

Heinrich Nemeček\*

## Systemkonformität und Wertungskonkordanz einer vertragsrechtlichen Bestätigungslösung bei unerlaubter Telefonwerbung

### Abstract

Die im Rahmen der Beratungen zum Telefonwerbung-Bekämpfungsgesetz (BGBI. I 2009, S. 2413) vom Bundesrat vorgeschlagene „Bestätigungslösung“ wirft zahlreiche dogmatische Streitfragen auf. Neben der zweifelhaften Stellung einer vertragsrechtlichen Sanktion im UWG wäre das Wirksamkeitserfordernis einer Bestätigungserklärung bei im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung geschlossener Verträge auch dem allgemeinen Zivilrecht fremd.

Problematisch erscheint es insbesondere, dass eine vertragsrechtliche Sanktion gewählt werden soll, die an den rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des angerufenen Verbrauchers anknüpft. Daneben ist zu fragen, ob die geforderte „Bestätigungslösung“ ein – systemwidriges – Gestaltungsrecht schafft, das allein durch Unterlassen ausgeübt werden kann, und wie ein wertender Vergleich zu den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Instituten ausfällt.

---

\* *Heinrich Nemeček*, Freiburg im Breisgau. – Für die Durchsicht des Manuskripts und ihre wertvolle Unterstützung danke ich *Eva Thörner*.

## I. Einführung

1. Durch das am 29. Juli 2009 in Kraft getretene Telefonwerbung-Bekämpfungsgesetz<sup>1</sup> (TWBG) erfuhren namentlich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) markante Änderungen. Diesen vorangegangen waren Diskussionen, in denen Möglichkeiten zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung eingehend untersucht wurden. Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen „Bestätigungslösung“ sollte der seit einiger Zeit immer lauter werdenden Forderung nach einer vertragsrechtlichen Lösung im Lauterkeitsrecht<sup>2</sup> entsprochen werden. Diese sah vor, § 7 UWG in seiner jetzigen Fassung einen Absatz 4 hinzuzufügen:<sup>3</sup>

*„(4) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat.“*

Die „Bestätigungslösung“ fand zwar wegen des dezidierten Widerstands vonseiten der Bundesregierung und des Bundestags keinen Niederschlag im TWBG. Gleichwohl distanzierte sich der Bundesrat nicht von seinem Vorschlag und auch in der Literatur wird die bisher fehlende lauterkeitsrechtliche Vertragslösung bedauert.<sup>4</sup> Dies zeigt, dass die Akzessorietät zwischen lauterkeitsrechtlichen Sanktionen und dem Vertragsrecht kein endgültig verworfenes Theorem darstellt und auch zukünftig Eingang in Gesetzesvorschlägen finden könnte.

2. Auch wenn es zunächst nur vorteilhaft für den Verbraucher erscheinen mag, unerlaubte Telefonwerbung auch vertragsrechtlich zu sanktionieren, wirft die „Bestätigungslösung“ sowohl praktische<sup>5</sup> als auch dogmatische Streitfragen auf. Letzteren

1 BGBl. I 2009, S. 2413.

2 Vgl. Fezer Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform WRP 2003, 127; kritisch dazu Köhler UWG-Reform und Verbraucherschutz GRUR 2003, 265 (266 ff.). Der Gesetzesvorschlag von Fezer Die Nichtigkeit der Folgeverträge unlauterer Telefonwerbung WRP 2007, 855 (861) sah sogar die Nichtigkeit des Folgevertrages im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung vor.

3 BT-Drs. 16/10734, S. 20.

4 So etwa Mankowski/Siemonsen Das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht nach dem Telefonwerbungsbekämpfungsgesetz MMR 2009, 515 (516); dagegen Köhler Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen NJW 2009, 2567 (2569 f.).

5 Die Annahme, strengere Anforderungen an den im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung geschlossenen Vertrag zu stellen, wirke sich positiv auf den Verbraucher aus, kann sich nicht ohne weiteres bestätigen. Dadurch, dass die Willenserklärung des Verbrauchers erst durch die schriftliche Bestätigung wirksam werden soll, wird dem unlauter handelnden Telefonwerber viel daran gelegen sein, den Verbraucher zu einer solchen Bestätigung zu drängen, indem er diesen mehrfach anruft. Außerdem hat die fehlende Bestätigung zur Folge, dass der Vertrag über die bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§§ 812 ff. BGB) abzuwickeln ist und nicht

widmet sich der vorliegende Beitrag, indem er die Systemkonformität und Wertungskonkordanz der „Bestätigungslösung“ im Kontext des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Zivilrechts untersucht.

