

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch die Ausschüsse Zivilrecht sowie Miet- und Wohnrecht**

zum

**Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz
zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie (2011/83/EU),
zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und
zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung**

Aktenzeichen BMJ: I B 6 – 3430/31 – 11 906/2012

<u>Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht:</u>	<u>Mitglieder des Ausschusses Miet- und Wohnrecht:</u>
Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender und Berichterstatter) Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe (BGH)	Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss (Vorsitzender und Berichterstatter) Rechtsanwältin Nina Brandi, Köln Rechtsanwältin Henrike Butenberg, München Rechtsanwalt Horst Müller, München Rechtsanwältin Martin Walke, Frankfurt/M. Rechtsanwalt Ludwig-Erich Zürn, Heilbronn
<u>zuständig in der DAV-Geschäftsführung:</u> Rechtsanwältin Christine Martin	<u>zuständig in der DAV-Geschäftsführung:</u> Rechtsanwältin Christine Martin

Verteiler:

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen des Deutschen Bundestages
Bundesministerium der Justiz, Berlin
Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V., Berlin
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Berlin
Bundesfachverband Wohnungs- und Immobilienverwalter e.V., BFW, Berlin
Deutscher Notarverein e.V., Berlin
Deutscher Richterbund e.V., Berlin
Deutscher Steuerberaterverband e.V., Berlin
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
Ausschuss Zivilrecht des Deutschen Anwaltvereins
Ausschuss Miet- und Wohnrecht des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführender Ausschuss der AG Mietrecht und Immobilien des Deutschen Anwaltvereins
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin

Fachpresse:

Redaktion AnwBl
Redaktion JZ
Redaktion MDR
Redaktion NJW
Redaktion BW.NotZ
Redaktion DGVZ
Redaktion DNotZ
Redaktion DWE
Redaktion DW
Redaktion DWW
Redaktion Grundeigentum
Redaktion IMR
Redaktion Info M
Redaktion NotBZ
Redaktion NZM
Redaktion RNotZ
Redaktion Rpfleger
Redaktion WM
Redaktion ZMR
Redaktion ZWE

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit beschränkt sich der DAV in seiner Stellungnahme auf Teilbereiche. Diese vom Zivilrechtsausschuss erarbeitete Stellungnahme folgt, ohne den Versuch einer weiteren Systematisierung, der Reihenfolge der in dem Entwurf vorgesehenen Vorschriften. Der DAV würde es begrüßen, wenn er im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Gelegenheit zu einer weiteren Stellungnahme erhält. Vorab sei aber ein grundsätzliches Thema angesprochen. Die Stellungnahme wird ergänzt durch eine kurze Anmerkung des Mietrechtsausschusses zu Art. 4.

I. Gesondertes Verbraucher-Vertrags-Gesetz oder Integration in das BGB?

Die Notwendigkeit eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU (im Folgenden: Richtlinie) ist eindeutig. Auch der Inhalt des Entwurfes ist für Verbraucherverträge weitgehend zwingend durch die Richtlinie vorgegeben. Dennoch wirft der Entwurf eine grundsätzliche Frage auf, nämlich die Frage nach dem sachgerechten Regelungsstandort, konkret die Frage, ob das Verbrauchervertragsrecht insgesamt im BGB oder in einem eigenständigen Verbrauchervertragsgesetz zu regeln sei. Diese Frage ist nicht neu. Sie wurde zuletzt auf dem Deutschen Juristentag in München zur Diskussion gestellt. Sowohl der Gutachter als auch einer der Referenten (Vorsitzender Richter beim Bundesgerichtshof Dr. Ball) plädierten für eine Herauslösung des Verbraucherrechts aus dem BGB. Die Beschlussfassung ist dem nicht gefolgt. Dennoch plädiert der DAV nunmehr dafür, anlässlich der Umsetzung der Richtlinie das Verbrauchervertragsrecht insgesamt aus dem BGB herauszunehmen. Dafür sprechen zahlreiche Gründe:

- Anders als namentlich bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, deren Integration in das BGB nur einige wenige Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf erforderte, würde die Umsetzung der jetzt anstehenden Richtlinie durch Integration im BGB zu einem den bisherigen Rahmen solcher Sondervorschriften weit übersteigenden Fremdkörper im BGB führen. Der Entwurf selbst macht dies deutlich.
- Anders als die bisherigen Sondermaterien (§§ 312 ff., 488 ff.) würde die Integration in das BGB auch in das allgemeine Schuldrecht (Leistungsstörungenrecht) eingreifen, wie es nach dem Entwurf zu §§ 281, 286 und 323 geschehen soll.
- Aber auch damit ist das Verbrauchervertragsrecht nicht einheitlich geregelt, sondern immer noch über zahlreiche Gesetze verstreut. Dazu gehört auch die systemwidrige Regelung der Informationspflichten im EGBGB. Zunächst waren in den entsprechenden Vorschriften des EGBGB nur Ermächtigungen des Bundesministeriums der Justiz enthalten, die Materie durch Verordnung zu regeln. Die Ermächtigungen im EGBGB mögen noch systemkonform gewesen sein. Sie sind jedoch seit einiger Zeit durch die unmittelbare Regelung der Materie im EGBGB abgelöst worden. Das passt nicht in den sonstigen Regelungsgehalt und die Regelungsaufgabe des EGBGB.

- Die nach dem Entwurf zur Umsetzung der Richtlinie in das BGB aufzunehmenden Vorschriften entsprechen in ihrer Sprache, Begrifflichkeit und Regelungsmethode nicht dem Stil des BGB. Das gilt auch für bereits im BGB enthaltene Vorschriften zur Umsetzung von Verbraucherschutzrichtlinien (§§ 312 ff. BGB), gilt aber verstärkt für eine Umsetzung der Richtlinie im BGB. Die folgende Kommentierung zu Einzelheiten (unten II) führt mehrere Beispiele dafür an.
- Die jetzige Regelungsmethode, die durch Aufnahme der durch die Richtlinie vorgegebenen Vorschriften in das BGB weitergeführt würde, bewirkt ein Höchstmaß an Intransparenz. Gerade wenn es der Sinn verbraucherrechtlicher Vorschriften ist, dem interessierten Verbraucher einen Zugang zu dem für ihn geltenden Rechtssätzen zu vermitteln, müsste schon allein aus diesem Grund ein vorrangiges Anliegen dahin gehen, ein in sich geschlossenes und verständliches Verbrauchervertragsgesetz zu schaffen. Auch wenn ein Verbrauchervertragsgesetz für weite Bereiche auf das BGB verwiesen müssen, dient die Konzentration der verbraucher-spezifischen Vorschriften in einem einheitlichen Gesetz der Transparenz und beseitigt die zur Zeit bestehende Unübersichtlichkeit.
- Eine Herauslösung des Verbrauchervertragsrechts aus dem BGB vermeidet die durchaus anzutreffende und wiederholt kritisierte Tendenz, Vorschriften, die für Verbraucherverträge unionsrechtlich vorgegeben sind, auch auf andere Rechtsbereiche zu erstrecken. Der Entwurf gibt auch dafür ein Beispiel (Änderung des § 126 BGB sowie Streichung von § 281 Abs. 2, § 286 Abs. 2 Nr. 4 und § 323 Abs. 2 Nr. 3; dazu unten II zu Nr. 4).
- Die Frage der Integration des Verbraucherrechts in das BGB oder seine Herauslösung aus demselben stellt sich heute anders als etwa vor 10 Jahren bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Ein wesentlicher Gesichtspunkt dafür ist auch, dass die jetzt umzusetzende Richtlinie von dem Ansatz über einen Mindeststandard zu dem Prinzip der Vollharmonisierung übergegangen ist. Wenn die Richtlinie nicht in einem Sondergesetz für Verbraucher umgesetzt, sondern in das BGB eingebaut wird, erhöht sich dadurch zwangsläufig die Gefahr einer nicht richtlinienkonformen Umsetzung. Diese Gefahr könnte nur dadurch vermieden werden, dass die Vorschriften zur Umsetzung mehr oder weniger beziehungslos neben die anderen Vorschriften des BGB gesetzt werden. Dann aber entfällt jeglicher Grund für die Aufnahme dieser Vorschriften in das BGB.

Aus diesen Gründen empfiehlt der DAV, aus Anlass des jetzigen Gesetzgebungsvorhabens einen Schnitt zu machen und das Verbrauchervertragsrecht in einem gesonderten Gesetz insgesamt und geschlossen zu regeln.

II. Einzelheiten

Abgesehen von dieser grundsätzlichen Anregung empfiehlt der DAV den Entwurf in den im Folgenden angesprochenen Punkten zu ändern. Diese Stellungnahme ist, wie eingangs bemerkt, nicht vollständig. Sie bezieht sich fast ausschließlich auf vorgeschlagene Regelungen zur Änderung des BGB (Artikel 1 – Änderungen des BGB). Die Kritik an einzelnen Vorschriften würde zum Teil entfallen, wenn die Umsetzung in einem gesonderten Verbraucherrechtsgesetz erfolgen würde.

