

Berlin, 12. November 2007

## Discussion paper on the review of directive 85/577/EEC (Doorstep Selling Directive)

Sehr geehrte Damen und Herren,

gern nimmt der Deutsche Notarverein als Dachverband der hauptberuflichen Notare in Deutschland die Gelegenheit wahr, sich zu dem genannten discussion paper zu äußern.

Haustürgeschäfte unterfallen nur begrenzt dem notariellen Tätigkeitsbereich. Zudem zielt das discussion paper nicht auf allgemeine Aussagen über das Niveau an Verbraucherschutz in den Mitgliedstaaten ab, sondern versucht, Besonderheiten des Haustürmarktes in Erfahrung zu bringen. Spezifika des der Richtlinie 85/577/EEC (nachfolgend als „Richtlinie“ bezeichnet) zugrunde liegenden Marktes, insbesondere aus der Sicht von an diesem Markt tätigen Unternehmen, vermag der Deutsche Notarverein nicht umfassend mit der nötigen Genauigkeit und Sicherheit zu eruieren. Der Deutsche Notarverein sieht daher von einer vollständigen Stellungnahme zu allen aufgeworfenen Fragen ab und möchte sich auf die Fragen konzentrieren, die mit dem notariellen Tätigkeitsfeld am engsten verknüpft sind. Hierfür bitte ich um Verständnis.

*Frage 1: Do you consider that specific issues should be addressed in relation to the current definitions of „consumer“ and „trader“ in the field regulated by Directive 85/577/EEC? If so, please specify which ones.*

Nach den Erwägungen der Richtlinie sind Haustürgeschäfte i.w.S. dadurch geprägt, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Unternehmer ausgeht und der Verbraucher auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet ist. Hierdurch entsteht ein strukturelles Ungleichgewicht (Überraschungseffekt). Es wird zugleich die bei allen Menschen in mehr oder weniger großem Umfang vorhandene Schambarriere und Höflichkeit gegenüber Anderen (unter Umständen durch gezieltes Eindringen in die Privatsphäre noch verstärkt) ausgenutzt, um Geschäftsabschlüsse zu erzielen, die ohne diese psychologische Ausnahmesituation nicht entstanden wären. Dieser *situationsbezogene* (machiavellistische) Gedanke prägt den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.

Der *persönliche* Anwendungsbereich der Richtlinie unterscheidet Unternehmer und Verbraucher nicht über die *Art der Geschäftsanbahnung*, sondern über den *Inhalt* des abgeschlossenen Geschäfts. Beim Verbraucher steht das Geschäft nicht im Kontext mit seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, beim Unternehmer ist es genau umgekehrt. Bestellt also der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH bei einem Staubsaugervertreter an der Haustür seiner Privatwohnung einen Staubsauger für die Firma und einen zweiten für sich privat, wäre dann im einen Fall ein Widerrufsrecht gegeben, im anderen nicht? Eine paradoxe Situation, die etwa in Deutschland die Diskussion um „relative“ und „absolute“ Verbraucherbegriffe angestoßen hat, ohne jedoch eine Lösung für diese Rechtsfrage zu schaffen.

Das Hauptargument für die in der Richtlinie vorgenommene Unterscheidung bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs ist, der Unternehmer sei im Geschäftsverkehr erfahrener und wisse mit den vorbezeichneten psychologischen Ausnahmesituationen umzugehen. Für den Deutschen Notarverein ist dies eine etwas zu apodiktische Behauptung. Denn auch ein Kleingewerbetreibender oder Inhaber eines KMU kann leicht in Überrumpelungs- und Überraschungssituationen geraten, gerade im Bereich der klassischen Haustürgeschäfte.

Weiterhin kann auch für den gewerblich Tätigen leicht eine Situation eintreten, in der ein Unternehmer aus Höflichkeit zu an sich ungewollten Verhaltensweisen genötigt wird. Man denke hier etwa an den Vertreter, der den Arzt bei vollem Wartezimmer aufsucht. Wie ein Privatmann psychologisch genötigt sein kann, einen Vertrag abzuschließen, um den Vertreter aus seiner Privatsphäre zu entfernen, so kann der vorgenannte Arzt psychologisch genötigt sein, einen Vertrag abzuschließen, um den Vertreter schnell und höflich aus seinen Geschäftsräumen zu entfernen. Lediglich das Motiv der im Hintergrund bestehenden Drucksituation ändert sich. Im einen Fall der Schutz der Privatsphäre, im anderen die Außenwirkung und der Eindruck auf Kunden. Ausgenutzt wird aber in beiden Fällen eine psychologische Ausnahmesituation.

