
Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung¹

*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV)
Universität Bayreuth²*

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Richtlinie 2011/83/EU als Ausgangspunkt	3
1.	Defizitäre technische Qualität der Richtlinie	3
2.	Folgen der Vollharmonisierung	5
a)	Anwendungsbereich der Vollharmonisierung	6
b)	Vollharmonisierung durch die Tatbestandsmerkmale Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrag?	8
c)	Inbesondere Vollharmonisierung bei Art. 16 VerbraucherrechteRL	10
3.	Bedeutung des Entwurfs für ein einheitliches Kaufrecht für die Auslegung der Richtlinie und des Umsetzungsgesetzes	11
4.	Privatrechtsorientierung der Richtlinie?	12
II.	Allgemeine konzeptionelle Fragen	14
1.	Praktisches Gebot wortlautgetreuer Umsetzung	15
a)	Grundsatz	16
b)	Beweislast	16
c)	Rechtsfolgenseite	17
d)	Zusammenfassende Umsetzung	18
2.	Bereiche überschießender Umsetzung?	19
a)	Überschießende Umsetzung der allgemeinen Pflichten und Grundsätze	19
b)	Überschießende Umsetzung im Kaufrecht	20

¹ Meinem Seminar zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie danke ich für die intensive Vorbereitung und Diskussion. Es besteht aus Dipl.-Jur. Markus Becklein, Dipl.-Jur. Sonja Benninghoff, (Wirtschaftsjuristin Univ. Bayreuth), Dott. Vittorio Cardano, Università di Ferrara, Italien, Valerie Datzler, Christine Elflein, Christina Heublein, Dipl.-Jur. Hannah Kathrin Herden, Dipl.-Jur. Carmen Langhanke, (Wirtschaftsjuristin Univ. Bayreuth), Mgr. Grzegorz Russek, Jagiellonen Universität, Polen, Dipl.-Jur. Stephan Schäfer, Kristine Schefel, Dr. iur. Karin Sein, University of Tartu, Estland, Kathrin Völkel.

² Verf. ist Inhaber des vom BMELV geförderten Stiftungslehrstuhls für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth.

c)	Überschießende Umsetzung für soziale Dienstleistungen und Wohnraummiete	20
d)	Überschießende Umsetzung bei Reise- und Beförderungsverträgen?	21
e)	Partielle Anwendung auf notariell beurkundete Verträge	21
3.	Derzeit weder Sondergesetz noch Kodifikation	22
4.	Separierung des Widerrufsrechts von den Rücktrittsfolgen	24
5.	Rechtsfolgen von Informationspflichten	24
6.	Problemfall Gebrauchsüberlassung	25
III.	Einzelpunkte	27
1.	Definition der Textform	27
2.	Allgemeine Regeln des Verbraucherrechts	27
a)	Definition des Verbrauchervertrags	27
b)	Keine Beschränkung auf entgeltliche Leistungen	28
c)	Die allgemeinen Pflichten und Grundsätze	28
3.	Regeln für Außergeschäftsraumverträge und Fernabsatzverträge	31
a)	Bestätigung als Bindungsvoraussetzung für telephonisch abgeschlossene Verträge	31
b)	Bestätigung als nachvertragliche Pflicht beim Fernabsatz	33
4.	Die Modifikation von § 323 BGB	33
5.	Umsetzungsdefizit bei den Sanktionen	35

I. Die Richtlinie 2011/83/EU als Ausgangspunkt

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung dient in erster Linie der Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (im Folgenden VerbraucherrechteRL).³ Die Stellungnahme orientiert sich daher an zwei zentralen Beurteilungskriterien, nämlich der Unionsrechtskonformität des Vorschlags und der rechtspolitischen Bewertung, soweit der Umsetzungsvorschlag Spielräume des nationalen Gesetzgebers ausschöpft. Das ist inzwischen bei weitem nicht mehr ungewöhnlich.

Für die Umsetzung der VerbraucherrechteRL ist freilich auf vier Besonderheiten einzugehen, die auch im aktuellen Gesetzgebungsverfahren eine erhebliche Rolle spielen oder spielen sollten. Dabei geht es zunächst um die sehr defizitäre technische Qualität der Richtlinie samt der Frage, ob diese im Rahmen der Umsetzung korrigierbar ist. Mit diesem Punkt zusammenhängend sind ferner die bei der Umsetzung zu berücksichtigenden Folgen der vollharmonisierenden Wirkungen nach Art. 4 VerbraucherrechteRL. Zudem ist zu beachten, daß die Europäische Kommission selbst mit dem Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR)⁴ ausnahmsweise einen eigenen Umsetzungsversuch der Richtlinie vorgelegt hat, der möglicherweise Orientierung zu bieten vermag. Ein Blick in andere Mitgliedstaaten zeigt schließlich, daß das mit dem Entwurf der Bundesregierung verbundene Grundverständnis der Richtlinie als einer privatrechtlichen Regelung keineswegs selbstverständlich ist.

1. Defizitäre technische Qualität der Richtlinie

Die Richtlinie ist in der Rechtswissenschaft von Anfang an auf große Skepsis gestoßen. Insbesondere am Entwurf der Kommission ist insoweit teilweise vernichtende Kritik geübt worden.⁵ Diese hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Ausscheiden des AGB-Rechts sowie weiter Teile

³ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEU L 304 vom 22. 11. 2011, 64 ff.

⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.10.2011 über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614/4. Zu diesem Vorschlag vor allem die Beiträge in *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* Wien 2009; außerdem etwa *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7 ff.; *Jud/Wendehorst*, GPR 2009, 68 ff.; *Loos*, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspractijken, 2008, 173 ff.; *Reich/Micklitz*, EuZW 2009, 279 ff.; *Tacou*, ZRP 2009, 140 ff.; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277 ff.

des Kaufrechts aus der dann verabschiedeten Richtlinie geführt.⁶ Diese Defizite sind zunächst einmal rein handwerklicher Natur – etwa bei ohne ersichtlichen Grund vorgenommenen Abweichungen von den Definitionsnormen anderer Richtlinien ohne deren Angleichung⁷ – teilweise aber auch inhaltlicher, die sich – unabhängig von jeder rechtspolitischen Bewertung im engeren Sinne – vor allem in ungeklärten aber wegen der Vollharmonisierung klärungsbedürftiger Fragen niederschlägt.⁸

Für den deutschen Gesetzgeber stellt sich nun die Frage, ob er den genannten Defiziten eher abhelfen oder sich möglichst eng an die Richtlinie anlehnen sollte. In einigen Fällen hat der Gesetzentwurf offene Fragen selbst beantwortet, oder selbst zu beantworten versucht, etwa bei den Voraussetzungen der Vertragsaufhebung wegen verspäteter Lieferung (§ 323 II BGB-E), beim Garantiebegriff (§ 443 BGB-E) oder bei der Deutung des Risikoübergangs nach Art. 20 VerbraucherrechteRL als Gefahrübergang iSv § 447 BGB (§ 474 IV, V BGB-E). Diese „Verbesserungen“ der Richtlinie sind nicht unproblematisch und lösen bei abweichender Auffassung des EuGH erhebliche Nachbesserungsbedarfe beim nationalen Gesetzgeber aus.⁹ Dieses Risiko will wohl erwogen sein.

Eine Alternative zur legislativen Defizitkorrektur durch den deutschen Gesetzgeber könnte die Begründung einer historischen Auslegung durch eine Auslegungsnotiz in der Begründung des Rechtsausschusses sein. Diese hätte den Vorteil, daß der Bundestag ein klares politisches Signal zur Auslegung des Umsetzungsrechts setzt, welches für die deutsche Rechtsprechung jedenfalls eine nicht leichthin überwindbare Autorität setzen würde. Ein formales Hindernis, einem abweichenden Verständnis einer späteren EuGH-Rechtsprechung zu folgen, läge darin jedoch nicht, so daß zumindest der Umsetzungszweck des Gesetzes eine der europäischen Judikatur folgende Auslegung tragen würde. Ein legislatorischer Nachbesserungsbedarf würde so vermieden. Die systematische Nutzung dieses

⁶ Der Vorschlag der Kommission hatte vorgesehen, auch die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (KlauselRL; ABIEG Nr. L 95 vom 21. 4. 1993) und die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (VerbrauchsgüterkaufRL; ABIEG Nr. L 171 vom 7. 7. 1999, 12) in der neuen Richtlinie aufgehen zu lassen.

⁷ Siehe nur die Definitionen der gewerblichen Garantie in Art. 2 Nr. 14 VerbraucherrechteRL und Art. 1 II lit. e VerbrauchsgüterkaufRL; ferner die Divergenz der Kaufvertragsbegriffe in Art. 1 IV VerbrauchsgüterkaufRL und Art. 2 Nr. 5 VerbraucherrechteRL.

⁸ Siehe etwa die – vom Regierungsentwurf in § 312a II 2 BGB-E adressierte – Frage, welche vom Unternehmer nicht selbst betriebenen Geschäftsräume als solche i.S.v. Art. 2 Nr. 9 VerbraucherrechteRL anzusehen sind. Der Vorschlag der Bundesregierung erfaßt auch Fälle verdeckter Stellvertretung und schränkt damit den Anwendungsbereich der Vorschriften über Außergeschäftsraumverträge unzulässigerweise stärker ein als die Richtlinie.

⁹ Zu den Konsequenzen einer Abweichung vom Richtlinientext siehe unten sub II 1.

Weges – vielleicht auch schon in der Begründung zum Regierungsentwurf – könnte die bislang in Lehre und legistischer Praxis etwa vernachlässigte spezifische Qualität der Umsetzungsgesetzgebung heben. Geradezu mustergültig hat das der Regierungsentwurf in der Begründung zu § 312 X BGB-E vorgeführt: Die in ihren einzelnen Konsequenzen völlig offene Richtlinienbestimmung des Art. 14 V VerbraucherrechteRL ist hier – allerdings bei überflüssigen sprachlichen Veränderungen – mit hilfreichen Auslegungshinweisen versehen worden, welche Rechtsprechung und Schrifttum bei methodisch korrekter Arbeitsweise nicht einfach übergehen dürfen. Das glatte Gegenteil hierzu bildet die Begründung der entsprechende – jedoch von der FinanzdienstleistungsfernabsatzRL nicht induzierten und daher sehr problematischen¹⁰ – Klausel in § 357a IV BGB-E, für den jede nähere Erläuterung fehlt.

Eine weitere Alternative könnte ein politisches Statement in Form einer Entschließung des Bundestages sein, durch welche die Legislativorgane der Union aufgefordert werden, Korrekturen und Klarstellungen an der umzusetzenden Richtlinie vorzunehmen. Das politische Gewicht einer solchen Maßnahme, welche eine konstruktive Fortentwicklung des in Art. 12 EUV seit dem Vertrag von Lissabon festgeschriebenen aktiven Beitrags der nationalen Parlamente zur guten Arbeitsweise der Europäischen Union sein könnte,¹¹ sollte nicht geringgeachtet werden. Insbesondere wird die Kommission bei der Erfüllung ihrer Berichtspflichten – *in concreto* nach Art. 30 VerbraucherrechteRL – eine solch gewichtige Stimme kaum unbeachtet lassen können und müßte sich zudem gegenüber dem Europäischen Parlament erklären.¹²

2. Folgen der Vollharmonisierung

Das vom europäischen Gesetzgeber mit der Richtlinie eingesetzte legistische Instrument der Vollharmonisierung¹³ ist – trotz aller differenzierenden politischen Deutungen etwa einer *targeted harmonisation* durch die Richtlinie – weitgehend unbeschnitten geblieben und in Art. 4 VerbraucherrechteRL festgeschrieben. Es

¹⁰ Siehe unten sub II 1 d).

¹¹ Daß sich der Bundestag im Rahmen von Art. 12 EUV auf ein passives Entgegennehmen zu beschränken habe, läßt sich der Norm nicht entnehmen; mißverständlich daher Grabitz/Hilf/Nettesheim/Hölscheidt, Das Recht der Europäischen Union, Stand 49. Ergänzungslieferung 2012, Art. 12 Rn. 11.

¹² Zu weiteren möglichen Handlungsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang siehe auch Kamann, Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung, Frankfurt 1997, 319 ff.

¹³ Dazu insbesondere aus deutscher Perspektive Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009 sowie mit internationalerem Ansatz Stürner (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, München 2010.

kehrt zum europarechtlichen Normalfall der Richtlinie nach Art. 288 II AEUV zurück, der den Mitgliedstaaten nur die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung läßt nicht aber die Möglichkeit, einen Teil stärker zu schützen – einzige primärrechtlichen Ausnahmen davon sind die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 II AEUV mit Abweichungsbefugnis zugunsten des Einzelnen), Straftaten besonders schwerer Kriminalität oder im Bereich der Politiken der Union (Art. 83 I, II AEUV) sowie das Arbeitsrecht (Art. 153 II lit. b AEUV mit Abweichungsbefugnis zugunsten des Arbeitnehmers). Soweit die Vollharmonisierung eingreift, ist ein weitergehender Schutz des Verbrauchers ausgeschlossen.

a) Anwendungsbereich der Vollharmonisierung

Der Anwendungsbereich der Vollharmonisierung nach Art. 4 VerbraucherrechteRL ist freilich nicht in jeder Hinsicht geklärt. Aus Sicht des nationalen Gesetzgebers handelt es sich dabei um die Frage nach dem Ausmaß der Sperrwirkung der Richtlinie für den nationalen Gesetzgeber. Schwierig sind insoweit vor allem Fälle von Schweigen der Richtlinie, weil sie nicht immer deutlich machen, ob die Richtlinie nicht regelt oder ob die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Nichtregelung vorschreibt.

Keine *per se*-Sperrwirkung für den Umsetzungsgesetzgeber entfalten zunächst die Begriffsbestimmungen.¹⁴ Das widerspräche der durch Art. 288 II AEUV garantierten Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung. Die Mitgliedstaaten sind formal nicht gezwungen wörtlich umzusetzen und dürfen auch von Begriffsbestimmungen wie denen des Art. 2 VerbraucherrechteRL abweichen – ob dies rechtspolitisch klug ist, steht auf einem anderen Blatt. Die Bindung an die Richtlinie in der Sache darf nämlich durch die sprachliche Abweichung nicht verletzt werden.

