

## **Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung**

05.11.2012

### **1. Zur Regelungssystematik**

Wir halten es für richtig, dass die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie innerhalb des BGB erfolgt. Zwar wird nicht verkannt, dass die Umsetzung europäischen Rechts in nationales Recht zu Spannungen mit dem im BGB kodifizierten, gewachsenen nationalen Zivilrecht führt. Eine (Zurück-) Verlagerung der zivilrechtlichen Verbraucherschutzregelungen in ein eigenes Verbrauchergesetz erscheint zur Zeit gleichwohl als wenig sinnvoll, weil damit die notwendigen Zusammenhänge zum allgemeinen bürgerlichen Recht weniger deutlich würden und die Notwendigkeit einer genauen Abstimmung der allgemeinen und der besonderen Regelungen auf der Strecke blieben. Ein Verbrauchergesetzbuch benötigte in jedem Fall noch erhebliche Vorarbeiten und hätte die Aufgabe, die in der Sache gleichwohl bestehenden Spannungen zwischen dem gewachsenem nationalen Zivilrecht und dem europäisch geprägten Recht so weit wie möglich aufzulösen und jedenfalls die Bezüge und Schnittstellen eindeutig zu klären.

Von der Regelungstechnik her ist bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie anzustreben, dass die Regelungen möglichst einfach und verständlich sind. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass die z. T. verwirrende Verweisungstechnik im Bereich des Verbraucherschutzes deutlich beschränkt wird, insbesondere durch eine weitgehende Zusammenführung der Vorschriften über das Widerrufsrecht und Widerrufsfolgen in den §§355 ff. BGB.

### **2. Zu den Ausnahmen**

Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Verbraucherbestimmungen führen zur Unübersichtlichkeit der Regelungen und zu Abgrenzungsproblemen. Erklärbar sind die Ausnahmen häufig nur durch momentane Lobbying-Erfolge in Brüssel, die mit dem Anliegen eines wirksamen Verbraucherschutzes sowie mit einem logisch systematischen Gesetzaufbau, der die Grundlage für einen einigermaßen reibungsfreien Gesetzesvollzug ist, nicht in Einklang zu bringen ist. Sachlich sind sie rechtspolitisch häufig nicht bzw. nicht mehr gerechtfertigt, wie hier an einigen Beispielen belegt werden soll:

- §312 Abs. 2 Ziff. 2 BGB E nimmt bestimmte Bauverträge aus dem Anwendungsbereich aus. Dabei geht es für Verbraucher beim Neubau eines Hauses sowie bei erheblichen Umbaumaßnahmen um wirtschaftlich besonders bedeutsame Rechtsgeschäfte, die nur selten vorgenommen werden und von besonde-

rer Tragweite sind. Dass hier der Schutzbedarf geringer sein soll, als bei klassischen Versandhandels- oder Haustürgeschäften ist nicht nachvollziehbar. Zusätzlich wird die Unterscheidung von erheblichen gegenüber nicht erheblichen Umbaumaßnahmen erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen, wie auch von der Bauindustrie vorgebracht wird.

- Bei Verträgen über Pauschalreisen (§312 Abs. 2 Ziff. 3 BGB E) bestehen zwar Transparenzpflichten. Gerade beim praktisch relevanten Vertrieb von Reisen anlässlich von Kaffeefahrten sollte aber eine Widerrufbarkeit möglich bleiben.
- Bei Beförderungsverträgen (§312 Abs. 2 Ziff. 7 BGB E) leuchtet einerseits die Ausnahme von den Informationspflichten nicht ein. Mit zunehmender Liberalisierung des Transportwesens ist die entsprechende Ausnahme zunehmend weniger stimmig. Sowohl bei Beförderungsverträgen als auch bei Pauschalreisen ist zudem nicht einsichtig, warum ein weit im Vorfeld der geplanten Leistung erfolgender Widerruf nicht möglich sein soll. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Unternehmers ist in diesen Fällen nicht ersichtlich.
- Warenautomaten sowie automatisierte Geschäftsräume verfügen zunehmend über moderne Kommunikationstechnologien. So werden Displays und interaktive Bedienelemente verwendet, die den Geschäftsabschluss mit dem im E-Commerce oder Mobile Commerce (Verwendung von Smartphones) vergleichbar machen. Es liegt nahe, hier anstelle einer Totalausnahme eine Angleichung an die Regeln des M-Commerce vorzunehmen und insbesondere eine Lockerung der Informationspflichten nur dann zuzulassen, wenn weitergehende Informationen einen unverhältnismäßigen technischen Aufwand bedeuten würden.

