

BGB

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann, Prof. Dr. Barbara Grunewald, und Dr.
Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, RA

15., neu bearbeitete Auflage 2017. Buch. 7194 S. Hardcover
ISBN 978 3 504 47103 3

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

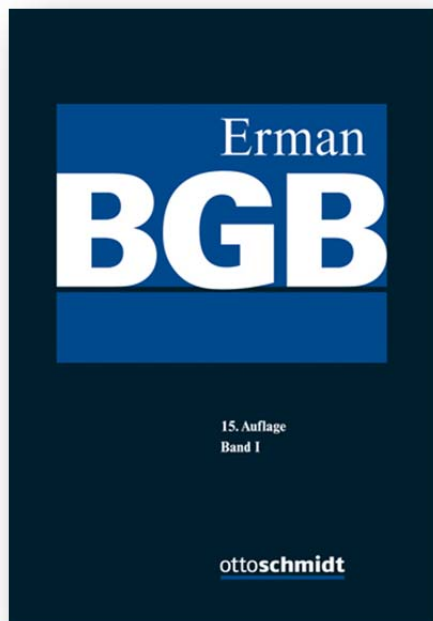
Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Erman

BGB

15., neu bearbeitete Auflage, 2017, 7194 Seiten, 2 Bände, gebunden, Kommentar, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-47103-3

Regulärer Preis: 439,00 €

Subskriptionspreis: 389,00 € (gültig bis 15.12.2017)

Untertitel 2

Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen¹

Kapitel 1

Anwendungsbereich und Grundsätze bei Verbraucherverträgen

Vorbemerkung vor § 312

Allgemeines Schrifttum zu den Grundsätzen bei Verbraucherverträgen und den besonderen Vertriebsformen (§§ 312–312k): *Kommentare:* Fischer/Machunsky, Haustürwiderrufsgesetz, 2. Aufl 1995; Härting, Fernabsatzgesetz, 2000; Lütcke, Fernabsatzrecht, 2002; Micklitz/Tonner, Hk-Vertriebsrecht, 2002; Wilmer/Hahn, Fernabsatzrecht, 2. Aufl 2005.

Aufsätze und Monographien: Alexander, Neuregelung zum Schutz der Verbraucher bei unerlaubter Telefonwerbung, JuS 2009, 1070; Arnold, Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht, RIW 2009, 679; Artz, Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach Ausübung des verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrechts, ZGS 2009, 453; Bartholomä, Die Systematik des neuen Wertersatzregimes nach Widerruf, NJW 2012, 1761; Bierehoven/Crone, Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, MMR 2013, 687; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 5. Aufl 2016; Effer-Uhel/Watson, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7; Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67; Föhlich, Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht?, MMR 2009, 75; Föhlich/Dyakova, Fernabsatzrecht und Informationspflichten im Onlinehandel, MMR 2013, 3; Gebauer/Wiedemann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl 2010; Gofferjé, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016; Grigoleit, Besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1151; Gsell, Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, JZ 2012, 809; Hecker, Neue Regeln gegen unerlaubte Telefonwerbung, K&R 2009, 601; Heinig, Verbraucherschutz – Schwerpunkte der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, MDR 2012, 323; Jud/Wendehorst (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?, 2009; Klefisch/Durynek, Umfassender Verbraucherschutz bei Kauf einer Photovoltaikanlage?, NZBau 2012, 475; Köhler, Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen, NJW 2009, 2567; Köhler, Vertragsrechtliche Sanktionen gegen unerwünschte Telefonwerbung?, WRP 2007, 866; Loacker, Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung, JZ 2013, 234; Micklitz, Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsschlussmodalitäten? – Zur Integration von Haustür-, Fernabsatzgeschäft und E-Commerce in das BGB, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 189; Micklitz/Reich, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära ...“, EuZW 2009, 279; Nobbe, Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht, Diss München 2007; Pfeiffer, Verbraucherrecht mit vielen Säulen – Auf der Suche nach funktionsgerechten Konstruktionsprinzipien eines Rechtsgebiets, NJW 2012, 2609; Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in den EG-Staaten. Eine vergleichende Analyse, 1981; Schinkels, Der Kommissionsentwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie und seine Sprengkraft für § 355 BGB, JZ 2009, 774; Schmidt-Kessel/Sorgenfrei, Neue Anforderungen an die Umsetzung verbraucherschützender Richtlinien, GPR 2013, 242; Schürnbrand, Zwingender Verbraucherschutz und das Verbot unzulässiger Rechtsausübung, JZ 2009, 133; Schwab/Giesemann, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012, 253; Skamel, Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag, ZGS 2010, 106; Tacou, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009, 140; Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2012; Taxhet/Artz, Das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen, ZGS 2009, 264; Tonner/Tamm, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht, JZ 2009, 277; Wendehorst, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577; H. P. Westermann, Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, 1983, 1.

Zu „Haustürgeschäften“ (§ 312 aF) bzw zu „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“ (§ 312b nF): Franz, Aufhebungsvertrag und Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB: Nicht nur eine Frage des Arbeitsrechts!, JR 2007, 89; Franzén, „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 321; Gilles, Das Recht des Direktmarketing, Kundenwerbung und Verträge außerhalb von Geschäftsräumen (Gilles Direktmarketing), 1982; Habersack, Zur Anwendung der Haustürgeschäftsregeln auf den Beitritt zu einer Immobilienfonds-GbR und zur Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf den Beitritt, ZIP 2010, 775; Habersack/Mayer, Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der „Heininger“-Entscheidung des EuGH, WM 2002, 253; Häublein, Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urten des EuGH v 25.10.2005, NJW 2006, 1553; Hoffmann, J. F., Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156; Jungmann, Schadensersatzansprüche in Schrottimmobilienfällen, NJW 2007, 1562; Kindler/Libbertz, Gesellschaftsrechtliche Grenzen des Verbraucherschutzes: Die Anwendung der Haustürgeschäftsrichtlinie und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft, NZG 2010, 603; Möllers/Grassl, Zur Europarechtswidrigkeit der Schrottimmobilien-Rechtsprechung des XI. Senates, VuR 2010, 3; Oechsler, Die culpa in contrahendo wegen unterbliebener Haustürwiderrufsbelehrung, NZG 2008, 368; Podewils, Haustürwiderrufsrichtlinie: Anwendung auf Personengesellschaften – Fortgeltung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, EWS 2010, 265; Rohlfing, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften, MDR 2010, 552; Schoppmeyer, Ausgewählte Probleme der Schrottimmobilien in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, WM 2009, 10; Stodolkowitz, Akzessorische Sicherheiten und Haustürwiderruf, ZBB 2008, 306; v Wespjennig, Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?, BKR 2009, 99; Zahn, Die Bürgschaft des Verbrauchers bei Haustürgeschäften und Kreditverträgen, ZIP 2006, 1069.

¹ **Amtl Hinw:** Dieser Untertitel dient der Umsetzung

1. der RL 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl EG Nr L 372 S. 31),
2. der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl EG Nr L 144 S. 19) und
3. der Artikel 10, 11 und 18 der RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, ABl EG Nr L 178 S. 1).

Zu „Fernabsatzverträgen“ (§ 312c): *Becker/Föhlisch*, Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen – Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz, NJW 2008, 3751; *Bierekoven*, Die Neuregelung des Widerrufs- und Rückgaberechts im Fernabsatz und E-Commerce, CR 2008, 785; *Börner/Rath/Sengpiel*, Fernabsatzrecht, 2001; *Braun*, Fehlentwicklung bei der rechtlichen Behandlung von Internetauktionen, JZ 2008, 330; *Buchmann*, Hinsendekosten, Rücksendekosten und 40-Euro-Klausel bei Fernabsatzgeschäften, K&R 2010, 458; *Bücker*, Zum Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über Computersysteme, VuR 2009, 71; *Föhlisch*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009; *Föhlisch/Hoffmann*, Widerrufsfrist im Fernabsatz – Ungleichbehandlung von Online-Shops und eBay-Verkäufern?, NJW 2009, 1175; *Haase*, Die Hinsendekosten beim widerrufenen Fernabsatzvertrag nach deutschem und europäischem Recht, VuR 2010, 291; *Hoeren*, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801; *Klöhn*, Alternativer Verbraucherschutz für Internet-Auktionen, CR 2006, 260; *Lorenz, B.*, Auswirkungen der Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung auf Internetangebote, VuR 2010, 323; *Ludwig*, Zum Widerrufsrecht bei unwirksamen Verbraucherverträgen, ZGS 2010, 490; *Mand*, Widerrufsrecht gegenüber Versandapotheke?, NJW 2008, 190; *Mankowski*, Apps und fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht, CR 2013, 508; *Mankowski/Siemonsen*, Das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht nach dem Telefonwerbungsbekämpfungsgesetz, MMR 2009, 515; *Meier*, Vergütungspflicht und Widerruf bei der Online-Partnerschaftsvermittlung, NJW 2011, 2396; *Oelschlägel*, Neues Verbraucherrecht mit Auswirkungen auf den Fernabsatz/E-Commerce, MDR 2013, 1317; *Podewils*, Vertrieb geschlossener Fonds und Widerrufsbelehrung, MDR 2010, 117; *Scholl*, Neues zum fernabsatzrechtlichen Widerrufsrecht bei Energielieferungsverträgen, ZGS 2010, 394; *Skamel*, Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag, ZGS 2010, 106; *Sparrmann*, Das Widerrufsrecht im Fernabsatz als Kauf auf Probe, 2010; *Vander*, Der neue Rechtsrahmen für Mehrwertdienste, NJW 2007, 2580; *Würdinger/Ringshandl*, Zur Kostentragungspflicht für Hinsendekosten in Widerrufsfällen im Fernabsatz, MMR 2009, 49.

Zum elektronischen Geschäftsverkehr, „E-Commerce“ (§§ 312i, 312j): *Alexander*, Neuregelung zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, 1985; *Bergt*, Schutz personenbezogener Daten bei der E-Mail-Bestätigung von Online-Bestellungen, NJW 2011, 3752; *Blasek*, Kostenfallen im Internet – ein Dauerbrenner, GRUR 2010, 396; *Buchmann/Majer*, Eine „Button-Lösung“ für den elektronischen Geschäftsverkehr?, K&R 2010, 635; *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, „Vertragsfallen“ im Internet – Rechtliche Würdigung und Gegenstrategien, NJW 2009, 3189; *Dörner*, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002), 362; *Fritz*, Vertragsschluss-Modalitäten im elektronischen Geschäftsverkehr – § 312e BGB, 2003; *Gofferjé*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016; *Kirschbaum*, Die gesetzliche Neuregelung der sog. „Internetfälle“, MMR 2012, 8; *Kliegel*, Zivil- und strafrechtliche Beurteilung sog. „Abofallen“ im Internet unter Berücksichtigung des neuen § 312g II–IV BGB, JR 2013, 389; *Kredig/Uffmann*, Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, ZRP 2011, 36; *Leible*, Binnenmarkt, elektronischer Geschäftsverkehr und Verbraucherschutz, JZ 2010, 272; *Leier*, Die Buttonlösung gegen Kostenfallen im Internet, CR 2012, 378; *Rosel/Taeger*, Reduzierte Informationspflichten für den M-Commerce, K&R 2010, 159; *Roth*, „Button“-Lösung – Gesetz zum Schutz der Verbraucher vor Abo- und Kostenfallen im Internet, VuR 2012, 477; *Spindler*, Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, ZHR 2001, 324; *Spindler*, Internationale Kapitalmarktangebote und Dienstleistungen im Internet – Öffentlich-rechtliche Regulierung und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, WM 2001, 36; *Tamm*, Kostenfallen im Internet nach neuer Rechtslage, VuR 2012, 217; *Weiss*, Die Untiefen der „Button“-Lösung, JuS 2013, 590.

Vgl. auch das Schrifttum Vor § 355.

- 1 Regelungszweck.** Der **Direktvertrieb** von Waren und (Dienst-)Leistungen **außerhalb der Geschäftsräume des Anbietenden** durch Vertreter, Kundenberater, Reisende oder sonstige Angestellte im Außendienst (§ 84 II HGB) **sowie im Fernabsatz** ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragschließenden – insb im Wege unterschiedlicher Formen des E-Commerce – hat erhebliche Bedeutung. Diese Art des Vertriebs bringt für den Verbraucher Vorteile und Annehmlichkeiten, aber auch nicht zu unterschätzende Risiken mit sich.
- Die **Vorteile** dieser Vertriebsformen liegen ua darin, dass der Verbraucher nicht an Ladenschlusszeiten gebunden ist, dass er seinen Bedarf auch in geschäftsfernen Gebieten sowie in Fällen decken kann, in denen Beruf, Alter, Krankheit, Kinderbetreuung oder andere Umstände ihn an einen festen Ort binden, und dass er die Möglichkeit hat, seine Entscheidung im privaten Kreis zu treffen. Besonders günstig ist es, wenn der Verbraucher die angebotene Leistung an Ort und Stelle auf Qualität, Funktion und Zweckmäßigkeit hin prüfen kann. Attraktiv sind auch Service- oder Kundendienstleistungen, zB der regelmäßige Verkauf von Lebensmitteln an der Haustür oder der Reparaturdienst beim Vertrieb elektrischer Geräte.
- Risiken und Gefahren** ergeben sich daraus, dass der Verbraucher oft unvermittelt und unvorbereitet mit einem Angebot von Waren oder Dienstleistungen konfrontiert wird, ohne deren objektiven Nutzen für den persönlichen Bedarf zuverlässig abschätzen zu können und ohne Gelegenheit zu haben, Preis und Qualität mit anderen Angeboten zu vergleichen (*Gilles Direktmarketing*, Rn 55, 57). Häufig sieht sich der Verbraucher verkaufspsychologisch gut geschulten Verhandlungspartnern oder reißerischer Werbung im Katalog oder – zunehmend aufdringlicher – im Internet ggü, der er nicht zu widerstehen vermag. Diese Vertriebsformen sind deshalb in erhöhtem Maße geeignet, die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit vor allem weniger geschäftsgewandter Verbraucher zu beeinträchtigen.
- Ggü diesen mit dem Direktvertrieb verbundenen Risiken und Gefahren bot das **frühere Recht** bis in die 1980er-Jahre – abgesehen etwa vom AbzG – dem Verbraucher **keinen hinreichenden Schutz**. Nur in besonders gelagerten Einzelfällen sah die Rspr Haustürgeschäfte und ähnliche Geschäfte nach § 134 oder wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 als nichtig an (BGH NJW 1982, 1455; 1982, 1457; WM 1988, 624). Zwar kann der Verbraucher bei arglistiger Täuschung seine Willenserklärung nach § 123 anfechten; eine derartige Täuschung wird aber nur in seltenen Fällen nachzuweisen sein (*Gilles Direktmarketing*, Rn 222).
- Einen ersten Schritt zur Gewährleistung angemessenen und wirksamen Schutzes des Verbrauchers gegen Überumpelung beim Abschluss von Verträgen im Bereich des Direktmarketings stellte das auf der RL 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (HaustürgeschäfteRL v 20.12.1985, ABl 1985 L 372/31) beruhende **Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen** (HausTWG v 16.1.1986, BGBl I 122) dar. Dessen sachlicher Anwendungsbereich er-

wies sich aber vor dem Hintergrund ständig wachsender und moderner Vertriebswege schon bald als zu eng. Erst mit der Umsetzung der FernabsatzRL (RL 97/7/EG v 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997 L 144/19) durch das **Fernabsatzgesetz** (FernAbsG v 27.6.2000, BGBl I 897) wurde eine weitere Lücke des Verbraucherschutzes geschlossen. Hiervon wurden alle Vertriebs- und Dienstleistungssysteme erfasst, die ausschließlich Fernkommunikationsmittel wie Brief, Katalog, Telefon, Fax, E-Mail, Rundfunk sowie Tele- und Mediendienste verwenden. Die Normen über den Verbraucherschutz bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften erhielten damit einen weiten Anwendungsbereich. MWv 13.6.2014 wurden die HaustürgeschäfteRL und die FernabsatzRL durch die **RL 2011/83/EU** des Europäischen Parlaments und des Rates **über die Rechte der Verbraucher** (ABl 2011 L 304/64 – VRRL) ersetzt; s Rn 15. Die VRRL erfasst in ihrem Anwendungsbereich einerseits außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (ersetzt den Begriff des Haustürgeschäfts; inhaltlich handelt es sich um eine Erweiterung des Anwendungsbereichs) und Fernabsatzgeschäfte (Art 6ff VRRL), sieht aber andererseits auch Informationspflichten und Regelungen für Verbraucherverträge vor, die im stationären Handel geschlossen werden (Art 3 I, 5 VRRL). Die Vorgaben sind durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (VRRL-UG) v 20.9.2013 (BGBl I 3642) in das BGB aufgenommen worden. Das erforderte eine weitreichende **Neukonzeption** der §§ 312ff und §§ 355ff (s Rn 16). Ungeachtet der sich fortentwickelnden Methoden des Direktmarketings, vor allem im Bereich des Internets, vermögen sie auch in Zukunft einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten.

Die Gesetzgebung in diesem Bereich ist auf europäischer Ebene noch nicht abgeschlossen. Die Kommission hat zwei weitere RL-Vorschläge für den Online-Handel ausgearbeitet, die den Ansatz der Vollharmonisierung verfolgen. Die DigitalgüterRL (Vorschlag v 9.12.2015, KOM [2015] 634 endg) soll das Leistungsstörungenrecht beim Erwerb digitaler Inhalte regeln. Bisher ist dazu weder auf europäischer Ebene noch auf nationaler Ebene eine ausdr Regelung vorhanden. Eine zweite FernabsatzRL (FernabsatzRL II, Vorschlag v 9.12.2015, KOM [2015] 635 endg) verfolgt mit einem vollharmonisierenden Ansatz die Schaffung eines umfassenden Rechtsrahmens auf dem Gebiet des Online-Warenhandels. Über das Vorschlagsstadium hinaus sind die Gesetzgebungsprojekte noch nicht gelangt. 5a

II. Integration in das BGB. Mit der Einfügung von §§ 312ff in einem eigenen Untertitel „**Besondere Vertriebsformen**“ wurden die zuvor in Einzelgesetzen – dem HausTWG und dem FernAbsG – enthaltenen Regelungen über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge mit dem SchuldRModG 2002 in das BGB integriert. Zugleich wurden die Besonderheiten beim Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr geregelt. Integration und Zusammenfassung der Normen verfolgten im Wesentlichen drei Ziele (vgl im Einz BT-Drs 14/6040, 79, 92, 97): 6

1. Zum einen sollte die **praktische Arbeit** des Rechtsanwenders **erleichtert** werden, der sich zuvor wegen der Zersplitterung des materiellen Rechts im BGB und in unterschiedlichen Sondergesetzen die im konkreten Fall anwendbaren Normen regelrecht „zusammensuchen“ musste. Die Regelungen zum Vertragsschluss sowie zu den Informationspflichten und dem Widerrufsrecht sollten einheitlich im BGB konzentriert werden – was nur mit Einschränkungen gelang, wie schon die BGB-InfoV v 5.8.2002 (BGBl I 3002) und die Auslagerung der Informationspflichten in das EGBGB (dazu auch Rn 13) belegen. 7

2. Weiterhin sollte der sich aus der früheren „organisatorischen Desintegration“ folgenden Gefahr vorgebeugt werden, dass sich „dogmatische Reservate“ (*Dörner* in Schulze/Schulte-Nölke, S 187ff, 189) in den einzelnen Sondergesetzen ausbilden, die separate Lösungsansätze und eigenwillige Begriffsbildungen und -verständnisse fördern. Es galt, das Entstehen von **Wertungswidersprüchen** zw den einzelnen Regelungsbereichen in den Sondergesetzen einerseits, aber auch im Hinblick auf die Prinzipien des BGB andererseits zu **verhindern**. Die Begrifflichkeit in den Sondergesetzen war bis zum Inkrafttreten des FernAbsG (BGBl I 2000, 897) ebenso uneinheitlich wie die Gestaltung von Informationspflichten und Widerrufsrechten, ohne dass sich hierfür sachliche Erklärungen finden ließen. Mit der Umsetzung der FernabsatzRL setzte der Gesetzgeber durch Schaffung **zentraler Definitionen** (für den Verbraucher in § 13 und den Unternehmer in § 14) und einer **einheitlichen Regelung für die Rückabwicklung des Vertrags** (früher: Widerrufs- und Rückgaberecht, §§ 355, 356 aF; **nach Umsetzung der VRRL das Widerrufsrecht**, § 355) einen Systematisierungsprozess des Verbraucherschutzrechts in Gang, der mit der Integration der Sondergesetze in das BGB konsequent fortgesetzt wurde. 8

3. Mit der Zusammenführung der Vorschriften über Haustürgeschäfte (nunmehr: außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge) und Fernabsatzverträge sowie der Regelung über den Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr im Allg Schuldrecht des BGB wurde deren **Ausstrahlungswirkung auf alle Schuldverhältnisse** aus Verträgen verdeutlicht, die außerhalb des „Ladengeschäfts“, also außerhalb fester Verkaufs- und Geschäftsräume angebahnt und abgeschlossen werden. Zugleich werden durch die Regelung in einem Untertitel die Querverbindungen zw den Anwendungsbereichen etwa von Fernabsatzverträgen und Verträgen, die im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen werden, transparent. In Umsetzung der VRRL wurden schließlich in diesem Untertitel auch all Grundsätze bei Verbraucherverträgen integriert (§§ 312, 312a). 9

Vor dem Hintergrund der zuletzt genannten Gemeinsamkeit des Vertragsschlusses außerhalb von Geschäftsräumen, im Fernabsatz bzw im elektronischen Geschäftsverkehr wurden die Vorschriften unter dem Oberbegriff „**Besondere Vertriebsformen**“ (= Teil des Untertitels 2; nunmehr Kap 2 = „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge“, §§ 312b ff, und Kap 3 = „Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr“, §§ 312i f) zusammengefasst, um auf diese Weise die Anwendungsbereiche, Informationspflichten und Widerrufsrechte weiter zu vereinheitlichen. 10

