

**13.07.01**

## **Stellungnahme** des Bundesrates

---

### Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts

Der Bundesrat hat in seiner 766. Sitzung am 13. Juli 2001 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§§ 194 bis 218 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, in welcher Weise sichergestellt werden kann, dass die Neugestaltung des Verjährungsrechts nicht auf die im Entwurf zur Änderung vorgesehenen Vorschriften beschränkt bleibt, sondern dass alle Verjährungsvorschriften, auch außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und die sachlich damit zusammenhängenden Fristenregelungen im erforderlichen Umfang mit der Neuregelung harmonisiert werden.

2. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 196 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 196 ist das Wort "zehn" durch das Wort "dreißig" zu ersetzen.

Begründung:

Ansprüche auf Immobilienrechte müssen ebenfalls in die dreißigjährige Verjährung einbezogen werden. Beim Verkauf noch nicht vermessener Teilflächen ist es nicht selten, dass die Vermessung erst nach Jahren erfolgt (z.B. Grundankauf für Autobahnprojekte oder andere Großbauvorhaben der öffentlichen Hand). Ob der Eigentumsverschaffungsanspruch indessen erst fällig wird, wenn das Messungsergebnis vorliegt, erscheint unklar. Wenn nämlich die verkaufte Teilfläche im Kaufvertrag genau bestimmt ist, kann eine

...

materiellrechtlich wirksame Auflassung sofort mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts erklärt werden. Eine nochmalige Erklärung nach Vorliegen des Messungsergebnisses ist nur ein Erfordernis des Grundbuchverfahrens. Möglicherweise verjährt daher der Eigentumsverschaffungsanspruch nach dem Entwurf bereits nach zehn Jahren ab Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages.

Weitere Probleme ergeben sich im Bereich des Rechts der Grundpfandrechte und Dienstbarkeiten: Sichert eine Grundschuld keine Verbindlichkeiten mehr, so steht dem Sicherungsgeber gegen den Grundschuldgläubiger ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zu. Bei Sicherungsgrundschulden zu Gunsten von Banken werden Grundschulden oft bewusst "stehen gelassen", um für zukünftige Kredite Sicherheiten vorzuhalten. Der Rückgewähranspruch spielt auch bei Dienstbarkeiten eine wichtige Rolle: Hier ist einmal an Bezugspflichten sichernde Dienstbarkeiten zu denken, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nur auf die Dauer von 15 Jahren verwendet werden dürfen. Zum anderen sind Abstandsfächendienstbarkeiten dann zurückzugewähren, wenn die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für deren Bestellung weggefallen sind. Letzteres dürfte dem Eigentümer des dienenden Grundstücks häufig nicht innerhalb der kurzen Frist von zehn Jahren bewusst werden. In allen vorgenannten Fällen müsste die gesetzliche Verjährungsfrist formularmäßig verlängert werden, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Eine gesetzliche Verjährungsfrist verliert aber ihren Sinn, wenn sie massenhaft kautelarjuristisch verlängert werden muss.

Widersprüchlich ist der Entwurf auch hinsichtlich der Buchersitzung: Ein im Grundbuch zu Unrecht gelöscht Recht würde bereits nach drei oder zehn Jahren untergehen (§ 901 BGB), während für die Buchersitzung (§ 900 BGB) weiterhin die dreißigjährige Frist gelten soll.

Im Immobilienverkehr hat die bisherige dreißigjährige Regelverjährung zu keinerlei Missständen geführt. Daher muss sie beibehalten werden, um zahlreiche mit der Abkürzung zusammenhängende Probleme zu vermeiden. Beweisschwierigkeiten drohen vor allem deshalb nicht, weil die Ansprüche im Zusammenhang mit Immobilienrechten in der Regel auf notariellen Urkunden beruhen.

### 3. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob zu den Herausgabeansprüchen aus dinglichen Rechten, die in 30 Jahren verjähren sollen, neben dem Anspruch aus dem Eigentum nur Ansprüche aus solchen Rechten gehören sollen, die von vergleichbarer Beständigkeit wie das Eigentum sind, und nicht auch der Anspruch wegen Besitzentziehung (§ 861 BGB) sowie der Anspruch des früheren Besitzers (§ 1007 BGB).

Begründung:

Der Anspruch wegen Besitzentziehung und der Anspruch des früheren Besitzers sollten nicht der dreißigjährigen Verjährung unterfallen. Bei diesen Ansprüchen reicht vielmehr die regelmäßige Verjährungsfrist aus.

4. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 199 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Vorschrift des § 199 BGB-E um eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist für nicht fällige vertragliche Erfüllungsansprüche zu ergänzen ist.

Begründung:

Nach der Regelung des § 199 BGB-E können vertragliche Erfüllungsansprüche, die noch nicht fällig sind, nicht verjähren. Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 2 Satz 1 BGB-E greift nicht ein, da dort für den Beginn der Verjährung auf die Fälligkeit des Anspruchs abgestellt wird. Die Ausschlussfrist des § 199 Abs. 3 BGB-E greift nicht ein, da diese Vorschrift lediglich Schadensersatzansprüche erfasst. Danach gäbe es nach dem Entwurf in einem großen Bereich unverjährende Ansprüche.

Dies ist auch das Ergebnis der ersatzlosen Abschaffung des § 199 BGB, der jedenfalls für diejenigen Ansprüche, denen eine Kündigung des Berechtigten vorangehen musste, eine besondere Vorschrift über den (vorverlagerten) Verjährungsbeginn enthält. Eine gewisse Bedeutung erlangt die Bestimmung des § 199 BGB zur Zeit bei der Frage, wann Forderungen aus sogenannten "Uralt-Sparbüchern" verjähren (vgl. dazu Arendts/Teuber, MDR 2001, 546).

Nach dem Entwurf können aber auch Werklohn-, Honorar- oder andere Entgeltansprüche nicht verjähren, wenn deren Fälligkeit von der Stellung einer Rechnung oder einer sonstigen die Fälligkeit begründenden Erklärung des Gläubigers abhängt (vgl. z.B. § 8 HOAI; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 271, Rdnr. 7).

5. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 201 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 201 ist Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Errichtung des vollstreckbaren Titels oder der Feststellung im Insolvenzverfahren, nicht jedoch vor der Fälligkeit des Anspruchs."

Begründung:

Der Antrag passt die in § 201 Satz 1 BGB-E genannten Titel an die Reihenfolge an, in der sie in § 197 Abs. 1 BGB-E genannt werden.

6. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 202 - Überschrift - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 202 sind in der Überschrift die Wörter "Unzulässigkeit von" zu streichen.

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

7. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 202 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 202 Abs. 2 BGB-E eine Regelung aufzunehmen ist, nach der die Verjährungsfrist auch durch vertragliche Vereinbarung eine zu bestimmende Mindestfrist nicht unterschreiten darf.

Begründung:

Nach § 202 Abs. 2 BGB-E wäre es möglich, vertraglich zu vereinbaren, dass alle Ansprüche sofort verjährt sind. Eine solche Regelung könnte außerhalb der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur am Maßstab der §§ 138 und 242 BGB überprüft werden. Dies könnte der Gesetzgeber verhindern, indem er in § 202 Abs. 2 BGB-E eine solche Mindestfrist vorgibt.

8. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 203 Satz 3, 4 - neu - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 sind dem § 203 folgende Sätze anzufügen:

"Geraten die Verhandlungen in Folge einer Vereinbarung oder dadurch in Stillstand, dass sie von keiner Seite weiter betrieben werden, so endet die Hemmung sechs Monate nach der letzten, im Rahmen der Verhandlungen zwischen dem Schuldner und Gläubiger abgegebenen Erklärung. Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien vor Ablauf dieser Frist die Verhandlungen wieder aufnimmt."

Begründung:

Es bedarf einer Regelung, die sicherstellt, dass Ansprüche nicht auf unabsehbare Zeit dadurch gehemmt werden, dass Verhandlungen nicht weiterbetrieben werden. Dies wird durch eine Ergänzung der Vorschrift des § 203 BGB-E gewährleistet.

9. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2, § 213 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in die Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2 BGB-E neben der Hemmung und dem Neubeginn der Verjährung auch die Ablaufhemmung aufzunehmen ist. Sollte dies der Fall sein, wären in § 213 BGB-E nach dem Wort "Hemmung" ein Komma und die Wörter "die Ablaufhemmung" zu ergänzen.

Begründung:

Die Ablaufhemmung unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen von der Hemmung. Sie wird deshalb folgerichtig erst im Anschluss an die Vorschriften über die Hemmung und deren Wirkung (§ 209 BGB-E) in zwei selbständigen Tatbeständen geregelt (§§ 210 und 211 BGB-E). Die Ablaufhemmung stellt daher keinen Unterfall der Hemmung dar, wovon der Entwurf aber an einigen Stellen ausgeht.

Die Überschrift von Titel 2 ist daher um die dort geregelten Fälle der Ablaufhemmung zu erweitern. Konsequenterweise ist dann in § 213 BGB-E neben der Hemmung auch die Ablaufhemmung zu nennen.

10. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob entsprechend dem bisherigen § 212 Abs. 1 BGB und den vergleichbaren oder auf § 212 Abs. 1 BGB verweisenden Bestimmungen der §§ 212a bis 215 und 220 BGB eine Vorschrift aufgenommen werden kann, nach der die Hemmung rückwirkend entfällt, wenn die Klage oder der sonstige Antrag zurückgenommen oder durch Prozessurteil abgewiesen wird.

Begründung:

Derzeit ist für die Klageerhebung und der Klageerhebung gleichgestellte prozessuale Handlungen in § 209 BGB eine Unterbrechung der Verjährung vorgesehen, während bei Rücknahme der Klage oder gleichgestellter Handlungen die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt, § 212 ff. BGB.

Der Gesetzentwurf sieht nunmehr vor, die Unterbrechung durch eine Hemmung zu ersetzen, wobei ein rückwirkendes Entfallen der Hemmung im Falle der Rücknahme der Klage oder eines sonstigen Antrages oder im Falle eines Prozessurteils nicht vorgesehen ist. Begründet wird dies damit, dass für das Entfallen der Hemmungswirkung bei Rücknahme der Klage und vergleichbarer Handlungen kein Bedürfnis mehr bestehe, weil durch die Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung in deutlich geringerem Maße auf den Lauf der Verjährungsfrist eingewirkt werde. Außerdem sollte nach der Auffassung der Bundesregierung der bloße Aufschub für die Dauer des Verfahrens und die sechsmonatige Nachfrist unabhängig vom Ausgang des Verfahrens sein.

Diese Begründung vermag allein nicht zu überzeugen, da sie wesentliche rechtliche und tatsächliche Aspekte nicht berücksichtigt.

Zum Beispiel hat nach § 269 Abs. 3 ZPO eine Klagerücknahme zur Folge, dass der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Damit entfallen nicht nur sämtliche prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit rückwirkend, sondern - soweit keine gesetzlichen Regelungen wie der bisherige § 212 Abs. 1 BGB vorhanden sind - im Zweifel auch alle materiellrechtlichen Wirkungen (vgl. BGH, NJW 1986, 2318 m.w.N.). Wie diesem rechtlichen Gesichtspunkt hinreichend Rechnung getragen werden kann, wenn die Hemmung nicht rückwirkend entfallen soll, ist nicht erkennbar und wird in der Gesetzesbegründung auch nicht dargelegt.

Darüber hinaus finden sich in der Begründung des Gesetzentwurfes auch keine Ausführungen, die erkennen lassen, dass sich die Bundesregierung mit der Frage des Missbrauchs der Hemmungswirkung befasst hat. Auch wenn die Auswirkungen einer Hemmung - wie die Bundesregierung zutreffend dargestellt hat - nicht so gravierend auf die Verjährungsfrist wirken wie eine Unterbrechung, ist dennoch auch die Wirkung der Hemmung gerade im Hinblick auf die vorgesehene sechsmonatige Nachfrist des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB-E nicht zu unterschätzen. Darüber hinaus wird in dem Gesetzentwurf vorgeschlagen, die prozessualen Handlungen, die zu einer Hemmung der Verjährung führen sollen, zum Beispiel um die erstmalige Bekanntgabe eines Prozesskostenhilfeantrages zu erweitern und somit einen erleichterten Zugang zu der Hemmungswirkung zu schaffen. Im Hinblick hierauf ist ein Missbrauch der Hemmungswirkung nicht auszuschließen, dem durch das Entfallen der Hemmung bei Rücknahme der Klage und sonstiger Anträge wirksam begegnet werden könnte.

11. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 204 Abs. 1 BGB-E die Nummer 11 wie folgt gefasst werden sollte:

"11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1044 der Zivilprozessordnung), in dem der Anspruch geltend gemacht wird,"

Begründung:

Die bisherige Fassung des § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB-E knüpft den Eintritt der Verjährungshemmung an den Grundfall des § 1044 ZPO, bei dem die Parteien keine Vereinbarungen über den Beginn des Schiedsverfahrens getroffen haben. Der danach maßgebliche Zeitpunkt des Antragsempfangs des Schiedsbeklagten soll aber auch für die Fälle abweichender schiedsvertraglicher Gestaltung gelten, um - wie sich die Entwurfsbegründung ausdrückt - eine "Unsicherheit über den Zeitpunkt des Hemmungsbeginns" zu vermeiden.

Diese Regelung berücksichtigt nicht hinreichend die Bedeutung individuell abweichender Abreden zum Verfahrensbeginn. Im Interesse einer raschen und leicht nachweisbaren Antragsübermittlung wird in der schiedsrichterlichen Praxis häufig eine Drittstelle (etwa die Geschäftsstelle einer schiedsrichterlichen Institution) als Empfangsstelle des Schiedsantrags vorgesehen und der Tag des dortigen Eingangs als Beginn des Schiedsverfahrens festgesetzt. Derartige Ausgestaltungen - die sich durch den Geltungswillen aller Beteiligten legitimieren - sollten auch verjährungsrechtlich nicht ignoriert werden.

Es erscheint daher vorzugswürdig, den Tatbestand des Hemmungseintritts zulässigen Individualvereinbarungen zum Verfahrensbeginn zu öffnen. Die vorgeschlagene Fassung des § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB-E knüpft dementsprechend die verjährungshemmende Wirkung allgemein an den Beginn des Schiedsverfahrens. Rechtliche Unsicherheiten sind insoweit kaum zu befürchten, zumal, wenn sich die Parteien eines institutionalisierten Schiedsgerichts bedienen, dessen Schiedsverfahrensordnung die Frage des Verfahrensbeginns üblicherweise regelt.

12. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Vorschrift des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E vor dem Hintergrund des § 202 Abs. 2 BGB-E, der an die Stelle des § 225 Satz 1 BGB tritt, zu überarbeiten.

Begründung:

Die Vorschrift des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E übernimmt inhaltlich die Regelung des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB, die lediglich redaktionell angepasst wird. Der Zweck des bisherigen § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB ist vor dem Hintergrund des § 225 Satz 1 BGB zu sehen, der jede Erschwerung der Verjährung ausgeschlossen hat. Sinn des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB war es, eine Umgehung des § 225 BGB zu verhindern.

Der Entwurf übernimmt nun in § 202 Abs. 2 BGB-E nicht die Vorschrift des § 225 BGB, sondern erklärt eine die Verjährung erschwerende Vereinbarung nur dann für unwirksam, wenn sie zu einer 30 Jahre übersteigenden Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn führt. Ansonsten sollen verjährungser schwerende Vereinbarungen entsprechend der allgemeinen Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig sein (Entwurfsbegründung, S. 246 f.).

Die bisherige Regelung des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB hat bisher vielfach Schwierigkeiten bereitet, wenn ein Prozess aus einem "triftigen Grund" nicht weiter betrieben wurde, beispielsweise um den Ausgang eines Musterprozesses abzuwarten. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung teilweise die Regelung des § 211 Abs. 2 BGB in teleologischer Reduktion nicht angewandt. Allerdings blieben die Voraussetzungen, nach denen die Unterbrechung der Verjährung trotz des Verfahrensstillstandes andauern sollte, bis zuletzt auch in der Rechtsprechung der einzelnen BGH-Senate umstritten (vgl. zuletzt BGH WM 2000, 2551; Wagner NJW 2001, 182 <183 f.>).

Vor dem Hintergrund des § 202 BGB-E ist die Regelung des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E in ihrer ursprünglichen Zielsetzung entbehrlich. Vielfach dient der Verfahrensstillstand prozessökonomischen Interessen und Zielen, wie beispielsweise den Ausgang eines Musterverfahrens oder den Ausgang des Berufungsverfahrens über ein Urteil abzuwarten. In der Vergangenheit hat die Regelung des § 211 Abs. 2 BGB ein solches sinnvolles und im Interesse der Rechtspflege liegendes Verhalten der Parteien verhindert, bzw. mit dem unerwarteten Eintritt der Verjährung bestraft. Diese Gefahr besteht unter dem neuen Recht um so mehr, als die Klageerhebung nicht mehr zu Unterbrechung und Neubeginn der Verjährung führt, sondern lediglich einen Hemmungsgrund darstellt. Die Gefahr des unbeabsichtigten Ablaufens der Verjährungsfrist wegen eines Verfahrenstillstandes wird damit weiter erhöht.

Die weitere Hemmung ist auch bei Stillstand des Verfahrens geboten. Für diesen Fall sollten die Voraussetzungen, unter denen die Verjährung erneut zu laufen beginnt, klar formuliert werden.

Für den Fall des Stillstandes des Verfahrens infolge Vereinbarung ist eine Lösung auch über § 202 BGB-E möglich, die allerdings wohl eine ausdrückliche Regelung dieser Frage voraussetzt.

13. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 205 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Klauselverbot aufzunehmen ist, das die formularmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist für Grundpfandrechtszinsen ausschließt.

Begründung:

In Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung hat der BGH entschieden (NJW 1999, 3705 <3707>), dass § 202 Abs. 1 BGB auf Ansprüche aus Sicherungsschulden (Grundschuldzinsen) nicht entsprechend anzuwenden ist. Da heute regelmäßig Grundschuldzinsen von oft bis zu 18 % jährlich vereinbart werden, verdoppelt sich der Sicherungsumfang einer Grundschuld in weniger als sieben Jahren, was der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Dieser Rechtsprechung soll nicht die Grundlage entzogen werden soll (Entwurfsbegründung, S. 266).

Nachdem § 202 Abs. 2 BGB-E Vereinbarungen über die Erschwerung der Verjährung entgegen der bisherigen Rechtslage ausdrücklich zulässt, erscheint es nunmehr aber geboten, für den Bereich der Grundpfandzinsen ein Korrektiv im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Klauselverbot) zu schaffen, das die Fortführung der bis 1999 üblichen, für den Schuldner und nachrangige Gläubiger untragbaren Praxis ausschließt.

14. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 207 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 207 BGB-E auf das Verhältnis von Stiefkindern zu ihren Stiefeltern und auf ehe- oder familienähnliche Verhältnisse ausgedehnt werden kann.

Begründung:

Nach § 207 Satz 1 und 2 BGB-E ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und minderjährigen Kindern sowie Vormund und Mündel gehemmt, solange die Ehe, die Lebenspartnerschaft oder das Vormundschaftsverhältnis besteht. Gleiches soll nach § 207 Satz 3 und 4 BGB-E auch für die Betreuung, die Pflegschaft und die Beistandschaft gelten.

Die Vorschrift soll den auf gegenseitige Rücksichtnahme gegründeten Familienfrieden vor Störungen durch die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen bewahren.

Um diesem Ziel gerecht zu werden, ist zumindest die Einbeziehung des Verhältnisses zwischen minderjährigen Stiefkindern und Stiefeltern erforderlich, weil hier der vertretungsberechtigte Elternteil häufig auf seinen

Ehepartner Rücksicht nehmen und von der Geltendmachung von Ansprüchen absehen wird (so auch OLG Hamm, Beschluss vom 28. März 2000 - 6 W 5/00 -, MDR 2000, 832).

Darüber hinaus sollte überdacht werden, ob eine Hemmung nicht auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie in dem Verhältnis Kind und Lebensgefährte des Elternteils im Interesse eines ungestörten Familienlebens eingeführt werden sollte. Einer derartigen Ausweitung des § 204 BGB steht die Rechtsprechung - allein im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit - bislang kritisch gegenüber (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 8. Dezember 1998 - 13 U 105/98 -, VersR 2000, 332).

#### 15. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 207 Satz 3, 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 207 Satz 3 und 4 BGB-E - zumindest für die Betreuung und die Pflegschaft - die Hemmung wie in den Sätzen 1 und 2 beidseitig ausgestaltet werden kann.

##### Begründung:

Nach § 207 Satz 1 und 2 BGB-E ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und minderjährigen Kindern sowie Vormund und Mündel gehemmt, solange die Ehe, die Lebenspartnerschaft oder das Vormundschaftsverhältnis besteht. Gleiches soll nach § 207 Satz 3 und 4 BGB-E auch für die Betreuung, die Pflegschaft und die Beistandschaft gelten, allerdings unter der Einschränkung, dass einseitig nur Ansprüche des Betreuten gegen den Betreuer, des Pfleglings gegen den Pfleger und des Kindes gegen den Beistand einbezogen werden. Ansprüche des Betreuers gegen den Betreuten beispielsweise sollen somit in der Verjährung nicht gehemmt werden.

In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass es in einem Betreuungsverhältnis, einer Pflegschaft und einer Beistandschaft normalerweise kein dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und dem Vormund und Mündel vergleichbares Näheverhältnis gibt, das der Gläubiger (Betreuer, Pfleger, Beistand) vor Störungen durch eine klageweise Geltendmachung bewahren möchte und das ihn an der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche hindert.

Diese Begründung überzeugt nicht.

Ebenso wie bei der Bestellung eines Vormunds (§ 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB) - für den bei Geltendmachung von Ansprüchen eine Hemmung der Verjährung eintritt - werden auch bei der Bestellung eines Betreuers (§ 1897 Abs. 5 BGB) oder eines Pflegers (§ 1915 Abs. 1 und § 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB) die verwandtschaftlichen und persönlichen Bindungen des Betreuten und des Pfleglings besonders berücksichtigt, so dass gerade auch in Betreuungs- und Pflegschaftsverhältnissen Verwandte oder nähere Bekannte als Betreuer oder

Pfleger eingesetzt werden. Das Näheverhältnis ist damit bei der Betreuung und der Pflegschaft durchaus einem solchen bei der Vormundschaft vergleichbar, auch wenn die Vormundschaft regelmäßig einen weitaus größeren Umfang einnimmt.