Die Ausnahmen sollten daher möglichst weitgehend gestrichen oder auf ein absolutes Minimum beschränkt werden.

- Speziell zur Ausnahme vom Widerrufsrecht in §312g Abs. 2 Nr. 1 BGB E sollte die textliche Fassung dahingehend geändert werden, dass die „Build to order“ Konstellationen, in denen dem Verbraucher verschiedene Varianten eines Produktes in einem Baukastensystem angeboten werden, weiterhin widerrufbar bleiben. Zur Begründung kann auf die unverändert zutreffenden Erwägungen des BGH in der Dell-Entscheidung vom 19.3.2003 – VIII ZR 295/01 verwiesen werden.

### **3. Verschlechterungen zu Lasten der Verbraucher und System der Sanktionen – Das Problem des Cold Calling**

- a) Das Gesetz wird im Rahmen des Widerrufs und der Rückabwicklung nach Widerruf zu einigen erheblichen Verschlechterungen zu Lasten der Verbraucher führen: Genannt seien der Wegfall der unbefristeten Widerrufbarkeit bei mangelhafter Widerrufsbelehrung, der Verlängerung der Widerrufbarkeit auf einen Monat im Falle der Nachbelehrung bzw. 6 Monate bei Fehlern hinsichtlich ande-

rer Textformbelehrungspflichten. Rechtspolitisch nicht einzusehen ist zudem, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs vorleistungspflichtig werden wird, ohne irgendwelche Garantien für die Durchsetzbarkeit seiner eigenen Erstattungspflichten zu erhalten.

Mit dem Wegfall der Verlängerungen der Widerrufsfristen im Falle mangelhaft erfüllter Textformbelehrungen fällt zugleich die wichtigste Sanktion für die Nichterfüllung dieser Informationspflichten weg. Dies ist einerseits europarechtlich vorgegeben. Andererseits verlangt das Europarecht aber wirksame Mittel, die die Einhaltung der Pflichten aus der Richtlinie sicherstellen.

Unterlassungsklagen werden hier nicht in dem Maße wirken wie bei den vorvertraglichen Informationen. Verstöße gegen diese vorvertraglichen Informationsverpflichtungen sind insbesondere im Internet leicht erkennbar und belegbar. Dies führt zu einem Umfang an kostenpflichtigen Abmahnungen und Unterlassungsklagen, bei denen mit Fug und Recht bezweifelt werden kann, ob diese Verfahren tatsächlich im Verbraucherinteresse durchgeführt werden oder ob Verbraucherrecht nicht zum Generieren von Einkunftsquellen und bisweilen zur Behinderung unliebsamer Konkurrenz instrumentalisiert wird. Die Informationen mittels dauerhaftem Datenträger werden dagegen regelmäßig individuell erbracht. Abmahnungen und Unterlassungsklagen sind diesbezüglich zwar bisher schon möglich gewesen, wenn überhaupt jedoch in zu vernachlässigendem Maße bekannt geworden. Eine wirksame Sanktion gab es bisher gleichwohl durch die Fristverlängerung im individuellen Rechtsverhältnis Verbraucher - Unternehmer.

Eine Kompensation für die weggefallene Sanktion der Fristverlängerung ist erforderlich.

- b) Im Rahmen des Gesetzes „zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung“ wurde das Erlöschen von Widerrufsrechten für bestimmte Konstellationen (Gewinnspiele, Presseprodukte) ausgeschlossen, um unlautere Vertriebspraktiken des „Cold Calling“ zu bekämpfen. Da das Phänomen des „Cold Calling“ auch außerhalb der davon erfassten Bereiche stattfindet - offenbar mit Erfolg - reichte diese Maßnahme jedoch nicht aus, um das Problem zu lösen. Verträge, die durch unlautere Anrufe zustande kommen bzw. untergeschoben werden, sind weiter ein ernstes Problem. Im Zuge des vorliegenden Gesetzentwurfs wird das Widerrufsrecht in diesem Bereich wiederum in gewissem Umfang beschränkt. Entscheidend ist Folgendes<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Die nachfolgenden Überlegungen wiederholen in der Sache den bereits früher geäußerten Vorschlag, wobei der Standort der vorgeschlagenen Regelung ohne Änderung der Regelungssubstanz ein anderer würde; vgl. zum früheren Vorschlag: *Fezer/Brönneke* für Verbraucherkommission Baden-Württemberg auf: „Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung“.

