



20. September 2024

Stellungnahme

des Deutschen Dialogmarketing Verbandes e. V. (DDV)

zur Einführung einer allgemeinen Bestätigungslösung bei telefonischen Vertragsabschlüssen

Zusammenfassung

Einer allgemeinen Bestätigungslösung stehen europarechtliche Bedenken entgegen. Der verbleibende Spielraum bringt keinen Verbraucherschutzmehrwert (fehlende „Erforderlichkeit“ der Regelung). Eine gleichwohl umgesetzte Regelung würde zivilrechtlich erhebliche dogmatische Probleme hervorrufen. Die Widerrufsregelung bietet bereits einen ausreichenden Schutz vor ungewollten Verträgen. Schließlich sind verfassungsrechtliche Positionen bei der Normsetzungen zu beachten.

1. Hintergrund

Mit dem Koalitionsvertrag 2021-2025 fordert die Regierungskoalition aus SPD, Bündnis 90 / Die Grünen und FDP in einem Maßnahmenbündel unter der Überschrift „Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher“ u.a. die Einführung einer allgemeinen Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Verträge. So heißt es dort:

„Wir setzen uns auf EU-Ebene dafür ein, dass elektronische Widerrufsbuttons verpflichtend werden. Wir führen bei Dauerschuldverhältnissen über die Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- und Warenleistungen Angaben zu den durchschnittlichen monatlichen Kosten ein. Abo-Verträge müssen immer auch mit einer Mindestlaufzeit von höchstens einem Jahr geschlossen werden. Eine allgemeine Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Verträge führen wir ein. Den Schutz vor unseriösen Haustürgeschäften verbessern wir.“ (S. 89, Herv. durch die Verf.).

Unter einer Bestätigungslösung wird eine Regelung verstanden, nach der die Wirksamkeit von Vertragsschlüssen, die telefonisch zustande kommen, an eine ausdrückliche und formgerechte Bestätigung des Verbrauchers geknüpft wird (zum Begriffsverständnis s. etwa BR-Drs. 181/17, S. 1). Einzug in das deutsche Zivilrecht hat die Bestätigungslösung bislang nicht gefunden. Stattdessen wurden bereits für bestimmte Arten von Vertragsschlüssen bzw. Verträgen generelle Textformerfordernisse vorgesehen. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen (BGBl. 2009 I, S. 2413) wurden zunächst erhöhte Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung in Werbeanrufe gestellt, Ausnahmen vom Widerrufsrecht bei telefonisch geschlossenen Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Zeitungen und Zeitschriften sowie über die Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen beseitigt und weitere Bußgeldtatbestände eingeführt. Mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken (BGBl. 2013 I, S. 3714) wurde darüber hinaus § 675 Abs. 3 BGB eingefügt, mit dem solche Verträge der Textform unterworfen werden, mit denen sich der eine Teil verpflichtet, die Anmeldung oder Registrierung des anderen Teils zur Teilnahme an Gewinnspielen zu bewirken, die von einem Dritten durchgeführt werden. 2021 (BGBl. 2021 I, S. 3433) wurde zudem mit der Neuschaffung des § 41b EnWG die Textform für Strom- und Gaslieferverträge außerhalb der Grundversorgung eingeführt

Vorherige Initiativen zur Einführung einer allgemeinen Bestätigungslösung waren gescheitert. 2017 fand sie sich in einem Gesetzesentwurf des Bundesrats (BT-Drs. 18/12798, S. 7), der eine Ergänzung des § 312c BGB um die folgenden Absätze vorsah:

„(3) Die Wirksamkeit eines telefonisch geschlossenen Fernabsatzvertrages hängt davon ab, dass der Verbraucher den Vertrag in Textform genehmigt, nachdem ihm der Unternehmer sein Angebot auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat. Dies

gilt nicht, wenn das Telefonat nicht von dem Unternehmer oder einer in seinem Namen oder Auftrag handelnden Person zum Zwecke der Werbung veranlasst worden ist. § 312d Absatz 1 bleibt unberührt.

(4) Der Unternehmer kann das aufgrund des Vertrags Geleistete nicht deshalb zurückfordern, weil in Folge fehlender Genehmigung nach Absatz 3 eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Fordert der Unternehmer den Verbraucher zur Erklärung über die Genehmigung auf, gilt sie als verweigert, wenn der Verbraucher sie nicht binnen zwei Wochen erklärt.

(5) Die Absätze 3 und 4 finden keine Anwendung bei Verträgen über Finanzdienstleistungen.“

Das Gesetzesvorhaben scheiterte damals vor allem am Widerstand der Bundesregierung (s. hierzu die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12798, S. 15). Abschließend erledigt wurde es durch den Ablauf der damaligen Wahlperiode.

2. Rechtliche Bewertung

Zwar kann eine Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Verträge im Einklang mit den Vorgaben des Unionsrechts eingeführt werden. Dies gilt aber nicht für eine allgemeine Bestätigungslösung, wie sie im Koalitionsvertrag vorgesehen ist. Auch dürfen solche Verträge nicht als generell schwebend unwirksam behandelt werden (s. unter Ziffer 2.1.3). Darüber hinaus dürfte die allgemeine Bestätigungslösung auch mit den Vorgaben des deutschen Rechts nur schwer zu vereinbaren sein (s. unter Ziffer 2.2).

2.1 Unionsrecht

Die im Koalitionsvertrag umschriebene allgemeine Bestätigungslösung überschreitet die durch den Uniongesetzgeber gesetzten Grenzen.

Das Verbraucherschutzrecht ist durch die RL 2011/83/EU (im Folgenden „Verbraucherrechte-RL“) weitgehend vollharmonisiert (Art. 4 sowie Erwägungsgründe 2 und 7 Verbraucherrechte-RL). Die Einführung einer Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Verträge durch den nationalen Gesetzgeber muss die durch die diesbezügliche Öffnungsklausel nach Art. 8 Abs. 6 Verbraucherrechte-RL gesetzten Grenzen wahren. Nach dessen S. 1 können die Mitgliedstaaten für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, vorsehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn dieser das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Nach dessen S. 2 können die Mitgliedstaaten ferner vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen.

Der nationale Gesetzgeber hat daher bei einem Gebrauchmachen von der Öffnungsklausel die folgenden Punkte zu beachten:

2.1.1 Keine allgemeine Bestätigungslösung

Die Öffnungsklausel gilt nur für solche Verträge, die in den Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL fallen (s. hierzu insbesondere die Ausschlüsse vom Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 3 Verbraucherrechte-RL). In der Umsetzung im deutschen Recht betrifft dies die Fernabsatzverträge im Sinne des § 312c BGB. Die Bestätigungslösung kann daher insbesondere nicht im Sinne einer „allgemeinen“ Bestätigungslösung auch auf Verträge über Finanzdienstleistungen bezogen werden. Für diese Verträge gelten im Unionsrecht abweichend die Vorgaben der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Die Bestimmungen der Verbraucherrechte-RL – und damit auch die Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 6 – sind insgesamt nicht auf solche Verträge anwendbar (s. Art. 3 Abs. 3 lit. d) Verbraucherrechte-RL).

2.1.2 Keine Ausschlussfrist

Darüber hinaus darf die Vertrags- und Entscheidungsfreiheit der betroffenen Unternehmen und Verbraucher nur so weit beeinträchtigt werden, wie Art. 8 Abs. 6 Verbraucherrechte-RL es zulässt. Das bedeutet für den deutschen Gesetzgeber insbesondere, dass die Bestätigungslösung nicht mit einer Ausschlussfrist verbunden werden darf (BR-Drs. 181/17, S. 16). Außerdem dürfen auch keine zu hohen Anforderungen an den Inhalt des auf den Datenträger zur Verfügung zu stellenden Angebots durch den Unternehmer gestellt werden. Das bedeutet etwa, dass in diesem Zusammenhang nicht vom Unternehmer verlangt werden kann, die weitreichenden Pflichtangaben nach § 312d Abs. 1 BGB zur Verfügung zu stellen. Dem stünde darüber hinaus auch entgegen, dass § 312d und die korrespondierende Dokumentationspflicht aus § 312f Abs. 2 S. 1 BGB durch Art. 8 Abs. 7 Verbraucherrechte-RL vollharmonisiert sind (Alexander ZRP 2016, 166 [169]). Jedoch kann das hinter der Öffnungsklausel stehende Regelungsziel nur erreicht werden, wenn jedenfalls die Essentialia des Vertrages wiedergegeben werden. Das durch den Unternehmer auf dem Datenträger oder sonstig wiedergegebene Angebot muss in einer Art und Weise wiedergegeben werden, dass es dem Verbraucher auf dieser Grundlage möglich ist, eine bewusste Entscheidung für oder gegen die vertragliche Bindung zu treffen (vgl. BT-Drs. 18/12798, S. 11).

2.1.3 Keine generelle schwebende Unwirksamkeit

Zu beachten ist darüber hinaus, dass Art. 8 Abs. 6 Verbraucherrechte-RL es nur zulässt, dass der Verbraucher bis zur schriftlichen Bestätigung nicht an den Vertrag gebunden ist. In S. 1 heißt es: „(...) und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat.“ Aus diesem Grund wurde

etwa der 2017er-Vorschlag zur Einführung einer allgemeinen Bestätigungslösung in der rechtswissenschaftlichen Literatur für unionsrechtswidrig gehalten, da in diesem die Wirksamkeit des Vertrages insgesamt von der Genehmigung des Verbrauchers abhängen sollte (Alexander ZRP 2018, 166 (168)).

All diese Gesichtspunkte sind bei einem Gebrauchmachen von der Öffnungsklausel durch den nationalen Gesetzgeber zu beachten. Orientiert sich dieser an dem Entwurf aus 2017, bestünden erhebliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität. Der damit verbleibende Spielraum dürfte zu einem unpraktikablen Gesetz führen, in dem angesichts des bestehenden Widerrufsrechts ohnehin kein Verbraucherschutzvorteil zu sehen ist.

2.2 Deutsches Recht

Die allgemeine Bestätigungslösung erscheint darüber hinaus auch als im deutschen Recht systemwidrig und daher kaum mit den Vorgaben des deutschen Rechts vereinbar.

2.2.1 Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeit im deutschen Recht

Entscheidend ist, dass sich eine Regelung wie die allgemeine Bestätigungslösung nur schwer in das Gefüge des deutschen Vertragsrechts, und dessen allgemeiner Vertragsschlussprinzipien, einfügen und zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen würde. Insbesondere würde eine solche Regelung einen erheblich Wertungswiderspruch zu § 123 Abs. 1 i.V.m. § 143 BGB begründen. Ein in den Anwendungsbereich einer allgemeinen Bestätigungslösung fallender Vertrag wäre von einer Genehmigung abhängig und damit (wenigstens für den Verbraucher, s.o.), schwebend unwirksam, wohingegen ein aufgrund arglistiger Täuschung oder Drohung abgeschlossener Vertrag wirksam und lediglich anfechtbar wäre (so auch die damalige Bundesregierung, BT-Drs. 18/12798, S. 15; sowie Starke ZuR 2018, 211 [214], der weitere allgemeine dogmatische Bedenken herausarbeitet).

Insbesondere im Falle einer Ausgestaltung wie im 2017er-Entwurf erscheint dieser Punkt problematisch, da in den Anwendungsbereich der damals vorgeschlagenen Regelung auch grundsätzlich rechtmäßig handelnde Unternehmer hätten fallen können (Alexander ZRP 2018, 166 [168]).

2.2.2 Nicht gerechtfertigte Einschränkung der allgemeinen Vertragsfreiheit und Entscheidungsfreiheit der Parteien sowie der Berufsfreiheit der Telefonmarketingunternehmen

Vor diesem Hintergrund erscheint eine solche Bestätigungslösung auch weder geeignet noch erforderlich zum Schutz der Verbraucher. Die durch die Bestätigungslösung bewirkte Einschränkung der allgemeinen Vertragsfreiheit und Entscheidungsfreiheit von Unternehmer und Verbraucher (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie der hierin liegende Eingriff in die Berufsfreiheit

insbesondere der Telefonmarketingunternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG) muss durch den Verbraucherschutz gerechtfertigt werden. Die allgemeine Bestätigungslösung müsste hiernach dem Verbraucherschutz tatsächlich zu dienen geeignet sein und unter den gleich geeigneten Mitteln das minimal invasivste sein. Hieran können erhebliche Zweifel geltend gemacht werden.

Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der allgemeinen Bestätigungslösung zum Schutz der Verbraucher stand bislang vor allem aufgrund der durch eine solche Regelung bewirkten erheblichen Rechtsunsicherheit, die insbesondere die eigentlich zu schützenden Verbraucher belastet, in der Kritik (s. etwa die damalige Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum 2017er-Entwurf, BT-Drs. 18/12798, S. 15; Alexander ZRP 2018, 166 [169]).

Zudem bestehen im deutschen Recht bereits eine Vielzahl an Schutzmechanismen (ausführlich hierzu Alexander ZRP 2018, 166 [166 ff.]). Werden dennoch weitere Mechanismen zum Schutz der Verbraucher politisch gewünscht, besteht eine Vielzahl an Regelungsalternativen, die sich besser in das System des deutschen Vertragsrechts einfügen und zu weniger Rechtsunsicherheit zulasten der betroffenen Unternehmer und Verbraucher führen würden (s. hierzu beispielsweise Alexander ZRP 2018, 166 [169]; Starke VuR 2018, 211 [214 ff.]). Eine Studie aus 2017 zur Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken zieht zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung mehrere Handlungsoptionen in Erwägung, spricht sich jedoch nicht für die Bestätigungslösung aus (so Alexander ZRP 2018, 166 [168]).

Folgerichtig konstatierte die damalige Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum 2017er-Entwurf abschließend: „Nach Auffassung der Bundesregierung erscheint derzeit nicht hinreichend gesichert, dass die im Gesetzentwurf des Bundesrates gewählten rechtlichen Regelungen die angestrebte Wirkung entfalten werden und die gebotene Rechtssicherheit schaffen.“ (BT-Drs. 18/12798, S. 15.)

2.2.3 Bestimmtheit

Darüber hinaus müsste eine solche Regelung den Vorgaben der rechtsstaatlich geforderten Bestimmtheit von Normen (Art. 20 Abs. 3 GG) genügen, woran etwa in Bezug auf den 2017er-Entwurf im Hinblick auf die im Gesetzesentwurf niedergelegte Merkmale der „Veranlassung“ (Vander WRP 2017 Heft 10, Editorial) oder den Inhalt des durch den Unternehmer zu übermittelnden Angebots und die Bestätigung bzw. Genehmigung durch den Verbraucher (Alexander ZRP 2018, 166 [169]) erhebliche Zweifel geltend gemacht wurden.

Insgesamt lässt sich daher konstatieren, dass eine Ausgestaltung, die sowohl dem System des deutschen Zivilrechts Rechnung trägt als auch den Vorgaben der Bestimmtheit von Normen den Gesetzgeber vor erhebliche Herausforderung stellt.

3. Verfassungsrechtliche Rahmen

Eine allgemeine Bestätigungslösung berührt – wie bei gesetzgeberischen Maßnahmen nicht ungewöhnlich – auch verfassungsrechtlich-geschützte Positionen: Einerseits werden Unternehmen in ihrer Berufs-, mindestens aber in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit eingeschränkt, wenn sie nicht – wie bisher – Verträge verbindlich telefonisch abschließen können, sondern diese auch noch schriftlich / in Textform bestätigen lassen müssen. Andererseits sind auch die Eigentumspositionen derjenigen Unternehmen zu berücksichtigen, die sich – teilweise über Jahrzehnte – einen rechtlichen belastbaren Stamm von Bestandskunden aufgebaut haben („Datenbankschutz“), die mit telefonischen Werbekontakten einverstanden sind, der nunmehr zwar noch genutzt werden kann, der beabsichtigte Vertragsschluss aber von einer späteren Bestätigung abhängt.

Ohne hier besonders in die Tiefe gehen zu können, da die Maßnahmen im Detail noch nicht bekannt sind, aber auch tatsächliche Wirkungen offen sind (z.B. wie viele Bestätigungen gibt es nach Einführung tatsächlich), dürften die vom Gesetzgeber zu rechtfertigenden Beeinträchtigungen umso gewichtiger ausfallen, desto umfassender und schärfer die allgemeine Bestätigungslösung den telefonischen Vertragsschluss reguliert. Die einzelnen Maßnahmen sind dabei stets darauf hinzuprüfen, ob sie überhaupt (noch) erforderlich sind, um aus Verbrauchersicht einen Vorteil zu bringen, woran – insbesondere bei Bestandskunden – bereits jetzt erhebliche Zweifel angebracht sind.

Letzten Endes ist es auch Aufgabe des Gesetzgebers, die Folgen einer allgemeinen Bestätigungslösung einzuschätzen. Immerhin besteht eine belastbare Vermutung dahingehend, dass die Mehrzahl von Verträgen nicht bestätigt werden wird, womit einerseits telefonische Vertragsschlüsse nicht mehr betrieben werden würden, andererseits obige Eigentumspositionen nahezu als enteignet gelten müssten. Darüber hinaus entsteht den Unternehmen ein derart großer Verwaltungsaufwand, der Telefonmarketing per se unattraktiv machen kann. Eine allgemeine Bestätigungslösung könnte sich danach spätestens (wenn man nicht bereits die Erforderlichkeit in Abrede nimmt) als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig erweisen.

Kontakt bei weiteren Fragen:

Franz Peter Altemeier, Geschäftsführer und Leiter Recht
Französische Str. 12, 10117 Berlin, fp.altemeier@ddv.de, 030/509320944

Daniela Henze, Leiterin Public Affairs und des Hauptstadtbüros
Französische Str. 12, 10117 Berlin, d.henze@ddv.de, 030/3001493054

Thorsten Beck, stellv. Geschäftsführer und stellv. Leiter Recht
Hahnstr. 70, 60528 Frankfurt, t.beck@ddv.de, 069/401276532

www.ddv.de

Über den DDV:

Der Deutsche Dialogmarketing Verband ist der größte nationale Zusammenschluss von Dialogmarketing-Unternehmen innerhalb der EU und gehört zu den Spitzenverbänden der Kommunikationswirtschaft in Deutschland. Als die treibende Kraft der Data Driven Economy repräsentiert der DDV Unternehmen, die Daten generieren oder für den professionellen datenbasierten und kundenzentrierten Dialog nutzen. Gemeinsam mit unseren Mitgliedern wollen wir substanzielle Mehrwerte durch individuelle Beziehungen zwischen Menschen, Marken und Unternehmen in einer vernetzten Welt schaffen. Schwerpunkte des Verbandsengagements sind politische Arbeit, Informationsaustausch, Qualitätssicherung und Nachwuchsförderung.