Nicht erfaßt von der Sperrwirkung sind ferner die Bestimmungen, welche den Anwendungsbereich der Richtlinie selbst beschreiben,¹⁵ also Art. 3 VerbraucherrechteRL. Diese legen auch den Anwendungsbereich des Harmonisierungsgrades fest, soweit dieser selbst – wie in Art. 4 VerbraucherrechteRL – in der Richtlinie geregelt ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs entfaltet die Richtlinie keine Sperrwirkungen, die über den Grundsatz des *effet utile* hinausgehen. Dasselbe gilt richtigerweise für solche Bestimmungen, die – wie Art. 17 VerbraucherrechteRL – den Anwendungsbereich eines Teils der Richtlinie abgrenzen. Jede Regelung zum Anwendungs- oder

¹⁴ Normativ kein sprachlicher Vorrang des Unionsrechts: *Schmidt-Kessel*, Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts, in: FS Blaurock 401, 407.

¹⁵ Wie hier *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal (Fn. 13) 83, 91.

Geltungsbereich beschränkt nämlich mittelbar auch den Harmonisierungsanspruch der zu dem betreffenden Teil gehörigen Bestimmungen. Wichtigstes Beispiel für die VerbraucherrechteRL ist der Verbraucherbegriff, welcher in § 13 BGB weiter gefaßt ist als in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie; die dadurch vorgenommene Ausweitung des Anwendungsbereichs über Art. 1 VerbraucherrechteRL hinaus ist hinsichtlich der Richtlinie europarechtlich unbedenklich.¹⁶

Beschränkende Tatbestandsmerkmale einzelner Bestimmungen sind hingegen in aller Regel von der Vollharmonisierung erfaßt – das gilt etwa für die begrenzenden Voraussetzungen des Widerrufsrechts nach Art. 9 VerbraucherrechteRL, insbesondere für die Frist und deren Verlängerung nach Art. 10 VerbraucherrechteRL. Das entspricht der allgemeinen Regel, daß die materiellen Regelungen der Richtlinie – anders als diejenigen zum Anwendungsbereich – der Vollharmonisierung unterliegen.

Besondere Schwierigkeiten bereiten dementsprechend solche Tatbestandsmerkmale, die zugleich eine materielle Wertung in der Sache vornehmen und den Anwendungsbereich der Norm kennzeichnen, wie das in Art. 9 VerbraucherrechteRL der Fernabsatz- und der Außergeschäftsraumvertrag sind.¹⁷ Derartige Doppelfunktionen von Tatbestandsmerkmalen sind für die nationalen Umsetzungsgesetzgeber und Rechtsanwender höchst mißlich, weil sie gerade *in puncto* Umfang der Vollharmonisierung Rechtsunsicherheit schaffen, welche sich im Rahmen der Umsetzung kaum seriös beseitigen läßt. Zum Lernprozeß des europäischen Gesetzgebers gehört es daher – siehe Art. 17 VerbraucherrechteRL – oder muß es daher künftig gehören – siehe Art. 9 VerbraucherrechteRL – solche Doppelfunktionen zu vermeiden.¹⁸

Die Problematik der doppelunktionalen Tatbestandsmerkmale wird noch verschärft, wenn – wie im Falle der Fernabsatz- und der Außergeschäftsraumverträge – ganze Abschnitte der Richtlinie von einer Doppelfunktion – Regelung des Anwendungsbereichs und Regelung in der Sache – betroffen sind. Immerhin spricht in diesen Fällen die systematische Funktion einer Zusammenfassung verschiedener Normen in einem Abschnitt dafür, daß die Funktion der Bestimmung des Anwendungsbereichs im Vordergrund steht. Die vom europäischen Gesetzgeber geschaffene Rechtsunsicherheit kann freilich auch in diesen Fällen nur von diesem selbst oder vom EuGH beseitigt werden.

¹⁶ Das entspricht nahezu allgemeiner Auffassung, siehe *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal (Fn. 13) 83, 91 (mit weiteren Nachweisen zum Schrifttum).

¹⁷ Dazu sogleich sub b)

¹⁸ Zu den Handlungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers bei Art. 9 VerbraucherrechteRL siehe sogleich.

Auch in den materiellen Teilen der Richtlinie finden sich Ausnahmen von der Vollharmonisierung. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn der europäische Gesetzgeber ausdrücklich Abweichungen zuläßt, etwa im Sinne eines Mindeststandards wie in Art. 5 IV VerbraucherrechteRL. Hinzu treten offene Konkretisierungsaufträge an den Gesetzgeber, wie sie im Verbraucherecht traditionell die Durchsetzungsseite betreffen – siehe Artt. 23, 24 VerbraucherrechteRL. Für die Umsetzung bedeutet dies insbesondere eine weitgehende Freiheit des nationalen Umsetzungsgesetzgebers hinsichtlich der anzuordnenden Rechtsfolgen im Rahmen des Effektivitätsgrundsatzes.

Weitergehende ungeschriebene Konkretisierungsbefugnisse für den Gesetzgeber sind hingegen die Ausnahme: Der europäische Gesetzgeber geht mit dem EuGH in der Regel davon aus, daß die Konkretisierung offener Rechtsbegriffe und Generalklauseln – jedenfalls im Privatrecht – nicht durch den nationalen Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsprechung erfolgt.

b) Vollharmonisierung durch die Tatbestandsmerkmale Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrag?

Darf der deutsche Gesetzgeber die besonderen Schutzinstrumente, welche die Richtlinie für den Fernabsatz- und den Außergeschäftsraumvertrag vorgibt, auch auf solche Fälle erstrecken, welche von den beiden in Art. 2 Nr. 7 und 8 VerbraucherrechteRL enthaltenen Definitionen dieser Geschäfte nicht erfaßt sind? Oder unterfallen die einschlägigen Informationspflichten (Art. 6 VerbraucherrechteRL), Formerfordernisse (Artt. 7, 8 VerbraucherrechteRL) und Widerrufsrechte (Artt. 9-16 VerbraucherrechteRL) auch insoweit der Vollharmonisierung, als es um die Beschreibung der einschlägigen Fallkonstellationen in den genannten Definitionen geht mit der Folge, daß die Verwendung dieser Instrumente für den deutschen Gesetzgeber ganz oder teilweise gesperrt ist?

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthält an mehreren Punkten Regelungen, die in diesen unsicheren Bereich fallen. Das gilt insbesondere für die Ausweitung der Außergeschäftsraumsituation für den Fall des nicht vom Unternehmer selbst sondern nur mit dessen Hilfe organisierten Ausflugs, der zwar von § 312a I 1 Nr. 4 BGB-E nicht aber von Art. 2 Nr. 8 lit. d VerbraucherrechteRL erfaßt wird. Eine Ausweitung des Begriffs des Fernabsatzgeschäfts erfolgt durch § 312b I BGB-E in zweifacher Hinsicht: Zum einen genügt der Vertragsabschluß mit einem vom Unternehmer Beauftragten, der nicht in dessen Namen auftritt, was Art. 2 Nr. 9 VerbraucherrechteRL nicht erfordert.¹⁹ Zum anderen auferlegt § 312b

¹⁹ Hier führt die Umschreibung der erfaßten Hilfspersonen also – anders als bei dem in Fn. 8 behandelten Fall der Außergeschäftsraumverträge – zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs.

I BGB-E dem Unternehmer die Beweislast, daß der Vertragsschluß nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.²⁰

Diese Fragen lassen sich nicht in jeder Hinsicht völlig zweifelsfrei beantworten, weil die mangelhafte Regelungstechnik des Unionsgesetzgebers eine zweifelsfreie Beantwortung nicht zuläßt. Immerhin zeigt Art. 5 VerbraucherrechteRL für die Informationspflichten einen entsprechenden Spielraum des Umsetzungsgesetzgebers auf. Für die Formerfordernisse und Widerrufsrechte fehlt es aber an derart eindeutigen Belegen.

Nun wird man zunächst davon ausgehen können, daß es nicht Zweck der Richtlinie ist, die Instrumente Formerfordernis und Widerrufsrecht ausschließlich an das Vorliegen einer Vertragsschlußsituation eines Fernabsatz- oder Außergeschäftsraumvertrags zu binden. Zweifelsfrei kann der nationale Gesetzgeber – vorbehaltlich anderer unionsrechtlicher Bindungen – von beiden Instrumenten Gebrauch machen, um Risiken für den Verbraucher entgegen zu wirken, welche sich aus dem Vertragsinhalt ergeben. Die Unsicherheit beschränkt sich also auf den Einsatz der Instrumente auf Fälle von Vertragsschlußrisiken.

Drei Lösungen kommen letztlich in Betracht, nämlich als das eine Extrem die Sperrwirkung für beide Instrumente hinsichtlich der Bekämpfung von Vertragsschlußrisiken insgesamt und als das andere die Verneinung jeder Sperrwirkung durch die in Art. 2 Nr. 7 und 8 VerbraucherrechteRL enthaltenen Definitionen. Zwischen beiden käme als vermittelnde Lösung noch die Beschränkung der Sperrwirkung auf die von den Definitionen grundsätzlich adressierten spezifischen Vertragsschlußsituationen im Fernabsatz und außerhalb der unternehmerischen Geschäftsräume in Betracht, wobei dann der genaue Umfang noch abzugrenzen wäre; in diesem letzteren Fall wären jedenfalls die erwähnten Abweichungen von der Richtlinie in §§ 312a I 1 Nr. 4, 312b I BGB-E richtlinienwidrig.

Während die breite Sperrwirkung des ersten Extrems angesichts des beschränkten Regelungsgegenstands der Richtlinie als unrealistisch und nicht von deren Telos gedeckt anzusehen ist, begründet die von Art. 17 VerbraucherrechteRL verschiedene Regelungsstruktur ein gewichtiges Argument dafür, daß beide Definitionen der Richtlinie jedenfalls für den begrifflichen „Nahbereich“ der spezifischen Vertragsschlußformen eine Sperrwirkung entfaltet. Für das Widerrufsrecht tritt die lange Liste an Ausnahmen nach Art. 16 VerbraucherrechteRL hinzu, welche für einen gewissen Vollständigkeitsanspruch der Gesamtregelung und damit ebenfalls für die Sperrwirkung spricht. Es läge tatsächlich ein Fall des oben angesprochenen²¹ Phänomens der Doppelwirkung

²⁰ Zur Frage der Festlegung der Beweislast durch die Richtlinie siehe unten sub II 1 b).

²¹ Siehe oben sub a).

vor. Die Annahme einer gewissen Sperrwirkung erscheint damit zumindest vertretbar, so daß §§ 312a I 1 Nr. 4, 312b I BGB-E einem signifikanten Risiko der Richtlinienwidrigkeit ausgesetzt sind.

Gleichwohl sprechen die besseren Gründe gegen jede Sperrwirkung der in Art. 2 Nr. 7 und 8 VerbraucherrechteRL enthaltenen Definitionen: Noch relativ schwach ist das Argument der Rechtsunsicherheit, die durch die Abgrenzung des „Nahbereichs“ ohne Anhaltspunkte im Text der Richtlinie andernfalls eintritt. Entscheidend ist jedoch das aus der Überschrift zu Kapitel III der Richtlinie folgende systematische Argument. Diese enthält nämlich bereits die durch Art. 2 Nr. 7 und 8 VerbraucherrechteRL näher definierten Begriffe. Damit wird deutlich, daß diese Begriffe – obwohl nicht frei von inhaltlichen Wertungen – primär der Beschreibung des Anwendungsbereichs der Artt. 6-16 VerbraucherrechteRL dienen und damit zugleich den Anwendungs- oder Geltungsanspruch der Vollharmonisierung begrenzen. Den in den einzelnen Vorschriften enthaltenen Bezugnahmen auf diese Begriffe kommt damit lediglich eine Art. 17 VerbraucherrechteRL entsprechende Funktion zu. Die Mitgliedsstaaten sind daher frei darin für die nicht unter die Begriffe des Fernabsatz- und des Außergeschäftsraumvertrags fallenden Konstellationen auch dann ein Widerrufsrecht und Formvorgaben vorzusehen, wenn sie sich dafür nicht auf unionsrechtliche Vorgaben stützen können. Trotz des erwähnten signifikanten Risikos der Richtlinienwidrigkeit, wären §§ 312a I 1 Nr. 4, 312b I BGB-E eine zulässige Umsetzung. Zusätzlich würde sich die Frage nach dem Harmonisierungsmaß bei den beiden Definitionen als Element für eine legislative Entschließung²² anbieten, durch den der Bundestag die Unklarheit der Richtlinie bemängeln könnte.

c) Insbesondere Vollharmonisierung bei Art. 16 VerbraucherrechteRL

Hingegen spricht viel dafür, daß die – ebenfalls für einen abgrenzbaren Teil der Richtlinie, die Artt. 9-15 geltenden – Ausnahmen vom Widerrufsrecht nach Art. 16 VerbraucherrechteRL qua Vollharmonisierung eine Sperrwirkung entfalten und der nationale Gesetzgeber daher – für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge – die betreffenden Lücken nicht füllen darf.

Zweifel an der Erfassung von Art. 16 VerbraucherrechteRL durch die Vollharmonisierung ergeben sich zum einen aus dem Regelungsstil der Vorschrift, welche demjenigen der Bestimmungen zum Anwendungsbereich entspricht. Ferner betrifft die Vorschrift nach ihrer Systematik die Anwendungsvoraussetzungen der Artt. 9-15 VerbraucherrechteRL.