Zu Artikel 1

Nr. 2

§ 126

Die neue Definition der Textform enthält nicht mehr das bisherige Erfordernis der Wiedergabe in Schriftzeichen. Piktogramme können deshalb nach dem Wortlaut genügen. Es ist nicht ersichtlich, dass dies zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich ist. Sollte es doch erforderlich sein, so sollte überdacht werden, ob es außerhalb der Verbraucherverträge sachgerecht ist.

Nr. 3

§ 241a Abs. 1

Die Definition der „Waren“ entspricht derjenigen in Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie. Sie enthält Elemente der Art des Verkaufs, ist also nicht allein durch die Art der Sachen determiniert. Das mag im Rahmen der Richtlinie und deren Regelungssystematik eine zum Ziel führende Regelungstechnik sein – zwingend ist dies schon in der Richtlinie nicht. Im Rahmen des BGB ist eine solche Regelungstechnik nicht sinnvoll. Sachgerecht sind vielmehr Verträge, die durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verkauft werden, von dem sachlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Bestimmung auszunehmen, wie dies auch in weiteren Vorschriften teilweise geschieht. Jedenfalls aber ist diese Definition im Rahmen des § 241a, einer Bestimmung über die Behandlung unbestellter Lieferungen oder Leistungen verfehlt, nicht zuletzt deshalb, weil die Lieferung unbestellter Sachen im Rahmen eines Verkaufs durch Zwangsvollstreckung denkunmöglich ist.

§ 241a Abs. 3

- (a) Mit dem neuen Abs. 3 soll die Vorschrift des Art. 25 der Richtlinie umgesetzt werden. Allerdings ist er dafür zu eng, weil er sich nur auf § 241a beschränkt („Regelungen dieser Vorschrift“). Die Unabdingbarkeit müsste für alle weiteren Vorschriften, mit denen die Richtlinie umgesetzt wird, wiederholt werden.
- (b) Der Satz 2 der Vorschrift ist überflüssig. Er entspricht inhaltlich dem § 306a BGB, allerdings weicht er in der Formulierung insofern von jener Vorschrift ab, als er auf den *Versuch* der Umgehung abstellt. Eine Umgehung liegt nach heute gefestigter Meinung dann vor, wenn ein Sachverhalt so gestaltet wird, dass er vom Sinn einer Vorschrift, nicht aber von ihrem Wortlaut erfasst wird (siehe nur Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., 2012, § 134 Rn. 28). Die ausdrückliche Regelung, wonach die Vorschrift auch für Umgehungsversuche gelten soll, ist deshalb inhaltlich bedeutungslos. Soll sie dahin verstanden werden, dass die Vorschriften auch über den sonst anzunehmenden Geltungsbereich hinaus anwendbar sein soll, wäre die Vorschrift jedenfalls mit der Richtlinie unvereinbar, weil sie dann gegen das Prinzip der Vollharmonisierung verstieße.

Der Ansatz der Richtlinie, dass auch mittelbar bewirkte Einschränkungen erfasst sein sollen, erfasst das Phänomen möglicher Umgehungen in anderer Weise als es durch das Wort „Umgehung“ erreicht wird. Wenn es einer ausdrücklichen Er-

fassung mittelbar bewirkter Einschränkungen bedarf, sollte das in dieser Weise formuliert werden.

- (c) Mit der „Neufassung“ des § 241a Abs. 3 wird die bisherige Regelung des § 241a Abs. 3 aufgehoben. Dieser betraf entgegen der Begründung nicht eine Ausnahme von der Regelung des § 241a Abs. 1 (Erman/Saenger, 13. Aufl., 2011, § 241a Rn. 40). Sie bedurfte deshalb keiner Ermächtigung durch eine Richtlinie. Ob die bewusste Falschlieferung eine unbestellte Lieferung im Sinne von Art. 27 der Richtlinie ist, ist mindestens zweifelhaft. Die Frage sollte der Rechtsprechung überlassen werden, die dann gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung einschlägiger Rechtsprechung des EuGH den Abs. 1 im einen oder im anderen Sinne auslegen könnte. Deshalb sollten die Ausführungen in der Begründung zu der bisherigen Fassung des § 241a Abs. 3 gestrichen oder entsprechend geändert werden.

