873, 874.

¹⁰¹ Gewährleistungsschuldner des Verbrauchers ist damit der Letztverkäufer. Der Hersteller haftet nur direkt, wenn er direkt an den Verbraucher das Verbrauchsgut verkauft hat.

Art. 2 II a-d Richtlinie 1999/44/EG vorliegt.¹⁰² Die Ware ist vertragsgemäß, wenn das Verbrauchsgut mit der Beschreibung oder Probe übereinstimmt,¹⁰³ sich für den vereinbarten Zweck¹⁰⁴ oder für den gewöhnlichen Gebrauch¹⁰⁵ eignet oder eine übliche Qualität hat¹⁰⁶. Nicht von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausdrücklich erfasst sind die Quantitätsmängel.¹⁰⁷ Jedoch ist gemäß Art. 2 I Richtlinie 1999/44/EG der Verkäufer verpflichtet dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern, mengenmäßige Abweichungen sind jedoch nicht vertragsgemäß, so dass auch die Quantitätsmängel von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasst sind.¹⁰⁸

Hinsichtlich eines Rechtsmangels ist der Wortlaut der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie offen, so dass durchaus auch Rechtsmängel unter die Richtlinie 1999/44/EG fallen könnten,¹⁰⁹ denn vertragsgemäß im Sinne von Art. 2 I Richtlinie 1999/44/EG kann sowohl Rechts- als auch Sachmangelfreiheit bedeuten. Rechtsmängel wurden jedoch nach der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 1999/44/EG nicht mit einbezogen.¹¹⁰ Aus diesem Grund und auch da es sich bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um eine mindestharmonisierende Richtlinie handelt, die den nationalen Gesetzgebern einen weiteren Umsetzungsspielraum ermöglicht, ist der Rechtsmangel eines Verbrauchsgutes wohl von dem Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/44/EG nicht erfasst.¹¹¹

Wenn die Vertragsgemäßheit des Verbrauchsgutes nicht vorliegt, so kann der Verbraucher unter Umständen gemäß

¹⁰² Überwiegend subjektiver Fehlerbegriff mit objektiven Elementen, *Morgenroth*; S. 57; Ebenso BT Drucksache 14/6040, S. 80.

¹⁰³ Art. 2 II a Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁰⁴ Art. 2 II b Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁰⁵ Art. 2 II c Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁰⁶ Art. 2 II d Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁰⁷ Vgl. *Morgenroth*, S. 65, 66.

¹⁰⁸ Vgl. *Morgenroth*, a.a.O. Fn. 107.

¹⁰⁹ Vgl. Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 74.

¹¹⁰ Gebauer/Wiedmann/*Leible*, a.a.O. Fn. 109.

¹¹¹ Vgl. *Morgenroth*, S. 67, 68; Zur autonomen Auslegung des § 435 BGB, Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 74.

Art. 3 II, III Richtlinie 1999/44/EG die unentgeltliche Herstellung des vertragsmäßigen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen oder den Kaufpreis mindern oder den Vertrag auflösen, Art. 3 II, IV, V Richtlinie 1999/44/EG. „Nachbesserung“ ist gemäß Art. 1 II lit. f Richtlinie 1999/44/EG die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts.

„Zunächst“¹¹², also primär, kann der Verbraucher gemäß Art. 3 II, III Richtlinie 1999/44/EG die unentgeltliche Nacherfüllung oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unverhältnismäßig im Sinne von Art. 3 III Richtlinie 1999/44/EG ist. Nachlieferung und Nachbesserung sind gleichrangige Nachbesserungsrechte, zwischen denen der Verbraucher grundsätzlich wählen kann.¹¹³ Der Verkäufer kann jedoch die eine Form der Nacherfüllung verweigern, sofern die andere Form der Nacherfüllung verhältnismäßiger ist, Art 3 II, III Richtlinie 1999/44/EG.¹¹⁴ Die Verweigerungsmöglichkeit ist aber nur bei der relativen Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung eröffnet. Dies folgt aus der Systematik und dem Wortlaut des Art. 3 III S. 2 Richtlinie 1999/44/EG, der das Vergleichspaar benennt und damit die Verweigerungsmöglichkeit nur bei der relativen Unverhältnismäßigkeit eröffnet, sowie Erwägungsgrund 11 Richtlinie 1999/44/EG.¹¹⁵ Eine Verweigerung der Nachbesserung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit ist dagegen nicht möglich.¹¹⁶ So auch grundsätzlich bei gebrauchten Sachen, da hier grundsätzlich nur die Möglichkeit der Nachbesserung eröffnet ist und

¹¹² Siehe auch den Wortlaut des Erwägungsgrundes 11 Richtlinie 1999/44/EG.

¹¹³ Erwägungsgrund 12 Richtlinie 1999/44/EG.

¹¹⁴ Bianca/Grundmann, Art. 3, Rn. 29, 56; Erwägungsgrund 11 Richtlinie 1999/44/EG.

¹¹⁵ EuGH, Ur. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, (*Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medians Electronics*).

¹¹⁶ EuGH, Ur. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, (*Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medians Electronics*): mangelhafte Fliesen, die bereits verlegt wurden und sodann Fehler aufwiesen, können nicht nachgebessert werden, sondern nur ersetzt. Keine Verweigerungsmöglichkeit wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten.

nicht die Nachlieferung.¹¹⁷ Im Fall, dass die Nachbesserung unmöglich ist, ist das Verbrauchsgut vertragsgemäß nachzuliefern und der vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Dies schließt grundsätzlich den Ausbau der mangelhaften Sache, als auch den Einbau der nachgelieferten Sache ein.¹¹⁸ Unter Umständen sieht der EuGH einen Spielraum bei der Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für den nationalen Gesetzgeber, die Kosten für den Ein- und Ausbau auf die Sache im vertragsgemäßen Zustand zu beschränken, wenn dies der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist, jedoch sei nach der Auslegung des EuGH zeitgleich ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.¹¹⁹ Inwiefern diese Beschränkungsmöglichkeit der Ein- und Ausbaurkosten zu praktizieren ist, bleibt offen. Gebrauchte Verbrauchsgüter können grundsätzlich, aufgrund ihrer Eigenart, nicht nachgeliefert, sondern nur repariert werden.

Der Verkäufer kann im Falle der Nachlieferung auch keinen Wertersatz für die Nutzung des mangelhaften Verbrauchsguts verlangen. Die Nutzung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts ist prinzipiell unentgeltlich.¹²⁰ Der Nacherfüllungsort für Verbrauchsgüter liegt daher grundsätzlich am Belegenheitsort der Sache.

Grundsätzlich ist die Nacherfüllung vorrangig vor Minderung und Rückabwicklung, da nur sie zur tatsächlichen Erfüllung des ursprünglichen Vertrages führt (Vertragserhaltungsgrundsatz).¹²¹ Minderung oder Rückab-

¹¹⁷ Erwägungsgrund 16; dies liegt in der Eigenart, der gebrauchten Sache, da es nur in Ausnahmefällen eine gebrauchte Sache mit genau den gleichen Eigenschaften gäbe.

¹¹⁸ EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, (*Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medianess Electronics*).

¹¹⁹ Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, Rn. 74, 75, 75, 77, (*Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medianess Electronics, EuGH*); Dies ist vor allem zu überdenken, wenn zum Beispiel der Mörtel, mit dem die Fliesen verlegt wurden, mangelhaft ist, da der Mörtel im Verhältnis zu den Fliesen und den Arbeitslohn vermutlich günstiger sein wird.

¹²⁰ EuGH, Urt. 14.4.2008, C-404/06, (*Quelle*).

¹²¹ *Bianca/Grundmann*, Art. 3, Rn. 54, 55; Das Nacherfüllungsrecht besteht zunächst unbeschränkt und ist nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht auf eine bestimmte Anzahl an Versuchen beschränkt, allerdings muss die Nacherfüllung ohne

wicklung kann der Verbraucher allerdings dann verlangen, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist oder der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist für Abhilfe gesorgt hat oder diese Abhilfe nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen kann.¹²² Das Minderungsrecht kann vorrangig vor dem Rückabwicklungsrecht sein, denn der Verkäufer hat bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit kein Recht auf Vertragsauflösung, Art. 3 VI Richtlinie 1999/44/EG, in diesem Fall verbleibt nur der Anspruch auf Minderung.¹²³ Die Minderung soll im Sinne des Art. 3 V Richtlinie 1999/44/EG angemessen sein. Was unter einer angemessenen Minderung zu verstehen ist, überlässt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Mitgliedsstaaten.

Die dem Verbraucher durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährten Ansprüche im Falle einer Vertragswidrigkeit stehen dem Verbraucher grundsätzlich zwei Jahre ab Übergabe der Kaufsache zu.¹²⁴ Für gebrauchte Verbrauchsgüter können die Mitgliedsstaaten eine Verkürzung der Haftungsdauer auf ein Jahr vorsehen.¹²⁵ Gemäß Art. 5 III Richtlinie 1999/44/EG besteht in den ersten sechs Monaten nach Lieferung die Vermutung, dass der Mangel bereits bei der Lieferung vorgelegen hat, sofern diese Vermutung nicht unvereinbar ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit.¹²⁶ Nach Art. 3 I Richtlinie 1999/44/EG muss für das Gewährleistungsrecht die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung bestehen, daher wird nach Art. 5 III Richtlinie 1999/44/EG vermutet, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden hat, das heißt der Mangel musste veranlagt sein. Die Beweislastumkehr ist

erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, Art. 3 III 3 Richtlinie 1999/44/EG.

¹²² Art. 3 IV Richtlinie 1999/44/EG.

¹²³ Bianca/Grundmann, Art. 3, Rn. 63.

¹²⁴ Art. 5 I Richtlinie 1999/44/EG; die Mitgliedsstaaten können, gemäß Art. 5 II 1 Richtlinie 1999/44/EG, vorsehen, dass der Verbraucher binnen zwei Monaten nach dem Auftreten des Mangels den Verkäufer davon unterrichten muss.

¹²⁵ Art. 7 I 2 Richtlinie 1999/44/EG; Erwägungsgrund 16 Richtlinie 1999/44/EG.

¹²⁶ Die Vertragsgemäßheit wird nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie prinzipiell zugunsten des Verkäufers vermutet. In den ersten sechs Monaten wird diese Beweislast zugunsten des Verbrauchers umgekehrt.

ausgeschlossen, wenn diese Vermutung mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.¹²⁷

Eine Garantie im Sinne des Art. 6 i.V.m. Art. 1 II lit. e Richtlinie 1999/44/EG ist eine Verpflichtung, die der Hersteller oder Verkäufer gegenüber dem Verbraucher unentgeltlich eingeht.¹²⁸ Sie lässt die sonstigen Rechte des Verbrauchers aus der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie unberührt.¹²⁹ Eine Garantie soll den Rechtskreis des Verbrauchers erweitern und nicht beschränken.

Der Verbraucher hat grundsätzlich nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur einen Anspruch gegen den Verkäufer und gegebenenfalls, falls eine Garantie gewährt wurde, gegen den Garantiegeber. Er hat jedoch keinen Anspruch gegen Dritte in der Vertragskette.¹³⁰

Der Letztverkäufer, der dem Verbraucher gegenüber aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson haftet, kann gemäß Art. 4 S. 1 Richtlinie 1999/44/EG den oder die Haftenden innerhalb derselben Vertragskette in Regress nehmen. Das Rückgriffsrecht des Letztverkäufers wird jedoch nicht von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausgestaltet, sondern obliegt den Mitgliedsstaaten.¹³¹ Der Letztverkäufer kann jedoch auf sein Rückgriffsrecht verzichten.¹³²

Dagegen kann der Verbraucher prinzipiell nicht auf Rechte rechtswirksam verzichten, die ihm durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährt werden.¹³³ Die dem Verbraucher durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

¹²⁷ Art. 5 III 2. HS. Richtlinie 1999/44/EG.

¹²⁸ Art. 1 II lit. e Richtlinie 1999/44/EG, die entgeltliche Garantie ist von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht erfasst.

¹²⁹ Die Garantie steht selbständig neben dem Gewährleistungsrecht.

¹³⁰ Insbesondere gegen den Hersteller hat der Verbraucher nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur einen Anspruch, wenn er zugleich auch Letztverkäufer war.

¹³¹ Art. 4 S. 2 Richtlinie 1999/44/EG; Erwägungsgrund 9 Richtlinie 1999/44/EG.

¹³² Erwägungsgrund 9 S. 3 Richtlinie 1999/44/EG.

¹³³ Vgl. Art. 7 Richtlinie 1999/44/EG, Erwägungsgrund 22 Richtlinie 1999/44/EG.

gewährten Rechte sind unabdingbar, sie können jedoch durch die Mitgliedsstaaten bei dem Kauf gebrauchter Verbrauchsgüter auf ein Jahr beschränkt werden, Art. 7 I Richtlinie 1999/44/EG.¹³⁴

Generell bleibt, neben dem Nachbesserungsrecht, Minderungs- oder Rückabwicklungsrecht, das jeweilige nationale Recht auf Schadensersatz von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unberührt, Art. 8 Richtlinie 1999/44/EG.¹³⁵

4. Zusammenfassung

Ziel und Funktion der Richtlinie 1999/44/EG ist in erster Linie die Förderung des Binnenmarktes und die Schaffung eines Mindestsockels an Verbraucherrechten.¹³⁶ Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist eröffnet, wenn ein Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über ein Verbrauchsgut geschlossen wird.¹³⁷ Verbrauchsgüter sind bewegliche gebrauchte oder neue Sachen, Strom und Wasser in begrenzten Volumina. Ansonsten sind Strom, Wasser und Gaslieferungen nicht erfasst, ebenso wie der Verkauf im Zuge der Zwangsvollstreckung oder anderer gerichtlicher Maßnahmen.¹³⁸ Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherbegriff ist eng auszulegen. Eine weitere Auslegung lassen auch die Urteile des EuGH zu der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu.¹³⁹ Verbraucher ist demnach nur jede natürliche Person, die handelt um familiäre oder persönliche Bedürfnisse zu erfüllen und die Sache überwiegend privat nutzt. Keine Verbraucher sind demnach Existenzgründer, diejenigen die ihr Geschäft aufgeben oder die Sache zu einem überwiegenden gewerblichen Zweck nutzen.¹⁴⁰ Der Arbeitnehmer ist im gemeinschafts-

¹³⁴ Siehe auch Erwägungsgrund 22 Richtlinie 1999/44/EG.

¹³⁵ Bianca/Grundmann, Art. 3, Rn. 77, 79, 80.

¹³⁶ Siehe S. 13 f.

¹³⁷ Siehe S. 15 f.

¹³⁸ Siehe S. 15 f.

¹³⁹ Siehe S. 16 ff.

¹⁴⁰ Siehe S. 16 ff.

rechtlichen Sinne ebenfalls kein Verbraucher, ebenso wenig wie die Personengemeinschaft und die juristische Person.¹⁴¹ Dagegen ist der Unternehmerbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie weiter zu fassen. Unternehmer können natürliche Personen, wie auch juristische Personen, sowie Personengruppen sein. Unternehmer sind auch Existenzgründer und solche, die ihr Geschäft aufgeben.¹⁴²

Der Unternehmer muss dem Verbraucher vertragsgemäße Ware liefern. Die Ware ist vertragsgemäß, wenn sie den Voraussetzungen aus Art. 2 Richtlinie 1999/44/EG entspricht. Rechtsmängel sind dagegen nicht erfasst.¹⁴³

Grundsätzlich hat der Verbraucher das Recht auf Nacherfüllung. Nacherfüllung bedeutet Nachbesserung oder Nachlieferung, dazwischen hat der Käufer ein Wahlrecht. Bei der Nachlieferung ist sowohl der Ausbau der mangelhaften Sache, als auch der Einbau der mangelfreien Sache geschuldet. Der Verkäufer hat ebenfalls kein Recht auf Nutzungsersatz für die mangelhafte Sache, wenn er eine neue liefert.¹⁴⁴

Die Nacherfüllung ist vorrangig vor Rücktritt und Minderung. Bei einer lediglich geringfügigen Vertragswidrigkeit kann der Verbraucher nur den Kaufpreis mindern, jedoch nicht zurücktreten.¹⁴⁵

Diese Rechte stehen dem Käufer bis zwei Jahre nach Lieferung zu. Die Mitgliedsstaaten können die Frist jedoch auf ein Jahr bei gebrauchten Gütern verkürzen.¹⁴⁶

¹⁴¹ Siehe S. 18 ff.

¹⁴² Siehe S. 22 f.

¹⁴³ Siehe S. 23 ff.

¹⁴⁴ Siehe S. 25 ff.

¹⁴⁵ Siehe S. 26 f.

¹⁴⁶ Siehe S. 27.

In den ersten sechs Monaten nach Lieferung besteht zugunsten des Verbrauchers grundsätzlich eine Beweiserleichterung, dass der Mangel bereits bei Übergabe veranlagt war.¹⁴⁷

Von der Richtlinie 1999/44/EG sind nur unentgeltliche Garantien erfasst. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine mindestharmonisierende Richtlinie, die bis zum 1.1.2002 in das Recht der Mitgliedsstaaten umzusetzen war¹⁴⁸. Der persönliche Anwendungsbereich des Verbrauchers ist von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eng gefasst, dagegen der dann gewährte Schutz sehr weit.¹⁴⁹

II. Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland (rein nationale Sachverhalte)

In Deutschland wurden im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung drei Richtlinien umgesetzt; die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹⁵⁰, die Zahlungsverzugsrichtlinie¹⁵¹ und die E-Commerce-Richtlinie¹⁵² sowie zentrale Bereiche des allgemeinen Schuldrechts neu geordnet¹⁵³. Weiterhin wurden viele Verbraucherschutzgesetze¹⁵⁴ in das BGB inkorporiert.¹⁵⁵ Seit den 80er und 90er Jahren sollte das Schuldrecht modernisiert werden,¹⁵⁶ allerdings gab erst die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anlass diese Bestrebung tatsächlich umzusetzen.¹⁵⁷

¹⁴⁷ Siehe S. 27.

¹⁴⁸ Art. 11 I 1 Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁴⁹ Siehe S. 16 ff., S. 23 ff.

¹⁵⁰ Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁵¹ Richtlinie 2000/35/EG.

¹⁵² Richtlinie 2000/31/EG.

¹⁵³ *Saenger*, S. 191.

¹⁵⁴ HausTWG; FernAbsG; TzWrG; VerbrKrG.

¹⁵⁵ *Saenger*, S. 205, 206.

¹⁵⁶ Näher *Saenger*, S. 192.

¹⁵⁷ BT Drucksache 14/6040, S. 79.

Zum 1.1.2002 wurde die mindestharmonisierende Verbrauchsgüterkauf-richtlinie fristgerecht in das nationale Recht, in §§ 13, 14, 275, 323, 326, 346-354, 433-480, 651 BGB,¹⁵⁸ überschießend umgesetzt. Die überschießende Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfolgte aus Gründen der Systemkohärenz.¹⁵⁹ Eine wesentliche Änderung war die Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Parteien im Kaufrecht. Zukünftig kann von dem von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgegebenen Mindeststandard für Verbrauchsgüterkäufe nicht mehr abgewichen werden.¹⁶⁰

Viele Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurden im allgemeinen Kaufrecht sowie im allgemeinen Teil des Schuldrechts für alle Kaufverträge über bewegliche Sachen übernommen und nur wenige Vorgaben ausschließlich für Verträge zwischen Unternehmern und Verbraucher in Sonderregeln umgesetzt.¹⁶¹

Doch wer ist Verbraucher und wer ist Unternehmer im Sinne des BGB? Was ist ein Verbrauchsgüterkauf und welche Rechte resultieren daraus? Und welche Auswirkungen hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf das allgemeine Kaufrecht? Diese Fragen sind zunächst zu beantworten.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Viele Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG wurden nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf im Sinne der Richtlinie übernommen, sondern für sämtliche Kaufverträge im deutschen Recht.¹⁶² Ob auch „überschießende“ Gesetze richtlinienkonform ausgelegt werden,¹⁶³ sodass die Richtlinie 1999/44/EG insgesamt Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Kaufrecht hat oder ob die Auslegung lediglich national erfolgt,¹⁶⁴ ist nicht abschließend geklärt. Nach § 474 I 1 BGB gelten ergänzend

¹⁵⁸ Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers: Part 1, I. Germany, S. 31.

¹⁵⁹ Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 3, 30.

¹⁶⁰ BT Drucksache 14/6040, S. 80.

¹⁶¹ Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 31.

¹⁶² Gebauer/Wiedmann/*Leible*, a.a.O. Fn.161.

¹⁶³ Dafür spricht: BGH, Urt. 9.4.2002, XI ZR 91/99, EuGH, Urt. 13.12.2001, C-481/99.

¹⁶⁴ Dafür wohl BGH, Urt. 17.10.2012, XIII ZR 226/11.

§§ 475-479 BGB, prinzipiell sind daher auf den Verbrauchsgüterkauf auch die §§ 433 ff. BGB anwendbar, diese Regelungen werden durch §§ 474-479 BGB lediglich modifiziert.¹⁶⁵

Der Verbrauchsgüterkauf ist in § 474 BGB legaldefiniert, demnach liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Der Verbraucher und Unternehmer schließen einen Vertrag, der auf die Überlassung einer beweglichen Sache gegen Geld gerichtet ist.¹⁶⁶ Für die Anwendbarkeit der §§ 474 ff. BGB ist es irrelevant, ob die Gegenleistung der Wert der Sache entspricht oder ob eine Ersetzungsbefugnis für die Geldzahlung besteht.¹⁶⁷ Merkmal ist jedoch die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung, daher ist ein Finanzierungsleasingvertrag grundsätzlich kein Verbrauchsgüterkauf.¹⁶⁸

Der Begriff „Verbrauchsgut“ könnte missverstanden werden, nicht gemeint ist, dass das Gut verbrauchbar sein muss im Sinne von § 92 BGB, sondern nur, dass es ein Verbraucher von einem Unternehmer kauft.¹⁶⁹ Bewegliche Sachen sind gemäß § 90 BGB körperliche Gegenstände, diese können sowohl neu als auch gebraucht sein. Körperliche Gegenstände sind räumlich abgrenzbar, ein bestimmter Aggregatzustand ist dagegen nicht erforderlich.¹⁷⁰ Körperliche Gegenstände sind Gas oder Wasser in Flaschen, Eis¹⁷¹ und prinzipiell immer feste Körper. Kein Verbrauchsgüterkauf ist der Kauf von Immobilien, da diese keine beweglichen körperlichen Gegenstände sind. Nicht erfasst ist ebenfalls der Kauf von eingetragenen Schiffen,¹⁷² da nach § 452 BGB hierfür die Vorschriften über Immobilien gelten. Schiffe, die nicht in das Schiffsregister einzutragen sind,

¹⁶⁵ Vgl. BT Drucksache 14/6040, S. 243.

¹⁶⁶ MüKo/Lorenz, § 474, Rn. 4.

¹⁶⁷ MüKo/Lorenz, a.a.O. Fn. 166.

¹⁶⁸ Vgl. MüKo/Lorenz, § 474, Rn. 4c.

¹⁶⁹ MüKo/Lorenz, § 474, Rn. 1.

¹⁷⁰ Prinzipiell sind Kaufgegenstände nach der Verkehrsauffassung weiter zu verstehen, als der Begriff der Sache in § 90 BGB. Grundsätzlich können Kaufgegenstände „alle verkehrsfähigen, auch unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten“ sein, MüKo/Westermann, § 433, Rn. 8.

¹⁷¹ Am Stiel, als Kugel oder auch geschmolzen als Milchshake im Glas etc.

¹⁷² MüKo/Lorenz, § 474, Rn. 10.

können dagegen Verbrauchsgüter sein. Dies folgt aus dem Umkehrschluss aus § 452 BGB. Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf sind ebenfalls nicht anwendbar, wenn das gebrauchte Gut in einer öffentlichen Versteigerung verkauft wurde, bei der der Verbraucher die Möglichkeit hat anwesend zu sein, § 474 I 2 BGB.¹⁷³

Ein Verbrauchsgüterkauf ist gemäß §§ 474, 433 BGB auch ein Kaufvertrag über „neue“ und „gebrauchte“ Tiere¹⁷⁴, da sie rechtlich, nach § 90a BGB, wie Sachen behandelt werden. Ob die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf auf einen einheitlichen Kaufvertrag über bewegliche und unbewegliche Sachen anwendbar sind, ist umstritten. Eine Anwendung der speziellen Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf auf die beweglichen Teile des Vertrages erscheint, wenn der Schutzgedanke des §§ 474ff. BGB berücksichtigt wird, sachgerecht.¹⁷⁵ Als Lösungsansatz käme die Teilbarkeit des Vertrages in Betracht, auf bewegliche Teile wären dann die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf anwendbar.¹⁷⁶

Auch bei einem Vertrag über noch herzustellende körperliche Sachen finden die Regelungen des Kaufrechts und damit auch die des Verbrauchsgüterkaufs, nach § 651 BGB, Anwendung.

Standardsoftware kann ein Verbrauchsgut im Sinne von § 474 I BGB sein, wenn die Software letztendlich auf einen Datenträger verkörpert wird.¹⁷⁷ Problematisch erscheint, dass Software als solche zunächst nicht körperlich abgrenzbar ist, sondern lediglich auf einen körperlichen Gegenstand speicherbar. Wird eine Standardsoftware auf einer CD gespeichert, so kauft der Erwerber die körperliche Sache, die CD mit ihrem Inhalt.

¹⁷³ Gsell/Staudinger ECKPFELER, L. Rn. 66; a.A. HK-BGB/*Saenger* § 474 Rn.3, der prinzipiell auch die öffentliche Versteigerung als Verbrauchsgüterkauf sieht, nur die Sondervorschriften für nicht anwendbar hält. Ob eine Antiquität gebraucht im Sinne des § 474 I 2 BGB ist, ist umstritten.

¹⁷⁴ Problematisch ist die Abgrenzung, wann ein Tier als neu oder gebraucht anzusehen ist; auch der Viehkauf kann ein Verbrauchsgüterkauf sein.

¹⁷⁵ Siehe hierzu auch: MüKo/*Lorenz*, § 474 Rn. 4c bejaht eine Anwendbarkeit der Regeln für den Verbrauchsgüterkauf auf die beweglichen Teile.

¹⁷⁶ Bülow/*Artz*, Kap. 2, Rn. 22; MüKo/*Lorenz*, a.a.O. Fn. 175.

¹⁷⁷ MüKo/*Lorenz*, § 474, Rn 10.

Das Computerprogramm als solches, ist das Ergebnis eines schöpferischen Prozesses und damit lediglich ein immaterielles Gut. Der Kauf eines immateriellen Gutes unterfällt jedoch aufgrund der fehlenden Sachqualität nicht den Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs. Nur dem Speichermedium kommt Sachqualität zu, daher ist der Kauf dieses Speichermediums von einem Unternehmer durch einen Verbraucher ein Verbrauchsgüterkauf.¹⁷⁸ Der Kauf von Software ist ansonsten von § 453 I BGB erfasst.¹⁷⁹ Die besonderen Regeln über den Verbrauchsgüterkauf erfassen jedoch nur den Kauf von beweglichen Sachen. Ein Recht ist „*die Befugnis, die sich für den Berechtigten unmittelbar aus der geltenden Rechtsordnung ergibt*“¹⁸⁰ und ist kein körperlicher Gegenstand. Ein Recht ist folglich kein Verbrauchsgut im Sinne vom § 474 BGB, ein Rechtskauf kann daher kein Verbrauchsgüterkauf sein.¹⁸¹

Zusammenfassend ist ein Verbrauchsgut im Sinne des § 474 BGB jeder körperliche, bewegliche Gegenstand, mit Ausnahme von eingetragenen Schiffen. Ein Verbrauchsgut kann neu oder gebraucht sein. Auch Tiere werden rechtlich wie Sachen behandelt und können folglich auch Verbrauchsgüter sein. Rechte sind keine Verbrauchsgüter. Standardisierte Software ist prinzipiell ein Verbrauchsgut, sofern es auf einem körperlichen Medium speicherbar ist.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor, wenn ein Verbraucher eine bewegliche Sache von einem Unternehmer kauft, § 474 I 1 BGB. Kein Verbrauchsgüterkauf liegt daher vor, wenn ein Verbraucher eine körperliche Sache an einen Unternehmer oder an einen anderen Verbraucher verkauft. Die Re-

¹⁷⁸ MüKo/Stresemann, § 90, Rn. 25.

¹⁷⁹ BT Drucksache 14/6040, S. 242.

¹⁸⁰ Palandt/Weidenkaff, § 453, Rn. 3.

¹⁸¹ MüKo/Lorenz, § 474, Rn. 10.

gelingen über den Verbrauchsgüterkauf sind auch nicht im Verhältnis Unternehmer-Unternehmer anwendbar. Doch wie definiert sich ein Verbraucher oder ein Unternehmer im Sinne des § 474 BGB?

a) Verbraucher

Der Verbraucherbegriff wird im allgemeinen Teil des BGB, in § 13 BGB, definiert und gilt damit für das gesamte BGB und darüber hinaus für das gesamte deutsche Zivilrecht. Verbraucher ist nach § 13 BGB „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“. Daher ist nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie¹⁸² ausdrücklich von dem deutschen Gesetzgeber klargestellt worden, dass wenn die Sache, sowohl privat, als auch beruflich genutzt wird, ein Verbrauchsgüterkauf im Rahmen des Kaufrechts vorliegt, sofern die private Nutzung überwiegt. Mit der Formulierung „selbständige Tätigkeit“ hat der deutsche Gesetzgeber ursprünglich zum Zeitpunkt der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verdeutlicht, dass nach deutschem Recht auch der Arbeitnehmer Verbraucher sein soll.¹⁸³

Grundsätzlich sind Existenzgründer dagegen keine Verbraucher im Sinne des Verbrauchsgüterkaufrechts, wenn sie Verträge schließen, die ihrem Zweck nach auf ihr unternehmerisches Handeln ausgerichtet sind.¹⁸⁴ Im Gegensatz dazu ist eine Vorbereitungshandlung, die nur zur Entscheidung über eine Existenzgründung dient, weiterhin ein Verbrauchergeschäft, da

¹⁸² Verbraucherrechterichtlinie, Richtlinie 2011/83 EU.

¹⁸³ BT Drucksache 14/6040, S. 243: Zum einen soll mit der Formulierung „selbständigen beruflichen Tätigkeit“ ausdrücklich der Freiberufler erfasst werden, der kein Verbraucher ist, sondern Unternehmer. Zum anderen soll durch diese Formulierung deutlich werden, dass der abhängig Beschäftigte Verbraucher ist; auch bei Abschluss eines Arbeitsvertrags ist der Arbeitnehmer Verbraucher; BAG, Urt. 25.5.2005, 5 AZR 572/04; ausführlich *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rn. 67, 68.

¹⁸⁴ BGH, Beschluss 24.2.2005, III ZB 36/04, Rn. 9, 10; BGH, Urt. 15.11.2007, III ZR 295/06, Rn. 6, 7: Wenn eine Person ein Rechtsgeschäft mit einem Unternehmer abschließt, welches nur zur Entscheidungsvorbereitung der Existenzgründung dienen soll, ist dieses noch kein Existenzgründungsgeschäft. Die Person ist daher Verbraucher.

sie noch nicht auf ein unternehmerisches Handeln gezielt ausgerichtet worden ist.¹⁸⁵

Auch das Handeln eines GmbH Geschäftsführers ist auf keinen selbständigen beruflichen Zweck ausgerichtet, denn er übt „*eine angestellte berufliche Tätigkeit aus*“.¹⁸⁶ Der GmbH Geschäftsführer ist eine natürliche Person, welche nicht zu einem selbständigen, beruflichen Zweck handelt und ist deshalb Verbraucher.¹⁸⁷ Der Halter von GmbH-Geschäftsanteilen ist ebenfalls Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, denn das Halten von Geschäftsanteilen entspricht in der Regel einer privaten Vermögensverwaltung.¹⁸⁸ Auch bei einer Schuldübernahme des GmbH Geschäftsführers zu Gunsten der GmbH handelt er als Verbraucher, ebenso bei einer Bürgschaft.¹⁸⁹

Jeder, der nicht eine juristische Person ist, kann Verbraucher sein.¹⁹⁰ Dieser Grundsatz hat sich auch mit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie nicht geändert. Allerdings ist die Beurteilung von Personengruppen zu überdenken. Bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie gab es zu der Einordnung von Personengruppen folgenden Stand, so war eine Personengesellschaft, als Zusammenschluss von natürlichen Personen, Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, wenn sie zu einem privaten Zweck handelt und nicht rechtsfähig ist. Die Gesamthandsgemeinschaft, die Bruchteilsgemeinschaft, eine eheliche Gütergemeinschaft oder eine Erbengemeinschaft waren damit Verbraucher, im Sinne des § 13 BGB,

¹⁸⁵ Existenzgründungsbericht: BGH, Urt. 15.11.2007, III ZR 295/06, Rn. 6, 7.

¹⁸⁶ BGH, Urt. 22.11.2006, VIII ZR 72/06, Rn. 13; ausführlich *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rn. 69.

¹⁸⁷ *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049, 2050 f.

¹⁸⁸ BGH, Urt. 22.11.2006, VIII ZR 72/06, Rn. 13; gefestigte Rechtsprechung des BGH, so *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2003, 1666, 1667; BGH, Urt. 5.6.1996, VIII ZR 151/95, BGH, Urt. 28.6.2000, VIII ZR 240/99; ausführlich zur Verbrauchereigenschaft bei einer privaten Vermögensanlage *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rn. 70.

¹⁸⁹ BGH, Urt. 8.11.2005, XI ZR 34/05, Rn. 14, dies gilt auch für den Schuldbeitritt eines geschäftsführenden Alleingesellschafters; BGH, Urt. 28.6.2000, VIII ZR 240/99; *Palandt/Ellenberger*, § 13, Rn. 3.

¹⁹⁰ *Jauernig*, § 13 Rn. 2 (m.w.N.).

wenn sie nicht selbständig beruflich oder gewerblich handeln.¹⁹¹ Dieser Auffassung kann auch nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie weiter gefolgt werden. Rechtsfähige Personengesellschaften, wie die OHG, die KG oder die Partnergesellschaft werden juristischen Personen gleichgestellt, weiterhin handeln diese Personengesellschaften in der Regel zu einem gewerblichen Zweck und sind deshalb keine Verbraucher.¹⁹² Nach bisheriger Auffassung war die GbR ein Verbraucher, wenn sie sich zu einem privaten Zweck (z.B. der privaten Vermögensverwaltung, Getränkekauf für eine private Party) zusammengeschlossen hat.¹⁹³ Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR stand dem nach herrschender Ansicht nicht entgegen.¹⁹⁴ Der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) wurde ebenfalls die Rechtsfähigkeit der Personengemeinschaft zuerkannt.¹⁹⁵ Ob eine WEG Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist, war ebenfalls umstritten.¹⁹⁶ Das *LG Nürnberg-Fürth* argumentiert mit dem Schutz

¹⁹¹ MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 17.

¹⁹² MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 18.

¹⁹³ Vgl. BGH, Urt. 23.10.2001, XI ZR 63/01; Vgl. Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 2; kritisch zur Verbrauchereigenschaft der Außen-GbR, MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 20, 18; ablehnend: Lehmann, AcP 2007, 225, 246.

¹⁹⁴ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Der klare Wortlaut von § 14 BGB nimmt ausdrücklich Bezug auf die rechtsfähige Personengesellschaft. Im Gegensatz dazu wird in § 13 BGB nur die natürliche Person als möglicher Verbraucher benannt. Dass die GbR Verbraucher ist, widerspricht auch dem Urteil des BGH zum Verein, BGH, Urt. 23.2.2010, XI ZR 190/09, Rn. 8: „*Er ist als eingetragener Verein eine juristische Person. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sind hingegen nur natürliche Personen (ebenso für den Begriff des Verbrauchers im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Abl. EG Nr. L 95 vom 21. April 1993, S. 29 - 34; EuGH NJW 2002, 205). Diese Regelung ist abschließend (Erman/I. Saenger, BGB, 12. Aufl., § 13 Rn. 5). Verbraucherschutzverbände wie der Kläger sind demnach keine Verbraucher (Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 13 Rn. 5).*“; Vgl. auch Krebs, DB 2002, 517, 517- 519 und MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 20.

¹⁹⁵ BGH, Beschluss 2.6.2005, V ZB 32/05.

¹⁹⁶ Verbrauchereigenschaft verneinend: LG Rostock, Urt. 16.2.2007, 4 O 322/06, PWW/Pritting, § 13 Rn. 8; Verbrauchereigenschaft bejahend: LG Nürnberg-Fürth, Beschluss 23.6.2008, 14 T 1462/08 bejaht die Verbrauchereigenschaft der WEG, obwohl sie nicht ausschließlich aus natürlichen privaten Personen besteht, sondern auch aus einer GbR und einer GmbH & Co KG. Begründet wird die Argumentation der WEG damit, dass der Schutz an dem Schwächsten in der Gruppe gemessen werden muss; OLG München, Beschluss 25.9.2008, 32 Wx 118/08, Staudinger WEG/Rapp, § 1, Rn. 54a; Kritisch MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 20.

des Schwächsten in der Gruppe. Wenn dieser ein Verbraucher ist, sei auch die WEG als Verbraucher zu behandeln.¹⁹⁷ *Rapp* begründete die Verbrauchereigenschaft der WEG damit, dass es sich bei der WEG zwar um eine rechtsfähige Personengemeinschaft im Sinne von § 14 II BGB handle, die WEG sich aber zu einer privaten Vermögensverwaltung zusammenschlossen habe und sie deshalb nicht zu einem selbständigen beruflichen oder gewerblichen Zweck handle.¹⁹⁸ Letztendlich sind die GbR und die WEG gleich zu behandeln, wenn eine GbR Verbraucher sein konnte, so müsste auch die WEG die Verbrauchereigenschaft zuerkannt bekommen, wenn der Zusammenschluss einer privaten Natur entspricht. Der BGH hat nunmehr entschieden, dass die Regelungen für den Verbraucher auf die WEG entsprechend anzuwenden sind, wenn der WEG mindestens ein Verbraucher angehört und die WEG ein Rechtsgeschäft abschließt, das weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit dient.¹⁹⁹

Juristische Personen sind jedoch ausdrücklich von § 13 BGB nicht erfasst. Idealvereine²⁰⁰ und Stiftungen sind daher schon nach dem klaren Wortlaut keine Verbraucher.²⁰¹ Dafür spricht auch die bisherige Rechtsprechung des BGH, der qualifizierte Einrichtungen, im Sinne von § 4 UklAG, ebenfalls nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ansieht.²⁰² Allerdings ist im Kontext der Entscheidungen zur WEG und GbR zu überdenken, ob der Ausschluss der juristischen Person so strikt auszulegen war wie bis-

¹⁹⁷ LG Nürnberg-Fürth, Beschluss 23.6.2008, 14 T 1462/08.

¹⁹⁸ Staudinger WEG/*Rapp*, § 1, Rn. 54a.

¹⁹⁹ BGH, Urt. 25.3.2015, VIII ZR 243/13.

²⁰⁰ Umstritten ist, ob § 13 BGB analog auf den Idealverein anwendbar ist, siehe MüKo/*Micklitz*, § 13 Rn. 15 m.w.N.

²⁰¹ Palandt/*Ellenberger*, § 13 Rn. 2.

²⁰² Verbrauchereigenschaft eines Verbraucherschutzverbandes als eingetragener Verein; BGH, Urt. 23.2.2010, XI ZR 190/09, Rn. 8; BGH, Urt. 23.2.2010, XI ZR 186/09.

lang, oder ob es auf den Zweck des Vereins ankommt, um ihnen den Verbraucherschutz zu gewährleisten.²⁰³ Denn nur so wäre, entgegen dem klaren Wortlaut²⁰⁴ des §§ 13, 14 BGB eine gewisse Stringenz im Verbraucherschutz gewährleistet.²⁰⁵ Diese Auslegung widerspricht zwar nicht der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, da ein weitergehender Verbraucherschutz durch die Richtlinie 1999/44/EG eröffnet ist²⁰⁶, allerdings widerspräche eine extensivere Auslegung dem Willen des deutschen Gesetzgebers, da er bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie eben nicht den Verein gesondert berücksichtigt hat. Der Verein kann daher kein Verbraucher sein.

Die Frage, ob die rechtsfähige Personengesellschaft und die juristische Person Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein können, ist nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie neu zu betrachten. Für die GbR als rechtsfähige Personengesellschaft wurde die Verbrauchereigenschaft höchstrichterlich vor der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie bejaht.²⁰⁷ Diese Rechtsprechung ist auch nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie nicht überholt. Andere rechtsfähige Personengesellschaften wie die KG und die Partnerschaft handeln dagegen regelmäßig gewerblich im Sinne von § 14 BGB.²⁰⁸ Umstritten und bislang nicht endgültig höchstrichterlich entschieden war die Eigenschaft von juristischen Personen²⁰⁹ bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

²⁰³ So bereits *Artz* zum persönlichen Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes, S. 156.

²⁰⁴ Aus diesem Grund eine Erweiterung auf den eingetragenen Verein und die rechtsfähige Stiftung ablehnend, *jurisPK-BGB/Martinek*, § 13, Rn. 16, 17.

²⁰⁵ Ähnlich *Kern*, ZGS 2009, 456, 458; ablehnend *PWW/Prütting*, § 13, Rn. 8, *Schmidt*, JuS 2006, 1, 2-5; möglich wäre es aber auch den juristischen Verein, wenn er nicht unternehmerisch oder gewerblich handelt, z.B. bei dem einmaligen Verkauf von nicht mehr genutzten Vereinsgegenständen, in eine dritte nicht kodifizierte Kategorie einzuordnen, die des Nicht-Verbraucher/-Unternehmers.

²⁰⁶ Art. 8 II Richtlinie 1999/44/EG.

²⁰⁷ BGH, Urt. 23.10.2001, XI ZR 63/01.

²⁰⁸ Vgl. *Bülow/Artz*, Kap. 2, Rn. 14.

²⁰⁹ Gegen eine Verbrauchereigenschaft einer juristischen Person: *Bülow/Artz*, Kap. 2, Rn. 8.

keine Ausnahme zugunsten von schutzbedürftigen Personengruppen (z.B. kleiner Sportverein, Pfargemeinde) zugelassen. Juristische Personen werden weiterhin ebenso wie die rechtsfähige Personengemeinschaft nur in § 14 BGB benannt und nicht in § 13 BGB aufgeführt. Nach dem Wortlaut könnte daher weder die rechtsfähige Personengesellschaft noch die juristische Person Verbraucher im Sinne von § 13 BGB sein. Der BGH erkannte der rechtsfähigen Personengesellschaft jedoch unter Umständen die Verbrauchereigenschaft zu, sodass das Wortlautargument nach §§ 13 1. Hs., 14 BGB die Anwendbarkeit der Verbrauchereigenschaft auch auf juristische Personen bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie nicht hinderte. Für dieses weitere Verständnis sprach auch, dass der Gesetzgeber nicht in Anlehnung an das UN-Kaufrecht die Formulierung *zu einem persönlichen oder familiären Zweck* wie in Art. 2 lit. a CISG verwandt hat. Eine juristische oder rechtsfähige Personengesellschaft kann nämlich nicht zu einem privaten oder familiären Zweck handeln und wäre damit vom Anwendungsbereich immer ausgeschlossen.²¹⁰ Daraus folgte, dass entweder die Verbrauchereigenschaft auch der juristischen Person unter gewissen Umständen zuerkannt werden müsste oder es eine dritte nicht kodifizierte Gruppe gibt, die des Nicht-Verbrauchers/-Unternehmers.²¹¹ Für letzteres spricht die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, die die juristische Person nicht als Verbraucher, sondern lediglich als Unternehmer definiert, und eben nicht die privat handelnde juristische Person erfasst. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber richtlinienkonform bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in den §§ 13, 14 BGB gehandelt hat und es eine dritte Gruppe im deutschen Zivilrecht neben einem Unternehmer und einem Verbraucher gibt, die nicht kodifiziert ist.

²¹⁰ Zu privaten Zwecke vorgenommene Käufe im UN-Kaufrecht vgl. *Piltz*, Rn. 2-59 f.

²¹¹ Dazu *Heiderhoff*, Kap. 4, S. 96/97: die juristische Person ist nie Verbraucher, sie ist aber dadurch auch nicht immer Unternehmer; ähnlich auch *Elßner/Schirnbacher*, *VuR* 2003, 247, 253.

Wer Verbraucher ist, entscheidet nicht der innere Wille des Einzelnen, sondern der objektive Zweck des Rechtsgeschäfts.²¹² Allerdings kann unter Umständen eine Zurechnung entgegen dem objektiven Zweck des Rechtsgeschäfts erfolgen, „wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“.²¹³ Auch der Verbraucher, der als Unternehmer auftritt, darf sich nicht auf den Verbraucherschutz des Verbrauchsgüterkaufs berufen.²¹⁴

Grundsätzlich trägt derjenige die Beweislast, der sich auf den Schutz einer Norm beruft.²¹⁵ So muss der Verbraucher darlegen und beweisen, dass er das Rechtsgeschäft objektiv zu einem überwiegenden privaten Zweck getätigt hat.²¹⁶ Wenn jedoch objektiv ein Verbrauchergeschäft vorliegt, so muss der Vertragspartner des Verbrauchers beweisen, dass er aus den Umständen schließen durfte, dass es sich um ein Unternehmergeschäft handelte.²¹⁷ Nach *Bülow* enthält § 13 BGB eine Beweislastregelung, wenn nicht festgestellt werden kann, dass das Rechtsgeschäft der gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit zurechenbar ist, das Rechtsgeschäft aber in den unternehmerischen Tätigkeitsbereich des Käufers fallen könnte, so ist der Käufer im Zweifel Verbraucher.²¹⁸ Wenn der Käufer keiner unternehmerischen oder freiberuflichen Tätigkeit nachgeht, so greift nach *Bülow* die Beweiserleichterung nach § 13 2. HS BGB nicht ein, der Verbraucher trägt dann die Beweislast für seine Verbrauchereigenschaft.²¹⁹ Ebenso muss der Verbraucher im Streitfall beweisen, dass er neben der privaten

²¹² BGH, Urt. 15.11.2007, III ZR 295/06, Rn. 7.

²¹³ BGH, Urt. 30.9.2009, VIII ZR 7/09, Rn. 11.

²¹⁴ BGH, Urt. 22.12.2004, VIII ZR 91/04, Rn. 16, 12, 13.

²¹⁵ BGH, Urt. 11.7.2007, VIII ZR 110/06, Rn. 13, Palandt/*Ellenberger*, § 13 Rn. 4.

²¹⁶ Palandt/*Ellenberger*, a.a.O. Fn. 215.

²¹⁷ BGH, Urt. 30.09.2009, VIII ZR 7/09, Rn. 11.

²¹⁸ Bülow, WM 2011, 1349, 1349; ausführlich *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rn. 62.

²¹⁹ Bülow, WM 2011, 1349, 1349.

keiner unternehmerischen Tätigkeit bei Abschluss des Rechtsgeschäfts nachgegangen ist.²²⁰

b) Unternehmer

Der Unternehmer ist in § 14 BGB kodifiziert. Demnach ist ein Unternehmer „eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.“ Entscheidendes Kriterium ist, dass die Person oder Personengesellschaft zum Zweck ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Nach dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff ist ein Gewerbe „jede nach außen erkennbare, planmäßige, auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte, erlaubte, selbständige berufliche Tätigkeit, die kein freier Beruf ist.“²²¹ Der handelsrechtliche Gewerbebegriff entspricht jedoch nicht dem Begriff der gewerblichen Tätigkeit nach § 14 I BGB.²²² Erforderlich ist für eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 14 I BGB, dass eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft planmäßig und auf gewisse Dauer einer selbständigen und wirtschaftlichen Tätigkeit gegen Entgelt nachgeht.²²³ Im Gegensatz zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff ist keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern lediglich eine Entgeltlichkeit erforderlich.²²⁴

Die Verwaltung des eigenen Vermögens ist grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit, es sei denn es handelt sich um einen planmäßigen Geschäftsbetrieb.²²⁵

²²⁰ Bülow, WM 2011, 1349, 1350, 1351.

²²¹ MüKoHGB/*Schmidt*, § 1, Rn. 27-36.

²²² Der Gewerbebegriff des § 14 BGB ist weiter, siehe *PWW/Pritting*, § 14, Rn. 7.

²²³ MüKo/*Micklitz*, § 14, Rn. 19; nach außen muss das unternehmerische Handeln nach § 14 BGB nicht erkennbar sein, weil dieser in erster Linie auf den Verbraucherschutz abstellt und nicht auf die Publizität, wie das HGB.

²²⁴ Vgl. BGH, Urt. 29.3.2006, VIII ZR 173/05, Rn. 7; MüKo/*Micklitz*, § 14, Rn. 23-25, Palandt/*Ellenberger*, § 14, Rn. 2 (m.w.N.).

²²⁵ Palandt/*Ellenberger*, a.a.O. Fn. 224; ausführlich *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rn. 70.

Erfasst ist von § 14 BGB die Ausübung freier Berufe. Ein Beruf ist „jede auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.“²²⁶ Eine selbständige berufliche Tätigkeit ist die Ausübung eines Berufes von einer natürlichen Person, die in eigener Verantwortung, auf eigene Gefahr und Rechnung handelt, sie trägt das eigene wirtschaftliche Risiko ihres Handelns.²²⁷ Eine selbständige berufliche Tätigkeit ist daher jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die in eigener Verantwortung und auf eigene Gefahr ausgeführt wird und die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.

Die selbständige berufliche Tätigkeit ist von der unselbständigen abzugrenzen. Keine Unternehmer im Sinne von § 14 I BGB sind Arbeitnehmer²²⁸ oder GmbH Geschäftsführer²²⁹, auch derjenige, der ein Rechtsgeschäft abschließt, um eine Entscheidung über eine Existenzgründung zu treffen, ist kein Unternehmer²³⁰.

Nach § 14 I BGB ist ein Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Erfasst sind auch Geschäfte, die nicht allein „ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ dienen, sondern auch branchenfremde Nebengeschäfte oder eine nebenberufliche Tätigkeit.²³¹ Ebenfalls weiter gefasst

²²⁶ Sachs/Mann, Art. 12, Rn. 45; siehe auch Jarass/Piero, Art. 12, Rn. 5.

