

Universität Bielefeld | Postfach 10 01 31 | 33501 Bielefeld

**Prof. Dr. Markus Artz**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches  
Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht  
sowie Rechtsvergleichung

Raum: U 8 – 116

Telefon: (0521) 106 – 2666

Telefax: (0521) 106 – 152666

E-Mail: markus.artz@uni-bielefeld.de

Sekretariat: Kathrin Bauch

Raum: U 8 – 115

Telefon: (0521) 106 - 6912

E-Mail: kathrin.bauch@uni-bielefeld.de

## Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken (BT-Drucks. 17/13057)**

und zum Gesetzentwurf des Bundesrates

**Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung (BT-Drucks. 17/6482)**

Regelungskomplex:

**Verbesserung des Verbraucherschutzes bei der Telefonwerbung –  
Einführung einer sog. „Bestätigungslösung“**

## **A. Sanktionierung unlauteren Verhaltens gegenüber Verbrauchern zwischen UWG und BGB**

Es hat durchaus Tradition, wettbewerbswidriges Verhalten von Unternehmen gegenüber Verbrauchern nicht nur mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts sondern auch vertragsrechtlich zu sanktionieren. Hintergrund für den Bedarf dieses zweigleisigen Sanktionssystems ist in erster Linie die grundsätzliche Entscheidung des UWG, sich dem Schutz des Verbrauchers in § 1 UWG zwar ausdrücklich zu verschreiben, dem einzelnen Verbraucher als Marktteilnehmer aber keine individuellen Rechte bzw. Ansprüche zu gewähren. Das führt grundsätzlich dazu, dass unlauteres Verhalten gegenüber Verbrauchern im Bereich des Wettbewerbsrechts auf Veranlassung von Konkurrenten des Störers (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) oder von Verbänden (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) sanktioniert wird. Dem verletzten Verbraucher selbst stehen aus dem UWG keine Ansprüche zu, wofür auch einiges spricht.

Hinzu kommt der Umstand, dass durch Einsatz unlauterer Mittel angebahnte oder zu Stande gekommene Verträge grundsätzlich wirksam sind. Der Verstoß des Unternehmers gegen §§ 3 ff. UWG führt nicht etwa zur Nichtigkeit des Vertrages nach §§ 134 oder 138 BGB.

In diesem Spannungsfeld stellt sich seit jeher die Frage, wie der Verbraucher, der einen wirksamen Vertrag geschlossen hat, dessen Zustandekommen aber von wettbewerbswidrigem Verhalten begleitet war, rechtlich reagieren kann. Vielfach ergibt sich theoretisch die Möglichkeit der Vertragsauflösung durch Anfechtung oder nach § 280 BGB.

Der Gesetzgeber hat aber in der Vergangenheit immer wieder zu dem Mittel gegriffen, unlauteres Verhalten auch zivilrechtlich gezielt zu sanktionieren. Zweck solcher gesetzgeberischer Maßnahmen war auf der einen Seite die Bekämpfung unseriöser Geschäftspraktiken und auf der anderen Seite die Stärkung der Verbraucherposition gegenüber unlauter handelnden Unternehmern. Auf diesem Wege sollte auch dem Verbraucher ein persönliches Sanktionsinstrument in die Hand gegeben werden - wenn auch nicht im UWG.

Exemplarisch seien zwei solcher gesetzgeberischer Maßnahmen genannt:

- Verbrauchern, die in ihrer Wohnung, an der Haustür oder etwa auf einer Kaffeefahrt in die Gefahr gebracht wurden, überrumpelt und zum Abschluss eines Vertrages gebracht zu werden, gestand man ein Widerrufsrecht zu (ursprünglich nach dem HWiG, nun aus § 312 BGB demnächst voraussichtlich aus § 312g BGB-neu). Bei Lichte betrachtet sollten dadurch neben dem Schutz des Verbrauchers in erster Linie unseriöse, unerwünschte Vertriebspraktiken bekämpft werden.

- Sendet ein Unternehmer einem Verbraucher unangefordert Ware zu, soll er nicht in die Verlegenheit gebracht werden können, sich zur Zahlung verpflichtet zu fühlen. Die Sanktionierung dieses wettbewerbswidrigen Verhaltens bezweckt § 241a BGB auf dem Wege der Durchbrechung allgemeiner Regeln der Rechtsgeschäftslehre. Die Ingebrauchnahme der Sache durch den Verbraucher würde man nach herkömmlicher Sicht der Dinge als Erklärung der Annahme zu deuten haben. § 241a BGB steht dem entgegen. Wiederum wird unlauteres Verhalten vertragsrechtlich sanktioniert.

Die Regelungen wurden anlassbezogen erlassen, ohne dass das System des Vertragsrechts aus den Fugen geraten ist.

## **B. Einführung der sog. „Bestätigungslösung“ bei der Telefonwerbung**

Es hat sich gezeigt, dass es durchaus nicht unüblich ist, Verstöße gegen das UWG gezielt vertragsrechtlich zu sanktionieren.

Gegenstand der aktuellen Diskussion ist die Verbesserung des Verbraucherschutzes bei der unerwünschten Telefonwerbung. Außer Frage steht, dass es sich bei der Telefonwerbung um eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers handelt. Der Unternehmer handelt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG wettbewerbswidrig, „bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung (...)“.

Doch auch hier stellt sich die vorstehend dargestellte Frage, ob es über die wettbewerbsrechtliche Sanktionierung durch Dritte angezeigt ist, auf zivilrechtlicher Ebene nachzusteuern. Mit anderen Worten: ist auch hier der Erlass einer vertragsrechtlichen Sonderregelung angezeigt? Wiederum mag Ziel einer solchen Regulierung die Stärkung der Rechtsposition des Verbrauchers einerseits und die Bekämpfung unseriöser Vertriebsformen andererseits sein.

Hat sich gezeigt, dass in Folge des 2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen derartige wettbewerbswidrige Verhalten zwar nachgelassen hat, nicht aber entscheidend hat verhindert werden können, ist es durchaus erwägenswert wenn nicht gar angezeigt, zum Schutz des Verbrauchers und zur Eindämmung solcher unzumutbarer und unerlaubter Verhaltensweisen auch hier nach dem dargestellten Vorbild eine vertragsrechtliche Sanktion einzuführen, soweit dadurch keine unangemessene Einschränkung bzw. Belastung lauter agierender Unternehmen eintritt.

## I. Gesetzentwurf des Bundesrats

Der Bundesrat schlägt nun vor, eine Vorschrift einzuführen, die folgenden Wortlaut hat:

### „§ 312b(1) Vertragsschluss bei Telefonwerbung

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen zwei Wochen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt. Das gilt nicht, wenn das Telefongespräch nicht von dem Unternehmer zu Werbezwecken veranlasst worden ist oder der Verbraucher in einen Telefonanruf des Unternehmers in Textform eingewilligt hat.

(2) Wird die Willenserklärung des Verbrauchers nach Absatz 1 Satz 1 nicht wirksam, so findet § 241a auf Leistungen des Unternehmers, die auf Grund des Telefongesprächs erbracht wurden, entsprechende Anwendung.“

## II. Seriöse und unseriöse Unternehmer

Der Regelungsvorschlag steht in seiner Systematik und Stoßrichtung in der dargestellten Tradition. Betroffen sind allein unseriös, das heißt unlauter handelnde Unternehmer. Wer es unterlässt, Verbraucher unaufgefordert anzurufen, kommt als Unternehmer nicht in die Gefahr, mit der Regelung in Konflikt zu geraten. Es leuchtet daher nicht ein, warum rechtstreu agierende Unternehmer von einer solchen außerordentlich klar formulierten Regelung in ihrer lautereren Geschäftstätigkeit eingeschränkt werden sollten.

Unseriös handelnde Unternehmer trifft die Vorschrift allerdings hart. Sie können sich nicht mehr darauf verlassen, dass die telefonisch getroffene Vereinbarung rechtsverbindlich ist. Die Wirksamkeit des Vertrages ist vielmehr von der fristgerechten Bestätigung des Verbrauchers in Textform abhängig.

Anzuregen ist, die Vorschrift um eine diesbezügliche **Hinweispflicht des Unternehmers** zu ergänzen, um das Eintreten einer Situation zu vermeiden, in der der Verbraucher irrtümlich davon ausgeht, bereits einen wirksamen Vertrag am Telefon geschlossen zu haben. Daher wird folgender **Formulierungsvorschlag** unterbreitet:

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen zwei Wochen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt, **worauf der Unternehmer den Verbraucher während des Telefongesprächs hinzuweisen hat.**

### **III. Verhältnis zum verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrecht**

Durch die Einführung einer solchen Bestätigungslösung entsteht aus verschiedenen Gründen auch nicht wirklich ein Konflikt zum verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrecht.

- Dem Verbraucher wird in den allermeisten Fällen des Vertragsabschlusses im Rahmen eines solchen Telefongesprächs ein Widerrufsrecht nach § 312d BGB zustehen. Der Ausübung des auf die Willenserklärung des Verbrauchers bezogenen Widerrufsrechts steht allerdings nicht im Wege, dass der Vertrag noch nicht wirksam geworden ist. Unsicherheitspotential vermag nicht erkannt zu werden. Für den Beginn der Widerrufsfrist gibt bei Warenlieferungen im Übrigen nach geltendem und zukünftigem Recht der Wareneingang und nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Maß (§ 312d Abs. 2 BGB sowie § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB-neu).
- Die Einräumung des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen hat eine ganz andere Stoßrichtung als die Bekämpfung unlauteren Verhaltens. Anders als bei § 312 BGB, geht es hier nicht um die Gefahr der Überrumpelung oder die Eindämmung unerwünschter Geschäftspraktiken. Gerade im Gegenteil: Der Vertrieb im Fernabsatz, insbesondere über das Internet, auch grenzüberschreitend, soll ja gerade gefördert werden. Das Widerrufsrecht wird dem Verbraucher im Zuge dessen eingeräumt, um die Nachteile des Distanzgeschäfts zu kompensieren: Er kann die Kleidung nicht anprobieren, die Ware nicht testen und in Ruhe und bei Lichte betrachten. Mit der Bekämpfung unseriöser Vertriebsformen hat das Widerrufsrecht beim Fernabsatzvertrag nichts zu tun.
- Am Rande sei angemerkt, dass der unbelehrte Verbraucher zukünftig kein unbegrenztes Widerrufsrecht mehr haben wird, was sich aus § 356 Abs. 6 BGB-neu ergibt. Hier wird es zu einer Schlechterstellung des Verbrauchers kommen. Solche Fälle, in denen keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erfolgt ist, wird es bei unseriös handelnden Unternehmern im Zweifel nicht selten geben.

### **IV. Unionsrechtlicher Hintergrund**

Europarechtliche Regelungen stehen der Einführung der „Bestätigungslösung“ nicht entgegen. Auch wenn die Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher (...) im Wesentlichen dem Grundsatz der Vollharmonisierung verpflichtet ist, enthält sie in Art. 8 Abs. 6 folgende Öffnungsklausel:

„Für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen.“

Von dieser Option machte der Gesetzgeber beim Erlass einer entsprechenden Vorschrift Gebrauch. Daher wird die Einführung des § 312b (1) BGB-neu auch im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinie aktuell intensiv diskutiert (BT-Drucks. 17/12637).

### **C. Ergebnis**

Die Einführung der „Bestätigungslösung“ wird befürwortet. Der vorgeschlagene Gesetzestext sollte um eine Hinweispflicht des Unternehmers ergänzt werden.

Die Vorschrift könnte daher folgenden Wortlaut haben:

#### **§ 312d (1) BGB-neu**

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen zwei Wochen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt, **worauf der Unternehmer den Verbraucher während des Telefongesprächs hinzuweisen hat.**

(2) Wird die Willenserklärung des Verbrauchers nach Absatz 1 Satz 1 nicht wirksam, so findet § 241a auf Leistungen des Unternehmers, die auf Grund des Telefongesprächs erbracht wurden, entsprechende Anwendung.“