Nr. 4

§ 281 Streichung der zweiten Alternative

Der Vorschlag beruht darauf, dass § 323 Abs. 4 BGB für den Verbrauchervertrag zur Umsetzung von Art. 18 der Richtlinie gestrichen werden muss. Wegen des Gebots der Vollharmonisierung ist es im Rahmen des § 323 Abs. 4 nicht möglich, diese gegebenenfalls für den Verbraucher günstige Bestimmung für Verbraucherverträge beizubehalten. Es ist schon nicht zwingend, daraus abzuleiten, dass auch die entsprechende Regelung für den Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 2 zweite Alternative) und für den Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 4) gelten müsse. Wenn dies um der Konsistenz der Regelungen Willen für Verbraucherverträge so sein soll, sollte es jedenfalls für andere Verträge als Verbraucherverträge bei der bisherigen Regelung verbleiben, und zwar nicht nur in § 281 Abs. 2, sondern ebenso bei § 286 und § 323.

Die nach dem Entwurf zu streichenden Bestimmungen kodifizieren eine Jahrzehnte alte Rechtsprechung. Der Hinweis in der Begründung, außerhalb von Verbraucherverträgen könne gegebenenfalls auf § 242 BGB zurückgegriffen werden, bedeutet gesetzgebungstechnisch einen Rückschritt. Überdies hätte die Streichung dieser Bestimmungen nach den üblichen Auslegungsgrundsätzen die Folge, dass die gestrichene Regelung nicht durch Rückgriff auf ältere Rechtsprechung auf der Grundlage des § 242 BGB ersetzt werden kann. Wenn einer so begründeten Auslegung dann wiederum mit dem Rückgriff auf die Gesetzesbegründung entgegengetreten werden soll, ist auch dies gesetzgebungstechnisch höchst unvollkommen.

Da die in dem Entwurf vorgesehenen Streichungen allein der Umsetzung von Art. 18 der Richtlinie dienen, sollte auch geprüft werden, ob die bisherige Regelung auch für Verbraucherverträge für den umgekehrten Fall eines Schadensersatzanspruchs (statt der Leistung oder wegen Verzugs) oder den Rücktritt des Unternehmers bestehen bleiben sollte. Bei der weiten Definition von Verbraucherverträgen sind durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen Derartiges relevant und die geltende Regelung auch angemessen ist.

Nr. 5

§ 286 – Streichung vor Abs. 2 Nr. 4

Auch die Streichung dieser Vorschrift ist für Bereiche außerhalb der Verbraucherverträge

abzulehnen, siehe vorstehend zu Nr. 4. Die Gründe, aus denen eine Mahnung entbehrlich sein kann, sind vielfältig (siehe nur die Beispiele bei Palandt/Grüneberg, 71. Auflage, 2012, § 286 Rn. 25).

Nr. 7

§ 312 Abs. 1

Der Entwurf definiert zunächst den allgemeinen Anwendungsbereich der hier beginnenden Vorschriften enger als die Richtlinie: Die Vorschriften des Kapitel 1 und 2 sollen nur gelten für Verträge, „die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben“ (§ 312 Abs. 1), während nach der Richtlinie die entsprechenden Vorschriften „unter den Bedingungen und in dem Umfang, wie sie in ihren Bestimmungen festgelegt sind, für jegliche Verträge ... zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“ gelten. In den Ausnahmereichen bleibt der Entwurf dagegen zum Teil hinter dem zurück, was in der Richtlinie vorgesehen ist, insbesondere bei beurkundeten Verträgen (darüber sogleich). Aus dieser Methode ergeben sich erhebliche Unsicherheiten darüber, ob der Entwurf die Richtlinie vollständig umsetzt.

§ 312 Abs. 2 Nr. 1

Die Ausnahme für beurkundete Verträge bleibt hinter der Richtlinie zurück (Art. 3 Abs. 3(i)). Es ist auch unklar, warum „im Beurkundungsverfahren“ gesagt wird und nicht „notariell oder gerichtlich beurkundete Verträge“.

