



Zusammenfassung der Stellungnahmen

des Deutschen Anwaltvereins

zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011)

- [DAV-Stellungnahme Nr. 78/2012](#) zum RefE durch den Ausschuss Zivilrecht
- [DAV-Stellungnahme Nr. 7/2013](#) zum RegE durch den Ausschuss Zivilrecht
- ergänzende [DAV-Stellungnahme Nr. 26/2013](#) zum RegE durch den Ausschuss Informationsrecht

Berlin, im April 2013

durch Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Maître en droit,
Dresden, Mitglied des Ausschusses Zivilrecht

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 (0)30 726152-0
Fax: +49 (0)30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Avenue de la Joyeuse Entrée 1
1040 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 (0)2 28028-12
Fax: +32 (0)2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) verweist zunächst auf seine zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (im Folgenden: „Richtlinie“) bereits vorliegenden Stellungnahmen (Nrn. [78/2012](#), [7/2013](#) und [26/2013](#), abrufbar unter: www.anwaltverein.de). Die Kernforderungen dieser Stellungnahmen werden nachfolgend zusammengefasst und um einige grundlegende Gesichtspunkte insbesondere zu Definitionen und dem für den Binnenmarkt besonders wichtigen Onlinehandel (elektronischer Fernabsatz) ergänzt.

1. Grundsätzliches und Regelungstechnik

Die Umsetzung der bereits für sich genommen mit zahlreichen systematischen und inhaltlichen Zweifelsfragen behafteten Richtlinie stellt die nationalen Gesetzgeber vor große Herausforderungen. Immerhin werden mit der Richtlinie noch zwei europarechtlich bislang getrennt voneinander geregelte Vertragstypen (Fernabsatzvertrag und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag – bisheriges „Haustürgeschäft“) teilweise zusammengefasst und durch nicht unerhebliche schuldrechtliche Regelungen für sonstige Verbraucherverträge ergänzt, und zwar gemäß Art. 4 der Richtlinie mit „Vollharmonisierungsansatz“.

Diesen Herausforderungen wird der Regierungsentwurf mit dem insgesamt unübersichtlichen Versuch einer Integration in das BGB in weiten Teilen nicht gerecht, was – von den inhaltlichen Unsicherheiten abgesehen – eine in ganz Europa weitgehend einheitliche, verlässliche und nicht zuletzt für den Verbraucher transparente Rechtsanwendung nicht fördern wird (s. auch Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 3; 71). Dabei wird zum Teil die begriffliche Systematik der Richtlinie nicht nachvollzogen (so deren Unterscheidung zwischen inhaltlichen und formalen Anforderungen in Art. 5 und 6 einerseits sowie Art. 7 bzw. 8 der Richtlinie andererseits; hingegen sind im Regierungsentwurf die gerade für die praktische Anwendung so wichtigen Formanforderungen verstreut geregelt, z.B. in §§ 312f, 312i und Art. 246 § 4¹, s. hierzu bereits DAV-Stellungnahme 26/2013, Seite 5). Andererseits wird es weitestgehend versäumt, den redundanten Regelungsstil der Richt-

¹ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB-E, Artikel ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des EGBGB-E.

linie in die sparsamere Regelungstechnik des BGB zu überführen, die durch zusammenfassende Regelung gemeinsamer („allgemeiner“) Teile verschiedener Rechtsgeschäftstypen gekennzeichnet ist. Es wäre insbesondere zu begrüßen gewesen, wenn man die übereinstimmenden Teile der inhaltlichen Informationspflichten für alle Verbraucherverträge sowie der formalen Anforderungen für Fernabsatzverträge und für außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge jeweils „vor die Klammer gezogen“ und damit die Informationspflichten insgesamt stringenter und übersichtlicher geregelt hätte.