²²⁷ Vgl. MüKo/Micklitz, § 14, Rn. 31, 32 (m.w.N.).

²²⁸ BT Drucksache 14/6040, S. 243: Zum einen soll mit der Formulierung „selbständigen beruflichen Tätigkeit“ ausdrücklich der Freiberufler erfasst werden, der kein Verbraucher ist, sondern Unternehmer. Zum anderen soll durch diese Formulierung deutlich werden, dass der abhängige Beschäftigte Verbraucher ist; auch bei Abschluss eines Arbeitsvertrags, ist der Arbeitnehmer Verbraucher, BAG, Urt. 25.5.2005, 5 AZR 572/04.

²²⁹ BGH, Urt. 22.11.2006, VIII ZR 72/06, Rn. 13; BGH, Urt. 8.11.2005, XI ZR 34/05, Rn. 14; BGH, Urt. 28.6.2000, VIII ZR 240/99; BGH, Urt. 5.6.1996, VIII ZR 151/95; Palandt/Ellenberger, § 13, Rn. 3; Bülow/Artz, NJW, 2000, 2049, 2050 f.; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666, 1667.

²³⁰ BGH, Urt. 15.11.2007, III ZR 295/06, Rn. 6, 7.

²³¹ BGH, Urt. 13.7.2011, VIII ZR 215/10, Rn. 20; LG Berlin, Urt. 5.9.2006, 103 O 75/06, Rn. 17; Palandt/Ellenberger, § 14, Rn. 2; MüKo/Micklitz, § 14 Rn. 28.

wird der Wortlaut „*in Ausübung*“. Auch Rechtsgeschäfte, die der Existenzgründung oder der gewerblichen Existenzaufgabe dienen, sind Unternehmergeeschäfte.²³²

Unternehmer im Sinne von § 14 I, II BGB ist auch die rechtsfähige Personengesellschaft. Rechtsfähige Personengesellschaften sind die OHG, die Partnerschaft, die KG und auch die am Rechtsverkehr zu einem gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zweckoder teilnehmende GbR.²³³

Die Beweislast für die Unternehmereigenschaft trägt regelmäßig der Verbraucher, weil nur im Falle eines Rechtsgeschäfts zwischen einem Unternehmer und Verbraucher, die für ihn günstigeren Regelungen²³⁴ eingreifen.²³⁵ Eine Beweislastumkehr ist dagegen zu Gunsten des Verbrauchers nicht im Gesetz veranlagt.²³⁶

c) **Zusammenfassung**

Ein Verbraucher ist eine natürliche Person, die zu einem überwiegenden privaten Zweck handelt.²³⁷ Nach dem rechtsgeschäftlichen Zweck und nicht nach dem subjektiven Willen des Verbrauchers wird bestimmt, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.²³⁸ Nur ausnahmsweise kommt es nicht auf den subjektiven Zweck an, wenn sich für den Vertragspartner eindeutig etwas anderes ergeben hat.²³⁹ Verbraucher ist nach der bisherigen Rechtsprechung und auch nach der Umsetzung der Verbraucherrechte-richtline die WEG und die GbR, wenn sie nicht zu einem gewerblichen

²³² MüKo/Micklitz, § 13, Rn. 61 ff.

²³³ HK-BGB/Dörner, § 14, Rn. 4; PWW/Prütting, § 14, Rn. 6.

²³⁴ Wie z.B. die Beweislastumkehr nach § 477 BGB eingreifen.

²³⁵ Bülow, WM 2011, 1349, 1351; Vgl. auch LG Krefeld, Urte. 7.4.2006, 1 S 116/05, Unternehmereigenschaft einer Hobbyzüchterin.

²³⁶ Bülow, WM 2011, 1349, 1351, a.A. OLG Koblenz, Beschluss 17.10.2005, 5 U 1145/05, vorhergehendes Gericht lässt Anscheinsbeweis gelten, LG Mainz, Urte. 6.7.2005, 3 O 184/04, Rn. 20, 21.

²³⁷ Siehe S. 36 ff.

²³⁸ Siehe S. 42.

²³⁹ Siehe S. 42 f.

oder selbständigen beruflichen Zweck handelt.²⁴⁰ Der Verein als juristische Person kann nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie kein Verbraucher sein. Dieser Streit wurde damit beigelegt. Der Verein könnte, wenn er zu keinem beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, aber einer dritten nicht kodifizierten Gruppe zugeordnet werden, die des Nicht-Verbrauchers/Unternehmers. Arbeitnehmer und GmbH Geschäftsführer sind dagegen Verbraucher. Sie sind natürliche Personen, die nicht zu einem selbständigen beruflichen oder gewerblichen Zweck handeln.²⁴¹ Ein gewerblicher Zweck ist die Geschäftsaufgabe und die Geschäftsgründung, nicht aber die Existenzgründungsentscheidung und die private Vermögensverwaltung.²⁴²

Unternehmer ist grundsätzlich nach § 14 I BGB „jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“.²⁴³

Natürliche Personen können sowohl Verbraucher wie auch Unternehmer sein, je nach der Zwecksetzung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Abgrenzungskriterium ist daher die Zwecksetzung des konkreten Rechtsgeschäfts.²⁴⁴ Eine natürliche Person ist meines Erachtens immer entweder Verbraucher oder Unternehmer. Insofern besteht eine Ausschließlichkeit, eine dritte Kategorie eines Nicht-Verbrauchers/Nicht-Unternehmers gibt es bei einer natürlichen Person nach dem deutschen Zivilrecht nicht. Die natürliche Person, die nicht zu einem selbständigen beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, ist nach § 13 BGB immer Verbraucher. Die rechtsfähige Personengesellschaft und die juristische Person, die nicht zu einem selbständigen beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, sind

²⁴⁰ Siehe S. 37 ff.

²⁴¹ Siehe S. 36 ff.

²⁴² Siehe S. 36 ff.

²⁴³ Siehe S. 43 ff.

²⁴⁴ Typisierende Betrachtungsweise, dazu näher *Bilow/Artz*, Kap. 1, Rn. 8, Kap. 2, Rn. 2.

dagegen von §§ 13 und § 14 BGB nicht erfasst und damit Nicht-Verbraucher/Unternehmer.

3. Verbraucherrechte

Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf in §§ 474-479 BGB modifizieren die §§ 433 ff. BGB.²⁴⁵ Aus diesem Grund stehen nach dem systematischem Verständnis allen Käufern, gleichgültig ob Verbraucher oder Nicht-Verbraucher, die gleichen Gewährleistungsrechte zu. Lediglich bei der Frage der Kostentragungspflicht bei Ein- und Ausbau einer mangelhaften Sache im Rahmen der Nacherfüllung hatte der BGH die Kostentragungspflicht des Verkäufers auf den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts beschränkt.²⁴⁶ Zum 1.1.2018 ist jedoch ein neuer Absatz 3 in den § 439 BGB eingefügt worden, so dass der Gesetzgeber nun klargestellt hat, dass die Ein- aus Ausbaupflichten Kosten der Nacherfüllung sind, gleichgültig ob es sich um ein Unternehmer-Unternehmer-Geschäft handelt oder ein Verbrauchsgüterkauf. Darüberhinaus modifizieren die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf lediglich die Beweislast, den Nutzungs- und Wertersatz und kodifizieren einige allgemeine Normen als unabdingbar.

a) Primäransprüche des Käufers

Grundsätzlich ist *der Verkäufer gegenüber dem Käufer verpflichtet Eigentum an der rechtsmangel- und sachmangelfreien Sache zu verschaffen*. Diese Primärpflicht trifft den Verkäufer aus dem Kaufvertrag unabhängig davon, ob der Käufer ein Verbraucher ist oder nicht.²⁴⁷ Doch was ist ein Sachmangel und was ist ein Rechtsmangel im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches?

Der Sachmangelbegriff bzw. der Rechtsmangelbegriff ist in den §§ 434 ff. BGB nicht definiert. Es ist lediglich definiert, wann eine Sache

²⁴⁵ Vgl. BT Drucksache 14/6040, S. 243.

²⁴⁶ BGH, Urt. 17.10. 2012, VIII ZR 226/11.

²⁴⁷ Nichterfüllungstheorie, *Berger*, JZ 2004, 276 m.w.N.; Erfüllungstheorie, *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 119.

sachmangelfrei ist.²⁴⁸ Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Sache nicht den Voraussetzungen des § 434 BGB entspricht. Demnach ist die Sache sachmangelfrei, *wenn sie bei Gefabrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat*, § 434 I 1 BGB, also wenn der tatsächliche Zustand der Sache, dem vereinbarten Zustand der Sache entspricht.²⁴⁹ Die Beschaffenheit muss von den Vertragsparteien vereinbart worden sein. Dies kann auch konkludent oder stillschweigend erfolgen, solange zwei übereinstimmende Willenserklärungen hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache vorliegen.²⁵⁰ Ob von der *Beschaffenheit* einer Sache nur die physisch der Sache selbst anhaftenden Merkmale erfasst werden oder die *Beschaffenheit* auch von Faktoren und Umständen geprägt sein können, die außerhalb der Sache selbst liegen, wurde von dem Gesetzgeber bewusst offen gelassen.²⁵¹ Der Wortlaut lässt eine weite, wie auch eine enge Auslegung des Begriffes zu. Der *Beschaffenheitsbegriff* im Sinne des § 434 BGB ist daher umstritten. Nach einem engen Verständnis²⁵² fallen unter die *Beschaffenheit einer Sache* nur die physischen Merkmale einer Sache, nach einem weiten Verständnis²⁵³ werden zusätzlich zu den physischen Eigenschaften auch alle „Beziehungen der Sache zur Umwelt“²⁵⁴ erfasst. Für einen weiten Beschaffenheitsbegriff spricht, dass wenn die Kaufsache hinter der Vereinbarung zurückbleibt, ein einheitliches Leistungsstörungsrecht anwendbar ist und das anwendbare Leistungsstörungsrecht nicht aufgespalten wird.²⁵⁵ Weiterhin ist der Beschaffenheitsbegriff nach § 434 BGB richtlinienkonform auszulegen, weil die §§ 433 ff. BGB die Richtlinie 1999/44/EG überschießend umsetzen.

²⁴⁸ Änderung zum alten Kaufrecht, siehe dazu *Westermann*, NJW 2002, 241, 243.

²⁴⁹ Palant/*Weidenkaff*, § 434, Rn. 9-12; HK-BGB/*Saenger*, § 434, Rn. 10; der Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung ist Ausfluss der Privatautonomie, *JurisPK-BGB/Pammler*, § 434, Rn. 13; Bekenntnis des Gesetzgebers zum subjektiven Fehlerbegriff in § 434 I 1 BGB, *Bülow/Artz*, Kap. 10, Rn. 4.

²⁵⁰ Palandt/*Weidenkaff*, § 434, Rn. 17.

²⁵¹ Siehe BT Drucksache 14/6040, S. 213.

²⁵² Für ein enges Verständnis: *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118.

²⁵³ Für ein weites Verständnis: *Berger*, JZ 2004, 276; *Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764 ff.; *JurisPK-BGB/Pammler*, § 434, Rn. 22, 23, 33.

²⁵⁴ *JurisPK-BGB/Pammler*, § 434, Rn. 21.

²⁵⁵ Vgl. *Berger*, JZ 2004, 276, 277.

Nach Art. 2 I Richtlinie 1999/44/EG ist der *Verkäufer verpflichtet dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäÙe Güter zu liefern*. Diese Formulierung nach Art. 2 I Richtlinie 1999/44/EG spricht für ein weites Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs, denn primär ist die kaufvertraglich vereinbarte Verpflichtung zu erfüllen und wenn weitergehende Vereinbarungen hinsichtlich der Kaufsache bestehen und diese nicht erfüllt wurden, so liegt ein Sachmangel vor.²⁵⁶ Der BGH hat nunmehr entschieden, dass als Beschaffenheit einer Kaufsache alle Faktoren anzusehen sind, die der Sache selbst anhaften. Umfasst sind auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben. Aber auch das Bestehen einer Herstellergarantie stellt in der Regel ein Beschaffenheitsmerkmal der Kaufsache dar, so dass dessen Fehlen - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift - einen Sachmangel begründe.²⁵⁷ Der BGH hat sich somit den weiten Verständnis angeschlossen. Die Beurteilung der Mangelhaftigkeit der Kaufsache erfolgt anhand eines subjektiven Maßstabes.²⁵⁸

Von der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB ist die Beschaffenheitsgarantie nach § 443 BGB abzugrenzen.²⁵⁹

Wenn keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt oder diese lückenhaft ist, wird gemäß § 434 I 2 BGB zunächst auf die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung²⁶⁰ und subsidiär auf die gewöhnliche Verwendung²⁶¹ und die gewöhnliche Beschaffenheit abgestellt. Für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung im Sinne von § 434 I 2 Nr. 1 BGB müssen sich Verkäufer und Käufer über den Vertragszweck rechtsgeschäftlich geeinigt haben, eine bloÙe Kenntnis des Verkäufers vom Vertragszweck ist nicht

²⁵⁶ Ähnlich auch *Berger*, JZ 2004, 276, 278 f.; anderer Ansicht *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 120, 123.

²⁵⁷ BGH Urt. 15.6.2016, VIII ZR 134/15.

²⁵⁸ BT Drucksache 14/6040, S. 212.

²⁵⁹ Siehe S. 48, 64 ff.

²⁶⁰ Subjektiv-objektive Mangelbestimmung, HK-BGB/*Saenger*, § 434, Rn. 7.

²⁶¹ Objektive Mangelbestimmung, HK-BGB/*Saenger*, a.a.O. Fn. 260; objektiver Fehlerbegriff, Bülow/*Artz*, Kap. 10, Rn. 7.

ausreichend.²⁶² Für das Merkmal der gewöhnlichen Verwendung oder gewöhnlichen Beschaffenheit ist auch die Erwartung des Käufers zu berücksichtigen, die aufgrund von Werbung oder öffentlichen Äußerungen des Herstellers, Verkäufers oder seines Gehilfen, entstanden ist und die der Verkäufer kannte oder hätte kennen müssen oder diese Erwartung nicht berichtigt hat, § 434 I 3 BGB.

Ein Sachmangel kann auch vorliegen, wenn die Sache gesundheitsschädliche Bestandteile enthält, selbst wenn die Verwendung dieser Stoffe zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs üblich waren.²⁶³

Ein Montagefehler ist ebenfalls ein Sachmangel, § 434 II BGB. Eine Falschlieferung oder eine Zuwenig-Lieferung stehen einem Sachmangel ebenso gleich, § 434 III BGB. Dagegen liegt bei einer Zuviel-Lieferung kein Sachmangel vor. Hinsichtlich der überschießenden Menge kommt kein Kaufvertrag zustande und die Zuviel-Lieferung ist nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben.²⁶⁴ Dieser Sachmangelbegriff gilt nicht nur für das allgemeine Kaufvertragsrecht, sondern auch für den Verbrauchsgüterkauf. Umstritten ist jedoch, ob die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sich auch auf die Rechtsmängel bezieht.²⁶⁵ Die speziellen Regelungen des Verbrauchsgüterkaufrechts, die das allgemeine Kaufrecht spezifizieren, sprechen für eine Einbeziehung des Rechtsmangels in das deutsche Verbrauchsgüterkaufrecht. Dafür spricht § 475 I BGB, der unter anderem auf die §§ 433-435 BGB verweist und damit auch auf den Rechtsmangel. Diese Verweisung würde ins Leere laufen, wenn der Rechtsmangel von der Anwendbarkeit des Verbrauchsgüterkaufs ausgeschlossen würde. Des Weiteren regelt § 474 II BGB, dass ergänzend die Regeln für den Verbrauchsgüterkauf gelten, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Eine bewegliche Sache kann sowohl von Sachmängeln, als auch von

²⁶² Vgl. *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 235.

²⁶³ BGH, Urt. 27.3.2009, V ZR 30/8.

²⁶⁴ So auch *HK-BGB/Saenger*, § 434, Rn. 22.

²⁶⁵ *Bamberger/Roth/Faust*, § 435, Rn. 4 (m.w.N.).

Rechtsmängeln behaftet sein, sodass das Verbrauchsgüterkaufrecht sowohl bei Sach-, wie auch bei Rechtsmängeln anwendbar ist.

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können, § 435 I 1 BGB. Ein Rechtsmangel liegt daher vor, wenn der Käufer nicht die kaufvertraglich vereinbarte Rechtsstellung erlangen kann. Ob ein Rechtsmangel vorliegt ist ausschließlich objektiv zu bewerten.²⁶⁶ Nach § 433 I 1 BGB verpflichtet sich der Verkäufer dem Käufer Eigentum an der Sache zu verschaffen. Wenn dieses Eigentumsrecht mit Rechten Dritter belastet ist, so liegt ein Rechtsmangel vor. Wenn jedoch ein Dritter Eigentümer der Sache ist und der Verkäufer nicht berechtigt ist dem Käufer die Sache zu verschaffen, dann greift nicht das Kaufvertragsrecht, sondern das allgemeine Leistungsstörungenrecht.²⁶⁷ Fehlendes Eigentum bzw. die fehlende Berechtigung dem Käufer Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, ist kein Rechtsmangel, sondern gegebenenfalls eine Verletzung der Hauptleistungspflicht,²⁶⁸ falls der Käufer das Eigentum nicht gutgläubig erwirbt. Bei einem fehlenden Eigentumserwerb wird die primäre Leistungsverpflichtung des Verkäufers verletzt, der Kaufvertrag ist dann nicht erfüllt.²⁶⁹ Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist daher nicht anwendbar und wäre auch nicht sachgerecht.

Die Sache muss bei Gefahrübergang frei von Sachmängeln und im Zeitpunkt der Übertragung frei von Rechtsmängeln im Sinne von §§ 434, 435 BGB sein. Auch bei einem Verbrauchsgüterkauf muss der Mangel bzw. der Grundmangel bereits bei dem Gefahrübergang vorgelegen haben. Dies wird jedoch nach § 477 BGB zu Gunsten des Käufers vermutet.

²⁶⁶ BT Drucksache 14/6040, S. 218.

²⁶⁷ Vgl. Müko/Westermann, § 435, Rn. 7.

²⁶⁸ BGH, Urt. 19.10.2007, V ZR 211/06, Rn. 27; JurisPK-BGB/Pammler, § 435, Rn. 20; a.A. Jauernig/Berger, § 435, Rn. 5; Reinicke/Tiedtke, Rn. 392.

²⁶⁹ Vgl. Müko/Westermann, § 435, Rn. 1.

Die Voraussetzungen für die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sind für jeden Kaufvertrag gleich, unabhängig davon, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt oder nicht. Lediglich hinsichtlich der Beweislast gibt es eine Privilegierung des Verbrauchers im Verbrauchsgüterkauf.

b) Rechte des Käufers bei Mängeln

Der Käufer kann bei Lieferung einer mangelhaften Sache seine sekundären Rechte nach § 437 BGB geltend machen. Der Käufer kann in diesem Fall Nacherfüllung verlangen, vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern und Schadensersatz verlangen oder den Ersatz von vergeblichen Aufwendungen verlangen. Wenn der Mangel jedoch unerheblich ist, kann der Käufer nicht vom Kaufvertrag zurücktreten sondern lediglich den Kaufpreis mindern.²⁷⁰ Diese Rechte kann der Käufer nur geltend machen, wenn er den Mangel zum Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht kannte oder nicht hätte kennen müssen, es sei denn, der Händler hat den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen, § 441 I BGB.

aa) Nacherfüllung

Nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB kann der Käufer einer mangelhaften Sache vom Verkäufer Nacherfüllung verlangen. Eine Nacherfüllung ist im Sinne von § 439 I BGB die *Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache*. Die Nacherfüllung hat grundsätzlich Vorrang vor Rücktritt und

²⁷⁰ Unerheblichkeit des Mangels: BGH, Urt. 29.6.2011, VIII ZR202/10, (*Luxuswohnmo-
bil*); BGH, Urt. 17.02.2010, VIII ZR 70/07, (*Autofarbe*); BGH, Urt. 28.5.2014, VIII
ZR 94/13.

Schadensersatz und Minderung.²⁷¹ Dies dient dem Grundsatz der Vertragserhaltung.²⁷² Der Nacherfüllungsanspruch wurde lange Zeit als modifizierter Erfüllungsanspruch qualifiziert.²⁷³ Allerdings ist der Nacherfüllungsanspruch nach einem richtlinienkonformen Verständnis nicht ein bloßer modifizierter Erfüllungsanspruch, sondern ist dahingehend zu erweitern, dass auch der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der mangelfreien Sache geschuldet ist, insbesondere nach der Einfügung des neuen § 439 III BGB.²⁷⁴ Der Nacherfüllungsanspruch hat den Zweck, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, also den Zustand der bestehen würde, wenn die Sache mangelfrei geliefert worden wäre. Es ist in dem Sinne nicht nur ein Recht des Käufers, sondern auch ein Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung.²⁷⁵ Ein Recht zur Selbstvornahme der Nacherfüllung besteht für den Käufer daher nicht.²⁷⁶ Grundsätzlich besteht jedoch für den Käufer ein Wahlrecht zwischen Nachlieferung und Beseitigung des Mangels gemäß § 439 I BGB allerdings kann nach § 439 IV BGB der Verkäufer die gewählte Art der Nacherfüllung wegen einer Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern, nicht aber im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs, § 475 IV BGB. Dem Verkäufer steht im deutschen Kaufrecht grundsätzlich ein „Totalverweigerungsrecht“ der Nacherfüllung im Unternehmer-Unternehmer-Geschäft zu,²⁷⁷ nicht aber im Verbrauchsgüterkauf. Das Verweigerungsrecht des Verkäufers besteht nur im Falle der relativen Unverhältnismäßigkeit, also wenn tatsächlich zwei Arten der Nacherfüllung möglich wären. Im Fall der absoluten Unverhältnismäßigkeit, wenn also nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder beide Arten der

²⁷¹ BGH, Urt. 23.2.2005, VIII ZR 100/04; OLG Saarbrücken, Urt. 29.5.2008, 8 U 494/07; Palandt/*Weidenkaff*, § 437, Rn. 4.

²⁷² Vgl. MüKo/*Westermann*, § 440, Rn. 3.

²⁷³ So bislang auch Huber, NJW 2002, 1004; Oechsler NJW 2004, 1825; Palandt/*Weidenkaff*, § 439, Rn. 1, 2.

²⁷⁴ EuGH, Urt. 16.06.2011, C-65/09 und C-87/09, (Gebr. Weber/Wittmer und Putz/Medianess Electronics); Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rn.6, *Sonnenberg*, VuR 2011, 356, 358.

²⁷⁵ Vgl. Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rn. 2.

²⁷⁶ Vgl. BGH, Urt. 23.2.2005, VIII ZR 100/04; Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rn. 4.

²⁷⁷ BGH, Urt. 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 29.

Nacherfüllung aufgrund von § 439 IV 3 BGB verweigert werden, widerspricht die Verweigerungsmöglichkeit wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit dem Wortlaut in Art. 3 III 2 a. E. Richtlinie 1999/44/EG. Auch wenn der Wortlaut, die Historie²⁷⁸ und der Sinn und Zweck²⁷⁹ des § 439 IV BGB für eine Verweigerungsmöglichkeit bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten sprechen, muss eine richtlinienkonforme Auslegung im Anwendungsbereich der Richtlinie beachtet werden. Zum einen spricht für eine richtlinienkonforme Auslegung der Umsetzungswille des nationalen Gesetzgebers, zum anderen der Vorrang des Unionsrechts und außerdem die Verpflichtungswirkung der Richtlinie nach Art. 288 III AEUV und ergänzend die Loyalitätspflicht aus Art. 4 III EUV.²⁸⁰ Diese Verpflichtung bindet nicht nur abstrakt den Mitgliedsstaat, sondern auch unmittelbar die Exekutive, Legislative und Judikative.²⁸¹ Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich auch aus Art. 20 III, Art. 23 I GG.²⁸² Es besteht daher ein zwingender Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung vor der rein nationalen Auslegung²⁸³ in dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Dies hat der Gesetzgeber zum 1.1.2018 durch die Neufassung des §§ 439 III, 475 IV BGB auch klargestellt.

Der Gesetzgeber wollte mit der Umsetzung der Schuldrechtsmodernisierung die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fehlerfrei umsetzen.²⁸⁴ Nach autonom-nationalen Auslegungsmaßstab beginnt die Auslegung mit dem Wortlaut und endet mit dem Wortlaut.²⁸⁵ Nach der autonom-nationalen Auslegung muss für eine Rechtsfortbildung eine unbewusste planwidrige

²⁷⁸ BT Drucksache 14/6040.

²⁷⁹ Ausgleich von Interessen, Vertragsparität, keine unzulässige Belastung einer Seite.

²⁸⁰ *Canaris*, FS. Bydlinski, S. 49-62; *Gebauer/Wiedmann*, Kap. 4, Rn. 29 ff.

²⁸¹ *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 4, 5.

²⁸² *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 40; zu dem Verhältnis zwischen richtlinienkonformer Auslegung zu den übrigen Kriterien, *Canaris*, FS Bydlinski, S. 47, 64 ff.; kritisch zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung: *Schinkels*, JZ 2011, 394.

²⁸³ Näher zu der Begründung des Vorranges, interpretatorische Vorrangregel, *Canaris*, FS Bydlinski, S. 47 64 ff.

²⁸⁴ BT Drucksache 14/6040, S. 1.

²⁸⁵ Zur Wortlautgrenze im nationalen Recht: *Pötters/Christensen*, JZ 2011, 387, 389ff.

Regelungslücke des Gesetzgebers vorliegen.²⁸⁶ Allerdings sollte mit der Kodifizierung des Nacherfüllungsanspruchs die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt werden, so dass nicht nur der nationale Hintergrund zu beachten und die Norm richtlinienkonform auszulegen ist. Folglich kann und darf die auslegungsbedürftige Norm nicht nach rein autonom-nationalem Maßstab ausgelegt werden, sondern es müssen das dahinterliegende System als solches und seine Hintergründe vorrangig berücksichtigt werden.²⁸⁷ Das heißt, dass vorrangig der europarechtliche Hintergrund beachtet werden muss. Voraussetzung dafür ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.²⁸⁸ Eine planwidrige Unvollständigkeit kann dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seinen Konformitätswillen zum Ausdruck gebracht hat.²⁸⁹ Die Planwidrigkeit ist vom politischen Fehler abzugrenzen. Der politische Fehler bildet die Grenze zur verbotenen Rechtsfindung „contra legem“.²⁹⁰ Bei der „Quelle“-Entscheidung gab es hinsichtlich der Umsetzung des damaligen § 439 IV BGB²⁹¹ in der Gesetzesbegründung den konkreten Konformitätswillen des Gesetzgebers.²⁹² Dieser Konformitätswille des Gesetzgebers wird hinsichtlich der Verweigerungsmöglichkeiten der Nacherfüllung nicht eindeutig deutlich.²⁹³ Es besteht jedoch im Hinblick auf die Begrenzung der Verweigerungsmöglichkeit eine Regelungslücke, die dem Gesetzgeber wohl nicht bekannt war, da er vermeintlich im Begriff war die Situation richtlinienkonform zu regeln. Aus diesem Grund war der § 439 III 3 BGB vor der Gesetzesänderung zum 1.1.2018 (im Folgenden BGB a.F.) im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts teleologisch zu reduzieren. § 439 III 3 BGB a.F. war allerdings systematisch nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe anwendbar, sondern auf sämtliche Kaufverträge. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde „überschießend“

²⁸⁶ Gebauer/Wiedmann, Kap. 40-41 (m.w.N.).

²⁸⁷ Vgl. Herresthal, WM 2007, 1354, 1355.

²⁸⁸ Gebauer/Wiedmann, Kap. 4, Rn. 40 ff.

²⁸⁹ Gebauer, GPR 2009, 82.

²⁹⁰ Gebauer/Wiedmann, Kap. 4, Rn. 41.

²⁹¹ In der Fassung vor dem 1.1.2018.

²⁹² BT Drucksache 14/6040, S. 233.

²⁹³ Vgl. BT Drucksache 14/6040, S.232.

umgesetzt um ein systemkohärentes Kaufrecht zu schaffen. Es wird unterschieden zwischen einer überschießenden Umsetzung hinsichtlich eines erweiterten Anwendungsbereichs und der modifizierenden Umsetzung hinsichtlich des Regelungsinhalts.²⁹⁴ Bei der Modernisierung des Kaufrechts wurde vorwiegend der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erweitert. Eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des überschießenden Teils besteht jedoch nicht.²⁹⁵ Allerdings ist im Rahmen der autonom-nationalen Auslegung auch der Sinn und Zweck sowie die Historie zu berücksichtigen. Aus diesem Grund ist grundsätzlich, auch bei der Erweiterung des Anwendungsbereichs, das „Gebot der richtlinienkonformen Auslegung“ zu beachten.²⁹⁶ Gegen eine gespaltene Auslegung spricht, dass der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsmodernisierung gerade ein einheitliches Kaufrecht schaffen wollte. Eine uneinheitliche Auslegung ließe diesen Vereinheitlichungsgedanken unberücksichtigt.²⁹⁷ Allerdings ist zu beachten, dass § 439 III BGB a. F. zwar auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umsetzt, aber auch Bereiche erfasst, die von der Richtlinie nicht erfasst und geregelt wurden, und damit zwar im Wege der Auslegung auch der gemeinschaftsrechtliche Hintergrund der Norm berücksichtigt werden muss. Aber im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die über den Maßstab der national-autonomen Auslegung und Auslegungsgrundsätze hinweggeht und eine Auslegung über den Wortlaut hinaus zulässt, ist für den Bereich der Norm, den nicht die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie regelt, der national-autonome Maßstab maßgeblich. Aus diesem Grund ist der gespaltenen Auslegung im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung der Vorzug zu geben.²⁹⁸ Der Gesetzgeber hat zum 1.1.2018 diese Lücke

²⁹⁴ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1045.

²⁹⁵ Zu einer Vorlagemöglichkeit bei dem EuGH auch bei einer überschießenden Umsetzung einer Richtlinie *Gebauer/Wiedmann*, Kap. 4, Rn. 24 (m.w.N.); für die Zulässigkeit einer Vorlage bei dem EuGH bei überschießender Umsetzung spricht., EuGH, Urt. 16.3.2006, C-3/04, (*Poseidon Chartering BV/Marianne Zeeschip VOF u.a.*).

²⁹⁶ *Europarecht/Schulte-Nölke*, § 23, Rn. 173.

²⁹⁷ *Büdenbender/Binder*, DB 2011, 1736 (1742/1743).

²⁹⁸ Vgl. gespaltene Auslegung bei Aus- und Einbaukosten im Verhältnis Unternehmer-Unternehmer, BGH, Urt. 17.10.2012, VIII ZR 226/11.

geschlossen und hat für den Verbrauchsgüterkauf eine ausdrückliche Regelung aufgenommen, die die Verweigerungsmöglichkeit des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit ausschließt, § 475 IV BGB.

Der Umfang der Nacherfüllung umfasst entweder die Reparatur der mangelhaften Kaufsache oder die Neulieferung einer mangelfreien Sache. Im Falle der Neulieferung einer mangelhaften Sache hat der Käufer einen Anspruch auf den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der neuen mangelfreien Sache im Zuge der Nacherfüllung.²⁹⁹ Nach dem EuGH besteht die Möglichkeit die Kosten für den Ein- und Ausbau auf den Wert der Sache im vertragsgemäßen Zustand zu beschränken, wenn dies der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist und der Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, berücksichtigt wird.³⁰⁰ Allerdings muss dann der Gesetzgeber dem Verbraucher die Möglichkeit eröffnen, im Fall einer Beschränkung der Ein- und Ausbaukosten, den Kaufpreis zu mindern oder zurückzutreten, anstatt Nacherfüllung zu verlangen.³⁰¹ Der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der mangelfreien Sache kann nur am Belegenheitsort der Sache erfolgen. Allerdings ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung bei nicht eingebauten und transportierbaren Sachen umstritten. Nacherfüllungsort könnte der Ort der primären Leistungsverpflichtung³⁰² sein. Dies könnte man damit begründen, dass der Verkäufer prinzipiell nicht mehr schuldet, als nach seiner primären Verpflichtung. Andererseits soll der Käufer nach der Verbrauchsgüterrichtlinie vor Unannehmlichkeiten bewahrt werden, was für eine Nacherfüllung am Belegenheitsort der Sache³⁰³, an dem der Mangel zum ersten mal in Erscheinung getreten ist, spräche. Um eine Interessen-

²⁹⁹ EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09; BGH, Urt. 21.12.2011, VIII ZR 70/08.

³⁰⁰ EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, Rn. 74, 76.

³⁰¹ Vgl. EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09.

³⁰² Für den Nacherfüllungsort am primären Leistungsort: *Unberath/Czupka*, JZ 2009, 313; Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 90.

³⁰³ Der Nacherfüllungsort ist nach § 269 BGB zu bestimmen, so PWW/D. *Schmidt*, § 439, Rn. 19; Der Nacherfüllungsort liegt am Belegenheitsort der Sache, so Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 90.

gerechtigkeit herzustellen, könnte auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Nach dem BGH ist, wenn der Leistungsort der Nacherfüllung nicht im Kaufvertrag vereinbart wurde oder sich nicht aus den Umständen bestimmen lässt, § 269 BGB anzuwenden um den Leistungsort der Nacherfüllung zu bestimmen, dabei sind die Umstände des Einzelfalles zu beachten.³⁰⁴ Allerdings sollte mit der EuGH-Entscheidung vom 16.6.2011³⁰⁵ für den Verbrauchsgüterkauf auch dieser Streit beigelegt werden können, denn in dem Urteil heißt es: „*Es steht aber fest, dass die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts im Allgemeinen an diesem Verbrauchsgut in der Situation erfolgt, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels befand [...]*“.³⁰⁶ Daraus könnte geschlossen werden, dass für den Verbrauchsgüterkauf der Nacherfüllungsort für die Nachbesserung des mangelhaften Gutes der Ort ist, an dem der Mangel auftritt. Ganz unbedenklich ist diese pauschale Annahme nicht, denn der Verkäufer kann nur schwer kalkulieren, an welchen Ort die Sache später verbracht wird³⁰⁷ und auch für den Käufer birgt diese Ansicht unkalkulierbare Risiken, da der Mangel auch außerhalb des gewöhnlichen Wohnsitzes bzw. Aufenthaltsortes sichtbar werden könnte. Beispielsweise das neue Fahrrad, das in Bielefeld gekauft und dann mit in den Urlaub nach Dänemark oder in die Alpen genommen wird und der Mangel dort in Erscheinung tritt oder der Koffer, der einen auf der Reise nach Mallorca, Sydney oder New York begleiten soll. Sowohl für den Verbraucher als auch für den Verkäufer wäre die Nacherfüllung am Ort, an dem der Mangel auftritt, nicht sonderlich praktikabel, denn weder der Verbraucher noch der Verkäufer kann ein Interesse daran haben beispielsweise das Fahrrad auf dem Radweg in Dänemark oder in den Alpen nachzubessern oder den Koffer auf Mallorca, in Sydney oder New York zu reparieren. Aus Gründen der Praktikabilität

³⁰⁴ BGH, Ur t. 13.4.2011, VIII ZR 220/10, dazu kritisch: *Staudinger/Artz*, NJW 2011, 3121.

³⁰⁵ EuGH, Ur t. 16.6.2011, C-87/09, C-65/09, (*Gebr. Weber/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*).

³⁰⁶ EuGH, Ur t. 16.6.2011, C-87/09, C-65/09, Rn. 51, (*Gebr. Weber/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*).

³⁰⁷ So ist es zum Beispiel denkbar, dass der Verbraucher im während eines Urlaubs in Spanien ein Tischgeschirr erwirbt, welches sich Zuhause in Deutschland als mangelhaft herausstellt.

und des Verbraucherschutzes ist es vorzuziehen, dass der Nachbesserungsort im Verbrauchsgüterkauf am Wohnort des Käufers liegt und nicht am Belegenheitsort der Sache.

Allerdings ist der Ausgleich zwischen den Händler- und Verbraucherinteressen zu beachten, so dass auch eine Mitwirkungshandlung des Verbrauchers grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Diese Mitwirkungshandlung wird bei Ein- und Ausbaufällen wohl darin liegen, dass der Verbraucher dem Händler zu einem vereinbarten Zeitpunkt den Zugang zu der auszubauenden Sache gewährt oder dass der Verbraucher kleinere, bewegliche Sachen an den Verkäufer versendet³⁰⁸. Darin erschöpft sich die Mitwirkungspflicht des Verbrauchers. Die Transportkosten zum Verkäufer, wie zum Beispiel die Versandkosten, trägt grundsätzlich der Verkäufer und nicht der Käufer. Der Kostenersatzanspruch ergibt sich aus § 439 II BGB³⁰⁹ allerdings nur, wenn tatsächlich ein Sachmangel vorliegt, ansonsten muss der Verbraucher die Transportkosten selbst tragen³¹⁰.

Bei einem Verbrauchsgüterkauf kann der Verkäufer von dem Käufer keinen Ersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache oder Wertersatz verlangen, wenn die mangelhafte Sache gegen eine mangelfreie Sache getauscht wird, § 475 III BGB.³¹¹

bb) Rücktritt und Minderung

Nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 323 V BGB kann der Käufer von dem Kaufvertrag zurücktreten oder nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis mindern.

³⁰⁸ *Augenhofer/ Appenzeller/Holm*, JuS 2011, 680, 685.

³⁰⁹ BGH, Urt. 13.4.2011, VIII ZR 220/10, Rn. 37.

³¹⁰ *Artz*, ZJS 2011, 274, 276.

³¹¹ § 474 II BGB wurde an die Quelle-Rspr. des BGH angepasst, nachdem vom BGH entschieden wurde, dass § 439 IV BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren sei, dass im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs, der Käufer keinen Nutzungsersatz oder Wertersatz für die mangelhafte Sache zahlen muss, BGH, Urt. 26.11.2008; VIII ZR 200/05.

Der Käufer kann nachdem er eine Frist zur Nacherfüllung dem Verkäufer gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist, von dem Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern.

Der Käufer kann von dem Kaufvertrag ohne Fristsetzung zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung, nach § 439 IV BGB, berechtigt oder unberechtigt³¹² verweigert hat, § 440 1 BGB. Für den Verbrauchsgüterkauf besteht für den Verkäufer nicht die Möglichkeit wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten die Nacherfüllung zu verweigern. Damit wäre die Verweigerung der Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit grundsätzlich eine unberechtigte Verweigerung, die den Käufer zum Rücktritt oder zur Minderung berechtigen würde. Der Käufer kann aber auch vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen³¹³ oder ihm unzumutbar ist, § 440 1 BGB. Die Unzumutbarkeit ist aus der Sicht des Käufers zu bestimmen. Dabei ist die Zumutbarkeit des sofortigen Rücktritts oder der sofortigen Minderung im Verhältnis zur Nacherfüllung abzuwägen, wobei immer das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung zu berücksichtigen ist.³¹⁴

Das Minderungsrecht ist wie der Rücktritt ein Gestaltungsrecht³¹⁵ und muss mit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber dem Verkäufer erklärt werden³¹⁶. Grundsätzlich kann der Kaufpreis immer gemindert werden, wenn ein Sachmangel vorliegt, die Frist zur Nacherfüllung erfolglos verstrichen ist oder eine Fristsetzung entbehrlich war. Prinzipiell kann der Käufer von dem Kaufvertrag nur zurücktreten, wenn der Mangel der Kaufsache erheblich ist, § 323 V BGB. Die Minderung ist im

³¹² PWW/D. Schmidt, § 440, Rn.7; MüKo/Westermann, § 440, Rn. 6; Bamberger/Roth/Faust, § 440, Rn. 15.

³¹³ Fehlgeschlagen ist die Nachbesserung nach dem zweiten erfolglosen Versuch, wenn sich aus den Umständen nichts Anderes ergibt, § 440 S. 2 BGB.

³¹⁴ PWW/D. Schmidt, § 440, Rn. 9.

³¹⁵ Palandt/Weidenkaff, § 441, Rn.4; theoretisch ein Gestaltungsrecht: MüKo/Westermann, § 441, Rn. 1.

³¹⁶ Bamberger/Roth/Faust, § 441, Rn. 5; Palandt/Weidenkaff, § 441, Rn. 9.

Gegensatz zum Rücktritt nicht wegen der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen.³¹⁷ Auf die Erheblichkeit eines Mangels kommt es nicht an.³¹⁸ Der Minderungsbetrag ergibt sich aus der Differenz zwischen dem ursprünglichen und dem geminderten Kaufpreis. Der geminderte Kaufpreis bestimmt sich aus dem tatsächlichen Wert der Sache im Verhältnis zum Wert der Sache im mangelfreien Zustand, multipliziert mit dem ursprünglichen Kaufpreis,³¹⁹ zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.³²⁰ Der bereits zu viel gezahlte Kaufpreis ist dem Käufer zu erstatten, § 441 IV BGB.

cc) Schadensersatz und Aufwendungsersatz

Der Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer bei der Lieferung einer mangelhaften Sache ist nicht auf die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht zurückzuführen und ist daher grundsätzlich nicht Gegenstand dieser rechtsvergleichenden Arbeit.

Nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB oder §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB oder §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB kann der Käufer von dem Verkäufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zu ersetzen ist in diesen Fällen, wenn tatsächlich ein Verschulden des Verkäufers vorliegt, das Äquivalenzinteresse des Käufers an der mangelfreien Erfüllung, das ist entweder die Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache oder der sogenannte „große Schadensersatz“. Der „große Schadensersatz“ erfasst den gesamten entstandenen Schaden unter Rückgewähr der mangelhaften Sache. Der sogenannte große Schadensersatz ist nach § 281 I 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Nach §§ 437 Nr. 3, 284 BGB kann der Käufer von dem Verkäufer den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen statt Schadensersatz verlangen.

³¹⁷ Bamberger/Roth/Faust, § 441, Rn. 4.

³¹⁸ Palandt/Weidenkaff, § 441, Rn. 1; PWW/D. Schmidt, § 441, Rn. 7; BGH, Urt. 29.6.2011, VIII ZR202/10, (*Luxuswohnmobil*).

³¹⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 441, Rn. 7 ff.

³²⁰ Palandt/Weidenkaff, § 441, Rn. 12 ff; MüKo/Westermann, § 441, Rn. 12 ff.; PWW/D. Schmidt, § 441, Rn. 12 ff.

Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, wohingegen Schäden unfreiwillige Vermögenseinbußen sind.

Nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB kann der Käufer „Schadensersatz neben der Leistung“ von dem Verkäufer verlangen, wenn die dem Verkäufer von dem Käufer gesetzte Frist zur Nacherfüllung abgelaufen ist oder die Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist und der Verkäufer den Mangel an der Kaufsache bei Gefahrübergang verschuldet hat. Der Käufer hat in diesen Fällen grundsätzlich einen Anspruch auf den Ersatz des Integritätsinteresses, also der Schaden, der dem Käufer an anderen Rechtsgütern durch die Lieferung der mangelhaften Sache entstanden ist.

dd) Verjährung der Gewährleistungsrechte

Die Verjährung der Gewährleistungsrechte ist in § 438 BGB geregelt.

Der Herausgabeanspruch eines Dritten verjährt nach dreißig Jahren, ebenso ein sonstiges Recht, welches im Grundbuch eingetragen ist, § 438 I Nr. 1 BGB. Eine fünfjährige Verjährungsfrist gilt für Bauwerke oder Sachen, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für das Bauwerk verwendet wurde, § 438 I Nr. 2 BGB. Für bewegliche Sachen, die in ein Bauwerk eingebaut wurden, muss der Mangel an der beweglichen Sache ursächlich für den Mangel an der Immobilie sein, nur in diesem Fall gilt die Verjährungsfrist von fünf Jahren.³²¹ Die regelmäßige Verjährungsfrist für alle anderen Sachen beträgt zwei Jahre, § 438 I Nr. 3 BGB.

Von diesen Verjährungsfristen kann prinzipiell auch im Verbrauchsgüterkauf abgewichen werden, dies folgt aus dem Umkehrschluss aus §§ 475 I, II BGB. Allerdings kann nach § 475 II BGB nicht vor der Mitteilung des Mangels an den Unternehmer die Verjährung auf unter zwei

³²¹ Palandt/*Weidenkaff*, §438, Rn. 10.

Jahren bei neuen, und unter einem Jahr bei gebrauchten Sachen³²², begrenzt werden. Effektiv kann bei neuen Sachen nur bei Baumaterialien von der Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 2 b BGB von der gesetzlichen Verjährung abgewichen werden.³²³ Daraus folgt aber auch, dass nach Mitteilung des Mangels an den Unternehmer die Verjährung zu Gunsten des Unternehmers erleichtert werden kann.

ee) Beweislast

Grundsätzlich trägt derjenige die Beweislast, zu dessen Gunsten die beweispflichtige Tatsache fällt. Generell gilt § 363 BGB. Im Verbrauchsgüterkauf ist zugunsten des Verbrauchers jedoch eine Beweislastumkehr in § 477 BGB geregelt. Tritt in den ersten sechs Monaten ein Mangel an der Kaufsache auf, so musste der Verbraucher nach der Rechtsprechung des BGH beweisen, dass dieser Mangel vorliegt.³²⁴ Die Vermutung nach § 477 BGB spricht dafür, dass dann dieser Mangel bereits auch bei Gefahrübergang (Grundmangel) vorgelegen hat.³²⁵ Nach dieser Rechtsprechung sollte § 477 BGB eine allein in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung sein, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe. § 477 BGB sollte aber nach Ansicht des BGH keine Wirkung entfalten, ob der erst nach Gefahrübergang eingetretene Schaden auf den Grundmangel zurückzuführen ist. Faktisch musste dann wieder der Verbraucher beweisen, dass der sichtbar gewordene Mangel bereits bei Gefahrübergang auf den Grundmangel zurückzuführen war.

Diese Rechtsprechung des BGH ist durch die Entscheidung des EuGH vom 4.6.2015³²⁶ überholt. Der EuGH hat entschieden, dass Art. 5 III der

³²² Die Begrenzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr im belgischen Recht widerspricht nach Auffassung des EuGH der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nur die Haftungsfrist können nach der Richtlinie auf ein Jahr beschränkt werden, EuGH, Urt. 13.7.2017, C-133/16; ausführlich zu der Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf das deutsche Recht, *Lenen*, JZ 2018, S. 284 ff.

³²³ PWW/D. *Schmidt*, § 475, Rn. 9.

³²⁴ Der Verbraucher muss das Vorliegen eines Sachmangels beweisen, BGH, Urt. 2.6.2004, VIII ZR 329/03.

³²⁵ Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 156.

³²⁶ EuGH, Urt. 4.6.2015, C-497/13.

Richtlinie 1999/44/EG, der dem § 477 BGB zu Grunde liegt, dahin auszulegen ist, dass vermutet wird, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Guts bestand, wenn der Verbraucher den Beweis erbringt, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist und dass die fragliche Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Guts offenbar geworden ist.³²⁷ Der Verbraucher muss weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist.³²⁸ Diese Vermutungsregelung kann von dem Verkäufer nur dadurch ausgeschlossen werden, wenn er rechtlich hinreichend nachweist, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der nach der Lieferung des Guts eingetreten ist.³²⁹

ff) Garantien

Erst im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde der Begriff der Garantie in das BGB aufgenommen.³³⁰ Die Garantieübernahme ist von der Beschaffenheitsvereinbarung, die in § 434 I 1 BGB kodifiziert ist, abzugrenzen, da sie weitergehende Rechte des Käufers und weitergehende Pflichten des Garantiegebers begründen. Grundsätzlich ist die Übernahme einer Garantie durch den Händler, Hersteller oder einen Dritten möglich. Die Vereinbarung einer Garantie erweitert die Rechte des Käufers dahingehend, dass ihm weitergehende Rechte zustehen als nach der gesetzlichen Sachmängelgewährleistung. Es ist die selbständige von der unselbständigen Garantie zu unterscheiden.³³¹ Bei der selbständigen Garantie ist ein Erfolg geschuldet, der über die Mangelfreiheit hinausgeht.³³² Die Garantie begründet eine eigenständige Haftung, die unabhängig von dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht ist. Daher unterliegt die Haf-

³²⁷ EuGH, Urt. 4.6.2015, C-497/13.

³²⁸ A.a.O. Fn. 327.

³²⁹ A.a.O. Fn. 327.

³³⁰ Braunschmidt/Vesper, JuS 2011, 393.

³³¹ So Reinicke/Tiedtke, Rn. 879, Weis, S. 35 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 443, Rn. 12; a.A. Bamberger/Roth/Faust, § 443, Rn.16, 17.

³³² Reinicke/Tiedtke, Rn. 883.

tung aus der selbständigen Garantie auch den allgemeinen Verjährungsregeln nach §§ 195 BGB.³³³ Bei der unselbständigen Garantie wird die kaufrechtliche Sachmangelgewährleistung zu Gunsten des Käufers erweitert.³³⁴ Bei diesem Fall handelt es sich um eine Erweiterung des kaufrechtlichen Mängelanspruchs. Dieser verjährt dann auch nach den kaufrechtlichen Verjährungsvorschriften im Sinne des § 438 BGB. Weiterhin sind im deutschen Recht zum einen die Beschaffenheitsgarantie von der Haltbarkeitsgarantie, die in § 443 I und II BGB geregelt sind, und zum anderen Hersteller- und Händlergarantie, welche nicht gesetzlich kodifiziert wurden, zu unterscheiden. Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie im Sinne von § 443 BGB sind unselbständige Garantien.³³⁵ Bei der Beschaffenheitsgarantie sichert der Garantiegeber eine bestimmte Eigenschaft zu, also die Beschaffenheit der Kaufsache bei Gefahrübergang. Bei der Haltbarkeitsgarantie verspricht der Garantiegeber, dass die Kaufsache für den vereinbarten Zeitraum die vereinbarte Beschaffenheit behält, also kein Mangel innerhalb des zugesicherten Zeitraums auftritt, unabhängig davon, ob dieser zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs veranlagt war oder nicht.³³⁶ Wenn eine Garantie übernommen wurde, so kommt es nach § 276 I BGB nicht auf das Verschulden des Garantiegebers an, sondern begründet eine unabhängige Einstandspflicht des Garantiegebers. Da die gesetzliche Garantiehaftung weitgehender ist als die gesetzliche Sachmangelhaftung, müssen immer konkrete Anhaltspunkte für die Garantieübernahme gegeben sein. Der Garantiennehmer muss grundsätzlich beweisen, dass tatsächlich eine Garantie vom Garantiegeber übernommen wurde und die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vorliegen.³³⁷ Für den Verbrauchsgüterkauf wurden formelle Sonderbestimmungen für die Garantie in § 479 BGB kodifiziert. Fraglich ist jedoch, ob die Sonderbestimmungen sowohl für die selbständigen, wie auch die unselbständigen Garantien gelten. Wenn dem systematischen Argument gefolgt würde, so kann der selbständige Garantievertrag nicht den Vorschriften des § 479 BGB unterliegen, da er ein

³³³ Reinicke/Tiedtke, Rn. 883.

