

Prof. Dr. Tobias Brönneke
Tiefenbronner Str. 65
75175 Pforzheim
Fon 07231 – 28-6208 Fax 07231 – 28-7208
Tobias.Broenneke@hs-pforzheim.de
<http://broenneke.hs-pforzheim.de>

Karlsruhe, den 16.04.2013

**Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten
des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für ein
Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes
zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drs. 17/12637 vom 6.3.2013)**

An drei sehr wesentlichen Punkten bestimmt nunmehr der deutsche Gesetzgeber, wieviel Verbraucherschutz gewollt ist und ob es in bestimmten Fragen am Ende zu spürbaren Einschnitten kommt. Seine Rolle beschränkt sich hier nicht auf das Nachzeichnen der im Kern vollharmonisierenden und damit eng bindenden Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie. Dies betrifft:

- den genauen Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften
- die Frage, wie die verbraucherschützenden Vorgaben in der Praxis umgesetzt werden: die Frage, ob hier plastisch gesprochen reine Papiernormen geschaffen werden, weil es sich wirtschaftlich einfach lohnen wird, die Verbraucherschutzregeln nicht zu befolgen, ob also ein Vollzugsdefizit von vornherein in das Regelungssystem eingebaut wird; hier ist die Frage der wirksamen, sehr gerne auch verhältnismäßigen Sanktionen angesprochen;
- das Ärgernis im Rahmen von „Cold-Calling“ untergeschobener Verträge.

Ich werde meine Stellungnahme¹ (was schon der kurzen Vorbereitungszeit geschuldet ist) im Wesentlichen auf diese Punkte beschränken.

¹ Diese Stellungnahme baut auf der gemeinsam mit Herrn Kollege Prof. Dr. Fezer für die Verbraucherkommission Baden-Württemberg verfassten Stellungnahme zum Referentenentwurf auf und übernimmt daraus – soweit sinnvoll – z.T. wörtlich einzelne Passagen.

I. Anwendungsbereich der Verbraucherschutzregelungen

1) Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Verbraucherschutzbestimmungen führen zur Unübersichtlichkeit der Regelungen und zu Abgrenzungsproblemen. Erklärbar sind die Ausnahmen häufig nur durch momentane Lobbying-Erfolge in Brüssel, die mit dem Anliegen eines wirksamen Verbraucherschutzes sowie mit einem logisch systematischen Gesetzesaufbau, der die Grundlage für einen einigermaßen reibungsfreien Gesetzesvollzug ist, nicht in Übereinklang zu bringen sind. Sachlich sind sie rechtspolitisch häufig nicht bzw. nicht mehr gerechtfertigt. Soweit die Verbraucherrechterichtlinie (VRRl) Generalausnahmen enthält, fehlt im Übrigen eine entsprechende europarechtliche Vorgabe. Dem nationalen Gesetzgeber steht es – mangels einer europäischen Regelung – frei, ob er diese Ausnahmen übernehmen will oder sie streicht und damit den Anwendungsbereich der entsprechenden Verbraucherschutzregelungen sachgerecht ausdehnt. Dies soll an einigen Beispielen belegt werden:

a. Ausnahme für touristische Dienstleistungen

Verträge über Pauschalreisen im Sinne des § 651a BGB sind vom Anwendungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie ausgenommen. Das bedeutet, dass der nationale Gesetzgeber hier allein an die Vorgaben der (minimalharmonisierenden) Pauschalreiserichtlinie gebunden ist. Dies würde es nunmehr ermöglichen, den rechtspolitisch fragwürdigen Ausschluss jedes Widerrufsrechts im Fernabsatz von Reisen (insbesondere wenn die Buchung lange Zeit vor dem eigentlichen Reiseantritt erfolgt) zu korrigieren und eine (moderate) Widerrufbarkeit einzuführen. Wenn sich der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die anstehenden Verhandlungen zur Neufassung der Pauschalreiserichtlinie jetzt dazu nicht durchringen kann, sollte jedoch nicht der bestehende Status quo geändert werden und eine praktisch relevante Verschlechterung zu Lasten der Verbraucher erfolgen, zumal es bis zur erwartenden Neuregelung und Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie noch lange Zeit dauern wird.

Nach der bisherigen Rechtslage gab es zwar eine Ausnahme von der Widerrufbarkeit im Fernabsatz, nicht jedoch bei Haustürsituationen. Dies betrifft insbesondere den praktisch relevanten Vertrieb von Reisen anlässlich von Kaffeefahrten, aber auch den ebenfalls vorkommenden Vertrieb von Reisen in der Wohnung von Verbrauchern, wo es bislang im Rahmen von Haustürgeschäften aus gutem Grund Widerrufsrechte gibt. Wenn die Ausnahme des § 312 Abs. 2 Ziff. 4 BGB E nicht komplett gestrichen werden soll, sollte diese Ziffer – entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates –² wenigstens um die Worte „die im Fernabsatz geschlossen werden“ ergänzt werden.

Entsprechendes gilt übrigens auch für die in § 312 Abs. 2 Ziff. 8 BGB E aufgegriffene Ausnahme (Waren des täglichen Bedarfs, die im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden). Auch hier findet im Hinblick auf den Vertragsschluss in Haustürsituationen ohne Not eine Verschlechterung zu Lasten der Verbraucher statt. Die Ausnahme ist entbehrlich und sollte im Sinne des Vorschlages des Bundesrates geändert werden.³

² BT-Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013, Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates unter Ziff. 3.

³ BT-Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013, Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates unter Ziff. 14.

b. Bauverträge

§ 312 Abs. 2 Ziff. 3 BGB E nimmt bestimmte Bauverträge aus dem Anwendungsbereich aus. Dabei geht es für Verbraucher beim Neubau eines Hauses sowie bei erheblichen Umbaumaßnahmen um wirtschaftlich besonders bedeutsame Rechtsgeschäfte, die nur selten vorgenommen werden und von besonderer Tragweite sind. Dass hier der Schutzbedarf geringer sein soll als bei klassischen Versandhandels- oder Haustürgeschäften, ist nicht nachvollziehbar. Zusätzlich wird die Unterscheidung von erheblichen gegenüber nicht erheblichen Umbaumaßnahmen Rechtsunsicherheit mit sich bringen, wie auch von der Bauindustrie vorgebracht wird. Auch der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme, die Ausnahme für Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen zu streichen.⁴

c. Beförderungsverträge

Bei Personenbeförderungsverträgen (§ 312 Abs. 2 Ziff. 5 BGB E) leuchtet die Ausnahme von den Informationspflichten nicht ein. Mit zunehmender Liberalisierung des Transportwesens ist die entsprechende Ausnahme zunehmend weniger stimmig. Sowohl bei Personenbeförderungsverträgen als auch bei Pauschalreisen ist zudem nicht einsichtig, warum ein weit im Vorfeld der geplanten Leistung erfolgender Widerruf nicht möglich sein soll. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Unternehmers ist in diesen Fällen nicht ersichtlich.

d. Warenautomaten sowie automatisierte Geschäftsräume

Warenautomaten sowie automatisierte Geschäftsräume (§ 312 Abs. 2 Ziff. 9 BGB E) verfügen zunehmend über moderne Kommunikationstechnologien. So werden Displays und interaktive Bedienelemente verwendet, die den Geschäftsabschluss mit dem im E-Commerce oder Mobile Commerce (Verwendung von Smartphones) vergleichbar machen. Es liegt nahe, hier anstelle einer Totalausnahme eine Angleichung an die Regeln des M-Commerce vorzunehmen und insbesondere eine Lockerung der Informationspflichten nur dann zuzulassen, wenn weitergehende Informationen einen unverhältnismäßigen technischen Aufwand bedeuteten. Dies könnte durch eine Streichung der Generalausnahme und Einfügung einer Art. 246a § 3 EGBGB E entsprechenden Regelung erfolgen.

e. Build to order

Speziell zur Ausnahme vom Widerrufsrecht in § 312g Abs. 2 Ziff. 1 BGB E sollte die textliche Fassung dahingehend geändert werden, dass die „Build to order“-Konstellationen, in denen dem Verbraucher verschiedene Varianten eines Produktes in einem Baukastensystem angeboten werden, weiterhin widerrufbar bleiben. Zur Begründung kann auf die unverändert und auch anlässlich der Vorgaben der VRRl weiter zutreffenden Erwägungen des BGH in der Dell-Entscheidung vom 19.03.2003 – VIII ZR 295/01 verwiesen werden. Zumindest in der Gesetzesbegründung bzw. der Begründung des Ausschussberichts sollte dies klargestellt werden.

f. Fazit:

⁴ BT-Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013, Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates unter Ziff. 2.

Die Ausnahmen sollten daher möglichst weitgehend gestrichen oder auf ein absolutes Minimum beschränkt werden.

2) Vertragsfallen und „Button-Lösung“ – Ausdehnung des Anwendungsbereiches erwägenswert

Die Regelungen zur Bekämpfung von Vertragsfallen haben im Übrigen nach Erkenntnissen der Verbraucherberatung zu einer massiven Abnahme entsprechender Beschwerden geführt und können von daher nach den bisherigen Erkenntnissen als Erfolg angesehen werden. Nach Recherchen im Rahmen von mir betreuter studentischer Arbeiten gibt es noch einige der alten Vertragsfallen als Internetseiten im Netz, aber Bestellungen sind nicht möglich – ein unproblematischer Befund. Eine „neue Masche“ bezieht sich auf das Bewerben von Unternehmern oder vermeintlichen Unternehmern. Es könnte erwogen werden, den Anwendungsbereich der Buttonlösung – wie bereits ursprünglich erwogen – auch auf den B2B-Bereich auszudehnen.

II. Verschlechterungen zu Lasten der Verbraucher und System der Sanktionen

1) Ausgangslage

Neben einigen der Richtlinie geschuldeten Verbesserungen bringt das Gesetz an anderen Stellen auch einige deutliche Verschlechterungen zu Lasten der Verbraucher mit sich:

- Rechtspolitisch nicht einzusehen ist, dass Verbraucher im Falle des Widerrufs vorleistungspflichtig werden (§ 357 Abs. 4 BGB E), ohne irgendwelche Garantien für die Durchsetzbarkeit ihrer eigenen Erstattungspflichten zu erhalten.
- Ganz erhebliche, praktisch sehr relevante Einschnitte gibt es bei den verlängerten Widerrufsfristen, namentlich der Wegfall der unbefristeten Widerrufbarkeit bei mangelhafter Widerrufsbelehrung sowie der Wegfall der verlängerten Widerrufsfrist bei sonstigen Fehlern bei den verschiedenen Textformbelehrungspflichten.⁵

Die verlängerten Widerrufsfristen bei fehlerhaften Textformbelehrungen sind nicht nur eine durchaus wirksame Sanktion, um präventiv die Einhaltung dieser Pflichten zu gewährleisten. Die bisherige Möglichkeit eines Widerrufs z.T. noch deutlich nach Ablauf von zwei Wochen nach dem Vertragsschluss, hat bisher praktisch eine Auffangfunktion: Hält ein Produkt nicht das, was es bei der Bewerbung und in der Verkaufssituation versprach, erübrigen sich lange Überlegungen, ob ein Mangel vorliegen könnte und beweisbar wäre, wenn eine Rückabwicklung des Vertrages über den Widerruf möglich ist. Wenn gleichzeitig zu beobachten ist, dass die Durchsetzung von Mängelgewährleistungsrechten durch Verbraucher nicht gewährleistet ist und an bestimmten Punkten offenkundig durch Anbieter erschwert wird,⁶ ist absehbar, dass sich hier ernsthafte Schutzlücken ergeben werden.

⁵ Auch die zukünftig wegfallende Verlängerung der Widerrufsfrist auf einen Monat, im Falle der Nachbelehrung über das Widerrufsrecht, gehört dazu.

⁶ Hiervon berichten sowohl Verbraucherberater/-beraterinnen als auch die einschlägigen Medien, z.B. „Plusminus“ im ARD vom 3.4.2013 mit verschiedenen entsprechenden Kundenbeschwerden.

Der Wegfall der Verlängerungen der Widerrufsfristen im Falle mangelhaft erfüllter Textformbelehrungen ist einerseits europarechtlich vorgegeben.⁷ Andererseits verlangt das Europarecht aber wirksame Mittel, die die Einhaltung der Pflichten aus der Richtlinie sicherstellen. Ausdrücklich verlangt Art. 23 VRRl daher die Einführung „angemessener und wirksamer Mittel“, die sicherstellen, dass die Richtlinienvorschriften auch tatsächlich eingehalten werden. Zudem müssen nach Art. 24 VRRl „wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen“ für den Fall des Verstoßes gegen die in Folge der Richtlinie erlassenen Verbraucherschutznormen vorgesehen werden. Nachdem die Richtlinie eine wesentliche bisherige Sanktion (nämlich deutliche Fristverlängerungen beim Widerrufsrecht) nicht mehr mitliefert, ist der nationale Gesetzgeber automatisch in ganz anderer Weise als bisher gefordert. Es droht ein ganz erhebliches Vollzugsdefizit, sowohl bei den Informationspflichten als auch beim Widerrufsrecht:

Unterlassungsklagen werden bei den Textforminformationen nicht in dem Maße wirken wie bei den vorvertraglichen Informationen. Verstöße gegen die vorvertraglichen Informationsverpflichtungen sind insbesondere im Internet leicht erkennbar und belegbar. Dies führt zu einem Umfang an kostenpflichtigen wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen und Unterlassungsklagen durch Konkurrenten, bei denen mit Fug und Recht bezweifelt werden kann, ob diese Verfahren tatsächlich im Verbraucherinteresse durchgeführt werden oder ob Verbraucherrecht nicht für gänzlich andere Zwecke instrumentalisiert wird. Die Textforminformationen werden dagegen regelmäßig individuell erbracht. Abmahnungen und Unterlassungsklagen sind diesbezüglich zwar bisher schon möglich gewesen, wenn überhaupt jedoch in zu vernachlässigendem Maße bekannt geworden.

Eine wirksame Sanktion gab es bisher gleichwohl durch die Fristverlängerung im individuellen Rechtsverhältnis Verbraucher - Unternehmer. Bei der sehr dürftigen finanziellen Ausstattung der Verbraucherverbände im Hinblick auf die aktive Rechtsdurchsetzung mittels Abmahnungen und Klagen, kann an dieser Stelle nicht damit werden, dass die Verbände in der Lage sein werden, eine im Sinne des Europarechts effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Konkurrentenklagen fallen in diesem Bereich bei dem gleichzeitig zu erwartenden hohen Aufwand und damit verbundenen Kosten als „abschreckende Sanktionen“ im Sinne des Europarechts aus, die Abmahn- und Klagetätigkeit der Verbände wird bei unveränderter Mittelausstattung eher die Funktion von Nadelstichen als die der „abschreckenden Sanktion“ erfüllen.

2) Konsequenz: Wirksame Sanktionen im Interesse des Verbraucherschutzes schaffen!

a. Überbordende Konkurrentenabmahnungen: Instrumentalisierung des Verbraucherschutzes!

Offenbar stimmt etwas am Sanktionensystem nicht und das Problem wird im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie deutlich verschärft:

⁷ Dies ergibt sich aus dem grundsätzlichen Vollharmonisierungsgebot in Art. 4 VRRl sowie dem Zusammenwirken der Art. 9 Abs. 2 und 10 VRRl.

Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie schafft neue Informationspflichten. Gesetzliche Informationspflichten stehen in Deutschland gerade deshalb besonders in der Kritik, weil die Rechtsdurchsetzung im Wege wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsklagen durch eine regelrechte Abmahnindustrie instrumentalisiert werden kann, um Einnahmen zu generieren.⁸ Auch wurden Fälle kolportiert, in denen marktstarke Anbieter im traditionellen Handel massiv kleine und mittelständische Anbieter im E-Commerce attackiert haben, die aufgrund günstigerer Preise zu einer ernsthaften Konkurrenz zu erwachsen drohten.

Der „Erfolg“ der so entstandenen Abmahnwellen ist durchaus hoch: Die entsprechenden Informationspflichten werden regelmäßig recht schnell und außerordentlich buchstabengetreu umgesetzt. Allerdings ist ein Flurschaden nicht zu übersehen: Der Verbraucherschutzgedanke als solcher gerät in der betroffenen Wirtschaft in Misskredit und die Anstrengungen, Verbraucherschutz umzusetzen, konzentrieren sich wohl nicht selten nur noch genau auf die Bereiche, in denen Abmahnungen zu erwarten sind, während in anderen Bereichen, die durch die Abmahnindustrie nicht vergleichbar einfach aufgegriffen werden, deutliche Missstände herrschen.⁹

Hier wird Verbraucherschutz instrumentalisiert. Sinnvoll sind Sanktionen dann, wenn sie nicht zu einer vordergründigen „Kommagenauigkeit“ führen, sondern tatsächliche Probleme der Verbraucherinnen und Verbraucher lösen. Die Sanktionen sollten durchaus scharf sein, aber sie sollten diejenigen treffen, die ernsthafte Probleme für die Verbraucher schaffen und diese Probleme im Wesentlichen lösen.

b. Öffentlich-rechtliche Instrumente und Unterlassungsklagen: ein klärender Paragraph

Aufgrund der Focussierung auf Unterlassungsklagen sind in Deutschland die Möglichkeiten des öffentlichen Rechts, Verbraucherschutz durchzusetzen, völlig unterentwickelt. Obwohl es theoretisch wirtschaftsverwaltungsrechtliche Möglichkeiten gibt, jedenfalls dann einzuschreiten, wenn nachhaltige Verstöße vorliegen, kommen diese faktisch nicht oder jedenfalls nicht systematisch zum Einsatz, wie es notwendig wäre, um hier von im europarechtlichen Sinne „wirksamen Mitteln“ zur Umsetzung der verbraucherschützenden Gesetze zu sprechen. Verbraucherzentralen berichten, dass entsprechende Anträge an Gewerbebehörden auf Einschreiten regelmäßig erfolglos verliefen. Aufgrund entsprechender Erfahrungen unternehmen Verbraucherschützer oftmals nicht einmal mehr den Versuch, Behörden gegen „windige Unternehmer“ zu mobilisieren. Gründe hierfür habe ich – jedenfalls ansatzweise – an anderer

⁸ Nach dem Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs können Konkurrenten gegen die Nichteinhaltung von Marktverhaltensregelungen ihrer Wettbewerber mit kostenpflichtigen Abmahnungen und Unterlassungsklagen vorgehen. In besonderem Maße betrifft dies gesetzliche Informationspflichten. Fehler lassen sich dabei sehr einfach über den Einsatz von Suchmaschinen finden. Abmahnungen, bei denen jeweils quasi nur der Name des angegriffenen Unternehmens und dessen Adresse ausgewechselt werden muss, können sehr einfach via Serienbrief erstellt werden. Da der Angegriffene (mit der durchaus fragwürdigen, aber doch höchstrichterlich abgesicherten Begründung, dass damit ein noch teurerer Prozess vermieden werde) die Kosten auch des Rechtsanwalts des Angreifers zu tragen hat, hat sich hier eine regelrechte Abmahnindustrie entwickelt, deren Ziel weniger der Verbraucherschutz als vielmehr das Eintreiben von Abmahnpauschalen zu sein scheint.

⁹ So besteht für einen Internetshop sofort ein hoher Handlungsdruck dahingehend, eine „passable“ Datenschutzerklärung zu präsentieren, d.h. eine solche, die aus sich heraus keine Angriffspunkte für Abmahner bietet. Ob die dahinter liegenden Prozesse in dieser Erklärung tatsächlich richtig beschrieben werden und ob der Kundendatenschutz wirklich realisiert wird, erscheint darüber so lange jedenfalls aus betriebswirtschaftlichem Kalkül unwesentlich, wie eine effektive Datenschutzkontrolle fehlt.

Stelle aufgezeigt, worauf hier verwiesen werden soll.¹⁰ Abhilfe kann durch die Einführung eines förmlichen, als subjektives Recht ausgestalteten Antragsrechts an die zuständigen Stellen geschaffen werden. Dies wäre mittels eines neuen Paragraphen im Unterlassungsklagengesetz möglich, der auch in diesem Gesetzgebungsvorhaben eingefügt werden könnte:

„Anspruchsberechtigte Stellen nach § 3 UKlaG haben bei nachhaltigem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, die dem Schutz der Verbraucher dienen, das Recht, bei den dafür zuständigen Stellen Anträge auf Einschreiten zu stellen.“

Damit würde klargestellt, dass eine förmliche Bescheidung und damit eine ernsthafte Auseinandersetzung mit diesen Anträgen erforderlich ist. Würde der Antrag rechtsfehlerhaft abgelehnt, bliebe in letzter Konsequenz die Möglichkeit, ein behördliches Einschreiten verwaltungsgerichtlich durchzusetzen. Wie Erfahrungen in anderen Rechtsbereichen zeigen, wird von derartigen Klagebefugnissen nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Zugleich sind entsprechende Klagen weit überdurchschnittlich häufig erfolgreich, was ihren Sinn unterstreicht.¹¹

c. Mit Unrechtsgewinnabschöpfung ernst machen!

Die nach § 10 UWG vorgesehene Unrechtsgewinnabschöpfung bleibt bisher weitgehend ein zahnloser Tiger und kann die bei der Rechtsdurchsetzung bestehenden Probleme aufgrund ihrer restriktiven Ausgestaltung augenscheinlich nicht lösen. Um diesem Instrument den Charakter der Symbolgesetzgebung zu nehmen, ist es erforderlich, das Vorsatzerfordernis zu streichen. Außerdem sollte das Unterlassungsklagengesetz um eine entsprechende Vorschrift zur Unrechtsgewinnabschöpfung ergänzt werden.

Nutzte man die hieraus erzielten Einnahmen zum Zwecke der erforderlichen Rechtsverfolgung, hätte man zugleich das Problem der finanziellen Unterausstattung der klagebefugten Institutionen gelöst. Gäbe es viele Verstöße, finanzierten entsprechende Einnahmen die diesbezügliche Verbandstätigkeit; gingen die Verstöße zurück, würden auch die Einnahmen kleiner: Dies entspräche einem durchaus gewollten Regelkreis. Wenn man diesen – zugegeben nicht ganz kleinen – Schritt im jetzigen Gesetzgebungsverfahren nicht geht, um das Gesetz möglichst reibungslos vor Ende der Legislaturperiode unter Dach und Fach zu bringen, so könnte man doch einen Prüfauftrag mit dem klaren Ziel, ein solches Modell zu schaffen, an das BMJ erteilen, mit dem Ziel, in der nächsten Legislaturperiode in dieser Frage schnell „Nägel mit Köpfen“ machen zu können, d.h. sehr schnell ein entsprechendes Gesetz zur Finanzierung der Rechtsdurchsetzung durch die Verbände zu schaffen.

d. Zivilrechtliche Folgen fehlerhafter Informationen

Soweit Pflichtinformationen des Unternehmers bei Vertragsschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen und im Fernabsatz erbracht werden müssen (§ 312d Abs. 1 S. 1 BGB E/Art. 246a EGBGB), gibt es für bestimmte Konstellationen eine durchaus wirkungsvolle zivilrechtliche Sanktion: Der Unternehmer, der im Rahmen der Pflichtinformationen zu viel verspricht, wird nach § 312d Abs. 1 S. 2 BGB E für den Regelfall an diesen Aussagen festgehalten, da diese Informationen Vertragsbestandteil werden (Umsetzung des Art. 6 Abs. 5 VRRl).

¹⁰ VuR 2012, 334 – Textauszug in der Anlage.

¹¹ Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 225 ff. m. Nachweisen zu empirischen Studien.

Gerade bezogen auf die „wesentlichen Inhalte der Waren oder Dienstleistungen“ (Art. 246 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB E) sowie die „Funktionsweise digitaler Inhalte“ (Ziff. 7) und nicht zuletzt Fragen der Interoperabilität (Ziff. 8) ist die Situation für den Verbraucher im Bereich des stationären Handel nicht anders als außerhalb. Auch hier sollte – dem Bundesrat ist insoweit zu folgen¹² – der Unternehmer an seinen vorvertraglich gemachten Aussagen festgehalten werden. Präziser wird dies durch folgende nach § 312c Abs. 2 S. 1 BGB E einzufügende Formulierung zum Ausdruck gebracht:

„Zugunsten des Verbrauchers ist davon auszugehen, dass die in Erfüllung dieser Pflicht gemachten Angaben des Unternehmers Inhalt des Vertrages werden, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.“

III. Das Problem des Cold Calling – Verschlechterung zu Lasten der Verbraucher

Im Rahmen des Gesetzes „zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung“ wurde das Erlöschen von Widerrufsrechten für bestimmte Konstellationen (Gewinnspiele, Presseprodukte) ausgeschlossen, um unlautere Vertriebspraktiken des „Cold Calling“ zu bekämpfen. Da das Phänomen des „Cold Calling“ auch außerhalb der davon erfassten Bereiche – offenbar mit Erfolg – stattfindet, reichte diese Maßnahme jedoch nicht aus, um das Problem zu lösen. Verträge, die durch unlautere Anrufe zustande kommen bzw. untergeschoben werden, sind weiter ein ernstes Problem. Im Zuge des vorliegenden Gesetzentwurfs wird das Widerrufsrecht in diesem Bereich wiederum in gewissem Umfang beschränkt. Entscheidend ist Folgendes:¹³ Trotz der eindeutigen Rechtslage, nach der die Werbung mit Telefonanrufen die vorherige und ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers voraussetzt (§ 7 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2, 1. Alt. UWG), wurde die massenweise belästigende Telefonwerbung nicht abgestellt. Der Rechtsbruch durch das unlautere Cold-Calling bleibt zivilrechtlich sanktionslos.¹⁴ Die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen hingegen sind – wie der Fortbestand des Phänomens belegt – praktisch wirkungslos.

Eine wirksame Abhilfe kann nur mit Maßnahmen geschaffen werden, die den Unternehmern die wirtschaftliche Attraktivität dieser unlauteren Marketingmaßnahmen nehmen. Dies ist möglich, indem den Geschäften, die auf diese Weise zustande kommen, die rechtliche Grundlage entzogen wird. Da das Widerrufsrecht dies nicht in spürbarer Weise bewirkt, muss ein anderer Weg beschritten werden: um gewissermaßen „den Sumpf trocken zu legen“, müssen die Verbraucherverträge, die als Folge eines Telefonanrufes gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung geschlossen werden, für unwirksam erklärt werden.¹⁵

¹² BT-Drs. 17/12637 vom 06.03.2013, Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates unter Ziff. 7.

¹³ Die nachfolgenden Überlegungen wiederholen in der Sache den bereits früher geäußerten Vorschlag, wobei der Standort der vorgeschlagenen Regelung ohne Änderung der Regelungssubstanz ein anderer würde; vgl. zum früheren Vorschlag: Fezer/Brönneke für Verbraucherkommission Baden-Württemberg auf: „Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung“.

¹⁴ Das Widerrufsrecht besteht unterschiedslos sowohl bei Verträgen, die mittels wettbewerbsrechtlich zulässiger Anrufe zustande gekommen sind, bei denen also eine entsprechende Einwilligungserklärung vorliegt, wie auch bei solchen Anrufen, die nur durch Rechtsbruch erreicht werden konnten.

¹⁵ Zwar entspricht es einem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, dass ein Verstoß gegen die Lauterkeitsregeln des UWG grundsätzlich die Wirksamkeit der daraus folgenden Verträge nicht erfasst. Gleichwohl steht der hier vorgeschlagene Ansatz nicht in Widerspruch zu den allgemeinen

Art. 8 Abs. 6 VRRl lässt für telefonisch geschlossene Verträge ausdrücklich zu, dass die Mitgliedstaaten vorsehen, „dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet hat oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat“. Genau dies ist der Sinn des Vorschlages des Bundesrates einer Bestätigungslösung.¹⁶ Hier wird vorgeschlagen, in enger Anlehnung an den Richtlinien-text wie folgt zu formulieren:

„Bei telefonisch geschlossenen Fernabsatzverträgen ist der Verbraucher an seine Vertragserklärung erst gebunden, wenn der Unternehmer das Angebot schriftlich¹⁷ bestätigt hat und der Verbraucher das Angebot unterzeichnet hat oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat.“¹⁸

lauterkeitsrechtlichen Grundsätzen: Der Grund für die Trennung der wettbewerbsrechtlichen von den allgemein-zivilrechtlichen Folgen eines unlauteren Marktverhaltens liegt darin, dass bei der unlauteren Werbung z.B. im Rundfunk oder Fernsehen die Kausalität der wettbewerbsrechtlich unzulässigen Marketingmaßnahme für den Vertragsschluss nur schwer nachweisbar ist. Verbraucher, die die unlautere Werbung bis zum Vertragsschluss nicht wahrgenommen haben, sollen sich nicht im Nachhinein von dem Vertrag lösen können, wenn sie dann von dem Wettbewerbsverstoß erfahren. Auch Streitigkeiten über die Frage der Kausalität dieser Werbung sollen erst gar nicht entstehen können. Im Unterschied zu solchen an die Allgemeinheit gerichteten Werbemaßnahmen besteht bei den Fällen des Cold Calling keine derartige Unsicherheit: Der Unternehmer richtet sich vielmehr jeweils zielgerichtet und unmittelbar an einen ganz konkreten Verbraucher. Es besteht auch keine Rechtsunsicherheit für das Unternehmen: dem über Telefon werbenden Unternehmen ist ja bekannt, ob eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorliegt oder nicht. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit von Folgeverträgen aus unlauterem Wettbewerb greift also in der hier relevanten Konstellation von seiner Ratio nicht ein.

Ist ein Verbrauchervertrag in Folge unlauterer Telefonwerbung unwirksam, so hat dies zur Konsequenz, dass das Unternehmen die vorherige Einwilligung des Verbrauchers nachweisen muss, wenn es sich auf einen telefonischen Vertragsabschluss berufen will, vgl. auch insoweit: *Fezer/Brönneke* für Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung, S. 3 f.

¹⁶ BT-Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013, Anlage 3, Stellungnahme des Bundesrates unter Ziff. 6.

Schlanker dagegen die Formulierung bei *Fezer/Brönneke* für Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung, S. 3 f.: „Ein Folgevertrag einer Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung ist unwirksam.“

¹⁷ Denkbar wäre es, hier die Textform zuzulassen.

¹⁸ Standort dieser oder einer entsprechenden Regelung (s.o. FN 15) könnte möglicherweise — § 312h Abs. 4 BGB E sein (bei einer entsprechenden Erweiterung der Paragraphenvorschrift); denkbar wäre aber auch ein eigenständiger Paragraph gleich im Anschluss an § 312h BGB oder auch an einer anderen Stelle.

Anlage

Auszug aus VuR 2012, 334 ff. (Brönneke, Verbraucherschutz durch Zivilrecht: Eine Verkürzung?)

...

A. Kollektiver Rechtsschutz

I. Ungeeignete Instrumente gegen systematischen Rechtsbruch

Spricht man mit Verbraucherberaterinnen und Verbraucherberatern, so bestätigen diese seit Jahren, dass sich ein ganz erheblicher Teil des Beratungsaufwandes auf Geschäftsmodelle bezieht, die darauf angelegt sind, Verbrauchern Geld aus der Tasche zu ziehen, ohne dass diese ernsthafte und gewünschte Gegenleistungen erhalten.¹⁹ Regelmäßig sind einzelne zweifelhafte Unternehmer namentlich bekannt, die einen erheblichen Teil dieser Probleme verursachen. Diese „schwarzen Schafe“ unter den Unternehmern schrecken nicht davor zurück, systematisch rechtliche Regeln zu missachten, wobei oftmals recht geschickt Grauzonen des Rechts ausgenutzt werden, um den systematischen Rechtsbruch zu kaschieren. Illustre Beispiele für derartige Geschäftsmodelle boten zuletzt Internetvertragsfallen, bei denen arglosen Verbrauchern z.B. für Leistungen, die im Netz auch kostenlos erhältlich sind, z.T. erhebliche Beträge in Rechnung gestellt wurden.²⁰ Unterlassungsklagen gegen solche Praktiken erscheinen wie der Kampf gegen eine Hydra. Sobald ein Erfolg errungen wird, werden die Geschäftspraktiken minimal verändert, so dass das errungene Urteil entweder das „neue“ Geschäftsmodell nicht mehr erfasst oder dies jedenfalls behauptet werden kann, was dann erst wieder in neuen Rechtsstreitigkeiten zu klären ist. Die systematische Missachtung der Verbraucherinteressen rechnet sich für die unseriösen Unternehmer. Die Kosten für vielfache Beratungsgespräche und Aufklärungsaktionen und auch für Rechtsschutzmaßnahmen durch Verbraucherzentralen sind dagegen hoch. Die Möglichkeit der Unrechtsgewinnabschöpfung nach § 10 UWG bleibt theoretisch und löst das Problem in ihrer derzeitigen Ausgestaltung augenscheinlich nicht.

II. Potentiell durchschlagender: öffentlich-rechtliche Instrumente

Missachtet ein Unternehmer systematisch rechtlich anerkannte Verbraucherinteressen, schreckt er nicht davor zurück, nachhaltig bestehende Regeln zu umgehen bzw. zu brechen, so ist das Vorgehen gegen die jeweiligen Geschäftspraktiken ein

¹⁹ Teil A vertieft Überlegungen, die ich für die Verbraucherkommission Baden-Württemberg in dem Positionspapier „Kollektiven Rechtsschutz stärken!“ geäußert habe (Stuttgart 2010 www.verbraucherkommission.de).

²⁰ Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherrecht 2012, § 15 Rn. 77. ff. – zu den angewendeten psychologischen Tricks Rn. 78; zu den Internetvertragsfallen auch Tamm, VuR 2012, 217 sowie Wilschke, VuR 2012, 171.

Herumkurieren an Symptomen. Das Übel liegt in diesem Fall tiefer, die Ursache ist der Unternehmer selbst. Genau hier sollte die Lösung ansetzen. Dem „schwarzen Schaf“ sollte es unmöglich gemacht werden, weiter am Markt zu agieren. Der Markt sorgt nicht eigenständig dafür, seriöse Anbieter (und Nachfrager) zu schützen. Entsprechende Instrumente hält prinzipiell das öffentliche Recht bereit, z.B. mit der Möglichkeit des Gewerbeuntersagungsverfahrens nach § 35 GewO oder bei erlaubnispflichtigen, auch bei freiberuflichen Tätigkeiten mit der Rücknahme der entsprechenden Erlaubnis, etwa für eine Inkassotätigkeit (§ 14 RDG). Es fragt sich, warum diese Instrumente nicht genutzt werden. Verbraucherzentralen berichten, dass entsprechende Anträge an Gewerbebehörden auf Einschreiten regelmäßig erfolglos verliefen. Aufgrund entsprechender Erfahrungen unternehmen Verbraucherschützer oftmals nicht einmal mehr den Versuch, Behörden gegen derartig windige Unternehmer zu mobilisieren. Es lassen sich mehrere Gründe dafür erkennen, dass die grundsätzlich vorhandenen öffentlich-rechtlichen Instrumente nicht im Interesse des Verbraucherschutzes aktiviert werden: Für ein Verbotsverfahren nach § 35 GewO ist tatbestandlich die „Unzuverlässigkeit“ des Gewerbetreibenden vorausgesetzt, die u.a. bei ständigen Gesetzesverstößen angenommen wird.²¹ Nicht genügen soll allerdings der Verstoß gegen zivilrechtliche Verpflichtungen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass zivilrechtliche Streitigkeiten nicht durch Behörden ausgetragen werden sollen, sondern ggf. unter Inanspruchnahme der Zivilgerichte durch die Rechtsinhaber selbst durchgesetzt werden müssen.²² Dass diese Erwägung bei systematischem Verstoß gegen Verbraucherrechte nicht zielführend sein kann, liegt auf der Hand. Die Gründe, warum Verbraucher aufgrund oftmals durchaus rationaler Überlegungen ihre Rechte individuell nicht durchsetzen, wurden an anderer Stelle dargestellt,²³ darauf kann hier verwiesen werden. Das im Rahmen des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu Recht zu fordernde öffentliche Einschreitensinteresse liegt nicht nur wegen der von den entsprechenden schwarzen Schafen ausgehenden reihenweisen Schäden einer Vielzahl von Verbrauchern vor, sondern auch deshalb, weil knappe öffentliche Mittel für Verbraucherberatung und für kollektive Rechtsschutzmaßnahmen gebunden werden. Ein einmaliges Untersagungsverfahren verspricht hier nachhaltigeren und kostengünstigeren Erfolg. Der Gesetzgeber könnte das öffentliche Interesse auf einfache Weise klarstellen, etwa in folgender Weise: *„Unzuverlässigkeit liegt insbesondere bei einer systematischen Missachtung der gesetzlich geschützten Verbraucherinteressen vor.“* Ordnungspolitisch scheint dies zwingend, da der Staat der

²¹ Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Auflage 2011, §35 Rn. 36, 77; Landmann/Rohmer/Marcks, Gewerbeordnung, 60. EL 2011, §35 Rn. 61, 62.

²² Marcks (s. Fn.3) § 35 Rn. 62; anders nur, „wenn ein Gewerbetreibender hartnäckig und in erheblichem Umfang wettbewerbsrechtliche Vorschriften missachtet, um sich dadurch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise wirtschaftliche Vorteile zu Lasten seiner Geschäftspartner zu verschaffen“. Ähnlich Ennuschat (s. Fn. 3) Rn. 75.

²³ Tiefgehend m.W.N.: Tamm, Verbraucherschutzrecht, 2011, 811ff.

sozialen Marktwirtschaft ja im Eigeninteresse die Funktionsfähigkeit des „Marktes“ und – neben Verbrauchern – auch seriöse Anbieter schützen sollte.

Weiter steht offenbar auch die Zersplitterung der Aufsichtsbehörden einem Vorgehen gegen entsprechende unseriöse Unternehmer im Wege: deren Geschäftsmodelle sind zudem bisweilen komplex, die rechtliche Bewertung wird durch das Nutzen von Grauzonen und das ständige Variieren des genauen Geschäftsgebarens erschwert. Anträge auf Vorgehen gegen unseriöse Anbieter seitens der Verbraucherverbände haben den Status von unverbindlichen Anregungen, von Verwaltungspetitionen. Das reicht augenscheinlich nicht. Damit sie das nötige Gewicht erhalten, müssen sie formal aufgewertet werden. Dies kann dadurch geschehen, dass den nach § 3 UKlaG klageberechtigten Organisationen ein förmliches Antragsrecht eingeräumt wird, das als subjektives Recht ausgestaltet ist. Ein dem § 35 GewO anzufügender entsprechender Absatz könnte etwa lauten: *„Anspruchsberechtigte Stellen nach § 3 UKlaG haben das Recht, Anträge auf Einschreiten nach dieser Vorschrift zu stellen.“* Damit würde klargestellt, dass eine förmliche Bescheidung und damit eine ernsthafte Auseinandersetzung mit diesen Anträgen erforderlich ist. Wird der Antrag rechtsfehlerhaft abgelehnt, bliebe in letzter Konsequenz die Möglichkeit, eine Untersagungsverfügung verwaltungsgerichtlich durchzusetzen. Wie Erfahrungen in anderen Rechtsbereichen zeigen, wird von derartigen Klagebefugnissen nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Zugleich sind entsprechende Klagen weit überdurchschnittlich häufig erfolgreich, was ihren Sinn unterstreicht.²⁴

...

²⁴ *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 225ff. m. Nachweisen zu empirischen Studien.