

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Frau Silvia Bartodziej
Referat I B 1
11015 Berlin

Vorab per E-Mail: bartodziej-si@bmjv.bund.de

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von
verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts
Ihr Schreiben vom 5. Juni 2014, Az.: I B 1 - 3420/12-1-3-3 - 11 785/2014**

Sehr geehrte Frau Bartodziej,

haben Sie vielen Dank für Ihr Schreiben vom 5. Juni 2014 und die Übersendung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts.

Das Ziel des Gesetzes, den Verbraucherschutz auch im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorgaben durch eine Änderung des UKlaG zu stärken, hält die Bundesnotarkammer für nachvollziehbar und begrüßenswert.

Problematisch und überdenkenswert erscheint uns hingegen die vorgeschlagene Änderung von § 309 Nr. 13 BGB. Eine entsprechende Gesetzesänderung würde erhebliche Auswirkungen auf die kautelarjuristische Praxis haben.

Daher erlauben wir uns, den Regelungsvorschlag im Hinblick auf die derzeitige Rechtslage (I.) und seine Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung (II.) unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragsparteien (III.) kritisch zu würdigen. Abschließend unterbreiten wir einen alternativen Regelungsvorschlag, der die Belange des Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit in einen angemessenen Ausgleich bringt (IV.).

I. Derzeitige Rechtslage und Hintergrund des Gesetzesvorschlags

Gemäß § 309 Nr. 13 BGB ist bislang eine Klausel unzulässig, die eine vom Verbraucher gegenüber dem Verwender oder einem Dritten abzugebende Erklärung an eine

strengere Form als die Schriftform bindet. Nach Auffassung der Rechtsprechung kommt damit im Umkehrschluss die Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass Schriftformklauseln in AGB grundsätzlich zulässig sind.¹ Der BGH hat es abgelehnt, die mit § 309 Nr. 13 zu vereinbarende Schriftformklausel wegen einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB für unwirksam zu erklären.²

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs sollen Schriftformklauseln nunmehr für unzulässig erklärt werden, weil von diesen eine verwirrende Wirkung für den Rechtsverkehr ausgehe. Nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB sei im Regelfall eine gewillkürte Schriftformklausel dahingehend zu verstehen, dass eine Erklärung in Textform (§ 126b BGB) ausreichend sei.³ Den Interessen des Unternehmers werde dadurch Rechnung getragen, dass er die Erklärung in Textform erhalte. Das Risiko, die Abgabe und den Zugang der Erklärung beweisen zu müssen, trage der Verbraucher.⁴

1. Verhältnis der Textform zur „telekommunikativen Übermittlung“ einer schriftlichen Erklärung

Die Auffassung, dass die Einhaltung der Textform den Anforderungen der gewillkürten Schriftform nach der Zweifelsregelung des § 127 Abs. 2 S. 1 BGB genügt, erscheint uns zweifelhaft. Denn nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB ist nur eine „telekommunikative Übermittlung“ ausreichend. Während es beispielsweise für die Textform genügt, dass ein Brief bzw. eine E-Mail ohne maschinengeschriebene Unterschrift abgesandt wird, sofern die Person des Erklärenden an anderer Stelle genannt wird, genügt dies für eine telekommunikative Übermittlung nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB unstreitig nicht.⁵

Darüber hinaus gehen gewichtige Stimmen in Rechtsprechung⁶ und Literatur⁷ davon aus, dass das Tatbestandsmerkmal der telekommunikativen Übermittlung nicht von dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift befreit, sondern sich lediglich auf den Übermittlungsvorgang als solchen bezieht. Nach dieser Auffassung ist es daher nicht

¹ BGH NJW 2014, 1441 Rn. 19; BGH NJW-RR 1989, 626, 627.

² BGH NJW 2014, 1441 Rn. 19; anders z. B. die Rechtsprechung zu mit § 309 Nr. 3 zu vereinbarenden Aufrechnungsverboten: BGH NJW 2011, 1729.

³ S. 12 f.

⁴ S. 10.

⁵ Bloching/Ortolf, BB 2011, 2571, 2573.

⁶ OLG Frankfurt NJW 2012, 2206, 2207; LG Köln, Urteil vom 7. Januar 2010 – 8 O 120/09, BeckRS 2010, 00846; AG Berlin-Wedding, Urteil vom 26. Februar 2009 – 21 a C 221/08, BeckRS 2009, 11124; a. A. jedoch OLG München WM 2012, 1743, 1744.