Darüber hinaus hat das BayObLG mit Beschluss vom 9. Oktober 1998 (3 Z BR 235/98, NJW-RR 1999, 517) gerade für einen Fall, in dem ein Betreuer Vergütungsansprüche gegen den (verstorbenen) Betreuten geltend gemacht hat, ausgeführt, dass die Verjährung der Vergütungsansprüche des Betreuers während der Dauer des Betreuungsverhältnisses gehemmt ist. Auch mit dieser Entscheidung ist § 207 Satz 3 und 4 BGB-E nicht zu vereinbaren.

#### 16. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 213 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 213 BGB-E inhaltlich und sprachlich klarer gefasst werden kann.

##### Begründung:

Nach § 213 BGB-E gelten die Hemmung und der erneute Beginn der Verjährung auch "für Ansprüche, die neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind".

Damit soll nach der Gesetzesbegründung in Anlehnung an § 477 Abs. 3 BGB erreicht werden, dass die Wirkungen der Hemmung oder des erneuten Beginns der Verjährung nicht nur für den geltend gemachten Anspruch im prozessrechtlichen Sinne eintreten, sondern auch für Ansprüche, die wahlweise neben dem geltend gemachten Anspruch gegeben sind oder auf die stattdessen übergegangen werden kann. Es muss sich also um Fälle handeln, in denen das Gesetz dem Gläubiger von vornherein mehrere Ansprüche zur Wahl stellt oder es ihm ermöglicht, in Verfolgung des gleichen wirtschaftlichen Interesses von einem zum anderen Anspruch überzugehen. Ein solches Verhältnis soll beispielsweise nicht gegeben sein zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens, da es sich hierbei um Ansprüche handle, die von vornherein nebeneinander und nicht wahlweise gegeben seien.

Dem Wortlaut der Vorschrift lassen sich die in der Gesetzesbegründung dargestellten Anforderungen zumindest für die wahlweise nebeneinander bestehenden Ansprüche nicht entnehmen. Mit der Formulierung: "die neben dem Anspruch ... gegeben sind", wird weder das Wahlverhältnis zwischen den Ansprüchen noch die Tatsache verdeutlicht, dass die Ansprüche auf das gleiche Interesse gerichtet sein müssen.

Da - wie in der Gesetzesbegründung zutreffend dargestellt wird - gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten in diesem Bereich ohnehin nicht zu vermeiden sein werden, muss der Wortlaut der Vorschrift so konkret und prägnant wie möglich zumindest die klaren Fallkonstellationen beschreiben.

### 17. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 218 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 218 Abs. 1 BGB-E dahin zu ergänzen ist, dass im Falle der Verjährung des Anspruchs auf die Leistung oder des Anspruchs auf Nacherfüllung auch der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 281 BGB-E entfällt.

#### Begründung:

Unter ähnlichen Voraussetzungen wie beim Rücktritt nach § 323 BGB-E kann der Gläubiger nach § 281 i.V.m. § 280 BGB-E Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat und die Frist erfolglos abgelaufen ist, es sei denn, der Schuldner musste trotz der Fristsetzung nicht mit dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung rechnen. Wählt der Gläubiger im Fall der Teilnichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E den großen Schadensersatz, gestaltet sich das Schuldverhältnis ähnlich wie beim Rücktritt nach § 323 BGB-E um (§ 281 Abs. 4 BGB-E). Es dient daher jedenfalls der Klarstellung, dass sich die Regelung des § 218 Abs. 1 BGB-E nicht auf die Ausübung des Rücktrittrechts beschränkt, sondern auch das weitergehende Recht, Schadensersatz nach § 281 BGB-E zu wählen, erfasst (vgl. auch S. 320 der Entwurfsbegründung, die auch das Verlangen von Schadensersatz nach § 281 Abs. 3 BGB-E dem Rücktrittsverlangen ähnlich behandeln will).

Diese Klarstellung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Schadensersatzanspruch aus den §§ 281 und 437 Nr. 3 BGB-E ohnehin selbständig nach § 438 BGB verjährt. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 BGB-E entsteht erst mit Fristablauf, spätestens mit dem Verlangen nach Schadensersatz nach § 281 Abs. 3 BGB-E. Insoweit ist unklar, ob dieser zunächst noch nicht entstandene Schadensersatzanspruch schon den besonderen Verjährungsregelungen des § 438 Abs. 1 und 2 BGB-E unterworfen ist und die Verjährung - obgleich der Anspruch nicht entstanden ist - bereits mit der Ablieferung der Sache zu laufen beginnt (§ 438 Abs. 2 BGB-E). Der BGH hat erst kürzlich für die §§ 480 und 326 BGB entschieden, dass der Verjährungsbeginn bei § 477 Abs. 1 BGB das Entstehen des Anspruchs voraussetzt (vgl. BGH, NJW 1999, 2884; Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 477 Rdnr. 11). In der Grundaussage liegt diese Auffassung auch dem Entwurf zu Grunde, nach dem der Gläubiger eine reale Chance haben soll, seine Ansprüche vor Eintritt der Verjährung realisieren zu können.

18. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 5 (§ 247 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Regelung des § 247 BGB-E zu überprüfen.

Begründung:

Der zum 1. September 2001 geltende Basiszinssatz muss erstmals zum 1. Januar 2002 angepasst werden. Da § 247 BGB-E jedoch am 1. Januar 2002 in Kraft treten soll, ist die Vorschrift nach ihrem Wortlaut so zu verstehen, dass die erste Anpassung am 1. Juli 2002 erfolgt. Durch die Formulierung der Vorschrift oder ein vorgezogenes Inkrafttreten muss sichergestellt werden, dass die erforderliche Anpassung zum 1. Januar 2002 vorgenommen wird.

In Absatz 1 Satz 3 der Vorschrift sollten außerdem vor dem Punkt die Wörter "vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres" eingefügt werden, um entsprechend Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe c der Richtlinie 200/35/EG den Bezugszeitpunkt ausreichend genau festzulegen.

19. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 275 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB-E die Wörter "und solange" jeweils gestrichen werden sollten.

Begründung:

Die Einbeziehung der vorübergehenden Unmöglichkeit löst die in der Begründung des Gesetzentwurfs aufgeführten Fälle, in denen der Verpflichtete wieder leistungspflichtig wird.

Die Regelung wirft jedoch eine ganze Reihe von Folgeproblemen auf, die allesamt in dem Entwurf nicht geregelt sind. Insbesondere wären Folgeregelungen in § 275 Abs. 3, §§ 283, 285 und 311a BGB-E erforderlich.

Deshalb ist es erwägenswert, diese Problematik wie bisher der Rechtsprechung zu überlassen.

20. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 § 275 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Das Gleiche gilt, wenn die Leistung vom Schuldner persönlich zu erbringen ist und ihm unter Abwägung seines Leistungshindernisses und des Leistungsinteresses des Gläubigers nicht zugemutet werden kann."

Begründung:

Redaktionelle Vereinfachung und Klarstellung des Gewollten insbesondere betreffend die Formulierung "Leistung in der Person des Schuldners zu erbringen", weil die Leistung nicht in der Person des Schuldners, sondern vom Schuldner in Person, also persönlich, zu erbringen ist.

21. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 2, § 276 BGB),

Nr. 9 (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 288 Abs. 1, 2 BGB),

Nr. 13 (§ 311a BGB),

Nr. 15 (§ 326 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Hinblick auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht des Entwurfs die Besonderheiten des Arbeitsrechts durch ergänzende arbeitsrechtliche Bestimmungen abgesichert werden sollten.

Begründung:

Löwisch hat in NZArbR 2001, 465 ff. die Ansicht vertreten, der Entwurf lasse Zweifel daran aufkommen, ob die arbeitsrechtlichen Grundsätze insbesondere zur Arbeitnehmerhaftung und zur Betriebsrisikolehre bestehen bleiben könnten. Der Entwurf hat dieser Gefahr zwar schon durch § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB-E Rechnung getragen. Da die angesprochenen Grundsätze aber zum Kernbestand des Arbeitsrechts gehören, sollte hier dafür Sorge getragen werden, dass die gesicherten Grundsätze des Arbeitsrechts durch die Neuregelung keinen Schaden nehmen.

22. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es angezeigt ist, in § 275 Abs. 3 BGB-E die Verweisung auf § 280 BGB-E zu streichen.

Begründung:

Weil für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in § 283 BGB-E eine Rechtsgrundverweisung auf § 280 Abs. 1 BGB-E enthalten ist, dürfte die Verweisung auf diese Vorschrift in § 275 Abs. 3 BGB-E entbehrlich sein.

23. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 3 Satz 2 - neu - BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 275 BGB-E dem Absatz 3 folgender Satz angefügt werden sollte:

"Braucht der Schuldner nach Absatz 1 oder 2 vorübergehend nicht zu leisten, gilt außerdem § 323 entsprechend."

Begründung:

Bei der vorübergehenden Unmöglichkeit führt § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E nicht zu einem Untergang, sondern nur zu einer Hemmung des Leistungs- und Gegenleistungsanspruchs (§ 326 Abs. 1 BGB-E). Für den Gläubiger besteht jedoch ein praktisches Bedürfnis, eine endgültige Bereinigung der Rechtslage herbeizuführen. Dies ist indessen nicht möglich, weil in § 275 Abs. 3 BGB-E nicht auf § 323 BGB-E Bezug genommen wird. Dies ist in den Fällen eines dauerhaften Leistungshindernisses auch nicht erforderlich. Für den Fall der zeitweiligen Unmöglichkeit muss dies deshalb gesondert angeordnet werden. § 323 BGB-E hält für diesen Fall eine sachgerechte Lösung bereit. Schwierigkeiten kann lediglich die Frage der Fälligkeit bereiten, die § 323 BGB-E voraussetzt, wenn diese erst nach dem Eintritt der vorübergehenden Unmöglichkeit eingetreten wäre. Bei einer entsprechenden Anwendung des § 323 BGB-E kann dann aber auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in dem der Anspruch auf die Leistung ohne das vorübergehende Leistungshindernis fällig geworden wäre. Dies bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

24. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 276 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 § 276 Abs. 1 Satz 1 sind die Wörter "der Natur der Schuld" durch die Wörter "bei einer Geldschuld" zu ersetzen.

Begründung:

Nach § 276 BGB war bisher eindeutig geregelt, dass der Schuldner, vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung, nur fahrlässiges und vorsätzliches Handeln zu vertreten hat. Dieser bewährte Grundsatz galt nicht nur im Vertrags-, sondern auch im Deliktsrecht. Ausnahmen hiervon mussten entweder im Gesetz, wie z. B. in den Fällen einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung, geregelt sein oder sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses selbst ergeben, wie etwa bei einer Garantieübernahme.

Abweichend hiervon soll sich nunmehr auch "aus der Natur der Schuld" ein anderer Haftungsmaßstab ergeben können. Zwar ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs dabei in erster Linie an die Geldschuld gedacht, bei der der

Schuldner anerkanntermaßen für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch, dass diese in Folge ihrer Unbestimmtheit auslegungsbedürftige Neuregelung in der Praxis überdehnt und zu einer Haftungsverschärfung im Sinne einer Garantiehaftung ohne Verschulden in weiten Teilen des Vertragsrechts führen wird. Jedenfalls ist die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu, die letztlich über die Tragweite der Vorschrift zu befinden hätte, kaum vorhersehbar. Die Sicherheit des gewerblichen Rechtsverkehrs erfordert aber eindeutige, kalkulierbare Normen, die insbesondere das Haftungsrisiko, das für den Schuldner mit besonders gravierenden Rechtsfolgen verbunden ist, an klar umrissene Voraussetzungen knüpfen. Die Eröffnung einer über die Fahrlässigkeit hinausgehenden Haftung "aus der Natur der Schuld" ist damit nicht vereinbar und sollte deshalb zurückgenommen werden.

Der Spezialfall der Haftung für Geldschulden sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.

25. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Beweislastverteilung in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung:

Die Begründung des Gesetzentwurfes geht davon aus, dass § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-E lediglich die gegenwärtige Rechtslage wiedergibt. Dies ist in dieser Form nicht zutreffend. Richtig ist, dass §§ 282 und 285 BGB auch in anderen Fällen entsprechende Anwendung finden. Dies gilt aber nicht generell. Etwa in dem weiten und wichtigen Bereich der positiven Vertragsverletzung wird weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung des § 282 BGB befürwortet. Die Rechtsprechung differenziert nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen.

26. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E vor dem Wort "teilweise" das Wort "nur" eingefügt werden sollte.

Begründung:

Sprachliche Klarstellung des Gewollten.

27. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Formulierung "wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert" hinreichend verständlich und interessengerecht ist.

Begründung:

Nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn der Schuldner nur teilweise oder nicht wie geschuldet geleistet hat und das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung dies erfordert. Andernfalls soll der Gläubiger Schadensersatz nur für den ausgebliebenen oder mangelhaften Teil der Leistung beanspruchen können.

Das "Interesse an der geschuldeten Leistung" ist jedoch bei allen Gläubigern einheitlich darauf gerichtet, die vereinbarte Leistung vollständig und in vertragsgemäßer Güte zu erhalten. Das - bei allen Gläubigern gleiche - Interesse kann daher nicht einerseits einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung und andererseits nur einen "teilweisen" Schadensersatz erfordern. Die Beantwortung der Frage, wann der Gläubiger "ganzen" und wann "teilweisen" Schadensersatz erhalten können soll, muss sich deshalb daran orientieren, ob eine teilweise oder mangelhafte Leistungserbringung für den Gläubiger überhaupt einen Sinn hat (wobei insoweit eine objektive als auch eine subjektive Sichtweise zu Grunde gelegt werden könnte) weil nur in diesem Fall der Gläubiger auf einen "teilweisen" Schadensersatz verwiesen werden kann.

Im Übrigen sieht auch § 323 Abs. 4 Satz 1 BGB-E, der sich mit der gleichen Problematik für das Rücktrittsrecht befasst, eine andere Formulierung vor. Dort heißt es: "wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat".

Die derzeitige Fassung des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E sollte unter Berücksichtigung oben genannter Gesichtspunkte nochmals überdacht werden.

28. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 2, § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB),  
Nr. 15 (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Artikel 1 Abs. 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nummer 9 ist wie folgt zu ändern:

aa) In § 281 ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert."

bb) § 286 Abs. 2 ist wie folgt zu ändern:

- aaa) In Nummer 3 ist das abschließende Komma durch einen Punkt zu ersetzen.
  - bbb) Nummer 4 ist zu streichen.
- b) In Nummer 15 § 323 ist Absatz 2 wie folgt zu ändern:
- aa) In Nummer 2 ist das Wort "oder" am Ende durch einen Punkt zu ersetzen.
  - bb) Nummer 3 ist zu streichen.

Begründung:

Die zu streichenden Vorschriften enthalten jeweils Tatbestände, die eine erforderliche Fristsetzung entbehrlich machen (so bei §§ 281, 323 BGB-E) bzw. zum sofortigen Verzugseintritt führen (so bei § 286 Abs. 2 BGB-E). In ihrer generalklauselartig weiten Formulierung und der gehäuften Verwendung wertungsbedürftiger Rechtsbegriffe ("besondere Gründe", "beiderseitige Interessenabwägung") lassen sie keine klare Vorhersage zu, wann ihre Rechtsfolgen eintreten.

Die in der Gesetzesbegründung angeführten Beispiele enthalten teilweise schon seit langen in der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppen, bei deren Vorliegen von einer Mahnung abgesehen werden konnte (vgl. Entwurfsbegründung, S. 334), andererseits Hinweise auf ganz besondere Vertragstypen ("Just-in-Time-Verträge", siehe Entwurfsbegründung S. 319), die sich kaum verallgemeinern lassen und ohnehin Gegenstand umfangreicher Klauselwerke sind. Gesetzlicher Regelungsbedarf besteht in keinem der genannten Fälle.

Insgesamt führen diese Tatbestände zu einer erheblichen Verwässerung der gesetzlichen Regelung. Dem Rechtsanwender wird der Ausnahmecharakter dieser Bestimmungen nicht bewusst, was zu einer erheblichen Verunsicherung und einer Belastung der Gerichte mit Streitfragen über Anwendbarkeit und Reichweite dieser Tatbestände führt. Die Regelungen widersprechen daher auch dem Ziel des Gesetzes, ein einfacheres und klareres Schuldrecht zu schaffen, aus dem heraus der Rechtsanwender seine Rechte und Pflichten entnehmen kann. Die Vorschriften sind daher im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit zu streichen.

29. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es erforderlich ist, in § 281 Abs. 3 BGB-E klarzustellen, welche Rechtsfolgen gelten sollen, wenn sich der vom Gläubiger geltend gemachte Schadensersatzanspruch als unbegründet erweist, etwa weil der Schuldner den Entlastungsbe-

weis führen kann. In diesem Fall muss der Gläubiger wieder den Leistungsanspruch geltend machen können. Der Gesetzeswortlaut legt allerdings den gegenteiligen Schluss nahe. Auch in der Begründung wird die Frage nicht näher erläutert.

30. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 4 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 281 Abs. 4 sind die Wörter ", sobald der Schuldner nicht mehr zu leisten braucht" zu streichen.

Begründung:

Der bezeichnete Halbsatz in § 281 Abs. 4 BGB-E ist überflüssig. Wenn der Gläubiger nach Absatz 4 Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, so ist damit nach Absatz 3 der Anspruch auf die Leistung insgesamt ausgeschlossen, weil der Gläubiger in vollem Umfang Schadensersatz verlangt hat. Der Einschränkung des letzten Halbsatzes in Absatz 4 bedarf es daher nicht.

31. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§§ 281, 282 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, die Regelungen über den Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§ 281 BGB-E) und wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 282 BGB-E) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

Begründung:

Die Unterscheidung der Pflichtverletzung in § 281 BGB-E und § 282 BGB-E erscheint schon wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen der leistungsbezogenen und der sonstigen Pflichtverletzung problematisch. Es spricht viel dafür, dass der Schadensersatz statt der Leistung in einer einheitlichen Vorschrift für beide Bereiche der Pflichtverletzung zufriedenstellend und übersichtlich geregelt werden kann.

### 32. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 283 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Folgen eines vorübergehenden Leistungshindernisses in § 283 BGB-E ausreichend geregelt werden können.

#### Begründung:

Bei einem vorübergehenden Leistungshindernis erscheint es unangemessen, dem Gläubiger in jedem Fall sofort ein umfassendes Recht auf Schadensersatz zuzuerkennen, etwa wenn der Wegfall des Leistungshindernisses bereits erkennbar ist. Für diesen Fall kann die Wertung des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E entsprechende Anwendung finden, wonach der Gläubiger Schadensersatz nur verlangen kann, wenn sein Interesse dies erfordert.

Hat der Gläubiger seinen Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht, muss dasselbe gelten wie nach § 281 Abs. 3 BGB-E, d.h. der Gläubiger muss mit dem Anspruch auf Leistung grundsätzlich ausgeschlossen sein.

Es kommt folgender Satz 3 in Betracht:

"Auf ein vorübergehendes Leistungshindernis finden auch § 281 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 entsprechende Anwendung."

Alternativ könnte auch auf § 281 BGB-E insgesamt verwiesen werden. Damit würde die Parallelität zu der zu § 275 Abs. 3 BGB-E vorgeschlagenen entsprechenden Anwendung des § 323 BGB-E hergestellt. § 281 BGB-E ist ohnehin anwendbar in den Fällen des § 275 Abs. 2 BGB-E, in denen der Schuldner von der Erhebung der Einrede absieht in der Hoffnung, das Leistungshindernis werde noch rechtzeitig wegfallen. Auf die häufig unnötige Fristsetzung könnte über § 281 Abs. 2 BGB-E verzichtet werden.

### 33. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 285 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung für den Fall für erforderlich ist, dass, nachdem der Gläubiger das Herausgabeverlangen nach § 285 Abs. 1 BGB-E gestellt hat, der Schuldner wieder leistungspflichtig wird, weil das vorübergehende Leistungshindernis entfallen ist. Anders als in § 281 Abs. 3 BGB-E sollte das ius variandi bis zur Herausgabe des stellvertretenden commodum erhalten bleiben. Anschließend muss jedoch der Anspruch auf die Leistung endgültig erlöschen.

34. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 286 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie in das deutsche Recht umzusetzen ist.

Begründung:

Nach Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie sind Zinsen automatisch und ohne dass es einer Mahnung bedarf 30 Tage nach dem Leistungsempfang zu zahlen, wenn der Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung bei dem Schuldner unsicher ist. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs bedarf diese Regelung keiner Umsetzung, weil der Gläubiger den Schuldner nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB-E unmittelbar nach Erbringung der Leistung durch Mahnung in Verzug setzen kann. Nachdem Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie aber vorsieht, dass es in den Fällen, in denen der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung streitig ist, gerade nicht darauf ankommen soll, ob der Gläubiger gemahnt hat, wird die Zahlungsverzugsrichtlinie insoweit nicht umgesetzt.

35. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 286 Abs. 3 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 286 Abs. 3 ist Satz 2 zu streichen.

Begründung:

Die Bestimmung eines mahnungsunabhängigen Verzugsbeginns innerhalb von dreißig Tagen nach Erhalt einer Rechnung dient der Verbesserung der Zahlungsmoral. Zusätzlicher verzugsbegründender Umstände bedarf es auch gegenüber Verbrauchern nicht. Die Anforderung eines zusätzlichen Hinweises auf die Rechtsfolgen in der Rechnung stellt eine unnötige Belastung der Gläubiger dar.

36. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 288 Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 288 Abs. 2 sind nach dem Wort "Zinssatz" die Wörter "für die Gegenleistung in Geld" anzufügen.

Begründung:

Die in der Richtlinie 2000/35/EG vorgeschriebenen Zinssätze sind gemäß

Artikel 1 nur für Entgeltzahlungen verpflichtend. Der sich aus der Richtlinie ergebende hohe Zinssatz sollte nicht über den Geltungsbereich der Richtlinie hinaus vorgesehen werden.

37. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 288 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 288 ist Absatz 3 wie folgt zu fassen:

"(3) Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen."

