

## Aufsatz ZR

Lukas Beck

# Die Reform des Verbraucherschutzrechts

– Ein erster Überblick –

DOI 10.1515/jura-2014-0078

*Das Verbraucherschutzrecht ist eine der Rechtsmaterien, in denen das deutsche Recht bedeutende Richtungsweisungen dem europäischen Normgeber verdankt. Europäische Richtlinien werden genutzt, um einen einheitlichen und hohen Schutzstandard im Verbraucherschutzrecht zu gewährleisten. Den nationalen Gesetzgebern wird dabei nur wenig Umsetzungsspielraum gelassen. Die Vorschriften des BGB erfahren in diesem Jahr erneut einen Wandel durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung. Die so entstehenden Neuregelungen müssen darauf hin betrachtet werden, wie sie sich in den Kontext des übrigen Zivilrechts einfügen.*

## I. Hintergrund

### 1. Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung ist verabschiedet<sup>1</sup>. Es tritt nach seinem Art. 15 am 13. Juni 2014 in Kraft. Das Artikelgesetz dient der Umsetzung der neuen Verbraucherrechterichtlinie<sup>2</sup>. Die Umsetzung bringt vor allem Änderungen im BGB mit

<sup>1</sup> BGBl. I 2013, S. 3642.

<sup>2</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 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.

**Lukas Beck:** Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Christoph Teichmann) sowie Lehrbeauftragter für Effiziente Prüfungsvorbereitung an der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg.

sich (Art. 1 G)<sup>3</sup>. Verbunden sind damit zwingend Änderungen des EGBGB (Art. 2 G). Außerdem werden das Fernunterrichtsschutzgesetz (Art. 3 G), das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Art. 4 G), das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 5 G), das Kapitalanlagegesetzbuch (Art. 6 G), die Preisangabenverordnung (Art. 7 G), die ZPO (Art. 8 G), das Versicherungsvertragsgesetz (Art. 9 G), die Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (Art. 10 G), das Wertpapierprospektgesetz (Art. 11 G), das Vermögensanlagegesetz (Art. 12 G), das Unterlassungsklagengesetz (Art. 13) und das Elektro- und Elektronikgerätegesetz (Art. 14 G) geändert.

## 2. Die Verbraucherrechterichtlinie

### a) Anlass und Anliegen

Anlass für die Schaffung der neuen Richtlinie war nach deren 2. Erwägungsgrund das Ergebnis einer Überprüfung der RL 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und der RL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Die Richtlinien wurden im Lichte der gesammelten Erfahrungen im Hinblick darauf überprüft, ob die geltenden Rechtsvorschriften durch Beseitigung von Unstimmigkeiten und Regelungslücken vereinfacht und aktualisiert werden können. Damit soll auf europäischer Ebene der Schutz der Verbraucher nicht alleine der Rechtsfortbildung durch die Gerichte überlassen werden. Stattdessen wollte der europäische Normgeber die eigene Arbeit reflektieren und handeln, falls Bedarf bestünde. Diese Überprüfung hat nach dem 2. Erwägungsgrund ergeben, dass es sinnvoll ist, die beiden Richtlinien durch eine einzige Richtlinie zu ersetzen.

<sup>3</sup> S. auch Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 1.

## b) Regelungstechnik

Nach dem 2. Erwägungsgrund sollten deshalb in dieser neuen Richtlinie allgemeine Vorschriften für die gemeinsamen Aspekte von Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge festgelegt werden. Der Richtliniengeber legt damit einen wichtigen Grundstein für eine geschlossene, weil einheitliche, Auslegung der in den allgemeinen Vorschriften des BGB verfassten Gedanken. Natürlich muss die Auslegung aber nach wie vor jeweils unter Beachtung der Besonderheiten des jeweiligen Komplexes (Fernabsatz einerseits, Haustürgeschäfte andererseits) erfolgen. Insgesamt ist eine allgemeine Abfassung grundlegender Gedanken auf jeden Fall zu begrüßen, da auch spätere Rechtsakte so auf eine Regelung im »allgemeinen Teil« Bezug nehmen können und zugleich ein Beitrag zur Systembildung im europäischen Privatrecht geleistet werden kann. Nicht einbezogen wurde allerdings die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>4</sup>. Zwar bringt die Verbraucherrechtrichtlinie hier Änderungen mit (Art. 33 RL), diese betreffen aber nur Berichtspflichten. Eine vollständige Integration der Inhalte und Rechtsgedanken dieses zentralen Verbraucherschutzrechtsaktes wurde versäumt.

Die neue Richtlinie gibt dabei ausdrücklich den Ansatz einer Mindestharmonisierung auf, der den alten Richtlinien zugrunde gelegen hat (2. Erwägungsgrund). Das legt es nahe, in logischer Konsequenz anzunehmen, dass die Richtlinie die Vollharmonisierung zum Ziel hat<sup>5</sup>. Dennoch soll den Mitgliedstaaten gestattet werden, innerstaatliche Rechtsvorschriften in Bezug auf bestimmte Aspekte beizubehalten oder einzuführen (2. Erwägungsgrund). Art. 4 RL verfasst diesen Gedanken mit Wirkungskraft: Sofern die 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 Verbraucherschutz-niveaus. Diese Bestimmung liest sich harscher als die Absichtserklärung in den Erwägungsgründen. Es kommt zu einer Vollharmonisierung unter Vorbehalt. Damit wird, soweit keine Ausnahmen zugelassen werden, unionsweit ein ein-

heitliches Verbraucherschutz-niveau etabliert. Das Verbot der Mitgliedstaaten, anderweitige Rechtsregeln zu erlassen, bleibt dabei auf den Gegenstand der Richtlinie beschränkt: Die Gewährleistung des Verbraucherschutz-niveaus. Das muss keine Beschränkung auf die Regelungskomplexe sein, die explizit von der Richtlinie erfasst sind. Vielmehr beinhaltet das Verbot in seinem letzten Teilsatz auch die Vorgabe, keine anderweitigen Regelungen zu erlassen, die ein anderes Verbraucherschutz-niveau gewährleisten könnten. Den Mitgliedstaaten wird es damit weitgehend genommen, für Verbraucher Regelungen zu erlassen, die in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, wie er sich aus den Erwägungsgründen ergibt. Damit kommt Art. 4 RL herausragende Bedeutung zu. Es wird also nicht nur untersagt, abweichende Regelungen zu treffen, sondern auch solche Regelungen aufzustellen oder zu erhalten, die das Regelungsziel der Richtlinie beeinträchtigen könnten. Das kann indes nur solche Regelungen betreffen, in denen eine Person in ihrer spezifischen Verbraucherrolle angesprochen wird. In allen anderen Fällen ist der Geltungsbereich der Richtlinie nicht berührt.

Konsequent muss das Verbot auch für gesetzliche Umgehungsstrategien gelten. Beschränkt bleibt das Handlungsverbot für die Mitgliedstaaten aber auf die Bereiche, in denen die EU überhaupt die Kompetenz zur Vollharmonisierung hat<sup>6</sup>.

Unbenommen muss den Mitgliedstaaten in der Konsequenz aber die Möglichkeit bleiben, Normen, die zwar auch dem Verbraucherschutz dienen, darüber hinaus aber noch andere Sachverhalte erfassen, unterschiedlich auszulegen. Denn diese dienen nur zum Teil der Umsetzung der Richtlinie bzw. der Gewährleistung des einheitlichen Verbraucherschutz-niveaus. In allen anderen Fällen können sie von der Richtlinie abweichen<sup>7</sup>. Die Richtlinie erteilt also keine Absage an eine gespaltene Auslegung. Das markanteste Beispiel dazu aus der jüngsten Rechtsentwicklung ist der Umfang der Nacherfüllung des § 439 BGB (zur Behandlung dieses Komplexes in der Richtlinie s. unten IV.2.)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

<sup>5</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 33. Zur Entstehungsgeschichte und der bereits am Entwurf dieser Regelung geübten Kritik s. *Stürmer*, in: *Stürmer* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 2010, S. 3, 5 ff. m. w. N.

