

## Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht – Teil 2\*

Von Privatdozentin Dr. **Katharina Hilbig-Lugani**, Göttingen\*\*

2. *Ausübungsmodalitäten, Fristen und Folgen des Widerrufs, §§ 355 ff. n.F. BGB*

Die gravierendsten Änderungen gab es bei den Modalitäten und Folgen des Widerrufsrechts.

a) *Ausübung des Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 n.F. BGB*

Während es für die Ausübung des Widerrufsrechts früher genügte, dass der Verbraucher die Sache zurücksandte (§ 355 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB), bedarf es künftig einer Mitteilung, aus der der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf „eindeutig“ hervorgeht (§ 355 Abs. 1 S. 3 n.F. BGB, ebenso Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b RL 2011/83/EU). Die Rücksendung der Ware allein genügt nicht, es bedarf einer – so die Erwägungsgründe – begleitenden „deutlichen Erklärung“.<sup>1</sup>

Diese jedoch muss, anders als bislang, wenn der Weg der Erklärung gewählt wurde (§ 355 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 Alt. 1 a.F. BGB), nicht mehr in Textform erfolgen. Es genügt eine Erklärung unter Verwendung des Muster-Widerrufformulars Anhang I Teil B oder eine „Erklärung in beliebiger anderer Form“.<sup>2</sup> Fraglich ist, ob dem eine mündliche Widerrufserklärung genügen kann. Dagegen spricht, dass das Umsetzungsrecht und die Richtlinie von einer „Absendung“ dieser Mitteilung (RL) bzw. Erklärung (BGB n.F.) sprechen<sup>3</sup>. Andere Sprachfassungen verwenden ebenfalls Begriffe wie „absenden“ und „schicken“.<sup>4</sup> Dies scheint eine verkörperte Mitteilung vorauszusetzen, sodass eine rein mündliche Erklärung – bspw. bei einem Anruf im Kundencenter des Unternehmers – sich nur schwer darunter subsumieren lässt. Auffällig ist, dass sich in zahlreichen Sprachfassungen die in Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b und die in Abs. 2 RL 2011/83/EU verwendeten Begriffe unterscheiden und daher beide zur Begriffsauslegung heran-

gezogen werden sollten.<sup>5</sup> Letztlich dürfte dies am Ausschluss der rein mündlichen Erklärung jedoch nichts ändern.

b) *Widerrufsfrist und Fristbeginn, §§ 355 Abs. 2 n.F., 356 Abs. 2 n.F. BGB*

Die Widerrufsfrist beträgt weiterhin 14 Tage, beginnend mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 n.F. BGB). Neu ist, dass nun der Beginn der Widerrufsfrist für verschiedene Typen von Verträgen geregelt ist. Dies ist dem Vollharmonisierungsprinzip geschuldet, das keine differenzierende Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten mehr zulässt.

So bestimmt die Richtlinie beispielsweise, dass bei Kaufverträgen die Frist mit „dem Tag [beginnt], an dem der Verbraucher oder ein [von ihm] benannter Dritter [...] in den physischen Besitz der Waren gelangt“<sup>6</sup>. Der Umsetzungsgeber hat es vermieden, den Begriff „physischer Besitz“ in das BGB zu übernehmen, stattdessen ist dort nun die Rede davon, dass der Verbraucher „die Ware erhalten hat“ (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b n.F. BGB). Über die Gründe dafür kann man nur spekulieren<sup>7</sup>. Vielleicht sollte nicht der Anschein einer neuen sachenrechtlichen Besitzkategorie „neben“ den Kategorien des unmittelbaren, mittelbaren und sonstigen Besitzes geweckt werden.<sup>8</sup> Grundsätzlich ist diese Umformulierung zulässig, da die Vollharmonisierung den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber schon aus primärrechtlichen Gründen (Art. 288 AEUV) nicht zwingt, wortwörtlich die Richtlinienvorgabe zu übernehmen.<sup>9</sup> Es ist aber nicht völlig ausgeschlossen, dass die deutsche Fassung anders ausgelegt wird als die Richtlinienfassung, beispielsweise wenn die Ware in den Briefkasten geworfen wird – so dass man ähnlich dem Zugang von Willenserklärungen das deutsche „erhalten hat“ am Abend eines Werktages zu bejahen versucht sein könnte – der Adressat aber erst eine Woche später von einer Reise zurückkehrt, so dass er erst dann den „physischen Besitz“ erlangt. Dafür, dass eine faktische, tatsächliche Sachherrschaft erforderlich ist, sprechen zahlreiche andere Sprachversionen, die ebenso wie die deutsche mit dem auffälligen Begriff des

\* Fortsetzung aus ZJS 2013, 441.

\*\* 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.

<sup>1</sup> ErwG. 49 S. 4 Hs. 1 RL 2011/83/EU.

<sup>2</sup> Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b RL 2011/83/EU.

<sup>3</sup> Art. 11 Abs. 2 RL 2011/83/EU: „Die [...] Widerrufsfrist ist gewährt, wenn der Verbraucher die Mitteilung [...] vor Ablauf der Widerrufsfrist absendet“ und § 355 Abs. 1 S. 5 n.F. BGB: „Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs“.