- 11 **III. Anpassung durch das FernAbsÄndG.** Weitere Neuregelungen erfolgten mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen (FernAbsÄndG v 2.12.2004, BGBl I 3102), mit dem die europarechtlichen Vorgaben der RL 2002/65/EG v 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der RL 97/7/EG und 98/27/EG, ABl 2002 L 271/16 (FernAbsFinanzDL-RL) in nationales Recht umgesetzt wurden (zum Problem der Vollharmonisierung dieser RL mit dem deutschen Recht s § 13 Rn 1b). Um den Besonderheiten bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen Rechnung zu tragen, wurden §§ 444, 639 BGB und § 14 UKlaG, die früheren Fassungen der §§ 312b, 312c, 312d, 355 und 357 sowie die früheren Vorschriften Art 29c EGBGB und § 1 BGB-InfoV geändert. Der Gesetzgeber entschied sich damit gegen die Umsetzung in einem gesonderten Regelungsabschnitt und für die Einarbeitung in das bestehende Regelungswerk.
- 12 **IV. Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung.** Mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v 29.7.2009 (BGBl I 2413) wurde der Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und im Fernabsatz erhöht (Überblick bei Köhler NJW 2009, 2567; die Wirksamkeit bezweifelnd Alexander JuS 2009, 1070ff). Verbraucher sollen durch das Erfordernis der ausdr. Einwilligung in den Werbeanruf bereits frühzeitig geschützt werden (§ 7 II Nr 2 UWG). Verletzt ein Unternehmer diese Pflicht (§ 20 UWG) oder das Verbot der Rufnummernunterdrückung (§§ 149 I Nr 17c, 102 TKG), droht die Ahndung als Ordnungswidrigkeit. Zur Beseitigung von Missständen wurde auch das zivilrechtliche Verbraucherschutzrecht modifiziert. Mit § 312h wurde zudem eine Vorschrift eingefügt, die darauf abzielt, Verbraucher zu schützen, denen Dauerschuldverhältnisse angetragen werden, die Altverträge ersetzen sollen. Die Vorschrift galt zuvor für Fernabsatzverträge und für Haustürgeschäfte, seit dem 13.6.2014 (nach dem VRRL-UG) erstreckt sich der Anwendungsbereich auf alle Verbraucherverträge iSv § 312 I.
- 13 **V. Umsetzung der VerbraucherkreditRL.** Das Gesetz zur Umsetzung der VerbraucherkreditRL, des zivilrechtlichen Teils der ZahlungsdiensteRL sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht v 29.7.2009 (BGBl I 2355) brachte neben der RL-Umsetzung auch – nicht richtlinienmotivierte – Änderungen der Vorschriften über „besondere Vertriebsformen“. Betroffen waren die früheren Fassungen der §§ 312, 312c, 312d, 312g. Im Wesentlichen ging es um Modifikationen im Zusammenhang mit **Belehrungs- und Informationspflichten**. Diese sind aus BGB und BGB-InfoV in das EGBGB überführt worden. Damit sollte nicht nur die Übersichtlichkeit erhöht werden. Vielmehr wurden diese Vorschriften im Interesse der Rechtssicherheit auf die Stufe eines formellen Gesetzes gehoben (BT-Drs 16/11643, 66). Das VRRL-UG hält an dieser Systematik fest (zu den Einzelheiten s jew an entspr Stelle; vgl dazu auch Schröder NJW 2010, 1933).
- 14 **VI. Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf.** Unmittelbar darauf ergab sich Änderungsbedarf aufgrund des Messner-Urteils des EuGH (NJW 2009, 3015; dazu Wendehorst NJW 2011, 2551, 2552). Den Vorgaben des Gerichts wurde mit dem Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge (v 27.7.2011, BGBl I 1600) Rechnung getragen (dazu Bartholomä NJW 2012, 1761ff). Der EuGH hatte festgestellt, dass eine nationale Regelung der FernabsatzRL widerspricht, wonach der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware im Fall des Widerrufs generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann. Ein genereller Ausschluss eines Wertersatzanspruchs sei zwar nicht erforderlich, jedoch müsse dem Verbraucher die Prüfung und Probe der Ware möglich sein. Deshalb wurde die Wertersatzpflicht von Verbrauchern im Fernabsatz aufgrund des damals eingefügten § 312e aF auf die Fälle beschränkt, in denen die Ware in einer über die Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise hinausgehenden Art und Weise genutzt wurde und ein Hinweis auf die Rechtsfolgen sowie das Widerrufs- und Rückgaberecht erfolgt ist. Auch wurden die Musterbelehrungen für Widerruf und Rückgabe im EGBGB angepasst. Eine Parallelregelung für Fälle der Verschlechterung der Sache durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme wurde in der aF des § 357 III vorgesehen. Darüber hinaus wurde in der aF von § 312f eine eigenständige Vorschrift zu Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen „hinzugefügter“ Verträge aufgenommen. Diese ermöglichte es Verbrauchern, sich durch den wirksamen Widerruf des „Erstvertrags“ auch von weiteren Verträgen zu lösen, die eine vom Unternehmer oder einem Dritten zu erbringende weitere Dienstleistung zum Gegenstand haben. Nunmehr ergeben sich die europäischen Vorgaben insoweit aus Art 14 II VRRL. Umgesetzt sind die Vorgaben zur Ersatzpflicht für einen Wertverlust in § 357 VII (der Begriff des Wertverlusts erfasst dabei die Abnutzung infolge der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme und des Gebrauchs als auch darüber hinausgehende Verschlechterungen; BT-Drs 17/12637, 63). Außerdem wurde eine zentrale Norm für zusammenhängende Verträge geschaffen (§ 360), in der auch § 312f aF aufgeht (BT-Drs 17/12637, 63).
- 15 **VII. VerbraucherrechteRL.** Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz mündete am 25.10.2011 – nach Vorlage eines Grünbuchs zur Überprüfung des Verbraucheracquis am 8.2.2007, darauf folgender Stellungnahmen und dem Vorschlag der Europäischen Kommission v 8.10.2008 (KOM [2008] 614 – VRRL-E; zur Vorgeschichte Micklitz/Reich EuZW 2009, 279; Föhlisch MMR 2009, 75) – in der **RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher** (ABl 2011 L 304/64 – VRRL). Die übergreifende RL soll vor allem den Binnenmarkt für Geschäfte zw. Unternehmern und Verbrauchern stärken, der durch merkliche Wettbewerbsverzerrungen und Hindernisse gekennzeichnet sei (Erwägungsgrund 6). Im Gegensatz zu dem inl. Versandhandel sei im grenzüberschreitenden Versandhandel (vor allem beim Internethandel) lediglich ein geringes Wachstum zu verzeichnen (Erwägungsgrund 5). Kritisiert wurde aus rechtspolitischer Sicht, dass die aufgehobenen RL einen Mindestharmonisierungsansatz verfolgten, der es den Mitgliedstaaten erlaubte,

für Verbraucher günstigere Vorschriften zu erlassen. Dies habe zu einer erheblichen Rechtszersplitterung innerhalb der Union geführt. Die Einhaltung unterschiedlicher Rechtsvorschriften verursache nicht nur hohe Kosten für Unternehmen und bereite somit Marktzugangshindernisse. Zugleich mangle es Verbrauchern an Rechtssicherheit und Vertrauen in den Binnenmarkt. Dementsprechend verfolgt die RL über die Rechte der Verbraucher, in der einerseits HaustürgeschäfteRL (85/577/EWG) und FernabsatzRL (97/7/EG) aufgehen und durch die andererseits KlauselRL (93/13/EWG) und VerbrauchsgüterkaufRL (1999/44/EG) geändert werden, den Ansatz der **Vollharmonisierung**. Von den Bestimmungen der RL soll durch innerstaatliche Rechtsvorschriften nicht abgewichen werden dürfen (zu den Anforderungen und Folgen s. *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei* GPR 2013, 242, 243ff), und zwar weder durch strengere noch weniger strenge Normen (Art 4 VRRL). Zugleich sollen die bisherigen Vorschriften vereinfacht und modernisiert werden. Die Harmonisierung der Verbraucherinformation und des Widerrufsrechts soll die aus den früher unterschiedlichen Verbraucherschutzvorschriften der Mitgliedstaaten resultierenden Unsicherheiten beseitigen, ein hohes und einheitliches Verbraucherschutzniveau gewährleisten und den Binnenmarkt für Geschäfte zw. Unternehmen und Verbrauchern stärken (Erwägungsgrund 5). Das Konzept des horizontalen Rechtsinstruments (ursprünglich sollten HaustürgeschäfteRL, FernabsatzRL, KlauselRL und VerbrauchsgüterkaufRL in einem Instrument zusammengefasst werden; s. Vorschlag der Europäischen Kommission v. 8.10.2008, KOM [2008] 614 – VRRL-E; in dem Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ v. 8.2.2007, KOM [2006] 744 endg., wurden sogar acht VerbraucherschutzRL überprüft: neben den genannten RL waren das die PauschalreiseRL, TeilzeitwohnrechteRL, PreisangabenRL und UnterlassungsklagenRL, s. im Einz. Anhang II des Grünbuchs) mit dem Ansatz der Vollharmonisierung hatte, gerade auch aus Deutschland (vgl. nur *Oehler* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa, 15ff und *Paschke/Husmann* GPR 2010, 262), erhebliche Kritik erfahren. Eingewandt wurde vor allem, dass trotz eines umfassenden Ansatzes keineswegs alle RL erfasst werden, die Verbraucherrechte betreffen; vielmehr blieben einige Regelungsbereiche unberücksichtigt. Auch habe der Vollharmonisierungsansatz zur Folge, dass teilw. Anpassungen nationaler Regelungen erforderlich würden, die eine Absenkung des Schutzniveaus der Verbraucherrechte zur Folge hätten (dazu krit. *Zypries* ZEuP 2009, 225, 227f; *Micklitz/Reich* EuZW 2009, 279). Vom Ansatz der Vollharmonisierung ist nicht Abstand genommen worden. Die RL enthält jedoch **Öffnungsklauseln**, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, sich teilw. für ein abw. Verbraucherschutzniveau zu entscheiden. Das Konzept der Vollharmonisierung findet sich bereits in der RL 2002/65/EG v. 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl 2002 L 271/16, der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken v. 11.5.2005, ABl 2005 L 149/22, der RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge und zur Änderung der RL 78/102/EWG v. 23.4.2008, ABl 2008 L 133/66 und der RL 2008/122/EG über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilnutzungsverträgen, Verträgen über langfristiger Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträge v. 14.1.2009, ABl 2009 L 33/10. Wenn auch nur in einem eingeschränkten Maße, beinhaltet die VRRL auch ein horizontales Element, weil Informationspflichten und Regelungen für Verbraucherverträge vorgegeben sind, die im stationären Handel geschlossen werden (Art 3 I, 5 VRRL).

Das **Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung** (VRRL-UG) v. 20.9.2013 (BGBl. I 3642) ist am 13.6.2014 in Kraft getreten. Von der RL sind – aufgrund der im Wesentlichen vollharmonisierten Vorgaben der VRRL in Art 5–8 – vor allem die bisherigen Vorschriften über Haustürwiderrufs- und Fernabsatzgeschäfte betroffen. Die Umsetzung erfolgt über eine Neufassung zum einen des Untertitels 2 in Buch 2 Abschnitt 3 Titel 1 (§§ 312ff, bislang „Besondere Vertriebsformen“, nunmehr „**Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen**“) und zum anderen des Untertitels 2 in Buch 2 Abschnitt 3 Titel 5 (§§ 355ff, bislang „Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen“, nunmehr „**Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen**“, s. dazu Vor § 355 Rn 1). Systematisch wird also nicht mehr (wie unter dem früheren Recht) bei der besonderen Vertriebsform angesetzt, sondern der Verbrauchervertrag an sich ist Regelungsgegenstand, freilich mit besonderen Pflichten, falls eine bestimmte Vertriebsform gewählt wird. Zudem enthält die VRRL europaweit geltende Legaldefinitionen, die ebenso eine Anpassung der Vorschriften erforderlich machten (*Schwab/Giesemann* EuZW 2012, 253). Nicht erfasst von der VRRL sind Finanzdienstleistungen. Es handelt sich gleichwohl um einen harmonisierten Bereich, denn insoweit greift die FernabsatzFinanzDL-RL (ABl 2002 L 271/16). Über die Struktur hinaus werden auch die Inhalte wesentlich neu konzeptioniert (s. dazu Begr. RegE BR-Drs 817/12, 2). Für §§ 312ff bedeutet das: Erstens werden **grundlegende Informationspflichten** bei Verbraucherverträgen eingeführt, die zT auch im stationären Handel gelten (§ 312a); zweitens werden für alle Vertriebsformen geltende **allg. Grundsätze** aufgestellt; drittens wird ein **Gleichlauf** der Informationspflichten und des Widerrufsrechts bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen herbeigeführt. Insb. die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs des Haustürwiderrufsrechts auf alle außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers geschlossen werden (§ 312b I 1 Nr. 1; Art 2 Nr. 8 VRRL), bedeutet erhebliche Änderungen (s. § 312b Rn 15ff).

VIII. Gesetzssystematik. 1. Die **allg. Vorschriften zum Widerrufsrecht** finden sich in §§ 355ff. Dort sind Widerrufsfristen, Rechtsfolgen des Widerrufs sowie Bestimmungen über verbundene (finanzierte) und zusammenhängende Geschäfte geregelt. Auf diese Vorschriften wird in den Vorschriften zu den außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen verwiesen (§ 312g I). §§ 356–356c enthalten spezielle Regelungen für die einzelnen Arten der Verbraucherverträge im Hinblick auf die Ausübung des Widerrufsrechts (§ 356 I), insb. aber hins. des Beginns der Widerrufsfrist.

- 18 2. §§ 312 und 312a enthalten den **Anwendungsbereich** des Untertitels 2 und die allg Pflichten und Grundsätze bei Verbraucherverträgen. Daraus wird ersichtlich, dass der Anwendungsbereich im Ausgangspunkt alle Verbraucherverträge erfasst, unabhängig von der Vertriebsart, also auch Verträge im stationären Handel. §§ 312b–312g betreffen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge, § 312h die Kündigung und Vollmacht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, §§ 312i, 312j Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (ggü Verbrauchern) und § 312k abw Vereinbarungen und Beweislast. Hier finden sich die Definitionen der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge (§ 312b I), Fernabsatzverträge (§ 312c I) und der Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312i I). Die jew Ausnahmen des Anwendungsbereichs sowie die besonderen Rechte und Pflichten sind geregelt.
- 19 3. Die allg **Informationspflichten** bei Verbraucherverträgen und speziellen Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen sowie bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr finden sich in Art 246–246c EGBGB (s § 312a Rn 51, § 312d Rn 69, § 312i Rn 34).
- 20 4. Das **Umgebungsverbot** ist einheitlich in § 312k I 2 geregelt.
- 21 5. Allg **Überleitungsvorschriften** finden sich in Art 229 §§ 5, 9, 11 (zu deren Verhältnis und der Anwendbarkeit des § 312 in „Altfällen“ BGH NJW 2006, 3349) sowie Art 229 § 32 EGBGB (eingefügt durch das VRRL-UG). Das Recht aufgrund der mit dem VRRL vorgenommenen Änderungen ist auf alle ab dem 13.6.2014 geschlossenen Verbraucherverträge anwendbar (Art 15 VRRL-UG; Art 28 II VRRL). Für bis 13.6.2014 entstandene Schuldverhältnisse gilt nach Art 229 § 32 I EGBGB: Auf einen vor dem 13.6.2014 abgeschlossenen Verbrauchervertrag sind die Vorschriften des EGBGB, des BGB, des FernUSG, der ZPO, des WoVermRG, des UWG, des VermAnlG, der WpD-VerOV, des WpHG, der PAngV, des KAGB, des VVG und des UKlaG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Zu den Übergangsbestimmungen im Hinblick auf das Erlöschen des Widerrufsrechts s Vor § 355 Rn 4f.
- 22 IX. **Internationales Privatrecht.** Hins des intern Anwendungsbereichs der Regelungen über die besonderen Vertriebsformen ist auf Art 3–6 VO Rom I zu verweisen. Die VRRL lässt diese Vorschriften unberührt (Erwägungsgrund 10).

§ 312 Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind nur auf Verbraucherverträge im Sinne des § 310 Absatz 3 anzuwenden, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben.

(2) Von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels ist nur § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 auf folgende Verträge anzuwenden:

1. notariell beurkundete Verträge
 - a) über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden,
 - b) die keine Verträge über Finanzdienstleistungen sind; für Verträge, für die das Gesetz die notarielle Beurkundung des Vertrags oder einer Vertragserklärung nicht vorschreibt, gilt dies nur, wenn der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d Absatz 1 und das Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 entfallen,
 2. Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Grundstücken,
 3. Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden,
- [Fassung ab 1. 1. 2018:
3. Verbraucherbauverträge nach § 650i Absatz 1,]
 4. Verträge über Reiseleistungen nach § 651a, wenn diese
 - a) im Fernabsatz geschlossen werden oder
 - b) außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Vertragsschluss beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind,
 5. Verträge über die Beförderung von Personen,
 6. Verträge über Teilzeit-Wohnrechte, langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungen und Tauschsysteme nach den §§ 481 bis 481b,
 7. Behandlungsverträge nach § 630a,
 8. Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von einem Unternehmer im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden,
 9. Verträge, die unter Verwendung von Warenautomaten und automatisierten Geschäftsräumen geschlossen werden,
 10. Verträge, die mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln mit Hilfe öffentlicher Münz- und Kartentelefone zu deren Nutzung geschlossen werden,
 11. Verträge zur Nutzung einer einzelnen von einem Verbraucher hergestellten Telefon-, Internet oder Telefaxverbindung,
 12. außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, bei denen die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das vom Verbraucher zu zahlende Entgelt 40 Euro nicht überschreitet, und

13. Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen.

(3) Auf Verträge über soziale Dienstleistungen, wie Kinderbetreuung oder Unterstützung von dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Familien oder Personen, einschließlich Langzeitpflege, sind von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels nur folgende anzuwenden:

1. die Definitionen der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und der Fernabsatzverträge nach den §§ 312b und 312c,
2. § 312a Absatz 1 über die Pflicht zur Offenlegung bei Telefonanrufen,
3. § 312a Absatz 3 über die Wirksamkeit der Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung gerichtet ist,
4. § 312a Absatz 4 über die Wirksamkeit der Vereinbarung eines Entgelts für die Nutzung von Zahlungsmitteln,
5. § 312a Absatz 6,
6. § 312d Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 2 und 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über die Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht und
7. § 312g über das Widerrufsrecht.

(4) Auf Verträge über die Vermietung von Wohnraum sind von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels nur die in Absatz 3 Nummer 1 bis 7 genannten Bestimmungen anzuwenden. Die in Absatz 3 Nummer 1, 6 und 7 genannten Bestimmungen sind jedoch nicht auf die Begründung eines Mietverhältnisses über Wohnraum anzuwenden, wenn der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat.

(5) Bei Vertragsverhältnissen über Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung (Finanzdienstleistungen), die eine erstmalige Vereinbarung mit daran anschließenden aufeinanderfolgenden Vorgängen oder eine daran anschließende Reihe getrennter, in einem zeitlichen Zusammenhang stehender Vorgänge gleicher Art umfassen, sind die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels nur auf die erste Vereinbarung anzuwenden. § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 ist daneben auf jeden Vorgang anzuwenden. Wenn die in Satz 1 genannten Vorgänge ohne eine solche Vereinbarung aufeinanderfolgen, gelten die Vorschriften über Informationspflichten des Unternehmers nur für den ersten Vorgang. Findet jedoch länger als ein Jahr kein Vorgang der gleichen Art mehr statt, so gilt der nächste Vorgang als der erste Vorgang einer neuen Reihe im Sinne von Satz 3.

(6) Von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels ist auf Verträge über Versicherungen sowie auf Verträge über deren Vermittlung nur § 312a Absatz 3, 4 und 6 anzuwenden.

Schrifttum: S das Schrifttum Vor § 312k und die Angaben Vor § 355.

I. Einleitung. 1. Die Norm hat ihren **Ursprung** in der Umsetzung der **RL 2011/83/EU** über die Rechte der Verbraucher (VRRL; ABl 2011 L 304/64). In § 312 wird der sachliche Anwendungsbereich der Kap 1 und 2 des Untertitels 2 bestimmt, wobei Kap 2, wie auch dessen Überschrift zeigt, wiederum nur für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312b) und Fernabsatzverträge (§ 312c) gilt. Abs I schränkt den Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge ein; nach Abs II–VI gelten für näher bezeichnete Verträge nur bestimmte Vorschriften der Kap 1 und 2 des Untertitels. Die Einschränkungen in Abs II–V gehen auf die Bereichsausnahmen des Art 3 VRRL zurück.

2. **Zweck der Vorschrift.** Anders als nach früherem Recht beinhaltet die erste Vorschrift des Untertitels 2 nicht mehr das Widerrufsrecht. Vielmehr enthält § 312 die **Definition des Anwendungsbereichs** der Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besonderen Vertriebsformen. Nach Abs I sind die Vorschriften der Kap 1 und 2 des Untertitels nur auf Verbraucherverträge iSd § 310 III anzuwenden. Es handelt sich um Verträge zw einem Unternehmer (§ 14) und einem Verbraucher (§ 13). § 312 I enthält die Ergänzung, dass es sich um eine entgeltliche Leistung des Unternehmers handeln muss. Liegt ein Verbrauchervertrag iSd Abs I vor, führt das zu besonderen Rechten und Pflichten der beteiligten Vertragspartner. Es greifen Schutzmechanismen ein, wie Informationspflichten (§ 312a iVm Art 246 EGBGB; § 312d I iVm Art 246a EGBGB; § 312d II iVm Art 246b EGBGB) oder ggf, etwa bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, ein Widerrufsrecht (§ 312g I). § 312 stellt als Schutznorm der schwächeren Vertragspartei, sowohl bei Verträgen im stationären Handel als auch bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, zwingendes Recht dar, wie sich für alle Normen dieses Abschnitts aus § 312k I ergibt (s § 312k Rn 2).