Ein derartiges strukturelles Ungleichgewicht kann durch allgemeine Geschäftserfahrung unter Umständen gemindert werden, ob diese Geschäftserfahrung ein solches Ungleichgewicht in jedem Fall per se ausschließen muss, sollte aber einmal genauer evaluiert werden. Vor allem erscheint eine solche Evaluation vor dem Hintergrund des gegenwärtigen review-Prozesses angebracht, wenn die Kommission daran denkt, Verbraucher- und Unternehmerbegriff in einem neuen Instrument horizontal zu harmonisieren.

Dieser Ansatz erscheint dem Deutschen Notarverein nämlich bedenklich, denn, um die Spezifika der jeweiligen Geschäftspraktik besser zur Geltung bringen zu können, sollte

Unternehmer und Verbraucher für jede Richtlinie künftig entweder individuell definiert werden oder die starre Unterscheidung zwischen Unternehmer und Verbraucher sollte zumindest im vorliegenden Bereich zu Gunsten einer allgemeinen situationsbezogenen Anwendbarkeit der Schutzmechanismen aufgegeben werden.

Bei der Anwendung eines derartigen neuen Ansatzes ist dann (künftig) auch eine Verschmelzung der (Haustür-)Richtlinie mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken denkbar. Denn klassische Haustürgeschäfte sind, anders als Fernabsatz- oder Kreditgeschäfte, typologisch hiervon ein Unterfall. Was die Art der Geschäftsanbahnung betrifft, sind mit Haustürgeschäften vergleichbar etwa die berüchtigten Telefonanrufe, bei denen versucht wird, Produkte wie etwa (angeblich) von Behinderten hergestellte Waren, undurchschaubare Telekommunikationstarife oder unseriöse Kapitalanlagen abzusetzen, eine Vertriebsform, der auch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken bislang nicht beikommt. Auch diese Praktiken treffen Unternehmer wie Verbraucher gleichermaßen, wobei der Entscheidungsträger in Unternehmen sich allenfalls besser hinter seinem Vorzimmer „verbarrikadieren“ kann.

So scheint ein Gewerbetreibender im Hinblick auf das oben geschilderte psychologische Element – die Art der Geschäftsanbahnung – im Bereich der Haustürgeschäfte eben wesentlich schutzwürdiger als etwa im Bereich des Fernabsatzes oder bei Finanzdienstleistungen. Dort ist der Hintergrund eher merkantiler Art. Preis- und Qualitätskontrolle können erst im Risikobereich des Erwerbers (Regelfall) stattfinden, deshalb ist ein Lösungsrecht von der vertraglichen Vereinbarung angebracht. Bei merkantilen Interessen und merkantiler Gewandtheit unterscheiden sich Privatmann und Gewerbetreibender aber stärker voneinander als bei grundlegenden menschlichen Verhaltensmustern. Selbiges gilt für Kreditverträge. Auch hier rechtfertigt der *Inhalt* des Geschäfts eine unterschiedliche Behandlung von Unternehmer und Verbraucher.

Dies gilt es, für die Richtlinie zu beachten, wenn eine weitergehende Harmonisierung angedacht wird. Von einer solchen würden die Bürger Europas eher ein steigendes Schutzniveau erwarten, nicht aber eine Absenkung. Eine Steigerung kann aber nur durch ein Umdenken bereits im Ansatz erreicht werden.

*Frage 9: Do the current exemptions need to be modified in the light of new market developments or interpretation problems?*

Nach Auffassung des Deutschen Notarvereins ist die Ausnahme des Art. 3 (2) (a) der Richtlinie für Verträge über Immobilien nach wie vor gerechtfertigt. Eine Modifizierung scheint ebenfalls nicht angezeigt.

Hintergrund der Ausnahme ist das in den meisten Mitgliedstaaten ohnehin schon bestehende sehr hohe Niveau an Verbraucherschutz bei Immobilienverträgen. Hieran hat sich aber seit Inkrafttreten der Richtlinie nichts geändert. Eher sind dort in den vergangenen Jahren die Elemente des Verbraucherschutzes durch verstärkte Belehrungspflichten oder andere formale Elemente –gerade auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs– noch ausgebaut worden.

So sehen etwa die Rechtsordnungen der Staaten mit Notariat lateinischer Prägung mit der notariellen Beurkundung ein Verfahren vor, dass eine unabhängige und verbraucherfreundliche Beratung aller Beteiligten sicherstellt. Gegenüber den Belehrungspflichten des Notars (vgl. z. B. § 17 BeurkG) ist die Verwendung von vorvertraglichen Informationspflichten in Kombination mit einem Widerrufsrecht die weniger verbraucherfreundliche Variante.

