

**Stellungnahme
zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung der
Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzver-
trägen und über verbundene Verträge (BT-Drs. 17/5097)**

4. Mai 2011

I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels für rund 400.000 selbstständige Unternehmen mit insgesamt 2,8 Millionen Beschäftigten und knapp 400 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen des gesamten Einzelhandels - aller Branchen, Standorte und Betriebsgrößen. Zu den Mitgliedern des HDE gehören neben den großen deutschen Versandhandelsunternehmen auch zahlreiche stationäre Einzelhändler, die mit dem Online-Handel einen weiteren Vertriebsweg für ihr Unternehmen erschlossen haben. Insbesondere für kleine und mittelständische Händler stellt der E-Commerce mittlerweile ein wichtiges, teilweise existenzsicherndes zweites Standbein dar.

II. Grundsätzliches

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03. September 2009 (Rechtssache C 489/07, Messner) hat für erhebliche Verunsicherung bei den im Fernabsatz tätigen Einzelhandelsunternehmen gesorgt. Teilweise wurde in der Literatur behauptet, wegen der Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG) und der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH sei ein Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen durch den Käufer vollständig ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss hätte dem Missbrauch der Widerrufsmöglichkeiten durch den Kunden Tür und Tor geöffnet und zu einer nicht abzuschätzenden Kostenbelastung für die im Fernabsatz tätigen Einzelhändler geführt, weil diese auch das Abnutzungsrisiko der Ware hätten tragen müssen.

Mit dem nun vorgelegten Gesetzentwurf wird klargestellt, dass unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin eine Verpflichtung des vom Fernabsatzvertrag zurücktretenden Kunden sowohl auf Nutzungs- als auch auf Verschlechterungswertersatz bestehen kann. Dem Händler wird dadurch unter den vom Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen die Möglichkeit gegeben, vom Verbraucher nach Widerruf des Vertrags Ersatz zu verlangen, wenn dieser die Ware bis zum Widerruf genutzt hat (z. B. sorgsame Nutzung eines Flachbildschirms während der Fußballweltmeisterschaft: „Nutzungswertersatz“) oder sich die Sache durch die Nutzung sogar verschlechtert hat und ggf. unverkäuflich geworden ist (z. B. Tragen von Schuhen auf der Straße: „Verschlechterungswertersatz“). Diese Regelung ist dringend erforderlich und wird vom HDE daher ausdrücklich begrüßt.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass nach einer stichprobenartigen Mitgliederbefragung des HDE durchschnittlich 45 Prozent der abgeschlossenen Fernabsatzverträge von den Verbrauchern widerrufen und die Ware zurückgesandt wird. Der Widerruf von Fernabsatzverträgen ist somit keinesfalls die Ausnahme, sondern vielmehr die Regel. Zwar können 95 Prozent der Waren nach Rücksendung ein weiteres Mal verkauft werden. Vor dem Wiederverkauf ist allerdings regelmäßig eine kostenintensive Aufbereitung der Waren (z. B. Reinigung und Neuverpackung) erforderlich. In der Praxis kommt es leider auch immer wieder zu einem Missbrauch des Widerrufsrechts durch den Verbraucher. Beispielsweise werden Schlafsäcke für ein Wochenende genutzt und anschließend verschmutzt und durchgeschwitzt an das Unternehmen zurückgesandt. Dies kommt in der Praxis auch bei Bekleidung, Schu-

hen etc. vor. Klassische Problemfälle sind auch die Rücksendung von Anzügen, Ball- und Hochzeitskleidern, wobei die Rücksendung offensichtlich nach dem einmaligen Tragen erfolgt. Rund 5 Prozent der nach Widerruf des Vertrags zurückgesandten Waren können infolge der intensiven Nutzung durch die Verbraucher nicht mehr wieder verkauft werden. Die vom HDE befragten Unternehmen sind aufgrund ihrer praktischen Erfahrung unisono der Auffassung, dass ohne klare Regelungen zum Wertersatz die Zahl der Missbrauchsfälle zunehmen würde. Dabei ist zu beachten, dass die im Zusammenhang mit dem Widerruf der Verträge bei den Unternehmen entstehenden Kosten selbstverständlich bei der Kalkulation der Verkaufspreise berücksichtigt werden müssen, sodass sie in der Konsequenz von den ehrlichen Verbrauchern zu bezahlen sind. Auch könnte die Wettbewerbsfähigkeit des Versand- und Onlinehandels gegenüber dem stationären Einzelhandel dadurch nicht unerheblich beeinträchtigt werden.

