



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, 12.04.2021

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (Drucksache 19/27655)

von Prof. Dr. Felix Buchmann

I. Einführung.....	1
II. Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Änderungen im BGB.....	2
1. Anwendungsbereich.....	3
1.1 Begriffsbestimmungen; Gefahr widersprüchlicher Definitionen.....	3
1.2 Sachen mit digitalen Elementen.....	4
1.3 Digitale Produkte.....	6
2. Informationspflichten bei Verbraucherverträgen, Fernabsatzverträgen und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.....	7
3. Online-Marktplätze (§ 312k BGB-E; Art. 246d EGBGB-E).....	8
4. Neuregelungen zum Widerrufsrecht.....	9
4.1 Widerrufsrecht bei Dienstleistungen und digitalen Inhalten	9
4.2 Öffnungsklauseln beim Widerrufsrecht.....	10
4.3 Übermittlung der Widerrufsbelehrung und Beginn der Widerrufsfrist	10
5. Rückversand nach Widerruf und Kosten (§ 357 Abs. 5 - 8 BGB-E)	10
6. Wertersatz nach Widerruf (§ 357a BGB-E)	12
7. Verbotene Verletzung von Verbrauchervorschriften; Bußgeldvorschriften	12
7.1 Systematik und Anwendungsbereich des Art. 246e EGBGB-E	12
7.2 Bußgeldvorschriften	14

I. Einführung

Grund des Gesetzesentwurfs ist die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (im Folgenden „**Modernisierungsrichtlinie**“), die bis zum 28.11.2021 zu erfolgen hat.

Die Modernisierungsrichtlinie ihrerseits ändert bestehende Richtlinien, nämlich die Richtlinie 93/13/EWG (im Folgenden „**Klausel-Richtlinie**“), die Richtlinie 98/6/EG (im Folgenden „**Preisangaben-Richtlinie**“), die Richtlinie 2005/29/EG (im Folgenden um „**UGP-Richtlinie**“) und die Richtlinie 2011/83/EU (im Folgenden „**Verbraucherrechterichtlinie**“). Der Regelungsgehalt dieser vier Richtlinien bleibt also grundsätzlich erhalten, sofern er nicht durch die Modernisierungsrichtlinie modifiziert wird. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Frage der (Voll-)Harmonisierung des Rechts. Bei der Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie ist daher stets genau zu beachten, welcher Gestaltungsspielraum dem deutschen Gesetzgeber tatsächlich eingeräumt wird.

Dies führt insbesondere auch bei der Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie im deutschen BGB und EGBGB zu Einschränkungen, da die insoweit zugrunde liegende Verbraucherrechterichtlinie insbesondere dem Grundsatz der Vollharmonisierung folgt und dieser Grundsatz durch die Modernisierungsrichtlinie auch nicht geändert wird. Somit steht dem deutschen Gesetzgeber zwar im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV die Wahl der Form und der Mittel zu, hinsichtlich des Ziels jedoch ist die Verbraucherrechterichtlinie in ihrer neuen Fassung verbindlich.

II. Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Änderungen im BGB

Die Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie im BGB und EGBGB enthält zum Teil bereits Elemente – insbesondere bei den Begrifflichkeiten –, die die Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (EU) 2019/770 betreffen; diese Richtlinie muss bereits bis zum 1. Juli 2021 umgesetzt sein. Die Verweisungstechnik in der Modernisierungsrichtlinie, die als Anpassungsrichtlinie verschiedene andere Richtlinien ändert, hat eine recht hohe Unübersichtlichkeit zur Folge, die sich jetzt im Gesetzesentwurf fortsetzt, der nur teilweise unterschiedliche Richtlinien umsetzt. Insbesondere die Begrifflichkeiten werden komplexer. Es wäre für den Rechtsanwender wünschenswert, wenn die Regelungen künftig so einfach wie möglich wären. Inhaltlich kommt auf die Adressaten des Rechts ohnehin schon viel Neues hinzu.

1. Anwendungsbereich

1.1 Begriffsbestimmungen; Gefahr widersprüchlicher Definitionen

Mit der Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs und der bereits genannten Richtlinie (EU) 2019/770 hat der europäische Normgeber zahlreiche Definitionen eingeführt, so u.a. den Begriff der „Ware mit digitalen Elementen“. Gemäß Art. 2 Nr. 5 lit. b) der Richtlinie (EU) 2019/771 bezeichnet der Ausdruck „Waren“ u.a. bewegliche körperliche Gegenstände, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten. Die Definition wird in Art. 2 Nr. 5 lit. b) der Richtlinie (EU) 2019/771 unter dem Oberbegriff der „Waren mit digitalen Elementen“ zusammengefasst und entspricht damit der Definition in Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie (EU) 2019/770.

Eine wichtige Rolle spielt der Begriff insbesondere in Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 der Verbraucherrechterichtlinie in der durch Art. 4 Nr. 1 lit. a) der Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassung, der für die Definition des „Waren“-Begriffs nun auf den vorgenannten Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie (EU) 2019/771 verweist.

Die ebenfalls in Art. 2 Nr. 5 lit. b) der Richtlinie (EU) 2019/771 erwähnten „digitalen Inhalte“ und „digitalen Dienstleistungen“ sind jeweils in Art. 2 Nr. 6 und Nr. 7 der Richtlinie (EU) 2019/771 definiert.

Hiernach bezeichnen „digitale Inhalte“ im Sinne der Richtlinie (EU) 2019/771 Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden, und „digitale Dienstleistungen“ (a) eine Dienstleistung, die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu Daten in digitaler Form ermöglicht, oder (b) eine Dienstleistung, die die gemeinsame Nutzung der von dem Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten, ermöglicht. Die Definitionen entsprechen den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Nr. 1 und Nr. 2 der Richtlinie (EU) 2019/770.

Die Umsetzung der Begrifflichkeiten „Ware mit digitalen Elementen“, „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ in das nationale Recht erweist sich als nicht recht zufriedenstellend und wirkt insgesamt etwas missglückt. Aufgrund der unterschiedlichen Umsetzungsfristen (die Richtlinie (EU) 2019/770 ist bis zum 1. Juli 2021 in das nationale Recht umzusetzen, die Modernisierungsrichtlinie hingegen erst bis zum 28. November 2021) ist die Umsetzung der Begrifflichkeiten „Ware mit digitalen Elementen“, „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ Gegenstand des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Drs. 19/27653), obgleich sich diese Begrifflichkeiten auch in der Verbraucherrechterichtlinie in der durch das

Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassung wiederfinden, deren Änderungen Gegenstand des hier vorliegenden Gesetzesentwurfs zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuches sind. Die Aufspaltung der Gesetzgebungsverfahren trägt zur Übersichtlichkeit der ohnehin aufgrund der zahlreichen Querverweise unüberschaubaren Neuregelungen nicht bei und birgt die Gefahr der Schaffung widersprüchlicher Normen in sich.

Zudem wurden im Regierungsentwurf neue Begriffe eingeführt, die in den Richtlinien nicht enthalten sind, nämlich „Sachen mit digitalen Elementen“ und „digitale Produkte“. Der Grund für diese Entscheidung im Regierungsentwurf kann nur mühsam hergeleitet werden und erfordert einen Blick in die Gesetzesbegründung zum Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. Im Einzelnen:

1.2 Sachen mit digitalen Elementen

Der Begriff der „Sachen mit digitalen Elementen“ ist Gegenstand der in Art. 246 Abs. 1 EGBGB-E und Art. 246a § 1 Abs. 1 EGBGB-E neu eingeführten vorvertraglichen Informationspflichten. Dort heißt es in Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 EGBGB-E und in Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 17 und Nr. 18 EGBGB-E jeweils:

„Nr. 7 gegebenenfalls die Funktionalität der Sachen mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen, und

Nr. 8 gegebenenfalls, soweit wesentlich, die Kompatibilität und die Interoperabilität der Sachen mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte, soweit diese Informationen dem Unternehmer bekannt sind oder bekannt sein müssen.“

und

„Nr. 17 gegebenenfalls die Funktionalität der Sachen mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen

Nr. 18 gegebenenfalls, soweit wesentlich, die Kompatibilität und die Interoperabilität der Sachen mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte, soweit diese Informationen dem Unternehmer bekannt sind oder bekannt sein müssen“.

Gemäß der Gesetzesbegründung ist die Neufassung von Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 EGBGB-E bzw. von Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 17 und Nr. 18 EGBGB-E jeweils durch die Änderung von Art. 5 Abs. 1 lit. g) und h) der Verbraucherrechterichtlinie durch Art. 4 Nr. 3 lit. b) der Modernisierungsrichtlinie und die Änderung von Art. 6 Abs. 1 lit. r) und s) der Verbraucherrechterichtlinie durch Art. 4 Nr. 4 lit. a) iv) der Modernisierungsrichtlinie bedingt, wobei statt des in der Verbraucherrechterichtlinie verwendeten Begriffs „Waren mit digitalen Elementen“ der Begriff „Sachen mit digitalen Elementen“ verwendet wird. Dies geschieht - so die Gesetzesbegründung - in Anpassung an den im Entwurf des

Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vorgeschlagenen § 327a Abs. 3 BGB-E. Der neue § 327a BGB-E soll künftig wie folgt lauten:

„§ 327a BGB

(1) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, die in einem Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (Paketvertrag). Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften dieses Untertitels jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen.

(2) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge über Sachen anzuwenden, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften dieses Untertitels jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen.

*(3) Absatz 2 gilt nicht für Kaufverträge über Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sachen ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (**Sachen mit digitalen Elementen**). Beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen ist im Zweifel anzunehmen, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen umfasst.“*

Die Begründung, wieso statt des Begriffs „Waren mit digitalen Elementen“ das Wort „Sachen“ verwendet werden soll, erweist sich als äußerst knapp. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu lediglich:

*„(...) Statt des Begriffs „Ware mit digitalen Elementen“ wird in § 327a Absatz 2 und 3 BGB-E der Begriff der „Sache mit digitalen Elementen“ verwendet. Damit soll sichergestellt werden, dass **auch unbewegliche Sachen** vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfasst sind.“*

Konkrete Beispiele für „unbewegliche“ Sachen mit digitalen Elementen im oben genannten Sinne nennt der Regierungsentwurf nicht, sodass nicht ersichtlich ist, welche Fallkonstellationen dem Entwurf zugrunde lagen. An der Erforderlichkeit der vorgenommenen Begriffserweiterung bestehen Zweifel.

Mit der gewählten Begrifflichkeit der „Sachen mit digitalen Elementen“ geht der Regierungsentwurf über Art. 5 Abs. 1 g) und h) bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. r) und s) der neuen Verbraucherrechterichtlinie i.V.m. Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie (EU) 2019/771 hinaus. Gemäß den in der Verbraucherrechterichtlinie neu eingeführten Informationspflichten muss der Verbraucher u.a. über die Funktionalität sowie Kompatibilität und Interoperabilität von „Waren mit digitalen Elementen“ informiert werden. Gemäß Art. 2

Nr. 3 der neuen Verbraucherrechterichtlinie i.V.m. Art. 2 Nr. 5 lit. b) der Richtlinie (EU) 2019/771 sind Waren mit digitalen Elementen jedoch nur „bewegliche körperliche Gegenstände, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten“. Indem der Regierungsentwurf den Anwendungsbereich der Informationspflichten auch auf unbewegliche Sachen erstreckt, geht er über die in der Richtlinie (EU) 2019/771 enthaltene Definition hinaus.

Nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 6 Abs. 8 der Verbraucherrechterichtlinie können aber Mitgliedstaaten für die dort erwähnten Verträge zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einführen. Der weiter reichende Begriff der „Sachen mit digitalen Elementen“ ist somit - obgleich an der Praxisrelevanz der Begriffserweiterung soweit es um unbewegliche Sachen geht Zweifel bestehen – wohl durch die Öffnungsklauseln gedeckt. Im Sinne der Vereinheitlichung des Rechts wäre es jedoch wünschenswert, auf solche neuen Definitionen im neuen Recht zu verzichten und sich an die Terminologie der Verbraucherrechterichtlinie zu halten.

1.3 Digitale Produkte

Neu und in der Modernisierungsrichtlinie nicht vorgesehen ist auch der Begriff des „digitalen Produkts“. Dieser Begriff, welcher durch § 327 Abs. 1 BGB-E eingeführt werden soll, dient als Oberbegriff für „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ und wird konsequenterweise als solcher auch in Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 EGBGB-E bzw. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 17 und Nr. 18 EGBGB-E verwendet, welche jeweils Art. 5 Abs. 1 lit. g) und h) der Verbraucherrechterichtlinie (in der durch Art. 4 Nr. 3 lit. b) der Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassung) und Art. 6 Abs. 1 lit. r) und s) der Verbraucherrechterichtlinie (in der durch Art. 4 Nr. 4 lit. a) iv) der Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassung) umsetzen.

Die Vereinheitlichung der Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ unter dem gemeinsamen Begriff der „digitalen Produkte“ erfolgt laut der Gesetzesbegründung nur zur besseren Lesbarkeit der Vorschriften. Der Versuch, die Lesbarkeit des Gesetzes durch die Einführung eines Oberbegriffes zu vereinfachen, ist zwar dem Grunde nach zu begrüßen. Allerdings ist die Auswahl des Begriffs „digitales ‘Produkt‘“ unglücklich, da es auf Richtlinien-Ebene bereits den dort definierten Begriff des „Produkts“ gibt und die Einführung des in dem Regierungsentwurf ausgewählten Oberbegriffs eine Verwechslungsgefahr in sich birgt:

Gemäß Art. 3 Nr. 1 lit. a) der Modernisierungsrichtlinie soll Art. 2 Abs. 1 lit. c) der UGP-Richtlinie wie folgt geändert werden:

„c) ‚Produkte‘ jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, digitaler Dienstleistungen und digitaler Inhalte, sowie Rechte und Verpflichtungen“.

Der in Art. 2 Abs. 1 lit. c) der UGP-Richtlinie definierte Begriff des „Produkts“ reicht damit weiter als das im nationalen Recht künftig vorgesehene „digitale Produkt“, welches nur digitale Dienstleistungen und digitale Inhalte umfasst.

Zwar kann es wohl keine digitalen Immobilien oder digitalen Rechte oder Verpflichtungen geben, sodass der Begriff „digitale“ Produkte sich zwangsläufig wohl nur auf digitale Dienstleistungen und digitale Inhalte beziehen kann. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber bereits im Rahmen der Umsetzung der UGP-Richtlinie darauf verzichtet, den Begriff des „Produkts“ in das UWG aufzunehmen (dort ist nur von Waren und Dienstleistungen die Rede, während der Oberbegriff des „Produkts“ nicht übernommen wurde, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 2 UWG-E). Daher sollte aus Gründen der Übersichtlichkeit und Vereinfachung auf den Begriff des „digitalen Produkts“ verzichtet und grundsätzlich davon abgesehen werden, ausufernde und potentiell zu anderen Begriffsbestimmungen im Widerspruch stehende Begrifflichkeiten und Definitionen einzuführen, wenn dies nicht zwingend vorgeschrieben ist.

2. Informationspflichten bei Verbraucherverträgen (Art. 246 EGBGB-E), Fernabsatzverträgen und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Art. 246a EGBGB-E)

Für Verbraucherverträge werden mit Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie neue Informationspflichten für solche Verträge eingeführt, die nicht im Wege eines Fernabsatzgeschäfts oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden. Dies betrifft insbesondere Waren mit digitalen Elementen, digitalen Inhalten und digitale Dienstleistungen.

Auch für die besonderen Vertriebsformen werden neue Informationspflichten eingeführt. Der europäische Normgeber hält an dem System fest, Verbraucherschutz durch vorvertragliche Informationen zu realisieren. Damit wird einem Verbraucher aber nur bedingt geholfen. Das Augenmerk hätte darauf liegen sollen, wo, wann und in welcher Form eine Information erfolgt. Eine Widerrufsbelehrung, die vorvertraglich auf einer Website erfolgt und nachvertraglich per E-Mail mit anderen Hinweisen (AGB, Datenschutzerklärung) an den Verbraucher geschickt wird, ist für einen Verbraucher weit weniger wertvoll als eine ausgedruckte Widerrufsbelehrung in dem Zeitpunkt, in dem er das Paket öffnet und die Ware vor sich hat.

Für die Kontaktaufnahme mit einem Unternehmer werden in Art. 6 Abs. 1 lit. c) der Neufassung der Verbraucherrechterichtlinie nunmehr die weiteren Kommunikationsmittel außerhalb von Telefon und E-Mail mit aufgenommen. Sicherergestellt sein muss, dass ein Verbraucher seine schriftliche Korrespondenz mit dem Unternehmer einschließlich Datum und Uhrzeit auf einem dauerhaften Datenträger speichern kann; und gewährleistet ist, dass der Verbraucher über diese bereitgestellten Kommunikationsmittel schnell Kontakt zum Unternehmer aufnehmen und effizient mit

ihm kommunizieren kann. Hier greift Art. 246a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EGBGB-E zu kurz. Die Ergänzung, dass die bereitgestellten Kommunikationsmittel sicherstellen müssen, dass der Verbraucher schnell Kontakt zum Unternehmer aufnehmen und effizient mit ihm kommunizieren kann, fehlt und sollte ergänzt werden.

3. Online-Marktplätze (§ 312k BGB-E; Art. 246d EGBGB-E)

Neu in das BGB und das EGBGB werden Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen eingeführt. Die Definition für einen Online-Marktplatz sowie den Betreiber eines Online-Marktplatzes hat der Gesetzesentwurf in § 312 k Abs. 3 und Abs. 4 BGB-E praktisch wörtlich aus den neuen Ziffern 17 und 18 von Art. 2 der Verbraucherrechterichtlinie übernommen. Die besonderen Informationspflichten finden sich in Art. 246d EGBGB-E. Diese Systematik entspricht den besonderen Informationspflichten für Verbraucher bei Fernabsatzverträgen und bei Verbraucherdarlehensverträgen. Diese Verteilung war und bleibt unglücklich. Für die Ausgliederung der Informationspflichten in ein anderes Gesetz gibt es keinen nachvollziehbaren Grund.

Ausgeschlossen von den Informationspflichten nach § 312k BGB-E i.V.m. Art. 246d EGBGB-E sind gemäß § 312k Abs. 2 BGB-E Verträge über Finanzdienstleistungen i.S.d. § 312 Abs. 5 S. 1 BGB. Diese Differenzierung ist zwar unionsrechtlich zulässig, gemäß Art. 3 Abs. 3 lit. d der Verbraucherrechterichtlinie sind Verträge über Finanzdienstleistungen von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen mit der Folge, dass der durch die Modernisierungsrichtlinie neu eingeführte Art. 6a der Verbraucherrechterichtlinie und die dort geregelten Informationspflichten bei Verträgen, die auf Online-Marktplätzen geschlossen wurden, ebenfalls nicht greifen. Ob die Entscheidung im Regierungsentwurf aus rechtspolitischer Sicht gerechtfertigt ist, ist allerdings zweifelhaft. Der Regierungsentwurf wird damit begründet, dass eine Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen von den Pflichten des § 312k BGB-E sachgerecht sei, weil für spezifische Finanzdienstleistungen zum Teil eigene, von denen des Art. 246d EGBGB-E abweichende, Informationspflichten gelten würden. Diese Begründung überzeugt aber nicht. Die Informationspflichten in § 312k BGB-E i.V.m. Art. 246d EGBGB-E sind nämlich nicht inhaltsbezogen, also nicht nur auf „spezifische“ Verträge zugeschnitten, sondern vielmehr allgemeiner Natur und knüpfen lediglich daran, wo ein Vertrag zustande kommt. Zudem greift die Argumentation in der Begründung zum Regierungsentwurf insoweit nicht, als dass Adressat der Informationspflichten nach § 312k BGB-E i.V.m. Art. 246d EGBGB-E nicht der jeweilige Vertragspartner (also der Anbieter einer Finanzdienstleistung) ist, sondern der Plattformbetreiber i.S.d. § 312k Abs. 4 BGB-E. Die den Vertragspartner treffenden Informationspflichten, wie sie etwa in § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246b EGBGB geregelt sind, werden von § 312k BGB-E folglich gar nicht berührt.

Im Sinne eines einheitlichen und möglichst weitgehenden Verbraucherschutzes sollten die Informationspflichten des § 312k BGB-E i.V.m. Art. 246d EGBGB-E mithin auch auf solche Online-Marktplätze ausgedehnt werden, die den Abschluss von Verträgen über Finanzdienstleistungen i.S.d. § 312 Abs. 5 S. 1 BGB ermöglichen. Ein Verbraucher, der über eine solche Plattform einen Versicherungs- oder Anlagevertrag abschließt, ist nicht weniger schutzwürdig als derjenige Verbraucher, der über eine Plattform einen Kaufvertrag über Waren abschließt. Ganz im Gegenteil, mit der in § 312k Abs. 1 BGB-E vorgesehenen Regelung werden gerade dem Verbraucher, der kurz davorsteht, einen möglicherweise langjährigen Vertrag einzugehen, der für ihn eine erhebliche und ggf. dauerhafte finanzielle Belastung mit sich bringt als der „punktueller“ Kaufvertrag, Informationen vorenthalten, die er möglicherweise benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen.

Es wird daher angeregt, die in § 312k Abs. 2 BGB-E vorgesehene Ausnahmeregelung für Verträge über Finanzdienstleistungen ersatzlos zu streichen.

4. Neuregelungen zum Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht ist das zentrale Verbraucherrecht bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Es hat erneut verschiedene Änderungen erfahren. Nach der durchaus beachtlichen Geschichte des Versuchs der Umsetzung der europäischen Vorgaben ins nationale Recht, ist hier im Interesse der Vermeidung unnötiger wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen Sorgfalt geboten.

4.1 Widerrufsrecht bei Dienstleistungen und digitalen Inhalten

Neu gefasst werden § 356 Abs. 4 und Abs. 5 BGB-E. Nach deren jeweils neuer Nr. 1 soll ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen bzw. die Bereitstellung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten ohne weitere Voraussetzungen erlöschen, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht bzw. mit der Vertragserfüllung begonnen hat und der Verbraucher nicht zur Zahlung eines Preises verpflichtet war. Hingegen bleibt das Erlöschen des Widerrufsrechts eines Verbrauchers bei diesen Verträgen, die den Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichten, an weitere Voraussetzungen geknüpft, die im Wesentlichen der gegenwärtigen Regelung entsprechen. Damit sollen die Fälle erfasst werden, in denen ein Verbraucher als Entgelt lediglich personenbezogene Daten zur Verfügung stellt, aber keine Geldleistung. Ungeachtet der Frage, ob die Aufnahme von personenbezogenen Daten als Zahlungsmittel (setzt eine Verfügungsmacht und damit ein Eigentum an den eigenen Daten voraus) eine geglückte Weiterentwicklung des Rechts ist, wird ein Verbraucher bei der Hingabe personenbezogener Daten durch die Neuregelung schlechter gestellt als bei der Bezahlung eines Preises. Das erscheint im Ergebnis wenig sachgerecht, entspricht aber den zwingenden Vorgaben der

Modernisierungsrichtlinie.

4.2 Öffnungsklauseln beim Widerrufsrecht

Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3 Verbraucherrechterichtlinie n.F. enthalten zwei Öffnungsklauseln.

Abs. 2 lässt Ausnahmen von den Ausnahmen vom Widerrufsrecht bei besonders aggressiven und irreführenden Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken zu (unverlangte Haustürbesuche und Kaffeefahrten). Der Gesetzesentwurf hat davon keinen Gebrauch gemacht, obgleich dadurch die Rechte gerade besonders gefährdeter Verbrauchergruppen nachhaltig geschützt werden könnten. Dies sollte nachgezogen werden.

Abs. 3 der Verbraucherrechterichtlinie n.F. wurde in § 356 Abs. 4 Nr. 3 BGB-E umgesetzt.

4.3 Übermittlung der Widerrufsbelehrung und Beginn der Widerrufsfrist

Nicht übernommen wurde die Klarstellung in Art. 6 Abs. 4 der Neufassung der Verbraucherrechterichtlinie über die Übermittlung der Musterwiderrufsbelehrung vom Unternehmer an den Verbraucher. Nach wie vor enthält Art. 246a Abs. 2 S. 2 EGBGB als Formerfordernis die Textform. Dies dürfte europarechtswidrig sein. Eine solche Einschränkung sieht Art. 6 Abs. 4 der Verbraucherrechterichtlinie weder in seiner alten noch in seiner neuen Form vor. Auch Art. 8 der Verbraucherrechterichtlinie enthält eine solche Vorgabe nicht, anders als etwa Art. 7 Abs. 1 der Verbraucherrechterichtlinie für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge. Daher sollte das Erfordernis „in Textform“ hier gestrichen werden.

In diesem Zuge sollte auch endlich eine klarstellende Regelung aufgenommen werden, dass die Widerrufsfrist erst mit Übersendung der Widerrufsbelehrung sowie des Muster-Widerrufsformulars zu laufen beginnt. Eine solche Regelung wurde bereits bei Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im Jahr 2014 vergessen; diese Vorgabe ergibt sich allerdings aus Art. 10 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 Abs. 7 a) der Verbraucherrechterichtlinie; die Informationspflichten sind nur erfüllt, wenn der Unternehmer diese an den Verbraucher „übermittelt“ hat, was eine aktive Handlung voraussetzt. In der Vorgängerversion des BGB war dies noch in § 355 Abs. 2 BGB a.F. ausdrücklich enthalten.

5. Rückversand nach Widerruf und Kosten (§ 357 Abs. 5 - 8 BGB-E)

§ 357 BGB wurde in seinen Absätzen 5 bis 9 strukturell überarbeitet: Die jetzigen

Absätze 7 bis 9 wurden (teilweise sprachlich abgewandelt) in den neu einzufügenden § 357a BGB-E verlagert.

Die bislang in § 357 Abs. 5 BGB vorgesehene Regelung, wonach der Verbraucher nicht verpflichtet ist, die empfangene Ware zurückzusenden, wenn der Unternehmer angeboten hat, diese abzuholen, wurde um einen Absatz nach unten verschoben und soll künftig in § 357 Abs. 6 BGB-E enthalten sein. § 357 Abs. 6 S. 1 und S. 2 BGB ist in § 357 Abs. 5 BGB-E wiederzufinden, § 357 Abs. 6 S. 3 BGB hingegen im redaktionell leicht überarbeiteten § 357 Abs. 7 BGB-E (die Waren müssen nun zum Verbraucher „gebracht“ worden sein).

Neu ist die Regelung in § 357 Abs. 8 BGB-E, wonach für die Rechtsfolgen des Widerrufs von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte „ferner“ (mithin zusätzlich zu § 357 Abs. 1 bis 7 BGB-E) der durch den Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen einzufügende § 327p BGB-E entsprechend gelten soll.

Der Begriff des in § 357 Abs. 8 BGB-E erwähnten „digitalen Produkts“, welcher durch § 327 Abs. 1 BGB-E erstmalig eingeführt werden soll, dient als Oberbegriff für „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ (siehe dazu schon oben).

Gemäß § 327p BGB-E, welcher die „weitere Nutzung digitaler Produkte nach Vertragsbeendigung“ regelt, ist eine Weiternutzung des digitalen Produkts durch den Verbraucher nach Vertragsbeendigung (im Falle des § 357 Abs. 8 BGB-E folglich nach erfolgtem Widerruf) untersagt. Gleiches gilt auf Seiten des Unternehmers in Bezug auf Inhalte, welche nicht personenbezogene Daten sind und vom Verbraucher bereitgestellt bzw. erstellt wurden, sofern nicht die in § 327p Abs. 2 S. 2 BGB-E genannten Ausnahmen greifen. Auf Verlangen des Verbrauchers hat ferner der Unternehmer gemäß § 357p Abs. 3 BGB-E diese Inhalte dem Verbraucher bereitzustellen, wobei auch in diesem Fall Ausnahmen von dieser Pflicht vorgesehen sind. Greift eine der Ausnahmen des § 327p Abs. 3 BGB-E nicht, so müssen die Inhalte dem Verbraucher unentgeltlich, ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gängigen und maschinenlesbaren Format bereitgestellt werden.

§ 357 Abs. 8 BGB-E dient der Umsetzung von Art. 13 Abs. 5 bis 8 der Verbraucherrechterichtlinie und von Art. 14 Abs. 2a der Verbraucherrechterichtlinie in den jeweils durch Art. 4 Nr. 10 und Art. 4 Nr. 11 der Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassungen. Der in Bezug genommene § 327p BGB-E setzt seinerseits Art. 16 Abs. 3 bis 5 und Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/770 um.

Die Umsetzung von Art. 13 Abs. 5 bis 8 und Art. 14 Abs. 2a der Verbraucherrechterichtlinie in § 357 Abs. 8 BGB-E im Wege eines entsprechenden

Verweises auf § 327p BGB-E ist nicht zu beanstanden. § 357p entspricht - mit Ausnahme des dort vorgesehenen und im Falle des § 356 Abs. 8 BGB-E im Wege der analogen Anwendung durch den Widerrufsfall zu ersetzenden Anknüpfungspunkts der „Vertragsbeendigung“ und der Verwendung des Oberbegriffs der „digitalen Produkte“ - Art. 13 Abs. 5 bis 8 und Art. 14 Abs. 2a der Verbraucherrechterichtlinie.

6. Wertersatz nach Widerruf (§ 357a BGB-E)

Während der Richtlinienvorschlag der Kommission (COM(2018) 185 final vom 11.4.2018) im Falle eines Widerrufs durch einen Verbraucher noch verschiedene Erleichterungen für Unternehmer vorgesehen hatte (insbesondere das Recht, die Rückzahlung zu verweigern, bis der Unternehmer die Ware zurückerhalten hat und eine Ausnahme vom Widerrufsrecht für den Fall, dass der Verbraucher sie während der Widerrufsfrist in einem Maße genutzt hat, das zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren nicht notwendig gewesen wäre), sind diese nicht in die Modernisierungsrichtlinie übernommen worden. Das Regelungsregime zum Wertersatz bleibt damit im Wesentlichen gleich.

7. Verbotene Verletzung von Verbrauchervorschriften (Art. 246e § 1 EGBGB-E); Bußgeldvorschriften (Art. 246e § 2 EGBGB-E)

Die geplante Einführung eines neuen Art. 246e EGBGB-E unter der Unterschrift „Verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen und Bußgeldvorschriften“ erfolgt aufgrund zwingender Vorgaben in Art. 1 und Art. 4 Nr. 13 der Modernisierungsrichtlinie. Durch Art. 1 der Modernisierungsrichtlinie wird ein neuer Artikel 8b in die Klausel-Richtlinie eingefügt, durch Art. 4 Nr. 13 der Modernisierungsrichtlinie wird hingegen die Fassung des in der Verbraucherrechterichtlinie bereits vorhandenen Art. 24 geändert.

Beide Vorschriften verpflichten die Mitgliedstaaten zur Schaffung eines Sanktionsmechanismus, der die Ahndung von „weitverbreiteten Verstößen“ und „weitverbreiteten Verstößen mit Unions-Dimension“ im Sinne der CPC-Verordnung gegen die gemäß der Verbraucherrechterichtlinie und der Klausel-Richtlinie erlassenen Vorschriften sicherstellt.

7.1 Systematik und Anwendungsbereich des Art. 246e EGBGB-E

Der zukünftige Art. 246e EGBGB-E setzt sich aus § 1 (Verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen) und § 2 (Bußgeldschriften) zusammen.

Art. 246e § 1 EGBGB-E dient dabei der Umsetzung von Art. 8b Abs. 1 und 2 der Klausel-

Richtlinie und von Art. 24 Abs. 1 der Verbraucherrechterichtlinie in der jeweils durch die Modernisierungsrichtlinie eingeführten bzw. geänderten Fassung und enthält in seinem Abs. 2 eine abschließende Auflistung derjenigen nationalen Vorschriften, die aufgrund der Klausel- und der Verbraucherrechterichtlinie erlassen wurden. Deren Verletzung begründet eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB-E, wenn es sich zusätzlich um einen „weitverbreiteten Verstoß“ oder einen „weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension“ im Sinne der CPC-Verordnung handelt.

Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB-E bekundet den Versuch, von der in Art. 8c Abs. 2 der Klausel-Richtlinie enthaltenen Ausnahmeregelung Gebrauch zu machen. Hiernach ist es Mitgliedstaaten erlaubt, die in § 8c Abs. 1 der Klausel-Richtlinie vorgesehenen Sanktionen auf Fälle zu beschränken, in denen die Vertragsklauseln nach nationalem Recht ausdrücklich als in jedem Fall missbräuchlich anzusehen sind oder in denen ein Gewerbetreibender Vertragsklauseln weiterverwendet, die in einer rechtskräftigen Entscheidung aufgrund einer Verbandsklage gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Klausel-Richtlinien für missbräuchlich befunden wurden. In der Gesetzesbegründung zu Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB-E heißt es:

„(...) Bei Verstößen gegen die Klauselrichtlinie soll von der in Artikel 8b Absatz 2 der Klauselrichtlinie in der Fassung von Artikel 1 der Richtlinie eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, die Sanktionierung zu beschränken. (...) Von der Ausnahmeregelung wird so Gebrauch gemacht, dass Bußgelder für beide Alternativen vorgesehen werden. Mit einem Bußgeld bewehrt wird die einfach festzustellende Weiterverwendung von Vertragsklauseln, die aufgrund einer Verbandsklage als missbräuchlich befunden wurden. Ein Bußgeld soll auch verhängt werden können, wenn Vertragsklauseln gegenüber Verbrauchern verwendet werden, die nach § 309 BGB als unwirksam anzusehen sind. [...] Nummer 2 Buchstabe b erfasst die Fälle, in denen ein Unternehmer Bestimmungen in AGB verwendet, deren Verwendung oder Empfehlung durch rechtskräftiges Urteil aufgrund einer Verbandsklage untersagt wurde. (...)“

Anders als in der Gesetzesbegründung mehrfach betont, sieht der vorgeschlagene Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB-E allerdings in seiner lit. b) gerade keine Beschränkung auf Verbandsklagen vor. Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB-E lautet demgegenüber wie folgt:

*„2. von einem Unternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung empfohlen oder verwendet wird,
a) die nach § 309 des Bürgerlichen Gesetzbuches unwirksam ist oder
b) deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde.“*

Dass das Urteil aufgrund einer Verbandsklage ergangen sein muss, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Unterlassungsklagen gegen Unternehmer, die in ihren AGB unzulässige Klauseln verwenden, können gemäß §§ 3, 8 UWG i.V.m. §§ 305 ff. BGB auch von Mitbewerbern des betroffenen Unternehmers angestrengt werden. Ein aufgrund einer solchen Klage ergangenes Unterlassungsurteil wäre nach dem vorgeschlagenen Wortlaut des Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) EGBGB-E von diesem umfasst. Der Anwendungsbereich des Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB-E geht damit weiter, als vom Regierungsentwurf eigentlich beabsichtigt und in der Begründung vorausgesetzt.

Zu beachten ist ferner, dass die in Art. 246e § 1 Abs. 2 EGBGB-E aufgelisteten Verstöße regelmäßig gleichzeitig die Voraussetzung einer irreführenden geschäftlichen Handlung bzw. einer Irreführung durch Unterlassen im Sinne der §§ 5, 5a UWG erfüllen. Damit überlappt sich der Anwendungsbereich von Art. 246e EGBGB-E mit demjenigen der §§ 5c, 19 UWG-E, welche u.a. im Falle von unlauteren Handlungen nach den §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG den in § 19 UWG-E geregelten und mit Art. 246e § 2 EGBGB-E beinahe wortgleichen Sanktionsmechanismus auslösen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass es sich bei Art. 246e EGBGB-E um einen Fremdkörper im Regelungssystem des EGBGB handelt. Art. 246 ff. EGBGB verkommt zu einem Auffangort für Vorschriften, die eigentlich ihren Platz in anderen Gesetzen hätten. Vorzugswürdiger wäre aufgrund des ohnehin deckungsgleichen Regelungsgehalts in Art. 246e EGBGB-E und in den §§ 5c, 19 UWG-E eine allgemeine Verlagerung dieser Vorschriften in das OWiG, etwa unter einem neuen „Abschnitt 6“ in Teil 3 („einzelne Ordnungswidrigkeiten“).

7.2 Bußgeldvorschriften

Der im Falle eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoßes gegen Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB-E anzuwendende Bußgeldrahmen ist in Art. 246e § 2 Abs. 2 EGBGB-E geregelt und beruht auf Art. 8b Abs. 4 und Abs. 5 der Klausel-Richtlinie bzw. auf Art. 24 Abs. 3 und Abs. 4 der Verbraucherrechterichtlinie.

Gemäß den Richtlinien müssen Mitgliedstaaten sicherstellen, dass im Rahmen der Verhängung von Sanktionen nach der CPC-Verordnung Geldbußen verhängt werden, deren Höchstbetrag sich auf mindestens 4 % des Jahresumsatzes des Unternehmers in dem betroffenen Mitgliedstaat beläuft. Für den Fall, dass keine Informationen über den Jahresumsatz des Unternehmers verfügbar sind, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen mit einem Höchstbetrag von mindestens 2 Mio. EUR vorzusehen.

Der Regierungsentwurf setzt diese Vorgaben um, indem er in Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 1

EGBGB-E zunächst einen Sockelbetrag in Höhe von 50.000 Euro festlegt, bis zu dem Verstöße nach Art. 246e § 1 EGBGB-E mit einer Geldbuße geahndet werden können. Sofern der Verstoß allerdings von einem Unternehmer begangen wurde, dessen Jahresumsatz im betroffenen Mitgliedstaat mehr als 1.250.000 Euro beträgt, bei dem folglich die maßgeblichen 4 Prozent seines Umsatzes den in S. 1 normierten Sockelbetrag übersteigen, kann gemäß Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 2 EGBGB-E eine Geldbuße bis zu einer Obergrenze von 4 Prozent des Jahresumsatzes verlangt werden. Muss die Höhe des Jahresumsatzes geschätzt werden, so beträgt gemäß Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 4 EGBGB-E das Höchstmaß der Geldbuße entsprechend den Vorgaben in den Richtlinien zwei Millionen Euro.

Der für Unternehmer mit einem Jahresumsatz von bis zu 1.250.000 Euro geltende Sockelbetrag überzeugt nicht. Der Regierungsentwurf begründet diesen damit, dass auch in anderen Gesetzeswerken, etwa in § 20 UWG und in § 3 Wirtschaftsstrafgesetzes, feste Sockelbeträge vorgesehen seien. Dabei verkennt er jedoch, dass diese - anders als Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 1 EGBGB-E - nicht an einen bestimmten Jahresumsatzrahmen gebunden sind. Warum im Falle eines besonders schwerwiegenden Verstoßes gegen einen Unternehmer, der einen Jahresumsatz von zwei Millionen Euro hat, eine Geldbuße von höchstens 80.000 Euro (entsprechend 4% seines Jahresumsatzes) möglich sein soll, gegen einen Unternehmer, der denselben schwerwiegenden Verstoß begangen hat, jedoch einen Jahresumsatz von nur 400.000 Euro hat, eine Geldbuße von bis zu 50.000 Euro (entsprechend 12,5% seines Umsatzes) in Betracht kommen können soll, ist schwerlich nachzuvollziehen.

Zwar verweist die Gesetzesbegründung hinsichtlich der Kriterien, die bei der Zumessung der Geldbuße zu berücksichtigen sind, auf § 17 Abs. 3 OWiG, wonach u.a. auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmers zu berücksichtigen wären. Dies schließt jedoch nicht die Gefahr aus, dass gleichgelagerte Sachverhalte dennoch in den Fällen des Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 1 EGBGB-E für den Unternehmer im Verhältnis mit viel härteren wirtschaftlichen Konsequenzen geahndet werden könnten, als dies Art. 246e § 2 Abs. 2 S. 2 EGBGB-E für Unternehmer zulässt, deren Umsatz die dort vorgesehene Grenze übersteigt. Vorzugswürdig wäre daher eine einheitliche Regelung, die in allen Fällen, und zwar unabhängig vom konkreten Jahresumsatz, eine Geldbuße in Höhe von maximal 4 Prozent des Jahresumsatzes vorsieht.

Die Gesetzesbegründung verweist hinsichtlich der Kriterien, die bei der Zumessung der Geldbuße zu berücksichtigen sind, auf § 17 Abs. 3 OWiG. Eine konkrete Regelung der Zumessungskriterien in Art. 246e EGBGB-E ist unionsrechtlich dabei nicht vorgeschrieben. Gemäß Art. 8b Abs. 3 der Klausel-Richtlinie und Art. 24 Abs. 2 der Verbraucherrechterichtlinie handelt es sich bei den dort genannten Kriterien lediglich um „nicht abschließend zu verstehende und beispielhafte Kriterien“. Dem nationalen Gesetzgeber wird folglich ein Handlungsspielraum eingeräumt, der es ihm ermöglicht, die aus seiner Sicht maßgeblichen Kriterien autonom zu bestimmen.

Art. 246e EGBGB setzt Unternehmer nun einer doppelten Sanktionierung sowohl auf zivilrechtlicher als auch auf behördlicher Ebene aus und stellt für diese damit eine besondere Härte dar. Vor diesem Hintergrund ist insbesondere die Regelung in Art. 246e § 2 Abs. 3 EGBGB-E sinnvoll, wonach im Rahmen von Entscheidungen über die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit und die Höhe der Geldbuße im Falle eines Verstoßes nach Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) EGBGB-E auch die Tatsache zu berücksichtigen ist, ob und ggf. in welcher Höhe in einem zivilrechtlichen Vollstreckungsverfahren wegen des Verstoßes bereits ein Ordnungsgeld nach § 890 ZPO gegen den Unternehmer verhängt wurde.

Wünschenswert wäre jedoch die Aufnahme auch weiterer, konkret definierter Kriterien, wie sie in Art. 8b Abs. 3 der Klausel-Richtlinie und Art. 24 Abs. 2 der Verbraucherrechterichtlinie beispielhaft angeführt werden, um dem Bundesamt der Justiz als gemäß Art. 246e § 2 Abs. 5 EGBGB-E zuständige Verwaltungsbehörde gerechte Entscheidungsfindungen im Rahmen eines ausgeglichenen und auf den Einzelfall zugeschnittenen Sanktionssystems zu ermöglichen.

Prof. Dr. Felix Buchmann