3. **II. Anwendungsbereich, Abs I.** Im Tatbestand des Abs I werden persönliche (Unternehmer-/Verbrauchereigenschaft, Rn 4f) und sachliche Anwendungsvoraussetzungen (entgeltliche Leistung, Rn 6ff) vorgegeben. Situative Anwendungsvoraussetzungen (Lebenssituation, in der sich der Verbraucher bei Vertragsschluss befindet) sind (lediglich) in speziellen Tatbeständen enthalten, einerseits in § 312b (außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge), andererseits in § 312c (Fernabsatzverträge), die zur Geltung besonderer Vorschriften führen; ua besteht dann ein Widerrufsrecht nach § 355 (§ 312g).

4. **1. Verbrauchervertrag.** Erste Voraussetzung für die Geltung der Kap 1 und 2 des Untertitels ist die persönliche Anwendbarkeit der Norm. Nur Verbraucherverträge iSd § 310 III sind erfasst. Die dortige Definition knüpft an die **Verbraucher-/Unternehmereigenschaft** der §§ 13, 14 an (vgl im Einz dort). Dabei geht der Verbraucher-

begriff des § 13 über die Begriffsbestimmung in Art 2 Nr 1 VRRl hinaus. § 13 und damit § 312 erfasst Rechtsgeschäfte, die eine nat Pers zu einem nicht selbständigen beruflichen Zweck vornimmt, etwa den Kauf von Arbeitsschuhen (BT-Drs 17/12637, 46). Der Gesetzgeber hat damit von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Bestimmungen der RL auf einen weiteren Bereich zu übertragen (überschießende RL-Umsetzung; s Erwägungsgrund 13 der VRRl). Nicht erfasst werden Verträge, in denen sich der Verbraucher ggü dem Unternehmer zur Lieferung einer Ware verpflichtet (aA Hk/Schulte-Nölke Rn 4; Maume NJW 2016, 1041, 1045; für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge MüKo/Wendehorst Rn 21). Eine Informationspflicht des Unternehmers (§§ 312a II, 312d) kann mangels der erforderlichen Kenntnis nämlich in diesem Fall nicht angenommen werden (BT-Drs 17/12637, 45). Verträge, die zw Unternehmern geschlossen werden, fallen ebenso wie solche zw Verbrauchern nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Unternehmer idS ist auch ein Anwalt (s jedoch § 312a Rn 48).

- 5 Problematisch sind die Fälle, in denen der Vertragsgegenstand sowohl der privaten als auch der beruflichen Nutzung dient (bspw das Kfz eines Freiberuflers); hier ist auf die **überwiegende Zweckbestimmung** abzustellen (§ 13 Rn 17; für Verträge über Photovoltaikanlagen s Kleefisch/Durynek NZBau 2012, 475, 480). Das ist nunmehr in § 13 mit Blick auf Erwägungsgrund 17 der VRRl klargestellt worden („überwiegend“), so dass es bei sog Dual-use-Verträgen auf den überwiegenden Zweck ankommt (BT-Drs 17/13951, 96). Insb bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist die Verbrauchereigenschaft schwierig zu bestimmen, wenn Gesamtschuldner, Ehegatten und Vertreter beteiligt sind (s § 312b Rn 3ff).
- 6 **2. Vertrag über „entgeltliche Leistung“.** Die Anwendbarkeit der Bestimmung setzt voraus, dass die Willenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags über eine **entgeltliche** Leistung gerichtet ist, dh der von der anderen Vertragspartei zu erbringenden Leistung muss eine Verpflichtung auch des Verbrauchers gegenüberstehen (Staud/Thüsing Rn 19f). Diese Entgeltlichkeit ergibt sich nicht aus der VRRl, weder aus Art 3 I noch aus Art 9 I, sondern leitet sich aus dem Wesen des europäischen Kauf- und Dienstvertrags (Art 2 Nr 5 und 6 VRRl) ab (BT-Drs 17/12637, 45; Schärfl JuS 2014, 577, 578). Dabei kann die Willenserklärung ein Angebot oder eine Annahmeerklärung darstellen. Auch die Struktur des Vertrags (etwa die Gestaltung als Dauerschuldverhältnis; s § 312h) ist nicht von Belang. Entgeltlichkeit setzt nicht voraus, dass einander gegenüberstehende Leistungen in einem gegenseitigen Vertrag versprochen werden (Wassermann JuS 1990, 548f; Schanbacher NJW 1991, 3263, 3264; Staud/Thüsing Rn 20), auch nicht, dass die Verpflichtung des Verbrauchers pekuniärer Art ist (Brönneke/Schmidt VuR 2014, 3). Es genügt, dass die von einer Vertragspartei übernommene Verpflichtung an die Bedingung einer Gegenleistung geknüpft ist („**kausale Verknüpfung**“); das Entgelt kann auch darin bestehen, dass die andere Vertragspartei eine Leistung an einen Dritten zu erbringen hat (BGH NJW 2003, 1190, 1191; Pal/Grüneberg § 312 Rn 3). Auf die Gleichwertigkeit der versprochenen Leistungen kommt es ebenso wenig an wie auf die Bezeichnung des Entgelts durch die Parteien (Pal/Grüneberg § 312 Rn 3).
- 7 Eine entgeltliche Leistung ist nicht gegeben, wenn der Verbraucher lediglich eine Leistung erhält, ohne dafür selbst irgendeine Leistungsverpflichtung einzugehen (BGH NJW 1993, 1594, 1595; 2003, 1190, 1191; Drygala NJW 1994, 3260, 3263; aA Wenzel NJW 1993, 2781, 2782). In diesen Konstellationen fehlt es auch an der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers. Nicht erfasst ist damit etwa der (seltene) Fall einer Schenkung durch den Unternehmer (vgl auch MüKo/Wendehorst Rn 20).
- 8 **Gegenstand des Vertrags kann jede beliebige Leistung** sein (dazu Gilles NJW 1986, 1138f; Wassermann JuS 1990, 548, 549; MüKo/Wendehorst Rn 19). Die vertragstypische Leistung muss der Unternehmer schulden, nicht lediglich der Verbraucher (BGH ZIP 2016, 1640, 1643; ggf kommt eine analoge Anwendung einzelner Vorschriften in Betracht; MüKo/Wendehorst Rn 21). Für einzelne Verträge gelten aber ggf nur einzelne Vorschriften (s die Ausnahmen in Abs II–VI). Erfasst werden insb Kaufverträge, Dienstleistungsverträge („Beratervertrag“, München WM 1991, 523); Anlagevermittlungsverträge (BGH NJW 2003, 1190), Geschäftsbesorgungsverträge (BGH NJW 1995, 324), Darlehensverträge (BGH NJW 2002, 1881, sofern nicht § 495 I vorrangig ist), der Beitritt zu einer Anlagegesellschaft (BGH NJW-RR 2005, 180), auch wenn der Beitritt durch einen Treuhänder erfolgt (BGH NJW 2001, 2718, 2719), Werk- und Werklieferungsverträge (LG Dresden VuR 1998, 310), Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme (s dazu § 357 VIII), Bauverträge über Immobilien (BGH NJW 2007, 1947, 1948; s aber Abs II Nr 3; Rn 30), Maklerverträge (LG Hechingen 14.2.2003 – 3 S 80/02), Partnervermittlungsverträge (Hamburg WRP 1990, 353; Düsseldorf FamRZ 2008, 1252; 2009, 2124; VuR 1998, 349; Stuttgart VuR 1993, 320; AG Strausberg NJW 1998, 545: Mitgliedschaft in einem Single-Party-Club), Handel mit Kunst- und Kulturgütern (Strobl NJW 2015, 721) und Miet- oder Pachtverträge (BGH NJW-RR 2011, 1203; R. Koch VuR 2016, 92, 93). Zu Wohnraummietverträgen s Abs IV (Rn 66). Auch **Änderungsverträge** und Vergleiche (BGH NJW-RR 2008, 643, 644) werden aufgrund des Schutzzwecks wegen der mitunter völlig gleichen Auswirkungen wie ein Neuabschluss für den Verbraucher erfasst (Koblenz MMR 2012, 456, 457; LG Münster NJW 2008, 2858: nachträgliche Vereinbarung über Nachbesserungsrecht; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 32; aA LG Karlsruhe NJW-RR 1992, 973, 974), zu Änderungs- und Aufhebungsverträgen im Arbeitsrecht vgl aber Rn 21f.
- 9 Über den Wortlaut der Norm hinaus, die lediglich von Verträgen spricht, wird man auch **einseitige Rechtsgeschäfte** wie etwa die Verzichtserklärung, die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses oder die Vollmachtserteilung als von § 312 erfasst ansehen müssen (offengelassen zu § 312 aF: BGH 144, 223 = NJW 2000, 2268). In Erwägungsgrund 1 der Präambel der HausgeschäfteRL (RL 85/577/EWG) waren auch einseitige Verpflichtungserklärungen als Schutzgegenstand der RL erwähnt. In der VRRl fehlt eine solche Bezugnahme, jedoch kann der nationale Gesetzgeber auch weitere Bereiche regeln. In Übereinstimmung mit der Auslegung des Verbraucher-

vertrags für die Zwecke des § 310 III (s § 310 Rn 12) ergibt sich auch hier aus Schutzzweckgesichtspunkten, dass einseitige Rechtsgeschäfte des Verbrauchers erfasst sind. Soweit der Verbraucher sich nur verpflichtet, ohne irgendetwas zu erlangen, ist er mangels Kompensation noch schutzbedürftiger. Auswirkungen hat dies vor allem bei der Bürgschaft (Rn 14ff) und darüber hinaus bei sonstigen einseitig den Verbraucher verpflichtenden sowie bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen, und zwar auch, wenn die Übernahme der vom Verbraucher zu erbringenden Leistung unentgeltlich erfolgt.

Einzelprobleme bei der Frage der entgeltlichen Leistung können insb bei dem Beitritt zu Publikumsgesellschaften und Vereinen, der Bürgschaft und sonstigen Sicherungsgeschäften sowie bei Arbeitsverträgen entstehen.

a) Beitritt zu Verein oder Gesellschaft. Der Beitritt zu einem **Verein** wird nicht generell, sondern nur „mit Hilfe des Umgehungsverbot“ (so die Formulierung in der Begr zum Entwurf des HausTWG, BT-Drs 10/2876, 9; das bezog sich auf § 312i S 2 aF, der Vorgängerregelung von § 312k I 2) nach § 312k I 2 von § 312 I erfasst. Die gesetzgeberischen Erwägungen zum HausTWG gelten insoweit fort. Dafür spricht, dass Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht in den Anwendungsbereich der VRRL fallen (Erwägungsgrund 8 der VRRL). Nicht jede Beitrittserklärung – etwa der Beitritt zu einer politischen Partei, einer Gewerkschaft oder einer Gesellschaft oder Vereinigung, die wissenschaftlichen, kulturellen, humanitären oder sonst sozialen Zwecken dient – ist als eine Willenserklärung anzusehen, die auf Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtet ist (Goller GewA 1986, 73f; aA Gilles NJW 1986, 1139, der Erklärungen über den Beitritt zu beitragspflichtigen Clubs, Vereinen, Parteien oder Gewerkschaften offenbar stets in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen sehen möchte).

Andererseits dient der Beitritt zu einem Verein vielfach ausschließlich oder überwiegend dem Zweck, dem Beitretenden die Möglichkeit zu eröffnen, bestimmte den „**Vereins- oder Clubmitgliedern**“ **vorbehaltene geldwerte Leistungen**, namentlich Waren oder Dienstleistungen, in Anspruch zu nehmen, ohne dass eine echte Vereinsmitgliedschaft angestrebt wird (zB Luftrettungsvereine, deren „Mitglieder“ einen Anspruch auf kostenlose medizinische Versorgung in Notfällen erlangen). In derartigen Fällen kann § 312 mitunter unmittelbar anwendbar sein (BGH NJW 2011, 2198, 2199; Gilles NJW 1986, 1139; Löwe BB 1986, 823; Wassermann JuS 1990, 724). Indiz für die Entgeltlichkeit des Beitritts kann etwa ein außerordentlich hoher Aufnahmebetrag sein (LG Stuttgart NJW-RR 1996, 1009, 1010). Zumindest liegt aber ein **Umgehungstatbestand iSd § 312k I 2** vor, wenn „die Vereinsmitgliedschaft durch vom Verein angebotene und aufgrund der Mitgliedsbeiträge finanzierte Leistungen geprägt“ wird (München NJW 1996, 263; LG Mannheim VuR 1998, 428; Teske ZIP 1986, 630; aA Karlsruhe VersR 1990, 1252 m zust Anm Bayer VersR 1990, 1253f und abl Anm Teske ZIP 1990, 1281; München ZIP 1991, 756 m abl Anm Teske ZIP 1991, 758).

Grds ist § 312 auf den Beitritt zu einer **Gesellschaft** nicht anwendbar, da ein solcher Vertrag regelmäßig keine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat (Naumburg BKR 2006, 250, 251 zur Genossenschaft; dazu auch Wittenberg BB 2008, 1580; aA wohl Staud/Thüsing Rn 27). Ein Widerrufsrecht kommt aber insb beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt nach Maßgabe des § 358 in Betracht (dazu § 358 Rn 5, 13). Weiterhin ist der Gesellschaftsbeitritt auch ohne das Bestehen einer zugrunde liegenden Finanzierungsbeziehung nach §§ 312g I, 312b I widerprüflich, wenn der Beitretende – wie im Fall der Beteiligung als stiller Gesellschafter (LG Rottweil NJW-RR 1989, 373) oder an einer der Vermögensanlage dienenden Publikumsgesellschaft (BGH NJW 2001, 2718; Rostock BB 2001, 904; Ulmer ZIP 2003, 1113) – seine Beiträge letztlich um der Gewinnerzielung willen leistet (BGH NJW 2001, 2718, 2719; NJW-RR 2005, 180, 181; 2005, 627; NJW 2013, 155); in diesem Fall ist der Beitrittsvertrag einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung zumindest gleichzustellen (BGH 133, 254, 261f = NJW 1996, 3414; Hamm VuR 2013, 276; Armbrüster ZIP 2006, 406, 407ff). Der EuGH (NJW 2010, 1511; Vorlage des BGH ZIP 2008, 1018; dazu Kindler/Libbertz DStR 2008, 1335) hatte dies im Anwendungsbereich der HaustürgeschäfteRL ausdr für den Fall bestätigt, dass der Zweck vorrangig nicht darin besteht, Mitglied der Personengesellschaft (geschlossener Immobilienfonds) zu werden, sondern Kapital anzulegen (s auch v Weschpfennig BKR 2009, 99). Für die Neuregelung wird diese Differenzierung ebenfalls zu gelten haben. Macht der Verbraucher in diesem Fall von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, kann er nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft jedoch nur den Wert seines Anteils beanspruchen, den dieser zum Zeitpunkt des Widerrufs hat (so im Anschluss BGH NJW 2010, 3096; dazu Kindler/Libbertz NZG 2010, 603; s auch Schwab JZ 2015, 644, 652). Erhält der Verbraucher damit uU deutlich weniger als den Wert seiner ursprünglichen Einlage zurück, widerspricht dies nicht den europäischen Vorgaben (EuGH NJW 2010, 1511 = DStR 2010, 878 m Anm Goette). Denn der Schutz von Gläubigern und Mitgesellschaftern genießt Vorrang vor den verbraucherschützenden Regelungen. Zu beachten sind besondere Anforderungen an die Gestaltung der Widerrufsbelehrung, wenn der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wird (§§ 312g, 312b). Die Frist (§ 355 II 2) beginnt nur, wenn die Widerrufsbelehrung (§ 312d I, Art 246a § 1 II EGBGB) neben einem Hinw auf die Pflichten des Verbrauchers auch eine Erklärung im Hinblick auf die Rechte des Verbrauchers (vgl § 355 III 3) enthält (BGH NZG 2012, 1074; zur Widerrufsbelehrung/Rechtsfolgenbelehrung in diesem Fall: Röhke VuR 2013, 196ff). Ob die Norm auch im Fall der **Beteiligung an einem „Bauherren- oder Erwerbermodell“** anwendbar ist, erscheint zweifelhaft. Da bei solchen Objekten der Treuhandvertrag und die damit verbundene Bevollmächtigung des Treuhänders notariell beurkundet werden und damit jedenfalls die Ausnahme des § 312 II Nr 1 eingreift, wären nur einige wenige Vorschriften anwendbar.

Nach der Rspr war in Fällen, in denen das Darlehen der Finanzierung des Beitritts zu einer Abschreibungsgesellschaft diente und der Darlehensnehmer in erster Linie steuerliche Vergünstigungen anstrebte, die Anwendung der Vorschriften der § 134 iVm § 56 I Nr 6 GewO mangels Schutzbedürftigkeit des an solchen Geschäften betei-

lichten Personenkreises ausgeschlossen (BGH 93, 264; ZIP 1985, 667f; Hamm WM 1989, 1376, 1378ff; 1990, 426, 428f; gegen eine solche „an Klassenkampf gemahnende Unterscheidung“ nachdrücklich *Koziol* AcP 188, 183, 227). Diese Einschränkung gilt für die Anwendung des § 312 nicht.

- 14 **b) Bürgschaft.** In Rspr und Lit war die Widerruflichkeit von Bürgschaftserklärungen nach dem HausTWG heftig umstr; diese Diskussion setzte sich wegen einer fehlenden gesetzlichen Klarstellung auch nach Inkrafttreten des § 312 aF fort (abl etwa *Vowinkel* DB 2002, 1362, 1363). Die Widerruflichkeit wurde zunächst vom BGH abgelehnt, da eine Bürgschaft kein auf eine entgeltliche Leistung gerichteter Vertrag iSd § 1 I HausTWG sei (BGH 113, 207 = NJW 1991, 975 = EWIR 1991, 483 m Anm *Gilles*; NJW 1991, 2905 = EWIR 1991, 693 m Anm *Medicus*; ebenso *Gottwald* BB 1992, 1296; *Wenzel* NJW 1993, 2781; *Klein* DZWIR 1996, 230). Dagegen stellt nach aA die auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung des Bürgen idR eine auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung dar (*Schanbacher* NJW 1991, 3263, 3263; *Pfeiffer* ZBB 1992, 1ff; *Probst* JR 1992, 133; 1992, 197; *Bydlinski* WM 1992, 1301; *Klingsporn* WM 1993, 829, 831; *Fuchs/Wissmann* WiB 1994, 147). Die Diskussionspunkte und Erwägungen zur Frage der Entgeltlichkeit stellen sich in gleicher Weise unter Geltung des neuen § 312 I.
- 15 Zwar ist die Bürgschaft nach der gesetzlichen Regelung (§ 765) ein einseitig verpflichtender Vertrag. Gleichwohl kann sie auch als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger zu erbringende Leistung bildet (*Schanbacher* NJW 1991, 3263, 3263). Die dem Gläubiger obliegende Leistung besteht meist darin, dass er dem Hauptschuldner vereinbarungsgemäß weiteren Kredit gewährt oder ein bereits gekündigtes, zur Rückzahlung fälliges Darlehen stundet. In der Praxis bildet eine solche Verknüpfung von Übernahme der Bürgschaft durch den Bürgen und Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner Kredit zu gewähren oder wegen eines zur Rückzahlung fälligen Kredits stillzuhalten, die Regel. Die auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung des Bürgen stellt sich hier nach regelmäßig als eine auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung dar.
- 16 Soweit in der Lit teilw daran festgehalten wurde, dass die Bürgschaft unentgeltlich iSv § 1 HausTWG (jetzt § 312) sei (*Fischer/Machunsky* § 1 HausTWG Rn 42), wurde doch die Möglichkeit des Widerrufs von Bürgschaftserklärungen nach dem HausTWG bejaht. Dies ergab sich unter Beachtung der Schutzrichtung des Gesetzes und aufgrund der Pflicht zur **gemeinschaftskonformen Auslegung**, weil Art 1 der HaustürgeschäfteRL keine Beschränkung auf entgeltliche Verträge vorsah und nach Erwägungsgrund 1 der Präambel auch einseitige Verpflichtungserklärungen erfassen sollte (*Fischer/Machunsky* § 1 HausTWG Rn 42f; *Bunte* WM 1993, 877, 881; *Köndgen* NJW 1994, 1508, 1509; *Baldus/Becker* ZEuP 1997, 874; *Roth* ZIP 1996, 1285; *Pfeiffer* NJW 1996, 3297; *Pfeiffer/Dauck* NJW 1996, 2077, 2079).
- 17 Diese Ansicht wurde von der **Rspr** vornehmlich auch mit Blick auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung des HausTWG übernommen (BGH NJW 1993, 1594, 1595; KG WM 1996, 1219 = MDR 1996, 570; so auch ansatzweise im Vorlagebeschluss an den EuGH BGH NJW 1996, 930, 931 = ZIP 1997, 375 m Anm *Gilles* EWIR 1996, 749). Der **EuGH** bestätigte diese Auslegung schließlich mit der **Einschränkung**, dass die Bürgschaft aufgrund ihres akzessorischen Charakters eine Verbindlichkeit absichern müsse, die ihrerseits in den Geltungsbereich der HaustürgeschäfteRL falle, und der Bürge selbst unter den Verbraucherbegriff des Art 2 erster Spiegelstrich der HaustürgeschäfteRL fiele (EuGH NJW 1998, 1295, 1296 – Dietzinger = EuZW 1998, 252, 253 m Anm *Micklitz* = MDR 1998, 665, 666; *Reinicke/Tiedtke* ZIP 1998, 893; v *Westphalen* DStR 1998, 620; *Pfeiffer* EWIR 1998, 465). Sowohl Hauptschuldner als auch Bürge müssten also Verbraucher sein (so nachfolgend BGH NJW 1998, 2356 = MDR 1998, 1019; München ZIP 1999, 1433 in derselben Sache). Darüber hinaus müsse auch die durch die Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit im Rahmen eines Haustürgeschäfts eingegangen worden sein, sog „zweifache Haustürsituation“ (BGH aaO). Die grds Feststellung, dass Bürgschaftsverträge in den Anwendungsbereich des HausTWG fallen können, wurde allg begrüßt (vgl nur *Pfeiffer* ZIP 1998, 1129 mwN).
- 18 Massive Kritik bestand aber weiterhin an dem in den Entscheidungen von EuGH und BGH (aaO) festgelegten „doppelten Verbraucher-“ sowie „**doppelten Haustürgeschäftserfordernis**“ (daran festhaltend *Staud/Thüsing* Rn 32; *Pfeiffer* EWIR 1998, 465, 466; *Lubitz* JA 1998, 617, 618f; *Auer* ZBB 1999, 161, 168f; *Lorenz* NJW 1998, 2937, 2939f; *Reinicke/Tiedtke* ZIP 1998, 893, 895; *Kröll* DZWIR 1998, 426, 429f; *Breithaupt* MDR 1998, 1020, 1020f; dem BGH zust aber *Vowinkel* DB 2002, 1362, 1363). In der Folge hatte der BGH diese Rspr **aufgegeben**. Es wurde nunmehr ausdr anerkannt, dass dem Bürgen die Gefahr der Überrumpelung in einer ungewöhnlichen räumlichen Situation, vor der § 312 I 1 Nr 1 aF den Verbraucher schützen sollte, unabhängig vom Charakter der Hauptschuld droht (BGH 165, 363, 367ff = NJW 2006, 845; dazu *Kulke* NJW 2006, 2223 und *Zahn* ZIP 2006, 1069; BGH NJW 2007, 2106, 2109; 2110, 2111). Entgegen der Ansicht des EuGH (aaO) war danach allein entscheidend, ob sich der Sicherungsgeber in einer Haustürsituation befand, nicht dagegen, ob auch die Hauptschuld ein Verbrauchergeschäft oder der Hauptschuldner in einer Haustürsituation zum Vertragsschluss bestimmt worden ist. Daran ändert auch die Akzessorietät der Bürgschaft nichts.
- 19 Übertragen auf die **neue Rechtslage** führt das dazu, dass die Bürgschaft als entgeltlicher Verbrauchervertrag iSd § 312 I anzusehen ist, wenn die Bürgschaft selbst durch einen Verbraucher ggü einem Unternehmer übernommen wird (Pal/*Grüneberg* Rn 5; *Martinek/Gsell*, Eckpfeiler des Zivilrechts, L Rn 43; *Janal* WM 2012, 2314, 2315; *Schürnbrand* WM 2014, 1157, 1160; *Hoffmann* ZIP 2015, 1365, 1373f; aA *Kropf* WM 2015, 1699, 1702ff; v *Loewenich* WM 2015, 113, 119; NJW 2014, 1409, 1411). Die weitere Frage, ob ein Widerrufsrecht nach § 312g besteht,

hängt davon ab, ob der Bürgschaftsvertrag außerhalb von Geschäftsräumen, also unter den Voraussetzungen des § 312b, geschlossen wurde. Nicht entscheidend ist hingegen, ob die Hauptschuld außerhalb von Geschäftsräumen begründet wurde (insoweit könnte eine neue Vorlage an den EuGH erforderlich sein; so auch Pal/Grüneberg Rn 5).