Aus vorstehenden sowie den in der Stellungnahme 78/2012 Seite 3/4 näher genannten Gründen befürwortet der DAV daher weiterhin die Herauslösung des gesamten Verbrauchervertragsrechts aus dem BGB und seine systematische **Neuregelung in einem zu schaffenden Verbrauchergesetzbuch**. Wegen der durch das BGB kaum mehr zu verkraftenden systematischen und inhaltlichen Brüche aufgrund der Aufnahme des europäischen Richtlinienrechts und seine punktuelle (oft unterschiedliche) Interpretation durch innerstaatliche Gerichte und den EuGH erscheint ein Verbrauchergesetzbuch auf lange Sicht – gerade wegen des bei der Umsetzung kaum mehr Spielraum lassenden Vollharmonisierungsansatzes – unumgänglich für eine rechtssichere und transparente Rechtsanwendung. Viele andere europäische Länder (z. B. Frankreich – Code de la consommation) verfahren so und reduzieren aufgrund dessen Eingriffe in die gewachsenen nationalen Zivilgesetzbücher auf ein Minimum.

Die Schaffung eines Verbrauchergesetzbuches wäre auch insofern konsequent, als es mit dem **Handelsgesetzbuch** (HGB) bereits ein Sonderrecht für den kaufmännischen Geschäftsverkehr gibt (das in diesem Zusammenhang insbesondere mit Blick auf die gewachsene Bedeutung des Begriffs des „Unternehmers“ im Verhältnis zu dem des „Kaufmanns“ reformiert werden könnte). Das BGB wäre damit nicht nur Kodex für die „bürgerlich-rechtlichen“ Rechtsbeziehungen im eigentlichen Sinne (d. h. zwischen Privatleuten – C2C), sondern auch gemeinsame Basis für die jeweiligen Sonderkodifikationen (HGB – B2B und Verbrauchergesetzbuch – B2C).

Jedenfalls für die nächste Legislaturperiode sollte die Schaffung eines **Verbrauchergesetzbuches** (einschließlich eines öffentlich rechtlichen Teils durch Integration etwa des neuen Verbraucherinformationsgesetzes) ernsthaft erwogen und durch entsprechende **Vorarbeiten auf tatsächliche Machbarkeit** überprüft werden. Der DAV hat aber Verständnis dafür, dass dies aufgrund der kurzen Umsetzungsfrist für das aktuelle Gesetzgebungsverfahren nicht mehr realistisch ist. Auch mit einer (Rück-) Überführung der systemwidrig im EGBGB geregelten Informationspflichten in die (für Reiseverträge nach wie vor bestehende) Informationspflichtenverordnung ist für dieses Gesetzesvorhaben nicht mehr zu rechnen. Ohne weiteres möglich und aus Sicht des DAV zwingend notwendig ist es allerdings, bei allen neu zu fassenden Paragraphen einen „ordentlichen“ Gesetzestatbestand zu formulieren und insoweit nicht lediglich auf die (nicht immer selbsterklärende) Überschrift des jeweiligen Paragraphen zu verweisen (dies betrifft §§ 356, 356a, 356b, 357, 357a, 357b und 357c).

Im Übrigen weist der DAV zur Regelungssystematik des Gesetzentwurfs auf folgendes hin:

- Die **Definitionen** der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge (§ 312a) und der Fernabsatzverträge (§ 312b) gehören systematisch richtig unter Kapitel 2, welches ausschließlich diese beiden Vertragstypen betrifft (so auf die Stellungnahme des Bundesrates jetzt auch die Gegenäußerung der Bundesregierung).
- Das Kapitel 3 – **Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr** – betrifft sachlich nur die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, welche nicht zwischen unternehmerischem Geschäftsverkehr und Verbrauchergeschäftsverkehr unterscheidet. Diese Pflichten sollten, etwa als eigener Untertitel zu Titel 1, unmittelbar vor dem jetzigen Untertitel 2 geregelt werden, der dann auch in der Überschrift auf Verbraucherverträge beschränkt werden könnte. In diesem Zusammenhang wird nochmals die Bitte des DAV aus der Stellungnahme 26/2013 (Seite 3/4) wiederholt, die gemäß Art. 8 Abs. 2, 3 und 4 ausdrücklich auf (elektronisch abgeschlossene) Fernabsatzverträge beschränkten Regelungen insbesondere zu den Zahlungspflichten, zur Gestaltung von

