

Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht – Teil 1

Von PD Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Göttingen*

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie vom 14.6.2013 bringt zahlreiche Änderungen insbesondere für das BGB mit sich – beispielsweise am Verbraucherbegriff (§ 13 BGB), an der Textform (§ 126b BGB), an den unbestellten Leistungen (§ 241a BGB), am Rücktrittsrecht im allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§ 323 BGB), an der Garantie (§ 443 BGB) und am Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB). Ein Schwerpunkt der Änderungen liegt im Thema des hiesigen Beitrags, dem Widerrufsrecht der Fernabsatz- und ehemaligen Haustürgeschäfte. Nach einer historischen Einführung (I.) wollen wir uns den wichtigsten strukturellen (II.), methodischen (III.) und inhaltlichen (IV.) Neuerungen widmen.

I. Historische Einführung

1. Unionales Gesetzgebungsverfahren

Ein Grünbuch von 2007 hatte sich die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz zum Ziel gesetzt.¹ Es wollte die Gelegenheit schaffen, die bisherigen verbraucherschützenden Richtlinien zu modernisieren und somit das Regelungsumfeld für den Handel und die Endverbraucher zu vereinfachen und zu verbessern und gegebenenfalls den Verbraucherschutz zu erweitern.² Ausgewählt zur Überprüfung wurden acht wichtige verbraucherschützende Richtlinien: über Fernabsatz, Haustürgeschäfte, Pauschalreisen, missbräuchliche Klauseln, Teilzeitwohnrechte, Preisangaben, Unterlassungsklagen und den Verbrauchsgüterkauf.³

* Die Autorin ist Akademische Rätin auf Zeit am Institut für Privat- und Prozessrecht an der Universität Göttingen. Der Beitrag ist eine erweiterte Fassung der am 12.7.2013 im Rahmen ihres Habilitationsverfahrens gehaltenen Probevorlesung. Den Teilnehmern meiner Vorlesung Europäisches Verbraucherrecht in Regensburg im SS 2013 danke ich für rege Debatten zum Inhalt des Beitrags.

¹ Grünbuch „Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ v. 8.2.2007 = KOM (2006) 744 endg.

² KOM (2006) 744 final, S. 4; KOM (2008) 614/2.

³ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen = ABl. EG 1985 Nr. L 372, S. 31; Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen = ABl. EG 1990 Nr. L 158, S. 59; Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen = ABl. EG 1993 Nr. L 95, S. 29; Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien = ABl. EG 1994 Nr. L 280, S. 83; Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz = ABl. EG 1997 Nr. L

Dieser zwar nicht alle verbraucherschützenden Richtlinien umfassende, aber dennoch sehr ehrgeizige breite Ansatz wurde schon mit dem Kommissionsentwurf von 2008⁴ deutlich verengt. Nun betraf das Projekt nur noch Haustürgeschäfte, Fernabsatzgeschäfte, missbräuchliche Klauseln und den Verbrauchsgüterkauf. Methodisch wählte die Kommission ein gemischt horizontal-vertikales Vorgehen. Einige Grundbestimmungen, wie beispielsweise der Verbraucher- und Unternehmerbegriff sowie ausgewählte Informationspflichten wurden horizontal, also für alle vom Richtlinienentwurf erfassten Verbraucherverträge geregelt. In anderen Bereichen blieb die Richtlinie, wie es bis dahin Tradition war, vertikal, das heißt, sie regelte nur innerhalb der Regelungsbereiche einzelner Richtlinien, seien sie situativ wie die Fernabsatz- und Haustürwiderrufsrichtlinie oder nach Vertragstyp abgegrenzt wie die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Der Vorschlag von 2008 zog erhebliche Kritik⁵ auf sich. Sie betraf insbesondere einerseits die Regelungstechnik bei den missbräuchlichen Klauseln⁶ und die Regelungen beim Verbrauchsgüterkauf, die nicht nur nicht mit dem etwa zeitgleich entstehenden Gemeinsamen Referenzrahmen harmonierten, sondern zudem einige überraschende inhaltliche Neuerungen enthielten (z.B. ein Wahlrecht des Unternehmers bei der Nacherfüllung⁷ und eine Rügeobliegenheit des Verbrauchers

144, S. 19; Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse = ABl. EG 1998 Nr. L 80, S. 27; Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen = ABl. EG 1998 Nr. L 166, S. 51; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

⁴ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008 = KOM (2008) 614 endg.

⁵ Schmidt-Kessel, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 3: „vernichtende Kritik“ (m.w.N.).

⁶ Die Kritik betraf insbesondere zwei Punkte: Vollharmonisierung ist bei unfairen Klauseln wegen der Offenheit der Grauen Liste (Annex III des Vorschlags = KOM (2008) 614 endg, S. 45 f.) und der Generalklausel des Art. 32 des Richtlinienentwurfs (im Folgenden: E2008) nicht durchführbar (Graf nach Jud/Wendehorst, GPR 2009, 68 [70]). Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten auf neue missbräuchliche Praktiken in der Vertragsgestaltungspraxis schnell reagieren können – durch ihre Rechtsprechung oder indem sie schnell neue Klauseln in die Schwarzen oder Grauen Liste aufnehmen. Das Gesetzgebungsverfahren auf Gemeinschaftsebene mit Umsetzungsfrist ist zu langwierig (Stabentheimer nach Jud/Wendehorst, GPR 2009, 68 [70]).

⁷ Art. 26 Abs. 2 E2008.

bei Mängeln der Ware⁸). Sie betraf andererseits die Qualität des Entwurfs.

Vielleicht mit Rücksicht auf die scharfe Kritik zu Klauseln und Verbrauchsgüterkäufen wurde der Regelungsbereich der endgültigen Richtlinie – der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU⁹ – gegenüber dem Entwurf von 2008 noch einmal deutlich reduziert. Der gemischt horizontal-vertikale Ansatz wurde beibehalten. An der Regelungsqualität hat sich wenig geändert.¹⁰

Aus dem Richtlinienbestand sind im Wesentlichen nur noch die Haustür- und die Fernabsatzrichtlinie betroffen. Diese beiden alten Richtlinien werden aufgehoben und durch inhaltlich erneuerte und verbreiterte Regelungen ersetzt. Hinzu kommen – neu im Verbraucheracquis – allgemeine Pflichten für Verbraucherverträge (also auch solche im stationären Handel),¹¹ wie Informationspflichten sowie Regelungen über Entgelte für die Verwendung bestimmter Zahlungsmittel, für telefonische Kommunikation und zusätzliche Leistungen.¹²

Gegenstand der hiesigen Betrachtung sind aus der gesamten – sehr sperrigen, allein 67 Erwägungsgründe zählenden – Richtlinie nur Teile von Kapitel 1 (betreffend Begriffsbestimmungen, Geltungsbereich und Harmonisierungsgrad, Art. 2-4 RL 2011/83/EU) sowie die Neuregelungen der Rechte und Pflichten bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen¹³ in Kapitel 3 der Richtlinie.

2. Umsetzungsgesetzgebungsverfahren

Das deutsche Umsetzungsverfahren verlief gerade in seiner letzten Phase sehr rasch. Auf einen *Referentenentwurf* vom September 2012 folgte im März 2013 ein *Regierungsentwurf*¹⁴, der bereits eine Woche später die erste Beratung im Bundestag durchlief.¹⁵ Die über hundert Seiten starke Rechtsausschussfassung vom 12. Juni¹⁶ wurde nur zwei Tage später vom Bundestag in zweiter und dritter Lesung angenommen.¹⁷ Der Bundesrat verzichtete am letzten Freitag in seiner letzten Sitzung vor der Sommerpause auf die Anrufung des Vermittlungsausschusses.¹⁸ Die Veröffentlichung im

Bundesgesetzblatt steht noch aus.¹⁹ Das Gesetz soll am 13.6.2014 in Kraft treten.

II. Strukturelle Neuerungen

1. Außergeschäftsraumverträge und Fernabsatzverträge, §§ 312-312h n.F. BGB

Die §§ 312 ff. BGB und §§ 355 ff. BGB werden neu gefasst. Die Normen werden zahlreicher, ihr Inhalt detaillierter und kasuistischer und ihr Regelungsbereich breiter. Der Block der §§ 312 ff. n.F. BGB ist nun in vier Kapitel untergliedert. Eine wichtige inhaltliche Neuerung ist der Katalog von allgemeinen Pflichten im Kapitel 1 in §§ 312 n.F., 312a n.F. BGB für weite Teile der Verbraucherverträge. Thema des hiesigen Beitrags sind besonders Teile des zweiten Kapitels. Es enthält die Definitionen der erfassten Vertragstypen, spezifische Informationspflichten und formale Anforderungen sowie Ausführungen zum Bestehen eines Widerrufsrechts.

2. Widerrufsrecht bei Außergeschäftsraumverträgen und Fernabsatzverträgen, §§ 355 f., 357 f., 358-361 n.F. BGB

Die §§ 355 ff. BGB wurden deutlich erweitert. Sie haben nun eine Art AT-BT-Struktur.²⁰ In § 355 n.F. BGB sind die allgemeinen Widerrufsmodalitäten und Widerrufsfolgen enthalten, die nur gelten, soweit die nachfolgenden Normen keine Sonderregelungen vorsehen. Solche Sonderregelungen bestehen insbesondere für die Außergeschäftsraum- und Fernabsatzverträge, die wir uns genauer ansehen werden.