## II. Die Bestätigungslösung im Kontext des Lauterkeitsrechts

1. Mit seinem generalpräventiven Charakter wendet sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) grundsätzlich gegen die Vornahme einer unlauteren geschäftlichen Handlung. Hat diese den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zur Folge, bedeutet das nicht dessen Nichtigkeit nach § 134 BGB. Denn das UWG sanktioniert lediglich die Art und Weise des Zustandekommens solcher Geschäfte, wohingegen es keine Entscheidung über deren Inhalt und Wirksamkeit trifft.<sup>6</sup> Anders verhält es sich, wenn der Abschluss des Vertrages selbst ein wettbewerbswidriges Handeln darstellt, wenn also der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung die Wettbewerbswidrigkeit innewohnt: Der dieser Verpflichtung zugrunde liegende Basisvertrag ist nach § 134 BGB nichtig.<sup>7</sup>

Unerlaubte Telefonwerbung begründet aber *eo ipso* die Wettbewerbswidrigkeit, während der darauf folgende Vertragsabschluss diese Wertung nicht zu berühren vermag, ja auf sie keinen Einfluss ausübt. Aufgrund der Verbindung mit dem Vertragsrecht schiene mit der „Bestätigungslösung“ und ihrer vertragsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung ein Systembruch innerhalb des Lauterkeitsrechts vorzuliegen.

2. Die Integration einer vertragsrechtlichen Vorschrift in das UWG ist allerdings nicht neu: § 13a UWG in der bis zum 7.7.2004 geltenden Fassung sah ein Rücktrittsrecht des Abnehmers vor, der durch eine unwahre und zur Irreführung geeignete Werbeangabe beeinflusst wurde. Zwischen § 13a UWG a. F. und § 7 Abs. 4 UWG-E als vertragsrechtliche Vorschriften mag insoweit ein sachlicher Zusammenhang bestehen. Darin ein entstehungsgeschichtliches Argument für die Systemkonformität der „Bestätigungslösung“ zu erblicken,<sup>8</sup> überzeugt allerdings nicht. Zum einen

---

über das (verbraucherfreundliche) Widerrufsrecht (§§ 355, 357 BGB). Siehe zu den Vorteilen die Stellungnahmen zu der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung/04\\_SV-Stellungnahmen/](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/04_SV-Stellungnahmen/)) (zuletzt aufgerufen am 21. Dezember 2009) von: Fezer, S. 2 ff.; Heidemann-Peuser, S. 4 f.; Jahn, S. 5 f.; Lüblinghoff, S. 4 und zu den Nachteilen die Stellungnahmen von: Ohly, S. 2 f.; Nauen, S. 4 ff.; Rheinländer, S. 4; siehe außerdem Vander Telefonmarketing im Fadenkreuz MMR 2008, 639 (641).

6 Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm 27. Aufl., Einl. Rn. 7.8; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza 5. Aufl., Einf. D Rn. 67.

7 BGH NJW 1998, 2531 (2533) – Co-Verlagsvereinbarung; OLG Stuttgart NJW-RR 1997, 236 (237).

8 Vgl. Fezer Protokoll der 125. Sitzung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, 28. Januar 2009, S. 39, abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung/05\\_Wortprotokoll.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/05_Wortprotokoll.pdf) (zuletzt aufgerufen am 22. Dezember 2009).

wurde § 13a UWG a. F. überwiegend als „Fremdkörper“ innerhalb des UWG angesehen<sup>9</sup> und aufgrund seiner praktischen Irrelevanz<sup>10</sup> wieder gestrichen.

Zum anderen ist ein Vergleich beider Normen insoweit problematisch, als sie sich als wesensverschieden erweisen. § 13 UWG a. F. und § 7 Abs. 4 UWG-E unterscheiden sich zunächst in ihrer primären Zielsetzung. Während die „Bestätigungslösung“ den Verbraucher vor Belästigung schützen soll, diene § 13 UWG a. F. primär dem Schutz des irreführenden Abnehmers und verstand sich als Ausprägung des Konkurrentenschutzgedankens.<sup>11</sup> Neben dem Rücktrittsrecht aus § 13 UWG a. F. standen dem Abnehmer keine weiteren Rechtsbehelfe – etwa Nachbesserung oder Minderung – zur Verfügung. Insoweit konnte sich der Abnehmer lediglich für oder gegen das Fortbestehen des Vertrages in seiner konkreten Form entscheiden.<sup>12</sup> Entschied er sich dagegen, erhielten die Mitbewerber erneut die Chance, den Verbraucher zu umwerben.

Unabhängig der primären Schutzzweckbestimmung knüpfte § 13a UWG a. F. weiterhin an die Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers an.<sup>13</sup> Erforderlich war das Vorliegen einer „unwahren und zur Irreführung geeigneten Werbeangabe“ im Sinne von § 4 UWG a. F., d. h. einer strafbaren Werbung, die im heutigen § 16 UWG geregelt ist.<sup>14</sup> Insoweit bestand eine sachliche Nähe zu den §§ 119 ff. BGB. Im Gegensatz zu sämtlichen anderen lauterkeitsrechtlichen Vorschriften,<sup>15</sup> die an Art und Weise tatbestandsmäßiger Handlungen im Sinne des UWG anknüpfen, stellte § 4 UWG a. F. daher auch – ausnahmsweise – ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.<sup>16</sup>

Um die Entscheidungsfreiheit geht es bei § 7 Abs. 4 UWG-E aber gerade nicht: Mit der unerlaubten Telefonwerbung greift der Unternehmer in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein. Dieser Eingriff berührt nicht zwingend auch die Willensfreiheit des Verbrauchers, der sich zwar belästigt fühlt, von den Umständen des Vertragsschlusses in der Regel aber ausreichende Kenntnis hat.

