



Deutscher**Anwalt**Verein

Stellungnahme

**Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen
Anhörung zum Gesetzentwurf der
Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes für faire
Verbraucherverträge BT-Drs. 19/26915; BR-Drs.
18/21**

Berlin, im März 2021

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruesseleu@anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung mit der Bezeichnung „Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge“ (BR-Dr. 18/21) sieht im Kern drei Regelungskomplexe vor mit dem Ziel die Position der Verbraucherinnen und Verbraucher gegenüber der Wirtschaft angemessen zu stärken. Es soll erreicht werden, dass Verbraucherverträge fairer werden. Das ist im Kern gut so und wird in der Zielrichtung vom DAV begrüßt.

1. Änderungen des AGB-Rechts

1.1 Abtretbarkeit von Forderungen

Es sind Änderungen des AGB-Rechts vorgesehen, und zwar zum einen eine Bestimmung mit der sichergestellt werden soll, dass es in AGB gegenüber Verbrauchern keine wirksame Regelung mehr geben kann, mit der die Abtretbarkeit von Geldansprüchen des Verbrauchers ausgeschlossen wird. Der DAV hat sich bereits in seiner Stellungnahme Nr. 10/2020 aus dem Februar 2020 zu der gleichlautenden Regelung des Referentenentwurfes des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz aus dem Januar 2020 hierzu geäußert. Der Gesetzentwurf unterscheidet hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen Geldforderungen der Verbraucher und anderen Forderungen der Verbraucher. Für Geldforderungen wird normiert, dass der Abtretungsausschluss generell unwirksam ist. Für andere Forderungen der Verbraucher soll eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Vertragsparteien stattfinden.

Durch die Regelung wird der Handlungsrahmen von Verbrauchern grundsätzlich erweitert. Ein Verbraucher kann Interesse daran haben, seine Forderungen zu Zwecken der Rechtsdurchsetzung an Inkassodienstleister oder sonstige Dritte abzutreten. So könnte er dann zum Beispiel in einem Gerichtsverfahren als Zeuge aussagen. Gerade die Möglichkeit als Zeuge selbst aufzutreten im Falle der Abtretung kann die Beweisnot des Verbrauchers verbessern. Andererseits wird die notwendige Prüfung der Wirksamkeit von Abtretungen gerade bei Massengeschäften für den Verwender den Geschäftsaufwand erhöhen und damit zu zusätzlichen Kosten für Produkte führen, die letztendlich der Verbraucher über höhere Preise wieder zu tragen haben wird. Die Regelung bietet somit leichte Vorteile für den Verbraucher, kann aber im Gegenzug erhöhte Preise zum Nachteil des Verbrauchers auslösen. Die Rechtsprechung hat nach

den bisherigen Erkenntnissen ohnehin zur Bewertung der Wirksamkeit von Abtretungsausschlüssen eine Interessenabwägung vorgenommen und es ist nicht erkennbar, dass sie insoweit nicht sachgerecht und differenziert mit den Verbraucherinteressen umgegangen wäre. Insgesamt bleibt daher fraglich, ob für die starre Regelung tatsächlich ein Bedürfnis besteht.

1.2 Laufzeiten von Dauerschuldverhältnissen

Im Übrigen sieht der Gesetzentwurf Änderungen zu § 309 Nr. 9 BGB vor. Die Laufzeiten, die wirksam in AGB bei Dauerschuldverhältnissen vereinbart werden können, sollen geändert werden.

1.2.1 Laufzeitgrenze

Hierzu soll die bisherige Regelung, wonach eine Laufzeit von zwei Jahren die Obergrenze darstellt, modifiziert werden und zwar dahingehend, dass bei einer Laufzeit, die länger als ein Jahr bis zu zwei Jahren ist, gleichzeitig ein Vertrag über die gleiche Leistung mit einer Laufzeit von einem Jahr zu einem Preis angeboten werden soll, der den Vertrag mit der längeren Laufzeit nicht um mehr als 25 % im Monatsdurchschnitt übersteigt.

Dieser Regelungsvorschlag trägt den vom DAV vorgetragene Bedenken aus der Stellungnahme 10/2020 zum Teil Rechnung. Wir hatten in dieser Stellungnahme auf die Gefahr hingewiesen, dass durch die Laufzeitverkürzung den Anbietern von Verträgen unter Umständen ausreichende Amortisationszeiträume fehlen und somit die Gefahr erhöhter Preise für Verbraucher droht. Der Regelungsvorschlag versucht diesen Bedenken Rechnung zu tragen, erscheint aber schlichtweg zu kompliziert und nicht praxistauglich. Es ist auch nicht erkennbar, woher die 25 %-Grenze kommt. Gerade das Verbraucherrecht sollte aber eine hinreichende Klarheit haben, damit jeder Verbraucher es leicht verstehen und anwenden kann. Die vorgeschlagene Regelung könnte in der Praxis mehr Verwirrung als Nutzen stiften. Insgesamt gibt es nach wie vor kein echtes Bedürfnis für die vorgesehene Änderung. Die vorhandene gesetzliche Regelung ist klar, handhabbar und einfach.

1.2.2 Laufzeitverlängerung

Hinsichtlich der Vertragsverlängerungen soll die bisherige Regelung nach § 309 Ziff. 9 b BGB, wonach eine Vertragsverlängerung nicht mehr als ein Jahr betragen darf, ebenfalls modifiziert werden. Es bleibt dabei aber im Kern bei der bisherigen Regelung mit der Einschränkung, dass bei Verlängerungen bei mehr als drei Monaten bis einem Jahr eine komplex formulierte Hinweispflicht greift. Die Regelung solcher der Hinweispflichten führt oftmals in der Praxis dazu, dass von den Verwendern über kurze Zeit komplexe Hinweise normgerecht erteilt werden, die aber von Verbrauchern regelmäßig dennoch nicht verständlich zur Kenntnis genommen werden können. Auch für diese Änderung gibt es nach Auffassung des Unterzeichners kein echtes Bedürfnis. Die Rechtslage wird unnötig komplizierter.

1.2.3 Kündigungsfrist

Zu § 309 Ziff. 9 c BGB soll mit der Neuregelung die Kündigungsfrist verbraucherfreundlich verkürzt werden von drei Monaten auf einen Monat. Die Regelung ist zu begrüßen, sie dient dem Schutz der Verbraucher und es ist auch nicht erkennbar, dass ein echtes Bedürfnis des Verwenders für die bisherige lange Ankündigungsfrist von drei Monaten besteht.