III. Methodische Neuerung: Vollharmonisierung

1. Abkehr vom Mindestharmonisierungsprinzip früherer Verbraucherschützender Richtlinien

Eine zentrale methodische Änderung ist der Wechsel von der Mindest- zur Vollharmonisierung.²¹ Bislang beruhten die Verbraucherschützenden Richtlinien ganz überwiegend²² auf dem Mindestharmonisierungsprinzip²³: Die Richtlinie legte nur Mindest-Schutzstandards fest und die Mitgliedstaaten konnten bei der Umsetzung das Schutzniveau der Richtlinie überschreiten. Die Verbraucherrechterichtlinie indes folgt dem Prinzip der Vollharmonisierung, das in ihrem Art. 4

⁸ Art. 28 Nr. 4 E2008.

⁹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates = ABl. EU 2011 Nr. L 304, S. 64.

¹⁰ *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 35: „Rechtsakt von [...] inakzeptabler Qualität“.

¹¹ Art. 5 RL 2011/83/EU.

¹² Art. 17, 19, 21 f. RL 2011/83/EU.

¹³ Begriff nach *Schmidt-Kessel* (Fn. 5)

¹⁴ BT-Drs. 17/12637.

¹⁵ BT-PIPr. 17/228, S. 28540D-28546A.

¹⁶ BT-Drs. 17/13951.

¹⁷ BT-PIPr. 17/247, S. 31691A-31700D.

¹⁸ BR-Drs. 498/13 (B).

¹⁹ Stand: 18.7.2013.

²⁰ Krit. DAV, Stellungnahme Nr. 78/2012, S. 10.

²¹ Siehe insbesondere Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009.

²² Siehe Art. 8 RL 85/577/EWG, Art. 8 RL 93/13/EG, Art. 14 S. 1 RL 97/7/EG, Art. 8 Abs. 2 RL 99/44/EG. Ausnahme: Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG; Richtlinie 2008/122/EG vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen.

²³ Völlig überraschend kam der Wechsel nicht. Schon in der „Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006“ (KOM [2002] 208 endg.) wurde die Hinwendung zum Vollharmonisierungsprinzip angedeutet.

niedergelegt ist: „Sofern diese Richtlinie nichts anderes bestimmt, erhalten die Mitgliedstaaten weder von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrecht noch führen sie solche ein; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“ Vom deutschen Umsetzungsgeber verlangt dies einen Spagat: Einerseits darf er weder nach unten noch nach oben von den Richtlinienvorgaben abweichen. Andererseits sollte er nicht einfach die Richtlinie „eins zu eins“ übernehmen, sondern sollte, um sie in die Systematik und Terminologie des BGB einzupassen und idealiter vom redundanten Stil der Richtlinien zum schlanken Stil des BGB zu gelangen, zahlreiche Umformulierungen und Umstrukturierungen vornehmen. Spannungen sind dabei unvermeidlich. Diese Enge des Gestaltungsspielraums ist bei der Betrachtung des Umsetzungsgesetzes stets zu beachten.²⁴

2. Grund: Hemmung des Binnenmarkts durch die Rechtszersplitterung

Der Grund für den Wechsel zur Vollharmonisierung liegt vor allem darin, dass die Kommission im Mindestharmonisierungsprinzip einen der zentralen Gründe dafür sieht, dass die Binnenmarktverwirklichung nicht so zügig und erfolgreich wie erhofft voranschreitet.

Eigentlich müsste der Binnenmarkt boomen, denn es gibt immer mehr Haushalte mit Internet, die immer mehr Online-Geschäfte vornehmen. Die Euro-Einführung hat die Preise innerhalb der Euro-Zone transparent gemacht und aufgrund der weiterhin bestehenden Preisgefälle zwischen den Mitgliedstaaten sollte es attraktiv sein, Geschäfte außerhalb des eigenen Mitgliedstaats zu tätigen. Aber die Zahlen stagnieren auf niedrigem Niveau.

Als Übeltäter vermutet die Kommission die Mindestharmonisierung. Da die Verbraucherschutzniveaus der Mitgliedstaaten weiterhin stark voneinander abwichen – bloß eben basierend auf einem gemeinsamen Sockel – fehle es den Verbrauchern am notwendigen Vertrauen in die rechtliche Situation in anderen Mitgliedstaaten. Und für die Unternehmer entstünden weiterhin hohe vertragsrechtsbezogene Transaktionskosten (z.B. Kosten für die Einholung von Kenntnissen über das ausländische Recht oder für die Anpassung von Verträgen und/oder Produkten an das ausländische Recht und/oder für Verhandlungen über das anwendbare Recht).²⁵

²⁴ Artz, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsmittlung (BT-Drucks. 17/12637), S. 2.

²⁵ Denkbar sind aber auch andere Gründe für die Binnenmarktprobleme, wie Sprachbarrieren, Vertrauen zum ortsansässigen Händler und seinem Service, Kenntnis des lokalen Tons, der lokalen Usancen, regional orientierte Wirtschaftspolitik, divergierende Anforderungen im Steuer- und Verwaltungsrecht, Lieferwege und Lieferschwierigkeiten.

3. Grenzen der Vollharmonisierung

Vollharmonisierung heißt nicht vollständige Harmonisierung, sie hat zahlreiche Grenzen. Außerhalb des vollharmonisierten Schlüsselbereichs enthält die Richtlinie einige Öffnungsklauseln für Erleichterungen/Verschärfungen durch die Mitgliedstaaten,²⁶ zum Beispiel die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, die Richtlinie nicht auf Außergeschäftsraumverträge für Waren oder Dienstleistungen von nicht mehr als € 50 anzuwenden.²⁷

Ferner wird an vielen Stellen für Konkretisierung und Modi an die Mitgliedstaaten verwiesen²⁸ – wie etwa durch die Aussage, dass die Mitgliedstaaten die Einzelheiten bezüglich der Beendigung der akzessorischen Verträge festlegen,²⁹ oder die Maßgabe, dass die Mitgliedstaaten es den Unternehmern mit geeigneten, aber nicht näher bezeichneten Mitteln verbieten, überhöhte Entgelte für die Nutzung von Zahlungsmitteln zu verlangen.³⁰

Insbesondere – und hier beginnen die Probleme der Anwendung, Auslegung und Umsetzung der Richtlinie – besteht selbstverständlich in dem von der Richtlinie nicht geregelten Bereich weiterhin Regelungsfreiheit für die Mitgliedstaaten. Was umfasst der nicht geregelte Bereich? Hierzu zählen beispielsweise die dogmatischen Vorfragen – wie die Wirksamkeit des Vertrages (abgesehen von der Form), die Stellvertretung,³¹ die Vertragswirkungen, die Hemmung und Unterbrechung von Fristen³² und vieles mehr. Außerhalb des Regelungsbereichs liegen ferner die Fragen jenseits des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs sowie außerhalb des Gegenstandsbereichs der Richtlinie.

Häufig fällt es sehr schwer abzugrenzen, wann die Richtlinie etwas nicht regelt und wann sie etwas negativ abschließend regelt, so dass sie Sperrwirkung entfaltet. Bei einer prima facie „flächendeckenden“ Regelung eines bestimmten Gegenstandes – beispielsweise bei der langen Liste der Informationspflichten für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge (Art. 6 RL 2011/83) – wird man besondere Anhaltspunkte fordern müssen, um den abschließenden Charakter der Regelung zu verneinen.³³ Die Mitgliedstaaten

²⁶ Beispielsweise in Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 7, Art. 7 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 8 Abs. 6, Art. 9 Abs. 3 S. 2 RL 2011/83/EU.

²⁷ So Art. 3 Abs. 4 RL 2011/83/EU, der deutsche Gesetzgeber hat hiervon in § 312 Abs. 2 Nr. 12 n.F. BGB Gebrauch gemacht (Grenze € 40) unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird. So war es bislang schon in § 312 Abs. 3 Nr. 2 a.F. BGB der Fall. Die Regelung in ihrer jetzigen Form begrüßend *Gurkman*, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, S. 4.

²⁸ Art. 15 Abs. 2, Art. 19, Art. 21 Abs. 1, Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 26 RL 2011/83/EU.

²⁹ Art. 15 Abs. 2 RL 2011/83/EU.

³⁰ Art. 19 RL 2011/83/EU.

³¹ ErwG. 16 RL 2011/83/EU.

³² Art. 3 Abs. 5 RL 2011/83/EU.

³³ *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20 (25).

könnten also nicht etwa zusätzliche Informationspflichten mit dem Argument einführen, dies sei von der Richtlinie ungerechtfertigt geblieben.

4. Kritik an der Vollharmonisierung in ihrer konkreten Form

Der Vollharmonisierungsansatz in der in der Verbraucherrechtlinie verwirklichten Form hat bereits viel Kritik erfahren. Zum einen schafft er durch die eben skizzierten Auslegungsschwierigkeiten Rechtsunsicherheit. Weiterhin führt er dort, wo die Richtlinie hinter deutschen Verbraucherschutzstandards zurückbleibt, zu einer Absenkung des Verbraucherschutzniveaus. Darüber hinaus kann er zu dem paradoxen Ergebnis eines höheren Schutzniveaus für Nicht-Verbraucher und außerhalb der geregelten Bereiche führen. Dadurch können sich die Mitgliedstaaten zwecks Wahrung der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gezwungen fühlen, die Richtlinie überschießend umzusetzen. Außerdem ist der den Mitgliedstaaten verbleibende, primärrechtlich vorausgesetzte (Art. 288 AEUV) Freiraum zur Umsetzung der Richtlinienziele reduziert auf rein formale Gestaltungsoptionen.