Begründung:

Gegen den Gebrauch des Wortes "fortzuentrichten" in § 288 Abs. 3 BGB-E bestehen Bedenken. Dieser Wortlaut setzt voraus, dass schon vorher Zinsen zu entrichten waren. Die Kommentierungen müssen hier für die Erläuterung zu § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Entstehungsgeschichte der Norm zurückgreifen. Die geltende Regelung bedeutet, dass ein vertraglich vereinbarter Zins auch im Falle des Verzuges maßgeblich bleibt, soweit dort nicht Sonderregelungen eingreifen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 288, Rdnr. 5). Aus Anlass der Neuformulierung sollte eine entsprechend klare Fassung gewählt werden.

38. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 11 (§ 296 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 11 § 296 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Das Gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis voranzugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt."

Begründung:

Anpassung der Regelung des § 296 Satz 2 BGB-E an die Vorschrift des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E, die darauf abstellt, dass eine angemessene Zeit bestimmt ist.

39. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§§ 305 ff. BGB),  
Nr. 13 (§§ 312b ff. BGB),  
Nr. 31 (§§ 481 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob bei der Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB dem Zitiergebot der zu Grunde liegenden Richtlinien erneut Rechnung getragen werden muss.

Begründung:

Verschiedene Richtlinien verlangen, dass die Mitgliedstaaten in denjenigen Vorschriften, mit denen sie die Vorgaben der Richtlinie umsetzen, oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug nehmen. Die Verbraucherschutzgesetze erfüllen diese Verpflichtung durch einen amtlichen Hinweis. Mit der Integration der Gesetze in das BGB entfällt der Hinweis. Auch enthält der Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts keinen solchen Hinweis.

Den Rechtsunterworfenen ist daher der Bezug zu den Richtlinien nicht mehr ausreichend deutlich.

Die Hinweispflicht ergibt sich aus Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 94/47/EG, Artikel 15 Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG und Artikel 10 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG.

40. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Zweckmäßigkeit der Neuregelung in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf versucht, eine Regelung zur Verbesserung der Integration körperlich Behinderter zu treffen. Dieses Anliegen ist unterstützenswert. Es stellt sich aber die Frage, ob die vorgesehene Regelung hierfür zweckmäßig und geeignet ist.

Zum einen muss auf die Belange Behinderter nicht nur bei der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern überhaupt bei Abschluss und Abwicklung von Verträgen, aber auch bereits bei der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen Rücksicht genommen werden. Insofern stellt sich die Frage der Zweckmäßigkeit einer Sonderregelung gerade zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Außerdem müssen die Auswirkungen derartiger Bestimmungen ausreichend in Betracht gezogen werden. Regelungen, die dazu führen, dass Unternehmen mit

bestimmten Behinderten, etwa Blinden, möglichst überhaupt keine Geschäfte mehr abschließen, weil sie den hierfür erforderlichen unrentablen Aufwand vermeiden wollen, wären nicht im Interesse der Behinderten. Entsprechende Regelungen bedürfen deshalb einer sorgfältigen Überprüfung ihrer rechtstatsächlichen Folgen.

41. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 305a Nr. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren den Widerspruch aufzulösen, in dem sich der Gesetzeswortlaut und die Begründung zu § 305a Nr. 1 BGB-E befinden. Es erscheint unklar, wie die Regelung zu interpretieren ist. Der Bundesrat bittet darüber hinaus zu prüfen, ob für § 305a Nr. 1 BGB-E überhaupt eine Notwendigkeit besteht.

Begründung:

Nach der vorgeschlagenen Regelung des § 305a Nr. 1 BGB-E gelten AGB auch ohne Einhaltung der Erfordernisse des § 305 Abs. 2 BGB-E als einbezogen. Damit ist eine vertragliche Vereinbarung nicht erforderlich, eine gegenteilige Vereinbarung wirkungslos. Nach der Begründung soll aber das Konsensualprinzip nicht angetastet werden, also eine Verabredung der Geltung erforderlich bleiben (S. 345 f.). Dies entspricht der bisherigen Rechtslage nach § 23 Abs. 3 AGBG. Der Verzicht auf das Konsensualprinzip in Abweichung vom bisherigen Recht und entgegen der Begründung des Entwurfes bedürfte näherer Rechtfertigung. Auch in den Fällen der Nummer 1 sollte den Vertragspartnern die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben werden.

42. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 308 Nr. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 308 Nr. 1 ist die Angabe "§ 355 Abs. 1" durch die Angabe "§ 355 Abs. 1, 2" zu ersetzen.

Begründung:

Die Vorschrift des § 10 Nr. 1 AGBG verweist zwar derzeit lediglich auf § 361a Abs. 1 BGB. Dieser wird jedoch in § 355 BGB-E auf die Absätze 1 und 2 aufgeteilt.

43. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 sind im Einleitungssatz die Wörter "und § 478 Abs. 5 und der §§" durch ein Komma zu ersetzen.

Begründung:

Die Regelung des § 478 Abs. 5 BGB-E hat nur für Unternehmer Bedeutung, denen gegenüber gemäß § 310 BGB-E die Vorschrift des § 309 BGB-E keine Anwendung findet. Die Bezugnahme auf § 478 Abs. 5 BGB-E ist deshalb sinnlos.

44. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 4 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 Nr. 4 sind nach dem Wort "Leistung" die Wörter "oder Nacherfüllung" einzufügen.

Begründung:

Die Ergänzung ist erforderlich im Hinblick auf die jetzige Fassung von § 281 Abs. 1 Satz 1 und § 323 Abs. 1 BGB-E, wo jeweils der Fall der Nacherfüllung (zutreffend) gesondert aufgeführt wird.

45. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob neben der Haftung für einen Körperschaden auch die Gesundheitsverletzung sowie die Tötung genannt werden müssen, sowie ob der Tatbestand entsprechend der im Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Systematik für die Zurechnung des Verschuldens Dritter zu formulieren ist.

Begründung:

Mit der Vorschrift des § 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB-E soll der Katalog verbotener Klauseln des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG vollständig umgesetzt werden. Dort ist allerdings neben der Körperverletzung auch der "Verlust des Lebens" genannt. Da der Entwurf auch an anderen Stellen, entsprechend der Systematik des BGB, neben der Körperverletzung auch das Rechtsgut Leben selbständig nennt (vgl. § 199 Abs. 2 Satz 2 BGB-E), gibt es keinen Grund, sich im Rahmen von § 309 BGB-E auf den Tatbestand der

Körperverletzung zu beschränken. Ist der Tatbestand um die Verletzung des Lebens zu erweitern, erscheint es aber auch zwingend, die Gesundheitsverletzung mit in die Regelung einzubeziehen, um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den einzelnen Tatbeständen zu vermeiden.

Die im Entwurf verwandte Formulierung, dass die Haftung "auf einer Pflichtverletzung beruht, die der Verwender, sein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe zu vertreten hat", steht im elementaren Widerspruch zur Begründung der Haftung im Schuldverhältnis nach den §§ 280 und 276 BGB-E und dem Verständnis der Haftungszurechnung nach § 278 BGB. Nach § 280 BGB-E muss der Schuldner die Pflichtverletzung nach § 276 BGB-E zu vertreten haben. Die in § 278 BGB genannten Personen (gesetzlicher Vertreter, Erfüllungsgehilfe) sind nicht Partei des Schuldverhältnisses; sie treffen daher weder Pflichten aus diesem noch kann gegen sie eine (Schadensersatz-) Haftung aus diesem Schuldverhältnis begründet werden. Vielmehr muss sich der Schuldner (nur) deren schuldhaftes Verhalten (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nach § 278 BGB zurechnen lassen. Dies verkennt der Entwurf, indem er gegenüber dem Erfüllungsgehilfen und dem gesetzlichen Vertreter nicht auf die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Erfolges, sondern auf das "Vertreten müssen" abstellt. Zutreffend ist die Formulierung in § 309 Nr. 7 Buchstabe b BGB-E die insoweit auch die Regelung des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz übernimmt.

#### 46. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 7 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die aus § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGB-Gesetz übernommene Ausnahmeregelung mit Nummer 1 Buchstabe a des Anhangs zu Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln vereinbar ist.

#### Begründung:

Die Begründung des Gesetzentwurfes geht davon aus, dass Nummer 1 Buchstabe a des Anhangs zu Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie trotz der weichen Formulierung des § 3 Abs. 3 der Richtlinie verbindlich ist. Sie stützt dies auf eine Entscheidung des EuGH, der dieses Problem nicht ausdrücklich anspricht, jedoch entsprechend dieser Auffassung urteilt. Dann stellt sich allerdings die Frage, wie die vorgesehene Ausnahme mit der Richtlinie vereinbar ist. Die Richtlinie sieht derartige Ausnahmen nicht vor.

47. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 8 Buchstabe a BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 Nr. 8 Buchstabe a sind die Wörter ", soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;" durch die Wörter "unter den dort genannten Voraussetzungen;" zu ersetzen.

Begründung:

Verkürzung des Gesetzestextes durch Vermeidung unnötiger Wiederholungen.

48. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 8 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Formulierung des § 309 Nr. 8 BGB-E angemessen eingeschränkt werden kann.

Begründung:

§ 11 Nr. 8 AGB-Gesetz war bisher allein bezogen auf die Fälle von Unmöglichkeit und Verzug. § 11 Nr. 9 AGB-Gesetz war bezogen auf Teilunmöglichkeit und Teilverzug. Die Neugestaltung des Leistungsstörungsrechts macht zwar eine Umformulierung dieser Bestimmungen nötig. Die jetzt vorgesehene Fassung schränkt die Möglichkeit vertraglicher Haftungseinschränkungen jedoch sehr viel weitgehender ein als bisher und erfasst auch alle Fälle der Schlechtleistung.

Dies ist in besonderem Maße bedenklich bei Geschäften zwischen Verbrauchern, bei denen gebrauchte Gegenstände unter Verwendung allgemein gebräuchlicher Formulare veräußert werden, wie z.B. beim Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge. Weder in der Verbrauchsgüterkauf-richtlinie noch in der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln ist vorgesehen, dass der bisher übliche Gewährleistungsausschluss in solchen Fällen nicht mehr zulässig sein soll. Es besteht auch keine Veranlassung, an dieser Rechtslage etwas zu ändern.

Die jetzt vorgesehene Regelung des § 309 Nr. 8 BGB-E soll offenkundig auch die Fälle erfassen, in denen etwa in § 437 BGB-E auf §§ 323, 326 Abs. 1 Satz 3, §§ 280, 281, 283, 311a BGB-E verwiesen wird.

§ 309 Nr. 8 BGB-E muss deshalb entsprechend eingeschränkt werden. Gegebenenfalls muss für Geschäfte zwischen Verbrauchern eine Sonderregelung getroffen werden.

49. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 310 Abs. 3 Nr. 2 ist die Angabe "die § 305c Abs. 2 und §§ 306 bis 309" durch die Angabe "§ 305c Abs. 2 und die §§ 306, 307 bis 309" zu ersetzen.

Begründung:

Nach der Begründung des Gesetzentwurfes soll lediglich § 24a AGB-Gesetz übernommen werden. Dort wird jedoch § 7 AGB-Gesetz nicht in Bezug genommen, weshalb auch die Verweisung auf § 306a BGB-E entfallen muss, der § 7 AGB-Gesetz entspricht. Andernfalls bedürfte die Änderung näherer Begründung.

50. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 Abs. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Ausnahme für das Arbeitsrecht in § 310 Abs. 4 BGB-E (bisher § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz) noch sachgerecht ist.

Begründung:

§ 23 Abs. 1 AGB-Gesetz bestimmt gegenwärtig, dass das AGB-Gesetz insgesamt auf Arbeitsverträge keine Anwendung findet. Das bedeutet, dass sowohl die Vorschriften des AGB-Gesetzes über die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als auch die Vorschriften über ihre Kontrolle nicht auf Arbeitsvertragsbedingungen anzuwenden sind. Hieraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass eine AGB-Kontrolle im Bereich des Arbeitsrechts nicht stattfindet. § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz wird nämlich einhellig so ausgelegt, dass die Vorschrift nur speziell die Anwendung des AGB-Gesetzes, nicht aber die Vornahme einer AGB-Kontrolle an sich untersagt. Das Bundesarbeitsgericht geht deshalb derzeit so vor wie der Bundesgerichtshof vor Schaffung des AGB-Gesetzes. Auf der Grundlage von §§ 242 und 315 BGB werden Arbeitsvertragsbedingungen im Prinzip so überprüft, als fände jedenfalls § 9 AGB-Gesetz auf sie Anwendung. Damit stellt sich die Frage, ob die Herausnahme des Arbeitsrechts insgesamt aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes und der dieses insoweit ersetzenden §§ 305 ff. BGB-E sachlich gerechtfertigt ist.

51. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie sichergestellt werden kann, dass die Neuregelungen des Gesetzes nicht zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit von Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen untereinander führen.

Begründung:

Die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen erfolgt gemäß § 307 BGB-E anhand der wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Diese werden durch den vorliegenden Gesetzentwurf in erheblichem Umfang vor allem zu Gunsten der Käufer und Werkbesteller verschärft. Damit besteht die Gefahr, dass eine gleichartige Verschiebung der Gewichte anhand der AGB-Kontrolle auch zwischen Unternehmen herbeigeführt wird, obwohl dort kein entsprechendes Schutzbedürfnis vorhanden ist und keine Veranlassung besteht, bislang zulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen für unzulässig zu erklären. Die Entwicklung der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen auf Grund des vorliegenden Gesetzentwurfes bereitet deshalb der deutschen Wirtschaft größte Sorge. Es wird ein zunehmender Druck zum Ausweichen auf ausländisches Recht befürchtet, was nicht Ziel des deutschen Gesetzgebers sein kann.

In § 310 BGB-E sollte dem in geeigneter Weise Rechnung getragen werden, etwa indem die (in aller Regel) deutlich geringere Schutzbedürftigkeit bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmen herausgestellt wird. So könnten etwa in Absatz 1 Satz 2 nach dem Wort "Gebräuche" die Worte "sowie die geringere Schutzbedürftigkeit" eingefügt werden.

52. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 311a BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Folgen eines vorübergehenden Leistungshindernisses in § 311a BGB-E ausreichend geregelt werden können.

Begründung:

Auf die Ausführungen zu § 283 BGB-E wird Bezug genommen. Da § 311a Abs. 2 BGB-E eine eigene Anspruchsgrundlage darstellt, muss hier die Problematik gesondert, aber entsprechend der Lösung in § 283 BGB-E geregelt werden.

53. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 311a Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der in § 311a Abs. 2 BGB-E vorgesehene eigenständige Schadensersatzanspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit allen zu erfassenden Fällen gerecht wird oder ob der Sekundäranspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit nicht doch besser im Rahmen der allgemeinen Haftungsnormen der §§ 280 und 283 BGB-E erfasst sein sollte.

Begründung:

Ein Fall der in § 311a BGB-E erfassten anfänglichen Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn das verkaufte Recht nicht existiert. In diesem Fall sehen die §§ 437 und 440 BGB eine verschuldensunabhängige Garantiehafung des Verkäufers vor (vgl. Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 437, Rdnr. 6). Nach der Regelung des § 311a BGB-E hängt die Haftung des Verkäufers in einem solchen Fall künftig davon ab, ob er das Nichtbestehen des Rechts oder (im Fall des Forderungsverkaufs) Einwendungen und Einreden des Schuldners gegenüber der abgetretenen Forderung kannte oder kennen musste. Ob auch in diesem Fall der Übergang vom Garantieprinzip zum Verschuldensprinzip überzeugt und sachlich gerechtfertigt ist, lässt die Begründung offen, da sie sich mit dem Rechtskauf im Rahmen des § 311a BGB-E nicht beschäftigt (S. 380 f.).

An anderer Stelle führt die Entwurfsbegründung wiederum aus, dass der Verkäufer eines Rechts stillschweigend Garantien für den Bestand des Rechts übernehmen könne (Entwurfsbegründung, S. 569). Die im Entwurf vorausgesetzte Möglichkeit, für den Bestand des Rechts eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers anzunehmen, lässt sich aber nur sehr schwer mit der in § 311a BGB-E gewählten Haftungsregelung vereinbaren. Diese will erklärtermaßen bei dieser Leistungsstörung nicht auf die Leistungspflicht abstellen, sondern letztlich einen Irrtumsfall erfassen (S. 381). Es kommt hiernach nur darauf an, ob der Schuldner seine Unkenntnis zu vertreten hat, nicht dagegen, ob er durch Übernahme einer Garantie sein fehlendes Leistungsvermögen vertreten muss.

Eine jedenfalls elegantere Lösung, beim Rechtskauf im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit zu einer verschuldensunabhängigen Haftung zu gelangen, läge darin, die Haftung des Verkäufers aus den allgemeinen Haftungsbestimmungen der §§ 280 und 283 BGB-E zu begründen. Die Nichterfüllung führt zu einer Pflichtverletzung nach den §§ 280 und 283 BGB-E. Diese hat der Verkäufer verschuldensunabhängig zu vertreten, wenn sich dies aus der Natur der Schuld entnehmen lässt (§ 276 Abs. 1 BGB-E).

54. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312a Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312a ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Unterfällt ein Haustürgeschäft den Regelungen über den Verbraucherdarlehensvertrag oder den Teilzeitwohnrechtevertrag, so findet statt des Widerrufs- oder Rückgaberechts nach § 312 nur das für solche Verträge geltende Widerrufsrecht Anwendung."

Begründung:

Die Ausnahmeregelung soll nur in den Fällen gelten, in denen die Vorschriften der Sonderregelungen über ein Widerrufsrecht eine abschließende Regelung treffen.

Der Entwurf weicht entgegen seiner Begründung hinsichtlich des Verhältnisses zum Verbraucherkredit (jetzt: Verbraucherdarlehen) von § 5 Abs. 2 und 3 des Haustürwiderrufgesetzes ab, weil bisher vorgesehen ist, dass bei einem Geschäft nach dem Verbraucherkreditgesetz die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung finden, während nun nur noch die Vorschriften über den Widerruf vorrangig sein sollen. Da die Vorschriften über Haustürgeschäfte sich auf die Einräumung eines Widerrufs- oder Rückgaberechtes beschränken, dürfte insoweit letztlich kein Unterschied bestehen.

Unklar ist jedoch, was in den Fällen des § 491 Abs. 2 und 3 BGB-E gelten soll. Während in den Fällen des Absatzes 2 die Vorschriften über das Haustürgeschäft wie bisher (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 5 Haustürwiderrufgesetz, Rdnr. 5) anwendbar bleiben müssen, ist die Anwendbarkeit in den Fällen des Absatzes 3 (vorher § 3 Abs. 2 des Verbraucherkreditgesetzes) zweifelhaft. Ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren liegt derzeit dem EuGH vor (vgl. BGH, NJW 2000, 521). In das Gesetz ist nach einer Entscheidung des EuGH gegebenenfalls noch eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen.

Es genügt jedenfalls nicht, wie im Entwurf vorgesehen, allein auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines Verbraucherdarlehens abzustellen, weil damit nicht einmal etwas dazu ausgesagt wird, was in den Fällen des § 491 Abs. 2 BGB-E gelten soll.

Im Übrigen muss bei der Formulierung auch das Rückgaberecht nach § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB-E berücksichtigt werden.

55. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312b BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob und in welchem Umfang § 1 Abs. 4 FernAbsG in § 312b BGB-E übernommen werden muss.

Begründung:

Die Begründung zu § 312b BGB-E behauptet, mit § 312 b BGB-E sei § 1 FernAbsG wörtlich übernommen worden. Damit ist auch Absatz 4 gemeint. Da dieser jedoch fehlt, ist offen, ob es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen handelt oder ob sachliche Gründe für die Streichung maßgebend sind. Diese wären darzulegen.

56. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312b Abs. 3 Nr. 3 sind die Wörter "die Vermittlung von Darlehensverträgen" durch das Wort "Darlehensvermittlungsverträge" zu ersetzen.

Begründung:

Entgegen der Begründung, die behauptet, § 312b BGB-E übernehme wörtlich § 1 FernAbsG, sind diese Wörter zusätzlich eingefügt. Darlehensvermittlungsverträge können dem Widerrufsrecht jedoch unterfallen. Dies muss entsprechend klar formuliert werden.

57. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 ist jeweils das Wort "gewerblichen" durch das Wort "geschäftlichen" zu ersetzen.

Begründung:

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird angegeben, durch das Abstellen auf einen "gewerblichen" Zweck werde das Gewollte besser wiedergegeben.

Gegen diese Änderung der Formulierung des § 2 FernAbsG bestehen jedoch Bedenken. Zunächst sollten schon aus grundsätzlichen Erwägungen der Rechtskontinuität inhaltliche Änderungen des Fernabsatzgesetzes, das erst am 30. Juni 2000 in Kraft getreten ist, vermieden werden, soweit sie nicht unbedingt notwendig sind.

Die vorgesehene Änderung ist aber auch sachlich falsch und führt dazu, dass die Fernabsatzrichtlinie unzureichend umgesetzt wird. Der Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie erfasst alle Verträge zwischen Verbrauchern und Lieferanten (Artikel 1). Unter Lieferer ist jede natürliche und juristische Person zu verstehen, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt (Artikel 2 Nr. 3). Unter einem kommerziellen Zweck im

Sinne des § 4 Abs. 2 der Richtlinie kann daher keineswegs nur ein gewerblicher Zweck verstanden werden, weil hierdurch die beruflichen Tätigkeiten, die nicht gewerblicher Natur sind, nicht erfasst würden, obwohl sie der Richtlinie unterfallen. Dies betrifft z.B. selbständige Tätigkeiten. Aus diesem Grund war die Bezeichnung "geschäftlicher" Zweck in § 2 Abs. 1 FernAbsG zutreffend und muss beibehalten werden.

58. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312c Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312c ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen in der dort bestimmten Art und Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen."

Begründung:

Die vorgeschlagene Formulierung dient der besseren Verständlichkeit des Gesetzestextes. Die von der Bundesregierung als § 312c Abs. 2 BGB-E vorgeschlagene Vorschrift ist schwer verständlich, weil sie dreifach auf § 1 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht verweist, ohne dass dies hinreichend deutlich wird. Eine derartige Regelungstechnik ist abzulehnen.

Hinsichtlich der Wörter "Soweit nichts anderes bestimmt ist" wird auf § 1 Abs. 2 der Verordnung Bezug genommen, ohne dass dies erkennbar wird.

Mit den Wörtern "die Informationen nach Absatz 1 Nr. 1" wird auf § 1 Abs. 1 der Verordnung Bezug genommen, was nur über Absatz 1 erschlossen werden kann.

Mit den Wörtern "und die in der in Absatz 1 genannten Rechtsverordnung aufgeführten weiteren Informationen" wird auf § 1 Abs. 3 der Verordnung Bezug genommen, was vor allem deshalb schwer verständlich ist, weil der Begriff der "weiteren Informationen" im Hinblick auf die vorangehende Verweisung jedenfalls zunächst verwirrend ist.

Im Übrigen enthält Absatz 2 weitgehend Wiederholungen der in Bezug genommenen Ordnungsregelungen.

Wenn die Regelungen der Verordnung auf der Grundlage ausreichender Ermächtigung wirksam getroffen werden können, besteht für eine solche Regelungstechnik keine Notwendigkeit. Es genügt eine einfache Verweisung auf die Verordnung, die allerdings mit klarstellenden und wiederholenden Regelungen zur Form ergänzt werden kann.

59. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren in geeigneter Form klarzustellen, dass neben der Erfüllung der sich aus § 312c Abs. 1 und 2 BGB-E i.V.m. der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Informationspflichten über bestimmte Einzelheiten des Vertrages eine gesonderte Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB-E für das Anlaufen der Widerrufsfrist nach § 312d Abs. 2 BGB-E entbehrlich ist.

Begründung:

Die auf Grund des Artikels 240 EGBGB zu erlassende Verordnung sieht vor, dass der Unternehmer über ein bestehendes Widerrufs- oder Rückgaberecht informieren muss (Artikel 4 Nr. 2, § 1 Abs. 1 Nr. 9 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichen Recht). Nach geltendem Recht ist unklar, ob diese Informationspflicht (bisher § 2 Abs. 2 Nr. 8, Abs. 3 FernAbsG) die sich aus den allgemeinen Bestimmungen ergebende Informationspflicht über das Widerrufs- und Rückgaberecht (§ 355 Abs. 2 BGB-E; bisher § 361a Abs. 1 Satz 3 BGB) ersetzt oder neben sie tritt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 3 FernAbsG, Rdnr. 4). Da es sich bei einer doppelten Information um einen überflüssigen Formalismus handelt, sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass über das Widerrufs- und Rückgaberecht nur einmal zu belehren ist.

60. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Verweisung in § 312d Abs. 3 BGB-E auf § 355 Abs. 3 BGB-E dadurch erweitert werden kann, dass auch auf § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E verwiesen wird.

Begründung:

§ 312d Abs. 1 BGB-E räumt den Verbrauchern bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB-E ein. Nach § 355 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 BGB-E muss der Widerruf innerhalb von zwei Wochen ab Zurverfügung-Stellung der Belehrung erklärt werden. Das Widerrufsrecht erlischt jedoch spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss (§ 355 Abs. 3).

Nach § 312d Abs. 3 BGB-E soll das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung abweichend von § 355 Abs. 3 BGB-E erlöschen, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher

diese selbst veranlasst.

Der Verweis auf § 355 Abs. 3 BGB-E suggeriert, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 312d Abs. 3 BGB-E lediglich die Sechs-Monats-Frist des § 355 Abs. 3 BGB-E erlöschen soll, nicht aber auch die Widerrufsfrist von zwei Wochen nach § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E. Dies ist jedoch nicht zutreffend.

Wenn bei einer Dienstleistung der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung innerhalb der zweiwöchigen Widerrufsfrist des § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers beginnt, muss das Widerrufsrecht erlöschen und kann nicht bis zum Verstreichen von zwei Wochen weiterlaufen. In dieser Weise ist auch § 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 FernAbsG ausgestaltet, dessen Buchstabe b sich allgemein auf das Widerrufsrecht bezieht und nicht auf die derzeit vorgesehene späteste Frist von vier Monaten (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl. 2001, § 3 FernAbsG, Rdnr. 6).

61. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312d Abs. 3 ist das Wort "ausdrücklicher" zu streichen.

Begründung:

Für die Verschärfung der Vorschrift gegenüber § 3 FernAbsG besteht keine Veranlassung. Auch die Fernabsatzrichtlinie fordert keine ausdrückliche Zustimmung. Dieses Erfordernis stellt einen unnötigen Formalismus auf, mit dem die Vertragsparteien überfordert wären und womit dem Unternehmer ein erhebliches zusätzliches Risiko aufgebürdet würde. Eine konkludente Zustimmung muss wie bisher ausreichend sein.

Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund das Zustimmungserfordernis des Verbrauchers für den Beginn der Dienstleistung nunmehr durch das Merkmal der Ausdrücklichkeit verstärkt werden soll. Es handelt sich insoweit um die Einfügung eines unnötigen formalistischen Kriteriums.

62. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren den Zeitpunkt zu überprüfen, zu dem dem Kunden die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung gestellt werden müssen, dass er sie speichern und reproduzieren kann.

Begründung:

Der in § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB-E bestimmte Zeitpunkt, nach dem die Informationen über die Vertragsbedingungen und AGB alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung erfüllt sein müssen, ist zu spät.

Die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB-E dient der Umsetzung des Artikel 10 Abs. 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Die Richtlinie sieht zwar keinen ausdrücklichen Zeitpunkt vor, zu dem diese Informationspflicht erfüllt sein muss. Doch ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass diese Informationen - zumindest im Regelfall - beim Vertragsschluss zur Verfügung stehen sollen. Dies entspricht auch dem Schutzzweck der Bestimmung.

Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist beim elektronischen Geschäftsverkehr technisch regelmäßig schon beim Vertragsschluss möglich und dem Unternehmer zumutbar. Insoweit unterscheidet sich der äußere Ablauf und der Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr von den Fällen des § 312c Abs. 2 BGB-E bei Fernabsatzgeschäften, auf den die Entwurfsbegründung entscheidend abstellt. Wird der Vertrag beispielsweise telefonisch im Fernabsatz abgeschlossen, können die vom Unternehmer auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellenden Informationen naturgemäß erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Dagegen können beim elektronischen Geschäftsverkehr die geforderten Informationen technisch ohne Weiteres schon bei Vertragsschluss dem Kunden so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie in wiedergabefähiger Form speichern kann.

63. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312e Abs. 1 der Satz 2 gestrichen werden sollte.

Begründung:

Diese Vorschrift soll im Wesentlichen in wörtlicher Übernahme Artikel 11 Abs. 1 Spiegelstrich 2 der E-Commerce-Richtlinie umsetzen (so Entwurfsbegründung, S. 397). Die Richtlinie spricht jedoch lediglich vom "Eingang" der genannten Erklärungen, nicht von deren "Zugang". Der Begriff des Eingangs wird auch in der Richtlinie nicht näher definiert. Andererseits enthält die Richtlinie keine Einschränkung dahin, dass der Eingang erst erfolgt, wenn die Erklärung "unter gewöhnlichen Umständen" abgerufen werden kann.

Als Regelung des Zugangs könnte die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB-E überflüssig sein, jedenfalls aber systematisch an falscher Stelle platziert sein. Als nähere Bestimmung über den Zugang elektronischer

Willenserklärungen könnte sie, entsprechend verallgemeinert, als neuer Absatz 4 des § 130 BGB in das BGB eingestellt werden. Dies erscheint jedoch wegen der ohnehin schon geltenden und anerkannten Definition des Zugangs nach § 130 Abs. 1 BGB verzichtbar (vgl. Entwurfsbegründung, S. 397).

Fraglich ist, ob eine Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung geboten ist.

64. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB-E statt der Bezeichnung "Unternehmer" der Wortlaut der Richtlinie übernommen werden kann.

Begründung:

Nach § 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB-E sollen die Pflichten für einen Unternehmer bei Abschluss eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr dann nicht gelten, wenn "zwischen Unternehmern etwas anderes vereinbart wird."

Diese Vorschrift soll die Einschränkungen von Artikel 10 Abs. 1 und 2 sowie Artikel 11 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie übernehmen, wonach abweichende Vereinbarungen "zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind" zulässig sind. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde von der Bundesregierung eine positive Formulierung gewählt, die an die Unternehmereigenschaft des § 14 BGB anknüpft.

Eine derartige Vorgehensweise ist nur dann unbedenklich, wenn der Unternehmerbegriff (§ 14 BGB) vollumfänglich den Gegenbegriff zum Verbraucher (§ 13 BGB) darstellt, also keine Personen oder Personenvereinigungen ersichtlich sind, die weder als Verbraucher noch als Unternehmer eingestuft werden können. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zum Beispiel lassen sich Idealvereine, gemeinnützige Stiftungen und öffentliche Einrichtungen, deren Leistungsbeziehungen ausschließlich öffentlich rechtlich ausgestaltet sind, diesen Begriffen nicht zuordnen.

Damit ist die in der Richtlinie gewählte Formulierung - "Parteien, die nicht Verbraucher sind" - weiter als die im Gesetzentwurf vorgesehene Bezeichnung "Unternehmer". Um Diskrepanzen und eine nicht vollständige Umsetzung zu vermeiden, sollte deshalb der Wortlaut der Richtlinie übernommen werden.

65. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 314 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen und ggf. in geeigneter Weise klarzustellen, ob die in § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB-E erfolgte Bezugnahme auf eine Pflichtverletzung aus dem Vertrag sich auch auf die Verletzung einer "sonstigen Pflicht" i.S.v. § 282 BGB-E beziehen soll.

Begründung:

Weder dem Gesetzestext noch der Entwurfsbegründung (S. 412) kann eine eindeutige Aussage dazu entnommen werden, ob im Rahmen der Kündigungsvorschrift des § 314 BGB-E auch die Verletzung einer "sonstigen Pflicht" i.S.v. § 282 BGB-E relevant werden kann. Soweit ausgeführt wird, dass auch Schutzpflichtverletzungen für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses nach vorheriger Fristsetzung in Betracht kommen können, stellt sich die Frage, ob diese auch nicht auf das Leistungsinteresse bezogen sein können (vgl. für den Rücktritt: § 324 BGB-E). Da auch bei Dauerschuldverhältnissen, wie z.B. längerfristigen Sukzessivlieferungsverträgen, die Verletzung derartiger Neben- oder Schutzpflichten mit der Folge der Veranlassung zur Kündigung (vgl. Begründung, S. 322 unten) denkbar ist, erscheint eine entsprechende Überarbeitung der Vorschrift bzw. zumindest Klarstellung in der Begründung erforderlich.

66. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§ 323 Abs. 6 - neu -, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 ist wie folgt zu ändern:

a) Dem § 323 ist folgender Absatz 6 anzufügen:

"(6) Braucht der Schuldner die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, finden die Absätze 1 bis 5 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist."

b) In § 326 Abs. 1 ist Satz 3 zu streichen.

Begründung:

Die in § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB-E vorgesehene Regelung gehört systematisch zu § 323 BGB-E, weil sie nicht die Gegenleistung, sondern die Möglichkeit des Rücktritts regelt.

Sie muss umformuliert werden, weil sie das Gemeinte nicht ausreichend deutlich zum Ausdruck bringt und Missverständnisse hervorzurufen droht. Auch bei ihrem jetzigen Standort wird nicht klar genug erkennbar, dass es sich um einen Unterfall des Satzes 1 handeln soll. Bei der Einstellung in § 323 BGB-E als neuer Absatz 6 ist ohnehin eine Neuformulierung wegen des fehlenden Zusammenhangs zu § 326 Abs. 1 BGB-E erforderlich.

67. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§§ 323, 324 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, die Regelungen über den Rücktritt wegen nicht oder nicht

vertragsgemäß erbrachter Leistung (§ 323 BGB-E) und wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 324 BGB-E) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

Begründung:

Die Unterscheidung der Pflichtverletzung in § 323 und § 324 BGB-E erscheint wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen der leistungsbezogenen und der sonstigen Pflichtverletzung problematisch. Es spricht viel dafür, dass der Rücktritt in einer einheitlichen Vorschrift für beide Bereiche der Pflichtverletzung zufriedenstellend und übersichtlich geregelt werden kann.

68. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Wörter "seiner Arbeitskraft" durch einen treffenderen Ausdruck ersetzt werden sollten.

Begründung:

Der Schuldner muss sich nicht nur die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft, sondern auch seines sonstigen Leistungsvermögens anrechnen lassen, etwa bei anderweitiger Verwendung eines Restes des noch vorhandenen Leistungsgegenstandes. Dies entspricht der gegenwärtigen Rechtslage. Eine Klarstellung erscheint zweckmäßig.

69. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 1 sind die Wörter "unter Einschluss der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandenen Abnutzung" zu streichen.

Begründung:

Die zur Streichung vorgeschlagenen Wörter sind nicht erforderlich, können aber unbegründete Zweifel wecken.

Der Entwurf will an der gegenwärtigen Rechtslage hinsichtlich der Herausgabe von Nutzungen nichts ändern (Einzelbegründung zu § 346 Abs. 1 BGB-E, zweiter Absatz): Für die Ermittlung des Wertes von Nutzungen kommt es auf die zeitanteilige lineare Wertminderung im Vergleich zwischen tatsächlicher

Gebrauchsdauer und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer ("Wertverzehr") an (BGHZ 115, 47 <54 f.>; BGH NJW 1996, 250 <252>; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 347 Rdnr. 9). Dies findet sich bislang nicht im geltenden Gesetzestext und braucht auch zukünftig nicht im Einzelnen im Gesetzestext enthalten zu sein. Durch die im Entwurf vorgesehene Formulierung würde die bisher unstreitige Rechtslage nicht verdeutlicht. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass der Begriff "Abnutzung" nicht im Sinne von Wertverzehr verstanden wird, sondern im Sinne von äußerlich feststellbaren Gebrauchsschäden. Schließlich sollte auf den Zusatz verzichtet werden, weil eine Abnutzung nicht herausgegeben werden kann.

Es empfiehlt sich deshalb, zur Formulierung der Schuldrechtskommission (§ 346 Abs. 1 BGB-KE) zurückzukehren.

70. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ist das Wort "Verschlechterung" durch das Wort "Wertminderung" zu ersetzen.

Begründung:

Klarstellung des Gewollten. Auch in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E wird unter Bezugnahme auf § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-E von "Wertminderung" gesprochen. Alternativ müsste der Sprachgebrauch in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E angepasst werden.

71. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zu Grunde zu legen."

Begründung:

Die in § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E aufgestellte Regel, dass an die Stelle des nach § 346 Abs. 2 Satz 1 BGB-E zu leistenden Wertersatzes die Gegenleistung tritt, ist sinnvoll, wenn von vorneherein feststeht, dass die erbrachte Leistung ihrer Natur nach nicht zurückgewährt werden kann. Dies trifft beispielsweise für Dienstleistungen oder die Überlassung der Benutzung einer Sache zu. Diese Regelung findet sich bisher in § 346 Satz 2 BGB und sollte in dieser Form beibehalten werden.

Die vom Entwurf in § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E enthaltene Verallgemeinerung dieser Regel ist dagegen in dieser Form nicht durchführbar. Sie versagt, wenn der Vertrag wegen eines Mangels rückabgewickelt werden muss (§ 437 Nr. 2, § 323 BGB-E). In diesem Fall ist gerade das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen der mangelhaften Leistung und der an einer mangelfreien Leistung ausgerichteten Gegenleistung der Anlass, den Vertrag rückgängig zu machen.

Nach dem Wortlaut des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E würde die Gegenleistung auch dann an die Stelle des Wertersatzes treten, wenn dieser nur wegen der Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes geschuldet wird (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-E). Dies kann aber nicht richtig sein.

Die Gegenleistung kann vielmehr nur als Ausgangspunkt der Berechnung des Wertersatzes dienen, wobei eine mangelfreie Leistung vorausgesetzt wird.

72. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 355 Abs. 1 Satz 1 sind die Wörter "in diesem oder einem anderen" durch das Wort "durch" zu ersetzen.

Begründung:

Vermeidung einer unnötigen Aufblähung des bisherigen Gesetzestextes, die auch nicht in der Gesetzesbegründung erläutert wird.

73. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 355 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Erlöschensfrist des § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB-E im Fernabsatzgesetz von sechs auf vier Monate gesenkt werden kann.

Begründung:

Für die Parteien schuldrechtlicher Verträge ist es von erheblicher Bedeutung, möglichst bald Gewissheit über die Wirksamkeit abgeschlossener Verträge zu erhalten. Schwebezustände beeinträchtigen die Rechtssicherheit und erschweren die Kalkulation der Geschäftspartner. Das Widerrufsrecht, das eine gesetzliche Ausnahme vom Gebot der Verbindlichkeit von Vertragsabschlüssen begründet, sollte daher keinen zu langen Schwebezustand hervorrufen. Die Umsetzung der europäischen Richtlinien erfordert, will man eine einheitliche Regelung treffen, einen Widerrufszeitraum von vier Monaten. Es ist nicht sachgerecht, diesen Zeitraum bei der nationalen Umsetzung pauschal um zwei Monate zu verlängern.

74. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 356 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 356 BGB-E Absatz 2 wie folgt gefasst werden sollte:

"(2) Das Rückgaberecht kann innerhalb der Widerrufsfrist, die jedoch nicht vor Erhalt der Sache beginnt, durch Rücksendung der Sache ausgeübt werden oder, wenn die Sache nicht als Paket im Inland versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen. § 355 Abs. 1 Satz 2 findet entsprechende Anwendung."

Begründung:

Der Gesetzentwurf übernimmt in § 356 Abs. 2 BGB-E entgegen seiner Begründung die Vorschrift des § 361b Abs. 2 Satz 1, 3 und 4 BGB nicht vollständig. Es fehlen Regelungen zum Lauf der Frist (insbesondere: kein Beginn vor Erhalt der Sache), auf die nicht verzichtet werden kann. Aus § 356 BGB-E ergibt sich nicht, welche Frist anwendbar sein soll.

Unnötig ist dagegen die vorgesehene Ergänzung des Falles, dass die Sache nicht versandt werden kann. Dies ist ein Unterfall der fehlenden Versandmöglichkeit durch Paket und ist auch bisher nicht gesondert erwähnt.

§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E sollte insgesamt für entsprechend anwendbar erklärt werden, damit auch für den Fall der Rücksendung geregelt ist, dass eine Begründung nicht abgegeben zu werden braucht (bisher § 361b Abs. 2 Satz 4 BGB).

An die Stelle der Übersendung sollte auch dann die Möglichkeit eines Rücknahmeverlangens treten, wenn der Verbraucher die Sache - was er bisweilen erst nach Vertragsschluss erfährt - ins Ausland versenden müsste, was in der Regel einen erheblich größeren Aufwand erfordert.

75. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 2 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 357 Abs. 2 ist Satz 1 durch folgende Sätze zu ersetzen:

"Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Unternehmer. Der Verbraucher ist bei Ausübung des Widerrufsrechts zur Rücksendung verpflichtet, wenn die Sache durch Paket versandt werden kann."

Begründung:

Durch Satz 1 wird klargestellt, dass die Regelung auch im Falle der Ausübung des Rückgaberechts nach § 356 BGB-E gilt (bisher: § 361b Abs. 2 Satz 2

Halbsatz 2 BGB); die Regelung fehlt im Gesetzentwurf. Sie lässt sich auch nicht im Umkehrschluss aus § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB-E gewinnen.

Eine Rücksendeverpflichtung ergibt nur bei der Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 BGB-E Sinn, weil bei einem Rückgaberecht bereits dessen Ausübung die Rücksendung verlangt. Ist dies durch Paket nicht möglich und ist deshalb ein Rücknahmeverlangen ausreichend, kann nicht in § 357 Abs. 2 BGB-E gleichwohl eine Rücksendeverpflichtung geschaffen werden. Dies wäre widersprüchlich.

Auch im Falle der Ausübung des Widerrufsrechts kann eine Rücksendung nur verlangt werden, wenn diese durch Paket möglich ist. Andernfalls entstünde ein Wertungswiderspruch zu § 356 Abs. 2 BGB-E.

76. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E die Verweisung auf § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E zutreffend ist.

Begründung:

Die Regelung in § 357 Abs. 3 BGB-E stellt im wesentlichen eine Abkehr von § 361a Abs. 2 Satz 6 BGB dar, wonach der Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht, dem Unternehmer die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der erhaltenen Sache entstandene Wertminderung nicht zu ersetzen hat. Dieser Grundsatz soll dann nicht mehr gelten, wenn der Verbraucher vom Unternehmer über eine Vorgehensweise instruiert worden ist, wie er seine Ersatzpflicht vermeiden kann und die Wertminderung nicht lediglich auf einer Prüfung der Sache beruht.

§ 375 Abs. 3 Satz 1 BGB-E stellt diese Regelung als Ausnahme von § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E dar. Diese Norm betrifft jedoch den Fall, dass der Schuldner - in diesem Zusammenhang der Verbraucher, der sein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 BGB-E ausgeübt hat - statt der Rückgewähr der Sache Wertersatz zu leisten hat.

Wäre mithin unter den Voraussetzungen des § 375 Abs. 3 Satz 1 BGB-E entgegen dem Wortlaut des § 346 Abs. 2 Satz 3 BGB-E die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung beachtlich, hätte dies nach § 346 Abs. 2 BGB-E zur Folge, dass der Verbraucher bereits mit Ingebrauchnahme der Sache zum Wertersatz verpflichtet wäre und nicht mehr die Möglichkeit hätte, die Sache zurückzugeben. Diese Rechtsfolge kann aber nicht gewollt sein, zumal sie mit der EU-Fernabsatzrichtlinie unvereinbar wäre.

77. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Bezugnahme in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E auf § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB-E das gesetzgeberisch Gewollte zum Ausdruck bringt.

Begründung:

Durch § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher einen Wertersatzanspruch des Unternehmers vermeiden kann, indem er dessen Hinweise hierzu befolgt.

Diese Hinweise müssen deutlich gestaltet und sinnvollerweise als Begleithinweis der gelieferten Sache beigefügt sein.

Die Verweisung auf § 355 Abs. 2 BGB-E passt deshalb nicht, weil die dortige Belehrung auf die Situation beim Vertragsschluss abstellt und die Regelung - abweichend zu § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E - Leistungen anderer Art, also etwa Dienstleistungen, mit erfassen muss.

Als Redaktionsversehen muss der Verweis auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E gelten. Die Hinweise des Unternehmers können sinnvollerweise nicht vom Verbraucher zu unterschreiben oder mit dessen qualifizierter Signatur zu versehen sein.

78. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Verweisung in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E zutreffend ist.

Begründung:

§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass der Verbraucher eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung zu ersetzen hat, wenn er vorher in der Form des § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB-E unter anderem auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist. Durch die Verweisung auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E wird festgelegt, dass der Hinweis des Unternehmers in bestimmten Fällen vom Verbraucher gesondert zu unterschreiben oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen ist.

Dieser Verweis kann jedenfalls für Fernabsatzverträge nicht zutreffen.

Bei Fernabsatzverträgen steht dem Verbraucher nach § 312d Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB-E ein Widerruf- oder Rückgaberecht nach den §§ 355, 356 BGB-E zu. Gesonderte Regelungen für die Rechtsfolgen bei Ausübung des

Widerrufes oder des Rückgaberechtes enthalten die Vorschriften für Fernabsatzverträge nicht, so dass auf die oben dargestellte allgemeine Vorschrift des § 357 BGB-E und damit auch auf die Hinweispflicht nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E zurückgegriffen werden muss. Allerdings bestimmt § 312d Abs. 2 BGB-E, dass für Fernabsatzverträge § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E keine Anwendung findet, während der ebenfalls anwendbare § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E gerade auf diese Vorschrift verweist.

79. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 3 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 357 Abs. 3 ist Satz 3 wie folgt zu fassen:

"§ 346 Abs. 3 Nr. 3 findet keine Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat."

Begründung:

Die jetzige Formulierung würde dem Verbraucher die Beweislast dafür auferlegen, dass er nicht belehrt worden ist und keine anderweitige Kenntnis erhalten hat. Dies ist unangemessen. Die Regelung muss dahingehend umformuliert werden, dass der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass er den Verbraucher belehrt hat oder dass dieser anderweitig Kenntnis erlangt hat.

80. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 2 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 358 Abs. 2 Satz 1 ist die Bezeichnung "§§ 355, 356" durch die Bezeichnung "§ 355" zu ersetzen.

Begründung:

Bei einem Verbraucherdarlehen kann das Widerrufsrecht nicht durch ein Rückgaberecht nach § 356 BGB-E ersetzt werden.

81. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB-E eine angemessene Regelung ist.

Begründung:

Die Vorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB-E verallgemeinert die bisher nur im Verhältnis zu Fernabsatzverträgen geltende Regelung in § 8 Abs. 2 VerbrKrG, ohne dass in der Begründung die Auswirkungen dieser Verallgemeinerung auf die ihrerseits generalisierte Regelung über verbundene Verträge dargestellt werden.

82. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 358 Abs. 4 Satz 3 sind die Wörter "Im Fall des Absatzes 2 tritt der Darlehensgeber" durch die Wörter "Der Darlehensgeber tritt" zu ersetzen.

Begründung:

§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB-E nimmt lediglich die Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG auf, übersieht aber die entsprechenden Regelungen in § 4 Abs. 2 Satz 3 FernAbsG und § 6 Abs. 2 Satz 3 TzWrG. Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass die Regelung nicht auf den Fall des Absatzes 2 begrenzt werden kann. Auch im Falle des Absatzes 1 muss eine bilaterale Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber gewährleistet und es dem Verbraucher erspart werden, den Darlehensbetrag dem Darlehensgeber zunächst zu erstatten und sich seinerseits an den Verkäufer wegen der Rückzahlung des Kaufpreises halten zu müssen.

83. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 359 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 359 Satz 2 sind die Wörter "dem anderen" durch das Wort "diesem" zu ersetzen.

Begründung:

Das Wort "anderen" ist schon deshalb unzutreffend, weil die Vorschrift auch die Fälle regelt, in denen der Unternehmer selbst die Gegenleistung finanziert, ein "anderer" Unternehmer also nicht vorhanden ist. Mit dem Wort "diesem" kann ausreichend auf den in Satz 1 bezeichneten Unternehmer des mit dem Darlehensvertrag verbundenen Vertrages Bezug genommen werden. Die im Entwurf verwendete Formulierung ist jedenfalls unschön und gibt Anlass zu Missverständnissen.

84. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 29 (§ 425 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 425 Abs. 2 BGB-E die Wörter "von der Unmöglichkeit der Leistung" an § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E angepasst werden müssen.

Begründung:

Nach der Neukonzeption des Entwurfs sind die Fälle des § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E gleich zu behandeln, wenn der Schuldner die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB-E erhoben hat. Insoweit überzeugt nicht, dass in § 425 Abs. 2 BGB-E weiterhin nur der Fall der Unmöglichkeit geregelt wird.

85. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 434 Abs. 1 Satz 3 ist der Klammerzusatz "(§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes)" zu streichen.

Begründung:

Die Definition in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist enger als die Definition in § 4 Abs. 1 und 2 ProdHaftG und Artikel 3 der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG, weil anders als dort der Hersteller von Grundstoffen und Teilprodukten nicht miterfasst wird.

Die Definition des Begriffes "Hersteller" kann der Rechtsprechung anhand der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überlassen werden. Andernfalls müsste eine zutreffende Definition in § 434 BGB aufgenommen werden. Eine Erweiterung des Herstellerbegriffes über die Richtlinie hinaus ist nicht angemessen.

Im Übrigen sollte nicht im BGB wegen der Definition von Begriffen auf Nebengesetze verwiesen werden. Dies ist mit dem gerade durch den vorgelegten Gesetzentwurf herausgehobenen kodifikatorischen Charakter dieses Gesetzes nicht vereinbar.

86. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 434 Abs. 1 Satz 3 sind nach den Wörtern "kennen musste" die Wörter ", dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war" einzufügen.

Begründung:

§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-E beinhaltet - in Umsetzung von Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie - insofern eine Ausdehnung des Fehlerbegriffs, als danach ein Sachmangel auch dann vorliegen soll, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung erwarten kann.

Die Bezugnahme auf Werbeaussagen und andere öffentliche Äußerungen hat vor allem Bedeutung bei Erklärungen des Herstellers und erweitert das Haftungsrisiko des Verkäufers beträchtlich, ohne dass dieser an solchen Werbeaussagen beteiligt gewesen sein muss. Im Interesse einer ausgewogeneren Regelung sollte deshalb auch von der in Artikel 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, dass die Haftung des Verkäufers in diesen Fällen durch Berichtigung der Werbung mittels öffentlicher Äußerung wieder korrigiert werden kann und somit eine Beseitigung dieser Art von Mängeln möglich ist. Dem dient die vorgeschlagene Ergänzung.

87. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 437 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 ist § 437 wie folgt zu fassen:

"§ 437

Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nichts anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323, 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen."

Begründung:

Redaktionelle Verbesserung.

88. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 437 Nr. 3, § 439 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Kaufrecht bestehende Wertungswidersprüche zwischen den Regelungen zur Nacherfüllung und zum Rücktritt beseitigt werden sollten.

Begründung:

Gemäß § 439 Abs. 2 BGB-E hat der Verkäufer im Verhältnis zum Käufer sämtliche zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen wie Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Ist die Nacherfüllung aber unverhältnismäßig und tritt der Käufer vom Kaufvertrag zurück, so können auch in diesem Fall erhebliche Aufwendungen durch die Rückabwicklung des Vertrages entstehen, die er nach dem Gesetzesentwurf vom Verkäufer nicht ersetzt verlangen kann. Ist z.B. die verkaufte Sache vom Käufer bestimmungsgemäß eingebaut worden (vgl. die Fallgestaltung in BGHZ 87, 104 ff), so hatte der Verkäufer diese nach bisheriger Rechtslage im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrages nach Wandelung auf seine Kosten wieder auszubauen, § 467 Satz 2 BGB. Nach dem Gesetzesentwurf gilt dies zukünftig nur, wenn dem Käufer ein Schadensersatzanspruch zusteht, d.h. nur dann, wenn der Verkäufer den Sachmangel zu vertreten hat, § 437 Nr. 3, §§ 280, 284 BGB-E. In der Konsequenz werden die Fälle der Nacherfüllung einerseits und des Rücktritts andererseits im Hinblick auf die durch die Rückabwicklung entstehenden Aufwendungen unterschiedlich behandelt. Im ersten Fall hat sie der Verkäufer zu tragen; im zweiten Fall verbleiben sie beim Käufer.

89. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 Abs. 3 ist nach der Bezeichnung "Absatz 1 Nr. 2 und 3" die Bezeichnung "und Absatz 2" einzufügen.

Begründung:

Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist muss sich im Falle der arglistigen Täuschung nach den allgemeinen Vorschriften, also nach § 199 BGB-E richten. Dies soll nach der Gesetzesbegründung die wichtigste Folge des Absatzes 3 sein. Sie wird aber mit der derzeitigen Fassung gerade nicht erreicht, da nur eine Ausnahme von Absatz 1, nicht aber von Absatz 2 vorgesehen ist. Absatz 2 muss in die Ausnahmevorschrift einbezogen werden.

90. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 ist dem Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

"Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein."

Begründung:

Die Sonderregelung über die Verjährung im Falle der Arglist des Verkäufers darf nicht dazu führen, dass die Verjährung bei Arglist in Einzelfällen früher eintritt, als es ohne diese Sonderregelung der Fall wäre. Deshalb muss durch eine ergänzende Regelung sichergestellt werden, dass bei der Haftung für Baumaterialien immer mindestens die fünfjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung zur Verfügung steht.

91. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3a - neu - BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 438 BGB-E nach Absatz 3 folgender Absatz 3a eingefügt werden sollte:

"(3a) Ist ein neu hergestelltes Bauwerk erstmals verkauft, so verjähren die Ansprüche nicht vor Ablauf von fünf Jahren seit der Fertigstellung."

Begründung:

Nach bisherigem Recht wendet der Bundesgerichtshof beim Verkauf neu errichteter Häuser und Eigentumswohnungen auf Sachmängelansprüche des Verkäufers nicht Kaufvertragsrecht, sondern Werkvertragsrecht an (vgl. BGHZ 68, 372; NJW 1987, 2373 m.w.N.). Dieser Grundsatz wird auch auf Altbaumodernisierungen angewendet, wenn die baulichen Maßnahmen als Herstellung anzusehen sind (vgl. BGHZ 100, 391). Maßgebend für diese Handhabung ist der Umstand, dass die Gewährleistungsvorschriften des geltenden Rechts für solche Verträge unzulänglich sind (zu kurze Verjährungsfrist, fehlender Nacherfüllungsanspruch).

Auch die nach dem Entwurf in Betracht kommende Verjährungsfrist für Mängelansprüche ist in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E mit zwei Jahren für solche Veräußerungsfälle zu kurz, weil ein beträchtlicher Teil von Baumängeln erst später als zwei Jahre nach der Herstellung des Gebäudes festgestellt wird.

Der Lösungsvorschlag der Schuldrechtskommission für diese Frage (§ 195 Abs. 2 Satz 2 BGB-KE) sollte in abgewandelter Form übernommen werden. Eine Ablaufhemmung bis fünf Jahre nach Fertigstellung des Gebäudes des Bauwerks bewirkt, dass zwischen der Fertigstellung und dem Eintritt der

Verjährung stets mindestens fünf Jahre liegen, also der Zeitraum, innerhalb dessen Baumängel in aller Regel zutage treten und den der Entwurf deshalb in § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E bei Werkverträgen über Bauwerke als Verjährungsfrist für Mängelansprüche vorsieht. Zugleich würde die Verjährung damit nicht weiter hinausgeschoben als unbedingt notwendig. Bei einer Eigentumswohnung, die erst zwei Jahre nach Fertigstellung verkauft würde, träte die Verjährung drei Jahre nach dem Verkauf ein und nicht, wie auf Grund der bisherigen Rechtsprechung, fünf Jahre nach diesem Zeitpunkt.

Abweichend vom Vorschlag der Schuldrechtskommission sollte die Regelung auf neu hergestellte Bauwerke beschränkt werden, damit nicht auch der Weiterverkauf durch den Ersterwerber erfasst wird. Der Begriff "neu hergestellt" hat sich in der bisherigen Rechtsprechung als hinreichend handhabbar erwiesen.

Die in der Begründung des Entwurfs (Einzelbegründung zu § 438 Abs. 2 BGB-E) gegen eine solchen Lösung dargelegten Erwägungen überzeugen nicht.

Wenn eine ausreichend lange Verjährungszeit zur Verfügung steht, ist es sachgerecht, Kaufverträge über Grundstücke mit neu hergestellten Gebäuden und über neu hergestellte Eigentumswohnungen rechtlich so zu behandeln, wie sie von den Parteien gemeint sind, als Kaufverträge. Solche Verträge sind der Sache nach Kaufverträge, weil ihnen die Zukunftsbezogenheit des Werkvertrags fehlt. Die Mängelhaftungsansprüche des Kaufrechts sind für derartige Verträge, wenn eine ausreichende Verjährungsfrist sichergestellt wird, angemessen. Der Käufer bekommt bei Mängeln den notwendigen Nacherfüllungsanspruch, und er kann nicht ohne weiteres die anderen Rechtsbehelfe wählen. Wenn das insoweit vorgesehene Wahlrecht des Käufers bei anderen Kaufverträgen vertretbar ist, dann ist das auch bei solchen Verträgen der Fall, zumal eventuelle Probleme durch § 439 Abs. 3 BGB-E aufgefangen werden. Das Selbstvornahmerecht des § 637 BGB-E wäre für bereits fertiggestellte Häuser und Wohnungen nicht von besonderer Bedeutung; den Interessen des Käufers wird auch durch die übrigen Rechtsbehelfe genügend entsprochen. Bedenken gegen den Begriff "Fertigstellung" sind nicht gerechtfertigt. Ein solcher Begriff kann durch die Rechtsprechung in einer Weise ausgefüllt werden, dass auch unterschiedliche Fallkonstellationen angemessen gelöst werden können.

Nicht vertretbar ist es hingegen, die Lösung dieses Problembereichs der Rechtsprechung zu überlassen. Die bisherige Rechtsprechung hat die Lösung contra legem gefunden. Das war dadurch gerechtfertigt, dass auf andere Weise interessengerechte Entscheidungen nicht möglich gewesen wären. Wenn aber die Mängelhaftung einschließlich der Verjährung neu geregelt wird, so darf der Gesetzgeber es nicht der Rechtsprechung überlassen, auch gegen das neue Gesetz zu entscheiden. In Zukunft würde es hierfür an einer Legitimation fehlen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, selbst zu entscheiden (vgl. Staudinger/Peters, BGB-Komm., Neue Bearbeitung 2000, § 651 Rdnr. 44).

92. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 4 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

"Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer insoweit die Sache zurückverlangen."

Begründung:

Ist der Rücktritt wegen eines Mangels der Sache nach § 218 Abs. 1 BGB-E im Hinblick auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam, so ist der Käufer auf Grund des fortgeltenden Kaufvertrags berechtigt, die Kaufsache zu behalten. Wenn jedoch der Käufer auf Grund des Mangels nach Absatz 4 wegen des Rücktritts die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, wäre es nicht gerechtfertigt, dass er gleichwohl die Sache behalten könnte. Dies sollte im Gesetz ausgesprochen werden.

93. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 BGB),Nr. 38 (§ 634a BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Konzeption des Gesetzentwurfes zur Verjährung von Gewährleistungsrechten bei Kauf- und Werkvertrag mit Blick auf anfängliche unbehebbar Sach- und Rechtsmängel zu überprüfen.

Begründung:

Die im Entwurf vorgesehenen Gewährleistungsregelungen führen dazu, dass der Käufer bei anfänglichen unbehebbar Sach- und Rechtsmängeln sein Rücktrittsrecht (Minderungsrecht) zeitlich unbefristet ausüben kann.

Leidet die verkaufte Sache an einem nicht behebbaren anfänglichen Sachmangel, war beispielsweise der als unfallfrei verkaufte Gebrauchtwagen schon vor Gefahrübergang in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt, scheidet ein Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 Abs. 1 BGB-E sowohl in Form der Beseitigung des Mangels als auch in Form der Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB-E aus. In diesem Fall bestimmen sich die Gewährleistungsrechte des Käufers nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB-E. Danach muss der Käufer wegen der nicht vertragsgemäßen Leistung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Bei diesem Rücktrittsrecht handelt es sich aber um ein Gestaltungsrecht, das nicht der Verjährung unterliegt (§ 194 Abs. 1 BGB-E). Die in § 438 Abs. 1 BGB-E für die Gewährleistungsregelungen bestimmte Verjährungsfrist greift daher nicht ein.

Der Rücktritt ist aber auch nicht nach § 218 Abs. 1 BGB-E unwirksam. Diese

Vorschrift setzt voraus, dass der dem Rücktritt zu Grunde liegende Nacherfüllungsanspruch im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bereits verjährt ist. Ein solcher Anspruch auf Nacherfüllung bestand aber zu keinen Zeitpunkt und konnte daher auch nicht verjähren. Nach dem Entwurf kann der Käufer in diesem Fall auch noch nach vielen Jahren wegen des anfänglichen Sachmangels den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären und den gezahlten Kaufpreis zurückfordern. Der durch den Rücktritt ausgelöste Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB-E) entsteht schließlich erst mit der Erklärung des Rücktritts, der das Schuldverhältnis inhaltlich umgestaltet. Der Rückzahlungsanspruch verjährt gemäß §§ 195 und 199 BGB-E erst in drei Jahren nach dessen Fälligkeit und der entsprechenden Kenntnis des Käufers. Für die ebenfalls im Entwurf als Gestaltungsrecht ausgestaltete Minderung gilt entsprechendes (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB-E).

94. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 439 Abs. 3 Satz 1 ist das Wort "auch" durch die Wörter "unbeschadet des § 275 Abs. 2" zu ersetzen.

Begründung:

Das Wort "auch" in § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB-E ist irreführend und sollte durch die Formulierung "unbeschadet des § 275 Abs. 2" ersetzt werden.

95. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 439 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Aussage in der Begründung (Einzelbegründung zu § 439 Abs. 3 Satz 1, erster Absatz) sachgerecht ist, die mit der Nacherfüllung in der Form der Nachbesserung verbundenen Aufwendungen könnten insbesondere Händler ohne Reparaturwerkstatt unangemessen belasten.

Begründung:

Der Bundesrat versteht die Regelung in § 439 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB-E unter Berücksichtigung von Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG so, dass der Verkäufer die gewählte Form der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern kann, wenn die Kosten unter Berücksichtigung der Kriterien in Satz 2 für ihn unzumutbar wären. Für die in der Begründung erwähnte Fallkonstellation, dass ein Händler keine Reparaturwerkstatt hat, kann das im Einzelfall bedeuten, dass eine Nachbesserung mit unverhältnis-

mäßigen Kosten verbunden wäre. Das muss aber nicht stets so sein. Für einen Gebrauchtwagenhändler, der keine eigene Reparaturwerkstatt hat, kann eine Nachbesserung durchaus zumutbar sein, zumal die Kosten für eine Nachbesserung in der Werkstatt eines Fremdunternehmers betriebswirtschaftlich nicht höher sein müssen als die Nachbesserung in einer eigenen Werkstatt.

96. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 440 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 440 Satz 2 sind die Wörter "dem Verhalten des Verkäufers" durch die Wörter "den sonstigen Umständen" zu ersetzen.

Begründung:

Für die Frage, ob eine Nachbesserung nach dem zweiten Fehlversuch als fehlgeschlagen anzusehen ist, kann es nicht lediglich auf die Art der Sache oder des Mangels oder auf das Verhalten des Verkäufers ankommen, sondern auch auf dasjenige des Käufers, der z.B. zu erkennen geben kann, dass er mit weiteren Nachbesserungen einverstanden ist, aber auch auf sonstige Umstände, etwa das Wetter, wenn dieses für die Nachbesserung von Bedeutung ist.

Die Formulierung muss deshalb offener gestaltet werden.

97. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 443 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 ist § 443 wie folgt zu fassen:

"§ 443

Haltbarkeits- und Beschaffenheitsgarantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter die Garantie dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie) oder übernimmt ein Dritter die Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit der Sache, so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieverklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat."

Begründung:

Der Vorschlag will den Geltungsbereich der Vorschrift verdeutlichen und die hier behandelten Garantien gegenüber der Garantie gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E abgrenzen.

§ 443 BGB-E setzt Artikel 6 (in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe e der Richtlinie 1999/44/EG um. Diese Vorschrift der Richtlinie hat zunächst die Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers oder eines Dritten, insbesondere des Herstellers, zum Gegenstand, die im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie näher gekennzeichnet ist. Die Haltbarkeitsgarantie will den Käufer gegen alle Sachmängel absichern, die innerhalb einer bestimmten Frist offenbar werden. Gegenüber den gesetzlichen Mängelansprüchen hat die Haltbarkeitsgarantie den Vorteil, dass die Rechte des Käufers unabhängig davon sind, ob ein Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war.

Über die Haltbarkeitsgarantie hinaus hat Artikel 6 der Richtlinie auch Garantien zum Inhalt, die die Beschaffenheit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs betreffen, die aber von einem Dritten, insbesondere dem Hersteller, gegeben werden und deshalb nicht als Vereinbarung der Beschaffenheit mit dem Verkäufer nach Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a der Richtlinie bzw. § 434 Abs. 1 BGB-E anzusehen sind.

Es ist zweckmäßig, in § 443 BGB-E diese Garantieinhalte zu umschreiben und dabei die Haltbarkeitsgarantie zu definieren. Der Gegenstand des § 443 BGB-E kann damit gegenüber der in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E genannten Garantie abgegrenzt werden, die bewirkt, dass der Schuldner eine Pflichtverletzung unabhängig von einem Verschulden zu vertreten hat, und die mit diesem Inhalt auch Eingang in die §§ 442 und 444 BGB-E gefunden hat.

Im Gegensatz zu der Garantie, die ein Dritter für die Beschaffenheit der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs übernimmt, ist eine entsprechende Garantie des Verkäufers nicht in § 443 zu übernehmen. Eine solche Garantie stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB-E dar, die keiner zusätzlichen Regelung bedarf. Soweit eine solche Garantie im Einzelfall die verschuldensunabhängige Haftung nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E zur Folge haben kann, ist eine über diese Vorschrift hinausgehende Regelung in § 443 BGB-E nicht angezeigt.

Die Verwendung des Begriffs "Garantie" ohne solche Unterscheidung kann zu Verwirrung führen (vgl. z.B. Dauner-Lieb, Arnold/Dötsch/Kitz, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, <http://www.dauner-lieb.de/schuldrecht>, S. 86, Anm. zu § 442 KF).

Der Begriff "Haltbarkeitsgarantie" kann überdies den Unterschied zu der Mangelfreiheit verdeutlichen, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden sein muss.

Obwohl der Begriff der einschlägigen Werbung in Absatz 1 mit einer erheblichen Unsicherheit hinsichtlich seiner Bedeutung verbunden ist, sieht der Bundesrat davon ab, insoweit eine Änderung vorzuschlagen. Da diese Formulierung wörtlich aus Artikel 6 Abs. 1 der Richtlinie übernommen ist,

könnte eine andere Textfassung wegen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung für die Rechtsanwendung kaum einen Vorteil darstellen. Der Bundesrat geht davon aus, dass der Begriff der einschlägigen Werbung sich an die Regelung der Werbung des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen in Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d, Abs. 4 der Richtlinie und § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-E anlehnt, aber hiermit nicht voll übereinstimmt. Zum einen ist die Formulierung in § 443 Abs. 1 BGB-E weniger detailliert und damit flexibler. Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass zwar ein Händler bei Abschluss des Vertrages mit dem Käufer zumeist die Werbung des Herstellers kennen und berücksichtigen kann, dass aber umgekehrt der Hersteller keinen Einfluss auf die Werbung des Händlers hat, sie regelmäßig nicht kennt und vor allem sein Verhalten nicht darauf einstellen kann. Deshalb geht der Bundesrat davon aus, dass eigenständige Werbeaussagen des Händlers und seiner Gehilfen im Allgemeinen keinen Einfluss auf den Inhalt einer Herstellergarantie haben können.

Da die Regelung in § 443 Abs. 2 BGB-E ihrem Inhalt nach nur für die Haltbarkeitsgarantie gelten kann, sollte Absatz 2 ausdrücklich hierauf beschränkt werden.

98. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 448 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Zweckmäßigkeit der Regelung in § 448 Abs. 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung:

Der Entwurf übernimmt eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1970, deren Richtigkeit allerdings heftig umstritten ist (vgl. Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 455, Rdnr. 27).

Die Regelung steht außerdem in Widerspruch zu § 503 Abs. 2 BGB-E, wo der Rücktritt nicht in allen Fällen Voraussetzung des Herausgabeverlangens ist.

Die Rücknahme der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache kann nach geltendem Recht auch dann in Betracht kommen, wenn sich der Käufer - etwa durch Zahlungsverzug - nicht vertragstreu verhält. In diesem Fall steht ein Besitzrecht des Käufers dem Herausgabeanspruch des Eigentümers und Verkäufers nicht entgegen; der Vertrag als solcher bleibt jedoch erhalten. Diese Rechtsfolge dient dem Interesse des vertragstreuen Verkäufers am Erhalt seiner primären vertraglichen Ansprüche. Die Rückforderung der Eigentumsvorbehaltware kann den vertragstreuen Käufer veranlassen, zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zurück zu finden. Diese Möglichkeit sollte erhalten bleiben. § 448 Abs. 2 BGB-E, der für den Fall der Rücknahme der Sache zwingend die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses durch Rücktritt vorsieht, ist daher zu streichen.

99. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 453 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Regelung getroffen werden muss, innerhalb welcher Frist die Haftung des Verkäufers wegen eines Rechtsmangels beim Rechtskauf verjährt und wann diese Frist zu laufen beginnt.

Begründung:

Die §§ 433 ff. BGB-E regeln den Sachkauf. Dort sieht § 438 BGB-E wegen der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel eine eigenständige Verjährungsregelung vor. Nach § 438 Abs. 2 BGB-E beginnt die Verjährung - vorbehaltlich des § 438 Abs. 3 BGB-E - unabhängig von der Kenntnis des Käufers von dem Mangel beim Verkauf eines Grundstücks mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache zu laufen.

Der Rechtskauf wird in § 453 Abs. 1 BGB-E nur durch eine pauschale Verweisung auf das Recht des Sachkaufs geregelt. Unklar bleibt danach, wie sich die Haftung des Verkäufers gestaltet, wenn das verkaufte Recht nicht existiert (die verkaufte und abgetretene Forderung besteht nicht), mit Einwendungen und Einreden des Schuldners nach § 404 BGB belastet ist oder einem Dritten gehört (das verkaufte Patent steht einer anderen Person als dem Verkäufer zu).

Denkbar ist, auf den (nicht erfüllten) Erfüllungsanspruch des Käufers aus den §§ 433 und 453 BGB-E die Vorschriften über die regelmäßige Verjährung anzuwenden (§§ 195 und 199 BGB-E). Andererseits könnten auch beim Rechtskauf auf Grund der Verweisung des § 453 BGB die Vorschriften über die Nacherfüllung und damit auch die Vorschrift des § 438 BGB-E zur Anwendung kommen. In diesem Fall unterläge der Anspruch des (Rechts-) Käufers wohl nur der kurzen zweijährigen Verjährung, da gegen den Käufer wegen des Rechtsmangels keine Herausgabeansprüche geltend gemacht werden können. Nicht geregelt wäre dann allerdings der Verjährungsbeginn. Nach § 438 Abs. 2 BGB-E setzt dieser regelmäßig die körperliche Verschaffung der Sache voraus. Unklar ist insoweit, ob beim Rechtskauf an deren Stelle das jeweilige Erfüllungsgeschäft (Abtretung oder Rechtsverschaffung) tritt. Dagegen spricht, dass der Erwerber dadurch nicht ohne weiteres in die Lage versetzt wird, das gekaufte Recht auf Fehler hin zu untersuchen.

Möglicherweise wiederum anders zu behandeln sind die in § 453 Abs. 3 BGB-E erfassten Rechte und solche Kaufverträge, die beispielsweise den Verkauf von Unternehmen, freiberuflichen Praxen etc. zum Gegenstand haben (dazu Entwurfsbegründung S. 569).

100. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (Buch 2 Abschnitt 8 Titel 1 Untertitel 1 BGB; Aufhebung der bisherigen §§ 469, 470 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Aufhebung der Vorschriften der §§ 469 und 470 BGB zu überprüfen.

Begründung:

Die Begründung des Entwurfs führt aus, die §§ 469 bis 471 BGB würden durch die Anwendung des Rücktrittsrechts entbehrlich (S. 478). Der Entwurf enthält jedoch keine Regelung, die die in den aufgehobenen Vorschriften geregelten Sachprobleme angemessen löst.

Die Vorschrift des § 469 BGB regelt den Fall, dass bei einem einheitlichen Kauf mehrerer Sachen nur eine einzelne mangelhaft ist. In diesem Fall gilt nach Satz 1 des § 469 BGB die Regel, dass nur hinsichtlich dieser Sache die Wandelung verlangt werden kann. Ausnahmsweise kann aber nach Satz 2 die Gesamtwandelung verlangt werden, wenn die Sachen als zusammengehörig verkauft werden. Der Entwurf enthält keine Regelung, wie diese Fälle künftig zu lösen sind.

Erfüllt der Verkäufer in einer in § 469 BGB genannten Fallgestaltung den Nacherfüllungsanspruch nicht, kann der Käufer nach § 437 Nr. 2, §§ 440, 323 BGB-E vom Vertrag zurücktreten. Der Rücktritt kann nach herkömmlicher Auffassung als Gestaltungsrecht nur den ganzen Vertrag erfassen (vgl. BGH, NJW 1976, 1931; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl. § 346 Rdnr. 3). Der Entwurf lässt für die nicht vertragsgemäße Leistung in § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB-E nicht erkennen, dass er von dieser Vorstellung abrücken will. Eine Einschränkung des Rücktrittsrechts besteht danach insoweit nur, als die den Rücktritt begründende Pflichtverletzung des Schuldners nicht unerheblich sein darf. Doch betrifft dieser Tatbestand den Grad der Mangelhaftigkeit der einzelnen Sache und vermag jedoch kaum ein brauchbares Abgrenzungskriterium für den Verkauf mehrerer Sachen zu bilden. Aber auch wenn man diese Regelung auf den Rücktritt beim Verkauf mehrerer Sachen anwenden wollte, käme man in Schwierigkeiten. Sollte danach die mangelhafte Lieferung einer von mehreren verkauften Sachen als unerhebliche Pflichtverletzung einzuordnen sein, müsste der Käufer - entgegen der bisherigen Regelung des § 469 Satz 1 BGB - auch die mangelhafte Sache behalten und könnte insoweit allenfalls die Minderung geltend machen.

Danach erstreckt sich beim Verkauf mehrerer Sachen der Rücktritt des Käufers - entgegen der bisherigen Regelung des § 469 Satz 1 BGB - zwingend auf alle verkauften Sachen. Diese Regelung entspricht weder den Interessen des Käufers, der möglicherweise an den übrigen gelieferten Sachen ein erhebliches Interesse besitzt, noch denen des Verkäufers, der (ohne dass er den Rücktritt nach § 276 BGB-E zu vertreten hat) die Vertragserfüllung zur Gänze einbüßt. Schließlich kann der Fall des Verkaufs mehrerer Sachen, bei dem nur eine einzelne gelieferte Sache mangelhaft ist, kaum als Teilleistung nach § 323 Abs. 4 Satz 1 BGB-E eingeordnet werden (vgl.

S. 431 f. der Entwurfsbegründung), weil die Leistung vollständig erbracht ist. Entsprechendes gilt für das in § 470 BGB erfasste Konkurrenzverhältnis von Haupt- und Nebensache. Auch hier ersetzt der Entwurf ein sinnvolles und abgestuftes System durch eine Einheitslösung.

101. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 457 Abs. 2 Satz 1, § 460 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 457 Abs. 2 Satz 1 und § 460 BGB-E an § 275 BGB-E angepasst werden müssen.

Begründung:

In § 457 Abs. 2 Satz 1 BGB-E wird die Regelung des § 498 Abs. 2 Satz 1 BGB, in § 460 BGB-E wird die Regelung des § 501 BGB übernommen. Es wird jeweils der Fall der Unmöglichkeit behandelt, nicht der Fall des § 275 Abs. 2 BGB-E. Insoweit erscheint eine Anpassung erforderlich.

102. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 464 Abs. 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 464 Abs. 1 Satz 2 ist das Wort "nicht" zu streichen.

Begründung:

Die Formfreiheit der Ausübung des Vorkaufsrechts ist nicht mehr sachgerecht. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist in ihrer Bedeutung so komplex und weitreichend, dass es geboten erscheint, dieselbe Form wie für den Kaufvertrag zu verlangen, also für den Grundstückskaufvertrag die notarielle Beurkundung. Das Motiv für die bisherige Regelung war, dass mit § 313 BGB ursprünglich nur die Veräußerungsverpflichtung beurkundungspflichtig sein sollte und deshalb für die Ausübung des Vorkaufsrechts kein entsprechendes Schutzbedürfnis gesehen wurde. Dieser Grund ist weggefallen, seit auch die Erwerbsverpflichtung des Grundstückskäufers beurkundungspflichtig ist. Die Formfreiheit kann auch nicht damit begründet werden, dass der Berechtigte schon bei der vertraglichen Einräumung des Vorkaufsrechts notariell belehrt worden sei. Diese Belehrung bezieht sich nur auf die Bedeutung des Vorkaufsrechts, die von der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der konkreten Ausübung dieses Rechts zu unterscheiden ist. Die notarielle Form ist zum Schutz des Vorkaufsberechtigten und insbesondere zum Schutz des Verbrauchers geboten.

103. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 474 BGB)

Der Bundesrat bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Definition des Verbrauchsgüterkaufs in § 474 BGB-E wie folgt zu ergänzen ist:

- a) Die Definition des Verbrauchsgüterkaufs sollte eine Ausnahmeregelung für Wasser und Gas in nicht abgefüllter Form enthalten.
- b) Ein von einem Insolvenzverwalter im Rahmen der Verwertung vorgenommener Verkauf aus der Insolvenzmasse sollte aus der Definition des Verbrauchsgüterkaufs ausgenommen werden.
- c) Von der in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehenen Möglichkeit einer Ausnahmeregelung für den Verkauf gebrauchter Sachen durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Versteigerung sollte Gebrauch gemacht werden.

Begründung:Zu a):

Es sollte überprüft werden, ob eine Ausnahmeregelung für Wasser und Gas in nicht abgefüllter Form erforderlich ist, um im Hinblick auf die AVBGasV und AVBWasserV Bezugs- und Versorgungsverträge über Wasser und Gas vom Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs auszunehmen. Es wird zu bedenken gegeben, dass Allgemeingüter wie fließendes Wasser und Luft zwar keine Sachen im Sinne von § 90 BGB darstellen, weil sie der Beherrschung durch den Menschen nicht zugänglich sind, ihre Sacheigenschaft aber bejaht wird, sofern sich diese Stoffe abgegrenzt in Rohren, Becken etc. befinden (vgl. Münchener Kommentar zum BGB - Holch, 3. Aufl. 1993, § 90, Rdnr. 6 ff).

Zu b):

Nach Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b erster Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind Güter, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, von der Definition des Verbrauchsguts ausgenommen. Es sollte überprüft werden, ob der Begriff "andere gerichtlichen Maßnahmen" auch die Verwertung in der Insolvenz erfasst und, sofern dies bejaht wird, ob von dem Insolvenzverwalter im Rahmen der Verwertung vorgenommene Verkäufe aus der Insolvenzmasse von der Definition des Verbrauchsgüterkaufes ausgenommen werden sollten. Zu dem insoweit gleichlautenden Artikel 2c CISG wird - insoweit noch zur Verwertung nach der Konkursordnung - vertreten, dass die Maßnahmen des Konkursverwalters in der Verwertung gerichtliche Maßnahmen darstellen,

die zu einer Unanwendbarkeit des CISG führen (vgl. nur Staudinger-Magnus, BGB-Komm., UN Kaufrecht, Neubearbeitung 1999 Artikel 2, Rdnr. 37; von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 1995, Artikel 2 Rdnr. 24). Für eine entsprechende Auslegung von Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b erster Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie spricht insbesondere, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bemüht ist, soweit wie möglich eine Parallelität mit dem CISG zu wahren. Eine Ausnahme der im Rahmen der Verwertung erfolgenden Verkäufe aus der Insolvenzmasse aus dem Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs erscheint auch sinnvoll. Insbesondere sollte für gebrauchte Sachen die Möglichkeit des Gewährleistungsausschlusses bestehen, weil der Insolvenzverwalter die zu veräußernden Sachen nicht kennt.

Zu c):

Es sollte überprüft werden, ob von der Möglichkeit einer Ausnahmeregelung gemäß Artikel 1 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Gebrauch gemacht werden sollte. Dies erscheint insbesondere in den Fällen der Versteigerung von Fundsachen gemäß § 979 BGB oder der Versteigerung hinterlegungsunfähiger Sachen gemäß § 383 BGB sinnvoll. Ohne entsprechende Ausnahmeregelung würden z.B. bei den jährlich stattfindenden Koffer- und Fundsachenversteigerungen der Verkehrsbetriebe zwingend Gewährleistungsansprüche gegen diese begründet.

104. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 478 Abs. 2a - neu - BGB)

In Artikel 1 Nr. 31 ist § 478 wie folgt zu ändern:

- a) In den Absätzen 1 und 2 ist jeweils Satz 2 zu streichen.
- b) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz 2a einzufügen:

"(2a) In Fällen der Absätze 1 und 2 findet § 476 mit der Maßgabe Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt."

- c) In Absatz 3 ist die Bezeichnung "Absätze 1 und 2" durch die Bezeichnung "Absätze 1 bis 2a", zu ersetzen.

Begründung:

Verkürzung des Gesetzestextes durch Verbesserung der Regelungstechnik. Es ist unzweckmäßig, in den Absätzen 1 und 2 identische Sätze zu verwenden. Die Verweisungen in § 309 Satz 1 und § 479 BGB-E müssen entsprechend angepasst werden.

105. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 479 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 479 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu ändern:

- a) Das Wort "fünf" ist durch das Wort "vier" zu ersetzen.
- b) Nach dem Wort "hat" sind die Wörter "; im Falle des § 438 Abs. 1 Nr. 2 beträgt diese Frist fünf Jahre" einzufügen.

Begründung:

Die vorgesehene Frist von fünf Jahren ist zu lang. Nachdem im Entwurf gegenüber dem Diskussionsentwurf die Gewährleistungsfrist zu Recht von drei Jahren auf zwei Jahre reduziert wurde, kann auch die Höchstfrist für den Rückgriff entsprechend um ein Jahr reduziert werden. Lediglich für den Fall des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E muss die Fünfjahresfrist beibehalten werden, um Widersprüche zu dieser Vorschrift zu vermeiden, die allerdings ihrerseits nicht Modell für die Gesamtregelung sein kann.

106. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 485 Abs. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob für den Beginn der Widerrufsfrist nach § 485 Abs. 4 BGB-E alle in der Verordnung nach 482 Abs. 2 BGB-E geforderten Angaben im Vertrag enthalten sein müssen oder ob die Widerrufsfrist schon dann zu laufen beginnen kann, wenn lediglich die in Artikel 5 der Richtlinie 94/47/EG geforderten Angaben in der Vertragsurkunde enthalten sind.

Begründung:

Die Vorschrift des § 5 Abs. 4 TzWrG verlangt für den Beginn des Laufes der Widerrufsfrist, dass lediglich die dort konkret in Bezug genommenen Angaben des § 4 TzWrG im Vertrag enthalten sein müssen. Dies entspricht den Vorgaben in Artikel 5 Nr. 1, Spiegelstrich 2 und 3 der Richtlinie 94/47/EG. Die Vorschrift des § 485 Abs. 4 BGB-E geht darüber hinaus, indem sie für den Beginn der Widerrufsfrist fordert, dass sämtliche in der Verordnung genannte Angaben erfolgt sein müssen. Die mit § 485 Abs. 4 BGB-E verbundene Verschärfung für den Anlauf der Widerspruchsfrist wird in der Entwurfsbegründung nicht näher begründet (S. 593). Diese Verschärfung erscheint auch im Interesse des Verbraucherschutzes nicht erforderlich, da es bei den verzichtbaren Angaben um Informationen von geringer Bedeutung handelt.

107. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 488 Abs. 1 Satz 2 sind die Wörter "zur Verfügung gestellte" durch die Wörter "in Anspruch genommene" zu ersetzen.

Begründung:

Mit der bisherigen Formulierung ist nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass das Darlehen auch an den Darlehensnehmer ausbezahlt sein muss.

108. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 488 Abs. 3, § 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist Nummer 31 wie folgt zu ändern:

- a) In § 488 Abs. 3 Satz 1 sind die Wörter "Gläubiger oder der Schuldner" durch die Wörter "Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer" zu ersetzen.
- b) In § 488 Abs. 3 Satz 3 und § 489 Abs. 1 Nr. 1 ist jeweils das Wort "Schuldner" durch das Wort "Darlehensnehmer" zu ersetzen.

Begründung:

Die Formulierung passt die Vorschriften des § 488 Abs. 3 und des § 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E der sonst üblichen Begrifflichkeit des ersten Untertitels des dritten Titels an, der von "Darlehensgeber" und "Darlehensnehmer" spricht.

109. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in der Vorschrift des § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E durch die Verwendung des Begriffs des Verbrauchers sich ergebenden sachliche Änderungen gerechtfertigt sind.

Begründung:

Die Vorschrift des § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB, die in § 489 BGB-E aufgehen soll, galt für Darlehen, die einer natürlichen Person gewährt wurden, außer das Darlehen war ganz oder überwiegend für Zwecke der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt.

Verbraucher nach § 13 BGB ist dagegen eine Person, die das Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs war eine solche Änderung nicht beabsichtigt (S. 597 f.).

110. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 490 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 490 Abs. 1 BGB-E inhaltlich und sprachlich klarer gefasst werden kann.

Begründung:

Nach § 490 Abs. 1 BGB-E kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder eines Dritten, der für das Darlehen eine Sicherheit gestellt hat, eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder eintreten droht, durch die der Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens gefährdet wird.

Hinsichtlich der Vermögensverschlechterung des Dritten, der eine Sicherheit gewährt hat, ist die Vorschrift unklar und bedarf grundlegender Überarbeitung.

So kann nicht nachvollzogen werden, wie eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des eine Sicherheit gewährenden Dritten den "Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens", also den Anspruch aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB-E, gefährden können soll. Eine solche Gefährdung kann allein durch eine Vermögensverschlechterung beim Darlehensnehmer eintreten, so dass diese Voraussetzung des Kündigungsrechts bei einer Vermögensverschlechterung des die Sicherheit gewährenden Dritten nie eintreten könnte, die Vorschrift mithin insoweit leerliefe. Eine Vermögensverschlechterung bei einem Sicherheit gewährenden Dritten könnte allenfalls den Anspruch auf Befriedigung aus der Sicherheit, der mit dem Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens nicht identisch ist, gefährden, so dass gegebenenfalls diese Gefährdung als alternative Voraussetzung eines Kündigungsrechtes aufgenommen werden müsste.

Bei Korrektur der Vorschrift in vorgenanntem Sinne stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorschrift dann nicht ein zu weitgehendes

Kündigungsrecht einräumt. Der Darlehensgeber könnte dann - jedenfalls nach dem Wortlaut der Vorschrift - bereits kündigen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers verschlechtert haben, auch wenn der die Sicherheit gewährende Dritte solvent ist, der Darlehensgeber sich also aus der Sicherheit befriedigen könnte. Andererseits wäre eine Kündigung auch dann möglich, wenn der Darlehensnehmer keine Anzeichen einer Insolvenz zeigt, sich die Vermögensverhältnisse des die Sicherheit gewährenden Dritten aber verschlechtert haben. In beiden Fällen ist ein Bedürfnis für eine Kündigung durch den Darlehensgeber jedoch nicht gegeben, da er sich entweder aus der Sicherheit oder aber aus dem Anspruch gegenüber dem Darlehensnehmer selbst befriedigen kann.