Allerdings enthält die Richtlinie – anders als für die in Art. 2 Nr. 7 und 8 VerbraucherrechteRL enthaltenen Definitionen in der Überschrift zu Kapitel III

²² Zu diesem Instrument oben sub I 1.

keine besondere systematische Stellung für die Ausnahmen des Art. 16 VerbraucherrechteRL vor. Zudem formuliert nur Art. 9 I VerbraucherrechteRL den Verweis auf Art. 16 VerbraucherrechteRL als negatives Tatbestandsmerkmal, welche daher nicht als ständig mitschwingende Begrenzung des Anwendungsbereichs in nahezu sämtlichen einschlägigen Vorschriften auftaucht.²³ Schließlich sprechen die Inhalte der einzelnen Ausnahmetatbestände entscheidend dafür, daß sie Teil einer von der Vollharmonisierung erfaßten Interessenabwägung sind: In vier Fällen, Art. 16 lit. a, e, i und m VerbraucherrechteRL, handelt es sich um nach Vertragsschluß aufgrund des Parteiverhaltens eintretende Ausschlußgründe für zunächst bestehende Widerrufsrechte²⁴ und damit nicht um Regelungen des Anwendungsbereichs. Auch in den übrigen Fällen handelt es sich um Konstellationen, in welchen die Eignung des Widerrufsrechts aufgrund des Vertragsinhalts oder von zusätzlichen Besonderheiten beim Vertragsschluß fehlt oder zumindest nicht frei von Zweifeln ist. Der Europäische Gesetzgeber hat daher diese Fälle im Sinne von Art. 4 VerbraucherrechteRL abschließend in Art. 16 VerbraucherrechteRL geregelt.

Nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist damit freilich eine Ergänzung der Liste der Ausschlußgründe für solche Fälle, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weil der Umsetzungsgesetzgeber insoweit frei ist, über eine Erstreckung des Umsetzungsrechts auf diese Bereiche zu entscheiden. Das gilt insbesondere für die vom Regierungsentwurf in § 312g II Nr. 12 und 13 BGB-E vorgeschlagenen Ausnahmen, sofern und soweit sie von den Ausnahmen vom Anwendungsbereich in Art. 3 II lit. c und i VerbraucherrechteRL erfaßt sind, was nicht in jeder Hinsicht hinreichend gesichert ist.

3. Bedeutung des Entwurfs für ein einheitliches Kaufrecht für die Auslegung der Richtlinie und des Umsetzungsgesetzes

Für die Klärung der verbleibenden Spielräume des nationalen Gesetzgebers von Interesse ist auch der in Politik und Schrifttum umstrittene Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.²⁵ Dieser Vorschlag ist erkennbar von dem Bemühen gekennzeichnet, den Acquis unverändert zu

²³ Der Entwurf der Bundesregierung hat die Vorschrift ebenfalls in diesem Sinne verstanden und sie folgerichtig als Abs. II zur Umsetzung von Art. 9 I VerbraucherrechteRL in § 312g I BGB-E vorgeschlagen.

²⁴ Für zwei dieser Gründe hat der Entwurf der Bundesregierung daraus die richtige Konsequenz gezogen, ihre Regelung als Erlöschensgründe in § 356 IV und V BGB-E vorzuschlagen.

²⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.10.2011 über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

integrieren.²⁶ Dabei dürften viele nationale Gesetzgeber nicht ohne eine gewisse Befriedigung zur Kenntnis genommen haben, wie schwer es der Kommission gefallen ist, die Anforderungen an die Kohärenz des Verordnungsvorschlags mit dem selbst gesetzten Anspruch der Acquis-Konformität in Einklang zu bringen.

Für das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie hat die Vorlage der Kommission gleich doppelte Auswirkungen: Zum einen gibt sie Aufschluß darüber, was die Kommission im Blick auf die VerbraucherrechteRL selbst für eine zutreffende Umsetzung hält, was ihr die Mitgliedstaaten jedenfalls in späteren Vertragsverletzungsverfahren als Einwand widersprüchlichen Verhaltens entgegenhalten könnten, falls andere Maßstäbe angelegt werden. Zum anderen kommt dem Vorschlag ein entsprechend der vom EuGH in der Rechtssache *Rabobank* entwickelten Argumentationslinie auch im Stadium des Vorschlags – zwar nicht entscheidendes aber doch – erhebliches Gewicht bei der Auslegung der Richtlinie zu.²⁷ Beide Auswirkungen lassen es angezeigt erscheinen, sich bei der Ausarbeitung des Umsetzungsgesetzes zumindest auch am Vorschlag der Kommission zu orientieren.

4. *Privatrechtsorientierung der Richtlinie?*

Die deutsche Perspektive auf die umzusetzende Richtlinie, welcher ausweislich des Ansatzens am BGB auch der Regierungsentwurf folgt, ist eine privatrechtliche. Das ist jedenfalls teilweise zutreffend, weil die Richtlinie eine ganze Reihe subjektiver Rechte zwischen den – potentiellen – Vertragspartnern begründet²⁸ respective direkten Einfluß auf Vertragsinhalte nimmt²⁹. Ergänzt wird dieser auf das Vertragsrecht und das Schuldrecht zugeschnittene Ansatz um ausdrückliche und implizite Bezugnahmen auf das Lauterkeitsrecht, insbesondere in Artt. 26, 27 VerbraucherrechteRL. Die noch fehlende Bezugnahme in der

²⁶ So ist der Hinweis von *Staudenmayer* (Einleitung zur Beck'schen Textausgabe des Vorschlags S. XI) zu verstehen, das Verbraucherschutzniveau des Verordnungsvorschlags liege auf demselben oder einem höheren Verbraucherschutzniveau wie das bestehende Unionsrecht. Siehe ferner *Stürmer*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in: Schulte-Nölke u.a. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Sellier: München 2012, 47, 54 sowie *Schmidt-Kessel*, Einleitung, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, Sellier: München 2012, 1, 15.

²⁷ EuGH, 15.12.1997 – Rs. C-104/96 (*Rabobank / Minderghoud*) und zu den methodischen Einzelheiten *Riesenhuber/Riesenhuber*, *Handbuch der Methodenlehre des Europäischen Privatrechts*, de Gruyter: Berlin, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 28 f.

²⁸ Etwa die Wirkungen des Widerrufs (Artt. 13-15 VerbraucherrechteRL) und der Lieferverspätung (Art. 18 VerbraucherrechteRL).

²⁹ Insbesondere die Folgen von Informationspflichten (Art. 6 V und IV VerbraucherrechteRL) sowie des Zustimmungserfordernisses bei zusätzlichen Zahlungen (Art. 22 VerbraucherrechteRL).

UnterlassungsklagenRL³⁰ wird auch ohne deren Änderung weitgehend durch Art. 31 II VerbraucherrechteRL iVm Anhang II aufgefangen; zudem enthält Art. 23 II VerbraucherrechteRL eine – sehr knappe – eigene Regelung zur Verbandsklage.

Eine rein privatrechtliche Sichtweise ist jedoch aus verschiedenen Gründen unangemessen. Das gilt bereits für das generelle deutsche Grundverständnis einer rein privatrechtlichen Einordnung des allgemeinen europäischen Verbraucherrechts, welches sehr zweifelhaft ist.³¹ Bester normativer Beleg allgemeiner Art dafür ist die sog. VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO³², welche – in Deutschland ergänzt um das Verbraucherrechtsdurchsetzungsgesetz – einen allgemeinen Rahmen für die grenzüberschreitende verwaltungsrechtliche Durchsetzung gerade auch des Kernbestands des allgemeinen europäischen Verbraucherrechts³³ setzt; die rechtsvergleichende Binsenweisheit, daß andere Rechtsordnungen sehr viel stärker mit den Mitteln des Verwaltungs-, des Ordnungswidrigkeiten- und des Strafrechts durchsetzen hat sich hierin normativ niedergeschlagen. Daß die deutsche Verwaltungsinfrastruktur im allgemeinen nur sehr begrenzt für diese Durchsetzungsform geeignet ist, ändert an diesem europäischen Befund nichts.

Dieser Befund eines nicht rein privatrechtlichen Ansatzes gilt auch und in besonderem Maße für die VerbraucherrechteRL. Daß diese nicht allein die Setzung von Privatrecht veranlassen will zeigt sich bereits an der Bezugnahme auf die primär öffentlich-rechtlich einzuordnenden Regeln der DienstleistungsRL und der E-Commerce-RL³⁴ in Art. 6 VIII VerbraucherrechteRL. Zudem enthalten mehrere Vorschriften – insbesondere Artt. 19, 21 VerbraucherrechteRL – lediglich Anordnungen für nicht näher qualifizierte Verbote. Vor allem aber enthält die Richtlinie über die klassische Durchsetzungsformel des Art. 23 I

30 Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (kodifizierte Fassung), ABIEU Nr. L 110 vom 1. 5. 2009, 30.

31 Ebenso mit Nachdruck *Brönneke*, VuR 2012, 334 ff. Siehe auch *Schmidt-Kessel*, VuR 2012, 350, 354.

32 Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), ABIEU Nr. L 364 vom 9. 12. 2004, 1.

33 Siehe die Liste im Anhang der Verordnung.

34 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABIEU Nr. L 376 vom 27. 12. 2006, 36; Richtlinie 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"), ABIEG Nr. L 178 vom 17. 7. 2000, 1.

VerbraucherrechteRL hinaus die besondere Anordnung in Art. 24 VerbraucherrechteRL, daß die Mitgliedstaaten auch Sanktionen für Verstöße festsetzen müssen. Von alledem findet sich freilich im Gesetzentwurf der Bundesregierung nichts,³⁵ wobei ihr zugute zu halten ist, daß sie sich damit auf der überparteilichen Traditionslinie des deutschen Rechts bewegt. Der 69. Deutsche Juristentag in München hat freilich unlängst – in seiner Zivilrechtlichen Abteilung – gegenteilig entschieden.³⁶

II. Allgemeine konzeptionelle Fragen

Für das Umsetzungsgesetz stellt sich eine ganze Reihe konzeptioneller Fragen: Zunächst geht es darum, ob und inwieweit der Gesetzgeber seine allgemeinen sprachlichen und inhaltlichen Spielräume nutzen sollte. Das gilt vor allem für den Wortlaut des Umsetzungsrechts, welches aus Gründen der Rechtssicherheit jede nicht zwingend gebotene sprachliche Abweichung von der Richtlinie vermeiden sollte. Zudem ist zu erwägen, ob die Richtlinie für bestimmte Bereiche gezielt überschießend umgesetzt werden sollte. Eine ganz eigene Frage ist die im Vorfeld etwa auch beim Deutschen Juristentag behandelte Frage³⁷, ob es bei der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vorgenommenen Integration des verbraucherrechtlichen Sonderprivatrechts in das BGB bleiben soll, oder ob ein Sondergesetz oder gar eine Kodifikation des Verbraucherrechts anzustreben ist.

Neben diesen eher formalen Fragen stellen sich auch mehrere inhaltliche. Zunächst ist auf die vom Regierungsentwurf vorgenommene konzeptionelle Trennung von Rücktritt und Widerruf einzugehen. Ferner ist in Umsetzung von Art. 6 V VerbraucherrechteRL erstmals eine allgemeinere Regelung der Rechtsfolgenseite von Informationspflichten vorgeschlagen. Schließlich stellen sich Gebrauchsüberlassungskonstellationen mehr und mehr als das Stiefkind der an Waren und Dienstleistungen orientierten Systematik des europäisch induzierten Verbraucherprivatrechts da.

³⁵ Siehe unten sub III 5 zu der Frage, ob dies mit Art. 24 VerbraucherrechteRL vereinbar ist.

³⁶ Siehe den Beschluß des 69. Deutschen Juristentages München 2012, Abteilung Zivilrecht Nr. 3 lit. b: „Zur Rechtsdurchsetzung sind auch Mittel des Verwaltungs-, Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts zu rechnen.“

³⁷ Vgl. den abgelehnten Beschlußvorschlag zum 69. Deutschen Juristentages München 2012, Abteilung Zivilrecht Nr. 1 lit. a: „Die bestehenden Vorschriften des Verbraucherrechts sind in ein in sich geschlossenes, neu zu schaffendes Verbraucherrechtsgesetzbuch zu integrieren.“

1. Praktisches Gebot wortlautgetreuer Umsetzung

Der deutsche Privatrechtsgesetzgeber hat seine Freiheiten aus der lange Zeit im Verbraucherrecht üblichen Mindestharmonisierung auch zu großen systematischen und sprachlichen Abweichungen von den Vorgaben des Acquis genutzt. Im Streit um die sog. große und kleine Lösung im Vorfeld der Schuldrechtsmodernisierung hat diese Freiheit unausgesprochen eine große Rolle gespielt. Ihre Ausnutzung hat immerhin zu einer erheblich verbesserten Integration des Verbrauchervertragsrechts in die deutsche Zivilrechtswissenschaft geführt.

Die mit der Ausnutzung der in Art. 288 II AEUV verbrieften Freiheiten der Mitgliedstaaten verbundenen Risiken für eine kontinuierliche und verlässliche Gesetzesentwicklung haben sich freilich in den zehn Jahren seit der zusammenfassenden Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB ebenfalls gezeigt: Die geradezu permanenten Nachbesserungen des Umsetzungsgesetzgebers der letzten Jahre insbesondere in den Bereichen §§ 312 ff., 355 ff., 434 ff. BGB verdeutlichen, daß zu zahlreiche Abweichungen vom Richtlinienwortlaut die Gefahr einer Kodifikation *semper reformanda* begründen. In den genannten Bereichen finden sich zahlreiche Entscheidungen des EuGH, welche dem deutschen Umsetzungsgesetzgeber von 2001/2 ein sehr schlechtes Zeugnis ausstellen.³⁸ Gerade dem Verbraucherrecht mit seiner Abhängigkeit von der Vermittlung der Kenntnisse seiner Rechte an den Einzelnen, ist eine Gesetzgebungsaktivität, welche nicht einmal den Verlagen ein zeitnahes Nachführen der Gesetzessammlungen gestattet, kontraproduktiv.

