



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften
über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen**

**erarbeitet vom
Schuldrechts-Ausschuss
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

- RA Prof. Dr. Volkert **Vorwerk**, Karlsruhe – Vorsitzender
RA Jürgen **Bestelmeyer**, München
RA Dr. Andreas **Eickhoff**, Bochum
RA Dr. Carsten **Harms**, Hamburg
- RA Christian **Dahns**, Bundesrechtsanwaltskammer

April 2010
BRAK-Stellungnahme-Nr. 8/2010
Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Patentanwaltskammer
Bundesverband der Freien Berufe

Per Mail:

Beck aktuell, LexisNexis Rechtsnews, OVS News Freie Berufe, Jurion Expertenbriefing, juris Nachrichten

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 153.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist seit langem nicht mehr das Ergebnis autonomer nationaler Rechtsetzung. Nationales Recht hat vielmehr europarechtliche Vorgaben zu beachten. Davon ist auch das BGB nicht verschont geblieben. Die Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2002 ist dafür das wohl prominenteste Beispiel. In ihrem Rahmen wurden insbesondere die Verbrauchsgüterkauf- und die Fernabsatzrichtlinie in nationales Recht umgesetzt.

Der Gesetzgeber hat sich seinerzeit gegen Spezialgesetze zur Regelung des Verbrauchsgüterkaufs, Fernabsatzes und vergleichbarer, vom Europarecht geprägter Materien entschieden. Er hat die europarechtlich vorgegebenen Regeln vielmehr in das BGB integriert. Diese Integration ist längst nicht abgeschlossen. So ist zwar verabschiedet, aber noch nicht in Kraft getreten das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie. Es wird am 11.06.2010 in Kraft treten und weitere erhebliche Eingriffe in das BGB bringen (Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I. Seite 2355; vgl. dazu Bundestagsdrucksache 16/11643).

2. Richtlinienrecht ist supranationales Recht und damit nicht einer bestimmten Rechts- oder Gesetzgebungstradition oder -kultur verpflichtet. Man muss die Rechtsetzungsqualität des Richtliniengebers nicht kritisieren, um festzustellen, dass die Anpassung des nationalen Rechts unter Verwendung der nationalen Terminologie an europäische Vorgaben Schwierigkeiten bereiten muss. Das gilt auch und insbesondere für das – hier weit verstandene – Verbraucherrecht. Hinzu kommt noch, dass sich die Anwendungsbereiche etwa der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie überschneiden, so dass bei der Integration des Richtlinienrechts in das BGB ganz verschiedene Konstellationen (z. B. Verbrauchsgüterkauf im Fernabsatzhandel) zu berücksichtigen und systematisch richtig zu regeln sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist bei alledem nicht übersichtlicher geworden. Die Verweisungstechnik und Regelungszusammenhänge können von denjenigen, die nicht täglich mit der Materie befasst sind, teilweise

nur unter erheblichem Aufwand nachvollzogen werden. Einzelne Regelungen erschließen sich erst, wenn man ihre Begründung kennt.

Dass dem Gesetzgeber bei der Integration europäischen Rechts in das BGB Pannen unterlaufen sind und unterlaufen mussten, nimmt ebenfalls nicht Wunder. Eine der prominentesten Pannen ist die – inzwischen korrigierte – missglückte Musterbelehrung nach der BGB-InfoV. Wer sich auf den Gesetzgeber verlassen und die Musterbelehrung verwandt hat, musste mit Erstaunen zur Kenntnis nehmen, dass ihn dies nicht nur nicht vor Ansprüchen von Verbrauchern wegen unzureichender Belehrung schützte, sondern sogar Unterlassungsansprüchen konkurrierender Unternehmer aussetzte.

3. Der Gesetzgeber hat sowohl Entscheidungen nationaler Gerichte (wie z. B. zur BGB-Info-Verordnung) als auch des Europäischen Gerichtshofs immer wieder zum Anlass genommen, punktuell Nachbesserungen am BGB vorzunehmen.

So ist beispielsweise durch Art. 5 des „Gesetzes zur Durchführung des Übereinkommens vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ § 474 Abs. 2 BGB eingefügt worden. Damit hat der Gesetzgeber einer auf Vorlagebeschluss des BGH ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (ZIP 2008, 794; nachgehend dann BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05, ZIP 2009, 176) Rechnung getragen; der EuGH hatte entschieden, dass im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs der Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung von dem kaufenden Verbraucher nicht Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Kaufgegenstandes verlangen könne. Der Gesetzgeber hat damit auch die Streitfrage erledigt, ob man dasselbe Ergebnis bereits bei richtlinienkonformer Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB gewinnen konnte (so der BGH; vgl. dazu beispielsweise Grunewald in EWIR 2009, Seite 75/76).

Vergleichbar ist die Ergänzung des § 357 Abs. 3 durch einen neuen Satz 2 mit Wirkung vom 11.06.2010, der im Interesse von Internetauktionsanbietern dem Umstand Rechnung tragen soll, dass die überwiegende Rechtsprechung einen lediglich auf einer Internetseite zur Verfügung gestellten Hinweis auf die Rechtsfolge des § 357 Abs. 3 Satz 1 nicht als einen solchen „in Textform“ ansah und der Unternehmer bei Internet-Auktionen deswegen keine Möglichkeit hatte, den Verbraucher spätestens bei Vertragsabschluss in der nötigen Form zu unterrichten (vgl. Bundestagsdrucksache 16/11643, Seite 72).