<sup>4</sup> Englisch: „if the communication [...] is sent“, französisch: „s’il adresse la communication“, spanisch: „cuando haya enviado la comunicación“, italienisch: „se la comunicazione [...] è inviata“, portugiesisch: „se a comunicação [...] for enviada“, dänisch: „har sendt meddelelsen“, schwedisch: „skickar sitt meddelande“.

<sup>5</sup> Deutsch: „Erklärung/Mitteilung“, englisch: „statement/communication, declaration/communication“, spanisch: „declaración/comunicación, declaración/comunicación“, portugiesisch: „declaração/comunicação“, dänisch: „erklæring/meddelelsen“. Eine Ausnahme bildet die schwedische Fassung: „meddelande/meddelande“.

<sup>6</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. b RL 2011/83/EU.

<sup>7</sup> Die Gesetzesbegründung paraphrasiert „die Ware erhalten hat“ mit „den physischen Besitz an der Ware erlangt“, BT-Drs. 17/12637, S. 60 f.

<sup>8</sup> Den Teilnehmern meiner Vorlesung Europäisches Verbraucherrecht in Regensburg danke ich für diese Idee.

<sup>9</sup> *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 6.

physischen Besitzes aufwarten.<sup>10</sup> Die Erwägungsgründe sind wenig aufschlussreich.<sup>11</sup>

Für den Fall, dass „der Verbraucher mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt hat, die getrennt geliefert werden“ ist der Tag maßgeblich, an dem der Verbraucher in den physischen Besitz der letzten Ware gelangt (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 9 Abs. 2 lit. b Ziff. ii RL 2011/83/EU). Als problematisch könnte sich in der Zukunft erweisen, wann eine „einheitliche Bestellung“ vorliegt. So ist die Regierungsbegründung der Ansicht, dass, „wenn die Auslegung der Willenserklärungen trotz des einheitlichen Bestellvorgangs zu dem Ergebnis führt, dass kein einheitlicher, sondern zwei oder mehrere getrennte Kaufverträge vorliegen, weil es z.B. an einem erkennbaren Zusammenhang zwischen den verschiedenen Waren fehlt, [...] die Widerrufsfrist für jeden Kaufvertrag getrennt zu ermitteln ist“.<sup>12</sup> Gut möglich, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hier zu streng vorgeht, wenn er einen Zusammenhang – zudem einen rein objektiven – zwischen den bestellten Waren fordert. Viele andere Sprachfassungen enthalten kein so komplexes Adjektiv wie „einheitlich“, sondern verlangen lediglich „eine“, „eine einzige“ oder „dieselbe“ Bestellung.<sup>13</sup> Für eine weite (und verbraucherfreundlichere) Auslegung spricht ferner, dass sich schwer bis unmöglich einheitliche und praktikable Maßstäbe für den „erkennbaren

Zusammenhang zwischen den verschiedenen Waren“ finden lassen. Eine rein objektive Betrachtung des Zusammenhangs scheint den Kern des Problems nicht unbedingt zu treffen, da die subjektiven Zusammenhänge zwischen den Waren von außen keinesfalls erkennbar sein müssen und da objektiv ähnliche Waren in keinem besonderen subjektiven Zusammenhang stehen müssen.<sup>14</sup> Im Fall einer rein objektiven Betrachtung ist völlig unklar, welchen gemeinsamen Bezugspunkt ich für die Gruppenbildung wähle.<sup>15</sup> Viel spricht daher dafür, entgegen der Gesetzesbegründung allein auf den technischen, formalen Aspekt der gemeinsamen Bestellung abzustellen.

#### c) Fristberechnung nach der VO 1182/71

Für die Fristberechnung möchte die Richtlinie laut ihren Erwägungsgründen auf die Verordnung von 1971 über Fristen, Daten und Termine<sup>16</sup> abstellen<sup>17</sup>. Die Umsetzungsgesetzgebung macht dies nicht kenntlich, so dass der BGB-Anwender grundsätzlich für die Fristberechnung auf die §§ 187 ff. BGB abstellen würde. Glücklicherweise ergeben sich zwischen der Verordnung und den BGB-Normen zur Fristberechnung letztlich keine inhaltlichen Abweichungen, so dass es nicht zu richtlinienwidrigen Ergebnissen führt, wenn hier die gebotene unionsautonome Auslegung versäumt wird.

#### d) Keine Fristverlängerung bei nachgelagerter Widerrufsbelehrung, § 356 Abs. 3 S. 1 n.F. BGB

Bislang war es so, dass sich die Widerrufsfrist auf einen Monat verlängerte, wenn der Unternehmer die Belehrung nicht bis

<sup>10</sup> Englisch: „physical possession“, französisch: „prend physiquement possession“, spanisch: „la posesión material“, italienisch: „possessione fisica“, portugiesisch: „posse física“, dänisch: „fysisk besiddelse“, schwedisch: „fysiskt tar varan i sin besittning“.