Bestellbutton und -übersicht und den Hinweisen auf etwaige Lieferbeschränkungen und akzeptierte Zahlungsmittel (derzeit § 312i) auch dort, d. h. unter Kapitel 2, zu verorten. Die bereits im Rahmen der vorzeitigen Umsetzung der „Button-Lösung“ getroffene Weichenstellung zur Regelung im Rahmen des im elektronischen Geschäftsverkehrs sollte jetzt aus Gründen der Übersichtlichkeit und Systematik rückgängig gemacht werden. Die jetzige Regelung führt außerdem zu einer sachlich nicht gerechtfertigten und europarechtlich unzulässigen Ausweitung der nach der Richtlinie auf (elektronisch abgeschlossene) Fernabsatzverträge beschränkten Sonderpflichten des Unternehmers auf jeden elektronisch abgeschlossenen Verbrauchervertrag. Gerade für „gelegentliche“ Distanzverträge (also solche, die nicht im Rahmen eines organisierten Fernabsatzsystems abgeschlossen werden) kann dies zu praktisch kaum durchführbaren Anforderungen führen.

- Zu allen **Informationspflichten** fehlt es – entgegen der Vorgaben aus Art. 23 und 24 der Richtlinie – an eindeutigen Konsequenzen und **Sanktionen** bei Verstößen. Lediglich für die speziell geregelten Informationspflichten über Kosten (§ 312e) besteht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Im Übrigen verweist die Gesetzesbegründung zu § 312c (zu Abs. 2) auf mögliche Ansprüche des Verbrauchers aufgrund Verletzung vorvertraglicher Pflichten gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Nach bisherigem Recht war die praktisch wirksamste Sanktion bei einem Verstoß gegen Informationspflichten (einschließlich der nachvertraglichen Erteilung der Informationen in Textform) der Nichtbeginn der Widerrufsfrist. Dieses „endlose“ Widerrufsrecht wurde nunmehr – nach Auffassung des DAV grundsätzlich zu Recht – auf 12 Monate abgekürzt, jedoch ist es fraglich, ob hierin noch eine wirksame Abschreckung zu sehen ist. Zu erwägen wäre deshalb zumindest eine ausdrückliche Regelung dahingehend, dass der Verstoß gegen Informationspflichten als Verstoß gegen Marktverhaltensregeln im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG mit Abmahnung durch Verbände und Konkurrenten geahndet werden kann.

2. Definitionen

In Bezug auf einige für die Umsetzung der Richtlinie besonders wichtige Definitionen und Begriffe weist der DAV auf folgendes hin:

2.1 Verbraucher/Unternehmer

Die Definition von „Verbraucher“ und „Unternehmer“ der Richtlinie (Art. 2 Nr. 1 bzw. 2) sollte wegen ihrer überragenden Bedeutung für den weiteren Begriff des Verbrauchervertrages in §§ 13 und 14 BGB möglichst wortgenau übernommen werden. Dies ist bislang nicht der Fall, wobei schon bezweifelt werden kann, ob der Verbraucherbegriff des § 13 BGB tatsächlich (geringfügig) über die Definition der Richtlinie hinausgeht und aus diesem Grund als eine durch die Richtlinie zugelassene Erweiterung ihres Anwendungsbereichs anzusehen ist (so die Begründung zum Regierungsentwurf unter Berufung auf Erwägungsgrund 13 der Richtlinie – zu Kapitel 1, zu § 312, zu Abs. 1). Dies ist jedenfalls nicht sachgerecht und es besteht bei Beibehaltung der bisherigen Definitionen die Gefahr, dass die Rechtsanwendung das Erfordernis einer – im Anwendungsbereich der Richtlinie zwingend unionsautonom und einheitlichen – Auslegung der Begriffe übersieht und an den bisherigen Kategorien festhält. Zu beachten ist außerdem, dass die Definition des Unternehmers in § 14 BGB anders als die in Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie grundsätzlich keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfasst. Dies muss geändert werden. In diesem Fall könnte die Legaldefinition des Verbrauchervertrags in § 310 Abs. 3 BGB, auf die sich auch § 312 Abs. 1 bezieht, beibehalten werden. Lediglich § 310 Abs. 1 BGB müsste entsprechend angepasst werden.

