

VGF VERBAND GESCHLOSSENE FONDS e.V. | Georgenstr. 24 | 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Herrn Bernhard Schröder
Mohrenstraße 37

10117 Berlin

Nur per Email: schroeder-be@bmj.bund.de

25. August 2008

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht

Az: I B 2 3430/26-14 491/2008

Sehr geehrter Herr Schröder,

wir bedanken uns für die Zusendung des in der Betreffzeile genannten Entwurfes und die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wir beschränken unsere Ausführungen auf die gesetzlichen Änderungen im Hinblick auf die Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht.

Hierzu wie folgt:

Wir unterstützen das gesetzgeberische Vorhaben, die bisher als Rechtsverordnung vorliegende Musterbelehrung in den Rang eines Gesetzes zu bringen. Wir sind der Auffassung, dass die Einordnung der Musterbelehrung als Gesetz Unternehmen und Verbraucher mehr Rechtssicherheit bringt.

Mit der Überführung von Teilen der BGB InfoV, insbesondere der Musterbelehrungen als Anlage 1 und 2 in das EGBGB in ein Gesetz, wäre es Gerichten verwehrt, die Musterbelehrungen als unwirksam zu verwerfen. Dies würde der nach wie vor zu beobachtenden Verunsicherung in der Praxis im Hinblick auf die Frage, ob die Musterbelehrungen im Einzelfall vor den Gerichten stand halten, entgegenwirken.

VGF Verband Geschlossene Fonds e.V.

Georgenstr. 24
10117 Berlin

T +49 (0) 30 . 31 80 49 00
F +49 (0) 30 . 32 30 19 79
E kontakt@vgf-online.de

Association of non-tradeable
closed-end funds

47 - 51 Rue du Luxembourg
1050 Brussels

P +32 (0) 2 . 550 16 14
F +32 (0) 2 . 550 16 17
E kontakt@vgf-online.de

Hauptgeschäftsführer und Sprecher:
Rechtsanwalt Eric Romba

Vorstand:
Dr. Joachim Seeler (Vorsitzender)
Mario Liebermann
Dr. Klaus-Dieter Schmidt
Dr. Torsten Teichert
Markus Derkum
Oliver Porr

Vereinsregisternummer: 23527 Nz
Amtsgericht Berlin-Charlottenburg

Partner der BSI Bundesvereinigung
Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft

Schon die im diesem Jahr erfolgte Novellierung der Musterwiderrufsbelehrung durch die Dritte Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung hat zu einer Verbesserung der Rechtslage geführt. Jedoch wurden auch an dem neuen Muster einer Widerrufsbelerung Zweifel angemeldet (dazu: Masuch, NJW 2008, S. 1700). Diese letzte Rechtsunsicherheit lässt sich durch die geplanten Änderungen, die Musterbelehrung in den Rang eines Gesetzes zu bringen, beseitigen.

Die geplanten Änderungen der Widerrufsvorschriften und der Musterbelehrung stoßen unsererseits jedoch in einigen Punkten auf Bedenken. Hier sehen wir noch Verbesserungsbedarf im Hinblick auf folgende Punkte:

- Größtmögliche Vereinheitlichung der Widerrufsrechte und der Musterbelehrung
- Ergänzungsbedarf bei der neuen Musterbelehrung
- Schaffung von Übergangsregelungen

Zu diesen Punkten im Einzelnen:

1. Größtmögliche Vereinheitlichung der Widerrufsrechte und der Musterbelehrung

a) Die Vorgaben für die gesetzlichen Widerrufsrechte aus Haustürwiderruf und Fernabsatz sowie die Widerrufsbelerungen unterscheiden sich sowohl im Hinblick auf den Widerrufsbeginn als auch auf die Widerrufsfolgen erheblich.

Dies ist den unterschiedlichen Lebenssachverhalten und Umständen bei der Vertragsanbahnung und Vertragsabwicklung der jeweiligen Abschlusssituation geschuldet. Weiter spielen die unterschiedlichen Schutzbedürfnisse, die sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der verschiedenen Abschlusssituationen ausgemacht hat, eine Rolle.

Wir sehen sehr wohl, dass die Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen 85/577/EWG (Haustürrichtlinie) sowie die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Fernabsatzrichtlinie über Finanzdienstleistungen) unterschiedliche Vorgaben für den Fristbeginn der jeweiligen Widerrufsrechte machen. So sieht Artikel 5 der Haustürrichtlinie vor, dass die Frist 7 Tage nach dem Zeitpunkt, zu dem Verbraucher die Widerrufsbelerung erteilt wurde, beginnt. Beim Fernabsatz über Finanzdienstleistungen ist dagegen in Artikel 6 geregelt, dass die Widerrufsfrist 14 Tage beträgt. Die Frist beginnt am Tag des Ab-

schluss des Fernabsatzvertrages **oder** an dem Tag, an dem der Verbraucher die nach Artikel 5 der Richtlinie geschuldeten Vertragsbedingungen und Informationen erhält, wenn dieser Zeitpunkt später als der Vertragsschluss liegt.