IV. Inhaltliche Neuerungen

Im Folgenden sollen ausgewählte inhaltliche Neuerungen vorgestellt werden. Angesichts der Fülle von Änderungen ist diese Auswahl notwendigerweise auf einige besonders wichtige Neuerungen beschränkt.³⁴

1. Bestehen eines Widerrufsrechts, §§ 312 ff. n.F. BGB

a) Verbrauchervertrag über entgeltliche Leistung des Unternehmers, §§ 312 Abs. 1 n.F., 310 Abs. 3 n.F. BGB

aa) Entgeltliche Leistung des Unternehmers

Basis der Definitionen des Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrages ist die Definition „Verbrauchervertrag, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat“ (§§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB). Die hier verwendete bislang eher unbekanntere Legaldefinition des Verbrauchervertrages aus dem AGB-Recht (§ 310 Abs. 3 BGB) gelangt so zu neuer Bedeutung. Schöner wäre sicherlich die Verortung der zentralen Definition in § 312 n.F. BGB und ein Verweis hierauf aus § 310 Abs. 3 BGB gewesen.³⁵ Durch die ergänzende Formulierung über die „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ (§ 312 Abs. 1 n.F. BGB) werden die Consumer-To-Business-Verträge und die unentgeltlichen Verträge ausgeschlossen. Die Formulierung „entgeltliche Leistung“, die bei der Erfassung der einseitigen Bürgschaftsverträge in der Rechtssache „Dietzinger“³⁶ und bei der Erfassung des Betei-

ligungserwerbs an Personengesellschaften in der Rechtssache „Friz“³⁷ so viel Mühe bereitet hatte, bleibt leider erhalten.³⁸

In Bezug auf die Bürgschaftsverträge könnte sich sogar ein neues Problem auftun.³⁹ Die neue Definition verlangt eine „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ (§ 312 Abs. 1 n.F. BGB).⁴⁰ Bislang hatte § 312 BGB abgestellt auf einen „Vertrag [...], der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat“, ohne Beschränkung darauf, dass gerade der Unternehmer die entgeltliche Leistung zu erbringen hat. Die Formulierung „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ entstammt nicht der Richtlinie, sondern ist vom Umsetzungsgesetzgeber so gefasst worden. Denn er las aus den unionalen Definitionen von Kaufvertrag und Dienstleistungsvertrag,⁴¹ dass „[e]ntsprechend der Schutzrichtung der Richtlinie [...] nur dann von einem Verbrauchervertrag im Sinne der Richtlinie auszugehen [ist], wenn sich der Unternehmer [...] zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher [...] zu Zahlung eines Entgelts verpflichtet.“⁴²

Fraglich ist, ob damit künftig die Bürgschaftsverträge aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie und der §§ 312 ff. BGB ausgeschlossen werden. Die Leistung des Bürgen liegt im Entstehen für die fremde Schuld,⁴³ hierin ist das von ihm zu zahlende „Entgelt“ zu sehen. Fraglich ist, ob auch der Gläubiger im Bürgschaftsvertrag eine Leistung erbringt. Denn schließlich wird beim einseitig verpflichtenden Bürgschaftsvertrag nur der Bürge verpflichtet, ohne dass der Gläubiger dem Bürgen dafür eine Leistung gewährt. Der Bürgschaftsvertrag ist gerade kein synallagmatischer Vertrag, in dem einer Leistung eine Gegenleistung im Verhältnis do ut des gegenübersteht.

Diese Frage hat bereits nach bisherigem Recht die Literatur und Rechtsprechung stark beschäftigt. Viel anders als damals in der Diskussion vor und anlässlich der EuGH-Entscheidung „Dietzinger“⁴⁴ ist die Lage heute nicht. Schon die Haustürwiderrufsrichtlinie beschränkte ihren Anwendungsbereich auf „Verträge [...] zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher“.⁴⁵ Dies weicht in Bezug auf unsere Fragestellung eigentlich nur dann von der jetzigen Situation nach der RL 2011/83/EU ab, wenn es der alten Haustürwiderrufsrichtlinie nur darauf ankam, dass der Gewerbetreibende im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit überhaupt für Verbraucher Waren lieferte oder Dienstleistungen erbrachte – unabhängig davon, ob dies im konkreten

³⁴ Außen vor bleiben insbesondere die Veränderungen an den Informationspflichten und sonstigen formalen Anforderungen, die jetzt sehr viel detaillierter und noch umfangreicher in den §§ 312a, 312d, 312e und 312f n.F. BGB geregelt sind.

³⁵ So auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 28.

³⁶ EuGH, Slg. 1998, I-1199 (Dietzinger).

³⁷ EuGH, Urt. v. 15.4.2010 – C-215/08 (E. Friz GmbH v. Carsten von der Heyden) = NJW 2010, 1511.

³⁸ Krit. auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 28.

³⁹ Herrn Prof. *Markus Artz* danke ich für die Anregungen zu diesen Ausführungen.

⁴⁰ *Hervorhebung* durch die *Verf.*

⁴¹ Art. 2 Nr. 5 und Nr. 6 RL 2011/83/EU.

⁴² BT-Drs. 17/12637 S. 45 f.

⁴³ BGH NJW 1996, 939 sub. III.1. (Vorlagebeschluss in der Rechtssache Dietzinger).

⁴⁴ EuGH NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554 = JZ 1998, 1071.

⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 RL 85/577/EWG, *Hervorhebung* der *Verf.*

Vertrag der Fall war.⁴⁶ Diesen Weg hat der EuGH zu Recht nicht eingeschlagen.⁴⁷ Und schon nach der klassischen deutschen Konzeption, die insbesondere früher vom *IX. BGH-Senat* vertreten wurde,⁴⁸ bedeutete „Vertrag [über eine] entgeltliche Leistung“ (§ 312 Abs. 1 a.F. BGB), dass beide Vertragspartner eine Leistung zu erbringen hatten („entgeltlich“ im Sinne von gegenseitig, synallagmatisch), so dass schon deswegen auch nach bisherigem Recht nach einer Leistung des Unternehmers/Gläubigers gesucht werden musste.

Nach zahlreich vertretener Ansicht⁴⁹ war die Leistung des Gläubigers darin zu sehen, dass er den durch die Bürgschaft zu sichernden Kredit dem Dritten/Hauptschuldner gewährte oder beließ.⁵⁰ „Entgeltlich“ war also in diesem Zusammenhang nicht als Verweis auf den synallagmatischen Vertrag zu verstehen, sondern als gleichbedeutend mit „nicht unentgeltlich“. Und unentgeltlich war die Übernahme der Bürgschaftsverpflichtung nur dann, wenn sie mit keiner Leistung der Gegenseite in synallagmatischer, konditionaler oder kausaler Beziehung stand. Da die Bürgschaft typischerweise keinen „Charakter von Freigebigkeit“ hat, sondern übernommen wird, damit die Bank den Kredit gewährt oder verlängert, ist sie nicht unentgeltlich und damit ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 312 Abs. 1 a.F. BGB. Problematisch an dieser Sicht war, dass das Darlehen eben nicht im engeren Sinne Entgelt/Gegenleistung für die Bürgschaftsverpflichtung war, sondern dass es in einer ganz anderen Vertragsbeziehung zur Darlehensgewährung kam, die lediglich über die Sicherungsabrede mit dem Bürgschaftsvertrag verknüpft war.⁵¹ In einer pragmatischen Herangehensweise entschied der EuGH dann in der Dietzinger-Entscheidung auf der Basis der Überlegungen, dass erstens Bürgschaftsverträge in der Praxis sehr oft Voraussetzung des Hauptvertrags sind, dass zweitens die Richtlinie keinen Hinweis dafür bietet, dass gerade der Vertragsschließende und der Waren-/Dienstleistungsempfänger dieselbe Person sein müssen und dass drittens insgesamt zwischen dem Kreditver-

trag und der seine Erfüllung absichernden Bürgschaft ein enger Zusammenhang besteht, dass Bürgschaften unter die Richtlinie fallen können.⁵²

Ausgehend davon hat sich mit der neuen, verengenden Formulierung von § 312 Abs. 1 n.F. BGB, dass eine „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ Gegenstand des Vertrages sein muss, nichts geändert. Weiterhin wird man die Leistung des Unternehmers durch Darlehensgewährung oder -belassung an den Hauptschuldner in einer Art erweitertem, pragmatischen Synallagma genügen lassen müssen.

