

Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V.  
Taubenstraße 20-22 · 10117 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie  
Frau Regierungsdirektorin Bärbel Fuchs  
Referat II A 2-H  
Scharnhorststr. 34-37  
10115 Berlin

15. März 2013

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie  
Stellungnahme des Bundesrats

Sehr geehrte Frau Fuchs,

herzlichen Dank für die Gelegenheit, Ihnen zum Vorschlag des Bundesrates betreffend Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs (S. 13 der Bundesrats-Drs. 817/12) Anmerkungen zukommen zu lassen. Gerne übersenden wir Ihnen hierzu, sowie zu einem weiteren Punkt die nachfolgenden Anmerkungen.

## 1. Entwicklung des Versand- und Onlinehandels von Lebensmitteln

Im Anhang erhalten Sie wie gewünscht Zahlenmaterial zur Entwicklung des Onlineverkaufs von Lebensmitteln. Wie Sie aus den Anhängen ersehen können, ist der Umsatz mit Lebensmitteln und Delikatessen im Versandhandel von 588 Mio Euro (von 27,6 Mrd Euro Gesamtumsatz) im Jahr 2007 auf 800 Mio Euro (von 39,3 Mrd Euro Gesamtumsatz) im Jahr 2012 gestiegen. Davon betrug der reine E-Commerce-Umsatz mit Lebensmitteln und Delikatessen in 2007 279 Mio Euro (von 10,9 Mrd Euro Gesamtumsatz) und stieg auf 460 Mio Euro (von 27,6 Mrd Euro Gesamtumsatz) im Jahr 2012. Die Umsatzsteigerung im Bereich des Versandhandels erfolgte also um 36 % von 2007 bis 2012 und im Bereich des E-Commerce sogar um knapp 65 % von 2007 bis 2012. Angesichts der enormen jährlichen Umsatzsteigerungen im Online- und Versandhandel (Rekordwachstum von 27,2 % im E-Commerce und 15,6 % im gesamten Interaktiven Handel 2012 gegenüber 2011) ist auch hier zukünftig mit weiteren Steigerungen zu rechnen.

Leider liegt uns aber kein Zahlenmaterial bezüglich des Anteils längerfristiger Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Bedarfsgegenständen vor.

## 2. Keine Beschwerden zu Fällen des § 312b Abs. 3 Nr. 5 BGB

Beschwerden zu den erwähnten längerfristigen Verträgen über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Bedarfsgegenständen, die durch regelmäßige Fahrten des Unternehmers geliefert werden, sind uns nicht bekannt. In diesem Zusammenhang möchte ich darauf hinweisen, dass gerade für Unternehmen im Interaktiven Handel, d.h. im Online- und Versandhandel, der Kundenservice oberste Priorität hat. Da es hier nicht – wie beim stationären Handel



- eine sogenannte „Laufkundschaft“ gibt, ist es für die Unternehmen besonders wichtig, dass ein Kunde mit der Leistung des Händlers zufrieden ist, denn nur dann wird er erneut dort einkaufen. Kulanz - oft auch über die gesetzlichen Vorgaben hinaus - ist daher gerade im Online- und Versandhandel an der Tagesordnung.

### **3. Stellungnahme zur vorgeschlagenen Schaffung eines Widerrufsrechts für diese Fälle**

Die Schaffung einer bewussten Abweichung von der größtenteils vollharmonisierten Verbraucherrechte-Richtlinie im nationalen Alleingang ist aus Sicht des bvh mangels konkreter Problemfälle im Bereich der Lebensmittellieferungen nicht zu rechtfertigen:

Bei Fällen wie dem vom Bundesrat genannten Beispiel des Langzeitabonnements einer Biokiste birgt die Einführung eines Widerrufsrechts das Risiko des Missbrauchs, da ein Kunde diese auch verbrauchen und trotzdem widerrufen könnte, ohne dafür Wertersatz leisten zu müssen: Nach der aktuellen Rechtsprechung zum Wertersatz (EuGH, 3. September 2009, AZ.: C-489/07 bzw. BGH 03.11.2010 - VIII ZR 337/09) wäre nämlich darauf abzustellen, ob die Wertminderung an der Ware bereits durch das Prüfen der Ware während der Widerrufsfrist entstanden ist. In diesem Fall schuldet der Verbraucher für den durch die Prüfung entstandenen Wertverlust keinen Wertersatz: Da der Inhalt einer Biokiste in der Regel jedoch innerhalb der Widerrufsfrist verdirbt, wird die Ware wertlos, unabhängig davon, ob der Kunde sie nur prüft oder verbraucht. Insofern könnte ihm keine Verpflichtung zum Wertersatz auferlegt werden. Bei der Bestellung schnell verderblicher Ware besteht deshalb aus guten Gründen schon heute gemäß § 312 d Abs. 4 Ziff. 1 BGB (bzw. nach § 312g Abs. 2 Ziff. 2 Reg-E) kein Widerrufsrecht. Die Einführung eines Widerrufsrechts für langfristige Verträge würde hier zu einem Wertungswiderspruch führen. Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass die fraglichen Fälle in erster Linie regionale und damit oft kleinere Anbieter betreffen dürften, die eigene Erzeugnisse in ihrem unmittelbaren Umkreis ihren Kunden direkt ausliefern. Das Widerrufsrecht würde für diese zu einer erheblichen wirtschaftlichen und logistischen Belastung führen. Zudem dürften sich aufgrund der eigenen Auslieferung durch den Händler weitere Folgefragen stellen, die durch das aktuelle Widerrufsrecht nicht beantwortet werden, wie z.B. in welcher Form die Ware nach Widerruf zum Händler zurückzubringen ist.

### **4. Stellungnahme zur vorgeschlagenen Beibehaltung eines Widerrufsrechts für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Bedarfsgegenständen, die durch regelmäßige Fahrten des Unternehmers geliefert werden**

Wir teilen nicht die Ansicht des Bundesrates, dass eine Senkung des Verbraucherschutzniveaus durch die Aufhebung des Widerrufsrechts für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Bedarfsgegenständen, die durch regelmäßige Fahrten des Unternehmers geliefert werden, eintreten würde. Tatsächlich unterliegen z.B. der "Eiermann" oder der rollenden Lebensmittel-Laden, der einmal die Woche über die Dörfer fährt und in infrastrukturschwachen Regionen den lokalen Supermarkt ersetzt, bereits heute keinem Widerrufsrecht. Denn weder werden diese Verträge durch mündliche Verhandlungen am Arbeitsplatz oder in der Wohnung abgeschlossen, noch anlässlich einer Freizeit-

veranstaltung oder im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen. Es wäre auch absolut widersinnig, wenn die Kunden bei jedem Einkauf an solch einem rollenden Stand Widerrufsbelegungen über sich ergehen lassen müssten und dazu Formulare ausgehändigt bekämen.

Die EU-Richtlinie hat vielmehr durch die neue Definition - "außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen" - den Anwendungsbereich des § 312 BGB erweitert: Im Prinzip werden jetzt alle außerhalb von festen Geschäftsräumen veranlassten oder abgeschlossenen Verträge erfasst. Auf überraschendes Ansprechen, Fehlen vorhergehender Bestellung o.ä. kommt es nicht mehr an. Umso nötiger waren aus Sicht des EU-Gesetzgebers daher die in der Richtlinie aufgenommenen Ausnahmetatbestände, um nicht unsinnige Resultate zu erzeugen. Also gerade, um nicht versehentlich den im Lkw umherfahrenden Eiermann einzubeziehen, hat Brüssel in der Richtlinie die Ausnahme in Art. 3 Abs. 3 Buchstabe j vorgesehen.

Auch ist zu bedenken, dass die Widerrufsfrist erst mit Erhalt der Ware zu laufen beginnt. Da die Waren, von denen wir hier sprechen, verderblich sind, hat der Brüsseler Gesetzgeber in Art. 16 Buchstabe d zusätzlich die Ausnahme vom Widerrufsrecht speziell für Lebensmittel eingeführt. Letzteres ist auch keine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie, sondern ein expliziter Ausschluss dieses Verbraucherrechtes. Somit hat der nationale Gesetzgeber hier aufgrund der Vollharmonisierung der Richtlinie gar keine Möglichkeit, diese Warengruppen mit schärferen Regeln zu überziehen als die Richtlinie vorsieht.

Soweit der Bundesrat auf die Laufzeit der Verträge abschließt und auf Abonnements verweist, ist dies keinerlei Ansatzpunkt für ein Widerrufsrecht: Das Widerrufsrecht besteht für die beiden Vertriebsformen (nämlich die Art und Weise, wie die Verträge angebahnt werden) - nicht etwa weil ein Vertrag eine gewisse Laufzeit hat. Der Anknüpfungspunkt "Abonnement- bzw. Laufzeit" und die daraus abzuleitenden Schutzbedürfnisse des Verbrauchers ergeben sich in genau derselben Weise im stationären Handel. Die Laufzeit als Argument für die Einführung des "Exoten-Rechts" Widerruf (denn grundsätzlich gilt: pacta sunt servanda) zu nehmen, mit der nicht passenden Rechtsfolge Leistungsrückabwicklung usw., hieße, die gesamte Gesetzessystematik durcheinander zu bringen: Widerrufsrechte werden hier mit Kündigungsmöglichkeiten verwechselt.

Das Thema Laufzeiten und überlange Vertragsbindung gehören allenfalls im Zuge des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen/ unfaire Vertragsklauseln behandelt. Und genau dort gibt es schon eine Regelung, nämlich § 309 Ziff. 9 BGB, welcher bei einem Vertrag über regelmäßig zu liefernde Waren oder Dienstleistungen eine längere Bindung als zwei Jahre für unwirksam erklärt. Angesichts fehlender Beschwerdefälle ist nicht einzusehen, warum der Verbraucherschutz hier vorbeugend ausgedehnt werden sollte.

## **5. Stellungnahme zur Schaffung eines Bestätigungserfordernisses für Verträge aus Telefonwerbung:**

Ergänzend möchte ich an dieser Stelle noch auf einen weiteren Vorschlag des Bundesrates eingehen, der die Schaffung eines Bestätigungserfordernisses für Verträge aus Telefonwerbung vorsieht (S. 6-7 der Bundesrats-Drs. 817/12).

Das Vorhaben des Bundesrates, Verbraucher vor der Belästigung durch unerlaubte Telefonwerbung zu schützen, insbesondere wenn diese darauf abzielt, die Verbraucher zum Abschluss ungewollter Verträge zu bewegen, ist grundsätzlich zu unterstützen. Der insoweit vorgeschlagene Gesetzesentwurf ist jedoch unverhältnismäßig. Er kann und wird unerlaubte Telefonwerbung nicht verhindern, wird aber den Abschluss telefonischer Verträge praktisch unmöglich machen. Dies hätte katastrophale Folgen für unsere Branche und ihre Beschäftigten.

#### I. Betroffenheit des interaktiven Handels durch eine Bestätigungslösung

Das Volumen der telefonisch abgeschlossenen Verträge im Distanzhandel betrug im Jahre 2012 im Privatkundengeschäft insgesamt 8,11 Mrd. Euro, was 20,6 % des Gesamtumsatzes ausmacht (Quelle: bvh-Studie in Zusammenarbeit mit TNS-Infratest). Die geplante Schaffung einer neuen Formvorschrift für den Abschluss telefonischer Verträge in Form einer Bestätigung in Textform würde dazu führen, dass Kunden zukünftig vor einem Abschluss derartiger Verträge zurückschrecken. Hintergrund: Viele der telefonisch bestellenden Kunden ziehen diesen Bestellweg vor, da sie eine schnelle Abwicklung ihrer Bestellung wünschen, diese aber nicht im Internet vornehmen möchten oder können.

#### II. Faktische Schaffung eines Bestätigungserfordernisses für alle Telefonverträge

Der vom Bundesrat vorgeschlagene § 312b1 BGB-Entwurf ist als ungeeignet anzusehen, da es in seinem Wortlaut nicht gelingt, gezielt die unerwünschten Telefonanrufe von solchen abzugrenzen, die vom Verbraucher erwünscht oder sogar selbst vorgenommen werden. In § 312b1 Absatz 1 Satz 2 BGB-Entwurf werden solche Telefonverträge von der Verpflichtung zur Bestätigung in Textform ausgenommen, die „nicht von dem Unternehmer zu Werbezwecken veranlasst worden“ sind (und solche, in denen der Verbraucher in Textform in einen Telefonanruf des Unternehmers eingewilligt hat). Der Begriff der „Veranlassung“ ist jedoch nicht geeignet, um hier eine Abgrenzung vorzunehmen, da streng genommen eine Veranlassung auch in einer Werbeanzeige in einer Zeitschrift oder in einer Werbesendung im Fernsehen, einem Internetauftritt oder der Zusendung eines Angebotes bestehen könnte, bei denen auf die Telefonnummer des Unternehmers hingewiesen wird. Die Konsequenz aus dem Wortlaut dieses Artikels ist, dass sich der § 312b1 BGB-Entwurf pauschal auf jede Art von telefonisch abgeschlossenen Verträgen anwenden ließe – unabhängig davon, ob diese auf einem Anruf des Verbrauchers oder des Unternehmers beruhen.