2.2 Textform/dauerhafter Datenträger

In § 126b wird die Textform (ohne Absicht einer inhaltlichen Änderung) durch Rückgriff auf den Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ im Sinne von Art. 2 Nr. 10 neu definiert. Dies ist wegen der bereits jetzt weitgehenden Übereinstimmung der beiden Begriffe (vgl. BGH vom 29.04.2010 - „Holzhocker“ bzw. EuGH vom 05.07.2012 – „Content

Services“) sachgerecht. Dies gilt hinsichtlich der in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 bzw. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 geregelten Formanforderungen auch mit Blick auf das neu eingefügte Merkmal der „Lesbarkeit“. Mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Textform erscheinen allerdings die Erwägungen in der Regierungsbegründung, dass keine „unmittelbare Lesbarkeit“ gegeben sein müsse, zweifelhaft. Auch ist vor dem Hintergrund der vorgenannten Holzhocker-Entscheidung des BGH zu überprüfen, ob statt auf die „Abgabe“ der Erklärung nicht auf deren Zugang (oder beides) abgestellt werden sollte.

Mit Rücksicht auf die Neudefinition der Textform ist allerdings unverständlich, warum zum Zwecke der Umsetzung der Richtlinie dann doch nie auf diesen Begriff abgestellt wird, sondern ausschließlich direkt auf den Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ (z.B. § 312f Abs. 1 und 2, Art. 246 § 4 Abs. 2 und 3). In zahlreichen Vorschriften des BGB soll das bisherige Erfordernis der Textform sogar durch das der Erteilung auf einem dauerhaften Datenträger ersetzt werden (siehe Artikel 1 Nr. 13, 17, 18, 20). Ein Nebeneinander von Textform und dauerhaftem Datenträger als weitere Formen der „Schriftlichkeit“ im BGB führt jedoch zu Verwirrung und ist zur Umsetzung der Richtlinie nicht erforderlich.

2.3 Fernabsatzvertrag

Der Begriff des Fernabsatzvertrages gemäß Art. 2 Nr. 7 der Richtlinie ist in § 312b nicht exakt umgesetzt. Dies sollte mit Blick auf die hier erforderliche Vollharmonisierung behoben werden. Im Einzelnen:

- Es fehlt in § 312b Abs. 1 das neu in die Richtlinie aufgenommene Merkmal, dass der Vertrag „*ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers*“ geschlossen wird. Das Umsetzungsgesetz weicht hiermit – ohne Begründung – von der Richtlinienvorgabe ab, wobei dieser Mangel auch nicht unbedingt durch die Aufnahme des Merkmals in die Definition des Fernkommunikationsmittels in § 312b Abs. 2 ausgeglichen wird. Das **Fehlen jeglichen persönlichen Kontakts** zwischen den

Vertragsparteien (vom Zeitpunkt der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsschluss) ist indes neben dem Einsatz eines entsprechend organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems für die Abgrenzung entscheidend. Nichts anderes dürfte im Erwägungsgrund 20 der Richtlinie gemeint sein, wenn folgende Fallkonstellationen voneinander abgegrenzt werden:

(a) Der Verbraucher sucht die Geschäftsräume lediglich zum Zwecke der Information auf, verhandelt und schließt den Vertrag jedoch anschließend aus der Ferne ab = Fernabsatzvertrag. (b) Die Parteien verhandeln den Vertrag in den Geschäftsräumen des Unternehmers, schließen ihn jedoch späterer über ein Fernkommunikationsmittel ab = kein Fernabsatzvertrag. Im Begriff der „Verhandlung“ kommt hier das Erfordernis eines persönlichen Kontakts auch im Sinne lediglich eines Informationsaustausches bzw. einer Vertragsanbahnung zum Ausdruck. Vor diesem Hintergrund warnt der DAV vor jeglicher auch nur sprachlicher Änderung gegenüber der Richtlinienvorgabe, deren Formulierung auch hinsichtlich des zeitlichen Rahmens für den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln („bis einschließlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“) sowohl dem aktuellen Regierungsentwurf („bis einschließlich des Vertragsschlusses“), dem Vorschlag des Bundesrates in seiner Stellungnahme vom 01.02.2013 („vor und bei Vertragsschluss“), als auch dem der Gegenäußerung der Bundesregierung („für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss“) vorzuziehen ist.