Beispiel für eine schädliche Abweichung vom Richtlinienwortlaut ist etwa § 312d I 2 BGB-E, wo die Erhebung der erteilten Informationen zum Vertragsinhalt dem Wortlaut der Regelung nach in Abweichung von Art. 6 V VerbraucherrechteRL davon abhängt, ob die Erteilung der Information „in Erfüllung“ einer Informationspflicht erfolgt. Das könnte die Wirkungen des § 312d I 2 BGB-E davon abhängig machen, daß die Informationspflicht tatsächlich besteht und daß die erteilte Information die Pflicht erfüllt, also ordnungsgemäß ist. Art. 6

³⁸ Die Reihe beginnt schon vor dem Inkrafttreten mit EuGH, 13. 12. 2001 – Rs. C-481/99 (*Heiniger*: Anpassung von § 355 III BGB). Ferner EuGH, 25. 10. 2005 – Rs. C-350/03 (*Schulte*: verbundene Geschäfte; Rückabwicklung) und EuGH, 25. 10. 2005 – Rs. C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank eG*: Rechtsfolgen unterbliebener Belehrung; Rückabwicklung); EuGH, 10. 4. 2008 – Rs. C-412/06 (*Hamilton*: Vereinbarkeit des 2002 nicht übernommenen § 2 I 4 HWiG mit der Richtlinie); EuGH, 7. 6. 2008 – Rs. C-404/06 (*Quelle*: Korrektur von § 439 IV BGB durch § 474 II 1 BGB); EuGH, 3. 9. 2009 – Rs. C-489/07 (*Pia Messner*: Ergänzung von § 357 I BGB durch § 312e BGB); EuGH, 15. 4. 2010 – Rs. C-511/08 (*Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH*: Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung von § 357 I 1 BGB zu Hinsendekosten); EuGH, 16. 6. 2011 – Rs. C/65/09 und C-87/09 (*Weber* und *Putz*: Korrektur von §§ 275 II, 439 III BGB erforderlich).

V VerbraucherrechteRL enthält eine solche Einschränkung nicht und sie ist vermutlich auch von der Bundesregierung nicht gewollt.

a) Grundsatz

Als grundsätzliche und primäre Anforderung an den Umsetzungsgesetzgeber ist daher ein praktisches Gebot einer wortlautgetreuen Umsetzung zu formulieren, von dem nur aus wichtigem Grund abgewichen werden sollte. Umformulierungen führen nämlich lediglich zu Unsicherheiten bei der Auslegung des Umsetzungsrechts. Diese können im Extremfall Abweichungen bei einzelnen Tatbestandsmerkmalen begründen³⁹ vor allem aber in Rechtsprechung und Literatur Umkehrschlüsse veranlassen, welche das Umsetzungsrecht – wegen des abweichenden Wortlauts – systematisch in Gegensatz zur Richtlinie bringen.

Die wortlautgetreue Umsetzung kann insbesondere in solchen Fällen das Mittel der Wahl sein, in welchen die Richtlinie im konkreten Tatbestand Auslegungsspielräume läßt, die nicht dem Umsetzungsgesetzgeber, sondern nur den Gerichten zur Konkretisierung offenstehen. Auf diese Weise ließe sich das Risiko einer fehlerhaften Auslegung der Richtlinie durch den Umsetzungsgesetzgeber verringern. Mittels eines entsprechenden Auslegungshinweises in der Begründung könnte zugleich die Auslegung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte vorgeprägt und zugleich eine frühzeitige Vorlage an den EuGH veranlaßt werden.

b) Beweislast

Ein besonderes – aber kaum allgemein behandeltes⁴⁰ – Querschnittsthema stellt die Frage der Beweislastverteilung durch die Richtlinie und deren Behandlung im Rahmen der Umsetzung dar. Die Frage der Beweislast gehört zu den Klassikern des Einheitsrechts⁴¹ und des Kollisionsrechts,⁴² weil sie sich auf der Grenze zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bewegt. Bestimmt wird sie einerseits durch die prozessualen Regeln der Vortragslast, der Kooperation der Parteien im Verfahren und den zur Verfügung stehenden Beweismitteln und andererseits durch die mit Verteilungsentscheidungen einhergehenden materiellen Wertungen. Die eigentliche Schwierigkeit besteht darin, daß in den verschiedenen Rechtsordnungen die prozessuale Beweismittel- und Kooperationslage erst zusammen mit der materiellen Lastenverteilung das Gesamtbild ergibt.

³⁹ Beispielsweise bei der vorgeschlagenen Umsetzung der Regelung der Hotline-Kosten in § 312c IV BGB-E dazu unten sub III 1 c)

⁴⁰ Siehe immerhin *Naumann*, Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, Bern 2006.

⁴¹ Siehe etwa den Überblick über die Diskussion zum CISG bei Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG. Art. 4 Rn. 48-53.

⁴² Siehe Artt. 1 III, 18 Rom I-VO sowie dazu *Ferrari/Schulze*, Internationales Vertragsrecht, Art. 18 Rom I-VO Rn. 5 f.

Für das bislang ohne eigenes Zivilprozeßrecht auskommende Europarecht ist die Lage letztlich keine andere: Tragende Prinzipien sind daher – im Kern dem deutschen Recht entsprechend – das Günstigkeitsprinzip (Beweisbelastung des Profiteurs) und das Regel-Ausnahme-Prinzip (Beweispflichtigkeit der Ausnahme).⁴³ Neben zahlreichen Einzelbestimmungen mit offenkundiger Beweislastentscheidung⁴⁴ läßt sich ein allgemeiner Anhaltspunkt vor allem Art. 18 I Rom I-VO entnehmen, wonach die Beweislastverteilung dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Legt man dieses Verständnis auch dem Verbraucherrecht zugrunde, ergibt sich, daß die Richtlinie die Entscheidung über die Beweislastverteilung grundsätzlich selbst trifft; die passenden prozessualen Rahmenbedingungen sind dann gegebenenfalls über das – für das Einheitsrecht sonst nicht zur Verfügung stehende – *effet utile*-Gebot sicherzustellen. Eigenständige, in der Richtlinie so nicht vorgeprägte Beweislastentscheidungen verstoßen daher grundsätzlich gegen die Richtlinie, soweit sie diese nicht zulässigerweise überschießen umsetzen.⁴⁵

c) Rechtsfolgenseite

Die überwiegende Zahl an Nachbesserungen betrifft die Rechtsfolgenseite der Verbraucher eingeräumten Rechte.⁴⁶ Hier treffen eine besondere Schwäche des Richtlinienrechts, welches vieles zu den Standards aber vergleichsweise wenig zu deren Rechtsfolgen sagt, und der Konkretisierungswille des deutschen Gesetzgebers aufeinander. Letzterer agiert mit dem verständlichen Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, kann dies aber ohne Klärung durch den EuGH oder den europäischen Gesetzgeber letztlich nicht leisten.

Der Grund hierfür liegt vor allem in dem relativ unbestimmten Grundsatz des *effet utile*, den der EuGH immer wieder zur Konkretisierung der Rechtsfolgenseite

⁴³ In diesem Sinne bereits *Naumann*, Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, Bern 2006, 250-255.

⁴⁴ Das gilt insbesondere für die Richtlinien des Antidiskriminierungsrechts, vgl. etwa *MüKo/Thüsing* § 22 AGG Rn. 1 ff.

⁴⁵ Letzteres ist etwa der Fall bei der Ausweitung des Fernabsatzvertrags durch die in § 312b I BGB-E vorgesehene und in Art. 2 Nr. 7 VerbraucherrechteRL nicht enthaltene Beweislastumkehr hinsichtlich des für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems.

⁴⁶ EuGH, 25. 10. 2005 – Rs. C-350/03 (*Schulte*: verbundene Geschäfte; Rückabwicklung) und EuGH, 25. 10. 2005 – Rs. C-229/04 (*Crailheimer Volksbank eG*: Rechtfolgen unterbliebener Belehrung; Rückabwicklung); EuGH, 7. 6. 2008 – Rs. C-404/06 (*Quelle*: Korrektur von § 439 IV BGB durch § 474 II 1 BGB); EuGH, 3. 9. 2009 – Rs. C-489/07 (*Pia Messner*: Ergänzung von § 357 I BGB durch § 312e BGB); EuGH, 15. 4. 2010 – Rs. C-511/08 (*Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH*: Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung von § 357 I 1 BGB zu Hinsendekosten); EuGH, 16. 6. 2011 – Rs. C/65/09 und C-87/09 (*Weber und Putz*: Korrektur von §§ 275 II, 439 III BGB erforderlich).

europarechtlich begründeter Rechtspositionen heranzieht. Er liegt ferner darin, daß sich der EuGH die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe – etwa „unentgeltlich“ und „kostenlos“ – vielfach selbst vorbehält. In beiden Fällen ist folglich eine autonome Konkretisierung durch den Umsetzungsgesetzgeber gesperrt oder zumindest sehr eingeschränkt. Ein detailliertes Ausbuchstabieren der Rechtsfolgenseite im Umsetzungsrecht des BGB begründet daher mit hoher Wahrscheinlichkeit absehbaren Nachbesserungsbedarf.

Das gilt erst recht, wenn die Rechtsfolgenseite – wie in § 357a IV BGB-E vorgeschlagen – in einer Weise beschränkt wird, die von der Richtlinie gar nicht vorgesehen ist.⁴⁷ Insbesondere der europarechtliche Äquivalenzgrundsatz, welcher die Diskriminierung europarechtlich begründeter Rechtspositionen gegenüber autonom nationalen untersagt, könnte hier entgegenstehen, soweit eine – nach deutschem Recht selbstverständliche oder ohne weiteres begründbare – Rechtsfolge ausgeschlossen wird, welcher die Richtlinie nicht entgegensteht oder die sogar vom Effektivitätsgrundsatz geboten sein könnte.

d) Zusammenfassende Umsetzung

Ein Sonderproblem, welches sich aus dem Nebeneinander paralleler Regelungen in verschiedenen Richtlinien ergibt, liegt in dem Bedürfnis des – dankenswerterweise – systematisch denkenden nationalen Gesetzgeber, aus solchen Parallelstrukturen ein System im Umsetzungsrecht zu machen. Viele Mitgliedstaaten folgen diesem Bedürfnis nicht – oder jedenfalls nicht legislativ – und beschränken sich auf eine kompilierende Aneinanderreihung der Umsetzungsbestimmungen selbst in Verbraucherrechtskodifikationen.⁴⁸

Derartige zusammenfassende Umsetzungen – wie sie der Entwurf der Bundesregierung etwa beim Garantiebegriff in § 443 BGB-E oder beim hinsichtlich Art. 2 Nr. 5 VerbraucherrechteRL nicht zur Umsetzung vorgeschlagenen Kaufvertragsbegriff vorsieht – bergen das erhebliche Risiko, daß die vorgeschlagene Lösung jedenfalls einer der betroffenen Richtlinien nicht gerecht wird. Deshalb ist es insbesondere sehr zu begrüßen, daß der Gesetzentwurf der Bundesregierung in den §§ 357-357c BGB-E nach Widerrufgrundlagen getrennte Regeln über die Rechtsfolgen vorsehen. Auch wenn die mangelnde Systematik eines vom europarechtlichen Pointilismus bestimmten Umsetzungsgesetzes in der Anwendung zusätzliche Fragen aufwirft, ist die damit verbundene Unsicherheit eher hinzunehmen als eine, welche auf der möglichen Europarechtswidrigkeit der zusammenfassenden Norm beruht.

⁴⁷ Anders für den auf Art. 14 V VerbraucherrechteRL beruhenden § 357 X BGB. Dazu bereits oben sub I 1.

⁴⁸ Dies gilt insbesondere für den französischen *Code de la consommation* und mit Abstrichen auch für den italienischen *Codice di consumo* und das österreichische Konsumentenschutzgesetz.

Bei den Regeln über den Verbrauchsgüterkauf führt die zusammenfassende Regelung von Verbrauchsgüterkäufen nach der VerbrauchsgüterkaufRL und der VerbraucherrechteRL dazu, daß die Ausnahme für die öffentliche Versteigerung gebrauchter Sachen nach § 474 II 2 BGB-E auch für Umsetzungen von Bestimmungen der VerbraucherrechteRL in dem zugehörigen Untertitel gilt, welche eine solche Ausnahme nicht vorsieht. Das gilt insbesondere für die partielle Umsetzung von Art. 18 VerbraucherrechteRL in § 474 III BGB-E und von Art. 20 VerbraucherrechteRL in § 474 IV BGB-E. Auch wenn es sich dabei um praktisch nicht furchtbar bedeutsame Fälle handelt, wäre die Richtlinie hier nicht zutreffend umgesetzt. Zudem wäre der Untertitel als Umsetzungsort weiterer Richtlinienbestimmungen – etwa der übrigen Teile von Art. 18 VerbraucherrechteRL – nur begrenzt geeignet.

2. *Bereiche überschießender Umsetzung?*

Die allgemeinen Beschränkungen des Anwendungsbereichs vor allem durch deren Art. 3 VerbraucherrechteRL werfen die Frage auf, ob der deutsche Gesetzgeber insoweit überschießend umsetzen sollte. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hat den Ausnahmenkatalog in § 312 BGB-E nur teilweise umgesetzt.

a) *Überschießende Umsetzung der allgemeinen Pflichten und Grundsätze*

Der Katalog der Ausnahmereiche, welche der Gesetzentwurf für § 312 II BGB-E vorschlägt, erfaßt abweichend von Art. 3 III VerbraucherrechteRL zunächst ganz generell die allgemeinen Pflichten und Grundsätze nach § 312c I, III, V und VI BGB-E nicht. Ausnahmslos für alle – entgeltlichen⁴⁹ – Verbraucherverträge gelten damit das Anonymitätsverbot (Abs. I; Art. 8 V VerbraucherrechteRL), die Begrenzung von Entgelten für bestimmte Zahlungsmittel (Abs. III, Art. 19 VerbraucherrechteRL) sowie die Anforderungen an die Entgeltlichkeit von Nebenleistungen (Abs. V; Art. 22 VerbraucherrechteRL); hinzu tritt die in Abs. VI enthaltene Ausnahme von § 139 BGB.

Diese allgemeine Regelung, welche insbesondere auch zur Anwendung der Nebenentgeltregelungen auf sämtliche Finanzdienstleister führt, ist sehr zu begrüßen. Sie schafft einen über die AGB-Kontrolle hinausgehenden – wenn auch kleinen – echten Allgemeinen Teil des Verbraucherrechts in einem besonders anfälligen Bereich.