³³⁴ Reinicke/Tiedtke, Rn. 879, 882.

³³⁵ *Weis*, S. 39.

³³⁶ Vgl. Reinicke/Tiedtke, Rn. 881.

³³⁷ Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Kap. 10, Rn. 173.

Vertrag ist, der nicht in den kaufrechtlichen Anwendungsbereich fällt.³³⁸ Andererseits wird mit dem Ausschluss aus dem kaufrechtlichen Anwendungsbereich der Verbraucherschutzgedanke nicht beachtet. Allerdings ist der selbständige Garantievertrag nicht eine Modifizierung des Sachmängelrechts, sondern eine wesentliche und unabhängige Erweiterung des Rechtskreises des Garantienehmers, so dass von einer Einschränkung des Verbraucherschutzes keine Rede sein kann. Aus diesem Grund gilt § 479 BGB nur für die unselbständigen Garantien.

gg) Umgehungsverbote

Von den §§ 433-435, 437, 439-443 und den 474-479 BGB kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 475 I BGB. Diese Umgehungsverbote gelten jedoch nur vor der Mitteilung eines Mangels.³³⁹ Nach der Mitteilung eines Mangels sind die Vertragsparteien frei neue Vereinbarungen zu schließen, ob nur hinsichtlich des konkreten Mangels oder hinsichtlich des gesamten Vertrages ist umstritten.³⁴⁰ Für die Vertragsfreiheit hinsichtlich des gesamten Vertrages nach Mitteilung des Mangels spricht, dass die Parteien ab Kenntnis des Mangels nur in aller Konsequenz über den gesamten Vertrag entscheiden können.³⁴¹ Andererseits ist jedoch auch die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers zu beachten, die nicht dadurch beeinträchtigt werden darf, dass tatsächlich ein Mangel sichtbar geworden ist und er seine Rechte geltend macht.³⁴² Daher ist nur auf eine Vertragsfreiheit hinsichtlich des konkreten Mangels abzustellen, denn ansonsten würde der Verbraucher gerade bei der Rüge eines gering-

³³⁸ Ein selbständiger Garantievertrag ist nach dem systematischen Verständnis kein Kaufvertrag.

³³⁹ § 474 I BGB: "vor Mitteilung eines Mangels".

³⁴⁰ Umkehrschluss aus § 475 I 1 BGB; PWW/*Prütting*, § 476, Rn. 3 (m.w.N.).

³⁴¹ So PWW/*D. Schmidt*, § 475, Rn. 3 (m.w.N.).

³⁴² Vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 475, Rn. 43.

fügigen Mangels auf Dauer möglicherweise hinsichtlich des gesamten Vertrages schutzlos gestellt, dies kann jedoch nicht Sinn und Zweck der Norm sein.³⁴³

Schadensersatzansprüche können dagegen immer beschränkt oder ausgeschlossen werden, solange die §§ 307-309 BGB beachtet werden, § 476 III BGB.

c) Verbraucherrechte gegen den Verkäufer

Von dem Händler kann der Käufer zunächst Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen und subsidiär den Kaufpreis mindern oder vom Kaufvertrag zurücktreten. Neben dem Rücktritt und der Minderung kann der Käufer Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen fordern. Der Verbraucher hat im Falle einer Nachlieferung keinen Wert- oder Nutzungersatz zu leisten, anders der Käufer, der kein Verbraucher ist.

Weitergehende Rechte stehen dem Käufer nicht zu, es sei denn der Händler hat eine weitergehende Garantie als die Gewährleistungsrechte übernommen.

d) Verbraucherrechte gegen den Hersteller

Nach dem deutschen Kaufrecht hat der Käufer gegen den Hersteller keinen direkten Anspruch.³⁴⁴ Es gilt das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse. Jeder Vertragspartner soll sich an seinen Vertragspartner halten, denn nur die direkten Vertragspartner können das Vertragsrisiko³⁴⁵

³⁴³ Für ein Abstellen auf die Vertragsfreiheit nur hinsichtlich des konkreten Mangels: Palandt/*Weidenkaff*, § 476, Rn. 3a, Bamberger/Roth/*Faust*, § 476 Rn. 16.

³⁴⁴ *Greiner* forderte zum Beispiel die Einführung eines Direktdurchgriffs des Käufers gegen den Hersteller zur Entlastung der Händler, denn der Hersteller hat die mangelhafte Sache hergestellt und dieser muss die Kosten auch letztendlich tragen, *Greiner*, ZGS 2010, 353, 361.

³⁴⁵ Wie zum Beispiel die Solvenz oder die Zuverlässigkeit des selbst gewählten Vertragspartners, dies entspricht dem Prinzip der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie.

bestimmen und einschätzen, welches der Vertragsschluss mit dem Vertragspartner birgt. Dieses Prinzip folgt aus der Vertragsfreiheit und würde durch einen Direktanspruch des Käufers gegen den Hersteller unterlaufen.

Ein unmittelbarer Anspruch des Käufers gegen den Hersteller kann sich lediglich aus einer Herstellergarantie ergeben, die der Hersteller dem Verbraucher gewährt hat.

Ansonsten kann der Käufer im deutschen Recht direkt gegen den Hersteller nur im Falle einer Produkthaftung vorgehen.

e) **Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette**

Gegen Dritte in der Vertragskette, wie den Zwischenhändler, hat der Käufer ebenfalls keine Ansprüche, es sei denn, dieser hat eine Garantie übernommen.

4. **Zusammenfassung**

Der Verbrauchsgüterkauf ist im deutschen Recht, in § 474 BGB, legaldefiniert. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde in §§ 13, 14, 275, 323, 326, 346-354, 433-480, 651 BGB überschießend umgesetzt.³⁴⁶ Damit die Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs Anwendung finden, muss ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche, körperliche Sache kaufen, welche neu oder gebraucht sein kann oder noch herzustellen ist. Kein Verbrauchsgüterkauf liegt vor, wenn ein Kaufvertrag über ein Recht, eine Immobilie oder ein eingetragenes Schiff geschlossen wurde.³⁴⁷

Ein Verbraucher ist jede natürliche Person, die nicht zu einem beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt. Wenn die Person auch zu einem beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, der nicht überwiegt, ist sie trotzdem Verbraucher.³⁴⁸ Verbraucher ist auch der Arbeitnehmer, der Ge-

³⁴⁶ Siehe S. 32.

³⁴⁷ Siehe S. 33 ff.

³⁴⁸ Siehe S. 36 ff.

schäftsführer einer GmbH und die WEG, wenn mindestens ein Verbraucher beteiligt ist. Die GbR kann Verbraucher sein, wenn sie nicht zu einem überwiegenden beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt.³⁴⁹ Unternehmer ist, wer zu einem beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, erfasst ist auch der Abschluss eines branchenfremden Nebengeschäfts.³⁵⁰ Unternehmer ist auch der Existenzgründer. Der Verein, der nicht zu einem überwiegenden beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt ist meines Erachtens kein Unternehmer und kein Verbraucher, sondern gehört einer Dritten nicht kodifizierten Gruppe des Nicht-Verbrauchers/Unternehmers an.³⁵¹

Wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft, so hat er einen Anspruch auf die Verschaffung einer mangelfreien Sache. Nach deutschem Recht sind sowohl Sach- als auch Rechtsmängel von dem Gewährleistungsrecht des Käufers erfasst. Kein Rechtsmangel im Sinne des Kaufrechts ist fehlendes Eigentum, dies ist eine Verletzung der Primärpflicht.³⁵²

Die Sache muss zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs sachmangelfrei und zum Zeitpunkt der Übertragung rechtsmangelfrei sein.³⁵³ Nach § 477 BGB muss der Verbraucher grundsätzlich nur beweisen, dass ein Sachmangel im ersten halben Jahr nach der Überlassung aufgetreten ist. Dass der Mangel nicht bei Gefahrübergang vorgelegen hat muss der Verkäufer beweisen.³⁵⁴ Kommt der Verkäufer dem nicht nach, so kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, den Kaufpreis mindern oder zurücktreten und Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen, § 437 BGB. Die Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB kann die

³⁴⁹ Siehe S. 36 ff.

³⁵⁰ Siehe S. 43 ff.

³⁵¹ Siehe S. 41.

³⁵² Siehe S. 47 ff.

³⁵³ Siehe S. 47 ff.

³⁵⁴ Siehe S. 63 f.

Nachlieferung einer mangelfreien Sache oder die Nachbesserung der mangelhaften Sache sein.³⁵⁵ Die Nachlieferung ist unentgeltlich, der Verbraucher muss keinen Nutzungsersatz zahlen.³⁵⁶ Der Verkäufer darf gegen den Verbraucher die einzig mögliche Nacherfüllung, oder auch beide Arten der Nacherfüllung nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigern.³⁵⁷ Grundsätzlich muss der Verkäufer sowohl die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache, wie auch die Kosten des Einbaus der mangelfreien Sache tragen. Diese können jedoch beschränkt werden, dann kann der Verbraucher zurücktreten oder den Kaufpreis mindern.³⁵⁸ Der Erfüllungsort der Nacherfüllung liegt regelmäßig am Wohnsitz des Verbrauchers, wobei den Verbraucher eine Mitwirkungspflicht trifft.³⁵⁹ Wenn die Sache versandmöglich ist und dies die günstigere Art der Nacherfüllung ist, so muss der Verbraucher bei der Versendung der Sache mitwirken, die Kosten trägt jedoch regelmäßig der Verkäufer.³⁶⁰ Wenn die Nacherfüllung unmöglich, fehlgeschlagen oder endgültig verweigert wurde, kann der Käufer bei einem erheblichen Mangel nach §§ 437 Nr.2, 440, 323, 323 V BGB zurücktreten oder, unabhängig ob der Mangel erheblich ist oder nicht, nach §§ 437 Nr.2, 441 BGB den Kaufpreis mindern.³⁶¹

Der Händler, der Hersteller oder ein Dritter kann für die Kaufsache eine Garantie übernehmen. Bei einer Garantieübernahme durch den Händler ist diese regelmäßig von einer Beschaffenheitsvereinbarung, nach § 434 I 1 BGB abzugrenzen. Dafür müssen grundsätzlich konkrete Anhaltspunkte für die Garantieübernahme vorliegen, denn der Garantiennehmer muss beweisen, dass tatsächlich eine Garantie vom Garantiegeber übernommen wurde und die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vorliegen. Es ist zu unterscheiden zwischen einer selbständigen und einer

³⁵⁵ Siehe S. 52 ff.

³⁵⁶ Siehe S. 59.

³⁵⁷ Siehe S. 53 ff.

³⁵⁸ Siehe S. 57 ff.

³⁵⁹ Siehe S. 57 ff.

³⁶⁰ Siehe S. 59.

³⁶¹ Siehe S. 60 ff.

unselbständigen Garantie. Bei der selbständigen Garantie ist ein Erfolg geschuldet, der über die Mängelfreiheit hinausgeht, sie begründet eine eigenständige Haftung, die unabhängig von dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht ist und verjährt nach §§ 195 BGB. Bei der unselbständigen Garantie wird dagegen die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung zu Gunsten des Käufers erweitert und verjährt nach den kaufrechtlichen Verjährungsvorschriften im Sinne des § 438 BGB.³⁶²

Weiterhin sind im deutschen Recht zum einen die Beschaffenheitsgarantie von der Haltbarkeitsgarantie und zum anderen Hersteller- und Händlergarantie zu unterscheiden. Bei der Beschaffenheitsgarantie sichert der Garantiegeber die Beschaffenheit der Kaufsache bei Gefahrübergang zu. Bei der Haltbarkeitsgarantie sichert der Garantiegeber zu, dass die Kaufsache für den vereinbarten Zeitraum die vereinbarte Beschaffenheit behält. Die Haftung bei einer Garantieübernahme ist vom Verschulden des Garantiegebers unabhängig, sie begründet eine eigenständige Einstandspflicht des Garantiegebers. Es gelten formelle Sonderbestimmungen für die unselbständige Garantie im Verbrauchsgüterkauf, § 479 BGB.³⁶³

Die Verjährung der Mängelansprüche an einer körperlichen, beweglichen Sache beträgt regelmäßig nach § 438 I Nr. 3 BGB zwei Jahre. Baumaterialien sind grundsätzlich ebenfalls körperliche, bewegliche Sachen, allerdings beträgt die Verjährungsfrist bei dieser Art von Sachen fünf Jahre, § 438 I Nr. 2 BGB.³⁶⁴ Diese Verjährungsfrist kann auch im Verbrauchsgüterkauf von fünf auf zwei Jahre reduziert werden, § 475 II BGB.

Von den §§ 433-435, 437, 439-443 und den 474-479 BGB kann nicht vor der Mitteilung eines Mangels des Verbrauchers an den Verkäufer zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 475 I BGB. Nach der Mitteilung des Mangels durch den Verbraucher an den Verkäufer besteht nur Vertragsfreiheit hinsichtlich des konkreten Mangels und nicht hin-

³⁶² Siehe S. 62 ff.

³⁶³ Siehe S. 64 ff.

³⁶⁴ Siehe S. 62 f.

sichtlich des gesamten Vertrages. Schadensersatzansprüche können dagegen grundsätzlich beschränkt oder ausgeschlossen werden, solange die §§ 307-309 BGB beachtet werden.³⁶⁵

Der Käufer hat im Falle eines Mangels der Kaufsache Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer, aber nicht gegen den Hersteller oder Dritte in der Vertragskette, ausgenommen diese haben eine Garantie übernommen.³⁶⁶ Die Garantie, die von einem Dritten oder dem Hersteller übernommen wird, erweitert den Rechtskreis des Verbrauchers um einen weiteren Anspruch und tritt neben den Gewährleistungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer.³⁶⁷

5. Vergleich der Richtlinie 1999/44/EG und ihre Umsetzung im deutschen Recht

Ein Verbrauchsgüterkauf ist sowohl nach der Richtlinie 1999/44/EG wie auch nach deutschem Recht der Kauf einer beweglichen Sache von einem Unternehmer an einen Verbraucher. Keine Verbrauchsgüter sind Strom, Wasser und Gaslieferungen, sofern diese nicht in räumlich abgrenzbaren Gefäßen wie zum Beispiel Flaschen geliefert werden.³⁶⁸

Die Richtlinie 1999/44/EG ist eine mindestharmonisierende Richtlinie, die vom deutschen Gesetzgeber überschießend umgesetzt wurde. Das heißt, der deutsche Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch auf andere Sachverhalte und Personengruppen erweitert.³⁶⁹ Nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist ein Verbraucher eine natürliche Person, die zur Erfüllung familiärer oder persönlicher Bedürfnisse handelt.³⁷⁰ Nach deutschem Verständnis ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die nicht zu einem beruflichen

³⁶⁵ Siehe S. 66 f.

³⁶⁶ Siehe S. 67 f.

³⁶⁷ Siehe S. 64 ff.

³⁶⁸ Vgl. S. 15 ff. und S. 33 ff.

³⁶⁹ Vgl. S. 13 f. und S. 31 f.

³⁷⁰ Siehe S. 16 ff.

oder gewerblichen Zweck handelt. Das heißt, dass auch die natürliche Person nach deutschem Recht Verbraucher ist, die sowohl zu einem privaten, als auch beruflichen Zweck handelt. Der Arbeitnehmer ist Verbraucher, ebenso wie die GbR, wenn ihre Tätigkeit nicht einem überwiegend beruflichen oder gewerblichen Zweck dient oder die WEG, wenn mindestens ein Eigentümer der WEG ein Verbraucher ist.³⁷¹ Nach dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff soll die konsumfreudige Privatperson geschützt werden. Im Gegensatz dazu stand bis zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie nach dem deutschen Verständnis des Verbraucherschutzes der Schutz des Schwächeren im Vordergrund.³⁷²

Nach dem europäischen Verbraucherbegriff soll in erster Linie der ausschließlich zu privaten und persönlichen Zwecken handelnde Konsument vor nachteiligen Rechtsfolgen geschützt werden,³⁷³ möglicherweise um ein Klima des europaweiten sicheren Konsums zu schaffen, welches den Binnenmarkt fördern würde. Dagegen stand im deutschen Recht der Verbraucher als schwächere Vertragspartei im Vordergrund, die prinzipiell vor nachteiligen Verpflichtungen bzw. übereilten Entscheidungen zu schützen war. Es handelt sich hierbei um einen Schutz der schwächeren Partei durch Sondervorschriften. Durch privilegierende Vorschriften zu Gunsten des Schwächeren kann die Vertragsparität wiederhergestellt werden.

Im Gegensatz zu dem engen Verbraucherbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Unternehmers, in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Verkäufer bezeichnet, weiter zu fassen.³⁷⁴ Verkäufer ist jede natürlich oder juristische Person, sowie jede Personengruppe, die im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft.³⁷⁵

³⁷¹ Zum persönlichen Anwendungsbereich siehe S. 36 ff.

³⁷² Vgl. *Heiderhoff*, Kap. 4, S.95.

³⁷³ Siehe S. 16 ff.

³⁷⁴ Siehe S. 22 f.

³⁷⁵ Vgl. S. 22 f.

Nach deutschem Verständnis berechtigt sowohl ein Sachmangel als auch ein Rechtsmangel zur Nachbesserung, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz.³⁷⁶ Diese Rechte stehen nach der Richtlinie 1999/44/EG dem Verbraucher nur bei einem Sachmangel an der Kaufsache zu. Rechtsmängel sind von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht erfasst.³⁷⁷

Der Umfang der Nachbesserungsrechte ist identisch bei der Richtlinie 1999/44/EG und der Umsetzung im deutschen Recht. Der Verbraucher hat vorrangig Anspruch auf Nacherfüllung und sekundär Anspruch auf Minderung oder Rückabwicklung.³⁷⁸

Vom deutschen Recht ist sowohl die entgeltliche als auch die unentgeltliche Garantie einbezogen.³⁷⁹ Im Gegensatz dazu ist von der Richtlinie nur die unentgeltliche Garantie erfasst.³⁸⁰

Grundsätzlich wird sowohl nach der Richtlinie 1999/44/EG als auch im deutschen Recht die Vertragsgemäßheit der Ware vermutet. Zugunsten des Verbrauchers gilt in den ersten sechs Monaten nach Gefahrübergang die Beweiserleichterung, dass der Mangel bereits vor Gefahrübergang vorgelegen habe.³⁸¹

Grundsätzlich verjähren die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährten Rechte nach zwei Jahren. Der europäische Gesetzgeber überlässt es jedoch den Mitgliedsstaaten die Verjährung der Rechte für gebrauchte Sachen auf ein Jahr zu verkürzen.³⁸² Dem Vorschlag ist Deutschland entsprechend gefolgt. Es gilt in Deutschland grundsätzlich eine zweijährige Verjährungsfrist der Rechte aus dem Verbrauchsgüterkauf. Es ist jedoch

³⁷⁶ Siehe S. 47 ff.

³⁷⁷ Siehe S. 24.

³⁷⁸ Vgl. S. 25 ff. und S. 52 ff.

³⁷⁹ Siehe S. 64 ff.

³⁸⁰ Siehe S. 28.

³⁸¹ Vgl. S. 27 f. und S. 63 f.

³⁸² Siehe S. 27.

eine vertragliche Verkürzung bei gebrauchten Gütern auf ein Jahr möglich.³⁸³

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Richtlinie 1999/44/EG und der Umsetzung im deutschen Recht ist das Verständnis des Verbrauchers und die Zweckrichtung des „Verbraucherschutzes“, die mit diesem weiten Verbraucherbegriff verfolgt wurde. Das unterschiedliche Verbraucherverständnis wurde durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie jedoch teilweise vereinheitlicht.³⁸⁴ Ansonsten entsprechen die Primärrechte und die Sekundärrechte im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland im Wesentlichen der Richtlinie 1999/44/EG.³⁸⁵ Zu beachten ist, dass die Richtlinie 1999/44/EG lediglich einen Mindestsockel an Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf vorgibt, die die Mitgliedsstaaten über den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie modifizieren können. Dem ist Deutschland im Hinblick auf den Rechtsmangel, der Einbeziehung der entgeltlichen, wie unentgeltlichen Garantien und der Ausweitung der Primär- und Sekundärrechte auch auf Nicht-Verbrauchsgüterkäufe nachgekommen.

³⁸³ Siehe S. 62 f.

³⁸⁴ Vgl. S. 16 ff. und S. 36 ff.

³⁸⁵ Vgl. S. 23 ff. und S. 47 ff.

III. Verbraucherrechte im Verbrauchsgüterkauf in Spanien (rein nationale Sachverhalte)

In Spanien ist der Verbraucherschutz bereits seit dem 27.12.1978 verfassungsrechtlich in Art. 51 CE³⁸⁶ verankert. Nach Art. 51 CE wird der Verbraucherschutz durch die öffentliche Gewalt garantiert. Der verfassungsrechtlich gewährte Verbraucherschutz führte unter anderem zu der Schaffung des „*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*“ (LGDCU 1984), Ley 26/1984, am 19.7.1984.³⁸⁷

Nach Art. 1254 ff. CC gilt in Spanien der Grundsatz, dass die Vertragsparität der Vertragspartner grundsätzlich vorliegt. Ansonsten gilt es durch die Anwendung von Spezialgesetzen die Vertragsparität herzustellen.³⁸⁸

Zu der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie standen dem spanischen Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten offen. Unter anderem die Überarbeitung des LGDCU 1984 und des Código Civils (CC)³⁸⁹ oder die Inkorporation der Richtlinie 1999/44/EG in das LGDCU 1984 und die Überarbeitung des Kleinhandelsgesetzes, „*Ley Ordenación Minorista*“ (LOCM).³⁹⁰ Allerdings hätte mit der Überarbeitung des CC von dem zivilrechtlichen Grundsatz abgewichen werden müssen, dass die Vertragsparität grundsätzlich vorliegt.³⁹¹ So war es eine logische Folge, dass der spanische Gesetzgeber sich für einen dritten Weg entschieden hat, die Schaf-

³⁸⁶ „Verankerung des Verbraucherschutzes in der *Constitución Española* war ein verfassungsrechtliches Novum in Europa.“ *Fischer*, S. 36; Ausführlich *Cámara Lapuente* in *Cámara Lapuente*, Art. 1, S. 77 ff.

³⁸⁷ BOE, Núm. 176, 24.7.1984, 21686; Ausführlich zur Entwicklung des Verbraucherschutzrechts in Spanien: *Fischer*, S. 21 ff, S. 25.

³⁸⁸ *Gómez Alcázar*, S. 57 (m.w.N.); Vgl. *Acedo Penco*, S. 109.

³⁸⁹ Zu der Strömung in der spanischen Literatur, das LGDCU 1984 und die Spezialgesetze abzuschaffen, *Fischer*, S. 54, 55 (m.w.N.).

³⁹⁰ *Hofer*, S. 102.

³⁹¹ *Gómez Alcázar*, a.a.O Fn. 388; zu den Prinzipien des Verbraucherschutzes und dem CC *Acedo Penco*, S. 22; zu den Problemen eines neuen gesetzlichen Modells und der Umsetzung im CC: *Avilés García*, *Noticias de la Unión Europea* N° 207, 2002, 99 (106 f.).

fung eines eigenen Spezialgesetzes, das „*Ley de Garantias en la Venta de Bienes de consumo*“, Ley 23/2003 (LGVBC)³⁹². Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das LGVBC am 23.7.2003 erfolgte gut eineinhalb Jahre verspätet.³⁹³

Die Umsetzung in ein eigenständiges Spezialgesetz, welches neben dem CC, dem LGDCU 1984 und weiteren Spezialgesetzen stand, war in der spanischen Rechtswissenschaft nicht unumstritten.³⁹⁴ Inzwischen gab es eine Vielzahl von eigenständigen Spezialgesetzen.³⁹⁵

Vielleicht aus diesem Grund, aber vielleicht auch um ein einheitliches Rechtssystem zu schaffen, entschied sich der spanische Gesetzgeber zu einer Überarbeitung des LGDCU 1984 und aller Spezialgesetze und zu einer Integration des LGVBC.

Zum 16.11.2007 trat das neue Konsumentenschutzgesetz, das „*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*“ (LGDCU 2007) in Kraft. Das LGVBC wurde teilweise wortwörtlich in das LGDCU 2007 übernommen. Aus diesem Grund kann der Teil der Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung des neuen LGDCU 2007 herangezogen werden, der kongruent mit dem LGVBC ist.³⁹⁶ Zu beachten ist, dass nach herrschender Meinung das LGDCU 2007 vorrangig vor dem CC ist und dies nur subsidiär heranzuziehen ist. Dies kann auch aus Art. 117 LGDCU 2007 geschlossen werden, der weitere Ansprüche aus dem CC für versteckte Mängel ausschließt, wenn das LGDCU 2007 anwendbar ist.³⁹⁷ Das LGDCU 2007 schafft einen Mindestschutz in ganz Spanien, der auch in den autonomen

³⁹² BOE, Núm. 165, 11.7.2003, 27160-27164.

³⁹³ Richtlinie 1999/44/EG war umzusetzen bis zum 1.1.2002.

³⁹⁴ *Hofer*, S. 102 (m.w.N.).

³⁹⁵ Unter anderem: Ley 7/1995, de crédito de consumo (Verbraucherkreditgeschäft), Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (Fernabsatz von Finanzleistungen an Verbraucher) etc.

³⁹⁶ *Hofer*, S. 103.

³⁹⁷ Vgl. *Hofer*, S. 174-177.

Gebietskörperschaften³⁹⁸ einen Mindestschutz bietet.³⁹⁹ Jede Gebietskörperschaft kann jedoch einen weitergehenden Verbraucherschutz schaffen.⁴⁰⁰ Das LGDCU 2007 ist auf Verträge anwendbar, auf welche das spanische Recht Anwendung finden.⁴⁰¹ Es war lange Zeit umstritten, ob im Bereich der Verbraucherverträge der Zentralstaat Spanien die alleinige Gesetzgebungszuständigkeit hat oder die autonomen Gebietskörperschaften.⁴⁰² Diese Frage wurde zu Gunsten des Zentralstaats entschieden.⁴⁰³ In bestimmten Bereichen können die autonomen Gebietskörperschaften jedoch eigene Verbraucherschutzvorschriften erlassen.⁴⁰⁴

1. Umsetzung

Seit dem 16.11.2007 wurde die Richtlinie 1999/44/EG in ein allgemeines spanisches Verbraucherschutzgesetz umgesetzt. Dieses allgemeine Verbraucherschutzgesetz steht neben dem Código Civil und fasst ehemalige einzelne Verbraucherschutzgesetze in einem einzigen Gesetz zusammen. Grundsätzlich ist der Kaufvertrag im Código Civil geregelt. Diese Regelungen finden Anwendung soweit die Anwendung des LGDCU 2007 ausgeschlossen oder nicht geregelt ist.⁴⁰⁵ Das LGDCU 2007 wurde durch das Ley 3/2014⁴⁰⁶ vom 27.3.2014 überarbeitet. Die Änderungen traten zum 28.3.2007 in Kraft. Unter anderem wurde die Verbraucherrechterichtlinie umgesetzt.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG wurden im LGDCU 2007 vorwiegend in den Art. 114-127 LGDCU 2007 umgesetzt und durch das

³⁹⁸ Comunidades Autónomas.

³⁹⁹ *Acedo Penco*, S. 45, 46.

⁴⁰⁰ *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, S. 70.

⁴⁰¹ *Acedo Penco*, S. 129.

⁴⁰² Siehe hierzu *Fischer*, S. 73 ff.

⁴⁰³ *Fischer*, S. 87.

⁴⁰⁴ Beispiele in *Larrosa Amante*, S. 31-38.

⁴⁰⁵ Vgl. *Navas Navarro*, IHR 2005, 89,89. Ebenfalls *Navas Navarro* zur Anwendbarkeit des Código Comercio, IHR 2005, 89,92,93.

⁴⁰⁶ BOE, Núm. 76, 28.3.2014, 26967.

Ley 3/2014 modifiziert um die Verbraucherrechterichtlinie umzusetzen. Eine Legaldefinition des Verbrauchsgüterkaufs fehlt im spanischen Recht. Es werden lediglich allgemeine Regeln in den Art. 114 ff. LGDCU 2007 aufgestellt, welche Rechte der Verbraucher gegen den Verkäufer hat, wenn die Ware nicht vertragsgemäß ist. Der Anwendungsbereich für diese allgemeinen Regeln bezieht sich gemäß Art. 115 I LGDCU 2007 auf Kaufverträge und Werklieferungsverträge. Der Anwendungsbereich ist grundsätzlich nicht eröffnet bei gerichtlichen Verkäufen, bei Wasser und Gas in nicht begrenzten Gefäßen, der Elektrizität und bei einer öffentlichen Versteigerung einer gebrauchten Sache, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, anwesend zu sein. Im Umkehrschluss folgt, dass grundsätzlich die Regeln für Verbrauchsgüterkäufe auf gebrauchte Sachen anwendbar sind. Die allgemeinen Regeln über den Kaufvertrag befinden sich im CC, diese allgemeinen Vorgaben werden durch das LGDCU 2007 lediglich spezifiziert.

Art. 114 ff. LGDCU 2007 bestimmen die Regeln für die Gewährleistung eines Verbrauchs-, „Produktes“⁴⁰⁷. Im Gegensatz zu der Definition aus Art. 1 II b) Richtlinie 1999/44/EG kommt es hier nicht auf die Körperlichkeit der Sache an. Das Produkt wird in Art. 6 LGDCU 2007⁴⁰⁸ definiert. Demnach ist ein Produkt jedes bewegliche Gut im Sinne von Art. 335 CC⁴⁰⁹. Bewegliche Güter im Sinne von Art. 335 CC sind *„aneignungsfähige[n] Sachen, die im vorangehenden Kapitel nicht enthalten sind, und allgemein diejenigen, die ohne Schaden an der unbeweglichen Sache, mit der sie verbunden waren, von einem Ort zum anderen geschafft werden können“*⁴¹⁰. Eine eigenständige Definition eines Produktes ist neu. Bislang war in Art. 1 II LGVBC ledig-

⁴⁰⁷ Título V Garantías y servicios posventa, Capítulo I.

⁴⁰⁸ Art. 6 LGDCU 2007: [...] es producto todo bien mueble conforme lo previsto en el artículo 335 del Código Civil.

⁴⁰⁹ Art. 335 CC: Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

⁴¹⁰ Übersetzung nach *Subst*, S. 84, Art. 335.

lich das Verbrauchsgut als bewegliche, körperliche Sache, die zum Endkonsum bestimmt ist, definiert.⁴¹¹ Mit dem Ausschluss des Kriteriums der „Körperlichkeit“ kann geschlossen werden, dass zukünftig Software als Produkt im Sinne des Art. 6 LGDCU 2007 gesehen werden kann, unabhängig davon, in welcher Form die Software vorliegt, diese Ansicht vertritt auch *Hofer*⁴¹².

Im Vergleich zu der bisherigen Regelung im Art. 1 LGVBC fällt nun das Merkmal *privater Endkonsum* weg. Fraglich ist, ob ein privater Gebrauch damit für die Eigenschaft einer Sache im Sinne des LGDCU 2007 weiterhin erforderlich ist.⁴¹³ Wenn die vorangestellten Gründe des LGDCU 2007 beachtet werden, so wird deutlich, dass der Konsum immer noch zu einem privaten Zweck erfolgen sollte.⁴¹⁴ Die neuartige Definition aus Art. 6 LGDCU 2007 beschränkt nicht den objektiven Anwendungsbereich des LGDCU 2007.⁴¹⁵ Es wurde mit Art. 6 LGDCU 2007 eine einheitliche Definition eines Produktes geschaffen, die allen im LGDCU geregelten Vertragstypen zugrunde liegt.

Explizit ist die Frage, ob Tiere Verbrauchsgüter sein können, im neuen LGDCU 2007 nicht geregelt.⁴¹⁶ Allerdings können Tiere Gegenstand eines Kaufvertrags sein, denn sie sind keine unbeweglichen Sachen im Sinne von Art. 334 CC. Tiere sind nach spanischem Rechtsverständnis Sachen⁴¹⁷

⁴¹¹ Siehe auch Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 101.

⁴¹² *Hofer*, S. 113, 114.

⁴¹³ Bislang Kriterium des „Endkonsumenten“ (destinatarios finales), Art. 1 III LGVBC i.V.m. Art. 1 II LGDCU 1984.

⁴¹⁴ BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49184: “El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final[...]”.

⁴¹⁵ Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 102.

⁴¹⁶ *Hofer* bejaht die Anwendbarkeit des LGDCU 2007 auf Käufe von Tieren, *Hofer* S. 117.

⁴¹⁷ Ertrag von Sachen ist zum Beispiel Jungvieh. Damit ist das Muttertier eine Sache. Vgl. Art. 335 I CC.

und sind daher nicht vom Anwendungsbereich des LGDCU 2007 ausgeschlossen. Daher ist, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer ein Tier kauft, dieses ein Verbrauchsgut.

Bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ging man davon aus, dass wenn ein Produkt sowohl privat als auch beruflich genutzt wurde, die Regeln des Verbrauchsgüterkaufs keine Anwendung finden.⁴¹⁸ Diese Auslegung ist mit Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2011/83/EU nicht mehr haltbar, da der spanische Gesetzgeber weitestgehend den genauen Wortlaut des Art. 2 Nr.1 der Richtlinie 2011/83/EU in Art. 3 LGDCU 2007 übernommen hat.

Eine Besonderheit im spanischen Recht ist das „natürlich haltbare Gut“, für welches auch weiterhin zusätzlich zu den Rechten aus dem Verbrauchsgüterkauf besondere Bestimmungen gelten. *Navas Navarro* übte Kritik daran, dass sich das „natürlich haltbare Gut“ kaum von einem „normalen“ Verbrauchsgut unterscheiden ließe.⁴¹⁹ Allerdings wird nach der zweiten Übergangsvorschrift des LGDCU 2007⁴²⁰ auf den zweiten Annex des königlichen Dekrets 1507/2000⁴²¹ verwiesen, welches eine Auflistung natürlich haltbarer Güter enthält. Nach Art. 126 LGDCU 2007 ist der Verkäufer verpflichtet, schriftlich oder in einer anderen dauerhaften Form, welche von dem Verbraucher akzeptiert wurde, die kommerzielle Garantie auszuhändigen, mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Rechte aus dem Verbrauchsgüterkauf unabhängig von der kommerziellen Garantie sind und diese mit ihr vereinbar sind.

⁴¹⁸ Die Auslegung der Begrifflichkeiten lehnt sich an das Gemeinschaftsrecht an (Beweggründe), aus diesem Grund wohl auch *Rebollo-Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 72.

⁴¹⁹ So *Navas Navarro*, IHR 2005, 89, 91 bereits zum LGVBC.

⁴²⁰ BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49214 f.

⁴²¹ BOE núm. 219, de 12.9.2000, 31349, 31351.

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Das LGDCU 2007 ist gemäß Art. 2 LGDCU 2007⁴²² auf die Vertragsverhältnisse zwischen einem Verbraucher/Konsument oder Benutzer und einem Unternehmer anwendbar.⁴²³ Das LGDCU 2007 gilt im Umkehrschluss daher nicht für Verträge zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmern. Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf befinden sich im zweiten Buch des LGDCU 2007, welches nach Art. 59 I LGDCU 2007 auf Verträge Anwendung findet, die zwischen einem Verbraucher oder einem Verwender und Unternehmer geschlossen werden.

a) Verbraucher

Gemäß Art. 3 LGDCU 2007 sind Verbraucher/Konsumenten und Benutzer natürliche oder juristische Personen, die außerhalb einer unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit handeln.⁴²⁴ Die juristische Person oder auch die Körperschaft ohne eigene juristische Persönlichkeit muss nach Art. 3 LGDCU 2007 ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, damit sie Verbraucher ist. Die generelle Definition des Verbrauchers stellt eine wesentliche Neuerung im spanischen Zivilrecht dar, da bislang in den unterschiedlichen Gesetzen keine einheitlichen Verbraucher- und Benutzerbegriffe verwendet wurden.⁴²⁵ In dem LGDCU 2007 lehnt sich der spanische Gesetzgeber ausdrücklich an die gemeinschaftsrechtliche Definition des Verbrauchers an, allerdings wird die juristische Person ausdrücklich

⁴²² Art. 2 LGDCU 2007: Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.

⁴²³ Ob der Anwendungsbereich tatsächlich auf Verbraucher, Benutzer und Unternehmer begrenzt ist und nicht dem Anwendungsbereich des ehemaligen LGDCU 1984 entspricht, ist umstritten, Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 57.

⁴²⁴ Art. 3 LGDCU 2007: [...] son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

⁴²⁵ Vgl. Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 60-73; siehe auch zur Entwicklung des Verbraucherbegriffs in Spanien: *Acedo Penco*, S. 24-38.

mit in die Definition einbezogen.⁴²⁶ Vielfach wurde in der Vergangenheit von dem Verbraucher als potenziellen Kunden des Unternehmers ausgegangen. Von diesem weiten Verständnis wird im neuen LGDCU 2007 aufgrund der einschränkenden Definition „außerhalb einer unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit“ abgewichen.⁴²⁷ In der Vergangenheit, unter anderem in dem LGDCU 1984, kam es auf die Eigenschaft des „Letzt-Verwenders“ an, der die Sache zum persönlichen Gebrauch nutzte. Von dieser Eigenschaft wird im neuen LGDCU 2007 ebenfalls kein Gebrauch mehr gemacht.⁴²⁸ Das Kriterium des „Letzt-Verwenders“ wurde zuletzt in Europa nur noch in Spanien verwendet.⁴²⁹ Allerdings wird die Eigenschaft des „Letztverbrauchers“ teilweise noch zur Auslegung herangezogen, denn nach der Begründung in den vorangestellten Beweggründen im LGDCU 2007 handelt eine Person „außerhalb des beruflichen oder gewerblichen Anwendungsbereiches“, wenn sie einen Verbrauchervertrag zu einem privaten Zweck abschließt, das Gut oder die Dienstleistung als Endverbraucher nutzt und weder direkt noch indirekt in den Prozess der Produktion, die Vermarktung oder an einen Dritten leistet, einbezogen ist.⁴³⁰

Nach Ansicht von *Fernández Carballo-Calero* und *Torres Pérez* ist auch derjenige Verbraucher, ob Unternehmer oder nicht, der außerhalb seines Geschäfts, Handwerks oder Berufes handelt.⁴³¹ Diese Ansicht verkannte jedoch die Abweichung im Wortlaut des Art. 3 LGDCU 2007 a.F., wo „eine unternehmerische oder berufliche Tätigkeit“ als Abgrenzungskriterium genannt wurde, von Art. 1 II a Richtlinie 1999/44/EG, wo „seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit“ als Abgrenzungskriterium herangezogen

⁴²⁶ BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49184 (III).

⁴²⁷ Vgl. *Rebollo Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 61.

⁴²⁸ Vgl. *Cámara Lapuente*, Noticias de la Unión Europea 2011, 21, 23, No. 320, September 2011, *Rebollo Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 69.

⁴²⁹ *Cámara Lapuente*, Noticias de la Unión Europea 2011, 21, 26, No. 320, September 2011, ursprünglich wurde die Lehre des „Letztverwenders“ auch in Griechenland, Ungarn und Luxemburg vertreten.

⁴³⁰ BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49184 (III).

⁴³¹ *Rebollo Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 72.

wird. *Cámara Lapuente* stellte dieses Merkmal, als eine der zwei wesentlichen Abweichungen von dem Verbraucherbegriff der Richtlinie 1999/44/EG heraus, neben der Anwendbarkeit des Verbraucherbegriffs auf die juristische Person.⁴³² Wer Sachen für „seine“ berufliche Tätigkeit erlangt ist kein Verbraucher, so zumindest nach dem LGDCU 2007 a.F.⁴³³ Aus diesem Grund ist im spanischen Recht davon auszugehen, dass auch der Arbeitnehmer, der etwas für seine berufliche Tätigkeit erlangt, kein Verbraucher ist.

Fernández Carballo-Calero und *Torres Pérez* vertraten ebenfalls die Ansicht, dass eine Person, die aufgrund ihrer speziellen Qualifikation oder ihres besonderen Wissens kein Verbraucher sein kann, weil die Schutzwürdigkeit fehle und dies in einem konkreten Fall von dem Richter gerecht berücksichtigt werden müsse.⁴³⁴ *Cámara Lapuente* lehnt dies zu Recht mit dem Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut ab. Demnach kann kein maßgebliches Kriterium für die Verbrauchereigenschaft der persönliche Wissensstand desselben sein.⁴³⁵

Bei Geschäften sowohl zum privaten als auch beruflichen Gebrauch entsprach die spanische Ansicht wohl der EuGH-Rechtsprechung *Gruber*⁴³⁶, sodass anzunehmen war, dass bei einem Kauf sowohl zu einem beruflichen als auch privaten Zweck die Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs nicht vorliegen.⁴³⁷ Für diese Auslegung spricht auch, dass der spanische Gesetzgeber sich ausdrücklich bei der Schaffung des LGDCU 2007 an dem gemeinschaftsrechtlichen Konzept des Verbrauchers orientiert

⁴³² *Cámara Lapuente*, Noticias de la Unión Europea 2011, 21, 26, No. 320, September 2011.

⁴³³ *Díaz-Ambrosio Bardají*, S. 164.

⁴³⁴ *Rebollo Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S.67.

⁴³⁵ Vgl. *Cámara Lapuente*, Noticias de la Unión Europea 2011, 21, 37, No. 320, September 2011.

⁴³⁶ EuGH, Urt. 20.1.2005, C-464/01, (*Gruber/BayWa AG*).

⁴³⁷ *Rebollo Puig/Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 72, 73 (m.w.N.); offen dazu *Cámara Lapuente*, S. 40.

hat.⁴³⁸ Überraschend ist nun, dass mit der Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie der Art. 3 LGDCU 2007 zwar geändert, jedoch die gemischte Nutzung des Verbrauchsgutes nicht ausdrücklich aufgenommen wurde. Allerdings wurde der Wortlaut des Art. 3 LGDCU 2007 dahingehend geändert, dass nun jede natürliche Person Verbraucher ist, die „mit Absicht außerhalb *ihrer* geschäftlichen, unternehmerischen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. Also ist im Hinblick auf die historische Entwicklung des Art. 3 LGDCU 2007 davon auszugehen, dass die gemischte Nutzung des Gutes, die außerhalb „seiner beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit liegt“, auch unter den Anwendungsbereich des Verbrauchers fällt. Bei einer engeren Auslegung des Art. 3 LGDCU 2007 verstößt die Norm gegen Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 2011/83/EU, die nach Erwägungsgrund 17 ausdrücklich die gemischte Nutzung einbezieht und die Verbrauchereigenschaft nicht ausschließt.

Der spanische Gesetzgeber hat im Hinblick auf die natürliche Person den Wortlaut des Art. 1 Nr. 1 Richtlinie 2011/83/EU fast wortlautgetreu übernommen. Daher ist davon auszugehen, dass er auch die gemischte Nutzung eines Gutes die Verbrauchereigenschaft nicht ausschließt.

Es ist hervorzuheben, dass ausdrücklich eine juristische Person Verbraucher sein kann, Art. 3 LGDCU 2007.⁴³⁹ *Larrosa Amante* lobt die umfassende Definition des Verbrauchers, die wesentlich vollständiger sei, als die vorangegangenen Definitionen.⁴⁴⁰

b) Unternehmer

Im Gegensatz zum LGDCU 1984 wird in Art. 4 LGDCU 2007 der Unternehmer legaldefiniert. Nach der überarbeiteten Fassung von 2014 ist nach Art. 4 LGDCU 2007 ein Unternehmer jede natürliche oder juristische Person, welche im Rahmen *ihrer* unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit handelt, unabhängig davon ob diese öffentlich rechtlicher oder

⁴³⁸ Vgl. BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49184 (III).

⁴³⁹ *Reyes López*, S. 105 ff.; BOE núm. 287, de 30.11.2007, 49181, 49184 (III).

⁴⁴⁰ *Larrosa Amante*, S. 19.

privatrechtlicher Natur ist.⁴⁴¹ Die neue Fassung des Art. 4 LGDCU 2007 stellt ebenfalls klar, dass die Unternehmereigenschaft auch dann vorliegt, wenn der Unternehmer sich vertreten lässt oder ein Dritter lediglich nach seiner Anweisung handelt.

Teilweise wurde die ursprüngliche Definition des Unternehmers im LGDCU 2007 a.F. wortwörtlich aus dem Art. 1 II LGDCU 1984 übernommen. Demnach ist ein Verkäufer eine natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit, Verbrauchsgüter verkauft.⁴⁴²

Unter einer unternehmerischen Tätigkeit versteht *Larrosa Amante*, eine produzierende Tätigkeit im industriellen Sinne, Landwirtschaft oder Viehzucht, wenn die Erzeugnisse vermarktet werden, kunsthandwerkliche Arbeiten und freiberufliche Tätigkeiten.⁴⁴³

Alle natürlichen oder juristischen Personen können Unternehmer sein, unabhängig davon ob sie öffentlicher oder privater Natur sind.⁴⁴⁴ Die wirtschaftliche Größe eines Unternehmens ist dagegen für die Einordnung eines Unternehmers als Unternehmer, im Sinne von Art. 4 LGDCU 2007, nach dem Wortlaut nicht relevant.

Eine Unternehmereigenschaft ist unter anderem, dass der Unternehmer im eigenen Namen handelt oder auf seinen Namen handeln lässt.⁴⁴⁵ Die Mitarbeiter des Unternehmers handeln regelmäßig im Namen des Unternehmers und sind aus diesem Grund keine Unternehmer.⁴⁴⁶ Daraus folgt,

⁴⁴¹ Art. 4 LGDCU 2007 n.F.: [...]empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

⁴⁴² Art. 1 II: [...] son vendedores las personas físicas o jurídicas que, en el marco des su actividad profesional, venden bienes de consumo.

⁴⁴³ *Larrosa Amante*, S. 42-43.

⁴⁴⁴ Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 76.

⁴⁴⁵ Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 75, 77.

⁴⁴⁶ Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 75.

dass Arbeitnehmer grundsätzlich keine Unternehmer sind, wenn sie für ihren Arbeitgeber handeln.

Der Wortlaut „im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit“ erweitert, nach Ansicht von *Fernández Carballo-Calero* und *Torres Pérez*, den Anwendungsbereich auf Freiberufler, die eben nicht im klassischen Sinne Unternehmer sind.⁴⁴⁷

Unternehmer ist auch, wer als Unternehmer im Rechtsverkehr auftritt - er verdient keinen Verbraucherschutz.⁴⁴⁸

c) Zusammenfassung

In Spanien kann ein Verbraucher nach dem LGDCU 2007 sowohl eine natürliche wie eine juristische Person sein. Sie ist Verbraucher, wenn sie überwiegend außerhalb ihrer unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Bei Verträgen mit einer gemischten Zwecksetzung liegt nach der heutigen Fassung des LGDCU 2007 ebenfalls ein Verbrauchsgüterkauf vor.⁴⁴⁹

Kritisiert wird von *Acedo Penco* der Sonderstatus des Verbrauchers, weil er auch anderen Personengruppen wie den Kleinstunternehmern Schutzwürdigkeit bei Verträgen mit einem Großunternehmen zuspricht.⁴⁵⁰

Ein Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person, die aus beruflichen oder unternehmerischen Gründen handelt.⁴⁵¹

4. Verbraucherrechte

Das LGDCU 2007 ist ausschließlich auf rechtliche Beziehungen zwischen einem Verbraucher oder Verwender und einem Unternehmer anwendbar,

⁴⁴⁷ Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*, S. 76, 77.

⁴⁴⁸ Vgl. *Cámara Lapuente*, Noticias de la Unión Europea 2011, 21, 34, No. 320, September 2011.

⁴⁴⁹ Siehe S. 80 ff.

⁴⁵⁰ *Acedo Penco*, S. 31-38.

⁴⁵¹ Siehe S. 85 ff.

Art. 2 LGDCU 2007. Aus diesem systematischen Grund sind auch die Regeln für den Verbrauchsgüterkauf, Art. 114 ff. LGDCU 2007 auf Kaufverträge und Werklieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und Verbraucher beschränkt. Nach Ansicht von *Martín Aresti* ist auch der Werkvertrag erfasst.⁴⁵²

Gemäß Art. 114 LGDCU 2007 ist der Verkäufer verpflichtet dem Verkäufer und Benutzer des Produktes dieses vertragsgemäß zu überreichen.

Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf sind in drei Abschnitte zu unterteilen. Im ersten Abschnitt, Art. 114-117 LGDCU 2007, sind allgemeine Regeln zu den Garantien/Gewährleistungsrechten der Verbrauchsgüter aufgestellt. Im zweiten Abschnitt, Art. 118-122 LGDCU 2007, sind die Verantwortlichkeit des Verkäufers und die Rechte des Verbrauchers und Benutzers geregelt. Im dritten Abschnitt, Art. 123-124 LGDCU 2007, ist die Geltendmachung der Ansprüche durch den Verbraucher und Benutzer geregelt.