Gleichwohl ist es den Mitgliedsstaaten gestattet, noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen zu erlassen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Regelung Gebrauch gemacht, indem er die Widerrufsfrist im Rahmen des Haustürgeschäftes auf zwei Wochen ausgeweitet hat.

Aus unserer Sicht sollte der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit erneut Gebrauch machen mit dem Ziel, die Widerrufsrechte und Widerrufsbelehrungen weiter zu vereinheitlichen.

Aus unserer Sicht denkbar wäre z.B. eine Regelung für Haustürgeschäfte, nach der für den Fristbeginn nicht nur auf den Zeitpunkt des Erhalts der Belehrung sondern zudem auch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird bzw. werden kann.

Auch im Rahmen der Rechtsfolgen einer Widerrufsbelehrung könnten die Regelungen angeglichen werden. Solche Regelungen würden der Haustürrichtlinie nicht entgegenlaufen, soweit sie das Recht des Verbrauchers zum Widerruf stärken.

Wir möchten uns für eine Vereinheitlichung der Widerrufsrechte stark machen, da diese zu größerer Rechtssicherheit sowohl beim Verbraucher als auch bei den Unternehmen führt. Für den Verbraucher würde es einen Wiedererkennungswert geben. Es käme zu weniger Verwechslungsgefahr und Irritationen über seine Widerrufsrechte. Diese Effekte hätte eine einheitliche Widerrufsbelehrung auch für die Unternehmen. Die Erstellung der Vertragsunterlagen würde sich wesentlich vereinfachen.

b) Die vorstehenden Überlegungen erfolgen auch vor dem Hintergrund, dass die bisherigen Regelungen und auch der neue Musterbelehrungsentwurf für die Anbieter von Vermögensanlagen iSd § 8 f VerkProspG (geschlossene Fonds) **äußerst unpraktikabel** sind

In dem neuen Mustertext für die Widerrufsbelehrung sind wie auch schon in der bisherigen Musterbelehrung für das Widerrufsrecht nach Fernabsatz einerseits und das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte andererseits unterschiedliche Belehrungstexte vorgesehen.

Der Vertrieb von Beteiligungen an einem geschlossenen Fonds erfolgt auf unterschiedlichen Vertriebskanälen. Mit dem Vertrieb werden in der Regel Dritte beauftragt. Ca. 70% der Beteiligungen an geschlossenen Fonds werden über Banken und Sparkassen vertrieben. Die Beteiligungen geschlossener Fonds werden zudem über den sogenannten freien Vertrieb platziert. Das Spektrum des freien Vertriebs ist weit: Neben Großvertrieben wie (z.B. der AWD oder MLP) und Vertriebspools (efonds24) gibt es auch Anlageberater und Anlagevermittler, die als „Einzelkämpfer“ im Markt auftreten. Großvertriebe und Pool haben ihrerseits wiederum Vereinbarungen mit Untervermittlern. Die Kette bis zum konkreten Berater/ Vermittler, der den Kontakt mit dem interessierten Anleger herstellt und das Geschäft schließlich vermittelt kann dabei über mehrere Glieder gehen. Ein direkter Kontakt zwischen dem Anbieter geschlossener Fonds und dem Berater/ Vermittler, der mit dem interessierten Anleger in Kontakt tritt, ist regelmäßig nicht gegeben.

Die Anbieter geschlossener Fonds stellen ihren Vertriebspartnern Vertriebsunterlagen zur Verfügung. Der Vertrieb der Beteiligungen erfolgt auf Grundlage eines Prospekts, der von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vor Beginn des öffentlichen Angebots gestattet werden muss. Dem Prospekt liegt eine Beitrittserklärung (auch Zeichnungsschein genannt) bei, mittels derer der interessierte Anleger ein Angebot auf Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Fonds abgibt. Auf dem Zeichnungsschein ist eine Widerrufsbelehrung abgedruckt.