⁴⁹ Dazu unten sub III 1 b).

b) Überschießende Umsetzung im Kaufrecht

Die Regelungstechnik hat insbesondere zur Folge, daß der Katalog der Einschränkungen nach Art 3 VerbraucherrechteRL nicht für die Umsetzung von Art. 18 VerbraucherrechteRL in §§ 323, 474 III BGB-E und von Art. 20 VerbraucherrechteRL in § 474 IV BGB-E gilt. Diese überschießende Umsetzung ist zu begrüßen, weil Bedürfnisse für eine Einschränkung dieser Bestimmungen im Sinne von Art 3 VerbraucherrechteRL nicht bestehen. Vielmehr wäre eine Übernahme der Liste von Bereichsausnahmen auch in diesen Teil nicht sinnvoll, weil dann zusätzlich zwischen den Umsetzungsbestimmungen nach beiden Richtlinien unterschieden werden müßte.

c) Überschießende Umsetzung für soziale Dienstleistungen und Wohnraummiete

Eine begrenzte überschießende Umsetzung enthält § 312 III BGB-E für soziale Dienstleistungen, welche Art 3 III lit. a VerbraucherrechteRL völlig aus deren Anwendungsbereich herausnimmt. Anwendbar sind danach vor allem ein Großteil der allgemeinen Grundsätze nach § 312c BGB-E sowie das Widerrufsrecht nach § 312g BGB-E, während die Informationspflichten drastisch reduziert sind. Entsprechendes gilt mit Einschränkungen auch für die Vermietung von Wohnraum nach § 312 IV BGB-E, welche Art 3 III lit. f VerbraucherrechteRL ausnimmt.

Beide Ausweitungen sind rechtspolitisch grundsätzlich zu begrüßen. Umgekehrt sind die überbordenden Informationspflichten nach der Richtlinie jedenfalls in diesen Fällen vielfach nur eingeschränkt als Schutzinstrument geeignet. Bedenken könnte allenfalls der Umstand erregen, daß die Wohnraummiete hier – trotz allen begrifflich systematischen Zweifeln – nun ausdrücklich dem Verbraucherrecht geöffnet wird. Näher hätte m.E. gelegen, die Verweisungsnorm als neuen § 549 IV BGB-E einzustellen und dabei zugleich das Problem der typische Mischnutzung des Wohnraums für selbständige Tätigkeiten⁵⁰ nicht mit den Mischfällen beim Verbraucherbegriff zu kombinieren.

Nicht kohärent ist freilich, daß – hinsichtlich der Richtlinie wegen Art 3 III lit. b VerbraucherrechteRL korrekt – Behandlungsverträge iSv § 630a BGB ebenfalls aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden, § 312 II Nr. 7 BGB-E. Auch bei diesen handelt es sich um soziale Dienstleistungen. Rechtspolitisch gerechtfertigt erscheint die Unanwendbarkeit daher allenfalls für Notfallbehandlungen und Hausbesuche.

⁵⁰ Vgl. Jauernig/Teichmann § 549 Rn. 2.

d) Überschießende Umsetzung bei Reise- und Beförderungsverträgen?

Keine überschießende Umsetzung sieht der Regierungsentwurf hinsichtlich der Anwendbarkeit des Umsetzungsrechts auf Verträge über Pauschalreisen und Beförderungsverträge vor, § 312 II Nr. 4 und 5 BGB-E. Diese Ausnahmen gehen, welche auf Art. 3 III lit. g und k VerbraucherrechteRL zurückgehen, greifen freilich für die Beförderungsverträge zu weit, weil Art. 3 III lit. k VerbraucherrechteRL die Anwendbarkeit der Regeln zu den Formanforderungen im Fernabsatz nach Art. 8 II VerbraucherrechteRL festschreibt.

Im übrigen ist die Ausweitung der bisherigen fernabsatzrechtlich nur angedeuteten Ausnahme⁵¹ auf Haustürgeschäfte ebenso unangemessen wie der Ausschluß insbesondere des Widerrufsrechts bei Pauschalreisebuchungen über das Internet. Bereits die Richtlinie verfährt hier nicht kohärent, weil die Begründung eines Pauschalangebots zum Entzug des für die Einzelleistungen weitgehend bestehenden Schutzes rührt, ohne daß eine geringere Schutzwürdigkeit bestünde – im Gegenteil ist die dadurch verbraucherschädliche Auswirkung des ansonsten die besondere Gefährdungslage der Pauschalreise beschreibenden Tatbestandsmerkmals geradezu widersinnig.

e) Partielle Anwendung auf notariell beurkundete Verträge

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung schlägt vor, von der in Art. 3 III lit. i VerbraucherrechteRL ermöglichten vollständigen Ausnahme von vor Notaren oder vergleichbaren öffentlichen Amtsträgern geschlossenen Verträgen nur teilweise Gebrauch zu machen. Keine Beschränkung liegt in der Bezugnahme auf die notarielle Beurkundung durch § 312 II Nr. 1 BGB-E; die öffentliche Beglaubigung nach § 129 BGB etwa erfüllt nämlich nicht die nach Art. 3 III lit. i VerbraucherrechteRL geforderte Voraussetzung einer umfassenden rechtlichen Aufklärung. Eine überschießende Umsetzung wird hingegen vorgeschlagen, indem nicht jede notarielle Beurkundung für die Herausnahme ausreicht, sondern nur solche Beurkundungen, welche gesetzlich vorgeschrieben sind. Für die übrigen schließt § 312g II Nr. 13 BGB-E lediglich das Widerrufsrecht aus.

Für die Bewertung dieser differenzierten Lösung ist zunächst darauf hinzuweisen, daß bei notarieller Beurkundung in der Kanzlei des Notars praktisch immer ein Außergeschäftsraumvertrag nach § 312a BGB-E vorliegt. Die daraus folgende nahezu durchgehende Anwendung der §§ 312d, 312f BGB-E auf notariell beurkundete aber nicht beurkundungspflichtige Verträge ist in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend. Die Anforderungen des § 312f BGB-E werden ohnehin weitgehend bereits durch die Beurkundung erfüllt. Die Anwendung des § 312d BGB-E im Blick auf notarielle Verträge führt zudem die Erklärung der

⁵¹ Siehe § 312b III Nr. 6 BGB.

erteilten Informationen zum Vertragsinhalt durch § 312d I 2 BGB-E zu deren Beurkundungsbedürftigkeit und zu einer entsprechenden Vorlesungspflicht. Sinnvoller erscheint es daher, die materiellen Standards der Informationspflichten in die Beratungspflicht zu integrieren, welche diese Rechtsfolgen so nicht zeichnet.

3. *Derzeit weder Sondergesetz noch Kodifikation*

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Schuldrechtsmodernisierung seine ursprüngliche Linie einer weitgehenden Umsetzung verbraucherrechtlicher Richtlinien in Sondergesetzen aufgegeben. Diese Integration des Verbraucherrechts ist im Blick auf den damit verbundenen Nachbesserungsbedarf mit erheblichen Nachteilen verbunden, was die Frage aufwirft, ob der Gesetzgeber diese Entscheidung rückgängig machen sollte.

Grund für den ständigen Nachbesserungsbedarf der Vergangenheit war weniger die Integration in den Text des BGB als vielmehr die Vernetzung mit dessen übrigen Teilen. Dieser technisch anspruchsvolle systematische Vorgang hat dem Anpassungsdruck des am Telos orientierten europäischen Verbraucherrechts nicht stand gehalten. Daraus zieht die Bundesregierung jetzt in ihrem Entwurf insoweit die Konsequenz, als insbesondere die Regelungen des Widerrufsrechts von denen des allgemeinen Rücktrittsrechts separiert werden.⁵² Als weitgehend in sich abgeschlossene Regelung innerhalb des BGB – zusätzlich betont durch die teilweise problematischen §§ 357 X, 357a IV BGB-E – wird jedenfalls für die Widerrufsrechte damit künftig die dogmatisch getriebene Vernetzung mit dem BGB im übrigen reduziert.

Da die beschriebene innere Isolation eines wesentlichen Teils der Umsetzungsregeln auch dazu dient, diese Regeln bei Bedarf aus dem BGB herauslösen zu können, stellt sich die Frage, warum das Sondergesetz nicht jetzt schon geschaffen wird. Dagegen spricht zunächst der mit der Ausgliederung einhergehende Verlust an Aufmerksamkeit für das neue Recht: Änderungen des BGB lösen in der Fachcommunity ungleich mehr Interesse aus als solche von Nebengesetzen, was sich der Gesetzgeber auch regelmäßig bei den Auslagerungen in das EGBGB und die BGB-InfoV zunutze macht. Die nach der Schuldrechtsmodernisierung auch durch die Eingliederung gewonnene Bedeutung des Verbraucherrechts – es ist nun unausweichlich in jedem BGB-Kommentar mitbehandelt – sollte nicht durch eine Rücknahme dieser Entscheidung aufs Spiel gesetzt werden.

Hinzu kommt ein technischer Grund: Werden die Rechtsquellen BGB und Verbraucherprivatrecht separiert entsteht das zusätzliche – vor allem in § 312 BGB-E schon jetzt spürbare – Bedürfnis nach Abgrenzungsnormen. Daß dieser

⁵² Dazu sogleich sub 4.

Bedarf vielen Juristen ganz selbstverständlich ist, zeigt sich auch daran, daß der deutsche Juristentag 2012 für den Fall der Nichtausgliederung des Verbraucherprivatrechts darüber abzustimmen hatte, ob durch entsprechende Verweisungen klarzustellen sei, „ob die zivilrechtlichen und verbraucherrechtlichen Regelungen kumulativ oder alternativ zur Anwendung gelangen.“⁵³ Dieses – als Minus zur Auslagerung verstandene – Anliegen zeigt, daß zumindest viele Beteiligte unausgesprochen von entsprechenden Klärungen bei Schaffung eines Sondergesetzes ausgingen. Solche Abgrenzungsnormen sind freilich regelmäßig Konkretisierungen von Richtlinien durch den nationalen Umsetzungsgesetzgeber, der damit von den europäischen Vorgaben abzuweichen droht: Die normenhierarchisch untere Ebene kann eben nicht autonom über die Abgrenzung von der höheren Ebene entscheiden. Die mit der Schaffung eines Sondergesetzes einhergehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Abgrenzungsnormen – oder zumindest systematischen Abgrenzungsargumente – führen daher nur zu einer scheinbaren Sicherheit, solange sie nicht vom EuGH akzeptiert sind. Wie schwierig diese Normen auch ohne normhierarchische Fragen sind zeigt etwa ungeklärte Verhältnis von Art. 14 V VerbraucherrechteRL zur allgemeinen Privilegierung des Vertragsrechts durch Art. 3 V VerbraucherrechteRL; weitere Beispiele aus anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen lassen sich leicht aufzeigen.⁵⁴ Ein Belassen des Verbraucherrechts im BGB erlaubt den Verzicht auf die – ansonsten zweifellos gestellte – Grundfrage, in welchem Verhältnis BGB und Sondergesetz ganz generell stehen.

Erst recht kann es derzeit nicht das Ziel des deutschen Gesetzgebers sein, im Bereich des Verbraucherrechts kodifikatorisch tätig zu werden: Bislang verfügen wir im europäischen Mehrebenensystem über kein geeignetes legislatives Mittel, die mit einer Kodifikation einhergehenden Abgrenzungen und Systematisierungen auf der Ebene des nationalen Rechts europarechtskonform durchzuführen. Zudem würde eine (Teil-)Kodifikation des Verbraucherrechts für zahlreiche mehrfachfunktionale Normen, die andere Zwecksetzungen mit dem Verbraucherschutz verbinden, eine nicht ratsame Zuordnungsentscheidung erfordern – wohin gehören etwa die im geltenden § 312j BGB⁵⁵ angedeuteten Regeln über den Anbieterwechsel? Schließlich steht die Wissenschaft vom Verbraucherrecht erst am Anfang einer breiten auch rechtsvergleichend geleiteten

⁵³ So der abgelehnte Beschlußvorschlag zum 69. Deutschen Juristentages München 2012, Abteilung Zivilrecht Nr. 1 lit. b.

⁵⁴ Siehe etwa für Italien das ungeklärte Verhältnis der Abgrenzungsnormen Art. 1469bis Codice civile und Art. 38 Codice del Consumo zueinander.

⁵⁵ Bezüglich dieser Vorschrift liegt im Regierungsentwurf offenbar ein Redaktionsversehen vor: Ihr Verbleib wird in den Erläuterungen nicht erklärt, im vorgeschlagenen Gesetzestext ist sie nicht mehr enthalten.

Durchdringung des Verbraucherrechts und hat die für eine Kodifikation erforderliche Systematik auch im Übrigen bislang nicht anzubieten. Die Zeit ist dafür nicht reif.

4. Separierung des Widerrufsrechts von den Rücktrittsfolgen

Zu den großen systematischen Veränderungen, welche der Regierungsentwurf vorschlägt, zählt die Separierung des Widerrufsrechts von den Rücktrittsfolgen. Diese ist uneingeschränkt zu begrüßen. Zwar wird die Trennung zweifellos die umfangreiche und alte Debatte um die Rechtsnatur des Widerrufsrechts wiederbeleben, weitaus wichtiger ist jedoch der mit dieser Trennung einhergehende Gewinn an Regelungsklarheit durch Verzicht auf lange Verweisungsketten und an Rechtssicherheit.

Eine von der systematischen Grundentscheidung der Separierung zu trennende Frage ist die nach der richtigen Ergänzung insbesondere der §§ 357 ff. BGB-E hinsichtlich dort nicht geregelter Fragen des Rückgewährverhältnisses. Dabei ist es zunächst richtig, daß die Bundesregierung keinen gesetzlichen Ergänzungsmechanismus vorschlägt, der bei gegenteiliger EuGH-Entscheidung wieder korrigiert werden müßte. Umgekehrt wäre freilich darauf zu achten, daß durch die Umsetzung und ihre Begründung europarechtlich zulässige Ergänzungen – etwa der Verzugsfolgen bei verspäteter Rückzahlung – nicht abgeschnitten werden. Das gilt insbesondere für die Analogiefähigkeit weiterer Regeln des Rücktrittsrechts, etwa von § 346 IV BGB. Im Gegenteil wäre es hilfreich, die Anmerkungen zu §§ 357 X, 357a IV BGB-E noch um weitere Hinweise zur Rechtsfolgenseite zu ergänzen, das gilt insbesondere für die Frage der Rückabwicklung von Gebrauchsüberlassungen.