Etwas anders würde nur gelten, wenn man das gesetzgeberische Festhalten an der Formulierung „entgeltliche Leistung“ mit der besonderen Betonung „des Unternehmers“ als Abkehr von der bisherigen Auslegung des Begriffs „entgeltliche Leistung“ in § 312 Abs. 1 a.F. BGB verstehen müsste. Zu Recht schrieb *Schmidt-Kessel* in seiner Stellungnahme zum Entwurf des vorliegenden Gesetzes, die „unglückliche Beschränkung des Anwendungsbereichs auf ‚entgeltliche Verträge‘ sei geeignet, eine „Wiederholung der durch die Di[e]tzinger-Entscheidung nicht beendeten Diskussionen“ auszulösen.⁵³ Da die Bürgschaftsproblematik hinlänglich bekannt ist, hätte ein Umsetzungsgesetzgeber, der nichts am status quo ändern wollte, in Anbetracht dessen für § 312 Abs. 1 n.F. BGB nicht lieber eine Formulierung gewählt wie „Leistung des Unternehmers“, „Leistung des Unternehmers an den Verbraucher oder einen Dritten“, „nicht unentgeltlicher Vertrag“ oder „nicht unentgeltliche Leistung des Verbrauchers“? Die derzeitige Auslegung von § 312 Abs. 1 n.F. BGB erfordert eine spürbare Verbiegung des klassischen deutschen Begriffsverständnisses. Dem Referentenwurf vom Herbst 2012, dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung und der Rechtsausschussfassung ist zur Position des Umsetzungsgesetzgebers gerade zur Problematik der Bürgschaftsverträge nichts zu entnehmen, ebenso wenig den Plenarprotokollen der Beratungen in Bundestag und Bundesrat.⁵⁴ Aus einigen wenigen zarten Hinweisen darf indes gefolgert werden, dass eine Abweichung von der bisherigen Rechtslage nicht gewollt war: Schließlich hat der Gesetzgeber in seinen Erläuterungen zu § 312 Abs. 1 n.F. BGB deutlich gemacht, dass er gerade bemüht war, eine richtlinienkonforme Umsetzungsnorm zu schaffen⁵⁵ und in den Materialien zur Schaffung der RL 2011/83/EU deutet nichts darauf hin, dass von Dietzinger abgewichen werden sollte. Das bürgschaftenumfassende Verständnis des geltenden § 312 Abs. 1 a.F. BGB ist eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung⁵⁶, die mit dem Wortlaut noch vereinbar ist. Daher ist es möglich und zulässig,

⁴⁶ So etwa die Position der Kommission, wiedergegeben bei: EuGH NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554 = JZ 1998, 1071 Rn. 13.

⁴⁷ Siehe seine Argumentation in Rn. 18 ff. in: EuGH, NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554 = JZ 1998, 1071.

⁴⁸ Siehe nur BGH NJW 1996, 930.

⁴⁹ Der sich der *IX. BGH-Senat* nicht anschloss.

⁵⁰ Siehe aus der Rspr. BGH NJW 1993, 1594 = ZIP 1993, 585 Rn. 12; sowie (zur Bestellung einer Sicherungsgrundschuld) BGHZ 131,1 = NJW 1996, 55 = ZIP 1995, 1813 Leitsatz 1 und aus der Lit. die Nachweise bei (dem im Ergebnis nicht folgenden) BGH NJW 1996, 930 (931 sub III.1.).

⁵¹ BGH NJW 1996, 930 (931 sub III.1.). Gleichwohl konnte sich auch der BGH im Ergebnis dazu durchringen, den Bürgen in den Schutzbereich des § 312 a.F. BGB einzubeziehen: Schließlich würde man die „Dinge auf den Kopf stellen“, wenn man den Verbraucher/Bürgen, der keine Gegenleistung für seine Leistung bekommt, schlechter stellt als denjenigen, der eine solche erhält (BGH NJW 1996, 930, [931 sub III.1.]). Wenn der Verbraucher sich einseitig verpflichtet, ohne ein Entgelt zu erhalten, ist er umso schutzwürdiger.

⁵² EuGH NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554 = JZ 1998, 1071, Rn. 18-20.

⁵³ *Schmidt-Kessel* (Fn. 5) S. 28.

⁵⁴ RefE. v. 19.9.2012, BT-Drs. 17/12637 v. 6.3.2013, BT-Drs. 17/13951 v. 12.6.2013, BR-PIPr. 906, S. 48B-48C, BT-PIPr. 17/228, S. 28540D-28546A, BT-PIPr. 17/247, S. 31691A-31700D, BR-PIPr. 912, S. 400D-401A.

⁵⁵ Bei und in Fn. 4.

⁵⁶ Darin stimmten *IX.* und *XI. Senat* problemlos überein – siehe bspw. BGH NJW 1998, 2356 = JZ 1998, 1072 Rn. 6 und BGH NJW 1993, 1594 = ZIP 1993, 585 Rn. 12.

dass der Gesetzgeber den Wortlaut trotz einer Änderungsgelegenheit beibehält. Anders lägen die Dinge etwa, wenn es sich um eine wortlautüberschreitende gemeinschaftsrechtskonforme teleologische Reduktion oder Extension handeln würde, dann wäre eine gesetzgeberische Intervention eindeutig erforderlich gewesen, so dass sein Schweigen eine Ablehnung der bisherigen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung hätte bedeuten können.

Daher ist im Ergebnis davon auszugehen, dass auch in der neuen Formulierung „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ (§ 312 Abs. 1 a.F. BGB) die Bürgschaftsverträge umfasst sind. Für etwaige Beschränkungen – also ob sowohl Bürge als auch Hauptschuldner Verbraucher sein müssen und ob es für die Bejahung eines Widerrufsrechts der spezifischen situativen Voraussetzungen bei Bürge und Hauptschuldner bedarf – dürfte das bislang zu Bürgschaftsverträgen entwickelte fortgelten.⁵⁷

bb) Verbraucher- und Unternehmerdefinition

An der Verbraucherdefinition des § 13 BGB ändert sich nur, dass nun bei Verträgen mit gemischtem Zweck entsprechend der bisherigen deutschen Rechtsprechung⁵⁸ explizit bereits der *überwiegende* Zweck ausschlaggebend ist.⁵⁹ Nutze ich den im Fernabsatz gekauften Laptop also zu 55 % privat und zu 45 % beruflich, bleibe ich für diesen Vertragsschluss Verbraucher; es bedarf keiner ganz überwiegenden privaten oder ganz vernachlässigbaren beruflichen Nutzung, an die man vielleicht ab einem Nutzungsverhältnis von 80 % zu 20 % oder höher denken könnte.

In einem Punkt ist die weitgehend beibehaltene deutsche Verbraucherdefinition überschießend: Die Richtlinie stellt auf die „berufliche“ Tätigkeit ab (Art. 2 Nr. 1 RL 2011/83/EU), § 13 BGB auf die „selbständige berufliche“ Tätigkeit. So bleiben die Arbeitnehmer weiterhin innerhalb des Verbraucherbegriffs, etwa bei dem Kauf von Arbeitsschuhen.⁶⁰ Ein Konflikt mit der Richtlinie entsteht nicht, weil diese Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen und der deutsche Gesetzgeber daher in ihrer Gestaltung frei ist.⁶¹

Überschießende Umsetzungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden und können überzeugenden Regelungszwecken dienen. Sie führen aber zu Problemen, sobald für den nicht-überschießenden Teil eine EuGH-Entscheidung ergeht, mit deren Richtlinienauslegung der deutsche Gesetzgeber sich nicht identifizieren kann: Dann muss entweder gespalten

ausgelegt werden – wie jüngst in den Fällen „Quelle“⁶² und „Weber/Wittmer“⁶³ – oder gesetzgeberisch eingegriffen⁶⁴.

Der Unternehmerbegriff (§ 14 BGB) ändert sich nicht, obwohl angesichts der Formulierung der Richtlinienvorgabe⁶⁵ eine explizite Erfassung der juristischen Person des öffentlichen Rechts, deren Unternehmereigenschaft im deutschen Recht problematisch ist,⁶⁶ wünschenswert gewesen wäre.⁶⁷

b) Definitionen von Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrag, §§ 312b n.F., 312c n.F. BGB

aa) Fernabsatzvertrag

Die neue Definition des Fernabsatzvertrages (§ 312c n.F. BGB) enthält keine erheblichen inhaltlichen Änderungen. Aber ob die Umsetzung völlig gelungen ist, mag man in gewisser Hinsicht bezweifeln. Zum einen fehlt die Umsetzung der Formulierung „ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers“ (Art. 2 Nr. 7 RL 2011/83/EU). Es sind zwar höchstens Schulfälle denkbar, in denen bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit „für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwende[t]“ werden (§ 312c Abs. 1 n.F. BGB) – beispielsweise bei Vertragsschluss durch SMS, Telefon oder E-Mail zweier in einem Raum befindlicher Personen – aber unglücklich (und nicht zwingend erforderlich) ist dieser Spielraum trotzdem.

Weiterhin wird durch die Formulierung „für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss“ (§ 312c Abs. 1 n.F. BGB) nicht völlig klar, dass dies einer sybillinischen Erläuterung in ErwG. 20 geschuldet sein dürfte. Dort heißt es, es liege ein Fernabsatzvertrag vor, wenn der Verbraucher das Ladengeschäft „*lediglich zum Zwecke der Information* über die Waren oder Dienstleistungen aufsucht und anschließend den Vertrag *aus der Ferne verhandelt* und abschließt“ (ErwG. 20 S. 2 RL 2011/83/EU). Es stellt indes keinen Vertrag im Fernabsatz dar, wenn der Vertrag „*in den Geschäftsräumen* eines Unternehmers *verhandelt* und letztendlich über ein Fernkommunikationsmittel geschlossen wird“. Die Abgrenzung dieser beiden Szenarien wird sich in einer Vielzahl von Fällen als nahezu unmöglich erweisen, nämlich immer

⁶² BGHZ 179, 27 (Rn. 26 ff.).

⁶³ BGHZ 195, 135 (Rn. 17 ff.).