c) Sonstige Sicherungsgeschäfte. Die Vorgaben des EuGH in Bezug auf Bürgschaftsverträge sind in die Diskussion bzgl. anderer Sicherungsgeschäfte eingeflossen. Zumindest die auf Bestellung einer **Sicherungsgrundschuld** gerichtete (schuldrechtliche) Vereinbarung stellt einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung iSd § 312 dar, wenn die Verpflichtung zur Bestellung der Grundschuld vom Sicherungsgeber – für den Sicherungsnehmer erkennbar – in der Erwartung übernommen wird, dass dem Sicherungsgeber selbst oder einem bestimmten Dritten daraus ein Vorteil erwächst (zu § 1 HausTWG BGH 131, 1, 4 = NJW 1996, 55; 1996, 191, 192; Hamm WM 1999, 73; Pfeiffer/Danck NJW 1996, 2077, 2079). Dies gilt auch, wenn die Grundschuld einen gewerblichen Kredit sichert (BGH 131, 1, 4). Die abstrakte Grundbuchbestellung an sich ist dagegen als dingliches Rechtsgeschäft nicht auf eine entgeltliche Leistung iSd § 312, sondern lediglich auf Änderung der dinglichen Rechtslage gerichtet und fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des § 312 (Koblenz NJW-RR 1999, 1178, 1179). Dasselbe muss für die Bestellung eines **Pfandrechts** und letztlich auch anderer akzessorischer Sicherungsmittel gelten (BGH 165, 363, 366f = NJW 2006, 845; zur Schuldmitübernahme BGH NJW 2007, 2110, 2111; Enders JZ 2006, 573; Fischer VuR 2006, 199; aA Stodolkowitz ZBB 2008, 306; nunmehr – freilich ist die Entscheidung noch zur alten Rechtslage ergangen – BGH ZIP 2016, 1640, 1643: erforderlich für das Eingreifen der Bestimmungen ist, dass sich in dem Vertragsschluss die typische Gefahr verwirklicht, vor denen die besonderen Vorschriften über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge schützen sollen).

d) Obwohl dem **Arbeitnehmer** Verbrauchereigenschaft zugemessen wird (BAG NJW 2005, 3305, 3308f; vgl § 13 Rn 15a), wurde bereits unter der Geltung des HausTWG überwiegend angenommen, dass die Willenserklärung zum **Abschluss eines Arbeitsvertrags** nicht als Haustürgeschäft iSv § 1 HausTWG anzusehen ist (BAG DB 1994, 279; NZA 1996, 811, 812; Wisskirchen/Worzolla DB 1994, 577, 581; Zwanziger DB 1994, 982, 983; Germelsmann NZA 1997, 236, 240; Bauer NJW 1994, 980, 981; aA aber Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 36, 90; Lorenz JZ 1997, 277ff). Diese Wertung beanspruchte auch nach der Neuordnung der Haustürgeschäfte in § 312 aF Geltung. Zu berücksichtigen ist, dass dies angenommen wurde, obwohl § 1 I 1 Nr 1 HausTWG und § 312 I 1 Nr 1 aF jew. als Ort des Vertragsschlusses auch explizit den „Arbeitsplatz“ beinhalteten. Dabei wurde zum einen darauf hingewiesen, dass sich die Situation beim Abschluss eines Arbeitsvertrags von der bei einem typischen Verbrauchervertrag unterscheidet. Zum anderen ließ sich die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte auch aus der RL 85/577/EWG herleiten. Diese erfasste nach ihrem Art 1 nur solche Verträge, die mit einem Unternehmer, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, geschlossen werden, was bei einem Arbeitgeber nicht der Fall ist. Dieses Ergebnis wurde zudem von einem systematischen Argument gestützt: Die Stellung des § 312 aF im Abschnitt besondere Vertriebsformen drückte eine besondere Nähe zum Direktabsatz aus, konsequent spricht deshalb auch die Gesetzesbegr. (zum SchuldRMdG, durch das die Integration der Vorschriften über die Haustürgeschäfte in das BGB erfolgte) als Hauptmerkmal von Vertragsschlüssen außerhalb fester Verkaufs- und Geschäftsräume, also außerhalb der Ladengeschäfte (BT-Drs 338/01, 383; so auch Bauer/Kock DB 2002, 42, 44).

Zur neuen Rechtslage: Die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der §§ 312ff könnte nunmehr aus der VRRL herzuleiten sein. Diese erfasst nach Art 2 Nr 1 keine Verträge, die eine nat. Pers. zu Zwecken der beruflichen Tätigkeit schließt (*Gofferje* Vertragsschluss, S 162f; Janal WM 2012, 2314, 2315). Jedoch hat der nationale Gesetzgeber insoweit eine **richtlinienüberschießende Umsetzung** gewählt (s. Rn 4). Auch wenn aus der (fehlenden) europäischen Vorgabe darauf geschlossen werden kann, dass auf europäischer Ebene ein Schutzbedürfnis gerade nicht gesehen wird, gilt das für die nationale Umsetzung nicht. Aufgrund der Verweisung auf § 310 III fallen Arbeitsverträge in den Anwendungsbereich des § 312 (Pal/Grüneberg Rn 2). Auf am Arbeitsplatz geschlossene **arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge** ist § 312 mithin anwendbar, nicht hingegen § 312b, weil es einerseits an der besonderen Vertriebsform fehlt (BAG NJW 2004, 2401, 2403f; dazu Franz JR 2007, 89), andererseits wird es sich ja regelmäßig gerade um einen Geschäftsraum des Unternehmers handeln.

III. Ausnahmetatbestände. 1. Ausnahmen nach Abs II. Auf die in Abs II bezeichneten Verträge finden nur **einige Absätze des § 312a** Anwendung. Ansonsten sind die genannten Verträge von dem Anwendungsbereich der Kap 1 und 2 des Untertitels, damit insb. von den besonderen Vorschriften über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge, ausgenommen. Die Ausnahmetatbestände gehen auf die Bereichsausnahmen des Art 3 III sowie die Öffnungsklausel des Art 3 IV VRRL zurück. Bereits im früheren Recht waren vergleichbare Ausnahmetatbestände in § 312 III aF und § 312b III, IV aF enthalten. Für die von dem Anwendungsbereich ausgenommenen Verträge bestehen regelmäßig spezielle Informationspflichten und Widerrufsrechte, so dass es gerechtfertigt erscheint, diese Verträge von den Regelungen der §§ 312ff weitgehend auszunehmen. Anwendung finden die Regelungen zur Offenlegung des geschäftlichen Zwecks und der Identität des Unternehmers bei Telefonanrufen nach § 312a I, zur Wirksamkeit einer über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Unternehmers hinausgehenden Extrazahlung nach § 312a III, zur Wirksamkeit eines Entgelts für die Nutzung von Zahlungsmitteln nach § 312a IV sowie zur Wirksamkeit des Vertrags bei Unwirksamkeit einzelner Bestandteile nach § 312a VI. Diese Regelungen werden zur Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus als unerlässlich angesehen (BT-Drs 17/12637, 46).

- 24 a) **Nr 1 – Notariell beurkundete Verträge.** Die Ausnahmen über notariell beurkundete Verträge beruhen auf Art 3 III lit i VRRL („vor einem öffentlichen Amtsträger“). Die RL gilt danach nicht für Verträge, die nach dem Recht der Mitgliedstaaten vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, der gesetzlich zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist und durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen hat, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt (BT-Drs 17/12637, 46). Notariell beurkundete Verträge werden aus dem Anwendungsbereich herausgenommen (s BT-Drs 17/13951, 97), weil ansonsten bei notarieller Beurkundung ein Vertragsschluss außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers vorliegen und somit § 312g und § 312d eingreifen würden (§ 312b). Ausgenommen sind notariell beurkundete Verträge zum einen über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden (lit a), zum anderen, wenn es sich nicht um Verträge über Finanzdienstleistungen handelt (lit b). Handelt es sich bei den notariell beurkundeten Verträgen, die keine Verträge über Finanzdienstleistungen sind, um Verträge, für die das Gesetz die notarielle Beurkundung des Vertrags oder einer Vertragserklärung nicht vorschreibt, gilt die Ausnahme lediglich, wenn der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d I und das Widerrufsrecht nach § 312g I entfallen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung – auch im Hinblick auf die gem § 17 I BeurkG bestehende notarielle Belehrungspflicht (s insb § 17 IIa 2 BeurkG) – die das Risiko eines nicht hinreichend bedachten und auf einer zu unsicheren Informationsgrundlage beruhenden Vertragsabschlusses nicht gegeben ist. Deshalb gilt der Ausschlussstatbestand – jedenfalls bei Grundstückskaufverträgen – auch, wenn die besondere Situation, etwa eine Ansprache außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers noch fortwirkt (Brandenburg 17.7.2008 – 5 U 8/06; *Rohlfing* MDR 2009, 366, 368). Erstreckt sich das Beurkundungserfordernis auf für sich allein genommen nicht formbedürftige Vereinbarungen (s etwa BGH 101, 396), gilt der Ausschlussstatbestand auch für diese Vereinbarungen (BT-Drs 17/12637, 46).
- 25 aa) Die **Verträge über Finanzdienstleistungen**, die **außerhalb von Geschäftsräumen** geschlossen werden, unterliegen zwar nicht den Vorgaben der VRRL, aber den Vorgaben der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Der nationale Gesetzgeber nahm insoweit keine überschießende Umsetzung der RL vor. Die Ausnahme gilt nur für Verträge über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, nicht jedoch für Verträge über Finanzdienstleistungen, die im Fernabsatz geschlossen werden. Insoweit sind nämlich die Vorgaben der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher zu berücksichtigen, in der eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für diese Fälle nicht vorgesehen ist. Der Ausnahmetatbestand für notariell beurkundete Verträge über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, ist erst aufgrund eines Beschlusses des Rechtsausschusses in das Gesetz eingefügt worden (BT-Drs 17/13951, 8, 97).
- 26 bb) Nach Abs II Nr 1 lit b sind auch **nicht beurkundungspflichtige Verträge**, die keine Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, von dem Anwendungsbereich ausgenommen, wenn eine **notarielle Beurkundung erfolgt**. Voraussetzung dafür ist, dass der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d I und das Widerrufsrecht nach § 312g I entfallen. Es soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher die Rechtsfolgen einer freiwilligen notariellen Beurkundung des Vertrags erkennt (BT-Drs 17/13951, 97). Die notarielle Beurkundung nicht beurkundungspflichtiger Willenserklärungen bietet nämlich die Möglichkeit, dem Verbraucher die Informationen und das Widerrufsrecht zu entziehen. Für das Entfallen des Widerrufsrechts kommt es i Erg nicht darauf an, dass der Notar einen solchen Hinweis erteilt hat. Das Widerrufsrecht entfällt bei notariell beurkundeten Verträgen nach § 312g II Nr 13 (s dazu BT-Drs 17/13951, 97).
- 27 b) **Nr 2 – Verträge über Eigentum an Grundstücken und andere Rechte.** Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Grundstücken (zum Grundstücksbegriff s Vor § 90 Rn 4) sind vom Anwendungsbereich ausgenommen. Diese Ausnahme geht zurück auf den Ausnahmetatbestand des Art 3 III lit e VRRL. Dahinter steht die Erwägung, dass regelmäßig ein starker Bezug zum nationalen **Eigentums- und Sachenrecht der Mitgliedstaaten** gegeben ist, das zum einen nicht angeglichen werden soll (Art 345 AEUV) und zum anderen insb mit Formvorschriften anderweitige Schutzmechanismen für den Verbraucher bereithält (s RegE eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs 14/2658, 33; *Lütcke* § 312b aF Rn 106).
- 28 Wegen der besonderen Formstrenge des dt Rechts, insb der **Beurkundungspflicht** (§ 311b I) bei Verträgen über Grundstücke, ist die Veräußerung eines Grundstücks im Wege des Fernabsatzes nicht möglich; insoweit hat die Norm keine praktische Bedeutung (*Härtig* § 1 FernAbsG Rn 115; *Gößmann* MMR 1998, 88, 89; *Schmittmann* DuD 1997, 636, 637). Entspr gilt für Verträge über wesentliche Bestandteile eines Grundstücks (*Lütcke* § 312b aF Rn 108). Für notariell beurkundete Verträge greift bereits der Ausnahmetatbestand der Nr 1 ein; letztlich hat die Nr 2 auch insoweit keine Bedeutung.
- 29 Auf die Frage der notariellen Beurkundung kommt es indes nicht an (BT-Drs 17/12637, 46). Besonderheiten sind zu beachten bei **Grundstücksverträgen**, die eine **Einheit mit einem Vertrag über eine Finanzdienstleistung** bilden. Es sind die Vorgaben der FernAbsFinanzDL-RL (2002/65/EG) zu beachten: Nach deren Art 6 III lit c können die Mitgliedstaaten bestimmen, dass das Widerrufsrecht bei Erklärungen von Verbrauchern, die unter Mitwirkung eines Amtsträgers abgegeben werden (also etwa bei einer notariellen Beurkundung), ausgeschlossen ist, unter der Voraussetzung, dass der Amtsträger bestätigt, dass die Rechte des Verbrauchers gem Art 5 I FernAbsFinanzDL-RL gewahrt wurden; mithin bleiben jedoch die Informationspflichten nach § 312d bestehen (BT-Drs 17/12637, 46).

c) Nr 3 – Verträge über den Bau von Gebäuden. Von erheblicher Bedeutung ist die Ausnahme von Verträgen über den **Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden**. Diese Definition erfasst mithin Arbeiten an einem Bauwerk. Zum Begriff des Bauwerks vgl bei § 634a I Nr 2. Darunter fallen also die Errichtung, mithin die Herstellung eines Gebäudes einerseits, und solche Arbeiten, „die für die Erneuerung oder den Bestand von wesentlicher Bedeutung sind, sofern die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden sind“ (BGH NJW-RR 2002, 664, 665). Die Umbaumaßnahmen müssen erheblich sein, dh dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar (Erwägungsgrund 26 der VRRL). Die Ausnahme geht zurück auf Art 3 III lit f Var 1 VRRL. In Erwägungsgrund 26 wird betont, dass sich die Bestimmungen der RL nicht für diese Verträge eignen. Indes kann an dieser Begründung gezweifelt werden. Vor allem mit Blick auf den hohen Preis erscheint eine besondere Gefahr für den Verbraucher gegeben (Lütcke § 312b aF Rn 114). Rechtspolitisch ist die Regelung mithin zweifelhaft. Um nicht sachgemäße Ergebnisse zu vermeiden, ist eine enge Auslegung des Begriffs der Umbauarbeiten angezeigt. Wegen des eindeutigen Wortlauts ist eine Ausdehnung dieser Bereichsausnahme auf Renovierungsarbeiten nicht angezeigt. Diese Verträge über Auf-, Ab- und Einbauarbeiten unterfallen also, weil Nr 3 nicht greift, den besonderen Vorschriften der §§ 312ff, etwa die Neueindeckung eines Hausdachs (BT-Drs 17/12637, 46; MüKo/Wendehorst § 312 Rn 38; Lütcke § 312b aF Rn 115; Pal/Grüneberg § 312 Rn 11).

Der ab dem 1.1.2018 geltende Wortlaut beruht auf dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v 9.3.2017 (BGBl I 969). Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung und Vereinfachung des bisherigen Wortlauts, welche der Legaldefinition des Verbraucherbaupvertrags im ebenfalls neuen § 650i I geschuldet ist. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden (BT-Drs 18/8486, 38).

d) Nr 4 – Verträge über Reiseleistungen. Verträge über Reiseleistungen nach § 651a sind ausgenommen, wenn sie im Fernabsatz geschlossen werden (lit a); bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Reiseverträgen gilt das nur, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Vertragsschluss beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind (lit b). Die Herausnahme der Verträge über Reiseleistungen beruht darauf, dass die Verbraucher in weitem Maße über die reiserechtlichen Bestimmungen der §§ 651a ff sowie die diesbezüglichen Informationspflichten nach §§ 4–11 BGB-InfoV geschützt sind (diese Vorschriften wiederum beruhen auf der PauschalreiseRL, RL 90/314/EWG über Pauschalreisen v 13.6.1990, ABl 1990 L 158/59; in der VRRL ist deswegen in Art 3 III lit g ein Ausnahmetatbestand vorgesehen für Verträge, die in den Geltungsbereich der PauschalreiseRL fallen).

aa) Fernabsatzverträge. Im Fernabsatz geschlossene Verträge über Reiseleistungen nach § 651a waren schon bisher aus den speziellen Schutzvorschriften für den Fernabsatz herausgenommen (§ 312b III Nr 6 aF).

bb) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge. (1) Sinn und Zweck. Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen über Reiseleistungen ist die Einschränkung (auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses) der vorherigen **Bestellung** eingefügt worden, weil das geltende Verbraucherschutzniveau aufrechterhalten werden sollte (BT-Drs 17/13951, 97). Zwar ist in der VRRL eine entspr Einschränkung nicht vorhanden. Der Gesetzgeber hat jedoch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die VRRL auf diesen nicht geregelten Bereich anzuwenden (Erwägungsgrund 13 der VRRL); auch nach der PauschalreiseRL ist das zulässig (Art 8 PauschalreiseRL). Ausweislich der Begr der Beschlussempfehlung soll insb in dem Fall ein Widerrufsrecht bestehen, in dem auf einer sog **Kaffeefahrt** ein Pauschalreisevertrag abgeschlossen wird (BT-Drs 17/13951, 97). Die vom Rechtsausschuss vorgeschlagene Änderung ist im Zusammenhang mit § 312g II 1 Nr 9 und der Anfügung des S 2 in § 312g II zu sehen, wonach das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen über Reiseleistungen nach § 651a nur entfällt, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Vertragsschluss beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind. Diese Folgeänderung war notwendig, weil ansonsten das Widerrufsrecht doch wieder über § 312g II 1 Nr 9 entfiel und nach Abschluss eines Pauschalreisevertrags bei einer Kaffeefahrt der Schutz über das Widerrufsrecht verwehrt wäre. Folgt der Vertragsschluss mithin auf Verhandlungen, die auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind, besteht das Widerrufsrecht nicht. Die typische Überrumpelungsgefahr ist nicht gegeben (BT-Drs 17/13951, 98). Angelehnt ist diese Regelung an den früheren § 312 III Nr 1, wonach ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nicht bestand, wenn am Arbeitsplatz oder in der Privatwohnung des Verbrauchers die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind.

