



# Deutscher Notarverein

## Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Herrn RD Rothfuß  
Bundesministerium der Justiz  
11015 Berlin

vorab per E-Mail: [poststelle@bmj.bund.de](mailto:poststelle@bmj.bund.de)  
[raabe-fr@bmj.bund.de](mailto:raabe-fr@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](mailto:kontakt@dnotv.de)  
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 30. Dezember 2008

### **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher**

Sehr geehrter Herr Rothfuß,

der Deutsche Notarverein dankt für die Möglichkeit, sich zum vorgenannten Vorschlag<sup>1</sup> äußern zu können, und nimmt diese gerne wahr. Zur besseren Übersicht möchten wir der Stellungnahme folgende fünf Thesen voranstellen:

- 1. Die Verbraucherrechterichtlinie wird das Verbraucherschutzniveau in Deutschland erheblich absenken (nachfolgend I.).**
- 2. Wenn sich die Kommission von einer Vollharmonisierung des Verbraucherschutzrechtes einen wesentlichen Impuls für grenzüberschreitende Geschäfte von Verbrauchern verspricht, so vermag diese Prämisse nicht zu überzeugen und ist überdies bislang von der Kommission empirisch nicht belegt (II.).**
- 3. Das vor allem aus Informationspflichten und Widerrufsrechten bestehende Verbraucherschutzinstrumentarium der VRR begegnet bereits grundsätzlich im Hinblick auf seine Wirksamkeit schweren Bedenken. Jeder Ausdehnung und Zementierung dieses fragwürdigen Konzeptes zu Lasten der bestehenden Regelungsvielfalt in den Mitgliedstaaten muss eine gründliche theoretisch-empirische Analyse vorangehen; eine solche Analyse muss alternative und ergänzende mitgliedstaatliche Verbraucherschutzinstrumente einbeziehen (III.)**

<sup>1</sup> Vorschlag der Kommission vom 08.10.2008 KOM(2008) 614/4, nachfolgend als „Verbraucherrechterichtlinie“ bzw. „VRR“ bezeichnet.

4. **Wird die VRR von den europäischen Organen verabschiedet, hätte dies tiefgreifende Nebenwirkungen im allgemeinen Schuld- und Sachenrecht der Mitgliedstaaten zur Folge. Insbesondere die Funktion und Wirkung der notariellen Beurkundung wäre in völlig sinnwidriger und kontraproduktiver Weise gefährdet, was unmittelbar zu Lasten der deutschen Verbraucher ginge (IV.).**
5. **Die Regelungen der VRR im Einzelnen erweisen sich bei genauerer Analyse als widersprüchlich, wenig ausgereift und gesetzgebungstechnisch mangelhaft. Sie fallen weit hinter mitgliedstaatliche Gesetzgebungsstandards zurück (V.).**

Wir bitten daher die Bundesregierung, sich insgesamt gegen den Richtlinienvorschlag auszusprechen und die Kommission aufzufordern, einen vollständig neuen Entwurf zu fertigen. Diesem Entwurf sollten rechtsvergleichende und empirische Studien zur Wirksamkeit des auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene bestehenden Verbraucherschutzinstrumentariums vorausgehen.

Sollte dies nicht durchsetzbar sein, sollte sich die Bundesregierung jedenfalls gegen die von der Kommission angestrebte Vollharmonisierung aussprechen. Dies ließe sich erreichen, wenn:

- a) Erwägungsgrund (2) letzter Halbsatz, Erwägungsgrund (5) letzter Satz, Erwägungsgrund (6) Nebensatz von Satz 1, die Erwägungsgründe (7) und (8) und
- b) Art. 4 nebst Verweisungen in Art. 3 Nr.2 und 3, Art. 10 Nr. 3, Art. 11 Nr. 5 gestrichen würden.

Im Hinblick auf das durch eine notarielle Beurkundung gewährleistete Verbraucherschutzniveau sollten notariell beurkundete Verträge außerdem generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden (vgl. auch nachfolgend unter IV. 3.d)).

Zum Richtlinienentwurf im Einzelnen:

## **I. Negative Auswirkungen auf das Verbraucherschutzniveau in Deutschland**

Der Entwurf wird weder den eigenen Zielsetzungen (etwa Erwägungsgrund 8) noch dem Bestreben des EG-Vertrags (Art. 95 Abs. 3 und 153 EG) gerecht, ein hohes Verbraucherschutzniveau für die Bürgerinnen und Bürger sicherzustellen. Vielmehr zementiert die VRR durch Vollharmonisierung und das ausdrückliche Verbot an die Mitgliedstaaten, weiterführende Verbraucherschutzmaßnahmen zu erlassen, Regelungen von zweifelhafter Qualität, ohne zuvor Effizienz und Erforderlichkeit derselben geprüft zu haben (vgl. auch nachfolgend IV.4.).

Leidtragender dieser Vorschläge ist der deutsche Verbraucher, da die Nivellierungsbestrebungen der EU-Kommission ein Absinken des heute in Deutschland bestehenden Verbraucherschutzniveaus zur Folge haben werden. Beispielhaft hierfür genannt seien nur die gegenüber den §§ 308 ff. BGB weniger stark ausgeprägten AGB- Kontrollen mit

den entsprechenden Klausellisten sowie die nunmehr neu eingeführte Rügeobliegenheit für den Verbraucher bei Vorliegen eines Mangels.

Wir stimmen daher Frau Bundesministerin Zypries zu, dass die Vollharmonisierung der falsche Weg für ein effektives europäisches Verbraucherschutzrecht ist. Dies sollte die Bundesregierung auch im europäischen Rat vertreten.

Für den Deutschen Notarverein ist es nachgerade paradox, wenn sich die Kommission zur Begründung der Vollharmonisierung auf einem niedrigen Niveau des Argumentes bedient, die Minimalharmonisierung habe die Mitgliedstaaten immer wieder dazu verführt, ein höheres Schutzniveau in ihrem Staatsgebiet einzuführen (vgl. Erwägungsgrund 6). Die Kommission scheint zu vergessen, dass sie nicht Harmonisierung um der Harmonisierung willen betreiben soll, sondern, um ggf. den notwendigen Schutz der Verbraucher vor undurchsichtigen oder unseriösen Geschäftspraktiken gemeinschaftsweit sicherzustellen. Das Handeln der nationalen Gesetzgeber ist ein Beleg für Defizite des Europarechts, nicht für fehlenden Willen zur Schaffung eines Binnenmarkts.

Fühlt sich die Kommission hingegen berufen, das Verbraucherschutzniveau gemeinschaftsweit zu senken, so bedürfte dies aber gegenüber den höheren Standards einzelner Mitgliedstaaten einer gründlichen Rechtfertigung und empirischer Studien über deren Kosten-Nutzen-Verhältnis. Beides bleibt die Kommission schuldig.

## **II. Vollharmonisierung ist kein Motor für grenzüberschreitende Geschäfte**

Die Kommission behauptet, mit einer Vollharmonisierung des Verbraucherschutzrechtes einen wesentlichen Impuls für grenzüberschreitende Geschäfte von Verbrauchern setzen zu können. Entsprechend führt sie auf Seite 8 der Einleitung zum Richtlinienentwurf Hemmnisse im grenzüberschreitenden Handel weitgehend auf unterschiedliche Rechtsentwicklungen zurück.

Diese generelle Prämisse der EU-Kommission, die als Begründung die Vollharmonisierung tragen soll, ist höchst fragwürdig und empirisch nicht belegt.

Zutreffend ist zunächst der Befund der EU-Kommission, dass es im Bereich des Verbraucherschutzrechtes keine europaweit einheitlichen Regelungen gibt. Dieser Befund ist indes banal und beruht schlicht und ergreifend auf der bislang verfolgten europäischen Mindestharmonisierung des Verbraucherschutzrechtes durch das Instrument der Richtlinie.

Der von der EU-Kommission aus dieser Tatsache gezogene Schluss, die „Rechtszersplitterung“ hemme den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr bei Verbrauchergeschäften, vermag dagegen nicht zu überzeugen.

Das teilweise fragmentierte Verbraucherschutzrecht dürfte im Gegenteil nur einen äußerst marginalen und daher zu vernachlässigenden Einfluss auf die Frage haben, warum ein Verbraucher seinen neuen Fernseher nicht bei einem britischen Versandhändler bestellt, sondern den Mediamarkt um die Ecke vorzieht, obwohl der britische Versand-

händler den Fernseher sogar einige Prozent günstiger anbietet. Ausschlaggebend für die (rational sogar häufig nachvollziehbare) Entscheidung des Verbrauchers dürften vielmehr Erwägungen zum Sprach- und Kulturraum, zur räumlichen Entfernung und Verkehrsanbindung sowie zu Serviceangeboten des Vertragspartners ein.

Der durchschnittliche Verbraucher wird zudem bereits von der Sprachbarriere abgeschreckt. Auch wenn er das Bestellformular versteht oder dieses in Deutsch abrufbar ist, fürchtet er sich im Beispielsfall des englischen Versandhändlers davor, im Servicefall ein Telefonat mit einer englischen Hotline führen zu müssen.

Der Vertragsschluss mit dem ausländischen Händler hat außerdem den Nachteil, dass Lieferung sowie etwaige Rücksendung und Ersatzlieferung aufgrund der Entfernung lange dauern und der Verkäufer keinen eigenen Kundendienst vor Ort leisten kann. Die Behebung von Mängeln ist daher mit einem Mehr an Aufwand und Ärger verbunden. Vermeintlich günstigere Preise werden hierdurch relativiert.

Ähnliche Erwägungen des Verbrauchers mag es im Bereich des von der Kommission angesprochenen Internetversandhandels geben, worin die Kommission ja noch erhebliche Wachstumspotenziale sieht.<sup>2</sup> Nicht vergessen sollte man diesbezüglich auch die Tatsache, dass der Internetversandhandel in den „interessanten“ Bereichen (also etwa Bücher, CD, DVD, allgemein Elektronik, etc.) in der Hand weniger international aufgestellter Großunternehmen ist, die ohnehin über nationale Plattformen in der Landessprache anbieten, wie etwa amazon, etc.