⁷ Staudinger/Hertel, BGB, § 127 Rn. 35; jurisPK-BGB/Junker § 127 Rn. 15; Hofer GWR 2010, 68; Nissel, Neue Formvorschriften bei Rechtsgeschäften, 2001, S. 81.

ausreichend, dass der Erklärende seine Erklärung in einer E-Mail abgibt. Er muss die Erklärung zunächst schriftlich unterzeichnen und sie sodann per E-Mail – z. B. als beigefügtes PDF-Dokument – telekommunikativ übermitteln. Begründet wird dies damit, dass die „telekommunikative Übermittlung“ in § 127 Abs. 2 S. 1 die bisherige „telegraphische Übermittlung“ ersetzen sollte, um den modernen Übermittlungsmöglichkeiten insbesondere von Computerfaxen und E-Mails gerecht zu werden.⁸ In der Konsequenz dieser Auffassung kann § 127 Abs. 2 S. 1 BGB daher nicht so ausgelegt werden, dass die Einhaltung der Textform stets ausreicht, um den Formerfordernissen einer gewillkürten Schriftformklausel zu entsprechen. Diese Auffassung erscheint uns in der Tat naheliegend, nimmt doch § 127 Abs. 2 S. 1 BGB gerade nicht auf die Textform Bezug, sondern nur auf den Übersendungsvorgang einer eigenhändig unterzeichneten Erklärung. Außerdem wird eine solche Auslegung im Regelfall auch den Interessen der Vertragsparteien gerecht, die aus Gründen der Rechtssicherheit ein Beweisdokument benötigen.⁹

Ob eine Erklärung durch bloße E-Mail, d. h. ohne vorherige schriftliche Unterzeichnung, eine „telekommunikative Übermittlung“ i. S. v. § 127 Abs. 2 S. 1 BGB darstellt, ist eine derzeit offene Rechtsfrage, die – soweit ersichtlich – auch noch nicht vom BGH entschieden wurde. Es ist daher nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtslage nicht gesichert, dass eine solche Erklärung tatsächlich dem gewillkürten Schriftformerfordernis entspricht.

2. Abweichungen von der Zweifelsregelung in der AGB-Praxis

Wir möchten außerdem darauf hinweisen, dass es sich bei § 127 Abs. 2 S. 1 BGB, wie auch die Entwurfsbegründung erwähnt, lediglich um eine Zweifelsregelung handelt. Nach Auffassung der Rechtsprechung und Literatur muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob ein von der Zweifelsregelung abweichender Wille der Parteien anzunehmen ist und eine telekommunikative Übermittlung demzufolge nicht ausreichend sein soll.¹⁰ Haben die Vertragsparteien z. B. für Erklärungen je nach deren Inhalt unterschiedliche Formanforderungen und für bedeutende Vertragserklärungen die Schriftform vereinbart, setzen sie die Schrift- und die Textform nicht gleich.¹¹ In diesem Sinne hat auch kürzlich der BGH zu Nr. 7 III 1 AGB-Sparkassen 2002 entschieden.¹² Die

⁸ BT-Drucks. 14/4987 S. 20 re. Sp.

⁹ *Bloching/Ortolf*, BB 2011, 2571, 2573.

¹⁰ OLG München WM 2012, 1743, 1744; OLG Zweibrücken FGPrax 2013, 223, 224; *Bloching/Ortolf*, BB 2011, 2571, 2573; *Staudinger/Hertel*, BGB, § 127 Rn. 35.

¹¹ OLG Hamm, Urteil vom 29. April 2011, I-12 U 144/10, 12 U 144/10, Rn. 30 f (zit. nach juris); die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 6. September 2012 – VII ZR 138/11.

¹² BGH NJW 2014, 1441 Rn. 19.

Auslegung einer solchen Klausel ergibt daher in solchen Fällen, dass die Zweifelsregelung des § 127 Abs. 2 S. 1 BGB nicht gilt, mithin also eine privatschriftliche Erklärung erforderlich ist und eine E-Mail nicht ausreicht.¹³

Selbst wenn man entgegen der o. g. Ansicht annehmen sollte, dass für eine „telekommunikative Übermittlung“ einer schriftlichen Erklärung die bloße Textform ausreichen sollte, wäre es nach der geltenden Rechtslage keineswegs so, dass eine Schriftformklausel in AGB stets verwirrend ist. Vielmehr wird in vielen Fällen die Vertragsauslegung eindeutig ergeben, dass die Textform gerade nicht ausreichend ist. Nach dem Regelungsvorschlag sind Schriftformklauseln in AGB nunmehr aber grundsätzlich unzulässig. Der Gesetzesentwurf schießt damit über das Ziel, die geltende Rechtslage des AGB-Rechts klarzustellen, deutlich hinaus.