2. Haftung beim Verkauf gebrauchter Sachen (Fehrenschild)

Der zweite Komplex betrifft eine Neuregelung zur Verkürzung der Haftung beim Verkauf gebrauchter Sachen. § 476 BGB soll geändert werden. Der DAV hat bereits zur Anhörung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz am 19. September 2018 zur Rechtslage mit seiner Stellungnahme Nr. 46/2018 Stellung genommen und die Regelung grundsätzlich begrüßt. Ebenso hat der DAV in seiner Stellungnahme 10/2020 aus dem Februar 2020 zum gleichlautenden Referentenentwurf positiv Stellung genommen.

Nach der vorgeschlagenen Neufassung des § 476 BGB können Vertragsparteien bei gebrauchten Sachen vereinbaren, dass der Unternehmer nur für einen Mangel haftet, der sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums seit der Ablieferung der Sache zeigt

hat. Dieser Zeitraum darf ein Jahr nicht unterschreiten. Diese Regelung ist sehr zu begrüßen, da so für Verkäufer gebrauchter Sachen die Möglichkeit geschaffen wird, das Gewährleistungsrisiko überschaubar zu halten. Dies dient der Verkehrsfähigkeit gebrauchter Sachen und damit der Nachhaltigkeit generell. Für Verbraucher und Unternehmer schafft diese Regelung Rechtsklarheit und eine weitergehende europäische Vereinheitlichung der Rechtslage.

Zu bedenken ist allenfalls, dass mit dieser Regelung eine dogmatische Unterscheidung in das deutsche Recht eingeführt wird, die es so bisher nicht gab. Das deutsche Recht unterscheidet bisher nicht zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen. Durch die Neuregelung wird diese Unterscheidung erstmals geschaffen. Es gibt aber ein praktisches Bedürfnis für die Unterscheidung zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen gerade wenn Mängel erst am Ende der Haftungsfrist auftreten. So wird z.B. in internationalen Anlagebauverträgen nicht selten zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen unterschieden. In der Baubranche gibt es in der VOB/B in § 13 Abs. 5 Ziff. 1 Satz 1 eine Regelung mit einem vergleichbaren Effekt. Danach setzt die schriftliche Mängelrüge vor Ablauf der Verjährungsfrist für den gerügten Mangel, gerechnet ab Zugang der Rüge, eine neue mindestens zweijährige Verjährungsfrist in Gang.

Die vorgeschlagene Neuregelung des § 476 BGB ist nach Auffassung des DAV gelungen. Sie orientiert sich sprachlich an den bisherigen Begrifflichkeiten. Es ist ausdrücklich klargestellt, dass die Formulierung auch im Hinblick auf die Rechtsprechung zu § 477 BGB gewählt wurde. Dies ist zu begrüßen, da es die Anwendung der Norm erleichtert.

Unklar bleibt lediglich, unter welchen Voraussetzungen sich ein Rechtsmangel im Sinne des § 476 Abs. 2 BGB-E „zeigt“. Der Hinweis auf § 477 BGB greift nur für Sachmängel. Die Beantwortung dieser Detailfrage kann aber der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Die aktive Formulierung des neuen § 476 Abs. 1 BGB-E könnte die Frage aufwerfen, ob die Vereinbarung auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen darf. Eine entsprechende Ergänzung zumindest in der Begründung zum Gesetz wäre durchaus

hilfreich, da dann klargestellt wäre, dass Vereinbarungen nicht zusätzlich an den AGB-Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB zu messen sind. In diesem Zusammenhang bliebe auch zu prüfen, inwieweit als Folgeänderung dann § 309 Nr. 8 b ff BGB (Erleichterung der Verjährung) im Hinblick auf Haftungsfristen anzupassen wäre.

Der DAV hat in seinen Stellungnahmen 46/2018 und 10/2020 angeregt, über eine Rügefrist für Verbraucher nachzudenken. Bisher hatte der Gesetzgeber davon abgesehen eine Rügefrist vorzusehen, weil eben nicht zwischen Haftungsfrist und Verjährungsfrist differenziert wurde. Bei gebrauchten Sachen ging man davon aus, dass es neben der kurzen absoluten Verjährungsfrist nicht noch einer zusätzlich kürzeren Rügefrist bedürfe. Wenn die Verjährungsfrist als solche aber nicht verkürzt werden kann, stellt sich aber die Frage der Rügefrist generell neu. Man könnte den Bürgern zumindest die Möglichkeit geben, eine Rügefrist zu vereinbaren. Insoweit könnten branchenspezifische Besonderheiten abgebildet werden. Zudem lässt sich für einen Verbraucher eine in einem Vertrag vereinbarte Rügefrist leichter erkennen als eine gesetzliche Haftungsfrist. Eine vertragliche Rügefrist von mindestens zwei Monaten wäre angemessen. Das AGB-Recht kennt z.B. in § 309 Nr. 8 b ee BGB eine kürzere Ausschlussfrist bei offensichtlichen Mängeln. Der Vorschlag des DAV aus der Stellungnahme 46/2018 würde für die Bürger weitere Möglichkeiten zu klaren und kurzen Fristen schaffen. Dies dient der Verkehrsfähigkeit gebrauchter Sachen und damit ebenfalls der Nachhaltigkeit.

3. Dokumentationspflicht bei Telefonwerbung

Die vorgeschlagene Änderung des UWG in § 7a und 20 unterliegt keinen zivilrechtlichen Implikationen, so dass eine Stellungnahme hierzu vom Unterzeichner nicht angezeigt ist.

4. Textform bei Verträgen mit Energielieferanten

Die Regelung wirft keine Bedenken auf und dient dem Verbraucherschutz ohne einen unverhältnismäßigen Aufwand zu fordern.