Unterschiede im Verbraucherschutzrecht spielen hingegen nahezu keine Rolle. Bestellt ein Deutscher bei [www.amazon.fr](http://www.amazon.fr) ein Buch, so geht er selbstverständlich davon aus, mangelfreie Ware zu bekommen (und das französische Zivilrecht entspricht dieser Vorstellung natürlich auch); von der Bestellung sieht er allenfalls mangels Sprachkenntnissen ab. Selbst die Vollharmonisierung der gesamten Zivilrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten hätte auf die Häufigkeit grenzüberschreitender Verbrauchergeschäfte vermutlich keine signifikante Auswirkung.

### **III. Grundsätzliche Bedenken gegen das generelle Verbraucherschutzkonzept der VRR**

Vor einer Diskussion des VRR im Detail stellt sich weiterhin die Frage, ob das verfolgte Verbraucherschutzkonzept überhaupt dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Diskussion entspricht und einer empirischer Überprüfung standhält. Beides dürfte nicht der Fall sein. Dann wäre die Zementierung eines solchen Verbraucherschutzkonzeptes durch die beabsichtigte Vollharmonisierung aber umso mehr verfehlt.

---

<sup>2</sup> Die Frage, ob ein weiteres Anwachsen des Versandhandels gegenüber dem Einkauf im Fachgeschäft mit Beratung etc. *ordnungspolitisch* überhaupt wünschenswert ist, wollen wir hier nicht weiter beleuchten. Der Deutsche Notarverein erlaubt sich aber auch insoweit, Skepsis gegenüber der Hoffnung der Kommission auf große Wachstumspotenziale im e-commerce Bereich zu äußern.

## 1. Verbraucherschutz als Ausnahme vom Prinzip der Vertragsfreiheit

Europäisch geprägtes Verbraucherschutzrecht gibt es mittlerweile seit vielen Jahren. Es hat bereits tief in die nationalen Rechtsordnungen eingegriffen, wie man etwa bei einem Blick in das BGB mühelos feststellen kann.

Rechtssystematisch stellen verbraucherschützende Bestimmungen Ausnahmen vom generell im Zivilrecht geltenden und auch grundrechtlich geschützten Grundsatz der Vertragsfreiheit dar. Sie bedürfen daher als Beschränkungen der Privatautonomie einer Rechtfertigung.

### a) Fallgruppenbildung im Verbraucherschutzrecht

Schutzbedürftig ist der Verbraucher dabei vor allem in Situationen, in denen privatautonomes Handeln angesichts eines Machtungleichgewichtes oder eines Informationsvorsprungs des dem Verbraucher gegenüberstehenden Unternehmers in der Regeln nicht möglich ist. Die VRR greift hier typische Situationen auf (Haustürsituation, Fernabsatz, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Verbrauchsgüterkauf), die strukturell zu ungleichen Verhandlungssituationen führen. Die Typisierung als solche ist dabei aus gesetzgeberischer Sicht sowohl sinnvolles als auch zulässiges Hilfsmittel.

### b) Geeignetheit und Effektivität der gewählten Instrumente

Wenn bestimmte typisierbare Fallkonstellationen verbraucherschützende Regelungen erforderlich machen, stellt sich in einem zweiten Schritt dann die Frage, welche verbraucherschützenden Regelungen der Gesetzgeber einführen soll. Verbraucherschutzbestimmungen müssen sich daran messen lassen, ob sie geeignet sind, die strukturell ungleichen Verhandlungssituationen zu Gunsten des Verbrauchers zu verbessern. Dabei spielt auch eine Rolle, ob Kosten<sup>3</sup> und Nutzen bestimmter Verbraucherschutzmaßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu einander stehen.

Das der VRR zu Grunde liegende Verbraucherschutzkonzept besteht vor allem in einer Kombination der Instrumente „Informationspflichten“ und „Widerrufsrechte“. Nachfolgend soll kurz gezeigt werden, dass gegen die Wirksamkeit beider Instrumente erhebliche Bedenken bestehen.

---

<sup>3</sup> Maßnahmen des Verbraucherschutzes verursachen Transaktionskosten, die letztlich über höhere Preise wiederum vom Verbraucher getragen werden müssen. Der Verbraucher selbst hat daher ein Interesse an einem ökonomisch effizienten Verbraucherschutz.

## 2. Bedenken gegen Informationspflichten und Widerrufsrechte

### a) Zum Informationsmodell

Das Informationsmodell beruht vereinfacht gesagt auf dem Gedanken, dass vorvertragliche Informationen präventiven Schutz bewirken, weil sie den Verbraucher in die Lage versetzen, auf der Grundlage der gegebenen Informationen unter Abwägung der Risiken eine rationale Entscheidung zu treffen. Dahinter steht letztlich das ökonomische Konzept des „homo oeconomicus“, des „idealen Marktmenschen“. Der „homo oeconomicus“ wird sich danach bei Vorliegen aller wesentlichen Informationen stets rational und „richtig“ entscheiden. Es komme deshalb darauf an, vor Vertragsschluss alle (!) wesentlichen Informationen allen Vertragspartnern in gleichem Maße zur Verfügung zu stellen.

Gegen die Wirksamkeit dieses Modells bestehen erhebliche Zweifel:

- Häufig ist die aus Verbrauchersicht zu **verarbeitende Datenmenge so umfangreich**, dass auch vorvertragliche Informationen keine rationale Entscheidung ermöglichen. Beispiel: Telefonanbieter differenzieren in ihren Tarifmodellen so stark nach Netzgebieten und Zeiten und ändern die Tarifmodelle so häufig, dass der Verbraucher die Modelle ohne Hilfe kaum rational vergleichen kann. Hinzu kommt, dass häufig besonders günstige (Lock-)Angebote genutzt werden, um eine längerfristige Vertragsbindung mit später ungünstigeren Konditionen zu erreichen.
- Weiter sind Produktinformationen häufig so **komplex und schwer zu verstehen**, dass der durchschnittliche Verbraucher kaum eine Chance hat, auf der Grundlage der Informationen eine rationale Entscheidung zu treffen. Dies weiß jeder, der einmal versucht hat, sich auf dem Versicherungsmarkt oder dem Markt für Finanzprodukte ohne fremde Hilfe anhand der Produktinformationen einen Überblick über die verschiedenen Konditionen und die mit den Produkten verbundenen Risiken zu verschaffen.
- **Information** durch den Unternehmer und **Werbung** für das Produkt stehen weiter in einem nicht restlos auflösbaren **Zielkonflikt**. Während Informationspflichten auf eine rationale Entscheidung des Verbrauchers hinwirken sollen, ist Produktwerbung vor allem darauf angelegt, die Emotionen des Verbrauchers anzusprechen und damit (auch) irrationales Verhalten zu fördern. Ein ähnlicher Zielkonflikt besteht, wenn provisionsabhängige Vermittler eingeschaltet werden. Insoweit kann wiederum auf den vorgenannten Markt für Finanzprodukte verwiesen werden.

Es ist damit höchst fraglich, inwieweit das Informationsmodell effektiv dazu beiträgt, dem Verbraucher durch sachgerechte und zutreffende Informationen zu einer rationalen Entscheidung zu verhelfen. Vielmehr liegt der Gedanke nahe, dass der Verbraucher häufig lediglich die Illusion erhält, informierte Entscheidungen zu treffen. Das Verhandlungs- und Informationsungleichgewicht zwi-

schen Unternehmer und Verbraucher wird damit nicht abgebaut, sondern vielmehr werden aus dem Bereich der Verhaltensökonomik bekannte irrationale Phänomene wie „Überoptimismus“, „Kontrollillusion“, „Wissensillusion“ und „Selbstüberschätzungsanomalie“<sup>4</sup> noch verstärkt.

Die EU-Kommission hat sich kürzlich auf einer Brüsseler Konferenz explizit mit den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie und möglichen Schlussfolgerungen für den Verbraucherschutz auseinandergesetzt.<sup>5</sup> Dabei wurde deutlich, dass noch viel zu wenig untersucht worden ist, wie Entscheidungen der Verbraucher tatsächlich zustande kommen und welche Effekte rationalen Entscheidungen möglicherweise entgegenstehen.<sup>6</sup>

Zudem ist kritisch anzumerken, dass das Informationsmodell wegen der geschilderten Defizite seine eigentlichen Effekte weniger auf der ersten Stufe des Vertragsschlusses hat als vielmehr auf der zweiten Stufe, nämlich etwaigen sekundären Ansprüchen des Verbrauchers bei Verletzung der Informationspflichten (Schadensersatzansprüche, Auswirkungen auf das Widerrufsrecht etc.). Damit wird der Schutz des Verbrauchers aber letztlich von der präventiven auf eine erst nachträglich wirkende Ebene verlagert.

Insgesamt ist daher zu überlegen, ob das Informationsmodell tatsächlich als generelles und branchenübergreifendes Verbraucherschutzinstrument geeignet ist oder ob es nicht zumindest der Differenzierung und Ergänzung durch andere möglicherweise wirklich präventiv wirkender Instrumente (vgl. nachfolgend 3.) bedarf.

## **b) Zum Widerrufskonzept**

Widerrufsrechte im Verbraucherschutz sollen den Verbraucher in die Lage versetzen, übereilt, uninformiert oder in einer Drucksituation getroffene Entscheidungen nach einer Überlegungsfrist rückgängig zu machen. Innerhalb einer sogenannten „cooling-off-period“ soll der Verbraucher seine Entscheidung reflektieren, überprüfen und ggf. korrigieren können.

In bestimmten Fallkonstellationen, etwa beim Fernabsatzvertrag, leuchtet das Konzept ohne weiteres ein, da der Verbraucher das bestellte Produkt erstmalig nach Vertragsschluss und Lieferung in der Hand hält und prüfen kann. Bei dieser Art von Verträgen dürfte ein Widerrufsrecht bzw. ein Rückgaberecht aber bereits normaler unternehmerischer Logik entsprechen. Wer hier als Unter-

---

<sup>4</sup> Die Verhaltensökonomie kann belegen, dass Marktteilnehmer systematisch dazu neigen, bestehende Risiken zu unterschätzen (Überoptimismus). Weiter überschätzen sie ihre eigenen Informationsverarbeitungsmöglichkeiten (Wissensillusion) sowie ihre Fähigkeiten, mit etwaig eintretenden Risiken sachgerecht umzugehen (Kontrollillusion, Selbstüberschätzungsanomalie). Die FAZ hat in einer seit Oktober/November laufenden Serie (Autor: Hanno Beck) zur „Behavioral Finance“ verhaltensökonomische Erkenntnisse am Beispiel des Finanzmarktes erläutert.

<sup>5</sup> Details dazu unter [http://ec.europa.eu/consumers/strategy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/strategy/index_en.htm).

<sup>6</sup> Es wurden etwa Studien vorgestellt, wonach Verbraucher von der Freiheit, sich den kostengünstigsten Telefontarif oder den kostengünstigsten Energielieferanten auszuwählen, nur sehr unzureichend Gebrauch machen.

nehmer eine Rücksendung der Ware nicht zuließe, dürfte sich am Markt mittel- und langfristig kaum durchsetzen können. Im Bereich der Textilindustrie hatte sich bei Versandungskäufen daher bereits lange vor den entsprechenden europäischen Richtlinien ein vertraglich vereinbartes Rückgaberecht binnen eines bestimmten Zeitraumes durchgesetzt.

Generell begegnet das Konzept des Widerrufsrechts aber gewichtigen Bedenken:

- Zunächst wirken sich die zur vorvertraglichen Information geäußerten Bedenken auch auf die Effektivität des Widerrufsrechts aus. Wenn die vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Informationen in vielen Fällen eine rationale Entscheidung des Verbrauchers überhaupt nicht fördern, nützt diesem auch eine „cooling-off-period“ nichts. Dem entspricht, die sogar im Bereich des Warenkaufs äußerst geringe Widerrufsquote von vermutlich unter 2 %.<sup>7</sup>
- Widerrufsrechte fördern aus verhaltensökonomischer Sicht wiederum die „Kontrollillusion“ des Verbrauchers. Mit dem Argument, er könne ja noch widerrufen, schlittert der Verbraucher allmählich und durch einfachen Zeitablauf in den Vertragsschluss hinein. Die Ernsthaftigkeit des Vertragsschlusses wird umgekehrt in Frage gestellt.
- Verstärkt wird das Hineinschlittern in den Vertragsschluss durch den verhaltensökonomisch experimentell belegbaren „Besitzeffekt“ (*endowment effect*), wonach Waren irrational höher bewertet werden, wenn man sie einmal in Händen hat (besitzt). Die tatsächliche Ausübung des Widerrufsrechts wird durch diesen Effekt in irrationaler Art und Weise erschwert.
- Widerrufsrechte sind zivilrechtlich mit komplexen Rückabwicklungsformen verbunden, die gesetzlich geregelt werden müssen. Je nach betroffener Vertragsart ergeben sich u.U. andere Rückabwicklungsvorschriften, wie die bereits im BGB enthaltenen Regelungen plastisch zeigen. Widerrufsrechte tragen damit insgesamt zu einer enormen Verkomplizierung des Zivilrechts dar. Auch Gerichte haben sich im Rahmen von ausgeübten Widerrufsrechten mit deren komplexen Rechtsfolgen zu befassen.

### 3. Alternativen

Die VRR beziehungsweise die Begründung zur VRR setzen sich mit alternativen bzw. ergänzenden Verbraucherschutzinstrumenten nicht ausreichend auseinander. Daher sollen hier – lediglich cursorisch – einige mögliche Instrumente vorgestellt werden, die im Gegensatz zum Informations- und Widerrufsmodell der Kommission tatsächlich präventiv wirken.

---

<sup>7</sup> Vgl. Eidenmüller, JZ 2005, 221 ff.

### **a) Vertragsbestätigung anstatt Widerrufsrecht**

Um das oben geschilderte Hineinschlittern in den Vertragsschluss und den verhaltensökonomisch erforschten „Besitzeffekt“ zu vermeiden, sollte in bestimmten Fallgestaltungen darüber nachgedacht werden, den Vertragsschluss von einer ausdrücklichen Bestätigung des Verbrauchers abhängig zu machen.

Gerade das Haustürgeschäft und die telefonische Kaltakquise bieten sich hier an. Beide im Prinzip unerwünschte Geschäftspraktiken würden für Unternehmen erheblich an Attraktivität verlieren, wenn der verbindliche Vertrag eine ausdrückliche (nachträgliche) Bestätigung durch den Verbraucher voraussetzen würde und das in der Haustürsituation oder am Telefon geschlossene Geschäft ohne eine spätere Bestätigung nichtig wäre.<sup>8</sup>

Dies würde viel mehr als ein Widerrufsrecht das Verhandlungsgleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher fördern, eine wirkliche „cooling-off-period“ schaffen und außerdem die durch Widerrufsrechte verursachten konstruktiven Probleme im Zivilrecht vermeiden.

### **b) Verbraucherschutz durch inhaltliche Vorgaben (zwingendes Recht)**

Angesichts der womöglich nur eingeschränkten Wirksamkeit des Informationsmodells, das eine „*rational choice*“ des Verbrauchers nur eingeschränkt fördern kann, sollten inhaltliche Typisierungen und inhaltliche Schutzvorgaben als ernsthafte Alternative in Betracht gezogen werden.<sup>9</sup> Diese schränken zwar theoretisch die Vertragsfreiheit mehr ein, als das Informations- und Widerrufsmodell, könnten aber angesichts des höheren Schutzniveaus vorzugswürdig sein. In welchen Fallgestaltungen dies sinnvoll erscheint, bedarf der Analyse im Einzelfall und entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung.

### **c) Generelle Verbraucherschutz durch institutionalisierte Evaluation von Produkten**

Die Schwächen des individuellen Informationsmodells können eventuell durch Evaluationsinstitutionen abgemildert werden, die generelle Informationen zu bestimmten Produkten oder Branchen vermitteln. Beispielhaft sind hier z.B. die Stiftung Warentest oder Verbraucherberatungsstellen. Auch die Berichterstattung in Medien kann teilweise generelle Informationen bereitstellen und dem Verbraucher rationale Entscheidungen ermöglichen. Dem Informationsvorsprung der Anbieterseite wird hier im Idealfall die institutionell gebündelte Nachfrageseite gegenüber gestellt.

---

<sup>8</sup> Ergänzt ggf. um klare wettbewerbsrechtliche Regelungen zur Verfolgung unseriöser Geschäftspraktiken. Vgl. auch Stürner, Markt und Wettbewerb über alles?, Beck-Verlag 2007, S. 257.

<sup>9</sup> Vgl. Stürner, a. a. O., S. 258 ff. mit konkreten Vorschlägen.

Eine Aufgabe staatlichen Verbraucherschutzes könnte daher darin bestehen, derartige Evaluationsinstitutionen zu stärken oder zu schaffen.<sup>10</sup>

Die aktuelle Finanzmarktkrise hat deutlich werden lassen, dass es insbesondere im Finanzsektor<sup>11</sup> an unabhängigen Evaluationsinstitutionen mangelt. Rating-Agenturen etwa, die gerade nicht unabhängig sind, haben bei der zutreffenden Bewertung von Finanzmarktprodukten kläglich versagt. Das Interesse an einer objektiven Bewertung steht in einem strukturell unauflösbaren Widerspruch zu den eigenwirtschaftlichen Interessen und der damit verbundenen Kundenorientierung der Rating-Agenturen.<sup>12</sup>

#### **d) Einzelfallbezogene Beratung und Information durch Dritte**

Ein weiteres Instrument des Verbraucherschutzes, das im Werkzeugkasten des Gesetzgebers nicht fehlen sollte, ist die einzelfallbezogene Beratung und Information durch nicht am Vertrag beteiligte Dritte.

Grundsätzlich ist eine solche Beratung und Information durch nicht vertragsbeteiligte Dritte geeignet, das Informationsungleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher zu beseitigen; insbesondere dann, wenn die dritte Person über produktbezogene Fachkenntnisse verfügt, die sie dem Verbraucher zur Verfügung stellen kann. Angesichts der Finanzmarktkrise gibt es gerade in den USA Ökonomen, die die Einschaltung neutraler Dritter in den Verhandlungsprozess fordern.<sup>13</sup>

Bei der Einbeziehung Dritter in den Verbraucherschutz kommt es aus gesetzgeberischer Perspektive darauf an, die Unabhängigkeit und die fachliche Qualifikation dieser Personen institutionell abzusichern.

Bedenklich ist in diesem Zusammenhang etwa, wenn angeblich „unabhängige“ und „kostenlos“ arbeitende Versicherungsmakler tatsächlich von den Provisionen der Versicherungen wirtschaftlich abhängen und dieser Umstand für den Verbraucher nicht transparent ist.

Auch Banken, die eigene Finanzmarktprodukte und Finanzmarktprodukte anderer Anbieter verkaufen und ebenfalls „unabhängig“ und „kostenlos“ beraten, haben tatsächlich erhebliche wirtschaftliche Eigeninteressen, die selbstverständlich in die Beratung mit einfließen. Eine Bank, die „kostenlos“ Hilfe bei der

---

<sup>10</sup> Wie dies beispielsweise 1964 mit der Stiftung Warentest in der Bundesrepublik Deutschland erfolgte.

<sup>11</sup> Besser bestellt ist es insoweit um den Warenmarkt.

<sup>12</sup> So werden die Rating-Agenturen etwa durch ihre Auftraggeber bezahlt und sind wirtschaftlich von diesen abhängig. *Stürner*, a. a. O., S. 95 f. weist außerdem zu Recht darauf hin, dass die Finanzmarktteile führender deutscher Tageszeitungen in den vergangenen Jahren sehr weitgehend Beiträgen interessenorientierten Beiträgen aus der Finanzwirtschaft geöffnet worden sind.

<sup>13</sup> Vgl. etwa den renommierten US-Ökonomen *Robert J. Shiller*, der in seinem Buch „The Subprime Solution“ das Modell des deutschen Notars als Vorbild empfiehlt. Auf der oben (Fn. 4) erwähnten Verbraucherschutzkonferenz plädierte *Sumit Agarwal* von der Federal Reserve Bank of Chicago für eine neutrale Beratung vor dem Abschluss von Hypothekenverträgen.

Testamentserrichtung anbietet, verspricht sich in Wahrheit Gewinne bei der Verwaltung und Anlage des Nachlassvermögens, eventuell sogar als Testamentsvollstrecker.

Der Gesetzgeber kann hier durch Gestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen dazu beitragen, dass Interessen und Vergütungssysteme transparent gemacht werden.

Als weiteres Mittel der Einflussnahme bietet sich das Berufsrecht an. Gerade die rechts- und wirtschaftsberatenden freien Berufe bedürfen der institutionellen gesetzgeberischen Absicherung ihrer Unabhängigkeit, damit sie ihre verbraucherschützende Funktion verbunden mit einer qualitativ hochwertigen Beratung erfüllen können.<sup>14</sup> Forderungen nach einer marktmäßigen Organisation der freien Berufe sind daher aus der Perspektive des Verbraucherschutzes skeptisch zu betrachten.<sup>15</sup>

#### e) Die notarielle Beurkundung

In bestimmten Fallgestaltungen (insbesondere bei hohen Werten und weit in die Zukunft reichenden Rechtsfolgen) gibt es im deutschen Recht und den übrigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit der notariellen Beurkundung ein weiteres Verbraucherschutzinstrument, das auf europäischer Ebene in der Verbraucherschutzdiskussion nicht präsent ist<sup>16</sup> und im Rahmen einer Vollharmonisierung von vorneherein auch keine Rolle spielen kann.<sup>17</sup>

Der Notar sowie das notarielle Beurkundungsverfahren sichern durch gesetzliche Regelungen im Berufs- und Beurkundungsrecht ein Höchstmaß an unabhängiger (rechtlicher) Information und Beratung des Verbrauchers, verknüpft mit dem ausdrücklichen Auftrag an den Notar, die Interessen der schwächeren Vertragspartei zu schützen (§ 17 BeurkG).

Mit § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG kennt das deutsche Beurkundungsrecht zudem eine verbraucherschützende „cooling-off-period“ vor Vertragsschluss, die dem aus Informationspflichten und Widerrufsrechten bestehenden Modell überlegen ist, weil der Zeitpunkt des bindenden Vertragsschlusses eindeutig bestimmt ist und ein Hineinschlitterns des Verbrauchers in die rechtliche Bindung vermieden wird.

---

<sup>14</sup> Die Liberalisierung des Berufsrechts der Wirtschaftsprüfer hat insoweit in den vergangenen Jahren Fehlentwicklungen eher begünstigt als verhindert.

<sup>15</sup> Auch aus verhaltensökonomischer Sicht wird die Liberalisierung und Deregulierung des Berufsrechts mittlerweile kritisch gesehen, vgl. etwa *Ariely*, Predictably Irrational, S. 252 ff, besprochen von *Kordel* in notar 1-2008 (erscheint Mitte Januar 2008).

<sup>16</sup> Natürlich sind diesem Verbraucherschutzkonzept Grenzen gesetzt: Die Beurkundung eines Fernabsatzvertrages ist nicht zielführend. Insoweit macht die Kombination Information plus Widerrufsrecht durchaus Sinn, da der Verbraucher das bestellte Produkt ja vor dem Kauf nicht prüfen kann.

<sup>17</sup> Da es nicht in allen Mitgliedstaaten Notare gibt, ist insoweit eine Vollharmonisierung von vorneherein ausgeschlossen. Mit einer Vollharmonisierung beraubt sich das europäische Recht zugleich aber ohne Not bewährter mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzinstrumente.

Die Bedeutung eines Rechtsgeschäftes wird durch das notarielle Beurkundungsverfahren mit dem Vorlesen des Vertrages besonders verdeutlicht. Der Notar erläutert zudem beim Vorlesen die rechtlichen Regelungen und „übersetzt“ diese in eine für den Verbraucher verständliche Laiensprache.

Schließlich haftet der Notar persönlich und nicht beschränkbar für alle Beratungsfehler, wobei eine unausgewogene Vertragsgestaltung mit einseitiger Risikoverteilung typischerweise eine Haftung nach sich zieht.

#### 4. Fehlende empirische Untersuchungen

Es gibt bisher keine gründlichen empirischen Untersuchungen zur Wirksamkeit des auf europäischer Ebene favorisierten Verbraucherschutzkonzeptes. Gleiches gilt allerdings auch für etwaige Alternativkonzepte, wie sie vorstehend unter 3. erörtert worden sind. Dies verwundert angesichts der Tatsache, dass die europäischen Verbraucherrechtsrichtlinien mittlerweile seit vielen Jahren in der Praxis angewendet worden sind.<sup>18</sup>

Anlass über die Effizienz des von der EU-Kommission gewählten Verbraucherschutzkonzeptes nachzudenken bietet aktuell aber z. B. die Finanzmarktkrise. Der Blick in die USA belegt, dass ein auf die Vermittlung vorvertraglicher Informationen gemünztes Verbraucherschutzrecht nicht in der Lage war, das für viele Millionen Bürger und für die Weltwirtschaft desaströse Versagen der Hypotheken- und Bankenindustrie zu verhindern.

Die im Zusammenhang mit der Schaffung eines *Common Frame of Reference* durchgeführten Erhebungen zum Verbraucherakquis der Gemeinschaft<sup>19</sup> sowie der Anfang 2008 publizierte *Draft Common Frame of Reference* beschränken sich leider ohne kritische Diskussion und entgegen dem ursprünglichen Auftrag der EU-Kommission<sup>20</sup> auf eine Zusammenstellung, Übernahme oder sogar Ausdehnung der bisherigen Verbraucherschutzinstrumente.<sup>21</sup>

Statt die richtigen und wichtigen konzeptionellen und grundsätzlichen Fragen zu stellen, verirrt sich die Kommission in der Regelung von Einzelfällen, möglicherweise motiviert von persönlichen Erfahrungen der Entwurfsverfasser. Ob dann „Notfallmaßnahmen“ bei der Instandhaltung von Gebäuden (m. a. W. Schlüsseldienst oder Klempner – Art. 19 Abs. 2 b) und c)) oder der „*vin en primeur*“ (Erwägungsgrund (33)) tatsächlich einer europaweit vollharmonisierten Regelung bedürfen, er-

---

<sup>18</sup> Der Erlass der Haustürgeschäfte-Richtlinie liegt mittlerweile mehr als 20 Jahre zurück und datiert aus dem Jahr 1985.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Schulte-Nölke/Twigg-Flessner/Ebers* (Hrsg.) *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2007. Die Studie analysiert die Umsetzung der bestehenden Verbraucherschutzrichtlinien auf mitgliedstaatlicher Ebene. Eine grundsätzlich kritische Diskussion findet jedoch nicht statt.

<sup>20</sup> KOM (2004) 651 (endg.) vom 11.10.2004.

<sup>21</sup> Eine kritische Überprüfung des vorhandenen Regelbestandes gerade auch mit empirischen Methoden mahnen etwa auch *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wager/Zimmermann*, *JZ* 2008, S. 530, 544 f. an.

scheint zumindest zweifelhaft, zumal eine entsprechende Regelung für das bayerische Oktoberfest- oder Märzenbier fehlt.

Die Verbraucherschutzkommissarin *Kuneva* selbst hat zuletzt angesichts der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie festgestellt, dass es derzeit noch an empirischer Forschung mangle und die Kommission die Entscheidungen der Verbraucher noch nicht wirklich verstehe. Daher sollten die Instrumente der Kommission zukünftig auch insoweit einer Überprüfung zu unterzogen werden.<sup>22</sup>

Dieser Erkenntnis ist uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings sollten die Schritte in der logisch richtigen Reihenfolge unternommen werden. Vor der Tätigkeit des Gesetzgebers steht die Analyse und empirische Forschung und nicht umgekehrt. Insbesondere der – bislang nur behauptete – präventive Schutz des Verbrauchers durch Information und Widerrufsmöglichkeit<sup>23</sup> sollte einer kritischen Prüfung unterzogen und mit anderen präventiv wirkenden Instrumenten (oben 3.) verglichen werden.

Die genannte Reihenfolge ist auch wegen den mit einer Veränderung des Verbraucherschutzrechtes verbundenen enormen gesellschaftlichen Kosten zwingend einzuhalten. Die VRR hätten zunächst die Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen.<sup>24</sup> Anschließend hätten sich europaweit Unternehmen, Verbraucher und Rechtsberater auf die neue Rechtslage einzustellen.<sup>25</sup> Schließlich würden Jahre vergehen, bis die Rechtsprechung sich aus dem neuen Recht ergebende Auslegungsprobleme im Interesse der Kalkulierbarkeit und Rechtssicherheit gelöst hätte.<sup>26</sup> Es muss die Frage erlaubt sein, ob angesichts des unklaren Nutzens derartige Kosten veranlasst werden dürfen.

## 5. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen für die VRR

Als Ausnahme vom grundrechtlich geschützten Prinzip der Vertragsfreiheit bedürfen verbraucherschützende Regelungen prinzipiell einer Rechtfertigung.

Diese Rechtfertigung ergibt sich vor allem daraus, dass ein privatautonomes Handeln von Verbrauchern in bestimmten typisierbaren Fallgestaltungen strukturell erschwert wird, etwa auf Grund von Informationsasymmetrien oder Verhandlungsungleichgewichten.

---

<sup>22</sup> Vgl. den Bericht in der FAZ vom 2.12.2008 zu der oben FN. 4 erwähnten Konferenz der EU-Kommission.

<sup>23</sup> Angesichts der umfangreichen Rechtsprechung zu den Informationspflichten und den Widerrufsrechten liegt der Verdacht nahe, dass diese vielfach erst in der nachträglichen gerichtlichen Konfliktsituation eine Rolle spielen, wenn es etwa um den Ablauf der Widerrufsfrist oder um Schadensersatz wegen Falschinformationen geht.

<sup>24</sup> Die Umsetzung mutet angesichts des Konzepts der Vollharmonisierung zunächst einfach an. Die Schwierigkeiten ergeben sich jedoch daraus, dass sich das vollharmonisierte EU-Recht erheblich auf das sonstige Schuld- und Sachenrecht ausstrahlt und dort daher eine Harmonisierung der VRR mit dem sonstigen nationalen Recht erfordert.

<sup>25</sup> Die entstehenden Kosten tragen dann über die Preise die Verbraucher.

<sup>26</sup> Auch hier steht die Abstimmung der VRR mit sämtlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Raum.

Verbraucherschützende Instrumente müssen sich an ihrer Wirksamkeit messen lassen. Sind sie geeignet, den Verbraucher tatsächlich zu schützen und das strukturell bedingte Ungleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher zu beseitigen?

Gegen die Wirksamkeit der auf europäischer Ebene favorisierten Instrumente „Informationspflichten“ und „Widerrufsrecht“ bestehen erhebliche Bedenken. Gründliche empirische Untersuchungen zur Wirksamkeit dieser Verbraucherschutzinstrumente fehlen.

Angesichts dieser Ausgangslage verbietet sich zum jetzigen Zeitpunkt die Ausdehnung und Verallgemeinerung von fragwürdigen Konzepten. Dies gilt besonders, wenn die VRR dem Grundsatz der Vollharmonisierung folgt und damit alternative mitgliedstaatliche Verbraucherschutzkonzepte schlicht abschafft und verbietet.

Mit dem Verbot alternativer Konzepte würde einer wünschenswerten empirischen Forschung das Ausgangsmaterial für ihre Untersuchungen entzogen. Die Herausbildung einer europäischen *Best Practice* auf der Grundlage der bestehenden mitgliedstaatlichen Vielfalt von Verbraucherschutzinstrumenten würde unmöglich gemacht.

Vor der Schaffung eines horizontalen Instrumentes muss daher eine gründliche theoretische und empirische Analyse der auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene bestehenden Verbraucherschutzinstrumente stehen. Eine solche Analyse fehlt bislang und sollte daher von der Bundesregierung auf europäischer Ebene eingefordert werden.

#### **IV. (Un-)Gewollter Kollateralschaden: Auswirkungen für das deutsche Recht im Allgemeinen und für die notarielle Beurkundung im Besonderen**

Die beabsichtigte Vollharmonisierung würde weiterhin zu heute noch nicht im Ganzen überblickbaren Nebenfolgen führen, da einige der vorgeschlagenen Regelungen weitgehende Eingriffe in das allgemeine Schuld- und Sachenrecht der Mitgliedstaaten mit sich bringen.

Die Kommission muss sich diesbezüglich fragen lassen, ob sie diese entweder nicht gesehen oder billigend in Kauf genommen hat. Die Aussage in Erwägungsgrund (2), die Richtlinie diene der Beseitigung von Regelungslücken und Unstimmigkeiten, mutet vor diesem Hintergrund beinahe zynisch an. Das Gegenteil ist der Fall. Die weitgehenden Detailvorschriften<sup>27</sup> der VRR werden vielmehr zu Konfusion und zahlreichen Kollisionen mit den 27 mitgliedstaatlichen Zivilrechtsordnungen führen. Bis zu einer Konkretisierung

---

<sup>27</sup> Inwieweit die äußerst detaillierten Regelungen überhaupt noch Umsetzungsraum für den deutschen Gesetzgeber lassen, wollen wir hier nicht weiter vertiefen. Jedenfalls strapaziert die Kommission mit ihrem Entwurf stark den Terminus „Richtlinie“, bestimmt Art. 249 S. 3 EG doch, dass dieser „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“ zur Umsetzung überlässt.

durch den EuGH in all den aufgeworfenen Fragen (in jeder der 27 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen) dürften aber Jahrzehnte vergehen.

## 1. Beispiele des materiellen Rechts

Folgende Punkte zeigen beispielhaft die entstehenden Probleme. Die Liste ließe dabei sich en detail problemlos erweitern.

- Hat Art. 12 Abs. 2 VRR Auswirkungen auf Angebot und Annahme beim Abschluss eines Vertrages und damit auf das BGB-AT?
- Wie können Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB und Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB vom in der VRR verwendeten Begriff „Dienstleistungsvertrag“ genau abgegrenzt werden?
- Wie verhalten sich die Artikel 22 und 23 VRR zur Frage Bringschuld / Holschuld und zu sich daran anschließenden Problemen im Bereich des Leistungsortes / Erfüllungsortes (§ 269 BGB, Art. 5 EuGVO<sup>28</sup>)?
- Wie kann der allgemeine Schadensersatzanspruch nach Art. 27 Abs. 2 VRR in das deutsche Haftungssystem eingepasst werden und soll dieser verschuldens-unabhängig gewährt werden?
- Ist Art. 34 VRR abschließend, oder genießen bereits existierende, weitergehende Klauseln in den Mitgliedstaaten „Bestandsschutz“?

Diese fünf Beispiele zeigen deutlich die weitgehenden Eingriffe der VRR in die Grundstrukturen der deutschen Zivilrechtsordnung. Entgegen den Äußerungen der Kommission (S. 8 der Einleitung) beschränkt sich der Entwurf gerade nicht nur auf die wesentlichen Aspekte des Verbraucherschutzrechts, sondern setzt in weitem Umfang die Vorstellungen der EU-Kommission anstelle derjenigen des demokratisch legitimierten deutschen Gesetzgebers. Die Qualität der Regelungen fällt dabei weit hinter die etwa des BGB-AT zurück. Wie bereits geschildert, werden Unklarheiten und Inkonsistenzen die Folge sein. Dies sollte die Bundesregierung nicht zulassen.

## 2. Unangemessene Beweislastverteilung

Auch mit Blick auf die Beweislast wirft die Richtlinie Fragen auf, die Fernwirkungen auf das deutsche Recht außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs haben können. So ist für uns z. B. Art. 24 Abs. 2 VRR unklar. Einerseits könnte man die Norm so verstehen, dass an der Beweislastverteilung überhaupt gegenüber dem Status quo nichts geändert werden soll, also dass der Verbraucher den Mangel beweisen muss. Ist dies der Fall, so wäre die Norm allerdings überflüssig und sollte gestrichen werden, da sie zumindest missverständlich ist.

Andererseits könnte man die Norm so verstehen, dass sie über die momentane Beweislastverteilung sogar hinausgehen will („Vermutung“), dies wäre dem deut-

---

<sup>28</sup>

VO 44/2001 vom 22.12.2000, Abl. L 012 vom 16.01.2001, S. 1.

schen Recht aber fremd und fielen in keine der bekannten Kategorien der Beweislastentlastung.

Zuletzt könnte man die Norm sogar so verstehen, dass die Beweislast umgekehrt werden soll, nämlich, dass der Unternehmer die Buchstaben a) bis d) beweisen muss („wird vermutet, wenn“),.

Letzteres wäre unserer Auffassung nach unangemessen.

Bevor der EU-Gesetzgeber Regelungen in Angriff nimmt, die sich mit der Frage beschäftigen, welcher Beweis durch wen zu erbringen ist, müssten zudem die einzelnen Beweisregeln verschiedener Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten untersucht werden. Die unterschiedlichen Ansätze wie Beweis des ersten Anscheins, Vermutung, Beweislastumkehr und Fiktion in Kombination mit dem Vorhandensein des Urkundenbeweises lassen sich mit angelsächsischen Modellen wie *circumstantial evidence*, *conclusive evidence*, *direct evidence*, *extrinsic evidence*, *primary and secondary evidence* und dergleichen kaum parallelisieren.

### **3. Folgen für beurkundungspflichtige Rechtsgeschäfte**

Gerade auch für beurkundungspflichtige Rechtsgeschäfte bringt die Richtlinie erhebliche Folgeprobleme mit sich. So sieht die Kommission sowohl beim „Haustürgeschäft“ als auch beim Fernabsatz als auch bei AGB vor, dass die Mitgliedstaaten keine weitergehenden Formvorschriften erlassen dürfen. Sollte der EuGH dies einmal so auslegen, dass damit auch die notarielle Form gemeint ist, was wir für zumindest möglich halten, so hätte dies eklatante Auswirkungen auf die deutsche Rechtsordnung, aber auch auf das Verbraucherschutzniveau in Deutschland.

#### **a) Bauträgervertrag**

Dies gilt zum einen für den sogenannten „Bauträgervertrag“, also den Vertrag eines Gewerbetreibenden über die Veräußerung einer noch zu errichtenden Immobilie an einen Verbraucher.

Sowohl der Vertrag über die Errichtung der Immobilie als auch die Veräußerung des betreffenden Grundstücks sind nach deutschem Recht beurkundungspflichtig, da sie eine rechtliche Einheit bilden.

Die Richtlinie nimmt nun zwar gemäß Art. 20 Nr. 1 a) Verträge über den Verkauf von Immobilien oder Rechten an Immobilien vom III. Kapitel der Richtlinie aus, dies gilt jedoch nicht für Arbeiten an einem Gebäude (vgl. Erwägungsgrund 35 VRR). Gleichzeitig wird die Beurkundung in den Amtsräumen des Notars als ein „außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossener Vertrag“ (vgl. Art. 2 (8) VRR) anzusehen sein, da ja auch der gesamte öffentliche Raum hierzu zählt (vgl. Erwägungsgrund 15 VRR).

Damit wäre der Bauträgervertrag künftig wohl künstlich in zwei Bestandteile aufzuteilen. Für die Errichtung des Gebäudes dürften wegen Art. 10 VRR keine strengeren Formvorschriften als einfache Schriftform aufgestellt werden, die Grundstücksveräußerung bedürfte weiterhin der notariellen Beurkundung.

Wegen des Vorrangs des Europarechts dürfte der Notar dabei wohl seine Amtstätigkeit auch für die isolierte Grundstücksübertragung nicht versagen.

Die Folgen für den Verbraucherschutz bei Bauträgerverträgen wären unabsehbar. Der Grundstückskauf und die Werkleistung wäre wohl keine rechtliche Einheit mehr mit der Folge, dass in der Insolvenz des Bauträgers der Verbraucher (Eigentumswohnungskäufer) auf einem Miteigentumsanteil an einer Bau ruine sitzen bliebe. Die Einhaltung der MaBV, die bislang auch durch die notarielle Beurkundung sichergestellt wurde, wäre nicht mehr gewährleistet und das letztlich beinahe allen Regelungen im Bauträgervertrag zugrunde liegende Insolvenzrisiko des Bauträgers würde vollständig auf den Verbraucher abgewälzt. Statt einer vorsorgenden rechtssicheren Gestaltung durch einen unabhängigen und neutralen Amtsträger wäre der Bürger auf die nachträgliche gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen angewiesen.

Bleibt aber der Bau einer 200-Einheiten Wohnanlage wegen masseloser Insolvenz des Bauträgers noch in der Rohbauphase stecken, so dürfte sich die Rückforderung der im privatschriftlichen Vertrag entgegen § 3 MaBV vereinbarten Vorauszahlung als sehr schwierig erweisen – ein desaströses Ergebnis für den Verbraucherschutz.

Die vorgeschilderte sinnwidrige Konstellation führt auch zu falschen Anreizstrukturen:

Wenn der Bauträgervertrag bei Beurkundung in den Amtsräumen des **Notars** dem 3. Kapitel der Richtlinie unterfällt, weil eine „Haustürsituation“ vorliegt, was gilt bei Abschluss des Vertrages in den Geschäftsräumen des **Bauträgers**?

Insoweit läge nach hiesiger Auffassung kein Anwendungsfall der Richtlinie vor, sodass § 311b BGB wieder anzuwenden wäre (Anwendungsvorrang des Europarechts, kein Geltungsvorrang): es wäre der gesamte Vertrag zu beurkunden. Der Bauträger wäre also gehalten, „Haustürsituationen“ herbeizuführen, um hierdurch zu Lasten des Verbrauchers die Beurkundungspflicht zu umgehen.

Dieses Ergebnis ist nicht nachvollziehbar und lässt sich auf vergleichbare Konstellationen im b2c Bereich übertragen, wie etwa den Mietkauf, eine in der letzten Zeit zunehmend verwendete Gestaltung, wenn Finanzierungen nicht sofort vollständig aufgebracht werden können.

## **b) Verhältnis zum Fernabsatz**

Unklar ist für den Deutschen Notarverein weiterhin, ob die Aufspaltung eines notariell beurkundeten Vertrages in Angebot und Annahme im b2c Bereich als „Fernabsatzvertrag“ zu klassifizieren wäre. Auch dies würde wiederum unter anderem den Bauträgervertrag betreffen, wo größere Bauträger häufig mit sogenannten „Zentralnotaren“ arbeiten, die mit den komplexen Strukturen einer bestimmten Gesellschaft vertraut sind. Auch in vielen anderen Fallgestaltungen kann eine solche Aufspaltung sinnvoll sein, etwa wenn die Beteiligten nicht gleichzeitig vor demselben Notar erscheinen können. Für den Deutschen Notarverein ist unklar, was das Verbot weitergehender Formvorschriften für eine derartige Gestaltungen nach sich zieht. Auch hier könnte die Rechtsprechung des EuGH letztlich zu einem Verbot führen, ein ersichtlich widersinniges Ergebnis.

Zusätzlich stellt sich die Frage des Verhältnisses von Fernabsatz zu „Haustürwiderruf“. Eine Kollisionsnorm ist für uns nicht ersichtlich.

## **c) AGB – Kontrolle**

Gravierend könnte sich die Anwendbarkeit der Verbraucherrechterichtlinie auf jede Beurkundungspflicht nach deutschem Recht wegen Art. 31 Abs. 4 auswirken. Danach sind für AGB strengere Formvorschriften als in der Richtlinie vorgesehen verboten. Da von der Rechtsprechung teilweise auch notariell beurkundete Verträge der AGB-Prüfung unterzogen werden, käme dies der vollständigen Abschaffung der notariellen Beurkundung gleich, gilt das V. Kapitel doch für alle Vertragsarten.

## **d) Bewertung**

Die vorstehenden Beispiele zeigen deutlich, dass das Aufeinanderprallen von zwei unterschiedlichen Verbraucherschutzkonzepten ebenso Kollisionsregeln bedarf, wie das Aufeinanderprallen von unterschiedlichen Rechtsordnungen.

Deutschland kennt mit der notariellen Beurkundung ein Verbraucherschutzkonzept, das auf vorsorgende und vorbeugende Klärung von potenziell streitigen Fragen durch einen unabhängigen und neutralen Amtsträger baut. Der Notar ist dabei in besonderer Weise bedacht, die Interessen schwächerer Parteien (also Verbraucher) zu berücksichtigen. Er gleicht Informationsdefizite durch seine Belehrung und Beratung aus, § 17 BeurkG. Die Beurkundung stellt den Willen der Parteien zugleich rechtssicher fest und schafft eindeutige Fakten, was nicht zuletzt nach §§ 415, 422 ZPO eine besondere Beweiskraft rechtfertigt (vgl. bereits oben unter III.4. die Ausführungen zu alternativen Verbraucherschutzkonzepten).

Wir verkennen nicht, dass die notarielle Beurkundung eines Kaufs beweglicher Sachen bei etwa [www.amazon.de](http://www.amazon.de) ebenso fernliegend wie sinnwidrig ist. Hier

ist das Widerrufsrecht die richtige Wahl, da der Kunde vor Vertragsschluss die Ware nicht prüfen konnte und er somit der Gelegenheit bedarf, diese wieder loszuwerden. Auch bezogen auf den Unternehmer ist das Widerrufsrecht „gerecht“, spart er sich doch durch den Internetversand Personal und Ladenfläche einer Buchhandlung oder eines Elektrofachmarktes.

Die Ausgestaltung etwa eines Grundstückskaufvertrages mit Widerrufsrecht ist hingegen sinnwidrig, da bestehende Informationsdefizite nicht ausgeglichen würden und vor allem die rechtssichere Abwicklung des Kaufs mit Grundbuchamt und Behörden nicht sichergestellt wäre.

Wo verschiedene Konzepte sich überschneiden, sind Kollisionsregeln erforderlich. Dies ist beispielsweise im AGB-Recht der Fall, dies kann eine Rolle spielen im Bereich Fernabsatz und schließlich im Bereich von „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“. Eine derartige Kollisionsnorm kann nach hiesiger Auffassung nur so aussehen, dass bei notarieller Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, die Bestimmungen der Richtlinie keine Anwendung finden. Dies steht auch in Einklang mit der bisherigen Praxis des deutschen Gesetzgebers, vergleiche etwa für den Haustürwiderruf, § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Die Verbraucherrechte werden hierdurch ausschließlich gestärkt. Etwasige „Umgehungsgeschäfte“ verhindert das Berufsrecht der Notare, vor allem § 17 BeurkG, die Pflicht zur Belehrung und Beratung.

Eine Vermischung der verschiedenen Konzepte führt aber im Ergebnis zu einer Schwächung des Verbraucherschutzes. So kann sich der Verbraucher eben nicht darauf verlassen, dass der notarielle Vertrag allein seinen Willen enthält, den er aufgrund der Beratung durch den neutralen Amtsträger gebildet hat, wenn der Vertrag später einer AGB-Prüfung unterzogen wird und damit die Wertungen Anderer maßgeblich werden. Umso mehr gilt dies, für das gewählte Beispiel des Bauträgervertrages. Auch der Unternehmer verlöre bei Geltung der Richtlinie für notariell beurkundete Verträge gewichtige Vorteile. Er könnte sich nicht mehr darauf verlassen dass der Vertrag nach Unterzeichnung tatsächlich durchgeführt wird und müsste vor Leistungserbringung deshalb regelmäßig den Ablauf der Widerrufsfrist abwarten. Dies gilt umso mehr für Dienstleistungsverträge im Sinne der Richtlinie (vgl. unten V.8. zu Art. 17 VRR).

## **V. Zu einzelnen Regelungen der VRR**

Neben den vorstehenden generellen Erwägungen erlauben wir uns noch einige Detailanmerkungen. Im Hinblick auf die Vielzahl von Ungereimtheiten im Richtlinienentwurf soll dies größtenteils nur cursorisch erfolgen:

## 1. Zu Art. 2 VRR

Schwierigkeiten bringen bereits die Begriffsdefinitionen zu Beginn der VRR mit sich. Der Deutsche Notarverein erlaubt sich insoweit die Anmerkung, dass zu viele und zu detailgenaue Definitionen dem Verbraucherschutz auch abträglich sein können, da sie etwa den Auslegungsspielraum der Gerichte einengen und zur Suche nach Umgehungsmöglichkeiten einladen. Generalklauseln erscheinen uns insoweit als geeignete Alternative, sind regelungstechnisch aber natürlich ungleich schwieriger zu bewerkstelligen.