Nicht zuletzt aufgrund der unterschiedlichen Vertriebskanäle und der Kette von Vertriebsvereinbarungen ist es für die Anbieter geschlossener Fonds nicht in jedem Fall nachvollziehbar und überprüfbar, auf welche Art und Weise die Vertragsanbahnung mit dem interessierten Anleger zustande gekommen ist. Sie können somit nicht ausschließen, dass der eingesandte unterschriebene Zeichnungsschein mit einer Widerrufsbelehrung versehen ist, die nicht über das richtige Widerrufsrecht belehrt. Die Verpflichtung zwei verschiedene Zeichnungsscheine für Fernabsatzgeschäfte einerseits und Haustürgeschäfte andererseits für die Vertriebspartner vorrätig zu halten, führt somit zu einer großen Verunsicherung bei den Anbietern geschlossener Fonds und den Vertrieben.

Hinzu tritt der Umstand, dass es sich bei der Beteiligung an einem geschlossenen Fonds um eine langfristige Investition handelt, bei denen ein Anleger sich an einer GmbH & Co KG entweder als Direkt-Kommanditisten oder indirekt als Treugeber über eine Treuhandgesellschaft beteiligt. Die Durchschnittsdauer der Beteiligung liegt bei ungefähr 15 Jahren. Im Falle einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung droht das Risiko, dass jeder Anleger auch Jahre nach dem Beitritt zur Gesellschaft, seinen Beitritt widerrufen kann. Im schlimmsten Fall, bei einer Masse von späten Widerrufen, könnte die Gesellschaft in die Insolvenz gedrängt werden, womit die Einlagen der Anleger verloren gehen könnten.

Das damit verbundene wirtschaftliche Risiko für den Anleger sowie die Fondsgesellschaft ist gerade im Blick auf eine neues Urteil des BGH nicht zu unterschätzen: Im Mai dieses Jahres hat der BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Anwendung der Regelungen über die fehlerhafte Gesellschaft bei der Rückabwicklung einer widerrufenen Beteiligung an einem geschlossenen Fonds richtlinienkonform ist oder nicht (BGH, Beschluss vom 05.05.2008, II ZR 292/06). Sollte der EuGH zu einer von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden Rechtsansicht kommen, kommt der Frage einer rechtssicheren Widerrufsbelehrung eine große Rolle zu.

Prinzipiell ist das Argument sicherlich richtig, dass die Unternehmen für die Organisation des Vertriebes verantwortlich sind und entsprechende Vorkehrungen zu treffen haben, um sicherzustellen, dass beim Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und beim Vertrieb in Haustürsituationen richtig über die bestehenden Widerrufsrechte belehrt wird. Dies findet aber seine Grenze, wo die eigentlichen und in der Sphäre des Unternehmers im weiteren Sinne befindlichen Vertriebspartner ihrerseits "Untervertriebspartner" engagieren. Diese Kontroll- und Disziplinararbeit kann durch die Unternehmen bei bester und durchstrukturiertester Organisation nicht mehr geleistet werden. Auch Praxisnähe sollte u.E. in die Motive gesetzgeberischer Aktivität miteinbezogen werden.

c) Im Rahmen der bestehenden Anforderungen sehen wir hier zumindest folgenden Lösungsansatz, der für mehr Rechtssicherheit sorgen würde.

Im Sinne des Anlegerschutzes kann den Unternehmen nicht verwehrt sein, **weitergehende Widerrufsrechte zu gewähren, die das gesetzliche Widerrufsrecht beinhalten und darüber noch hinausgehen** (zur halbdispositiven Natur der §§ 355 ff BGB vgl. Pal, § 355 Rz 2 m.w.N.) Hier wäre z.B. denkbar, dass ein Unternehmen seinem Kunden nicht nur eine Frist von 14 Tagen sondern von 21 Tagen einräumt.

Ein weiterer denkbarer Fall wäre, dass auch bei Haustürgeschäften nicht nur auf den Zeitpunkt des Erhalts der Widerrufsbelehrung, sondern zudem auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt wird. Sollte dieser zu einem späteren Zeitpunkt als die Belehrung erfolgen, würde das Widerrufsrecht des Verbrauchers verlängert. In diesen Fällen wäre dann über das weitergehende Widerrufsrecht zu informieren. Die Unternehmen könnten so die unterschiedlichen Widerrufsbelehrungen angleichen, was auf Ihrer Seite zu mehr Rechtssicherheit führen würde und dem Anleger weitergehende Rechte einräumen würde.

Wir möchten daher im Interesse des Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit für die Unternehmen anregen, dass in das Gesetz oder zumindest in die Gesetzesbegründung eine **Klarstellung** aufgenommen wird. Diese sollte zum Inhalt haben, dass in solchen Fällen, in denen mit dem Verbraucher ein weitergehendes Widerrufsrecht vertraglich vereinbart wird, welches das gesetzliche Widerrufsrecht beinhaltet, eine Belehrung über das erweiterte Widerrufsrecht zum einen erforderlich ist, zum anderen aber auch genügt.