Auch aufgrund der Beweislastregelung, die sich aus dem geplanten § 312b BGB-Entwurf ergibt, wird faktisch das Bestätigungserfordernis für alle Telefonverträge geschaffen: § 312b1 Abs. 1 BGB-Entwurf ist in Form eines Regel-Ausnahme-Prinzips formuliert: Die Regel lautet: die Bestätigung der telefonischen Willenserklärung durch den Verbraucher muss innerhalb von zwei Wochen erfolgen; die Ausnahme: Das Telefongespräch wurde nicht durch den Unternehmer veranlasst oder der Verbraucher hat in den Telefonanruf eingewilligt. Demzufolge obliegt dem Unternehmer die Beweislast dafür, dass der Verbraucher angerufen hat. Dies ist aber praktisch kaum belegbar: Ein Aufzeichnen des eingehenden Gesprächs ist in der Regel unzulässig. Auch über technische Protokolle (z.B. der eingehenden Telefonnummer) ist es nicht möglich, den Nachweis

lückenlos zu führen, da viele Verbraucher ihre Telefonnummer nicht mit übertragen oder die Telefonnummer aus anderen technischen Gründen nicht an den Empfänger weitergeleitet wird.

### III. Widerspruch der Bestätigungslösung zur Systematik des deutschen Vertragsrechts und Unvereinbarkeit mit der gängigen Bestellpraxis

Die Schaffung einer solchen neuen Formvorschrift, die Telefonverträge bis zu einer Bestätigung in Textform schwebend unwirksam machen würde, steht mit der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht im Einklang:

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung wird – völlig systemwidrig – ein besonderes Formerfordernis für telefonisch abgeschlossene Verträge geschaffen. Das deutsche Recht sieht für Verträge den Grundsatz der Formfreiheit vor. Hiervon gibt es nur wenige Ausnahmen, die auf einem besonderen Zweck beruhen, wie z.B. der Warnfunktion im Sinne eines Schutzes vor übereilten Bindungen wie etwa bei Bürgschaften oder Schenkungen, oder einer Beweisfunktion bezüglich der Identität des Ausstellers, wenn es etwa um die Echtheit einer Urkunde geht. Für Alltagsgeschäfte erhebt das deutsche Recht dagegen keine derartigen Formerfordernisse – hier sind Verträge formfrei.

Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang auch, dass die schwebende Unwirksamkeit des telefonisch abgeschlossenen Vertrages nur einseitig, nämlich nur für die Verbraucherseite gelten soll. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird hierzu darauf verwiesen, dass der Unternehmer während eines Zeitraums von zwei Wochen weiterhin an seine telefonisch abgegebene Willenserklärung gebunden sein soll. Dies stellt jedoch einen klaren Widerspruch zur Verkehrssitte im Versandhandel nach § 151 Satz 1 BGB dar (vgl. Palandt 71. Aufl. § 151, Rn. 2, 4), nach der ein Vertragsangebot in Form der Bestellung in der Regel erst durch Auslieferung der Ware angenommen wird. In dem Stadium der Entgegennahme der telefonischen Bestellung ist regelmäßig noch keine Annahme durch den Unternehmer erfolgt. Dies entspricht der automatischen Bestellbestätigung beim Online-Kauf, die zunächst den Eingang der Bestellung bestätigt, in der Regel aber noch keine Annahmeerklärung darstellt.

Die durch den § 312b1 BGB-Entwurf geplante Abweichung von der bisherigen Praxis des Vertragsschlusses setzt den Versandhändler – wie ausgeführt sogar bei Anruf durch den Verbraucher – in unzumutbarer Weise dem Risiko von Schadensersatzforderungen aus, wenn er z.B. im Verlaufe der zwei Wochen nicht mehr lieferfähig sein sollte.

### IV. Fehlender Mehrwert der Bestätigungslösung für Verbraucher

In seinen Auswirkungen bietet der vorliegende Gesetzesentwurf für Verbraucher, die mit Online- und Versandhändlern telefonische Verträge abschließen, keinen echten Mehrwert: Die Verbraucher verfügen durch das Widerrufsrecht nach Erhalt der Ware über eine zweiwöchige Frist, in der es ihnen frei steht, sich von dem Vertrag zu lösen. Darüber hinaus bieten viele deutsche Online- und Versandhändler zuvor noch einen vorgeschalteten zweiwöchigen „Kauf auf Probe“ an, wodurch der Kaufvertrag erst nach (meist stillschweigender) Billigung durch den Käufer zustande kommt.