In einem weiteren Abschnitt, Art. 125-127 LGDCU 2007, ist die zusätzliche kommerzielle Garantie geregelt, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie liegt.

a) Primäransprüche des Käufers

Grundsätzlich ist der Verkäufer nach Art. 114 LGDCU 2007 verpflichtet dem Verbraucher und Benutzer des Produktes dieses vertragsgemäß zu übergeben. Der Verkäufer ist dem Verbraucher gegenüber vertraglich für die Vertragsgemäßheit der Ware verantwortlich.⁴⁵³ Grundsätzlich ist der entscheidende Zeitpunkt für die Vertragsgemäßheit des Produktes der Zeitpunkt der Übergabe.⁴⁵⁴ Teilweise wird in der Literatur aber auch auf

⁴⁵² Rebollo Puig/*Martín Aresti*, S. 1693.

⁴⁵³ Rebollo Puig/*Martín Aresti*, S. 1688, *Acedo Penco*, S. 140.

⁴⁵⁴ *Larrossa Amante*, S. 181; Rebollo Puig/*Martín Aresti*, S. 1698.

den Zeitpunkt des Einbaus abgestellt, wenn die Sache zum Einbau bestimmt ist.⁴⁵⁵

Eine allgemeine Definition für die Vertragsmäßigkeit gibt es im LGDCU 2007 nicht. Es folgen lediglich Kriterien für die Vertragsgemäßheit eines Produktes aus Art. 116 LGDCU 2007.⁴⁵⁶ Die Annahme, dass es sich in Art. 116 LGDCU 2007 ausschließlich um Kriterien handelt und nicht um eine Bedingung für die Vertragskonformität, lässt sich daraus folgern, dass die ursprüngliche Definition der Vertragsmäßigkeit in Art 1 I LGVBC auf die Bestimmungen dieses Gesetzes (LGVBC) verweist, dagegen im LGDCU 2007 auf einen Verweis von Art. 114 LGDCU 2007 nach Art. 116 LGDCU 2007 verzichtet wird. Aus diesem Grund kann mit dem grundlegenden Prinzip der Vorrangigkeit der Privatautonomie davon ausgegangen werden, dass auch beim Verbrauchsgüterkauf die privatautonomen Absprachen vorrangig sind. Zumindest wenn die Vertragsparteien nicht treuwidrig gehandelt oder gegen die missbräuchlichen Klauseln verstoßen haben. Ein vorheriger Verzicht auf die dem Verbraucher durch das LGDCU 2007 gewährten Rechte wäre nach Art. 10 LGDCU 2007 unwirksam.

Grundsätzlich wird von der Vertragsgemäßheit des Produktes ausgegangen, wenn die vier in Art. 116 LGDCU 2007 genannten Voraussetzungen vorliegen. Es sei denn, diese Kriterien sind aufgrund der Vertragsumstände nicht anwendbar oder das Gegenteil wurde bewiesen. Folglich handelt es sich hier um eine widerlegbare Vermutung. Die in Art. 116 LGDCU 2007 genannten Kriterien wurden zum überwiegenden Teil wortgleich aus der Richtlinie 1999/44/EG übernommen. Mit der überwiegenden wortgleichen Übernahme des Art 2 II Richtlinie 1999/44/EG wird deutlich, dass der spanische Gesetzgeber die Anforderungen der mindestharmonisierenden Richtlinie im gleichen Umfang umsetzen wollte. Lediglich das Wort „Gut“ wurde gegen den Begriff „Produkt“, welcher in Art. 6 LGDCU 2007 legaldefiniert ist, ausgetauscht. Der

⁴⁵⁵ Rebollo Puig/*Martín Aresti*, S. 1698.

⁴⁵⁶ *Acedo Penco*, S. 140; *Larrossa Amante*, S. 182 ff.

Begriff des Verbrauchers wurde in Art. 116 LGDCU 2007 auf den Anwendungsbereich des Verbrauchers und Verwenders festgelegt. Das grundlegende Konzept des Verbrauchers und Verwenders ist in Art. 3 LGDCU 2007 legaldefiniert.

Auffällig ist die wortgenaue Übernahme aus der Richtlinie 1999/44/EG in das LGDCU 2007. Dies wird im Folgenden kursiv dargestellt, die Wortänderungen werden fett hervorgehoben.

Nach Art. 116 I a-d LGDCU 2007 sind Produkte vertragsgemäß, wenn die Produkte *mit der vom Verkäufer abgegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des **Produktes** besitzen, das der Verkäufer dem **Verbraucher und Verwender** als Muster oder Probe vorgelegt hat* (Art. 116 I lit. a LGDCU 2007); *sich für die Zwecke eignen, für die **Produkte** der gleichen Art gewöhnlich gebraucht würden* (Art. 116 I lit. b LGDCU 2007); *sich für **irgendeinen** bestimmten vom **Verbraucher oder Verwender** angestrebten Zweck eignen, **wenn dies dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht wurde, dies kann immer angenommen werden**, wenn das Gut sich für den vereinbarten Zweck eignen* (Art. 116 I lit.c LGDCU 2007) und *eine Qualität und Leistung aufweisen, die bei **Produkten** der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher **und Verwender** vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des **Produktes** und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung⁴⁵⁷ oder bei der Etikettierungen gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden* (Art. 116 I lit.d LGDCU 2007). Art. 116 I lit.d LGDCU 2007 enthält weiterhin die Einschränkungen aus Art. 2 IV Richtlinie 1999/44/EG, so muss der Verkäufer nicht für solche öffentlichen Äußerungen einstehen, *wenn er beweist, dass er sie nicht kannte und vernünftigerweise nicht von ihm erwartet werden konnte, dass er die betreffende Erklärung hätte kennen müssen, wenn die in Rede stehende Erklärung im Zeitpunkt des*

⁴⁵⁷ Vertragliche Bindung an Werbeaussagen ist in Spanien wesentlich älter, diese wurde durch die Rechtsprechung in einer Reihe von Urteilen entwickelt, *Acedo Penco*, S. 117-118.

Vertragsschlusses korrigiert worden wäre oder die betreffende Erklärung den Entschluss das Produkt zu kaufen, nicht beeinflusst hat.

Nach Art. 116 II LGDCU 2007 wird die Vertragswidrigkeit eines Produktes, welches aufgrund einer fehlerhaften Anleitung falsch installiert wurde, genauso behandelt, als wenn der Aufbau mit dem Kaufvertrag oder mit der Werklieferung geschuldet gewesen wäre.

Aliudlieferung und Quantitätsabweichungen sind ebenfalls Sachmängel im Sinne des Art. 116 LGDCU 2007.⁴⁵⁸

Fraglich ist, ob bloße Sachmängel oder auch Rechtsmängel von Art. 114 ff. LGDCU 2007 erfasst sind. Der Wortlaut des Art. 114 LGDCU 2007 ist in soweit offen, denn das wesentliche Merkmal ist die Vertragsgemäßheit. Diese könnte sowohl Sach- als auch Rechtsmängelfreiheit umfassen.

Für die Einbeziehung eines Rechtsmangels in den Anwendungsbereich des LGDCU 2007 könnte sprechen, dass bei der Definition des Verbrauchsgutes in Art. 6 LGDCU 2007 auf das Merkmal der Körperlichkeit verzichtet wurde. Daher könnte angenommen werden, dass auch der Rechtskauf von dem LGDCU 2007 erfasst sein könnte. An einem Recht kann lediglich ein Rechtsmangel bestehen jedoch kein Sachmangel, so dass auch Rechtsmängel von dem LGDCU 2007 erfasst sein müssten, da ansonsten der Anwendungsbereich des LGDCU 2007 leer liefe.⁴⁵⁹ Allerdings ist ein Produkt im Sinne von Art. 6 LGDCU 2007 ein bewegliches Gut. Ein Recht ist kein bewegliches Gut im Sinne des Art. 335 CC. Aus diesem Grund ist das LGDCU 2007 nicht auf den Rechtskauf anwendbar. *Hofer* geht im Hinblick auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und nach Auswertung der spanischen Literatur davon aus, dass der Rechtsmangel im spanischen Recht nicht als Mangel nach Art. 114 LGDCU 2007 zu verstehen

⁴⁵⁸ *Hofer*, S. 124 (m.w.N.)

⁴⁵⁹ Vgl. ähnlich *Hofer*, S. 113.

ist, sondern dass in diesem Fall die Regeln nach Art. 1484 ff. CC Anwendung fänden.⁴⁶⁰ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn wenn die Kriterien, die für die Vertragsgemäßheit maßgeblich sind, in Art. 116 LGDCU 2007 beachtet werden, so wird doch deutlich, dass sich der spanische Gesetzgeber an der Richtlinie 1999/44/EG orientiert hat und orientieren wollte. Nach der Richtlinie 1999/44/EG sind Rechtsmängel aber gerade nicht erfasst. Die Merkmale nach Art. 116 LGDCU 2007 beziehen sich ausschließlich auf Sachmängel und nicht auf Rechtsmängel. Aus diesem Grund ist die Anwendung des LGDCU 2007 auf Rechtsmängel bei einem Sachkauf auszuschließen. Ebenfalls kein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des LGDCU 2007 liegt vor, wenn der Verbraucher von einem Unternehmer ein Recht erwirbt.

b) Rechte des Käufers bei Mängeln

Wenn das Produkt nicht vertragsgemäß ist, hat der Verbraucher und Verwender das Recht, nach Art. 118 LGDCU 2007, die Reparatur der Sache, ihren Ersatz, die Minderung des Preises oder die Vertragsauflösung zu verlangen.

Grundsätzlich ist der Unternehmer für die fehlende Vertragsgemäßheit der Sache nicht verantwortlich, wenn der Verbraucher und Verwender den Mangel kannte oder nicht zu Recht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Mangel ignorieren konnte, Art. 116 III LGDCU 2007. Ebenso ist der Unternehmer für den Mangel an der hergestellten Kaufsache nicht verantwortlich, wenn der Mangel seinen Ursprung im Material hat, welches der Verbraucher dem Unternehmer geliefert hat, Art. 116 III a.E. LGDCU 2007.

Zu beachten ist, dass die Vertragsgemäßheit des Produktes nur auf Eigenschaften der Sache bezieht und nicht auf Rechtsmängel.⁴⁶¹ Die Art. 114 ff. LGDCU 2007 sind bei Rechtsmängeln nicht anwendbar.

⁴⁶⁰ *Hofer*, S.126.

⁴⁶¹ Siehe S. 91 f.

Nach Ansicht von *Rebollo Puig*, *Martín Aresti* und *Díaz-Ambrona Bardají* gelte dies ebenso für versteckte Mängel, in diesem Fall wären weiterhin der Art. 1484 CC anwendbar.⁴⁶² Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen.⁴⁶³ Denn regelmäßig sind Mängel im Sinne der Richtlinie 1999/44/EG versteckte Mängel. Das LGDCU 2007 wurde zur Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG geschaffen. Wenn nun auf versteckte Mängel das CC Anwendung findet, würde zum einen das systematische Verständnis eines eigenen spanischen Verbraucherschutzgesetzes außer Acht gelassen, welches die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer mangelhaften Sache regeln sollte und zum anderen das Bestreben des europäischen Gesetzgebers einheitliche Regelungen in ganz Europa für Sachmängel zu schaffen.

In Art. 118 LGDCU 2007 werden die Rechte des Verbrauchers und Verwenders bei der Lieferung eines vertragswidrigen Produktes dargestellt. Das Recht auf Nacherfüllung wird in Art. 119, 120 LGDCU 2007 näher spezifiziert, ebenso wie das Recht auf Minderung und Vertragsauflösung in Art. 120 f. LGDCU 2007.

aa) Nacherfüllung

Die Nacherfüllung ist in Art. 119 und 120 LGDCU 2007 näher geregelt.

Grundsätzlich hat der Verbraucher und Verwender die Wahl zwischen Reparatur und Ersatzlieferung, es sei denn eine Art der Nacherfüllung ist objektiv unmöglich oder steht außer Verhältnis zur anderen Art der Nacherfüllung.⁴⁶⁴ Nach Art. 119 I LGDCU 2007 ist der Verbraucher, ab der Mitteilung der Wahl an den Verkäufer, an die gewählte Art der Nacherfüllung gebunden. Daran sind auch beide Parteien gehalten. Allerdings ist das Wahlrecht hinsichtlich der wirtschaftlichen Kosten begrenzt,⁴⁶⁵ Art. 119 II LGDCU 2007.

⁴⁶² *Rebollo Puig/Martín Aresti*, S. 1999; *Díaz-Ambrona Bardají*, S. 169.

⁴⁶³ So auch *Acedo Penco*, S. 141.

⁴⁶⁴ Vgl. *Acedo Penco*, S. 142.

⁴⁶⁵ *Reyes López*, S. 292.

Eine Ersatzlieferung ist ausgeschlossen, wenn es sich um ein nicht vertretbares Produkt oder ein Produkt mit spezifischen Eigenarten handelt oder gebraucht ist.⁴⁶⁶ In diesen Fällen ist eine Ersatzlieferung aufgrund der Eigenart des Produktes ausgeschlossen, Art. 120 g LGDCU 2007.⁴⁶⁷

Die Nacherfüllung ist gemäß Art. 120 a LGDCU 2007 kostenlos und beinhaltet alle notwendigen Ausgaben um den vertragsgemäßen Zustand des Gutes herzustellen. Insbesondere sind in Art. 120 a LGDCU 2007 die Kosten für den Versand, einen Werkvertrag und Materialien genannt. Da die Aufzählung in Art. 120 a LGDCU 2007 nicht abschließend ist, lassen sich mit der Rechtsprechung des EuGH⁴⁶⁸ auch die Ausbaurkosten des mangelhaften Gutes und die Einbaurkosten des mangelfreien Gutes von der Norm erfassen. Die Nacherfüllung soll in einer angemessenen Frist ohne große Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Dabei sind die Ziele des Verbrauchers und die Natur des Produktes zu beachten. Der Art. 120 b LGDCU 2007 wurde zum überwiegenden Teil wortgleich aus Art. 3 III 3 Richtlinie 1999/44/EG übernommen.

Die Nacherfüllung unterbricht die Frist. Die Unterbrechung der Frist beginnt mit der Aushändigung des Produktes durch den Verbraucher an den Verkäufer und endet mit der Rückgabe des reparierten Produktes, Art. 120 c LGDCU 2007. Für die nächsten sechs Monate gilt eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Verbrauchers, wenn der gleiche Mangel wieder auftritt bzw. dieser auf die Reparatur zurück zu führen ist.⁴⁶⁹

Nach Ansicht von *Reyes López* kann der Verbraucher nicht verpflichtet sein, das mangelhafte Produkt an einen bestimmten Ort zu bringen.⁴⁷⁰ Demnach wäre der Ort der Nacherfüllung dort, wo der Verbraucher diesen bestimmt hätte. Nach Ansicht der spanischen Regierung in der Stellungnahme zu *EuGH C-65/09, C-87/09*, muss der Verkäufer alle Kosten

⁴⁶⁶ *Reyes López*, S. 292..

⁴⁶⁷ *Reyes López*, a.a.O. Fn. 466.

⁴⁶⁸ EuGH Urt. 16.6.2011, C-87/09, C-65/09.

⁴⁶⁹ Art. 120 c S. 3 LGDCU 2007.

⁴⁷⁰ *Reyes López*, S. 292 (m.w.N.).

übernehmen, die im Zusammenhang mit der Nacherfüllung entstehen.⁴⁷¹ Demnach würde der Ort der Nacherfüllung von dem Unternehmer bestimmt, da dieser auch die Kosten für den Transport tragen müsste und die Nacherfüllung möglicherweise günstiger am Belegenheitsort der Sache durchgeführt werden könnte als am Standort des Unternehmers. Diese Frage ist jedoch im spanischen Zivilrecht bislang ungeklärt. Festzuhalten ist jedoch, dass der Verkäufer grundsätzlich alle Kosten, die im Zusammenhang mit der Nacherfüllung entstehen, zu übernehmen hat, folglich auch die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache.⁴⁷² Dies folgt auch aus dem Wortlaut des Art. 120 a LGDCU 2007, wonach die Reparatur und die Nacherfüllung kostenlos sind und nach dem Wortlaut alle notwendigen Ausgaben erfasst⁴⁷³. Ort des Vertragsschlusses ist im spanischen Recht der Ort, an dem der Verbraucher die Leistung erhalten hat.⁴⁷⁴ Der Unternehmer hat gegen den Verbraucher keinen Anspruch auf Nutzungersatz für die Nutzung des mangelhaften Produktes im Falle der Nacherfüllung. Das LGDCU 2007 regelt keinen entsprechenden ersatzrechtlichen Anspruch des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher.⁴⁷⁵

Grundsätzlich sind Reparatur oder Ersatzlieferung vorrangig vor der Minderung oder Vertragsauflösung.⁴⁷⁶ Reparatur und Ersatzlieferung stehen in einem Alternativverhältnis.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09, C-87/09, Rn 42, (*Witmer/Gebr. Weber und Putz/Medianess, Electronics*).

⁴⁷² EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, Rn. 42, (*Gebr. Weber/Witmer und Putz/Medianess Electronics*).

⁴⁷³ Art. 120 a LGDCU 2007, „la reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas: a) Serán gratuitas para el consumidor y usuario. Dicha gratuidade comprenderá los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato [...]”.

⁴⁷⁴ *Acedo Penco*, S. 123.

⁴⁷⁵ Für dieses Verständnis spricht auch: EuGH, Urt. 14.4.2008, C-404/06.

⁴⁷⁶ *Díaz-Ambrona Bardají*, S. 166, 167.

⁴⁷⁷ *Díaz-Ambrona Bardají*, a.a.O. Fn. 476.

bb) Minderung oder Vertragsauflösung

Die Voraussetzungen für die Minderung sind in Art. 121 LGDCU 2007 und die Kriterien für den Umfang der Minderung sind in Art. 122 LGDCU 2007 geregelt. Die Voraussetzung für die Vertragsauflösung findet sich in Art. 121 LGDCU 2007. Vorrangig gilt der Vertragserhaltungsgrundsatz. Das bedeutet, dass der Verbraucher sich nur von dem Kaufvertrag lösen kann, wenn er eine Reparatur oder einen Ersatz für das Produkt nicht verlangen kann. Grundsätzlich hat der Verbraucher die Wahl zwischen Vertragsauflösung und Minderung, es sei denn der Mangel ist lediglich gering, dann kann der Verbraucher nur den Kaufpreis mindern. Auch im spanischen Recht stellt sich somit die Frage, wann ein Mangel lediglich so gering ist, dass der Verbraucher nicht von dem Kaufvertrag zurücktreten, sondern nur mindern darf.⁴⁷⁸ Der Mangel ist aus diesem Grund immer im Einzelfall zu bewerten, dabei sind die kaufvertraglichen Vereinbarungen zu beachten.⁴⁷⁹

Die Minderung muss im Verhältnis zwischen dem Wert des Produktes zum Zeitpunkt der Übergabe und dem Wert des vertragsgemäßen Produktes zum Zeitpunkt der Übergabe stehen, Art. 122 LGDCU 2007. Diese Berechnungsmethode entspricht der Berechnungsmethode in Art. 50 CiSG. Die Richtlinie 1999/44/EG selbst gibt keine Vorgaben zur Minderung. Die Verbrauchsgüterrichtlinie ist jedoch in wesentlichen Teilen an das UN-Kaufrecht gelehnt, so dass es sinnvoll ist, die Berechnungsmethode aus dem UN-Kaufrecht heranzuziehen.

Falls der Käufer von seinem Rücktrittsrecht nach Art. 121 LGDCU 2007 Gebrauch macht, so sind die allgemeinen Regelungen über den Rücktritt nach Art. 68 ff. LGDCU 2007 anwendbar.

⁴⁷⁸ *Larrossa Amante*, S. 194.

⁴⁷⁹ *Larrossa Amante*, a.a.O. Fn. 478.

cc) *Verjährung der Gewährleistungsrechte*

Grundsätzlich verjähren die in Art. 118 LGDCU 2007 genannten Rechte zwei Jahre nach der Übergabe, Art. 123 LGDCU 2007. Diese Frist gilt auch bei einem Kauf eines gebrauchten Verbrauchsgutes. Bei dem Verbrauchsgüterkauf über eine gebrauchte Sache, kann die Frist aber vertraglich auf ein Jahr ab Übergabe, aber nicht unter ein Jahr, verkürzt werden, Art. 123 I 2 LGDCU 2007.⁴⁸⁰

Teilweise wird in der spanischen Literatur Kritik an den relativ starren Verjährungsregeln geübt. So weist zum Beispiel *Díaz-Ambrona* darauf hin, dass auch für Güter von geringem wirtschaftlichen Wert die gleichen Gewährleistungsrechte und die gleichen Verjährungsfristen gelten wie für wirtschaftlich wertvolle Güter, und es aus diesem Grund zu Preissteigerungen für die Güter der ersten Gruppe kommen wird.⁴⁸¹

Martín Aresti vertritt die Ansicht, dass „entrega“ in Art. 123 I LGDCU 2007 unter Umständen nicht nur Übergabe bedeutet, sondern dass auf den Zeitpunkt des Einbaus abzustellen sei, wenn die Sache zum Einbau bestimmt und dies dann auch der maßgebliche Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn sei.⁴⁸² Dieser Ansicht kann jedoch aufgrund der mangelnden Voraussehbarkeit des Einbauzeitpunkts nicht gefolgt werden. Lediglich bei einem Kauf, bei dem der Einbau durch den Verkäufer geschuldet ist, ist auf den Zeitpunkt des Einbaus abzustellen, weil erst in diesem Zeitpunkt die Vertragserfüllung erfolgt.

Der Verbraucher muss innerhalb von zwei Monaten, nach Kenntnis des Mangels diesen gegenüber dem Unternehmer bekannt geben, um seine Rechte geltend zu machen, Art. 123 IV LGDCU 2007. Grundsätzlich ist

⁴⁸⁰ Die Begrenzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr im belgischen Recht widerspricht nach Auffassung des EuGH der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nur die Haftungsfrist kann nach der Richtlinie auf ein Jahr beschränkt werden, EuGH, Urt. 13.7.2017, C-133/16.

⁴⁸¹ *Díaz-Ambrona Bardají*, S. 167.

⁴⁸² *Rebollo Puig/Martín Aresti*, S. 1698.

davon auszugehen, dass der Verbraucher innerhalb dieser Frist den Mangel gerügt hat.

Wenn der Verbraucher Nacherfüllung nach den Art. 118 ff. LGDCU 2007 verlangt hat, so verjährt dieser geltend gemachte Anspruch drei Jahre nach der Lieferung des Produktes, Art. 123 III LGDCU 2007.

dd) Beweislast

Auch im spanischen Recht gilt der Grundsatz, dass derjenige die Tatsachen beweisen muss, welche seinen Anspruch begründen.⁴⁸³

Nach Art. 116 LGDCU 2007 gilt, dass eine Sache vertragsgemäß ist, wenn die Kriterien des Art. 116 LGDCU 2007 vorliegen. Das Gegenteil kann jedoch nach Art. 116 LGDCU 2007 bewiesen werden, so dass es sich hier lediglich um eine Vermutungsregelung handelt.

Regelmäßig muss jedoch der Verbraucher beweisen, dass der Mangel an der Kaufsache vorliegt, damit er seine weiteren Rechte aus dem Kaufvertrag geltend machen kann. Allerdings gilt nach Art. 123 I 3 LGDCU 2007, wenn der Mangel sich innerhalb der ersten sechs Monate nach Lieferung zeigt, dass der Mangel bereits bei der Lieferung vorgelegen hat, es sei denn dies sei mit dem Produkt bzw. der Art des Mangels nicht vereinbar. Der Zeitpunkt der Lieferung ist der Tag, der auf der Rechnung oder dem Kassenzettel steht oder, wenn es der späteste Zeitpunkt ist, der Tag auf dem Lieferschein.⁴⁸⁴

ee) Garantien

Im spanischen Recht wird zwischen einer zusätzlichen kommerziellen Garantie, die in Art. 125 LGDCU 2007 geregelt ist, und der Garantie, die von

⁴⁸³ Art. 217 II, III, IV Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁸⁴ *Acedo Penco*, S. 144.

dem Verkäufer für ein *natiirlich haltbares Gut* gegeben werden muss, unterschieden.

Die kommerzielle Garantie ist ein zusätzliches freiwilliges Angebot desjenigen, der sich verpflichtet, für die festgelegte Eigenschaft aus dem Garantieschein bzw. aus den entsprechende Werbung einzustehen, Art. 125 I LGDCU. Sowohl der Verkäufer, als auch Hersteller, Produzent oder ein Dritter kann im spanischen Recht der Garantiegeber sein, dies folgt aus dem Wortlaut des Art. 125 I LGDCU. Jeder kann Garantiegeber sein. Dies ist nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt.

Die Garantie im Sinne der Art. 125 I LGDCU kann unentgeltlich wie auch entgeltlich gewährt werden. Der spanische Gesetzgeber unterscheidet damit nicht im klassischen Sinne bei der Garantie zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit. Es bestehen für die Vertragsparteien die in Art. 125 LGDCU 2007 genannten Rechte und Pflichten gleichermaßen.

Es ist eine Pflicht des Garantiegebers nach Art. 125 I LGDCU 2007 die Garantie „zumindest auf Spanisch“ zu verfassen. Nach Art. 3 I CE 1978 muss jeder Spanier Spanisch beherrschen und hat das Recht diese Sprache zu benutzen. Spanien hat hier von der eröffneten Sprachwahl für die Garantie aus Art. 6 IV Richtlinie 1999/44/EG Gebrauch gemacht.

Der Garantiennehmer kann die Garantie vom Garantiegeber schriftlich oder auf einem anderen haltbaren Träger verlangen, Art. 125 I LGDCU 2007. Der Garantieschein ist dem Verbraucher direkt zur Verfügung zu stellen. Die Garantie muss folgende notwendige Angaben enthalten: das Gut oder die Dienstleistung, für die die Garantie gegeben wurde, muss benannt werden⁴⁸⁵, der Namen oder die Anschrift des Garantiegebers,⁴⁸⁶ der Zusatz, dass die gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers, nicht durch die Garantie berührt werden⁴⁸⁷ und

⁴⁸⁵ Art. 125 III a LGDCU 2007.

⁴⁸⁶ Art. 125 III b LGDCU 2007.

⁴⁸⁷ Art. 125 III c LGDCU 2007.

es sich um zusätzliche Rechte des Verbrauchers handelt⁴⁸⁸. Weiterhin ist die Garantiedauer und die örtliche Reichweite der Garantie anzugeben und auf welchem Weg der Verbraucher die gewährten Garantierechte geltend machen kann.⁴⁸⁹ Ein formaler Mangel der Garantie kann aus Verbraucherschutzgründen nicht die Nichtigkeit der Garantie zur Folge haben.⁴⁹⁰

Die Rechte aus der Garantie gelten für die garantierten Eigenschaften der Sache oder Dienstleistung während der Garantiedauer. Im Gegensatz zu der Beschaffenheitsvereinbarung kommt es nicht darauf an, ob der Mangel bereits bei der Übergabe vorgelegen hat, sondern nur darauf, dass der Mangel in der Garantiezeit aufgetreten ist.

Der Mangel, der innerhalb der Garantiefrist auftritt, ist bis spätestens sechs Monate nach dem Ablauf der Garantiefrist geltend zu machen, Art. 125 III LGDCU 2007. Der Garantienhmer muss lediglich beweisen, dass der geltend gemachte Mangel innerhalb der Garantiefrist aufgetreten ist.⁴⁹¹

Eine Besonderheit im spanischen Recht ist die Garantie für das *natürlich haltbare* Gut. Die Garantievorschriften für das *natürlich haltbare Gut* finden sich in Art. 126, 127 LGDCU 2007. Bei dem Verkauf eines *natürlich haltbaren Gutes* muss der Händler dem Verbraucher gegenüber zwingend eine Garantie für die Eigenschaften und die Haltbarkeit des Gutes übernehmen. Diese Garantie steht eigenständig neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht und der kommerziellen Garantie, die von dem Verkäufer oder einem Dritten freiwillig gewährt wird. Eine Auflistung, was *natürlich haltbare Güter* sind, ist im zweiten Annex zum königlichen Dekret 1507/2000⁴⁹² zu finden, auf das die zweite Übergangsvorschrift aus dem LGDCU 2007 verweist. Demnach sind *natürlich haltbare Güter* zum Beispiel

⁴⁸⁸ Art. 125 III d LGDCU 2007.

⁴⁸⁹ Art. 125 III e, f LGDCU 2007.

⁴⁹⁰ Hofer, S. 209.

⁴⁹¹ Vgl. Hofer, S. 206.

⁴⁹² BOE, núm 219, 12.9.2000, p. 31349-31351, 31351.

Möbel, elektronische Apparate, Autos oder auch Spielzeug.⁴⁹³ Diese sind bewegliche Güter und entsprechen ebenfalls der Definition eines Verbrauchsgutes nach Art. 6 LGDCU 2007. Aus diesem Grund ist das *natürlich haltbare Gut* regelmäßig nicht von einem Verbrauchsgut im Sinne von Art. 6 LGDCU 2007 abgrenzbar⁴⁹⁴ und muss deshalb, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 LGDCU 2007 ebenfalls vorliegen, gleichzeitig ein Verbrauchsgut sein.⁴⁹⁵

Die minimale Garantiefrist für ein *natürlich haltbares Gut* beträgt fünf Jahre. Die Formvorschriften für das *natürlich haltbare Gut* sind mit den Vorschriften für eine zusätzliche kommerzielle Garantie identisch, Art. 126 LGDCU.

Die Vorschriften für das *natürlich haltbare Gut* sind Sondervorschriften, die dem Verbraucher zusätzliche Rechte, neben den Gewährleistungsrechten aus dem Verbrauchsgüterkauf, gewähren.

ff) Umgehungsverbote

Der Verbraucher kann nach Art. 10 LGDCU 2007 nicht im Voraus auf die Rechte verzichten, die ihm durch das LGDCU 2007 gewährt werden. Ein etwaiger Verzicht auf diese Rechte ist nichtig.

Nach Art. 59 II LGDCU 2007 a.F. handelt es sich bei den Normen des LGDCU 2007 um verbraucherschützende Normen, die einen Mindestschutz gewährleisten sollen, welcher nicht unterlaufen werden darf. Um der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie zu entsprechen, wurde Art. 59 LGDCU 2007 n.F. dahingehend angepasst, dass bei Verträgen mit einem Verbraucher das Gemeinschaftsrecht auf diese Verträge

⁴⁹³ Real Decreto 1507/2000, annex II, BOE, núm 219, 12.9.2000, p. 31349-31351, 31351.

⁴⁹⁴ Vgl. *Navas Navarro* hinterfragt 2005 noch, ob ein *natürlich haltbares Gut* ein Verbrauchsgut sein kann, IHR 2005, 89, 91.

⁴⁹⁵ *Hofer* vertritt die Ansicht, dass das LGDCU 2007 ebenfalls Anwendung auf Liegenschaften findet, dem ist wegen Art. 6 LGDCU 2007 nicht zu folgen, *Hofer*, S. 112.

anwendbar ist und das Schutzniveau immer dem der Regelungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen soll.

Der Verkäufer ist jedoch nicht für Mängel verantwortlich, die dem Käufer bei Kauf bekannt waren oder die der Käufer nicht begründet ignorieren konnte, Art. 116 III LGDCU 2007. Hierbei handelt es sich nicht um eine Umgehung der Verbraucherrechte aus dem Verbrauchsgüterkauf, sondern um einen wesentlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit. Was den Vertragspartnern bei Vertragsschluss bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, kann im Nachhinein nicht Gegenstand einer Mängelrüge sein.

c) Verbraucherrechte gegen den Verkäufer

Der Käufer kann von dem Händler, wenn die Kaufsache in den ersten zwei Jahren nach Kauf einen Mangel aufweist, der schon bei Übergabe veranlagt war, zunächst Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen und subsidiär den Kaufpreis mindern oder zurücktreten.⁴⁹⁶

Weitergehende Rechte stehen dem Käufer nicht zu, es sei denn der Händler hat eine weitergehende Garantie als die Gewährleistungsrechte übernommen.⁴⁹⁷

d) Verbraucherrechte gegen den Hersteller

Wenn dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann von dem Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen oder wenn ihm dies unmöglich ist, so kann er sich direkt an den Hersteller wenden, Art. 124 I LGDCU 2007.

Von besonderer Relevanz ist der Anspruch gegen den Hersteller für den Verbraucher in den Fällen, wenn der Verkäufer beweisen kann, dass er die Werbeaussagen des Herstellers nicht kannte oder hätte kennen müssen⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Siehe S. 88 ff.

⁴⁹⁷ Siehe S. 98 ff.

⁴⁹⁸ Art. 116 I 2 LGDCU 2007.

und er aus diesem Grund, dem Verbraucher gegenüber nicht verpflichtet ist, die mangelhafte Sache nachzubessern oder neu zu liefern.⁴⁹⁹

e) **Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette**

Der Käufer hat gegen Dritte in der Vertragskette nur Ansprüche, wenn dieser Dritte für bestimmte Eigenschaften des Produktes einstehen wollte, also eine freiwillige kommerzielle Garantie für das Produkt, im Sinne von Art. 125 LGDCU 2007 übernommen hat.⁵⁰⁰

5. **Zusammenfassung**

Die Richtlinie 1999/44/EG wurde in Spanien verspätet umgesetzt. Letztendlich führte die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aber auch in Spanien dazu, dass wesentliche Teile des Zivilrechts überdacht bzw. überarbeitet wurden. Letztendlich kam es zu einer Neugestaltung des Verbraucherschutzgesetzes (LGDCU 2007), welches alle wesentlichen Verbraucherschutzvorschriften vereint und als Spezialgesetz neben dem CC steht.⁵⁰¹

Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Verbraucherschutzgesetz macht deutlich, welche Bedeutung die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überwiegend für die spanische Gesetzgebung hat. Primäre Zielsetzung ist der Verbraucherschutz. Auf Werklieferungsverträge und Kaufverträge über eine bewegliche Sache zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ist ausschließlich das LGDCU 2007 anwendbar. Auf Kaufverträge zwischen zwei Unternehmern oder zwei Verbrauchern ist weiterhin das spanische Handelsgesetzbuch (CCom) und das spanische Zivilgesetzbuch (CC) anwendbar.

⁴⁹⁹ Vgl. *Hofer*, S. 140, 141.

⁵⁰⁰ Siehe S. 98 ff.

⁵⁰¹ Siehe S. 76 ff.

Im LGDCU 2007 gibt es keine eigenständige Definition eines Verbrauchsgüterkaufs. Allerdings ist das LGDCU 2007 auch nur auf Rechtsbeziehungen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer anwendbar. In Art. 114-127 LGDCU 2007 wiederum gibt es eigenständige Regelungen für Kaufverträge und Werklieferungsverträge, sodass der Verbrauchsgüterkauf geregelt, jedoch nicht legaldefiniert ist. Erfasst sind auch nur Kaufverträge und Werklieferungsverträge über Produkte. Produkte im Sinne des LGDCU 2007 sind bewegliche, aneignungsfähige Sachen. Auf das Kriterium der Körperlichkeit der Sache und dass das Produkt zum privaten Endkonsum geeignet sein muss, wurde im neuen LGDCU 2007 verzichtet. Software ist daher ein Produkt im Sinne des LGDCU 2007. Kein Produkt im Sinne des LGDCU 2007 sind Immobilien, der Kauf eines Rechts, Sachen aus gerichtlichen Verkäufen, Wasser und Gas, wenn sie nicht in begrenzten Volumina verkauft werden, Elektrizität, gebrauchte Güter, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann und Gütern, die sowohl beruflich, als auch privat genutzt werden.⁵⁰²

Eine Besonderheit im spanischen Recht ist das natürlich haltbare Gut, für welches Sonderregelungen für eine zwingende Garantie bestehen.⁵⁰³

Im spanischen Recht ist nach Art. 3 LGDCU 2007 jede natürliche oder juristische Person Verbraucher, die überwiegend außerhalb des beruflichen oder gewerblichen Tätigkeitsfeldes handelt. Daher sind Arbeitnehmer oder derjenige, der den Vertrag zu einem überwiegenden beruflichen Zweck schließt, keine Verbraucher.⁵⁰⁴

⁵⁰² Siehe S. 78 ff.

⁵⁰³ Siehe S. 81.

⁵⁰⁴ Siehe S. 82 ff.

Ein Unternehmer ist nach Art. 4 LGDCU 2007 jede natürliche oder juristische Person, welche im Rahmen ihrer unternehmerischen oder beruflichen Tätigkeit handelt, unabhängig davon ob diese öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.⁵⁰⁵

Wesentliche Verpflichtung des Unternehmers ist es vertragsgemäße Ware zu liefern. Die Ware muss frei von Sachmängeln sein. Rechtsmängel sind vom LGDCU 2007 nicht erfasst.⁵⁰⁶

Gemäß Art. 119, 120 LGDCU 2007 hat der Verbraucher bei der Lieferung einer mangelhaften Sache das Recht auf Nachbesserung oder Nachlieferung.⁵⁰⁷ Bei Wahl der Nachlieferung stehen dem Verbraucher der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der mangelfreien Sache zu. Grundsätzlich hat der Verbraucher ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung. Das Wahlrecht ist aber hinsichtlich der wirtschaftlichen Kosten begrenzt (Art. 119 II LGDCU 2007).⁵⁰⁸ Die Nacherfüllung ist kostenlos. Wenn eine Nacherfüllung nicht in Betracht kommt, kann der Verbraucher den Kaufpreis mindern, Art. 121, 122 LGDCU 2007, oder den Vertrag nach Art. 121 LGDCU 2007 auflösen.⁵⁰⁹ Grundsätzlich hat der Verbraucher die Wahl zwischen Vertragsauflösung und Minderung, es sei denn der Mangel ist lediglich gering, dann kann der Verbraucher den Kaufpreis nur mindern.⁵¹⁰

Für die Vertragsgemäßheit des Produktes haftet der Verkäufer für einen Zeitraum von zwei Jahren nach der Übergabe, Art. 123 LGDCU 2007.⁵¹¹ Dies gilt grundsätzlich auch bei einem Kauf eines gebrauchten Verbrauchsgutes.⁵¹² Bei gebrauchten Sachen kann die Frist aber vertraglich auf ein Jahr ab Übergabe, aber nicht unter ein Jahr, verkürzt werden,

⁵⁰⁵ Siehe S. 85 ff.

⁵⁰⁶ Siehe S. 88 ff.

⁵⁰⁷ Siehe S. 92 ff.

⁵⁰⁸ Siehe S. 93 ff.

⁵⁰⁹ Siehe S. 93 ff.

⁵¹⁰ Siehe S. 96.

⁵¹¹ Siehe S. 97.

⁵¹² Siehe S. 97.

Art. 123 I 2 LGDCU 2007.⁵¹³ Der Verbraucher muss innerhalb von zwei Monaten, nachdem er Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache erhalten hat, seine Rechte gegenüber dem Verkäufer gelten machen, Art. 123 IV LGDCU 2007.⁵¹⁴

Innerhalb der ersten sechs Monate gilt für den Verbraucher die Beweiserleichterung, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorgelegen habe bzw. veranlagt war.⁵¹⁵ Diese Beweiserleichterung gilt auch, wenn der gleiche Mangel nach der Nacherfüllung wieder innerhalb von sechs Monaten auftritt, Art. 120 c 3 LGDCU 2007.

Vom spanischen LCGDU 2007 sind sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Garantien erfasst.⁵¹⁶ Im spanischen Recht besteht die Besonderheit, dass für *natürlich haltbare Güter* eine Garantie von fünf Jahren übernommen werden muss.⁵¹⁷

Ebenfalls eine Besonderheit im spanischen Recht ist der Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller, wenn dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann sich für die Nacherfüllung an den Verkäufer zu wenden oder wenn ihm dies unmöglich ist, Art. 124 I LGDCU 2007.⁵¹⁸

Ein vorheriger Rechtsverzicht auf die dem Verbraucher durch das LGDCU 2007 gewährten Rechte ist nichtig.⁵¹⁹

6. Abweichungen von der Richtlinie 1999/44/EG bei ihrer Umsetzung in Spanien

Spanien hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie richtliniennah und zum größten Teil sogar wortlautgenau in das Verbraucherschutzgesetz

⁵¹³ Siehe S. 97.

⁵¹⁴ Siehe S. 97 f.

⁵¹⁵ Siehe S. 98.

⁵¹⁶ Siehe S. 98 ff.

⁵¹⁷ Siehe S. 100 f.

⁵¹⁸ Siehe S. 103.

⁵¹⁹ Siehe S. 101 f.

(LGDCU 2007) umgesetzt.⁵²⁰ Eine klare Abweichung zur Richtlinie 1999/44/EG ergibt sich aber bei dem Verbraucherbegriff.⁵²¹ Denn nach dem spanischen LGDCU 2007 kann auch eindeutig die juristische Person ein Verbraucher sein.⁵²² Ansonsten entspricht das spanische Verständnis des Verbrauchers wesentlich dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff.⁵²³ Arbeitnehmer sind nach spanischem Verbraucherrecht und gemeinschaftsrechtlichem Verständnis keine Verbraucher.⁵²⁴ Art. 3 LGDCU 2007 ist dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass auch bei einer überwiegend privaten Nutzung des Gutes ein Verbrauchergeschäft vorliegt.⁵²⁵

Die Definition des Unternehmers im spanischen Recht entspricht dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis.⁵²⁶

Abweichungen gibt es aber im Hinblick auf das Verbrauchsgut. Im Gegensatz zu der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kommt es nicht auf die „Körperlichkeit“ einer Sache an. Umfasst ist von dem LGDCU 2007 daher auch die Software. Rechtskäufe sind dagegen, wie auch schon von der Richtlinie 1999/44/EG, nicht erfasst.⁵²⁷

Ebenfalls eine Besonderheit ist im spanischen Recht die Garantie für natürlich haltbare Güter.⁵²⁸ Zu dieser Übernahme ist der Verkäufer verpflichtet, wenn er ein Gut dieser Art verkauft.⁵²⁹ Die Garantiefrist beträgt fünf Jahre.⁵³⁰ Vom spanischen LGDCU 2007 werden sowohl entgeltliche

⁵²⁰ Siehe z.B. zur fast wortlautgenauen Übernahme der Regelung zum vertragsgemäßen Produkt, S. 90 f.

⁵²¹ Vgl. S. 16 ff. und S. 82 ff.

⁵²² Siehe S. 82 ff.

⁵²³ Vgl. S. 16 ff. und S. 82 ff.

⁵²⁴ Vgl. S. 20 f. und S. 83 f.

⁵²⁵ Siehe S. 84 f.

⁵²⁶ Vgl. S. 22 f. und S. 85 ff.

⁵²⁷ Vgl. S. 15 f. und S. 78 ff.

⁵²⁸ Siehe S. 100 f.

⁵²⁹ Siehe S. 100 f.

⁵³⁰ Siehe S. 101.

als auch unentgeltliche Garantien umfasst.⁵³¹ Von der Richtlinie 1999/44/EG ist lediglich die unentgeltliche „freiwillige“ Garantie des Garantiegebers erfasst.⁵³²

Nach Art. 124 I LGDCU 2007 gibt es einen Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller, wenn es dem Verbraucher unmöglich ist sich an den Verkäufer zu wenden oder wenn ihm dieses unzumutbar ist.⁵³³ Nach der Richtlinie 1999/44/EG hat der Verbraucher nur Ansprüche gegen den Verkäufer.⁵³⁴

Grundsätzlich verjähren die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährten Rechte nach zwei Jahren.⁵³⁵ Die Richtlinie 1999/44/EG überlässt es jedoch den Mitgliedsstaaten die Verjährung der Rechte für gebrauchte Sachen auf ein Jahr zu verkürzen.⁵³⁶ Dem Vorschlag ist auch Spanien entsprechend gefolgt. Es gilt in Spanien grundsätzlich eine zweijährige Verjährungsfrist der Rechte aus dem Verbrauchsgüterkauf. Es ist jedoch eine vertragliche Verkürzung bei gebrauchten Gütern auf ein Jahr möglich.⁵³⁷ Wenn der Verbraucher innerhalb dieser zweijährigen Verjährungsfrist einen Mangel entdeckt, so muss er diesen innerhalb von zwei Monaten gegenüber dem Verbraucher rügen.⁵³⁸

Das LGDCU 2007 wurde in wesentlichen Zügen von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beeinflusst. So stimmen der Verbraucher- und Unternehmerbegriff nahezu mit der Richtlinie 1999/44/EG überein, mit der Ausnahme, dass im spanischen Recht auch juristische Personen Verbraucher

⁵³¹ Siehe S.98 ff.

⁵³² Siehe S. 27 f.

⁵³³ Siehe S. 104.

⁵³⁴ Siehe S. 23 ff.

⁵³⁵ Siehe S. 28.

⁵³⁶ Siehe S. 27.

⁵³⁷ Siehe S. 97 f.

⁵³⁸ Siehe S. 97 f.

sein können. Die Nacherfüllungsrechte entsprechen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.⁵³⁹ Ebenso gilt im spanischen Recht, als auch in der Richtlinie 1999/44/EG, dass grundsätzlich die Vertragsgemäßheit der Ware vermutet wird.⁵⁴⁰ Zugunsten des Verbrauchers gilt jedoch in den ersten sechs Monaten nach Gefahrübergang die Beweiserleichterung, dass der Mangel bereits vor Gefahrübergang vorgelegen hat.⁵⁴¹

IV. Vergleich der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Spanien

Die mindestharmonisierende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde in Deutschland und Spanien nach unterschiedlichen Modellen umgesetzt.⁵⁴² In Deutschland kam es zu einer fristgerechten überschießenden Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG.⁵⁴³ Indessen wurde die Richtlinie 1999/44/EG in Spanien 2007 verspätet in einem eigenen Verbraucherschutzgesetz umgesetzt, in dem alle vertraglichen Beziehungen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zusammengefasst worden sind.⁵⁴⁴ Dagegen gilt in Deutschland ein einheitliches Kaufrecht, wobei lediglich einige Sondervorschriften den Verbrauchsgüterkauf spezifizieren.⁵⁴⁵ Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als mindestharmonisierende Richtlinie gab den Mitgliedsstaaten lediglich einen Mindeststandard vor.⁵⁴⁶

Im Hinblick auf die Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucherrechtlicherichtlinie war die Umsetzung in Spanien insofern für den spanischen Gesetzgeber einfacher, da das LGDCU 2007 ein eigenes geschlossenes Regelwerk für Rechtsverhältnisse zwischen einem Verbraucher und Unternehmer ist. Der spanische Verbraucherbegriff aus dem LGDCU 2007 hat somit keine zwingende Ausstrahlungswirkung auf das Còdigo Civil

⁵³⁹ Siehe S. 23 ff. und S. 92 ff.

⁵⁴⁰ Siehe S. 23 und S. 92 ff., S. 98.

⁵⁴¹ Siehe S. 27 und S. 98.

⁵⁴² Vgl. S. 31 f. und S. 78.

⁵⁴³ Siehe S. 32.

⁵⁴⁴ Siehe S. 78.

⁵⁴⁵ Siehe S. 31 f.

⁵⁴⁶ Siehe S. 13 ff.

oder Código Comercial. Dagegen hat die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in Deutschland weitreichende Folgen auf das gesamte BGB, da die Regelungen im allgemeinen Teil auf das gesamte BGB und teilweise auch auf andere deutsche Gesetze wie das HGB anwendbar sind. Für die deutschen Rechtsanwender stellt sich mit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie die Frage, ob tatsächlich für das gesamte deutsche Zivilrecht ein einheitlicher Verbraucherbegriff gelten soll oder nur im Rahmen des Anwendungsbereichs europarechtlicher Richtlinien.⁵⁴⁷

Nach dem deutschen als auch nach dem spanischen zivilrechtlichen Verständnis liegt grundsätzlich eine Vertragsparität zwischen den Vertragspartnern vor. Ausnahmen gibt es jedoch sowohl in Deutschland als auch in Spanien im Hinblick auf den Verbraucher, dieser wird als schwächere und schutzwürdigere Partei angesehen. Hier gilt es durch besondere Verbraucherschutzvorschriften die Vertragsparität herzustellen.⁵⁴⁸

Durch die Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie ist der Verbraucherbegriff in Spanien und Deutschland angeglichen worden.⁵⁴⁹ Allerdings ist in Spanien weiterhin die juristische Person von dem Verbraucherbegriff erfasst.⁵⁵⁰ Das spanische Verbraucherverständnis geht über das Verständnis des Verbrauchers nach Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 2011/83/EU hinaus. Nach der Verbraucherrechterichtlinie kann nur eine natürliche Person Verbraucher sein.

Der Unternehmerbegriff der Richtlinie 1999/44/EG und der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie entspricht dem deutschen und spanischen Verständnis.

Verbrauchsgüter sind sowohl nach deutschem als auch nach dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis „bewegliche, körperliche Gegenstände, die

⁵⁴⁷ Vgl. S. 36 ff.

⁵⁴⁸ Vgl. S. 47 ff. und S. 87 ff.

⁵⁴⁹ Siehe S. 16 ff., 36 ff. und S. 82 ff.

⁵⁵⁰ Siehe S. 82.

sowohl neu, als auch gebraucht sein können“.⁵⁵¹ Im spanischen Recht kommt es dagegen auch nach der Umsetzung der Verbraucherrechtlichkeitsrichtlinie nicht auf die Körperlichkeit des Produktes an.⁵⁵²

Im spanischen Recht gibt es weiterhin die Sonderregelungen für „natürlich haltbare Güter“, bei der der Verkäufer eine Garantie für die Haltbarkeit von fünf Jahren geben muss.⁵⁵³ Im deutschen Recht als auch nach der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe gibt es keine Verpflichtung zur Übernahme einer Garantie.⁵⁵⁴ Von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie werden lediglich nur unentgeltliche Garantien erfasst.⁵⁵⁵ Im deutschen und spanischen Recht werden auch die entgeltlichen Garantien geregelt.⁵⁵⁶

Neben der Garantie stehen sowohl im deutschen als auch im spanischen Recht nach dem Vorbild der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte.⁵⁵⁷

Es kann zwischen der primären Nachbesserung und dem nachrangigen Minderungs- bzw. Rücktrittsrecht unterschieden werden.⁵⁵⁸

Nach dem Vorbild der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie besteht für den Verbraucher sowohl im deutschen als im spanischen Recht ein Anspruch auf Nachbesserung bei Lieferung einer mangelhaften Sache.⁵⁵⁹ Nachbesserung kann zum einen die Ersatzlieferung oder zum anderen die Reparatur der fehlerhaften Sache sein.⁵⁶⁰

Wenn die Nachbesserung nicht in Betracht kommt bzw. die Nachbesserung mehrfach fehlgeschlagen ist, kann der Verbraucher den Kaufpreis

⁵⁵¹ Vgl. S. 15 f. und S. 32 ff. und S. 78 ff.

⁵⁵² Siehe S. 80.

⁵⁵³ Siehe S. 100 f.

⁵⁵⁴ Vgl. S. 28 und S. 64 ff.

⁵⁵⁵ Siehe S. 28.

⁵⁵⁶ Vgl. S. 64 ff. und 98 ff.

⁵⁵⁷ Vgl. S. 23 ff., S. 52 ff. und S. 92 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. S. 24 ff., S. 52 ff., 92 ff.

⁵⁵⁹ Vgl. S. 24 ff., 52 ff., 93 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. S. 24 ff., S. 52 ff., 93 ff.

mindern oder, wenn der Mangel wesentlich ist, vom Kaufvertrag zurücktreten.⁵⁶¹

Allerdings unterscheiden sich im deutschen und spanischen Recht die Kriterien für eine mangelfreie Sache.⁵⁶² Im spanischen Recht ist wie nach der Vorgabe der Richtlinie 1999/44/EG lediglich der Sachmangel erfasst,⁵⁶³ nicht jedoch, wie im deutschen Recht, auch der Rechtsmangel⁵⁶⁴.

Sowohl im spanischen, als auch im deutschen Recht kann die Haftungsdauer für Mängel an gebrauchten Gütern vertraglich auf ein Jahr verkürzt werden, wie von Art. 7 I 2 Richtlinie 1999/44/EG den Mitgliedsstaaten eröffnet.⁵⁶⁵

Eine weitere Besonderheit im spanischen Recht ist der Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller, wenn dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann, sich an den Verkäufer zu wenden oder wenn ihm dies unmöglich ist, Art. 124 I LGDCU 2007.⁵⁶⁶ In Deutschland kann sich der Verbraucher lediglich an den Verkäufer wenden.⁵⁶⁷ Ein Direktanspruch gegen den Hersteller ist in Deutschland ausgeschlossen, es sei denn, die Produzentenhaftung kommt in Betracht.⁵⁶⁸

Es besteht zwischen der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und in Spanien eine große Schnittmenge. So wurde ein einheitlicher Mindeststandard für Verbrauchsgüterkäufe geschaffen. Die Nachbesserungsrechte sind einheitlich, ebenso die Verjährungsregeln. In Deutschland wurde die Richtlinie 1999/44/EG allerdings überschießend umgesetzt, um ein systemkohärentes Kaufrecht zu schaffen. In Spanien dagegen wurde ein eigenes Verbraucherschutzgesetz geschaffen, welches

⁵⁶¹ Vgl. S. 26 f., S. 59 ff. und S. 96.

⁵⁶² Siehe S. 47 ff., 88 ff.

⁵⁶³ Siehe S. 23 f., S. 91 ff.

⁵⁶⁴ Siehe S. 47 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. S. 27, 62 f., 97 f.

⁵⁶⁶ Siehe S. 102 f.

⁵⁶⁷ Siehe S. 67 f.

⁵⁶⁸ Siehe S. 67 f.

zu einer weiteren Spaltung im spanischen Kaufrechtssystem führte.⁵⁶⁹ Damit divergiert in Spanien und Deutschland nicht nur der Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf das gesamte nationale Kaufrecht, sondern auch der persönliche Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Das deutsche Verbraucherverständnis wich von dem spanischen Verständnis stark ab. Nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie hat sich der Verbraucherbegriff in Spanien und Deutschland dahingehend angeglichen, dass auch bei dem Erwerb einer Sache sowohl zur beruflichen, als auch die private Nutzung ein Verbrauchsgüterkauf vorliegen kann.

Weiterhin bleibt im spanischen Recht die Verpflichtung bestehen für ein natürlich haltbares Gut eine fünfjährige Garantie zu übernehmen. Ebenso besteht im spanischen Recht unter bestimmten Voraussetzungen ein Direktanspruch gegenüber dem Hersteller.

Der Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf das gesamte nationale Recht war in Deutschland stärker als in Spanien. In Spanien wurde die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in einem Verbrauchergesetzbuch, dem LGDCU 2007 umgesetzt. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat somit in Spanien nur Auswirkungen auf dieses Verbrauchergesetzbuch, aber nicht auf das gesamte spanische Zivilrecht. Diese Umsetzungsart hat nunmehr in Spanien den Vorteil, dass die Änderungen durch die Verbraucherrechterahmenrichtlinie einfacher umzusetzen waren als im deutschen Recht. Der spanische Gesetzgeber hat eine überschießende Umsetzung der Richtlinie 1999/44 EG vermieden. Dies hat nunmehr den Vorteil, dass sich die spanischen Gerichte nicht mit dem Problem der gespaltenen Rechtsauslegung befassen müssen. Denn letztendlich ist das Ziel des deutschen Gesetzgebers ein systemkohärentes Kaufrecht zu schaffen verfehlt worden, wenn einzelne Normen nunmehr gespalten ausgelegt werden.

⁵⁶⁹ Das LGDCU 2007 ist lediglich auf Kaufverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher anwendbar, das CC enthält alle allgemeinen kaufvertragliche Regeln und das CCom enthält Regelungen für den Handelskauf.

V. Entwurf des optionalen Kaufrechts

„Spielwiese für die Privatrechtswissenschaft oder Beginn einer neuen Epoche des Privatrechts?“ - Diese Frage stellte *Remien* zum Entwurf des neuen optionalen gemeinsamen europäischen Kaufrecht (GEK).⁵⁷⁰ Diese Frage muss leider damit beantwortet werden, dass mit dem GEK nicht eine neue Epoche des Privatrechts beginnt, da das GEK im Entwurfsstadium gescheitert ist. Letztendlich war das GEK ein guter Ansatz für das europäische Privatrecht, die Zeit aber für ein solches noch nicht reif.

Das neue optionale gemeinsame europäische Kaufrecht (GEK)⁵⁷¹ sollte insbesondere auf kaufrechtliche Sachverhalte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher im Online-Handel anwendbar sein.

Im Folgenden wird bewertet, ob es sich bei dem Vorschlag für das GEK wie von *Moser* beschrieben um eine „innovative Lösung“ für die Probleme im grenzüberschreitenden europäischen Handel handelte⁵⁷², einen „wichtigen Schritt nach vorne“⁵⁷³, wie *Lando* das GEK bewertete, oder dagegen eher der Ansicht von *Tamm* zu folgen ist, die den Vorschlag für das GEK primärrechtswidrig hält und eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus befürchtete⁵⁷⁴. Es stellt sich die Frage, ob der Verbraucher durch einen „erweiterten Markt“ profitiert⁵⁷⁵.

Der Vorschlag für das GEK ist als Verordnung ausgestaltet. Das heißt, es bedarf keines weiteren Vollzugsaktes der Mitgliedsstaaten zur Umsetzung der Verordnung. Eine europäische Verordnung nach Art. 288 II AEUV ist verbindlich in allen Teilen. Sie gilt unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten und hat allgemeine Geltung. Neu bei dem Vorschlag für das GEK ist, dass

⁵⁷⁰ KOM (2011), 635 endgültig, 2011/0284 (COD); *Remien/Herrler/Liemer/Remien*, S. 5 Rn. 14.

⁵⁷¹ KOM (2011), 635 endgültig, 2011/0284 (COD) und Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159.

⁵⁷² *Moser*, S. 9, Rn. 11, 1-10, 35.

⁵⁷³ *Lando*, S. 15, Rn. 1.

⁵⁷⁴ *Tamm*, *VuR* 2012, 3, 12.

⁵⁷⁵ Art. 1 III GEK-VO.

dieses zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich auf nationaler Ebene vereinbart werden muss. Es handelt sich um eine Opt-in-Ausgestaltung nach Art. 8 GEK-VO. Die Vertragsparteien haben grundsätzlich das Recht, ein nationales Recht zu wählen. Innerhalb des nationalen Rechts kann ein fremdes Recht oder das GEK vereinbart werden.

Das GEK umfasst den gesamten „Lebenszyklus eines Vertrages“⁵⁷⁶, also den Vorvertrag, den eigentlichen Vertrag und die nachvertraglichen Verpflichtungen.⁵⁷⁷ Laut europäischer Kommission seien alle vertragsrelevanten Fragen im GEK geregelt.⁵⁷⁸

Im Rahmen dieser Arbeit wird lediglich der materielle Regelungsgehalt des GEK auf verbrauchsgüterkaufähnliche Sachverhalte untersucht und mit der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in Deutschland und Spanien verglichen. Verbrauchsgüterkäufe nach dem GEK sind Kaufverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, wenn sie die Anwendung des GEK in der aktuellen Fassung, also mit den Änderungen des europäischen Parlaments vom 26.2.2014, vereinbaren würden. Unabhängig vom materiellen Regelungsgehalt ist aber die Regelungskompetenz für ein optionales Kaufrecht umstritten.⁵⁷⁹ Der Vorschlag für das GEK ist auf Art. 114 AEUV gestützt.⁵⁸⁰ Das GEK müsste daher eine „Maßnahme zur Angleichung“ sein, was von verschiedenen Stimmen in der Literatur in Frage gestellt wird.⁵⁸¹

1. Umsetzungsvorschlag der europäischen Kommission

Der Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁵⁸² (GEK) wurde am

⁵⁷⁶ Erwägungsgrund 26 GEK-VO.

⁵⁷⁷ Erwägungsgrund 26 GEK-VO, Art. 11 GEK-VO.

⁵⁷⁸ Moser, S. 12, Rn. 25.

⁵⁷⁹ Remien/Herrler/Liemer/*Remien*, S. 3 Rn. 9.

⁵⁸⁰ KOM (2011), 635 endgültig, S. 16.

⁵⁸¹ Kritisch: *Basedow*, EuZW 2012, 1 f.; *Grigoleit*, Schriftliche Vorabstellungnahme zum Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht; *Riesenhuber*, EWS 2012, 7 ff.; *Roth*, EWS 2012, 12, 14-21.

⁵⁸² KOM (2011), 635 endgültig, 2011/0284 (COD).

11.10.2011 veröffentlicht. In den folgenden Jahren wurde das GEK von den Mitgliedsstaaten und der Literatur kontrovers diskutiert.⁵⁸³ Am 26.2.2014 stimmte das europäische Parlament dem GEK zu.⁵⁸⁴ Das Gesetzgebungsvorhaben ist durch die Zustimmung des europäischen Parlaments einen großen Schritt vorangeschritten. Die endgültige Fassung steht aus und gilt als gescheitert

Eine wesentliche Änderung zu dem ursprünglichen Verordnungsvorschlag des GEK ist die Beschränkung auf grenzüberschreitende Fernabsatzverträge.⁵⁸⁵ Insbesondere soll der Online-Handel gefördert und der Binnenmarkt funktionsfähiger gemacht und gefestigt werden.⁵⁸⁶ Hauptziel des GEK ist, dass sich der Binnenhandel durch ein fakultatives Vertragsrecht vereinfacht und vergünstigt.⁵⁸⁷ Die Kommission verspricht sich hier von, dass das Vertrauen des Verbrauchers in einen gemeinsamen Binnenmarkt durch ein hohes Verbraucherschutzniveau gefördert wird.⁵⁸⁸ Die Mitgliedsstaaten haben nach Art. 13 GEK-VO die Option, die Anwendung des GEK auf reine Binnensachverhalte zu öffnen.

Überraschend ist der inhaltliche Aufbau des GEK. So befinden sich die eigentlichen materiellrechtlichen Regeln in 186 Artikeln im Anhang des GEK, die im Folgenden mit GEK-A abgekürzt werden. Die eigentliche Verordnung des GEK umfasst lediglich 16 Artikel. Sie wird in dieser Arbeit mit GEK-VO abgekürzt.⁵⁸⁹

⁵⁸³ *Balthasar*, RIW 2012, 361 ff.; *Kroll-Ludwigs*, GPR 2012, 181 ff.; *Mankowski*, IHR 2012, 45 ff.; *Roth*, EWS 2012, 12 ff.; *Tamm*, VuR 2012, 3 ff.

⁵⁸⁴ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159.

⁵⁸⁵ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 2, Erwägung 9.

⁵⁸⁶ KOM (2011), 635 endgültig, S. 4, Art. 1 I GEK-VO.

⁵⁸⁷ KOM (2011), 635 endgültig, S. 5, Art. 1 I GEK-VO.

⁵⁸⁸ Art. 1 III GEK-VO.

⁵⁸⁹ *Mankowski*, nennt diese auch „Chapeau Rules“, IHR 2012, 1, 2.

Das GEK ist ein Opt-in-Instrument. Es steht hierarchisch neben der nationalen Rechtsordnung auf der Sachrechtsebene und muss von den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart werden.⁵⁹⁰ Zur Umsetzung des GEK wurden verschiedene Lösungen diskutiert, unter anderem das „27+1-Modell“⁵⁹¹. Nach diesem Modell stünde das GEK optional neben den 28 mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen.⁵⁹² Nach dem schließlich umgesetzten Modell handelte es sich bei dem GEK um ein zweites nationales Vertragsrechtsregime.⁵⁹³ Der Anwender hätte nunmehr die „Wahl zwischen zwei verschiedenen Kaufrechtssystemen innerhalb derselben einzelstaatlichen Rechtsordnung“ gehabt⁵⁹⁴. Es wäre daher keine Rechtswahl im Sinne des Internationalen Privatrechts.⁵⁹⁵ Es hätte sich somit um eine Vorschaltlösung gehandelt.⁵⁹⁶ Dies wird durch die Änderung der Erwägungsgründe 9 und 10 GEK-VO durch das europäische Parlament verdeutlicht.⁵⁹⁷ Laut Erwägungsgrund 9 sollte eine europaweit einheitliche zweite Vertragsrechtsregelung geschaffen werden. Auf der kollisionsrechtlichen Ebene wird über Art. 3, 4 oder 6 Rom I-VO das anwendbare Recht ermittelt.

Lando kritisiert die Ausgestaltung des GEK als Opt-in-Instrument, mit Blick auf b2b-Verträge und die Entwicklung des UN-Kaufrechts.⁵⁹⁸ Dieses wird in der Praxis als Opt-out-Instrument regelmäßig ausgeschlossen.⁵⁹⁹

⁵⁹⁰ Vgl. *Mankowski*, RIW 2012, 97, 105.

⁵⁹¹ Dieses müsste nach dem Beitritt Kroatiens im Jahr 2013, „28+1 Modell“ heißen.

⁵⁹² Remien/Herrler/Liemer/*Leible*, S. 22 ff., Rn. 2-7.

⁵⁹³ Remien/Herrler/Liemer/*Leible*, a.a.O. Fn. 592.

⁵⁹⁴ KOM (2011), 635 endgültig, S. 7; Erwägungsgrund 10 GEK-VO; Remien/Herrler/Liemer/*Leible*, S. 22, Rn. 2 (m.w.N.).

⁵⁹⁵ A.a.O. Fn. 594.

⁵⁹⁶ Ausführlich *Mankowski*, RIW 2012, 97, 100.

⁵⁹⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 2, Erwägung 9, Abänderung 3, Erwägung 10.

⁵⁹⁸ *Lando*, S. 18, Rn. 27.

⁵⁹⁹ *Lando*, a.a.O. Fn. 598.

2. Räumlicher Anwendungsbereich

Das GEK ist ein optionales Instrument, das „innerhalb derselben einzelstaatlichen Rechtsordnung“⁶⁰⁰ steht. Damit das GEK zur Anwendung gelangen kann, muss für das Schuldverhältnis zunächst ein mitgliedsstaatliches Recht über die Rom I-VO bestimmt werden.⁶⁰¹ Diese Anknüpfung kann aufgrund einer objektiven wie auch einer subjektiven Anknüpfung erfolgen, Art. 3 Rom I-VO, Art. 4 Rom I-VO, Art. 6 Rom I-VO.⁶⁰² Dies schließt auch Sachverhalte zwischen einer Partei aus einem Mitgliedsstaat und einer Partei aus einem Drittstaat ein. Sie können das GEK vereinbaren, wenn sie ein gemeinsames mitgliedsstaatliches Recht gewählt haben.⁶⁰³ Zwingende Voraussetzung ist jedoch ein grenzüberschreitender Vertrag.⁶⁰⁴

Die räumliche Anwendbarkeit des GEK auf Verbraucherseite richtet sich nach der von dem Verbraucher angegebenen Adresse.⁶⁰⁵ Hinsichtlich des Unternehmens ist auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort abzustellen, Erwägungsgrund 13 GEK-VO. Es liegt folglich in der Hand des Verbrauchers, aus einem reinen Inlandssachverhalt einen ausländischen zu machen, zum Beispiel durch die Angabe einer ausländischen Wohn-, Liefer- oder Rechnungsanschrift.⁶⁰⁶ Es ist jedoch zu bezweifeln, dass überhaupt ein Bestreben des Verbrauchers besteht, seine Wohn-, Liefer- oder Rechnungsanschrift in das Ausland zu verlegen, um einen internationalen Sachverhalt zu fingieren, damit das GEK vereinbart werden könnte. In der Regel bestimmt der Unternehmer das Vertragsrecht. Damit das GEK nach Art. 4 GEK-VO räumlich-persönlich anwendbar ist, müssen zum

⁶⁰⁰ KOM (2011), 635 endgültig, S. 7.

⁶⁰¹ Erwägungsgrund 10 GEK-VO.

⁶⁰² Vgl. Remien/Herrler/Liemer/Leible, S. 24, Rn. 8 ff.

⁶⁰³ Vgl. Remien/Herrler/Liemer/Leible, S. 24, Rn. 14-16.

⁶⁰⁴ Vgl. *Mankowski*, IHR 2012, 1, 2; Ausnahme: die Mitgliedsstaaten machen von der Möglichkeit nach Art. 13 GEK-VO Gebrauch, das GEK für rein nationale Sachverhalte zu öffnen.

⁶⁰⁵ Erwägungsgrund 13 GEK-VO.

⁶⁰⁶ Remien/Herrler/Liemer/Leible, S. 29, Rn. 27.

Zeitpunkt des Vertragsschlusses der gewöhnliche Aufenthaltsort des Unternehmers sowie die Verbraucheranschrift, Lieferanschrift oder die Rechnungsanschrift des Verbrauchers in unterschiedlichen Staaten liegen.

Die Anwendung des GEK muss von dem Unternehmer und Verbraucher gesondert vom Hauptvertrag vereinbart und kann insbesondere nicht durch AGB in den Kaufvertrag eingeführt werden, Art. 8 GEK-VO.⁶⁰⁷ Das GEK lässt sich nur in seiner Gesamtheit und nicht in Teilen festlegen, Art. 8 III GEK-VO. Die Vertragspartner müssen folglich aktiv das GEK wählen. Dies kann zum Beispiel durch das Anklicken eines „Blue button“ mit entsprechend folgenden Informationen im Internethandel erfolgen.⁶⁰⁸ Vor der Vereinbarung des GEK muss der Unternehmer dem Verbraucher ein Standardinformationsblatt⁶⁰⁹ übermitteln, Art. 9 GEK-VO.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 1 I GEK-VO und Art. 5 GEK-VO kann das GEK verwendet werden bei grenzübergreifenden⁶¹⁰ Geschäften beim Warenkauf, bei der Bereitstellung digitaler Inhalte und der Erbringung von verbundenen Dienstleistungen, die insbesondere im online-Fernabsatz durchgeführt werden⁶¹¹. Bei verbundenen Verträgen mit Dritten soll das GEK allerdings nicht gelten.⁶¹²

Der Begriff des „Verbrauchervertrags“ nach dem GEK entspricht nahezu dem „Verbrauchsgüterkauf“ nach der Richtlinie 1999/44/EG.⁶¹³ Nach

⁶⁰⁷ Vgl. Remien/Herrler/Liemer/Leible, S. 29, Rn. 30-36 (m.w.N.).

⁶⁰⁸ Vgl. *Mankowski*, RIW 2012, 97, 98.

⁶⁰⁹ Dieses Standardinformationsblatt befindet sich im Anhang II des GEK.

⁶¹⁰ Art. 4 I GEK-VO.

⁶¹¹ Beschränkung auf den Fernabsatz und insbesondere den Online-Handel, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 26, Art. 1 I GEK-VO.

⁶¹² Erwägungsgrund 19, 20 GEK-VO.

⁶¹³ Es erfolgt im GEK im Gegensatz zur Richtlinie 1999/44/EG kein Ausschluss von Sachen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder anderer gerichtlicher Maßnahmen verkauft werden. Dieser Ausschluss ist jedoch auch nicht erforderlich, da das GEK individuell zwischen den Vertragsparteien vor Vertragsschluss vereinbart werden muss.

Art. 2 I GEK-VO ist ein Kaufvertrag dann ein „Verbrauchervertrag, wenn der Verkäufer ein Unternehmer und der Käufer ein Verbraucher ist. Ein Kaufvertrag ist ein Vertrag, bei dem der Verkäufer das Eigentum an einer Ware auf den Käufer überträgt oder sich zur Übertragung des Eigentums verpflichtet, Art. 2 lit. k GEK-VO. „Waren“ sind bewegliche körperliche Gegenstände, ausgenommen sind Strom, Erdgas und andere Formen von Gas und Wasser, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden.“⁶¹⁴

Keine „Waren“ im Sinne des Art. 2 lit. h GEK-VO sind dagegen „digitale Inhalte“. „Digitale Inhalte“ sind in Art. 2 lit. j GEK-VO eigenständig definiert und unterfallen nach Art. 2 lit. k, lit. l GEK-VO im Umkehrschluss nicht dem Kauf, sondern nach Art. 2 lit. n GEK-VO einer Dienstleistung.

Tiere sind wohl ebenfalls keine Waren im Sinne von Art. 2 lit. h GEK-VO, weil abweichend von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hier ausdrücklich von körperlichen Gegenständen und nicht wie in der Richtlinie 1999/44/EG von Gütern die Rede ist.

Eine wesentliche Änderung ist, dass das europäische Parlament den sachlichen Anwendungsbereich nun positiv formuliert hat. Nach Art. 6 GEK-VO kann das GEK auch für verbundene Verträge verwendet werden. Dies gilt auch, wenn der verbundene Vertrag kein Kaufvertrag, kein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte und kein Vertrag über verbundene Dienstleistungen ist oder der Vertrag insgesamt teilbar ist.⁶¹⁵

Das europäische Parlament hat den Art. 6 II GEK-VO ersatzlos gestrichen und reagierte damit auf die vielfältige Kritik⁶¹⁶. Nach seinem ursprünglichen Entwurf sollte das GEK nicht auf Verbraucherverträge anwendbar sein, wenn der Vertrag mit einem Verbraucherkredit, in Form

⁶¹⁴ Art. 2 lit. h GEK-VO.

⁶¹⁵ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 64, Art. 6 I GEK-VO.

⁶¹⁶ Beispielhaft: Stadler, AcP (212), 2012, 473, 494; *Balthasar*, RIW 2012, 361, 364.

eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer vergleichbaren Finanzierungshilfe gewährt wird, Art. 6 II GEK-VO a.F.

4. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Verbraucher

Verbraucher ist nach Art. 2 lit. f GEK-VO jede natürliche Person, die nicht zum überwiegenden Zweck einer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Nach der Änderung des Art. 2 lit. f GEK-VO und der Einfügung des Erwägungsgrundes 11a durch das europäische Parlament ist damit auch die „dual-use“-Problematik erfasst.⁶¹⁷ So soll eine Person als Verbraucher behandelt werden, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrages nicht überwiegt.⁶¹⁸ Juristische Personen sind von dem klaren Wortlaut der Legaldefinition des Verbrauchers ebenso wenig wie der Arbeitnehmer erfasst.

Der Verbraucherbegriff des GEK entspricht dem Verbraucherbegriff der Verbraucherrechterahmenrichtlinie und manifestiert den gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff.

b) Unternehmer

Nach Art. 2 f GEK-VO ist ein Unternehmer jede natürliche oder juristische Person, die für die Zwecke ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmerbegriff und der Unternehmerbegriff des GEK sind kongruent.

⁶¹⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 5, Erwägung 11 a (neu), Abänderung 32, Art. 2 lit. f GEK-VO.

⁶¹⁸ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 5, Erwägung 11a (neu).

Demzufolge kann auch beim GEK kein Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen Unternehmer oder Verbraucher bestehen. Das heißt, eine juristische Person kann durchaus außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handeln. Sie kann aber nicht Verbraucher sein, da sie keine natürliche Person ist. Aus diesem Grund muss es auch nach dem neuen gemeinschaftsrechtlichen europäischen Kaufrecht, die Gruppe des Nicht-Verbrauchers bzw. Unternehmers geben, die das GEK in diesem Fall nicht wählen kann.

c) **KMU**

Die Privilegierung des KMU als eigene Personengruppe, die das GEK im Verhältnis B2B wählen kann, wurde von dem europäischen Parlament gestrichen. Nach Art. 7 II GEK-VO ursprünglicher Fassung ist ein Unternehmen als KMU einzuordnen, wenn es weniger als 250 Personen beschäftigt und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro hat. Nach Angaben der Eurostat lag 2005 der Anteil von KMU bei 99,8 % in der EU und der Anteil der großen Unternehmer lediglich bei 0,2 %⁶¹⁹. Eine gesonderte Privilegierung dieser Gruppe war somit faktisch überflüssig.

d) **Zusammenfassung**

Nach Art. 7 I GEK-VO kann das GEK nur verwendet werden, wenn der Verkäufer der Waren oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer ist. Der Verbraucherbegriff wird im GEK im engen gemeinschaftsrechtlichen Sinne verstanden. Dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff unterfallen nur natürliche Personen, die zu einem überwiegend privaten Zweck handeln. Der Unternehmerbegriff ist auch nach dem GEK weit auszulegen. Diese Auslegung entspricht der Historie des gemeinschaftsrechtlichen Unternehmerbegriffs.

⁶¹⁹ Eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3433488/5582036/KS-SF-08-031-DE.PDF/564b3fd3-09c9-49cb-9b44-baaf1d8616ea>, abgerufen am 1.6.2018.

5. Verbraucherrechte

Die Rechte des Verbrauchers richten sich auch bei der Verwendung des GEK maßgeblich nach der Vertragsgemäßheit der Waren.

a) Primäransprüche des Käufers

Der Käufer hat einen Anspruch auf Bereitstellung oder Lieferung und Übertragung der vertragsgemäßen Ware. Diese Hauptverpflichtung trifft den Verkäufer nach Art. 91 GEK-A. Das Merkmal der Vertragsgemäßheit der Ware richtet sich bei einem Verbrauchervertrag nach Art. 99, 100, 101, 102 GEK-A.

Grundsätzlich müssen Waren von der Menge, Qualität, Art, Behältnis bzw. Verpackung den Anforderungen des Vertrages entsprechen. Vertragsgemäßes Zubehör, Montageanleitungen und andere Anleitungen sind grundsätzlich mitzuliefern, Art. 99 I GEK-A. Für die „Vertragsgemäßheit der Ware“ führt Art. 100 GEK-A Kriterien auf. Dieser Kriterien-Katalog gibt keine Vermutungen, sondern zwingende Kriterien für die Vertragsgemäßheit der Ware vor, sofern die Parteien es nicht anderes vereinbart haben. Dies folgt aus dem Wortlaut des Art. 100 S. 1 GEK-A und des Art. 99 II GEK-A: „Die Waren oder Inhalte *müssen*“. Vorrangig sind somit die vertraglichen Vereinbarungen, subsidiär gilt der Kriterien-Katalog nach Art. 100 GEK-A.

Die Ware muss sich „für den Verkäufer zur Kenntnis gebrachten Zweck eignen, den gewöhnlichen Zweck eignen, die Eigenschaften besitzen, die der Verkäufer dem Käufer als Probe oder Muster vorgelegt hat und diejenigen Eigenschaften und Tauglichkeiten besitzen, die aus einer vorvertraglichen Erklärung zu einer Vertragsbestimmung wurden und diejenige Eigenschaften und Tauglichkeiten besitzen, die der Käufer erwarten kann“⁶²⁰. Die beiden zuletzt genannten Voraussetzungen scheinen vom

⁶²⁰ Art. 100 GEK-A.

europäischen Gesetzgeber als kumulative Kriterien vorgegeben zu sein.⁶²¹ Dies folgt aus dem „und“ zwischen Art. 100 lit. f GEK-A und Art. 100 lit. g GEK-A. *Faust* vertritt aufgrund einer mangelnden hierarchischen Ordnung der Kriterien in Art. 100 lit. a-g GEK-A, dass diese kumulativ Anwendung finden.⁶²² Bei den in Art. 100 lit. a-g GEK-A genannten Kriterien handelt es sich um zwingende Vorgaben und nicht wie in der Richtlinie 1999/44/EG um eine Vermutungsregelung. Außerdem spricht der Aufbau der Norm in Form einer Aufzählung, getrennt durch Semikola und „und“ zwischen lit. g und f für eine kumulative Anwendung der Vorgaben. Ebenfalls spricht dafür, dass dem Kriterienkatalog der Halbsatz „Waren oder digitale Inhalte *müssen*“ vorangestellt wurde. Es handelt sich somit nicht um eine fakultative Auswahl.

Nach Art. 100 lit. d GEK-A gehört auch zu der Vertragsgemäßheit der Ware, dass die Waren in der üblichen Weise verpackt sind. Wenn es keine übliche Verpackungsart gibt, müssen die Waren in einer angemessenen Weise verpackt sein. Außerdem ist die Ware nicht vertragsgemäß, wenn vom Käufer erwartetes Zubehör, Montageanleitungen und andere Anleitungen nicht geliefert oder bereitgestellt wurden.⁶²³

Grundsätzlich steht den Parteien der Vertragsschluss und der Inhalt des Vertrages nach Art. 1 GEK-A frei. Die Vertragsvereinbarungen sind vorrangig vor den Kriterien des Art. 100 GEK-A. Allerdings kann von den Anforderungen des Art. 100 GEK-A zum Nachteil des Verbrauchers nur abgewichen werden, wenn der Verbraucher von diesen Abweichungen wusste und diese als vertragsgemäß akzeptiert hat, Art. 99 III GEK-A.

Ebenfalls sehr weitläufig ist das Kriterium, was der Verbraucher nach Art. 100 lit. e und lit. g GEK-A „erwarten kann“. Diese Voraussetzung ist im Kontext von Art. 5 II GEK-A auszulegen. Es kommt somit auch nach

⁶²¹ Schulte-Nölke et al./*Gsell*, S. 235: Gsell lehnt eine kumulative Anwendung auf alle Kriterien aus Art. 100 GEK-A ebenfalls ab.

⁶²² Remien/Herrler/Limmer/*Faust*, S. 163, Rn. 5; ebenso Schulze/*Zoll*, Art. 100, Rn. 2.

⁶²³ Art. 100 lit. e GEK-A.

dem GEK darauf an, was man „*vernünftigerweise* erwarten kann“. Dies entspricht der Definition aus der Richtlinie 1999/44/EG. Bewertet wird dies dabei nicht nur nach subjektiven Gesichtspunkten des Käufers, sondern auch nach den Kriterien einer verständigen und vernünftigen Person in dieser Situation.

Für die Bewertung der Vertragsgemäßheit der Ware ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Gefahrübergangs entscheidend, Art. 105 I GEK-A. Die Gefahr geht bei einem Verbraucherkaufvertrag in dem Zeitpunkt auf den Verbraucher über, indem dieser oder ein von ihm bestimmter Dritter mit Ausnahme des Beförderers⁶²⁴ Besitz erlangt, Art. 105 I, 142 I GEK-A. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs kann nicht zu Lasten des Verbrauchers verschoben werden, Art. 142 V GEK-A. Der Besitz wird im GEK nicht definiert. Deshalb ist dieser Begriff nach Art. 4 I GEK-A autonom auszulegen. Allerdings kann zur Auslegung auf das Verständnis der Mitgliedsstaaten zurückgegriffen werden, wenn insgesamt ein übereinstimmendes Verständnis in den Mitgliedsstaaten eines Begriffes herrscht. So gilt in allen europäischen Rechtssystemen für den Besitz eine gemeinsame Vorstellung.⁶²⁵ In jedem Fall ist der direkte Besitz vom GEK umfasst, was die Ausübung einer körperlich-tatsächlichen Kontrolle über eine Sache meint.⁶²⁶

Die Ware ist bei einem Verbraucherkaufvertrag ebenfalls vertragswidrig, wenn die Ware durch den Verkäufer oder durch den Käufer verantwortet unsachgemäß montiert oder installiert wurde bzw. der Verbraucher aufgrund einer mangelhaften Anleitung die Ware unsachgemäß montiert oder installiert hat, Art. 101 GEK-A.

⁶²⁴ Ausnahme im Fall von Art. 142 IV GEK-A, wenn der Verbraucher die Beförderung der Ware selbst veranlasst hat, ohne dass der Verkäufer diesen Transport angeboten hat.

⁶²⁵ DCFR, Vol. 5, VIII.-1:205, S. 4294, Comparative overview, notion of possession.

⁶²⁶ A.a.O. Fn. 625.

Vertragswidrig kann die Ware jedoch auch sein, wenn sie mit Rechten oder Ansprüchen Dritter belastet ist und dem Verbraucher dies bei Vertragsschluss nicht bekannt war.⁶²⁷ Für die Vertragsgemäßheit der Ware nach dem GEK-A gilt zusammenfassend, dass die Ware sowohl sach- als auch rechtmängelfrei sein muss.

b) Rechte des Käufers bei Mängeln

Wenn der Verkäufer seiner Hauptverpflichtung nach Art. 91 GEK-A nicht nachkommt, so kann der Käufer zwischen unterschiedlichen gleichrangigen Rechten wählen. Eine Verletzung der Hauptverpflichtung liegt vor, wenn der Verkäufer die vertragsgemäße Ware nicht zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt⁶²⁸ überträgt oder liefert oder vertragswidrige Ware liefert und dies nicht nach Art. 88 GEK-A entschuldigt. Der Käufer kann in diesem Fall erneut Erfüllung verlangen, seine eigene Leistung zurückbehalten, den Kaufpreis mindern, Schadensersatz verlangen oder den Kaufvertrag beenden. Als Verbraucher muss er die Geltendmachung dieser Rechte auch nicht von dem Erfordernis der Heilung der Nichterfüllung abhängig machen.⁶²⁹ Ebenso wenig bestehen für den Verbraucher Prüf- und Rügepflichten.⁶³⁰ Wenn der Verkäufer die Nichterfüllung entschuldigt, so kann der Käufer nur seine Leistung zurückbehalten, den Vertrag beenden oder mindern.⁶³¹ In diesem Fall kann der Käufer aber nicht Erfüllung oder Schadensersatz verlangen.⁶³² Soweit der Käufer die Nichterfüllung des Verkäufers verursacht hat, kann der Käufer nicht von den Abhilfen aus Art. 106 I GEK-A Gebrauch machen. Ansonsten können

⁶²⁷ Art. 102 GEK-A.

⁶²⁸ Wenn kein Zeitpunkt vereinbart worden ist, so gilt Art. 95 GEK-A.

⁶²⁹ Art. 106 III GEK-A.

⁶³⁰ A.a.O. Fn. 629.

⁶³¹ Art. 106 IV GEK-A.

⁶³² A.a.O. Fn. 631.

diese Rechte grundsätzlich auch nebeneinander geltend gemacht werden.⁶³³ Zum Nachteil des Verbrauchers können diese Abhilferechte nicht ausgeschlossen oder abgeändert werden.⁶³⁴

aa) Erfüllung

Nach Art. 106 I lit. a GEK-A kann der Käufer weiterhin die Erfüllung des Vertrages verlangen, wenn der Verkäufer zu dem vereinbarten Zeitpunkt nicht erfüllt hat, also keine vertragsgemäße Ware geliefert oder übertragen hat. Falls bereits eine vertragswidrige Ware geliefert wurde, so kann der Verbraucher grundsätzlich zwischen Reparatur und Ersatzlieferung wählen, Art. 106 I lit. a, 110 II, 111 I GEK-A. Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch nicht, wenn eine Art der Nacherfüllung rechtswidrig, unmöglich oder im Vergleich zur anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig hohe Kosten produzieren würde. Für diese sogenannte „relative Unmöglichkeit“ der Nacherfüllung gibt Art. 111 I lit. a-c GEK-A Kriterien zur Bewertung der unverhältnismäßigen Kosten vor. Die gewählte Form der Abhilfe ist kostenlos.⁶³⁵

Grundsätzlich kann der Verkäufer die Erfüllung der Primärpflicht verweigern, wenn die Erfüllung unmöglich oder rechtswidrig geworden ist oder wenn die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer dadurch erlangen würde, unverhältnismäßig aufwändig oder kostspielig wäre, Art. 110 III GEK-A. Folglich wurde mit Art. 110 III lit. b GEK-A eine Verweigerungsmöglichkeit der Erfüllung wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung geschaffen.

Fraglich ist, ob auch die Ausbaurkosten für die mangelhafte Ware und die Einbaukosten für die mangelfreie Ware von dem Umfang der Nacherfüllung umfasst sind und wie der Vorteil des Käufers zu bestimmen ist, den

⁶³³ Art. 106 IV GEK-A

⁶³⁴ Art. 108 GEK-A.

⁶³⁵ Art. 110 II GEK-A.

er durch die vertragsgemäße Erfüllung bekäme.⁶³⁶ Der Verkäufer muss den ersetzten Gegenstand zurücknehmen. Fraglich ist, ob mit der Zurücknahme auch der Ausbau der vertragswidrigen Sache erfasst ist. Nach Art. 110 II GEK-A muss die Abhilfe kostenlos sein und nach Art. 112 I GEK-A hat der Verkäufer das Recht und die Pflicht, den ersetzten Gegenstand auf seine Kosten zurückzunehmen. Weiterhin ist zu beachten, dass dem Käufer nun eine Verweigerungsmöglichkeit wegen der absoluten Unverhältnismäßigkeit der Erfüllung gewährt wird. Damit werden auch die Rechte und Interessen des Verkäufers hinreichend berücksichtigt. Das Ziel eines hohen Verbraucherschutzes fordert eine extensivere Auslegung des GEK an dieser Stelle. Für Käufer, die keine Verbraucher sind, kann dagegen zugunsten des Verkäufers von diesen Vorschriften abgewichen werden. Aus diesem Grund ist im Zuge der Erfüllung auch der Ausbau der mangelhaften Ware und der Einbau der mangelfreien Ware geschuldet.⁶³⁷

Die gewählte Art der Nacherfüllung muss innerhalb einer Frist durchgeführt werden, die 30 Tage nicht überschreiten darf.⁶³⁸ In dieser Zeit darf der Verbraucher keine andere Art der Abhilfe verlangen.⁶³⁹ Er kann aber während dieser Zeit seine Leistung zurückbehalten.⁶⁴⁰

bb) Zurückbehaltung der eigenen Leistung

Das Zurückbehaltungsrecht des Käufers ist in Art. 106 I lit. b, 113 GEK-A geregelt. Demnach kann der Käufer grundsätzlich seine Leistung zurückbehalten, solange er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Aber selbst

⁶³⁶ Insbesondere wichtig im Hinblick auf die Diskussion im deutschen Recht zu den Ein- und Ausbaukosten: EuGH, Urt. 16.6.2011, C-65/09, C-87/09; BGH Urt. 21.12.2011, VIII ZR 70/08.

⁶³⁷ So auch *Maurer*, ZVertriebsR 2012, 88, 93, andere Ansicht *Kroll-Ludwigs*, GPR 2012, 181, 185, 186, lediglich die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache sind geschuldet.

⁶³⁸ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 199, Art. 111 II lit. a GEK-A.

⁶³⁹ Umkehrschluss aus Art. 111 II GEK-A.

⁶⁴⁰ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 200 Art. 113 III lit. a GEK-A neu.

wenn der Käufer zur Vorleistung verpflichtet ist, kann er seine Leistung zurückbehalten, wenn er berechtigte Zweifel an der fristgemäßen Erfüllung des Verkäufers hat.⁶⁴¹ In der Praxis könnten aus dieser Regelung vielfältige Probleme für den Handel entstehen. Denn selbst dann, wenn eindeutig vertraglich geregelt ist, wann welche Vertragspartei zur Leistung verpflichtet ist, kann der Käufer immer noch seine Leistung zurückbehalten. Teilweise ist aber eine Vorleistung aus wirtschaftlichen Gründen zwingend geboten. Andererseits könnte dem entgegengehalten werden, dass es sich bei der Regelung in Art. 106 I lit. b, Art. 113 GEK-A um eine Abhilfe des Käufers handelt, wenn der Verkäufer seine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt hat. Allerdings resultiert dann daraus die Frage, ob der Käufer seine Leistung zurückbehalten darf, wenn er zur Vorleistung vertraglich verpflichtet ist, nur weil er von der möglicherweise sogar berechtigten Annahme ausgeht, der Verkäufer werde nicht fristgemäß erfüllen. In diesem Fall ist eine Abhilfe für eine Lieferung eines mangelhaften Gutes noch gar nicht erforderlich. Daraus könnte zu Recht bei dem Verkäufer die Angst entstehen, dass der Vertrag von dem Käufer ebenfalls nicht erfüllt würde. Dies würde dann im Folgenden zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Vertragserfüllung führen bzw. der Verkäufer könnte dann ebenfalls seine Leistung nach Art. 131 I lit. b, 133 II GEK-A zurückbehalten. Die Parteien würden dann niemals ihre jeweilige vertragliche Beziehung erfüllen müssen. Fraglich erscheint dann auch, wie die Regelung aus Art. 113 II GEK-A mit der Verpflichtung zur Zusammenarbeit in Art. 3 GEK-A zusammen wirkt. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des Art. 113 GEK-A auf die offenkundige Unmöglichkeit der vertraglichen Erfüllung durch den Verkäufer zu begrenzen.⁶⁴²

Wenn die Leistung des Verkäufers in Teilen erbracht wurde, so kann auch der Käufer nur in Teilen seine Leistung zurückbehalten. Dies gilt nicht, wenn die Zurückbehaltung der gesamten Leistung gerechtfertigt wäre.⁶⁴³

⁶⁴¹ Art. 106 I lit. b, 113 II GEK-A.

⁶⁴² Ebenso im Hinblick auf das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers nach Art. 131 I lit. b, 133 II GEK-A.

⁶⁴³ Art. 113 III GEK-A.

cc) Beendigung des Vertrages

Mit der Beendigung des Vertrages bestehen die aus dem Vertrag resultierenden wesentlichen Rechte und Verpflichtungen nicht mehr.⁶⁴⁴ Wenn der Vertrag beendet wurde, weil der Vertrag nicht erfüllt bzw. die Nichterfüllung erwartet werden konnte, so hat die Partei, die den Vertrag aus diesem Grund beendet, auch weiterhin Anspruch auf Schadensersatz anstelle der fehlenden Erfüllung.⁶⁴⁵ Grundsätzlich kann der Vertrag nur beendet werden, wenn die Nichterfüllung wesentlich ist. Das heißt, dass der Käufer sich nicht auf die künftige Erfüllung durch den Verkäufer verlassen kann, wenn dem Käufer das vorenthalten wird, was er nach dem Vertrag hätte erwarten können und der Verkäufer diese Unzulänglichkeit nicht voraussehen konnte bzw. wenn klar erkennbar ist.⁶⁴⁶ Dagegen kommt es bei einem Verbraucherkaufvertrag gerade nicht auf die Wesentlichkeit der Nichterfüllung an, sondern der Verkäufer kann den Kaufvertrag bereits beenden, wenn die Ware vertragswidrig ist und diese Vertragswidrigkeit der Ware nicht bloß unerheblich ist.⁶⁴⁷ Der Verbraucher braucht bei Nichterfüllung keine Nachfrist zur Erfüllung setzen, sondern kann den Vertrag sofort beenden.⁶⁴⁸ Art. 115 GEK-A bezieht sich jedoch eindeutig auf das Kriterium der Wesentlichkeit, also auf den Grundfall der Beendigung und nicht auf den Sonderfall des Verbraucherkaufvertrags. Aus diesem systematischen Argument und dem Wortlaut folgt, dass eine Nichterfüllung in Form einer unentschuldigtem Nichtlieferung immer ein Grund für den Verbraucher ist, den Kaufvertrag zu beenden. Der Käufer kann den Vertrag grundsätzlich bereits vor Fälligkeit der Erfüllung beenden,

⁶⁴⁴ Art. 8 I GEK-A, beendet werden aber nicht die Vertragsbestimmungen über die Streitbeilegung oder andere Vertragsbestimmungen, die auch nach einer Vertragsbeendigung anzuwenden sind.

⁶⁴⁵ Art. 8 II GEK-A.

⁶⁴⁶ Art. 87 II GEK-A.

⁶⁴⁷ Art. 114 II GEK-A.

⁶⁴⁸ Dies folgt im Umkehrschluss aus Art. 114 II, I GEK-A, denn nach Art. 114 II GEK-A ist die Beendigung des Vertrages lediglich ausgeschlossen, wenn die Vertragswidrigkeit unerheblich ist.

wenn offenkundig ist, dass der Verkäufer den Vertrag nicht angemessen erfüllen wird.⁶⁴⁹

Der Vertrag wird durch eine Mitteilung des Käufers an den Verkäufer beendet.⁶⁵⁰ Nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag konnte der Verbraucher bei einem Verbrauchervertrag das Recht zur Beendigung des Vertrages nicht dadurch verlieren, dass er es nicht innerhalb einer angemessenen Frist geltend machte, Art. 119 I, II lit. a GEK-A. Nach der Änderung des Art. 119 I, II GEK-A durch das europäische Parlaments muss auch der Verbraucher sein Recht zur Beendigung nun innerhalb von zwei Monaten geltend machen.⁶⁵¹

Im Fall der Beendigung des Vertrages ist nach Art. 172 I GEK-A jeweils der anderen Partei das zurückzugewähren, was sie durch die jeweils andere Partei erlangt hat. Ist dies für eine Partei nicht möglich, hat sie den Geldwert zu ersetzen.⁶⁵²

Die Art. 172 ff. GEK-A⁶⁵³ können nach Art. 177 GEK-A nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden, solange die Anfechtung oder Beendigung nicht mitgeteilt wurde⁶⁵⁴.

dd) Minderung

Wenn der Käufer die vertragswidrige Ware anstatt der vertragsmäßigen Ware annimmt, kann er den Kaufpreis um den Betrag mindern, den die vertragsgemäße Ware zur Zeit des Leistungsangebots gehabt hätte, Art. 106 I lit. d, Art. 120 GEK-A.⁶⁵⁵ Für jeden weiteren wertmäßigen Verlust kann der Käufer Schadensersatz verlangen. Dies gilt nicht für den

⁶⁴⁹ Art. 116 GEK-A.

⁶⁵⁰ Art. 118 GEK-A.

⁶⁵¹ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 201, Art. 119 GEK-A.

⁶⁵² Art. 172 ff. GEK-A.

⁶⁵³ Kapitel 17 (§§172-177 GEK-A) Rückabwicklung.

⁶⁵⁴ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 246, Art. 177 GEK-A.

⁶⁵⁵ Art. 120 I GEK-A.

durch die Minderung bereits ausgeglichenen Verlust.⁶⁵⁶ Wenn der Käufer bereits den vollen Kaufpreis an den Verkäufer entrichtet hat, so kann er die Differenz zum geminderten Kaufpreis von dem Verkäufer zurückverlangen.⁶⁵⁷

ee) Schadensersatz

Nach Art. 106 I lit. e, 159 ff. GEK-A kann der Gläubiger grundsätzlich Schadensersatz für die jetzigen und künftigen Verluste verlangen, die durch die unentschuldigte Nichterfüllung des Schuldners entstanden sind. Der Gläubiger ist so zu stellen, als hätte der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt. Vom Schadensersatzanspruch umfasst sind nach Art. 160 S. 2 GEK-A mögliche erlittene Verluste als auch der entgangene Gewinn. Für den entstanden Verlust haftet der Schuldner aber nur insoweit, als er zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Verlust als Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder voraussehen hätte können.⁶⁵⁸ Dagegen besteht für den möglichen entgangenen Gewinn keine Regelung für die Voraussehbarkeit. Daraus folgt, dass der entgangene Gewinn immer zu ersetzen ist.

Soweit der Gläubiger selbst zu der Nichterfüllung oder deren Folgen beigetragen hat, haftet der Schuldner nicht für den entstanden Verlust.⁶⁵⁹ Ebenso wenig haftet er, wenn der Gläubiger den Verlust durch angemessene Maßnahmen hätte mindern können.⁶⁶⁰ Der Schuldner muss dem Gläubiger die angemessenen Aufwendungen zur Minderung des Verlustes ersetzen.⁶⁶¹ Dies gilt ebenso, wenn der Gläubiger innerhalb einer angemessenen Frist und in angemessener Weise ein Deckungsgeschäft vorgenommen hat. In diesem Fall kann er die Differenz zwischen dem Kaufpreis der Ware aus dem Deckungsgeschäft und dem ursprünglichen Vertrag

⁶⁵⁶ Art. 120 III GEK-A.

⁶⁵⁷ Art. 120 II GEK-A.

⁶⁵⁸ Art. 161 GEK-A.

⁶⁵⁹ Art. 162 GEK-A.

⁶⁶⁰ Art. 163 I GEK-A.

⁶⁶¹ Art. 163 II GEK-A.

verlangen sowie den Ersatz aller weiteren Verluste, soweit er zum Schadensersatz berechtigt ist.⁶⁶² Aber auch ohne etwaiges Deckungsgeschäft kann der Gläubiger die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktpreis zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung verlangen sowie eine Erstattung aller weiteren Einbußen.⁶⁶³

Die Regelungen zu den Verzugszinsen finden sich in Art. 166 GEK-A ff. Nach Art. 167 II, V GEK-A muss der Gläubiger den Schuldner auf die Verpflichtung zur Zahlung der Verzugszinsen hinweisen. Die Verzinsung beginnt 30 Tage nach der entsprechenden Mitteilung.⁶⁶⁴

ff) Verjährung

Das europäische Parlament hat die „lange Verjährungsfrist“ von zehn Jahren auf sechs Jahre verkürzt.⁶⁶⁵ Grundsätzlich wird im GEK zwischen der „langen Verjährungsfrist“ von sechs Jahren bzw. dreißig Jahren bei Personenschäden und der „kurzen Verjährungsfrist“ von zwei Jahren unterschieden, Art. 179 GEK-A. Zu Recht kritisiert *Faust*, es sei nicht eindeutig, in welchem Verhältnis die lange und die kurze Verjährungsfrist zueinander stehen.⁶⁶⁶ *Faust* vertritt jedoch die Ansicht, es handele sich um parallel laufende Verjährungsregelungen, die sich nicht auf unterschiedliche Ansprüche beziehen.⁶⁶⁷ Dem ist zuzustimmen, soweit hinsichtlich der Ansprüche differenziert werden kann. Regelmäßig verjährt der Primärleistungsanspruch nach sechs Jahren bei der langen Verjährungsfrist, bei Schadensersatzansprüchen wegen Personenschäden nach 30 Jahren. Der Beginn der langen Verjährungsfrist folgt aus dem Wortlaut des Art. 180 II GEK-A, „mit dem Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leisten muss“. Der Zeitpunkt der Primärleistung ist regelmäßig zeitlich fixiert bzw. zeitlich fixierbar. Dagegen ist regelmäßig nicht voraussehbar, ob der Gläubiger die Sekundärrechte

⁶⁶² Art. 164 GEK-A.

⁶⁶³ Art. 165 GEK-A.

⁶⁶⁴ Art. 167 II GEK-A.

⁶⁶⁵ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 249, Art. 179 II GEK-A.

⁶⁶⁶ Remien/Herrler/Limmer/*Faust*, S. 185, Rn. 72.

⁶⁶⁷ Remien/Herrler/Limmer/*Faust*, a.a.O. Fn. 666.

aus dem Vertrag, wie zum Beispiel die Abhilferechte der Nacherfüllung oder Nachlieferung, gelten machen muss bzw. kann. Daraus folgt, dass für diese sekundären Rechte die Verjährungsfrist nur *mit dem Zeitpunkt* beginnen kann, *zu dem der Gläubiger von den rechtsbegründenden Umständen Kenntnis erhalten hat.*⁶⁶⁸ Aus diesem Grund laufen innerhalb der langen sechsjährigen Verjährungsfrist die kurze Verjährungsfrist bzw. auch mehrere kurze zweijährige Verjährungsfristen parallel. Dies bedeutet, dass der Käufer innerhalb der ersten sechs Jahre nach Vertragsschluss Nacherfüllung verlangen, den Kaufpreis mindern oder vom Kaufvertrag zurücktreten könnte. Grundsätzlich können die Verjährungsregelungen zwischen den Parteien einvernehmlich geändert werden, nicht jedoch zu Lasten des Verbrauchers.⁶⁶⁹

gg) Beweislast

Aus den langen Verjährungsfristen könnte geschlossen werden, dass der Gläubiger einer Leistung unverhältnismäßig privilegiert würde. Allerdings ist nicht nur die Dauer der Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu beachten, sondern auch die Beweislast der anspruchsbegründenden Tatsachen. Im GEK gibt es eine Vermutung zu Gunsten des Verbrauchers. So wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeit bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, wenn sie sich innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang zeigt, Art. 105 II GEK-A. Der Anspruchsteller muss beweisen, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat. Diese Beweiserbringungsobliegenheit wird sich proportional zur Dauer des Gewährleistungszeitraums erschweren. In der Praxis wird sich der Beweis, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, nach fünf bzw. sechs Jahren kaum noch erbringen lassen. Von Art. 105 GEK-A kann nicht zulasten des Verbrauchers abgewichen werden. Das heißt, der Zeitpunkt der Bestimmung der Vertragsgemäßheit kann nicht vor dem Gefahrübergang bzw. vor dem Montagezeitpunkt

⁶⁶⁸ Vgl. 180 I GEK-A, siehe auch Anhang II der GEK-VO „Standard-Informationenblatt“.

⁶⁶⁹ Vgl. 186 GEK-A.

vorverlegt werden, wenn diese ebenfalls geschuldet ist.⁶⁷⁰ Der Zeitraum der Beweiserleichterung darf ebenfalls nicht verkürzt werden.⁶⁷¹

hh) Garantien

In Art. 2 lit. s GEK-VO n.F. ist die „gewerbliche Garantie“ mittlerweile legaldefiniert.⁶⁷² Diese ist lediglich für das Verhältnis zwischen einem Unternehmer oder einem Hersteller und einem Verbraucher geregelt. Aufgrund des Wortlauts „jede dem Verbraucher gegenüber zusätzlich zu gesetzlichen Gewährleistung eingegangene Verpflichtung des Unternehmers oder eines Herstellers (Garantiegebers)“⁶⁷³ ist davon auszugehen, dass sowohl die kommerzielle als auch die unentgeltliche Garantie vom Anwendungsbereich des GEK erfasst ist. Eindeutig ist die gewerbliche Garantie vollumfänglich erfasst, da sie nach der Änderung des europäischen Parlaments in Art. 177 a GEK-A neu aufgenommen wurde.⁶⁷⁴

ii) Umgehungsverbote

Wenn das GEK für einen Verbrauchsgüterkauf vereinbart wurde, ist jede Umgehung zum Nachteil des Verbrauchers nicht möglich. Nach Art. 8 III GEK-VO kann im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher die Anwendung des GEK nur in seiner Gesamtheit vereinbart werden. Zwischen den Parteien gilt die Vertragsfreiheit, Art. 1 GEK-A. Allerdings kann von einigen Regeln nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. So bleibt der Unternehmer dem Verbraucher gegenüber für die Erfüllung verantwortlich, auch wenn er einen Dritten zur Erfüllung beauftragt hat.⁶⁷⁵ Ebenso wenig kann nach

⁶⁷⁰ Art. 105 V GEK-A.

⁶⁷¹ A.a.O. Fn. 671.

⁶⁷² Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 52, Art. 2 s GEK-A.

⁶⁷³ A.a.O. Fn. 672.

⁶⁷⁴ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014, Oral P7_TA-PROV(2014)0159, Abänderung 247, Art. 177 a GEK-A.

⁶⁷⁵ Art. 92 III GEK-A.

Art. 99 IV GEK-A von den Kriterien aus Art. 100, 101, 102 GEK-A abgewichen werden, wenn dem Verbraucher diese nicht zu Vertragsschluss bekannt waren und er diese als vertragsgemäß akzeptiert hat. Montage- mängel können ebenfalls nicht bei Verbraucherverträgen von der Gewährleistung ausgeschlossen werden, wenn die Montage oder Installation durch den Unternehmer geschuldet war.⁶⁷⁶ Rechte Dritter an einer Sache begründen ebenfalls einen Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers, wenn der Verbraucher die Rechte des Dritten nicht kannte.⁶⁷⁷ Dieses Recht darf der Unternehmer nach Art. 102 V GEK-A ebenfalls nicht zu Lasten des Verbrauchers umgehen.

c) Verbraucherrechte gegen den Verkäufer

Der Verbraucher kann bei der Lieferung einer nicht vertragsgemäßen Ware Nachbesserung verlangen, zurücktreten oder den Kaufpreis mindern. Solange der Verbraucher nicht vom Vertrag zurücktritt oder er den Kaufpreis gemindert hat, kann der Verbraucher seine Leistung bis zur Bereitstellung einer vertragsgemäßen Ware zurückbehalten es sei denn er war zur Vorleistung verpflichtet. Die Nachbesserung umfasst nach Wahl des Käufers entweder die Reparatur oder die Neulieferung einer vertragsgemäßen Ware.

d) Verbraucherrechte gegen den Hersteller

Gegen einen Dritten können nach dem optionalen Kaufrecht keine vertraglichen Ansprüche begründet werden. Insbesondere gibt es keinen Direktanspruch gegen den Hersteller. Der Verbraucher hat lediglich Ansprüche gegen den Hersteller, wenn dieser eine *gewerbliche Garantie* übernommen hat.

⁶⁷⁶ Art. 101 GEK-A.

⁶⁷⁷ Art. 102 I GEK-A.

e) Verbraucherrechte gegen Dritte in der Vertragskette

Gegenüber Dritten, die nicht Vertragspartei geworden sind, können keine Ansprüche aus dem GEK geltend gemacht werden. Es kann immer nur auf nationaler Ebene das GEK zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden.

6. Zusammenfassung

Das Ziel, welches mit der Einführung eines optionalen europäischen Kaufrechts erreicht werden sollte, war die Vereinheitlichung und Stärkung des Binnenmarktes. Aus diesem Grund hätte das GEK immer zur Anwendung kommen dürfen, wenn ein internationaler Sachverhalt mit mitgliedersstaatlichem Bezug im Online-Handel vorliegt und mindestens eine Vertragspartei Verbraucher ist und die Vertragsparteien das GEK als Vertragsrechtsordnung wählen. „Unverzichtbare Bausteine des Binnenmarkts“ sind nach *Grigoleit* „Rechtssicherheit und Verbraucherschutz“.⁶⁷⁸

Im GEK sind Regelungen, die den Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf entsprechen. Diese entsprechenden Regelungen werden nun im Folgenden zusammengefasst.

Ein Verbrauchervertrag ist ein Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer ein Unternehmer und der Käufer ein Verbraucher ist, Art. 2 I GEK-VO.⁶⁷⁹

Auch bei einem Verbrauchervertrag handelt es sich um die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an den Verbraucher.⁶⁸⁰

Eine Ware ist im Sinne des Art. 2 h GEK-VO ein beweglicher körperlicher Gegenstand. Ausgenommen sind Strom, Wasser, Erdgas und andere Gase, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen verkauft werden.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ Remien/Herrler/Limmer/*Grigoleit*, S. 68, Rn.1.

⁶⁷⁹ Siehe S. 119 ff.

⁶⁸⁰ Siehe S. 120.

⁶⁸¹ Siehe S. 120.

Der Erwerb von Software unterfällt nach dem GEK der Dienstleistung und nicht dem Kauf.⁶⁸²

Irrelevant ist, ob die Ware erst noch gefertigt werden muss oder bereits existiert, erfasst sind sowohl Kaufverträge als auch Werklieferungsverträge.⁶⁸³

„Rechtskäufe“ unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des GEK.⁶⁸⁴

Verbraucher ist, nach Art. 2 f GEK-VO, jede natürliche Person, die nicht zum überwiegenden Zweck einer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.⁶⁸⁵

Auf Grund des klaren Wortlauts sind weder juristische Personen noch Arbeitnehmer erfasst.⁶⁸⁶

Unternehmer sind dagegen nach Art. 2 f GEK-VO natürliche oder juristische Personen, die für die Zwecke *ihrer* gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.⁶⁸⁷

Kein Unternehmer und auch kein Verbraucher ist die juristische Person, die nicht für Zwecke ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.

Der Unternehmer ist dem Verbraucher gegenüber verpflichtet vertragsgemäße Waren bereitzustellen bzw. zu liefern und zu übertragen.⁶⁸⁸ Die Ware ist vertragsgemäß, wenn sie den Anforderungen aus

⁶⁸² Siehe S. 120.

⁶⁸³ Art. 2 k GEK-VO.

⁶⁸⁴ Erfasst sind lediglich Kaufverträge über Waren. Im Umkehrschluss ist der Erwerb eines Rechtes kein Kauf im Sinne des GEK.

⁶⁸⁵ Siehe S. 121.

⁶⁸⁶ Siehe S. 121.

⁶⁸⁷ Siehe S. 121 f.

⁶⁸⁸ Siehe S. 123 ff.

Art. 99, 100, 102, 103 GEK-A entspricht.⁶⁸⁹ Damit eine Ware vertragsgemäß ist, muss sie frei von Sach- und/oder Rechtsmängeln sein.⁶⁹⁰ Wenn die Ware nicht vertragsgemäß ist, kann der Verbraucher zwischen Nacherfüllung, das heißt Nachbesserung oder Nachlieferung, Rücktritt und Minderung frei wählen.⁶⁹¹ Es besteht kein vorrangiges Recht des Unternehmers zur zweiten Andienung.⁶⁹²

Wenn der Verbraucher Nacherfüllung verlangt, kann der Verbraucher grundsätzlich während dessen seine Leistung zurückbehalten.⁶⁹³ Der Verkäufer schuldet im Zuge der Nachlieferung sowohl den Ausbau der mangelhaften, als auch den Einbau der mangelfreien Sache.⁶⁹⁴ Allerdings kann der Unternehmer die Nacherfüllung wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern.⁶⁹⁵ Der Käufer kann jedoch auch dann von dem Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern.⁶⁹⁶

Nach Art. 106 I e, 159 ff. GEK-A kann der Verbraucher Schadensersatz für jetzige und künftige Verluste verlangen.⁶⁹⁷

Schadensersatzansprüche wegen Personenschäden verjähren dreißig Jahre nach dem schädigenden Ereignis.⁶⁹⁸ Wenn der Käufer, innerhalb von sechs Jahren nach Vertragsschluss einen Mangel an der Kaufsache erkennt - oder hätte erkennen müssen, kann er den daraus resultierenden Anspruch zwei Jahre geltend machen.⁶⁹⁹

⁶⁸⁹ Siehe S. 123 ff.

⁶⁹⁰ Siehe S. 123 ff., S. 126.

⁶⁹¹ Siehe S. 126 ff.

⁶⁹² Siehe S. 129.

⁶⁹³ Siehe S. 128 f.

⁶⁹⁴ Siehe S. 127 f.

⁶⁹⁵ Siehe S. 127 f.

⁶⁹⁶ Siehe S. 130 ff.

⁶⁹⁷ Siehe S. 132 f.

⁶⁹⁸ Siehe S. 133 f.

⁶⁹⁹ Siehe S. 133 f.

Allerdings muss auch hier der Käufer grundsätzlich beweisen, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang veranlagt war.⁷⁰⁰ Eine Beweiserleichterung zugunsten des Verbrauchers gilt nur innerhalb der ersten sechs Monate, Art. 105 II GEK-A.⁷⁰¹

Trotzdem lässt sich zu Recht die lange Verjährungsfrist von sechs Jahren kritisieren.⁷⁰² Lange Verjährungsfristen führen zu einer Rechtsunsicherheit bei Käufer und Verkäufer. Der Käufer hätte theoretisch sechs Jahre das Recht auf eine bei Gefahrübergang mangelfreie Sache. Die Beweisführung, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang veranlagt war, ist jedoch schwierig. Trotzdem müsste der Verkäufer sechs Jahre damit rechnen etwaigen Ansprüchen des Käufers ausgesetzt zu sein und müsste sich verteidigen.

Weiterhin zu Recht kritisiert auch *Grigoleit* das Fehlen einer einheitlichen europäischen Zivilgerichtsbarkeit⁷⁰³, die unerlässlich sei für ein langfristiges, hochwertiges und rechtssicheres Vertragsrecht,⁷⁰⁴ den fehlenden einheitlichen Wertungsrahmen⁷⁰⁵ und die fehlende systematische Geschlossenheit⁷⁰⁶. Aus diesen Gründen könnte man *Balthasar* zustimmen, dass das GEK nicht praxistauglich sei.⁷⁰⁷ *Riesenhuber* meint, dass durch die Einführung eines optionalen Instruments, der fehlende vorangehende Wettbewerb bei der Entwicklung des GEK nicht ausgeglichen werden kann.⁷⁰⁸

Mankowski führt ebenfalls zu Recht an, dass, wenn der Verbraucher aus einem Drittstaat kommt, dann immer noch unter Umständen auch das

⁷⁰⁰ Siehe S. 134 f.

⁷⁰¹ Siehe S. 134 f.

⁷⁰² Siehe S. 133 f.

⁷⁰³ Siehe zum Gerichtspflichtigkeitsrisiko: *Mankowski*, IHR 2012, 45, 52.

⁷⁰⁴ Remien/Herrler/Limmer/*Grigoleit*, S. 70 f., Rn. 12-17.

⁷⁰⁵ Remien/Herrler/Limmer/*Grigoleit*, S. 73 f., Rn. 18-23.

⁷⁰⁶ Remien/Herrler/Limmer/*Grigoleit*, S. 74 f., Rn. 24-27.

⁷⁰⁷ *Balthasar*, RIW 2012, 361, 369.

⁷⁰⁸ *Riesenhuber*, JZ 2011, 537, 543 f., der Aufsatz von *Riesenhuber* bezieht sich auf den CFR als Vorläufer zum GEK.

Verbraucherschutzrecht aus diesem Staat gilt.⁷⁰⁹ Allerdings ist zu beachten, dass ohne Einführung des GEK ein Instrument zur europäischen Rechtsvereinheitlichung fehlt. Mit der Einführung gäbe es immerhin für die Verbraucher und Unternehmer der 27 Mitgliedsstaaten die Möglichkeit ein einheitliches Recht zu wählen. Über Art. 6 Rom I-VO würde ansonsten immer nationales Verbraucherschutzrecht zur Anwendung gelangen. Aus diesem Grund ist *Leible* zuzustimmen, dass „das optionale Instrument [...] bei Verbraucherverträgen daher strukturell stets überlegen [ist]. Für diesen Vorteil mag man als Unternehmer die Kröte manch missliebiger verbraucherschützender Inhalte des optionalen Instruments schlucken und dieses selbst dann wählen, wenn die ansonsten anwendbaren nationalen Vertragsrechtsordnungen qualitativ deutlich höherwertig sein sollten.“⁷¹⁰

Das GEK ist im Entwurfsstadium gescheitert. Es bleibt abzuwarten ob in den kommenden Jahren der Schritt zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts getätigt wird. Es hätte im Sinne von *Pfeiffer*, die Abstimmung mit den Füßen abgewartet werden müssen⁷¹¹ und die Praxis hätte gezeigt, ob das GEK tatsächlich angenommen worden wäre.

VI. Vergleich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ihre Umsetzung in Deutschland und Spanien und das optionale Kaufrecht

Bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie handelt es sich um eine mindestharmonisierende Richtlinie, die einen Mindeststandard an Regeln und Rechten für den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien geschaffen hat.⁷¹² Der Entwurf des Gemeinsamen Europäische Kaufrecht ist dagegen eine Verordnung, welcher fakultativ von den Vertragsparteien bei grenzüberschreitenden Verträgen im Online-Handel vereinbart werden kann.⁷¹³

⁷⁰⁹ *Mankowski*, RIW 2012, 97, 104; zu weiteren Problemen die sich aus der Wahl eines Drittstaatenrechts ergeben *Stadtler*, AcP (212) 2012, 473, 482 f.

⁷¹⁰ *Leible*, RabelsZ 2012, 374, 397.

⁷¹¹ *Remien/Herrler/Limmer/Pfeiffer*, S. 42, Rn. 54.

⁷¹² Siehe S. 13 ff., S. 31 ff. und S. 76 ff.

⁷¹³ Siehe S. 118 f.

Beide Instrumente sollen die Förderung und Vereinheitlichung des Binnenmarktes zum Ziel haben.⁷¹⁴ Alle Mitgliedsstaaten waren verpflichtet die Richtlinie 1999/44/EG in das eigene nationale Recht zu transferieren, dabei kam es zu unterschiedlichen Umsetzungen in den Mitgliedsstaaten. Daraus folgte unter anderem, dass das Verbraucher- und Unternehmerverständnis in den Mitgliedstaaten divergierten und auch dem Verbraucher weitergehende bzw. unterschiedliche Rechte im Verbrauchsgüterkauf zustanden. Erst durch die Einführung der Verbraucherrechterahmenrichtlinie kam es zu einer weiteren Angleichung des Verbraucher- und Unternehmerbegriffs in Deutschland und Spanien.⁷¹⁵

Das optionale Kaufrecht ist im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie und zur Verbraucherrechterahmenrichtlinie als Verordnung ausgestaltet, die auf mitgliedstaatlicher Ebene als zweites Recht mit dem nationalen Vertragsrecht auf gleicher Ebene stehen soll.⁷¹⁶ Bei einem Verbraucherkaufvertrag, unter Anwendung des GEK, kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers von den Regelungen des GEK abgewichen werden.⁷¹⁷

Das gemeinschaftsrechtliche Verbraucher- und Unternehmerverständnis wurde auch in dem GEK beibehalten und unterscheidet sich nach der Umsetzung der Verbraucherrechterahmenrichtlinie nur noch teilweise von dem deutschen und spanischen Verbraucherverständnis, welches aufgrund der nationalen Entwicklung in Spanien im Hinblick auf die juristische Person weiter ist und in Deutschland mit der Umsetzung der Verbraucherrechterahmenrichtlinie konkretisiert wurde.⁷¹⁸

⁷¹⁴ Vgl. S. 13 f. und S. 116.

⁷¹⁵ Siehe S. 35 ff. und S. 82 ff.

⁷¹⁶ Siehe S. 13 und S. 118 f.

⁷¹⁷ Siehe S. 135 f.

⁷¹⁸ Vgl. S. 16 ff., 35 ff., 82 ff., 121 f.

Das spanische und deutsche Unternehmerverständnis entspricht jedoch nahezu dem gemeinschaftsrechtlichen Unternehmerbegriff der Richtlinie 1999/44/EG und dem GEK.⁷¹⁹

Das Verbrauchsgut bzw. nach dem GEK „die Ware“ ist sowohl nach dem gemeinschaftsrechtlichen, als auch nach dem spanischen und deutschen Verständnis ein beweglicher Gegenstand.⁷²⁰ Nach dem deutschen und dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis muss das Verbrauchsgut/die Ware körperlich sein.⁷²¹ Auf das Merkmal der Körperlichkeit wurde im spanischen Recht verzichtet.⁷²² Nach dem GEK ist Software, wenn sie nicht auf einem Datenträger verkauft wird, keine Ware, sondern eine Dienstleistung, anders als im spanischen oder deutschen Verbrauchsgüterkaufrecht.⁷²³

Grundsätzlich ist nach den hier zu vergleichenden Rechtsordnungen die Verpflichtung zur Lieferung einer vertragsgemäßen Sache identisch.⁷²⁴ Allerdings gibt es nach der Richtlinie 1999/44/EG und ihrer Umsetzung im spanischen und deutschen Recht eine Vermutungsregelung, wann die Ware vertragsgemäß ist.⁷²⁵ In Art. 100 GEK-A gibt es zwar einen Kriterienkatalog, aber diese enthält keine Vermutungsregelung.⁷²⁶

Nach dem GEK, der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und ihrer Umsetzung in Deutschland und Spanien sind die Sekundärrechte auf Nachbesserung, Ersatzlieferung und Reparatur oder Minderung oder Rücktritt identisch.⁷²⁷ Allerdings unterscheidet sich die Umsetzung im GEK wesentlich von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und ihrer Umsetzung in den Mitgliedsstaaten. Nach der Richtlinie 1999/44/EG hat der Verkäufer ein Recht zur

⁷¹⁹ Vgl. S. 22 f., 43 ff., 85 ff., 121 f.

⁷²⁰ Vgl. S. 15 f., 32 ff., 78 ff., 119 ff.

⁷²¹ Vgl. S. 15 f., 32 ff., 119.

⁷²² Siehe S. 78 ff.

⁷²³ Vgl. S. 120 und S. 34 f., 79 f.

⁷²⁴ Vgl. S. 23 ff., 47 ff., 87 ff., 123 ff.

⁷²⁵ Vgl. S. 23 ff., 47 ff., 87 ff.

⁷²⁶ Siehe S. 123 ff.

⁷²⁷ Vgl. S. 23 ff., 52 ff., 92 ff., 126 ff.

zweiten Andienung bzw. der Käufer ist verpflichtet zunächst die Nachbesserung vor Rücktritt und Minderung zu verlangen, diese Verpflichtung des Käufers bzw. dieses Recht des Verkäufers gibt es nach dem GEK nicht.⁷²⁸ Hier kann der Verbraucher mit sofortiger Wirkung vom Kaufvertrag zurücktreten, es sei denn der Mangel ist lediglich unerheblich.⁷²⁹ Ein Recht zur zweiten Andienung durch den Verkäufer besteht nicht.

Nach der Richtlinie 1999/44/EG bzw. ihrer Umsetzung in Spanien und Deutschland und dem GEK steht eine etwaige Garantie immer zusätzlich neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht, kann diese aber niemals ersetzen.⁷³⁰ Eine Verpflichtung zu einer Garantieübernahme besteht weder im gemeinschaftsrechtlichen, im deutschen Verbraucherrecht, noch nach dem GEK.⁷³¹ Allerdings besteht diese Verpflichtung in Spanien bei dem Verkauf eines natürlich haltbaren Gutes.⁷³² Für ein natürlich haltbares Gut muss eine Garantie für den Zeitraum von fünf Jahren gegeben werden.⁷³³

Ein weiterer wesentlicher Unterschied des GEK zur Richtlinie 1999/44/EG bzw. zu seiner Umsetzung in Spanien und Deutschland ist die lange Verjährungsfrist von sechs Jahren.⁷³⁴

Nach der Richtlinie 1999/44/EG haftet der Verkäufer lediglich zwei Jahre nach Lieferung für eine vertragswidrige Sache.⁷³⁵ Spanien und Deutschland haben diese zweijährige Frist übernommen und sogar von der Option der Richtlinie 1999/44/EG zur vertraglichen Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf ein Jahr, bei dem Kauf von gebrauchten Sachen, Gebrauch gemacht.⁷³⁶ Eine längere Verjährung der Gewährleistungsrechte entsprach

⁷²⁸ Vgl. S. 23 ff., 52 ff., 92 ff., 126 ff.

⁷²⁹ Siehe S. 130 f.

⁷³⁰ Vgl. S. 28 ff., S. 64 ff., S. 98 ff., S. 135.

⁷³¹ Vgl. S. 28 ff., S. 64 ff. und S. 135.

⁷³² Siehe S. 100 f.

⁷³³ Siehe S. 101.

⁷³⁴ Vgl. S. 27, S. 62 f., S. 97 f. und S.133 f.

⁷³⁵ Siehe S. 28.

⁷³⁶ Vgl. S. 28 und S. 62 f., S. 97 f.

somit gerade nicht dem deutschen und dem spanischen Rechtsverständnis.

Anders als nach der Richtlinie 1999/44/EG und ihrer Umsetzung in Spanien und Deutschland kann der Verkäufer nach dem GEK die Nacherfüllung wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern.⁷³⁷

VII. Grenzüberschreitende Sachverhalte

Innerhalb rein nationaler Vertragsketten ist die Anwendung des jeweiligen nationalen Kaufrechts unproblematisch. Bei rein nationalen Sachverhalten findet das jeweilige nationale Recht Anwendung, außer es wurde zwischen den Parteien ein anderes Recht vereinbart. Es scheint jedoch fraglich, wie sich die Vertragsrechte innerhalb einer „grenzüberschreitenden Vertragskette“ verhalten, also wenn ein Verbraucher in Deutschland von einem spanischen Unternehmer eine Sache kauft und dieser Unternehmer das Vertragsgut von einem spanischen Hersteller oder umgekehrt gekauft hat. Hat der deutsche Käufer dann auch einen Durchgriffsanspruch gegen den Hersteller, wenn er seine Gewährleistungsrechte nicht gegenüber dem Verkäufer geltend machen kann? Fraglich ist auch, ob ein deutscher Verkäufer ebenfalls dazu verpflichtet ist einem spanischen Verbraucher eine Garantie für ein natürlich haltbares Gut von fünf Jahren zu gewähren.

Wenn beispielsweise ein deutscher Verkäufer einem spanischen Verbraucher ein Auto verkauft, könnte der deutsche Verkäufer verpflichtet sein, dem spanischen Verbraucher eine Garantie von fünf Jahren auf das natürlich haltbare Gut zu geben, sofern der Kaufvertrag spanischem Recht unterliegt oder über Art. 6 II, I Rom I-VO spanisches Vertragsrecht Anwendung findet (siehe Abbildung 1⁷³⁸).

⁷³⁷ Vgl. S. 25 f., S. 52 ff., S. 93 ff. und S. 127 f.

⁷³⁸ Abbildung 1: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht, Anhang.

In diesem Fallbeispiel ist die Frage ebenfalls von Relevanz, ob ein Direktanspruch gegen den Hersteller des Fahrzeugs besteht, wenn der Verkäufer insolvent wäre, oder es dem Verbraucher nicht zumutbar wäre sich an den Verkäufer zu wenden (siehe Abbildung 2⁷³⁹).

Interessant scheint auch die Frage, wie sich diese Rechte unter der Verwendung des GEK in der Vertragskette verhalten würde (siehe Abbildung 3⁷⁴⁰). Ergeben sich Unterschiede im Verhältnis zu der Verwendung von nationalen Vertragsrechten?

Nach *Moser* kaufen nur 7 % der Verbraucher Waren im EU-Ausland,⁷⁴¹ obwohl die Distanzbarriere durch den Fernabsatz entfallen ist. Daraus resultiert die Frage, ob das Vertragsrecht tatsächlich eine Barriere für den Verbraucher ist im EU-Ausland einzukaufen. Dazu ist herauszuarbeiten, ob dem Verbraucher der Schutz seiner Heimatrechtsordnung tatsächlich entzogen würde und/oder welches Recht in grenzüberschreitenden Verträgen anwendbar wäre.

1. Grenzüberschreitende Sachverhalte und die Verwendung unterschiedlicher nationaler Vertragsrechte

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist zunächst das anwendbare Sachrecht, unter der Anwendung der einschlägigen Kollisionsnormen, zu bestimmen. Grundsätzlich genießen Staatverträge und Rechtsakte der europäischen Gemeinschaft Vorrang vor dem nationalen Kollisionsrecht.⁷⁴² Bei einem grenzüberschreitenden Kaufvertrag mit Bezug zu Spanien und/oder Deutschland ist der sachliche und räumlich-persönliche Anwen-

⁷³⁹ Abbildung 2: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer und den deutschen Hersteller, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht, Anhang

⁷⁴⁰ Abbildung 3: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer und den deutschen Hersteller, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht, Vertragsrecht zwischen Hersteller und Verkäufer: GEK, Anhang.

⁷⁴¹ *Moser*, S. 9 Rn.10.

⁷⁴² Siehe auch *Rauscher/von Heim*, Einl Rom I VO, A.IV.I, Rn. 28-31.

dungsbereich der Rom I-VO eröffnet, diese ist auf vertragliche Schuldverhältnisse aus Zivil- und Handelssachen anwendbar, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden.⁷⁴³ Die Rom I-VO ist immer anwendbar, wenn der Bezug zu einem Mitgliedsstaat besteht, unabhängig davon, ob der Sachverhalt Bezüge zu einem anderen Vertragsstaat aufweist, Art. 2 Rom I-VO. Es erfolgt bei Anwendbarkeit der Rom I-VO stets eine Verweisung in das Sachrecht, Art. 20 Rom I-VO.

Grundsätzlich können nach Art. 3 Rom I-VO die Vertragsparteien das Vertragsrecht frei wählen. Dies gilt prinzipiell ebenfalls bei Verbraucherverträgen, Art. 6 II 1, III Rom I-VO, wobei allerdings Art. 6 II 2, I Rom I-VO zu beachten ist. Wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder sie auf diesen Staat ausrichtet, so ist prinzipiell das gewöhnliche Aufenthaltsortsrecht des Verbrauchers anwendbar. Beziehungsweise falls ein anderes Recht zwischen den Vertragsparteien gewählt wurde, kann das zwingende nationale Verbraucherschutzrecht des Verbrauchers nicht abbedungen werden, denn der Schutz seiner Heimatrechtsordnung darf dem Verbraucher nicht entzogen werden, Art. 6 II 2 Rom I-VO. Es gilt somit zugunsten des Verbrauchers das Günstigkeitsprinzip.

Zu beachten ist, dass der Begriff „Unternehmer“ bzw. „Verbraucher“ im Sinne von Art. 6 I Rom I-VO autonom auszulegen ist, also nicht nach dem nationalen, sondern nach dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis.

Wenn ein Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Mitgliedsstaat des Verbrauchers, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ausübt, so ist grundsätzlich das Sachrecht des Mitgliedsstaates des Verbrauchers anwendbar. Was der gewöhnliche Aufenthaltsort ist, ist

⁷⁴³ Loi uniforme“ (franz.: einheitliches Recht) → wenn Bezug zu einem Mitgliedstaat besteht, dann ist die Rom I-VO anwendbar, Art. 2 Rom I-VO; Beansprucht in jedem Vertragsstaat Geltung unabhängig davon, ob der Sachverhalt Bezüge zu einem anderen Vertragsstaat aufweist (*unabhängig von Gegenseitigkeit*).

lediglich für den Unternehmer bestimmt, jedoch nicht für den Verbraucher, Art. 19 Rom I-VO. Der gewöhnliche Aufenthaltsort des Verbrauchers liegt an dem Ort, an dem die „Person ihren Daseinsmittelpunkt“ hat.⁷⁴⁴ Unter „Ausüben“, im Sinne von Art. 6 I a Rom I-VO, wird „eine aktive Beteiligung am Wirtschaftsverkehr“⁷⁴⁵ verstanden. „Ausrichten“, nach Art. 6 I b Rom I-VO, meint das gezielte Erschließen von Absatzmöglichkeiten durch den Unternehmer im Mitgliedsstaat des Verbrauchers.⁷⁴⁶

Hat der Unternehmer dagegen seine Tätigkeit nicht in dem Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausgeübt oder seine Tätigkeit auf den Mitgliedsstaat ausgerichtet, gelten über Art. 6 III Rom I-VO, die Art. 3 und 4 Rom I-VO. Das bedeutet, die Parteien können entweder nach Art. 3 Rom I-VO ein Recht wählen oder es gilt nach Art. 4 I a Rom I-VO für Kaufverträge, das Recht an dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der gewöhnliche Aufenthaltsort des Unternehmers ist in Art. 19 Rom I-VO legaldefiniert.

a) **Vertragsstatut**

Im Folgenden ist zu untersuchen, welches Vertragsstatut auf einen Kaufvertrag zwischen einem deutschen Verbraucher und einem spanischen Unternehmer bzw. spanischen Verbraucher und deutschen Unternehmer Anwendung findet (Siehe Abbildung 4⁷⁴⁷).

aa) Unternehmer und Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne

Zunächst müsste der persönliche Anwendungsbereich von Art. 6 I Rom I-VO eröffnet sein. Dazu müssten ein Unternehmer und ein

⁷⁴⁴ Rauscher/Heiderhoff, A.IV.I. Rom I-VO, Art. 6, Rn. 48; siehe auch Ferrari, Art. 19 Rom I-VO, Rn. 15.

⁷⁴⁵ Ferrari/Staudinger, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 46 (m.w.N.).

⁷⁴⁶ Vgl. Ferrari/Staudinger, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 47 (m.w.N.).

⁷⁴⁷ Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, Anhang.

Verbraucher einen Vertrag geschlossen haben (Siehe Abbildung 4, ①⁷⁴⁸). Zu beachten ist, dass der Verbraucher- und Unternehmerbegriff autonom auszulegen ist. Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 6 I Rom I-VO ist daher nur eröffnet, wenn ein Verbraucher und ein Unternehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne einen Vertrag geschlossen haben. Wenn hier die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft im gemeinschaftsrechtlichen Sinne vorliegt, ist ferner zu beachten, ob der Unternehmer sein unternehmerisches Handeln im Mitgliedsstaat des Verbrauchers ausübt oder seine unternehmerische Tätigkeit zumindest auf diesen Mitgliedsstaat ausgerichtet hat, denn nur dann ist auch der sachliche Anwendungsbereich der Norm eröffnet.

(1) *Deutscher Verbraucher-spanischer Unternehmer*

Wenn zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher kein Recht gewählt wurde, so gilt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Verbrauchers (siehe Abbildung 4: ①, ②, ③, ⑤⁷⁴⁹). In dem Fall, dass ein deutscher Verbraucher von einem spanischen Unternehmer eine Sache in Deutschland kauft und der spanische Unternehmer seine wirtschaftliche Tätigkeit auch in Deutschland ausübt bzw. lediglich auf Deutschland ausgerichtet hat, so ist das Vertragsstatut deutsches Recht.

Wenn die Parteien jedoch ein anderes als das mitgliedstaatliche Recht des Verbrauchers gewählt haben, so gilt über Art. 6 II Rom I-VO der Mindestschutz des Mitgliedsstaates des Verbrauchers (siehe Abbildung 4: ①, ②, ④, ⑥⁷⁵⁰).

Zwingendes „Auch-Verbraucherschutzrecht“⁷⁵¹ aus dem deutschen Blickwinkel könnte der Schutz vor Rechtsmängeln sein, denn nach dem deutschen Kaufrecht ist eine Sache nur dann vertragsgemäß, wenn sie sach-

⁷⁴⁸ Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, ①, Anhang.

⁷⁴⁹ Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, ①, ②, ③, ⑤, Anhang.

⁷⁵⁰ Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, ①, ②, ④, ⑥, Anhang.

⁷⁵¹ Vgl. Staudinger IPR/*Magnus*, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 140.

und rechtmangelfrei ist. Dass diese Voraussetzungen sowohl für den Verbrauchsgüterkauf, als auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs gelten, hindert die Anwendbarkeit als „verbraucherschützende Norm“ im Sinne von Art. 6 II Rom I-VO nicht. Denn dieses Kriterium ist „auch-verbraucherschützend“ und unterfällt damit ebenfalls dem Verbraucherschutzrecht.

Wenn allerdings spanisches Recht anstelle des deutschen Rechts gewählt wurde, könnte der deutsche Verbraucher einen Anspruch auf Erteilung einer fünfjährigen Garantie bzw. einen Durchgriffsanspruch gegen den Hersteller auf Reparatur oder Ersatzlieferung der mangelhaften Sache haben, wenn dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann sich an den Verkäufer zu wenden.

(2) Spanischer Verbraucher-deutscher Unternehmer

Im umgekehrten Fall, wenn ein spanischer Verbraucher mit einem deutschen Unternehmer einen Vertrag schließt und die Voraussetzungen des Art. 6 I Rom I-VO vorliegen, gilt ebenfalls grundsätzlich über Art. 6 I Rom I-VO die Anwendung spanischen Rechts.

Ebenso wenn die Parteien ein anderes als das spanische Recht gewählt haben, gilt über Art. 6 II Rom I-VO der Mindestschutz des Mitgliedsstaates des Verbrauchers.

Mindestschützende Verbraucherschutznormen könnten der Anspruch auf die Gewährleistung einer fünfjährigen Garantie für natürlich haltbare Güter oder der Durchgriffsanspruch gegen den Hersteller auf Nacherfüllung der mangelhaften Kaufsache sein, wenn dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann, sich an den Verkäufer zu wenden.

bb) Unternehmer und Verbraucher lediglich im mitgliedsstaatlichen Sinne

Wenn die Voraussetzungen von Art. 6 I Rom I-VO nicht erfüllt sind, also keine Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft im gemeinschaftsrechtlichen Sinne bei den Vertragsparteien vorliegt oder aber der Unternehmer

sein unternehmerisches Handeln nicht in dem Mitgliedsstaat des Verbrauchers ausübt oder sein Handeln auf den Mitgliedsstaat ausgerichtet hat, im Sinne von Art. 6 I Rom I-VO, dann gelten die Art. 3, 4 Rom I-VO (siehe Abbildung 4: ①, ⑦, ⑧, ⑨⁷⁵²). Die Rechtswahl, nach Art. 3 I Rom I-VO, ist immer vorrangig zu beachten. Genuine Verbraucherschutzvorschriften aus dem Heimatrecht des Verbrauchers greifen in diesem Fall nicht ein. Lediglich Art. 3 III Rom I-VO ist zu berücksichtigen.

Wenn zwischen den Kaufvertragsparteien kein Recht vereinbart wurde, gilt nach Art. 4 I a Rom I-VO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Verkäufers (siehe Abbildung 4: ①, ⑦, ⑨, ⑩⁷⁵³).

Im konkreten Fall gilt, wenn ein spanischer Unternehmer und ein deutscher Verbraucher einen Kaufvertrag schließen, dann ist auf diesen Kaufvertrag grundsätzlich spanisches Recht anwendbar. Im umgekehrten Fall, also wenn ein deutscher Unternehmer und ein spanischer Käufer einen Kaufvertrag schließen, dann würde deutsches Recht zur Anwendung gelangen.

b) **Garantieanspruch**

Die Garantieübernahme durch den Verkäufer oder durch den Hersteller ist grundsätzlich als freiwillig begründete Verpflichtung zu subsumieren. Bei freiwilligen grenzüberschreitenden Verpflichtungen ist prinzipiell die Rom I-VO anwendbar.⁷⁵⁴ Fraglich ist jedoch, ob der Garantieanspruch des Käufers eigenständig anzuknüpfen ist oder sich nach dem Recht des Kaufvertrages richtet.

Es ist zu unterscheiden, um welche Art einer Garantie es sich im konkreten Fall handelt. Wenn es sich um eine Garantie handelt, die der Verkäufer dem Käufer freiwillig gewährt, so ist diese mit dem Kaufvertrag verbunden und sollte aus diesem Grund dem Kaufvertragsstatut unterfallen, da

⁷⁵² Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, ①, ⑦, ⑧, ⑨, Anhang.

⁷⁵³ Siehe Abbildung 4: Auffinden des Vertragsstatuts, ①, ⑦, ⑨, ⑩, Anhang.

⁷⁵⁴ Ferrari/*Kieninger*, Art. 1, Rn. 5 (m.w.N.).

es ansonsten zu einer Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts käme. Gewährt dagegen der Hersteller eine Garantie, so handelt es sich um eine eigenständige und freiwillige Verpflichtung des Herstellers gegenüber dem Käufer, unabhängig von den Kaufvertragsbedingungen zwischen Verkäufer und Käufer. Aus diesem Grund ist die Garantievereinbarung zwischen Käufer und Hersteller eigenständig zu bestimmen. Da es sich um eine freiwillige Verpflichtung des Herstellers gegenüber dem Käufer handelt, richtet sich die Bestimmung des Vertragsstatuts ebenfalls nach der Rom I-VO.

Fraglich ist jedoch, wie der verpflichtende Garantieanspruch des Verbrauchers für ein natürlich haltbares Gut im spanischen Recht zu qualifizieren ist (Siehe Tabelle 1⁷⁵⁵). Dieser Garantieanspruch könnte als eine eigenständige *unfreiwillige* Verpflichtung zu qualifizieren sein, weil dieser Anspruch auf einer gesetzlichen Verpflichtung des Verkäufers beruht. Wenn es sich hier um eine unfreiwillige gesetzliche Verpflichtung handeln würde, so müsste das anwendbare Recht nach der Rom II-VO bestimmt werden.⁷⁵⁶

Andererseits besteht dieser Garantieanspruch im spanischen Recht nur zwischen Verkäufer und Verbraucher, wenn diese einen Kaufvertrag über ein natürlich haltbares Gut geschlossen haben. Der Verkäufer ist verpflichtet dem Verbraucher eine Garantie von fünf Jahren auf das natürlich haltbare Gut zu gewähren. Dieser Anspruch ist jedoch ebenfalls mit dem Kauf des dauerhaften Gutes verbunden. Der Kaufvertrag über das natürlich, haltbare Gut wird freiwillig geschlossen und beinhaltet die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers eine Garantie für dieses Gut zu übernehmen. Aus diesem Grund ist der Garantieanspruch für ein natürlich haltbares Gut ebenso zu behandeln wie eine freiwillige Garantie des Verkäufers oder die nationale kaufvertragliche Sachmangelhaftung. Diese Lösung bietet den Vorteil, dass ein Gleichlauf der Vertragsrechte gewährleistet ist

⁷⁵⁵ Siehe Tabelle 1: Die Garantie für ein natürlich haltbares Gut im grenzüberschreitenden Verkehr, Anhang.

⁷⁵⁶ Vgl. zur Anwendbarkeit der Rom II-VO: Rauscher/*Unberath/Czupka*, Einl. Rom II-VO, Rn. 6, 7.

und Rechtssicherheit geschaffen wird, weiterhin wird die Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes verhindert. Wenn also für das Vertragsstatut spanisches Recht zwischen Verbraucher und Verkäufer anwendbar ist, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Verbraucher eine Garantie von fünf Jahren auf das natürlich haltbare Gut zu gewähren (siehe Tabelle 1: ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥⁷⁵⁷).

Wenn ein anderes Kaufvertragsrecht zwischen einem Unternehmer und einem spanischen Verbraucher gewählt wurde, könnte der Garantieanspruch für ein dauerhaftes Gut ebenfalls bestehen. Dazu müsste es sich bei Art. 126, 127 LGDCU 2007 um verbraucherschützende Normen, im Sinne von Art. 6 II Rom I-VO, handeln.

Der Garantieanspruch für ein natürlich haltbares Gut ist ein Anspruch, der aus dem Verbraucherschutzgesetz resultiert, welches nur auf Verträge zwischen einem Verbraucher und Unternehmer anwendbar ist.⁷⁵⁸ Dieser Garantieanspruch kann nicht zwischen den Vertragsparteien abbedungen werden⁷⁵⁹ und soll den Käufer davor schützen, eine wenig haltbare Ware zu erwerben, obwohl von der Art des Produktes von einer haltbaren Ware auszugehen wäre. Es handelt sich somit um eine genuin verbraucherschützende Norm im Sinne des Art. 6 II Rom I-VO.

Somit ist der Garantieanspruch für ein natürlich haltbares Gut dem Verbraucher immer zu gewähren, wenn entweder spanisches Recht auf den Kaufvertrag anwendbar ist und der Käufer Verbraucher im Sinne des spanischen Rechts ist (siehe Tabelle 1: ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥⁷⁶⁰) oder

⁷⁵⁷ Siehe Tabelle 1: Die Garantie für ein natürlich haltbares Gut im grenzüberschreitenden Verkehr, ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥, Anhang.

⁷⁵⁸ Siehe S. 100 f.

⁷⁵⁹ Siehe S. 100 f.

⁷⁶⁰ Tabelle 1: Die Garantie für ein natürlich haltbares Gut im grenzüberschreitenden Verkehr, ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥, Anhang.

Art. 6 II Rom I-VO zugunsten des spanischen Verbrauchers eingreift (siehe Tabelle 1: Ⓒ⁷⁶¹).

c) Durchgriffshaftung

Fraglich ist, ob der Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller nach Art. 124 I LGDCU 2007 als deliktischer oder vertraglicher Anspruch zu subsumieren ist.

Die Rom I-VO ist anwendbar bei grenzüberschreitenden Verträgen. Maßgeblich ist hier die „Freiwilligkeit“ der begründeten Verpflichtung.⁷⁶² Fehlt es dagegen an der freiwilligen Begründung der Verpflichtung, könnte ein außervertragliches Schuldverhältnis in Betracht kommen und die Rom II-VO könnte anwendbar sein.⁷⁶³ Für die Anknüpfung des Direktanspruchs an das Vertragsstatut würde die Rechtssicherheit für den Verbraucher sprechen. Allerdings gilt, dass generell das Vertragsstatut eindeutig bestimmbar sein soll.⁷⁶⁴ Ein Anspruch gegen einen Dritten ist jedoch kein vertraglicher Anspruch, wenn er nur mittelbar aus dem Kaufvertrag resultiert, denn zwischen dem Käufer und dem Hersteller besteht in der Regel kein vertragliches Rechtsverhältnis. Es muss sich somit um ein außervertragliches Schuldverhältnis handeln. Die mitgliedstaatliche Einordnung des Anspruchs kann dagegen nicht ausschlaggebend sein, da die Begriffe aus der Rom I und Rom II-VO autonom zu bestimmen sind.⁷⁶⁵ Für eine eigenständige Anknüpfung nach der Rom II-VO spricht auch, dass die Direktklage gegen den Versicherer explizit in Art. 18 Rom II-VO normiert ist und eine Anknüpfung an das vertragliche Recht vorsieht, wenn das Recht dieses eröffnet. Für andere Direktansprüche wurde dagegen keine Ausnahmenvorschrift in der Rom II-VO normiert, die eine Anknüpfung an das Vertragsstatut zuließen. Aus diesem Grund ist der mögliche

⁷⁶¹ Tabelle 1: Die Garantie für ein natürlich haltbares Gut im grenzüberschreitenden Verkehr, Ⓒ, Anhang.

⁷⁶² Ferrari/*Kieninger*, Art. 1, Rn. 5 (m.w.N.).

⁷⁶³ Rauscher/*Unberath/Cziupka*, Einl. Rom II-VO, Rn. 6, 7.

⁷⁶⁴ Erwägungsgrund 6 Rom I-VO.

⁷⁶⁵ Vgl. Rauscher/*Unberath/Cziupka*, Art. 5 Rom II-VO, Rn. 35.

Direktanspruch des Verbrauchers nach der Rom II-VO eigenständig zu bestimmen.

Fraglich ist jedoch, ob der Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller auf Reparatur oder Ersatz der fehlerhaften Sache nach der allgemeinen Kollisionsnorm, Art. 4 Rom II-VO, anzuknüpfen ist oder ob es sich bei der Direkthaftung im spanischen Recht um eine Art Produkthaftung im Sinne des Art. 5 Rom II-VO handeln könnte.⁷⁶⁶

Art. 4 I Rom II-VO knüpft an den Ort des konkreten Schadenseintritts an. Dies würde bedeuten, dass das Recht des Ortes maßgeblich wäre, an dem der Mangel der Kaufsache auftreten würde. Die grundsätzliche Anknüpfung an den Ort des Schadenseintritts ist in der Regel bei einer deliktischen Haftung auch sachgerecht, weil der Ort des Schadenseintritts in der Regel dort liegt, an dem auch der Geschädigte, aber zumindest der Schädiger, örtlich anwesend waren. Durch die Anknüpfung an das Erfolgsortrechts, im Falle einer unerlaubten Handlung, wird die Rechtsanwendung sowohl für den Schädiger, wie auch den Geschädigten kalkulierbarer.

Jedoch handelt es sich bei einem Direktanspruch gegen einen Dritten, der außerhalb des Vertragsverhältnisses liegt, um ein schwer kalkulierbares Haftungsrisiko. Eine Haftung des Herstellers für einen Mangel an seinem Produkt, welches durch einen Dritten verkauft wurde, an den Ort des Schadenseintritts anzuknüpfen, ohne dass der Hersteller einen kalkulierbaren Einfluss auf den Ort des Schadenseintritts hat, erscheint für eine verschuldensunabhängige Haftung nicht sachgerecht (siehe Abbildung 5⁷⁶⁷).

Allerdings ist bei einem Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller auf Behebung der mangelhaften Kaufsache eine Parallele zu der in Art. 5 Rom II-VO normierten Produkthaftung erkennbar. Zwar haftet

⁷⁶⁶ Zu der Anknüpfung der *action directe* über Art. 5 Rom II-VO: *Jungemeyer*, S. 194.

⁷⁶⁷ Abbildung 5: Bestimmung des anwendbaren Rechts für einen Durchgriffsanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller, Anhang.

der Hersteller bei dem Direktanspruch nicht für einen Schaden *durch* sein Produkt, aber für einen Mangel an *seinem* Produkt. Die Haftung ist ebenfalls verschuldensunabhängig und ist wie die Produkthaftung „durch ein Element des Zufalls gekennzeichnet“⁷⁶⁸.

Gleichermaßen, wie bei der Produkthaftung, besteht für den Hersteller die wirtschaftliche Verpflichtung sein Haftungsrisiko zu kalkulieren, damit der Marktpreis der Sache bestimmt und das Unternehmen wirtschaftlich agieren kann.⁷⁶⁹ Für die Produkthaftung sollte eine ausgewogene Lösung zwischen Verbraucher- und Herstellerinteressen gefunden werden.⁷⁷⁰ Eine Anwendung des Art. 5 Rom II-VO auf eine Direkthaftung des Herstellers für Produktmängel wäre aus diesen Gründen sachgerecht.

Wenn Art. 5 Rom II-VO zu einem Recht führt, welches eine Durchgriffshaftung gegen den Hersteller nicht zulassen würde, könnte der nationale Verbraucherschutz, der durch eine Durchgriffshaftung gegen den Hersteller gestärkt werden sollte, teleologisch auf eine nationale Durchgriffshaftung auf den Erstimporteure im jeweiligen Importland reduziert werden. Die teleologische Reduktion des Direktanspruchs gegen den Erstimporteure statt gegen den Hersteller obliegt jedoch den jeweiligen Mitgliedsstaaten, die eine Durchgriffshaftung nach ihrem Rechtsverständnis kennen und zulassen.

Der Durchgriffsanspruch nach dem spanischen Recht ist, weil er als Direktanspruch ohne vertragliche Beziehung zum Hersteller ausgestaltet ist, keine verbraucherschützende Norm im Sinne des Art. 6 II Rom I-VO. Wenn ein Direktanspruch gegen den Hersteller geprüft werden soll, so ist dieser für jeden Anwendungsfall erneut über die Rom II-VO anzuknüpfen und das anwendbare Recht zu bestimmen.

⁷⁶⁸ Zur Produkthaftung: MüKo IPR/*Junker*, Art. 5 Rom II-VO, Rn. 2.

⁷⁶⁹ Vgl. MüKo IPR/*Junker*, Art. 5 Rom II-VO, Rn. 3.

⁷⁷⁰ Erwägungsgrund 20 Rom II-VO.

Der Käufer hat nach Art. 124 I LGDCU 2007 einen Durchgriffsanspruch gegen den Hersteller, wenn die Vertragsparteien nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses eine Rechtswahl nach Art. 14 I 1 a Rom II-VO zugunsten spanischen Rechts treffen (siehe Tabelle 2: ①⁷⁷¹). Wenn keine Rechtswahl im Sinne des Art. 14 I Rom II-VO getroffen wurde, so findet spanisches Recht Anwendung, wenn sowohl der Hersteller, als auch der Käufer in Spanien seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, Art. 5 I 1, 4 II Rom II-VO (Siehe Tabelle 2: ②⁷⁷²) Ebenfalls würde spanisches Recht zur Anwendung gelangen, wenn der Käufer seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Spanien und der Hersteller sein Produkt in Spanien in den Verkehr gebracht hat, Art. 5 I 1 a Rom II-VO (siehe Tabelle 2: ③⁷⁷³). Inverkehrbringen im Sinne des Art. 5 I Rom II-VO ist der „strukturierte Vertrieb eines Produktes an Endabnehmer in einem bestimmten Staat“⁷⁷⁴. Ebenfalls könnte der Käufer einen Direktanspruch gegen den Hersteller nach Art. 124 I LGDCU 2007 haben, wenn nach dem Marktort spanisches Recht anwendbar wäre. Dies ist dann der Fall, wenn der Hersteller das Produkt in Spanien in den Verkehr gebracht hat oder von dem Inverkehrbringen in Spanien Kenntnis hatte und der Käufer diese Sache zwar in Spanien erwarb, dort sich aber nicht gewöhnlich aufhält, Art. 5 I b Rom II-VO (siehe Tabelle 2: ④⁷⁷⁵). Subsidiär kann eine Anknüpfung an den Erfolgsort nach Art. 5 I c Rom I-VO erfolgen (siehe Siehe Tabelle 2: ⑤⁷⁷⁶). Dafür müsste, damit der Anspruch aus

⁷⁷¹ Siehe Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung ①, Anhang; Beispiel: Käufer aus Land X und Hersteller aus Land Y vereinbaren die Anwendung spanischen Rechts.

⁷⁷² Siehe Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung, ②, Anhang; Beispiel: Spanischer Verbraucher kauft ein Produkt eines spanischen Herstellers, die beide ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Spanien haben.

⁷⁷³ Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung, ③, Anhang; Beispiel: Spanischer Verbraucher, mit gewöhnlichen Aufenthaltsort in Spanien kauft ein Produkt eines Herstellers aus Land Y, welches dieser aber in Spanien in Verkehr gebracht wurde.

⁷⁷⁴ Rauscher/*Unberath/Czupka*, Art. 5 Rom II-VO, Rn. 75 (m.w.N.).

⁷⁷⁵ Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung, ④, Anhang; Beispiel: Urlauber aus Land X kauft in Spanien eine Sache eines Herstellers aus Land Y, welche der Hersteller aus Land Y aber in Spanien in den Verkehr gebracht hat.

⁷⁷⁶ Siehe Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung, ⑤, Anhang.

Art. 124 I LGDCU anwendbar wäre, der Ort des Schadenseintritts in Spanien liegen und das Produkt auch in Spanien in den Verkehr gebracht worden sein. Wenn dagegen der Hersteller das Inverkehrbringen des Produktes nicht am gewöhnlichen Aufenthaltsort/ Marktort/ Erfolgsort voraussehen konnte, so gilt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Herstellers, Art. 5 I 2 Rom II-VO (siehe Siehe Tabelle 2: ©⁷⁷⁷). Zu beachten ist allerdings immer der Art. 5 II Rom II-VO, falls eine offensichtlich engere Bindung zu einem anderen Mitgliedsstaat besteht, so ist das Recht dieses Staates anzuwenden.

2. Grenzüberschreitende Sachverhalte und die Verwendung des optionalen Kaufrechts in der Vertragskette

Wenn das optionale Kaufrecht auf der gleichen Ebene angesiedelt wird, wie das nationale Vertragsrecht und die Entscheidung für das optionale Recht somit auf der Ebene des nationalen Rechts stattfindet, so kann es keinen Unterschied machen, ob zwei originär staatliche, nationale Rechte oder unter anderem das optionale Kaufrecht verwendet werden. Das GEK gilt grundsätzlich nur inter partes. Dies folgt unter anderem aus dem Erwägungsgrund 23 des GEK, der die Anwendung des GEK bei verbundenen Verträgen mit der Begründung ausschließt, dass es unangemessen wäre, das GEK auf Dritte, die nicht der Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien angehören und die Anwendung des GEK nicht vereinbart haben, anzuwenden. Weiterhin gilt nach Erwägungsgrund 23 GEK, dass die Vertragsparteien die Anwendung des optionalen Kaufrechts vereinbaren müssen. Bei einem Dritten in der Vertragskette konnte die Anwendung des GEK aber gerade nicht vereinbart werden. Etwaige Ansprüche aus dem GEK folgen damit nicht. Wenn das GEK auf der Ebene zwischen Hersteller (Verkäufer) und Käufer (Verkäufer-Unternehmer, Käufer I) vereinbart wurde, können unter Umständen etwaige Durchgriffsrechte des Verbrauchers (Käufer II) gegen den Hersteller bestehen bleiben

⁷⁷⁷ Siehe Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung, ©, Anhang.

(siehe Abbildung 6⁷⁷⁸). Hersteller können sich gegen Ansprüche aus einer Direkthaftung lediglich schützen, wenn sie ihre Waren in Ländern in den Verkehr bringen, die eine Produkthaftung nicht kennen bzw. einen Weitervertrieb in Länder mit einer Direkthaftung ausschließen oder ansonsten das Risiko der Inanspruchnahme einkalkulieren.

3. Ergebnis

Grundsätzlich ist auf Verbraucherverträge im gemeinschaftsrechtlichen Sinne das Recht des Mitgliedsstaates des Verbrauchers anwendbar, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit im Mitgliedsstaat des Verbrauchers ausübt oder auf diesen ausrichtet.⁷⁷⁹ Der nationale, dem Verbraucher bekannte Schutz bleibt somit für den Verbraucher grundsätzlich bestehen. Problematisch ist auch nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie weiterhin, dass die nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriffe divergieren. So ist von dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff lediglich der Kern der nationalen Verbraucherbegriffe erfasst. Es kann daher sein, dass ein Käufer nach seinem Heimatrecht Verbraucher ist, jedoch nicht nach Art. 6 Rom I-VO. In diesen Fällen wäre über Art. 4 I a Rom I-VO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Verkäufers zur Anwendung gelangt. Allerdings ist damit der Verbraucher nicht völlig schutzlos gestellt, denn es gelten auch in den anderen Mitgliedsstaaten ein Mindestsockel an Verbraucherschutzrechten. Jeder Mitgliedsstaat musste die Richtlinie 1999/44/EG umsetzen. Allerdings gilt dieser Schutz wiederum nur für den Verbraucher, der auch nach dem Recht dieses Staates Verbraucher wäre.

Ebenso könnte das Vertragsstatut einer verbraucherfremden Rechtsordnung unterfallen, wenn ein Vertragsrecht eines anderen Mitgliedslandes zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde.⁷⁸⁰ Dieser Fall ist dagegen in den meisten Fällen für den Verbraucher sogar vorteilhaft, denn über

⁷⁷⁸ Abbildung 6: Durchgriffsanspruch des spanischen Verbrauchers gegen den Hersteller, wenn zwischen Hersteller und Verkäufer das GEK vereinbart wurde, Anhang.

⁷⁷⁹ Art. 6 I Rom I-VO; siehe S. 144.

⁷⁸⁰ Art. 6 II, Art. 3 Rom I-VO.

Art. 6 II Rom I-VO wird ihm der Schutz seines Heimatlandes gewährt und auch der Schutz des Staates, dessen Recht gewählt wurde (siehe Abbildungen 7, 8)⁷⁸¹. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass dies nur für Verbraucherverträge im gemeinschaftsrechtlichen Sinne, also für Verträge für die die Voraussetzungen nach Art. 6 I Rom I-VO vorliegen, gilt. Zu beachten ist auch, dass nicht jedes Verbraucherschutzrecht im Sinne des Art. 6 II Rom I-VO „automatisch“ an das Vertragsstatut anzuknüpfen bzw. als vertragliches Recht zu qualifizieren ist. So ist zwar die fünfjährige Garantie für natürlich haltbare Güter nach dem spanischen Recht ein verbraucherschützendes vertragliches Recht, nicht aber der Durchgriffsanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller nach Art. 124 LGDCU 2007.⁷⁸²

Der Durchgriffsanspruch ist dagegen eigenständig nach Art. 5 Rom II-VO anzuknüpfen und besteht in der Regel, wenn der Hersteller die Ware in Spanien in Verkehr gebracht hat bzw. von dem Inverkehrbringen in Spanien Kenntnis hatte und der gewöhnliche Aufenthaltsort des Käufers in Spanien liegt oder dort der Markt- oder Erfolgsort war.⁷⁸³

Die Anknüpfung des Direktanspruchs des Käufers gegen den Hersteller erfolgt unabhängig vom gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff.⁷⁸⁴ Es kommt lediglich darauf an, dass der Anspruchssteller Verbraucher nach dem spanischen LGDCU 2007 ist.

Der Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller kann somit grundsätzlich nach Art. 124 I LGDCU 2007 auch bestehen, wenn der Hersteller und der Verkäufer die Anwendung des Entwurfs des optionalen Kaufrechts vereinbaren würden.⁷⁸⁵ Durchgriffsansprüche blieben von der Ver-

⁷⁸¹ Abbildungen 7, 8: Vorteile des Art. 6 II Rom I-VO für den Verbraucher, Anhang.

⁷⁸² Siehe S. 151 ff., S. 154 ff.

⁷⁸³ Siehe S. 154 ff.

⁷⁸⁴ Anknüpfung nach der Rom II-VO, siehe S. 154 ff.

⁷⁸⁵ Siehe S. 160 f.

wendung des GEK unberührt, weil es sich um einen deliktischen Anspruch handeln würde, der eigenständig nach Art. 5 Rom II-VO anzuknüpfen ist.

Wenn der Verkäufer (Unternehmer) und der Käufer (Verbraucher) das GEK vereinbaren würden, so gelten ausschließlich die Regeln des GEK für den Verbrauchervertrag. Die nationalen Verbraucherschutzvorschriften fände dagegen keine Anwendung.

VIII. Fazit

In Spanien und Deutschland wurde die Richtlinie 1999/44/EG jeweils weitestgehend richtlinienkonform umgesetzt.⁷⁸⁶ Dies führte zu einer Einführung eines Mindeststandards von Verbraucherrechten im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfolgte jedoch in Deutschland und Spanien nach unterschiedlichen Modellen.⁷⁸⁷ Mit der Konsequenz, dass in Deutschland die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Zivilrecht hat, da in Deutschland die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überschießend umgesetzt wurde und damit auch auf Kaufverträge Anwendung findet, die nicht zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen wurden.⁷⁸⁸ Dagegen hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien nur Ausstrahlungswirkung auf das Verbraucherschutzgesetz (LGDCU 2007).⁷⁸⁹ Die Anwendungsbereiche der umgesetzten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind somit in Deutschland und Spanien nicht kongruent. Übereinstimmungen gibt es lediglich im Kernbereich, also auf dem Mindestniveau der Richtlinie 1999/44/EG. Übereinstimmend wurden der Sachmangelbegriff und die etwaigen Nachbesserungsrechte, wie Nachbesserung, Rücktritt und Minderung geregelt.⁷⁹⁰ Der Verbraucherbegriff unterschied sich bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

⁷⁸⁶ Vgl. S. 31 ff. und S. 76 ff.

⁷⁸⁷ Vgl. S. 31 f. und S. 78.

⁷⁸⁸ Siehe S. 32.

⁷⁸⁹ Siehe S. 78.

⁷⁹⁰ Vgl. S. 23 ff., 47 ff., 87 ff.

in Deutschland und Spanien dagegen wesentlich voneinander und stimmte wiederum lediglich nur im Kernbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überein. Durch die Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie kam es zu einer Rechtsangleichung des Verbraucher- und Unternehmerbegriffs im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien.⁷⁹¹ Der Verbraucherbegriff in Deutschland und Spanien ist jedoch nur im Kernbereich der Verbraucherrechterichtlinie kongruent.

Insbesondere im grenzüberschreitenden Verkehr sind die Auswirkungen eines divergierenden Verbraucherverständnisses besonders deutlich. Auf der Ebene des internationalen Privatrechts erfolgt die Anknüpfung des Verbraucherbegriffs autonom. Dies führt dazu, dass zwar nach nationalem Verständnis ein Verbrauchervertrag vorliegen kann, nicht aber auf der Ebene des Internationalen Privatrechts. Verweist das Internationale Privatrecht dagegen in das nationale Sachrecht, kann wiederum ein Verbrauchervertrag vorliegen. Dies ist auch nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie immer noch möglich. Beispielsweise wenn eine deutsche juristische Person für einen privaten Zweck von einem spanischen Verkäufer (Unternehmer) in Spanien eine bewegliche Sache kauft und die Vertragsparteien kein Vertragsrecht wählen, so liegt nach Art. 6 I Rom I-VO kein Verbrauchervertrag vor. Es gilt somit nach Art. 4 I a Rom I-VO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Unternehmers. Dies wäre in dem hier vorliegenden Fall spanisches Recht. Nach spanischem Verständnis kann eine juristische Person Verbraucher sein.⁷⁹² Auf nationaler Ebene kann somit wiederum ein Verbrauchervertrag vorliegen. Dieses unterschiedliche Verbraucherverständnis führt zu einer unterschiedlichen Rechtsanwendung und sollte vereinheitlicht werden.

⁷⁹¹ Vgl. S. 16 ff., 35 ff., 82 ff.

⁷⁹² Siehe S. 82 ff.

Für grenzüberschreitende Verträge im Online-Handel sollte zukünftig ein weiteres Vertragsrecht, wie das GEK, optional zur Verfügung gestellt werden, dieser Vorschlag gilt momentan als gescheitert.⁷⁹³ Unter der Anwendung des GEK käme es nicht zu der grotesken Situation, dass ein Vertragspartner nach dem mitgliedstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Recht kein Verbraucher ist, aber sehr wohl im fremden ermittelten Sachrecht. Unter der Prämisse, dass tatsächlich ein Verbraucherkaufvertrag vorläge, weicht der persönliche Anwendungsbereich des GEK nicht von der Richtlinie 1999/44/EG ab.⁷⁹⁴ Ebenfalls der Primäranspruch, Bereitstellung bzw. Lieferung einer vertragsgemäßen Ware, stimmt im Wesentlichen mit dem Primäranspruch aus der Richtlinie 1999/44/EG überein.⁷⁹⁵ In Art. 100 GEK-A ist ebenfalls ein Kriterienkatalog für die Vertragsgemäßheit der Ware angelegt gewesen, allerdings anders als in der Richtlinie 1999/44/EG oder im deutschen und spanischen Recht ohne Vermutungsregelung.⁷⁹⁶ Abweichungen gibt es auch hinsichtlich der Nachbesserungsrechte, welche nicht mehr, wie in der Richtlinie 1999/44/EG, hierarchisch angeordnet sind, sondern gleichrangig nebeneinander stehen.⁷⁹⁷

Eine der weitreichendsten Abweichungen zum mitgliedstaatlichen Recht findet sich im GEK im Hinblick auf die Verjährung und im Hinblick auf die Verweigerungsmöglichkeit, wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung.⁷⁹⁸

Eine tatsächliche Absenkung des Verbraucherschutzniveaus durch die Verwendung des GEK wäre für den Verbraucher, im gemeinschaftsrechtlichen Sinne, nicht zu befürchten.

⁷⁹³ Siehe S. 114 ff.

⁷⁹⁴ Siehe S. 16 ff. und S. 121 ff.

⁷⁹⁵ Vgl. S. 23 ff. und S. 123 ff.

⁷⁹⁶ Vgl. S. 123 ff. und S. 23 ff., 47 ff., 88 ff.

⁷⁹⁷ Vgl. S. 126 ff. und S. 24 ff., S. 52 ff. und S. 92 ff.

⁷⁹⁸ Vgl. S. 130 ff., und S. 52 ff., 93 f.; S. 133 f. und S. 62 f., 97 f.

C. Rechtsvereinheitlichung in Europa (am Beispiel des deutschen und spanischen Verbrauchsgüterkaufs) durch Richtlinien und optionales Kaufrecht

Zwecksetzung der Einführung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und der hypothetischen Einführung des GEK ist die Vereinheitlichung des europäischen Binnenmarktes.⁷⁹⁹ Fraglich ist jedoch, ob die Einführung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie tatsächlich zu einer Rechtsangleichung geführt hat und ob der grenzüberschreitende Handel innerhalb der europäischen Union dadurch tatsächlich gefördert wurde. Weiterhin ist fraglich, ob das GEK oder eine ähnliche Verordnung zu einer Förderung des Binnenmarktes führen würde oder ob es sich lediglich um eine „leer laufende“ Bemühung der europäischen Union handelt. Könnte das GEK oder ein Rechtsmodell wie das GEK tatsächlich der Europäischen Union helfen, ihre wirtschaftlichen Ziele zu erreichen und die Wirtschaftskrise zu bewältigen, wie im Grünbuch der Kommission am 1.7.2010⁸⁰⁰ angedacht? Schaffen wir es den größten Einzelhandelsmarkt der Welt⁸⁰¹ zu verwirklichen?

I. Rechtsvereinheitlichung durch die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG

Sowohl in Deutschland als auch in Spanien wurden die Kriterien für eine vertragsgemäße Sache bzw. Produktes angeglichen, ebenso wie die Nacherfüllungsrechte und das subsidiäre Minderungsrecht und Rücktrittsrecht.⁸⁰² Ebenfalls ist die Verjährung der Gewährleistungsrechte in Deutschland und Spanien parallel geregelt.⁸⁰³ Des Weiteren machten Deutschland und Spanien von der Möglichkeit Gebrauch die Verjährung der Gewährleistungsrechte bei gebrauchten Gütern vertragsmäßig auf ein

⁷⁹⁹ Art. 1 I Richtlinie 1999/44/EG; zum GEK, KOM (2011), 635 endgültig, S. 4.

⁸⁰⁰ Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer, Kom (2010) 348, 1.7.2010, S. 4.

⁸⁰¹ KOM (2007), 99 endgültig/2, S. 5.

⁸⁰² Vgl. S. 47 ff. und S. 87 ff.

⁸⁰³ Vgl. S. 62 ff. und S. 97 ff.

Jahr zu verkürzen.⁸⁰⁴ Besonders deutlich wird die rechtsangleichende Entwicklung bei dem Verbraucherbegriff. So kam *Fischer* 1999 noch zu dem Ergebnis, dass in Deutschland das Verbraucherleitbild des „flüchtigen Verbrauchers“ und in Spanien und im gesamten Mittelmeerraum, das Bild eines kritischen und aufgeklärten Verbrauchers vorherrsche.⁸⁰⁵ Ebenfalls kam *Fischer* zu dem Ergebnis, dass das spanische Verbraucherleitbild nahezu dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild entspräche⁸⁰⁶ und nahm die Prognose an, dass auch in Deutschland zukünftig mehr dem gemeinschaftsrechtlichen Leitbild des mündigen Verbrauchers entsprochen werde⁸⁰⁷. Für das nationale Recht liegt sowohl dem gesamten heutigen BGB, als auch dem gesamten spanischen LGDCU 2007 jeweils ein im Kernbereich kongruenter Verbraucherbegriff im Kernbereich zu Grunde.⁸⁰⁸

Insgesamt kam es mit der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in Deutschland und Spanien zu einer Überarbeitung des Verbraucherleitbildes. Mit der Einführung eines eigenen Verbraucherschutzgesetzes (LGDCU 2007) und der Abkehr von dem Kriterium des Endnutzers ist die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers in den Mittelpunkt gerückt worden. In Deutschland wurde zwar auch nach der Schuldrechtsmodernisierung immer noch ein weiterer und umfassenderer Verbraucherbegriff im Hinblick auf natürliche Personen vertreten, allerdings wurde auch in Deutschland von dem Bild des „unmündigen und hilflosen“ Verbrauchers Abstand genommen. Diese Entwicklung ist mit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie zu einer weiteren Annäherung gekommen, europaweit gilt im Kernbereich ein einheitlicher Verbraucherbegriff.

⁸⁰⁴ Vgl. S. 62 f. und S. 97 f.

⁸⁰⁵ *Fischer*, S. 70.

⁸⁰⁶ *Fischer*, S. 71.

⁸⁰⁷ *Fischer*, S. 73.

⁸⁰⁸ Vgl. S. 36 ff. und S. 82 ff.

Insgesamt kam es somit, mit der Umsetzung der mindestharmonisierenden Richtlinie 1999/44/EG zu einer Rechtsangleichung in einem wichtigen Teil der nationalen Rechtsordnung, dem (Verbraucher-) Kaufrecht.

II. Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG und Auswirkungen auf die Wirtschaft

Tagtäglich schließt jeder Verbraucher eine Vielzahl von Kaufverträgen, die das nationale Recht regelt.⁸⁰⁹ Allerdings finden die wenigstens Verbrauchervertragsschlüsse grenzübergreifend statt,⁸¹⁰ obwohl es zu einer Annäherung der Verbraucherkaufvertragsrechte in der EU gekommen ist. Eine mögliche Ursache könnte sein, dass der Verbraucher nicht hinreichend rechtlich geschützt ist.

Ein weitreichender Schutz ist grundsätzlich auch bei der Wahl eines anderen Vertragsrechts über Art. 6 II Rom I-VO gewährleistet, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 I Rom I-VO vorliegen, denn der wesentliche Verbraucherschutz kann dem Verbraucher nicht durch Rechtswahl entzogen werden. Problematisch ist allerdings das unterschiedliche Verständnis des Verbraucherbegriffs in den Mitgliedsstaaten und der gemeinschaftsrechtlichen Ebene, bzw. die Reichweite des persönlichen Anwendungsbereichs. Denn der Verbraucher im nationalen Sinne kann nicht darauf vertrauen, sowohl im gemeinschaftsrechtlichen Sinne als auch im vertragsstaatlichen Sinne Verbraucher zu sein.

Daraus könnte geschlossen werden, dass der Verbraucher sich nicht am Vertragsrecht orientiert, sondern an anderen Indikatoren, wie den Preis

⁸⁰⁹ Am 1.1.2017 lebten geschätzt 511.522.680 Personen in der europäischen Union, jeder ist Verbraucher, siehe S. 4.

⁸¹⁰ Nur 25 % der Europäer haben 2007 wenigstens einen grenzüberschreitenden Kauf getätigt, Spezial EUROBAROMETER 298, S. 6; abrufbar unter http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_298_en.pdf, abgerufen am 6.4.2018 .

der Ware, die Reputation des Unternehmens und/oder am Warenangebot.⁸¹¹

Ein Unternehmer orientiert sich dagegen an möglichen Absatzzahlen und Renditechancen am entsprechenden Markt.⁸¹² Dazu muss dieser selbstverständlich alle Kosten kalkulieren. Zu den Kosten für ein Produkt gehören unter anderem das Vertriebsnetz und die Gewährleistungskosten. Um die möglichen Gewährleistungskosten und –risiken zu kalkulieren, sind Rechtsgutachten einzuholen, denn selbst wenn der Unternehmer sein eigenes mitgliedersstaatliches Recht vereinbart, muss er das zwingende Verbraucherschutzrecht des Verbrauchers evaluieren. Weiterhin muss der Unternehmer auch während der gesamten Vertriebszeit und auch eine Zeitlang darüber hinaus, die Rechtsentwicklungen im Absatzland beobachten und seine Verträge gegebenenfalls anpassen.

Ein möglicher Indikator für die Auswirkungen der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie könnte das BIP der Mitgliedsländer sein, denn der Verbraucherkonsum macht 58 % des BIP der EU aus⁸¹³.

Insgesamt gibt es parallele Entwicklungen des BIP in der Eurozone, in Spanien und Deutschland (siehe Abbildungen 9, 10)⁸¹⁴. Die wirtschaftliche Entwicklung bzw. die wirtschaftliche Entwicklung in den Mitgliedsstaaten gleicht sich im europäischen Umfeld an. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 2002 in Deutschland und die endgültige Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien hatte keinen maßgeblichen Effekt auf das Bruttoinlandsprodukt, denn ansonsten dürfte aufgrund der

⁸¹¹ „Kaufentscheidung geht für den Verbraucher insbesondere über den Preis.“: Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer 2/2012, Januar 2012, III 1 e, S. 5; so auch G. Schulze, S. 63, 74, 75.

⁸¹² „Potenziell erwachsende Ersatzkosten sind in den Preis einzubeziehen“, Fritsch, Kapitel 10.6.4, S. 281 f.; Siehe zu Marktversagen: Wirtschaftspolitische Eingriffsmöglichkeiten, das Haftungsrecht: Fritsch, Kapitel 5.2.8, S.126 ff.; Einfluss der Transaktionskosten: Schulz, 1.2, S. 7.

⁸¹³ Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013, KOM (2007), 99 endgültig/2, S.5.

⁸¹⁴ Abbildungen 9, 10: Entwicklung des BIP zu Marktpreisen, gemessen als KKS pro Kopf in €, im Anhang.

unterschiedlichen Umsetzungszeitpunkte keine europäische parallele Entwicklung des Bruttoinlandsproduktes stattfinden. Ebenso hatte die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keinen am BIP messbaren Effekt in Europa, da die europäische Entwicklung vom Verlauf parallel zu der BIP-Entwicklung in den USA verläuft. Festzuhalten ist das stätige Wachstum des BIP, abgesehen von einem Einbruch zwischen 2008 und 2010 zum Zeitpunkt der Banken- und Wirtschaftskrise.

Fraglich ist, ob die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie tatsächlich einen wirtschaftlichen Effekt für den europäischen Binnenmarkt hat, auch wenn dieser sich nicht in der Entwicklung des BIP widerspiegelt.

Zu bedenken ist jedoch, dass gleiche Regeln auf nationaler Ebene auch ähnliche Kosten für die Gewährleistungsrechte schaffen. Damit wird die Herstellung eines einheitlichen Binnenmarktes mit einem ähnlichen Kostenniveau gefördert. Kein Mitgliedsstaat hat Vorteile aufgrund von geringeren Verpflichtungen gegenüber dem Verbraucher, es gilt der Mindeststandard. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist damit geeignet ein einheitliches Wettbewerbsniveau unter den Mitgliedsstaaten zu schaffen. Das Kostenniveau der unterschiedlichen Mitgliedsländer kann durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie angeglichen werden.

Festzustellen ist aber auch, dass eine Rechtsangleichung nicht unmittelbar zu einem grenzüberschreitenden Handel führt.

III. Rechtsvereinheitlichung durch Einführung des GEK

Im Gegensatz zu der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hätte das GEK nur eine Regelung für grenzüberschreitende Verträge geschaffen. Es hätte sich damit um ein einheitliches europäisches Vertragswerk gehandelt, welches Verbraucher, KMU und Verbraucher hätten einsetzen können, wenn sie entweder das mitgliedsstaatliche Recht des Verbrauchers nicht hätten wählen wollen oder dieses nicht gekannt hätten bzw. die Einführung stärkerer Verbraucherschutzvorschriften über Art. 6 II Rom I-VO gefürchtet hätten, wenn sie ihr eigenes nationales Recht oder das eines Drittstaates

gewählt hätten. Das jeweilige nationale mitgliedsstaatliche Recht wäre dagegen von der Einführung des GEK nicht beeinflusst worden. Es stünde eigenständig neben dem nationalen Kaufrecht auf mitgliedsstaatlicher Ebene.

Eine unmittelbare Rechtsvereinheitlichung wäre ebenfalls nicht aus der Einführung des GEK gefolgt.

Das GEK wäre ein optionales Instrument, welches ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien hätte vereinbart werden müssen. Erfahrungen zum CISG als Opt-out-Instrument haben gezeigt, dass Händler und ihre Rechtsberatung in der Regel Probleme haben neue Regelungen und neue Regelwerke anzunehmen.⁸¹⁵ Aus diesem Grunde wurde das CISG relativ häufig ausgeschlossen.⁸¹⁶ Das GEK als Opt-in-Instrument oder ein ähnliches Regelwerk würde es aus diesen Gründen in der Praxis schwer haben. Allerdings ist auch zu bedenken, welchen Einfluss das CISG auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und damit auf die mitgliedsstaatlichen Rechte in Europa hatte, denn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist von dem CISG geprägt.⁸¹⁷

Auch wenn es durch die Einführung des GEK nicht unmittelbar zu einer Rechtsangleichung kommen kann, so ist es nicht auszuschließen, dass mitgliedsstaatliche und weitere Vertragsregelwerke von den Erfahrungen des GEK profitieren und beeinflusst würden.

Weiterhin wäre das GEK geeignet die Rechtsberatungskosten für die einzelnen Unternehmen zu senken, denn eine Evaluierung der zwingenden nationalen Verbraucherschutzrechte wäre nicht erforderlich.

Unter Umständen könnten Unternehmer aber gar kein Interesse an den direkten Absatz ihrer Produkte in einem anderen Mitgliedsstaat haben.

⁸¹⁵ *Lando*, S.18, Rn. 27.

⁸¹⁶ *Lando*, a.a.O. Fn. 815.

⁸¹⁷ Siehe auch *Junge*, S. 820, 821.

Dies könnte zum Beispiel dann der Fall sein, wenn ein Unternehmen bereits eine Vertriebsstruktur in dem jeweiligen Mitgliedsstaat bzw. Vertriebsgebiet etabliert hat und sein Produkt in diesem Land zu einem für ihn angemessenen Preis absetzen kann.

Das GEK könnte aber langfristig die Chance für Unternehmer bieten Waren direkt in anderen Mitgliedsstaaten abzusetzen, ohne die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Absatzlandes zu ermitteln oder ein Vertriebsnetz aufzubauen.

Die Einführung des GEK oder eines ähnlichen Regelwerkes würde damit nicht unmittelbar zu einer Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedsstaaten führen, sondern schafft lediglich ein Instrument welches als vertragliche „Brücke“ zwischen den Mitgliedsstaaten fungiert. Zumindest in der Theorie müssten somit Handelshemmnisse aufgrund von Rechtsunsicherheiten abgebaut werden, die gerade auf der Seite der Unternehmer bestehen könnten.

Das GEK gilt gegenwärtig als gescheitert. Ein würdiger Nachfolger für das GEK soll laut *Wendland* die Digitalgüterrichtlinie⁸¹⁸ und die Fernabsatzrichtlinie-II⁸¹⁹ sein.⁸²⁰ Dies bleibt abzuwarten.

IV. Rechtsvereinheitlichung im Verbrauchsgüterkauf durch vollharmonisierende Richtlinien

Die Verbraucherrechterahmenrichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU)⁸²¹ ist eine vollharmonisierende Richtlinie. Für eine vollharmonisierende Regelung des Verbrauchsgüterkaufs konnte kein politischer Konsens gefunden

⁸¹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestehende vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM (2015) 634 endgültig, 9.12.2015.

⁸¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestehende vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und andere Formen des Fernabsatzes von Waren, KOM (2015) 635 endgültig, 9.12.2015.

⁸²⁰ *Wendland*, EuZW 2016, 126 (131).

⁸²¹ Richtlinie 2011/83/EU, 25.10.2011, ABl. L 304/64.

werden.⁸²² Vollharmonisierende Richtlinien könnten ein probates Mittel zur Rechtsvereinheitlichung sein, allerdings nur, wenn auch ein Konsens für einen breiten Regelungsbereich gefunden wird. Eine vollharmonisierende Richtlinie auf Grundlage „des kleinsten gemeinsamen Nenners“ führt im Ergebnis zu weniger Angleichung als eine mindestharmonisierende Richtlinie. Weiterhin ist eine vollharmonisierende Richtlinie ein massiver Eingriff in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten und führt bei der Umsetzung zu einer zwingenden Überprüfung aller mitgliedstaatlichen Regelungen, denn alle der Richtlinie entgegenstehenden Rechte müssen beseitigt werden.⁸²³ Weiterhin besteht für die mitgliedstaatlichen Gerichte nahezu eine Vorlageverpflichtung für jegliche Auslegungsfrage hinsichtlich der Richtlinienauslegung, denn eine weitergehende Auslegung zum Beispiel zu Gunsten des Verbrauchers wäre ebenfalls richtlinienwidrig. Es müsste genau das gemeinschaftsrechtliche Verständnis durch die nationale Legislative und Judikative getroffen werden bis zu diesem Zeitpunkt bestände Rechtsunsicherheit zwischen allen Rechtsanwendern.⁸²⁴

Festzuhalten ist, dass die Umsetzung einer vollharmonisierenden Richtlinie zu einer Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedsstaaten führt, sofern für einen ausreichend großen oder wichtigen Regelungsbereich ein politischer Konsens gefunden werden kann. Allerdings ist zu bedenken, dass dieser Weg der Rechtsangleichung ein „steiniger Weg“ ist, denn die Umsetzung einer vollharmonisierenden Richtlinie ist ein weitreichender Eingriff in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und damit in die staatliche Souveränität, weiterhin bestände für einen gewissen Zeitraum Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Auslegung des umgesetzten Richtlinienrechts. Ein ökonomischer Vorteil folgt aus der Umsetzung einer vollharmonisierenden Richtlinie ebenfalls nicht.⁸²⁵

⁸²² Zunächst wurde im Vorschlag der Kommission für die Verbraucherrechterahmenrichtlinie die Überarbeitung der Richtlinie 1999/44/EG angedacht, KOM (2008) 614 endgültig, 8.10.2008, S. 3.

⁸²³ *Riehm*, S. 83, 84.

⁸²⁴ *Riehm*, S. 83, 85, 109.

⁸²⁵ *G. Schulze*, S. 63, 81.

V. Ergebnis

„Es zeigte sich, dass das wirkliche Problem die mangelnde Wettbewerbsfähigkeit einer ganzen Reihe von Volkswirtschaften ist“, *Verbeugen* zur Finanzkrise und europäischen Integration.⁸²⁶

Die mindestharmonisierende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat dazu beigetragen einen Mindestschutz im Verbrauchsgüterkauf zu etablieren. Dadurch werden faktisch die Gewährleistungskosten in den unterschiedlichen Mitgliedsstaaten angeglichen.

Rechtsunsicherheit wird nicht zwingend dadurch geschaffen, dass in den unterschiedlichen Mitgliedsstaaten unterschiedliche Verbraucherschutzvorschriften bestehen. Im Gegenteil der Verbraucher kann sogar auf einen Mindeststandard an verbraucherschützenden Vorschriften vertrauen. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die verbraucherschützenden Vorschriften im Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Spanien nicht wesentlich divergieren, bzw. der Verbraucher im spanischen Verbrauchsgüterkauf weitergehende Rechte hat, als im deutschen Recht, wie zum Beispiel die fünfjährige Garantie für das natürlich haltbare Gut oder das Durchgriffsrecht gegen den Hersteller. Das eigentliche Problem ist aber, ob der Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften überhaupt eröffnet ist, denn der gemeinschaftsrechtliche und die nationalen Verbraucherbegriffe divergieren erheblich. So mag der Käufer möglicherweise nach dem eigenen nationalen Recht Verbraucher sein, jedoch nicht nach dem vereinbarten Vertragsrecht oder im Sinne von Art. 6 Rom I-VO. Durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie wurde dieses Problem zumindest im dual-use-Bereich behoben.

Mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kam es in Deutschland und Spanien zu einer wesentlichen Rechtsangleichung der Verbraucherrechte und der Verkäuferpflichten im Verbrauchsgüterkauf. Wesent-

⁸²⁶ *Verbeugen*, S. 35.

liche Übereinstimmungen finden sich sowohl im sachlichen Anwendungsbereich, den Primäransprüchen und den Rechten des Verbrauchers bei Mängeln an der Kaufsache. Erheblich Unterschiede und daraus resultierende Rechtsunsicherheit folgten aus der uneinheitlichen Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs.

Das Makroziel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die Vereinheitlichung des Binnenmarktes, erfolgt damit in erster Linie über die Angleichung des Verbraucherrechtsniveaus in den Mitgliedsstaaten. Dadurch soll das Vertrauen des Verbrauchers in den gemeinsamen Binnenmarkt wachsen.⁸²⁷ Solange jedoch ein Verbraucher, im nationalen Sinne, nicht auf den Verbraucherschutz eines anderen Mitgliedsstaates Vertrauen darf, weil er nach dem jeweiligen anderen Recht bzw. schon auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene kein „Verbraucher“ wäre, so kann das Vertrauen in den grenzüberschreitenden Handel nicht gefördert werden. Dieses Ziel kann nun in den kommenden Jahren durch die Verbraucherrechtlinie erreicht werden.

Eine vertragliche Beziehung ist immer durch ein Element des Vertrauens geprägt. Die Vertragspartner vertrauen auf die Erfüllung der anderen Vertragspartei. Wenn dieses Vertrauen nicht besteht, so spiegelt sich dieses entweder in einem finanziellen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wieder oder die Vertragspartner werden sich nicht handelseinig und schließen die Verträge mit einem anderen Vertragspartner oder verlangen Sicherheiten.

Diese Abwägung erfolgt gerade im Verkaufsgüterkauf selten aktiv, sondern unbewusst. Manche Bewertungskriterien sind dem Verbraucher nicht bekannt oder können ihm auch nicht bekannt sein. Wenn sich der sowohl nach deutschem als auch nach spanischem Recht Verbraucher in Spanien eine Kamera kauft, so wird ihm selten bewusst sein, dass ihm in Spanien sogar weitergehende Rechte, wie die fünfjährige Garantie zustehen. Im Gegenteil, er würde den Kauf in Spanien vielleicht sogar

⁸²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 3, Richtlinie 1999/44/EG.

scheuen, weil er Angst hat, dass an der Kamera ein Defekt wäre und er sich nicht so leicht an den Verkäufer wenden könnte. Die rechtlich vorteilhafte Situation hat jedoch mangels Nichtwissen keinen Einfluss auf seine Entscheidung. Dagegen schließen eine Vielzahl europäischer Verbraucher bei einem großen Internetversandbuchhandel, ohne es zu wissen⁸²⁸, Verträge nach luxemburgischem Recht. Vermutlich hätte sie die Kenntnis davon aber auch nicht von dem Kauf abgeschreckt, denn das Unternehmen hat genügend Reputation bei den anderen Versandhandelskunden. Dadurch vertraut auch der Neu-Kunde auf die Verlässlichkeit des Vertragspartners. Daraus folgend könnte geschlossen werden, dass das Wissen um die rechtliche Komponente nicht maßgeblich den Vertragsschluss beeinflusst. Maßgeblich ist das Vertrauen in den Vertragspartner. Vertrauen kann dadurch hergestellt werden, indem das Risiko für den Verbraucher minimiert wird, dies kann wiederum durch ein einheitliches Verbraucherschutzrecht geschaffen werden.

Um den größten Einzelhandelsmarkt der Welt zu schaffen, war es aus den oben genannten Gründen, der richtige Schritt den Verbraucherbegriff in der EU weiter anzugleichen.

Weiterhin müsste es tatsächlich eine „faire“ Wahl für den Verbraucher zwischen den Rechten geben. Dazu muss der Unternehmer seine Rechtswahl deutlich kenntlich machen. Die bisherige weitverbreitete Lösung, die Rechtswahlklausel am Ende der AGB aufzuführen, bietet keine zufriedenstellende Lösung. So wie ein „Blue-Button“ für das GEK eingeführt werden soll, muss für den Käufer das „andere Recht“ ebenfalls durch einen „choice of law-Button“ deutlich gemacht werden, zum Beispiel in Form der jeweiligen Landesflagge.

Im Ergebnis führt das Instrument der mindestharmonisierenden Richtlinie zwar zu einer Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechte in dem zu regelnden Bereich. Die Kosten für ein Produkt könnten dadurch zwar angeglichen werden, weil in der gesamten EU der gleiche Mindeststandard

⁸²⁸ Sie könnten es aber wissen, wenn sie die AGB vollständig gelesen hätten.

an Verbraucherrechten gilt. Allerdings führen ähnliche mitgliedstaatliche Rechte nicht unmittelbar dazu, dass der Verbraucher tatsächlich in einem anderen Mitgliedsstaat einkauft. Der Verbraucher orientiert sich in erster Linie an dem Preis. Der Unternehmer dagegen an den Rechts- und Transaktionskosten.

Richtlinien führen zu einer Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedsstaaten, führen aber nicht automatisch zu einem einheitlichen Binnenmarkt und zu einer Förderung des Handels.⁸²⁹ Dagegen könnte das optionale Kaufrecht „die Brücke“ zwischen den sich angenäherten Mitgliedsstaaten sein, da ein einheitliches europäisches Recht Vertrauen schaffen kann.

Die Ausgestaltung des GEK als optionales Instrument mag vielfach kritisiert worden sein, allerdings gibt es zum jetzigen Zeitpunkt kein probateres Mittel im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts. Mindestharmonisierende Richtlinien führen nur begrenzt zu einer Rechtsangleichung im Binnenmarkt.⁸³⁰ Vollharmonisierende Richtlinien können häufig nicht vollumfassend vereinbart werden,⁸³¹ ebenso wenig wie einen umfassenden Verordnungsvorschlag im klassischen Sinne, der unmittelbar ohne Umsetzungsakt in den Mitgliedsstaaten gilt.⁸³²

Es müsste bei der Einführung eines europäischen Vertragsrechts bedacht werden, dass in der Regel der Unternehmer das Vertragsrecht auswählt oder bestimmt.⁸³³ Aus diesen Gründen muss, wenn das GEK bzw. ein

⁸²⁹ Vgl. *Taschner*, S. 290, die Richtlinie ist kein Instrument zur Rechtsvereinheitlichung.

⁸³⁰ Siehe auch KOM (2010), 348 endgültig, 1.7.2010, S. 11.

⁸³¹ „Dem Konzept der Vollharmonisierung im Bereich des Verbraucher- und Vertragsrecht [sind] politische Grenzen gesetzt“, KOM (2011), 636 endgültig, 11.10.2011, S. 5.

⁸³² Siehe *Taschner* mit Beispielen aus dem europäischen Gesellschaftsrecht, *Taschner*, S. 280 ff.

⁸³³ *Micklitz*, S. 132: Verbraucher haben nur die Wahl den Vorgaben des Unternehmers zu entsprechen oder es zu lassen.

Instrument wie das GEK Erfolg haben soll, der Unternehmer von den Vorteilen dieser „Rechtswahl“ überzeugt sein bzw. werden.⁸³⁴

Dieser Vorteil könnte zum einen darin gesehen werden, dass dem Unternehmer Rechtsberatungskosten für jedes Vertriebsland erspart bleiben. Andererseits müsste die Verwendung des GEK oder eines ähnlichen Instruments andere als lediglich primär monetäre Vorteile mit sich bringen. Das GEK müsste dazu geeignet sein einen Verbrauchervertrag zu regeln, einen Mindestschutz zu Gunsten des Verbrauchers zu gewährleisten und den Unternehmer nicht Übergebühr zu belasten, denn ansonsten hat der Unternehmer kein Interesse das GEK zu verwenden oder sieht sogar von einem grenzüberschreitenden Vertrieb ab. Dieser Balanceakt könnte durch eine Etablierung eines Mindeststandards für den Verbrauchervertrag, der auf der Ebene der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie oder knapp oberhalb angelegt wird, erreicht werden.⁸³⁵

Das GEK könnte in einer überarbeiteten Form ein geeignetes Mittel sein, um eine Brücke zwischen den Mitgliedsstaaten für den grenzüberschreitenden Handel zu schaffen.

Mindestharmonisierende und vollharmonisierende Richtlinien führen zwar zu einer Rechtsvereinheitlichung und gleichen die Kosten in den Mitgliedsstaaten an, allerdings würde eine komplette Nivellierung der einzelstaatlichen Rechte zu einem Rechtskulturverlust führen. Europa ist Vielfalt und Europa und seine Wirtschaft profitiert von eben dieser. Rechtliche Brücken sind dort zu schaffen, wo die europäische Rechtsvielfalt sich selbst behindert. Es müssen Rechtsbrücken über die Landesgrenzen gebaut werden, ohne ganz Europa zu einer einheitlichen Rechtslandschaft zu betonieren. Das GEK kann diese rechtliche Brücke für den größten

⁸³⁴ So auch *Basedow*, S. 43.

⁸³⁵ *Gsell* spricht sich gegen eine Ansiedlung des Verbraucherschutzes auf Höhe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Hinblick auf die Verbraucherrechterahmenrichtlinie aus, diese Wertung ist wohl auch auf das GEK übertragbar, *Gsell*, Vollharmonisiertes Verbraucherverkaufrecht, S. 219, 237.

Einzelhandelsmarkt der Welt sein, ohne dass die einzelnen Mitgliedsstaaten ihr eigenes nationales Kaufrecht aufgeben müssten.

D. Fazit

Nach *Kirchhof* ist die Stabilität des Rechts die „Bedingung für die Stabilität von Wirtschaftssystem und Währung.“⁸³⁶

In Deutschland besteht eine weitreichende Kommentarliteratur. Diese macht Entscheidungen bzw. zukünftige Fälle voraussehbarer, allerdings heißt dies nicht, dass dies in ganz Europa der Fall ist.⁸³⁷

Um den größten Einzelhandelsmarkt der Welt zu realisieren, ist es unerlässlich von den einzelnen Stärken der Mitgliedsstaaten zu profitieren und einen Synergieeffekt zu schaffen. Es muss erreicht werden, dass ein Rechtssystem in Europa etabliert wird, auf das jeder einzelne Verbraucher und Unternehmer vertrauen kann. Gerichtliche Entscheidungen müssen vorhersehbar und auch durchsetzbar sein.

Die mindestharmonisierende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat zu einer Annäherung der mitgliedstaatlichen Rechte im Verbrauchsgüterkauf geführt. Eine Angleichung der Rechte führt jedoch nicht automatisch zu einem grenzüberschreitenden Handel, lediglich zu einer möglichen Angleichung der Kosten für ein Produkt. Das GEK könnte dagegen eine Vertragsrechtsbrücke zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten sein. Das GEK ist jedoch nur zu etablieren, wenn es tatsächlich eine Akzeptanz bei den Unternehmern hätte, denn diese werden in der Regel die Verwendung des GEK vorschlagen. Eine Akzeptanz des GEK bei den Unternehmern könnte dadurch erreicht werden, dass die Vorteile für den Unternehmer bei der Verwendung des GEK im Verhältnis zum jeweiligen mitgliedstaatlichen oder einer anderen Rechtswahl überwiegen. Um das GEK als geeignetes Instrument zu etablieren, wäre es sinnvoll den Mindeststandard

⁸³⁶ *Kirchhof*, § 214, Rn. 25.

⁸³⁷ Vgl. Remien/Herrler/Limmer/Pfeiffer, S. 37, Rn.14-16.

für den Verbraucherkaufvertrag auf der Ebene der Verbrauchsgüterkauf-richtlinie oder knapp oberhalb anzulegen.

Weiterhin muss dem Verbraucher jede Rechtswahl ausdrücklich kenntlich gemacht werden. Dies kann durch eine gleichrangige Kenntlichmachung der Rechte erfolgen. Jede Rechtswahl muss deutlich erkennbar für den Verbraucher sein und darf nicht in den AGB „untergehen“.

Eine Möglichkeit wäre es einen „choice of law Button“ in Form der Landesflagge des Vertragsrechts im Internetversandhandel einzuführen. Dieser „choice of law Button“ könnte neben dem „blue Button“ für das GEK stehen.

Weiterhin ist die Vereinheitlichung des Verbraucherbegriffs durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in der EU für das Vertrauen in den Binnenmarkt von überragendem Interesse.

Egal wie gut eine Idee ist, sie setzt sich nur durch, wenn sie von den Adressaten angenommen wird. Dabei kommt es zwar zum einen auf die Qualität des Vorschlags an, andererseits aber auch auf die Popularität bzw. Bekanntheit eines Vorschlags. So setzen sich häufig Dinge oder Vorschläge mit der besten Lobby durch. Europa bzw. die europäische Idee ist unter anderem aufgrund der Schuldenkrise und dem europäischen Bürokratismus bei der Bevölkerung in Verruf geraten.⁸³⁸

Es ist jedoch zu bedenken, wie viele Vorteile ein einheitlicher Binnenmarkt für jeden einzelnen EU-Bürger mit sich bringt. Es profitiert von dem einheitlichen europäischen Binnenmarkt nicht nur der deutsche Export, sondern jeder einzelne von uns. Jeder einzelne Bürger eines Mitgliedsstaates profitiert von einer florierenden Wirtschaft. Sicherlich gibt es an jedem Richtlinien-Vorschlag Kritik zu üben und natürlich auch an dem Vorschlag für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht. Allerdings muss der neue Verordnungsvorschlag auch als Chance begriffen werden. Selbstverständlich müssen die Mängel an diesem Vorschlag behoben werden. Es

⁸³⁸ Siehe *Verbeugen*, S. 29.

ist aber zu bedenken, wenn 27 Länder sich an einem Tisch einigen, kommt es immer zu Kompromissen, die nicht jedem gerecht werden können. Allerdings hätte wahrscheinlich jeder Mitgliedsstaat Interesse an einer klaren und stringenten Formulierung der Verordnung, ebenso wie an einer angemessenen Verjährungsregelung.

Wir müssen uns überlegen, was wir wollen. Leben wir Europa und damit die europäische Idee? Sind wir bereit Kompromisse zu Gunsten aller EU-Bürger einzugehen? Das Beharren auf eingefahrenen Denkmustern, die sich zwar bewährt haben, führte in der Vergangenheit nicht zu Innovation oder Weiterentwicklung.

Wenn wir für die europäische Idee eintreten wollen und wir ein Interesse an dem Wohlergehen aller EU-Bürger haben, dann muss der Rechtsvereinheitlichung bzw. diesem neuen Instrument, die Chance gewährt werden, die sie verdient.

Wünschenswert wäre es, einen Vorschlag wie das GEK nicht vorzuverurteilen, sondern unvoreingenommen an ein neues Instrument für das Verbraucherkaufrecht heranzugehen. Das GEK versprach keine Wunder, hätte aber Europa einen großen Schritt voranbringen können.

„Der [europäische] Binnenmarkt könnte der größte Einzelhandelsmarkt der Welt [werden].“⁸³⁹

⁸³⁹ KOM (2007), 99 endgültig/2, S. 5.

“May good government win in Europe. We are bound to live together on this continent.

Living together

Vivre ensemble

Zusammenleben

Convivencia Birlikte

Yasamak

Git'vemeste

*Leve sammen*⁸⁴⁰

Europäer traut euch!

⁸⁴⁰ *Thorbjørn Jagland*, Vorsitzender des norwegischen Nobelpreiskomitees, Festrede zur Übergabe des Friedensnobelpreises an die EU, Oslo, 10.12.2012.

E. Literaturverzeichnis

Acedo Penco, Ángel: Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007, Madrid 2012

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen/Sánchez Lorenzo, Sixto: Spanien in Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, Riesenhuber, Karl (Hrsg.), 3. Auflage Berlin 2015, S. 797-815 (zit.: Riesenhuber/ Albiez Dohrmann/ Sánchez Lorenzo)

Artz, Markus: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 13.4.2011 (VIII ZR 220/10) - Zum Erfüllungsort der Nacherfüllung, ZJS 2011, 274-276

Artz, Markus: Der Verbraucher als Kreditnehmer, Berlin 2001

Augenhofer, Susanne/Appenzeller, Carmen/Holm, Viktoria: Nacherfüllungsort und Aus- und Einbaukosten, JuS 2011, 680-686

Augenhofer, Susanne: Aktuelle Entwicklungstendenzen im Europäischen Verbraucherrecht, in: Verbraucherrecht im Umbruch, Augenhofer, Susanne (Hrsg.), Tübingen 2012

Avilés García, Javier: Nuevas Perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Noticias de la Unión Europea, Abril 2002, N°207, S. 99-117

Balthasar, Stephan: Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht- eine Analyse aus unternehmerischer Sicht, RIW 2012, 361-369

Bamberger, Heinz Georg/*Roth*, Herbert (Hrsg.): Beck'scher Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 45. Edition, München, Stand 1.3.2018 (zit.: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*)

Barroso, José Manuel Durão: Europa in der Welt von 2030 in Europa? Europa!. Wo liegt die Zukunft unseres Kontinents?; *Leitl*, Christoph/*Verheugen*, Günter (Hrsg.), Baden-Baden 2011

Basedow, Jürgen: Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage eines optionalen Kaufrechts: Eine List der Kommission?, *EuZW* 2012, 1-2

Basedow, Jürgen: Fakultatives Unionsprivatrecht oder: Grundlagen des 28. Modells, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, *Joost*, Detlev/*Oetker*, Hartmut/*Paschke*, Marian (Hrsg.), München 2011, S. 29-44 (zit.: *Basedow*)

Berger, Christian: Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, *JZ* 2004, 276-283

Borchardt, Klaus-Dieter: Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Auflage Wien 2015

Braunschmidt, Florian/*Vesper*, Christine: Die Garantiebegriffe des Kaufrechts. Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung; *JuS* 2011, 393-686

Büdenbender, Ulrich/*Binder*, Manuela: Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Aus- und Einbaukosten, *DB* 2011, 1736-1743

Bülow, Peter/Artz, Markus (Hrsg) Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2005, (zit.: *Bülow/Artz*)

Bülow, Peter/Artz, Markus: Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB; NJW 2000, 2049-2056

Bülow, Peter/Artz, Markus: Verbraucherprivatrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2016, (zit.: *Bülow/Artz Verbraucherprivatrecht*)

Bülow, Peter: Beweislast für die Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB, WM 2011, 1349-1351

Bundesrechtsanwaltskammer: Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM [2011] 635 endg.), IHR 2012, 53-59

Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Grundrechtecharta. Kommentar, 5. Auflage München 2016 (zit.: *Callies/Ruffert/Bearbeiter*)

Cámara Lapuente, Sergio: Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Madrid 2011 (zit.: *Bearbeiter* in Cámara Lapuente)

Cámara Lapuente, Sergio: El concepto legal de “consumidor” en el derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, Noticias de la Unión Europea September 2011, No. 320, 21-44

Canaris, Claus Wilhelm: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Festschrift für Franz Bydlinski, Im Dienste der Gerechtigkeit, Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), Wien 2002, S. 47-103

Dauner-Lieb, Barbara/*Dötsch*, Wolfgang: Ein „Kaufmann“ als „Verbraucher“? – Zur Verbrauchereigenschaft des Personengesellschafters, DB 2003, 1666-1669

DCFR Volume 5 VIII.-1:101 to VIII.-7:104: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), München 2009

Denkinger, Fleur: Der Verbraucherbegriff, Berlin 2007

Díaz-Ambroña Bardají, María Dolores (Hrsg.): Derecho de la Contracción in Derecho Civil de la Unión Europea, 5. Auflage, Madrid 2012, S. 141-173

Doebner, Rupert: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, Baden-Baden 2004

Elßner, Christof/*Schirmbacher*, Martin: Die Gesellschaftsbürgerlichen Rechts als Verbraucher? – Zur Verbrauchereigenschaft anderer als natürlicher Personen, VuR 2003, 247-253

Faber, Wolfgang: Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatliche Übereinkommen und nationalen Zivil- und Kollisionsrecht, ZeuP 1998, 854-892

Faust, Florian: Leistungsstörungenrecht, in: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 161-187 (zit.: Remien/Herrler/Limmer/*Faust*)

Fernández Carballo-Calero, Pablo/*Torres Pérez*, Francisco: Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios in: La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 1/2007, Rebollo Puig, Manuel/Izquierdo Carrasco, Manuel (Hrsg.), Madrid 2011, S. 57-115 (zit.: Rebollo Puig/*Fernández Carballo-Calero/Torres Pérez*)

Ferrari, Franco: Internationales Vertragsrecht. EGBGB. CISG. CMR. FactÜ. Kommentar, *Ferrari*, Franco/*Kieninger*, Eva-Maria/*Mankowski*, Peter/*Otte*, Karsten/*Saenger*, Ingo/*Staudinger*, Ansgar (Hrsg.), 3. Auflage München 2018 (zit.: *Ferrari/Bearbeiter*)

Fischer, Kai Christian: Verbraucherschutz im spanischen Vertragsrecht im Lichte der europäischen Rechtsangleichung. Eine Studie mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Recht; Frankfurt am Main u.a. 2000

Flume, Werner: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung. Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, 1427-1430

Fritsch, Michael: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 9. Auflage, München 2014

Gebauer, Martin: Der Durchbruch zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05 – Quelle, GPR 2009, 82-86

Gebauer, Martin: Europäische Auslegung des Zivilrechts in Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Methodik – Auslegung und Direktwirkung des europäischen Rechts - Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, in: Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und andere Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas (Hrsg.), 2. Auflage Stuttgart u.a. 2010, Kap. 4, S. 104-139 (zit.: *Gebauer/Wiedmann*)

Gómez Alcázar, Ricardo: Verbrauchervertragsrecht in Spanien, Köln 2008

Grabitz, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim* Martin (Hrsg): Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV, AEUV, 63. Ergänzungslieferung, München Dezember 2017 (zit.: GHN/*Bearbeiter*)

Greiner, Stefan: Aktuelle Entwicklungen zum Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung – die Rechtssache Gebr. Weber vor dem EuGH, ZGS 2010, 353-361

Grigoleit, Hans Christoph/*Herresthal*, Carsten: Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierung in § 434 I BGB, JZ 2003, 233-239

Grigoleit, Hans Christoph/*Herresthal*, Carsten: Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 118-127

Grigoleit, Hans Christoph: Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenzen und Perspektiven, in: *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 67-85, (zit.: Remien/Herrler/Limmer/*Grigoleit*)

Grundmann, Stefan/*Bianca Cesare Massimo* (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar, Köln 2002 (zit.: Grundmann/*Bianca/Bearbeiter*)

Gsell, Beate: Fehlerbegriff und (negative) Beschaffenheitsvereinbarungen im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*; Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), München 2012, S. 229-249 (zit.: Schulte-Nölke et al./*Gsell*)

Gsell, Beate: L. Verbraucherschutz, in: *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015*; Neubearbeitung, Berlin 2014/2015, S. 797-883 (zit.: *Gsell*)

Gsell, Beate: Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht nach dem Vorschlag für Horizontalrichtlinien, in: *Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg*, Gsell, Beate/*Herresthal*, Carsten (Hrsg.), Tübingen 2010, S. 219-245

Heiderhoff, Bettina: *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2. Auflage, München 2007

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rießmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.): Juris Praxiskommentar: BGB. Band 1 – Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Saarbrücken 2017 (zit.: JurisPK-BGB/Bearbeiter)

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rießmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.): Juris Praxiskommentar: BGB. Band 2 - Schuldrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017 (zit.: JurisPK-BGB/Bearbeiter)

Herresthal, Carsten: Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung im Kaufrecht, WM 2007, 1354-1361

Hesse, Jochachim Jens/Ellwein, Thomas: Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, Baden-Baden 2012

Hofer, Philipp: Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf Richtlinie 1999/44/EG in Spanien und Österreich, Wien 2010

Hoppe, Tilman: Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt, EuZW 2009, 168-169

Huber, Peter: Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004-1008

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar; 14. Auflage, München 2016, (zit.: Jarass/Pieroth)

Jauernig, Othmar (Hrsg.)/*Berger*, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug). Kommentar 17. Auflage, München 2018 (zit.: *Jauernig/Bearbeiter*)

Junge, Werner: Die Macht des Marktes - Globalisierung im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag; Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter (Hrsg.), S. 817-832, Tübingen 2003

Jungmeyer, Sebastian: Kaufvertragliche Durchgriffsrechte in grenzüberschreitenden Lieferketten und ihr Verhältnis zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Jena 2009

Kern, Christoph: Die Entwicklung des Verbraucherbegriffs, ZGS 2009, 456-462

Kirchhof, Paul: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band X, Deutschland in der Staatengemeinschaft, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Heidelberg 2012

Krebs, Peter: Verbraucher, Unternehmer oder Zivilpersonen - Zur Einordnung von BGB-Gesellschaften und anderen „Verbänden“ ohne eigenes Gewerbe oder selbstständige berufliche Tätigkeit; DB 2002, 517-520

Kroll-Ludwigs, Kathrin: Ein optionales Vertragsrecht für Europa. Motor oder Hemmnis für den Binnenmarkt?, GPR 2012, 181-188.

Lando, Ole: CESL or CISG? Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?, in: Gemeinsames Europäisches

Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 15-20

Larrosa Amante, Miguel Ángel: Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor, Madrid 2011

Leenen, Detlef: Die Richtlinienwidrigkeit der Verkürzung der Verjährungsfrist beim Verbrauchsgüterkauf über gebrauchte Sachen. Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 13.7.2017 – C-133/16 (Ferenschild)

Lehmann, Matthias: Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 2007, 225-255

Leible, Stefan: Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 21-33 (zit.: Remien/Herrler/Limmer/*Leible*)

Leible, Stefan: Kaufvertrag (§§ 433 bis 480 BGB) Kap. 10, in: Gebauer, Martin; Wiedmann, Thomas (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und andere Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 2010 (zit.: Gebauer/Wiedemann/*Leible*)

Leible, Stefan: Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb, RabelZ 2012, 374- 400

Loschky, Alexander: Außenhandel 2010 – eine Geschichte von Gewinnern und Verlierern. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, April 2011, S. 353-363

Mankowski, Peter: CESL – who needs it? IHR 2012, 45-53

Mankowski, Peter: Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL), IHR 2012, 1-3

Mankowski, Peter: Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht, RIW 2012, 97-105

Martín Aresti, Pilar: Garantías y servicios posventa in: La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 1/2007, Rebollo Puig, Manuel/Izquierdo Carrasco, Manuel (Hrsg.), Madrid 2011, S. 1687-1808 (zit.: Rebollo Puig/*Martín Aresti*)

Maurer, Falko: Das Gewährleistungsregime des Verordnungsvorschlags zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht unter Berücksichtigung des DCFR, des CISG und der kaufrechtlichen EuGH-Rechtsprechung, ZVertriebsR 2012, 88-103

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration, Baden-Baden 2003

Micklitz, Hans-Wolfgang: Die Austreibung des Schutzes aus dem Verbraucherrecht und die Wiederkehr des Sozialen im Zivilrecht – bitter-

süße Polemik, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag; Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), München 2011, S. 125-139

Morgenroth, Sascha J.: Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien und Deutschland. Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter in Spanien und Deutschland; Frankfurt a.M. 2003

Moser, Claudia: Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 7-13

Navas Navarro, Susana: Umsetzung der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien, IHR 2005, 89-102

Oechsler, Jürgen: Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, 1825-1830

Oetker, Hartmut/*Maultzsch*, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2013

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 77. Auflage, München 2018 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*)

Papier, Hans-Jürgen: Verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Rahmen des Wirtschaftsrechts, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum

70. Geburtstag, Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), München 2011, S. 1093-1102

Pfeiffer, Thomas: Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand, in: *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*; Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), München 2012, S. 35-42, (zit.: Remien/Herrler/Limmer/*Pfeiffer*)

Pfeiffer, Thomas: Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Schulte-Nölke, Hans; Schulze, Reiner (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, S. 21-43

Piltz, Burghard: *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2. Auflage München 2008

Pötters, Stephan/*Christensen*, Ralph: Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, JZ 2011, 387-394

Prütting, Hanns/*Wegen*, Gerhard/*Weinreich*, Gerd: *BGB Kommentar*, 12. Auflage, Köln 2017 (zit.: PWW/*Bearbeiter*)

Rauscher, Thomas (Hrsg.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR. Kommentar. Band III. Rom I-VO. Rom II-VO*, 4. Auflage, Köln 2016, (zit.: Rauscher/*Bearbeiter*)

Reich, Norbert/*Micklitz*, Hans-Wolfgang: *Europäisches Verbraucherrecht*, 4. Auflage, Baden-Baden 2003 (zit.: Reich/*Micklitz*)

Reich, Norbert: Die „Mc-Donaldisierung“ des Verbraucherrechts – oder: Von der „vollständigen Harmonisierung“ im EU-Verbraucherrecht zur „vollständigen Abschaffung“ eines eigenständigen nationalen Verbraucherschutzrechtes? *VuR* 2009, 361-362

Reinicke Dietrich/*Tiedtke*, Klaus: Kaufrecht, 8. Auflage Köln/München 2009

Remien, Oliver: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Einführung in: *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*; *Remien*, Oliver/*Herrler*, Sebastian/*Limmer*, Peter (Hrsg.), München 2012

Reyes López, María José: Manual de derecho privado de consumo, Madrid (las Rozas), 2007

Ribbегge, Hermann: Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2011

Riehm, Thomas: Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, *JZ* 2006, 1035-1045

Riehm, Thomas: Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien in Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg, *Gsell*, Beate/*Herresthal*, Carsten (Hrsg.), Tübingen 2010, S. 83-111

Riesenhuber, Karl: Der Vorschlag für eine Verordnung über ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ – Kompetenz, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit. Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, EWS 2012, 7-12

Riesenhuber, Karl: Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2006

Riesenhuber, Karl: Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2011- 537-544

Roth, Wulf-Henning/Jopen Christian: Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Europäische Methodenlehre. Handbuch für Auslegung und Praxis, Riesenhuber, Karl (Hrsg.), 2. Auflage Berlin u.a. 2010, § 14, S. 393-424 (zit.: Riesenhuber/Roth/Jopen)

Roth, Wulf-Henning: Der „Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (KOM (2011) 635 eng.). Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, EWS 2012, 12-21

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar; 8. Auflage, München 2018, (zit.: Sachs/*Bearbeiter*)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1. Allgemeiner Teil §§ 1-240, 7. Auflage, München 2015, (zit.: MüKo/*Bearbeiter*)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3. Schuldrecht-Besonderer Teil I §§ 433-534, 7. Auflage, München 2016, (zit.: MüKo/*Bearbeiter*)

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht, Band 11, IPR, Rom I-VO, Rom II-VO, Art.1-24 EGBGB, 6. Auflage München 2015, (zit.: MüKo IPR/*Bearbeiter*)

Saenger, Ingo: Die Umsetzung der Richtlinie über Verbraucherkäufe in Deutschland, in: Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG; Schermaier, Martin (Hrsg.), München 2003, S.191-208

Schinkels, Boris: Unbegrenzte richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Haftung Privater für Legislativunrecht? – Für ein subjektives Recht auf Transparenz, JZ 2011, 394-401

Schmidt, Detlef: Die Beschaffenheit der Kaufsache BB 2005, 2763-2767

Schmidt, Karsten (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum HGB*, Band 1, § 1-104a, 3. Auflage München 2010 (zit.: MüKoHGB/*Bearbeiter*)

Schmidt, Karsten: Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag – Grundlagen des § 13 BGB, JuS 2006, 1-8

Schmidt-Preuß, Mathias: Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), München 2011, S. 969-984

Schroeter, Ulrich Gerd: UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Verhältnis und Wechselwirkungen, München 2005

Schulte-Nölke, Hans/Twigg-Flesner, Christian/Ebers, Martin (Hrsg.): EC-Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transpositions in the Member States, München 2007, (zit.: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers)

Schulte-Nölke, Hans: Verbraucherrecht, in: Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden 2010, § 23 (zit.: Europarecht/Schulte-Nölke)

Schulz, Norbert: Wettbewerbspolitik. Eine Einführung aus industrieökonomischer Perspektive, Tübingen 2003

Schulze, Götz: Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsrecht, in: Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg, Gsell, Beate/Herresthal, Carsten (Hrsg.), Tübingen 2009, S. 63-82 (zit.: G. Schulze)

Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich (Hrsg.): Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: HK-BGB/Bearbeiter)

Schulze, Reiner: Common European Sales Law (CESL). Commentary, Schulze (Hrsg.), Baden-Baden 2012 (zit.: Schulze/Bearbeiter)

Sobst, Wolfgang: Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch. Código Civil español und Spanisches Notargesetz. Text und Kommentar; 2. Auflage, Berlin 2003

Sonnenberg, Marcus: Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs beim Kauf einer mangelhaften Sache, EuGH, Urt. v. 16.6.2011 - C-65/09, C-87/09, Bearbeitung und Anmerkung, VuR 2011, 356-358

Sonntag, Marcel: Das BGB unter europäischem Einfluss. Eine Analyse der Mindest- und Vollharmonisierung von Richtlinien im Verbraucherprivatrecht, Hamburg 2009

Stadler, Astrid: Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law, AcP (212) 2012, 473-501

Statistisches Bundesamt: Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen. Private Konsumausgaben und Verfügbares Einkommen, Beiheft zur Fachserie 18, Artikelnummer: 5811109123234, Wiesbaden 2012

Staudinger, Ansgar/Artz, Markus: Nacherfüllung im Kaufrecht und Gerichtstand des Erfüllungsorts, NJW 2011, 3121-3126

Tamm, Marina: Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument – eine kritische Analyse zur Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Kommission, VuR 2012, 3-12

Taschner, Hans Claudius: Internationale Übereinkommen, EG-Richtlinie, Europäisches Zivilgesetzbuch. Wege zu gemeinsamem Zivilrecht. Einige kritische Randbemerkungen, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag; Schwenger, Ingeborg/Hager, Günter (Hrsg.), Tübingen 2003, S. 275-290

Teichmann, Arndt: Aufklärungs- und Schutzpflichten gegenüber Verbrauchern in Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag; Hönn, Günther/Konzen, Horst/Kreutz, Peter (Hrsg.), Neuwied u.a. 1998, S. 629-644

Traub, Fritz: Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht; Baden-Baden 1998

Unberath, Hannes/*Cziupka*, Johannes: Anmerkung, JZ 2009, 313-316

Verheugen, Günter: Europa vor dem Aufbruch in die Welt von morgen, in: Europa? Europa! Wo liegt die Zukunft unseres Kontinents?; Leidl, Christoph/*Verheugen*, Günter (Hrsg.), Baden-Baden 2011

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433-480 (Kaufrecht), Neubearbeitung Berlin 2014, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*)

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht. Einleitung zum WEG. §§1-19 WEG, Neubearbeitung Berlin 2018, (zit.: *Staudinger WEG/Bearbeiter*)

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch –mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Einleitung zur Rom I-VO; Art. 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragesrecht 1)Neubearbeitung, Berlin 2016, (zit.: *Staudinger IPR/Bearbeiter*)

Wagener, Hans-Jürgen/*Eger*, Thomas: Europäische Integration. Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik, 3. Auflage München 2014

Weis, Christian: Kaufrechtliche Gewährleistung und Garantievergabe in Deutschland und Spanien. Unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmenskaufs, Frankfurt am Main 2006

Wendland, Matthias: Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel? Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels; EuZW 2016, 126- 131

Wesel, Uwe: Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010

Westermann, Harm Peter: Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241-253

Wiedenmann, Kai-Udo: Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht. Eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation, Frankfurt am Main 2004

Zerres, Thomas: Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts, 2007 München

Zweigert, Konrad/*Kötz*, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage Tübingen 1996

F. Rechtsprechungsverzeichnis

EuGH	Urt. 13.7.2017	C-133/16	Ferenschild
EuGH	Urt. 4.6.2015	C-497/13	Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV
EuGH	Urt. 16.6.2011	C-87/09 C-65/09	Gebr. Weber/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH
EuGH	Urt. 14.4.2008	C-404/06	Quelle
EuGH	Urt. 16.3.2006	C-3/04	Poseidon Chartering BV/Marianne Zeeschip VOF u.a.
EuGH	Urt. 20.1.2005	C-464/01	Gruber/BayWa AG
EuGH	Urt. 13.12.2001	C-481/99	
EuGH	Urt. 22.11.2001	C-541/99 C-542/99	Idealservice
EuGH	Urt. 03.7.1997	C-269/95	Benincasa/Dentalkit
EuGH	Urt. 19.1.1993	C-89/91	Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft
EuGH	Urt. 14.3.1991	C-361/89	Di Pinto
EuGH	Urt. 20.2.1979	C-120/78	
EuGH	Urt. 21.6.1978	C-150/77	Bertrand/Ott

BVerfG	Urt. 30.6.2009	2 BvE 2/08 2 BvE 5/08 2 BvR 1010/08 2BvR 1022/ 08, 2 BvR 1259/08 2 BvR 182/09	Lissabon Vertrag/ Lissabon- Urteil
BAG	Urt. 25.5.2005	5 AZR 572/04	
BGH	Urt. 15.6.2016	VIII ZR 134/15	
BGH	Urt. 25.3.2015	VIII ZR 243/13	
BGH	Urt. 28.5.2014	VIII ZR 94/13	
BGH	Urt. 17.10.2012	VIII ZR 226/11	Granulatfall
BGH	Urt. 21.12.2011	VIII ZR 70/08	
BGH	Urt. 21.12.2011	VIII ZR 70/08	
BGH	Urt. 13.7.2011	VIII ZR 215/10	
BGH	Urt. 29.6.2011	VIII ZR 202/10	Luxuswohnmobil

BGH	Urt. 13.4.2011	VIII ZR 220/10	
BGH	Urt. 23.2.2010	XI ZR 190/09	
BGH	Urt. 23.2.2010	XI ZR 186/09	
BGH	Urt. 17.2.2010	VIII ZR 70/07	Autofarbe
BGH	Urt. 30.9.2009,	VIII ZR 7/09	
BGH	Urt. 27.3.2009	V ZR 30/8	
BGH	Urt. 26.11.2008	VIII ZR 200/05	
BGH	Urt. 15.11.2007	III ZR 295/06	
BGH	Urt. 19.10.2007	V ZR 211/06	
BGH	Urt. 11.7.2007	VIII ZR 110/06	
BGH	Urt. 22.11.2006	VIII ZR 72/06	
BGH	Urt. 29.3.2006	VIII ZR 173/05	
BGH	Urt. 8.11.2005	XI ZR 34/05	

BGH	Urt. 23.2.2005	VIII ZR 100/04
BGH	Urt. 22.12.2004	VIII ZR 91/04
BGH	Urt. 2.6.2004	VIII ZR 329/03
BGH	Urt. 9.4.2002	XI ZR 91/99
BGH	Urt. 23.10.2001	XI ZR 63/01
BGH	Urt. 28.6.2000	VIII ZR 240/99
BGH	Urt. 5.6.1996	VIII ZR 151/95
BGH	Beschluss 2.6.2005	V ZB 32/05
BGH	Beschluss 24.2.2005	III ZB 36/04
OLG	Urt. 29.5.2008	8 U 494/07
Saar- brücken		
OLG Mün- chen	Beschluss 25.9.2008	32 Wx 118/08

OLG Kob- lenz	Beschluss 17.10.2005	5 U 1145/05
LG Rostock	Urt. 16.2.2007	4 O 322/06
LG Berlin	Urt. 5.9.2006	103 O 75/06
LG Krefeld	Urt. 7.4.2006	1 S 116/05
LG Mainz	Urt. 6.7.2005	3 O 184/04
LG Nürn- berg- Fürth	Beschluss 23.6.2008	14 T 1462/08

G. Anhang - Diagramme und Abbildungen

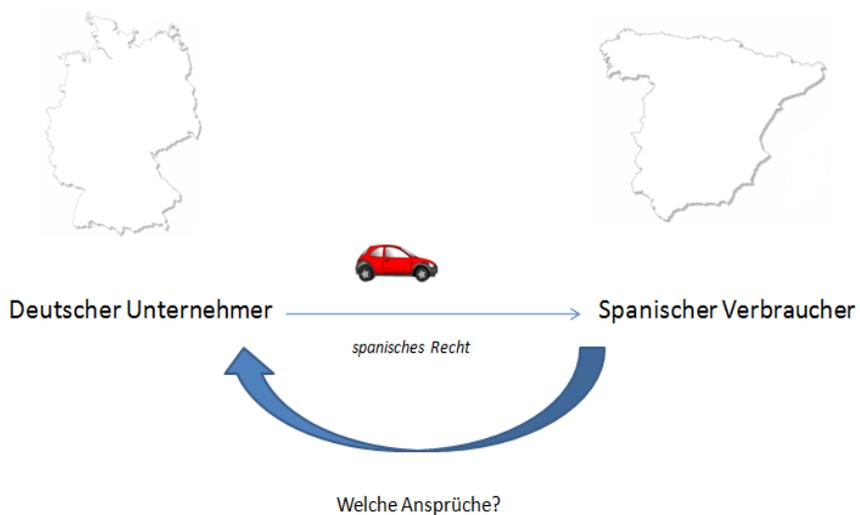


Abbildung 1: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht

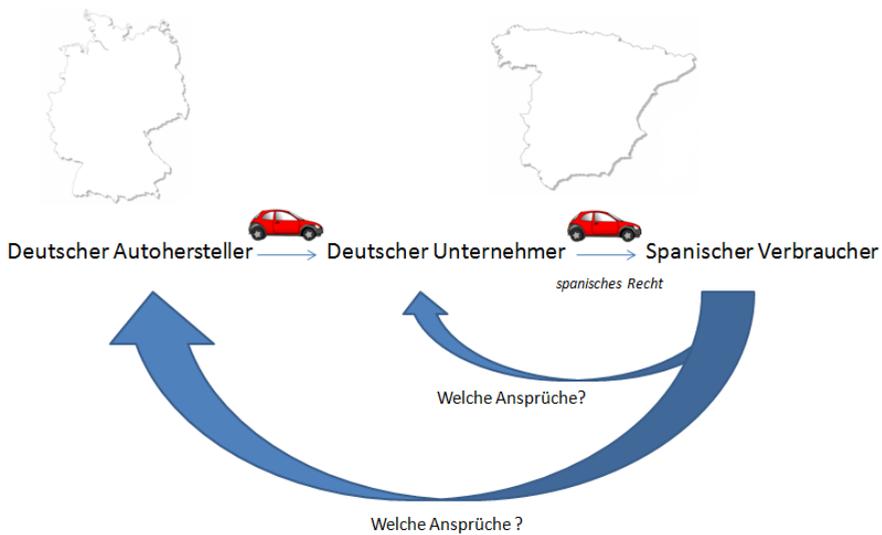


Abbildung 2: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer und den deutschen Hersteller, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht

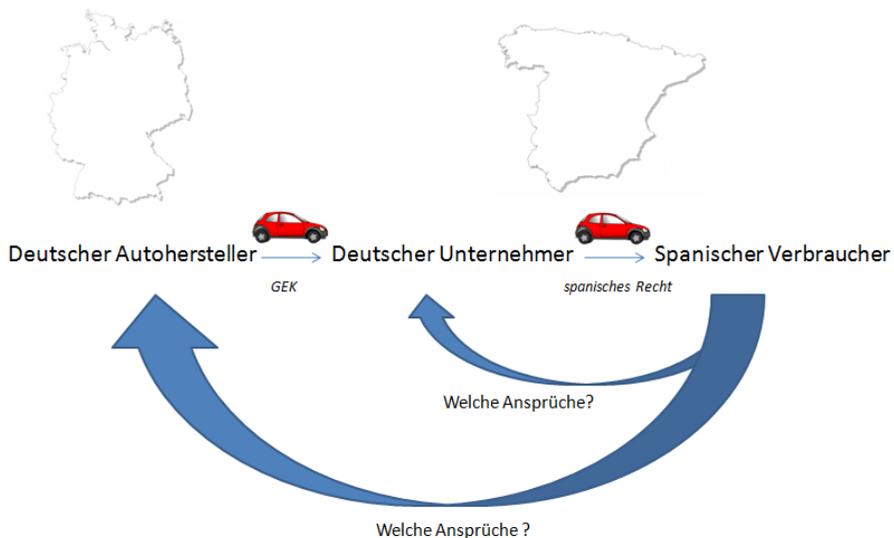
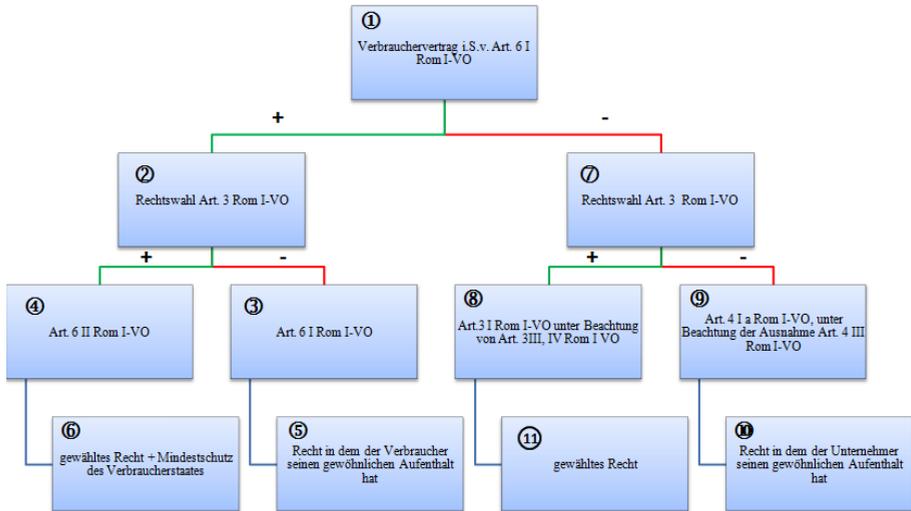


Abbildung 3: Ansprüche des spanischen Verbrauchers gegen den deutschen Verkäufer und den deutschen Hersteller, Verbrauchervertragsrecht: spanisches Recht, Vertragsrecht zwischen Hersteller und Verkäufer: GEK

Tabelle 1: Die Garantie für ein natürlich haltbares Gut im grenzüberschreitenden Verkehr

5 Jahre Garantieanspruch		Vss. Art. 6 I Rom I-Vo (+)		Vss. Art. 6 I Rom I-VO (-)	
		spanischer Verbraucher	deutscher Verbraucher	spanischer Verbraucher	deutscher Verbraucher
keine Rechtswahl	spanischer Unternehmer	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+) ①	deutsches Recht	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+) ③	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+) ④
	deutscher Unternehmer	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+) ②	deutsches Recht	deutsches Recht	deutsches Recht
Rechtswahl: Mitgliedstaatliches Recht des Verkäufers	spanischer Unternehmer	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+) ⑤	spanisches Recht → 5 Jahre Garantie (+) & dt. Mindestschutz ⑥	spanisches Recht (+)	spanisches Recht, 5 Jahre Garantie (+)
	deutscher Unternehmer	deutsches Recht & spanischer Mindestschutz → 5 Jahre Garantie (+) ⑦	deutsches Recht	deutsches Recht	deutsches Recht



Verbrauchervertrag i.S.v. Art. 6 I Rom I-VO				
	Verbraucher und Unternehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne & Vss. des Art. 6 I Rom IVO (+), ausrichten oder ausüben im Mitgliedsstaat des Verbrauchers (+)		Kein Verbraucher und Unternehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne oder Verbraucher und Unternehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne, Vss. des Art. 6 I Rom IVO (-), kein ausrichten oder ausüben im Mitgliedsstaat des Verbrauchers (-)	
	A		B	
deutscher Verbraucher-spanischer Unternehmer ①	Mindestschutz Deutschland 	deutsches Recht 	gewähltes Recht 	spanisches Recht 
	- Schutz bei Rechtsmängeln	- Deutsches Verbraucherschutzrecht	Kein Mindestschutz durch Heimatrechtsordnung	
spanischer Verbraucher-Deutscher Unternehmer ②	Mindestschutz Spanien 	spanisches Recht 	gewähltes Recht 	deutsches Recht 
	- Durchgriffsrecht - 5 Jahres Garantie für natürlich haltbare Güter	- Spanisches Verbraucherschutzrecht	Kein Mindestschutz durch Heimatrechtsordnung	

Abbildung 4: Auffinden des Vertragssatuts

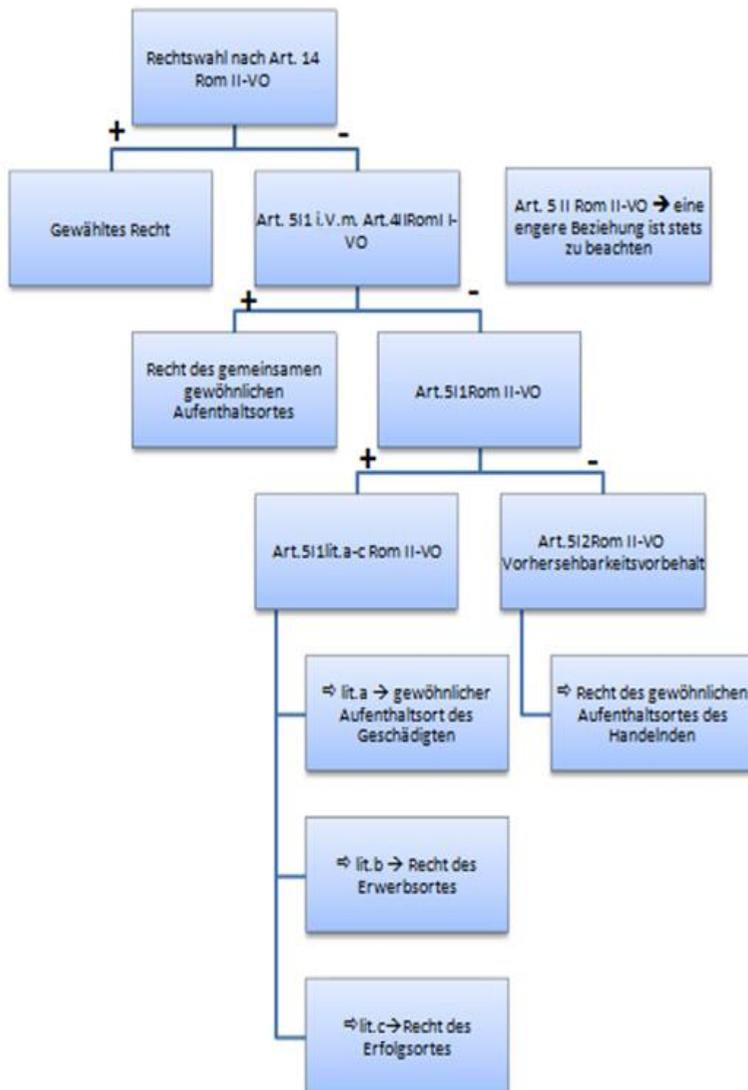


Abbildung 4: Bestimmung des anwendbaren Rechts für einen Durchgriffsanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller

Tabelle 2: Ermittlung des Rechtsstatuts bei der Durchgriffshaftung

Hersteller	Käufer (Verbraucher im Sinne des spanischen Rechts)			
	Rechtswahl	gewöhnlicher Aufenthaltort: Spanien	Erwerbsland Spanien ≠ gewöhnlicher Aufenthaltort	Schaden in Spanien eingetreten
	① Art. 14 I 1 a Rom II-VO spanisches Recht → Durchgriffsanspruch			
gewöhnlicher Aufenthaltort: Spanien		② Art. 5 I 1 i. V. m. Art. 4 II Rom II-VO spanisches Recht → Durchgriffsanspruch,		
konnte das Inverkehrbringen des Produktes nicht am gewöhnlichen Aufenthaltort/ Marktort/ Erfolgsort voraussehen		⑥ vorrangig vor ③-⑤: gewöhnlicher Aufenthaltort des Herstellers		
hat das Produkt in Spanien in den Verkehr gebracht bzw. konnte das Inverkehrbringen des Produktes am gewöhnlichen Aufenthaltort/ Marktort/ Erfolgsort voraussehen		③ Art. 5 I a Rom II-VO Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltort des Käufers spanisches Recht → Durchgriffsanspruch	④ Art. 5 I b Rom II-VO Anknüpfung an den Marktort spanisches Recht → Durchgriffsanspruch	⑤ Art. 5 II c Rom II-VO Anknüpfung an den Erfolgsort spanisches Recht → Durchgriffsanspruch

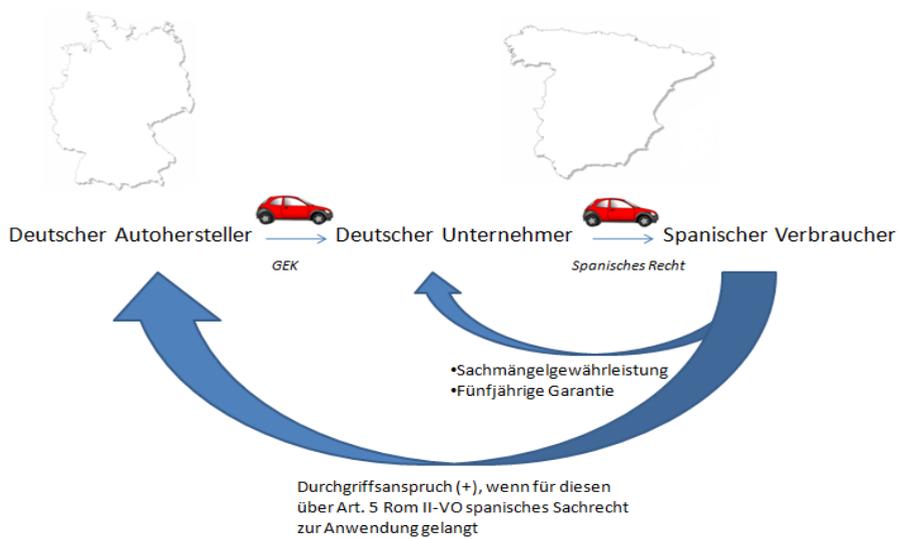


Abbildung 5: Durchgriffsanspruch des spanischen Verbrauchers gegen den Hersteller, wenn zwischen Hersteller und Verbraucher das GEK vereinbart wurde

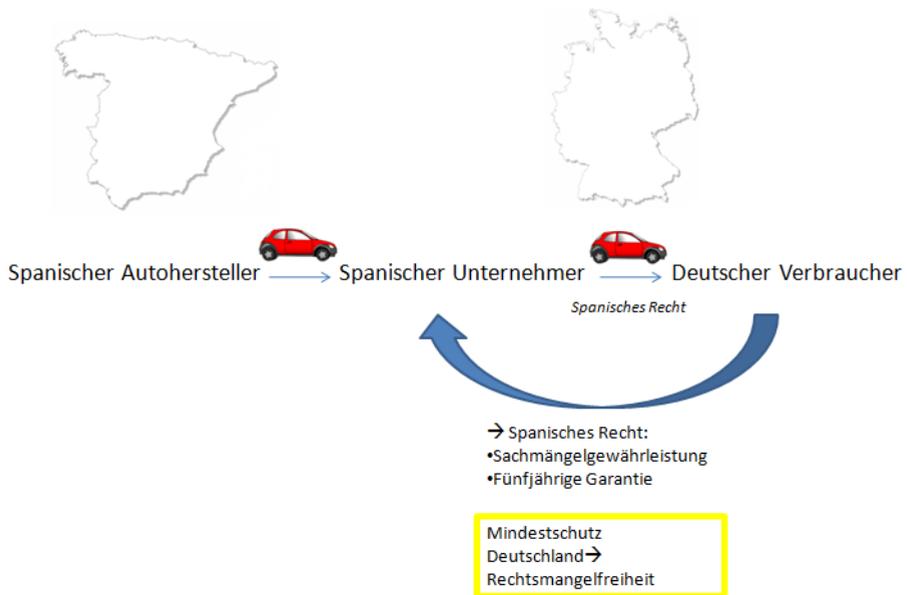


Abbildung 6: Vorteile des Art. 6 II Rom I-VO für den deutschen Verbraucher (zusätzlicher Schutz im Kasten)

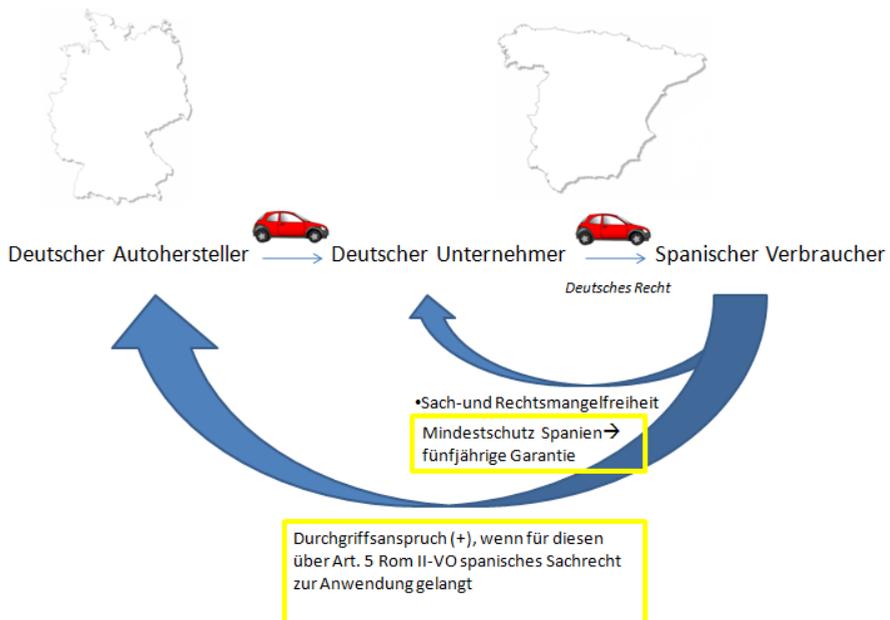


Abbildung 7: Vorteile des Art. 6 II Rom I-VO für den spanischen Verbraucher (zusätzlicher Schutz im Kasten)

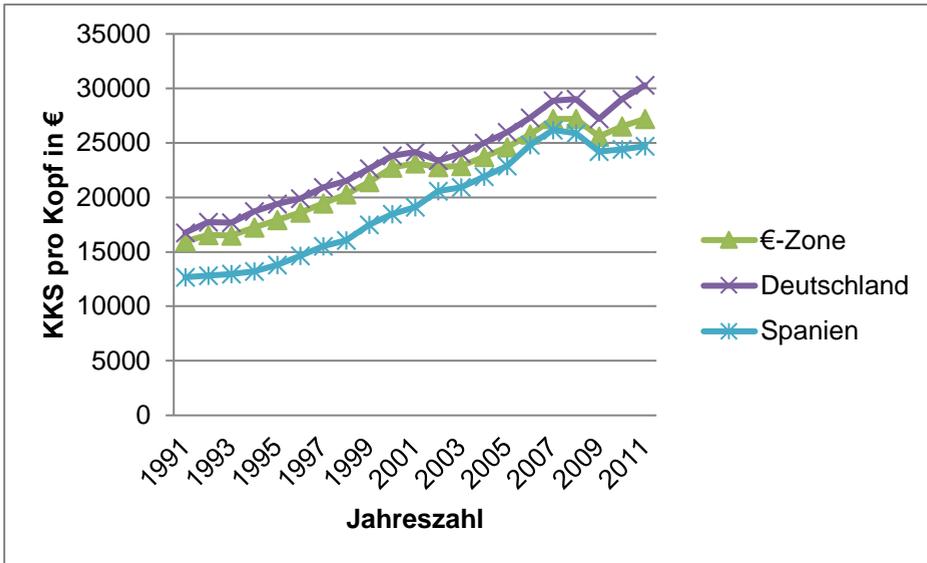


Abbildung 8: Die Entwicklung des BIP gemessen am Kaufkraftstandard pro Kopf in € in der €-Zone, Deutschland und Spanien in den Jahren 1991-2011 (Datenquelle: eurostat)

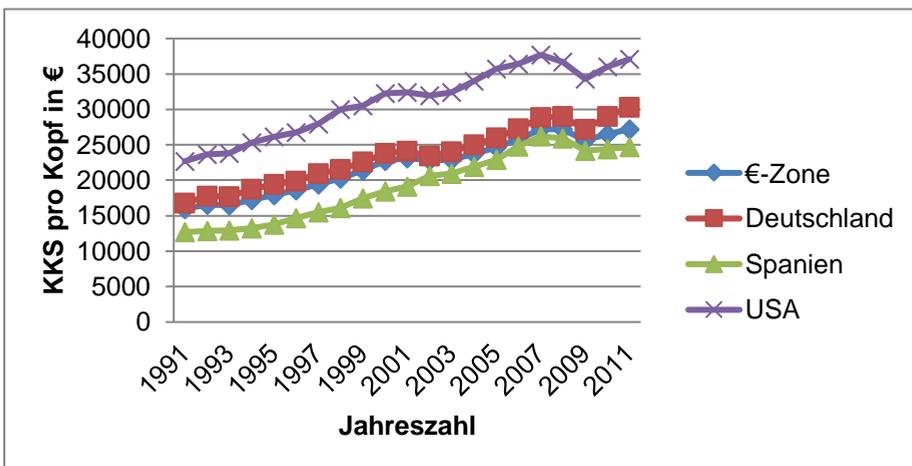


Abbildung 9: Die Entwicklung des BIP gemessen am Kaufkraftstandard pro Kopf in € in der €-Zone, Deutschland und Spanien im Vergleich zu den USA in den Jahren 1991-2011 (Datenquelle: eurostat)