Eine entsprechende Regelung könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

„Soweit dem Verbraucher durch den Unternehmer ein weiter als gesetzlich vorgesehenes Widerrufsrecht vertraglich eingeräumt wird, dass das gesetzliche Widerrufsrecht beinhaltet, hat der Unternehmer den Verbraucher über das weitergehende Recht zu belehren.“

Verbraucherfreundlichkeit sollte im Rahmen der geplanten Neuregelung nicht "bestraft" werden, indem die Unternehmer für Ihre Verbraucherfreundlichkeit mit dem Verlust der Rechtssicherheit "büßen".

d) Im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung der Widerrufsrechte und der erforderlichen Belehrungen halten wir die Änderung des Hinweises Nr. 3 der Anlage 1 zu Artikel 246 § 2 Abs. 3 Satz 1) EGBGB für sinnvoll.

Dieser sollte wie folgt verändert werden:

„b) bei Fernabsatzverträgen (§ 312b Abs. 1 Satz 1 BGB) über die

aa) Lieferung von Waren: „, jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger (bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor Eingang der ersten Teillieferung)“;

bb) Erbringung von Dienstleistungen: „, jedoch nicht vor Vertragsschluss“;

*in beiden Fällen ist **soweit die Informationen gemäß Artikel 246 § 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB erst nach dem Vertragsschluss erfolgen** der Zusatz wie folgt zu vervollständigen: „und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß Artikel 246 § 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB“;*

Zum einen steht diese Änderung im Einklang mit dem von der Bundesregierung verfolgten Ziel, europäische Richtlinien 1:1 umzusetzen.

Zum anderen ist es fraglich, inwieweit die bisherige Regelung die Transparenz tatsächlich fördert. Die Frage, ob das Unternehmen hinlänglich seine Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher erfüllt hat oder nicht, ist für Verbraucher nicht ohne weiteres zu erkennen. Dies würde voraussetzen, dass der Verbraucher die Vorschriften des Artikel 246 § 1 und 2 EGBGB mit den erteilten Informationen abgleicht. Es ist daher davon auszugehen, dass die Belehrung über dieses zusätzliche Erfordernis für den Fristbeginn zur Verwirrung des Verbrauchers bei der Fristberechnung beiträgt und dem Gedanken der Klarheit und Transparenz für den Verbraucher entgegensteht. Insofern würden wir eine Reduzierung dieses verwirrenden Merkmals auf die nach der Richtlinie erforderlichen Fälle (soweit die Informationen gemäß Artikel 246 § 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB erst nach dem Vertragsschluss erfolgen) sehr unterstützen.

2. Ergänzung der Musterbelehrung

Die Anbieter geschlossener Fonds sehen sich mit einem weiteren Problem bei der Abfassung einer rechtswirksamen Belehrung konfrontiert. So ist in vielen Fällen auf dem Zeichnungsschein vorgesehen, dass der **Anleger auf den Zugang der Vertragsannahmeerklärung der Fondsgesellschaft verzichtet**. Diese Regelungen sind in der unternehmerischen Praxis üblich und haben praktische Gründe.

Sollte die Bearbeitung des Antrages und die Aufnahme der Daten länger dauern, könnte es in diesen Fällen dazu kommen, dass die Bestätigung über den Fondsbeitritt erst nach Ablauf der Widerrufsfrist beim Anleger eintrifft. In Fällen in denen der Verbraucher auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet, sollte die Widerrufsfrist erst mit dem Zugang des Bestätigungsschreibens beginnen.

Nach dem bisherigen Muster riskieren die Unternehmer den Verlust der Rechtssicherheit, wenn sie verbraucherfreundlich die Widerrufsfrist erst mit Zugang der Vertragsbestätigung beginnen lassen und einen entsprechenden Zusatz in die Widerrufsbelehrung aufnehmen.

Im Sinne der Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit sollte der Hinweis Nr. 3 der Musterwiderrufsbelehrung ergänzt werden. Diese Ergänzung könnte wie folgt aussehen:

„f) Soweit der Verbraucher erklärt, auf den Zugang der Vertragsannahmeerklärung zu verzichten, ist Folgendes einzufügen: „nicht vor dem Zugang der Vertragsbestätigung““

3. Fehlende Übergangsvorschrift

Gemäß Artikel 11 des Referentenentwurfes soll das Gesetz zum 31.10.2009 in Kraft treten. Übergangsregelungen hinsichtlich der Änderungen der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht sieht der Referentenentwurf nicht vor. Eine Übergangsvorschrift ist gemäß Artikel 2 des Referentenentwurfes nur für die Vorschriften über den Verbraucherdarlehensvertrag, Verbraucher-Ratenlieferungsverträge und weiteren Finanzierungshilfen für Verbraucher (§§ 491 bis 507 BGB) sowie des Verbraucher-Darlehensvermittlungsvertrages (§§ 665a bis 665e BGB) geplant.

