
Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge

*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV)
Universität Bayreuth¹*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	2
II.	Vertragslaufzeiten – Kettenbefristung als Abweichung vom Leitbild	3
	1. Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 BGB(-RegE)	3
	2. Vertragsbindung beim Erstabschluß	4
	3. Vertragsverlängerungen	6
	4. Erleichterung der Kündigung („Kündigungsbutton“)	8
	5. Verhältnis zu §§ 489 III, 545, 625, 724 S. 2 BGB	9
	6. Verhältnis zum geplanten TKG-Kundenschutzrecht	9
	7. Alternative Gestaltung	10
	8. Inkrafttreten der Änderungen zur Vertragslaufzeit	12
III.	Telephonwerbung	14
IV.	Sonstige Änderungen	15
	1. Abtretungsausschlüsse, § 308 Nr. 9 BGB-RegE	15
	2. Verkürzung der Gewährleistung bei gebrauchten Sachen, § 476 BGB-RegE	15
	3. Formerfordernis für Energielieferverträge außerhalb der Grundversorgung, § 41 I 1 EnWG-RegE	16
V.	Zusammenfassung	18
	Anhang: Regelungsvorschlag zu Vertragslaufzeiten	20

¹ Verf. ist Inhaber Lehrstuhls für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth.

I. Einleitung

Der vorliegende Gesetzentwurf behandelt letztlich fünf Sachfragen des Verbrauchervertragsrechts, nämlich Vertragslaufzeiten bei Dauerschuldverhältnissen, Telefonwerbung, Abtretungsausschlüsse in AGB, die Verkürzung der Gewährleistung bei gebrauchten Sachen sowie ein Formerfordernis für Energielieferverträge außerhalb der Grundversorgung.

Der große Titel des Gesetzes ist letztlich grob irreführend, weil er suggeriert, daß die Fairneß von Verbrauchervertragsbeziehungen in großem Rahmen angegangen würde. Tatsächlich geht es nur um einige wenige Sachfragen. Das Gesetz steht so in der Tradition vergleichsweise aufgeblasener Gesetzesbezeichnungen, die sich zwar politisch erklären, jedoch nicht als gute Legistik rechtfertigen lassen. Gesetzesprache ist Gegenstand der Auslegung und ihr Einsatz zu reinen Marketingzwecken daher von vornherein problematisch.

Das Gesetz kommt in seinem Titel bereits in einer Weise irreführend daher, daß der Verbraucherrechtler unwillkürlich an die Irreführungsstandards des derzeit ebenfalls in Änderung befindlichen UWG erinnert wird. Die Titulierung solcher Gesetze ist auch nicht irrelevant oder ein rein politisches Faktum. Aufgrund der Kennzeichnung können sich im Einzelfall Auslegungsfragen ergeben und Auslegungsdirektiven, die gegebenenfalls Konsequenzen für den Gesetzesinhalt haben. Das offensichtliche Auseinanderfallen von programmatischem Gesetzestitel und Regelungsinhalt sollte dementsprechend dauerhaft vermieden werden. Es geht im vorliegenden Gesetzentwurf schlicht nicht um faire Verbraucherverträge, sondern nur um ein paar Details der Fairneß solcher Verträge mit sehr begrenztem Anwendungsbereich. Ich empfehle dementsprechend die Umbenennung des Gesetzes.

Wenig Verständnis kann das Gesetzgebungsvorhaben auch im Kontext der laufenden Überarbeitung des Verbrauchervertragsrechts insgesamt erwarten. Allein für das Verbrauchervertragsrecht ist eine ganze Reihe von Gesetzentwürfen im Verfahren, die sämtlich das BGB im Bereich des allgemeinen oder besonderen Vertragsrechts zu ändern vorschlagen, ohne daß die betreffenden Entwürfe immer hinreichend aufeinander bezogen sind. Das gilt für den vorliegenden Entwurf insbesondere für das Nebeneinander von TKG-Reform (mit einer Regelung zu Vertragslaufzeiten von TK-Verträgen als Teil des TK-Kundenschutzrechts) und der hier vorgeschlagenen Änderung betreffend Vertragslaufzeiten bestimmter Dauerschuldverhältnissen. Das Auseinanderreißen dieser durchaus zusammenhängenden Sachverhalte und die Aufteilung auf einzelne Gesetzgebungsverfahren sind für die anschließend sachgerechte Aufbereitung durch die Fachcommunity ebenso wenig hilfreich wie geeignet, die erforderliche Aufmerksamkeit hinsichtlich des Umfangs der insgesamt vorgeschlagenen Eingriffe herbeizuführen.

II. Vertragslaufzeiten – Kettenbefristung als Abweichung vom Leitbild

Das deutsche Recht steht mit seiner Idee der unbefristeten Dauerschuldverhältnisse für schuldrechtliche Verträge vergleichsweise einsam dar. In vielen Rechtsordnungen Europas sind stattdessen Kettenvertragskonstellationen an der Tagesordnung, die denjenigen in § 309 Nr. 9 BGB geltender Fassung und § 309 Nr. 9 BGB-RegE deutlich mehr ähneln als der Idee des Dauerschuldverhältnisses. Ein Herangehen an diesem Bereich muß immer im Blick haben, daß es im deutschen Recht letztlich um eine Abweichung von den – leider nach wie vor weitgehend ungeschriebenen – allgemeinen Regeln über Dauerschuldverhältnisse geht, die vor allem in den Regeln des Miet- und Dienstvertragsrechts sowie ansatzweise im Personengesellschaftsrecht der BGB-Gesellschaft spezielle Ausprägungen gefunden haben.

Eine Regelung, die mißbräuchliche Gestaltungen bei Kettenverträgen angehen möchte, sollte rechtspolitisch das BGB mit dem Institut des Dauerschuldverhältnisses zum Maßstab nehmen und vorab die Frage stellen, ob wesentliche Teile der rechtspolitischen Problematik ihre Ursache nicht in der Abweichung vom Leitbild des BGB haben. Diese Abweichung betrifft nicht Erstbefristungen, die dem BGB völlig selbstverständlich sind (s. §§ 542 II, 620 I, 723 I 2 BGB und funktional vergleichbar § 490 II BGB), sondern das Phänomen der Kettenbefristung.

Das Gesetzgebungsverfahren macht – wie übrigens auch das parallele Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (EU) 2019/770 – besonders deutlich, daß die langjährige Untätigkeit des Bundesgesetzgebers im Bereich der Dauerschuldverhältnisse allmählich zum Ärgernis gerät. Abgesehen von den Regelungen zur AGB-Kontrolle finden sich allgemeine Regeln praktisch nur §§ 313, 314 BGB. Seit der Schuldrechtsmodernisierung hat das deutsche Recht hier keine nennenswerten Fortschritte gemacht. Das ist angesichts des sich abzeichnenden grundlegenden Paradigmenwechsels vom „Haben zum Nutzen“ und damit hin zu vermehrt auftretenden Dauerschuldverhältnissen unangemessen. Hinzu kommt, daß im Hinblick auf die Sonderstellung des deutschen Rechts mit der Konzeption des Dauerschuldverhältnisses mit seinen Schutz- und Stabilitätsfunktionen mittelfristig am Markt der Gesetzgebungsvorschläge kaum überleben wird, wenn der Gesetzgeber eine geschlossene Konzeption zeitnah nicht vorliegt.

1. Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 BGB(-RegE)

Die Anwendungsbereichsbegrenzung von § 309 Nr. 9 BGB erscheint in der vorliegenden Form als völlig überholt. Das zeigt sich nicht nur am Beispiel der vielfach Schwierigkeiten bereitenden Verträge mit Freizeiteinrichtungen. Insbesondere die generelle Herausnahme von Gebrauchsüberlassungsverträgen, wie sie ebenfalls nach bislang überwiegender Auffassung im digitalen Bereich vermehrt Anwendung

finden – dazu auch §§ 548a, 580a BGB-RegE für das Digitalvertragsrecht – erscheint in keiner Weise mehr zeitgemäß und mit Anforderungen an ein Vertragsrecht in der digitalen Welt auch unvereinbar. Das gilt umso mehr, als sich praktisch jede Gebrauchsüberlassung mit den Mitteln des Instituts des Dauerwerkvertrags ebenfalls konstruieren läßt. Angesichts der Zufälligkeiten der Vertragstypeneinordnung, die häufig ohne Blick auf § 309 Nr. 9 BGB erfolgen wird, erscheint die vollständige Herausnahme des Gebrauchsüberlassungsrecht als beinahe willkürlich.

Sinnvoller erscheint es hingegen die aus dem Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 herauszunehmenden Konstellationen erheblich konkreter zu beschreiben. Solche Ausnahmetatbestände könnten sich insbesondere für die Immobiliarmiete dort ergeben, wo das restriktive Regime von §§ 575 f BGB noch Spielräume läßt, also insbesondere bei der Gewerberaummieta, die aber für Verbraucher ohnehin kaum eine Rolle spielt. Ein weiterer Ausnahmehereich sollten Zweckbefristungen sein, so der Verwendungszweck im Interesse des Kunden länger als die Frist nach § 309 Nr. 9 lit. a BGB(-RegE) dauert. In diesem Sinne wären insbesondere Darlehensverträge von der Klauselkontrolle auszunehmen.

2. Vertragsbindung beim Erstabschluß

Das rechtspolitische Problem der durch § 309 Nr. 9 BGB-RegE adressierten Verträge liegt nicht bei der Erstbefristung. Das läßt sich sehr schön auch anhand der Begründung des Entwurfs demonstrieren, die im wesentlichen nachteilige Konsequenzen aus den nachfolgenden Vertragsverlängerungen als rechtspolitischen Grund des Tätigwerdens benennt. Weder ist bei Vertragsschluß nämlich die Laufzeit unklar oder per se intransparent noch läßt sich der Begründung entnehmen, warum sich bis zu zwei Jahre dauernde Erstbefristungen generell nicht mit den legitimen Verbrauchererwartungen vereinbaren lassen. Soweit die tatsächlichen Amortisationszeiten für Erstabschlüsse tatsächlich unter dem Zweijahreszeitraum liegen, wäre eher wettbewerbsrechtlich zu fragen, warum Unterbietungsversuche hier ausbleiben.

Die im Entwurf des BMJV vorgeschlagene Regelung zur Einschränkung der Zweijahresfrist ist demgegenüber aus verschiedenen Gründen gänzlich ungeeignet. Dabei ist zunächst die bürokratische Monstrosität des Entwurfs anzuführen, der hinsichtlich der Notwendigkeit eines Alternativangebots nachvollziehbarer Begründungen ermangelt.

Funktional greift der Entwurf zudem in die Preisgestaltungsfreiheit der Anbieterseite ein, ohne Amortisationsfragen und -dauern auch nur anzusprechen oder gar abzuschätzen. Zwar gehört die Preisfairneß zu den klassischen Schutzzwecken des europäischen wie deutschen Verbraucherrechts, jedoch wird diese Preisfairneß un-

terhalb der Schwellen von § 138 BGB gerade nicht durch Eingriffe die marktmäßigen Mechanismen der Preisbildung erreicht.² Abweichungen davon sind immer in besonderem Maße begründungsbedürftig, sodaß der vorliegende Entwurf, dem es an einer Begründung für Eingriffe in die Preisgestaltung völlig fehlt, insoweit von vornherein als ungeeignet erscheint.

Der einschlägige § 309 Nr. 9 lit. a, bb BGB-RegE ist zudem viel zu unbestimmt, um eine hinreichend rechtssichere Konkretisierung der dort erforderlichen Alternativangebote durchzuführen. Das zeigt bereits die Entwurfsbegründung selbst, der (S. 29) ohne Grundlagen im Regelungstext „Prämien, Zugaben und andere unentgeltliche Zuwendungen“ nicht in die Preisvereinbarung einbeziehen möchte. Die dafür gegebene Begründung, daß unentgeltliche Zuwendungen insoweit nicht Teil der entgeltlichen Leistungen seien, ist in dieser Allgemeinheit schon deshalb unzutreffend, weil diese Feststellung im Einzelfall vollkommen von der Auslegung des einzelnen Vertrages abhängt. Diese ist freilich in großem Maße auch vom Werbe- und Kommunikationsverhalten der Anbieterseite abhängig, so daß das BMJV mit der Aussage der Begründung gar nicht sicherstellen kann, daß die dort genannten Prämien, Zugaben und anderen „unentgeltlichen“ Zuwendungen nicht doch bei der Preisbestimmung einzubeziehen sind. Insbesondere bei Gutscheinen auf die zu erbringenden Entgelte erscheint die Aussage der Entwurfsbegründung zudem bereits im Ansatz zweifelhaft.

Die Anknüpfung an einen Preis ist zudem geradezu aus der Zeit gefallen, wenn man bedenkt, daß parallel der Gesetzgeber sich gerade anderen Earning-Modellen legislativ zuwendet. Dabei sind in einer Welt mit mehr und mehr Sharing-Modellen nicht nur die Konstellationen des „Zahlen mit Daten“ in den Blick zu nehmen, sondern auch andere Reward-Formen wie etwa die Abgabe von Bewertungen oder das Zurverfügungstehen für Interviews und Umfragen sowie schließlich die Werbeduldung. All dies läßt den Gesetzentwurf an dieser Stelle als reichlich analog und anachronistisch erscheinen.

Überdies liegt die Bindungsverkürzung vielfach auch gar nicht im Interesse des Verbrauchers, wenn diesem subventionierte Nebenleistungen (zu Telefonverträgen noch unten sub 5.) nicht oder nicht mehr angeboten werden. Insoweit wird auch das vergleichsweise unbestimmte Erfordernis der „gleichen Leistung“ den Anforderungen, die an einen solchen relativ scharfen Eingriff zu stellen sind, nicht gerecht. Fallen subventionierte Nebenleistungen unter die vom Entwurf erwähnten Zuwendungen des Unternehmers an den Verbraucher, können diese den Vertrag mit zwei Jahresbindung erheblich attraktiver machen, als den zu vergleichenden mit kürzerer Laufzeit. Dem Regelungszweck entspricht dies nicht.

Für das offensichtliche Ziel des Entwurfs, Kettengestaltungen unattraktiv zu machen, sollte man nach alledem nicht mit der Erstbefristung ansetzen. Vielmehr

² Dazu ausführlich *Schmidt-Kessel*, Lehrbuch Verbraucherrecht, Rn. 117-127.

sollte eine Erstbefristungen im bisherigen Rahmen uneingeschränkt möglich bleiben und der Ansatz bei den Folgebefristungen gesucht werden.