⁶⁴ Siehe im Nachgang zu Quelle § 474 Abs. 2 S.1 akt.F. BGB, künftig § 474 Abs. 5 1 n.F. BGB.

⁶⁵ Art. 2 Nr. 2 RL 2011/83/EU: „Unternehmer [ist] jede [...] juristische Person, unabhängig davon, ob [...] öffentlicher oder privater Natur“.

⁶⁶ Siehe bspw. *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.2.2013, § 14 BGB Rn. 10.

⁶⁷ So *Kaufhold*, Zusammenfassung der Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011), S. 8.

⁵⁷ Siehe dazu etwa *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005 (Altauflage), § 312 BGB Rn. 27.

⁵⁸ Siehe Nachweise bei *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 BGB Rn. 40 ff.; Anders sah dies der EuGH im Fall Gruber (Rs. C-464/01 = Slg. I 2005, S. 439) im Bereich des IZPR.

⁵⁹ Zurückgehend auf Erwägungsgrund 17 der RL 2001/83/EU.

⁶⁰ BT-Drs. 17/12637, S. 46; zust. *Artz* (Fn. 24), S. 3 und *Gurkmann* (Fn. 27), S. 3.

⁶¹ *Artz* (Fn. 24), S. 3; *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 7.

dann, wenn die Verhandlungsphase sehr kurz ausfällt oder nichts anderes enthält als die Information über die Waren (Preis, Eigenschaften [...]).

Ein Beispiel: Professor P ist zu einer Tagung gereist und spaziert am Tagungsort durch die Fußgängerzone. Er betritt ein klassisches Spielwarengeschäft, um seinen Kindern daheim Mitbringsel zu kaufen. Er sieht unter anderem ein herrliches Bauklotzset für € 60, das seinem Jüngsten gefallen könnte. Er unterhält sich mit dem versierten Verkäufer über den Preis der Bauklötze, das geeignete Alter des Kindes und die Gesundheitsverträglichkeit der für die Lackierung verwendeten Farben. Letztlich sagt Professor P, dass er das Bauklotzset wegen seiner Größe und Schwere leider nicht auf der Tagung und auf der Reise herumtragen möchte. Hoffnungsvoll antwortet der Verkäufer: „Wir haben auch einen Online-Shop!“ und übergibt Professor P eine Visitenkarte mit der URL des Online-Shops. Wieder daheim geht Professor P online und bestellt das Bauklotzset für € 60. Liegt ein Fernabsatzgeschäft vor? Hier ist es eigentlich nicht möglich, die „Information über die Waren“ (ErwG. 20 S. 2) von der „Verhandlung“ (ErwG. 20 S. 3) zu trennen. Die Verhandlungen bestanden sämtlich nur aus der Information über die Waren, wie sie im Ladengeschäft beim Kauf eines Verbrauchers von einem Unternehmer üblich ist.

Gerade die Unterscheidung von Information über die Waren und (sonstiger) Verhandlung ist für die Abgrenzung in solchen Fällen essentiell und kommt in der deutschen Umsetzungsgesetzgebung leider nicht zum Ausdruck. Daher könnte man bei der Subsumtion des Falles von Professor P unter § 312c Abs. 1 n.F. BGB versucht sein zu folgern, da sämtliche „Verhandlungen“ – über Preis, Alter, Farben – im Ladengeschäft stattgefunden haben, liege sicher kein Fernabsatzgeschäft vor.⁶⁸

Problematisch dürfte darüber hinaus die Beweislastverteilung sein.⁶⁹ Die deutsche Fassung behält die partielle Beweislastumkehr des bisherigen Rechts bei und formuliert, ein Fernabsatzvertrag liege vor, „es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt“ (§ 312c Abs. 1 Hs. 2 n.F. BGB, ebenso § 312b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 a.F. BGB). Die Tatbestandsmerkmale eines Fernabsatzvertrages muss grundsätzlich der sich auf den Schutz der Fernabsatzregeln berufende Verbraucher beweisen und der letzte Halbsatz erlegt dem Unternehmer die Beweislast dafür auf, dass ausnahmsweise kein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem verwendet wurde. Anders verhält es sich in der Richtlinie, wenn es dort heißt, Fernabsatzvertrag sei ein „Vertrag, der zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers *im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems* geschlossen wird, [...]“. Hier gehört das für den Fernabsatz organisierte Vertriebs- oder Dienstleistungssystem zu den vom Verbraucher zu beweisenden Tatbestands-

merkmalen des Fernabsatzvertrages. Die Beweislastverteilung – mag man auch über ihre Verortung im materiellen oder prozessualen Recht streiten – wird vom Unionsgesetzgeber durchaus für sich beansprucht. Das Unionsrecht kennt im Bereich der Beweislast das Günstigkeitsprinzip (der Profiteur ist beweiselastet) und das Regel-Ausnahme-Prinzip (wer sich auf eine Ausnahme beruft, ist beweiselastet).⁷⁰ Die Formulierungen der Tatbestände der Richtlinie 2011/83/EU zeigen, dass in ihnen über die Beweislastverteilung entschieden wurde. Sogar die typische Umkehr-Formulierung „es sei denn“ wird an zahlreichen Stellen eingesetzt (Art. 8 Abs. 7 lit. a, Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2, Abs. 3, Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1, UAbs. 2 RL 2011/83/EU). In ErwG. 44 S. 4 RL 2011/83/EU wird eine Entscheidung über die Beweislastverteilung ausdrücklich erläutert. In Art. 6 Abs. 9 RL 2011/83/EU heißt es, die „Beweislast für die Erfüllung der [...] Informationspflichten obliegt dem Unternehmer“, in Art. 11 Abs. 4 RL 2011/83/EU die „Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts [...] obliegt dem Verbraucher“. Angesichts dieser hohen Sensibilität der Richtlinie für die Beweislastverteilung kann kaum behauptet werden, die Entscheidung über die Beweislastverteilung im Tatbestand des Fernabsatzgeschäftes sei den Mitgliedstaaten überlassen.⁷¹ Dass die Verortung der Beweislast beim Unternehmer sachgerecht und praktikabel gewesen wäre⁷², steht auf einem anderen Blatt.

Selbst wenn man diese Abweichung bei der Beweislastverteilung von der Richtlinie darauf stützen möchte, dass dank der Vermutung zugunsten eines für den Fernabsatz organisierten Systems der Anwendungsbereich erweitert, sprich überschießend umgesetzt wird, ist das nicht ganz unproblematisch. Denn der Begriff des Fernabsatzvertrages enthält zugleich eine Anwendungsbereichsbegrenzung und eine materielle Wertung (doppelfunktionale Tatbestandsmerkmale). Hier besteht bislang noch Rechtsunsicherheit, ob die Abweichung des Umsetzungsgesetzgebers nicht doch ein der materiellen Wertung widersprechender Richtlinienverstoß ist.⁷³

Schließlich ist anzumerken, dass der Gesetzgeber bei den Fernabsatzverträgen von einer Öffnungsklausel der Richtlinie keinen Gebrauch gemacht hat. Nach der Richtlinie können die Mitgliedstaaten für „Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, [...] vorsehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat“ (Art. 8 Abs. 6 RL 2011/83/EU, sog. Bestätigungslösung). Für Vertragsschlüsse bei der Telefonwerbung hätte so ein besonders intensiver Schutz vorgesehen werden können.

⁷⁰ So m.w.N. *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 17.

⁷¹ So aber BT-Drs. 17/12637, S. 50 f. Gegen einen Freiraum des Umsetzungsgesetzgebers auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 17.

⁷² So richtig BT-Drs. 17/12637, S. 50 f.

⁷³ *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 7 (auf S. 10 letztlich einen Richtlinienverstoß verneinend).

⁶⁸ Krit. zur Umsetzung auch *Kaufhold* (Fn. 67), S. 8.

⁶⁹ Krit. auch *Kaufhold* (Fn. 67), S. 8 f., wohl auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 8 f.

Das Umsetzungsgesetz begnügt sich indes mit der Widerruflichkeit anstatt der anfänglichen Unverbindlichkeit.⁷⁴

bb) Außergeschäftsraumvertrag

Bei der Neudefinition des bis jetzt als „Haustürgeschäft“ bekannten, spätestens ab jetzt richtigerweise als „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag“ (kompakter ist freilich: Außergeschäftsraumvertrag)⁷⁵ zu bezeichnenden Vertrages (§ 312b Abs. 2 n.F. BGB) hat es durchaus inhaltliche Änderungen gegenüber der bisherigen BGB-Fassung gegeben. Während bislang die erfassten Situationen positiv umschrieben wurden – Verhandlungen *am Arbeitsplatz*, *in der Privatwohnung* –, ist der Kern der erfassten Situationen nun negativ umschrieben – Vertragsschluss an einem Ort, der *kein* Geschäftsraum des Unternehmers ist. Das verlagert die Abgrenzungsprobleme in den Begriff des Geschäftsraums, der in § 312b Abs. 2 n.F. BGB definiert ist und inhaltlich keine erheblichen Abweichungen gegenüber den geltenden Maßstäben enthält.