März 2021

RA Dr. Christian Bereska

Deutscher Anwaltverein

Vorsitzender des Ausschusses Zivilrecht



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Zivilrecht

zum Kaufvertragsrecht, Verkürzung der Verjährungsfrist bei gebrauchten Sachen, Auswirkungen der Ferenschild-Entscheidung des EuGH

- Antworten auf die mit Schreiben vom 20. Juli 2018 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz aufgeworfenen Fragen zur Vorbereitung einer Anhörung am 19. September 2018

(BMJV-Aktenzeichen: IB3 - 3420/22 – 4 – 15 192/2018) –

Stellungnahme Nr.: 46/2018

Berlin, im September 2018

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht

- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Gräfin Friederike von Brühl, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg
- Rechtsanwalt (BGH) Dr. Michael Schultz, Karlsruhe
- Rechtsanwältin Jutta Wittler, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin, DAV Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag
- vertretenden Parteien
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Richterbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
- Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Juristenzeitung / JZ
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV begrüßt den vorliegenden Vorschlag zur Möglichkeit einer vertraglichen Begrenzung der Haftungsdauer bei Gebrauchsgütern mit Rücksicht auf die Ferenschild-Entscheidung des EuGH und empfiehlt darüber hinaus einige Klarstellungen und Ergänzungen, um eine möglichst weitgehende Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtspraxis zu erlauben.

Der DAV nimmt zu den vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zur Vorbereitung der Anhörung am 19. September 2018 aufgeworfenen Fragen wie folgt Stellung:

Frage 1

Welche Erfahrung haben Sie oder Ihre Mitglieder seit der Ferenschild-Entscheidung im Zusammenhang mit Vertragsklauseln zur Verkürzung der Verjährung beim Verkauf gebrauchter Sachen gemacht? Haben Verkäufer die Mängelhaftung weiterhin unter Berufung auf eine solche Klausel nach Ablauf eines Jahres verweigert? Haben Käufer eine solche Vertragsklausel angegriffen und eine Mängelhaftung über einen Zeitraum von zwei Jahren verlangt?

Zu diesen Fragen kann der DAV über seinen Ausschuss Zivilrecht nicht belastbar Stellung nehmen; empirische Grundlagen zur Beantwortung der Fragen liegen dem Ausschuss nicht vor und können von ihm auch nicht ermittelt werden.

Frage 2

Haben Sie Ihre AGB bereits an die Ferenschild-Entscheidung angepasst oder planen Sie eine solche Anpassung? Ggf. welche Änderung haben Sie vorgenommen oder planen Sie?

Zur Beantwortung dieser Fragen fehlen ebenso die empirischen Grundlagen, so dass der DAV über seinen Ausschuss Zivilrecht auch hierzu keine belastbare Antwort geben kann. Es ist allerdings festzustellen, dass die Ferenschild-Entscheidung in der juristischen Literatur noch keine vertieften Diskussionen ausgelöst hat.

Frage 3

Soll durch Gesetzesänderung noch bevor eine höchstrichterliche Entscheidung zur richtlinienkonformen Auslegung der geltenden Vorschrift ergangen ist, den Parteien beim Verkauf gebrauchter Sachen die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Haftungs- bzw. Gewährleistungsfrist von einem Jahr zu vereinbaren?

Der DAV begrüßt die Gesetzesänderung. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist es geboten, kurzfristig eine Gesetzesänderung vorzunehmen und nicht auf weitere Gesetzesänderungen insbesondere im Zuge einer derzeit noch nicht absehbaren Neufassung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL 1999/44/EG) zu warten.

Ob eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung möglich ist, kann durchaus als zweifelhaft betrachtet werden (dafür *Leenen*, JZ 2018, 284, 291; dagegen BeckOK BGB/*Faust* BGB § 476 Rn. 2a). Hinzukommt, dass es Jahre dauern kann, bis durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit Klarheit gegeben ist.

Da die Verjährungsfrist beim Kauf gebrauchter Sachen zudem Massengeschäfte betrifft und die Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) absolut üblich ist, besteht nach Ansicht des DAV gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Ohne eine gesetzliche Regelung ist es derzeit zudem kaum möglich, rechtssichere AGB zu formulieren, da die Unterscheidung zwischen Verjährungs- und Haftungsfrist dem deutschen Recht fremd ist und eine entsprechend differenzierende Formulierung in AGB unter Umständen schon deshalb unwirksam sein könnte, weil sie mit dem Leitbild des BGB in Konflikt geraten könnte.

Auch ob eine ergänzende Vertragsauslegung im Falle nichtiger AGB, zumindest bezogen auf eine kürzere Haftungsfrist, wie sie von Prof. Dr. Leenen ausgeführt wird (JZ 2018, 284, 291), letztlich von der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen werden würde, ist offen. Hinzu kommt, dass es sich bei Auslegungsfragen auch im

Rahmen der bei AGB gebotenen objektiven Auslegung immer um einzelfallbezogene Entscheidungen handelt, die nur eingeschränkt verallgemeinert werden können.

Eine zweijährige Mängelhaftung nach § 438 BGB erscheint bei gebrauchten Sachen schließlich durchaus lang, so dass ein praktisches Bedürfnis für eine wirksame vertragliche und AGB-feste Verkürzungsmöglichkeit besteht.

Allerdings wird sich auch unter dem neuen Recht die Frage stellen, wie mit Verjährungsverkürzungen umzugehen ist, die noch vor Inkrafttreten der Neuregelung vereinbart wurden. Nach Meinung des DAV dürfen solche Klauseln nicht einfach für unwirksam erklärt werden. Um dies zu vermeiden, könnte man vorsehen, dass eine nach bisherigem Recht vereinbarte Verjährungsverkürzung im Zweifel als eine entsprechende Vereinbarung zur Haftungsdauer gilt. Zweifel über die Anwendbarkeit von § 140 BGB (Umdeutung) oder die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zur Erreichung dieses Ziels würden dann vermieden, was Rechtssicherheit schafft.

Frage 4

Wie beurteilen Sie den nachfolgenden Vorschlag einer Neufassung des § 476 Abs. 2 BGB?

„(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei ~~gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr~~ führt. Bei gebrauchten Sachen können die Parteien vereinbaren, dass der Verkäufer nur für einen Mangel haftet, der sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums seit der Ablieferung der Sache gezeigt hat. Dieser Zeitraum darf ein Jahr nicht unterschreiten.“

Der Vorschlag der Neufassung des § 476 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich zu begrüßen. Er greift die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL 1999/44/EG) auf und schafft so für Unternehmen die Möglichkeit, das Gewährleistungsrisiko beim Verkauf gebrauchter Sachen überschaubar zu halten; für Verbraucher und Unternehmer schafft die Regelung Rechtsklarheit und eine weitergehende europäische Vereinheitlichung der Rechtslage.

Zu bedenken ist weiterhin, dass mit der vorgeschlagenen Änderung des § 476 Abs. 2 BGB eine **dogmatische Unterscheidung** eingeführt wird, die dem deutschen Recht bisher fremd ist. Im Hinblick auf die Gewährleistung unterscheidet das deutsche Recht grundsätzlich nicht **zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen**. Jedoch gibt es ein durchaus praktisches Bedürfnis für eine solche Unterscheidung, um erst am Ende der Haftungsfrist auftretende Mängel noch rechtzeitig verjährungshemmend geltend machen zu können. So wird etwa in internationalen Anlagebauverträgen nicht selten zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen unterschieden. Auch die in der Baubranche regelmäßig vereinbarte VOB/B enthält in § 13 Abs. 5 Ziff. 1 S. 2 VOB/B eine Regelung mit einem vergleichbaren Effekt. Danach setzt die schriftliche Mängelrüge vor Ablauf der Verjährungsfrist für den gerügten Mangel eine neue, mindestens zweijährige Verjährungsfrist, gerechnet ab Zugang der Rüge beim Auftragnehmer, in Gang.

Der DAV begrüßt weiterhin, dass sich die Regelung hinsichtlich ihres Wortlautes „...Mangel ... gezeigt hat“ an § 477 BGB orientiert und keine neuen Begriffe verwendet werden. Dies dürfte die Auslegung dieser im Einzelfall durchaus schwierig subsumierbaren Formulierung erleichtern. Im Hinblick darauf allerdings, dass der Bundesgerichtshof erst jüngst seine Rechtsprechung im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung von § 477 BGB geändert hat (BGH Ur. v. 12.06.2016 – VIII ZR 103/15) und dies auf eine Entscheidung der EuGH zurückgeht (EuGH Ur. v. 04.06.2015 – C-497/13 „Faber“) regt der DAV an, zumindest in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass die Formulierung auch im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung zu § 477 BGB gewählt wurde.

Unklar bleibt dabei unter Umständen, unter welchen Voraussetzungen sich ein **Rechtsmangel** im Sinne von § 476 Abs. 2 BGB des Vorschlags zeigt. Die entsprechende Formulierung im Rahmen der Beweislastumkehr nach § 477 BGB ist explizit nur auf Sachmängel anwendbar. Die Beantwortung dieser Frage kann nach Auffassung des DAV wegen Ihrer Einzelfallbezogenheit der Rechtsprechung überlassen bleiben. Hinweise hierzu in der Gesetzesbegründung könnten allerdings hilfreich sein.

Während der bisherige Gesetzestext ein Klauselverbot formulierte, das sich ohne weiteres auch auf AGB des Verkäufers bezog, gilt das infolge der neuen, positiven Regelungstechnik („...können die Parteien vereinbaren, dass...“) nicht mehr. Der DAV regt daher eine Klarstellung dahingehend an, dass die **Vereinbarung auch in AGB**

erfolgen kann. Bei Gebrauchsgütern wäre dann für den Rechtsverkehr klar, dass die Vereinbarung nicht zusätzlich an den AGB-Klauselverboten der §§ 308 f BGB zu messen ist.

Allerdings sind von dem europarechtlichen Verbot der Verjährungsverkürzung Verbraucherverträge allgemein und nicht nur solche über Gebrauchsgüter betroffen. Insofern könnte, wenn man § 476 Abs. 2 BGB nicht als abschließende Sonderregelung auffasst, Änderungsbedarf auch im Rahmen von § 309 Nr. 8 b) ff) BGB gesehen werden. Diese Vorschrift verbietet (für andere Waren als Baustoffe) ebenfalls „eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn“. Nach Auffassung des DAV sollte die Frage jedenfalls in der Gesetzesbegründung aufgeworfen und beantwortet werden.

Schließlich regt der DAV an, zusätzlich wie etwa in Belgien für gebrauchte Sachen auch die Möglichkeit einer **vertraglichen Rügefrist** für Verbraucher einzuführen. Der deutsche Gesetzgeber hatte bisher davon abgesehen, eine Rügepflicht vorzusehen, weil er nicht zwischen Haftungsfrist und Verjährungsfrist differenzierte und, insbesondere bei gebrauchten Sachen, davon ausging, dass es neben der kurzen absoluten Verjährungsfrist nicht noch zusätzlich einer kürzeren relativen Rügefrist bedürfe. Wenn die kurze Verjährungsfrist unionsrechtlich zwingend verlängert werden muss, stellt sich die Frage nach einer Rügefrist neu. Um insoweit jedoch mit der anzustrebenden gesetzlichen Klarstellung keinen bisher gesetzlich so nicht vorgesehenen Eingriff in den Verbraucherschutz vorzunehmen, erscheint es sinnvoll, den Parteien selbst diese Regelungsmöglichkeit zu eröffnen. Dies hat nicht nur den Vorteil, dass den betroffenen Verkehrskreisen eine eigene Gestaltungsfreiheit eröffnet wird, um branchenspezifische Besonderheiten abbilden zu können, sondern auch, dass die Rügepflicht und -frist sich aus den Vertragsunterlagen selbst ergibt, ohne das Gesetz kennen zu müssen. Eine vertragliche Rügefrist von mindestens 2 Monaten wäre nach dem aktuellen Mindestharmonisierungsgrundsatz der Richtlinie (Art. 8 Abs. 2) demnach auch richtlinienkonform. Schließlich kennt das deutsche AGB-Recht für offensichtliche Mängel bereits jetzt Ausschlussfristen, die auch gegenüber Verbrauchern kürzer sein können als die gesetzliche Verjährungsfrist (e. contr. § 309 Nr. 8 b) ee) BGB).

Die Überschreitung der (vertraglichen) Rügefrist sollte allerdings unschädlich sein, wenn der Mangel vor Ablauf eines Jahres seit der Ablieferung der Sache in einer die

Verjährung hemmenden Weise geltend gemacht wurde. Denn eine solche Regelung würde sich nur als eine für den Verbraucher günstige Abweichung von den sonst sehr einschneidenden Rechtsfolgen des Fristversäumnisses darstellen und insgesamt ein Ergebnis erzielen, das der bisherigen Rechtslage sehr nahekommt.