Aufgrund dieser Ausgangslage halten wir die im Gesetzentwurf enthaltene Regelung für angemessen, eine Verpflichtung zum Wertersatz immer dann vorzusehen, wenn eine Verschlechterung der Kaufsache auf einen Umgang des Kunden mit dieser zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht. Dies entspricht nach unserer Auffassung auch den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs, weil keine generelle Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz vorgesehen ist, eine über die bloße Prüfung hinausgehende Nutzung und Ingebrauchnahme der Kaufsache den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen würde und schließlich der vorgesehene, unter bestimmten Voraussetzungen und damit nur in Ausnahmefällen zu leistende Wertersatz die Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts in keiner Weise beeinträchtigen wird.

Ganz im Gegenteil ist die vorgesehene Regelung angemessen und erforderlich, um das Widerrufsrecht im Fernabsatz praxisgerecht umzusetzen. Auch das Amtsgericht Berlin hat entschieden (Urteil vom 05.01.2010, Az. 5 C 7/09), dass unter Berücksichtigung der Fernabsatzrichtlinie und der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs § 357 Abs. 3 BGB dahin auszulegen sei, dass der Händler im Fernabsatz Anspruch auf Wertersatz habe, wenn die Kaufsache Gebrauchsspuren aufweise, die nicht lediglich als Folge einer bestimmungsgemäßen Prüfung und eines entsprechenden „Ausprobierens“ der Waren angesehen werden können. Auch das Landgericht Potsdam hat eine unbeschränkte Prüfungsmöglichkeit der Verbraucher abgelehnt, indem es ein Recht, zur Prüfung einer im Online-Handel bestellten Flasche alten Cognacs den Korken zu entnehmen, abgelehnt hat (LG Potsdam, Urteil v. 27.10.2010, Az. 13 S 33/10). Teilweise davon abweichende Rechtsprechung - die dem Verbraucher deutlich weitgehendere Prüfungsmöglichkeiten zubilligt - belegt jedoch, dass aus Gründen der Rechtssicherheit dringend gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Dies führt nicht zuletzt auch im Interesse der Verbraucher zu mehr Klarheit und schließt unnötige Streitigkeiten zwischen Unternehmer und Hersteller von vornherein aus.

Wir unterstützen den von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf daher grundsätzlich. Lediglich einige kleinere Modifikationen halten wir für wünschenswert, um sicherzustellen, dass entsprechend der Zielsetzung der Fernabsatzrichtlinie der Verbraucher beim Abschluss eines Fernabsatzvertrags die gleiche Rechtsposition erhält, wie er sie beim Kauf im stationären Einzelhandel hätte. Dies heißt nämlich auch, dass die im Fernabsatz tätigen Händler bei Ausübung des Widerrufsrechts

durch den Kunden nicht grundlos mit zusätzlichen Kosten und Risiken belastet und damit im Verhältnis zu den stationären Einzelhändlern benachteiligt werden dürfen.

III. Zu den einzelnen Regelungen

1. § 312 e BGB-Entwurf „Wertersatz bei Fernabsatzverträgen“ (Art. 1 Ziff. 2)

a) § 312 e Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 BGB-Entwurf

Wir halten es aus Gründen der Rechtssicherheit und um eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten für wünschenswert, in § 312 e Abs. 1 Ziff. 1 BGB-Entwurf klarzustellen, welches Verhalten unter einer „Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise“ zu verstehen ist.

Zu Recht wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass nur eine Prüfung in dem Umfang unproblematisch ist, wie sie auch in einem Ladengeschäft hätte erfolgen können. Diese Grenze sollte auch bereits im Gesetzestext vorgegeben werden, um eine unverhältnismäßige Nutzung der Waren durch den Verbraucher vor dem Widerruf des Vertrags auszuschließen. Nicht zuletzt im Interesse der ehrlichen Verbraucher werden so zusätzliche Kostenbelastungen des Unternehmers vermieden. Grundgedanke muss sein, dass der Verbraucher die Ware im Fernabsatz nicht intensiver prüfen und untersuchen darf, als ihm dies in einem Ladengeschäft möglich gewesen wäre. So ist es dem Kunden im stationären Handel regelmäßig nicht gestattet, z. B. Sportfunktionskleidung über das Anprobieren hinaus einem Belastungstest zu unterziehen. Dies ist im Richtlinienentwurf der EU-Kommission über Rechte der Verbraucher vom 08.10.2008 in den Erwägungsgründen (Nr. 31) auch ausdrücklich angesprochen.

Ziff. 1 sollte daher wie folgt formuliert werden:

„(1) ...