3. *Vertragsverlängerungen*

Die bisherige gesetzliche Regelung zur Verlängerungsproblematik in § 309 Nr. 9 lit. b und c BGB hat sich hingegen als nicht hinreichend erwiesen. Insbesondere sind die Mechanismen der jeweils maximal einjährigen Verlängerung und der dreimonatigen Kündigungsfrist weder hinreichend bekannt noch hinreichend. Sie stellen gegenüber den gewöhnlichen Kündigungsmöglichkeiten einschlägiger Vertragstypen auch eine erhebliche Erschwernis für den Verbraucher dar. Während dieser sich bei Dauerschuldverhältnissen ansonsten überwiegend darauf verlassen kann, daß ausgesprochene ordentliche Kündigungen spätestens zum Quartalsende des Folgequartals wirksam werden, soweit keine Befristungen eingreifen (§§ 489 II, 580a, 621, 723 BGB) verschafft die an der bisherigen Fassung von § 309 Nr. 9 lit. b und c BGB orientierte Verlängerungsklausel dem Unternehmer demgegenüber einen erheblichen Vorteil, ohne daß es in irgendeiner Weise auf berechnete Interessen an einer solchen Verlängerung ankäme.

Das bisherige Regelungsmodell insbesondere von § 309 Nr. 9 lit. b BGB liegt dementsprechend weit vom gesetzlichen Standard des deutschen Schuldrechts entfernt. Hier sollte eingegriffen werden, wobei freilich darauf zu achten ist, daß aufgrund der gesetzlichen Kündigungsregeln der Unternehmer stets nur mit begrenztem Risiko spielt, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise ein jederzeitiges unbefristetes Kündigungsrecht vorsieht, wie das bei § 723 BGB der Fall ist. Auf die letztgenannte Vorschrift findet § 309 Nr. 9 BGB ausweislich der Anwendungsbereichsbestimmung in § 310 IV 1 BGB jedoch ohnehin keine Anwendung. Daß die Regeln der Verlängerungsbeschränkungen nach § 309 Nr. 9 lit. b und c BGB (-RegE) durch vergleichsweise geringfügige Anpassungen von Leistungen oder Tarifen leicht umgangen werden können, wiegt hingegen weit weniger schwer, da insoweit keine stillschweigenden Verlängerungen vorliegen. Die Problematik verschärft sich jedoch, wenn man an dieser Stelle – rechtspolitisch zu Recht – die Zügel anzieht, weil dies Umgehungsversuche auch anspruchsvollerer Art besonders attraktiv erscheinen läßt.

Die vorgeschlagene Lösung des Entwurfs setzt beim Umfang stillschweigender Verlängerungen an und reduziert diesen auf drei Monate soweit nicht der Unternehmer die rechtzeitige Information über die Kündigungsmöglichkeit und das voraussichtliche Vertragsende verspricht. Nicht etwa wird die Klausel dadurch unwirksam, daß der Unternehmer seiner Hinweispflicht nach Vertragsschluß nicht nachkommt.

Die vorgeschlagene Hinweislösung ist jedoch aus mehreren Gründen nicht geeignet und zu schwach ausgestaltet. Das gilt zunächst für das Instrument des Hinweises selbst. Die verhältnismäßig komplexe Regelung wird für einen Durchschnittsverbraucher in allgemeinen Geschäftsbedingungen kaum nachvollziehbar

sein und damit auch nicht zur Reduktion von Komplexität der Vertragsbedingungen beitragen. Sie ergibt sich letztlich daraus, daß der Entwurf überhaupt bereit ist, sich weiterhin mit langfristigen Verlängerungen abzufinden. Es steht zu erwarten, daß die dann regelmäßig eingehenden Hinweise von der großen Mehrzahl der Verbraucher mit rationalem Desinteresse behandelt werden. Genau darin liegt aber gerade ein wesentlicher Grund für deutsche AGB-Kontrolle, sodaß absehbarerweise mehrheitlich nicht gelesene Hinweise in diesem Kontext überhaupt ein untaugliches Regelungsinstrument sind. Etwas Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Anforderungen an solche Hinweise erheblich über den hier vorgesehenen lägen, etwa wenn positive Kenntnis des Verbrauchers vom Hinweis nachgewiesen werden müßte.

Nicht hinreichend durchdacht erscheint auch die Rechtsfolgenseite fehlender Hinweise. Nach der bisherigen Konzeption handelt es sich um bloße Vertragspflichtverletzungen, die angesichts des verhältnismäßig geringen Gewichts kaum einmal eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen dürften. Angesichts der Komplexität der Regelung fällt es auch schwer, hier generell mit Sorgfaltsverstößen Schadensersatzansprüche zu begründen. Soweit es bei der vorgeschlagenen Regelung bleiben sollte, müßte zumindest klargestellt werden, daß eine Berufung auf eine längere Frist als die ordentliche Kündigungsfrist des betreffenden Vertrages dem Unternehmer nicht möglich ist, wenn die Hinweise nicht erfolgen.

Damit stellt sich die Frage nach Alternativen bei der Verlängerung. Wichtigste Alternative wäre zunächst einmal die Schaffung eines gesetzlichen Leitbilds für ordentliche Kündigungen und deren Fristen. Zu den Grundproblemen der vorgeschlagenen Regelung gehört nämlich, daß sie den Verbraucher teilweise besserstellt, als dies ohne die gesetzliche Regelung der Fall wäre. So betragen die Kündigungsfristen nach § 489 II und § 621 Nr. 4 BGB drei Monate respective sechs Wochen zum Quartalsende. Nur bei der durch § 309 Nr. 9 bislang nicht erfaßten Miete ergäbe sich – im nicht Immobilienbereich – nach § 580a III durchgehend eine kürzere Frist. Schon wegen des Wertungswiderspruchs zu § 307 III BGB sollte der Gesetzgeber Kündigungsregeln, welche hinsichtlich der Frist dem gesetzlichen Zustand entsprechen, nach § 309 Nr. 9 BGB nicht verwerfen.

Besonders komplex stellt sich die Lage überdies bei Dauerwerkverträgen dar, weil für diese im Gesetz keine Regelung zur ordentlichen Kündigung vorgesehen ist, weil der Dauerwerkvertrag dem Standardbild der §§ 631 ff. BGB nicht entspricht. Die Praxis behilft sich teilweise über eine Analogie zu § 621 BGB. Allerdings könnte es damit ein Ende haben, wenn den Wertungen der Neuregelung in § 309 Nr. 9 lit. b, c BGB eine Sperrwirkung zugeschrieben würde. Für eine Analogiebildung bliebe dann nicht viel mehr übrig als der in sehr kurzen Fristen denkende § 580a III BGB, was zu dem absurden Ergebnis führen würde, daß bei Nichtigkeit der Kündigungsregelung eine Regelung zur Anwendung gelänge, auf die § 309 Nr. 9

BGB nach bisherigen und geplanten Entwicklungsstand gar keine Anwendung findet. Das Terrain für die vorgenommene AGB-Regelung ist somit im dispositiven Recht nicht hinreichend bereitet.

4. Erleichterter Zugang zur Kündigung („Kündigungsbutton“)³

Da das rechtspolitische Kernproblem der Kettenbefristungen für Verbraucher-Verträge bei der stillschweigenden Verlängerung ohne rechtzeitige Kündigung liegt, sollten die eine Verlängerung ausschließenden Kündigungen erleichtert werden. Darüber hinaus sollte der Zugang des Verbrauchers zu bestehenden ordentlichen Kündigungsrechten generell verbessert werden. Diese Erleichterung wäre ein wichtiges Gegengewicht zu den vom Unternehmer zum eigenen Vorteil geschaffenen Automatismen der Verlängerung und dem von ihm gestalteten Vertragsschlußprozeß. Sie würde zudem die Praxis elektronischer Vertragsschlüsse spiegeln. Ein erleichtertes Zugang zur Kündigung erscheint ferner wegen der damit ermöglichten Anbieterwechsel und der Verringerung von Lock-in-Effekten auch als ordnungspolitisch attraktiv.

Die rechtstechnische Ausgestaltung einer solchen Vereinfachung ist freilich nicht ganz trivial, sollte aber im Ergebnis gut möglich sein. Zunächst bereitet eine Regelung im Kontext des AGB-Rechts Schwierigkeiten, weil dies die Koppelung der Wirksamkeit der AGB an das spätere Verhalten des Unternehmers bedeuten würde. Das Problem wäre dann ähnlich gelagert wie bei den oben kritisierten Hinweispflichten. Dementsprechend wird hier eine Regelung außerhalb des AGB-Rechts vorgeschlagen.

Sinnvoll erscheint zunächst die Begrenzung vertraglicher Vereinbarungen zu Kündigungsformen über die Regelung des § 309 Nr. 13 BGB hinaus, soweit für die Kündigung höhere Anforderungen als an den Vertragsschluß gestellt werden. Wegen des durch die vertragliche Vereinbarung ggf. ausgelösten Verbrauchervertrauens, sollte dies freilich nicht zur Nichtigkeit der Formvereinbarung, sondern zur Wirksamkeit einer gleichwohl formwidrig erklärten Kündigung des Verbrauchers führen. Außerdem erscheint es geboten, bei Vertragsschlüssen im elektronischen Geschäftsverkehr eine Verpflichtung zum Hinweis auf bestehende Kündigungsrechte für Webseiten des Unternehmers vorzuschreiben.

Speziell für Kündigungen zur Verhütung stillschweigender Verlängerungen ist der Verbraucher wegen des vertraglich herbeigeführten Automatismus besonders schutzbedürftig. Dementsprechend sollte in diesem Fall eine Kündigung für ihn besonders leicht zugänglich sein, weshalb hier eine Art Kündigungsbutton vorgeschlagen wird. Dessen Ausgestaltung ist wegen der damit verbundenen Risiken ungewoll-

³ Siehe den – hier nur skizzierten – Regelungsvorschlag im Anhang.

ter Kündigungen des Verbrauchers oder falscher Vorstellungen von deren Rechtsfolgen entsprechend abzusichern. Soweit der Unternehmer die sich auf diesem Wege ergebenden Pflichten verletzt, sollte der Verbraucher die Vertragsverlängerung ausnahmsweise mit den Mitteln des Rücktrittsrechts (einschließlich der Folgen nach §§ 346 ff. BGB) wirtschaftlich (teilweise) beseitigen können. Allerdings bedarf es einer Ergänzung für den Fall der im Verlängerungszeitraum unterbliebenen Inanspruchnahme der Leistung des Unternehmers.

Die vorgeschlagenen Regelungen sollten auch für solche Dauerschuldverhältnisse gelten, für die der Vertragsschluß nicht im elektronischen Geschäftsverkehr erfolgt ist, soweit und solange der Unternehmer ein Kundenportal betreibt, über das Vertragsschlüsse im elektronischen Geschäftsverkehr möglich sind. Zur Vermeidung von Umgehungsstrategien sollte der Kündigungsbutton entsprechend für sonstige elektronische Kommunikation des Unternehmers mit dem Verbraucher eingeführt werden.

5. *Verhältnis zu §§ 489 III, 545, 625, 724 S. 2 BGB*

Einen Sonderfall der Vertragsverlängerungen stellen die zahlreichen Bestimmungen dar, welche das Gesetz für den Fall der “vertragslosen“ Fortsetzung der “Vertragsdurchführung“ vorsieht. Letztlich kommt es dabei jeweils zur Überführung des Vertragsverhältnisses in einen unbefristeten Vertrag. Auch diese Wertung zu den Folgen stillschweigender Vertragsfortsetzungen wird in der bisherigen gesetzlichen Regelung des § 309 Nr. 9 BGB nicht abgebildet.

Da zugunsten des Unternehmers regelmäßig keine Kündigungsschutzbestimmungen eingreifen, belasten derartige Verlängerungen den Verbraucher in aller Regel nicht in relevanter Weise. Vielmehr ist seine weitere Nutzung der unternehmerischen Leistung der Grund für die Vertragsverlängerung, für die eine – vom Bereicherungsrecht unabhängige – Rechtsgrundlage geschaffen wird. Auf dieser Basis greifen dann die gesetzlichen Befugnisse zur ordentlichen Kündigung, die durch das grundsätzliche Kündigungsregime der vertraglichen Vereinbarung auch nicht ausgeschlossen werden. Gerade bei rechtsunkundigen Parteien kann dies wiederum zu absurden Situationen im Vergleich zur geplanten Neuregelung führen.

6. *Verhältnis zum geplanten TKG-Kundenschutzrecht*

Es zeugt nicht von guter Legistik, daß der vorgelegte Entwurf das Parallelverfahren zur Regelung der Vertragslaufzeiten und Verlängerungsmöglichkeiten bei Verträgen zwischen Verbrauchern und Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in § 56 TKG-RegE mit keinem Wort erwähnt, obwohl sich der vorliegende Entwurf hinreichend mit Fragen mit TK-Bezug befaßt und schon aus diesem Grunde Anlaß für Querverweise geboten hätte.

Vor allem aber wird die Neufassung des § 309 Nr. 9 BGB-RegE auf den *casus classicus* des bisherigen § 309 Nr. 9 BGB, den befristeten Mobilfunkvertrag, kaum mehr Anwendung finden. Vielmehr ist eine parallele Regelung mit anderer Federführung ablaufenden Gesetzgebungsverfahren für die Reform des TKG im bereits erwähnten § 56 TKG-RegE vorgesehen. Damit ist auch die Aussage im Entwurf des hier vorliegenden Gesetzentwurfs, der Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 BGB bleibe durch diesen Vorschlag unverändert, nicht hinreichend transparent, weil sich gerade der Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 BGB erheblich ändern wird.

Soweit der hier vorliegende Gesetzentwurf einen Gleichlauf mit den künftigen Kundenschutz-Vorschriften des TKG beabsichtigt, sollte zur Begründung die hier vorliegende Regel auch mit den Vorgaben der einschlägigen TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 abgeglichen werden. Näher liegt es freilich, insoweit einen ausdrücklichen Verweis auf das neue Telekommunikationsrecht vorzusehen und die hier vorliegende Regelung nicht dem Risiko richtlinienkonformer Auslegung auszusetzen. Dabei ist auch zu bedenken, daß erklärtes Regelungsziel von Art. 105 TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 die Verbesserung der Möglichkeit von Anbieterwechseln ist. Insoweit sind die Regelungszwecke nicht ganz kongruent zu denen des § 309 Nr. 9 BGB.

Die vorgeschlagene TK-rechtliche Regelung ist schließlich nicht mit einer eigenen vertragsrechtlichen Übergangsregelung ausgestattet, sodaß diese Neuregelung mit ihrem Inkrafttreten nach den allgemeinen Regeln des intertemporalen Privatrechts *ex nunc* auch sämtliche laufenden Altverträge erfassen würde. Ob dieses Ergebnis rechtspolitisch gewollt ist, erscheint angesichts des Vorschlags einer entsprechenden Übergangsvorschrift im hier vorliegenden Entwurf (dazu noch unten sub 7) eher zweifelhaft. Jedenfalls sollte die Übergangsfrage ausreichend koordiniert werden.

7. *Alternative Gestaltung*⁴

Angesichts der Ungeeignetheit des vorliegenden Regelungsentwurfs zu § 309 Nr. 9 BGB-RegE sollte das rechtspolitische Ziel, Kettenbefristungen unattraktiver zu machen, durch eine alternative Gestaltung verfolgt werden. Dabei sollte in erster Linie die bisherige Höchstfrist von zwei Jahren für die Erstbefristung beibehalten werden. Ferner sollte im allgemeinen Schuldrecht eine allgemeine Regelung zur ordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen erlassen werden, die sich an § 621 BGB orientieren könnte. Auf diese Weise entstünde nicht nur ein von Vertragstypeneinordnungen zu primär unabhängiges allgemeines Regime der ordentlichen Kündigung (das sinnvollerweise in §§ 314a ff. BGB zu verorten wäre), sondern

⁴ Siehe den Text im Anhang zu dieser Stellungnahme.

auch ein gesetzliches Leitbild, an das für die Regelung des § 309 Nr. 9 BGB anknüpfen könnte.

Da ein Kernproblem der Neuregelung in der fehlenden allgemeinen Regelung des ordentlichen Kündigungsrechts liegt, sollte Verbraucherschutz hier zunächst durch die Etablierung eines entsprechenden dispositiven ordentlichen Kündigungsrechts im allgemeinen Schuldrecht betrieben werden. Das ist nicht nur sinnvoll, um Vergleichsstandards für die AGB-Kontrolle zu schaffen, sondern auch um Bezugspunkte für die Anknüpfung von Einschränkungen der Dispositivität via Allgemeine Geschäftsbedingungen zu schaffen.

Die hier vorgeschlagene Regelung differenziert dabei bewußt zwischen der fehlenden Befristung, welche grundsätzlich das ordentliche Kündigungsrecht eröffnet, und der Zweckbefristung, bei der die Laufzeit des Vertrages gerade nicht von vornherein feststeht. Für die zweite Kategorie müssen AGB-rechtlich andere Anforderungen gelten als für die erste. Die anschließend aufgezählten Kündigungsfristen orientieren sich – wie §§ 621, 580a BGB – an den Rhythmen der Vergütung und folgen hinsichtlich der Fristen weitgehend § 621 BGB. Über die Notwendigkeit einer derart detaillierten Regelung wird man streiten können, jedoch gestattet dies, die Vorstellungen des Gesetzgebers differenziert aufzuzeigen. Die Orientierung an § 621 erfolgt nicht zuletzt deshalb, weil §§ 620, 621 BGB die klassischen Bezugspunkte auch für Analogiebildungen und damit bislang schon ein wesentlicher Baustein für ein ungeschriebenes Recht einer allgemeinen ordentlichen Kündigung sind.

Nicht eins zu eins übernehmen läßt sich dabei freilich § 621 Nr. 5 BGB. Zwar ist das hier vorgeschlagene jederzeitige Kündigungsrecht eine erhebliche Einschränkung der Vertragsbindung, jedoch gilt es für die Dienstverträge, die keinen wesentlichen Teil der Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten darstellen ohnehin und damit für den größten Teil der von § 309 Nr. 9 BGB erfaßten Vertragsverhältnisse. Viele dieser Leistungen werden vergleichsweise kurz sein und sind daher für längere Kündigungsfristen nicht wirklich geeignet. Dementsprechend wird vorgeschlagen, hier auf die Vorgabe einer Kündigungsfrist zu verzichten.

Eine ausdrückliche Regelung nicht monetärer Vergütungen wird ebenfalls nicht vorgeschlagen. Soweit Daten als Entgelt vereinbart sind, lassen sich die Dauerschuldrechtlicher Nutzungsbefugnisse ohnehin nur als Höchstdauern sinnvoll erfassen, weil die Vertragsbindung aufgrund der Befugnisse des Datenschuldners zu Widerruf der Einwilligung oder Widerspruch gegen die Datenverarbeitung ohnehin sehr eingeschränkt ist. Andere Vergütungsformen können für den Vertrag insgesamt zu einer Zweckbefristung führen und insoweit im Einzelfall das Kündigungsrecht ausschließen.

Zur Vermeidung von Umkehrschlüssen sollte ferner eine allgemeine Regelung zur stillschweigenden Verlängerung von Dauerschuldverhältnissen etabliert werden.

Diese sollte sowohl für den Ablauf von Befristungen als auch für das Wirksamwerden von Kündigungen gelten und im Wesentlichen auf die unwidersprochene Fortführung der Vertragsdurchführung in beiderseitiger Kenntnis abstellen. Richtigerweise kann dabei eine allgemeine Regel nicht auf die Vertragsfortsetzung allein durch den Gläubiger der charakteristischen Leistung angenommen werden.

Für die spezielle Inhaltskontrollregelung schlage ich eine gesonderte Regelung außerhalb der §§ 307 ff. BGB im Kontext einer allgemeinen Regelung des Dauerschuldverhältnisses vor. Diese sollte sich strukturell und sprachlich an den bisherigen § 309 Nr. 9 BGB anlehnen und diese ersetzen. Dabei sollte meines Erachtens die Vorschrift auf Verbraucherverträge im Sinne des § 310 III BGB beschränkt sein.

Für den Anwendungsbereich schlage ich vor, lediglich Darlehensverträge und Immobiliarmietverträge aus demselben herauszunehmen. Ferner sollte klargestellt werden, daß die Vorschriften nicht für Zweckbefristungen gilt, weil sonst auch dem Verbraucher die hinreichende Sicherheit hinsichtlich der vom Unternehmer geschuldeten Vertragsdurchführung fehlt. Kern der vorgeschlagenen Regelung ist zunächst die Beibehaltung der Zweijahreshöchstfrist. Ferner sollte die Vorschrift Kettenverträge insgesamt dadurch unterbinden, daß Anschlußverträge durch stillschweigende Verlängerung nur möglich sind, wenn dadurch ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis entsteht. Dementsprechend schlage ich die Modifikation des bisherigen § 309 Nr. 9 lit. b BGB vor.

Die damit in ihrer Bedeutung erheblich reduzierte Kündigungsfrist am Ende des Erstvertrages sollte einerseits auf einen Monat reduziert werden. Andererseits sollte die Vorschrift nicht zu kürzeren Kündigungsfristen führen als sich im Gesetz findet. Dafür wird ein gesonderter Absatz vorgeschlagen. Die entstehende neue Regelung ist um einiges komplexer, als sich dies mit der Aufzählung in § 309 BGB verträgt. Daher der Vorschlag einer Sonderregelung. Natürlich bestehen auch keine Bedenken, die vorgeschlagene Regelung in einem zusätzlichen Absatz von § 309 BGB zusammenzufassen. Wichtig ist freilich, daß entweder eine Bezugsregelung für die Ausnahme der Zweckbefristungen geschaffen, oder eine entsprechende Definition in die Neuregelung aufgenommen wird.

8. Inkrafttreten der Änderungen zur Vertragslaufzeit

Nicht wirklich gelungen sind die Regelungen zu Inkrafttreten und Übergangsrecht bezüglich § 309 Nr. 9 BGB. Art. 5 des Gesetzes regelt insoweit das Inkrafttreten desselben insgesamt und differenziert dabei zwischen den Änderungen bei § 309 Nr. 9 BGB und den übrigen Bestimmungen des Gesetzes. Während die übrigen Bestimmungen des Gesetzes zu Beginn des ersten Quartals nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten, sollen die Änderungen zu § 309 Nr. 9 BGB gut sechs Monate nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. Dagegen ist rechtspolitisch zunächst nichts zu erinnern.

Rechtstechnisch steht diese Norm freilich in Widerspruch zur geplanten Ergänzung von Art. 229 EGBGB, die eine entsprechende Übergangsregelung nur ganz generell für sämtliche mit dem Gesetz verbundenen BGB-Änderungen enthält und insoweit auf den allgemeinen Inkrafttretenstermin nach Art. 5 Satz 2 des Gesetzes abgestellt; danach wäre auch § 309 Nr. 9 EGBGB auf ab dem allgemeinen Termin für das Inkrafttreten des Gesetzes anzuwenden.

Dieser Widerspruch sollte so nicht stehenbleiben. Richtig aufgelöst, wäre die in Art. 229 EGBGB einzufügende der Übergangsvorschrift nach den BGB-Änderungen zu differenzieren, und die rechtspolitische Entscheidung von Art. 5 Satz 1 des Gesetzes hierher zu übertragen. Ein früheres Inkrafttreten der Änderung von § 309 Nr. 9 BGB (oder hier vorgeschlagenen abweichenden Vorschläge) wäre insoweit unschädlich. Denkbar wäre auch – so das aus Gründen der Übersichtlichkeit für erforderlich gehalten wird – eine doppelte Erwähnung der unterschiedlichen Inkrafttretenstermine sowohl in der Ergänzung zu Art. 229 EGBGB als auch in Art. 5 des Gesetzes.

III. Telefonwerbung

Grundsätzlich zu begrüßen ist die Einführung einer Dokumentationspflicht für die Einwilligung in die Telefonwerbung durch § 7a UWG-RegE und deren Sanktionierung durch § 20 I Nr. 2, II UWG-RegE.

Angesichts immer wieder auftretender Manipulationsvorwürfe von Telephona-ten überrascht freilich ein wenig, daß als angemessene Form der Dokumentation ausweislich der Entwurfsbegründung auch Sprachaufzeichnungen ausreichen sollen. Zwar wäre auch die Manipulation von Sprachaufzeichnungen durch die §§ 267 ff. StGB Gegenstand schwerer Strafdrohungen im Bereich der Betrugsvorfelddelikte, jedoch darf nicht verkannt werden, daß auf diese Weise der Verbraucher selbst nicht über eine entsprechende Dokumentation verfügen kann. Dementsprechend wird auch einen Widerruf einer solchen Einwilligung schwerer fallen als in anderen Konstellationen.

Insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis einer *vorherigen* Einwilligung kommt es zudem auf Zeitabläufe an, die der Verbraucher selbst nachvollziehen muß. Das gilt umso mehr, als dieser künftig eigene subjektive Rechte gegen die Unternehmenseite haben wird und insoweit die Zugänglichkeit zu erforderlichen Dokumentationen gewährleistet sein muß. Der eröffnete Umweg über eine Beschwerde bei der Bundesnetzagentur erscheint dabei wenig überzeugend und wird der künftigen individualschützenden Funktion auch von § 7a UWG-RegE meines Erachtens nicht hinreichend gerecht. Sinnvollerweise sollte stattdessen die Dokumentation der Einwilligung in Textform verlangt werden.

Dieser Weg ist freilich nicht ohne unionsrechtliches Risiko, weil ein solches Erfordernis sich weder auf die vollharmonisierende UGP-Richtlinie 2005/29/EG noch auf die unionsrechtlichen Anforderungen an die Datenschutzrechtliche Einwilligung stützen könnte. Allerdings ist das Risiko kein anderes als bei der generellen Dokumentationspflicht, die weder lauterkeitsrechtlich noch datenschutzrechtlich im Unionsrecht vorgesehen ist. M.E. sollte das unionsrechtliche Risiko daher in Kauf genommen werden.

IV. Sonstige Änderungen

1. *Abtretungsausschlüsse, § 308 Nr. 9 BGB-RegE*

Der vorgeschlagene § 308 Nr. 9 BGB-RegE bildet im Buchstaben b den Stand der Rechtsprechung zu § 307 BGB ab und führt in lit. a ein generelles Verbot von Abtretungsausschlüssen in AGB für Geldansprüche des Verbrauchers gegen den Verwender ein.

Unabhängig von einer rechtspolitischen Beurteilung ist die technische Ausgestaltung unglücklich: Systematisch soll die Vorschrift in § 308 BGB eingefügt und damit Teil der Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit werden. Eine solche Wertungsmöglichkeit ist in § 308 Nr. 9 lit. b BGB-RegE entsprechend der bisherigen Rechtsprechung mit den Verweisungen auf das schützenswerte Interesse des Verwenders in lit. aa sowie in lit. bb auf das Überwiegen der berechtigten Belange des Verbrauchers auch vorgesehen.

Anders steht es jedoch mit dem vorgeschlagenen § 309 Nr. 9 lit. a BGB-RegE, für den an keiner Stelle des Tatbestandes eine richterliche Wertungsmöglichkeit erkennbar ist. Dies entspricht auch dem Regelungsziel des Gesetzentwurfs, welches auf ein generelles Verbot von Abtretungsausschlüssen betreffend die erfaßten Zahlungsansprüche gerichtet ist. Durch die systematische Einordnung stellt sich nun die Frage, ob hier eine ungeschriebene Wertungsmöglichkeit für den Richter – etwa im Sinne eines schützenswerten Interesses des Verwenders – in den Tatbestand hinein zu lesen ist. Die systematische Stellung gibt dazu ein handfestes Argument.

Daher ist dringend zu empfehlen, die betreffende Vorschrift – soweit sie rechtspolitisch mehrheitsfähig ist – nicht in § 308, sondern in § 309 BGB anzusiedeln. Ein anderer Regelungsort sollte ferner auch deshalb angestrebt werden, weil die Aufnahme eines Klauselverbots ohne Wertungsmöglichkeit in § 308 BGB Rückwirkungen auf die Auslegung der übrigen dort enthaltenen Klauselverbote haben könnte: Die zentrale systematische *raison d'être* der Vorschrift, Kleinstgeneralklauseln mit richterlicher Wertungsmöglichkeit zu schaffen, würde hier in erheblicher Weise infrage gestellt.

2. *Verkürzung der Gewährleistung bei gebrauchten Sachen, § 476 BGB-RegE*

Aufgrund der – historisch überraschenden – Rechtsprechung des EuGH zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG geboten ist die Modifikation von § 476 BGB die auch gelungen erscheint.

Etwas überraschend ist freilich, daß sich in der Entwurfsbegründung keinerlei Überlegungen zum zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung finden. Nach dem Stand des Entwurfs und der dort vorgesehenen Übergangsbestimmungen, die

in Art. 229 EGBGB eingefügt werden wird, sollen die einschlägigen BGB-Änderungen erst zum Beginn des auf die Verkündung folgenden Quartals in Kraft treten und auch erst für danach geschlossene Verträge gelten. Das überrascht, stehen doch die betroffenen Verbraucher unter der bis dahin geltenden europarechtswidrigen Lösung um einiges schlechter als nach der Neuregelung und den Vorgaben der Richtlinie. Für diesen Zeitraum wird also sehenden Auges ein Staatshaftungsrisiko in Kauf genommen, daß sich etwa im Bereich des Gebrauchtwagenshandels durchaus erheblich auswirken kann.

Bei diesem Ergebnis handelt es sich sicher um eine vertretbare rechtspolitische Entscheidung. Jedoch überrascht ganz erheblich, daß sich dazu in der Begründung des Entwurfs keine Ausführungen finden. Das gilt erst recht, wenn man mit den Überlegungen zum Erfüllungsaufwand der Neuregelung und gegen die ganz überwiegende Literaturmeinung davon ausgeht, daß bereits die *Ferenschild*-Entscheidung selbst die Anpassung der bislang verwendeten Vertragsformulare erforderlich mache.⁵ Sollte dies tatsächlich die Rechtsauffassung des Ministeriums sein, verwundert es, daß das Inkrafttreten der Änderung nicht näher an die *Ferenschild*-Entscheidung herangerückt und so für entsprechenden Verbraucherschutz gesorgt wird.

3. *Formerfordernis für Energielieferverträge außerhalb der Grundversorgung, § 41 I 1 EnWG-RegE*

Die vorgeschlagene Änderung von § 41 I 1 EnWG-RegE als solche ist zweifellos zu begrüßen. Das Energievertragsrecht hat sich in der Vergangenheit als besonders anfällig für telephonische Überrumpelungsversuche erwiesen. Die Anforderungen einer Textform im Sinne von § 126b BGB erscheint auch als ein geeignetes Mittel, um Verbraucher vor den Gefahren von Telefonvertragsschlüssen in dem Bereich zu schützen.

Nicht völlig frei von Risiken ist hingegen die Europarechtskonformität der vorgeschlagenen Regelung: Unter der Überschrift „Formale Anforderungen bei Fernabsatzverträgen“ sieht nämlich Art. 8 VI der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU als Optionsrecht der Mitgliedstaaten die so genannte Bestätigungslösung vor. Diese Bestätigungslösung kann wohl tatsächlich auch in Textform ausgestaltet werden, funktioniert jedoch anders als ein Formerfordernis nach §§ 125, 126b BGB. Insbesondere bildet der vorgeschlagene § 41 I 1 EnWG-RegE nicht den in der Richtlinie vorgesehenen Kommunikationsweg ab. Meines Erachtens ist das für die Ausübung der Option auch nicht erforderlich. Allerdings hat es in der Vergangenheit schon mehrfach Fälle gegeben, in denen der europäische Gerichtshof entsprechende Optionsrechte der Mitgliedstaaten sehr eng ausgelegt hat. Jedenfalls besteht also –

⁵ So läßt sich die Begründung S. 20 verstehen.

auch wenn nach hiesiger Auffassung der Vorschlag insoweit richtlinienkonform ist – ein gewisses Risiko der Europarechtswidrigkeit.

Hinsichtlich der Effektivität der vorgeschlagenen Lösung sollte noch Folgendes erwogen werden: Die Versorgung des Verbrauchers mit Strom unterfällt bei einem Formverstoß und nichtigem Vertrag (iSv § 41 EnWG) der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG. Der Energiebezug erfolgt dann unter dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Ersatzversorgung mit dem Grundversorger. Dieser gilt als Energielieferant und hat einzig und allein die entsprechenden Gegenleistungsansprüche. Für die Rückabwicklung des daneben verbleibenden formnichtigen Energielieferungsvertrags hat dies zur Konsequenz, daß es lediglich zur Rückgewähr von Zahlungen des Verbrauchers kommen muß, weil nach der gesetzlichen Wertung des § 38 EnWG keine Leistung des Energielieferanten im Sinne von § 812 I 1 Alt. 1 BGB erfolgt ist. Dementsprechend scheidet eine Anwendung der Saldotheorie zu Lasten des Verbrauchers von vornherein aus.

Diese bereicherungsrechtliche Lage ergibt sich freilich aus der energierechtlichen Sondersituation, die außerhalb des Energievertragsrechts so nicht gegeben ist. Die rechtspolitisch verschiedentlich geforderte Bestätigungslösung oder eine Ausweitung des hier eingeführten Formerfordernisses dürfte daher in vielen Fällen für die Vergangenheit dem Verbraucher Steine statt Brot geben, weil unter dem nichtigen Vertrag erbrachte Leistungen über die Saldotheorie (letztlich nicht) abgewickelt würden.

Vor der Erbringung eigener Leistungen und der in Empfangnahme von Leistungen des Unternehmers wäre der Verbraucher sachgerecht geschützt. Ebenfalls geschützt wäre er, soweit beide Seiten noch keine Leistungen erbracht haben. Für die dazwischenliegenden Fälle liefert das im bloßen Formverstoß liegende Fehlverhalten keinen hinreichenden Grund, die herrschende Saldotheorie nicht zur Anwendung zu bringen. Sollte man sich rechtspolitisch für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der formalen Schutzmechanismen im Sinne einer Formvorschrift oder einer Bestätigungslösung entscheiden, müßte diese Rechtsfolgenseite mit geregelt werden. Das gilt erst recht im Hinblick auf die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Dienstleistungen teilweise angenommene Einschlägigkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag in Fällen nichtiger Verträge. Die Verhinderung des Zustandekommens des Vertrages durch ein verbraucherschützendes Instrument muß also die Rückgewähr von unter einem vermeintlich wirksamen Vertrag erbrachte Leistungen hinreichend mitberücksichtigen. Für den hier vorgeschlagene § 41 EnWG ist dies – vermutlich eher zufällig – der Fall.

Beseitigt werden sollte schließlich noch eine redaktionelle Schwäche der eingefügten Fassung. Im Hinblick auf § 125 BGB genügt für das Eingreifen der Vorschrift die schlichte Anordnung der Textform. Die Formulierung „bedürfen *zu ihrer Wirksamkeit* der Textform“ ist insoweit handwerklich nicht ganz in Ordnung.