- Der DAV spricht sich gegen die Beibehaltung der im Regierungsentwurf vorgesehenen Beweislastverteilung zum Vorliegen „*eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems*“ aus. Zum einen dürfte es gegen die Richtlinienvorgabe verstoßen, die **Beweislast** für das Nichtvorliegen eines **organisierten Fernabsatzsystems** dem Unternehmer aufzuerlegen, wie dies durch die Formulierung „es sei denn, dass ...“ in § 312b Abs. 1 zum Ausdruck kommt. Die Ausführungen in den letzten

beiden Sätzen des Erwägungsgrunds 13 der Richtlinie scheinen zwar dafür zu sprechen, dass die Mitgliedsstaaten „die Vorschriften dieser Richtlinie“ auf Verträge anwenden dürfen, die keine Fernabsatzverträge im Sinne der Richtlinie sind. Andererseits ist damit nicht gesagt, dass auf solche (der Definition des Fernabsatzvertrages nicht unterfallende) Verträge auch die Vorschriften der Richtlinie über Fernabsatzverträge angewendet werden dürfen. Dies nämlich dürfte gegen die zwingenden Vorgaben für alle Verbraucherverträge in Art. 5 der Richtlinie verstoßen, nach dessen Abs. 4 die Mitgliedsstaaten nur befugt sind, „zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten“ vorzusehen. Bei der erweiternden Definition bzw. Vermutung des Fernabsatzvertrages im jetzt vorgesehenen Sinne würden aber nicht nur zusätzliche vorvertragliche Pflichten zur Information, sondern auch detaillierte formelle Anforderungen an ihre vor- und nachvertragliche Erteilung und insbesondere ein Widerrufsrecht eingeführt, sofern dem Unternehmer der Gegenbeweis nicht gelingt.

Gerade vor dem Hintergrund, dass jetzt gesetzliche Informationspflichten für jede Art von Verbraucherverträgen begründet werden (wegen der negativen Definition in Kapitel II der Richtlinie ist hiervon nicht nur der stationäre Handel betroffen wie in der Entwurfsbegründung vielfach ausgeführt wird), ist das Merkmal des organisierten Fernabsatzes für die Abgrenzung von nur „gelegentlichen“ Distanzverträgen von großer praktischer Bedeutung. Es entscheidet in vielen Fallkonstellationen über die Frage, ob dem Verbraucher neben den jetzt allgemein bestehenden Informationsrechten eben auch ein Widerrufsrecht zustehen soll (z. B. beim telefonisch oder per E-Mail zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten ohne vorherige persönliche Besprechung abgeschlossenen Rechtsberatungsvertrag). Es ist nicht einzusehen und im Hinblick auf die Richtlinienvorgabe nach Ansicht des DAV auch europarechtlich nicht vertretbar, den praktischen Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts durch die Ver-

mutung eines organisierten Fernabsatzsystems weiter als zwingend nötig auszudehnen.

- Die alternative Erwähnung eines **(mittelbaren) Stellvertreters des Unternehmers** im Rahmen der Definition ist überflüssig, da es bei der echten Stellvertretung für den Vertragsschluss ohnehin nur auf die Person des Vertretenen ankommen kann. Bei der mittelbaren Stellvertretung hingegen (Handeln „im Auftrag“ des Unternehmers) wird der Auftragnehmer/Geschäftsbesorger bereits definitionsgemäß selbst Vertragspartei, so dass es auch nur auf den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln durch diesen (und nicht durch den Auftraggeber) ankommen kann. Diese Überlegung betrifft im Übrigen auch die entsprechende Formulierung bei den allgemeinen Pflichten und Grundsätzen für Verbraucherverträge in § 312c Abs. 1.

3. Einzelanmerkungen

Hinsichtlich der weiteren Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des Umsetzungsgesetzes wird auf die eingangs genannten DAV-Stellungnahmen verwiesen. Die erste Stellungnahme noch zum Referentenentwurf (Nr. 78/2012) ist zwischenzeitlich allerdings zum Teil überholt (insbesondere hinsichtlich der nunmehr gestrichenen Änderungen zu §§ 281 und 286 BGB). Alle Einzelanmerkungen verstehen sich beispielhaft und ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit.

Hinsichtlich der mit Blick auf die BGH-Entscheidung vom 17.10.2012 (VIII ZR 226/11, ZIP 2012, 2397) gestrichenen Sonderbestimmung zu den Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhafter Erfüllung teilt der DAV die Auffassung der Bundesregierung in der Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, dass eine gesetzgeberische Regelung „noch einmal gründlich und ohne Zeitdruck unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und Diskussionsbeiträge“ zu prüfen ist.