Entschärft ist damit auch die Verengung des Freizeitveranstaltungen-Tatbestandes (bisher § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a.F. BGB, nun § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 2 Nr. 8 lit. d RL 2011/83/EU). Während bislang Vertragsabschlüsse auf allen Arten von Freizeitveranstaltungen erfasst waren, die vom Unternehmer oder in seinem Interesse durchgeführt wurde, erfasst die Neuregelung nur noch „Ausflüge“ – also beispielsweise nicht mehr den Fall, dass der Verbraucher seinen angeblichen Gewinn in einem örtlichen Restaurant abholen soll und sich die Abholungsgelegenheit als Verkaufsveranstaltung entpuppt. Diese Fälle sind künftig unmittelbar vom Grundtatbestand erfasst (§ 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 n.F. BGB).⁷⁶

Der Ausflugstatbestand des Umsetzungsgesetzgebers ist insoweit problematisch, als er, anders als die Richtlinie, nicht nur die von dem Unternehmer, sondern auch die „mit seiner Hilfe organisiert[en]“ Ausflüge erfasst (siehe § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 n.F. BGB, und Art. 2 Nr. 8 lit. d RL 2011/83/EU). Der Umsetzungsgesetzgeber erläutert, die Einfügung der Wörter „mit seiner Hilfe“ sei „notwendig, um [...] den Fall zu erfassen, dass ein anderer Unternehmer den Ausflug organisiert als der Unternehmer, der die Waren oder Dienstleistungen anbietet“.⁷⁷ Die Definition des Außergeschäftsraumvertrags ist aber wiederum ein doppelfunktionaler Tatbestand, so dass sich wiederum die Frage stellt, ob die Erweiterung durch

den Umsetzungsgesetzgeber nicht einen Verstoß gegen eine materielle Wertung der Richtlinie begründet.⁷⁸

Die bisherige überschießende Umsetzung mit der Formulierung „zum Vertragsschluss *bestimmt worden sein*“ (§ 312 Abs. 1 S. 1 a.F. BGB), die es erlaubte, dass ein Vertragsschluss *in den Geschäftsräumen* des Unternehmers stattfand, nachdem die maßgeblichen Verhandlungen in der Privatwohnung oder am Arbeitsplatz geführt wurden, findet sich im neuen Recht lediglich in einer verengten Form wieder. Diese Verträge sind nur dann erfasst, wenn der Verbraucher „*unmittelbar zuvor* außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers [...] angesprochen wurde“ (§ 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 2 Nr. 8 lit. c RL 2011/83/EU).

Nach bisheriger deutscher Situation ist ein enger zeitlicher oder räumlicher Zusammenhang zwischen der Haustürsituation und der Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers nicht erforderlich, solange die Kausalität noch etabliert werden kann.⁷⁹ So war der BGH der Ansicht, selbst bei einem Abstand von drei Wochen könne theoretisch ein Haustürgeschäft vorliegen.⁸⁰

In solchen Situationen ist künftig ein Widerrufsrecht nicht mehr denkbar. Bereits ein Vertragsschluss an dem auf die Verhandlungen folgenden Tag dürfte sich kaum noch unter „unmittelbar“ danach subsumieren lassen. Wörtlich bedeutet „unmittelbar“ im Deutschen „direkt“, „ohne Zwischenschritt“, „ohne Umweg“ und „geradewegs“.⁸¹ Viele andere Sprachfassungen verwenden eine ebenso eindringliche Formulierung wie „unmittelbar“, die auf das Fehlen von Zwischenschritten, dazwischen liegenden Ereignissen hindeutet.⁸² Den Erwägungsgründen kann entnommen werden, dass es darauf ankommen soll, ob der Verbraucher Zeit genug hatte, vor dem Vertragsschluss über das Angebot des Unternehmers nachzudenken.⁸³ Bei einem „Überschlafen“ der Entscheidung wird man vermutlich kein Haustürgeschäft mehr bejahen können.

c) Ausgenommene Verträge, §§ 312 Abs. 2 n.F., 312g Abs. 2 n.F. BGB

aa) Allgemeines

Es überlappen sich zwei Ausnahmenkataloge: Im neuen § 312 Abs. 2 n.F. BGB werden eine Reihe von Verträgen bis auf wenige Bestimmungen vom Anwendungsbereich der Kapitel 1 und 2 des Untertitels ausgenommen, so dass bei ihnen unter anderem kein Widerrufsrecht bestehen kann. Im neuen

⁷⁴ Zust. Prehn, Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, S. 11 f.; BITKOM, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts, S. 12. Krit. DGB, Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 2.

⁷⁵ Siehe oben Fn. 13.

⁷⁶ A.A. (kein Schutz) Gurkmann (Fn. 26), S. 6.

⁷⁷ BT-Drs. 17/12637, S. 50.

⁷⁸ Siehe oben bei Fn. 73.

⁷⁹ So die st. Rspr des BGH, siehe Nachw. bei Masuch, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 312 BGB Rn. 37.

⁸⁰ BGH NJW-RR 2009, 1275 (1277 Rn. 19).

⁸¹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/unmittelbar>

(18.9.2013).

⁸² Englisch: „immediately after“, französisch: „immédiatement après“, spanisch: „inmediatamente después“, italienisch: „immediatamente dopo“, portugiesisch: „imediatamente após“, dänisch: „umiddelbart efter“, schwedisch: „omedelbart efter“.

⁸³ ErwG. 21 S. 5 RL 2011/83/EU.

§ 312g Abs. 2 n.F. BGB werden Verträge lediglich vom Widerrufsrecht ausgenommen (für sie gelten also die besonderen Informationspflichten und formalen Anforderungen der §§ 312c ff. n.F. BGB).

Der deutsche Gesetzgeber hat sich in großen Teilen an die von der Richtlinie angeordneten Ausnahmen gehalten, obwohl er dazu nicht verpflichtet gewesen wäre.⁸⁴ Nimmt die Richtlinie einen Vertragstyp von ihrem Anwendungsbereich aus, so steht es dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber frei, eine parallele oder ähnliche Regelung für diese von der Richtlinie unregulierten Verträge zu erlassen.⁸⁵ In gewissen Punkten aber übernimmt der Umsetzungsgesetzgeber den Ausschluss nur in reduzierter Form: Zum einen unterwirft der Umsetzungsgesetzgeber auch die in Art. 3 RL 2011/83/EU vollständig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommenen Verträge den allgemeinen Pflichten für Verbraucherverträge in § 312a Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 6 n.F. BGB (siehe § 312 Abs. 2 n.F. BGB). Zum anderen schließt der Umsetzungsgesetzgeber gewisse Fallgruppen lediglich vom Widerrufsrecht aus (§ 312g Abs. 2 n.F. BGB), die von Art. 3 RL 2011/83/EU vollständig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden. Dies ist beispielsweise der Fall bei Verträgen zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen (sofern der Verbraucher seine Vertragserklärung weder telefonisch abgegeben hat noch ein Außergeschäftsraumvertrag vorliegt) (§ 312g Abs. 2 Nr. 12 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 3 Abs. 3 lit. c RL 2011/83/EU).

Die Ausnahmenkataloge umfassen in §§ 312 Abs. 2 n.F. und 312g Abs. 2 n.F. BGB jeweils 13 Ziffern. Sie regeln verschiedenste Situationen von ganz unterschiedlichem Zuschnitt und unterschiedlicher Relevanz und sind intuitiv kaum fassbar.⁸⁶ Das macht die Ausnahmenkataloge unübersichtlich und schwer zu handhaben. Obwohl die Ausnahmenkataloge zunächst abschrecken, enthalten sie einige spannende Regelungen, die einen genaueren Blick lohnen.

Inhaltlich handelt es sich bei den Ausnahmen um eine Mischung aus alten, bislang schon in den Ausnahmenkatalogen des Haustür- oder Fernabsatzrechts enthaltenen (§§ 312

Abs. 3 a.F., 312b a.F. und § 312d a.F. BGB), aus alten, aber modifizierten und aus einigen neuen Ausnahmen.

bb) Neuerungen

Ein Beispiel für einen neuen Ausnahmetatbestand vom Widerrufsrecht sind die „Verträge zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“ (§ 312g Abs. 2 Nr. 3 n.F. BGB).⁸⁷ Ein Teil der hiervon betroffenen Waren war bislang schon als verderbliche Ware von einem Ausnahmetatbestand erfasst (§ 312d Abs. 4 Nr. 1 Alt. 4 a.F. BGB) – insbesondere Arzneimittel, Kosmetika und (gewisse) Lebensmittel.⁸⁸ Die Neuregelung ist einerseits beschränkter, weil sie eine Versiegelung fordert, andererseits deutlich weiter, weil sie sämtliche Fälle der fehlenden Rückgabefähigkeit aus Gründen der Hygiene oder des Gesundheitsschutzes erfasst. Bislang kaum vorherzusagen ist, wie weit diese Ausnahme ausgelegt werden wird, ob beispielsweise unter die Hygieneausnahme sämtliche Kleidungsstücke und Lebensmittel fallen.⁸⁹ Leicht unklar ist, welche eigenständige Bedeutung dem Gesundheitsschutz neben der Hygiene zukommt. Denn „Hygiene“ ist einerseits zu verstehen als „Sauberkeit, Reinlichkeit“, andererseits als „Gesamtheit der Maßnahmen in den verschiedensten Bereichen zur Erhaltung und Hebung des Gesundheitsstandes und zur Verhütung und Bekämpfung von Krankheiten“⁹⁰, der Hygienebegriff scheint somit in erster Näherung die fehlende Rückgabefähigkeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes vollständig zu umfassen. Die Reihenfolge der Nennung in der Richtlinie sagt nichts aus, weil sie sich in verschiedenen Sprachfassungen unterscheidet (im Deutschen steht der Gesundheitsschutz an erster Stelle, im Italienischen Hygiene⁹¹). Zahlreiche Sprachfassungen verwenden Formulierungen, die „Hygiene(gründen)“ und „Gesundheits(schutzgründen)“ genau entsprechen, so dass insoweit keine aufschlussreichen Abweichungen festzustellen sind.⁹² Schließlich wirft der Begriff der „versiegelten Ware“

⁸⁴ Krit. daher *Brönneke*, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drs. 17/12637 vom 6.3.2013), S. 2.