In einem Punkt ging das einstige Rücktrittsrecht weiter als die vorliegend in Rede stehende „Bestätigungslösung“: Mit jenem vollzog sich der Übergang vom ausschließlich kollektiven zum individuellen Verbraucherschutz.<sup>17</sup> Aus der „Bestätigungslösung“ kann der Verbraucher dagegen keine Rechte ableiten. Die Bestätigung stellt lediglich eine weitere vertragliche Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Dem Verbraucher wäre es allenfalls möglich, eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu er-

9 Vgl. *Schaffernak* Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht nach § 13a UWG 1991, S. 46.

10 Vgl. *Holtorf* in *Gloy/Loschelder/Erdmann* 4. Aufl., § 21, Rn. 7; *Beater* Unlauterer Wettbewerb 2002, § 28 Rn. 46 ff.; *Köhler* in *Piper/Köhler* 3. Aufl., § 13a Rn. 1.

11 BGHZ 123, 330; *Beater* (Fn. 10), § 28 Rn. 47; *Staudinger/Köhler* 2001, § 13a UWG Rn. 2.

12 *Beater* (Fn. 10), § 28 Rn. 47.

13 *Schaffernak* (Fn. 9), S. 47.

14 Vgl. *Dreyer* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* 2. Aufl., § 16 Rn. 2.

15 *Köhler* (Fn. 2), S. 271.

16 *Piper* in *Piper/Köhler* 3. Aufl., § 4 Rn. 2.

17 *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 7. Auflage (1997), Kap. 37 Rn. 2; *Köhler* (Fn. 11), § 13a UWG Rn. 1.

heben, die auf die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines am Telefon geschlossenen Vertrages gerichtet wäre. Nach derzeitiger Rechtslage ist dagegen kein Fall denkbar, in dem ein vom Verbraucher geschlossener Vertrag aus lauterkeitsrechtlichen Gründen unwirksam wäre. Das gilt selbst dann, wenn der Verbraucher einen Vertrag mit einem Unternehmer schließt, der nach § 134 BGB i. V. m. einer lauterkeitsrechtlichen Vorschrift nichtig wäre: Verpflichtet sich eine Person vertraglich zu einer wettbewerbswidrigen Handlung, unterfällt diese deshalb dem Unternehmerbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, weil sie dann im Auftrag eines anderen Unternehmers handelt. Ein Verbraucher, der eine solche Verpflichtung eingeht, ist daher kein Verbraucher. Insoweit wäre die Möglichkeit einer solchen Feststellungsklage neu. Gleichwohl werden Individualrechte des Verbrauchers damit nicht begründet.

3. Im Übrigen hätte die Regelung der „Bestätigungslösung“ im UWG einen schwerwiegenden Systembruch zur Folge. Die ausbleibende Nichtigkeit eines Vertrages infolge unlauterer geschäftlicher Handlungen wäre fortan schwerlich damit begründbar, dass sich das UWG, ohne die vertragliche Wirksamkeit zu berühren, ausschließlich gegen die Art des Zustandekommens wendet. Denn dem stünde das systematische Argument aus § 7 Abs. 4 UWG-E entgegen, der an die Art des Zustandekommens des Vertrags (Telefonwerbung) die Nichtigkeit knüpft.

Man mag zwar einwenden, diese Auswirkungen auf den Vertrag stellten eine abschließende Ausnahme dar. Doch kann sich das in stetiger Bewegung befindende Lauterkeitsrecht samt seiner Prinzipien alsbald über solche gesetzgeberischen Erwägungen hinwegsetzen, wenn es die Harmonie des kodifikatorischen Systems gebietet.<sup>18</sup> Einen solchen diskordanten Systembruch gälte es dann aufzulösen.

Darüber hinaus ist neben den Erwägungen des Gesetzgebers auch die lauterkeitsrechtliche Systematik zu beachten: Die Normen des UWG lassen sich auf die heute in § 3 Abs. 1 UWG und § 7 Abs. 1 UWG aufgegangene Generalklausel insoweit zurückführen, als sie diese konkretisieren und präzisieren.<sup>19</sup> Innerhalb dieser Normen würde es eine Ungleichbehandlung bedeuten, würde sich die unzulässige geschäftliche Handlung nur bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf den Vertrag auswirken. Die unlautere geschäftliche Handlung nach § 4 Nr. 1 UWG wiegt demgegenüber schwerer und steht außerdem in näherem Zusammenhang zu einem Vertrag insofern, als sie die Entscheidungsfreiheit des von der Handlung Betroffenen unsachlich beeinflusst.<sup>20</sup> Aber nicht nur das: Aus § 7 Abs. 4 UWG-E kann der Grundsatz erwachsen, dass die lauterkeitsrechtliche Sanktion nicht nur in einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch, sondern darüber hinaus in der Unwirksamkeit des Vertrages besteht.<sup>21</sup> Die Begründung des Bundesrats tendiert dazu, keine für § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ausnahmsweise vertragsrechtliche Sanktion zu wählen.<sup>22</sup>

18 Vgl. *Larenz/Canaris Methodenlehre* 3. Auflage (1995), S. 137 ff.

19 *Köhler* (Fn. 6), § 3 Rn. 63 f.; § 7 Rn. 1; *Sosnitza* in *Piper/Ohly/Sosnitza* 5. Aufl., § 3 Rn. 4 f.; *Ohly* (Fn. 6), § 7 Rn. 1.

20 Vgl. *Sosnitza* (Fn. 19), § 4.1 Rn. 1/4.

21 Vgl. *Fezer* (Fn. 8), S. 5, 40.

22 Vgl. BT-Drs. 16/10734, S. 20.

#### 4. Akzessorietät der Vertragsnichtigkeit zur fehlenden Einwilligung

Es erscheint problematisch, dass die ausbleibende Wirksamkeit oder gar eintretende Nichtigkeit<sup>23</sup> eines Vertrags an das Fehlen der Einwilligung anknüpft. Nach Ansicht *Fezers*<sup>24</sup> ist die Nichtigkeit des Vertrages eine systemkonforme Folge zur Abwehr eines konkreten Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers. Sie sei akzessorisch zum Fehlen der Einwilligung, da der Unternehmer durch die unerlaubte Telefonwerbung die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers über seine Privatsphäre missachte.

Eine solche Akzessorietät besteht m. E. aber nicht; die vertragsrechtliche Sanktion kann nicht an die ausbleibende Einwilligung angeknüpft werden. Kennzeichnend für die Einwilligung ist die Erlaubnis des Dispositionsbefugten zum Eingriff in dessen subjektive Rechte.<sup>25</sup> Demgemäß schließt sie die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aus.<sup>26</sup> Sie muss vor dem Eingriff erklärt werden,<sup>27</sup> sodass eine nachträgliche Genehmigung lediglich den Verzicht auf die Rechtsfolgen der Handlung begründet.<sup>28</sup> Ruft der werbende Unternehmer einen Verbraucher an und liegt eine entsprechende Einwilligung vor, greift jener zwar in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein; der Eingriff ist aber aufgrund der Einwilligung gerechtfertigt. Ruft er aber einen Verbraucher an, ohne dass dieser darin eingewilligt hat, greift der Unternehmer rechtswidrig in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein. Dieser Eingriff bleibt rechtswidrig und verletzt den Verbraucher in seinem Persönlichkeitsrecht, auch wenn der Verbraucher den Eingriff nachträglich genehmigt.<sup>29</sup> Dadurch bestehen Abwehransprüche aufgrund der subjektiven Rechte fort. Die Annahme einer Akzessorietät verkennt den Unterschied zwischen der bei Telefonwerbung bestehenden persönlichkeitsrechtlichen Abwehrbefugnis einerseits und der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit andererseits.

Letztere kann nur innerhalb der gesetzlich zugelassenen Grenzen verwirklicht werden.<sup>30</sup> Werden die Grenzen des rechtlichen Dürfens überschritten, so hat ein solcher Verstoß die Nichtigkeit zur Folge. Die Nichtigkeit kann dagegen in Fällen unerlaubter Telefonwerbung nicht die Folge einer fehlenden Erlaubnis zum Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form der Einwilligung sein. Sie kann dann angeordnet werden, wenn der Freiheitsgehalt der Privatautonomie beschnitten wäre, weil der Einzelne seine rechtlichen Verhältnisse aufgrund der Beeinflussung seiner Entscheidungsfreiheit nicht eigenverantwortlich regeln kann.<sup>31</sup> Doch ist die Beeinflus-

23 Vgl. Fn. 3.

24 *Fezer* (Fn. 2), S. 861.

25 *Obly Volenti non fit iniuria* 2002, § 9 II 1a), S. 181.

26 Palandt/*Sprau* 69. Aufl., § 823 Rn. 38. A. A.: *Obly* (Fn. 25), § 7 II 2, S. 127 ff.; § 9 II 3b), S. 197, der darin einen tatbestandsausschließenden Grund sieht.

27 *OLG München* NJW-RR 1991, 477 (478).

28 *Obly* (Fn. 25), § 12 III, S. 344.

29 Vgl. *BGH* NJW 1960, 860; *Bub* in Bamberger/Roth 2. Aufl., § 185 Rn. 12.

30 Palandt/*Ellenberger* 69. Aufl., § 138 Rn. 1; *Dörner* in Schulze/Dörner/Ebert 6. Aufl., § 134 Rn. 1.

31 Vgl. *Obly* (Fn. 25), § 9 II 1a), S. 179.

sung der Entscheidungsfreiheit bei Telefonwerbung nicht die Regel, sodass keine notwendige Akzessorietät zur Einwilligung besteht. Abgesichert wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht als subjektives Recht vielmehr durch § 823 Abs. 1 BGB oder § 1004 BGB.<sup>32</sup>

Diese Grundsätze gelten auch für § 7 Abs. 4 UWG-E: Die Bestätigung führt zu keiner Rechtfertigung des in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers eingreifenden Telefonwerbers. Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist sie akzessorisch zur vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit des Verbrauchers, nicht hingegen zur fehlenden Einwilligung.

## 5. Ergebnis

Die „Bestätigungslösung“ des § 7 Abs. 4 UWG-E ist mit dem System des Lauterkeitsrechts nicht zu vereinbaren. Die Vertragsunwirksamkeit ist eine dem Lauterkeitsrecht systemfremde Sanktion. Vertragliche Wirksamkeitsvoraussetzungen sollten nicht in das UWG integriert werden, da sich dieses generalpräventiv gegen die Vornahme unlauterer geschäftlicher Handlungen wendet.

## III. Die Bestätigungslösung und das allgemeine Zivilrecht

Teilt der Gesetzgeber die systematischen Bedenken, die bei der Kodifikation der „Bestätigungslösung“ innerhalb des UWG bestehen, kann er diesem Problem nicht durch dessen Normierung im BGB entgegen. Selbst innerhalb des allgemeinen Zivilrechts stößt die „Bestätigungslösung“ auf systematische und wertungsmäßige Bedenken.

### 1. Untätigsein als Ausübung eines Gestaltungsrechts?

Im Rahmen der Beratungen zum TWBG wurde vielfach angemahnt, die „Bestätigungslösung“ sei systemwidrig, da diese es dem Verbraucher erlaube, sich vom Vertrag durch bloßes Untätigsein zu lösen.<sup>33</sup> Das impliziert, dass ein Gestaltungsrecht durch Unterlassen ausgeübt werden könne. Grundsätzlich dienen Gestaltungsrechte dazu, durch einseitige Erklärung ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden.<sup>34</sup> Wenn der Verbraucher im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E tatsächlich in der Lage sein soll, sich vom Vertrag durch bloßes Unterlassen zu lösen, müsste ein solcher zuvor wirksam geworden sein. Das Problem dieser spezi-

<sup>32</sup> *Ebd.*, § 9 II 1a), S. 182.

<sup>33</sup> Vgl. *Ohly* Protokoll der 125. Sitzung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, 28. Januar 2009, S. 16 f., abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/44\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung/05\\_Wortprotokoll.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/05_Wortprotokoll.pdf) (zuletzt aufgerufen am 22. Dezember 2009).

<sup>34</sup> *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Auflage (2004), § 13 Rn. 29; *Levenz* Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts Jura 1996, 1.

fischen Situation liegt darin, dass sich der Vertrag zwischen Telefonwerber und Verbraucher nach der Telefonwerbung im Schwebezustand befindet. Bis auf die Bestätigungserklärung liegen alle übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen vor, insbesondere haben sich die Parteien regelmäßig über die *essentialia negotii* und die sonstigen Vertragsbestandteile geeinigt. Die Bestätigung hat keine die Vertragsinhalte bestimmende Wirkung, sondern bezieht sich nur auf die bereits vereinbarten. Die erste Erklärung des Verbrauchers, die am Telefon abgegeben wird, wird aber erst mit der Bestätigungserklärung wirksam. Der Telefonwerber bleibt dagegen an sein Angebot gebunden. Ob der Vertrag endgültig wirksam wird oder nicht, hängt von da an nur noch vom Verbraucher ab; der Telefonwerber wäre deshalb dessen Fremdbestimmung ausgesetzt.<sup>35</sup>

Darin die Ausübung eines Gestaltungsrechts zu sehen, erscheint allerdings zweifelhaft, wenn man die Wirkung der Bestätigungserklärung betrachtet: Durch sie wird das Rechtsverhältnis zwischen Telefonwerber und Verbraucher endgültig begründet. Mit dem bloßen Untätigsein kann sich der Verbraucher aber nicht vom Vertrag lösen, da ein solcher noch nicht wirksam geworden ist und deshalb Rechte und Pflichten begründet hätte. Vielmehr ist die Erklärung der Bestätigung selbst als Ausübung eines Gestaltungsrechts zu sehen. Bis Abgabe der Bestätigung ist der Vertrag schwebend unwirksam.<sup>36</sup>

Im Kontext der Gestaltungsrechte greift die „Bestätigungslösung“ daher kein neues, systemwidriges Konzept auf.