5. Rechtsfolgen von Informationspflichten

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hat sich dafür entschieden, die Rechtsfolgen von Informationspflichten nur insoweit ausdrücklich zu regeln, als dies durch die Richtlinie vorgegeben ist. Das gilt insbesondere für die Erhebung der erteilten Informationen zum Vertragsbestandteil durch § 312d I 2 BGB-E (in Umsetzung von Art. 6 V VerbraucherrechteRL),⁵⁶ welche allein für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge erfolgt. Dabei besteht kein Zweifel daran, daß die Informationspflichten im Anwendungsbereich von Art. 5 VerbraucherrechteRL dem Umsetzungsgesetzgeber – schon wegen des Mindeststandards nach Abs. IV – grundsätzlich einen entsprechenden Spielraum eröffnen.

⁵⁶ Zu Schwächen der Formulierung bereits oben sub II 1.

Meines Erachtens sollte der deutsche Gesetzgeber dahingehend nutzen, durch überschießende Umsetzung die bislang für § 312d I 2 BGB-E vorgesehene Regel auf alle Informationspflichten in Verbraucherverträgen ausweiten. Die bislang nie abschließend entschiedene Frage, ob diese Pflichten – mittelbar über die Einbeziehung der erteilten Informationen in den Vertrag – auch das Erfüllungsinteresse des Verbrauchers zu gestalten und insbesondere zu schützen vermögen, ließe sich dadurch klären. Entsprechende Folgefragen (Anfechtung, AGB-Kontrolle etc.) sollten freilich der Rechtsprechung überlassen bleiben, weil Art. 23 I VerbraucherrechteRL hier Raum für eigene Konkretisierungen des EuGH gibt.

Überschießend umsetzen will die Bundesregierung hingegen die besondere Rechtsfolgenanordnung des Art. 6 VI VerbraucherrechteRL hinsichtlich Fracht-, Liefer- oder Versandkosten sowie sonstiger Kosten, über die der Unternehmer nicht wie geboten⁵⁷ informiert hat, ganz generell also auch für solche Verbraucherverträge, welche nicht als Fernabsatz- oder Außergeschäftsraumvertrag geschlossen werden, § 312c II 2 BGB-E. Da diese Regel bis auf den Verweis auf die jeweiligen Informationspflichten exakt mit § 312e BGB-E übereinstimmt, wäre eine Zusammenfassung zu einer Vorschrift zu erwägen. Entscheidend wäre dabei, daß die Standards des Art. 6 VI VerbraucherrechteRL exakt eingehalten werden. Dabei könnte zugleich die nicht erforderliche Abweichung vom Regelungswortlaut der Richtlinie beseitigt werden. Rechtspolitisch ist diese Erweiterung zu begrüßen, auch wenn es sich – anders als der Regierungsentwurf ausführt⁵⁸ – nicht um eine Sanktion nach Art. 24 VerbraucherrechteRL, sondern lediglich um ein Mittel der Durchsetzung nach Art. 23 I VerbraucherrechteRL handelt – für eine Sanktion fehlt es an der Kompensationslosigkeit der Rechtsfolge, die sich für den Regelfall bereits aus den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung ergibt.

6. *Problemfall Gebrauchsüberlassung*

Ein klassisches Stiefkind des Europarechts sind Gebrauchsüberlassungsverträge, welche in dessen klassischer Dichotomie Waren und Dienstleistungen keinen rechten Raum findet. Überwiegend werden diese warenbezogenen Rechtsverhältnisse als Dienstleistungen eingeordnet.⁵⁹ Für die

⁵⁷ Art. 246 I Nr. 3 EGBGB-E; Art. 5 I lit. c VerbraucherrechteRL soll hinsichtlich der sonstigen Kosten überschießend umgesetzt werden.

⁵⁸ BT-Drs. 17/12637, 70.

⁵⁹ Insbesondere EuGH, 10. 3. 2005 – Rs. C-336/03 (*easy Car / Office of Fair Trading*). Ferner etwa von der Groeben/Schwarze/Tiedje/Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 50 EG Rn. 28.

VerbraucherrechteRL ist diese Einordnung naheliegender Weise ungeklärt, weshalb der Umsetzungsgesetzgeber entsprechend zurückhaltend reagieren sollte. Anzuraten sind hier wiederum Auslegungshinweise in den Ausschlußbegründungen sowie die Aufforderung an die europäischen Organe zu einer baldigen Klärung der Zuordnung im Wege einer Entschließung.

Schwierigkeiten bereitet die Vernachlässigung von Gebrauchsüberlassungsverträgen vor allem hinsichtlich der Rückabwicklung nach Widerruf. Ein Ersatz für die im Rahmen der Gebrauchsüberlassung gezogenen Nutzungen ist nämlich in Art. 14 VerbraucherrechteRL und folgerichtig auch in § 357 BGB-E nicht unmittelbar vorgesehen. Wenn und soweit die Rechtsprechung des EuGH zu der Auffassung gelangen würde, ein Gebrauchsüberlassungsverhältnis sei als Vertrag über Waren im Sinne von § 14 II VerbraucherrechteRL (§ 357 VII BGB-E) einzuordnen, bliebe es grundsätzlich bei diesem – für viele Fälle von Gebrauchsüberlassungen rechtspolitisch fragwürdigen – Ergebnis. Bei einer Einordnung als Dienstleistung entsteht hingegen unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 14 III VerbraucherrechteRL (§ 357 VIII BGB-E) ein dort nur vorausgesetzter Wertersatzanspruch für bereits erbrachte Leistungen, der bei überhöhtem Preis – und möglicherweise auch bei Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung – nach Art. 14 III 3 VerbraucherrechteRL (§ 357 VIII 5 BGB-E)⁶⁰ zu reduzieren ist.

Für den Umsetzungsgesetzgeber läßt die Richtlinie damit im Ergebnis keine Wahl: Die Frage der Wertersatzes für im Rahmen von Gebrauchsüberlassungen gezogene Nutzungen hängt an der Einordnung des jeweiligen Vertrags durch die Rechtsprechung. Dabei liegt es durchaus nahe, ganz überwiegend von Dienstleistungen auszugehen, soweit nicht – wie etwa in manchen Formen des Finanzierungsleasings – die Gebrauchsüberlassung vom Warengeschäft mit Finanzierungshilfe völlig überlagert wird.⁶¹ Entscheiden kann das freilich die der Umsetzungsgesetzgeber; dieser wäre vielmehr wiederum darauf beschränkt seine politische Konkretisierungsintention in den Erläuterungen zu äußern. Dies könnte etwa bei den Ausführungen zu § 357 VIII BGB-E geschehen.

⁶⁰ Auch hier sollten jeweils die Abweichungen vom Wortlaut der Richtlinie im Gesetzgebungsverfahren noch beseitigt werden.

⁶¹ Vgl. zu den verschiedenen möglichen primärrechtlichen Einordnungen von der Groeben/Schwarze/Tiedje/Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 50 EG Rn. 11 und 29 ff.; vgl. auch EuGH, 26. 10. 1999 –Rs. C-294/97 (*Eurowings Luftverkehrs AG / FA Dortmund-Unna*).

III. Einzelpunkte

1. *Definition der Textform*

Der Regierungsentwurf paßt § 126b BGB(-E) an die Definition des dauerhaften Datenträgers in Art. 2 Nr. 10 VerbraucherrechteRL an. Das ist für die verschiedenen Bezugnahmen auf beiden Vorschriften unausweichlich. Beseitigt werden sollten freilich noch die verschiedenen Abweichungen vom Wortlaut der Richtlinie, die in den Erläuterungen zum Regierungsentwurf nicht begründet werden.

Herkömmliche Internetseiten sind davon in der Regel nicht erfaßt.⁶² Im Hinblick darauf ist es durchaus bedauerlich, daß der deutsche Umsetzungsgesetzgeber die Umsetzung im Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs nicht näher ausgestalten kann, wenn er vom Richtlinienwortlaut nicht (noch weiter) abweichen will. Mein Vorschlag wäre es, im Bericht des Rechtsausschusses einen entsprechenden Text als Erläuterung einzufügen, welcher auf die differenzierte Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs bezug nimmt und diese vielleicht sogar teilweise aufnimmt. Damit könnte man zugleich die Entwicklungsfähigkeit der vorgesehen Definition demonstrieren.

2. *Allgemeine Regeln des Verbraucherrechts*

a) *Definition des Verbrauchervertrags*

Das Umsetzungsgesetz begründet keine eigenständige Definition des Verbrauchervertrags, sondern verweist lediglich auf die in § 310 III BGB vorhandene Legaldefinition.⁶³ Das überzeugt nicht: Wenn das BGB in den §§ 312 ff. BGB-E schon eine Art kurzen Allgemeinen Teil des Verbrauchervertragsrechts erhält, dann sollte dieser auch eine der Formulierung von Art. 1 VerbraucherrechteRL („Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden“) entsprechende Definition in ihrem Einleitungsartikel enthalten. Dieser könnte lauten:

„(1) Die Vorschriften dieses Untertitels gelten für Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden (Verbraucherverträge).“

⁶² Siehe die in den Erläuterungen zitierte Entscheidung EuGH, 5. 7. 2012 – Rs. C-49/11, Rn. 50. (*Content Services Ltd / Bundesarbeitskammer*). Siehe aber die sehr viel differenziertere Auffassung in EFTA-Gerichtshof, 27. 1. 2010 – E-4/09 (*Inconsult Anstalt / Finanzmarktaufsicht Lichtenstein*).

⁶³ Der ausdrückliche Verweis entspricht nicht der üblichen Verwendung von legaldefinierten Begriffen im BGB und sollte daher jedenfalls entfallen.

§ 310 III BGB wäre entsprechend anzupassen. Die weitergehende Anwendungsbereich von Kapitel 3 des Untertitels könnte dann eingangs dieses Kapitels klargestellt werden.

b) Keine Beschränkung auf entgeltliche Leistungen

Die vorgeschlagene Formulierung würde zudem die unglückliche Beschränkung des Anwendungsbereichs auf entgeltliche Verträge beseitigen und damit einer Wiederholung der durch die Ditzinger-Entscheidung⁶⁴ nicht beendeten Diskussionen um diese Frage in der HaustürgeschäfteRL vorbeugen. Ein solches einschränkendes Kriterium ist weder im Katalog des Art. 3 VerbraucherrechteRL noch in Art. 1 VerbraucherrechteRL enthalten. Der Regierungsentwurf stützt sich zu seiner Begründung auf die entsprechenden Erfordernisse in Art. 2 Nr. 5 und 6 VerbraucherrechteRL sowie auf den Sinn von Informationspflichten zur Gegenleistung.⁶⁵

Diese Einschränkung ist europarechtswidrig und auch rechtspolitisch ungünstig. Die Richtlinie enthält keine entsprechenden Beschränkungen und erfaßt damit auch unentgeltliche Zusendungen im Fernabsatz oder unter Außergeschäftsraumverträgen. Auch rechtspolitisch ist die vorgenommene Einschränkung nicht sinnvoll, beruhen doch viele kommerzielle Angebote des Web 2.0 und Web 3.0 auf der Idee, daß für die erbrachte Leistung vom Nutzer kein Preis geschuldet wird. Die Anwendbarkeit der verbrauchervertragsrechtlichen Regelungen auf derartige Rechtsverhältnisse sollte aber außer Streit gestellt werden, weil ansonsten die Anwendbarkeit des Umsetzungsrechts von der Einordnung der von den Anbietern erhaltenen und zu Werbezwecken genutzten Informationen und – nicht selten – personenbezogenen Daten als Gegenleistung oder Entgelt abhinge.

c) Die allgemeinen Pflichten und Grundsätze

Neben den bereits behandelten Rechtsfolgen von Informationspflichten⁶⁶ geht es bei den allgemeinen Regeln des § 312c III-V BGB-E um Nebenentgelte verschiedener Art. Die Absätze dienen damit der Umsetzung der Artt. 19, 21 und 22 VerbraucherrechteRL. Dabei ist die Bundesregierung vielfach vom Wortlaut der Richtlinienvorgaben abgewichen, was mißlich und korrekturwürdig ist, zumal die Abweichungen nur teilweise begründet werden. Wegen des Sachzusammenhangs

⁶⁴ Siehe EuGH, 17. 3. 1998 – Rs. C-45/96 (*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG / Edgard Dietzinger*). In diesem Verfahren ging es um die Einordnung einer unentgeltlich gewährten Bürgschaft. Zum Stand der deutschen Diskussion um das Erfordernis der Entgeltlichkeit in § 312 I 1 BGB s. MüKo/Masuch § 312 Rn. 29 ff.

⁶⁵ BT-Drs. 17/12637, 62.

⁶⁶ Siehe oben sub II 5.

und höherer Übersichtlichkeit erschiene es zudem sinnvoll, § 312c III-V BGB-E in eine eigene Vorschrift über „Entgeltfragen“ zu überführen.

Systematisch überrascht es zunächst, daß nicht die Umsetzung von Art. 22 VerbraucherrechteRL als die allgemeinste Regelung an den Anfang der Regelungen gestellt wird. Dies hat seinen Ursprung vermutlich zumindest auch in der signifikanten Abweichung des § 312c V BGB-E von der Richtlinie. Während die Richtlinie ausdrücklich „jede(...) Extrazahlung“ erfaßt, beschränkt sich der Umsetzungsvorschlag auf entgeltliche Nebenleistungen. Damit würde die Richtlinie, die gerade keine Verknüpfung mit einer zusätzlichen Leistung voraussetzt, völlig unzureichend umgesetzt. Auch im übrigen finden sich kritikwürdige Abweichungen, insbesondere ist die Beschränkung des opt-out-Lösungsverbot für Nebenentgeltabreden auf den elektronischen Geschäftsverkehr richtlinienwidrig, weil die Richtlinie zwar primär auf diese Fälle zielt, aber auch entgeltrelevante opt-out-Lösungen der analogen Welt verhindert sehen will. Nach alledem sollte der Absatz in Übernahme von Art. 22 VerbraucherrechteRL vollständig neu gefaßt und nach vorne gezogen werden.