Ein Kündigungsrecht ist mithin nur dann gerechtfertigt, wenn sowohl der Anspruch aus dem Darlehensvertrag als auch - soweit vorhanden - der Anspruch aus der Sicherheit gefährdet sind, so dass zu überdenken ist, ob nicht das in § 490 Abs. 1 BGB-E aufgeführte Alternativverhältnis in ein Kumulativverhältnis umgewandelt werden sollte.

111. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass in den Vorschriften der §§ 492 bis 498 BGB-E die Person des Darlehensnehmers einheitlich entweder als "Darlehensnehmer" oder als "Verbraucher" bezeichnet wird.

Begründung:

In der bisherigen Fassung wechseln sich die Begriffe Darlehensnehmer (z.B. § 492 Abs. 1 Satz 5, §§ 496 und 498) und Verbraucher (z.B. §§ 495 und 497 BGB-E) ab. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht zu erkennen. Bei der Vereinheitlichung sollte der Bezeichnung "Verbraucher" der Vorzug gegeben werden, um den Anwendungsbereich der Vorschriften über das Verbraucherdarlehen in Abgrenzung zum allgemeinen Darlehensvertrag immer klar erkennen zu lassen.

112. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren, die Formulierung "Verbraucher im Sinne dieses Titels ist über § 13 hinaus auch, wer" zu überprüfen.

Begründung:

Nach § 491 Abs. 1 Satz 2 BGB-E soll Verbraucher im Sinne dieses Titels über § 13 BGB hinaus auch sein, wer sich ein Darlehen für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit gewähren lässt (Existenzgründer).

Durch die gewählte Formulierung wird der in § 13 BGB enthaltene Verbraucherbegriff für einen bestimmten Teilbereich des BGB erweitert, wodurch die in § 13 BGB enthaltene Definition in unerwünschter Weise an Konturen verliert. Gerade im Bereich von Definitionen sollte ein derartiges "Aufweichen" vermieden werden, zumal hierfür auch kein Anlass besteht. Das gleiche Ziel ließe sich statt durch Erweiterung des Verbraucherbegriffs dadurch erreichen, dass man die Vorschriften des Titels für die näher beschriebenen Personen für anwendbar erklärt, ohne dieselben als Verbraucher einzustufen.

Zugleich wird darauf hingewiesen, dass die Gesetzesbegründung von einem von § 491 Abs. 1 Satz 2 BGB-E abweichenden Gesetzeswortlaut ausgeht.

113. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 1 Satz 2 BGB)

- a) In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 491 Abs. 1 Satz 2 ist nach dem Wort "selbstständigen" das Wort "beruflichen" einzufügen.
- b) Der Bundesrat bittet ferner, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Änderung der Beweislastverteilung für die Verbrauchereigenschaft des Darlehensnehmers gegenüber der Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG angebracht ist.

Begründung:

Die Ergänzung um das Wort "berufliche" stellt lediglich die bislang verwandte Definition des Existenzgründers wieder her (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Insoweit dürfte es sich wohl um ein Redaktionsversehen handeln.

Die bisherige Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG wollte sicherstellen, dass die Beweislast für die Tatsache, dass der Darlehensnehmer nicht Verbraucher ist, den Darlehensgeber trifft. Dies wird in der neuen Formulierung geändert. Die Entwurfsbegründung äußert sich zur Beweislastverteilung nicht, geht also offenbar von einer unveränderten Beweislastverteilung aus.

114. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E ausgesprochene Verweisung auf § 358 Abs. 1 BGB-E zutreffend ist.

Begründung:

Nach § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E soll - unter anderem - die Vorschrift des § 358 Abs. 1 BGB-E bei Darlehenverträgen, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, unter den dort näher bezeichneten Umständen nicht gelten. Die Vorschrift des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E greift die bisher in § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG enthaltene Regelung auf. Während aber § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG lediglich die Unanwendbarkeit des Widerrufsrechts nach §§ 7 und 9 Abs. 2 VerbrKrG anordnete, erfasst die Bestimmung des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E auch den weitergehenden Fall, dass das mit dem Darlehenvertrag verbundene finanzierte Geschäft gem. § 358 Abs. 1 BGB-E einem verbraucherschützenden Widerrufsrecht unterfällt. Während nach § 358 Abs. 1 BGB-E der Widerruf des finanzierten Geschäfts auch die Wirksamkeit des mit diesem Vertrag verbundenen Darlehensvertrages entfallen lässt, soll dies in den Fällen des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E nicht gelten. Die Entwurfsbegründung äußert sich zu dieser - vom geltenden Recht abweichenden - Regelung nicht (vgl. S. 602).

115. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der in § 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB-E enthaltene vollständige Ausschluss der §§ 358 und 359 BGB-E, der über die jetzige Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 4 VerbrKrG hinausgeht, sachlich gerechtfertigt ist.

Begründung:

Der Entwurf sieht in § 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB-E vor, dass die Vorschriften über verbundene Verträge (§§ 358 und 359 BGB-E) bei Darlehensverträgen, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen dienen, nicht zur Anwendung kommen. Damit wären auch solche Widerrufsrechte vom Ausschlussstatbestand erfasst, die lediglich das finanzierte Geschäft betreffen. Der Widerruf des verbundenen Erwerbsgeschäfts hätte dann auf den verbundenen Darlehensvertrag keinen Einfluss. Diese

Rechtsfolge geht über den bislang in § 3 Abs. 2 Nr. 4 VerbKrG geregelten Tatbestand hinaus. Die Entwurfsbegründung geht auf diese Abweichung nicht ein (S. 602).

116. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 495 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass sich die Belehrung des Darlehensnehmers über sein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 2 BGB-E im Falle des Verbraucherdarlehensvertrages auch auf die besondere Rechtsfolge des § 495 Abs. 2 BGB-E erstreckt.

Begründung:

Nach geltendem Recht muss der Kreditgeber den Verbraucher nach § 7 Abs. 2 VerbrKrG über dessen Widerrufsrecht und die Folgen belehren, wenn der Verbraucher nach einem Widerruf das empfangene Darlehen nicht fristgerecht zurückzahlt. Unterbleibt diese Belehrung, beginnt die kurze Widerrufsfrist nicht zu laufen. Stattdessen greift die längere Jahresfrist ein.

Der Entwurf verzichtet auf eine selbstständige Regelung über die Belehrung über das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag, da sich diese bereits in § 355 Abs. 2 BGB-E befindet. Nach der allgemeinen Bestimmung muss sich die Belehrung aber nur das Widerrufsrecht und die Modalitäten der Ausübung erfassen. Eine Belehrung über die besondere Rechtsfolge des § 495 Abs. 2 BGB-E, nach der der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn der Verbraucher das Darlehen nicht innerhalb von zwei Wochen nach Erklärung des Widerrufs oder nach Empfang des Darlehens zurückgezahlt hat, erfolgt nicht. Diese besondere Belehrung ist jedoch geboten, damit der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht versehentlich verliert, wenn sich die Rückzahlung des Darlehens verzögert.

117. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 2 Satz 2, § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 504 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist Nummer 31 wie folgt zu ändern:

- a) In § 497 Abs. 2 Satz 2 sind die Wörter "gemäß § 246" durch die Angabe "(§ 246)" zu ersetzen.
- b) In § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 sind nach dem Wort "Betrag" ein Komma und das Wort "Zahl" einzufügen.
- c) In § 504 Satz 2 ist nach dem Wort "Zinssatz" die Angabe "(§ 246)" einzufügen.

Begründung:

Die Ergänzung des § 502 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E entspricht der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe c VerbrKrG. Bei dem Fehlen der Anzahl der Raten dürfte sich um ein Redaktionsversehen handeln.

Im Übrigen zielt der Antrag auf eine Vereinheitlichung der Verweisung auf den gesetzlichen Zinssatz ab.

118. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 3 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 497 Abs. 3 Satz 1 ist nach dem Wort "Betrag" die Angabe "(Absatz 1)" einzufügen und die Bezeichnung "(Absatz 1)" durch die Bezeichnung "(Absatz 2)" zu ersetzen.

Begründung:

Es handelt sich um eine redaktionelle Berichtigung entsprechend § 11 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG.

119. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 3 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass sowohl auflaufende Zinsen als auch der Darlehensrückzahlungsanspruch, auch soweit § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E nicht eingreift, nicht innerhalb von nur drei Jahren verjähren.

Begründung:

Die Vorschrift des § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-E passt die bislang in § 11 Abs. 3 Satz 3 VerbrKrG enthaltenen Verjährungsvorschriften dem geänderten Verjährungsrecht an. Nach dem geltenden Recht war durch die Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 2 VerbrKrG sichergestellt, dass auch nichttitulierte Zinsforderungen nicht der besonderen kurzen, sondern der regelmäßigen langen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterfallen (Nichtanwendung von § 197 BGB). Der Entwurf enthält keine entsprechende Regelung, sondern erfasst mit der in § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-E vorgesehenen Nichtanwendbarkeit des § 197 Abs. 2 BGB-E lediglich titulierte Forderungen. Nichttitulierte Forderungen unterfallen somit der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB-E). Der Entwurf zwingt daher den Gläubiger, rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen bzw. seine Forderungen titulieren zu lassen, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Diese

Regelung führt zu einer Belastung der Vertragsparteien wie auch der Gerichte. Zu einer Änderung der geltenden Regelung besteht kein Anlass. Es müsste daher sichergestellt werden, dass auch nichttitulierte (Zins-) Forderungen während des Schuldnerverzugs nicht verjähren, jedenfalls solange der Schuldner regelmäßige Zahlungen auf die Schuld leistet.

Eine solche Regelung muss auch den Darlehensrückzahlungsanspruch erfassen. Dieser unterliegt nunmehr ebenfalls (nach Fälligestellung) der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Da der Darlehensgeber das Bestehen der Forderungen und den Schuldner kennt, beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit zu laufen. Die Verjährung wird allein durch den Schuldnerverzug nicht gehemmt. Ohne eine korrigierende Regelung müsste der Darlehensgeber trotz Tilgungsleistungen des Schuldners seine unstreitige Forderung vor Ablauf von drei Jahren titulieren.

120. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 505 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob auf die in § 505 Abs. 2 Satz 1 BGB-E vorgesehene schriftliche Form verzichtet werden kann, soweit es sich um Ratenlieferungsverträge handelt, die im Wege des Fernabsatzes abgeschlossen werden.

Begründung:

Der in § 505 BGB-E geregelte Ratenlieferungsvertrag enthält, wie schon die Vorgängervorschrift des § 2 VerbrKrG, kein Kreditgeschäft. Nach § 2 VerbrKrG finden jedoch auf den Ratenlieferungsvertrag die Vorschriften des § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, § 7 Abs. 1 und 2 und § 8 VerbrKrG entsprechende Anwendung. Der Vertrag muss daher zwar grundsätzlich schriftlich geschlossen werden. Statt der Schriftlichkeit genügt im Fernabsatz nach § 8 Abs. 1 VerbrKrG jedoch die rechtzeitige Zurverfügungstellung der Angaben auf einem dauerhaften Datenträger. Die ursprünglich auf den Versandhandel zugeschnittene Vorschrift des § 8 VerbrKrG wurde durch das Fernabsatzgesetz in seinem Anwendungsbereich auf Fernabsatzgeschäfte erweitert. Die Verweisung in § 2 VerbrKrG auf § 8 VerbrKrG blieb unverändert aufrechterhalten.

Die Vorschrift des § 2 VerbrKrG verweist nur auf die Schriftform des § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG und damit lediglich auf das Formerfordernis, nicht jedoch auf die weiteren Pflichtangaben des § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG. Daher findet die Vorschrift des § 8 VerbrKrG im Anwendungsbereich des § 2 VerbrKrG auch lediglich entsprechende Anwendung. Daraus wurde bislang geschlossen, dass die schriftliche Form bei Ratenlieferungsverträgen nach § 2 VerbrKrG nicht eingehalten werden muss, wenn der Verbraucher seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung auf der Grundlage eines Verkaufsprospektes abgegeben hat, den er in Abwesenheit der anderen

Vertragspartei eingehend zur Kenntnis nehmen konnte (vgl. Kessel-Wulf in: Staudinger BGB-Komm., 13. Bearb. 1997, § 2 VerbrKrG Rdnr. 33; vgl. auch OLG München ZIP 2001, 520 ff.).

Diese Rechtslage erscheint auch durchaus angemessen. Nach § 8 Abs. 1 VerbrKrG sind sogar die gefährlicheren Kreditgeschäfte vom Formzwang des § 4 VerbrKrG befreit, wenn die Informationspflichten nach § 8 VerbrKrG erfüllt sind; diese Regelung wird im Übrigen auch in § 502 Abs. 2 BGB-E übernommen. Es wäre insoweit wertungswidrig, den nicht finanzierten Ratenkauf einer strengeren Form zu unterstellen.

Gegenüber der bislang geltenden Rechtslage führt der Entwurf bei Ratenlieferungsverträgen zu einer erheblichen Verschärfung des Formgebotes. Diese wird in der Entwurfsbegründung weder erläutert noch gerechtfertigt (S. 608 f.). Soweit darauf hingewiesen wird, dass der Hinweis auf § 8 VerbrKrG entfallen könne, da der Unternehmer dem Verbraucher die Vertragserklärung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt, treffen diese Ausführungen das Problem nicht. Auch stellt die Möglichkeit, den Vertrag künftig in der Form der elektronischen Signatur abzuschließen, keinen adäquaten Ersatz für die Befreiung von der Schriftform dar. Die elektronische Form gilt nur bei elektronisch abzuschließenden Rechtsgeschäften und dürfte noch auf Jahre hinaus kaum allgemein verbreitet sein.

121. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a - neu - (§§ 535 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das Mietrecht an die Neuregelungen des Entwurfs angepasst werden sollte.

Begründung:

Der Entwurf passt namentlich die Mängelhaftung im Kauf- und im Werkvertrag an das neue Leistungsstörungenrecht an. Das Mietrecht folgt diesen Grundsätzen bisher nicht uneingeschränkt. Darüber hinaus will der Entwurf insbesondere im Kaufrecht eine Reihe von Normen des besonderen Leistungsstörungenrechts ändern, deren Parallelregelungen im Mietrecht zum Teil noch anderen Prinzipien folgen (z.B. Definition des Sachmangels, Garantiehafung für anfängliche Mängel, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Selbstbeseitigungsrecht, Kenntnis des Mieters von einem Mangel bei Annahme der Mietsache, Kündigung aus wichtigem Grund). Da die Wertungen sehr ähnlich sind, stellt sich die Frage einer Anpassung.

122. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33b - neu - (§ 543 Abs. 4 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33b einzufügen:

'33b. In § 543 Abs. 4 Satz 1 wird die Angabe "§§ 536b, 536d und §§ 469 bis 471" durch die Angabe "§§ 536b und 536d" ersetzt.'

Begründung:

Die Verweisung auf die §§ 469 bis 471 BGB geht ins Leere. Sie ist auch entbehrlich, weil für die entsprechende Vorschrift über Kündigungen aus wichtigem Grund im allgemeinen Teil des Schuldrechts (§ 314 BGB-E) ebenfalls keine derartige Regelung vorgesehen ist.

123. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33c - neu - (§ 548 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33c einzufügen:

"33c. In § 548 wird Absatz 3 aufgehoben."

Begründung:

§ 548 Abs. 3 Satz 1 BGB ist entbehrlich, wenn mit § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB-E der Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zu einem Hemmungsgrund wird. Satz 2 derselben Vorschrift geht ins Leere.

124. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33d - neu - (§ 563 Abs. 3 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33d einzufügen:

'33d. In § 563 Abs. 3 Satz 2 wird die Angabe "§ 206" durch die Angabe "§ 210" ersetzt.'

Begründung:

Anpassung der Verweisung an die vorgesehenen Änderungen des Verjährungsrechts.

125. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nummer 38 ist § 634 wie folgt zu fassen:

"§ 634

Ansprüche und Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nichts anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
3. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

Begründung:

Redaktionelle Verbesserung.

126. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es gerechtfertigt ist, die Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz gegen den Bauunternehmer auf der einen Seite und den Architekten/Statiker auf der anderen Seite unterschiedlichen Verjährungsfristen zu unterwerfen.

Begründung:

Bauleitender Architekt und Werkunternehmer sind Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB, soweit sie für denselben Schaden eines Bestellers einstehen müssen (einhellige Rechtsprechung seit der grundsätzlichen Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 1. Februar 1965, NJW 1965, 1175).

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, dass nach dem

vorliegenden Entwurf unterschiedliche Verjährungsfristen für die Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer einerseits (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E) und gegen den Architekten andererseits (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E) gelten. Als Beispiel für die Verjährungsregelung des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E wird in der Begründung (dort S. 623 unten) ausdrücklich zwar nur die Planungsleistung des Architekten bzw. Statikers genannt. Es ist jedoch anzunehmen, dass darüber hinaus auch die entsprechenden Überwachungs-tätigkeiten in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E einbezogen sind. Anderenfalls wären die Gewährleistungsansprüche wegen Planungsmängeln und wegen Überwachungsmängeln gegen denselben Architekten unterschiedlichen Fristen unterworfen. Im Ergebnis würde damit für sämtliche Architektenleistungen die regelmäßige, für die Werkunternehmerleistungen hingegen eine fünfjährige Verjährungsfrist laufen. Ein sachlicher Ansatz für diese Ungleichbehandlung der beiden vergleichbaren Konstellationen ist der Begründung nicht zu entnehmen.

Insofern sind nachteilige Auswirkungen auf die Praxis des Baugewerbes zu befürchten. Unterschiedliche Fristen für die Ansprüche gegen den Bauunternehmer auf der einen und den Architekten auf der anderen Seite führen dazu, dass der Besteller stets denjenigen zur Zahlung auffordern wird, gegen den Verjährung noch nicht eingetreten ist. Nach dieser Inanspruchnahme darf der Betroffene dann aber im Wege des Gesamtschuldnerinnenausgleichs gemäß § 426 Abs. 2 BGB seinerseits Rückgriff gegen den Schuldner des anderen - zwischenzeitlich bereits verjährten - Anspruchs nehmen. Über die gesamtschuldnerische Haftung von Bauunternehmer und Architekt wird sich die Verjährungsfrist für den Bauunternehmer/Handwerker daher faktisch über fünf Jahre hinaus bis zur absoluten Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche gegen Architekten von zehn Jahren verlängern. Folge davon wären erhebliche Kostensteigerungen im Baubereich, weil die Dauer der Gewährleistungsfrist ein preisbildender Faktor ist.

127. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a Abs. 1 Nr. 2 ist nach dem Wort "Herstellung" das Wort ", Wartung" einzufügen.

Begründung:

Auch Wartungsarbeiten müssen unter Nummer 3 fallen, werden jedoch bislang von Nummer 2 erfasst, da Wartungsarbeiten weder der Herstellung noch der Veränderung einer Sache dienen. Hinsichtlich der Gewährleistungsfrist gelten hier dieselben Überlegungen wie bei der Herstellung einer Sache. Da diese Fälle außerordentlich häufig sind, bedürfen sie der gesetzlichen Regelung.

128. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a Abs. 3 ist nach der Bezeichnung "Absatz 1 Nr. 1 und 3" die Bezeichnung "und Absatz 2" einzufügen.

Begründung:

Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist muss sich im Falle der arglistigen Täuschung nach den allgemeinen Vorschriften, also nach § 199 BGB-E richten. Dies soll nach der Gesetzesbegründung die wichtigste Folge des Absatzes 3 sein. Sie wird aber mit der derzeitigen Fassung gerade nicht erreicht, da nur eine Ausnahme von Absatz 1, nicht aber von Absatz 2 vorgesehen ist. Absatz 2 muss in die Ausnahmegvorschrift einbezogen werden.

129. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 3 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a ist Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

"Im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein."

Begründung:

Die Sonderregelung im Falle der Arglist des Unternehmers darf nicht dazu führen, dass die Verjährung bei Arglist in Einzelfällen früher eintritt, als es ohne diese Sonderregelung der Fall wäre. Deswegen muss durch eine ergänzende Regelung sichergestellt werden, dass bei der Haftung für ein Bauwerk immer mindestens die fünfjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung zur Verfügung steht.

130. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 4 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

"Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer insoweit das Werk zurückverlangen."

Begründung:

Ist der Rücktritt wegen eines Mangels des Werks nach § 218 Abs. 1 BGB-E wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam, so ist der Besteller auf Grund des fortgeltenden Werkvertrags berechtigt, das Werk zu

behalten. Wenn jedoch der Besteller auf Grund des Mangels nach Absatz 4 wegen des Rücktritts die Zahlung des Werklohns verweigern kann, wäre es nicht gerechtfertigt, wenn er gleichwohl das Werk behalten könnte. Dies sollte im Gesetz ausgesprochen werden.

131. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 635 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 635 Abs. 3 ist das Wort "auch" durch die Wörter "unbeschadet des § 275 Abs. 2" zu ersetzen.

Begründung:

Das Wort "auch" in § 635 Abs. 3 BGB-E ist irreführend und sollte durch die Formulierung "unbeschadet des § 275 Abs. 2" ersetzt werden.

132. Zu Artikel 1 Nr. 38 (§ 637 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Nr. 38 § 637 Abs. 1 ist die Angabe "nach § 635 Abs. 3" durch die Wörter "zu Recht" zu ersetzen.

Begründung:

Die vorgesehene Regelung erfasst nur den Fall des § 635 Abs. 3 BGB-E, übersieht aber, dass der Unternehmer die Nacherfüllung auch nach § 275 Abs. 2 BGB-E verweigern kann, weshalb in § 635 Abs. 3 BGB-E zu Recht geregelt ist, dass er die Nacherfüllung auch unter den dortigen Voraussetzungen verweigern kann. Es geht aber nicht an, dass bei einer Verweigerung nach § 275 Abs. 2 BGB-E eine Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers vorgenommen werden darf. Deshalb ist die Verweisung auf § 635 Abs. 3 BGB-E zu streichen. Alternativ wäre sie durch eine Verweisung auf § 275 Abs. 2 BGB-E zu ergänzen.

Zur Klarstellung können die Worte "zu Recht" eingefügt werden, denn die Ausnahme darf nur dann greifen, wenn die Verweigerung begründet erfolgt ist.