Trotz der eindeutigen Rechtslage, nach der die Werbung mit Telefonanrufen die vorherige und ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers voraussetzt (§7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG), wurde die massenweise belästigende Telefonwerbung nicht abgestellt. Das Widerrufsrecht besteht unterschiedslos sowohl bei Verträgen, die mittels wettbewerbsrechtlich zulässiger Anrufe zustande gekommen sind, bei denen also eine entsprechende Einwilligungserklärung vorliegt, wie auch bei solchen Anrufen, die nur durch Rechtsbruch erreicht werden konnten. Der Rechtsbruch durch das unlautere Cold-Calling bleibt also zivilrechtlich sanktionslos. Die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen hingegen sind – wie der Fortbestand des Phänomens belegt – praktisch wirkungslos.

Eine wirksame Abhilfe kann nur mit Maßnahmen geschaffen werden, die den Unternehmern die wirtschaftliche Attraktivität dieser unlauteren Marketingmaßnahmen nehmen. Dies ist möglich, indem den Geschäften, die auf diese Weise zustande kommen, die rechtliche Grundlage entzogen wird. Da das Widerrufsrecht dies nicht in spürbarer Weise bewirkt, muss ein anderer Weg beschritten werden: Um gewissermaßen „den Sumpf trockenzulegen“, müssen die Verbraucherverträge, die als Folge eines Telefonanrufes gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung geschlossen werden, als unwirksam erklärt werden<sup>2</sup>.

Zwar entspricht es einem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, dass ein Verstoß gegen die Lauterkeitsregeln des UWG grundsätzlich die Wirksamkeit der daraus folgenden Verträge nicht erfasst. Gleichwohl steht der hier vorgeschlagene Ansatz nicht in Widerspruch zu den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Grundsätzen: Der Grund für die Trennung der wettbewerbsrechtlichen von den allgemein-zivilrechtlichen Folgen eines unlauteren Marktverhaltens liegt darin, dass bei der unlauteren Werbung z. B. im Rundfunk oder Fernsehen die Kausalität der wettbewerbsrechtlich unzulässigen Marketingmaßnahme für den Vertragsabschluss nur schwer nachweisbar ist. Verbraucher, die die unlautere Werbung bis zum Vertragsschluss nicht wahrgenommen haben, sollen sich nicht im Nachhinein von dem Vertrag lösen können, wenn sie dann von dem Wettbewerbsverstoß erfahren. Auch Streitigkeiten über die Frage der Kausalität dieser Werbung sollen erst gar nicht entstehen können. Im Unterschied zu solchen an die Allgemeinheit gerichteten Werbemaßnahmen besteht bei den Fällen des Cold Calling keine derartige Unsicherheit: Der Unternehmer richtet sich vielmehr jeweils zielgerichtet und unmittelbar an einen ganz konkreten Verbraucher. Es besteht auch keine Rechtsunsicherheit für das Unternehmen: Dem über Telefonwerbenden Unternehmen ist ja bekannt, ob eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorliegt oder nicht. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit von Folgeverträgen aus unlauterem Wettbewerb greift also in der hier relevanten Konstellation von seiner Ratio nicht ein.

---

<sup>2</sup> Hierbei wird der Vorschlag *Fezer/Brönneke* für Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung, S. 3 f. wiederholt.

Ist ein Verbrauchervertrag in Folge unlauterer Telefonwerbung unwirksam, so hat dies zur Konsequenz, dass das Unternehmen die vorherige Einwilligung des Verbrauchers nachweisen muss, wenn es sich auf einen telefonischen Vertragsabschluss berufen will.

Da hier einerseits ein unlauteres Marktverhalten den Anlass zu einer Sanktion gibt, könnte eine entsprechende Rechtsregel systematisch im UWG verankert werden. Da andererseits die Rechtsfolge bürgerlich-rechtlicher Natur ist, ist es unter systematischen Aspekten ebenfalls richtig, eine solche Norm im BGB zu verankern. Ohnehin enthält das BGB sowie das EGBGB mit den vorvertraglichen Transparenzregeln Vorschriften, die stark lauterkeitsrechtliche Züge tragen. Im hier interessierenden Zusammenhang betrifft dies besonders die Pflicht des Unternehmers, zu Beginn eines Telefonates seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Anrufes zu offenbaren.

Ob ein solcher Vorschlag europarechtlich angesichts der Verbraucherrecht-Richtlinie zulässig ist, könnte mit dem Argument bezweifelt werden, es handele sich gegenüber der bloßen Einräumung eines Widerrufsrechtes in entsprechenden Fernabsatzfällen um eine Vorschrift, die ein anderes, strengeres Verbraucherschutzniveau schafft, was nach deren Art. 4 unzulässig sei. Dem ist zu entgegen, dass es sich bei diesen zivilrechtlichen Sanktionen eines lauterkeitsrechtlichen Fehlverhaltens um ein aliud gegenüber dem Regelungsansatz der Richtlinie handelt, der von der Sperrwirkung nicht erfasst wird und sich eher an der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG und evtl. der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG messen lassen muss.