<sup>6</sup> S. dazu *Roth*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009, S. 13, 20 ff.

<sup>7</sup> In dieser Richtung auch *Stürmer*, in: *Stürmer* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 2010, S. 7; *Oehler*, in: *Stürmer* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 2010, S. 108.

<sup>8</sup> BGH, JZ 2013, 189.

### c) Umsetzung zu Lasten der Verbraucher?

In der Begründung des Entwurfs zum Umsetzungsgesetz findet sich vermerkt, dass der Entwurf in manchen Regelungen Anordnungen enthalte, die über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinausgehen, indem sie sich mit einem Pflichtenprogramm nicht nur an Unternehmer, sondern auch an Verbraucher richten<sup>9</sup>. Es werden den Verbrauchern somit durch das nationale Gesetz Pflichten auferlegt. Dass dies nicht zu Zwecken der Umsetzung der Richtlinie geschieht, liegt auf der Hand: Diese Pflichten finden sich ja für Verbraucher gerade nicht in der Richtlinie. Insofern liegt es nahe, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie überhaupt nicht betroffen wäre. Allerdings ist zu bedenken, dass die Richtlinie ja gerade ein einheitliches Verbraucherschutzniveau etablieren will (Art. 4 RL). Dieses Ziel könnte gefährdet werden, wenn den Verbrauchern zusätzlich zu ihrem Schutz von den Mitgliedstaaten unterschiedliche Pflichten auferlegt werden können. Bei näherer Betrachtung wird man aber wohl doch keinen Alarm schlagen müssen: Es kann nicht das Anliegen der Richtlinie sein, sämtliche Rechtsbeziehungen, an denen Verbraucher in irgendeiner Form beteiligt sind, der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten zu entziehen. Vor allem kann die Richtlinie dort keine Geltung für sich beanspruchen, wo eine Person nicht in ihrer Rolle als Verbraucher angesprochen wird sondern schlicht in ihrer Rolle als Geschäftsverkehrsteilnehmer. Wird sie hier von Pflichten getroffen, berührt das ihre Verbrauchereigenschaft überhaupt nicht, sodass eine Beeinträchtigung ihres Schutzes als Verbraucher überhaupt nicht in Rede steht. Anders wird es in den Fällen liegen, in denen die Person in ihrer Verbraucherrolle getroffen wird, wenn man wie hier annimmt, dass die Richtlinie allgemein Sperrwirkung für nachteilige Regelungen im Verbraucherverkehr trifft (s. oben I.1.). Dort können dieser Person dann aus allgemeingültigen Regelungen keine Pflichten auferlegt werden, die nicht aus der Richtlinie hervorgehen.

## II. Die Neuregelungen im Allgemeinen Teil des BGB

### 1. Verbraucher (§ 13 BGB)

#### a) Dual-use-Geschäfte

##### (1) Allgemeines

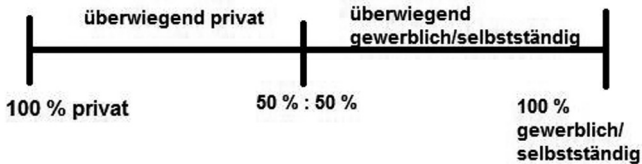
Die für das gesamte Verbraucherschutzrecht maßgebende Norm des § 13 BGB, die die Begriffsbestimmung des Verbrauchers enthält, wird geändert. Der Regierungsentwurf enthielt hier noch keine Änderung. Während die bislang gültige Norm Rechtsgeschäfte erfasste, die weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind, erfasst die Neufassung solche Rechtsgeschäfte, die *überwiegend* weder der gewerblichen noch der selbstständigen Tätigkeit zuzurechnen sind. Diese Änderung verdankt die Rechtswissenschaft den umsichtigen Arbeiten des Rechtsausschusses. Dieser wies darauf hin, dass ausdrücklich klargestellt werden sollte, dass es bei Verträgen, die sowohl zu gewerblichen als auch zu nicht-gewerblichen Zwecken geschlossen werden (sog. dual-use-Verträge), auf den überwiegenden Zweck ankommt<sup>10</sup>. Als Beispiel kann der PKW dienen, den der selbstständige Architekt sowohl für seine privaten Fahrten einsetzt als auch für seine Kundenbesuche und alle anderen Geschäfte. Darüber, *wo* dieser Zweck überwiegend liegen muss, stiftet der Rechtsausschuss und seine Gesetzesfassung aber Verwirrung: Indem der neugefasste Gesetzeswortlaut besagt, dass »Verbraucher [...] jede natürliche Person [ist], die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können«, legt er nahe, dass das Geschäft überwiegend privat sein muss, um von § 13 BGB erfasst zu werden. Der Rechtsausschuss konstatiert aber wörtlich: »Schließt eine Person einen Vertrag nicht überwiegend zu gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zwecken, handelt sie mithin als Verbraucher«<sup>11</sup>. Das deckt sich nicht mit dem Gehalt der gesetzlichen Neufassung. Denn die Darlegung des Rechtsausschusses erfasst auch solche Geschäfte, die zwar gewerblich oder selbstständig sind, aber nicht *überwiegend* gewerblich oder selbstständig. Damit sind auf jeden Fall auch die Geschäfte erfasst, die auf der Trennlinie zwischen privat und gewerblich/selbstständig liegen. Kurz: »Über-

<sup>9</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 35.

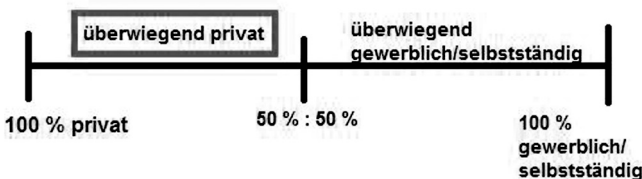
<sup>10</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/13951, S. 61.

<sup>11</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/13951, S. 61.

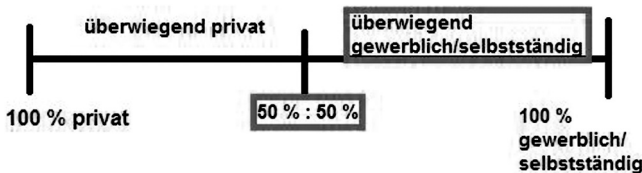
wiegend privat« ist etwas anderes als »nicht überwiegend gewerblich/selbstständig«. Die Auffassung des Rechtsausschusses sorgt damit für einen weiteren Anwendungsbereich. Sie erfasst auch die gleichermaßen privaten wie gewerblichen/selbstständigen Geschäfte.



#### Neue Gesetzesfassung:



#### Ausschussauffassung:



Der EuGH hatte sich mit der Zwecksetzung in einer prozessrechtlichen Entscheidung befasst<sup>12</sup>. Er hatte erklärt, dass die Regelungen zum Verbrauchergerichtsstand im Grundsatz nur anwendbar seien, wenn der Zweck des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags nicht in der beruflichen oder gewerblichen Verwendung des Vertragsgegenstands liegt<sup>13</sup>. Für die Auslegung gemischter Verträge zieht der EuGH die grundlegende Wertung des Verbraucherschutzes heran, die in den prozessrechtlichen Vorschriften der Art. 13–15 EuGVÜ auch zum Ausdruck kommt: Der Verbraucher ist in der schwächeren Position<sup>14</sup>. Deshalb müssten solche Verträge, in denen die unternehmerische Zwecksetzung insgesamt betrachtet im Zusammenhang des Geschäfts, über das der Vertrag geschlossen worden ist, nicht nur eine ganz untergeordnete Rolle einnimmt, ausgenommen werden<sup>15</sup>. In diesen Fällen wäre der

Handelnde also kein Verbraucher. Der EuGH nimmt damit scheinbar eine scharfe Trennung vor – vor seiner Begründung ist seine Folgerung aber nach wie vor nicht richtig: Eine Person, die im Rechtsverkehr besonders schutzbedürftig ist, soll eben nicht nur im Extremfall geschützt werden, sondern immer dort, wo die Merkmale, die ihre Schutzbedürftigkeit bedingen, zum Tragen kommen. Das kann jedenfalls nicht allein der Fall sein, wenn eine ganz überwiegende private Zwecksetzung verwirklicht wird, wie sie der EuGH fordert.