133. Zu Artikel 1 Nr. 38 (§ 637 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Wörter "oder dem Besteller unzumutbar" gestrichen werden sollten.

Begründung:

In der Begründung zum Gesetzentwurf ist zutreffend ausgeführt, dass der Fall der Unzumutbarkeit nur gegeben sein kann, wenn Gründe in der Person des Unternehmers die Nacherfüllung durch diesen unzumutbar machen. Dieser Fall kann über § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E gelöst werden, der ausdrücklich für anwendbar erklärt ist.

134. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 637 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 637 BGB-E in Anlehnung an § 323 Abs. 3 BGB-E eine Regelung dahingehend aufgenommen werden kann, dass der Besteller nach angemessener Fristsetzung, aber vor Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, wenn feststeht, dass der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist nicht mehr erbringen kann.

Begründung:

Nach § 637 Abs. 1 BGB-E kann der Besteller wegen eines Mangels am Werk "nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten Frist" den Mangel selbst beseitigen oder Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Anspruch setzt damit zwingend - abgesehen von den Fällen, in denen eine Fristsetzung entbehrlich ist - den Ablauf einer gesetzten Nacherfüllungsfrist voraus.

Dies kann sich in Fällen von Nacherfüllungsansprüchen, für deren Erfüllung aus tatsächlichen Gründen ein längerer Zeitraum benötigt wird, verzögernd und damit wirtschaftlich hemmend auswirken. Denn in diesen Fällen muss dem Unternehmer ein längerer Zeitraum als "angemessene Frist" gewährt werden, deren Verstreichen auch dann abgewartet werden müsste, wenn feststeht, dass der Unternehmer (z. B. wegen zu spätem Beginns mit den Arbeiten) die gesetzte Frist nicht mehr einhalten kann. Ein solches Abwarten ist weder im Interesse des Unternehmers, dem eine angemessene Frist eingeräumt worden war, geboten noch aus der Sicht des Bestellers hinnehmbar. Letzterem sollte daher vorzeitig die Möglichkeit eingeräumt werden, durch eigene Tätigkeit oder die eines Dritten, den Mangel so rasch wie möglich zu beseitigen.

135. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40a - neu - (§ 641 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 40 folgende Nummer einzufügen:

'40a. In § 641 Abs. 3 werden die Wörter "mindestens in Höhe des Dreifachen" durch die Wörter "in der Regel in Höhe des Zweifachen" ersetzt.'

Begründung:

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen festgeschriebene Recht auf Zurückbehaltung eines "Druckzuschlages" ist eine sachgerechte Normierung des Gewohnheitsrechts. Die Höhe des Betrages hat sich jedoch in der Praxis als zu hoch erwiesen, weil der dreifache Betrag der Mängelbeseitigungskosten regelmäßig nicht angemessen ist und vor allem das Handwerk und andere mittelständische Betriebe, die ohnehin unter hohen Forderungsausfällen und -rückständen zu leiden haben, erheblich belastet.

Die Höhe sollte somit auf den doppelten Betrag der Mängelbeseitigungskosten festgelegt werden und als Regelvermutung im Einzelfall eine gerichtlich überprüfbare Abweichung nach oben oder unten zulassen.

136. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40b - neu - (§ 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist vor Nummer 41 folgende Nummer 40b einzufügen:

'40b. In § 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 werden nach dem Wort "von" die Wörter "nicht unwesentlichen" eingefügt.

Begründung:

Die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeräumte Möglichkeit, die Fälligkeit begründende Abnahme durch eine Fertigstellungsbescheinigung zu ersetzen, begründet für Unternehmen eine notwendige Alternative, ihre berechtigten Forderungen in einem schnellen Verfahren zu realisieren und unberechtigten Abnahmeverweigerungen den verzögernden Charakter zu nehmen.

In der Praxis scheitert die Erstellung einer Fertigstellungsbescheinigung jedoch vielfach an dem Umstand, dass sie nicht ausgestellt werden kann, wenn das Werk unwesentliche Mängel aufweist. Diese Voraussetzung für Fertigstellungsbescheinigungen ist nicht folgerichtig, da die Abnahme, welche durch die Bescheinigung ersetzt werden kann, bei unwesentlichen Mängeln nicht verweigert werden kann. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung sind somit an die Abnahmemerkmale

anzupassen, so dass für die Bescheinigung in Zukunft genügen sollte, dass das Werk frei von nicht unwesentlichen Mängeln ist.

137. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 43 (§ 651 BGB)

Der Bundesrat bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es sinnvoll ist, in § 651 BGB-E neben dem Kaufrecht auch einzelne Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar zu erklären.

Begründung:

Das Kaufrecht ist nicht auf Fallgestaltungen ausgerichtet, bei denen sich die Umstände während der Herstellung der Sache ändern können. Werden Werk- und Werklieferungsverträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, Kaufrecht unterstellt, so finden insbesondere die §§ 642 bis 645, 649 und 650 BGB auf die Herstellung nicht vertretbarer Sachen keine Anwendung mehr. Die dort enthaltenen Regelungen sind aber für Werkverträge und Werklieferungsverträge über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen durchaus sinnvoll, z.B. die Verpflichtung des Unternehmers, dem Besteller Anzeige zu erstatten, wenn er einen Kostenanschlag überschreitet.

138. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 47 (§ 651g Abs. 2 BGB),  
Nr. 48 (§ 651i BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 sind die Nummern 47 und 48 zu streichen.

Begründung:

Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 651g Abs. 2 Satz 1 BGB in der bisherigen Fassung sollte erhalten bleiben. Die Tatsache, dass die bisherige sechsmonatige Verjährungsfrist für Mängelansprüche im Werkvertragsrecht auf zwei Jahre verlängert werden soll, ist kein hinreichender Grund, eine entsprechende Verlängerung auch im Reisevertragsrecht vorzusehen. Im Werkvertragsrecht ist die sechsmonatige Frist deutlich zu kurz. Im Reisevertragsrecht lässt sich eine solche Aussage dagegen nicht treffen. Vielmehr ist die kurze Frist hier weiterhin notwendig, weil die für einen Reisemangel maßgebenden Umstände sich besonders schnell verändern und schon nach kurzer Zeit im Prozess eine verlässliche Beweisaufnahme sehr erschwert ist. Dass es nicht gerechtfertigt ist, wegen der Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht auf

zwei Jahre jede kürzere Verjährungsfrist ebenfalls zu verlängern, zeigt die Beibehaltung der kurzen Frist für bestimmte mietrechtliche Ansprüche durch das Mietrechtsreformgesetz (§ 548 Abs. 1 und 2 BGB n.F.).

Wird die Frist nicht verlängert, ist die Änderung des § 6511 BGB-E gegenstandslos.

139. Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 61 (§ 939 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren in geeigneter Weise klarzustellen, dass mit dem "Eigentumsanspruch" in § 939 BGB-E der Herausgabeanspruch gemeint ist.

Begründung:

Der Begriff des Eigentumsanspruch ist aus dem geltenden Recht übernommen. Es gibt neben dem Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) aber noch andere Ansprüche aus dem Eigentum (z.B. § 1004 BGB). Während diese Ansprüche nach dem geltendem Recht einheitlich jeweils dem allgemeinen Verjährungstatbestand des § 195 BGB unterfallen, sieht der Entwurf in § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E eine Differenzierung zwischen dem Herausgabeanspruch und sonstigen Ansprüchen aus Eigentum vor. Insoweit erscheint ein Festhalten an dem umfassenden Begriff des "Eigentumsanspruchs" in § 939 BGB-E nicht angebracht.

140. Zu Artikel 1 Abs. 2 (Anlage; Inhaltsübersicht zum Bürgerlichen Gesetzbuch)

In der Anlage zu Artikel 1 Abs. 2 ist die Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 1 Titel 1 wie folgt zu fassen:

"Titel 1

Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer"

Begründung:

Im Hinblick auf die §§ 13 und 14 BGB muss die Überschrift ergänzt werden.

141. Zu Artikel 2 Nr. 3 (Artikel 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die inhaltliche und sprachliche Fassung des Artikels 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB-E zu überprüfen.

Begründung:

Nach Artikel 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB-E sollen bei Dauerschuldverhältnissen das BGB und die in Satz 1 bezeichneten weiteren Gesetze vom 1. Januar 2003 an in der "dann geltenden Fassung" angewandt werden.

In Satz 1 werden jedoch ausschließlich Gesetze aufgeführt (z.B. das AGB-Gesetz, das Verbraucherkreditgesetz und das Fernabsatzgesetz), die nach Artikel 6 des Gesetzentwurfs zum 1. Januar 2002 aufgehoben werden sollen. Diese Gesetze können daher am 1. Januar 2003 keine geltende Fassung mehr haben.

142. Zu Artikel 2 Nr. 3 (Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung in Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E aufgenommen werden sollte.

Begründung:

Nach der Begründung zu Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E soll das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz aufgelöst und in das EGBGB eine Überleitungsregelung integriert werden, die inhaltlich den Überleitungs-vorschriften des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes und den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen entspricht. Artikel 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EGBGB-E soll § 2 Abs. 1 der Fidor-Überleitungs-Verordnung und § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung nachempfunden sein. Indes entspricht Satz 2 Halbsatz 1 EGBGB-E lediglich § 2 Abs. 1 der Fidor-Überleitungs-Verordnung. Eine der Vorschrift des § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung entsprechende Regelung ist in Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E nicht enthalten.

143. Zu Artikel 3 (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG)

In Artikel 3 § 2 Abs. 2 Nr. 1 sind nach dem Wort "Verbraucherdarlehensverträge" die Wörter, "Finanzierungshilfen, Ratenlieferungsverträge" einzufügen.

Begründung:

Die genannten Verträge sind bisher alle einheitlich im Verbraucherkreditgesetz geregelt. Das Verbraucherkreditgesetz wiederum ist ein Verbraucherschutzgesetz im Sinne des §22 Abs. 2 AGBG, der in § 2 UKlaG überführt werden soll. Es gibt keinen Anlass, die sonstigen Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge vom Anwendungsbereich des UKlaG auszunehmen. Die Entwurfsbegründung äußert sich zu der mit der alleinigen Nennung des "Verbraucherdarlehensvertrages" einhergehenden Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 2 UKlaG nicht (S. 653).

144. Zu Artikel 3 (§ 3 UKlaG).Artikel 5 Abs. 24 Nr. 1 (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob an der Verdoppelung der Klagebefugnis für qualifizierte Einrichtungen nach den §§ 2 und 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG einerseits und nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG andererseits festgehalten werden soll.

Begründung:

Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze nach § 2 UKlaG dürften regelmäßig auch einen Unterlassungsanspruch nach den §§ 1 und 13 UWG auslösen, den qualifizierte Einrichtungen gerichtlich mit der Unterlassungsklage nach dem UWG verfolgen können. Das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden Ansprüchen in § 2 UKlaG und § 13 UWG ist gesetzlich nicht geklärt. Die damit einhergehende Verdoppelung von Unterlassungsansprüchen erscheint wenig sinnvoll. Umgekehrt lassen sich auch andere Wettbewerbsverstöße, die sich zu Lasten der Verbraucher auswirken, unter die weite Definition der Verbraucherschutzgesetze in § 2 Abs. 1 UKlaG fassen, was die Notwendigkeit, den qualifizierten Einrichtungen weiterhin in § 13 UWG ein zusätzliches eigenes Klagerecht einzuräumen, insoweit entbehrlich erscheinen lässt. Eine Konzentration der verbraucherschützenden Unterlassungsklage auf das UKlaG dürfte dessen Bedeutung und Stellung in der Rechtsordnung erhöhen, ohne zu einem Verlust an Rechtsschutzmöglichkeiten zu führen.

145. Zu Artikel 3 (§ 12 UKlaG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob den nach § 3 UKlaG (bisher §§ 13, 22 AGB-Gesetz) klagebefugten Verbänden ein gesetzlicher Anspruch auf Auskunft über Namen und ladungsfähige Anschrift von Unternehmen gegen die Deutsche Post AG, Telekommunikationsunternehmer und Internet-Provider gegeben werden sollte, soweit diese Information zur Durchführung einer Verbandsklage benötigt wird und anderweitig nicht zu beschaffen ist.

Begründung:

Das Klagerecht der Verbände nach den §§ 13 und 22 AGB-Gesetz, aber auch nach § 13 UWG läuft oft leer, weil die betreffenden Unternehmen nur eine Postfach-Adresse bekannt geben oder nur mit einer Internet-Adresse oder gar nur mit einer Service-Telefonnummer auftreten, unter denen sie nicht verklagt werden können. Die Deutsche Post AG, die Telekommunikationsunternehmen und Internet-Provider verfügen dagegen meist über Namen und ladungsfähige Anschrift der betreffenden Unternehmen und werden auch bereit sein, diese beiden Angaben preiszugeben, wenn sie dabei rechtlich abgesichert werden. Diese Rechtssicherheit könnte durch einen Auskunftsanspruch gewährleistet werden. Ziel der Auskunft sollte die Durchführung des Rechtsstreits sein, mit dem die Verbände letztlich ein öffentliches Interesse ausfüllen. Ohne ein effizientes Klagerecht liefen viele Verbraucherschutzvorschriften in der Praxis leer. Das sollte verhindert werden.

146. Zu Artikel 3 (Unterlassungsklagengesetz)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das Unterlassungsklagengesetz um gesetzliche Bestimmungen zu ergänzen ist, welche die grenzüberschreitenden Unterlassungsklagen regeln.

Begründung:

Die dem Unterlassungsklagengesetz auch zu Grunde liegende Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen hat insbesondere grenzüberschreitende Verhaltensweisen zum Nachteil der Verbraucher im Auge (vgl. Erwägungsgrund Nummer 6). Die gegenwärtige Fassung des Unterlassungsklagengesetzes enthält sich jeder Regelung, nach welchen rechtlichen Vorschriften im Falle eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes das Verhalten und ein möglicher Unterlassungsanspruch beurteilt werden soll.

Die Fassung des Gesetzentwurfes legt es wegen der ausschließlichen Bezugnahme auf Vorschriften des deutschen Rechts nahe, dass ein Verbraucherschützer Unterlassungsanspruch ausschließlich dann gerichtlich geltend gemacht werden könnte, wenn auch deutsches Sachrecht zu Anwendung gelangt. Offen bliebe dann aber immer noch, nach welchen Vorschriften des Internationalen Privatrechts sich die Anwendung deutschen Rechts bestimmen soll. Ein Unterlassungsanspruch nach dem UKlaG bestünde dann möglicherweise nur, wenn es sich um Verhaltensweisen handelt, die sich ausschließlich im Inland abspielen.

Andererseits besteht ein großes tatsächliches Interesse, einen im Inland ansässigen Unternehmer an dessen allgemeinen Gerichtsstand (Artikel 2 EuGVÜ) auch wegen eines Verstoßes gegen Verbraucherschutzgesetze mit der Unterlassungsklage in Anspruch zu nehmen, der sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzstaat abspielt. Gerade zu diesem Zweck ordnet die Richtlinie 98/27/EG an, dass auch ausländische klagebefugte Einrichtungen nach Artikel 3 der Richtlinie ein solches Verhalten grenzüberschreitend (auch am Sitz des Täters) gerichtlich verfolgen können (Artikel 4 der Richtlinie). Das Unterlassungsklagengesetz enthält aber für diesen Fall keine Regelung, nach welchem Recht sich der Unterlassungsanspruch, den der klagebefugte Verband geltend macht, richtet.

147. Zu Artikel 4 Nr. 2 (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichen Recht)

In Artikel 4 Nr. 2 § 1 Abs. 1 sind der Nummer 3 die Wörter "sowie darüber, wann der Vertrag zu Stande kommt," anzufügen.

Begründung:

Die Änderung ergänzt die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht um den in § 2 Abs. 2 Nr. 2 FernAbsG zusätzlich enthaltenen Bestandteil. Die Entwurfsbegründung äußert zur Auslassung dieser Passage nichts (S. 658). Für dessen Streichung ist aber kein Grund ersichtlich.

148. Zu Artikel 5 Abs. 3 Nr. 1a - neu - (§ 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO)

In Artikel 5 Abs. 3 ist nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

'1a. In § 104 Abs. 1 Satz 2 werden die Wörter "fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242)" durch die Wörter "fünf Prozentpunkten über dem Basiszins" ersetzt.'

Begründung:

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der Regelung in § 288 BGB-E. Durch das vom Deutschen Bundestag am 17. Mai 2001 verabschiedete Gesetz zur Reform des Zivilprozesses soll mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eine Anpassung des § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO an § 288 Abs. 1 BGB in der geltenden Fassung erfolgen. Diese Anpassung schlägt fehl, wenn § 288 Abs. 1 BGB wie vorgesehen geändert wird. Deshalb ist § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO entsprechend anzupassen.

149. Zu Artikel 5 Abs. 16 Nr. 6 (§ 378 HGB)

a) In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 478 ist Absatz 4 wie folgt zu fassen:

"(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt."

b) In Artikel 5 Abs. 16 ist Nummer 6 wie folgt zu fassen:

"6. § 378 wird aufgehoben."

Begründung:

Der Regelungsgehalt des § 378 HGB-E ist unklar. Für die Vorschrift besteht aber auch kein Regelungsbedarf.

Nach ihrem Wortlaut beinhaltet die Neufassung des § 378 HGB-E keine regelungsbedürftige Abweichung von § 377 HGB. Soweit die Vorschrift dem Letztverkäufer Gewährleistungsansprüche wegen eines Mangels der Ware auch für den Fall erhalten will, dass dieser die Ware im normalen Geschäftsverkehr vor Entdeckung und Erkennbarkeit des Mangels weiterveräußert hat, ergibt sich diese Rechtsfolge schon aus dem geltenden Recht. Denn die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB tritt überhaupt nur dann ein, wenn der Mangel erkennbar gewesen ist.

Soll mit dem neu gefassten § 378 HGB-E hingegen, worauf jedenfalls die Begründung hindeuten könnte, dem wegen Gewährleistung in Anspruch genommenen Letztverkäufer ein Rückgriffsanspruch auch dann eingeräumt werden, wenn er den Mangel bei gehöriger Untersuchung hätte feststellen und rügen können, wäre eine solche Privilegierung des Letztverkäufers gegenüber demjenigen Kaufmann, der in der Lieferkette der letzte ist und die Sache zum langfristigen eigenen Gebrauch gekauft hat, weder sachgerecht noch geboten. Der Zweck des § 377 HGB, Handelskäufe schnell abzuwickeln und dem Verkäufer möglichst bald Klarheit über auf ihn etwa noch zukommende Gewährleistungsansprüche zu verschaffen, rechtfertigt nicht die unterschiedliche Behandlung beider Sachverhalte. Es besteht kein Grund, unter Hintanstellung der schutzwürdigen Interessen des Vormannes in der Lieferkette den haftenden Letztverkäufer davor zu bewahren, die gesamte Verantwortung für den Sachmangel zu übernehmen, wenn er sich selbst rechtzeitig

durch eine Untersuchung und Rüge der Ware vor Rechtsnachteilen hätte schützen können.

Die Neufassung des § 378 HGB-E ist auch nicht durch Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geboten. Abgesehen davon, dass § 378 HGB-E auch andere Fälle wie etwa den Weiterverkauf an Nichtverbraucher sowie den Verbrauch und die Veränderung für eigene Zwecke des Käufers erfasst, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, überlässt es Artikel 4 Satz 2 der Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich, die Modalitäten des Rückgriffs des Letztverkäufers selbst festzulegen. Ein absoluter Gleichlauf der Gewährleistungsansprüche von Verbraucher und Letztverkäufer ist danach nicht vorgeschrieben. Der Gesetzgeber kann vielmehr weitere Haftungsvoraussetzungen festlegen, die beispielsweise auch den Besonderheiten des Handelsverkehrs Rechnung tragen. Dies entspricht auch der Zielsetzung der Richtlinie, die nicht die Interessen des Letztverkäufers stärken, sondern in erster Linie die Rechte des Verbrauchers verbessern will.

Der Entwurf geht zutreffend davon aus, dass es im Handelsrecht einer besonderen Vorschrift für die Gewährleistungshaftung bei einer Falsch- oder Zuviellieferung, wie sie § 378 HGB in der geltenden Fassung zum Gegenstand hat, nicht mehr bedarf, nachdem der neue § 434 Abs. 3 HGB-E diese Fälle dem Sachmangel gleichstellt. Auch für den von § 378 HGB-E weiter erfassten Fall der Zuviellieferung erscheint eine Sonderregelung für den Handelskauf auf Grund der Gepflogenheiten des Handelsverkehrs nicht geboten. Die Vorschrift des § 378 HGB-E sollte deshalb ersatzlos aufgehoben werden.

150. Zum Gesetzentwurf insgesamt

Der Bundesrat erinnert an die am 17. März 2000 im Zusammenhang mit den Beratungen über das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen gefasste EntschlieÙung (BR-Drs. 108/00 (Beschluss)) und äußert die Erwartung, dass die Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Zahlungsmoral die vorgesehene Prüfung weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen in diesem Bereich, die im Rahmen der Beratungen über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zurückgestellt wurde, nunmehr umgehend aufnimmt. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, die Ergebnisse dieser Arbeitsgruppe möglichst zeitnah umzusetzen.

Die mangelhafte Zahlungsmoral von Auftraggebern gerade im Baubereich stellt vor allem für kleine und mittlere Betriebe des Bauhandwerks weiterhin ein gravierendes Problem dar, das nicht selten Liquiditätsschwierigkeiten nach sich zieht. Die bisherigen Versuche zur verbesserten Absicherung des Auftragnehmers am Bau haben sich dabei offenbar als

unzureichend erwiesen. erinnert sei dabei an das Gesetz zum Schutz von Bauforderungen von 1909, die Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB), die Regelung über die Sicherheitsleistung des Bestellers (§ 648a BGB) und zuletzt das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000.

Weitere gesetzgeberische Maßnahmen sollten daher im Rahmen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Zahlungsmoral beraten werden. Diese Arbeitsgruppe hatte hierzu bereits am 10. November 1999 von der Justizministerkonferenz einen entsprechenden Arbeitsauftrag erhalten, war aber im Hinblick auf die umfangreichen Beratungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts noch nicht zusammengekommen.