



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

leier-ba@bmj.bund.de

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, den 13. August 2010

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen

Zum JMS vom 29.06.2010 – I B 6 – 3420/12-4-2-11 519/2010

Sehr geehrte Frau Leier,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wir begrüßen das methodische Vorgehen Ihres Hauses außerordentlich. Jahrzehntlang fokussierte sich das Verbraucherschutzrecht – europäischen Vorgaben folgend – auf die Instrumente des Widerrufsrechts und der Informationspflicht, ohne diese – insbesondere im Hinblick auf Effizienz, Praktikabilität und Effektivität – näher zu hinterfragen. Andere Ansätze kamen *a priori* nicht in Betracht. Das Bezugsschreiben und der ihm beigefügte Fragebogen zeigt nunmehr die Bereitschaft, die bisherigen Schutzinstrumentarien ergebnisoffen empirisch auf ihre Brauchbarkeit zu untersuchen. Dies kann nicht hoch genug geschätzt werden. Es gilt hier im gesetzgeberischen Großen der gleiche Grundsatz, den der Gestalter „im Kleinen“ bei der Formulierung seiner vertraglichen Abreden zu beachten hat – aufzunehmen ist nur, was den Beteiligten nachweisbar nützt und von diesen auch verwendet werden kann. Oder andersherum: nicht alles, was möglich ist, muss auch vereinbart werden.

Was die empirische Untersuchung selbst betrifft, bitten wir um Verständnis dafür, dass wir – mangels notarieller Zuständigkeiten im Bereich des Fernabsatzes – nur wenig beitragen können. Aus den praktischen Erfahrungen unserer Mitglieder dürfen wir aber auf folgende Aspekte hinweisen:

1. Mit Widerrufsrechten soll dem Verbraucher ein nachgelagerter Übereilungsschutz gewährt werden. Ist der Verbraucher bereits in anderer Weise vor einer übereilten Entscheidung geschützt, bedarf es dieses Rechts nicht mehr.

Dies zeigt ein Blick auf die Gestaltungspraxis eines in Bayern ansässigen und vorzugsweise in Berlin tätigen Immobilienvertreibers. Dieser lässt sich von seinen Käufern – nach Ablauf der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG – Kaufverträge anbieten und sichert ihnen zu, dass (i) die Annahme erst nach Ablauf von 2 Wochen erfolgen wird, (ii) das Angebot bis dahin durch schriftliche Erklärung ihm gegenüber widerrufen werden kann und (iii) er im Fall des Widerrufs die Notarkosten des Angebots übernimmt. In dessen seit Jahren geübter Praxis ist – natürlich – noch nie ein Widerruf vorgekommen. Dies dürfte den Grund haben, dass die Käufer bei Unterschrift unter das Angebot wissen, was sie tun und die Wohnung auch zwei Wochen später noch kaufen wollen. Dies gilt natürlich umso mehr, als sie bei der Beurkundung des Angebotes durch den Notar noch einmal eingehend über das belehrt werden, was sie unterschreiben, statt auf seitenweise „Kleingedrucktes“ verwiesen zu werden.

2. Überhaupt scheint das Konzept eines vorgelagerten Übereilungsschutzes, das der Gesetzgeber im Jahr 2002 durch § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verstärkt hat, „gegriffen“ zu haben. Jedenfalls dürften die früher festgestellten Missstände des Vertriebs von „Schrottimmobilen“ bei „Mitternachtsnotaren“ deutlich abgenommen haben, wenn nicht gar fast verschwunden sein. Wir beobachten diese Entwicklung jedoch genau, insbesondere in einer Zeit, in der die Immobilie aufgrund zunehmender Inflationsängste der Bevölkerung wieder in das nähere Anliegerinteresse rücken.
3. Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen (Zeitschriftenabos, Clubmitgliedschaften, Versicherungen etc.) dürften die Probleme des Verbraucherschutzes weniger in der *Vertragsanbahnung* zu suchen sein, als Jahre später bei dessen *Beendigung*. Wer einmal wie der Unterzeichner den Selbstversuch unternommen hat, in Ausübung einer Vorsorgevollmacht für Senioren, die ihren Haushalt auflösen, diese Rechtsverhältnisse zu beenden, weiß davon ein traurig Lied zu singen. Oft kann nur mit erheblichem Zeitaufwand festgestellt werden, (i) wer der Vertragspartner ist (z.B. bei Zeitschriftenabos, die über Strukturvertriebe laufen), (ii) wo dieser seine Zustellanschrift hat und (iii) welche Kündigungsfristen laufen, das heißt wie lange man noch bezahlen muss. Auch die Zustellung von Erklärungen an den Zeitschriftenvertreiber ist zuweilen mit Hürden verbunden; Briefe kommen typischerweise nicht an, so dass man von vornherein nur Einschreiben-Rückschein wählen sollte, sofern diese wenigstens abgeholt werden. Zielführend ist am ehesten die etwas „rustikale“ Methode des Widerrufs der Lastschrift-ermächtigung: Gibt es kein Geld, meldet sich der Vertragspartner meist recht schnell von selbst.