1. *soweit er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, was immer dann der Fall ist, wenn die Ware nicht nur in einer Weise genutzt oder in Gebrauch genommen wurde, wie es üblicherweise auch in einem Ladengeschäft möglich gewesen wäre, und*

2. ...“

b) § 312 e Abs. 1 S. 1 Ziff. 2 BGB-Entwurf

Die in Ziff. 2 des § 312 e Abs. 1 BGB-Entwurf vorgesehene Verpflichtung des Unternehmers, auf die Rechtsfolge einer über die Prüfung der Eigenschaften und Funktionsfähigkeit hinausgehenden Nutzung der Kaufsache hinzuweisen, ist als zusätzliche Aufklärungspflicht zwar grundsätzlich problematisch, weil sie die Informationspflichten des Unternehmers verkomplizieren und mit dem Risiko verbunden sind, dass die ohnehin komplexe Belehrung fehlerhaft gestaltet wird. In dem vorliegenden Fall kann ein Hinweis auf die Rechtsfolge jedoch auch eine Warnfunktion für den Verbraucher erfüllen und ihn zur umsichtigen Prüfung der Kaufsache anhalten. Da

ein entsprechender Hinweis zu Recht in der Musterbelehrung enthalten ist, vertritt der HDE die Auffassung, dass es aus Gründen der Kohärenz auch unproblematisch ist, eine entsprechende Hinweispflicht in das Gesetz aufzunehmen. Gegen die vorgesehene Regelung haben wir daher im vorliegenden Fall keine Bedenken.

An dieser Stelle ist es für die Unternehmen des Einzelhandels wichtig, dass die Möglichkeit der „anderweitigen Kenntnisnahme“ wie im vorliegenden Kabinettsentwurf vorgesehen erhalten bleibt. Er bietet dem Unternehmer die Möglichkeit, eine anderweitige Kenntnisnahme des Verbrauchers im Hinblick auf das Widerrufsrecht nachzuweisen. Die Beweislast trägt dabei der Unternehmer. Die Regelung hat auch praktische Bedeutung, weil der Verbraucher von dem Widerrufsrecht auch durch Dritte oder durch nicht ordnungsgemäße Belehrung Kenntnis erlangen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch eine in Randbereichen nicht ordnungsgemäße Belehrung gleichwohl geeignet sein kann, dem Verbraucher die notwendigen Kenntnisse hinsichtlich des Widerrufsrechts zu verschaffen.

Weiterhin halten wir es für wünschenswert, auch bei fehlender Widerrufsbelehrung und langer Nutzungsdauer (z. B. ab Überschreiten der maximal vorgesehenen Widerrufsfrist) einen Nutzungswertersatz vorzusehen. Da das deutsche Recht bei fehlerhafter Belehrung ein „ewiges“ Widerrufsrecht vorsieht (§ 355 Abs. 3 S. 3 BGB), ist es nach Auffassung des HDE sachgerecht, in diesen Fällen nach Ablauf der europarechtlich vorgesehenen maximalen Widerrufsfrist den Verbraucher ohne Einschränkung zum Wertersatz zu verpflichten, weil dadurch sonst bestehende Missbrauchsmöglichkeiten eingeschränkt werden.

c) § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB-Entwurf

Der Satz: „§ 347 Abs. 1 S. 1 ist nicht anzuwenden.“ sollte gestrichen werden. Mit dieser Regelung wird festgelegt, dass der Verbraucher keinen Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen leisten muss.

Diese Regelung geht weit über eine Klarstellung hinaus. Nach der geltenden Rechtslage ist der Verbraucher bei Widerruf nämlich auch verpflichtet, Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten, soweit die Nichtnutzung den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht und ihm eine Nutzung auch praktisch möglich gewesen wäre. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass es nach der Rechtsprechung unerheblich ist, ob der Verbraucher Nutzungen tatsächlich gezogen hat (BGH NJW 1985, S. 1544). Diese Auffassung wird auch in der Literatur vertreten (Lütcke: Fernabsatzrecht, München 2002, § 357 RZ 37).

Die vorgesehene Regelung würde den Unternehmer vor unlösbare Beweisschwierigkeiten stellen. Hat z. B. ein Verbraucher einen Fernseher mehrere Wochen in seinem Besitz und behandelt er den Fernseher so pfleglich, dass keine Verschlechterung eintritt, könnte der Unternehmer nur dann Wertersatz verlangen, wenn er die tatsächliche Nutzung nachweisen könnte. Da dies nur bei Vorliegen von Gebrauchsspuren möglich ist - die dann auch eine Verschlechterung darstellen würden - wird eine solche Regelung in der Praxis häufig auf einen Ausschluss des Nutzungswertersatzes hinauslaufen.

Außerdem ist zu beachten, dass die Ware, während sie sich im Besitz des Verbrauchers befindet, ihre Verkehrsfähigkeit verlieren kann (ein elektronisches Gerät entspricht nicht mehr dem neuesten Stand der Technik, Bekleidung wird unmodern). Die Tatsache, dass sich ein Artikel über längere Zeit im Besitz des Verbrauchers befindet

und damit für den Unternehmer nicht verfügbar ist, kann damit durchaus zu einem nicht unerheblichen wirtschaftlichen Nachteil für den Unternehmer führen.

Eine gänzliche Streichung des Nutzungswertersatzes in diesen Fällen würde daher eine weitere Benachteiligung des Versandhandels gegenüber dem stationären Einzelhandel darstellen und sollte unterbleiben.

2. § 357 Abs. 3 BGB-Entwurf (Art. 1 Ziff. 4.)

Aus den unter Gliederungspunkt II. 1. a) genannten Gründen sollte auch in § 357 Abs. 3 Ziff. 1 BGB-Entwurf klargestellt werden, welches Verhalten unter einer „Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise“ zu verstehen ist. Ziff. 1 sollte daher wie folgt formuliert werden:

„(3) ...

1. *soweit die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, was immer dann der Fall ist, wenn die Ware nicht nur in einer Weise genutzt oder in Gebrauch genommen wurde, wie es üblicherweise auch in einem Ladengeschäft möglich gewesen wäre, und*

2. ...“

3. Muster für die Widerrufsbelehrung / Rückgabebelehrung (Art. 2 Ziff. 4)

Auch im Interesse der Verbraucher halten wir es für richtig, dass unter der Überschrift „Widerrufsfolgen“ in Satz 2 klargestellt worden ist, welches Verhalten unter einer „Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise der Sache“ zu verstehen ist.

Es ist nämlich wichtig, den Kunden in der Widerrufsbelehrung ausdrücklich über seine Rechte zu belehren und daher auch darauf hinzuweisen, dass nur eine Prüfung in dem Umfang unproblematisch ist, wie sie auch in einem Ladengeschäft üblicherweise hätte erfolgen können. Ein solcher Hinweis erfüllt auch eine Warnfunktion im Interesse des Kunden und stellt sicher, dass der Kunde sich über die Rechtsfolgen einer besonders intensiven Ingebrauchnahme im Klaren ist und er sich damit der effektiven Ausübung seines Widerrufsrechts ggf. begibt. Dadurch wird letztlich auch kostenintensiven Streitigkeiten zwischen Unternehmern und Verbrauchern vorgebeugt, an denen die Unternehmer im Hinblick auf die Kundenzufriedenheit auch keinerlei Interesse haben.

Aus denselben Gründen ist es richtig, dass das Muster der Rückgabebelehrung unter der Überschrift „Rückgabefolgen“ in gleicher Weise der Satz 3 ergänzt wurde.

IV. Zusammenfassung

Der von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf geht in die richtige Richtung. Der HDE begrüßt, dass gesetzlich klargestellt werden soll, unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung des vom Fernabsatzvertrag zurücktretenden Kunden sowohl auf Nutzungs- als auch auf Verschlechterungswertersatz besteht. Damit die im Fernabsatz tätigen Händler nicht grundlos mit zusätzlichen Kosten und Risiken belastet werden, sind jedoch noch folgende Änderungen notwendig und wünschenswert:

- In § 312 e Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 sowie in § 357 Abs. 3 Ziff. 1 muss ergänzt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise einer Ware vorliegt.
- Bei übermäßig langer Nutzungsdauer infolge einer fehlenden Widerrufsbelehrung muss ein Anspruch des Unternehmers auf Nutzungswertersatz ohne weitere Voraussetzungen vorgesehen werden.
- Die Regelung des § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB-Entwurf, nach der Verbraucher keinen Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen nach § 347 Abs. 1 S. 1 BGB leisten müssen, ist zu streichen.
- Die Formulierungen der Muster für die Widerrufsbelehrung / Rückgabebelehrung, mit denen klargestellt wird, welches Verhalten unter einer „Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise der Sache“ zu verstehen ist, sind richtig und wichtig und müssen daher aufrechterhalten bleiben.

Rückfragen bitte an:

Dr. Peter Schröder

Telefon: 030/726250-46

E-Mail: schroeder@hde.de