(2) Vorhergehende Bestellung. (a) Mündliche Verhandlungen aufgrund vorheriger Bestellung des Verbrauchers. Die Bestellung muss von demjenigen ausgehen, der als späterer „**Verbraucher**“ die auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung abgibt, nicht von einem interessierten Dritten (BGH NJW 1983, 868; BB 1987, 1557, 1559 zu § 55 I GewO; s aber Rn 35). Eine **nachträgliche Genehmigung** des Besuchs reicht nicht aus (Pal/Grüneberg Rn 12). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass es an einer Situation fehlt, die für den Verbraucher typischerweise die Gefahr eines übereilten und nicht hinreichend bedachten Vertragsabschlusses in sich birgt, wenn der Verbraucher von sich aus den Unternehmer zu sich bestellt hat. Der Ausnahmetatbestand greift auch nicht ein, wenn sich anlässlich eines überraschenden, unbestellten Erscheinens des Unternehmers in der Privatwohnung der Verbraucher mit einem weiteren Besuch in seiner Wohnung zum Zwecke von Vertragsverhandlungen einverstanden erklärt und es bei diesem zweiten Besuch zum Vertragsschluss kommt (Dresden VuR 1999, 364; Brandenburg MDR 1998, 206, 207).

- 35 Bestellungen **Dritter**, insb von Angehörigen, fallen grds nicht unter Abs II Nr 4 lit b Hs 2 (Pal/*Grüneberg* Rn 12). Inwieweit sich der Verbraucher eine von dem Ehegatten, einem anderen Familienmitglied, dem Lebensgefährten oder einem Hausgenossen ausgesprochene „**Bestellung**“ zu einem Hausbesuch **zurechnen lassen muss**, beurteilt sich nach den auf geschäftähnliche Handlungen entspr anwendbaren Regeln über die (gewillkürte wie gesetzliche) Vertretungsmacht (*Ulmer* WRP 1986, 445, 450 Fn 79; *Teske* ZIP 1986, 633; *Knauth* WM 1986, 514; *Gaul* NJW 1987, 2855). Nach dem Schutzzweck des Gesetzes kann dem Verbraucher eine derartige Bestellung nur zugerechnet werden, wenn er hiervon so rechtzeitig erfährt, dass er sich wie im Fall eigener Bestellung auf die Situation vorbereiten kann (*Hamm* NJW-RR 1991, 121). Bei Bestellung durch die Ehefrau kommt eine entspr Anwendung des § 1357 in Betracht (aA *AG Ettenheim* NJW-RR 2004, 1429).
- 36 Die vorhergehende Bestellung muss **zeitlich** so weit **vor den mündlichen Vertragsverhandlungen** liegen, dass dem Verbraucher noch hinreichend Zeit verbleibt, um sich auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers einzustellen: War ein Termin zwar vereinbart, sucht der Unternehmer den Verbraucher aber wesentlich früher als zum vereinbarten Zeitpunkt auf, werden die Verhandlungen bei diesem Besuch nicht auf vorhergehende Bestellung iSv Abs II Nr 4 lit b Hs 2 geführt (so schon *Stuttgart* NJW 1988, 1986 [zu einem Vertrag über die Lieferung und Montage einer Haustürüberdachung]).
- 37 Nach allg Beweislastregeln hat im Streitfall der **Unternehmer zu beweisen**, dass die Verhandlungen auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind (BGH NJW 2010, 2868, 2869; 1989, 584, 585; *München* WM 1991, 523, 524; *Düsseldorf* MDR 2009, 915; *Staud/Thüsing* Rn 186). Eine vorgedruckte, vom Verbraucher lediglich unterschriebene Bestätigung der Bestellung reicht im Hinblick auf § 309 Nr 12a (unzulässige Umkehr der Beweislast) nicht aus (BGH WM 1989, 4, 7; *Düsseldorf* OLG Rn 2008, 619; *Frankfurt* NJW 1992, 246f; *Löwe* BB 1986, 827; offengelassen BGH NJW 2010, 2868, 2870).
- 38 (b) **Begriff der „vorhergehenden Bestellung“; erschlichene oder provozierte Bestellung.** Das Tatbestandsmerkmal „**vorhergehende Bestellung**“ wurde aus § 55 GewO wort- und sinngleich übernommen (BT-Drs 10/2876, 12; BGH NJW 1989, 584, 585). Zur Auslegung des Begriffs „vorhergehende Bestellung“ in Abs II Nr 4 lit b Hs 2 können deshalb Rspr und Lit zu § 55 GewO herangezogen werden (ebenso BT-Drs 10/2876, 12; *Staud/Thüsing* Rn 152). Eine „vorhergehende Bestellung“ in diesem Sinne setzt voraus, dass die **Initiative zur Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts vom Verbraucher ausgeht** (BGH NJW 1983, 868f; *Köln* WRP 1990, 367; *Düsseldorf* MDR 2009, 915; Pal/*Grüneberg* Rn 12; *Ulmer* WRP 1986, 445, 450f; *Hopt* NJW 1985, 1669; *Teske* ZIP 1985, 654; 1986, 633; *Teske* NJW 1987, 1186; *Knauth* WM 1986, 514; 1987, 526; aA *Gaul* NJW 1987, 2852). Eine Bestellung, die von dem Unternehmer erst durch sein Erscheinen **provoziert** wird, genügt nicht (BGH WM 1982, 1429; ZIP 1989, 365f; *Brandenburg* MDR 1998, 207f; *München* WM 1991, 523). Der Verbraucher soll ohne direkte Einflussnahme durch den Unternehmer entscheiden, ob er ein Treffen außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers wünscht, und diesen Wunsch klar und unmissverständlich, etwa auf einer dem Werbematerial beigelegten Antwortkarte, zum Ausdruck bringen (*Stuttgart* WRP 1986, 509f; *Löwe* BB 1986, 827). Dass der Verbraucher „ganz von sich aus“ an den Unternehmer mit der Bitte um einen Hausbesuch oder ein Treffen außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers herantritt, ist nicht erforderlich (BGH WM 1989, 4 = *EWIR* 1989, 177 m Anm *Koller*). An einer „vorhergehenden Bestellung“ seitens des Verbrauchers fehlt es nicht, weil der Anstoß zur Aufnahme des geschäftlichen Kontakts auf eine Werbemaßnahme des Unternehmers, etwa eine intensive Medienwerbung, zurückgeht (BGH ZIP 1989, 365, 366; *Teske* ZIP 1989, 356, 357; aA *Stuttgart* JZ 1986, 1116 m Anm *Braun*); dazu Rn 43. Eine „vorhergehende Bestellung“ seitens des Verbrauchers liegt nicht vor, wenn der Unternehmer oder einer seiner Mitarbeiter den Verbraucher mit dem Ziel einer Terminvereinbarung persönlich anspricht, ohne vom Verbraucher dazu aufgefordert zu sein (*Frankfurt* NJW-RR 1989, 494).
- 39 In der bloßen **Bitte um Zusendung eines Katalogs**, eines **Prospekts** oder **sonstigen Informationsmaterials** ist ein Einverständnis mit einem Hausbesuch nicht zu erblicken (BGH WM 1989, 1083; 109, 127 = NJW 1990, 181 m Anm *Gaul*; NJW 2008, 3423; *Köln* NJW 1988, 1985; *Frankfurt* NJW 1992, 246; *Hopt* NJW 1985, 1670; *Gilles* NJW 1986, 1142; *Löwe* BB 1986, 827; *Knauth* WM 1987, 527). Ebenso wenig genügt es, wenn der Unternehmer zugleich mit Zusendung des vom Verbraucher erbetenen Informationsmaterials den Besuch eines Vertreters ankündigt (*Stuttgart* GRUR 1970, 613; *Castello* VuR 1988, 1) oder im vorgedruckten Text der beigelegten Antwortkarte unklare Formulierungen verwendet werden, die nicht eindeutig erkennen lassen, dass sie als Einverständnis mit dem Besuch eines Vertreters gewertet werden sollen (BGH GRUR 1968, 648; *Karlsruhe* WRP 1990, 55). Dies gilt umso mehr, wenn der Unternehmer durch das Versprechen von Werbegeschenken die Willensentscheidung des Verbrauchers zur Rücksendung der Antwortkarte beeinflusst (*Dresden* NJW-RR 1996, 758, 759). Eine solche „erschlichene“ oder „provozierte Bestellung“ zu einem Hausbesuch verstößt gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs; sie ist nicht geeignet, die Informationspflichten des Unternehmers und das Widerrufsrecht des Verbrauchers (§ 312g; s insb § 312g II 2, dazu § 312g Rn 17) auszuschließen (*Ulmer* WRP 1986, 445, 451). Eine das Widerrufsrecht ausschließende Bestellung liegt hingegen vor, wenn die Verabredung in einer „Stammkneipe“ erfolgt und Verbraucher und Vermittler sich kennen (*Schleswig* WM 2005, 607, 608). Im Hinblick auf den Vertragsschluss auf einer sog Kaffeefahrt ist es nicht ausreichend, dass nach Zusendung von Informationsmaterial zu einer Kaffeefahrt diese gebucht und im Rahmen einer Verkaufsveranstaltung sodann ein Reisevertrag abgeschlossen wird.
- 40 Geben die Teilnehmer an einer im Rahmen einer **Verkaufsveranstaltung** stattfindenden Verlosung auf Bitte des Veranstalters ihre **Anschrift** an, erklären sie dadurch nicht zugleich ihr Einverständnis zu einem Hausbesuch (*AG Elmshorn* NJW 1987, 1204; *Teske* NJW 1987, 1186; *Castello* VuR 1988, 1). Werden während einer Freizeit-

veranstaltung die Teilnehmer veranlasst, einen Hausbesuch anzufordern, greift der Ausnahmetatbestand nicht ein (Stuttgart NJW-RR 1989, 1144).

(c) **Unwirksamkeit vorheriger Bestellung bei unverlangtem Telefonanruf.** An einer vorhergehenden Bestellung seitens des Verbrauchers fehlt es, wenn der Unternehmer von sich aus durch einen **unverlangten** oder zu **anderen Zwecken erbetenen Telefonanruf** das Einverständnis des Verbrauchers zu einem Hausbesuch herbeiführt (BGH WM 1994, 2206; 1989, 1083; BGH 109, 127 = NJW 1990, 181 [Gaul] = JZ 1990, 388 [Leinweber/Ruth]; Düsseldorf OLGRp 2008, 101, 102; Köln NJW 1988, 1985; Hopt NJW 1985, 1670; Löwe BB 1986, 827; Goller GewA 1986, 76; Ulmer WRP 1986, 445, 451; Teske NJW 1987, 1186 und ZIP 1989, 356; Castello VuR 1988, 1; abw Frankfurt WM 1989, 1184; Gaul NJW 1987, 2852; Wassermann JuS 1990, 548, 553). Zweck der Norm ist es, den Verbraucher vor Übereilung und Überrumpelung bei dem Abschluss von Reiseverträgen außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers auf Initiative des Unternehmers zu schützen. Mit diesem Schutzzweck wäre es nicht vereinbar, wenn das Widerrufsrecht des Verbrauchers dadurch umgangen werden könnte, dass der Unternehmer von sich aus durch einen unverlangten Telefonanruf das Einverständnis des Verbrauchers zu einem Hausbesuch herbeiführt („proviziert“). Die Gefahr der Überrumpelung und unsachgemäßen Beeinflussung des Verbrauchers ist bei einem unverlangten Telefonanruf, der auf die Vereinbarung eines Hausbesuchs abzielt, in gleicher Weise gegeben wie bei dem unbestellten Erscheinen des Unternehmers an der Haustür (BGH WM 1989, 1083). Gibt ein Verbraucher auf einer Werbepostkarte, mit der er um Prospektmaterial bittet, **„zwecks Rückrufs“** seine Telefonnummer an, bezieht sich sein Einverständnis nur auf einen Rückruf wegen des erbetenen Informationsmaterials (BGH 109, 127 = WM 1989, 1800 = EWiR 1990, 387 [Hensen] = JZ 1990, 388 [Leinweber/Ruth]; Karlsruhe WRP 1990, 430; Frankfurt NJW 1992, 246; KG WM 1990, 1684 = EWiR 1990, 588 [Teske]; Hamburg WM 1988, 1604f). An der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers fehlt es nur dann, wenn der Anstoß zu den mündlichen Verhandlungen, die zum Abschluss des Vertrags geführt haben, von ihm ausgegangen ist (dazu auch Jena BauR 1997, 467, 471).

Auch wettbewerbsrechtlich ist gem § 7 II Nr 2 iVm § 7 I UWG eine **Telefonwerbung** ggü Privatpersonen nur zulässig, wenn der Angerufene zuvor sein Einverständnis erklärt hat (bereits zum früheren Recht BGH NJW 1989, 2820 = ZIP 1989, 1285 [Paefgen] = EWiR 1989, 1031 [Ruth]). Mit dem Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v 29.7.2009 (BGBl I 2413; dazu Vor § 312Rn 12) wurde klargestellt, dass das Einverständnis ausdr und nicht nur konkludent erklärt werden muss. Die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung trägt weiterhin der Werbende (BGH GRUR 2004, 637, 638; Köhler NJW 2009, 2567, 2567). Allein durch die an den Unternehmer gerichtete schriftliche Bitte um Übersendung von Informationsmaterial kann sich ein privater Endverbraucher somit keineswegs konkludent damit einverstanden erklären, „von dem Unternehmer vor, bei oder nach Übersendung des Materials angerufen zu werden“ (so bereits zum früheren Recht BGH BB 1990, 301f = EWiR 1990, 187 [Ulrich]). Ggü dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Einzelner steht der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Privatsphäre im Vordergrund; „auch bereits bestehende geschäftliche Beziehungen zum privaten Endabnehmer rechtfertigen grds keine andere Beurteilung“ (BGH EWiR 1989, 1031 [Ruth]). Zulässig bleibt aber jedenfalls der Anruf des Unternehmers bei seinem Kunden, um im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses seine Nebenpflichten zu erfüllen (BT-Drs 16/10734, 13).

(d) **Vorhergehende Bestellung aufgrund von Werbung in der Presse.** Wird der Verbraucher durch Werbung in der Presse veranlasst, von sich aus einen Hausbesuch zu erbitten, kann hierin, sofern die Reiseleistungen in der Werbung hinreichend deutlich und konkret bezeichnet sind (dazu Rn 45ff), eine vorhergehende Bestellung zu Vertragsverhandlungen iSv Abs II Nr. 4 lit b Hs 2 liegen (so – bereits zu § 55 I GewO – BGH WM 1985, 1437f; ZIP 1990, 148 [Teske]; Ulmer WRP 1986, 445, 451; Teske ZIP 1986, 624, 633; 1989, 356; aA Stuttgart JZ 1986, 1116 [Braun]; Werbung in der überregionalen Presse). Weil die Ausnahme nunmehr auf Verträge über Reiseleistungen beschränkt ist, müssen also die wesentlichen Eckdaten einer Reise genannt sein. Die bloße Rücksendung des einer Werbeanzeige beigefügten Abschnitts, der die Bitte um Zusendung von Informationsmaterial – sei es auch mit dem Zusatz „Vertreterbesuch erwünscht“ – enthält (Gilles NJW 1986, 1142), genügt nicht. In der Rspr wird selbst dann eine vorherige Bestellung verneint, wenn mittels Antwortkarte auf einem Werbezetteln ein Repräsentant des Unternehmers in die Privatwohnung bestellt wird (Dresden VuR 1998, 310, 311).

(e) **Vorhergehende Bestellung durch schlüssiges Verhalten.** Eine „vorhergehende Bestellung“ iSv Abs II Nr 4 lit b Hs 2 kann auch in einem schlüssigen Verhalten des Verbrauchers liegen, sofern es den Wunsch nach einem Treffen außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers klar zum Ausdruck bringt (Hopt NJW 1985, 1669).

(f) **„Informationsbesuch“; „unverbindliche Beratung“; Aufforderung zur Abgabe eines Angebots.** Hat der Verbraucher um einen „Informationsbesuch“ oder um „unverbindliche Beratung“ gebeten, liegt hierin nicht zugleich eine vorhergehende Bestellung zu mündlichen Vertragsverhandlungen im Rahmen des erbetenen Besuchs (BGH 109, 127 = NJW 1990, 181 [Gaul] = EWiR 1990, 387 [Hensen] = JZ 1990, 388 [Leinweber/Ruth]; BGH NJW 2010, 2868, 2869; WM 1990, 687 = EWiR 1990, 489 [Teske] = JR 1991, 70 [Leinweber]). Kommt es aufgrund derartiger Verhandlungen zu einem Vertragsabschluss, bleibt das Recht des Verbrauchers unberührt, seine Willenserklärung zu widerrufen. Im Streitfall hat der Unternehmer diejenigen Umstände darzulegen und zu **beweisen**, aus denen sich ergibt, dass der Verbraucher ihn zu Vertragsverhandlungen und nicht nur zum Zweck der Information in die eigene Wohnung bestellt hat (Jena VuR 2003, 100, 101; Düsseldorf WM 1991, 1998; VuR 1998, 349, 350). Der bloße Umstand, dass die andere Vertragspartei bei der telefonischen Vereinbarung eines

Hausbesuchs das Wort „Vertragsverhandlungen“ hat einfließen lassen, genügt hierfür nicht (so aber LG Mainz WM 1988, 1313; hiergegen *Teske* EWIR 1989, 73).

- 46 (g) **Konkretisierung der anzubietenden Leistung.** Eine vorhergehende Bestellung iSv Abs II Nr 4 lit b Hs 2 setzt voraus, dass der Verbraucher den **Gegenstand** der Verhandlungen hinreichend **deutlich bezeichnet** (BGH ZIP 1990, 148 [*Teske*]; ZIP 1990, 455 = EWIR 1990, 489 [*Teske*] = JR 1991, 70 [*Leinweber*]; NJW 2008, 3423, 3424; NJW 2010, 2868, 2870; Hamm NJW-RR 1991, 121; München WM 1991, 523; *Gilles* NJW 1986, 1142; *Löwe* BB 1986, 827; so auch zu § 55 GewO: Hamm WRP 1979, 143; Stuttgart WRP 1975, 461, 463; *Stober* JA 1981, 223; *Hopt* NJW 1985, 1665, 1669); es muss somit ersichtlich sein, dass über den Abschluss eines Reisevertrags gesprochen wird. An einer vorhergehenden Bestellung mangelt es erst recht, wenn der Unternehmer den Vertrag als schon geschlossen darstellt und der Verbraucher deshalb bei der Einladung davon ausgeht, dass es bei dem Hausbesuch bloß um „klärungsbedürftige Spezifikationen“ und eben nicht um Vertragsverhandlungen gehe (Dresden ZGS 2007, 237, 239).
- 47 Ob das Angebot des Unternehmers der vom Verbraucher ausgesprochenen „vorhergehenden Bestellung“ entspricht, beurteilt sich nach der Rspr des BGH nicht nach den tatsächlichen Erwartungen des Verbrauchers (subjektive Kriterien), sondern danach, welches Angebot der Verbraucher mit Rücksicht auf den durch die vorhergehende Bestellung gezogenen Rahmen den Umständen nach erwarten durfte (**objektive Kriterien**); BGH ZIP 1990, 148, 150 (*Teske*). Zweifel darüber, ob aus objektiver Sicht die bei dem Treffen angebotenen Reiseleistungen von der vorhergehenden Bestellung des Verbrauchers umfasst sind, gehen zulasten des **Unternehmers**, dem der **Nachw obliegt**, dass die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Vertragsschluss beruht, auf eine den genannten Anforderungen entspr vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind (*Löwe* BB 1986, 821, 827).
- 48 Mit BGH BB 1990, 878 ist davon auszugehen, dass sich die **Auslegung** des Begriffs der vorhergehenden Bestellung **am Schutzzweck des Gesetzes orientieren** muss, das den Verbraucher vor der Beeinträchtigung seiner rechtlichen Entscheidungsfreiheit durch Überrumpelung oder anderweitige unlautere Beeinflussung durch unseriöse Unternehmer schützen soll (BT-Drs 10/2876, 6); eine die Widerrufsmöglichkeiten des Verbrauchers allzu sehr einschränkende Interpretation wird diesem Gesetzeszweck nicht gerecht (ebenso BGH NJW 1999, 575, 576; KG WM 1990, 1684; dazu *Teske* EWIR 1990, 588; Düsseldorf OLGRp 2008, 101, 102).
- 49 e) **Nr 5 – Verträge über die Beförderung von Personen.** Die Ausnahme der Verträge über die Beförderung von Personen beruht auf Art 3 III lit k VRRL. Hier greifen andere öffentlich-rechtl Regelungen, insb europarechtliche Vorgaben (zB bei Fluggastrechten) ein (BT-Drs 17/12637, 47). Beförderungsdienstleistungen sind jede Art von organisiertem Transport von Personen (zur Problematik von Stadtrundfahrten *Lütcke* § 312b Rn 128 einerseits und *Härtig* § 1 FernAbsG Rn 149 andererseits), auch wenn dieser nicht touristischen Zwecken dient (Frankfurt MDR 2010, 1039: Bahnticket).
- 50 f) **Nr 6 – Verträge über Teilzeit-Wohnrechte**, langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungen und Tauschsysteme sind besonders in §§ 481–487 geregelt. §§ 481ff beruhen auf der Umsetzung der Timesharing-RL (RL 94/47/EG v 26.10.1994, ABl 1994 L 280/83), die mittlerweile durch die RL über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitznutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen v 14.1.2009 (2008/122/EG, ABl 2009 L 33/10) ersetzt wurde (sog **neue Timesharing-RL**). Die neue Timesharing-RL stellt spezifische Vorgaben hins der Informationspflichten und des Widerrufsrechts auf, die ohne Abweichung im Wege der Vollharmonisierung umzusetzen waren (BT-Drs 17/2764, 15). In dem zuvor geltenden Recht waren insoweit Ausnahmen vorgesehen: Für Haustürgeschäfte legte § 312a aF den Vorrang anderer Widerrufsrechte fest, für Fernabsatzverträge wurde in dem früheren § 312b eine entspr Ausnahme in Abs III Nr 2 eingefügt (G v 17.1.2011, BGBl I 34).
- 51 Aufgrund der speziellen Vorgaben in der neuen Timesharing-RL sind diese Verträge auch in der VRRL ausgeklammert worden (Art 3 III lit h). Somit war der Ausschluss der Anwendbarkeit der Vorschriften über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge auf sämtliche Vertragsarten der §§ 481–481b zu erstrecken. Infolgedessen finden §§ 312ff im Grunde keine Anwendung. Stattdessen gelten die **besonderen Vorschriften der §§ 481ff**, insb das Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen nach § 485 sowie andere Sondervorschriften wie weitergehende Informationspflichten (§ 482) oder ein Schriftformerfordernis (§ 484). Der Vorrang der §§ 481ff gilt allerdings nur, soweit alle Voraussetzungen der §§ 481–481b erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, bleiben §§ 312ff anwendbar (MüKo/Wendehorst Rn 46).
- 52 g) **Nr 7 – Behandlungsverträge nach § 630a.** Die RL gilt nicht für Verträge über Gesundheitsdienstleistungen gem Art 3 lit a der RL über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung v 9.3.2011 (2011/24/EU, ABl 2011 L 88/45). Das sind nach der Legaldefinition „Gesundheitsdienstleistungen, die von Angehörigen der Gesundheitsberufe ggü Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, einschl der Verschreibung, Abgabe und Bereitstellung von Arzneimitteln und Medizinprodukten“. Der nationale Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, Behandlungsverträge nach § 630a (eingefügt in das BGB durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v 20.2.2013, BGBl I 277) aus dem Anwendungsbereich der §§ 312ff herauszunehmen, nicht hingegen Verträge über die Abgabe von Arzneimitteln und den Vertrieb von Medizinprodukten (ggf kann die Ausnahme nach Nr 12 eingreifen). Gerechtfertigt ist die Ausnahme für Behandlungsverträge einerseits dadurch, dass in den §§ 630c, 630e und 630f spezielle Informations- und Dokumentationspflichten vorgesehen sind, andererseits pas-

sen die Informationspflichten nach § 312a II iVm Art 246 EGBGB sowie § 312d I iVm Art 246a EGBGB nicht (BT-Drs 17/12637, 47). Wird neben dem Behandlungsvertrag zeitlich und sachlich zusammenhängend ein Vertrag über den Verkauf eines Arzneimittels oder eines Medizinprodukts geschlossen, bestehen Informationspflichten bzgl des Arzneimittels/Medizinprodukts. Ein Widerrufsrecht besteht (§ 312g), wenn es sich bei dem Verkauf um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag oder Fernabsatzvertrag handelt (BT-Drs 17/12637, 47).

h) Nr 8 – Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs. Vom Anwendungsbereich der §§ 312ff ausgenommen sind weiterhin Warenlieferungen von Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die an den in der Norm genannten Orten und in der dort beschriebenen Art und Weise – und keinesfalls auf dem Postweg – geliefert werden. Der Gesetzgeber entspricht mit der Herausnahme aus dem Anwendungsbereich dem Ausnahmetatbestand des Art 3 III lit j VRRL. Eine inhaltsgleiche Ausnahme bestand nach früherem Recht für Fernabsatzverträge (§ 312b III Nr 5 aF). Nunmehr gilt die Ausnahme darüber hinaus für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge.