- (a) Die Ausnahme gemäß Abs. 2 Nr. 1(a) impliziert, dass die Bestimmungen grundsätzlich für Gesellschaftsverträge gelten könnten, also insbesondere auch für Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften (die nicht der notariellen Beurkundung bedürfen). Es ist jedoch fraglich, ob solche Gesellschaftsverträge unter die Definition des Absatzes 1 „eine entgeltliche Leistung des Unternehmers“ fallen. Jedenfalls enthalten solche Verträge keine Bestimmungen über entgeltliche Leistungen eines Unternehmers an einen Verbraucher.
- (b) Ob Gesellschaftsverträge oder Satzungen von Gesellschaften, an denen Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind, Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie sind, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Sinnvolle Ergebnisse lassen sich nur auf der Grundlage der Position erzielen, dass sie dies nicht sind. Die Implikation durch die Ausnahme in Abs. 2 Nr. 1a widerspricht dem. Eine solche Implikation wäre vermieden, wenn die Ausnahme für notariell beurkundete Verträge wie nach der Richtlinie allgemein gälte und nicht nur für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften. Mit einer solchen Regelungsmethode wäre es dann wieder – ohne Vorgaben – der Rechtsprechung überlassen zu entscheiden, ob Gesellschaftsverträge überhaupt in den Regelungsbereich gehören.
- (c) Würden Gesellschaftsverträge, an denen Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind, oder deren Änderung als Verträge im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie verstanden, so hätte dies die sinnwidrige Folge, dass für den Gesellschaftsvertrag die Informationspflichten gemäß Art. 246a EGBGB bestehen (§ 312d BGB-E), wenn er vor einem Notar in dessen Amtsräumen abgeschlossen wird, nicht aber, wenn er in den Geschäftsräumen des Unternehmers abgeschlossen wird.

Würden auch Änderungen solcher Gesellschaftsverträge unter die Bestimmungen

fallen (wie § 312 Abs. 2 Nr. 1a impliziert), so hätte dies weiter die widersinnige Folge, dass eine durch Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bewirkte Änderung des Gesellschaftsvertrages möglicherweise einem Widerrufsrecht unterläge, wenn die – nicht notariell beurkundete – Versammlung in einem Hotel oder den Geschäftsräumen der Gesellschaft stattfindet, nicht aber, wenn sie in den Geschäftsräumen des unternehmerischen Gesellschafters stattfindet. Ein Widerrufsrecht gemäß § 312g könnte bei der durch – nicht beurkundeten – Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgten Änderung des Gesellschaftsvertrages demjenigen zustehen, der für den Beschluss gestimmt hat, während ein Widerrufsrecht für denjenigen ausscheiden müsste, der gegen den Beschluss gestimmt hat, aber mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit überstimmt wurde.

- (d) Weiter ist nicht klar, warum nur notariell beurkundete Verträge zur Abtretung von GmbH-Anteilen und nur Satzungen von Aktiengesellschaften und von GmbH aufgrund der notariellen Beurkundung (nur dort ist eine notarielle Beurkundung vorgeschrieben) ausgenommen sind. Wenn die Beschränkung dieser Ausnahmen darauf beruht, dass für die nicht erfassten Verträge/Gesellschaftsverträge eine notarielle Beurkundung nicht vorgeschrieben ist, fragt sich, ob die Bestimmung in Art. 3 Abs. 3(i) der Richtlinie, dass die Beurkundung „nach dem Recht der Mitgliedsstaaten“ erfolgen müsse, das Beurkundungsverfahren oder das Beurkundungserfordernis betrifft.
- (e) Hinzu kommt Folgendes: Bei der Änderung von Gesellschaftsverträgen oder Satzungen einer GmbH oder AG ist auch zweifelhaft, ob sie unter die Ausnahme von Art. 3 Abs. 3(i) der Richtlinie fallen und ob die gegebene Begründung: Belehrungs-, Warn- und Schutzfunktion (Begründung Seite 71) zutrifft. Denn Satzungsänderungen einer AG erfolgen regelmäßig durch Beschlussfassung. In gleicher Weise kann bei der Satzungsänderung einer GmbH verfahren werden. Dabei beurkundet der Notar nicht Willenserklärungen, sondern erstellt eine Tatsachenurkunde über seine eigenen Wahrnehmungen. Eine Belehrungs-, Warn- und Schutzfunktion hat der Notar dabei nicht. Seine Aufgabe beschränkt sich auf die Gewähr der richtigen Darstellung der Vorgänge, die er wahrnimmt.
- (f) Auf einem anderen Blatt steht, dass bei dem Vertrieb von Kapitalanlagen, auch in der Form der Beteiligung an einer Gesellschaft (Beitritt zu einer Gesellschaft) durchaus ein Schutzbedürfnis besteht. Die Einbeziehung solcher Vorgänge sollte dann aber in einer Weise gefasst werden, die eine sinnwidrige Ausdehnung auf sonstige Gesellschaftsverträge vermeidet.

§ 312 Abs. 2 Nr. 4

Bei den Worten „Vermittlungen und Tauschsysteme“ fehlt der Gegenstand, auf den sich die Vermittlungen oder Tauschsysteme beziehen müssen: „Teilzeitwohnrechte oder langfristige Urlaubsprodukte“.

§ 312a

Abs. 1 Nr. 3: Die Lesbarkeit würde erleichtert und die Aussage klarer, wenn in der zweiten Zeile die Worte „bei denen“ ersetzt würden durch „wenn“.

§ 312b

Die Definition in dem bisherigen § 312b Abs. 1 Satz 1 ist klarer. Die Definition nach dem

Entwurf ist insofern unklar, als es dem Wortlaut nach genügen würde, wenn entweder der Unternehmer oder eine in seinem Namen handelnde Person ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet hat. Der Sinn der Umformulierung soll nach der Begründung darin liegen, die Beweislast hinsichtlich des Abschlusses „im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems“ dem Verbraucher aufzubürden. Dazu bedarf es jedoch nicht der Formulierung mit einem Nebensatz „wobei der Unternehmer *oder* eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person“. Die substantivische Formulierung des bisherigen Gesetzestextes „unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“ bezieht sich zutreffend auf den konkreten Vertragsabschluss, während die Formulierung des Entwurfs auch das Verständnis zulässt, dass mit dem Nebensatz das für den Fernabsatz organisierte Vertriebs- und Dienstleistungssystem gekennzeichnet wird.

§ 312c

- (a) In Abs. 1 vierte Zeile sollte es besser heißen: „in deren Namen *oder Auftrag*“.
- (b) In Abs. 5 letzter Satz sollte es statt „entgeltliche Nebenleistung nicht Vertragsbestandteil geworden“ heißen: „Vereinbarung über die entgeltliche Nebenleistung nicht Vertragsbestandteil geworden“. Die Nebenleistung selbst ist niemals Vertragsbestandteil.

§ 312g

- (a) Die Regelung in Abs. 2 nimmt nach ihrer Systematik bestimmte Vertragstypen aus. In einzelnen Fällen (Nr. 3, 4, 6) ist der Vertrag aber nur unter besonderen Voraussetzungen ausgenommen. Deshalb ist die Regelungsmethode in Art. 16 der Richtlinie präziser, die das Widerrufsrecht ausschließt, „wenn“ solche Voraussetzungen vorliegen. Richtigerweise sollte deshalb der Eingangssatz des Abs. 2 mit den Worten „nicht bei“ enden und dann in den einzelnen Nummern das erste Wort jeweils „Verträgen“ (statt „Verträge“) lauten. Wo es auf die konkrete Situation ankommt (das sind die Fälle der Nr. 3, 4, 6) sollte dann die besondere Situation (wie bereits in Nr. 6) mit einem Konditionalsatz beginnend mit „wenn“ gekennzeichnet werden.
- (b) Die Ausnahme der Nr. 13 ist weiter als diejenige in § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E, da sie nicht auf bestimmte Geschäftstypen beschränkt ist. Sie beruht auf Art. 3 Abs. 2(i) der Richtlinie. Dafür kommt es dann aber wieder darauf an, ob diese Ausnahme vom allgemeinen Anwendungsbereich auf Verträge beschränkt ist, die nach nationalem Recht der notariellen Beurkundung bedürfen oder auch für Verträge gilt, die (auch ohne eine nach nationalem Recht bestimmte Notwendigkeit) nach nationalem Beurkundungsverfahren beurkundet werden.

Nr. 8

§ 323

- (a) Die neue Formulierung von Abs. 2 Nr. 2 bedeutet gegenüber der geltenden Fassung eine erhebliche Unklarheit. Die Regelung sollte auf den durch die Richtlinie vorgegebenen Sachverhalt beschränkt werden. Dabei ist die Formulierung der Richtlinie „unter Berücksichtigung aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände“ gegenüber der Formulierung des Entwurfs „aufgrund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände“ vorzuziehen. Es geht nämlich vor allem um die Erkennbarkeit der Wesentlichkeit. Das wird mit der Formulierung „unter Berücksichtigung“ deutlicher als durch die Formulierung „aufgrund“. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr sollte

es grundsätzlich bei der bisherigen Nr. 2 verbleiben, die darauf abstellt, ob der Vertrag selbst eine solche Regelung enthält. In Verbindung mit der bisherigen Nr. 3 wird damit die Sache besser getroffen als mit der vorgeschlagenen Neufassung.

- (b) Zu der Streichung der Nr. 3 wird auf die Stellungnahme zu Nr. 4 verwiesen.