4. Der jetzt vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen reiht sich in die Reihe dieser Reparaturgesetze ein. Anlass ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.09.2009 (C-489/07), ergangen auf Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Lahr. Nach diesem Urteil ist eine nationale Regelung gemeinschaftswidrig, nach der der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann. Der Verbraucher müsse die Möglichkeit haben, innerhalb der ihm von der Richtlinie eingeräumten Bedenkzeit sein Widerrufsrecht völlig frei und ohne jeden Druck zu nutzen. Ein solcher Druck würde aber entstehen, wenn der Verbraucher allein deshalb Wertersatz zahlen müsse, weil er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware geprüft und ausprobiert hat (Tz. 23 und 24 des Urteils). Davon unterscheidet der Europäische Gerichtshof die Situation, dass der Verbraucher „die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat“ (a.a.O., Tz. 26). Dafür dürfe die Verpflichtung zum Wertersatz vorgesehen werden.

Betroffen von der Entscheidung des EuGH ist § 357 Abs. 1 BGB geltender Fassung, der für den Fall des Widerrufs eines Verbrauchervertrages auf die Vorschrift über den gesetzlichen Rücktritt verweist. Nach § 346 schuldet der Käufer also grundsätzlich Wertersatz. § 357 Abs. 3 schränkt den entsprechenden Anspruch des Verkäufers nur dann ein, wenn er den Verbraucher nicht spätestens bei Vertragsabschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen hat, sie zu vermeiden. Schon vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wurde daher im Schrifttum die Auffassung vertreten, die Regelung sei nicht richtlinienkonform (für alle Münchener Kommentar/Masuch, 5. Aufl. 2007, § 357 BGB Rn. 5 f., 49; dagegen – auch nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs – beispielsweise Palandt/Grüneberg, 69. Aufl. 2010, § 357 BGB Rn. 14).

Der Gesetzgeber hat sich nunmehr dazu entschieden, das Gesetz zu ändern und nicht auf die richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften zurückzugreifen. Das entspricht seinem Vorgehen in den in Ziffer 3 beispielhaft erwähnten anderen Fällen und ist demnach konsequent.

5. Der Entwurf geht inhaltlich in doppelter Hinsicht über die vom Europäischen Gerichtshof entschiedene Fallgestaltung hinaus: Zum einen hat

sich der Europäische Gerichtshof nur mit Wertersatzbezogenen Nutzungen befasst, nicht auch mit Wertersatz für eine Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes. Zum anderen bezieht sich die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur auf die Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7 EG vom 20.05.1997). Der nationale Gesetzgeber erstreckt jedoch die Neuregelungen auf alle Fälle, in denen ein gesetzliches Widerrufsrecht besteht, also z. B. auch auf Haustürsituationen.

Das ist bewusst so vorgesehen (vgl. Referentenentwurf Seite 17/18), da die Fälle nach Auffassung des Referentenentwurfs kaum unterschiedlich behandelt werden können. Dieser Ansatz erscheint jedenfalls vertretbar.

Die neuen Formulierungen tragen auch der vom Europäischen Gerichtshof (a.a.O., Tz. 27) geforderten Beweislastverteilung Rechnung. Danach soll nämlich der Unternehmer die Beweislast dafür tragen, dass der Verbraucher „die Ware während der Widerrufsfrist nicht in einer Weise benutzt hat, die über das hinausgeht, was zur zweckdienlichen Ausübung des Widerrufsrechts erforderlich ist“. Zu diesem Zweck wird nach dem Entwurf – systemkonform – die bisherige Ausnahmeregelung (vgl. § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB): Dies (die Verpflichtung zum Wertersatz) „gilt nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist“ umgedreht und als Anspruchsvoraussetzung formuliert (§ 312 e Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Entwurfassung für Nutzungersatz; § 357 Abs. 3 Satz 1 für Wertersatz bei Verschlechterung der Sache). Auch das ist systemkonform.

Zu wünschen wäre allerdings, dass der Gesetzgeber den vorgesehenen neuen Satz des Musters für die Widerrufsbelehrung entsprechend fassen würde. Der vorgesehene Satz lautet derzeit:

„Für die Verschlechterung der Ware und vorgezogene Nutzungen müssen Sie keinen Wertersatz leisten, soweit die Verschlechterung und die Nutzung auf die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsfähigkeit der Ware zurückzuführen ist.“ (Referentenentwurf Seite 4 bei Nr. 8)

Auch dieser Satz sollte positiv formuliert werden:

„Für die Verschlechterung der Ware und vorgezogene Nutzungen müssen Sie Wertersatz nur dann leisten, wenn die Nutzungen oder die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und die Funktionsfähigkeit der Ware hinausgeht.“

6. Ob man das Regelungskonzept des BGB und die in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zugrunde liegenden Erwägungen für durchweg überzeugend hält, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. Der nationale Gesetzgeber hat sich für eine Umsetzungsstrategie entschieden, die er mit dem vorliegenden Referentenentwurf weiterverfolgt.

Festzuhalten ist bei alledem immerhin, dass der Vorlagefall, der zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs führte, ebenso ein pathologischer Fall ist wie dies viele andere vergleichbare Fälle waren. Denn der Verkäufer hatte es schlicht versäumt, die Käuferin ordnungsgemäß über ihre gesetzlichen Rechte zu informieren. Nur deshalb konnte die Käuferin den Kaufvertrag über das gebrauchte Notebook noch fast elf Monate nach Abschluss widerrufen, und nur deshalb kam es zum Streit über eine nennenswerte Nutzungsentschädigung.

Da der im Fernabsatzhandel tätige, insbesondere gewerbliche Verkäufer nunmehr Rechtssicherheit hat, wenn er sich an die Vorgaben der Musterbelehrung hält, dürfte die Bedeutung der Neuregelung jedenfalls für den einigermaßen sorgfältig handelnden gewerblichen Verkäufer beschränkt sein.