Unbedenklich ist hingegen die Ergänzung der Regelung über Entgelte für Zahlungsmittel: § 312c III Nr. 2 BGB-E sieht in Umsetzung von Art. 19 VerbraucherrechteRL vor, daß die Kosten von Zahlungsmitteln auf die dem Unternehmer tatsächlich entstehenden Kosten beschränkt werden. Zusätzlich schlägt die Bundesregierung vor, entsprechende Entgeltvereinbarungen in § 312 III Nr. 1 BGB-E für unwirksam zu erklären, falls nicht zugleich eine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht; damit soll die zu § 307 BGB ergangene Rechtsprechung⁶⁷ im Gesetz festgeschrieben werden. Dem steht der vollharmonisierende Charakter von Artt. 19, 22 VerbraucherrechteRL nicht entgegen, weil die Vorschrift nur ein spezifisches Verbot ausspricht aber kein eigenes System der Preiskontrolle begründet.

Nicht vollständig gelungen ist dann wieder die Umsetzung von Art. 21 VerbraucherrechteRL in § 312c IV 1 BGB-E als Verbot kostenpflichtiger Telephonhotlines im Zusammenhang mit einem geschlossenen Vertrag. Entscheidender Unterschied ist die Anknüpfung der vorgeschlagenen Umsetzung an eine vertragliche Abrede zwischen den Parteien hinsichtlich der Entgeltlichkeit des Anrufs, welche die Richtlinie aber gerade nicht voraussetzt. Die Richtlinienbestimmung erfaßt vielmehr auch solche Hotlines, über welche die Parteien keine Abrede getroffen haben. Dieser weitere Fall wird durch Art. 22 VerbraucherrechteRL allenfalls insoweit erfaßt, als die Gebührendifferenz (Gebühr des Anbieters für die Hotline und Grundgebühr) als Extrazahlung im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist; daran läßt sich freilich zweifeln, weil der Geldfluß nicht demjenigen entspricht, welchen der unbefangene Leser bei der Regelung über

⁶⁷ BGH NJW 2010, 2719.

zusätzliche Zahlungen nach Art. 22 VerbraucherrechteRL erwarten würde, und weil es sich bei den zu betrachtenden Zahlungen um einheitliche Beträge handelt, welche die angesprochene Differenz nicht ohne weiteres erkennen lassen. Die Anknüpfung an die Vereinbarung zwischen Verbraucher und Unternehmer über die Kostenpflichtigkeit müßte jedenfalls entfallen.

Abgesehen von diesem behebbaren Defizit liegt die Herausforderung der Richtlinienregelung und ihrer Umsetzung in dem Drei- oder (bei mehreren involvierten Anbietern) Vielecksverhältnis Verbraucher-Unternehmer-Anbieter. Regelungsziel ist die Vermeidung selbständiger Gewinne oder Kostendeckungsbeiträge⁶⁸ aus dem Betrieb der Hotline. Entscheidender Maßstab ist der Grundtarif im Verhältnis des Verbrauchers zu seinem Telephonanbieter (Art. 21 VerbraucherrechteRL); § 312c IV BGB-E spricht vom „Entgelt für die bloße Nutzung des Telekommunikationsdienstes“. Die Zielvorgabe der Richtlinie ist nun, daß der Verbraucher nicht zu höheren Zahlungen als den genannten Grundbetrag verpflichtet wird. Unklar und der Auslegung durch den EuGH bedürftig ist nun die Bedeutung des Unterabsatzes 2 von Art. 21 VerbraucherrechteRL; die Unberührtheitsklausel könnte einerseits so zu verstehen sein, daß Unterabsatz 1 nicht verlangt, daß das Entgelt dem Verbraucher vom Anbieter schon nicht in Rechnung gestellt wird, andererseits kommt auch ein Verständnis in Betracht, wonach die Regel nur den Rückgriff des Anbieters gegen den Unternehmer nicht ausschließt. Quelle der Unklarheit, die sich auch durch den Blick in andere Sprachfassungen nicht aufklären läßt, ist die fehlende Aussage des Unterabsatz 2 darüber, von wem der Anbieter zurückverlangen darf.

Tatsächlich sprechen die besseren Gründe für ein Verständnis, welches bereits in das Rechtsverhältnis zwischen Anbieter und Verbraucher eingreifen soll, weil dieser sonst auf den kaum einmal beschrittenen Regreßweg verwiesen würde. Trifft dieses Verständnis von Art. 21 VerbraucherrechteRL zu, wäre die von der Bundesregierung vorgeschlagene Lösung – abgesehen von der oben beschriebenen Anknüpfung an eine Vereinbarung zwischen den Parteien – exakt zutreffen, weil bereits dem Telephonanbieter des Verbrauchers durch § 312c IV 2 BGB-E sein Gebührenanspruch genommen würde; diesem stünde dementsprechend lediglich der Rückgriff gegen den Unternehmer offen.

Aber auch nach der Gegenauffassung, welche ein Eingreifen des nationalen Gesetzgebers in das Verhältnis zum Telephonanbieter nicht verlangt, ist die von der Bundesregierung m.E. richtlinienkonform, wenn – richtigerweise – die Unberührtheitsklausel des Unterabsatz 2 nicht von der Vollharmonisierung erfaßt wird. Im Rahmen der effektiven Durchsetzung nach Art. 23 I VerbraucherrechteRL

⁶⁸ In diesem Punkt ist die Begründung des Regierungsentwurfs, die nur auf die Gewinnvermeidung abstellt (BT-Drs. 17/12637, 72), leicht mißverständlich: nicht etwa kann der Unternehmer seine eigenen Sach- und Personalkosten für die Unterhaltung der Hotline in Abzug bringen.

steht es den Mitgliedstaaten daher auch bei diesem Verständnis frei, die von der Bundesregierung vorgeschlagene Lösung zu wählen. Entscheidend gegen die Erfassung der Unberührtheitsklausel durch die Vollharmonisierung nach Art. 4 VerbraucherrechteRL spricht, daß diese eben nicht materiell-rechtlich den Anspruch des Anbieters eröffnet, sondern diesen im Sinne einer Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 21 Unterabsatz 1 VerbraucherrechteRL unberührt läßt.

Nur wenn sich der Gesetzgeber politisch gegen einen Eingriff in das Rechtsverhältnis zwischen Telephonanbieter entscheiden würde, käme die oben aufgeworfene Auslegungsfrage also zum Tragen. Auch insoweit sollten daher die Gesetzgebungsorgane der Union zu einer verbindlichen Klarstellung aufgefordert werden, wozu eine Auslegungsmitteilung der Kommission gerade nicht genügt. Rechtspolitisch ist das Ansetzen an der Telephonrechnung und damit am Verhältnis Verbraucher-Anbieter freilich die richtige Lösung, weil sie die einzig effektive ist und sich der Telephonanbieter durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Betreiber der Hotline gegen das Fehlverhalten des Unternehmers, also eine Verwendung im Rahmen der Vertragsdurchführung, hinreichend schützen kann. Bei Beteiligung mehrerer Anbieter lassen sich die betreffenden Regreßwege ebenfalls – gegebenenfalls mit regulierend eingreifender Unterstützung der BNetzA – herstellen. Die Position des Telephonanbieters ist hier eben eine andere als die eines reinen Zahlungsdienstleisters, weil jener gegenüber dem Verbraucher nicht zwischen der Gebühr für die eigene Leistung und den damit quasi „eingezogenen“ Beträgen für den Unternehmer differenziert. Dies wirkt sich nun zu seinen Lasten aus.

Im Blick auf die von der Bundesregierung vorgeschlagene Lösung stellt sich aber doch die Frage, ob es legislativ nicht einfacher wäre, das Anbieten solcher Hotlines in laufenden Vertragsverhältnissen gewerberechtlich für alle Beteiligten zu untersagen. Letztlich geht es nämlich um die Bedenklichkeit der Kostenpflichtigkeit der Hotline als solcher, soweit sie für die Vertragsdurchführung angeboten wird.

3. Regeln für Außergeschäftsraumverträge und Fernabsatzverträge

a) Bestätigung als Bindungsvoraussetzung für telephonisch abgeschlossene Verträge

Bislang plant die Bundesregierung nicht, von der in Art. 8 VI VerbraucherrechteRL vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Bindung an telephonisch abgeschlossene Verträge von der anschließenden Unterzeichnung eines zugesandten Angebots oder der Übermittlung eines schriftlichen Einverständnisses abhängig zu machen, sog. „Bestätigungslösung“.

Mit dieser Option räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten vor allem die Möglichkeit ein, haustürgeschäftsähnliche Überrumpelungssituationen am Telefon durch Eingriffe in die vertragliche Bindung zu bekämpfen – die in der Richtlinie enthaltene Öffnungsklausel ist freilich viel weiter und erfaßt auch etwa die herkömmliche Regel des französischen Rechts in Art. 1341 Code civil, welche ab einer Gegenleistung über einem bestimmten Betrag⁶⁹ den Beweis des Zustandekommens des Vertrags durch Zeugen ausschließt.

Für die rechtspolitische Entscheidung, ob von der Bestätigungslösung Gebrauch gemacht werden soll, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß dem Verbraucher in vielen der betreffenden Fälle ein Widerrufsrecht nach §§ 312g, 356, 357 BGB-E zustehen wird, so daß – soweit ein solches Widerrufsrecht effektiv schützt – für telephonisch eintretende Überrumpelungssituationen ein Instrument bereit steht. Das gilt freilich nicht in den zahlreichen Ausnahmefällen nach der Liste des § 312g II BGB-E sowie für Dienstleistungen, für welche das Widerrufsrecht, soll es den Unternehmer nicht völlig über Gebühr belasten, nur wenig Schutz bietet. Hinzu kommt die für den Verbraucher oft schwierige Beweissituation beim telephonisch abgeschlossenen Verträgen, welche sich nicht nur daraus ergibt, daß die auf Seiten des Unternehmers handelnde Person regelmäßig der einzige Zeuge ist, während für den Verbraucher lediglich eine Parteivernehmung in Betracht kommen kann.

Eine besondere Schwierigkeit bereitet die Vielfalt der gegebenenfalls erfaßten Situationen, für welche nicht immer eine typisierbare Schutzwürdigkeit des Verbrauchers vorliegt – etwa bei vom Verbraucher selbst aktiv betriebenen telephonischen Hotelbuchungen. Eine rechtspolitische Lösung, welche die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages in Frage stellen wollte, müßte in jedem Falle an einer Aktivität des Unternehmers ansetzen, welche dann durch Vorlage der Telephondaten nachzuweisen wäre. Für die Überrumpelungssituation kommt es dabei freilich nicht darauf an, ob der Anruf des Unternehmers unlauter im Sinne von § 7 UWG ist; weder begründet die Unlauterkeit die besondere Schutzwürdigkeit noch ist die Anknüpfung an die schwierigen Fragen der Einwilligung nach § 7 UWG für die Rechtssicherheit förderlich. Aber selbst bei Initiative des Unternehmers besteht nicht immer Schutzwürdigkeit, wenn diese etwa aus laufender Vertragsbeziehung oder sogar in Wahrnehmung einer geschäftsbesorgungsrechtlichen Interessenwahrnehmungspflicht – etwa beim baubetreuenden Architekt – erfolgt. Eine typisierende Beschreibung der zu erfassenden Situationen besonderer Schutzwürdigkeit fällt daher schwer.

Die Lösung könnte freilich auch in einem direkten Zugriff auf das Sachproblem liegen, indem die mit dem telephonischen Konsens einhergehenden

⁶⁹ Nach Art. 1 des Décret n°80-533 vom 15. 7. 1980 in der Fassung des Décret n°2004-836 vom 20. 8. 2004 ist dieser Betrag derzeit auf 1500 € festgelegt.

Beweisnachteile direkt angegangen würden. Denkbar wäre etwa, daß bei Initiative des Unternehmers zu einem telephonischen Vertragsschluß dessen Wirksamkeit – wie nach französischem Recht – oberhalb einer gewissen Bagatellgrenze der Gegenleistung nicht durch Zeugen bewiesen werden könnte. Wegen der Parallele zu den Außergeschäftsraumverträgen böte sich dafür ein Rückgriff auf die dort in § 312 II Nr. 12 BGB-E geregelte Grenze an.

b) Bestätigung als nachvertragliche Pflicht beim Fernabsatz

Bei der Umsetzung der für sämtliche Fernabsatzgeschäfte eingreifenden Pflicht zu nachvertraglicher Bestätigung des Vertrags nach Art. 8 VII VerbraucherrechteRL schlägt der Regierungsentwurf in § 312f II BGB-E eine im Wortlaut leicht abweichende Umsetzung vor. Dies sollte noch korrigiert werden. Insbesondere enthält § 312f II 1 BGB-E die in der Richtlinie nicht vorgesehene Anforderung an den Inhalt der Bestätigung, daß diese den Vertragsinhalt wiedergeben muß. Die Richtlinie sieht hingegen als inhaltliche Vorgabe die Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 6 I VerbraucherrechteRL vor. Der Umsetzungsvorschlag ist daher partiell richtlinienwidrig.

4. Die Modifikation von § 323 BGB

Mit den vorgeschlagenen Modifikationen von § 323 II BGB soll Art. 18 II VerbraucherrechteRL umgesetzt werden, welche den früheren Art. 7 II FernabsatzRL ersetzt und im Anwendungsbereich auf alle von der Richtlinie erfaßten Verbraucherverträge ausgeweitet hat. Während für die letztgenannte Vorschrift offenbar kein Umsetzungsbedarf gesehen wurde,⁷⁰ wird nun vorgeschlagen, mit § 323 BGB die Zentralnorm des Rücktrittsrechts an die Richtlinie anzupassen. Dabei geht es einerseits darum, die Vorschrift zum Fixgeschäft in § 323 II Nr. 2 BGB(-E) an die Vorgaben des Art. 18 II Unterabsatz 2 Fall 2 VerbraucherrechteRL anzupassen.⁷¹ Andererseits soll die Modifikation von § 323 II Nr. 3 BGB(-E) dazu dienen, eine auf die Generalklausel gestützte Rücktrittsmöglichkeit vor Ablauf der dreißigtägigen Frist nach Art. 18 I, II Unterabsatz 1 VerbraucherrechteRL auszuschließen. Die vorgeschlagene Regelung ist damit trotz weitgehender Abweichungen im Wortlaut im Kern richtlinienkonform; im Blick auf Art. 17 I VerbraucherrechteRL verstößt die Gestaltung auch hinsichtlich der erfaßten Vertragstypen nicht gegen die Vollharmonisierung. Gleichwohl sollte sie in dieser Form nicht Gesetz werden:

⁷⁰ Ausführlich zu den Konsequenzen *Haag*, Zu den Folgen des Art. 7 Fernabsatzrichtlinie im Bezug auf das nationale Recht, GPR 2011, 125 ff.