Hilfreich könnte hier eine gesetzliche Verpflichtung der Unternehmer sein, auf ihrer Internetseite in leicht auffindbarer Form diese Informationen (Kündigungsfrist und Kündigungsempfänger) vorzuhalten. Hilfreich wäre es auch, wenn der Unternehmer den Eingang einer Kündigung unverzüglich dem Absender schriftlich bestätigen müsste.

4. Der Deutsche Notarverein hat schon wiederholt auf die durch telefonische Vertragsanbahnung verursachten Missstände hingewiesen. An dieser Stelle dürfen wir unsere Empfehlung erneuern, die Wirksamkeit von Verträgen, die zwischen Verbraucher und Unternehmer am Telefon (angeblich) geschlossen worden sind, von einer schriftlichen Bestätigung durch den Verbraucher abhängig zu machen. Auch hier sind verschiedene

Abstufungen denkbar, angefangen von einer echten Schriftformklausel mit den Folgen des § 125 BGB, einer Ausgestaltung nach dem Vorbild des § 550 BGB (mit der Folge eines jederzeitigen Kündigungsrechts) bis hin zur Qualifikation der Zahlungspflicht des Verbrauchers als unvollkommener Verbindlichkeit (welche mit schriftlicher Bestätigung zur klagbaren Pflicht wird), etwa nach dem Vorbild der §§ 656, 814 BGB mit einer Regelung der Beweislast für Unkenntnis. Die privatrechtliche Dogmatik stellt hierfür ein Füllhorn an Möglichkeiten zur Verfügung. Dass das BMJ diese Regelungsklavatur hervorragend beherrscht, wurde in der Vergangenheit nur allzu oft eindrucksvoll unter Beweis gestellt.

5. Ein „*level playing field*“ zwischen Verbraucher und Unternehmer lässt sich auch durch entsprechende Beweislastregeln herstellen. Hier wäre etwa zu denken an eine Beweislastumkehr beim Zugang von Erklärungen des Verbrauchers oder an erhöhte Beweisforderungen beim Zustandekommen von Verträgen im Telefonmarketing.
6. Verbraucherschutz kann schließlich auch, und dieser Aspekt bleibt in der bisherigen Diskussion bislang außer Betracht, durch Verfahren gewährleistet werden. Dem Notar, der die Formzwecke des materiellen Rechts durch ein hoheitlich ausgestaltetes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verwirklichen hat, ist dieser Denkansatz naturgemäß vertraut. Aber auch im streitigen Verfahren sind Schutzinstrumente denkbar, z.B. durch einen Gerichtsstand am Wohnort des Verbrauchers oder durch Befreiung des Verbrauchers von der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses, wenn die Klage *prima facie* begründet erscheint (analog der Prozesskostenhilfe). Auch diese Ansätze sind nicht neu, sie entstammen einer jahrhundertealten abendländischen Rechts-tradition des Schutzes des Schwachen.
7. Es ist nicht zu verkennen, dass die bisherige Praxis des Widerrufsrechts zu Missbräuchen führen kann, wenn der Verbraucher zugesandte Waren nicht nur kurz darauf hin untersucht, ob sie die von ihm erwartete Beschaffenheit aufweisen, sondern darüber hinausgehend in Gebrauch nimmt. Dieser Gesichtspunkt wurde bekanntlich jüngst in dem auch vom Deutschen Notarverein kommentierten Entwurf des „Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen“ behandelt. Neben den dortigen Instrumentarium könnte auch daran gedacht werden, den Unternehmern zu gestatten, Kunden, bei denen solches Verhalten gehäuft auftritt, in Dateien zu erfassen und diese dann nicht mehr oder nur unter bestimmten Bedingungen zu beliefern. Auch das ist Teil der Vertragsfreiheit und darf nicht unter Berufung auf vorgebliche Belange des Datenschutzes untersagt werden. Datenschutz ist kein Tatenschutz.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius