



Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Zivilrecht

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

Schottenbastei 10 - 16

A-1010 Wien

T+43/1/4277-34820

F+43/1/4277-9348

christiane.wendehorst@univie.ac.at

An den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Wien, den 21. Januar 2009

Wissenschaftliche Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen (BT-Drs. 16/10734)

Der vorliegende Gesetzesentwurf verdient in seinen Grundzügen große Zustimmung, weil er schwer wiegende Defizite bei der gegenwärtigen Regelung des Fernabsatzes von Dienstleistungen abzuheben sucht und den Verbraucher vor Gefahren schützt, die ihm durch unerwünschte oder sogar untergeschobene Verträge sowie allgemein durch unerlaubte Telefonwerbung drohen.

Auf den Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 8. 10. 2008, KOM(2008) 614 endg., und das in ihm verfolgte Konzept der Vollharmonisierung wird hingewiesen. Ich gehe davon aus, dass der Gesetzesentwurf in der Hoffnung vorgelegt wurde, dass die Richtlinie bzw. die Vollharmonisierung des gesamten Fernabsatzrechts noch abgewendet werden kann. Anderenfalls wäre der Entwurf in Teilen bald obsolet und müssen Lösungen gefunden werden, die nicht in den harmonisierten Bereich eingreifen, d.h. etwa auf der Ebene des Vertragsschlusses oder der Vertragsdurchführung ansetzen.

Bei der Abfassung meiner Stellungnahme habe ich mich auf das mir fachlich besonders nahe liegende Verbrauchervertragsrecht konzentriert. Ferner habe ich mich bei den Änderungsvorschlägen grundsätzlich beschränkt auf Aspekte, die durch den vorliegenden Regierungsentwurf berührt werden.

Im Ergebnis rege ich an, insbesondere folgende Änderungsvorschläge zu überdenken:

- Behebung der Richtlinienwidrigkeit hinsichtlich des Zeitpunkts der Informationserteilung bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen
- Schaffung von mehr Transparenz durch Regelung von Erlöschen des Widerrufsrechts und Rechtsfolgen in einem Absatz (derzeit aufgeteilt auf § 312d Abs. 3 und 6)
- Differenzierung zwischen dem Problem der vorzeitigen Bindung an nachteilige langfristige Verträge, das typischerweise bei unerlaubter Telefonwerbung auftritt (= dem Verbraucher ist bewusst, dass er einen Vertrag abschließt, aber ihm werden die vorzeitige Ausführung und/oder die Kündigung von Altverträgen aufgedrängt und damit nach derzeitiger Rechtslage vollendete Tatsachen geschaffen), und dem Problem des Erschleichens oder Unterschiebens von Verträgen, das typisch ist für sog. Kostenfallen im Internet (= dem Verbraucher ist nicht bewusst, dass er eine entgeltpflichtige Leistung in Anspruch nimmt)
- Beim Problem der vorzeitigen Bindung: Lösung über Fortbestehen des Widerrufsrechts, Knüpfung der Wertersatzpflicht an strenge Bedingungen und möglichst weitgehende Erhaltung von Altverträgen
- Beim Problem der Kostenfallen: Lösung vor allem auf der Ebene der vertraglichen Pflichten, d.h. Knüpfung jeglicher Zahlungspflicht des Verbrauchers (Entgelt oder Wertersatz) an den Nachweis, dass der Verbraucher in Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungspflicht der sofortigen Ausführung zugestimmt hat
- Schließung fortbestehender Schutzlücken beim Vertrieb periodischer Druckwerke sowie von Wett- und Lotteriedienstleistungen im Internet
- Behandlung von Verträgen über periodische Druckwerke wie Verträge über Dienstleistungen
- Schließung möglicher Schutzlücken bei der Änderung bestehender Verträge und bei der Ersetzung von Verträgen, die mit dem selbem Unternehmer oder verbundenen Unternehmern bestanden

Meine Änderungsvorschläge und ihre Begründung im Einzelnen bitte ich, der folgenden Übersicht zu entnehmen.

Fassung BT-Drs. 16/10734:**Artikel 1****Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 4. Juli 2008 (BGBl. I S. 1188), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 312f durch folgende Angaben ersetzt:

„§ 312f Kündigung und Vollmacht zur Kündigung

§ 312g Abweichende Vereinbarungen“.

Vorgeschlagene Änderungen:

2. § 312b wird wie folgt geändert:

a) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden auch Anwendung auf einen Änderungsvertrag, mit dem ein bestehender Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter den in Absatz 1 bis 4 genannten Voraussetzungen verlängert oder in sonstiger Weise geändert wird.“

b) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 6.

Begründung: Die Vorschrift soll klarstellen, dass Informationspflichten und Widerrufsrecht auch für Änderungsverträge gelten, wenn diese die Voraussetzungen nach § 312b Abs. 1 bis 4 (insbesondere auch den Abschluss im Rahmen eines Fernabsatzsystems) erfüllen. Ob dies schon nach bisheriger Rechtslage der Fall war, ist zumindest nicht zweifelsfrei. Wichtig ist die Anwendung der §§ 312b ff vor allem bei Tarifwechseln und Vertragsverlängerungen im Telekommunikationsbereich, zu denen Verbraucher nicht selten in unangekündigten Telefonanrufen überredet werden. Die hier vorgeschlagenen § 312b Abs. 5 und § 312f Abs. 1 stehen in unmittelbarem funktionellem Zusammenhang und sollen sicher stellen, dass dem Verbraucher günstige Tarifbedingungen, die auf dem Markt nicht mehr angeboten werden, nicht entzogen werden.

3. § 312c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. bei sonstigen Dienstleistungen spätestens bis zum Beginn der Ausführung, bei der Lieferung von Waren spätestens bis zur Lieferung an den Verbraucher.“

Begründung: Die bisherige Regelung, wonach die Informationen in Textform „alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags“ erteilt werden müssen, ist nicht richtlinienkonform (MünchKommBGB/Wendehorst, § 312c Rn. 103). Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG verlangt, dass die Informationen „rechtzeitig“ während der Erfüllung übermittelt werden. Wegen der bei Dienstleistungen drohenden Vergütungsgefahr ist aber eine Information, die nach Beginn der Ausführung kommt, nicht mehr rechtzeitig und verfehlt ihren Zweck.

Bezogen auf den vorliegenden RegE eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht betrifft die Änderung Art. 246 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB-E.

2. § 312 d wird wie folgt gefasst:

a) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“

4. § 312 d wird wie folgt gefasst:

a) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) **Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen gelten folgende besonderen Vorschriften:**

1. **Hat der Unternehmer mit der Ausführung einer Finanzdienstleistung oder einer sonstigen Dienstleistung, wenn diese aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses oder wiederholt erfolgt, begonnen, bevor der Verbraucher den Widerruf erklärt, schuldet der Verbraucher Wertersatz für erbrachte Leistungen nach § 357 nur, wenn er darauf nach § 312c Abs. 2 hingewiesen worden ist und dennoch ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist beginnt. Das Widerrufsrecht erlischt bei diesen Verträgen jedoch unabhängig vom Ablauf der Widerrufsfrist, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt worden ist, wobei der Verbraucher sich auf ein vertragswidriges Zurückhalten der eigenen Leistung nicht berufen kann.**
2. **Hat der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist eine andere als von Nummer 1 erfasste Dienstleistung vollständig erbracht, erlischt das Widerrufsrecht, wenn die Ausführung zu diesem Zeitpunkt auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt ist. Unabhängig vom Fortbestehen des Widerrufsrechts hat der Unternehmer einen Anspruch auf Entgelt oder Wertersatz für Leistungen, die er vor Ende der Widerrufsfrist erbracht hat, nur dann, wenn er nachweisen kann, dass der Verbraucher der Ausführung ausdrücklich zugestimmt hat und ihm dabei die Entgeltlichkeit bekannt war oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte bekannt sein müssen.**

Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten gelten für die Anwendung dieses Absatzes sowie für die Rechtsfolgen des Widerrufs nach § 357 als Verträge über Dienstleistungen.“

Begründung: Die im RegE vorgeschlagene Änderung ist grundsätzlich sehr zu begrüßen, da die bestehende Regelung in § 312d Abs. 3 rechtspolitisch fragwürdig war (Münch-KommBGB/Wendehorst, § 312d Rn. 55 ff mwN). Unter der Voraussetzung, dass an das Erfordernis des „ausdrücklichen Wunsches“ keine überspannten Anforderungen gestellt werden und beispielsweise das Drücken einer Tastenkombination oder das Aktivieren eines Feldes

auf einer Website genügt, kann dieses Merkmal auch einheitlich zur Abgrenzung herangezogen werden. Im Übrigen erscheint mir jedoch ein in verschiedenen Punkten abweichendes Konzept vorzugswürdig:

- Das Erlöschen des Widerrufsrechts sollte unmittelbar im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen des Widerrufs (derzeit Absatz 6) geregelt werden, weil nur so den beteiligten Kreisen die Rechtslage hinreichend deutlich wird. Die Aufspaltung ist der Transparenz der Regelung abträglich.
- Trotz des berechtigten Anliegens, den Gesetzestext zu straffen, erscheint es nicht empfehlenswert, Finanzdienstleistungen und sonstige Dienstleistungen generell gleichzustellen. Insbesondere besteht für das Erfordernis der *beiderseitigen* Erfüllung kein einleuchtender Grund. In der Praxis hätte es zur Konsequenz, dass Unternehmer grundsätzlich Vorleistung verlangen, was dem Verbraucherschutz abträglich wäre. Auch ist der exakte Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher erfüllt hat, gerade im Fernabsatz oft schwer zu bestimmen (zB bei Kreditkartenzahlung), was in der Praxis zu allerlei Unklarheiten führen würde.
- Nur bei langfristigen Verträgen, insbesondere Dauerschuldverhältnissen, bei der es eher darum geht, dem Verbraucher in Fällen, in denen mangels Belehrung die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen hat, ein Wiederaufrollen längst abgeschlossener Vorgänge zu verwehren, erscheint die Gleichbehandlung mit Finanzdienstleistungen gerechtfertigt. Da die meisten Fälle unerlaubter Telefonwerbung langfristige Verträge betreffen, wird so dem *cold calling* hinreichend vorgebeugt.
- In ihrer gegenwärtigen Fassung wirft die Regelung zudem deswegen Fragen auf, weil der Verbraucher, der seine eigene Leistung – gegebenenfalls vertragswidrig – zurückhält, besser stünde als der Verbraucher, der seine Verpflichtungen erfüllt. Das kann auch von der Richtlinie 2002/65/EG nicht gemeint sein (MünchKommBGB/Wendehorst, § 312d Rn. 51), so dass die derzeitige Formulierung auch für Finanzdienstleistungen entsprechend geändert werden sollte.
- Der generelle Ausschluss einer Vergütungspflicht für den Fall, dass der Unternehmer seine Hinweispflichten verletzt hat, wäre bei vielen Verträgen über Dienstleistungen unverhältnismäßig. Soweit Dienstleistungen in einem Mal erbracht werden (zB Datenbankabfragen), erscheint der Verbraucher nicht hinreichend schutzbedürftig und würde die im RegE vorgeschlagene Regelung umgekehrt ein erhebliches Missbrauchspotential für Verbraucher eröffnen. Zudem erhielte die zuweilen schwierige Abgrenzung zwischen Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen von anderen fernkommunikativ geschlossenen Dienstleistungsverträgen (etwa Aufsperr-, Reparatur- und Wartungsdienste, vgl. MünchKommBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 52, 57 ff) eine Bedeutung, die ihr nicht zukommen sollte.
- Um dem Problem der Kostenfallen im Internet wirksam zu begegnen, sollte eine Lösung nicht beim Widerruf ansetzen, sondern bei der Entgeltzahlungspflicht. Vorgeschlagen wird daher eine Regelung, die in die vertraglichen Rechte und Pflichten eingreift und eine Zahlungspflicht des Verbrauchers an den Nachweis des Unternehmers knüpft, dass dem Verbraucher die Entgeltlichkeit bekannt war oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte bekannt sein müssen.
- Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sollten generell wie Verträge über Dienstleistungen behandelt werden, weil eine Rückabwicklung durch Rücksendung der infolge Zeitablaufs wertlosen Druckwerke nicht interessengerecht wäre.

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,“

bb) Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,“.

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) Nummern 3 und 4 werden gestrichen.

bb) Nummer 5 wird Nummer 3 und wie folgt gefasst:

„3. die in der Form einer solchen Versteigerung geschlossen werden, bei der der Vertrag erst mit Zuschlag gemäß § 156 zustande kommt, oder“

cc) Nummer 6 wird Nummer 4.

Begründung: Erhebliche Missbrauchsgefahr beim Vertrieb von periodisch erscheinenden Druckwerken und von Wett- und Lotteriedienstleistungen besteht nicht nur am Telefon, sondern auch bei Angeboten im Internet. Der vollständige Ausschluss des Widerrufsrechts wird daher den Anforderungen der Praxis nicht mehr gerecht. Durch die vorgeschlagene Änderung von § 312d Abs. 3 wird bewirkt, dass bei den genannten Verträgen grundsätzlich ein Widerrufsrecht besteht und dieses erst bei vollständiger Erfüllung seitens des Unternehmers erlischt. Gerade bei langfristigen Verträgen, die auch bei Wett- und Lotteriedienstleistungen verbreitet sind, erfüllt das Widerrufsrecht für den Verbraucher eine wichtige Funktion, weil es ihn mindestens für die Zukunft von Zahlungspflichten befreit.

Durch geringfügige Umformulierung von Nummer 5 könnte zugleich dem Stand der höchst-richterlichen Rechtsprechung zu eBay-Auktionen Rechnung besser getragen werden.

c) In Absatz 6 wird das Wort „Finanzdienstleistungen“ durch das Wort „Dienstleistungen“ ersetzt.

c) Absatz 6 wird gestrichen.

Begründung: Die Regelung der Rechtsfolgen getrennt von der funktional eng verknüpften Regelung in Absatz 3 ist der Transparenz abträglich (s. o.).

3. Nach § 312e wird folgender § 312f eingefügt:

„§ 312f
Kündigung und Vollmacht zur Kündigung

Wird zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nach diesem Untertitel ein Dauerschuldverhältnis begründet, das ein zwischen dem Verbraucher und einem anderen Unternehmer bestehendes Dauerschuldverhältnis ersetzen soll, und wird anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses von dem Verbraucher

1. die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses erklärt und der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Übermittlung der Kündigung an den bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers beauftragt oder
2. der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Erklärung der Kündigung gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers

5. Nach § 312e wird folgender § 312f eingefügt:

„§ 312f
Ersetzung bestehender Verträge

(1) Wird im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrags zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nach diesem Untertitel ein anderer Vertrag mit demselben Unternehmer beendet, der durch den neuen Vertrag ersetzt werden soll, so lebt im Falle des Widerrufs der alte Vertrag zu denselben Bedingungen wieder auf. Satz 1 gilt entsprechend, wenn Partner des alten Vertrags ein anderer Unternehmer war und zwischen den Unternehmern über die Ersetzung eine Absprache bestand.

(2) Soll durch einen Vertrag nach diesem Untertitel ein Vertrag mit einem anderen Unternehmer ersetzt werden und tritt der Unternehmer, mit dem der neue Vertrag geschlossen wird, oder ein von diesem beauftragter Dritter bei der Beendigung

bevollmächtigt,
bedarf die Kündigung des Verbrauchers oder die
Vollmacht zur Kündigung der Textform.“

des alten Vertrags als Bote oder Stellvertreter des
Verbrauchers auf, bedarf die Erklärung des
Verbrauchers oder die Vollmacht zur Erklärung
der Textform.“

Begründung: Die vorgeschlagene Regelung ist sehr begrüßenswert, erscheint aber in verschiedener Hinsicht zu eng. Zunächst sollte die Regelung nicht nur bei Kündigungen, sondern gleichermaßen bei Aufhebungsverträgen gelten. Sodann besteht ein Schutzbedürfnis auch im Zweipersonenverhältnis, wenn der Verbraucher einen günstigen Altvertrag zugunsten eines neuen, letztlich unerwünschten Vertrags beendet hat. Der Verbraucher soll dann die Möglichkeit haben, durch Widerruf seine alte vertragliche Position wieder herzustellen.

Dasselbe sollte gelten, wenn die Ersetzung des Vertrags zwar formal mit einem anderen Unternehmer erfolgt, letztlich aber etwa auf Umschichtungen innerhalb eines Konzerns beruht.

Besteht zwischen den Unternehmern eine solche Verbindung nicht, erschiene es nicht sachgerecht, den alten Vertragspartner mit den Unsicherheiten zu belasten, die aus dem neuen Vertragsverhältnis herrühren, so dass es bei dem vom RegE vorgeschlagenen Textformerfordernis bleiben sollte. Das hat u. a. zur Konsequenz, dass der Verbraucher bei Verstoß gegen das Formerfordernis an zwei Verträge gebunden ist. Auf diese Konsequenz wird hingewiesen, doch scheint sie mir noch tragbar, weil der Verbraucher mit allgemeinen vertragsrechtlichen Rechtsbehelfen gegen den neuen Vertragspartner vorgehen kann.

4. Der bisherige § 312f wird § 312g.

Artikel 2

Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3367), wird wie folgt geändert:

1. § 7 Abs. 2 Nr. 2 wird wie folgt gefasst:

„2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung;“.

2. Die Überschrift von Kapitel 4 wird wie folgt gefasst:

„Kapitel 4

Straf- und Bußgeldvorschriften“.

3. Die Überschrift von Kapitel 5 wird gestrichen.

4. Die §§ 20 bis 22 werden durch folgenden § 20 ersetzt:

„§ 20 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs.

2 Nr. 2 gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf wirbt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.“

Artikel 3

Änderung des Telekommunikationsgesetzes

Das Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198), wird wie folgt geändert:

1. § 102 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird aufgehoben.

b) Nach Absatz 1 werden folgende Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 dürfen Anrufer bei Werbung mit einem Telefonanruf ihre Rufnummernanzeige nicht unterdrücken oder bei dem Diensteanbieter veranlassen, dass diese unterdrückt wird. Abweichend von § 66j Abs. 2 Satz 1 dürfen Anrufer bei Werbung mit einem Telefonanruf auch die Rufnummer der Person, in deren Namen oder Auftrag die Werbung mit einem Telefonanruf erfolgt, aufsetzen und in das öffentliche Telefonnetz übermitteln. § 66j Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.“

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Diensteanbieter, die ihre Dienste nur den Teilnehmern geschlossener Benutzergruppen anbieten.“

c) Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden die Absätze 4 und 5.

d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 6 und in Satz 2 wird die Angabe „Absatz 1 Satz 3“ durch die Angabe „Absatz 3“ ersetzt.

e) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 7 und die Wörter „Absätze 1 und 4“ werden durch die Wörter „Absätze 1 bis 3 und 6“ ersetzt.

f) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 8.

2. § 149 wird wie folgt geändert:

a) in Absatz 1 wird nach Nummer 17 folgende Nummer 17a eingefügt:

„17a. entgegen § 102 Abs. 2 Satz 1 die Rufnummernanzeige unterdrückt oder veranlasst, dass diese unterdrückt wird,“.

b) In Absatz 2 Satz 1 wird die Angabe „in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 16 bis 18“ durch die Angabe „in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 16, 17, 18“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung

Anlage 2 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2002 (BGBl. I S. 3002), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 4. März 2008 (BGBl. I S. 292) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Im Gestaltungshinweis 6 wird das Wort „Finanzdienstleistungen“ durch das Wort „Dienstleistungen“ ersetzt.

2. Im Gestaltungshinweis 9 werden die beiden Hinweise zu einem Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, mit dem jeweils einleitenden Satzteil durch folgenden Wortlaut ersetzt:

„Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das für einen Fernabsatzvertrag über die Erbringung einer Dienstleistung gilt, ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

„Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.“

2. Im Gestaltungshinweis 9 **wird der erste Hinweis** zu einem Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, **mit dem einleitenden** Satzteil durch folgenden Wortlaut ersetzt:

„Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das für einen Fernabsatzvertrag über die Erbringung einer Dienstleistung gilt, ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

„Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, **wenn Ihr Vertragspartner die Dienstleistung** auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig **erbracht hat**, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.“

Begründung: Anpassung an vorgeschlagene Änderung von § 312d Abs. 3 (s. o.)

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.



Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Zivilrecht

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

Schottenbastei 10 - 16

A-1010 Wien

T+43/1/4277-34820

F+43/1/4277-9348

christiane.wendehorst@univie.ac.at

An den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Wien, den 29. Januar 2009

Ergänzung zu meiner Stellungnahme vom 21. Januar 2008

zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen (BT-Drs. 16/10734)

In meiner Stellungnahme vom 21. Januar hatte ich mich auf die unmittelbar vom Gesetzesentwurf der Bundesregierung aufgeworfenen vertragsrechtlichen Fragen beschränkt. Angesichts des Stellenwerts, der in der öffentlichen Anhörung am 28. Januar der vom Bundesrat vorgeschlagenen „Bestätigungslösung“ zukam, fühle ich mich jedoch zu einer kurzen ergänzenden Stellungnahme veranlasst. Dabei sehe ich meine Aufgabe wiederum vor allem im Herausarbeiten von Punkten, die aus zivilistischer Sicht unbedingt geklärt werden müssen, falls der Gesetzgeber der Bestätigungslösung näher treten sollte. Nach wie vor würde ich diese Lösung jedoch persönlich **nicht** befürworten.

Stellungnahme des Bundesrates

1. Zu Artikel 1 Nr. 2a – neu – (§ 312e Abs. 1a – neu BGB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 2 folgende Nummer 2a einzufügen:

2a. In § 312e wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Der auf eine entgeltliche Gegenleistung gerichtete Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr wird nur wirksam, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Bestellung vom Unternehmer einen Hinweis auf

Unbedingt erforderliche Änderungen:

[Verzicht auf die neue Regelung]

die Entgeltlichkeit und die mit dem Vertrag verbundenen Gesamtkosten in deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Form erhalten und die Kenntnisnahme dieses Hinweises in einer von der Bestellung gesonderten Erklärung bestätigt hat.“

Begründung: Diese vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung ist mE auch durch wohlwollende Umformulierung nicht zu halten, weil sie eine die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig beschränkende und damit primärrechtswidrige Maßnahme darstellt. Ausländische Unternehmer können mit einer derart ungewöhnlichen und in ihren Rechtsfolgen (Vertragsunwirksamkeit) tief greifenden Regelung nicht rechnen, und die Maßnahme ist zur Gewährleistung ausreichenden Verbraucherschutzes auch nicht erforderlich (vgl. Widerrufslösung).

An Mängeln im Übrigen seien nur stichpunktartig genannt:

- viel zu weiter sachlicher Anwendungsbereich (erfasst jegliche Form des elektronischen Vertragsschlusses unabhängig vom Missbrauchspotential; erfasst mangels Erweiterung von Absatz 3 Satz 1 sogar den Vertragsschluss per Email)
- Fehlen einer Regelung zur Heilung des Mangels (nach der vom Bundesrat formulierten Fassung bleibt entweder der unter Verstoß gegen das Bestätigungserfordernis geschlossene Vertrag selbst nach Leistungsaustausch ewig unwirksam, dies auch zulasten des Verbrauchers, oder es wird anlässlich des Leistungsaustauschs ein neuer Vertrag geschlossen, bei dem der Verbraucher aber möglicherweise mangels Fernabsatzsituation kein Widerrufsrecht hat)
- Fehlen einer Regelung für die Rückabwicklung unwirksamer Verträge (Rechtsunsicherheit und verbleibende Zahlungsrisiken für den Verbraucher – insbesondere bei sofort erbrachten Dienstleistungen – durch Anwendung der §§ 812 ff BGB)
- Fehlen einer Einschränkung für Finanzdienstleistungen (Fernabsatz von Finanzdienstleistungen wurde durch Richtlinie 2002/65/EG vollharmonisiert; Bestätigungslösung wegen zusätzlicher Informationspflicht sowie Konkurrenz zum Widerrufsrecht im harmonisierten Bereich)

5. Zu Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe b – neu (§ 7 Abs. 4 – neu – UWG)

Artikel 2 Nr. 1 ist wie folgt zu fassen:

1. § 7 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Nr. 2 wird wie folgt gefasst:

„<... wie Gesetzentwurf ...>.“

b) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat.“

b) Nach § 7 wird folgender § 7a angefügt:

„§ 7a. Nach verbotener Telefonwerbung geschlossene Verträge.“

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. **Die Frist beginnt, wenn dem Verbraucher das Bestätigungserfordernis und die Adresse, an die**

die Bestätigung gerichtet werden kann, in Textform mitgeteilt wurden. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat.

(2) Jede über die Mitteilung nach Absatz 1 Satz 2 oder die Erfüllung von Informationspflichten nach § 312c des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie weiteren zwingenden Rechtsvorschriften hinausgehende Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher in Bezug auf den bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 angebahnten Vertrag, die einseitig vom Unternehmer oder einem von diesem beauftragten Dritten ausgeht, stellt eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 dar.

(3) Bestätigt der Verbraucher seine Vertragserklärung nach Ende der in Absatz 1 bezeichneten Frist oder nimmt er in anderer Weise von sich aus Kontakt zum Unternehmer auf, um die vertragliche Leistung zu erhalten, ist dies ein neuer Antrag im Sinne von § 145 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

(4) Liegt nach Maßgabe von Absatz 1 und 3 kein wirksamer Vertrag vor und hat der Unternehmer gleichwohl mit der Erbringung von Leistungen begonnen, so findet § 241a des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung. Das Recht des Verbrauchers zur Rückforderung der eigenen Leistung bleibt unberührt.

(5) Steht dem Verbraucher nach anderen Vorschriften ein Widerrufsrecht zu, wird eine nach Absatz 1 unwirksame Vertragserklärung des Verbrauchers insoweit wie eine wirksame behandelt. Bei anderen Leistungen als Finanzdienstleistungen treten jedoch die Rechtsfolgen nach Absatz 4 an die Stelle der Rechtsfolgen nach § 312d und §§ 357 bis 359 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.“

Begründung: Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung ist in vielfacher Hinsicht unklar und ergänzungsbedürftig. Sollte ein Bestätigungserfordernis tatsächlich politisch gewollt sein, müssten im Interesse des Verbrauchers die wichtigsten Folgefragen geklärt werden. Da die Norm sonst unübersichtlich würde, bedürfte es eines eigenen § 7a.

Insbesondere wären erforderlich:

- Möglichkeit des Verbrauchers, in zumutbarer Weise vom Bestätigungserfordernis Kenntnis zu erlangen und sich für oder gegen den Vertrag zu entscheiden (Vorschlag: einmalige Information in Textform; kann mit den Informationen nach § 312c Abs. 2 BGB verbunden werden)
- Schutz des Verbrauchers vor weitergehender Belästigung durch den Unternehmer, der die Bestätigung erhalten möchte, und zugleich Gewährleistung der Informationsrechte nach § 312c BGB (Vorschlag: Klarstellung, dass ein beim ersten Telefonat ausdrücklich erteiltes Einverständnis weitere Anrufe usw nicht legitimiert; Ausnahme für gesetzlich geschuldete Informationen)
- Sicherstellung, dass einerseits der Verbraucher, der die Leistung erhalten möchte, nicht partiell seiner Vertragsfreiheit beraubt wird, andererseits aber auch kein für den Rechtsverkehr unerträglich langer Schwebezustand entsteht (Vorschlag: nicht form-

oder fristgerechte Kontaktaufnahme mit dem Unternehmer, die der Verbraucher einseitig vornimmt, um die Leistung zu erhalten, stellt einen neuen Antrag dar)

- Schutz des Verbrauchers vor Bereicherungsansprüchen des Unternehmers, der einseitig mit der Leistungserbringung beginnt (Vorschlag: entsprechende Anwendung von § 241a BGB; bringt freilich alle dogmatischen Probleme mit sich, die auch bei § 241a BGB bestehen)
- Regelung des Verhältnisses zum Verbraucherwiderruf (Vorschlag: kein weiteres Hinausschieben des Beginns der Widerrufsfrist; Erhaltung der günstigeren Rechtsfolgen der Vertragsunwirksamkeit trotz Erklärung des Widerrufs; wegen Vollharmonisierung Einschränkung bei Finanzdienstleistungen)