Denn die notarielle Beurkundung in diesem Bereich stellt sicher, dass das strukturelle Ungleichgewicht (siehe hierzu oben) einer der Beurkundung vorangehenden Haustürsituation durch das weitere Verfahren wieder ausgeglichen wird. Der Notar garantiert Verbraucherschutz durch Unabhängigkeit und zwingende Verfahrensvorschriften. Die Beurkundung wird gleichsam zum *level-playing-field* für Beteiligte und ebnet Wissensvorsprünge ein.

Die potenzielle Überrumpelung des Verbrauchers wird dadurch überwunden, dass ein Termin für die Beurkundung mit dem Notar vereinbart werden muss und diesen weitgehende Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG treffen. Hierdurch gewinnt der Verbraucher eine ausreichend lange Frist, um noch einmal Folgen und Risiken des Geschäfts zu durchdenken und zugleich berät der Notar auch inhaltlich, was mit einem Mehrwert für alle Beteiligten verbunden ist. Mit seinen Amtsräumen bietet der Notar einen durch den hoheitlichen Charakter geprägten neutralen Verhandlungsort. Eine Beurkundung an der Haustür zum Nachteil des Verbrauchers würde eine schwere Amtspflichtverletzung des Notars darstellen.

Anstatt potenziell schwierige und komplexe Vertragsverhältnisse dem Alles-oder-Nichts-Verdikt eines Widerrufsrechts zu unterstellen, kann der Notar zugleich auch als Mediator tätig werden und streitvermeidend wirken. Dies hilft auch, die Gerichte zu entlasten. Der Notar kann bei Abschluss des Vertrages durch unabhängige Beratung und Einhaltung der

Verfahrensregeln Streitigkeiten vermeiden, die bei der Ausübung eines Widerrufsrechts später erst entstehen würden.

Die notarielle Form stellt weiterhin sicher, dass sich der Verbraucher vor dem Abschluss der Beurkundung jederzeit von den Vertragsverhandlungen lösen kann. Schadensersatzansprüche oder ähnliches gegen den Verbraucher resultieren hieraus grundsätzlich nicht. Es wird damit ein ähnliches Ergebnis erreicht wie mit einem Widerrufsrecht nur unter umgekehrten Vorzeichen. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Beteiligten werden dabei gleichzeitig gestärkt, denn mit dem Abschluss der Beurkundung steht ein eindeutiger Zeitpunkt fest, an dem das Geschäft wirksam ist. Nur so ist aber etwa z. B. eine risikolose, zeitnahe Auszahlung eines Finanzierungskredits möglich.

Auch die zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs in Sachen „Heininger“ und „Schulte“ ändert daran nichts. Denn diesen Entscheidungen lagen ausnahmslos Lebenssachverhalte zu Grunde in denen sich kaufmännische Risiken bezüglich der Finanzierung der (Geldanlage-) Objekte realisiert hatten. Änderungsbedarf ist daher eher im Bereich des Verbraucherkreditrechts zu sehen.

Eine Beschneidung der Ausnahme des Art. 3 (2) (a) der Richtlinie würde also ein bewährtes Rechtsinstitut eines Großteils der Mitgliedstaaten künftig stark beschränken. Rechtsunsicherheit im Immobilienmarkt wäre die Folge. Im übrigen ist es Mitgliedstaaten ohne lateinisches Notariat unbenommen, nach anderen Wegen zu suchen, um einen Übereilungsschutz sicherzustellen.

Der Deutsche Notarverein erlaubt sich an dieser Stelle noch den Hinweis, dass die derzeitige Hypothekenkrise in den USA deutlich zeigt, dass Verbraucherschutz im Immobilienbereich durch Widerrufsrechte und Informationspflichten allein nicht erreicht werden kann. Millionenfach haben nicht nur Angehörige der Unterschicht, sondern offenbar auch gebildete Menschen aus der Mittelschicht Darlehensverträge unterschrieben, deren Inhalt sie nicht verstanden. Die Papierflut von Information hat nichts genützt, und bis zum Ablauf der Widerrufsfristen war der Zins künstlich niedrig gehalten worden. Hier sollte die Kommission dringend die besorgniserregenden Nachrichten verfolgen und die Ursachen des gesellschaftspolitischen Debakels analysieren. Möglicherweise wird man nach der Auswertung dieses „Großversuchs“ auch angeblich bewährte Verbraucherschutzkonzepte in Zweifel ziehen müssen. Der Rückgriff auf ein bewährtes Rechtsinstitut einer Vielzahl von Mitgliedstaaten bietet sich als alternative Lösungsmöglichkeit an.

Gerne stehe ich für Rückfragen zu diesem Thema zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius