

Berlin, im November 2010
Stellungnahme Nr. 68/2010

abrufbar unter
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Ausschuss Informationsrecht
zum
Entwurf eines Gesetzes
zur Änderung des BGB zum besseren Schutz der Verbraucherinnen
und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen
Geschäftsverkehr

Mitglieder des Informationsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Niko Härting, Berlin (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz

- Landesjustizverwaltungen

- Bundesrat
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- Deutscher Steuerberaterverband
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- Bundesverband der Freien Berufe

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e. V.

- Redaktion NJW
- JUVE-Verlag
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene

Der Informationsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltverein (DAV) hält die in dem Referentenentwurf vorgeschlagene „Button-Lösung“ aus folgenden Gründen für nicht zielführend:

1. Die Problematik der „Abo-Fallen“ wird in dem Referentenwurf zutreffend beschrieben. Zutreffend sind auch die Feststellungen zum geltenden Recht:
 - Bei versteckten Kostenhinweisen kommen Verträge über ein entgeltpflichtiges „Abo“ nach allgemeinem Vertragsrecht gar nicht erst zustande (vgl. Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein, NJW 2009, 3189 ff.; Hövel/Hansen, CR 2010, 252 ff.; OLG Frankfurt a. M., vom 4.12.2008, CR 2009, 253 ff.; LG Hanau vom 7.1.2007, MMR 2008, 288 f.; LG Mannheim vom 14.1.2010, MMR 2010, 241 f.; AG Berlin-Mitte, Vom 5.11.2008 - 17 C 298/08; AG Hamm, Vom 26.3.2008 – 17 C 62/08, NJW-RR 2008, 1078; AG Karlsruhe vom 12.8.2009, NJW-RR 2010, 68 f.; AG Marburg vom 8.2.2010, GRUR-RR 2010, 265; AG München, Vom 16.1.2007 – 161 C 23695/06, CR 2007, 816; AG München vom 18.2.2009, ITRB 2009, 201 (Engels)).
 - Selbst wenn einmal ein Vertrag zustande kommt, ist der Verbraucher zum Widerruf nach § 312 d BGB berechtigt, und zwar unbefristet, da der Verbraucher bei den „Abo-Fallen“ nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wird (§ 355 Abs. 3 Satz 3 BGB). Darüber hinaus besteht ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums und arglistiger Täuschung (§§ 119 und 123 BGB). AGB-rechtlich steht einer Einbeziehung der Entgeltklauseln § 305 c Abs. 1 BGB entgegen (vgl. AG Hamm vom 26.3.2008, NJW-RR 2009, 1078); zudem halten intransparente Entgeltklauseln einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht stand.
 - Wettbewerbsrechtlich handelt es sich bei den „Abo-Fallen“-Seiten um irreführende geschäftliche Handlungen nach § 5 UWG. Zudem liegt ein eklatanter Verstoß gegen § 1 Abs. 6 Satz 2 PAngV vor (vgl. Blasek, GRUR 2010, 396, 398; KG vom 18.9.2010, Az. 5 U 81/07; OLG Frankfurt a.M. vom 4.12.2008, K&R 2009, 197 ff. = MMR 2009, 341 ff.; OLG Frankfurt a.M. vom 20.5.2010, CR 2010, 606 ff.; OLG Hamburg vom 20.5.2008, CR 2009, 683 f.; LG Hanau vom 7.12.2007, MMR 2008, 488 f.). Gegen die Betreiber von „Abo-Fallen“ sind bereits mehrfach erfolgreich Ansprüche aus § 10 UWG geltend gemacht worden (Gewinnabschöpfung wegen vorsätzlicher, unzulässiger geschäftlicher Handlung; OLG Frankfurt a.M. vom 4.12.2008, K&R 2009, 197 ff. = MMR 2009, 341 ff.; OLG Frankfurt a.M. vom 20.5.2010, CR 2010, 606 ff.).

- Strafrechtlich erfüllen die „Abo-Fallen“ den Tatbestand des Betruges gemäß § 263 StGB. Dies entspricht jedenfalls der Ansicht von etlichen Zivilgerichten, die sogar Rechtsanwälte auf Schadenersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB verurteilt haben, die im Auftrag der Betreiber von „Abo-Fallen“ Entgeltansprüche geltend gemacht haben (AG Karlsruhe vom 12.8.2009, NJW-RR 2010, 68 f.; AG Marburg vom 8.2.2010, CR 2010, 479 f.; AG Osnabrück vom 19.10.2010, Az. 66 C 83/10). Dass „Abo-Fallen“ in Deutschland nach wie vor verbreitet sind, dürfte primär daran liegen, dass Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte gelegentlich die – aus unserer Sicht rechtsirrig – Auffassung vertreten, es fehle an einer Strafbarkeit nach § 263 StGB (vgl. LG Frankfurt a.M. vom 5.3.2009, K&R 2009, 348 mit Anm. Härting.).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl das Zivilrecht als auch das Wettbewerbsrecht mannigfaltige Möglichkeiten bietet, um „Abo-Fallen“ im konkreten Einzelfall, erfolgreich zu begegnen.

Strafrechtlich ist im Hinblick auf § 263 StGB ein Vollzugsdefizit zu beobachten (vgl. auch Buchmann/Majer, K&R 2010, 635 ff.).

2. Die „Button-Lösung“ ändert nichts an dem strafrechtlichen Vollzugsproblem. Die „Button-Lösung“ gibt dem Verbraucher lediglich ein weiteres Argument, um beharrliche Entgeltforderungen abzuwehren.
3. Dass sich „schwarze Schafe“ von der „Button-Lösung“ beeindruckt lassen, die bei der Verfolgung von vermeintlichen Entgeltansprüchen schon jetzt nicht davor zurückschrecken, einen vorsätzlichen Wettbewerbsverstoß zu begehen und zudem in betrügerischer Weise das Bestehen von Entgeltforderungen behaupten, obwohl es – leicht erkennbar - an allen Grundvoraussetzungen für einen solchen Anspruch fehlt, ist nicht ernsthaft zu erwarten.
4. Wenn es an greifbaren Anhaltspunkten dafür fehlt, dass die „Button-Lösung“ „schwarze Schafe“ von betrügerischen Machenschaften abhalten kann, beschränken sich die Folgen der vorgeschlagenen Regelungen auf die rechtstreuen Internetanbieter, die durch die in dem Referentenentwurf vorgeschlagene „Button-Lösung“ vor die Herausforderung gestellt werden, ihre Bestellsysteme im Internet umzugestalten. Wie bereits bei Einführung der Impressumspflicht (§ 5 TMG und § 55 RStV) und bei der Einführung und wiederholten Änderung des Fernabsatzrechts wird dies zu neuen „Abmahnwellen“ führen. Von den Abmahnungen werden Unternehmen betroffen sein, die nicht zu den Betreibern von „Abo-Fallen“ zählen, sondern rechtstreu eingestellt sind.
5. Ergänzend sei folgendes angemerkt:
 - Der Sinn einer „Button-Lösung“ soll darin liegen, dem Verbraucher die Entgeltlichkeit einer Bestellung deutlich vor Augen zu führen. Dies kommt in § 312 e Abs. 2 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 des Referentenentwurfs zum Ausdruck. Weshalb über die Entgeltangabe hinaus „gegebenenfalls anfallende Liefer- und Versandkosten“ sowie Angaben zur Laufzeit des Vertrages in den „Button“ aufgenommen werden soll (§ 312 e Abs. 2 Nr. 1

lit. b und c des Referentenentwurfs), leuchtet nicht ein, nicht zuletzt, weil Zusatzkosten sowie Laufzeiten in Art. 246 EGBGB, Zusatzkosten zudem auch in der PAngV erschöpfend geregelt sind.

- § 312 e Abs. 2 des Entwurfs führt zu einem unverbundenen Nebeneinander von fernabsatzrechtlichen Informationspflichten gemäß Art. 246 EGBGB, Angabepflichten nach der PAngV und weiteren, (teil)identischen Informationspflichten nach der „Button-Lösung“. Schon nach geltendem Recht sind die Unstimmigkeiten und die fehlende inhaltliche Abstimmung des Art. 246 EGBGB und der PAngV zu beklagen. Die bestehenden Unstimmigkeiten werden durch den Gesetzesvorschlag unnötig vermehrt.

- Die Nichtigkeitsfolge in § 312 e Abs. 2 Satz 2 des Referentenentwurfs kann nur Internetanbieter treffen, die sich rechtstreu verhalten haben. Bei den typischen „Abo-Fallen“ fehlt es bereits an dem Zustandekommen eines entgeltlichen Vertrages, s. oben 1. 1. Spiegelstrich. Die Frage der Nichtigkeit eines solchen Vertrages kann sich daher gar nicht stellen.