- a) Ist „Gewerbetreibender“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 VRR auch ein Freiberufler, z.B. ein Arzt, der ja auch Dienstleistungen erbringt oder im nachstehenden Sinne „Waren“ verkauft?
- b) Ist „elektromagnetische Energie“ nach Art. 2 Abs. 4 VRR per se „Ware“ und nur „Strom“ hiervon ausgenommen? Fallen HF-Signale auf einem Koaxialkabel oder mit Glasfaser übertragene Datenpakete dann im Wege des Umkehrschlusses unter den Warenbegriff? Unterliegt Licht bei Sonnenstudios oder radioaktive Strahlung bei medizinischer Behandlung dann dem Warenbegriff?
- c) Meint Art. 2 Abs. 5 VRR auch Mietverträge? Die Anknüpfung des Begriffs der Dienstleistung an die römischrechtliche *locatio conductio* legt dies zumindest nahe. Sind nur Werkverträge oder auch z.B. Dienste eines Renten- oder Versicherungsberaters erfasst?
- d) Bei Art. 2 Abs. 8 VRR ist zunächst für uns fraglich, ob unter a) tatsächlich ein „Angebot“ im Sinne des BGB-AT gemeint ist oder ob es rein auf die situative Veranlassung ankommt, wie dies derzeit im deutschen Recht der Fall ist. Ersteres würde zu vielfältigen Umgehungsmöglichkeiten einladen und wäre dem Verbraucherschutz stark abträglich. Zudem ist es sprachlich wenig glücklich, von einem „abgeschlossenen Vertrag“ anstelle eines „angebahnten Vertrags“ zu sprechen. Die telefonische Kaltakquise wird ohnedies nicht erfasst.
- e) Abs. 10 VRR vergisst offenbar einen der weitverbreitetsten dauerhaften Informationsträger: Papier. Dass Papier tatsächlich ein „Instrument“ ist, auf dem man Informationen „speichern“ kann, ist wohl nur bei starker Ausreizung des Wortsinnes vorstellbar, es sei denn, es handelt sich um eine wörtliche Übersetzung des englischen „*instrument*“ (= lat. *instrumentum*, die Urkunde). Offenbar standen hier eher technische Lösungen bei der Formulierung Pate, das Naheliegende wird aber übersehen. Selbst eine E-Mail ist aber nur begrenzt unter die angegebene Definition zu subsumieren.
- f) Abs. 11 VRR rekurriert ausschließlich auf den „Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen“. Gleichwohl findet der Terminus „Bestellformular“ später auch für den Fernabsatzvertrag Anwendung. Unklar bleibt, was mit der „Unterzeichnung“ gemeint ist. Wer in einem Ladengeschäft Ware kauft, die erst bestellt werden muss, unterzeichnet im Übrigen ebenfalls ein „Bestellformular“.

- g) Die Definition des „Vermittlers“ soll offenbar nicht den Makler erfassen, sondern nur den Vertreter oder Kommissionär, und diesen nur, soweit er auf Seiten des Verbrauchers handelt. Diese Definition hat mit dem eigentlichen Wort-sinn von „Vermittler“ nur noch wenig zu tun.

## 2. Zu Art. 5 und Art. 6 VRR

Für den Deutschen Notarverein ist Art. 5 VRR sehr weitgehend. Bei jedem regulären Kaufvertrag muss der Unternehmer den Verbraucher mit einer Vielzahl von Informationen versorgen. Gleichzeitig regelt die VRR nicht, in welcher Form dies zu geschehen hat. Möglich wäre wohl z. B. auch ein Aushang (wie bei AGB). Über die Effizienz solcher Aufklärung lässt sich daher noch trefflicher streiten, als dies bei Informationspflichten ohnehin der Fall ist (s.o. III.).

Art. 5 Abs. 1 d) VRR ist für den Deutschen Notarverein zudem völlig unverständlich. Wie können Lieferbedingungen von „Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt“ abweichen? Zudem kann man sich fragen, ob dem Bürger mit folgender Information wirklich gedient ist:

*„Als Verfahren zum Umgang mit Beschwerden bieten wir an: Anruf bei 01805... oder E-Mail an info@...“.*

Art. 5 Abs. 1 g) und h) VRR dürften weiterhin deckungsgleich sein.

Ebenfalls unverständlich ist für uns Art. 5 Abs. 3 VRR. Wie können bloße Informationen Bestandteil eines Vertrages sein? Bestandteil eines Vertrages sind die durch Angebot und Annahme (ggf. konkludent) getroffenen Vereinbarungen. Fehlen vertragswesentliche Angaben ist dieser unwirksam. Fehlen nicht vertragswesentliche Angaben, so liegt ein Dissens vor, der im Zweifel unter Rückgriff auf das Gesetz zu lösen ist.

Für die schwierig zu beantwortende Frage, welche Rechtsfolgen an einen Verstoß gegen Art. 5 VRR geknüpft werden sollen, verweist die Kommission dann in das nationale Recht, fordert allerdings „wirksame Rechtsbehelfe“.

Richtigerweise kann es sich insoweit höchstens um vorvertragliche Informationen handeln, die gegebenenfalls zu einem Schadensersatzanspruch aus CIC führen. Soweit *essentialia negotii* betroffen sind, gilt das AGB-Recht zum Schutz des Verbrauchers, bzw. das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Dies sollte aber nicht vermengt werden.

## 3. Zu Art. 9 VRR

Wiederum unverständlich ist Art. 9 a) VRR. Was meint die Kommission mit dem 2. Halbsatz?

Buchstaben b) und c) sind deckungsgleich mit Art. 5 VRR, daher überflüssig.

Buchstaben d), e) und f) sind ohne jede Aussagekraft.

Zu Buchstabe f) sei jedoch die Anmerkung erlaubt, dass Verbraucher nicht den Schutz der Richtlinie genießen, wenn diese in das mitgliedstaatliche Recht umgesetzt worden ist. Die Kommission verkennt hier erneut das von ihr gewählte Rechtsinstrument und die Rechtsprechung des Gerichtshofs. Der Verbraucher genießt den Schutz des mitgliedstaatlichen Rechts.

#### **4. Zu Art. 10 VRR**

Art. 10 ist insoweit konfus, als „Haustürgeschäfte“ anscheinend nicht mehr mündlich abgeschlossen werden können. Im Hinblick auf die weitgehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs erscheint uns dies an der Lebenswirklichkeit vorbei zu gehen. Der Kauf eines Döner am beweglichen Verkaufsstand in der Berliner Innenstadt bedürfte danach wohl eines Bestellformulars bzw. der Wiedergabe einer Vielzahl von Informationen auf einem „dauerhaften Datenträger“. Zwar wäre das Widerrufsrecht ausgeschlossen, Art. 19 Abs. 1 c) VRR, nicht jedoch die Erfordernisse des Art. 10 VRR, vgl. Art. 20 Abs. 1 VRR. Wir sehen hierin eine deutliche Überregulierung.

#### **5. Zu Art. 12 VRR**

Art. 12 Abs. 2 VRR ist erneut zumindest missverständlich. Die Widerrufsfrist beginnt zu laufen, wenn der Verbraucher das „Bestellformular“ unterzeichnet. Ob zusätzlich das endgültige Zustandekommen des Vertrages Voraussetzung für das Anlaufen der Frist ist, bleibt offen und kann höchstens aus dem Wort „geschlossen“ gefolgert werden. Unklar bleibt auch hier wieder das Verhältnis zwischen Fernabsatz (Abs. 2, UA 3) und „Haustürgeschäft“. Dies ist dann von großer Relevanz, wenn in einer „Haustürsituation“ eine Ware bestellt wird. Der Verbraucher erhalte dann wohl nicht die Möglichkeit, diese zu prüfen. Verzögert der Unternehmer die Lieferung der Ware um 14 Tage, so wäre das Widerrufsrecht wohl verfristet: ein sinnwidriges Ergebnis.

#### **6. Zu Art. 13 VRR**

Art. 13 verschlechtert erneut die Rechte der Verbraucher gegenüber dem Status quo. Gleichzeitig begründet die Norm eine fatale Anreizstruktur, wird doch der unredliche Unternehmer belohnt, indem das Widerrufsrecht erlischt, auch wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Wie sich dieses Konzept mit den „wirksamen Rechtsbehelfen“ verträgt, die die Kommission von den Mitgliedstaaten für bei Verletzung der Informationspflichten aus Art. 5 VRR fordert, ist uns unbegreiflich.

## 7. Zu Art. 14 VRR

Art. 14 Abs. 1 VRR rekuriert für die Form der Ausübung des Widerrufs erneut auf den „dauerhaften Datenträger“. Wir verweisen insoweit auf unsere Äußerungen zu Art. 2 Abs. 13 VRR. Das von der Kommission vorgeschlagene „Muster-Widerrufsformular“ ist überdies missverständlich. So suggeriert das Formular, dass der Verbraucher dieses stets an den Unternehmer senden muss, während die Rücksendung der Ware ebenso ausreichend sein kann, um den Widerruf konkludent zu erklären.

Wir erlauben uns weiterhin die Frage, ob es für die banale Aussage: *„Ich widerrufe den Vertrag vom ...“* tatsächlich eines Musters bedarf, das sonst nur den eigenen Namen und die Anschrift des Vertragspartners enthält.

## 8. Zu Art. 17 VRR

Bei Art. 17 Abs. 1 VRR bleibt unklar, welche Rechtsfolge an das Versäumnis des Verbrauchers geknüpft wird, die Ware binnen 14 Tagen nach Ausübung des Widerrufs zurückzusenden. Erlischt das Widerrufsrecht? Macht er sich schadensersatzpflichtig?

Art. 17 Abs. 1 UA 2 VRR ist wiederum eine deutliche Verschlechterung gegenüber dem Status quo (§ 357 Abs. 2 S. 3 BGB), wobei auch hier unklar bleibt, was die „unmittelbaren Kosten der Rücksendung“ sind.

Wenig lebensnah erscheint Art. 17 Abs. 2 S. 2 VRR, wenn man sich vor Augen hält, dass das Widerrufsrecht ja nach 3 Monaten vollständig erlischt.

Schließlich erweist sich Art. 17 Abs. 2 S. 3 VRR nicht zielführend. Zwar ist in „Notfällen“ das Widerrufsrecht ausgeschlossen, in allen übrigen Fällen ist einem „Dienstleister“ aber bei Implementierung der Norm dringend zu empfehlen, erst nach Ablauf der Frist mit der Ausführung seiner Dienstleistung zu beginnen. Ein ersichtlich absurdes Ergebnis. Vielmehr müsste auch hier Wertersatz zu leisten sein, im deutschen Recht böte sich zur Lösung von Problemfällen die Rechtsfigur der aufgedrängten Bereicherung an. Eine starre Alles-Oder-Nichts-Regelung schränkt die Vertragsfreiheit unangemessen ein.