## 2. Bestätigungslösung und Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB

a) Eine tief greifende Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung hat nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Das Opfer der Täuschung oder Drohung muss, um sich vom Vertrag zu lösen, diesen nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Der von einer unerlaubten Telefonwerbung Betroffene hat dagegen nicht tätig zu werden, damit der Vertrag endgültig unwirksam wird. Ein solcher Wertungswiderspruch ist sachlich nicht zu rechtfertigen, zumal der Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers nicht auch die Beeinträchtigung seiner rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit zur Folge hat.<sup>37</sup>

b) Bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss wurde hierzu angemerkt, dass der von der arglistigen Täuschung Betroffene den Vertrag nicht anzufechten habe.<sup>38</sup> Der Täter erfülle vielmehr den Betrugstatbestand (§ 263 StGB) und verstoße deshalb gegen ein Schutzgesetz. Der Vertrag sei wegen dieses Verstoßes nach § 134 BGB

35 Vgl. *Medicus* Allgemeiner Teil des BGB 9. Auflage (2006), Rn. 81.

36 Auch wenn die Einräumung eines Widerrufsrechts aus § 109 Abs. 1 BGB analog zweifelhaft erscheint, wäre dieses regelmäßig schon wegen § 109 Abs. 2 BGB analog ausgeschlossen, da der Telefonwerber ohnehin gem. § 7 Abs. 4 S. 2 UWG-E die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung trüge.

37 So auch die dezidierte Stellungnahme von *Obly* (Fn. 5); vgl. II. 2.

38 *Fezer* (Fn. 8), S. 41.

nichtig. Das allerdings ist nicht richtig. Wäre dies der Fall, hätte § 123 BGB keine Bedeutung.<sup>39</sup> Ein strafbewehrtes Verbot führt nur dann zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn dessen Tatbestand von beiden Vertragsparteien objektiv und subjektiv erfüllt wird.<sup>40</sup> Beträgt und erpresst der eine Vertragspartner den anderen, ist die zweiseitige Verwirklichung des Betrugstatbestands nicht gegeben und der Vertrag deshalb nicht nach § 134 BGB nichtig.<sup>41</sup>

### 3. Bestätigungslösung und Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Die „Bestätigungslösung“ lässt sich wertungsmäßig auch nicht mit der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB in Einklang bringen. § 138 BGB setzt der Privatautonomie dort eine Grenze, wo sie in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung gerät.<sup>42</sup>

Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils sind der Inhalt oder der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts.<sup>43</sup> Jedoch hat die Vornahme unerlaubter Telefonwerbung per se keinen Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts.<sup>44</sup> Im Falle indifferenten Vertragsinhalts kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus den Begleitumständen ergeben.<sup>45</sup> Entscheidend ist eine Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts, in die Beweggründe und Zweck des Rechtsgeschäfts einzubeziehen sind.<sup>46</sup> Der Tatbestand der unerlaubten Telefonwerbung regelt jedoch nur das Verhalten gegenüber den Marktpartnern. Er ist nicht Ausdruck eines besonders verwerflichen Verhaltens, der vom Schutzzweck des § 138 I BGB erfasst sein soll.

Schließlich bedarf es auch keines weiter gehenden Schutzes des Verbrauchers durch die Einschränkung privatautonom Handelns; diesem steht nach Wirksamwerden des Vertrages regelmäßig noch das Widerrufsrecht aus §§ 312d Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB zu.

### 4. Bestätigungslösung als Bestätigung im Sinne des § 141 BGB

Nach § 141 Abs. 2 BGB kann ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt werden mit der Folge, dass dieser ex nunc<sup>47</sup> wirksam wird. § 141 BGB beruht darauf, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft bei späterem Wegfall des Nichtigkeitsgrundes nichtig bleibt.<sup>48</sup> Der Vertrag wird daher nur bei erneuter Vornahme wirksam. Die Bestätigung bedeutet daher kein Überwinden des Nichtigkeitsgrundes. Liegt dieser auch

39 Vgl. *Armbrüster* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 134 Rn. 53.

40 *BGH BGHZ* 132, 313.

41 *Lavenz/Wolf* (Fn. 34), § 40 Rn. 28; *Wendtland* in *Bamberger/Roth* 2. Aufl., § 134 Rn. 18.

42 *Ellenberger* (Fn. 30), § 138 Rn. 1.

43 *BGH NJW* 1990, 567 (568); *Ellenberger* (Fn. 30), § 138 Rn. 7.

44 Vgl. II. 2.

45 *Sack* Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs GRUR 2004, 625 (627).

46 *BGH NJW* 1990, 704; 2001, 1127.

47 *BAG NJW* 2005, 3595 (3596).

48 *Ellenberger* (Fn. 30), § 141 Rn. 1; *Jauernig* in *Jauernig* 13. Aufl., § 141 Rn. 1.

bei erneuter Vornahme des Rechtsgeschäfts in Form der Bestätigung vor, bleibt dieses nichtig.<sup>49</sup>

Die Bestätigung des § 7 Abs. 4 UWG-E erfolgt jedoch nicht zweiseitig durch beide Vertragsparteien. Ein solches einseitiges Bestätigungsrecht ist dem BGB fremd.<sup>50</sup> Ihr liegt auch kein nichtiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB zugrunde, das, weil der Nichtigkeitsgrund inzwischen entfallen ist, neu vorgenommen werden kann. Bis zur Bestätigung durch den Verbraucher ist der Vertrag insgesamt schwebend unwirksam.<sup>51</sup> Für einen solchen Fall ist die Anwendung des § 141 BGB jedoch ausgeschlossen.<sup>52</sup>

### 5. Die Bestätigung als Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB

Die Bestätigungserklärung könnte eine Genehmigung im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB darstellen. Dem entspricht es, dass der Bundesrat die Bestätigung als eine Zustimmung ansah.<sup>53</sup> Jedoch differiert die Situation des § 184 Abs. 1 BGB von der des § 7 Abs. 4 UWG-E, wenn man bedenkt, wer jeweils an der Vornahme der Rechtsgeschäfte beteiligt ist:

Die Wirksamkeit des Vertrags hängt bei § 184 Abs. 1 BGB vom Zustimmungsberechtigten ab, der sein Einverständnis mit dem Rechtsgeschäft erklären muss, weil er dieses selbst nicht vorgenommen hat.<sup>54</sup> Die Willenserklärung einer der Parteien, die am Rechtsgeschäft beteiligt waren, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung einer von dieser verschiedenen, dritten Partei, nämlich der zustimmungsberechtigten.

Demgegenüber herrscht im Fall des § 7 Abs. 4 UWG-E zwischen der Person, die am Rechtsgeschäft beteiligt war, und der, die zustimmungsberechtigt ist, Personenidentität. Eine solche ist dem BGB fremd, da es keinen Fall gibt, in dem der Schwebezustand von derselben Person beendet werden kann, deren Willenserklärung sich in eben diesem Zustand befindet.

Fälle solcher Personenidentität behandelt das BGB auf zwei Arten:<sup>55</sup>

Zum einen ordnet es die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an. Geschützt werden sollen beispielsweise Geschäftsunfähige (§ 104 BGB) vor den Folgen ihres Handelns im Rechtsverkehr.<sup>56</sup> Gibt also eine Person im Zustand der Bewusstlosigkeit eine Willenserklärung ab, die zum Abschluss eines Vertrags führen soll, so ist der Vertrag nicht schwebend unwirksam und hängt von der Zustimmung derselben Person im Zustand des Bewusstseins ab; vielmehr ist deren Willenserklärung nach § 105 Abs. 2 BGB nichtig.

49 *Jauernig* (Fn. 48), § 141 Rn. 3.

50 *Köbler* Vertragsrechtliche Sanktionen gegen unerwünschte Telefonwerbung? WRP 2007, 866 (872).

51 *Ebd.*, III. 1.

52 *Jauernig* (Fn. 48), § 141 Rn. 6; *Busche* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 141 Rn. 3.

53 BT-Drs. 16/10734, S. 20.

54 Vgl. *Schramm* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., Vor §§ 104 ff. Rn. 2.

55 Vgl. *Kötz* Vertragsrecht 2009, Rn. 286.

56 *J. Schmitt* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 105 Rn. 1.

In anderen Fällen wird die Wirksamkeit der Willenserklärung bzw. des Rechtsgeschäfts nicht berührt, sondern es wird dem von einer besonderen Situation Betroffenen das Recht eingeräumt, sich aktiv vom Vertrag zu lösen. Das ist beispielsweise bei einer Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB der Fall. Die getäuschte Partei ist außerhalb der Täuschungssituation grundsätzlich dazu imstande, die Bedeutung und Tragweite des Rechtsgeschäfts nachzuvollziehen. Damit ist es ihr überlassen, ihre Erklärung, wenn ihr das vorteilhaft erscheint, nachträglich durch Anfechtung zu vernichten.<sup>57</sup>

Diese beiden Arten kommen im Übrigen nur in Betracht, wenn ein Willensmangel vorliegt.<sup>58</sup> Ein solcher existiert dagegen bei einem im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E geschlossenen Vertrages nicht.<sup>59</sup>

## 6. Die Bestätigungserklärung als Bedingung im Sinne des § 158 BGB – Vergleich mit dem „Kauf auf Probe“

Rechtsgeschäfte können unter einer aufschiebenden (§ 158 Abs. 1 BGB) oder einer auflösenden (§ 158 Abs. 2 BGB) Bedingung vorgenommen werden.

Der bei unerlaubter Telefonwerbung geschlossene Vertrag könnte unter der aufschiebenden Bedingung der Bestätigungserklärung des Verbrauchers stehen, wenn man davon ausgeht, dass erst hierdurch dessen Willenserklärung wirksam wird. Der Vertrag wäre dann am Telefon vollendet, wobei dessen Rechtswirkungen erst mit Abgabe der Bestätigungserklärung eintreten.<sup>60</sup>

Nach anderer Ansicht<sup>61</sup> soll der Vertrag bereits am Telefon wirksam zustande kommen und der Verbraucher 14 Tage lang gebunden sein, bis eine fristgerechte Bestätigung erfolgt. Der Vertrag könnte insofern unter der auflösenden Bedingung der ausbleibenden Bestätigung stehen. Allerdings spricht der Gebrauch des Futurs in § 7 Abs. 4 UWG-E gegen ein Wirksamwerden schon zum Zeitpunkt des Telefonats: Die Willenserklärung des Verbrauchers *wird* erst durch die Bestätigung wirksam. Die Wirksamkeit der Willenserklärung am Telefon erfordert insoweit zwei Erklärungen des Verbrauchers. Dieser soll dadurch vor einem vorschnellen Vertragsschluss gewarnt werden.<sup>62</sup>

Während sich der Verbraucher innerhalb von 14 Tagen noch entscheiden kann, eine vertragliche Bindung einzugehen oder nicht, ist der Unternehmer an seine Erklärung gebunden. Der Vertrag steht damit im freien Belieben des Verbrauchers. Wenn auch ein gewichtiger Teil in der Literatur dem skeptisch gegenüber steht,<sup>63</sup> ist die Zulässig-

57 Kötz (Fn. 55), Rn. 286.

58 Vgl. Kötz (Fn. 55), Rn. 286.

59 Vgl. II. 2.

60 Vgl. Jauernig (Fn. 48), § 158 Rn. 7.

61 Fezer (Fn. 8), S. 5 f.

62 BT-Drs. 16/10734, S. 20.

63 Jauernig (Fn. 48), § 158 Rn. 4; Flume Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 4. Auflage (1992), § 38 2d; Larenz/Wolf (Fn. 34), § 50 Rn. 17 f.

keit einer solchen Willensbildung aufgrund der Normierung des „Kauf auf Probe“ (§§ 454 ff. BGB) zu bejahen.<sup>64</sup>

Zwischen einem bei unerlaubter Telefonwerbung geschlossenen Vertrag und dem „Kauf auf Probe“ könnte deshalb eine strukturelle Wesensgleichheit bestehen:

Wie auch bei einem Vertrag im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E müssen beim „Kauf auf Probe“ zunächst die Voraussetzungen eines Kaufvertrags (§ 433 BGB) vorliegen.<sup>65</sup> Zudem gibt eine Vertragspartei zur Wirksamkeit des „Kauf auf Probe“ eine zweite Willenserklärung<sup>66</sup> ab, die Billigung.

Doch spricht Folgendes gegen die strukturelle Wesensgleichheit beider Konstellationen: Der „Kauf auf Probe“ steht deshalb unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung, weil die Parteien dies vereinbart haben. Trotz etwaiger Unsicherheiten, die damit einhergehen, dass der Vertrag im freien Belieben nur einer Partei steht, hat sich die andere Partei vertraglich durch Abgabe ihrer Willenserklärung darauf eingelassen. Eine solche Bedingung wurde aufgrund des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien in den Vertrag integriert.<sup>67</sup> Die Bestätigung ist dagegen nicht als parteiliche Nebenabrede zu sehen, da sie nicht aufgrund parteiautonomer Vereinbarung Bestandteil des Vertrages wurde, sondern von § 7 Abs. 4 UWG-E vorausgesetzt wird. Daher kann von einer Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB nicht die Rede sein. Es handelt sich demgegenüber um eine Rechtsbedingung, da die Bestätigungserklärung eine weitere gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages ist.<sup>68</sup>

Doch auch wertungsmäßig differiert die Risikoverteilung vom gesetzlich normierten „Kauf auf Probe“: Während das Schweigen des Verbrauchers nach der unerlaubten Telefonwerbung, und damit das Fehlen der Bestätigung ausnahmslos die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge hat, gilt beim „Kauf auf Probe“ die Billigungsfiktion unter den Voraussetzungen des § 455 S. 2 BGB.

## 7. Ergebnis

Die „Bestätigungslösung“ ist mit dem System des allgemeinen Zivilrechts nicht in Einklang zu bringen. Durch unerlaubte Telefonwerbung wird der Verbraucher nicht in seiner Entscheidungsfreiheit berührt. Will er sich nicht rechtlich binden, kann er aufgrund eigenverantwortlicher Willensbildung das Angebot des Telefonwerbers ablehnen. Es besteht keine Notwendigkeit dazu, die Wirksamkeit in diesem Fall einzuschränken. Deshalb wäre es systemwidrig, höhere Anforderungen an die Wirksam-

64 *Oetker/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse 3. Auflage (2007), § 2 Rn. 457; *Ellenberger* (Fn. 30), Einf v § 158 Rn. 10; *Medicus* (Fn. 35), Rn. 831.

65 Vgl. *Saenger* in *Schulze/Dörner/Ebert* 6. Aufl., § 455 Rn. 1; *Palandt/Weidenkaff* 69. Aufl., § 454 Rn. 8.

66 A. A. *H. P. Westermann* in *MünchKomm BGB* III 5. Aufl., § 454 Rn. 8.

67 *Palandt/Ellenberger* 69. Aufl., Einf v § 158 Rn. 1.

68 Vgl. *BGH* NJW 1952, 1330 (1331 f.); *H. P. Westermann* (Fn. 66), § 158 Rn. 54; *Ellenberger* (Fn. 30), Einf v § 158 Rn. 5.

keit einer Willenserklärung im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu stellen. Das Fehlen eines solchen Instrumentariums bewirkt freilich kein Schutzdefizit. Dem Eingriff des Telefonwerbers in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers kann sich dieser mit Ansprüchen aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB widersetzen.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Köhler (Fn. 4), S. 2570; vgl. II. 2.