V. Zusammenfassung

1. Der Titel des Gesetzes ist irreführend und sollte geändert werden.
2. Die vorgeschlagene Regelung zu den Vertragslaufzeiten ist ungeeignet und sollte durch eine Konzeption zur Stärkung des Dauerschuldverhältnisses und der Vermeidung von Kettenbefristungen ersetzt werden.
 - a. Der Anwendungsbereich von § 309 Nr. 9 BGB sollte auf Gebrauch-überlassungen erweitert werden und auch Verträge über die Nutzung von Freizeiteinrichtungen umfassen.
 - b. Die Höchstgrenze von zwei Jahren für Erstbefristungen sollte beibehalten werden.
 - c. Die mittelbare Preiskontrolle durch die Anforderungen an ein Alternativangebot der „gleichen Leistung“ wird vom Entwurf – vor allem im Hinblick auf Amortisationsgesichtspunkte – nicht begründet, ist unbestimmt und unverhältnismäßig und auf der Rechtsfolgenseite nicht hinreichend durchdacht.
 - d. Rechtspolitisches Kernproblem der Kettenbefristung ist die Verlängerungsregelung. Sie sollte in § 309 Nr. 9 lit. b BGB-E (oder am hier vorgeschlagenen abweichenden Regelungsort) durch den notwendigen Übergang ins unbefristete Dauerschuldverhältnis mit der ersten Verlängerung bekämpft werden, um den Gleichlauf mit den gesetzlichen Wertungen der ordentlichen Kündigungsrechte wiederherzustellen.
 - e. Das BGB sollte zudem den Zugang des Verbrauchers zur Kündigung verbessern helfen. Für Fälle stillschweigender Verlängerung sollte ein Kündigungsbutton vorgesehen werden.
 - f. Erforderlich ist zudem der Erlass einer allgemeinen Regelung zur ordentlichen Kündigung für Dauerschuldverhältnisse im allgemeinen Schuldrecht (§§ 314a ff. BGB-E), die sich an den vorhandenen Regelungen in §§ 620, 621 BGB orientieren sollte.
 - g. Die Kündigungsfrist für die Erstverlängerung sollte in § 309 Nr. 9 lit. c BGB-E (oder am hier vorgeschlagenen abweichenden Regelungsort) mit den bestehenden Kündigungsfristen des besonderen Schuldrechts koordiniert werden. Auch für § 56 TKG-RegE ist eine Koordinierung geboten.
 - h. Übergangsregelung in Art. 229 EGBGB bedarf der Abstimmung auf Art. 5 des Gesetzes.
3. Bei der Dokumentationspflicht für die Einwilligung in Telephonwerbung sollte das EU-rechtlich Risiko der Anordnung der Dokumentation in Textform eingegangen werden.

4. § 308 Nr. 9 lit. a BGB-RegE begründet kein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit und ist damit in § 308 BGB falsch eingeordnet. Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten (etwa Frage nach ungeschriebenen Wertungsspielräumen) sollte der Regelungsort verändert werden.
5. Für den neu gefaßten § 476 BGB sollte hinsichtlich der Gewährleistungsfrist für gebrauchte Sachen rechtspolitisch bewußt über das eingegangene Staatshaftungsrisiko durch die fehlende Rückwirkung der Vorschrift entschieden werden.
6. Die Rechtsfolgenseite des vorgesehenen Formerfordernisses in § 41 I 1 EnWG ist nicht hinreichend durchdacht und führt nur durch den Regelungszufall der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG zum gewollten Ergebnis (Rückabwicklung der Zahlungen), soweit der Vertrag durchgeführt worden ist. Für den Fall einer Ausweitung des Formerfordernisses oder der Einführung einer Bestätigungslösung wäre das Verhältnis zur GoA und zu §§ 812 ff. BGB zu klären.

Anhang: Regelungsvorschlag zu Vertragslaufzeiten

§ 312h Kündigung und Vollmacht zur Kündigung (neu gefaßt)

(1) Auf eine zwischen den Parteien eines Verbrauchervertrags vereinbarte Form der Kündigungserklärung kann sich der Unternehmer nicht berufen, wenn diese strenger ist als die bei Vertragsschluss tatsächlich beachtete.

(2) Bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der ein Dauerschuldverhältnis zum Gegenstand hat, hat der Unternehmer auf von ihm betriebenen Websites klar und deutlich auf Möglichkeiten zur Kündigung bestehender Dauerschuldverhältnisse hinzuweisen.

(3) Bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der ein Dauerschuldverhältnis zum Gegenstand hat, für das eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses in Betracht kommt, falls der Verbraucher nicht rechtzeitig kündigt, hat der Unternehmer auf von ihm betriebenen Websites eine gut sichtbare Schaltfläche zur Kündigung des Vertrags vorzusehen. Die Schaltfläche muss gut lesbar mit nichts anderem als dem Wort „Kündigung“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.

(4) Eine Schaltfläche nach Absatz 4 muss den Verbraucher zu einer Bestätigungsseite führen, welche

1. in klarer und verständlicher Weise die wesentlichen Informationen über die Folgen der Kündigung für den betreffenden Vertrag enthält und

2. eine Schaltfläche enthält, über deren Betätigung der Verbraucher die Kündigung erklären kann.

(5) Auf die Unwirksamkeit einer nach Absatz 4 Nummer 2 erklärten Kündigung kann sich der Unternehmer nicht berufen. Auf zum Nachteil des Verbrauchers von den wesentlichen Informationen nach Absatz 4 Nummer 1 abweichende Kündigungsfolgen kann sich der Unternehmer nicht berufen.

(6) Verletzt der Unternehmer seine Pflichten nach Absätzen 3 und 4 kann der Verbraucher vom stillschweigend verlängerten Vertrag mit Wirkung zum Beginn des Verlängerungszeitraums zurücktreten. Die Pflicht des Verbrauchers zum Wertersatz nach § 346 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 entfällt, soweit der Verbraucher die Leistung des Unternehmers nicht genutzt hat. Das Rücktrittsrecht erlischt mit Ablauf von zwei Jahren ab dem Beginn des Verlängerungszeitraums.

(7)⁶ Wird zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nach diesem Untertitel ein Dauerschuldverhältnis begründet, das ein zwischen dem Verbraucher und einem anderen Unternehmer bestehendes Dauerschuldverhältnis ersetzen soll, und wird anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses von dem Verbraucher

1. die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses erklärt und der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Übermittlung der Kündigung an den bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers beauftragt oder

2. der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Erklärung der Kündigung gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers bevollmächtigt,

bedarf die Kündigung des Verbrauchers oder die Vollmacht zur Kündigung der Textform.

§ 314a Ordentliche Kündigung

(1) Ist die Dauer eines Dauerschuldverhältnisses nicht bestimmt, so kann jeder Teil den Vertrag ordentlich kündigen. Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, soweit die Dauer dem Zweck des Vertrags zu entnehmen ist.

(2) Die Kündigung nach Absatz 1 eines Dauerschuldverhältnisses über entgeltliche Leistungen ist zulässig,

1. wenn die Vergütung nach Tagen bemessen ist, an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages;

2. wenn die Vergütung nach Wochen bemessen ist, spätestens am ersten Werktag einer Woche für den Ablauf des folgenden Sonnabends;

3. wenn die Vergütung nach Monaten bemessen ist, spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats;

4. wenn die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluss eines Kalendervierteljahrs;

5. wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist, jederzeit.

§ 314b Stillschweigende Verlängerung

Wird das Dauerschuldverhältnis nach dem Ablauf der Vertragslaufzeit von einem Teil mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht.

⁶ Entspricht dem geltenden § 312h BGB.

§ 314c Laufzeitvereinbarungen bei Dauerschuldverhältnissen

(1) Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Verbrauchervertrags unwirksam bei einem Dauerschuldverhältnis,

a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses, die kein unbefristetes Dauerschuldverhältnis begründet, oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als einen Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen Vertragsdauer.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Darlehensverträge und Mietverhältnisse über Grundstücke, Räume oder Wohnräume. Absatz 1 gilt ferner nicht für Dauerschuldverhältnisse, deren Dauer sich nach § 314a Absatz 1 Satz 2 richtet.

(3) Sieht das Gesetz eine längere Kündigungsfrist als einen Monat vor, so tritt diese an die Stelle der Frist nach Absatz 1 Buchstabe c).