Fehlende Übergangsregelungen und Übergangszeiträume im Hinblick auf die Änderungen der Vorschriften zum Widerrufs- und Rückgaberecht und die Musterbelehrung bringen großen Rechtsunsicherheiten und praktische Umsetzungsschwierigkeiten für die Unternehmen mit sich.

Ohne eine **Übergangsregelung** für Altverträge wären die Gerichte in Zukunft gezwungen, die neuen Vorschriften und mithin auch den neuen Mustertext für die Widerrufsbelehrung auf alte Sachverhalte anzuwenden. Die Gesetzlichkeitsfiktion der bisherigen Musterbelehrung aus der BGB-InfoV würde damit ausgehebelt werden.

Zudem stellt sich die Frage, wie Gerichte zukünftig über die heutige Musterbelehrung der BGB-InfoV urteilen werden. Wie oben bereits dargestellt, sind letzte Zweifel an der Rechtswirksamkeit der Musterbelehrung durch die Novellierung der BGB-InfoV nicht ausgeräumt worden. Nicht zuletzt aus diesem Grund hat sich der Gesetzgeber daher zu der Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht entschieden. Eine Neufassung der Musterbelehrung innerhalb kürzester Zeit ohne einen Verweis auf die fortbestehende Gesetzlichkeitsfiktion der BGB-InfoV für alte Sachverhalte könnte den Eindruck mit sich bringen, dass die bisherigen Vorschriften als nicht ausreichend betrachtet werden.

Wir plädieren daher für die Aufnahme eine Übergangsvorschrift in den Artikel 229 § 17 EGBGB.

Zum anderen würde die Einführung einer neuen, von dem bisher gültigen Muster abweichenden Belehrung zum 31.10.2009 ohne einen **Übergangszeitraum**, wie sie die Dritte Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vorgesehen hatte, die Unternehmen vor unlösbare praktische Schwierigkeiten stellen.

Die Unternehmen – so auch die Anbieter geschlossener Fonds – haben sich auf die neue Musterwiderrufsbelehrung, die durch die Dritte Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung zum 01.04.2008 eingeführt wurde, eingestellt und ihre Zeichnungsunterlagen mit entsprechenden neuen Musterbelehrungen versehen.

Wenn sie den Schutz der Gesetzlichkeitsfiktion der Musterbelehrung auch nach dem Inkrafttreten der neuen bzw. veränderten Vorschriften beanspruchen möchten, wären sie verpflichtet, sämtliche Vertriebsunterlagen zum Stichtag des Inkrafttretens des Gesetzes von ihren Vertriebspartnern zurückzufordern und gegen neue Vertriebsunterlagen auszutauschen.

Dies würde die Anbieter geschlossener Fonds – aber sicher nicht nur diese - vor unlösbare Probleme stellen. Beteiligungen an geschlossenen Fonds werden häufig über einige Monate hinweg angeboten und platziert. Die Anbieter geschlossener Fonds stellen ihren Vertriebspartnern die Vertriebsunterlage (Verkaufsprospekte, Flyer, Vertragsunterlagen) Verfügung. Ein Austauschen der Unterlagen ist ein kostspieliges Unterfangen, das sich nicht von heute auf morgen umsetzen lässt. Der Neudruck und Versand von aktualisierten Vertragsunterlagen würde zu hohen Kosten führen. Zudem droht den Unternehmen auch ein Geschäftsverlust, wenn sie vom Anleger unterschriebene Zeichnungsunterlagen mit alten Widerrufsbefehlungen zurückweisen müssten. Dies würde bei den interessierten Anlegern zur Irritation führen und das Verhältnis zum Unternehmen negativ beeinflussen.

Es ist daher dringend erforderlich, den Unternehmen eine ausreichende Übergangsfrist einzuräumen, in der sie ihre Vertriebsunterlagen umstellen können. Dieser Zeitraum sollte mindestens 6 Monate betragen.

Die Notwendigkeit für eine solche Übergangsfrist hatte der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung der BGB-InfoV auch gesehen.

Mit freundlichen Grüßen



Eric Romba
Rechtsanwalt
Hauptgeschäftsführer