*Daher sollte auf nationaler Ebene eine Regelung ergänzt werden<sup>3</sup>: „Ein Folgevertrag einer Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung ist unwirksam.“*

#### **4. Zu allgemeinen Pflichten und Grundsätzen bei Verbraucherverträgen (§312c BGB E)**

Die im Entwurf vorgenommene, europarechtlich unproblematische Ausweitung verschiedener Regelungen (Abs. 1, 3 und 5) auf alle Verbraucherverträge ist zu begrüßen, da der jeweilige rechtspolitische Anlass für die Regelungen unabhängig von den in der Richtlinie bestehenden Ausnahmen bzw. Beschränkungen besteht.

Die Regelungen über die Kostentragung für besondere Zahlungsmittel (insb. §312c Abs. 3 BGB E, aber auch an anderer Stelle des Entwurfs) sollten klarstellend um die nach BGH-Rechtsprechung bestehende Pflicht der Zurverfügungstellung eines kostenlosen gängigen Zahlungsmittels ergänzt werden.

---

<sup>3</sup> Standort dieser Regelung könnte möglicherweise – bei einer entsprechenden Erweiterung der Paragraphenvorschrift - §312g Abs. 4 BGE sein; denkbar wäre aber auch ein eigenständiger Paragraph gleich im Anschluss an §312g BGB oder auch an einer anderen Stelle.

Die Regelung über Auskunft-Hotlines ist der Sache nach zu begrüßen. Es wäre aber wünschenswert, dass sie klarer gefasst würde. Nach dem momentanen Wortlaut bleibt zweifelhaft, welche Kosten dem Verbraucher denn nun berechnet werden können und wo die Grenzen liegen.

Im Hinblick auf entgeltliche Nebenleistungen (Abs. 5) ist positiv, dass einer opt-out-Variante eine Absage erteilt wird und nur ein aktives willentliches Handeln des Verbrauchers zu einer kostenpflichtigen Nebenleistung führt. Allerdings ist die Formulierung mit einer doppelten Verneinung (nicht vereinbart anzusehen ... ohne zu ändern) schwer verständlich. Zudem ist (schon aus europarechtlichen Gründen) die Frage der Beweislast klar in dem Sinne zu regeln, dass der Unternehmer die aktive Erklärung durch den Verbraucher, dass er auch eine entgeltliche Nebenleistung haben möchte, beweisen muss. Unseres Erachtens ist die folgende Formulierung eher als die bisherige Entwurfsfassung geeignet, dies zu leisten:

*„Soweit die Vereinbarung einer Nebenleistung durch eine Voreinstellung erfolgen soll, wird eine Entgeltspflicht für die Nebenleistung nur dann ausgelöst, wenn der Verbraucher die Voreinstellung aktiv geändert hat (opt in).“*

## **5. Sonstiges (Pflicht der Übermittlung von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger, Internetvertragsfällen)**

In der Vergangenheit war streitig, ob Textforminformationen auf einer Homepage eines Unternehmers zur Verfügung gestellt werden könnten. Der EuGH hat inzwischen entschieden, „dass eine Geschäftspraxis, nach der die in dieser Bestimmung vorgesehenen Informationen nur über einen Hyperlink auf einer Website des betreffenden Unternehmens zugänglich gemacht werden, nicht den Anforderungen ... entspricht“ (EuGH 3. Kammer, Urt. v. 5. 7. 2012 – C-49/11 - Content Services Ltd/Bundesarbeitskammer). Dabei nimmt der EuGH ausdrücklich Bezug auf verschiedene Richtlinien. Dass die Verbraucherrechterichtlinie im Hinblick auf den dauerhaften Datenträger ein eigenes, für den Verbraucher schlechteres Regelungsmodell schaffen wollte ist nicht ersichtlich. Bei der nationalen Umsetzung sollte daher darauf geachtet werden, dass die Neuregelung keinen Ansatzpunkt für eine Argumentation bieten, nach der nunmehr ein Verweis auf eine Seite in der Anbietersphäre ausreicht, um die Textformerfordernisse zu erfüllen. Da die Entwurfsregelung jedoch bereits genau dahingehend interpretiert wurde, ist eine Umformulierung geboten.

Die Regelungen zur Bekämpfung von Vertragsfällen haben im Übrigen nach Erkenntnissen der Verbraucherberatung zu einer massiven Abnahme entsprechender Beschwerden geführt und können von daher nach den bisherigen Erkenntnissen als Erfolg angesehen werden.