Nr. 9

§ 355

- (a) Abs. 1 Satz 3 formuliert im Anschluss an die Formulierung der Richtlinie (Art. 11 Abs. 1(b)), dass „aus der Erklärung ... der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrages eindeutig hervorgehen“ müsse. Diese Formulierung der Richtlinie beruht offenbar auf der in diesem Bereich bestehenden Begriffsarmut der englischen Rechtsprache (die die Arbeitssprache für die Erstellung der Richtlinie gewesen sein mag). Der Widerruf ist nicht, wie die Richtlinie in Art. 11 formuliert, Information über einen Sachverhalt (den Entschluss des Verbrauchers), sondern eine konstitutive Erklärung, mit welcher der Verbraucher seinen Entschluss ausführt.
- (b) Abs. 1 Satz 5 formuliert, dass zur Fristwahrung die „rechtzeitige Absendung des Widerrufs“ genüge. Entsprechend formuliert ist Abs. 3 Satz 3. Hier ist die Formulierung der Richtlinie klarer und vorzugswürdig: Zur Fristwahrung genügt die Absendung vor Fristablauf.
- (c) Gemäß Abs. 2 beginnt die Frist „mit dem Vertragsschluss“. Dies ist ungenau. Es widerspricht auch der Regelung in § 308 Nr. 1 BGB, wonach der Verwender sich die Annahme eines Angebots bis für die Zeit nach Ablauf der Widerrufsfrist vorbehalten kann. Vorbehaltlich der Sonderregelungen sollte deshalb die Frist mit der Vertragserklärung des Verbrauchers beginnen.

§ 356 ff.

- (a) In diesen Vorschriften wird oft der Tatbestand nicht mehr formuliert. Vielmehr ergibt sich der Tatbestand aus der Überschrift, die in den eigentlichen Gesetzestext hineinzulesen ist. Diese Regelungstechnik ist z.B. verwendet in den §§ 356, 356(a), 356(b), 357, 357(a), 357(b) und 357(c). Auch wenn die Überschriften zum Gesetzestext gehören, ist diese Regelungsmethode doch höchst ungewöhnlich und passt nicht in das BGB.
- (b) Die Gesamtregelung würde deutlich transparenter, wenn in §§ 355 ff. nur die allgemeinen Grundsätze des Widerrufsrechts, sowie seiner Ausübung, der Rechtsfolgen der Ausübung geregelt und die Besonderheiten (Besonderheiten der Fristberechnung und besondere Rechtsfolgen) im Zusammenhang der Vorschrift, welche das einzelne Widerrufsrecht gewährt, geregelt würden. Wenn es dabei bleiben soll oder muss, dass die besonderen Fristen zum Teil durch Bestimmungen über den Fristbeginn und zum Teil durch Bestimmungen über den Fristablauf geregelt werden, erschließt sich auch diese Differenzierung leichter, wenn die einzelne Bestimmung im jeweiligen konkreten Sachzusammenhang getroffen wird.
- (c) Zu einzelnen Vorschriften:

(i) **§ 356**

Abs. 3 Nr. 1 (a) bis (c) bestimmt den Beginn der Widerrufsfrist jeweils mit

einem Nebensatz, der mit „wenn“ beginnt, während in Abs. (d) der entsprechende Satz mit „sobald“ beginnt. Letztere Formulierung ist klar, die Formulierung in den Absätzen (a) bis (c) ist unscharf, da der mit „wenn“ beginnende Satzteil auch als Konditionalsatz und damit als Teil des Tatbestands verstanden werden kann.

In Abs. 5 ist formuliert „das Widerrufsrecht erlischt ... auch dann“. Entsprechend formuliert § 356b Abs. 1 „die Widerrufsfrist beginnt auch nicht“. Auch diese Regelungstechnik ist ungewöhnlich, da das Wort „auch“ in der Vorschrift keinen Bezug hat, sondern den Gehalt anderer Vorschriften, insbesondere (im ersten Fall) zum Erlöschen durch Fristablauf voraussetzt. Wenn Vorschriften dieser Art nicht unmittelbar auf diejenigen folgen, an welche das Wort „auch“ anknüpft, würde die übliche Formulierung etwa wie folgt lauten:

„Unbeschadet des § [●] erlischt das Widerrufsrecht, wenn ...“

In Abs. 7 Satz 1 ist der Fristablauf geregelt (spätestens 12 Monate und 14 Tage nach den Voraussetzungen für den Fristbeginn nach Abs. 2 oder § 355 Abs. 2 Satz 2). Abs. 2 des § 356 enthält jedoch keine Bestimmung über die Voraussetzungen für den Fristbeginn. Unklar ist außerdem, welche der beiden Voraussetzungen maßgeblich ist. Überdies ist unklar, warum hier der Fristablauf und nicht der Fristbeginn (spätestens 12 Monate nach Vorliegen der Voraussetzungen für den Fristbeginn nach Abs. 2 oder § 355 Abs. 2 Satz 2) geregelt ist.