Zum einen muss es sich um Warenlieferungen von **Haushaltsgegenständen** handeln, wobei Lebensmittel und Getränke beispielhaft genannt sind. Hiervon werden Dienstleistungen nicht erfasst, auch wenn sie zum täglichen Bedarf gehören sollten (zB die häusliche Pflege oder der Dienst von Reinigungskräften). Mitunter schwierig kann sich die Abgrenzung des Tatbestandsmerkmals „**des täglichen Bedarfs**“ von sonstigen Haushaltsgegenständen gestalten. Hierunter werden teilw nur Verbrauchsartikel gefasst (*Härtling* § 1 FernAbsG Rn 130; *Lütcke* § 312b aF Rn 118), andere beziehen das gesamte Sortiment eines Supermarkts einschl Gebrauchsgütern ein (zu weitgehend BaRo/*Schmidt-Räntsch* § 312b aF Rn 49; Pal/*Grüneberg* Rn 16). Schließlich wird vorgeschlagen, die Abgrenzung danach zu treffen, was ein durchschnittlicher Verbraucher häufig und regelmäßig nachfragt (*MüKo/Wendehorst* Rn 50; *Staud/Thüsing* § 312b aF Rn 77), weshalb etwa langlebige Konsumgüter auszuscheiden seien. Indes belegt gerade der vorangestellte Hinweis auf „Lebensmittel und Getränke“, den Art 3 III lit j VRRL vorgibt, dass auf den Verbraucherschutz nur bei „Verbrauchs“gütern verzichtet werden kann. Als sonstige Haushaltsgegenstände kommen deshalb nur solche in Betracht, die zur kurzfristigen Verwendung bestimmt sind und in rascher Abfolge zur Neuanschaffung anstehen. Nicht erfasst sind Vertragsgestaltungen, die eine fortlaufende Abnahmeverpflichtung enthalten (BGH WM 2012, 221, 222: Zeitschriftenabonnement). Des Weiteren setzt die Norm situativ voraus, dass diese Gegenstände an die **benannten Orte** (Wohnsitz, Aufenthaltsort, Arbeitsplatz) geliefert werden. Daraus ergeben sich keinerlei Einschränkungen, da hierunter neben dem gewöhnlichen oder ständigen auch der tatsächliche Aufenthaltsort des Verbrauchers fällt, die Lieferung letztlich also an jeden beliebigen Ort erfolgen kann (*MüKo/Wendehorst* Rn 51; *Lütcke* § 312b aF Rn 121).

Schließlich muss diese Lieferung im Rahmen **häufiger und regelmäßiger Fahrten** erfolgen. Die Fahrten müssen also zahlenmäßig eine gewisse Bedeutung haben und in bestimmten Zeitabständen erfolgen, was meist bei Bestell- und Lieferservice gegeben sein wird (*Micklitz/Reich* FernabsatzRL S 12; *Martinek* NJW 1998, 207). Für die Häufigkeit der Fahrten kommt es allein darauf an, wie das Angebot des Unternehmers objektiv ausgestaltet ist, dh ob es auf eine Vielzahl von Fahrten ausgerichtet ist (ebenso BaRo/*Schmidt-Räntsch* § 312b aF Rn 52; *MüKo/Wendehorst* Rn 52; aA *Härtling* § 1 FernAbsG Rn 140, der darauf abstellt, ob die Zahl der Fahrten aus Unternehmersicht einen nicht ganz unbedeutenden wirtschaftlichen, organisatorischen und personellen Aufwand erfordert). Von einer regelmäßigen Fahrt ist im Fall eines kontinuierlichen Leistungsangebots zu sprechen (BT-Drs 14/3195, 30; krit zum Erfordernis der regelmäßigen Hauslieferungen *Roth/Schulze* RIW 1999, 924, 925; *Lütcke* § 312b aF Rn 123). Abs II Nr 8 setzt zwar voraus, dass die Lieferung durch den Unternehmer selbst bzw seine Mitarbeiter erfolgt. Dem steht jedoch die Lieferung durch ein mit dem Unternehmer rahmenvertraglich verbundenem Transportunternehmen gleich, welches häufig und regelmäßig für den Unternehmer ausliefert (*MüKo/Wendehorst* Rn 51). Nicht ausreichend ist die einfache Zusendung per Post (BGH WM 2012, 221, 223). Handelt es sich nicht um eine Lieferung im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten, ist gleichwohl das Widerrufsrecht nach § 312g II Nr 2 ausgeschlossen, soweit es sich um schnell verderbliche Ware handelt.

i) Nr 9 – Verträge unter Verwendung von Warenautomaten und automatisierten Geschäftsräumen. Die Bereichsausnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass in den dort beschriebenen Situationen regelmäßig die Erfüllung der Informationspflichten und auch die Ausübung des Widerrufsrechts nur schwer oder gar nicht möglich sind (RegE eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs 14/2658, 33). Der Ausnahmetatbestand entspricht Art 3 III lit l VRRL. Eine inhaltsgleiche Ausnahme bestand nach früherem Recht für Fernabsatzverträge (§ 312b III Nr 7 lit a aF).

Warenautomaten sind technische Einrichtungen jeglicher Art, die unabhängig von Personaleinsatz einen Warenabsatz – hingegen nicht Dienstleistungen – ermöglichen (ähnlich *Staud/Thüsing* § 312b Rn 85f). Typische Bsp hierfür sind Zigarettens- und Getränkeautomaten. **Automatisierte Geschäftsräume** sind Automaten, die anders als bei Warenautomaten nicht in der Öffentlichkeit, sondern in Geschäftsräumen aufgestellt sind; auch dabei ist die Leistungserbringung personalunabhängig. Hierunter fallen im Gegensatz zu Verträgen an Warenautomaten auch Dienstleistungen. Hauptanwendungsgebiete dieser „Absatzmethode“ sind bspw Münzwäschereien und Sonnenstudios, aber auch Geschäfte an Bankautomaten (*Lütcke* § 312b aF Rn 136). Nicht unter den Begriff des automatisierten Geschäftsraums fällt – auch wegen der Möglichkeit der Mitteilung der erforderlichen Informationen – der Abschluss eines Providervertrags (LG Hamburg CR 2001, 475, 476; *Staud/Thüsing* § 312b aF Rn 88). Die Bereichsausnahme wird mit den Schwierigkeiten begründet, welche die Informationserteilung und

Ausübung des Rücktrittsrechts bei derartigen automatisierten Geschäften bereiten; deshalb ist die Einschränkung des Verbraucherschutzes in diesen Fällen sofortiger Erbringung der Leistung zu rechtfertigen (*Härting* § 1 FernAbsG Rn 171; vgl auch *Lütcke* § 312b aF Rn 136). Die einzelnen Begriffe des Automatengeschäfts bzw des automatisierten Geschäftsraums sind im Rahmen der von der RL vorgegebenen Grenzen weit auszulegen; eine Ausweitung im Wege der Analogie verbietet sich jedoch mit Blick auf den Schutzzweck der RL.

- 58 **j) Nr 10 – Verträge mit Betreibern öffentlicher Münz- und Kartentelefone.** Diese Ausnahme ist (wie Nr 9) mit dem Hinw darauf zu rechtfertigen, dass die Übermittlung von Informationen und die Ausübung eines Widerrufsrechts bei sofortigem Leistungsaustausch unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnet (*Lütcke* § 312b Rn 138). Die Ausnahme ist nach Art 3 III lit m Hs 1 VRRL zulässig. Eine entspr Ausnahme bestand nach früherem Recht für Fernabsatzverträge (§ 312b III Nr 7 lit b aF), wobei nunmehr – ohne inhaltliche Änderung (BT-Drs 17/12637, 47) – statt „öffentlicher Fernsprecher“ (so hingegen weiterhin die Formulierung in der VRRL) die Formulierung „öffentlicher Münz- und Kartentelefone“ gewählt wurde. Mit dieser Formulierung wird Anleihe genommen bei den Begriffsbestimmungen im TKG. Nach § 3 Nr 15 TKG ist ein „öffentliches Münz- und Kartentelefon“ ein der Allgemeinheit zur Verfügung stehendes Telefon, für dessen Nutzung als Zahlungsmittel unter anderem Münzen, Kredit- und Abbuchungskarten oder Guthabekarten, auch solche mit Einwahlcode, verwendet werden können. Für die Verträge mit den Betreibern öffentlicher Münz- und Kartentelefone gelten dementsprechend die Schutzmechanismen des Telekommunikationsgesetzes (insb §§ 43a ff TKG).
- 59 Einer sinngerichteten Auslegung folgend, ist über den Wortlaut hinaus nicht nur die Verwendung von Telefonen erfasst, sondern ebenso von öffentlichen Faxgeräten sowie von E-Mail-Terminals (*Lütcke* § 312b aF Rn 139; *MüKo/Wendehorst* Rn 55; *Staud/Thüsing* § 312b aF Rn 90; *Pal/Grüneberg* Rn 19; aA *Piepenbrock/Schmitz* K&R 2000, 378, 392; zweifelnd *BaRo/Schmidt-Rantsch* § 312b aF Rn 57). Die Ausnahme bezieht sich allein auf Benutzungsverträge, nicht auf Verträge über die Wartung. Auch unterfallen ihr nicht Verträge über den Vertrieb von Telefonkarten zur Benutzung solcher Fernsprecher (*Härting* § 1 FernAbsG Rn 172). Keinesfalls ist Nr 10 im Fall der Annahme von R-Gesprächen durch Verbraucher einschlägig, auch nicht in analoger Anwendung (so aber wohl LG Würzburg 29.6.2005 – 42 S 486/05; vgl zum Ganzen *Böttcher* VuR 2006, 256ff).
- 60 **k) Nr 11 – Verträge über Telefon-, Internet- oder Telefaxverbindung.** Die Ausnahme beruht auf Art 3 III lit m Hs 2 VRRL. Es muss sich um eine einzelne von einem Verbraucher hergestellte Verbindung handeln (sog Call-by-Call-Dienstleistungen), die unmittelbar und vollständig erbracht und sodann über die Telefonabrechnung abgerechnet wird (BT-Drs 17/12637, 47). Eine Herausnahme aus den §§ 312ff scheint gerechtfertigt, weil Schutz über die Sonderregelungen des Telekommunikationsgesetzes gewährleistet wird (zB über die Preisansage nach § 66b TKG).
- 61 **l) Nr 12 – Leistung sofort erbracht und höchstens 40 Euro Entgelt.** Aus dem Anwendungsbereich herausgenommen (beruhend auf der Öffnungsklausel des Art 3 IV VRRL) sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (die Ausnahme gilt nicht für Fernabsatzgeschäfte), wenn die beiderseitigen Leistungen bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht werden und das Entgelt 40 Euro (der Gesetzgeber hat damit von der in der RL ausdr vorgesehenen Möglichkeit [Art 3 IV 2 VRRL] Gebrauch gemacht, den maximalen Schwellenwert von 50 Euro zu unterschreiten) nicht überschreitet. Eine entspr Ausnahme bestand bereits nach früherem Recht für Haustürgeschäfte (§ 312 III Nr 2 aF). Die Regelung wurde (und die Erwägungen gelten auch für die Neuregelung; vgl BT-Drs 17/12637, 47) damit begründet (BT-Drs 10/2876, 12), dass es unverhältnismäßig wäre, wollte man auch für solche „Bagatellgeschäfte“ all ein Widerrufsrecht (und nunmehr Informationspflichten) einführen, zumal die Rückabwicklung den Verbraucher regelmäßig mehr belasten als ihm nennenswerte wirtschaftliche Vorteile bringen dürfte. Hiergegen lässt sich einwenden, dass gerade für solche Personen, aus denen sich der Kundenkreis bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen zu einem nicht unerheblichen Teil zusammensetzt, wie Hausfrauen, Rentner oder andere nicht Erwerbstätige (BT-Drs 10/2876, 6; *Gilles* Direktmarketing Rn 58), ein Betrag von 40 Euro bereits eine beträchtliche Summe darstellt. Ebenfalls wäre die umfassende Information gerade dort notwendig. Andererseits lässt sich nicht verkennen, dass die gesetzliche Regelung, wie die umfangreiche Rspr und Lit zeigen, vielfach zu Zweifeln Anlass gibt, ob dem Verbraucher im Einzelfall das Widerrufsrecht zusteht. Es sollte vermieden werden, dass bei einem Geschäft, das bereits beiderseits erfüllt ist und bei dem das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt, der – idR rechtsunkundige – Verbraucher das Risiko eines Rechtsstreits um das Widerrufsrecht eingeht, dessen Ausgang ungewiss ist und der ihn uU mit erheblichen Kosten belastet, die über das bereits gezahlte Entgelt weit hinausgehen.
- 62 Die Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Vorschriften kann indes nicht dadurch umgangen werden, dass eine Gesamtbestellung in **Teillieferungen zu einem Entgelt von jew nicht über 40 Euro aufgeteilt** wird und für die einzelnen Lieferungen gesonderte Vertragsurkunden ausgestellt werden (*Löwe* BB 1986, 827; *Goller* GewA 1986, 76; *Wassermann* JuS 1990, 548, 554; vgl BGH NJW 1977, 714); das Umgehungsverbot des § 312k gilt nämlich auch für die Auslegung der Ausschlussgründe des Abs II (§ 312k Rn 9ff).
- 63 **m) Nr 13 – Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** oder anderen gerichtlichen Maßnahmen. Gegenstände, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, sind keine Waren iSd RL (Art 2 Nr 3 VRRL). Dementsprechend sind sie von dem Anwendungsbereich ausgenommen.
- 64 **2. Ausnahmen für soziale Dienstleistungen, Abs III. a)** Auf Verträge über soziale Dienstleistungen sind nur die in Abs III Nr 1–7 aufgeführten Vorschriften der Kapl 1 und 2 anwendbar. Soziale Dienstleistungen sind spezial-

§ 444 Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

- 1 **I. Betroffene Klauseln. 1. Grundsatz.** § 444 bestimmt, dass eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels beschränkt oder ausgeschlossen werden, unter bestimmten Umständen nichtig ist. Eine **Haftungsbeschränkung** liegt vor, wenn die Rechte des Käufers zu seinem Nachteil abgeändert werden. Daraus ergibt sich zugleich, dass **bis zu dieser Grenze** im Wege der Individualvereinbarung im Prinzip ein **Gewährleistungsausschluss vereinbart werden kann**. Dies gilt sowohl für das Recht auf Nacherfüllung als auch für die Minderung, das Rücktrittsrecht und für Schadensersatzansprüche (Grenze § 276 III). Es können auch kumulativ alle Rechte ausgeschlossen werden. Zum Verbrauchsgüterkauf § 476.
- 2 **2. Auslegung der Freizeichnungsklauseln.** Der Umfang der Freizeichnung ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei gelten die allg. Auslegungsregeln. Dagegen ist der BGH der Ansicht, dass ein Haftungsausschluss im Zweifel eng auszulegen sei, weil er von der gesetzlichen Regel abweiche, die die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtige (NJW 2015, 1049; 2003, 1317; 2011, 1217). Dies mag für notariell beurkundete Kaufverträge, die regelmäßig sorgfältig ausformuliert sind, richtig sein, gilt aber jedenfalls nicht allgemein, da eine Individualabrede ja gerade einer Sondersituation, für die die gesetzliche Regel jedenfalls nach Ansicht einer Vertragspartei nicht passt, Rechnung tragen will. Wichtig ist die Feststellung, ob mit der vertraglichen Regelung die **Beschaffenheit der Kaufsache** (etwa geringere als Durchschnittsqualität) bestimmt **oder** die **Haftung** für die als solche durchaus vorausgesetzte Beschaffenheit der Kaufsache **ausgeschlossen** wird. Wird bereits die Beschaffenheit der Kaufsache niedrig angesetzt, liegt kein Haftungsausschluss iSv § 444 vor. Im Zweifel ist, wenn gesagt wird, dass der Verkäufer nicht hafte, davon auszugehen, dass die Haftung ausgeschlossen werden soll. Wird gesagt, die Kaufsache werde in ihrem momentanen Zustand verkauft, liegt im Regelfall ein Haftungsausschluss vor (offengelassen in BGH NJW 1995, 1548; dazu, dass dies keine konkrete Beschaffenheitsangabe ist, § 434 Rn 13). Gleich stehen pauschale Beschreibungen der Beschaffenheit („gekauft wie gesehen“: Saarbrücken MDR 2006, 749; *Tiedtke/Burgmann* NJW 2005, 1154; „schlechteste Warenklasse“) oder eine deutliche negative Abweichung der Beschreibung von dem realen Zustand der Sache (BaRo/*Faust* Rn 10; *Schulte-Nölke* ZGS 2003, 187; *Tröger* JuS 2005, 505), da in diesen Fällen der Zustand der Kaufsache nicht ernsthaft festgelegt wird. Oftmals weisen der vereinbarte Preis oder die Mitlieferung von Garantien/Prüfungsberichten darauf hin, dass ein Haftungsausschluss gewollt ist. Wird ein Pkw als Bastlerfahrzeug verkauft, beinhaltet diese Aussage daher einen Haftungsausschluss, wenn der Zustand des Pkw nicht wirklich beschrieben werden soll (*Müller* NJW 2003, 1977). Dagegen führt allein die Tatsache, dass der Verkäufer ohne nähere Angaben erklärt, er wisse nicht, ob die Kaufsache eine negative Beschaffenheit hat, nicht dazu, dass ein Gewährleistungsausschluss vorliegt (*Adolphsen*, FS Schapp, 2010, 12; *Schinkels* GZS 2003, 315 mit dem Bsp: „Konnte die Festplatte nicht zum Laufen bringen. Kenne mich damit aber auch nicht aus.“) Vielmehr liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, kombiniert mit der Chance für den Käufer, dass die Sache vielleicht doch besser ist.
- 3 Nach Ansicht der Judikatur (BGH NJW 2007, 1349; 2013, 1734) bezieht sich ein **umfassender Gewährleistungsausschluss nicht auf die vereinbarte Beschaffenheit** (§ 434 I 1), sondern nur darauf, dass die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2). Er kann sich auch auf die Beschaffenheit nach § 434 I 3 beziehen, da diese nach der § 434 I 2 Nr. 2 der geschuldeten Beschaffenheit gleich gestellt ist (BGH BeckRS 2016, 16412). Ob dies der Fall ist, muss per Auslegung dem Haftungsausschluss entnommen werden. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Ausschluss auch die so beschriebene Beschaffenheit erfassen soll, da die Beteiligten jedenfalls bei einem schriftlich oder in Textform abgefassten Vertrag davon ausgehen, dass die getroffenen Vereinbarungen Werbeaussagen, denen im Allgemeinen eine gewisse Unverbindlichkeit anhaftet, vorgehen (offen gelassen in BGH BeckRS 2016, 16412, dort ging es um einen notariell beurkundeten Vertrag, bei dem auch der BGH davon ausgeht, dass der Kaufvertrag die geschuldete Beschaffenheit abschließend festlegt, § 434 Rn 16). Der BGH geht oftmals sehr schnell von einer Beschaffenheitsvereinbarung aus (§ 434 Rn 12ff). Diese Judikatur ist angreifbar. Nach § 444 ist der Ausschluss nur unwirksam, wenn eine Garantie übernommen wurde oder Arglist vorliegt (*Gsell* JZ 2013, 423). Das ist mehr als eine Beschaffenheitsvereinbarung. Allerdings kann sich in einzelnen Fällen in der Tat im Wege der Auslegung ergeben, dass – auch konkludente – Aussagen über die Beschaffenheit dem Haftungsausschluss vorgehen sollen. Dies ist dann der Fall, wenn der Käufer erkennbar auf einen bestimmten Punkt besonderen Wert legt.
- 4 Ein Haftungsausschluss/-beschränkung bezieht sich im Zweifel auf **die Mängel, die bereits bei Vertragsschluss vorliegen**. Nur insoweit kann der Käufer das von ihm übernommene Risiko erkennen (BGH NJW 2003, 1316; BaRo/*Faust* Rn 6). Ebenfalls nicht erfasst sind nach Ansicht des BGH Mängel, **die der Verkäufer bei Vertragsschluss kannte** (BGH NJW 2012, 2793). Regelmäßig liegt dann Arglist vor, so dass schon die Voraussetzungen der Norm nicht erfüllt sind (anders im Fall des BGH, da zw. Angebot und Annahme eine Zeitspanne lag, innerhalb derer der Käufer den Mangel selbst bemerkte. Diese Judikatur ist angreifbar, da § 444 Arglist (und eben nicht weniger) verlangt. Es kommt also nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs an (aA *Tiedtke* NJW 1995, 3084). Dieser Begriff ist ungebräuchlich und gibt daher auch nicht den mutmaßlichen Parteiwillen wieder.
- 5 Nach Ansicht der Judikatur kann dem Haftungsausschluss die konkludente Vereinbarung entnommen werden, es würden die **Gewährleistungsansprüche, die der Verkäufer ggü. einem früheren Verkäufer hat**, abgetreten

(BGH NJW 1997, 652). Dies soll allerdings nur gelten, wenn nicht das allg Mängelrisiko (Feuchtigkeitsschäden an dem verkauften Haus), sondern ein zusätzliches Risiko (Schadstoffbelastung des Bodens) in Rede steht (BGH NJW-RR 2004, 1873). Sofern Anhaltspunkte für eine solche Auslegung sprechen, ist dieses Ergebnis sachgerecht (sehr weitgehend BGH NJW 1997, 652, wo eigentlich nur gesagt wird, dass eine solche Abtretung „gerecht“ wäre; zust *Reinicke/Tiedtke* ZIP 1997, 1095; *Wackerbarth* ZIP 1997, 2037), und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein alltägliches oder um ein besonderes Risiko handelt. Diese Unterscheidung macht – ganz davon abgesehen, dass sie alles andere als klar ist – schon deshalb wenig Sinn, weil der Käufer auch bei „Normal-Mängeln“ in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird (so auch *Klinke/Lehmann-Richter* NJW 2004, 3672; *Wackerbarth* ZGS 2008, 347). Ein Anspruch des Zweitkäufers gegen den Erstverkäufer nach § 826 kommt nur in Frage, wenn der Erstverkäufer einen Weiterverkauf unter Ausschluss der Haftung voraussehen konnte (Braunschweig NJW 2007, 609). Die Abtretung hat zur Folge, dass der Zweitverkäufer keine Minderungsrechte ggü dem Erstverkäufer mehr hat (i Erg auch *Wackerbarth* ZIP 1997, 2041). Denn die Geltendmachung dieser Rechte würde die Abwicklung des Schadenersatzanspruchs zw Erstverkäufer und Endkäufer hindern. Auch ein Rücktrittsrecht des Zweitverkäufers besteht nicht. In den anderen Fällen kann der Käufer vom Erstverkäufer keinen Ersatz verlangen. Er hat sich auf den Gewährleistungsausschluss eingelassen und erleidet daher auch keinen rechtserheblichen Nachteil (Soergel/Huber § 463 Rn 58; aA *Wackerbarth* ZGS 2008, 346; Drittschadensliquidation; *Wolter* NJW 1975, 623; Abtretung regelmäßig geschuldet; aA auch *Klinke/Lehmann-Richter* NJW 2004, 3673, falls der Erstverkäufer arglistig gehandelt hat). Der Anspruch auf Abtretung verjährt in der Frist des § 195 (*Wackerbarth* ZIP 1997, 2042; i Erg auch *Reinicke/Tiedtke* ZIP 1997, 1096). Problematisch ist die Schadensberechnung, da der Erstkäufer aufgrund des günstigen Weiterverkaufs keinen Schaden hat. Hier können die Grundsätze der Drittschadensliquidation helfen (*Wackerbarth* ZIP 1997, 2039). Nicht einschlägig ist § 285 (*Wackerbarth* ZGS 2008, 344; aA *Jud*, FS Huber, 2006, 370), da der Zweitverkäufer seinen Anspruch gegen den Erstverkäufer nicht infolge des Haftungsausschlusses mit dem Käufer erlangt, sondern unabhängig davon. Auch können die geschilderten Schwierigkeiten bei der Abwicklung dem Zweitverkäufer nur zugemutet werden, wenn er seinen Anspruch gegen den Erstverkäufer auch abgetreten hat (ausf *Grunewald*, Kaufrecht, 2006, § 10 Rn 27).

Die **Klausel**: „Wie besichtigt“ schließt nur die Haftung für Mängel aus, die bei ordnungsgemäßer Besichtigung ohne Hinzuziehung eines Fachmannes entdeckt werden können (BGH NJW 2016, 2496; BGH 74, 210; MüKo/Westermann Rn 7; für den Normalfall auch Hamm BeckRS 2009, 28076). Ist ein Gegenstand „wie er steht und liegt“ verkauft, so beinhaltet dies regelmäßig einen Ausschluss jeder Mängelhaftung (BGH BB 1964, 906). Die Bestimmung „wie besichtigt unter Ausschluss jeder Gewährleistung“ enthält einen Gewährleistungsausschluss für jede Art von Mangel (BGH 74, 385; enger MüKo/Westermann Rn 7). Gleiches gilt für die Klausel „jegliche Haftung für Fehler oder Mängel der Sache wird ausgeschlossen“ (BGH NJW 1967, 32; „unter Ausschluss jeder Gewährleistung“: Köln NJW 1993, 271). Da der Begriff „Garantie“ im allgemeinen Sprachgebrauch die Gewährleistung meint, beinhalte die Aussage „ohne Garantie“ einen Gewährleistungsausschluss (BGH NJW 2013, 2107). Dies gilt erst recht, wenn der Käufer auf die ihm gesetzlich zustehende Garantie verzichtet, da diese Klausel deutlich macht, dass die gesetzlich vorgegebenen Rechte und nicht etwa weitere Rechte ausgeschlossen werden (KG NJW-RR 2006, 1214).

Ein Haftungsausschluss/-beschränkung kann auch **konkludent** vereinbart werden. Nimmt der gewerbliche Verkäufer eines Kfz den Gebrauchtwagen des Käufers derart in Zahlung, dass über den Altwagen ein besonderer Kaufvertrag abgeschlossen und der Kaufpreis verrechnet wird, ist die Gewährleistung des Altwagenverkäufers für sog Verschleißmängel als stillschw abbedungen anzusehen, sofern nicht eindeutig etwas anderes vereinbart ist (BGH 83, 334; krit dazu *Schack* NJW 1983, 2806 und MüKo/Westermann Rn 5). Gleiches gilt, wenn die Fahrzeuge getauscht werden, da auch in diesem Fall die besondere Sachkenntnis des Verkäufers eine solche Annahme rechtfertigt (aA Hamm NJW-RR 1994, 882). Allein aus der Tatsache, dass ein Pkw besichtigt und Probe gefahren wurde, folgt kein konkludenter Haftungsausschluss bzgl solcher Mängel, die entdeckt werden konnten (MüKo/Westermann Rn 6), da allein daraus, dass der Käufer die Kaufsache testet, nicht gefolgert werden kann, er vereinbare einen Haftungsausschluss. Dies ist nur dann anders, wenn ausdr gesagt wird, der Pkw werde wie besichtigt und Probe gefahren verkauft. Dies bedeutet, dass die Haftung für Mängel, die auch für einen Nichtfachmann bei dieser Gelegenheit erkennbar sind, ausgeschlossen wird.

Hat der Verkäufer in einem **Individualvertrag** seine Haftung für Fehler der Kaufsache ausgeschlossen, sind damit auch Ansprüche nach § 285 und auf Ersatz von **Mangelfolgeschäden** gemeint und auch **Ansprüche aus unerlaubter Handlung**, soweit sie an die Lieferung der fehlerhaften Kaufsache anknüpfen (zurückhaltend MüKo/Westermann Rn 10). Andernfalls käme man zu dem wenig sachgerechten und offensichtlich auch nicht gewollten Ergebnis, dass der Verkäufer für die Folgeschäden, aber nicht für die Mängel selbst haften würde. Einem Gewährleistungsausschluss für Mängel kann auch entnommen werden, dass der Verkäufer auch für eine **Pflichtverletzung, die zu einem Mangel oder zum Übersehen eines Mangels führt**, nicht haftet (MüKo/Westermann Rn 10; aA BGH NJW 1969, 1710: unsorgfältige Ablieferungsinspektion; BGH NJW 1967, 1807: Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten nicht ausgeschlossen). Andernfalls hätte der Verkäufer für jede Fahrlässigkeit, die oft unmittelbar aus der Pflichtverletzung (regelmäßig Lieferung der fehlerhaften Sache) folgt, einzustehen. Wird die Haftung für Mängel ausgeschlossen, liegt darin nicht zugleich auch ein Ausschluss der Haftung für eine fehlerhafte **Montage**, da der Käufer diese als „Zusatzleistung“ und nicht als Mangel der Kaufsache versteht (*Grunewald*, Kaufrecht, 2006, § 10 Rn 23).

- 9 **II. Grenzen der Freizeichnung. 1. Arglist.** Ein Haftungsausschluss/-beschränkung ist unwirksam, wenn der Verkäufer im Moment der Vereinbarung den Mangel arglistig verschwiegen bzw die Abwesenheit von Fehlern arglistig vorgetäuscht oder Beschaffenheitsmerkmale vorgespiegelt hat. Zu der Frage, wann Arglist vorliegt, s § 438 Rn 24ff. Wie im Rahmen von § 438 (Rn 26) reicht es auch bei § 444 für die Annahme der Arglist aus, dass der Verkäufer meint, der Käufer werde bei vollständiger Information nicht kaufen. Auch entlastet ihn der Nachweis, dass der Käufer doch gekauft hätte, nicht (BGH BeckRS 2016, 16917; BGH NJW 2011, 3640; BaRo/*Faust* Rn 14; *Rösler* AcP 207, 575). Die Arglist muss also für den Vertragsschluss nicht kausal gewesen sein. **Kennt auch der Käufer den Mangel**, so gilt § 442 I 1, bei grobfahrlässiger Unkenntnis § 442 I 2.
- 10 Handelt von **mehreren Verkäufern** nur einer arglistig, greift der Haftungsausschluss/-beschränkung für alle nicht, wenn § 166 (evtl analog) eingreift. Ansonsten gilt der Ausschluss/die Beschränkung zugunsten der selbst nicht arglistig handelnden Verkäufer (MüKo/*Westermann* Rn 12; aA BGH BeckRS 2016, 11506; Staud/*Matusche-Beckmann* Rn 48, doch setzt eine Zurechnung die Erfüllung der Kriterien des § 166 voraus). Der Käufer kann den arglistig Handelnden auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Rücktritt und Minderung sind ausgeschlossen, da der Kaufvertrag nur einheitlich umgestaltet werden kann (BaRo/*Faust* Rn 17).
- 11 § 444 gilt auch für einen **nachträglichen Haftungsausschluss/-beschränkung**, sofern der Verkäufer zum Zeitpunkt der Vereinbarung den Mangel arglistig verschweigt (MüKo/*Westermann* Rn 12). Der Unrechtsgehalt seines Verhaltens ist in diesem Fall nicht geringer. Handelt der Verkäufer bei der Lieferung arglistig (Gattungsschuld, bei der nicht die ganze Gattung fehlerhaft ist), gilt der Haftungsausschluss ebenfalls nicht (BaRo/*Faust* Rn 14; MüKo/*Westermann* Rn 12). Denn auch dann täuscht der Verkäufer den Käufer bewusst.
- 12 **2. Ein(e) Haftungsausschluss/-beschränkung ist des Weiteren unwirksam**, wenn der Verkäufer eine **Garantie** für die Beschaffenheit der Kaufsache übernommen hat. Oftmals wird der Haftungsausschluss dann auch daran scheitern, dass sich nach Ansicht der Judikatur ein umfassender Gewährleistungsausschluss nicht auf Beschaffenheitsvereinbarungen bezieht (Rn 3). Zum Begriff der Garantie s § 437 Rn 27ff.
- 13 Allein die Verwendung des Wortes „Garantie“ (oder representation oder warranty) hat nicht zur Folge, dass eine Haftungsbeschränkung unwirksam wäre. Wenn der Verkäufer **unter der Überschrift „Garantie“ erklärt, wie er für was haftet**, fehlt es an einer Garantie iSd Norm. Die Bestimmung knüpft an ein widersprüchliches Verhalten des Verkäufers an, wie es in der Übernahme einer unbeschränkten Einstandspflicht unter gleichzeitigem Ausschluss/Beschränkung der Haftung läge (wie hier Stellungnahme des BMJ ZGS 2003, 307; *Gaul* ZHR 166, 62; MüKo/*Westermann* Rn 15; *Wolff/Kaiser* DB 2002, 419). Dies sollte durch die 2004 erfolgte Ersetzung des Wortes „wenn“ durch „soweit“ im Gesetzestext deutlich werden (MüKo/*Westermann* Rn 14). Nicht erfasst sind daher Fälle, in denen der Verkäufer – sei es auch unter der Rubrik „Garantie“ – klar und unzweideutig erklärt, wofür er in welchem Umfang haftet. Dies gilt etwa bei Haftungsobergrenzen (*Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 108; *Kindl* WM 2003, 415; *Looschelders*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 408) und bei Beschränkungen auf bestimmte Formen der Haftung (kein Schadensersatz) usw (*Müller* NJW 2002, 1026; *Gaul* ZHR 166, 62; weitergehend *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 58: Auf Folgen der Beschaffenheitsgarantie sei die Norm nicht anwendbar, doch verlangt sie nur eine klare Regelung; aA *v Westphalen* ZIP 2002, 546; zurückhaltend *Hermanns* ZIP 2002, 697). Unabhängige Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses ist aber stets, dass deutlich gesagt wird, dass die als solche bezeichnete „Garantie“ keine umfassende Einstandspflicht beinhaltet (*Faust* ZGS 2002, 274; *Eidenmüller* ZGS 2002, 296; zum Unternehmenskauf ebenso, aber mehr darauf abstellend, ob eine Zusicherung nach Art von § 463 aF vorliegt, *Weitnauer* NJW 2002, 2517). Daran fehlt es etwa, wenn der Verkäufer auf der einen Seite erklärt, er stehe für bestimmte Beschaffenheitsmerkmale ein, dann aber auch sagt, er verkaufe „wie besichtigt“ (dazu auch Rn 12; *Huber* AcP 202, 239; s auch BGH NJW 1983, 1425: Der Gewährleistungsausschluss versagt, soweit er mit dem Inhalt einer Zusicherung nicht vereinbar ist; BGH NJW 1992, 1385: Bei Zusicherung der Bebaubarkeit tritt uU bei einem Gewährleistungsausschluss für die Bebaubarkeit die Freizeichnung nicht ein; BGH 93, 342: Pauschaler Gewährleistungsausschluss erfasst nicht ohne weiteres eine unmittelbar zuvor erklärte Zusicherung). Die Norm gilt auch, wenn nach Abschluss des Kaufvertrags eine Garantie übernommen wird. Auch dann kann von dem Verkäufer eine eindeutige Aussage erwartet werden.
- 14 **III. Rechtsfolgen.** Der Ausschluss der Haftung ist in **Bezug auf alle in § 437 niedergelegten Ansprüche unwirksam**. Die Unwirksamkeit greift aber nur, soweit Arglist des Verkäufers bzw. eine Garantie vorliegt. Für weitere Mängel, bei denen Arglist bzw. eine Garantie nicht gegeben ist, gilt der Gewährleistungsausschluss (MüKo/*Westermann* Rn 11). Auch die Gültigkeit des Vertrags iÜ bleibt unberührt.

§ 445 Haftungsbegrenzung bei öffentlichen Versteigerungen

Wird eine Sache auf Grund eines Pfandrechts in einer öffentlichen Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft, so stehen dem Käufer Rechte wegen eines Mangels nur zu, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

- 1 **1. Der Sinn der Norm** liegt in der Überlegung, dass der verkaufende Gläubiger die Kaufsache kaum kennt und daher eine Haftung nicht angebracht erscheint, zumal dem Käufer dies durchaus erkennbar ist (BaRo/*Faust* Rn 1; MüKo/*Westermann* Rn 1; nach *Wasmuth*, FS Piper, 1996, 1105 trägt die Norm auch der Tatsache Rechnung, dass der Käufer besonders günstig erwerben kann). Sofern dies im Einzelfall einmal anders ist, etwa der Gläubiger die Kaufsache gut kennt, kann die Berufung auf § 445 treuwidrig sein. Entgegen *Köhler* (JZ 1989, 761,

774) liegt der Sinn der Norm nicht in der Vermeidung der komplizierten Rückabwicklungsfolgen. Diese sind bei Verkäufersketten kaum anders. Gleichwohl ist die Sachmängelhaftung unstr in diesen Fällen nicht ausgeschlossen.

2. Die Norm ist **nur auf den Pfandverkauf** nach § 1235 I anwendbar. Beim Verkauf nach § 383 I sind ihre Voraussetzungen (Pfandverkauf) nicht erfüllt. Eine gleiche Regelung findet sich für Versteigerungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung in § 806 ZPO und in § 56 ZVG. § 445 ist anwendbar, wenn die Sache aufgrund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (BGH NJW 1986, 836). Nicht entscheidend ist, ob das Pfandrecht wirklich besteht (MüKo/Westermann Rn 2), da dies für die Schutzwürdigkeit des Verkäufers, um die es in § 445 geht, keine Rolle spielt.
3. Rechtsfolge der Norm ist der **Ausschluss der Haftung für Mängel**, gleichgültig, ob es sich um Sach- oder Rechtsmängel handelt. Beide Arten von Mängeln kann der Verkäufer gleichermaßen schlecht feststellen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig (§ 438 Rn 24) verschwiegen hat oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 276 I 1 (§ 437 Rn 27ff) übernommen hat.
4. Die Norm ist abdingbar, zum Verbrauchsgüterkauf §§ 474 II 2, 475 III 2.

[ab 1.1.2018:] § 445a Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

I. Allgemeines. Die Norm wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BGBl I 2017, 969ff) eingefügt. Sie tritt am 1.1.2018 in Kraft. Sie entspricht im Wesentlichen § 478 I, II, V, VI in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, gilt aber anders als die Vorläuferregelung auch, wenn der Endabnehmer kein Verbraucher ist. Sie trägt dem Interesse des Zwischenhändlers Rechnung, im Fall der eigenen Inanspruchnahme durch seinen Abnehmer seinerseits Rückgriff bei seinem Vertragspartner nehmen zu können. Zu diesem Zweck gibt ihm Abs I einen eigenen Anspruch gegen seinen Lieferanten, während Abs II die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Lieferanten nach den üblichen Regeln abschwächt. Abs III erstreckt die Regelung auf die gesamte Lieferkette.

II. Anspruch auf Aufwendungsersatz (Abs I). Abs I beinhaltet einen **eigenständigen verschuldensunabhängigen Anspruch** auf Aufwendungsersatz. Dieser ist gegeben, wenn der Verkäufer eine neu hergestellte (Rn 3) fehlerhafte Sache (Rn 4) verkauft, sofern der von seinem Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorlag. Der den Mangel begründende Umstand muss also auch im Verhältnis des Verkäufers zu seinem Lieferanten einen Mangel begründen und bereits bei Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorgelegen haben.

Die Norm greift nur ein, wenn eine Sache (§ 433 Rn 10ff) verkauft worden ist. Die Regelung gilt also nicht für den Verkauf von Rechten, etwa Immaterialgüterrechten, Forderungen und sonstigen Gegenständen, wohl aber von Sachgesamtheiten (§ 453 Rn 20), da diese durchweg ein körperliches Substrat haben und ein Käufer, der eine Sachgesamtheit kauft, genauso schutzwürdig ist wie ein Käufer, der die einzelnen Bestandteile je für sich erwirbt. Die Sache muss **nicht beweglich** sein. Da die Regelung nicht mehr Bestandteil der für den Verbrauchsgüterkauf geltenden Sonderregeln ist, entfällt diese Einschränkung. Da aber nicht bewegliche Sachen (Eigentumswohnung) kaum je innerhalb der Gewährleistungsfristen weiter veräußert werden, spielt dies praktisch kaum eine Rolle. Die Sache muss **neu hergestellt**, darf also nicht gebraucht sein (§ 474 Rn 8).

Diese Sache muss **mangelhaft** sein und zwar im Verhältnis Verkäufer/Käufer wie auch im Verhältnis Verkäufer/Lieferant. Ist die Sache bei Gefahrübergang auf den Käufer nicht in Bezug auf denselben Fehler (andernfalls besteht die Regressfalle nicht) mangelhaft, greift Abs I nicht ein. Dies gilt auch, wenn die Anerkennung der Mangelhaftigkeit im vertretbaren Rahmen des Beurteilungsspielraums des Verkäufers erfolgte (MüKo/Lorenz § 478 Rn 19; aA Staud/Matusche-Beckmann § 478 Rn 14; Schubel ZIP 2002, 2064). Dieser Beurteilungsspielraum geht zulasten des Verkäufers, da er anderenfalls auf Kosten des Lieferanten spekulieren könnte. Auch hat dieser nur für Mängel und für nichts anderes einzustehen. Nicht erforderlich ist, dass gegen den Verkäufer ein entspr Urte ergangen ist (Schubel ZIP 2002, 2064). Anderenfalls würde man unnötige Prozesse geradezu provozieren, die schon wegen der dadurch entstehenden Kosten auch nicht im Interesse des Lieferanten liegen. Es müssen alle Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs erfüllt sein. Insb muss im Verhältnis Verkäufer/Lieferant über-

haupt ein **Mangel** vorliegen. Insoweit gelten die allg Regeln. Auch wenn der Mangel im Verhältnis Verkäufer/Lieferant daran scheitert, dass eine Werbung das Verhalten des Verkäufers (im Unterschied zu dem Verhalten des Endabnehmers) nicht beeinflusst hat, gilt nichts anderes (aA BaRo/Faust Rn 11; *Schulte-Nölke/Behren* ZGS 2002, 38). Da der Verkäufer nur für Werbung einzustehen hat, die er zumindest kennen musste (§ 434 Rn 26), ist ihm dies zumutbar. Erfolgt die Werbung des Herstellers erst nach Abschluss des Kaufvertrags mit dem Lieferanten, soll der Verkäufer einen Anspruch aus dem Vertrag Hersteller/Lieferant haben (RegE BT-Drs 14/6040, 248; BaRo/Faust Rn 12; krit dazu *Grunewald*, Kaufrecht, 2006, § 12 Rn 9).

- 5 Der Verkäufer kann von seinem Verkäufer, dem **Lieferanten** (Abs I), Aufwendungsersatz verlangen. Wird eine Sache von dem Verkäufer so weiterverkauft, wie er sie seinerseits erworben hat, ist sein Verkäufer zweifellos „Lieferant“ iSd Gesetzes. Dies gilt auch, wenn der Letztverkäufer mehrere Sachen zusammen veräußert, die er von verschiedenen Lieferanten erworben hat (Gartenstühle und Kissenauflagen). Gestaltet der Letztverkäufer die von ihm gekauften Teile zu einer neuen Sache um (baut er Teile in einen Pkw ein, stellt er Brötchen aus den Zutaten her), so ist der Veräußerer der Einzelteile nicht Lieferant der Kaufsache (*Jacobs* JZ 2004, 227; *Mankowski* DB 2002, 2419; *Matthes* NJW 2002, 2506; *Matusche-Beckmann* BB 2002, 2564f; *Tiedtke/Schmitt* ZIP 2005, 687; aA *Tröger* AcP 204, 134). Für ein solches Verständnis der Norm spricht zum einen der Wortlaut: **Lieferant der Kaufsache ist der Zulieferer der Einzelteile gerade nicht**. Möglich ist eine entspr Vereinbarung zwischen Hersteller und Verkäufer und zwar auch in AGB, da der Gesetzestext zeigt, dass eine solche Regelung akzeptabel ist und sich der Rückgriff auf den Zulieferer von dem auf einen Verkäufer der Einzelteile nicht gravierend unterscheidet, zumal es dabei bleibt, dass der Anspruchsinhaber das Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang beweisen muss.
- 6 Der Verkäufer kann Ersatz der Kosten verlangen, die er im Verhältnis zu seinem Käufer nach § 439 II, III, § 474 IV, VI zu tragen hat. Hierzu zählen Kosten der Schadensbearbeitung (sog Handlingkosten, *Marx* BB 2002, 2569; *Tröger* ZGS 2003, 297), Personalkosten (*Böhle* NJW 2003, 3681; *Soergel/Wertenbruch* § 478 Rn 121; *MüKo/Lorenz* § 478 Rn 30, falls Personal nicht anderweitig eingesetzt werden kann, was aber wegen der Tätigkeit auf Grund des Mangels in diesem allein abrechenbaren Zeitraum stets der Fall ist; allerdings kann, da sonst Wertungswidersprüche drohen, die eigene Arbeitszeit, soweit sie nicht als Schaden abgerechnet werden kann, auch nicht als Aufwendung in Ansatz gebracht werden; für vollen Ersatz *Ernst* MDR 2003, 7; *Tröger* ZGS 2003, 277) und der Schadensbeseitigung (Reparatur, Nachlieferung, Ein- und Ausbaurkosten, Kosten der Anbringung), nicht aber Prozesskosten (NK/*Büdenbender* § 478 Rn 41; BaRo/Faust § 478 Rn 25; *Lepsius* AcP 207, 366; *MüKo/Lorenz* § 478 Rn 31), da sie nicht der Mangelbeseitigung dienen. Gewinne, die bei der Durchführung derselben Arbeit von anderen in Rechnung gestellt werden würden, gehören nicht zu den Aufwendungen. Der Lieferant wird durch Abs I nicht Werkvertragspartner (*Jacobs* JZ 2004, 231; *MüKo/Lorenz* § 478 Rn 31; *Tröger* ZGS 2003, 297). Es wird auch keine anteilige Tragung der Kosten für die eingesetzten Maschinen und angemieteten Räume geschuldet. Diese Kosten sind nicht berechenbar (s die von BaRo/Faust § 478 Rn 24 und *Böhle* NJW 2003, 3682 entwickelten Ausnahmen; aA *MüKo/Lorenz* § 478 Rn 30) und fallen meist auch nicht ins Gewicht. Sofern dem Anspruchsinhaber durch die Arbeiten andere Geschäfte entgehen, kann dieser Verlust nur als entgangener Gewinn unter den üblichen Voraussetzungen (Verschulden) als Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Es können nur die Kosten ersetzt verlangt werden, die der Verkäufer nach der gesetzlichen Regel zu tragen verpflichtet war. Jede Form der Kulanz auch in der Form, dass der Verkäufer dem Käufer weitergehende Rechte bereits im Vertrag eingeräumt hat, geht also auf Rechnung des Verkäufers (NK/*Büdenbender* § 478 Rn 39; BaRo/Faust § 478 Rn 25; aA für verjährte Ansprüche *Lepsius* AcP 207, 354). Nur so bleibt die Kostentragungslast für den Lieferanten überschaubar. Auch Kosten, die der Verkäufer durch arglistiges Verhalten ggü seinem Abnehmer generiert (arglistiger Weiterverkauf nach Entdeckung des Mangels) gehen nicht zu Lasten des Lieferanten (*MüKo/Lorenz* § 478 Rn 14; *Soergel/Wertenbruch* § 478 Rn 21). Sind die Kosten besonders hoch, weil der Letztverkäufer keine effektive Organisation für die Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen hat, kann im Einzelfall der Aufwendungsersatzanspruch in Analogie zu § 254 reduziert werden (*Soergel/Wertenbruch* § 478 Rn 122). Eine generelle Beschränkung der Kosten auf die Summe, die auch beim Hersteller angefallen wäre (so *K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 427, 437), erfolgt nicht (BaRo/Faust § 478 Rn 25; *Jacobs* JZ 2004, 231). Der Händler muss nicht wie ein Hersteller organisiert sein. Würde man das verlangen, wäre entgegen der Intention des Gesetzgebers die Regressfalle letztlich nicht beseitigt. Nicht entscheidend ist, ob der Käufer die Kosten nach § 439 II, III oder im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs einfordert.
- 7 Der Verkäufer muss dem Lieferanten vor Geltendmachung des Anspruchs auch **keine Möglichkeit zur Nacherfüllung** einräumen. Dies gilt auch, wenn der Verkäufer ggü dem Käufer die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung – vielleicht sogar aus eigenem Bestand – erbracht hat. Es bleibt dem Letztverkäufer überlassen, wo er sich eindecken will (NK/*Büdenbender* § 478 Rn 48; *MüKo/Lorenz* § 478 Rn 32), zumal ansonsten eine effektive Form der Nacherfüllung ggü dem Käufer an der dann erforderlichen Vorschaltung des Rechtsbehelfs ggü dem Lieferanten (und weiter dessen Lieferanten) scheitern könnte (*Schubel* ZIP 2002, 267). Sollte der Verkäufer grundlos einen anderen Händler mit der Nachlieferung beauftragen als den Lieferanten, so verletzt er uU eine vertragliche Nebenpflicht im Verhältnis zum Lieferanten, falls diesem aufgrund dieser Vorgehensweise zusätzliche Kosten entstehen, und macht sich schadensersatzpflichtig (*MüKo/Lorenz* § 478 Rn 32; *Soergel/Wertenbruch* Rn 124; ähnlich auch *Tröger* ZGS 2003, 299: kurze Anfrage beim Lieferanten erforderlich; weitergehend BaRo/Faust Rn 25 und *Böhle* NJW 2003, 3681: kein Anspruch nach Abs I; nach NK/*Büdenbender* Rn 50 und *Schubel* ZIP 2002, 2068 gehen die Differenzkosten zulasten des Letztverkäufers).

Könnte der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung **gem § 439 IV verweigern** und hat er das nicht getan, kann er dem Lieferanten nur die Kosten in Rechnung stellen, die bei der kostengünstigeren Variante angefallen wären (BaRo/Faust § 478 Rn 25; *Matthes* NJW 2002, 2507; *Tiedtke/Schmitt* ZIP 2005, 685; unklar BR-Drs 123/16, 42; Lieferant könne dies dem Verkäufer entgegenhalten). Gleiches gilt für den Fall, dass der Verkäufer einem Käufer, der Verbraucher ist, eine Summe erstattet hat, der den geschuldeten angemessenen Betrag iSv § 475 IV überschreitet (BR-Drs 123/16, 42). Dies entspricht dem Grundsatz, dass nur die Kosten ersetzt werden, die der Letztverkäufer zu tragen verpflichtet ist, nicht aber die Kosten, die bei Handlungen aus Kulanz anfallen. Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, bestimmt sich anhand des in § 439 IV niedergelegten Maßstabs. Schätzt der Verkäufer die anfallenden Kosten falsch ein, geht das auf sein Risiko (aA *Schubel* ZIP 2002, 2066). Dies ist schon deshalb sachgerecht, weil er seine Aufwendungen besser als jeder andere überblickt.

Kosten, die bei fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuchen angefallen sind, können ersetzt verlangt werden. Auch solche Versuche sind von dem Verkäufer regelmäßig geschuldet und daher auch ersatzfähig (BaRo/Faust § 478 Rn 25; *Nietsch* AcP 210, 732; *Tiedtke/Schmitt* ZIP 2005, 685; *Schubel* ZIP 2002, 2066). Kosten, die über § 439 II, III, § 475 IV, VI hinausgehen, sind auch dann nicht nach Abs I (evtl aber nach § 437 Nr 3, Schadensersatz) erstattungsfähig, wenn der Letztverkäufer sie im Verhältnis zum Käufer zu tragen hatte. Hierzu zählt etwa Ersatz für Mangelfolgeschäden oder für Verzögerungen, die bei der Nacherfüllung durch den Verkäufer aufgetreten sind.

Für das **Verhältnis zu anderen Ansprüchen des Verkäufers** zu dem Lieferanten gilt wie stets, dass nicht zweimal Ersatz für denselben Aufwand verlangt werden kann. Daher können nach einem Rücktritt des Verkäufers zB die Kosten der Ersatzbeschaffung dem Lieferanten nicht in Rechnung gestellt werden (sonst erhielte der Verkäufer die Sache gewissermaßen kostenlos). Der Anspruch nach Abs I aber schließt ein Verlangen auf Nacherfüllung nicht generell aus (etwa wenn Gutachterkosten verlangt werden; aA BaRo/Faust § 478 Rn 29; MüKo/Lorenz § 478 Rn 36), da nicht notwendig beide Ansprüche auf Ausgleich desselben Verlustes gerichtet sind.

III. Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Wie Abs I setzt auch Abs II voraus, dass bzgl einer neu hergestellten Sache (Rn 4) der Käufer Mängelrechte geltend macht und dem Verkäufer im Verhältnis zum Lieferanten ebenfalls Gewährleistungsrechte zustehen (Rn 3). Sofern diese Kriterien erfüllt sind, kann der Verkäufer ohne Fristsetzung nach § 323 I zurücktreten, nach § 441 I mindern oder nach § 281 I Schadensersatz statt der Leistung verlangen (BR-Drs 123/16, 42). Fristsetzungen, die aus anderen Gründen erforderlich sind (etwa aufgrund von Garantien), entfallen nicht. Auch kann der Verkäufer eine Frist setzen, also Nacherfüllung verlangen, wenn er dies will. Der Lieferant hat allerdings nicht das Recht, dem Verkäufer die Nacherfüllung aufzudrängen. Die Entscheidung liegt beim Verkäufer. Es kommt also nicht darauf an, ob es dem Letztverkäufer aus irgendwelchen Gründen doch zumutbar ist, eine Nacherfüllung zu akzeptieren (aA NK/Büdenbender § 478 Rn 19). Die mit einer solchen Einschränkung verbundenen Unklarheiten vermeidet das Gesetz. Die Fristsetzung ist generell entbehrlich (BaRo/Faust § 478 Rn 15; *Lepsius* AcP 207, 351; MüKo/Lorenz § 478 Rn 22). Auch wäre die Regelung ansonsten überflüssig, da bei Unzumutbarkeit die Fristsetzung schon nach den allg Regeln nicht erforderlich ist (s § 281 II, § 323 II Nr 3).

Abs II kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob der **Verbraucher seine Rechte erst nach Ablauf einer Nacherfüllungsfrist oder ausnahmsweise sofort** geltend macht (BaRo/Faust § 478 Rn 18). Auch wenn der Verbraucher **Nachlieferung** verlangt, greift die Norm (*Lepsius* AcP 207, 355; aA NK/Büdenbender § 478 Rn 32). Auch dann kann es für den Verkäufer wichtig sein, direkt gegen den Lieferanten vorzugehen. Selbst wenn dieser lieferbereit ist und der Verkäufer die Nachlieferungsmöglichkeit zur Lageräumung nutzt, ist Abs II anwendbar. Es bleibt die Entscheidung des Verkäufers, ob er von seinem Lieferanten Nachlieferung verlangen und sich somit erneut eindecken will, zumal gerade der Mangel dazu geführt haben kann, dass der Absatz stockt.

Es kommt auch nicht darauf an, **ob der Verkäufer nacherfüllt hat** oder ob er es zu vertreten hat, dass er nicht nacherfüllt hat (BaRo/Faust § 478 Rn 18; *Lepsius* AcP 207, 357; aA NK/Büdenbender § 478 Rn 19; differenzierend Soergel/Wertenbruch § 478 Rn 73ff). Das Gesetz kennt diese Unterscheidung nicht. Auch hätte eine ordnungsgemäße Nachlieferung, wie geschildert, ohnehin keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit von Abs II. Zudem würde der Letztverkäufer vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt, wenn man von ihm einen entspr Nachw verlangen würde (Das neue Schuldrecht/Haas, 2002, § 5 Rn 484).

IV. Erstreckung auf die Lieferketten (Abs III). Abs III bestimmt, dass Abs I und II auch in Bezug auf die **Verkäufer der Verkäufe Anwendung** finden, soweit diese Unternehmer (§ 14) sind. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass derjenige letztlich für den Mangel einzustehen hat, auf den der Fehler zurückgeht. Durchgereicht werden die Aufwendungen, die der Letztverkäufer ggü seinem Käufer zu tragen hatte (*Maultzsch* JuS 2002, 1174). Dazu zählen auch die gegen ihn gerichteten Ansprüche nach Abs I. Nicht erfasst sind also die Aufwendungen, die ein Unternehmer darüber hinaus ggü dem anderen innerhalb der Kette hatte.

V. Rügelast (Abs IV). Die **Rügelast** nach § 377 HGB bleibt nach **Abs IV** bestehen. Demgemäß sind sämtliche kaufvertragliche Ansprüche (auch der aus Abs I, *Schubel* ZIP 2002, 2070) ausgeschlossen, wenn ein Käufer, der Kaufmann ist, den Anforderungen von § 377 HGB nicht nachgekommen ist. Demgemäß müssen beim Auftreten von Schadensfällen die entspr Mängelanzeigen zügig erfolgen (§ 377 III HGB). Auf diese Weise können Schäden zumindest in manchen Fällen vermieden werden (*Schubel* ZIP 2002, 2071; zu der Frage, ob die Norm europarechtskonform ist, *Brüggemeier* WM 2002, 1386, verneinend, *Ernst/Gsell* ZIP 2001, 1401 und *K. Schmidt*,

Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 437 bejahend). Eine Verschärfung der Regelung von § 377 HGB ist schon prinzipiell nur in einem sehr engen Rahmen (insb in AGB) möglich (MüKo-HGB/Grunewald § 377 Rn 129ff).

- 16 **VI. Abdingbarkeit.** Der verschuldensunabhängige Rückgriffsanspruch ist abdingbar und zwar auch in AGB. Da im deutschen Recht in weiten Bereichen das Verschuldensprinzip gilt, ist es nicht unangemessen, den Rückgriff ebenfalls verschuldensabhängig auszugestalten. Gleiches gilt für die Regelung von Abs II. Lediglich für den Fall, dass der Endabnehmer ein Verbraucher ist, verlangt § 478 II einen „gleichwertigen Ausgleich“. Diese Verschiedenbehandlung ist nicht unbedingt überzeugend, ändert aber nichts daran, dass der Wille des Gesetzgebers deutlich zum Ausdruck gekommen ist.

[ab 1.1.2018:] § 445b Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

- 1 **I. Allgemeines.** Die Norm wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BGBl I 2017, 969ff) eingefügt. Sie tritt am 1.1.2018 in Kraft. Sie entspricht im Wesentlichen § 479 in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, erfasst aber auch den Rückgriff eines Verkäufers, wenn der Endabnehmer kein Verbraucher ist.
- 2 **II. Verjährung des Anspruchs nach Abs I.** Gem Abs I verjährt der Aufwendungsersatzanspruch nach § 445a in zwei Jahren ab Ablieferung an den jew Käufer (§ 438 Rn 16; BaRo/Faust § 479 Rn 3). Dies gilt auch, wenn Baumaterialien betroffen sind bzw der Verkäufer arglistig gehandelt hat. Eine Sonderregel wie § 438 I und III besteht nicht (Soergel/Wertenbruch § 479 Rn 9; aA Das neue Schuldrecht/Haas, 2002, § 5 Rn 496; NK/Büdenbender § 479 Rn 9 für den Fall der Arglist. Aber Verjährungsregeln sind, da bei ihnen Aspekte des Rechtsfriedens ganz im Vordergrund stehen, in erster Linie wortlautgetreu auszulegen). Auch hat der Verkäufer bei Arglist des Lieferanten Ansprüche nach §§ 437 Nr 3, 280, 281, für die § 438 III gilt (BaRo/Faust § 479 Rn 3; MüKo/Lorenz § 479 Rn 5; Tiedtke/Schmitt ZIP 2005, 685).
- 3 **III. Ablaufhemmungen (Abs II).** Der Rückgriff der Verkäufer auf die jew hinter ihnen stehenden Unternehmer erfolgt entweder über die in § 437 aufgezählten Ansprüche (ggf mit der Erleichterung nach § 445a II, keine Fristsetzung) oder über § 445a I. Die Verjährungsfrist bestimmt sich entweder nach § 438 oder nach Abs I. Sie trägt also regelmäßig zwei Jahre (Ausnahmen in § 438 I und III, nicht für den Anspruch nach § 445a I). Abs II ergänzt diese Regeln um eine Ablaufhemmung: Die Verjährung tritt frühestens **zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche seines Käufers erfüllt** (§ 362) hat. Bei teilw Erfüllung kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die letzte Teilleistung erfolgt ist. Sind sich Verkäufer und Käufer einig, dass keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden, ist dies der maßgebliche Zeitpunkt (PWW/Schmidt § 479 Rn 6). Werden Gestaltungsrechte geltend gemacht, müssen die aus dem Gestaltungsrecht folgenden Ansprüche erfüllt sein (BaRo/Faust § 479 Rn 8).
- 4 **Macht der Käufer von vornherein keine Ansprüche** geltend oder handelt der Verkäufer aus Kulanz, so greift auch die Ablaufhemmung nicht, da es dann an einer Regressfalle fehlt (ebenso MüKo/Lorenz § 479 Rn 13; Ernst/Gsell ZIP 2001, 1400; auch Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht, 2002, § 5 Rn 190ff: Einrede des Lieferanten, dass er die Erfüllung der Ansprüche so lange verweigern kann, bis der Käufer seinerseits die Ansprüche seines Abnehmers erfüllt). Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Verkäufer dann keine Möglichkeit hat, sich ggü seinen Lieferanten in Bezug auf mögliche spätere Ansprüche abzusichern (so aber BaRo/Faust § 479 Rn 10; Tiedtke/Schmitt ZIP 2005, 686). In diese Lage ist er erst nach Ablauf der Verjährungsfrist von § 438 geraten. Dieses Risiko trägt er auch sonst. Auch könnte allenfalls Sicherheitsleistung verlangt werden, da noch nicht absehbar ist, ob der Käufer überhaupt Ansprüche geltend machen kann. Dies kennt das Gesetz aber nicht. Die Klage ist als zzt unbegründet abzuweisen, da noch die Möglichkeit besteht, dass der Verkäufer seinerseits in Anspruch genommen wird (MüKo/Lorenz § 479 Rn 13).
- 5 Allein die Tatsache, dass der **Weiterverkauf erst zwei Jahre nach Ablieferung** durch den Lieferanten erfolgt und demgemäß die Ansprüche des Letztverkäufers eigentlich bereits verjährt wären, führt aber nicht dazu, dass die Ablaufhemmung nicht mehr greift (so aber Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht, 2002, § 5 Rn 193; Sendmeyer NJW 2008, 1916; Tiedtke/Schmitt ZIP 2005, 686). Dies würde dem Gesetzeszweck, Schutz vor einer Regressfalle, widersprechen (BaRo/Faust § 479 Rn 6). Auch zeigt Abs II S 2, dass auch der Gesetzgeber mit langen Zeiträumen rechnet. I Erg führt das dazu, dass der Letztverkäufer auch nach Ablauf der Verjährungs-