⁷¹ BT-Drs. 17/12637, 81 f.

Das vorgeschlagene Zurückschneiden der Generalklausel nimmt dem gesamten System ein großes Maß an Flexibilität, welche sich insbesondere an der Bewältigung komplexer Pflichtverletzungskonstellationen zeigt. Nach geltendem Recht ist es insbesondere möglich Fälle mehrfacher Pflichtverletzungen als solche der Entbehrlichkeit der Fristsetzung zu behandeln – etwa das Zusammentreffen von verspäteter Lieferung und erheblicher Qualitätsabweichung. Mittels § 323 II BGB können zudem Fälle der Verletzung von – im Sinne von § 323 V BGB gewichtigen – Nebenleistungspflichten ohne Integritätsbezug bewältigt werden. Für diese und weitere heute noch nicht absehbarer Sonderfälle, ginge das zentrale pragmatische Lösungsinstrument verloren, das andererseits bislang kaum Rechtsunsicherheit bewirkt hat.

Zudem vernachlässigt die vorgeschlagene Änderung von § 323 II BGB die dadurch auftretenden erheblichen Folgewirkungen für solche Normen, die auf § 323 II Bezug nehmen, nämlich die §§ 314 II 2, 321 II 2, 637 II BGB. Während der geltende § 323 II Nr. 3 BGB auch im Rahmen dieser Verweisungen die mittelbare Berücksichtigung von Spezialtatbeständen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung immer gestattet, würden mit dem Vorschlag die Verweisungstatbestände ohne Not und ohne nähere Prüfung mit geändert.⁷²

Auch bricht die vorgeschlagene Änderung ohne Grund mit der bisherigen Regelungstechnik der Ergänzung von § 323 II BGB durch etwa erforderliche Spezialvorschriften, s. § 440 S. 1, 636 BGB. Im Blick auf die Vollharmonisierung durch die VerbraucherrechteRL würden dazu auch spezialtatbestandliche Beschränkungen der allgemeinen Ausschlußgründe des Fristsetzungserfordernisses systematisch passen.

Im Blick auf die vorgeschlagene Modifikation von § 323 II Nr. 2 BGB(-E) bestehen ferner erhebliche rechtspolitische Bedenken: Während sich nach geltendem Recht die besondere die Fristsetzung entbehrlich machende Bedeutung des Termins oder der Frist aus dem Vertrag ergeben muß, soll nun eine Mitteilung des Gläubigers ausreichen, daß die Frist für ihn wesentlich ist. Das ist für den Verbrauchervertrag aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in der Richtlinie unausweichlich für den unternehmerischen Geschäftsverkehr aber völlig unangemessen.

Eine angemessene Alternative bestünde in der Aufnahme einer speziellen Regelung für Verbraucherverträge in Kapitel 1 des neuen Untertitels 2, also im Kontext der §§ 312-312c BGB-E. Diese könnte etwa lauten:

„§ 312x Besondere Bestimmungen für den Rücktritt

Einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 bedarf es nicht wenn

1. sich der Unternehmer geweigert hat, die Waren zu liefern

⁷² Gerade für § 637 II BGB können wiederum Fälle der verzögerten Fertigstellung des Werkes Bedeutung erlangen, wenn diese mit Wermängeln einhergehen.

2. wenn die Lieferung innerhalb der vereinbarten Frist unter Berücksichtigung aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände wesentlich ist oder
3. wenn der Verbraucher dem Unternehmer vor Vertragsabschluss mitteilt, dass die Lieferung bis zu einem bestimmten Datum oder an einem bestimmten Tag wesentlich ist.“

Dieser Vorschlag geht insoweit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus, als sämtliche Vertragstypen erfaßt werden, sofern nur ein Verbrauchervertrag vorliegt. Insoweit ist jedenfalls den rechtspolitischen Bedenken gegen eine Anwendung der vorgeschlagenen Nummer 3 im unternehmerischen Geschäftsverkehr begegnet. Vor allem aber verzichtet der Vorschlag bewußt darauf, das Verhältnis zu § 323 II Nr. 3 BGB zu klären und ist daher flexibel genug, beide Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich der Vollharmonisierungsfolgen aufzunehmen. Darauf ließe sich in der Begründung des Berichts des Rechtsausschusses auch hinweisen.

5. Umsetzungsdefizit bei den Sanktionen

Ein letzter Punkt betrifft die Umsetzung von Art 24 VerbraucherrechteRL. Danach verlangt die Richtlinie – neben den angemessenen und wirksamen Mitteln der Rechtsdurchsetzung nach Art. 23 I VerbraucherrechteRL – zusätzliche mit dem Begriff der Sanktion (en: penalties, frz: sanctions, it: sanzioni) gekennzeichnete mitgliedstaatliche Maßnahmen. Der nach der Systematik erforderliche Unterschied zwischen Maßnahmen nach Art 23 I und Art 24 VerbraucherrechteRL ist der im Wortlaut der verschiedenen Sprachfassungen bereits angedeutete: es geht nicht um Maßnahmen des Interessenausgleichs, sondern um Strafen im weitesten Sinne vorzugsweise um Verwaltungsstrafen oder in deutscher Terminologie um Ordnungswidrigkeiten. An entsprechenden Vorschlägen fehlt es bislang im Regierungsentwurf.

Art 24 VerbraucherrechteRL verlangt keine aufgrund der geforderten Angemessenheit keine durchgehende Sanktionierung der Richtlinienumsetzung mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts. Angezeigt wären entsprechende Tatbestände insbesondere bei den Verhaltensverboten in Umsetzung der Artt. 19, 21 und 27 VerbraucherrechteRL.

IV. Zusammenfassung

1. Die Europäische Union hat den Mitgliedstaaten mit der Verbraucherrechterichtlinie einen Rechtsakt von – nach europarechtlichen Maßstäben – inakzeptabler Qualität zu Umsetzung aufgegeben. Das ist umso

- bedauerlicher als die Vollharmonisierung ganz besondere Anforderungen an die Qualität des europäischen Richtlinienrechts stellt.
2. Wegen der vielen offenen Fragen zur Auslegung der Richtlinie, welche nur der EuGH oder der Änderungsgesetzgeber verbindlich beantwortet werden können, handelt es sich beim vorliegenden Regierungsentwurf um einen Akt der Rechtssetzung unter Unwissenheit über die eigenen Handlungsspielräume. Selbst förmliche Auslegungsmitteilungen durch die Kommission können dieser Unsicherheit nicht abhelfen.
 3. Die zunehmende Verdichtung des europäischen Rechts sowie die vollharmonisierende Richtliniensetzung verlangen nach einer neuen Kultur des Umsetzungsrechts.
 - a) In dieser neuen Kultur des Umsetzungsrechts sind Abweichungen vom Wortlaut des umzusetzenden Textes besonders rechtfertigungsbedürftig. Insbesondere genießen Sprachprüfungen durch den Redaktionsstab Rechtssprache beim BMJ keine Priorität gegenüber den sprachlichen Anforderungen an eine gute Umsetzung. Der Entwurf ist daher soweit möglich an den Richtlinien-text anzugleichen.
 - b) Korrekturen und Präzisierungen des umzusetzenden Rechtsaktes im Text des Umsetzungsgesetzes bergen die teure Gefahr baldigen Nachbesserungsbedarfs und sollten vermieden werden. Besser ist das im Regierungsentwurf an einigen Stellen bereits eingesetzte Instrument der
 - c) In einer neuen Kultur des Umsetzungsrechts sollte sich der Deutsche Bundestag auch jenseits der reinen Umsetzungsgesetzgebung als Akteur im Europäischen Mehrebenensystem verstehen. Dazu zählt insbesondere die Möglichkeit die Europäischen Gesetzgebungsorgane im Wege der Entschließung auf Fehler, Inkohärenzen und Präzisierungsbedarfe hinzuweisen.
 4. Konzeptionelle Fragen
 - a) Für die Umsetzung der Richtlinie ist derzeit weder die Rückführung des Verbrauchervertragsrechts in ein Sondergesetz noch die Schaffung eines eigenen Verbrauchergesetzbuchs angezeigt (II. 3.).
 - b) Die Begründung eines (kleinen) Allgemeinen Teils für Verbraucherverträge in §§ 312, 312c BGB-E ist zu begrüßen (II. 2. a).
 - c) Die Definition des Verbrauchervertrags sollte aus § 310 III BGB nach § 312 I BGB-E verschoben werden (III. 2. a).
 - d) Verbraucherverträge sollten nicht auf entgeltliche Leistungen beschränkt sein; die abweichende Regelung in § 312 I BGB-E ist richtlinienwidrig und rechtspolitisch bedenklich (III. 2. b).
 - e) Der Schutz des Erfüllungsinteresses durch Informationspflichten im Wege der Maßgeblichkeit der Information für den Vertragsinhalt sollte für alle Verbraucherverträge gelten (II. 5).
 - f) Die Separierung der Widerrufsfolgen von den Rücktrittsfolgen ist sehr zu begrüßen (II. 4.).

- g) Die differenzierende Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs nach den Widerrufsgründen in den §§ 357-357c BGB-E ist zu begrüßen (II. 1. d).
 - h) Die Behandlung von Gebrauchsüberlassungsverträgen durch die Richtlinie ist rechtspolitisch unzureichend. Wertersatz nach Widerruf ist nur möglich, soweit der Vertrag als Dienstleistung einzuordnen ist (II. 6.).
 - i) Eine rein privatrechtliche Umsetzung der Richtlinie wird deren Vorgaben nicht gerecht. Insbesondere fehlen die nach Art. 24 VerbraucherrechteRL erforderlichen Ordnungswidrigkeitstatbestände (III. 5.). Die Beschränkung entgeltlicher Telephonhotlines könnte alternativ durch ein repressives gewerberechtliches Verbot geregelt werden (III. 1. c).
5. Im Einzelnen:
- a) Eine Präzisierung von § 126b BGB-E sollte nicht im Normtext, sondern nur in den Erläuterungen erfolgen (III. 1.).
 - b) Die partiell überschießende Umsetzung der Richtlinie für soziale Dienstleistungen und Wohnraummiete ist zu begrüßen, nur sollten die Regeln zur Wohnraummiete in einem neuen – nicht an den verbraucherbegriff anknüpfenden – § 549 IV BGB-E untergebracht werden. Nicht kohärent ist die vollständige Herausnahme der Behandlungsverträge durch § 312 II Nr. 7 BGB-E (II. 2. c).
 - c) Eine überschießende Umsetzung der Richtlinie für Pauschalreiseverträge und damit Streichung von § 312 II Nr. 4 BGB-E ist geboten (II. 2. d).
 - d) § 312 II Nr. 5 BGB-E ist richtlinienwidrig, soweit die Übernahme der Button-Lösung (Art. 8 II VerbraucherrechteRL, § 312i BGB-E) nicht vorgesehen ist (II. 2. d).
 - e) Notariell beurkundete Verträge sollten aus dem Anwendungsbereich des Umsetzungsrechts ausgenommen werden; sinnvoll wäre eine Integration der materiellen Standards in die notariellen Belehrungspflichten (II 2 e).
 - f) Die Definition der Geschäftsräume in § 312a II BGB-E ist richtlinienwidrig, weil danach der ein nicht im Namen des Unternehmers handelnder Beauftragter ausreicht (I. 1.).
 - g) Die Tatbestandsmerkmale Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrag sind richtigerweise nicht Gegenstand der Vollharmonisierung; gleichwohl besteht ein signifikantes Risiko der Richtlinienwidrigkeit (I. 2. b).
 - h) § 312c III-V BGB-E sollten eine eigene Vorschrift erhalten; der bisherige § 312c V BGB-E sollte dabei als allgemeinste Regel zu Nebenentgelten vorangestellt sein (III. 1. c).
 - i) Die Umsetzung von Art. 22 VerbraucherrechteRL in § 312c V BGB-E ist zu eng geraten weil es um Zusatzentgelte und nicht nur um entgeltliche Zusatzleistungen gehen müßte (III. 1. c).

- j) § 312c IV BGB-E ist grundsätzlich richtlinienkonform und rechtspolitisch gelungen; allerdings darf die Vorschrift nicht an eine vertragliche Vereinbarung über die Entgeltlichkeit der Hotline anknüpfen (III. 1. c).
- k) Die Liste der Ausnahmen vom Widerrufsrecht in § 312g II BGB-E ist richtlinienkonform (I. 2. c).
- l) In § 312d I 2 BGB-E sollte nicht an „in Erfüllung“ einer Informationspflicht angeknüpft werden (II. 1.).
- m) Die sog. Bestätigungslösung sollte bei § 312f BGB-E beschränkt auf den Fall des aktiven Kontaktierens durch den Unternehmer nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung geregelt werden, sondern als Ausschluß des Zeugenbeweises für das Zustandekommens oberhalb einer Bagatellgrenze (III. 3. a).
- n) Die vorgeschlagene Modifikation von § 323 II BGB ist abzulehnen; stattdessen sollte eine Liste von Fällen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung in den Zusammenhang der §§ 312-312c BGB-E integriert werden; § 474 III BGB-E sollte ebenfalls in diesen regelungszusammenhang überführt werden (III. 4.)
- o) § 357a IV BGB-E verstößt gegen die Richtlinie über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip (II. 1. c).
- p) § 474 II 2 BGB-E verstößt gegen Art. 18 VerbraucherrechteRL (II. 1. d).