Die Übertragung der Entscheidung in das materielle Verbraucherrecht wurde indes abgelehnt, weil sie allein auf prozessrechtlichen Überlegungen basiere<sup>16</sup>. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Überlegungen des EuGH basieren vielmehr auf grundlegenden Gedanken des Verbraucherschutzes, die sowohl im Prozessrecht wie im materiellen Recht Ausdruck gefunden haben. Dem Ergebnis ist aber aus den eben dargestellten Gründen beizupflichten: Die Entscheidung des EuGH kann nicht der richtige Maßstab sein<sup>17</sup>.

Indes waren weite Teile dieser Einschätzung (vor und nach der Entscheidung des EuGH) gefolgt<sup>18</sup>. Andere Teile stellten auf die Schwerpunktsetzung ab<sup>19</sup> und sagten damit nichts anderes, als dass die Grenze genau in der Mitte liegen müsste<sup>20</sup>.

Der Rechtsausschuss hatte die Problematik keiner Vertiefung unterzogen. Er wollte jedenfalls im Einklang mit Erwägungsgrund 17 der Richtlinie die dual-use-Geschäfte einbeziehen, ohne sich näher mit der Streitfrage zu befassen. Dort findet sich die Aussage, dass in den Fällen, in denen der Vertrag »teilweise für gewerbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke abgeschlossen (Verträge mit doppeltem Zweck) [wird] und der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang nicht überwiegend [ist]«, die handelnde Person Verbraucher ist (sein sollte). Damit lehnt man sich nahe an die Formulierung des EuGH<sup>21</sup> an, gibt ihr aber einen gänzlich anderen Einschlag: Es kommt darauf

12 EuGH, NJW 2005, 653 – Gruber/BayWa.

13 EuGH, NJW 2005, 653, 654 Tz. 37f. – Gruber/BayWa.

14 EuGH, NJW 2005, 653, 654 Tz. 39 – Gruber/BayWa.

15 EuGH, NJW 2005, 653, 654f. Tz. 39 – Gruber/BayWa.

16 So *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 42.

17 I.E. ebenfalls *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 42.

18 *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 13 Rn. 3 m. w. N. unter Hinweis auf die anstehende Änderung durch die Richtlinie; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 20. Aufl. 2012, § 50 Rn. 583.

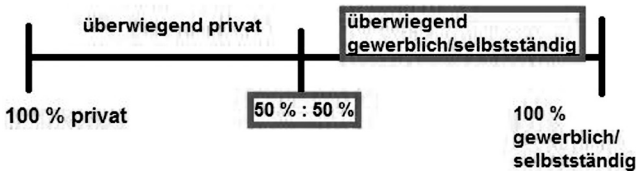
19 *Heinrichs*, in: Palandt, § 13 Rn. 4; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 491 Rn. 7; *Schürmbrand*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 491 Rn. 21; *Möller*, in: BeckOK BGB, § 491 Rn. 23 je m. w. N.; *Alpmann-Pieper*, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 474 Rn. 29; *Jung*, HandelsR, 9. Aufl. 2012, § 37 Rn. 10; offen gelassen bei *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl. 2013, § 5 Rn. 37.

20 S. auch OLG Celle, ZGS 2007, 354.

21 EuGH, NJW 2005, 653, 654f. Tz. 39 – Gruber/BayWa.

an, dass der gewerbliche Zweck nicht überwiegt. Das kann er aber nur, wenn er mehr als 50% des Zwecks ausmacht. Legt man die neue Fassung des § 13 BGB konform mit den Erwägungsgründen der Richtlinie aus, gelangt man damit also nicht nur dazu, dass alle Geschäfte, die überwiegend privaten Zwecken dienen, erfasst sind, sondern auch die Geschäfte, in denen sich die Zwecksetzung die Waage hält<sup>22</sup>.

### Richtlinienerwägungsgründe:



Die Erwägungsgründe sind bei alledem zwar nicht Teil der Richtlinie. Eine richtlinienkonforme Auslegung mitgliedstaatlicher Normen erfordert aber, dass nicht nur der Wortlaut der Richtlinie, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen sind, die mit einer Regelung verfolgt werden<sup>23</sup>. Der verfügende Teil des Unionsrechts (d.h. die Normenordnungen der Richtlinie) ist somit untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen, die zu seinem Erlass geführt haben<sup>24</sup>. Damit wird eine nationale Vorschrift anhand der Bestimmungen der Richtlinie ausgelegt, die wiederum anhand ihrer Hintergründe (Erwägungsgründe, Entstehungsgeschichte) ausgelegt werden. Die Bestimmung der Richtlinie, die hier zuvorderst ausgelegt werden muss, ist Artikel 2 Nr. 1. Dort wird bestimmt, dass Verbraucher jede natürliche Person ist, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. Der Wortlaut der Richtlinie lässt so die Klärung der Zweifelsfälle nicht zu. *Außerhalb* ist hier nicht qualitativwertend zu verstehen. Die Richtlinie legt an dieser Stelle keine Grenze fest, sondern grenzt nur allgemein von den Tätigkeiten des Unternehmens nach Art. 2 Nr. 3 RL ab. Die Vorschrift muss deshalb im Lichte des 17. Erwägungsgrundes ausgelegt werden. Eine richtlinienkonforme Auslegung gelangt deshalb zu dem Ergebnis, dass von § 13 BGB n.F. auch die Fälle erfasst sind, in denen die Zwecksetzungen gleichermaßen stark ausgeprägt sind.

Zu berücksichtigen ist dabei noch, dass die Richtlinie zum einen einen einheitlichen, zum anderen aber auch einen effektiven Schutz für die Verbraucher gewährleisten will. Auch deshalb liegt es am nächsten, anzunehmen, dass sowohl die Fälle, in denen das Geschäft überwiegend privat ist als auch die Fälle, in denen sich private und unternehmerische Zielsetzung die Waage halten, erfasst sind. Grenzfälle sind daher Verbraucherhandeln.

### (2) »Weit überwiegende« Zwecksetzung – besonders starker Verbraucherschutz?

Die Richtlinie will aber sicher nicht so weit gehen, dass jedes Rechtsgeschäft, erfasst wird, in dem überhaupt ein Funken von Verbraucherhandeln zu erblicken ist. Denn in dem Moment, in dem die unternehmerische Zielsetzung überwiegt, wird der Handelnde nicht so sehr in seiner Rolle als Verbraucher betroffen wie in seiner Rolle als Nicht-Verbraucher. Verbraucherschutz stellt die Richtlinie aber nur ganz oder gar nicht zur Verfügung. Das verlangt es, außerhalb der Fälle, in denen sich die Zwecke des Geschäfts die Waage halten, die Verbrauchereigenschaft daran festzumachen, in welcher Richtung der Zweck überwiegt. Besondere Schutzüberlegungen, die dahin gehen, dass das Geschäft etwa zu 75% den einen oder den anderen Zweck verwirklicht, sind abzulehnen. Solche Wertungen, die keine »überwiegende«, sondern eine »weit überwiegende« Zwecksetzung verlangen, sind der Richtlinie nicht zu entnehmen. Sie trifft nur absolute Aussagen: Entweder Verbraucherschutz oder kein Verbraucherschutz. Deshalb muss die regelmäßige Grenze bei 50% liegen.

### (3) Zeitlicher Geltungsbereich?

In einem anderen ersten kritischen Blick auf die Neuregelung hat *Bülow* die Frage nach dem zeitlichen Geltungsbereich aufgeworfen<sup>25</sup>. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass das hier geteilte Verständnis der dual-use-Geschäfte bereits mit dem Zeitpunkt die Auslegung leiten muss, mit dem es im europäischen Rechtsbewusstsein verlaubar geworden ist. Das ist mit dem 25. 10. 2011 das Datum der Richtlinie<sup>26</sup>. Anzumerken ist dazu, dass erst mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie die alten Richtlinien, die für das Begriffsverständnis von Bedeutung waren, außer Kraft getreten sind. Damit wurde deren Verständnis erst zu diesem Zeitpunkt abgelegt und das neue konnte erst zu diesem Zeitpunkt Geltung für sich beanspruchen.

<sup>22</sup> Wie hier jüngst *Bülow*, WM 2014, 1, 2.

<sup>23</sup> EuGH, EuZW 2011, 962, 965 Tz. 54.

<sup>24</sup> EuGH, EuZW 2011, 962, 965 Tz. 55.

<sup>25</sup> *Bülow*, WM 2014, 1, 3.

<sup>26</sup> *Bülow*, WM 2014, 1, 3.

Nun ist aber Auslegung ja nicht nur eine Frage verbindlicher Rechtsakte sondern gerade auch der Hintergründe. Deshalb ist *Bülow* voll und ganz darin zuzustimmen, dass die Auslegung schon durch die Schaffung des Gedankens neu bestimmt worden ist – unabhängig davon, wann die Richtlinie in Kraft getreten ist, bis wann sie umgesetzt werden musste oder ab wann sie tatsächlich umgesetzt wird. Richtigerweise sind daher auch alle dual-use-Fälle, die jedenfalls bis zur Verfassung der Richtlinie zurückreichen, nach den oben dargestellten Kriterien auszulegen. Diese rechtliche Verbindlichkeit ergibt sich daraus, dass bereits § 13 BGB a. F. der Umsetzung des europäischen Verbraucherbegriffs dient, nicht erst § 13 BGB n.F. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass eine Umsetzung von Umständen vorweg genommen werden würde, die noch gar nicht existent sind. Denn es geht hier nicht um die Umsetzung einer abgeschlossenen konkreten Regelungsanordnung sondern um die Umsetzung des Verständnisses eines Rechtsbegriffs, das der europarechtlichen Entwicklung unterliegt. Die richtlinienkonforme Auslegung nationaler Normen kann dabei außerdem nicht abhängig davon sein, welche Richtlinien die Norm umsetzen will, sondern welche Richtlinien sie umsetzen muss. Das ist die neue Verbraucherrechterichtlinie. Eine Neukodifikation der nationalen Umsetzungsvorschriften ist dazu überhaupt nicht erforderlich. Die Behandlung der dual-use-Geschäfte in der Neufassung des § 13 BGB hat daher vor allem Bedeutung für Geschäfte, die nicht von der Richtlinie erfasst sind, die der nationale Gesetzgeber aber möglicherweise dem Verbraucherschutz unterstellt (im Rahmen seiner Möglichkeiten, s. oben 1.2.b).

#### (4) Beweislast

Zur Frage der Beweislast hat die Neufassung des § 13 BGB ausdrücklich weder eine Aussage allgemein bei Verbrauchergeschäften noch bei dual-use-Geschäften getroffen. Auch die Richtlinie äußert sich dazu, insbesondere in ihren Bestimmungen zum Verbraucher (Art. 2 Nr. 1 RL) und zum Unternehmer (Art. 2 Nr. 2 RL) nicht. Nach der Rechtsprechung zu § 13 BGB a. F. hat derjenige, der als Verbraucher gelten möchte, zu beweisen, dass er Verbraucher ist<sup>27</sup>. Damit wird der allgemeinen Regel gefolgt, dass derjenige die Beweislast trägt, der sich auf eine für ihn günstige Rechtsnorm berufen möchte<sup>28</sup>. In Anwendung dieser Regelung erscheint es auch konsequent, dass derjenige, der

sich darauf berufen möchte, dass der Vertragspartner Unternehmer (§ 14 BGB) ist, hierfür die Beweislast trägt<sup>29</sup>.

Für dual-use-Fälle ergibt sich daraus keine Besonderheit<sup>30</sup>. Der Verbraucher muss nach wie vor beweisen, dass er bezüglich des Geschäfts Verbraucher ist<sup>31</sup>. Hier genügt es dann aber, dass er beweist, dass das Geschäft entweder überwiegend seiner Verbrauchersphäre zuzurechnen ist oder dass es in genau gleichem Maße Verbraucher- und Unternehmerzwecken dient. Dafür, dass überhaupt ein Teil des Geschäfts unternehmerischen Zwecken dient, trägt natürlich der Vertragspartner die Beweislast. Schließlich ist es für ihn vorteilhaft, damit den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzrechts nicht zu eröffnen. Will er das erreichen, muss er beweisen, dass das Geschäft mehr als nur gleichermaßen den gewerblichen Zwecken dient. Gelingt es dem Vertragspartner nicht, überhaupt zu beweisen, dass der »Verbraucher« eine unternehmerische Zwecksetzung verfolgt, entbindet das den »Verbraucher« noch nicht vom Nachweis seiner Verbrauchereigenschaft<sup>32</sup>. Um sich auf die Vorteile berufen zu können, muss er diese Umstände positiv beweisen. Gelingt ihm das, ist er in diesen Fällen nur davon entbunden, sich dagegen zu verteidigen, dass das Geschäft auch einer unternehmerischen Tätigkeit zuzurechnen ist.

#### b) Personengesellschaften?

Der Gesetzgeber hatte die Gelegenheit, mit der Neufassung des § 13 BGB weitere Streitfragen zu klären. Angeboten hätte es sich dabei, die Personengesellschaften im Wortlaut des § 13 BGB neben die natürlichen Personen zu stellen. Bedeutung hat das für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), nicht so sehr aber für OHG und KG<sup>33</sup>. Der BGH hatte angenommen, dass die GbR als Zusammenschluss natürlicher Personen auch Verbraucher i. S. d. § 13 BGB sein kann<sup>34</sup>. Der in den maßgeblichen Richtlinien verwendete Begriff würde nämlich lediglich in Abgrenzung zur juristischen Person gebraucht<sup>35</sup>. Wenn gegen diese Einordnung vorgebracht wird, dass sie mit dem Wortlaut des § 13 BGB nicht vereinbar wäre<sup>36</sup>, hat der BGH diesem Ein-

<sup>27</sup> BGH, NJW 2009, 3780, 3781.

<sup>28</sup> *Kannowski*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 13 Rn. 67.

<sup>29</sup> So KG, MittBayNot 2007, 214, 214; *Habermann*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 14 Rn. 73 m. w. N.

<sup>30</sup> OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645, 1646; *S. Lorenz*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 474 Rn. 26 dort Fn. 86.

<sup>31</sup> *Schürnbrand*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 491 Rn. 18.

<sup>32</sup> A. A. *Bülow*, WM 2014, 1, 2f.

<sup>33</sup> *Beck*, JURA 2013, 209, 211.

<sup>34</sup> BGH, NJW 2002, 368, 368.

<sup>35</sup> BGH, NJW 2002, 368, 368.

<sup>36</sup> So neuerdings noch *Krampen-Lietzke*, RNotZ 2013, 575, 597.

wand bereits durch seine erweiternde Auslegung den Boden entzogen. Wenn vorgebracht wird, dass die Einordnung mit der Rechtsfähigkeit der GbR nicht in Einklang zu bringen wäre<sup>37</sup>, lässt sich gegen diese pauschale Behauptung vorbringen, dass die Rechtsfähigkeit der GbR bekanntermaßen anerkannt ist<sup>38</sup> und nicht erkennbar ist, warum die Rechtsfähigkeit eines Kollektivs in einem Wertungswiderspruch mit den Anliegen des Verbraucherschutzes stehen muss<sup>39</sup>. Nicht jedes Kollektiv muss in der europarechtlich Wahrnehmung juristische Person sein und selbst wenn – nicht jede juristische Person muss nach europarechtlichen Überlegungen zwangsläufig unternehmerische Zwecke verfolgen. Das zeigt Art. 2 Nr. 2 RL ganz deutlich, wenn er eben nicht nur an das Merkmal der Person anknüpft, sondern darüber hinaus verlangt, dass diese unternehmerische Zwecke verfolgen muss.

Dass der deutsche Gesetzgeber nichts unternommen hat, ist damit bedauerlich, ändert aber an der Behandlung der Rechtsfrage nichts. Die GbR konnte nach § 13 BGB a.F. Verbraucher sein<sup>40</sup> und ist es nach § 13 BGB n.F. Es bleibt hier bei der Gültigkeit der Annahmen des BGH<sup>41</sup>. Auch die neue Verbraucherrechterichtlinie bedingt hier keine andere Auslegung.

## 2. Textform (§ 126 b BGB)

### a) Anpassung an den Wortlaut der Richtlinie

Als weitere Norm im allgemeinen Teil des BGB erfährt § 126 b BGB über die Textform eine Änderung. Die Definition der Textform soll damit an den Wortlaut der Verbraucherrechterichtlinie angeglichen werden<sup>42</sup>. Insbesondere soll damit der Richtlinienbegriff des »dauerhaften Datenträgers« in das BGB übernommen werden<sup>43</sup>. Dieser findet

sich in Art. 2 Nr. 10 RL. Damit wird das Erfordernis der Fixierung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise durch den allgemeineren Begriff des dauerhaften Datenträgers ersetzt. § 126 b S. 2 BGB n.F. legt dazu fest, dass ein dauerhafter Datenträger jedes Medium ist, das 1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist und 2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Eine inhaltliche Änderung der Norm beabsichtigt der Gesetzgeber mit dieser Anpassung nicht<sup>44</sup>. Erreicht werden soll, dass die Willenserklärung zum einen zu einem späteren Zeitpunkt noch zugänglich ist, zum anderen in diesem Zeitpunkt unverändert vorliegt<sup>45</sup>. Dafür genügt es, dass die Erklärung entweder aufbewahrt oder gespeichert werden kann; beides gleichzeitig ist nicht gefordert. Die Variante des Speicherns in § 126 b S. 2 Nr. 1 BGB n.F. wird dabei nur für elektronisch abgegebene Erklärungen Bedeutung haben, während die Variante des Aufbewahrens verkörperte Erklärungen (vor allem in Papierform) betreffen wird.

### b) Abschlussfunktion der Textform

Veränderung erfährt aber dennoch die Abschlussfunktion in der Textform<sup>46</sup>. § 126 b BGB a.F. verlangt, dass der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird. Dieses Erfordernis findet sich in der Neufassung nicht mehr. Der Gesetzgeber hatte dazu früher festgehalten, dass in der Textform, wegen der Entbehrlichkeit der Unterschrift, in anderer Weise das Erklärungsende und (damit) die Ernstlichkeit des Textes deutlich gemacht werden muss<sup>47</sup>. Dadurch wird es ermöglicht, die Erklärung mit ihrer rechtlichen Bindung vom Stadium von Vorverhandlungen und einem bloßen Entwurf abzugrenzen<sup>48</sup>. Letztere Möglichkeit wirkt sich dabei nur auf den Beweis aus: Auch eine Erklärung mit Abschluss kann rechtlich unverbindlich etwa als *invitatio ad offerendum* zu werten sein. Wenn der Gesetzgeber das Erfordernis des Abschlusses nunmehr nicht mehr aufrechterhält, hat das zum einen die Konsequenz, dass die Textform leichter einzuhalten ist. Zum

<sup>37</sup> Lietzke, RNotZ 2013, 575, 597 m. w. N.

<sup>38</sup> BGH, NJW 2001, 1056.

<sup>39</sup> S. dazu auch schon die Überlegungen des BGH, NJW 2002, 368, 368.

<sup>40</sup> Außer dem BGH so auch *Heinrichs*, in: Palandt, § 13 Rn. 2; *Kanowski*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 13 Rn. 35; *Schmidt-Räntsch*, in: BeckOK BGB, Ed. 29, § 13 Rn. 6; *Westermann*, in: Erman BGB, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 6; ; *Armbrüster*, ZGR 2013, 366, 386; *Armbrüster*, ZWE 2007, 290, 291; *Beck*, JURA 2013, 209, 211; a. A. *Martinek*, in: jurisPK BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 29; *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 17 (s. aber auch Rn. 18); *Böhr*, RNotZ 2003, 277, 280; *Krampen-Lietzke*, RNotZ 2013, 575, 597; *Mülbert*, WM 2004, 905, 910; *K. Schmidt*, JuS 2006, 1, 4, 5.

<sup>41</sup> BGH, NJW 2002, 368, 368.

<sup>42</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 33.

<sup>43</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 34.

<sup>44</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 44.

<sup>45</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 44.

<sup>46</sup> S. dazu *Hertel*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2012, § 126 b Rn. 31 f.

<sup>47</sup> Begr. RegE FormVAnpG, BT-Drs. 14/4987, S. 20.

<sup>48</sup> Begr. RegE FormVAnpG, BT-Drs. 14/4987, S. 20.

anderen wird man in größeren Streit über die rechtliche Verbindlichkeit und den Umfang von Erklärungen geraten. Wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber aber ja keine inhaltlichen Änderungen herbeiführen wollte<sup>49</sup>, könnte man geneigt sein, das Erfordernis des Abschlusses weiter beizubehalten. Dann muss man sich über den deutlichen, nunmehr anderslautenden Wortlaut hinwegsetzen. Das erscheint zu viel verlangt; der Gesetzgeber hätte umsichtiger vorgehen müssen und es ist zu hoffen, dass er diese Ungenauigkeit mit einer weiteren Änderung beseitigt.

### c) Dauerhafte Speicherung

Durch die dauerhafte Speicherung soll ein Interessenschutz ermöglicht werden (s. auch Erwägungsgrund 23 der Richtlinie). Hier wird man mindestens davon ausgehen müssen, dass diese Speicherung so lange erfolgen muss, wie der Berechtigte Rechte aus oder in Bezug auf die in Textform vorliegende Erklärung geltend machen kann.

### d) Zugänglichmachung/Einsehbarkeit

Die Zugänglichmachung, die nach dem deutschen Recht erforderlich ist, wird von der Richtlinie nicht vorausgesetzt. Dort verlangt Art. 2 Nr. 10 nur, dass die Erklärung »einsehbar« sein muss. Der deutsche Gesetzgeber wurde bei seiner Umsetzung von dem Gedanken getragen, dass es dem Empfänger möglich sein muss, die Erklärung aufzubewahren oder (bei elektronischen Erklärungen) zu speichern<sup>50</sup>. Für die Richtlinie findet sich dieser Gedanke dann aber auch im 10. Erwägungsgrund. Das macht deutlich, dass es erforderlich ist, dass der Empfänger Bestimmungsgewalt über die Erklärung haben muss, während der Absender diese aufgibt. Eine solche muss ihm eingeräumt werden. Wenn die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass deshalb eine Erklärung, die auf einer Internetseite zu finden ist, nicht genügt<sup>51</sup>, erscheint das richtig und kann anders nicht erklärt werden.

Der Hintergrund für dieses zusätzliche Erfordernis ist, dass solche Erklärungen Änderungsmöglichkeiten unterliegen. Der EuGH hatte dem deutschen Gesetzgeber hier die Richtschnur gereicht: Er hatte es als erforderlich gesehen, dass die Erklärung auf der Internetseite eines Ver-

käufers nicht durch diesen einseitig geändert werden könnte<sup>52</sup>. Das ist aber bei allen anderen elektronischen Erklärungen auch der Fall, solange diese nicht dem Empfänger zugegangen sind. Eine Internetseite kann allerdings von demjenigen, der sie aufruft, ohne Hinzunahme weiterer Programme als seinem Internetbrowser heruntergeladen und gespeichert werden. Damit kann er jederzeit auf die Erklärung zugreifen. Jede einmal verfasste Internetseite kann daher – sieht man vom Erfordernis der Bestimmungsgewalt ab – die Textform wahren. Wird sie geändert, kann die ab der Änderung verlaubliche Erklärung wiederum die Textform wahren, während die alte Fassung der Internetseite (die ja nicht mehr verfügbar ist), die Textform nicht mehr wahrt. Der Kern der gesamten Problematik liegt, wie hier deutlich wird, nicht in der Rechtsnatur der Textform, die hier um ein weiteres Tatbestandsmerkmal erweitert wird, sondern allein in der Beweisbarkeit. Eine Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, dass sie verschwindet, weil sie von der Internetseite gelöscht wird. Es ist dann lediglich ausgeschlossen, die Existenz der Erklärung unter Verweis auf die Internetseite zu beweisen. Deshalb wird die Internetseite anhand des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals der Bestimmungsgewalt aus der Textform ausgenommen. Dieses Weges hätte es indes nicht bedurft: Einfacher wäre der Rechtsrat zu erteilen, dass der Besucher einer Internetseite diese schlicht speichern soll – was ihm ohne Zuhilfenahme besonderer Programme allein mit seinem Internetbrowser möglich ist. Damit wäre das Problem dort geblieben, wo es hingehört: Bei der Beweisbarkeit.

### e) Wirkung auch außerhalb des Verbraucherrechts

Die Änderung der Vorschrift des § 1266 BGB wirkt bei alledem über das Verbraucherrecht hinaus und betrifft den gesamten Privatrechtsverkehr. Hier wird man in Zukunft mit besonderem Bedacht vorgehen müssen, um die Norm außerhalb der konkreten Anwendung im Verbraucherrecht der Möglichkeit einer anderen Auslegung zugänglich werden zu lassen.

<sup>49</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 44.

<sup>50</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 44.

<sup>51</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 44.

<sup>52</sup> EuGH, EuZW 2012, 638, 640 Tz. 46.



### III. Die Neuregelungen im Allgemeinen Schuldrecht

#### 1. § 241a BGB

##### a) Unbestellte Leistungen/Waren

Die Vorschrift des § 241a BGB enthielt bisher die Regelungen zu unbestellten Leistungen. Diese Regelungen dienten der Umsetzung der des Art. 9 Fernabsatzrichtlinie<sup>53</sup>. Die Bedeutung der Vorschrift wird nunmehr ausgebaut. In ihrem Abs. 1 soll jetzt die Definition der Ware, wie sie in Art. 2 Nr. 3 RL vorgesehen ist, festgeschrieben werden<sup>54</sup>. In der a.F. behandelte § 241a Abs. 1 BGB die Lieferung »unbestellter Sachen«. Auch wenn der Begriff »Sachen« nach § 90 BGB auch Grundstücke erfassen konnte, musste man für § 241a Abs. 1 BGB annehmen, dass nach dem Normzweck nur bewegliche Sachen von der Vorschrift erfasst werden konnten. In der n.F. spricht das Gesetz von der Lieferung »beweglicher Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden (Waren)«. Der Begriff der »Waren« wird damit für das BGB hier legaldefiniert. Auf ihn nehmen dann andere neue Vorschriften wie § 312b Abs. 1 Nr. 4 BGB n.F. Bezug. Der Begriff findet sich aber auch an Stellen, die keiner Reform unterzogen werden, so in § 309 Nr. 1, 9 BGB. Der Gesetzgeber hat sich hierzu nicht geäußert. Man könnte geneigt sein, den Begriff hier einfach auch der Legaldefinition zu unterwerfen. Dafür spricht unbestreitbar der Zweck, den eine Legaldefinition erfüllen soll, nämlich verbindlich und einheitlich ein Begriffsverständnis zu bestimmen. Auch ist nicht von der Hand zu weisen, dass AGB-Vorschriften auch dem Verbraucherschutz dienen sollen – auf der anderen Seite ist das aber auch nicht ihre alleinige Bestimmung. Probleme ergeben sich für die Unterwerfung des § 309 BGB unter die Legaldefinition des § 241a BGB n.F. aber für die Behandlung von Grundstücken. Diese sind – wie gezeigt worden ist – aus § 241a Abs. 1 BGB a.F. und n.F. auszunehmen. Der BGH hatte aber für die Vorschrift des § 11 AGBG, die der direkte Vorgänger zu § 309 BGB ist, angenommen, dass auch Grundstücke unter den Begriff der Waren fallen können<sup>55</sup>. In der Literatur war jedenfalls eine analoge An-

wendung befürwortet worden<sup>56</sup>. Würde man den neuen Begriff der Waren hier anwenden, würden Grundstücke aus dem Anwendungsbereich der § 309 Nr. 1 und 9 BGB ausgenommen werden. Das kann von der Gesetzesreform nicht beabsichtigt sein. Ohne ersichtlichen Grund würde der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle eingeschränkt werden.

Auswirkungen auf den Begriff des »Warenlagers« in § 92 Abs. 2 BGB sind mit der Änderung nicht zwingend verbunden; der Begriff kann weiter unabhängig von der Legaldefinition in § 241a Abs. 1 BGB n.F. stehen.

##### b) Gleichwertige Leistung als unbestellte Leistung

Mit der Reform wird die Regelung des § 241a Abs. 3 BGB gestrichen; an ihre Stelle tritt ein neuer Abs. 3, der aber anderen Inhalt hat (dazu sogleich). Eine Ersatzleistung nach Abs. 3 a.F. ist damit nun selbst eine unbestellte Leistung i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB n.F. Begründet wird die Streichung damit, dass die Beibehaltung des Abs. 3 nicht mehr mit Art. 27 RL zu vereinbaren wäre<sup>57</sup>. Eine Ausnahme von unbestellten Leistungen, wie sie im BGB vorgesehen war, ist nach der Vorschrift des Art. 27 RL nicht vorgesehen und ergibt sich auch sonst nicht<sup>58</sup>.

##### c) Abweichungsverbot

Der neue Abs. 3 erklärt in S. 1, dass von den Regelungen des § 241a BGB n.F. nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Nach S. 2 finden die Regelungen des § 241a BGB n.F. auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Diese Gestaltung ist typisch für das Verbraucherschutzrecht<sup>59</sup> und findet sich bisher schon in § 475 Abs. 1 BGB für den Verbrauchsgüterkauf und in § 312i BGB für den Fernabsatzvertrag. Der Gesetzgeber erklärt, dass er damit Art. 25 RL umsetzen will<sup>60</sup>. Art. 25 Abs. 1 RL sieht vor, dass Verbraucher nicht auf die Rechte verzichten können, die ihnen durch die nationalen Gesetze eingeräumt werden, um die Richtlinie umzusetzen. Abs. 2 erklärt, dass Vertragsklauseln, die einen Verzicht oder eine Einschränkung bewirken, für den Verbraucher nicht bindend sind. Nach deut-

<sup>53</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

<sup>54</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 38.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2001, 2399, 2401.

<sup>56</sup> Coester-Waltjen, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 309 Nr. 1 Rn. 9 m. w. N. zur Geltung unter dem AGBG.

<sup>57</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 45.

<sup>58</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 45.

<sup>59</sup> Ebenso Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 45.

<sup>60</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 45.

scher Terminologie sind sie somit unwirksam, während der Rest des Vertrags bestehen bleiben kann. Art. 25 RL kommt zentrale Bedeutung für die Verwirklichung des Regelungsziels der Richtlinie zu: Denn wenn ein europaweit einheitlicher Verbraucherschutzstandard erreicht werden soll, kann das nur geschehen, wenn sich keine Markttendenzen herausbilden, bestimmte Verbraucherrechte auszuschließen. Diese Gefahr bestünde vor allem, weil der Verbraucher im Vertrag gerade der schwächere Teil ist und sich vom Unternehmer oft die »Regeln diktieren lassen muss«. In den Bereichen des Verbraucherrechts, die nicht von der Richtlinie erfasst sind, ist gesetzlich keine solche Abweichungssperre erforderlich. Allerdings spricht vieles dafür, sämtliche Regelungen des BGB, die den Verbraucherschutz gewährleisten sollen, als unabdingbar anzusehen. Denn ein Schutzrecht für eine schwächere Gruppe von Verkehrsteilnehmern sollte nicht zur Disposition stehen. Ein Verzicht würde oft nicht freiwillig erfolgen, sondern vom stärkeren Teil aufgedrängt werden.

## 2. Rücktritt ohne Fristsetzung (§ 323 BGB)

### a) Relatives Fixgeschäft (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Die Regelung zum Rücktritt ohne Fristsetzung (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB) wird neugefasst. Es soll ein Rücktritt ermöglicht werden, wenn die Erbringung der Leistung innerhalb einer bestimmten Frist oder zu einem bestimmten Termin wesentlich ist<sup>61</sup>. Die Wesentlichkeit soll sich dabei aus einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner oder aus den Umständen des Vertragsschlusses ergeben können<sup>62</sup>. Der Gesetzgeber hat hier nichts sonderlich Brisantes festgeschrieben: Auf irgendeine Art muss ja ermittelt werden können, ob die Terminierung oder Fristsetzung *wesentlich* ist. Wenn dafür auf die Umstände des Vertragsschlusses abgestellt werden kann, wird damit lediglich das Vorgehen beschrieben, das ohnehin geboten wäre. Inhaltlich will der Gesetzgeber auch gar keine Änderung vornehmen; die Vorschrift soll lediglich an die Terminologie der Art. 17, 18 Richtlinie angepasst werden<sup>63</sup>.

Allerdings wirft die »Mitteilung« Fragen auf: Wie sieht diese Mitteilung aus und wann muss sie erfolgen? Nach dem bisher geltenden Recht war nicht eine bloße einseitige Bekundung erforderlich. Stattdessen wurde verlangt, dass

sich die Parteien einig darüber waren, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit stehen oder fallen sollte<sup>64</sup>. Aus einer Einigkeit über die Lieferzeit folgte danach noch nicht die Einigkeit über die Folgen der Nichteinhaltung. Nunmehr wird lediglich eine einseitige empfangsbedürftige Mitteilung verlangt. Die Richtlinie hält dazu in Art. 18 Abs. 2 UA 2 S. 2 fest, dass sich die Wesentlichkeit daraus ergeben kann, dass der Verbraucher dem Unternehmer *vor Vertragsschluss* eine entsprechende Mitteilung macht. Damit sind alle Bedenken dahingehend zerstreut, dass die Position des Schuldners hier im Nachhinein durch eine einseitige Erklärung verschlechtert werden könnte. Da die Mitteilung vor Vertragsschluss erfolgen muss, kann sich der potentielle Schuldner frei entscheiden, ob er diesen Vertrag eingehen möchte oder nicht. Er hat damit zwar eine andere Position als nach dem nationalen Recht a.F., praktisch hat er aber die gleichen Entscheidungsmöglichkeiten.

Der Gesetzgeber sieht in der Neuregelung bewusst keine Beschränkung auf Verbrauchergeschäfte oder Kaufverträge (wie Art. 17 Abs. 1 RL für Art. 18 RL) vor. Stattdessen möchte er die Bestimmung mit Gültigkeit für alle Vertragstypen (und Parteien) normiert wissen<sup>65</sup>.

### b) Abwägung beiderseitiger Interessen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Die Regelung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB findet eine Einschränkung dahingehend, dass sie fortan nur noch im Falle einer nicht vertragsgemäßen Leistung Anwendung finden soll. Auch hier will der Gesetzgeber die Richtlinie umsetzen und nimmt dafür eine Einschränkung des geltenden Rechts in Kauf<sup>66</sup>. Durch den allgemeinen Regelungsansatz ist damit ein Rücktritt gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB in den Fällen einer nicht erbrachten Leistung (§ 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB) nicht mehr möglich.

<sup>61</sup> Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 58.

<sup>62</sup> Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 58.

<sup>63</sup> Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 58f.

<sup>64</sup> BGH, NJW 1990, 2067, 2067.

<sup>65</sup> Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 58.

<sup>66</sup> Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 59.

## IV. Die Neuregelungen im Verbrauchsgüterkaufrecht

### 1. Verbrauchsgüterkaufvertrag mit Dienstleistungen (§ 474 Abs. 1 BGB)

Die Vorschrift des § 474 BGB wird modifiziert. Der bisherige Abs. 1 S. 2 zum Erwerb gebrauchter Sachen in öffentlichen Versteigerungen rutscht in Abs. 2. Der neugefasste Abs. 1 S. 2 erklärt nun, dass Verbrauchsgüterkäufe auch solche Verträge sind, die neben dem Verkauf die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand haben. Der Gesetzgeber will damit insbesondere die Fälle erfassen, in denen der Unternehmer die Dienstleistung als Nebenleistung zu seiner Hauptleistungspflicht der Übereignung und Übergabe erbringt<sup>67</sup>. Erfasst werden sollen nach dem Willen des Gesetzgebers etwa Vereinbarungen, dass der Unternehmer die verkaufte Sache montiert, installiert, sie anpasst oder sonstige Handreichungen vornimmt<sup>68</sup>. Diese Aufzählung macht es schwer, eine deutliche Kategorisierung vorzunehmen. Probleme bereitet aber auch schon der Umstand, dass »insbesondere« Nebenleistungen erfasst sein sollen. Die Begründung zum Referentenwurf enthielt diese Ausweitung noch nicht<sup>69</sup>. Angenommen werden kann bei einer so offenen Formulierung nämlich, dass etwa auch Verträge mit weiteren Hauptleistungen dem Verbrauchsgüterkaufrecht unterstellt werden können. Zwingend erscheint es jedenfalls, als solche Leistungen, die auch dem Kaufrecht unterliegen, nur die anzunehmen, die nicht schon ohnehin Nebenleistungspflichten des Kaufvertrags betreffen. Denn auf diese ist ohnehin das Kaufrecht anwendbar. Unter Beachtung der Intention des Gesetzgebers ist insgesamt eine weite Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 474 Abs. 1 BGB n.F. möglich. Sämtliche Verträge, die außer der Eigentumsverschaffung und Übergabe andere Leistungen enthalten, können in den Anwendungsbereich fallen. Überlegt werden muss, was sich überhaupt für den »Dienstleistungsteil« des Vertrags aus der Anwendung der §§ 474 ff. BGB ergibt. Da die besonderen Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs Modifikationen kaufrechtlicher Vorschriften beinhalten, wird man wohl annehmen müssen, dass der gesamte Vertrag, d.h. auch der Dienstleistungsteil, dann dem Kaufrecht der §§ 433 ff. BGB und nicht nur dem Verbrauchsgüterkaufrecht der §§ 474 ff. BGB zu

unterstellen ist. Auch hinsichtlich des Dienstleistungsteils finden dann etwa die Mängelrechte der §§ 434 ff., 437 BGB Anwendung.

Eine erste Eingrenzung im Anwendungsbereich muss natürlich dadurch erfolgen, dass diese »Dienstleistungen« im Bezug zur zu verkaufenden Sache stehen. So kann etwa der Vertrag mit einem Festredner, der verpflichtet wird, eine Ansprache zu halten und hinterher ein signiertes Exemplar seines Buches dem Auftraggeber zu übereignen, nicht vollständig dem Kaufrecht unterstellt werden. Die Dienstleistung der Ansprache steht überhaupt nicht in Bezug zur Übereignung des Buches. Nimmt man als Kausalgeschäft für diese Übereignung isoliert einen Kaufvertrag an, dürfte jedenfalls die Signatur des Buches nach der Neuregelung mit unter das Kaufrecht fallen; das dürfte sich aber jedenfalls nach altem Recht auch schon aus § 651 BGB ergeben. Auch Werklieferverträge können dabei dem Verbrauchsgüterkauf unterfallen<sup>70</sup>. Für die Einordnung der neuen Erfassung von Dienstleistungen bietet es sich an, nach Schwerpunkten des Vertrags vorzugehen. Ist die auf die Sache bezogene Dienstleistung nur von untergeordneter Bedeutung, geht sie im Kaufvertrag mit auf. Kommt ihr aber eigenständige Bedeutung zu, ist sie nicht dem Kaufvertragsrecht (und damit dem Verbrauchsgüterkaufrecht) zu unterstellen, sondern nach dem für sie geltenden Recht (Dienstvertrag (§ 611 BGB) oder Werkvertrag (§ 631 BGB, dann aber ggf. § 651 BGB) zu unterstellen. Auch wenn der Gesetzgeber mit »insbesondere Nebenleistungen« unvorsichtig formuliert hat, ist wohl nicht davon auszugehen, dass jeder Vertrag, der in irgendeiner Form die Übereignung und Übergabe einer Sache beinhaltet, dem Kaufrecht unterstellt werden soll.

#### Beispiel:

D schließt mit dem Archäologen I einen Vertrag, der beinhaltet, dass I einen antiken Kelch aufspüren soll und dem D schließlich übereignen und übergeben soll. Es ist bekannt, dass das Aufspüren solcher Artefakte mit großem Aufwand und Gefahren verbunden ist.

Der Schwerpunkt eines solchen Vertrags liegt nicht allein im kaufrechtlichen Element. Beide Leistungen stehen (in Anbetracht des knappen Sachverhalts) gleichberechtigt nebeneinander. Das Dienstvertragsrecht (§ 611 BGB) würde gänzlich entwertet werden, wenn ein solcher Vertrag vollständig dem Kaufrecht unterstellt würde.

Hier bleibt jedenfalls für die Zukunft Klärungsbedarf.

<sup>67</sup> Begr. RegE 17/12637, S. 69.

<sup>68</sup> Begr. RegE 17/12637, S. 69.

<sup>69</sup> Begr. RefE vom 19. 9. 2012, S. 104.

<sup>70</sup> Peters/Jacoby, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 651 Rn. 18; Busche, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 651 Rn. 14; Mansel, in: Jauernig BGB, 15. Aufl. 2014, § 651 Rn. 3 m. w. N.

## 2. Wo sind die Fliesen (§ 474a, § 474 b RefE)?

Im Referentenentwurf waren zwei Vorschriften (§ 474a, § 474 b BGB) vorgesehen, die schließlich den Weg in den Regierungsentwurf und ins Gesetz nicht gefunden haben. Durch diese Vorschriften sollte die Entscheidung des EuGH<sup>71</sup> und der Folgeentscheidung des BGH<sup>72</sup> zum Umfang der Nacherfüllungspflicht (§ 439 BGB) in das BGB integriert werden<sup>73</sup>. Der EuGH hatte entschieden, dass der Verbraucher im Verbrauchsgüterkauf vor negativen Folgen bewahrt werden müsste, die ihn davon abhalten könnten, seine aus der Richtlinie gewährten Rechte (= Verlangen von Nacherfüllung) auszuüben<sup>74</sup>. Deshalb müsse der Verkäufer sich um den Ausbau einer mangelhaften Sache und den Wiedereinbau einer mangelfreien Sache kümmern<sup>75</sup>. Der BGH hatte bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit zum geltenden Recht entschieden, dass § 439 BGB gespalten auszulegen sei. Die Maßgaben, die der EuGH für den Verbrauchsgüterkauf erkannt hatte, sollten für andere Kaufverträge nicht gelten<sup>76</sup>. Diese Folge von Entscheidungen hatte in der Literatur breite Beachtung gefunden; die gesplattene Auslegung war nicht von allen Stimmen in der Wissenschaft befürwortet oder gutgeheißen worden<sup>77</sup>. Der Referentenentwurf wollte diese gesplattene Auslegung nun mit Gesetzeskraft festgeschrieben wissen<sup>78</sup>. Diese hehre Bestrebung, rechtswissenschaftliche Streitigkeiten mit Gesetzeskraft beizulegen, ist gescheitert. Sucht man nach den Gründen, findet man als Antwort der Bundesregierung, dass die Aufnahme der Regelungen in die Entwurfsfassung sehr unterschiedliche Stellungnahmen zur Frage ausgelöst habe, ob und ggf. wie die Entscheidung des EuGH umzusetzen sei<sup>79</sup>. Um durch die weitere Diskussion nicht die rechtzeitige Umsetzung der Verbraucherrechte-richtlinie zu gefährden, seien die Vorschriften ausgenom-

men worden<sup>80</sup>. Da die Entscheidung des BGH der des EuGH bereits volle Geltung verschafft habe, sei ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht gegeben<sup>81</sup>. In Anbetracht der Diskussion in der Wissenschaft verwundert es nicht, dass ein Umsetzungsvorhaben unterschiedliche Auffassungen hervorruft. Schließlich waren die Meinungen schon vor diesem Vorhaben gespalten. Es verwundert aber freilich, dass man wohl mit solchen unterschiedlichen Auffassungen nicht gerechnet hat. In der Konsequenz heißt es jedenfalls: Fliesen- und Parkettstäbefälle werden in der Praxis nach den Regelungen des EuGH und des BGH behandelt und bieten in der Klausur nach wie vor einiges an Schreiarbeit, um die verschiedenen Überlegungen zu skizzieren.

## V. Fazit: Schönes neues Verbraucherschutzrecht

Das Verbraucherschutzrecht hat durch die neugefasste Verbraucherrechterichtlinie auf europäischer Ebene einen großen Schritt nach vorn gemacht. Die Vereinheitlichung der Rechtsakte sorgt für eine einheitliche Betrachtung und ist gleichzeitig natürlich auch ein beachtlicher Beitrag zu einem einheitlichen europäischen Privatrecht. Der deutsche Gesetzgeber hat enorme Anstrengungen unternommen, um die neuen Regelungen in das deutsche Zivilrecht zu integrieren. Wie jede Gesetzesänderung bringt auch diese neue Fragen mit sich. Das ist der Natur der Sache geschuldet. Das schmälert die Qualität der Gesetzesreform nicht. Für die Verbraucher wird der europäische Wunsch nach einheitlichem Schutzniveau in den erfassten Regelungsbereichen verwirklicht, für die Studierenden wird eine Möglichkeit geschaffen, ihr Systemverständnis unter Beweis zu stellen. Natürlich lässt sich auch hier beklagen, dass noch mehr hätte reformiert werden können. Soweit die Gesetzesänderungen gehen, machen sie aber einen weitgehend gelungenen Eindruck.

Die Probleme stecken, wie oft, im Detail. Hier wäre eine etwas größere Umsicht des Gesetzgebers wünschenswert gewesen.

71 EuGH, NJW 2011, 2269.

72 BGH, NJW 2012, 1073.

73 Begr. RefE vom 19. 9. 2012, S. 106.

74 EuGH, NJW 2011, 2269, 2271 f.

75 EuGH, NJW 2011, 2269, 2272.

76 BGH, NJW 2013, 220, 222.

77 Etwa *Augenhofer/Appenzeller/Holm*, JuS 2011, 680, 684; *Faust*, JuS 2011, 744, 748; für eine gesplattene Auslegung aber etwa *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn. 86; *Weller*, NJW 2012, 2312, 2313; billigend *Lorenz*, NJW 2013, 207, 208.

78 Begr. RefE vom 19. 9. 2012, S. 107.

79 BT-Drs. 17/12440, S. 9.

80 BT-Drs. 17/12440, S. 9.

81 BT-Drs. 17/12440, S. 9.