## 9. Zu Art. 19 VRR

Auch die Ausnahmen vom Widerrufsrecht erscheinen uns an einigen Stellen verbesserungswürdig.

Art. 19 Abs. 1 d) VRR erscheint uns im Hinblick auf die weite Formulierung in b) überflüssig. Auch erscheint es uns wenig sinnvoll, für eine Ausnahme vom Widerrufsrecht in einer europäischen Richtlinie auf ein einzelnes Produkt abzustellen. Anderenfalls dürften die Gerichte schnell mit der Frage konfrontiert werden, ob Champagner ähnlich zu behandeln sein wird.

Weiterhin erlauben wir uns anzuregen, einmal Art. 19 Abs. 1 e) VRR zu überdenken, der die heute bereits bestehenden Probleme mit § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB nicht lösen wird. So ist nach wie vor unklar was genau unter einem „Siegel“ in diesem Sinne zu verstehen ist. De lege ferenda scheint uns die Einschränkung überdies fragwürdig, da dem Verbraucher so das Recht genommen wird, die Ware zu prüfen – was aber an sich der Sinn des Widerrufsrechts ist.

Für klärungsbedürftig halten wir schließlich Art. 19 Abs. 1 h) VRR, wenn dort von „Versteigerungen“ die Rede ist. In § 312d BGB sind bislang ausschließlich Versteigerungen im Sinne des § 156 BGB vom Widerrufsrecht ausgenommen. Hierbei sollte es auch verbleiben. Andere „Versteigerungen“, wir denken insoweit vor allem an gewerbliche Anbieter auf Onlineplattformen wie Ebay, sollten aber nicht unter die Ausnahme vom Widerrufsrecht fallen. Hier könnten sich sonst Lücken im Verbraucherschutzrecht auftun. Es dürfte sich insoweit auch um keine Auslegungsfrage handeln, da Art. 19 Abs. 1 h) VRR allgemein von Versteigerungen spricht, Art. 21 Abs. 4 VRR hingegen von „öffentlichen Versteigerungen“.

Unklar ist uns auch noch Art. 19 Abs. 2 a) VRR. Hier zeigt sich erneut, dass die Kommission keine sinnvolle Kollisionsregel von Fernabsatz- und Haustürgeschäften geschaffen hat.

## 10. Zu Art. 22 VRR

Im Rahmen des Art. 22 VRR scheint die Kommission (wieder einmal) das Prinzip TANSTAAFL<sup>29</sup> zu vergessen. So mag es für den Verbraucher angenehm sein zu wissen, dass er bei jedem Verbrauchsgüterkauf mangels anderweitiger Vereinbarung binnen 30 Tagen die Ware erhält. Da die Norm aber abdingbar ist, wird entweder jeder Unternehmer dies formularmäßig tun, schon um sich nicht ggf. Schadensersatzpflichtig zu machen oder die Kosten für den Aufbau einer entsprechenden Lieferstruktur dem Verbraucher aufbürden.

Naheliegender erscheint uns die erste Alternative. Die Norm ist damit weithin überflüssig.

## 11. Zu Art. 24 VRR

Bezüglich Art. 24 Abs. 2 VRR dürfen auf unsere Ausführungen unter IV.2. verweisen. Wir erlauben uns aber noch einen kurzen Hinweis auf Art. 24 Abs. 3 VRR. Auch insoweit deutet sich eine Verschlechterung der Verbraucherrechte gegenüber dem deutschen Status quo an, ist doch unklar, ob „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis“ tatsächlich mit grob fahrlässiger Unkenntnis – wie in § 442 BGB – gleichzusetzen ist.

---

<sup>29</sup> Akronym für: *There ain't no such thing as a free lunch.*

## **12. Zu Art. 26 VRR**

Gegenüber § 439 BGB verschlechtert Art. 26 Abs. 3 VRR wiederum die Rechte des Verbrauchers. So soll es künftig der Unternehmer sein, der zwischen Nachbesserung und Nachlieferung wählen darf. Eine Begründung für diese Entscheidung liefert die Kommission nicht. Sie ist sicherlich vorstellbar, aus Verbrauchersicht jedoch nicht unbedingt wünschenswert. Man versetze sich selbst nur einmal in die Lage, bei einer mangelhaften Waschmaschine auf eine sechswöchige Reparaturdauer vertröstet zu werden. Darf der Unternehmer die Entscheidung treffen, so wäre zudem eine Regelung über die Folgekosten zu treffen, also etwa im genannten Beispiel die Anmietung einer Waschmaschine oder der Besuch des Waschalons.

Wenig verbraucherfreundlich ist schließlich Art. 26 Abs. 4 VRR, wenn der Rücktritt nur noch möglich sein soll, wenn die Vertragswidrigkeit nicht geringfügig ist. Zwar bezieht sich diese Einschränkung wohl (?) nur auf den Fall der Unmöglichkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung / Nachlieferung, es ist jedoch nicht recht einsehbar, warum der Verbraucher ein mangelhaftes Produkt behalten muss, während die ursprüngliche Pflichtverletzung ausschließlich in der Sphäre des Unternehmers liegt und er zudem nicht in der Lage war, dieser abzuweichen. Allenfalls kann die Rückgängigmachung des Vertrages gegen Treu und Glauben verstoßen, nämlich bei einem eklatanten Missverhältnis zwischen Wert der Sache und Kosten der Nachbesserung.

Unklar sind für den Deutschen Notarverein Art. 26 Abs. 4 c) und d) VRR. Buchstabe c) ist unbestimmt und wenig praxistauglich, Buchstabe d) lässt offen, ob ein Serienfehler gemeint ist oder das Fehlschlagen der Nacherfüllung. Letzteres kann einzig sinnvoll sein.

## **13. Zu Art. 27 VRR**

Siehe hierzu die Ausführungen unter IV. Ein derartig weitgehender Schadensersatzanspruch, offenbar verschuldensunabhängig, wäre zumindest für das deutsche Recht systemfremd.

## **14. Zu Art. 28 VRR**

Eine erhebliche Verschlechterung der Verbraucherrechte gegenüber dem Status quo beinhaltet Art. 28 Abs. 4 VRR. Die Einführung einer solchen Rügeobliegenheit erscheint uns auch nicht zweckdienlich. Sie überhöht die Anforderungen an die eigenübliche Sorgfalt stark und nähert sie derjenigen an, die von Kaufleuten erwartet wird. Weiterhin dürfte sich der Anwendungsbereich der Norm in Grenzen halten, da für den Unternehmer kaum jemals sicher feststellbar sein wird, wann der Verbraucher die Vertragswidrigkeit bemerkt hat, wenn nicht eine Prüfungspflicht eingeführt wird, die § 377 HGB entspricht.

## 15. Zu Art. 32 VRR

Hinsichtlich Art. 32 VRR erlauben wir uns nur den kurzen Hinweis auf Abs. 3. Die Kommission greift insoweit auf ihre Erwägungen aus dem Grünbuch zurück, auch für Hauptleistungspflichten eine AGB-Kontrolle einzuführen. Hiergegen hatten wir uns damals deutlich ausgesprochen, da ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit unverhältnismäßig wäre und die Wertungen des Richters aus ex-post Sicht an die Stelle der Wertungen der Beteiligten setzen würde. Die hier vorliegende Klausel schwächt diesen Ansatz ab, verzichtet aber nicht gänzlich darauf. Sie ist deshalb gleichsam abzulehnen.

Unklar ist zudem, was Art. 32 Abs. 3 VRR eigentlich bezwecken will. Denn was soll an die Stelle der privatautonomen Vereinbarung der Parteien gesetzt werden, wenn diese intransparent gestaltet sein sollte? Art. 32 VRR bzw. Art. 37 VRR liefern hierfür keine Lösung, selbst wenn man sich zu Art. 37 VRR den dort fehlenden Regelungsgehalt des § 306 Abs. 2 BGB hinzudenkt. Auch insoweit schwebt der Kommission offenbar eine sinnwidrige Alles-oder-Nichts Lösung vor.

## 16. Zu Art. 37 VRR

Wie bereits angedeutet fehlt in Art. 37 VRR eine Regelung, die inhaltlich § 306 Abs. 2 BGB entspricht. Offenbar gehen die Verfasser davon aus, dass der betreffende Vertrag nichtig ist (§ 134 BGB), wenn er ohne die betreffende Klausel nicht weiterbestehen kann. Für den deutschen Juristen, der die Arbeit mit dispositiven Rechtsnormen gewohnt ist, ein sowohl befremdliches wie sinnwidriges Ergebnis.

## 17. Art. 39 Abs. 2 und Art. 40 Abs. 2 VRR

Unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation jedes Gesetzgebungsvorhabens erachten wir die Änderungsbefugnis der Kommission bzw. des „Ausschusses für missbräuchliche Klauseln“ für nur schwer hinnehmbar. Gesetzgebungsorgane der Gemeinschaft sind der Rat und das Parlament. Diese auf eine reine Kontrollfunktion zu reduzieren dürfte mit den Grundsätzen der Solange-II Rechtsprechung<sup>30</sup> nicht in Einklang zu bringen sein.

Wenig überzeugend ist insoweit auch die Argumentation, es handle sich um „nicht wesentliche Bestimmungen“ (vgl. Erwägungsgrund (52) VRR). Im Hinblick auf den Anwendungsbereich ist dies zum einen sachlich falsch, zum anderen, wenn es unwesentliche Punkte sein sollen, warum schreibt die Kommission diese dann verbindlich vor?

---

<sup>30</sup> BVerfG v. 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339-388 = NJW 1987, 577 - 582.

## **VI. Zusammenfassung**

Die Stellungnahme wurde bereits in den fünf Eingangsthesen zusammengefasst. Wir können die Bundesregierung im Interesse der deutschen Unternehmen und Verbraucher nur auffordern, sich insgesamt gegen den Richtlinienvorschlag auszusprechen und die Kommission statt zur Nachbesserung des Geleisteten zur Lieferung des geschuldeten Werks anzuhalten.

Für Fragen oder auch ein persönliches Gespräch stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius