

Universität Bielefeld | Postfach 10 01 31 | 33501 Bielefeld

Prof. Dr. Markus Artz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches
Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht
sowie Rechtsvergleichung

Raum: U 8 – 116
Telefon: (0521) 106 – 2666
Telefax: (0521) 106 – 152666
E-Mail: markus.artz@uni-bielefeld.de

Sekretariat: Kathrin Bauch
Raum: U 8 – 115
Telefon: (0521) 106 - 6912
E-Mail: kathrin.bauch@uni-bielefeld.de

Stellungnahme

zu

dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie
und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drucks.
17/12637)

A. Umsetzung der Richtlinie über Rechte der Verbraucher unter Berücksichtigung des Vollharmonisierungsansatzes in Art. 4 der Richtlinie

Der Gesetzgeber hat sich der Aufgabe zu stellen, die Europäische Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2011/83/EU) in das nationale Recht umzusetzen. Gesetzgeberische Gestaltungsbemühungen haben dabei stets vor dem Hintergrund zu erfolgen, dass Art. 4 der Richtlinie grundsätzlich die vollkommene Harmonisierung des in deren Anwendungsbereich fallenden Rechts anordnet. An einigen Stellen hält die Richtlinie allerdings Öffnungsklausen bereit, durch die dem nationalen Gesetzgeber ein größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Dort, wo Art. 4 der Richtlinie allerdings uneingeschränkt wirkt, hat sich der nationale Gesetzgeber streng an den Vorgaben der Richtlinie zu orientieren. Ihm ist zum einen der Weg versperrt, das von der Europäischen Union angeordnete Verbraucherschutzniveau zu unterschreiten. Zum anderen erlaubt es das Konzept der Vollharmonisierung aber auch nicht, den Verbrauchern nach nationalem Recht innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie mehr Rechte einzuräumen, als vom Unionsrecht vorgegeben.

Diesen engen Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers hat man bei der Begutachtung des vorliegenden Regierungsentwurfs stets zu beachten. Man mag daher einzelne vorgeschlagene Regelungen in der Sache für kritikwürdig halten. Zu denken ist etwa an die enorme Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs beim ehemaligen Hautürgeschäft, die Einführung einer Vorleistungspflicht des Verbrauchers bei der Rückabwicklung nach Ausübung des Widerrufsrechts oder die Anordnung des Erlöschens des Widerrufsrechts trotz fehlender ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nach gut einem Jahr. Dementsprechende Kritik verbietet sich daher, wenn der Entwurf der Bundesregierung schlicht von dem Ziel getragen ist, die Vorgaben der Richtlinie möglichst richtliniengetreu umzusetzen.

Im Ganzen ist eingangs dieser Stellungnahme festzustellen, dass der Regierungsentwurf in weiten Teilen durchaus gelungen ist.

B. Einzelne Regelungskomplexe

I. Verbraucherbegriff

Der Begriff des Verbrauchers als Adressat verbraucherprivatrechtlicher Regelungen ist definiert in § 13 BGB. Angesichts der Begriffsbestimmungen in Art. 2 der Richtlinie bedarf es der Überprüfung, ob der Verbraucherbegriff in § 13 BGB den europäischen Vorgaben genügt. Hier ist festzustellen, dass nach deutschem Verständnis die natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft abschließt, z.B. einen Kaufvertrag, dessen Zweck im Bereich einer

unselbständigen beruflichen Tätigkeit liegt, als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB handelt (Stichwort: Arbeitnehmer als Verbraucher). Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie ist insoweit enger. Diesbezüglich ist ausdrücklich zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf davon ausgeht, verbraucherprivatrechtlichen Schutz auch zukünftig bei solchen Geschäften gewähren zu können. Zutreffend stellt die Entwurfsbegründung zu § 312 Abs. 1 BGB-E fest, dass der Schutz von solchen Verträgen (z.B. der Erwerb von Arbeitskleidung oder eines Fahrzeugs zur Durchführung des Anfahrtswegs zur Arbeitsstelle) außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie liegt. Der nationale Gesetzgeber hat insoweit, auch unter Berücksichtigung des vollharmonisierenden Ansatzes der Richtlinie, freien Handlungsspielraum. Gleiches gilt für die auch zukünftig angezeigte Einbeziehung der Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit privater Zweckbestimmung in den persönlichen Anwendungsbereich des Verbraucherprivatrechts.

Zu erwägen bzw. zu empfehlen ist, die in der Begründung zu § 312 Abs. 1 BGB-E angesprochene Problematik der gemischten Zweckbestimmung eines Vertrags (z.B. unterschiedliche Nutzung einer erworbenen Sache) einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Entscheidungserheblich für die Anwendung verbraucherprivatrechtlicher Schutzvorschriften ist insoweit, dass der Zweck des Rechtsgeschäfts nicht überwiegend gewerblicher oder selbständig beruflicher Natur ist.

II. Widerrufsrecht und Widerrufsfolgen

1. Systematische Neuordnung der allgemeinen Vorschriften zum Widerrufsrecht und separate Regelung der Rechtsfolgen

Die vorgeschlagene Systematisierung der allgemeinen Vorschriften zum Widerrufsrecht und insbesondere zu den Rechtsfolgen des Widerrufs durch den Verbraucher ist ausdrücklich zu begrüßen. Es erscheint sehr sinnvoll, die komplizierte Verweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht (§§ 346 ff. BGB) aufzuheben und für die jeweiligen Widerrufsrechte einzeln, in eigenen Vorschriften, die Rechtsfolgen zu bestimmen. Unumgänglich ist dabei die auf den ersten Blick ein wenig unübersichtlich und redundant erscheinende zweifache Auflistung der einzelnen Widerrufsrechte im Anschluss an die allgemeine Regelung des § 355 BGB-E. Dabei werden zunächst in den §§ 356 bis 356c BGB-E die Besonderheiten der Voraussetzung und der Ausübung einzelner Widerrufsrechte aufgelistet. Anschließend findet man die Besonderheiten der Rechtsfolgen in den §§ 357 bis 357c BGB-E.

Insofern bedarf es sicher zunächst der Gewöhnung des Rechtsanwenders an den Umgang mit den neu systematisierten Vorschriften. Die Abkoppelung vom Rücktrittsfolgenrecht, die bislang flankiert war von zahlreichen Ausnahmen, ist allerdings uneingeschränkt

zu begrüßen. Der Entwurf hat den großen praktischen Vorteil, dass sämtliche Regelungen zum einzelnen Widerrufsrecht nun an einer Stelle zu finden sind.

2. Widerrufsrecht bei Wohnraummietverträgen

Abweichend vom Referentenentwurf aus dem September 2012 sieht der Regierungsentwurf in § 312 Abs. 4 BGB-E nicht mehr vor, dass Wohnraummietverträge, die außerhalb des Geschäftsraums eines unternehmerisch tätigen Vermieters, also insbesondere in der zu vermietenden Wohnung geschlossen werden, grundsätzlich widerruflich sind.

Die Richtlinie schließt in Art. 3 Abs. 3 lit. f Wohnraummietverträge aus ihrem Anwendungsbereich aus. Der nationale Gesetzgeber ist allerdings nicht daran gehindert, die transformierten Vorschriften ganz oder teilweise auf solche Verträge zur Anwendung zu bringen. Regelungsziel der Bundesregierung war es, den bisher bestehenden Schutz des Mieters bei in der Wohnung getroffenen Vereinbarungen über die Änderung der Miethöhe (Mieterhöhungen) aufrecht zu erhalten. Dies gelingt mit der nun in § 312 Abs. 4 BGB-E vorgeschlagenen Regelung. Solche Vereinbarungen sind weiterhin widerruflich.

Hinsichtlich des Widerrufsrechts bezüglich eines Wohnraummietvertrags, der außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen wird, soll nun dahingehend unterschieden werden, ob der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat. Damit wird ein völlig neues Kriterium hinsichtlich der Widerruflichkeit von Verbraucherverträgen eingeführt.

3. Widerrufsfolgen: Wert- und Nutzungersatz

Die Rechtsfolgen des Widerrufs bei Fernabsatz- und solchen Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, sind geregelt in § 357 BGB-E. Die Problematik der Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz in dem Falle, dass die Sache vor der Rückgabe einen Wertverlust erlitten hat, ist nun in § 357 Abs. 7 BGB-E geregelt. Flankiert wird die Regelung durch § 357 Abs. 10 BGB-E, wonach gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs keine weiteren Ansprüche bestehen.

Zur bislang geltenden Rechtslage ergibt sich dadurch eine erhebliche Änderung. Bislang besteht zur der Verpflichtung des Verbrauchers, Wertersatz wegen der Verschlechterung der Sache zu leisten, parallel der Anspruch des Unternehmers auf Nutzungsentschädigung nach § 346 Abs. 1 BGB, auf den § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB verweist.

Dieser Anspruch auf Nutzungsentschädigung wird zukünftig nicht mehr bestehen, was ausdrücklich zu begrüßen ist. Es mag angezeigt sein, dies kurz ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck zu bringen.

Auch im Verbraucherkreditrecht wendet sich der Entwurf in § 357a BGB-E vom bisherigen Konzept der Nutzungsentschädigung ab. Auch hier verdient der Entwurf Zustimmung.

Der in § 357a Abs. 3 BGB-E erfolgende Verweis auf § 357 BGB-E ist neben den Abs. 5 bis 7 für finanzierte Dienstleistungen um einen Verweis auf Abs. 8 zu ergänzen.

4. Berücksichtigung der Verbraucherkreditrichtlinie

Bei der Neuregelung der allgemeinen Vorschriften über das Widerrufsrecht ist nicht nur die fehlerfreie Umsetzung der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2011/83/EU) sondern auch die Vereinbarkeit mit der Verbraucherkreditrichtlinie (2008/48/EG) zu berücksichtigen. Nach Maßgabe von § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E erfolgt der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. Bislang hat die Erklärung in Textform zu erfolgen, was § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt.

Es ist daher zu klären, ob es mit der insofern ebenfalls vollharmonisierenden Verbraucherkreditrichtlinie vereinbar ist, dass der Widerruf demnächst formfrei erklärt werden kann. Zu messen ist dies an Art. 14 Abs. 3 lit. a) Satz 2 der Richtlinie. Danach erklärt der Verbraucher den Widerruf „in einer Weise, die einen Nachweis nach innerstaatlichem Recht ermöglicht“. Man mag auf den ersten Blick zu der Annahme kommen, dass nach der Verbraucherkreditrichtlinie das Formerfordernis besteht und die Umsetzung insofern unzureichend ist. Allerdings ist die Möglichkeit, die Ausübung des Widerrufsrechts nachweisen zu können, prozessual in dem Sinne zu verstehen, dass dem Verbraucher der Nachweis möglich sein muss. Dies mag auch dadurch erfolgen, dass er den Widerruf mündlich, etwa telefonisch erklärt, während ein Zeuge anwesend ist. Es dürfte daher mit der Verbraucherkreditrichtlinie vereinbar zu sein, dem Verbraucher die Möglichkeit des mündlichen Widerrufs einzuräumen.

Anders gewendet bestehen nun erhebliche Zweifel daran, dass das geltende Recht (Textformerfordernis in § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB) mit der vollharmonisierenden Verbraucherkreditrichtlinie in Einklang steht oder nicht vielmehr derzeit eine unzulässige Einschränkung des gemeinschaftsrechtlich gebotenen Verbraucherschutzes vorliegt.

5. Fristbeginn und Beweislast

Nach geltendem Recht besteht eine Beweislastumkehr für den Beginn der Widerrufsfrist in § 355 Abs. 3 Satz 4 BGB. Im vorliegenden Gesetzesentwurf ist eine entsprechende Regelung nicht enthalten. Sie sollte, in Parallele zum Regelungskonzept des § 312j BGB-E, in einem neuen § 361 Abs.2 BGB-E fortgeführt werden. Dies ist auch mit Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie vereinbar.

III. Verbundene und zusammenhängende Verträge

1. Anordnung der Vorschriften

Anlässlich der Neuordnung der Regelungen zum verbundenen Geschäft wird angeregt, die bislang bestehende und wenig nachvollziehbare Anordnung der Absätze zu ändern. In § 358 BGB-E sollten die Absätze 1 und 3 miteinander getauscht und der Verweis im jetzigen Abs. 3 angepasst werden. Die Vorschrift begänne dann mit der Definition des verbundenen Geschäfts, worauf die wichtige Widerrufserstreckung im Falle des Widerrufs nach § 495 BGB folgte. Entsprechend sollte in § 360 BGB-E die Anordnung der beiden Absätze geändert, also getauscht werden.

2. Einwendungsdurchgriff bei zusammenhängenden Verträgen

Durch die Regelung des § 360 Abs. 2 Satz 2 BGB-E (derzeit § 359a Abs. 1 BGB) soll Art. 3 lit. n ii der Verbraucherkreditrichtlinie umgesetzt werden. Danach wird die wirtschaftliche Einheit eines verbundenen Vertrags unwiderleglich vermutet, wenn im Kreditvertrag ausdrücklich die finanzierte Ware oder Dienstleistung angegeben ist. Folge ist die Anwendung von Art. 15 der Verbraucherkreditrichtlinie, einschließlich dessen Abs. 2, der den Einwendungsdurchgriff (§ 359 BGB) vollharmonisierend und ohne Alternativmöglichkeit anordnet. § 360 Abs. 2 Satz 2 BGB-E sieht jedoch nur die Widerrufserstreckung nach Art. 15 Abs. 1 der Verbraucherkreditrichtlinie vor, nicht aber den Einwendungsdurchgriff nach Art. 15 Abs. 2 Verbraucherkreditrichtlinie. Darin liegt ein Umsetzungsdefizit. Keine Abweichung erlaubt dabei Art. 15 Abs. 2 Satz 2 Verbraucherkreditrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten bestimmen, in welchem Maße und unter welchen Bedingungen der Einwendungsdurchgriff ausgeübt werden kann. Diese Klausel erlaubt nicht den vollständigen Ausschluss, sondern lediglich Regelung von Maß und Bedingung.

IV. Rücktrittsrecht aus § 323 BGB

Der Gesetzentwurf greift enorm in das Rücktrittsrecht für sämtliche Schuldverhältnisse ein, indem der Anwendungsbereich des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf die Fälle der nicht vertragsgemäßen Leistung beschränkt werden soll. Die Folgen der weitgehenden Streichung der Vorschrift für sämtliche Schuldverhältnisse sind nicht wirklich abzusehen. Bedenklich stimmt insofern vor allem, dass den Entwurfsverfassern nicht ganz wohl bei der Entscheidung gewesen zu sein scheint und auch der Gesetzentwurf zur Not § 242 BGB heranziehen möchte, um dem Gläubiger den Rücktritt vom Vertrag in derartigen Fällen zu

ermöglichen. Insoweit erscheint es vorzugswürdig, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB dort bestehen zu lassen, wo die umzusetzende Richtlinie keine Wirkung entfaltet.

Die Änderung des § 323 BGB sollte dazu genutzt werden, die seither bestehende Insuffizienz der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie zu korrigieren und auf das Erfordernis der Fristbestimmung in § 323 Abs. 1 BGB zu verzichten. Art. 3 Abs. 3 Satz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht nur die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist, nicht aber die *Fristsetzung* durch den Verbraucher vor.

V. Verbrauchsgüterkaufrecht: Regelungsgehalt der §§ 474 ff. BGB

Der deutsche Gesetzgeber hat sich seinerzeit bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) dazu entschlossen, einen Großteil der Regelungen nicht nur betreffend Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Verbrauchsgüterkaufverträge) umzusetzen, sondern das Kaufrecht im Allgemeinen und darüber hinaus das allgemeine Schuldrecht in der Form umzugestalten, dass es den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Bei einzelnen Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hielt man es allerdings für unangemessen, den darin zu findenden Verbraucherschutz auf sämtliche Kaufverträge anzuwenden (z.B. die Beweislastregelung des § 476 BGB). In Folge dessen hat der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2002 in den §§ 474 ff. BGB einige Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf erlassen. Dieses Konzept hat sich außerordentlich bewährt und sollte fortgeführt werden.

In der Zwischenzeit haben insbesondere zwei Urteile des EuGH Anlass dazu gegeben, die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu korrigieren bzw. nachzusteuern. Zunächst hat der EuGH in der sog. „Quelle-„ oder „Herdsetentscheidung“ festgestellt, dass der Verbraucher im Falle der Nachlieferung einer Ersatzware für die Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Ware keinen Ersatz zu leisten hat (EuGH, Urteil vom 17.4.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433). Weiterhin ist der Unternehmer als Verkäufer nach der Rechtsprechung des EuGH zum Ersatz der Ein- und Ausbaukosten verpflichtet, wenn eine mangelhafte Sache zwischenzeitlich bestimmungsgemäß in eine andere eingebaut wurde (EuGH, Urteil vom 16.6.2011 – C-65/09 und 87/09, NJW 2011, 2269 – Weber/Putz). Der BGH hat auf beide Entscheidungen im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung des deutschen Rechts reagiert (BGH VIII ZR 200/05 vom 26.11.2008, NJW 2009, 427 einerseits und BGH VIII ZR 70/08 vom 21.12.2011, NJW 2012, 1073 sowie VIII 226/11 vom 17.10.2012, NJW 2012, 2397 andererseits).

Allein schon aus Gründen der Transparenz unabdingbar ist es allerdings, die weitgehende richtlinienorientierte Interpretation des Gesetzes durch die Rechtsprechung im Nachgang im Normtext deutlich zu machen. Der Rechtsanwender hat andernfalls nicht die Möglich-

keit, ohne Kenntnis diffiziler unionsrechtlicher Zusammenhänge und zum Teil geradezu akrobatischer Auslegungsvorgänge die geltende Rechtslage dem Gesetz zu entnehmen.

Hinsichtlich des Ausschlusses der Nutzungsentschädigung im Falle der Nachlieferung hatte der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung bereits in § 474 Abs. 2 Satz 1 BGB eingeführt. Diese Vorschrift enthält der vorliegende Regierungsentwurf nun nicht mehr. Es muss vermutet werden, dass die Norm „versehentlich“ gestrichen wurde. Sie ist unbedingt wieder in den Entwurf aufzunehmen.

Wie bereits im Referentenentwurf vorgesehen, sollte auch die Problematik des Ersatzes von „Ein- und Ausbaukosten“ gesetzlich geregelt werden. Der Rechtsanwender kann die geltende Rechtslage schlicht nicht erkennen, wenn er das Gesetz zur Hand nimmt. Es erscheint allerdings aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten unbedingt geboten, die Korrektur der Rechtslage auf den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts zu beschränken, wie dies der BGH in seinem Urteil vom 17.10.2012 (NJW 2012, 2397 – „Granulatfall“) überzeugend festgestellt und entschieden hat.

Bielefeld, den 14. April 2013

Markus Artz