<sup>11</sup> Sie sprechen von „Besitz [...] oder [...] Kontrolle“ – siehe ErwG. 51 S. 4 und 5 RL 2011/83/EU: „Die in dieser Richtlinie enthaltenen Lieferregeln sollten die Möglichkeit für den Verbraucher enthalten, einem Dritten zu gestatten, in seinem Namen den Besitz an den Waren oder die Kontrolle über die Waren zu erlangen. Es sollte davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher die Kontrolle über die Waren hat, wenn er oder ein von ihm angegebener Dritter Zugang zu den Waren zum Zwecke ihrer Nutzung als Eigentümer oder die Möglichkeit zu ihrer Weiterveräußerung hat (beispielsweise wenn er die Schlüssel erhalten hat oder im Besitz der Eigentumsdokumente ist).“ Wo es bei uns „Besitz“ heißt, heißt es in anderen Sprachfassungen interessanterweise wieder „physischer Besitz“ (englisch: „physical possession“, französisch: „possession physique“, spanisch: „posesión material“ u.s.w.).

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/12637, S. 60 f. In ähnlicher Weise fordern *Föhlich/Dyakova*, MMR 2013, 71 (72), bei „selbstständigen“ Waren einen „deutlichen Zusammenhang“.

<sup>13</sup> Englisch: „multiple goods ordered by the consumer in one order“, französisch: „biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande“, spanisch: „entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido“, portugiesisch: „vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda“, italienisch: „beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine“, dänisch: „flere forskellige varer, som forbrugeren har bestilt i én ordre“, schwedisch: „flera olika varor på samma gång“.

<sup>14</sup> Bestelle ich einen rosa Strampler in Gr. 56 und ein blaues Hemd in Gr. 92, besteht der geforderte Zusammenhang, weil erkennbar und zutreffend ist, dass ich die Kleidung für meine beiden Kinder kaufe? Bestelle ich einen rosa Strampler in Gr. 56 und eine Fahrradsitzabdeckhaube, besteht der geforderte Zusammenhang, weil erkennbar und zutreffend ist, dass ich den Strampler für mein Baby und die Fahrradsitzabdeckhaube für den Fahrradsitz meines Kleinkindes kaufe? Bestelle ich ein blaues Hemd in Gr. 92 und zwei Bananen, fehlt der geforderte Zusammenhang, weil zwar zutreffend, aber nicht hinreichend erkennbar ist, dass ich beides für meinen zweijährigen Sohn kaufe? Wie, wenn ich ein blaues Hemd und eine graue Hose in Gr. 92 bestelle, davon aber das eine für meinen zweijährigen Sohn, das andere für den dreijährigen Nachbarsjungen zum Geburtstag vorgesehen hatte?

<sup>15</sup> Sind gemeinsame Kategorien wie Kleidung, Nahrungsmittel, Haushaltsgegenstände zu bilden? Gegenstände für Frauen oder Männer? Gegenstände für Kinder, Erwachsene, Ältere? Gegenstände, die man im Urlaub, im Alltag, am Wochenende benötigt? Gegenstände für den Frühling, Sommer, Herbst oder Winter? Teure und billige Gegenstände? Gegenstände, die blau, rot, gelb oder grün sind? Gegenstände, die umweltschädigend oder ökologisch wertvoll sind? Gegenstände, die in Deutschland oder andernorts hergestellt wurden?

<sup>16</sup> Verordnung Nr. 1182/71 v. 3.6.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine.

<sup>17</sup> ErwG. 41 S. 1 RL 2011/83/EU.

Vertragsschluss, sondern erst später erteilt (§ 355 Abs. 2 S. 3 a.F. BGB). Dieser Begünstigung des Verbrauchers schiebt die Verbraucherrechterichtlinie nun einen Riegel vor: Unabhängig vom Zeitpunkt der Belehrung beträgt die Widerrufsfrist stets zwei Wochen (§ 356 Abs. 3 S. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 10 Abs. 2 RL 2011/83/EU).<sup>18</sup>

*e) Höchstdauer der Widerrufsfrist, § 356 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB*

Eine ganz einschneidende Änderung findet sich bei der Höchstdauer der Widerrufsfrist. Nun ist festgelegt, dass das Widerrufsrecht sogar bei fehlerhafter oder nicht erfolgter Belehrung spätestens zwölf Monate und vierzehn Tage nach dem Tag, an dem die Widerrufsfrist eigentlich hätte beginnen sollen, endet (§ 356 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB)<sup>19</sup>. Damit verkürzt sich die Höchstdauer drastisch.<sup>20</sup> Denn bislang gab es das sogenannte ewige Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 4 S. 3 a.F. BGB): Mangels ordnungsgemäßer Belehrung erlosch ein solches Widerrufsrecht niemals. Dieses „alte deutsche“ ewige Widerrufsrecht ging zurück auf die Heininger-Entscheidung des EuGH von 2001. In ihr hatte der EuGH die damalige Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten, das Widerrufsrecht für ein Haustürgeschäft auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen. Der genaue Zeitpunkt, wann eine Widerrufsfrist bei ordnungsgemäßer Belehrung zu laufen begonnen hätte (so wie er jetzt in §§ 356 Abs. 3 S. 2 n.F., 356 Abs. 2 n.F., 355 Abs. 2 S. 2 n.F. geregelt ist), war in der Heininger-Entscheidung noch nicht relevant.<sup>21</sup>

Die Erwägungsgründe der Richtlinie begründen diese Begrenzung auf ein gutes Jahr in knapper Weise mit der dadurch gewährleisteten Rechtssicherheit.<sup>22</sup> In Heininger hatte der EuGH – wider die Position der deutschen, der italienischen und der österreichischen Regierung<sup>23</sup> – ausgeführt, die Rechtssicherheit für den Unternehmer müsse hier zurücktreten, weil er seinem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch hätte Rechnung tragen können,

<sup>18</sup> Krit. *Gurkmann*, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, S. 2.

<sup>19</sup> Eine Ausnahme gilt für Fernabsatz- und „Haustür“-Verträge über Finanzdienstleistungen, § 356 Abs. 2 S. 3 n.F. BGB.

<sup>20</sup> Krit. *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. 4.; Zust. 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.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281.

<sup>22</sup> ErwG. 43 S. 2 RL 2011/83/EU.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281 Rn. 43.

dass er ordnungsgemäß belehrt.<sup>24</sup> Diese durchaus überzeugende Argumentation findet heute leider keine Erwähnung mehr. Hinzu kommt, dass ein ewiges oder zumindest sehr langes Widerrufsrecht wichtige präventive Wirkungen bei der Disziplinierung der Unternehmer zur ordnungsgemäßen Belehrung leisten konnte.<sup>25</sup>

*f) Widerrufsfolgen, §§ 355, 357 f. n.F. BGB*

*aa) Keine Anbindung an das Rücktrittsfolgenrecht mehr*

Die RL 2011/83/EU regelt nun die Folgen der Ausübung des Widerrufsrechts vollständig selbst. Anstatt des bisherigen modifizierenden Verweises von § 357 a.F. BGB auf das Rücktrittsfolgenrecht (§§ 346 ff. BGB) gibt es nun keine Anbindung an das Rücktrittsfolgenrecht mehr, sondern eine ganz eigenständige Regelung.<sup>26</sup> Dies dürfte die Rechtsanwendung vereinfachen, da das komplizierte Zusammenspiel der beiden Bereiche Widerrufsrecht (§ 357 a.F. BGB) und Rücktrittsfolgenrecht (§§ 346 ff. BGB) entfällt.<sup>27</sup>

*bb) Erbrachte Leistungen müssen nicht mehr sofort zurückgewährt werden, §§ 355 Abs. 3 S. 1 n.F., 357 Abs. 1 n.F. BGB*

Nach neuem Recht müssen Verbraucher und Unternehmer die empfangenen Leistungen „unverzüglich“, spätestens jedoch binnen vierzehn Tagen zurückgewähren (§§ 355 Abs. 3 S. 1 n.F., 357 Abs. 1 n.F. BGB, basierend auf Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 RL 2011/83/EU). Dies bedeutet eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus, denn bislang waren diese Rückgewährpflichten mangels besonderer Vorgaben sofort

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281 Rn. 47: „Zu dem Vorbringen, dass eine Befristung des Widerrufsrechts aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich sei, ist schließlich zu bemerken, dass solche Gründe zurücktreten müssen, soweit sie eine Einschränkung der Rechte implizieren, die dem Verbraucher mit der Haustürgeschäfterrichtlinie ausdrücklich verliehen worden sind, um ihn vor den Gefahren zu schützen, die sich daraus ergeben, dass Kreditinstitute bewusst Realkreditverträge außerhalb ihrer Geschäftsräume abschließen. Wenn die Kreditinstitute nämlich so verfahren, um ihre Dienste zu vermarkten, so können sie sowohl den Verbraucherinteressen als auch ihrem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen, dass sie ihrer Obliegenheit zur Belehrung des Verbrauchers nachkommen.“

<sup>25</sup> So auch *Brönneke* (Fn. 20), S. 5.

<sup>26</sup> Wie das bisherige BGB handhabt es auch der Draft Common Frame of Reference (DCFR): Art. II.-5:105 Abs. 2 DCFR verweist für die Widerrufsfolgen grundsätzlich auf das Rücktrittsfolgenrecht (Art. III.-3:509 ff. DCFR).

<sup>27</sup> Dies begrüßend *Artz*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drs. 17/12637), S. 3 f.; Gemischt *Schmidt-Kessel* (Fn. 9), S. 22 („innere Isolation“) und S. 24 („uneingeschränkt zu begrüßen“).

(§§ 357 Abs. 1 S. 1 a.F., 346 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB) zu erfüllen.<sup>28</sup>

Der Begriff „unverzüglich“ ist a priori nicht nach den für die Irrtumsanfechtung geltenden Maßstäben des § 121 BGB, sondern unionsautonom auszulegen. Interessanterweise legen es aber viele andere Sprachfassungen gleichwohl nahe, dem Begriff in erster Näherung die Umschreibung „ohne schuldhaftes Zögern“ beizumessen.<sup>29</sup> Und es kann, ähnlich wie in der von § 121 BGB erfassten Situation angezeigt sein, einen gewissen Zeitraum für die Einholung von Rechtsrat einzukalkulieren, bspw. für Rechtsrat über die Wirksamkeit des getätigten Widerrufs oder das Bestehen einer Wertersatzpflicht.

Für den Beginn der 14-tägigen Frist stellt die Richtlinie für den Unternehmer auf den Tag ab, „an dem er [...] über den [Widerrufs-]Entschluss des Verbrauchers *informiert wird*“ (Art. 13 Abs. 1 RL 2011/83/EU) und für den Verbraucher auf den Tag, an dem er „dem Unternehmer [...] seinen [Widerrufs-]Entschluss *mitgeteilt hat*“ (Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2011/83/EU).<sup>30</sup> Etwas irritierend ist hier in Anbetracht der Vollharmonisierung die deutsche Umsetzung. In der Umsetzungsgesetzgebung heißt es, die Höchstfrist beginne „für den Unternehmer mit dem *Zugang* und für den Verbraucher mit der *Abgabe* der Widerrufserklärung“ (§ 355 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB).<sup>31</sup> Nun ist es sicherlich eine sehr sinnvolle Entscheidung, den Begriff „informiert werden“ mit „Zugang des Widerrufs“ und den Begriff „mitteilen“ mit „Abgabe des Widerrufs“ gleichzusetzen. Aber es ist sicherlich nicht die einzig mögliche und der deutsche Rechtsanwender wird mit den Begriffen „Abgabe“ und „Zugang“, mit der er ein festes Repertoire von Details verbindet, beinahe irreführt. Mit Sicherheit wird sich nicht die komplette zu den deutschen Begriffen „Abgabe“ und „Zugang“ entwickelte Dogmatik auf „mitteilen“ und „informiert werden“ übertragen lassen. Vorzugswürdig wäre gewesen, die im deutschen Recht noch nicht so deutlich besetzten Begriffe „mitteilen“ und „informiert werden“ aus der Richtlinie beizubehalten, um den Weg offen zu halten für eine ungehinderte autonome Auslegung.

Für die Rückzahlung muss der Unternehmer vorbehaltlich anderweitiger Abreden der Parteien dasselbe Zahlungsmittel verwenden, das der Verbraucher bei der Zahlung verwendet hat (§ 357 Abs. 3 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2011/83/EU).

<sup>28</sup> Art. II.-5:105 Abs. 3 DCFR enthält in Konkretisierung zu Art. III.-3:510 Abs. 2 DCFR die Pflicht zur Rückzahlung einer Geldleistung binnen dreißig Tagen.

<sup>29</sup> Englisch: „without undue delay“, französisch: „sans retard excessif“, spanisch: „sin demoras indebidas“, portugiesisch: „sem demora injustificada“, italienisch: „senza indebito ritardo“, schwedisch: „utan onödigt dröjsmål“, dänisch: „uden unødig forsinkelse“.

<sup>30</sup> *Hervorhebung durch die Verf.*

<sup>31</sup> *Hervorhebung durch die Verf.* Ähnlich derzeit die Formulierung für den Verzugsbeginn in § 357 Abs. 1 S. 3 a.F. BGB.

*cc) Erstattung von Lieferkosten, § 357 Abs. 2 n.F. BGB*

Sodann ist vorgesehen, dass der Unternehmer auch etwaige Zahlungen des Verbrauchers für die Lieferung zurückgewähren muss (§ 357 Abs. 2 S. 1 n.F. BGB). Die dazugehörige Richtlinienvorgabe<sup>32</sup> beruht ihrerseits auf der Heine-Rechtsprechung des EuGH von 2010 zur alten Fernabsatzrichtlinie. Seit dieser Entscheidung muss der Unternehmer dem Verbraucher die Hinsendekosten zurückzahlen.<sup>33</sup> Selbst wenn man Heine in der Sache ablehnt<sup>34</sup>, ist erfreulich, dass der aus dem geltenden deutschen Recht nur mit größter Mühe abzuleitende Gehalt von Heine nun ausdrücklich niedergelegt ist.

Das Gesetz sieht eine nachvollziehbare Ausnahme vor: Die Lieferkosten sind insoweit nicht zu erstatten, als sich der Verbraucher für eine andere Art der Lieferung als die vom Unternehmer angebotene günstigste Standardlieferung, wie beispielsweise eine Overnight-Express-Lieferung oder dergleichen, entschieden hat (§ 357 Abs. 2 S. 2 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 2 RL 2011/83/EU).<sup>35</sup>

*dd) Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers, § 357 Abs. 4 S. 1 n.F. BGB*

Der Unternehmer kann die Rückzahlung verweigern, bis er die Waren zurückerhalten hat oder der Verbraucher den Nachweis erbracht hat, dass er die Waren abgesandt hat (§ 357 Abs. 4 S. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 3 RL 2011/83/EU). Das bedeutet eine Senkung des Verbraucherschutzniveaus – bislang waren die Rückgewährpflichten Zug um Zug zu erfüllen (§§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB). Jetzt muss der Verbraucher vorleisten.<sup>36</sup> Irgendwelche Garantien für die Durchsetzbarkeit seines eigenen Zahlungsanspruchs erhält er nicht.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2011/83/EU.

<sup>33</sup> EuGH, Ur. v. 15.4.2010 – C-511/08 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH gegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.); nachfolgend BGH, Ur. v. 7.7.2010 – VIII ZR 268/07 = NJW 2010, 2651.

<sup>34</sup> Bspw. *Hilbig-Lugani*, MMR 2009, 300

<sup>35</sup> Hier irritiert jedoch wieder ein Detail der Umsetzung: In der Richtlinie heißt es, der Verbraucher müsse sich „ausdrücklich für eine andere Art der Lieferung“ entschieden haben, in der deutschen Umsetzung fehlt das Wort „ausdrücklich“. Zwar sind nur mit Mühe Fälle denkbar, in denen der Verbraucher konkludent eine besondere Art der Lieferung wählt. Aber dennoch hebt der deutsche Gesetzgeber dadurch unzulässigerweise das in der Richtlinie etablierte Verbraucherschutzniveau an.

<sup>36</sup> Zu recht krit. *Gurkmann* (Fn. 18), S. 2 („elementare Grundregel“).

<sup>37</sup> Zu recht krit. *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. 3 und *Brönneke* (Fn. 20), S. 4.

ee) *Gefahr und Kosten der Rücksendung*, § 355 Abs. 3 S. 3 n.F. BGB

Hinsichtlich der Gefahr der Rücksendung bleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Insoweit enthält die Richtlinie keine Vorgaben und die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber sind frei, die Gefahrtragung zu regeln.<sup>38</sup> Der Gehalt des bisherigen § 357 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 a.F. BGB, wonach beim Widerruf der Unternehmer die Gefahr der Rücksendung trägt, findet sich nun in § 355 Abs. 3 S. 3 n.F. BGB.

Die bisherige Regelung (§ 357 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 a.F. BGB), nach der grundsätzlich der Unternehmer die Kosten der Rücksendung trägt, konnte sich so nicht halten. Der Unternehmer kann die Rücksendekosten dem Verbraucher auferlegen, wenn er nur diesbezüglich seinen Informationspflichten genügt hat (§ 357 Abs. 6 S. 1, 2 n.F. BGB, basierend auf Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2011/83/EU).<sup>39</sup> Diese Auferlegungsmöglichkeit bedeutet eine Senkung des bisherigen Verbraucherschutzniveaus, denn bislang konnten die Rücksendekosten grundsätzlich nur bei Waren bis zu einem Preis von € 40 auferlegt werden (§ 357 Abs. 2 S. 3 a.F. BGB).

ff) *Wertersatzpflicht*, § 357 Abs. 7 n.F. BGB

Zur Wertersatzpflicht des Verbrauchers für einen Wertverlust der Ware sieht die Neuregelung (§ 357 Abs. 7 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 14 Abs. 2 RL 2011/83/EU) recht ähnlich zum geltenden – zuletzt 2011 in Reaktion auf die Entscheidung Messner/Krüger<sup>40</sup> geänderten<sup>41</sup> Recht – vor, dass der Verbraucher für den Wertverlust nur dann Wertersatz zu leisten hat, wenn „der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war“ und er ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht informiert wurde.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> BT-Drs. 17/12637, S. 60.

<sup>39</sup> Eine Ausnahme gilt gem. § 357 Abs. 6 S. 3 n.F. BGB (basierend auf Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2011/83/EU) für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, bei denen die Waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Wohnung des Verbrauchers geliefert worden sind. In diesem Fall ist der Unternehmer verpflichtet, die Waren auf eigene Kosten abzuholen, wenn die Waren so beschaffen sind, dass sie nicht per Post zurückgesandt werden können. Die Umsetzungsgesetzgebung verschiebt die von der Richtlinie vorgegebene Beweislastverteilung. Während nach der Richtlinie der Verbraucher beweisen muss, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß informiert hat, ist die deutsche Fassung so formuliert, dass dies vom Unternehmer zu beweisen ist. Auch eine Abweichung hinsichtlich der Beweislastverteilung stellt einen Richtlinienverstoß dar.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744.

<sup>41</sup> BGBl. I 2011, S. 1600, dazu *Bartholomä*, NJW 2012, 1761.

<sup>42</sup> Art. II.-5:105 Abs. 5 DCFR sieht vor, dass die widerrufende Vertragspartei grundsätzlich für den „normalen“ Gebrauch des Gegenstands Ersatz zu leisten hat, es sei denn, sie ist über ihr Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden.

Eine Änderung gegenüber der bisherigen Situation könnte sich jedoch aus dem begleitenden Erwägungsgrund ergeben. Dieser sieht vor, dass der Verbraucher mit den Waren „nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen [darf], wie er das in einem Geschäft tun dürfte“<sup>43</sup>. Das klingt restriktiver, als diese Norm bislang von deutschen Gerichten gehandhabt wurde. Es wird zwar auch für den bisherigen § 357 BGB darauf abgestellt, welche Erkenntnismöglichkeiten in einem durchschnittlichen Ladengeschäft zur Verfügung stünden, aber entscheidend für den Umfang des erlaubten Sachumgangs ist, ob die typischerweise zur Warenpräsentation ausgestellten Musterstücke (Matratzen zum Probeliegen, Cremes zum Testen) den Umfang prägen oder nicht.<sup>44</sup>

gg) *Keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher*, § 361 Abs. 1 n.F. BGB

Schließlich ist festgelegt, dass über „die Vorschriften dieses Untertitels hinaus [...] keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs“ bestehen (§ 361 Abs. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 14 Abs. 5 RL 2011/83/EU). Dies dient der Klarstellung, ergibt es sich doch eigentlich schon aus dem a priori abschließenden Charakter der Richtlinienregelung. Die Klarstellung ist indes sehr zu begrüßen, da sie der Vermeidung von Konflikten mit dem Unionsrecht dient. Man denke etwa an die Entscheidung Messner/Krüger, in der der EuGH entschied, dass der sich aus dem deutschen Recht ergebende Nutzungsersatzanspruch<sup>45</sup> des Unternehmers für die Nutzung des verkauften Gegenstands durch den Verbraucher in der Zeit vor Ausübung des Widerrufsrechts gemeinschaftsrechtswidrig war.<sup>46</sup> Möglich ist seitdem allein ein Wertersatzanspruch für die durch die Benutzung der Ware eingetretene Verschlechterung.<sup>47</sup>

Nicht erfasst vom Anspruchsausschluss (§ 361 Abs. 1 n.F. BGB) ist (zurückgehend auf Art. 3 Abs. 5 und ErwG. 48 S. 2 RL 2011/83/EU) der Schadensersatzanspruch gegen den Verbraucher, wenn er seine Pflicht zur Rücksendung der Ware verletzt.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> ErwG. 47 S. 3 RL 2011/83/EU.

<sup>44</sup> Siehe *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 357 Rn. 47.

<sup>45</sup> §§ 357 Abs. 1 S. 1 a.F., 346 Abs. 1 BGB.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744 (Leitsatz 1).

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744 (Leitsatz 2); BT-Drs. 17/12637, S. 64.

<sup>48</sup> Siehe insbes. ErwG. 48 S. 2 RL 2011/83/EU: „Erfüllt der Unternehmer oder der Verbraucher die Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Ausübung des Widerrufsrechts nicht, so sollten Sanktionen, die gemäß dieser Richtlinie in innerstaatlichen Vorschriften festgelegt sind, sowie vertragsrechtliche Bestimmungen zur Anwendung gelangen.“ Vorsichtig in diese Richtung *Schmidt-Kessel* (Fn. 9), S. 24.

## V. Zusammenfassendes Fazit

### 1. Stil und Methodik und Umsetzung

Der Stil der Richtlinie wird die Rechtsanwendung nicht unbedingt einfacher machen. Die Richtlinienvorgaben sind kasuistisch, detailreich und unübersichtlich. Die Umsetzungsgesetzgebung kann sich dieser Eigenschaften, obwohl sie es nach Kräften versucht, nur teilweise entledigen. Günstig wirkt dabei, dass der Umsetzungsgesetzgeber versucht, redundante Regelungen zusammenzulegen und nach Möglichkeit allgemeine Regeln vor besondere zu ziehen.

Auch die Vollharmonisierung wird uns zahlreiche Schwierigkeiten bescheren. Dank des Vollharmonisierungsprinzips ist der unionsrechtliche Hintergrund bei der Anwendung der Umsetzungsnormen künftig nicht mehr nur nützlich oder interessant, sondern schlichtweg essentiell. Insbesondere rein sprachliche Abweichungen der Umsetzungsgesetzgebung von der Richtlinienvorgabe könnten sich anderenfalls „verselbständigen“ und zu irrigen Auslegungen veranlassen.

Welches Fazit ist speziell für die Umsetzungsgesetzgebung zu ziehen, insbesondere für ihre Unionsrechtskonformität und die Nutzung von Gestaltungsspielräumen? Dass der Umsetzungsgesetzgeber die Verbraucherschützenden Regelungen weiterhin im BGB behält, ist sicherlich vertretbar.<sup>49</sup> Die Reduktion der Anbindung an andere Teile und Begrifflichkeiten des BGB, ja die „Isolation“ des Umsetzungsrechts im BGB könnten einen künftigen Übergang zu einem Sondergesetz oder einer Kodifikation erleichtern.<sup>50</sup> An einigen Stellen hat der deutsche Gesetzgeber sich für eine überschießende Umsetzung entschieden, die künftige bei überraschenden EuGH-Entscheidungen zu Problemen (Stichwort: gesplante Auslegung) führen können. Angesichts der Überlagerung mit materiellen Wertungen ist zum Teil nicht einmal unproblematisch, ob überschießende Umsetzungen zulässig sind. An manchen Stellen sind Streitigkeiten wegen der Richtlinien-treue der deutschen Umsetzung zu erwarten. Der Umsetzungsgesetzgeber hat leider oft an solchen Stellen die Formulierung geändert, wo dies nicht zwingend geboten gewesen wäre.<sup>51</sup> Allzu häufig scheint der Umsetzungsgesetzgeber dies schlicht deswegen zu tun, um an bisherigen BGB-Formulierungen festzuhalten und so die Neuheiten für den Rechtsanwender möglichst zu reduzieren. An verschiedenen Stellen sind Probleme zu erwarten, weil der deutsche Gesetzgeber mit einer aus dem BGB bekannten Begrifflichkeit aufwartet,

die – nicht jedem Rechtsanwender bekannt – in diesem spezifischen Kontext unionsautonom auszulegen sein wird.

### 2. Struktur

Strukturell hat das Haustür- und Fernabsatzwiderrufsrecht eher gewonnen als verloren. Die nun im BGB stärker „isolierten“ Blöcke der §§ 312 ff., 355 ff. BGB sind kompakter und abschließender organisiert und die regelungsbedürftigen Fragen leichter zu finden.<sup>52</sup> Die AT-BT-Struktur der §§ 355 ff. BGB macht die Handhabung einfacher.

### 3. Inhalt

Auch in Bezug auf den Inhalt der Neuerungen fällt das Urteil in Summe nicht unbedingt pessimistisch aus.

Dabei hat jedoch die hiesige, auf das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen konzentrierte Betrachtung den Blick von einigen inhaltlichen Schwachpunkten weggelenkt – von Schwachpunkten der Richtlinie (insbesondere den sehr intensiven Informationspflichten<sup>53</sup> und den unübersichtlichen Anwendungsbereichen und Regelungsebenen) und von Schwachpunkten der Umsetzung (insbesondere den verfehlten Eingriff in das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB und die verpasste Chance zur Umsetzung der Weber/Wittmer-Rechtsprechung<sup>54</sup>).

Angenehm an der Neuregelung im Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist für den Rechtsanwender unabhängig von der eigenen inhaltlichen Position, dass einige EuGH-Entscheidungen kodifiziert werden – insbesondere Heine<sup>55</sup> und Messner<sup>56</sup> – oder man sich eben klar gegen sie entschieden hat – wie in den Fällen Heining<sup>57</sup> und Gruber<sup>58</sup>. Ferner ist angenehm, dass gewisse Streitfragen und Unklarheiten einer Lösung zugeführt werden, wie beispielsweise der nach der Verbrauchereigenschaft bei gemischtem Vertragszweck.<sup>59</sup>

Wie fällt das Urteil in Bezug auf das Verbraucherschutz-niveau aus? Das Verbraucherschutzniveau wird an einigen Stellen gesenkt (Widerrufsfristen, Rücksendekosten, Zurück-

<sup>49</sup> Zust. Brönneke/Fezer (Fn. 37), S. 1; a.A. (für ein Verbrauchergesetzbuch) DAV, Stellungnahme Nr. 78/2012, S. 3 und Kaufhold, Zusammenfassung der Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, 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. 3 f.

<sup>50</sup> Siehe Schmidt-Kessel (Fn. 9), S. 22.

<sup>51</sup> Für eine Reduktion auf die zwingend gebotenen Abweichungen zutreffend Schmidt-Kessel (Fn. 9), S. 14 f.

<sup>52</sup> Positiv bspw. auch Brönneke/Fezer (Fn. 37), S. 1.

<sup>53</sup> Krit. bspw. DIHK (Fn. 20), S. 1.

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 (Weber/Wittmer) und C-87/09 (Putz/Medianess) = Slg I 2011, S. 5257 = NJW 2011, 2269 = JZ 2011, 1000; siehe nachfolgend BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 und BGH, Urt. v. 17.10.2012 - VIII ZR 2226/11; siehe anders noch § 474a BGB-E i.d.F. des Referentenentwurfs vom 19.9.2012.

<sup>55</sup> Siehe Fn. 33.

<sup>56</sup> Siehe Fn. 40 und Fn. 46.

<sup>57</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>58</sup> EuGH, Slg. I 2005, S. 439 (Gruber; wobei Gruber, da das EuZVR betreffend, nie direkt einschlägig war sondern nur als allenfalls parallele Wertung herangezogen wurde).

<sup>59</sup> Viele andere bleiben leider unbeantwortet, beispielsweise die Fragen zum Verbraucher-/Unternehmerbegriff, nach der Verortung des Existenzgründers, den branchenfremden Nebengeschäften oder der Erforderlichkeit einer Gewinnerzielungsabsicht.

behaltungsrecht), an einigen beibehalten, an anderen Stellen gehoben und an wiederum anderen Stellen wird schlicht das jüngst vom EuGH stark angehobene Verbraucherschutzniveau kodifiziert (wie bei den Hinsendekosten im Zuge der Heine-Rechtsprechung). Dabei fällt auf, dass eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus nicht immer schlecht sein muss und eine Anhebung sicher nicht immer gut ist (Gerade weil die Hebung des Verbraucherschutzniveaus zu Kosten führt, die vom Unternehmer auf den Verbraucher umgelegt werden. So müssen letztlich diejenigen Verbraucher, die ihre Rechte nicht maximal ausnutzen für die anderen mitbezahlen.). Entscheidend ist letztlich die Balance von Verbraucher- und Unternehmerinteressen. Auch wenn einige Neuerungen gewöhnungsbedürftig sind und gerade manche Ausnahmen zu neuen missbräuchlichen Praktiken einladen mögen und wenn andere Neuerungen noch einer genauen Auslotung durch Literatur und Rechtsprechung bedürfen, ist inhaltlich die bisherige Balance von Verbraucher- und Unternehmerinteressen weitgehend beibehalten worden.