Diese Rechtsinstitute sind dem Verbraucher vertraut und bieten ihm einen umfangreichen Schutz im Rahmen von telefonisch abgeschlossenen Fernabsatzverträgen. Ein zusätzliches Formerfordernis für Telefonverträge, durch das diese bis zur Bestätigung in Textform über eine Dauer von zwei Wochen schwebend unwirksam sind, bringt dieses System in Ungleichgewicht und birgt gleichzeitig das Risiko, den Verbraucher als neues zusätzliches Element zu verwirren – würde doch diese schwebende Unwirksamkeit vor Beginn des Widerrufsrechts bestehen, aber möglicherweise mit dem Kauf auf Probe zusammenfallen.

Die Möglichkeit des telefonischen Vertragsabschlusses bedient einen nicht unwesentlichen Komfortfaktor beim Kunden. Eine anschließende Bestellung macht den vorherigen Telefonanruf zum einen obsolet und stellt zum anderen einen störenden Aufwand bei den Kunden dar, die sicherlich mit Unverständnis reagieren würden.

Der § 312b1 BGB-Entwurf würde zudem eine Lieferung im 24-Stunden-Service zukünftig praktisch nicht mehr durchführbar machen: Da diese Vorschrift bis zur Bestätigung durch den Verbraucher in Textform die schwebende Unwirksamkeit von dessen Willenserklärung vorsieht, wird zukünftig der Prozess der Auslieferung erst bei Eingang dieser Bestätigung initiiert werden können. Dies kann nicht im Interesse derjenigen Verbraucher sein, die eine schnelle Lieferung der bestellten Ware wünschen, dem Versandhändler aber eine E-Mail-Adresse nicht angeben möchten oder über eine solche gar nicht verfügen und keine Briefpost wünschen.

#### V. Überzogene Anforderung der Einwilligung in Textform

Die Schaffung des Erfordernisses der Textform für die vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Werbung mit einem Telefonanruf ist nicht nur überzogen, sondern auch unnötig: Bereits nach der gesetzlichen Beweislastsituation des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hat der Unternehmer zu beweisen, dass der angerufene Verbraucher ihm zuvor eine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat. Insofern braucht der Verbraucher bei der Behauptung einer fehlenden Einwilligung keinerlei Dokumentation hierfür vorzubringen. Im Streitfall löst vielmehr die Behauptung der fehlenden Einwilligung die Beweispflicht des Unternehmers für deren Vorliegen aus. Insofern ergibt sich auch hieraus keine nennenswerte Verbesserung der Situation des Verbrauchers. Die Einführung einer solchen zusätzlichen Form- und Dokumentationspflicht für die Einwilligung widerspricht zudem dem Grundsatz der Datensparsamkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, da sie die Speicherung und gegebenenfalls Verarbeitung weiterer Daten erfordert.

Demgegenüber führt dieses Textform-Erfordernis zu einer weiteren Belastung der Händlerseite durch die zusätzlichen Verwaltungskosten wie etwa die Archivierung der in Textform zu dokumentierenden Einwilligungen. Viele der telefonisch bestellenden Verbraucher verfügen nicht über E-Mail-Zugang oder nutzen diesen nicht für den Abschluss von Verträgen, so dass sie keine Einwilligung auf diesem Wege erteilen werden. Vor ausdrücklichen Erklärungen in Schriftform herrscht darüber hinaus eine besondere Zurückhaltung, insbesondere, wenn diese postalisch zurückgesandt werden müssen. Da derzeit im Versandhandel große Umsätze über bestehende mündliche Einwilligungen generiert werden, könnte dies zu erheblichen Umsatzeinbrüchen führen.

Unter Berücksichtigung des geringen Mehrwerts dieser Neuregelung für den Verbraucher und der katastrophalen Konsequenzen für die Online- und Versandhandelsbranche kann der Vorschlag, für Verträge aus Telefonwerbung ein generelles Bestätigungserfordernis in Textform einzuführen, nur als unverhältnismäßig bezeichnet werden.

Gerne stehe ich Ihnen für eventuelle Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Stephanie Schmidt  
bvh-Justiziarin