⁸⁵ Offen kann hier bleiben, ob dies nur für die Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Richtlinie insgesamt (Art. 3 Abs. 3 RL 2011/83/EU) gilt, oder auch für die Ausnahmen vom Widerrufsrecht (Art. 16 RL 2011/83/EU). Überzeugend für einen abschließenden Charakter von Art. 16 RL 2011/83/EU *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 10 f.

⁸⁶ Es wird gelegentlich die Vermutung geäußert, die Ausnahmen gingen zum Teil auf erfolgreiche Lobby-Arbeit zurück – bspw. von *Brönneke/Fezer*, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 1.

⁸⁷ Zurückgehend auf Art. 16 lit. e RL 2011/83/EU. Der DIHK (Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 1) begrüßt die Neuerung.

⁸⁸ *Schmidt-Räntsch* (Fn. 66), § 312d Rn. 43 f.; *Thüsing*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 312d BGB Rn. 54 ff.

⁸⁹ *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (72).

⁹⁰ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Hygiene> (18.9.2013).

⁹¹ „per motivi igienici o connessi alla protezione della salute“.

⁹² dt. „aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen“, en. „due to health protection or hygiene reasons“, fr. „pour des raisons de protection de la santé ou d’hygiène“, sp. „por razones de protección de la salud o de higiene“, it. „per motivi igienici o connessi alla protezione della salute“, pt. „por motivos de protecção da saúde ou de

Fragen auf. Der Begriff des ver- und entsiegelns ist im Verbraucheracquis nicht neu. Schon die FernabsatzRL 97/7/EG sah eine Ausnahme vom Widerrufsrecht vor bei „Verträgen zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher *entsiegelt* worden sind“⁹³; das geltende Recht enthält diese Fallgruppe in § 312d Abs. 4 Nr. 2 a.F. BGB. Eine dementsprechende Ausnahme über Ton- und Videoaufnahmen sowie Computersoftware enthält auch das neue Recht (§ 312g Abs. 2 Nr. 6 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 16 lit. i RL 2011/83/EU), dort ist die Rede von Verträgen „zur Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer *versiegelten* Packung, wenn die *Versiegelung* nach der Lieferung entfernt wurde“⁹⁴. Interessanterweise weichen die Begriffe der Versiegelung in Art. 16 lit. e und lit. i RL 2011/83/EU zwar nicht im deutschen, aber in manchen anderen Sprachfassungen ganz deutlich voneinander ab.⁹⁵ (Die Formulierungen der verschiedenen Sprachfassungen in Art. 16 lit. i RL 2011/83/EU stimmen mit denen in Art. 6 Abs. 3 Spstr. 4 RL 97/7/EG überein.⁹⁶) Wegen dieser sprachlichen Diskrepanz einerseits, aber auch wegen der Unterschiedlichkeiten der erfassten Sachverhalte wird man die zur „Versiegelung“ in der alten Fernabsatzrichtlinie (Art. 6 Abs. 3 Spstr. 4 RL 97/7/EG, § 312d Abs. 4 Nr. 2 a.F. BGB) entwickelten Grundsätze nicht ganz unbesehen auf die Versiegelung bei der Hygieneausnahme übertragen können. Für Audioaufnahmen, Videos und Software ist nach überzeugender h.M. unter einer Versiegelung eine Vorkehrung zu verstehen, die „über die bloße Verpackung hinaus den ungehinderten Zugang versperrt“ und von der eine gewisse Prüf- und Besinnungsfunktion ausgeht, also

hygiene“, dän. „af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige“, schw. „av hälsoskydds- eller hygienskäl“.

⁹³ Art. 6 Abs. 3 Var. 4 FernabsatzRL 97/7/EG, *Hervorhebung der Verf.*

⁹⁴ *Hervorhebung der Verf.*

⁹⁵ So in dän. „plomberede lyd- eller billedoptagelser eller computer-software, som forbrugeren har brudt plomberingen på“ und schw. „plomberade ljud- eller plomberade bildinspelningar eller datorprogram vars plombering brutits“. Einheitliche Begriffe wie im dt. werden jedoch verwendet im en. „sealed audio or sealed video recordings or sealed computer software which were unsealed“, fr. „enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés“, sp. „grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados“, it. „registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna“, port. „gravações áudio ou vídeo seladas o de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo“.

⁹⁶ RL 2011/83/EU: siehe soeben Fn.95; RL 1997/7/EG: en. „unsealed“, fr. „descellés“, sp. „desprecintados“, it. „registrazioni audio e video, o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore“, pt. „a que o consumidor tenha retirado o selo“, dän. „plomberingen“, schw. „plombering“.

nicht etwa eine bloße Cellophanhülle.⁹⁷ Anders dürften die Dinge bei der „Versiegelung“ hygienesensibler Produkte liegen. Hier dürfte eine Cellophanhülle genügen, denn zum einen sind darüber hinausgehende versperrende Vorrichtungen bei Lebensmitteln, Wäsche und Kosmetika gänzlich unüblich. Zum anderen ist den hygienischen Bedürfnissen bereits dann nicht mehr Genüge getan, wenn eine (einfache) Verpackung wie die Cellophanhülle von Unterwäsche aufgerissen, ein Cremetiegel geöffnet, ein Klebstreifen auf dem Rand einer Bonbondose geöffnet wird. Derartige Versiegelungen niederen Grades sollten den Anforderungen von § 312g Abs. 2 Nr. 3 n.F., nicht aber denen von § 312g Abs. 2 Nr. 6 n.F. BGB genügen.

Ein nächstes Beispiel für eine Neuregelung sind die in § 312g Abs. 2 Nr. 5 n.F. BGB genannten „Verträge zur Lieferung alkoholischer Getränke, deren Preis bei Vertragsschluss vereinbart wurde, die aber frühestens 30 Tage nach Vertragsschluss geliefert werden können und deren aktueller Wert von Schwankungen auf dem Markt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat“. Es handelt sich um eine französische Besonderheit – um Verträge über die Lieferung von Wein, bei denen die Lieferung einige Zeit nach Vertragsschluss erfolgen soll. Dies sind insbesondere Verträge spekulativer Art auf den sog. „vin en primeur“.⁹⁸

Eine weitere Neuregelung betrifft Zeitungen- oder Zeitschriftenabonnementverträge – für sie bestand als Ausnahme von der Ausnahme bislang *nur dann* ein Widerrufsrecht im Fernabsatz, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung *telefonisch* abgegeben hatte (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 Hs. 2 a.F. BGB). *Nun* besteht das Widerrufsrecht *bei allen* Fernabsatz- oder Haustür-Abonnementverträgen über Zeitungen oder Zeitschriften, einschließlich der unter Anwesenden oder schriftlich oder in sonstiger Weise geschlossenen (§ 312g Abs. 2 Nr. 7 n.F. BGB⁹⁹).

cc) Änderungen

Eine wichtige Ausnahme des geltenden deutschen Rechts konnte sich nur in stark reduzierter Form halten: Nach bisherigem Recht (§ 312 Abs. 3 Nr. 1 a.F. BGB) waren Geschäfte vom Haustürwiderruf ausgenommen, wenn die maßgeblichen Verhandlungen „auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind“. Dies gilt in dieser Allgemeinheit nicht mehr. Der Richtliniengesetzgeber ist explizit der Ansicht, dass das für die Einräumung des Widerrufsrechts entscheidende Druck- oder Überraschungsmoment selbst dann gegeben sein kann, wenn es der Verbraucher war, der den Besuch des Unternehmers „herbeigeführt hat“.¹⁰⁰

Eine Ausnahme besteht (für Außergeschäftsraum- und Fernabsatzgeschäfte gleichermaßen) nur für den Sonderfall

⁹⁷ *Schmidt-Räntsch* (Fn. 66), § 312d BGB Rn. 45; *Thüsing* (Fn. 88), § 312d BGB Rn. 60; beide zust. zu OLG Hamm MMR 2010, 684. A.A. *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (72).

⁹⁸ Zurückgehend auf Art. 16 lit. g RL 2011/83/EU mit ErwG. 49.

⁹⁹ Zurückgehend auf Art. 16 lit. j RL 2011/83/EU.

¹⁰⁰ ErwG. 21 S. 2 RL 2011/83/EU.

der Verträge, „bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen“. Dies gilt „nicht hinsichtlich weiterer bei dem Besuch erbrachter Dienstleistungen, die der Verbraucher nicht ausdrücklich verlangt hat, oder hinsichtlich solcher bei dem Besuch gelieferter Waren, die bei der Instandhaltung oder Reparatur nicht unbedingt als Ersatzteile benötigt werden“ (§ 312g Abs. 2 Nr. 11 n.F. BGB).¹⁰¹

Ausgenommen vom Widerrufsrecht sind künftig – ähnlich wie bislang in § 312d Abs. 4 Nr. 1 a.F. BGB die Verträge über „Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden“ – Verträge zur „Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind“ (§ 312g Abs. 2 Nr. 1 n.F. BGB). Unklar ist dabei aber, ob sich die dazu entwickelte BGH-Rechtsprechung in den *build-to-order*-Konstellationen halten kann. Der BGH hatte entschieden, dass die Ausnahme vom Widerrufsrecht dann nicht einschlägig ist, wenn die zu liefernde Ware auf Bestellung des Verbrauchers aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengefügt wird, die mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz oder Funktionsfähigkeit wieder getrennt werden können (hier: Personalcomputer, die im Baukastensystem nach den Wünschen des Kunden ausgestattet und konfiguriert werden).¹⁰² Die Richtlinie und ihre Entstehungsgeschichte sind dazu unergiebig. Die fehlende Berücksichtigung der *build-to-order*-Fälle war im Gesetzgebungsverfahren moniert worden¹⁰³, fand aber keinen Niederschlag in den nachfolgenden Fassungen. Dies mag man kritisieren,¹⁰⁴ aber es erscheint sinnvoll und nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber der gebotenen unionsautonomen Auslegung nicht durch eine – sehr spezifische – eigene Auslegung in der Begründung oder dem Gesetzestext vorgreifen sollte.

Besonders diffizil ist die Lage bei notariell beurkundeten Verträgen. Die Ausgangslage nach der Richtlinie ist, dass notariell beurkundete Verträge von ihrem Anwendungsbe-
reich insgesamt ausgenommen sind. Die Richtlinie umschreibt sie als Verträge, die „nach dem Recht der Mitgliedstaaten vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, der gesetzlich zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist und durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen hat, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt“ (Art. 3 Abs. 3 lit. i RL 2011/83/EU). Getragen ist diese Ausnahme von dem Gedanken, dass angesichts der verbraucherschützenden Wirkung der notariellen Beurkundung in diesen Fällen keine Notwendigkeit für besondere Schutzvorschriften besteht. Die – im Hinblick auf ihre bisherigen Unionsrechtskonformität

problematische¹⁰⁵ – Ausgangslage seitens des BGB ist, dass bislang bei (allen) notariell beurkundeten Haustürverträgen kein Widerrufsrecht besteht (§ 312 Abs. 3 Nr. 3 a.F. BGB). Dies beruht auf dem ähnlichen, aber schmaleren Gedanken, dass bei einer notariellen Beurkundung der Überraschungseffekt wegfällt.¹⁰⁶

Der Umsetzungsgesetzgeber sieht eine vierfach abgestufte Ausnahme von den Außergeschäftsraum- und Fernabsatzvertragsnormen vor: (1) Am umfänglichsten ist die in § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. A n.F. BGB vorgesehene, sie nimmt alle notariell beurkundeten Außergeschäftsraumverträge über Finanzdienstleistungen von den Regeln des 1. und 2. Kapitels mit Ausnahme von § 312a Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 BGB aus¹⁰⁷. (2) Auf der zweiten Stufe steht die Ausnahme (ebenfalls von den Regeln des 1. und 2. Kapitels mit Ausnahme von § 312a Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 BGB) für solche Verträge, die die Parteien ohne Beurkundungspflicht freiwillig beurkunden lassen, sofern der Notar über den Wegfall von Informationspflichten und Widerrufsrecht belehrt (§ 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. B n.F. BGB). (3) Die dritte Ausnahme gilt für die sonstigen (also zwingend) notariell beurkundeten Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen. Sie nimmt diese Verträge vom Widerrufsrecht aus, sofern die Informationspflichten nach § 312d Abs. 2 n.F. BGB i.V.m. Art. 246a n.F. EGBGB gewahrt sind (§ 312g Abs. 2 Nr. 13 Hs. 2 n.F. BGB). (4) Auf der letzten Stufe stehen alle anderen zwingend notariell beurkundeten Verträge, für sie entfällt das Widerrufsrecht ohne weitere Voraussetzungen (§ 312g Abs. 2 Nr. 13 Hs. 1 n.F. BGB). Dieses sehr diffizile System – gerade im Vergleich zu der klaren und weiten Ausnahme in Art. 3 Abs. 3 lit. d RL 2011/83/EU – rechtfertigt der Umsetzungsgesetzgeber mit unterschiedlichen Schutzbedarfen der verschiedenen Vertragstypen.¹⁰⁸ Die Neuregelung ist – nicht ganz unbegründet – auf Kritik gestoßen. So trat insbesondere der DNotV (erfolglos) dafür ein, in Übereinstimmung mit der weiten europäischen Bereichsausnahme sämtliche notariell beurkundeten Verträge in § 312 Abs. 2 n.F. BGB aufzunehmen.¹⁰⁹

dd) Erstreckungen

Zum Teil ergeben sich gravierende inhaltliche Änderungen daraus, dass Ausnahmen, die bislang nur für die Haustür- oder Fernabsatzgeschäfte galten, auf den anderen Geschäftstyp erstreckt werden.

Ein Beispiel sind die Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, die am Wohnsitz eines Verbrauchers von einem Unternehmer im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten

¹⁰¹ Zurückgehend auf Art. 16 lit. h RL 2011/83/EU.

¹⁰² BGH NJW 2003, 1665.

¹⁰³ Brönneke/Fezer (Fn. 86), S. 2.

¹⁰⁴ So etwa Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 71.

¹⁰⁵ Näher Thüsing (Fn. 88), § 312 BGB Rn. 181.

¹⁰⁶ Thüsing (Fn. 88), § 312 BGB Rn. 180.

¹⁰⁷ Diese Ausnahme beruht auf einer doppelten Richtlinienbereichsausnahme – nicht nur auf der für notariell beurkundete Verträge (Art. 3 Abs. 3 lit. i RL 2011/83/EU), sondern auch auf der für Finanzdienstleistungen (Art. 3 Abs. 3 lit. der RL 2011/83/EU).

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/12637, S. 46 und 57.

¹⁰⁹ DNotV, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie 2011/83/EU, S. 6.

geliefert werden. Sie sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen (Art. 3 Abs. 3 lit. j RL 2011/83/EU). Der deutsche Gesetzgeber tut es der Richtlinie gleich (§ 312 Abs. 2 Nr. 8 n.F. BGB), ist doch bereits eine entsprechende Ausnahme für Fernabsatzverträge im geltenden Recht vorgesehen (§ 312b Abs. 3 Nr. 5 a.F. BGB). Nicht berücksichtigt wurde dabei, dass der Abschluss derartiger Verträge in Haustürsituationen eine reale Gefahr darstellt und die Schutzeinbuße sich künftig negativ bemerkbar machen könnten – beispielsweise, wenn es im Direktvertrieb zu Abonnements für „Essen auf Rädern“ kommt.¹¹⁰

Bei den Pauschalreisen konnte eine gravierende Einbuße an Verbraucherschutz durch eine ähnliche Ausnahmenerstreckung gerade noch verhindert werden¹¹¹: Die Richtlinie nimmt Pauschalreisen komplett von ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 3 Abs. 3 lit. g RL 2011/83/EU), weil sie der Ansicht ist, dass die speziellen Verbraucherschutzvorschriften der Pauschalreiserrichtlinie¹¹² genügen.¹¹³ Der deutsche *Regierungsentwurf* tat es ihr nach und entzog den Pauschalreisen (im Sinne von § 651a BGB) den Schutz des Fernabsatz- und Haustürrechts (§ 312 Abs. 2 Nr. 4 BGB-E v. 6.3.2013¹¹⁴). Schließlich hatte schon bislang eine Ausnahme von den Fernabsatzvorschriften für Verträge zur Freizeitgestaltung einschließlich der Pauschalreisen bestanden (§ 312b Abs. 3 Nr. 6 a.F. BGB). Dabei war jedoch übersehen worden, dass für in Haustürsituationen geschlossene Pauschalreiseverträge *spürbarer Schutzbedarf besteht* – beispielsweise wenn auf den sogenannten Kaffeefahrten Pauschalreisen verkauft werden, getarnt als Gewinn eines Preisausschreibens oder einer Verlosung mit einer kleinen Zuzahlung.¹¹⁵ Erst mit der Fassung des Rechtsausschusses war der neue Ausnahmetatbestand (§ 312 Abs. 2 Nr. 4 n.F. BGB) abgemildert worden. Nun sieht er in Übereinstimmung mit der alten Rechtslage vor, dass außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Pauschalreiseverträge nur dann vom Widerrufsrecht ausgenommen sind, wenn die mündlichen Verhandlungen auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind.

(Der Beitrag wird in ZJS 6/2013 fortgesetzt.)

¹¹⁰ So *Gurkmann* (Fn. 26), S. 4.

¹¹¹ Möglicherweise ausgelöst durch die zahlreichen Hinweise in den Stellungnahmen, bspw. von *Brönneke/Fezer* (Fn. 86), S. 2; *Gurkmann* (Fn. 26), S. 3 und *Schmidt-Kessel* (Fn. 5), S. 21.

¹¹² Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen = ABl. EG 1990 Nr. L 158, S. 59.

¹¹³ ErwG. 32 S. 1 und 2 RL 2011/83/EU.

¹¹⁴ BT-Drs. 17/12637, S. 6.

¹¹⁵ So *Gurkmann* (Fn. 26), S. 4.