Formulierungsvorschlag

Die vorgenannten Anmerkungen und Anregungen ließen sich auf Basis der zur Debatte gestellten Änderung von § 476 Abs. 2 BGB bzw. als neuer Abs. 3 etwa wie folgt umsetzen:

„(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren,—bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

(3) Bei gebrauchten Sachen können die Parteien, auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, vereinbaren, dass

- a. der Verkäufer nur für Mängel haftet, die sich innerhalb einer bestimmten Haftungsfrist seit Ablieferung der Sache gezeigt haben, und/oder**
- b. der Verkäufer nur für Mängel haftet, die dem Verkäufer innerhalb einer bestimmten Rügefrist ab dem Zeitpunkt, in dem sich der Mangel gezeigt hat, angezeigt wurden.**

Die Haftungsfrist darf ein Jahr und die Rügefrist darf zwei Monate nicht unterschreiten. Eine Versäumung der Rügefrist ist unschädlich, wenn der Mangel vor Ablauf eines Jahres seit der Ablieferung der Sache in einer die Verjährung hemmenden Weise geltend gemacht wurde.“



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Zivilrecht

zum Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz für faire Verbraucherverträge

Stellungnahme Nr.: 10/2020

Berlin, im Februar 2020

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht

- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Maître en droit, Dresden (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt (BGH) Dr. Michael Schultz, Karlsruhe

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Rechtspolitische Sprecher der im Bundestag vertretenen Fraktionen
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesverband der Freien Berufe (BFB)
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften und des Forum Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins
- Ausschuss Zivilrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktionen: Anwaltsblatt / AnwBl, Juristenzeitung / JZ, Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR sowie Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz mit dem Titel "Gesetz für faire Verbraucherverträge" wird vom DAV differenziert beurteilt. Die Einführung eines gesetzlichen Verbotes des Abtretungsausschlusses in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach Auffassung des DAV nicht zwingend erforderlich, weil die Rechtsprechung bisher soweit ersichtlich mit den Fallgestaltungen sachgerecht und abgewogen umgegangen ist. Die Verkürzung der erlaubten Laufzeiten von Dauerschuldverhältnissen in allgemeinen Geschäftsbedingungen könnte tendenziell zu Preiserhöhungen führen und ist daher nicht zwingend verbraucherfreundlich. Der DAV begrüßt das Bestreben, den Verbraucher vor unüberlegten telefonischen Vertragsabschlüssen zu schützen, sieht jedoch die Umsetzung kritisch und rät von der vorgeschlagenen Bestätigungslösung ab. Der DAV präferiert vielmehr die Einführung einer materiellen Beweisregel. Die notwendige Änderung des § 476 BGB aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wird vom DAV als zielführend und richtig angesehen. Ergänzend schlägt der DAV aber in diesem Zusammenhang im Sinne einer europäischen Harmonisierung die Einführung einer Rügepflicht vor.

Der DAV hält die Presseerklärung des BMJV, mit welcher der Entwurf vorgestellt wird, nach Ton und Inhalt für unangemessen. Danach werden Verbraucherinnen und Verbraucher „viel zu häufig abgezockt und übervorteilt“ und sind „Kostenfallen ... leider immer noch an der Tagesordnung“. Ein mit solchen Formulierungen eingeführter Gesetzesentwurf ist nicht geeignet, die Zuversicht auf eine sachgerechte Abwägung der Interessen aller Beteiligten zu begründen.

Stellungnahme im Einzelnen

I. § 308 Nr. 9 BGB-E (Abtretungsverbot)

Nach dem Gesetzentwurf soll in § 308 BGB eine neue Nummer 9 eingefügt werden, durch die der Abtretungsausschluss für Geldforderungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Ansprüche gegen den Verwender generell unwirksam sein soll und gemäß derer für andere Ansprüche eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Vertragsparteien stattfinden soll; im letzteren Falle soll der Abtretungsausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein, wenn schützenswerte Interessen des Verwenders an dem Abtretungsverbot gegenüber denen des Geschäftsgegners nicht überwiegen.

Die für andere Rechte als Geldforderungen vorgesehene Interessenabwägung ist der nach ständiger Rechtsprechung bereits im Rahmen des § 307 BGB vorgenommenen Abwägung (vgl. BGH NJW 1989, 2750, BGH NJW 1990, 1601, BGH NJW 2012, 2107) nachempfunden. Allerdings würde diese Kodifizierung nach Ansicht des DAV tendenziell dazu führen, dass Entscheidungen eher zur Unwirksamkeit des Abtretungsverbots gelangen.

Insbesondere mit der Alternative a) in § 308 Nummer 9 BGB-E geht der Entwurf deutlich über die bisherige Rechtsprechung hinaus. Denn in diesem Bereich soll ein Abtretungsverbot für Geldforderungen stets und ohne Interessenabwägung unwirksam sein.

Dadurch wird der Handlungsrahmen des Verbrauchers erweitert. Denn er kann ein Interesse daran haben, seine Forderung zu Zwecken der Rechtsdurchsetzung oder aber zur Ermöglichung seines Zeugnisses im Prozessverfahren an Inkassodienstleister oder sonstige Dritte abzutreten. Insbesondere die Ermöglichung der Zeugenstellung im Falle der Abtretung mag in kritischen Fällen von Beweisnot die Lage des Verbrauchers verbessern.

Der DAV verkennt nicht, dass die vorgesehene Regelung tendenziell das Geschäftsmodell von zunehmend am Markt auftretenden, teilweise internetbasierenden Inkassodienstleistern (z.B. für die Durchsetzung von Flugverspätungsentschädigungen,

Miethöheprüfungen o.ä.) befördert. Die Prüfung von Abtretungen wird für den Verwender, insbesondere im Massengeschäft, den Geschäftsaufwand maßgeblich erhöhen, etwa bei der Frage des Nachweises einer wirksamen Abtretung im internetbasierten Massengeschäft. Die Probleme vervielfältigen sich gar, wenn die Überlegungen zur Reform des § 410 BGB-E (Abtretung in Textform) nach dem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts der Bundestagsfraktion der FDP, BT-Drs. 19/9527 vom 17.04.2019 umgesetzt werden sollten.

Insgesamt sieht der DAV für diese Änderung kein Bedürfnis. Vielmehr ist die Rechtsprechung mit den unter § 307 BGB untersuchten Fallgestaltungen bislang jeweils sachgerecht und differenziert umgegangen.

II. § 309 Nr. 9 BGB-E (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)

Soweit Änderungen in § 309 BGB vorgeschlagen werden, betreffen diese die bislang in § 309 Nummer 9 BGB vorgesehenen Laufzeiten, Verlängerungszeiträume sowie Kündigungsfristen.

Die anfängliche Laufzeit eines in Allgemeinen Geschäftsbeziehungen geschlossenen Vertrages soll statt 2 Jahren nur noch maximal 1 Jahr betragen dürfen. Der DAV weist darauf hin, dass für die Abwägung einer angemessenen Laufzeit auch die wirtschaftlichen Hintergründe beleuchtet sein sollten, die je nach Vertragstyp unterschiedlich sein können. Konkret geht es um den Amortisationsaufwand, den der Verwender auf eine bestimmte Vertragslaufzeit kalkuliert. Aus dem täglichen Leben sind die Mobilfunkverträge mit zweijähriger Laufzeit als praktisches Beispiel vertraut. Soweit der Mobilfunkanbieter im Rahmen des Vertrages auch das Telefongerät zur Verfügung stellt, wird eine verkürzte Laufzeit unmittelbare Auswirkung auf die monatlichen Kosten haben. Soll es dies nicht haben, werden sich parallele Ratenkaufmodelle entwickeln. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass verkürzte Laufzeiten in einzelnen Bereichen zu einer Erhöhung der Preise führen könnten.

Die stillschweigende Verlängerung eines Vertragsverhältnisses soll sich zukünftig in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr auf maximal 1 Jahr, sondern weitergehend auf nicht mehr als 3 Monate erstrecken dürfen. Für die Regelung als solche gibt es Anlass, weil die Regelung des § 309 Nr. 5 BGB („keine fingierten Erklärungen“) nach herrschender Meinung für bereits im anfänglichen Vertragsverhältnis angelegte

stillschweigende Verlängerungen nicht gilt. Die Verlängerung um max. 3 Monate erscheint aber sehr „kleinteilig“ und birgt die Gefahr in sich, das Verbraucherschutzrecht mit zersplitterten Detailregelungen und letztlich unübersichtlich zu gestalten.

Im Ergebnis sieht der DAV auch für die beabsichtigte Verkürzung von Laufzeiten von in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen Verträgen kein Bedürfnis. Im Gegenteil birgt die zu kurz bemessene Laufzeit die Gefahr in sich, dass den Anbietern ausreichende Amortisierungszeiträume fehlen mit der Tendenz zu erhöhten Preisen.

Im Zusammenhang mit § 309 BGB erscheint dem DAV noch wichtig, wie sich die beabsichtigte Änderung auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr und die Bewertung von im unternehmerischen Verkehr geschlossenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auswirkt. Soweit ersichtlich (vgl. BGH NJW-RR 2018, 683 Rn.22) geht die Rechtsprechung bislang davon aus, dass allein ein Verstoß gegen die Fristen des § 309 Nummer 9 BGB im kaufmännischen Verkehr nicht für eine Unwirksamkeit sorgt, auch wenn die dortigen Fristen überschritten sind. Stattdessen prüft die Rechtsprechung die wechselseitigen Interessen unter Berücksichtigung des Amortisationsgedankens für die Aufwendungen, die der Verwender in Erwartung der langfristigen Bindung tätigt. Hier wäre zumindest in der Gesetzesbegründung eine Klarstellung sinnvoll, dass eine Änderung dieser Rechtsprechung auch in Ansehung der jetzt verkürzten Fristen für den unternehmerischen Verkehr nicht bezweckt ist.

III. §§ 312c, 312f BGB-E (Bestätigungslösung für telefonische Energielieferverträge)

1. Allgemeines zu §§ 312c, 312f BGB-E

Der DAV begrüßt grundsätzlich das Anliegen des Entwurfs, Schutz und Rechtssicherheit für den Verbraucher bei telefonisch abgeschlossenen Verträgen zu schaffen, insbesondere wenn er durch einen unerbetenen (und daher gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unerlaubten) Telefonanruf seitens des Unternehmers überrumpelt wurde. Die hierzu geplante, sogenannte „Bestätigungslösung“ für telefonisch im Fernabsatz abgeschlossene Gas- und Stromlieferverträge hält der DAV jedoch für ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen. Es ist im Gegenteil zu befürchten, dass wegen des Nebeneinanders der neu eingeführten Bestätigungen und dem weiterhin geltenden Widerrufsrecht zusätzliche Verunsicherungen und Zweifelsfragen

entstehen. Der im Ergebnis zweifelhafte Mehrwert für den Verbraucher steht in keinem Verhältnis zum bürokratischen Aufwand und den negativen Folgen einer weiteren Fragmentierung des bürgerlichen Rechts durch neuartige Speziallösungen für bestimmte Arten des Vertragsschlusses.

Die Beschränkung der Bestätigungslösung auf Energielieferverträge relativiert diese Nachteile nicht. Denn das gesetzgeberische Ziel könnte bei dieser Beschränkung viel klarer und einfacher durch die Einführung eines schlichten Textformerfordernisses (ähnlich dem für Glücksspielverträge gemäß § 675 Abs. 3 BGB) erreicht werden. Andererseits sind auch noch andere Branchen (etwa die Telekommunikation) vom Phänomen der „untergeschobenen Verträge“ betroffen, insbesondere im Zusammenhang mit telefonisch angebahnten Tarif- und Lieferantenwechseln. Die beim Lieferantenwechsel bestehenden Probleme wiederum konnten durch die komplizierten, auf die Kündigungsvollmacht bezogenen Regelungen in § 312h BGB bislang nicht befriedigend gelöst werden (vgl. Gesetzesbegründung S. 10 unten), was sich bei zusätzlicher Einführung einer Bestätigungslösung kaum ändern dürfte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch Verbraucher jedenfalls bei kleineren Verträgen, die keine langfristigen und erheblichen Verpflichtungen mit sich bringen, immer weniger Verständnis für komplizierte Verfahren und Formerfordernisse haben, solange sie durch ein Widerrufsrecht vor Übereilung geschützt sind. Die Erwartung, derartige Verträge insbesondere per Internet und Smartphone unbürokratisch und schnell abschließen zu können, sollte daher auch auf Verbraucherseite nicht unterschätzt werden. Der Handlungsbedarf dürfte sich daher insgesamt auf längerfristige Dauerschuldverhältnisse konzentrieren, wovon auch die Gesetzesbegründung ausgeht. Dies gilt allerdings prinzipiell unabhängig davon, ob solche Verträge mündlich, telefonisch, stationär oder im Internet abgeschlossen werden.

Der DAV regt daher an, an Stelle der geplanten Bestätigungslösung für Energielieferverträge über eine allgemeinere und einfachere Lösung nachzudenken. Entsprechend § 550 BGB könnte etwa bestimmt werden, dass Dauerschuldverhältnisse für den Verbraucher jederzeit kurzfristig kündbar sind, wenn seine Vertragserklärung über eine längere Laufzeit (etwa: mind. ein Jahr) nicht in Schrift- oder Textform vorliegt. Eine Alternative wäre die Einführung einer materiellen Beweislastregel im Rahmen von § 312a Abs. 1 BGB (siehe unten).

2. Im Einzelnen zu §§ 312c, 312f BGB-E

In § 312c BGB werden Fernabsatzverträge definiert. Die Bestimmung ist daher nach Auffassung des DAV nicht der richtige Ort für die Einführung einer Sonderform der schwebenden Unwirksamkeit lediglich für bestimmte telefonische Verträge. Näher liegt eine Regelung im Rahmen von 312a Abs. 1 BGB, da diese Vorschrift jetzt schon besondere Pflichten des Unternehmers bei von ihm initiierten Anrufen zum Zwecke des Vertragsschlusses regelt. Eine Beschränkung auf Energielieferverträge sollte entfallen.

Die gewählte Konstruktion, die Bestätigung rechtlich als formgebundene Nachgenehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrags auszugestalten, wirft Fragen auf, die der Entwurf auch im Hinblick auf die zweifelhafte Rückwirkung der Genehmigung gemäß § 184 BGB nicht beantwortet. Einen an sich wirksamen Vertragsschluss, bei dem allenfalls der Inhalt zweifelhaft sein kann, von der *eigenen* Genehmigung abhängig zu machen, widerspricht grundlegend der Systematik der §§ 182 ff BGB, die nur für die Zustimmung von *Dritten* zu einem Rechtsgeschäft gelten. Auch die in der Begründung thematisierten Bedenken gegen eine generelle Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 BGB belegen, dass schon die Geltung der §§ 182 ff BGB zweifelhaft ist. In der Sache geht es eher um eine Bestätigung im eigentlichen Sinne, die gemäß § 141 BGB als Neuvornahme (mit Wirkung *ex nunc*) gilt. Wurde außerdem, aus welchen Gründen auch immer, noch gar kein Vertrag am Telefon geschlossen (und das sind ja die praktisch relevanten Fälle), greift die neue Regelung dem Wortlaut und der Systematik nach von vornherein nicht ein. Wenn sich also der Verbraucher tatsächlich noch nicht binden wollte, bliebe es beim bisherigen Rechtszustand und der Verbraucher hätte zu seinem Schutz lediglich das Widerrufsrecht. Nach Auffassung des DAV reicht dies auch aus, widerspricht aber der Gesetzesintention, den Verbraucher über das Widerrufsrecht hinaus zu schützen.

Aus dem Zusammenspiel der Neuregelungen und ihrer Begründung folgt, dass der Unternehmer nunmehr neben der bisherigen Vertragsbestätigung gemäß § 312f Abs. 2 BGB vorab gemäß § 312c Abs. 3 Satz 1 BGB-E noch eine weitere Mitteilung über den Vertragsinhalt auf dauerhaftem Datenträger vorlegen muss. Erst wenn der Verbraucher diese erste Mitteilung in Textform genehmigt hat, soll der Vertrag wirksam werden und die Frist zur Vorlage der zweiten Vertragsbestätigung sowie den Lauf der Widerrufsfrist auslösen. Ersteres soll dadurch klargestellt werden, dass in §

312f Abs. 2 Satz 1 BGB die Wörter „nach Vertragsschluss“ durch die Wörter „nachdem der Vertrag wirksam geworden ist“ ersetzt werden. Entsprechender Änderungsbedarf besteht dann aber erst recht in Bezug auf den Beginn der Widerrufsfrist, die nach § 355 Abs. 2 bzw. § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB ebenfalls „mit Vertragsschluss“ zu laufen beginnt. Die Erläuterungen lediglich in der Gesetzesbegründung (S. 25) reichen nicht aus, um insoweit Rechtssicherheit zu schaffen, zumal kein Grund für die unterschiedliche Handhabung ersichtlich ist. Problematisch bleibt allerdings, dass sich eine entsprechende Änderung in Bezug auf den Beginn der Widerrufsfrist auch auf die Formulierung der Widerrufsbelehrung auswirken müsste, obwohl das gesetzliche Muster (nach BGB und VRRL) die Formulierung „mit Vertragsschluss“ vorschreibt. Schließlich aber stellt auch ein Beginn beider Fristen mit Wirksamwerden des Vertrags nicht hinreichend klar, dass es insoweit auf die Genehmigung des Verbrauchers ankommen soll. Denn diese wirkt ja, bei einer Konstruktion über §§ 182 ff BGB, grundsätzlich *ex tunc*, also wiederum auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.

Durch die geplante Änderung in § 312f Abs. 2 S. 2 BGB soll es dem Unternehmer erleichtert werden, seinen textlichen Informationspflichten gemäß Art. 246a EGBGB (einschließlich Widerrufsbelehrung) nicht erst mit der eigentlichen Vertragsbestätigung bzw. bereits vor Vertragsschluss, sondern auch zusammen mit der Vertragsmitteilung gemäß § 312c Abs. 3 BGB-E nachzukommen. Erhält aber der Verbraucher zusammen mit der Vertragsmitteilung und der Aufforderung zur Genehmigung bzw. Bestätigung auch die Belehrung über sein Widerrufsrecht (worüber er ja auch bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses zu informieren ist), dürfte die Verwirrung komplett sein. Der Verbraucher wird kaum verstehen, warum er ausführlich über ein Widerrufsrecht belehrt wird, wenn er den Vertrag zunächst noch bestätigen muss.

Zu kaum auflösbaren Widersprüchen dürfte es auch dann kommen, wenn der Verbraucher ausdrücklich den sofortigen Leistungsbeginn verlangt hat und den Vertrag dann doch nicht bestätigen will. In diesem Fall steht dem Unternehmer gemäß § 312c Abs. 4 BGB-E kein Anspruch auf Wertersatz zu. Widerruft der Verbraucher jedoch (vor oder nach der Bestätigung), hat der Unternehmer bei entsprechend korrekter Belehrung einen Wertersatzanspruch gemäß § 357 Abs. 8 BGB.

Aus vorgenannten Gründen rät der DAV insgesamt von einer Bestätigungslösung in der hier vorgeschlagenen Form dringend ab.

Um den Verbraucherschutz und die Rechtssicherheit bei allen telefonischen Vertragsschlüssen gleichwohl zu stärken, ohne den Parteien die Möglichkeit eines schnellen und unbürokratischen Vertragsschlusses zu nehmen, könnte auch lediglich eine materielle Beweisregel eingeführt werden. Man könnte etwa im Rahmen von § 312a Abs. 1 BGB, der ja Werbeanrufe mit dem Ziel eines Vertragsschlusses zum Gegenstand hat, ergänzen, dass der Vertrag nur dann mit dem vom Unternehmer gem. § 312f Abs. 2 BGB auf dauerhaftem Datenträger bestätigten Inhalt wirksam wird, wenn der Verbraucher dem nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Vertragsbestätigung (bzw. innerhalb einer parallel laufenden Widerrufsfrist) widerspricht und er auf diese Rechtsfolge spätestens bei Übersendung der Vertragsbestätigung ausdrücklich hingewiesen wird (vgl. § 308 Nr. 5 BGB). Damit würde man gleichzeitig das ungelöste Problem der umfassenden Informationerteilung und der Einbeziehung von AGB bei telefonischen Vertragsschlüssen (vgl. MüKoBGB/*Basedow* BGB § 305 Rn. 68) interessengerecht und praktikabel lösen.

Um den zivilrechtlichen Verbraucherschutz speziell bei unerlaubter Telefonwerbung und anderen verbotenen Geschäftspraktiken zu erhöhen, worum es im Kern ja eigentlich geht, könnten diese Fälle ausdrücklich als Anfechtungsgrund im Sinne von §§ 119 oder 123 BGB anerkannt werden. Bei dieser Lösung wäre ein Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz auf die tatsächliche Bereicherung des Verbrauchers beschränkt. Auch dann wäre allerdings zum Schutz des Rechtsverkehrs § 144 BGB zu beachten, wonach die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn das infolge der unerlaubten Geschäftspraktik zustande gekommene Rechtsgeschäft vom Anfechtungsberechtigten (allerdings auch konkludent) bestätigt wird.

IV. § 476 BGB-E: Abweichende Vereinbarungen

Der Referentenentwurf sieht eine aufgrund der Rechtsprechung des EuGH erforderliche Ergänzung zu § 476 Abs. 1 BGB vor. Der DAV hatte hierzu bereits zur Vorbereitung einer Anhörung im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 19. September 2018 die Stellungnahme SN46/18 vom 17.09.2018 veröffentlicht, die sich mit einem inhaltlich gleichlautenden Vorschlag beschäftigt hat. Ausgangspunkt ist die Entscheidung

des Europäischen Gerichtshofs vom 13.07.2016 - C 13316 (Ferenschild) - wonach eine Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren auch bei gebrauchten Sachen mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unvereinbar ist. Seit dieser Entscheidung ist § 476 Abs. 2 BGB unionsrechtswidrig. Der DAV begrüßt, dass Gesetzgeber mit dem jetzigen Vorschlag wieder einen richtlinienkonformen Zustand herstellt. Der Referentenentwurf folgt dem in der Stellungnahme des DAV ebenfalls grundsätzlich als richtig dargestellten Vorschlag.

Der DAV weist darauf hin, dass mit der vorgeschlagenen Änderung des § 476 Abs. 2 BGB eine dogmatische Unterscheidung in das deutsche Recht eingeführt wird, die diesem bisher fremd ist. Im Hinblick auf die Gewährleistung unterscheidet das deutsche Recht grundsätzlich nicht zwischen Haftungs- und Verjährungszeiträumen. Allerdings erkennt der DAV durchaus ein praktisches Bedürfnis für eine solche Unterscheidung, um am Ende der Verjährungsfrist auftretende Mängel noch rechtzeitig verjährungshemmend geltend machen zu können. Entsprechende Regelungen finden sich in internationalen Anlagebauverträgen oder auch in der VOB/B. Der DAV hat darauf in seiner bisherigen Stellungnahme bereits hingewiesen.

Zu begrüßen ist, dass die vorgeschlagene Regelung sich hinsichtlich ihres Wortlauts „Mangel [...] gezeigt hat“ an § 477 BGB orientiert und keine neuen Begriffe verwendet. Dies erleichtert die Auslegung dieser im Einzelfall durchaus schwierig subsumierbaren Formulierung. In der Gesetzesbegründung ist sehr hilfreich und entsprechend der Anregung des DAV aus der Stellungnahme 46/18 angemerkt, dass die Formulierung im Hinblick auf die übertragbare Rechtsprechung zu § 477 BGB gewählt wurde.

Der DAV regt zudem weiterhin an, zusätzlich wie in anderen europäischen Staaten eine Rügefrist für Verbraucher entsprechend der Richtlinie (Richtlinie 1999/44, Artikel 5 Abs. 2) einzuführen, damit für alle Beteiligten schneller Klarheit und noch bessere Rechtssicherheit geschaffen wird. Auch beim Verkauf gebrauchter Sachen stand das deutsche Recht der Einführung einer Rügefrist bisher ablehnend gegenüber. In der Sache hat es mit einer verkürzten Verjährungsfrist ein ähnliches Ziel verfolgt. Da die kurze Verjährungsfrist unionsrechtlich nicht mehr zulässig ist, stellt sich die Frage der Einführung einer Rügefrist jetzt anders. Damit die Rechte der Verbraucher nicht gegenüber dem derzeitigen Recht (ein Jahr Zeit für den Verbraucher) verschlechtert werden, könnte man nach der geplanten Einfügung des § 476 Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB-E ergänzend als § 476 Abs. 1 S. 5 BGB-E einfügen:

„Wird eine solche Vereinbarung getroffen, so haftet der Verkäufer für einen Mangel nur, wenn der Käufer den Verkäufer binnen zwei Monaten, nachdem sich der Mangel gezeigt hat, über diesen unterrichtet hat oder der Mangel binnen eines Jahres nach Gefahrübergang in einer die Verjährung hemmenden Weise geltend gemacht worden ist.“

Damit ist die Versäumung der Rügefrist für Mängel unschädlich, wenn der Verbraucher innerhalb der bisher geltenden Verjährungsfrist eine die Verjährung hemmende Maßnahme trifft.