

HS Pforzheim, Tiefenbronner Str. 65, 75175 Pforzheim

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Hochschule Pforzheim  
Zentrum für Verbraucherforschung  
und nachhaltigen Konsum  
Tel : 07231 – 28-6208 Fax 07231 – 28-6666  
verbraucherforschung@hs-pforzheim.de

Pforzheim, 02.03.2021

## Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge (Drucksache 19/26915), von Prof. Dr. Felix Buchmann**

### I. Einführung

Grund des Gesetzesentwurfs sind einerseits nach wie vor bestehende Defizite beim Schutz von Verbrauchern vor unzumutbaren Belästigungen durch Unternehmer, die dazu führen, dass Verbrauchern Verträge untergeschoben oder aufgedrängt werden. Andererseits sollen die Rechte der Verbraucher bei von ihnen gewollten Verträgen gestärkt werden. Diese beiden Ziele müssen streng voneinander getrennt werden.

Unzumutbare Belästigungen sind verboten (§ 7 UWG), das Unterschieben von Verträgen (wie etwa in der Stellungnahme der vzbv, S. 12 geschildert) ist Betrug. Trotz der gesetzlichen Verbote bestehen diese Verhaltensweisen fort. Es handelt sich folglich um ein Defizit in der Durchsetzung des geltenden Rechts. Das Ergebnis weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen darf nicht sein, dass die überwiegende Mehrheit an anständigen Unternehmern mit einem höheren Verwaltungsaufwand belastet wird, sich tatsächlich für den Verbraucher aber nichts ändert. (Neue) Regelungen helfen nur, wenn sie auch konsequent durchgesetzt werden.

Anders ist die Situation bei vom Verbraucher gewollten Dauerschuldverhältnissen zu beurteilen; das geltende Recht führt zu einer für den Verbraucher eher schwachen Position. Hinzu kommt der besondere Aufwand, ein Dauerschuldverhältnis kündigen zu müssen. Hier ist es im Sinne des Verbraucherschutzes sinnvoll, das bestehende Recht anzupassen.

Verbraucherschutz bedeutet insbesondere auch, dem Verbraucher die Durchsetzung seiner Rechte einfach zu machen. Ziel eines neuen Gesetzes sollte es daher sein, die verbraucherschützenden Regelungen möglichst einfach zu gestalten. Ausnahmen, Rückausnahmen und die Regelung spezifischer Einzelfälle führen für die Unternehmen zu mehr Aufwand und für die Verbraucher zu Verunsicherung und hindern damit die Geltendmachung der gesetzlichen Rechte. Damit ist niemandem gedient. Insbesondere ist zu befürchten, dass komplexe Regelungen zu mehr wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen führen. Genau dies wollte der Gesetzgeber aber mit dem am 2.12.2020 in Kraft getretenen „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ verhindern.

## **II. Europarechtliche Vorgaben**

Beim Entwurf und den weiterführenden Vorschlägen und Anträgen sind eine Reihe von europarechtlichen Vorgaben zu beachten.

Art. 8 Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlaubt es Mitgliedstaaten, auf dem durch die Richtlinie geregelten Gebiet strengere Regelungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie verweist auf den Anhang der Richtlinie, der eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden können. Anh. Nr. 1 lit. h erklärt vorformulierte Vertragsklauseln als unwirksam, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäußert hat und als Termin für diese Äußerung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrags ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde. Anh. Nr. 1 lit. h der Richtlinie stellt damit für die Unwirksamkeit der Klausel auf die durch den deutschen Gesetzgeber in § 309 Nr. 9 lit. c BGB näher konkretisierte überlange Kündigungsfrist ab.

Die Bestätigungslösung ist in der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EG - VRRL) in Art. 8 Abs. 6 VRRL ausdrücklich vorgesehen. Es handelt sich hierbei um eine der wenigen Öffnungsklauseln, die die Verbraucherrechterichtlinie vorsieht.

Mit seiner Ferenschild-Entscheidung (Urt. v. 13.7.2017 – C-133/16) hat der EuGH klargestellt, dass Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 1999/44 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, wonach im Fall gebrauchter Güter die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass der Verkäufer und der Verbraucher sich auf Vertragsklauseln oder Vereinbarungen einigen können, denen zufolge der Verkäufer weniger lange haftet als in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen, sich nicht auf die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie erwähnte Verjährungsfrist bezieht, sondern ausschließlich auf die Haftungsdauer des Verkäufers, wie sie in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 dieser Richtlinie genannt wird.

Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung - DSGVO) besagt, dass in Fällen, in denen die Verarbeitung personenbezogener Daten auf einer Einwilligung beruht, der Verantwortliche nachweisen können muss, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer Daten eingewilligt hat. Gemäß Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (in der konsolidierten Fassung vom 19.12.2009) darf die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für

die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden. Der Ausdruck „Einwilligung“ bezeichnet gemäß Art. 2 lit. f der Richtlinie 2002/58/EG i.V.m. Art. 94 Abs. 2 S. 1 der DSGVO die Einwilligung des Nutzers oder Teilnehmers im Sinne der DSGVO. Gemäß Artikel 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG ist im innerstaatlichen Recht zu regeln, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, um unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung entweder an eine „Opt-In“ oder „Opt-Out“-Lösung zu knüpfen, wobei Deutschland die Opt-In-Variante gewählt und umgesetzt hat.

### III. Nationale Regelungen

Die Abtretung von Forderungen ist in den §§ 398 ff. BGB geregelt. Abtretungsausschlüsse finden sich in § 399 BGB (Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung) sowie in § 400 BGB (Ausschluss bei unpfändbaren Forderungen). In diesem Zusammenhang sind insbesondere formularmäßige vertragliche Abtretungsausschlüsse bereits mehrmals Gegenstand einer richterlichen Inhaltskontrolle, gemessen an den Maßstäben des § 307 BGB gewesen. Nach bisheriger Rechtslage sind formularmäßig vereinbarte Abtretungsverbote grundsätzlich zulässig, können jedoch nach st. Rspr. gleichwohl unwirksam sein, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Abtretungsausschluss nicht besteht oder die berechtigten Belange des Gläubigers an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen (BGH, Urt. v. 17. 4. 2012 – X ZR 76/11). Diese Rechtsprechung soll nun durch den neu anzufügenden § 308 Nr. 9 BGB-E kodifiziert werden, dessen lit. a) allerdings eine Interessenabwägung bei auf Geld gerichteten Ansprüchen nicht vorsieht.

Formularmäßige Vereinbarungen hinsichtlich der Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen sind bereits Gegenstand der jetzigen Fassung des § 309 Nr. 9 BGB. Gemäß § 309 Nr. 9 BGB, der auf Verträge Anwendung findet, die die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand haben, verbietet die Vereinbarung einer erstmaligen Vertragslaufzeit (a) von mehr als zwei Jahren sowie die nachfolgende stillschweigende Verlängerung eines Vertragsverhältnisses um (b) jeweils mehr als ein Jahr oder (c) eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit zulasten des Verbrauchers. Um die Entscheidungsfreiheit des Kunden gegenüber solchen AGB-Verwendern so weit wie möglich zu bewahren, soll die formularmäßige Vereinbarung der Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen weitere Einschränkungen erfahren.

§ 476 Abs. 2 BGB sieht für den Verbrauchsgüterkauf im Falle eines Kaufvertrags über eine gebrauchte Sache die Möglichkeit vor, die Verjährungsfrist für die Rechte des Käufers nach § 437 BGB vor Mitteilung des Mangels auf ein Jahr zu beschränken. Seit dem Ferenschild-Urteil des EuGH (Urt. v. 13.7.2017 – C-133/16) steht jedoch fest, dass dieser Absatz mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG unvereinbar und deshalb unionsrechtswidrig ist.

Nach dem geltenden Recht kommen Verträge durch zwei sich deckende Willenserklärungen, die in Bezug aufeinander abgegeben werden, zustande (Angebot und Annahme). Für manche Verträge sieht das deutsche Recht bestimmte Formerfordernisse vor. So kennt das deutsche Recht zum Beispiel die Textform, die Schriftform oder die notarielle Beurkundung. Die typischen Geschäfte des täglichen Lebens unterliegen regelmäßig keinen Formvorschriften. Die Bestätigungslösung würde einen weiteren Schritt in den Prozess des Vertragsschlusses einführen. Selbst wenn die Parteien sich telefonisch einig sind, bedarf es zur Wirksamkeit des Vertrags einer weiteren, einseitigen Erklärung des Verbrauchers im Nachgang zur bereits

erfolgten Einigung. Diese einseitige Bestätigung soll einem Formerfordernis unterliegen, nämlich der Textform. Bisläng kennt das deutsche Recht Formerfordernisse bei Vertragsschluss. Verträge, die ohne die erforderliche Form geschlossen wurden, können durch das Bewirken der Leistung geheilt werden (z.B. bei der Schenkung). Eine einseitige, einem besonderen Formerfordernis unterliegende Bestätigung eines bereits formlos geschlossenen Vertrags kennt das deutsche Verbraucherschutzrecht nicht. Es sind allerdings auch keine Regelungen ersichtlich, die einer solchen Bestätigungslösung entgegenstehen.

§ 7 UWG dient dem Schutz der Privatsphäre von Verbrauchern durch das Verbot belästigender Werbung, unter anderem durch unverlangte Werbe-Anrufe („cold calling“).

#### **IV. Stellungnahme zu den einzelnen Vorschlägen**

##### **1. Zu Art. 1 1. (§ 308 Nr. 9 BGB-E: Abtretung von Ansprüchen)**

Nach dem Gesetzesentwurf soll § 308 BGB (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten) u.a. eine neue Nr. 9 lit. a) erhalten, wonach eine Bestimmung, durch die die Abtretbarkeit für einen auf Geld gerichteten Anspruch des Vertragspartners gegen den Verwender ausgeschlossen wird, unwirksam sein soll.

Der der Regelung zugrundeliegende Gedanke, dass in AGB enthaltene Abtretungsausschlüsse u.U. die Abtretung von Ansprüchen des Verbrauchers zwecks Geltendmachung durch Dritte (z.B. durch Inkassounternehmen) unverhältnismäßig erschweren können, ist zwar durchaus gerechtfertigt und zu befürworten. Allerdings könnte der uneingeschränkte Wortlaut des § 308 Nr. 9 lit. a) BGB-E insbesondere im Falle von AGB von Kreditinstituten zur unbeabsichtigten Folge haben, dass der durch die AGB des Kreditinstituts praktisch als „Nebenwirkung“ gewährte Verbraucherschutz ausgehebelt wird.

Die meisten AGB der Kreditinstitute verbieten bzw. beschränken die Abtretung von Auszahlungsansprüchen des Kunden gegen das Kreditinstitut (z.B. aus dem Girovertrag). Lässt sich ein Gläubiger des Kunden Forderungen des Kunden gegen seine Bank als Drittschuldnerin, beispielsweise sein Guthaben auf einem Girokonto der Bank, zur Sicherung eines Anspruchs gegen den Kunden abtreten, hat dies regelmäßig aufgrund der AGB des Kreditinstituts wegen § 399 BGB zur Folge, dass die Sicherungsabtretung an den Gläubiger wirkungslos ist. Mittelbare Folge des mit dem Kreditinstitut formularmäßig vereinbarten Abtretungsverbots ist, dass dem Gläubiger ein Zugriff auf Gelder des Kunden, die dieser u.U. zur Sicherung seines Existenzminimums benötigt, verwehrt wird, und zwar ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Konto um ein sog. Pfändungsschutzkonto im Sinne des § 850k ZPO handelt.

Mit dem neuen § 308 Nr. 9 lit. a) BGB-E wäre allerdings eine Klausel in den AGB des Kreditinstituts, die die Abtretung des Auszahlungsanspruchs des Kunden aus dem Girovertrag an seinen Gläubiger verbietet, unwirksam: Das Guthaben des Kunden stünde damit in voller Höhe und ohne Rücksicht auf einen pfändungsfreien Mindestbetrag dem Gläubiger zur Sicherung seiner Ansprüche zur Verfügung.

In dieser Konstellation würde auch § 400 BGB keinen ausreichenden Schutz bieten. Gemäß § 400 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. § 400 BGB soll einen Gleichlauf zwischen Unpfändbarkeit und Unabtretbarkeit von Forderungen garantieren und der sozialpolitischen Schutzbedürftigkeit des Gläubigers auch

außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens Rechnung tragen. In Betracht käme hier die Unpfändbarkeitsregelung des § 850k ZPO, wonach von der Pfändung des auf einem Pfändungsschutzkonto befindlichen Guthabens ein sog. Sockelfreibetrag nicht umfasst sein soll. Dies setzt jedoch das Vorliegen eines Pfändungsschutzkontos und somit eine entsprechende bankvertragliche Regelung zwischen dem Verbraucher und dem Kreditinstitut voraus. Handelt es sich bei dem Konto wie in dem Fallbeispiel um ein einfaches Girokonto, greift der Schutz des § 400 BGB ebenfalls nicht.

Zwar würde es sich bei § 308 Nr. 9 lit. a) BGB-E um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handeln, mithin im Falle eines Abtretungsverbots in AGB eines Kreditinstituts um eine Klausel, die sich im Einzelfall trotz der Vermutung des § 308 BGB als wirksam erweisen könnte. Dennoch ist hier aufgrund der in den § 400 BGB und §§ 850k ZPO ff. verankerten gesetzgeberischen Wertentscheidung eine entsprechend eindeutige Formulierung wünschenswert, die es ermöglicht, Auszahlungsansprüche gegenüber Kreditinstituten von dem Anwendungsbereich des § 308 Nr. 9 lit. a) BGB-E auszuklammern.

Abtretungsverbote spielen aber nicht nur in Verbindung mit dem Pfändungsschutz und somit aufseiten des Verbrauchers eine entscheidende Rolle, sondern auch in anderen Bereichen. So kann beispielsweise im Falle von zweckgebundenen Förderdarlehen im Sinne des § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 BGB die Förderbank als AGB-Verwenderin ein berechtigtes Interesse an der Vereinbarung eines Abtretungsverbots haben, um zu verhindern, dass der dem Darlehen zugrundeliegende Förderzweck durch Abtretung des Auszahlungsanspruchs gegen die Förderbank vereitelt wird.

Da folglich die Angemessenheit von Abtretungsverboten nur von Fall zu Fall beurteilt werden kann, ist es empfehlenswert, die bereits für den § 308 Nr. 9 lit. b) BGB-E vorgesehene Interessenabwägung auch auf den § 308 Nr. 9 lit. a) BGB-E zu erstrecken.

## **2. Zu Art. 1 2. (§ 309 Nr. 9 BGB-E: Vertragslaufzeit)**

### **a. Inhaltliche Beschränkung**

Vorgesehen ist eine Neuregelung der Vertragslaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen. Gegenwärtig ist dies nach dem Wortlaut noch auf „*die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen*“ beschränkt. Im Sinne einer Vereinfachung wäre es zwar auf den ersten Blick wünschenswert, diese Einschränkung ersatzlos zu streichen, so dass künftig alle Dauerschuldverhältnisse erfasst werden. Damit würden aber auch Wohnraummietverträge, Arbeitsverträge, Versicherungsverträge, Gebrauchsüberlassungsverträge etc. erfasst, denn sie stellen alle Dauerschuldverhältnisse dar. Damit wäre dem Verbraucherschutz nicht gedient. Alternativ könnten hier bestimmte Vertragstypen genannt werden, die in der Diskussion immer wieder auftauchen (z.B. Energielieferverträge, Telefonverträge, Fitnessstudioverträge). Sie können im Einzelfall aber zu Ungerechtigkeiten und Abgrenzungsschwierigkeiten führen (sind ein Vertrag in einem Tanzstudio oder über Yogastunden mit einem Fitnessstudiovertrag vergleichbar?). Die vorgeschlagene Formulierung „*regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen*“ lässt der Rechtsprechung genügend Raum zur Auslegung und ist daher zu befürworten.

Während der Referentenentwurf noch eine Höchstvertragslaufzeit von einem Jahr vorsah, bleibt es im aktuellen Gesetzesentwurf bei den bestehenden zwei Jahren. Bestimmte Vertragslaufzeiten bei Dauerschuldverhältnissen bieten Unternehmern die Möglichkeit, bei Vertragschluss

entstehende Einmalkosten auf einen längeren Zeitraum umzulegen; gleichzeitig bietet eine bestimmte Vertragslaufzeit dem Unternehmen Planungssicherheit (z.B. um notwendige Investitionen vorzunehmen). Zudem können bestimmte Vertragslaufzeiten auch durchaus im Interesse des Verbrauchers sein. Bei Mobilfunk-Verträgen erhält der Verbraucher beispielsweise häufig mit Vertragsschluss ein neues Endgerät, das er mit den monatlichen Raten faktisch abbezahlt. Die einmalige Anschaffung würde ihn möglicherweise finanziell überfordern. Würde man, wie im Referentenentwurf vorgeschlagen, die Höchstvertragslaufzeit auf ein Jahr beschränken, würde dies für Verträge, die über die Laufzeit ein Endgerät finanzieren, eine deutliche Erhöhung der monatlichen Belastung bedeuten. Dies erscheint auch im Interesse der Verbraucher nicht sachgerecht. Andererseits ist nach Ablauf der Vertragslaufzeit eine stillschweigende Verlängerung über den üblichen Abrechnungsturnus hinaus (i.d.R. monatlich) nicht erforderlich.

Im Interesse einer einfachen Regelung sollte auf Ausnahmen und Alternativen verzichtet werden. Dies gilt sowohl für die Laufzeit (§ 309 Nr. 9 a) BGB-E) als auch für die Frage der Verlängerung (§ 309 Nr. 9 b) BGB-E). Die Laufzeit wird letztlich über den Markt selbst geregelt. Unternehmer werden im Wettbewerb die Produkte anbieten, die Verbraucher als attraktiv empfinden und daher annehmen. Eine Regelung mit einem Eingriff in die freie Gestaltung der Preise ist hingegen unangemessen und könnte, für die Verbraucher nachteilig, zu einem benchmark Effekt führen. Die Dauer der Verlängerung von weiteren Informationen des Unternehmers abhängig zu machen, ist für die Verbraucher ebenfalls nachteilig, da die Nachricht des Unternehmers eingeordnet werden muss (z.B. muss ein Verbraucher sie insbesondere nicht als Werbung qualifizieren, die nicht gelesen wird) und im Nachgang Streit darüber entstehen kann, ob der Verbraucher die Nachricht erhalten hat, oder nicht (z.B., weil diese im Spam-Filter gelandet ist und nach ein paar Tagen ungesehen gelöscht wurde).

## **b. Preisangaben bei Dauerschuldverhältnissen**

Für den Verbraucherschutz sinnvoll wäre es ergänzend, die Angabe des Preises bei regelmäßig erbrachten Dienst- oder Werkleistungen transparenter zu regeln. Zu beobachten sind immer wieder sich ändernde Preise im Rahmen eines Vertrags (z.B. (fett hervorgehoben) „19,99 Euro/Monat, (darunter in klein) ab dem 13. Monat 44,99 Euro“). Der höhere Preis ab einem bestimmten Datum der Vertragslaufzeit ist dabei häufig nicht hinreichend deutlich dargestellt und kann vom Verbraucher leicht übersehen werden. Zu überlegen wäre daher, grundsätzlich unterschiedliche Preise bei der regelmäßigen Lieferung von Waren oder der regelmäßigen Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen innerhalb der Mindestvertragslaufzeit zu untersagen. Mit einer Vertragslaufzeit von zwei Jahren wird das Interesse eines Unternehmers an Planungssicherheit und Amortisation von Akquisekosten hinreichend berücksichtigt. Es besteht keine Notwendigkeit, den Preis während der Mindestlaufzeit zu verändern.

Hingegen würde die Angabe eines Durchschnittspreises (so etwa der Antrag BT-Drucks. 19/17451) einem Verbraucher nichts helfen. Wenn ein Verbraucher im obigen Beispiel ein Jahr lang den höheren Preis bezahlen muss, bringt es ihm zu diesem Zeitpunkt nichts mehr, wenn er im Schnitt einen niedrigeren Preis bezahlt. Zudem hilft der Durchschnittspreis insbesondere auch dann nicht weiter, wenn sich der Vertrag nach der Mindestlaufzeit automatisch (wenn auch nur kurz) verlängert.

Zu überlegen wäre vielmehr, ob nicht – ähnlich einem Grundpreis – die vorhersehbaren Gesamtkosten, die über die Mindestvertragslaufzeit entstehen, klar und verständlich beim Monatspreis genannt werden müssen. Sie geben einem Verbraucher die Möglichkeit des

schnellen Preisvergleichs. Dies müsste allerdings auf europäischer Ebene gelöst werden.

### 3. Zu Art. 1 4. (§ 476 BGB-E)

Der Vorschlag zu einer Neuregelung geht im Wesentlichen auf ein Urteil des EuGH (Urt. v. 13.7.2017 – C-133/16 – *Ferenschild*) zurück. Der EuGH hat richtiger Weise festgestellt, dass die Frage der Gewährleistungsfrist von der Frage der Verjährung eines Anspruchs zu trennen ist. Für gebrauchte Güter ist die Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zulässig (Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter), die Verkürzung der Verjährungsfrist hingegen nicht (Art. 5 Abs. 1).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die neue Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019, welche eine Umsetzungsfrist bis zum 1. Januar 2022 vorsieht. Die Richtlinie enthält in Art. 10 Abs. 6 eine Öffnungsklausel, wonach Mitgliedstaaten vorsehen können, dass sich der Verkäufer und der Verbraucher im Falle von gebrauchten Waren auf Vertragsklauseln oder Vereinbarungen über kürzere Haftungszeiträume oder Verjährungsfristen einigen können, sofern diese kürzeren Fristen ein Jahr nicht unterschreiten.

Die Bundesregierung hat vor diesem Hintergrund am 10. Februar 2021 einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der u.a. eine Neuformulierung des § 476 BGB vorsieht. Dieser soll ab dem 1. Januar 2022 wie folgt lauten:

#### *„§ 476 Abweichende Vereinbarungen*

*(1) Auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 441 und 443 sowie von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, kann der Unternehmer sich nicht berufen. Von den Anforderungen nach § 434 Absatz 3, § 475b Absatz 4 und 5 oder § 475c Absatz 3 kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer durch Vertrag abgewichen werden, wenn*

- 1. der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Sache von den objektiven Anforderungen abweicht, und*
- 2. die Abweichung im Sinne der Nummer 1 im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.*

*(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt. Die Vereinbarung ist nur wirksam, wenn*

- 1. der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung von der Verkürzung der Verjährungsfrist eigens in Kenntnis gesetzt wurde und*
- 2. die Verkürzung der Verjährungsfrist im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.*

*(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unbeschadet der §§ 307 bis 309 nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz.*

*(4) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Vorschriften sind auch anzuwenden, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“*

Die Bundesregierung führt in dem Gesetzesentwurf für Faire Verbraucherverträge unter „C. Alternativen“ aus, dass die Rechtsunsicherheit, die durch das *Ferenschild*-Urteil des EuGH

eingetreten ist, bis zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/771 hingenommen werden könnte.

Der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der neuen Warenkauf-Richtlinie sieht in der Tat eine dem Wesen des jetzigen § 476 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung vor, wonach im Falle von gebrauchten Sachen die Verjährungsfrist auf ein Jahr gekürzt werden kann. Die Bundesregierung beabsichtigt somit von der Öffnungsklausel in Art. 10 Abs. 6 der Richtlinie (EU) 2019/771 Gebrauch zu machen und an der Möglichkeit einer (in Zukunft zulässigen) verkürzten Verjährungsfrist bei gebrauchten Sachen festzuhalten. Die dem deutschen Kaufrecht unbekanntes Gewährleistungsfrist soll hingegen nicht übernommen werden.

Es stellt sich damit die Frage, welchen Mehrwert die kurzfristige Einführung einer Regelung zur Gewährleistungsfrist, die ohnehin zum 1. Januar 2022 wieder aufgehoben werden müsste, in der Praxis haben kann. Hierdurch würde man Verkäufer nur vorübergehend mit einer bislang dem deutschen Kaufrecht unbekanntes Gewährleistungsfrist konfrontieren, um sie dann am 1. Januar 2022, mithin weniger als ein Jahr danach, wieder fallen zu lassen. Dem Unternehmer sowie auch dem Verbraucher verbliebe damit kaum Zeit, sich mit dieser neuen Regelung und deren praktischen Folgen vertraut zu machen.

Die Umsetzung der neuen Warenkauf-Richtlinie wird per se bereits erhebliche Neuerungen mit sich bringen, auf die sich die Verkäufer einstellen werden müssen. Diese Neuerungen werden durch den New Deal for Consumers unterstützt (Richtlinie EU 2019/2161 vom 27. November 2019), dessen Rechtsvorschriften ab dem 28. Mai 2022 gelten sollen. In Anbetracht der ohnehin bevorstehenden Reform des deutschen Kaufrechts erscheint es daher zweifelhaft, ob der vorgeschlagene § 476 Abs. 1 BGB-E tatsächlich in der Lage sein wird, die durch das Ferenschild-Urteil eingetreten Rechtsunsicherheiten vorübergehend zu beseitigen. Es ist vielmehr zu befürchten, dass die Einführung einer bislang dem deutschen Kaufrecht fremden Gewährleistungsfrist, die wenige Monate danach wieder obsolet sein wird, bei den Marktteilnehmern nur um Verwirrung und unnötige Kosten sorgen wird.

#### **4. Zu Art. 3 1. (§ 7a UWG-E)**

Verbraucher dürfen ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung nicht zu werblichen Zwecken angerufen werden, dies regelt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bereits. § 7a UWG soll die Pflichten des Unternehmers erweitern, indem eine „angemessene Dokumentation“ der Einwilligung im Zeitpunkt der Erteilung stattfinden soll und diese bis zum Ablauf von fünf Jahren nach der letzten Verwendung der Einwilligung aufbewahrt werden muss.

Für die Frage der Zulässigkeit einer solchen Regelung ist zunächst die Einordnung, ob es sich um eine datenschutzrechtliche Einwilligung handelt oder nicht, von zentraler Bedeutung. Dafür muss die Entstehungsgeschichte des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in Erinnerung gerufen werden:

Deutschland hat sich bei der Umsetzung von Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (inzwischen in der Fassung der RL 2009/136/EG)) für die Regelungsoption des „Opt-in“-Systems bei Werbe-Anrufen entschieden, die in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG umgesetzt wurde. Ob es sich bei der „Einwilligung“ in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach der DSGVO (bzw. deren Vorgänger, der Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46/EG) handelt, geht aus der Gesetzesbegründung (Drucksache 15/1487 von 2003) nicht eindeutig hervor. Hierfür spricht, dass das Gesetz laut der Drs. 15/1487 ausdrücklich „der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der

Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. EG Nr. L 201/37 vom 31. Juli 2002)“ dient. Die in der RL 2002/58/EG enthaltene Verweise auf die Einwilligung meinen nach Art. 2 lit. f der RL 2002/58/EG die datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person im Sinne der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Richtlinie, welche durch die DSGVO abgelöst wurde).

Dagegen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 eine datenschutzrechtliche Einwilligung enthält, spricht, dass auch schon vor der Umsetzung von Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG die 2004 gewählte Lösung der bereits vor 2004 geltenden „*Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F., wonach gegenüber Privatpersonen die Werbung durch unerbetene telefonische Anrufe grundsätzlich als wettbewerbswidrig erachtet wird, es sei denn, dass der Angerufene zuvor ausdrücklich seine Einwilligung erklärt hat, zu Werbezwecken angerufen zu werden*“, entsprach (vgl. (Drucksache 15/1487, S. 21).

In der Gesetzesbegründung für den „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ (Drs. Bundestag, D. (2008). Drucksache 16/10734 von 2008) wird zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ausgeführt:

*„Terminologisch handelt es sich bei der Einwilligung nicht um eine Einwilligung im Sinne der Legaldefinition des § 183 Satz 1 BGB (vorherige Zustimmung), da sich diese Vorschrift nur auf Rechtsgeschäfte bezieht, während es bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 erste Alternative UWG darum geht, einen Eingriff in die Privatsphäre zu gestatten. Nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung muss es sich dennoch auch im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine „vorherige“ Einwilligung handeln. Allerdings soll es ausreichen, wenn die erforderliche Einwilligung durch schlüssiges Verhalten (konkludent) erfolgt.“*

Hier wird ein Bezug zur „Privatsphäre“ hergestellt, was für die Einordnung als datenschutzrechtliche Einwilligung sprechen könnte. Im Gesetzgebungsverfahren forderte der Bundesrat, in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, jeweils nach den Wörtern „*vorherige ausdrückliche Einwilligung*“ die Wörter „*in Textform*“ einzufügen. Bereits zu diesem Zeitpunkt war die Bundesregierung jedoch der Ansicht, dass die Einwilligung in Textform „*für die Einwilligung in Telefonwerbung jedenfalls dann zu hohe Hürden für die Wirtschaft aufstellen würde, wenn der Gesetzgeber den Unternehmen nicht gleichzeitig eine praktikable und rechtsbeständige Möglichkeit eröffnet, die erforderlichen Einwilligungen im Massenverkehr mit vertretbarem Aufwand einzuholen*“.

Weiter wird ausgeführt (Drs. 16/10734, S. 24):

*„Eine Einwilligung in Telefonwerbung kann nach derzeitiger Rechtslage nicht wirksam durch eine vom Unternehmer vorformulierte und vom Verbraucher unterschriebene Erklärung abgegeben werden. Vorformulierte Einwilligungserklärungen sind zwar keine Vertragsbedingungen im eigentlichen Sinn. Die Rechtsprechung führt jedoch auch bei einer vom Verwender vorformulierten einseitigen geschäftlichen Erklärung des anderen Teils – um eine solche handelt es sich bei der Einwilligung in Telefonwerbung – eine AGB-Kontrolle durch. Insbesondere wird die vorformulierte Einwilligungserklärung im Hinblick auf das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung geprüft (§ 307 Abs. 1 BGB, früher § 9 AGBG – Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen). Nach Auffassung des IV. und des XI. Senats des Bundesgerichtshofs stellt eine vorformulierte Einwilligung in Telefonwerbung generell eine unangemessene Benachteiligung des Kunden dar und ist deshalb stets unwirksam (BGHZ 141, 124, 128; BGHZ 141, 137, 149). Insbesondere auch auf Grund der Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wonach allgemeine*

*Geschäftsbedingungen regelmäßig als vom Unternehmer gestellt gelten, ist es daher faktisch nicht möglich, dass Verbraucher in Telefonwerbung durch eine vorformulierte Erklärung einwilligen.*

*Ein Textformerfordernis würde daher im Ergebnis dazu führen, dass die Einwilligung weder mündlich noch durch eine vorformulierte Erklärung erteilt werden könnte. Dies würde nach der zitierten Rechtsprechung selbst dann gelten, wenn die vorformulierte Einwilligung deutlich abgesetzt und besonders hervorgehoben ist und der Kunde die Wahl zwischen mehreren vom Verwender vorgegebenen Erklärungsoptionen hat. Aus Sicht der Bundesregierung würde dies im Ergebnis zu einem unverhältnismäßigen Aufwand für Unternehmen führen, die in seriöser Weise mit Telefonanrufen werben möchten.“*

Diese Bedenken sind auch heute noch valide. Ob die Einwilligung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG datenschutzrechtlich oder im Sinne eines vorherigen „Einverständnisses“ einzuordnen ist, lässt sich darüber aber auch nicht eindeutig zuordnen. Ziel des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist aber jedenfalls nicht unmittelbar der Schutz personenbezogener Daten, sondern, Verbraucher vor „Spam“-Anrufen zu schützen.

Letztlich finden sich somit sowohl für die Einordnung als „datenschutzrechtliche Einwilligung“ mit Blick auf die RL 2002/58/EG als auch für die Einordnung als „vorherige Einwilligung“ i.S.d. UWG Argumente.

Die Bundesregierung geht allerdings davon aus, dass es sich bei der Werbe-Einwilligung um eine (wohl zugleich?) datenschutzrechtliche Einwilligung handelt:

*„Artikel 3 Nummer 1 ist mit Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) vereinbar. Diese Vorschrift ist über Artikel 94 Absatz 2 der VO (EU) 2016/679 sowie Artikel 13 in Verbindung mit Artikel 2 lit. f der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) auf die Einwilligung in Telefonwerbung anwendbar.*

*Die Regelung in Artikel 3 stellt eine spezielle Ausfüllung der Beweislastverteilung der in Artikel 7 Absatz 1 DSGVO vorgesehenen Nachweispflicht des Datenverarbeitenden für Einwilligungen zur Datenverarbeitung im Bereich von Telefonwerbung dar. Artikel 15a der RL (EU) 2002/58/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, Sanktionen für einen Verstoß gegen die innerstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie zu verhängen und die zu deren Durchsetzung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die bußgeldbewährte Verpflichtung zur Dokumentation und Aufbewahrung ist zur Sicherung effektiver Sanktionen erforderlich, da die Beweislastverteilung im Ordnungswidrigkeitenverfahren anders ist als im zivilrechtlichen Verfahren.“*

Die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht lässt sich nicht mit Art. 94 Abs. 2 DSGVO begründen. Richtig ist, dass Verweise auf die abgelöste Richtlinie als Verweise auf die DSGVO zu verstehen sind. Richtig ist auch, dass die Einwilligung in der RL 2002/58/EG auf die datenschutzrechtliche Einwilligung verweist. Für eine „spezielle Ausfüllung der Beweislastverteilung“ sieht die DSGVO keine Öffnungsklausel vor. Es ist bislang nicht einmal geklärt, ob es sich bei der Regelung in Art. 7

Abs. 1 DSGVO um eine bloße Beweislastverteilung oder um ein materielles Wirksamkeitskriterium für die datenschutzrechtliche Einwilligung handelt. Kürzlich hat das OVG Saarlouis entschieden, dass eine nicht nachweisbare datenschutzrechtliche Einwilligung nicht nur bedeutet, dass sich der Verantwortliche im Prozess nicht erfolgreich auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung berufen kann, sondern dass die Nachweisbarkeit wegen Art. 7 Abs. 1 DSGVO eine Bedingung für die Wirksamkeit der Einwilligung sein soll (vgl. OVG Saarlouis (2. Senat), Beschluss vom 16.02.2021 – 2 A 355/19, Rz. 17). Die Frage, ob es sich bei der Regelung in Art. 7 Abs. 1 DSGVO um eine Beweislastumkehr oder um ein Wirksamkeitskriterium für die Einwilligung handelt, ist allerdings aufgrund der Autonomie des Unionsrechts vom EuGH zu beantworten.

### **Unionsrechtswidrigkeit des § 7a UWG-E, wenn es sich um eine datenschutzrechtliche Einwilligung handelt:**

Wenn es sich bei der Einwilligung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine datenschutzrechtliche Einwilligung handelt, so ist diese an den Kriterien aus Art. 4 Nr. 11 (Definition), Art. 6 Abs. 1 lit. a (Rechtsgrundlage) und Art. 7 (Bedingungen) DSGVO zu messen. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts dürfte außerdem eine nationale Regelung, die gegen die höherrangige DSGVO verstößt, nicht angewendet werden.

Die Rechenschaftspflicht in Art. 5 Abs. 2 DSGVO spricht davon, dass der datenschutzrechtlich Verantwortliche die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze in Art. 5 Abs. 1 DSGVO „nachweisen“ können muss. Art. 7 Abs. 1 DSGVO legt fest, dass der Verantwortliche nachweisen können muss, „dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat“.

Eine Öffnungsklausel bzw. Spezifikationsklausel, die den Mitgliedstaaten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten einen nationalen Gestaltungsspielraum lässt, findet sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung höchstens in Art. 9 Abs. 2 lit. a Hs. 2 DSGVO für die in Art. 9 Abs. 1 DSGVO genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten und Art. 9 Abs. 4 DSGVO für biometrische Daten, genetische Daten und für Gesundheitsdaten. Da Kontaktdaten wie Namen und Telefonnummern in der Regel nicht als besondere Kategorien personenbezogener Daten einzustufen sind, kann § 7a UWG-E nicht auf die Öffnungsklauseln aus Art. 9 DSGVO gestützt werden.

Die Bedingung, dass die *„Einwilligung in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung in angemessener Form zu dokumentieren und gemäß Absatz 2 Satz 1 aufzubewahren“* ist, findet sich in keinem der DSGVO-Kriterien für die Einwilligung ausdrücklich wieder. Die Einwilligung unter der DSGVO ist außerdem nicht an eine konkrete Frist gebunden oder erlischt nach einer gewissen Zeit, sondern die personenbezogenen Daten dürfen auf Grundlage der Einwilligung so lange verarbeitet werden, bis die festgelegten Zwecke nicht erreicht wurden oder bis die betroffene Person von ihrem Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO) Gebrauch macht. Ferner sieht die DSGVO vor, dass die wirksame Einwilligung an sich nachweisbar sein muss, allerdings gerade nicht, dass ein etwaiger Nachweis ab Erteilung *„sowie nach jeder Verwendung“* aufbewahrt werden muss.

Das Kriterium der Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren wäre mit der DSGVO daher ebenfalls nicht zu vereinbaren. Einerseits suggeriert die Vorschrift eine Art Zeitablauf der Einwilligung nach fünf Jahren ab der letzten *„Verwendung“*. Wenn die Nachweis-Unterlagen nach fünf Jahren vernichtet werden, kann die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht mehr nachgewiesen werden, was angesichts der in der DSGVO vorgesehenen Bußgelder und Schmerzensgeldansprüche ein erhebliches unternehmerisches und wirtschaftliches Risiko bedeutet.

Auch die Bußgeldvorschrift in § 20 UWG-E ist mit Blick auf § 7a UWG-E bedenklich. Ein Bußgeld soll demnach verhängt werden, wenn die in § 7a UWG-E genannte Einwilligung „*nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert*“ wird. Dabei sieht § 7a UWG-E gerade nicht vor, wann die „Einwilligung“ (welche Kriterien sind hier zu erfüllen?) „richtig“ oder „vollständig“ erteilt wurde. Auch sieht § 7a UWG-E kein „Rechtzeitigkeitskriterium“ vor, d.h. die Einwilligung muss lediglich vor der ersten telefonischen Kontaktaufnahme vorliegen.

### **Möglichkeiten zur Regelung der Einwilligung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und 7a UWG-E, wenn es sich nicht um eine datenschutzrechtliche Einwilligung handelt:**

Weitgehende Spielräume bleiben dem Gesetzgeber, wenn er im Rahmen der Regelungsoptionen des Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG für Telefonwerbung vorgesehene Einwilligungskriterien aufstellt, die unabhängig von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zu verstehen sind. Das bedeutet, Unternehmen müssen sich auf eine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Direktwerbung stützen können (hier kommen neben einer datenschutzrechtlichen Einwilligung auch die berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO in Frage), außerdem eine Werbe-Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG einholen.

Sowohl § 7 UWG als auch Art. 7 DSGVO setzen bereits voraus, dass der Werbetreibende die Einwilligung des Angesprochenen nachweisen kann.

Während § 7 UWG keine ausdrückliche Regelung über die Art und Weise des Nachweises trifft, normiert die DSGVO in Art. 5 Abs. 2 explizit eine Rechenschaftspflicht, welche sich für die Einwilligung in Art. 7 Abs. 1 DSGVO zusätzlich konkretisiert. Im Ergebnis dürften beide Regelungen zum gleichen Ergebnis kommen, nämlich dass die Einwilligung des Verbrauchers in den Erhalt werblicher Anrufe nachweisbar dokumentiert sein muss.

§ 7a UWG-E regelt damit in der Sache zunächst nichts Neues, sondern gibt lediglich einen Zeitraum vor, innerhalb dessen die dokumentierte Werbe-Einwilligung vorgehalten werden muss. Ein erkennbarer Mehraufwand ist damit für die Unternehmen nicht verbunden, dokumentieren müssen sie die Einwilligung auch schon heute. Eine Trennung zwischen der Werbe-Einwilligung und einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist seitens der Unternehmen vorzunehmen.

Im Rahmen des datenschutzrechtlichen Löschkonzepts und hinsichtlich der Speicherfristkriterien, über die datenschutzrechtlich nach Art. 13 DSGVO zu informieren ist, sind Änderungen notwendig (z.B.: Informationen darüber, dass personenbezogene Daten im Zusammenhang mit der UWG-Werbe-Einwilligung für einen Zeitraum von mind. 5 Jahren bzw. 5 Jahren ab der jeweiligen Verwendung gespeichert werden; dies gilt auch, wenn eine betroffene Person ihre datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft).

Ob eine Speicherdauer von fünf Jahren für die Werbe-Einwilligung notwendig ist, ist allerdings fraglich. Möglicherweise würden hier auch drei Jahre genügen (regelmäßige Verjährungsfrist bei Ordnungswidrigkeiten (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG)). Richtig ist zwar, dass diese Frist sich durch Unterbrechungen verlängern kann, allerdings ist – rein faktisch – fraglich, ob tatsächlich erstmalig nach fünf Jahren ein Verfahren wegen belästigender Werbeanrufe geführt werden würde. Eher wahrscheinlich ist, dass ein solches Verfahren recht zeitnah zu den fraglichen Anrufen eingeleitet wird (weil dann die entsprechenden Beschwerden eingehen).

Zu überlegen wäre in dem Fall, ob die Dauer der Werbe-Einwilligung ab deren Erteilung nicht auf einen bestimmten Zeitraum (z.B. ein Jahr) beschränkt werden sollte und danach erlischt; das ginge tatsächlich nur, wenn die UWG-„Einwilligung“ mit der DSGVO nichts zu tun hat. Eine Befristung der Einwilligung in zeitlicher Hinsicht kann auch aus Sicht des Unternehmers hilfreich

sein. Eine eindeutige Befristung hätte den Vorteil, dass auch ein Unternehmer klare Löschfristen vorsehen kann. In der Unternehmensorganisation ist dabei aber sicherzustellen, dass keine für den Nachweis der Einhaltung der DSGVO notwendigen Unterlagen vernichtet werden, wenn eine Frist für die Dokumentation nach dem UWG-E abläuft.

## 5. Bestätigungslösung

Im Referentenentwurf war die bereits seit längerem diskutierte „Bestätigungslösung“ für Fernabsatzverträge über die nicht im Volumen begrenzte oder in der Menge bestimmte Lieferung von Gas oder Strom noch enthalten, sie hat den Weg in den Gesetzesentwurf jedoch nicht gefunden.

Art. 8 Abs. 6 Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher enthält eine Öffnungsklausel, wonach auf Werbeanrufen basierende Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen nur dann wirksam werden, wenn der Unternehmer sein telefonisches Angebot gegenüber dem Verbraucher bestätigt und der Verbraucher den Vertrag durch Unterzeichnung des Angebots oder durch Übermittlung eines schriftlichen Einverständnisses genehmigt. Die Bestätigung durch den Unternehmer kann auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen. Andere Mitgliedsstaaten haben den Bedarf für die Umsetzung einer solchen Lösung bereits gesehen und entsprechend gehandelt, z.B.:

**Österreich** - § 9 Abs. 2 Fern- und Auswärtsgeschäfte-Geschäft, Fassung vom 25.02.2021:

*„Bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, ist der Verbraucher erst gebunden, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsangebots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Angebots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.“*

Besonderheiten: Nur Verträge über Dienstleistungen; Anruf wurde von dem Unternehmer initiiert; „schriftliche Erklärung“ erforderlich.

**Italien** - Art. 51 Abs. 6 des codice del consumo :

*„Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole.“*

Besonderheiten: gilt allgemein für Fernabsatzverträge (keine Einschränkung auf Verträge über Dienstleistungen); beide Alternativen des Art. 8 Abs. 6 Richtlinie 2011/83/EU; elektronische Unterschrift möglich.

**Frankreich** - Art. L221-16 des Code de la consommation:

*„Sans préjudice des dispositions de l'article L. 221-12, le professionnel qui contacte un consommateur par téléphone en vue de conclure un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service indique au début de la conversation, de manière claire, précise et compréhensible, son identité, le cas échéant l'identité de la personne pour le compte de laquelle il effectue cet appel et la nature commerciale de celui-ci. Le professionnel indique également au consommateur qu'il peut s'inscrire gratuitement sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique prévue à l'article L. 223-1 s'il ne souhaite pas faire l'objet de prospection commerciale par cette voie. A la suite d'un démarchage par téléphone, le professionnel adresse au consommateur, sur papier ou sur support durable, une confirmation de l'offre qu'il a faite et reprenant toutes les informations prévues à l'article L. 221-5. Le consommateur n'est engagé par cette offre qu'après l'avoir signée et acceptée par écrit ou avoir donné son consentement par voie électronique. ”*

Besonderheiten: gilt sowohl für Fernabsatzverträge, die eine Lieferung von Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben; Anruf wurde vom Unternehmer initiiert; erforderlich ist die Unterschrift und die schriftliche Genehmigung („et“, nicht „ou“ wie in der Öffnungsklausel); möglich ist aber auch eine Einwilligung in elektronischer Form (also Textform).

Bedauerlicher Weise liegen dem Unterzeichner aus den oben genannten Ländern gegenwärtig keine belastbaren Informationen vor, wie sich die Regelungen in der Praxis ausgewirkt haben.

Die Bestätigungslösung ist sinnvoll und es sollte erwogen werden, eine solche Lösung in das neue Gesetz mit aufzunehmen. Sie scheint insgesamt ein gutes Instrument zu sein, um Verbraucher vor dem ungewollten telefonischen Abschluss von Verträgen zu bewahren, jedenfalls sofern nicht der Verbraucher selbst den Unternehmer angerufen hat, um einen Vertrag zu schließen. Sonst würde man Verbrauchern, denen die Möglichkeit zur Bestätigung fehlt (z.B. aufgrund von fehlender Technik oder Behinderung), künftig von dieser Möglichkeit des Vertragsschlusses ausschließen.

Eine Beschränkung auf die nicht im Volumen begrenzte oder in der Menge bestimmte Lieferung von Gas oder Strom halte ich vor der grundsätzlichen Erwägung, möglichst einheitliche Regelungen zu schaffen, für nicht sinnvoll. Erfasst werden sollten alle Dauerschuldverhältnisse. Eine Einschränkung, wie in § 309 Nr. 9 BGB-E ist hier nicht angezeigt.

Ähnlich des Vorschlags im Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013) könnte eine Regelung in § 312c Abs. 3 BGB neu wie folgt lauten:

*(3) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fermündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen 14 Tagen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Text- oder Schriftform bestätigt. Dies gilt nicht, wenn das Telefongespräch vom Verbraucher veranlasst wurde. § 241a bleibt unberührt.*

Abs. 4 könnte wörtlich aus dem Referentenentwurf übernommen werden.

Der Vorschlag enthält noch keine Regelung zu der Frage, wie ein Verbraucher vom Unternehmer

zur Bestätigung aufgefordert werden darf. Dazu bedarf es noch einiger weiterer Überlegungen, insbesondere auch der Frage der Verortung (BGB oder UWG).

Ergänzend könnte überlegt werden, ob das Verbot belästigender Telefonanrufe nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht generell zur Unwirksamkeit eines etwaig am Telefon geschlossenen Vertrags führen soll. Dies beträfe nur die Fälle des „cold calling“. Allerdings muss beachtet werden, dass ein Verbraucher möglicherweise auf den Vertragsschluss vertraut. Die Regelung über die Bestätigungslösung sollte daher den Verbraucherschutzinteressen hinreichend Genüge tun.

## 6. Kündigungs-Button

Zur Erleichterung der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses durch einen Verbraucher wurde u.a. die verpflichtende Einführung eines „Kündigungs-Buttons“ gefordert. Verträge können einerseits mit nur einem „Klick“ geschlossen werden, die Kündigung hingegen sei häufig komplexer gestaltet und stellen für Verbraucher eine Hürde dar.

Es wäre grundsätzlich wünschenswert, wenn ein Verbraucher einen Vertrag genauso leicht kündigen könnte, wie er ihn auch geschlossen hat. Diese Forderung findet sich beispielsweise auch in der DSGVO, wonach eine Einwilligung so einfach widerrufen werden können muss, wie sie erteilt wurde (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO). Bei der Kündigung eines Vertrags besteht allerdings die Besonderheit, dass der Verbraucher (anders als beim Vertragsschluss) exakt darlegen muss, welchen Vertrag genau er kündigen möchte, sonst kann der Unternehmer die Kündigung nicht zuordnen. Es ist daher strukturell nur möglich, einen Vertrag so einfach zu kündigen, wie zu schließen, wenn der Verbraucher ein Kundenkonto angelegt hat. Dazu kann man einen Verbraucher aber aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht zwingen.

Technisch vergleichbar ist die Kündigung mit dem Recht, einen Fernabsatzvertrag zu widerrufen. Die Sachlage ist praktisch identisch. Hier hat der Gesetzgeber faktisch die Möglichkeit zum Widerruf durch Anklicken eines Buttons eingeführt (§ 356 Abs. 1 BGB), allerdings nicht zwingend, sondern lediglich fakultativ. In diesem Fall ist der Eingang der Widerrufserklärung unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger zu bestätigen. Soweit ersichtlich haben die Unternehmen von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

Zwingend muss ein Unternehmer allerdings ein Musterwiderrufsformular zur Verfügung stellen, das die Adresse enthält, an die der Widerruf zu richten ist und eine vorformulierte Widerrufserklärung. Es besteht die Verpflichtung des Unternehmers, darauf klar und verständlich vorvertraglich hinzuweisen (Art. 246a § 4 Abs. 1, Abs. 4 EGBGB) und u.a. dieses Musterwiderrufsformular dem Verbraucher nachvertraglich auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Im Sinne eines Gleichlaufs der Verbraucherrechte wäre statt eines zwingend vorzuhaltenden Kündigungsbuttons daher zunächst zu erwägen, dass der Unternehmer einem Verbraucher zwingend ein Musterkündigungsschreiben zur Verfügung stellen muss, einen Kündigungsbutton aber nur fakultativ.

Auf die Idee eines Kündigungsbuttons muss deswegen nicht verzichtet werden. Vor einem nationalen Schnellschuss wäre allerdings eine Abstimmung auf europäischer Ebene sinnvoll, die auch die Frage einschließen sollten, ob nicht künftig auch zwingend ein „Widerrufs-Button“ eingeführt wird, so dass die Verbraucherrechte und insbesondere deren Durchsetzung parallel geregelt sind und so Verwirrung beim Verbraucher vermieden wird.