(ii) **§ 356c**

Der Regelungsgehalt von Abs. 2 Satz 2 ist nach dessen Satz 1 unklar. Da Ratenlieferungsverträge nicht Verträge über Finanzdienstleistungen sind, ergibt bereits die Verweisung auf § 356 Abs. 7, dass das Widerrufsrecht „spätestens 12 Monate und 14 Tage nach (Fristbeginn gemäß § 356) Abs. 2 oder § 355 Abs. 2 Satz 2“ erlischt. Die weitere Bestimmung in § 356c Abs. 2 hat deshalb einen Sinn nur, wenn nach § 356 Abs. 7 das spätere Datum maßgeblich sein soll. Das würde dann für § 356c nicht gelten.

Die Verweisung in § 356c Abs. 2 Satz 1 auf § 356 Abs. 7 setzt darüber hinaus (möglicherweise) voraus, dass für § 356c auch der § 356 Abs. 2 entsprechend gilt. Das ist aber nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Wenn (durch Änderung) § 356 Abs. 2 eine Regelung über den Fristbeginn enthält, könnte § 356c Abs. 2 insgesamt durch folgende Regelung ersetzt werden:

§ 356 Abs. 1 gilt entsprechend. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens 12 Monate und 14 Tage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen für den Fristbeginn gemäß § 355 Abs. 2 Satz 2 oder gemäß § 356 Abs. 2; maßgebend ist das frühere [oder spätere?] Datum.

(iii) **§ 357 Abs. 7 Nr. 1**

Dritte Zeile „nicht notwendig“ statt „nicht notwendiger“.

Nr. 11

(a) § 474a

Abs. 2 Satz 5 sieht eine Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung eines Vorschusses auf den angemessenen Teil der Nacherfüllungskosten vor. Dies impliziert, dass dieser angemessene Teil nur dann gezahlt werden muss, wenn die Nacherfüllung (durch den Käufer auf eigene Kosten vorbehaltlich des vom Verkäufer zu zahlenden angemessenen Teils) tatsächlich erfolgt. Das ist nicht sachgemäß. Wenn die Nacherfüllung (einschließlich des Ausbaus und Einbaus mangelfreier Waren) zu unverhältnismäßigen Kosten führt, sollte der Käufer nicht durch eine solche Regelung dazu angehalten werden, die unzweckmäßigen Maßnahmen zu ergreifen. Das wäre volkswirtschaftliche Verschwendung. Dem Käufer muss es möglich sein, den Mangel hinzunehmen und sich mit der Zahlung des angemessenen Teils dann hypothetischer Nacherfüllungskosten zu begnügen (dazu siehe auch Stellungnahme Nr. 32/2012 des DAV zur Umsetzung des Urteils des EuGH vom 16.06.2011, insbesondere unter II. 3. Seite 9). Da, wie die Begründung mit Recht vermerkt, der Anspruch bereits vor Durchführung der Baumaßnahmen besteht, sollte er auch nicht von deren Durchführung abhängig sein. Allerdings werden sich die genauen Kosten der erforderlichen Maßnahmen erst bei ihrer Durchführung erweisen. Ihre Größenordnung muss aber vorher schon feststehen, weil sich sonst die Unverhältnismäßigkeit nicht feststellen lässt. Auf der Grundlage dieser Unverhältnismäßigkeit ist auch der angemessene Teil (als Betrag, nicht als Bruchteil oder Prozentsatz) festzulegen. Der letzte Satz von Abs. 2 sollte deshalb gestrichen werden. Jedenfalls ist zu begrüßen, dass der Entwurf diese Sonderbestimmung auf Verbraucherverträge beschränkt (dazu siehe auch BGH vom 17.10.2012 – VIII ZR 226/11).

(b) § 474b

Der DAV versteht diese Vorschrift dahin, dass der Käufer wie in den sonstigen Fällen den Nacherfüllungsanspruch (und deshalb auch den Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Teils der Nacherfüllungskosten) verliert, wenn er gemäß dieser Vorschrift Schadensersatz statt der Leistung verlangt oder vom Vertrag zurücktritt.

Art. 4

Durch die Einbeziehung von Wohnraum, der nach landesrechtlichen Vorschriften gefördert wurde, in das Verbot eines Vermittlungsentgelts, wird der Zustand wieder hergestellt, der bis 2006 zweifelsfrei bestand: Das Verbot gilt für die Vermittlung jeglichen Wohnraums, welcher aus öffentlichen Haushalten gefördert wurde. Dies ist als Klarstellung zu begrüßen.

* * *