3. Höhere Beweiskraft der Schriftform

Erhebliche Unterschiede zwischen Erklärungen in Schriftform und in Textform können zudem in Hinblick auf deren Beweiskraft bestehen.

So begründen Privaturkunden nach der Beweisregel des § 416 ZPO vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind, wenn sie von dem Aussteller unterschrieben sind. Ist bewiesen, dass die Unterschrift vom Aussteller stammt, hat auch die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich, § 440 Abs. 2 ZPO. Einer unterschriebenen Privaturkunde kommt folglich eine besondere Beweiskraft zu. Auch Urkunden in Textform können Privaturkunden im Sinne des § 416 BGB darstellen, da die erforderliche Unterschrift nicht zwingend handschriftlich erfolgen muss.¹⁴ Anders als bei der Textform muss die Unterschrift den Text jedoch räumlich abschließen.¹⁵ Wird die Echtheit der Urkunde bestritten (§§ 439, 440 ZPO), ist ein Beweis, dass die Unterschrift vom Aussteller stammt, im Falle einer bloß maschinellen Unterschrift zudem deutlich schwieriger.¹⁶

Elektronische Dokumente stellen keine Urkunden im Sinne der ZPO dar.¹⁷ Dennoch kann einem elektronischen Dokument gemäß §§ 371a Abs. 1, 416 ZPO dieselbe Beweiskraft wie einer Privaturkunde zukommen, wenn es mit einer qualifizierten elektronischen Signatur ausgestattet ist. Einer gewöhnlichen E-Mail ohne qualifizierte

¹³ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 29. April 2011, I-12 U 144/10, 12 U 144/10, Rn. 30 f (zit. nach juris).

¹⁴ Musielak/Huber, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 416, Rn. 2; MünchKomm-ZPO/Schreiber, 4. Aufl. 2012, § 416 Rn. 6; BeckOK-ZPO/Krafka, Stand: 15. Juni 2014, § 146 Rn. 5a.

¹⁵ BGH NJW 1991, 487; BGH NJW 1992, 829, 830.

¹⁶ Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 416 Rn. 6.

¹⁷ Musielak/Huber, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 415 Rn. 5.

Signatur kommt dagegen kein Anschein der Echtheit zugute.¹⁸ Aus der allgemeinen Lebenserfahrung kann gerade nicht geschlossen werden, dass der Absender tatsächlich mit der Person identisch ist, die unter der E-Mail-Adresse registriert ist.¹⁹ Eine gewöhnliche E-Mail kann zudem – unerkennbar – auf dem Transport oder nach ihrem Empfang verändert worden sein, weshalb sich die Übereinstimmung mit der abgesandten Erklärung durch die Datei allein nicht beweisen lässt.²⁰ Möglich bleibt daher lediglich die freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO.²¹

4. Anspruch auf nachträgliche Beurkundung in der Form des § 126 BGB

Selbst wenn man davon ausginge, dass im Falle der vereinbarten Schriftform nach der Zweifelsregelung des § 127 Abs. 2 S. 1 BGB die Abgabe der Erklärung in Textform ausreichend ist, ergibt sich ein weiterer erheblicher Unterschied zwischen einer Schriftformklausel und einer Textformklausel aus § 127 Abs. 2 S. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann in Fällen vereinbarter Schriftform, bei denen von der erleichterten telekommunikativen Übermittlung Gebrauch gemacht wurde, nachträglich die Abgabe einer eigenhändig unterzeichneten Erklärung verlangt werden. Die Regelung trägt damit dem Interesse des jeweiligen Vertragspartners Rechnung, mit einer Erklärung in der Form des § 126 BGB eine Urkunde mit höherer Beweiskraft zu erhalten.²² Bei einer bloßen Textformklausel besteht ein solcher Anspruch dagegen nicht.

II. Auswirkungen der Neuregelung auf die Vertragsgestaltung

Der Gesetzesentwurf hat vor allem Schriftformklauseln bei Onlinegeschäften im Blick.²³ Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Gesetzesentwurf teilweise erhebliche Konsequenzen für privatschriftlich geschlossene oder sogar notariell beurkundete Verträge hätte.

Nach der Rechtsprechung können auch notariell beurkundete Verträge der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307-309 BGB unterliegen, wenn sie zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden.²⁴ Notarielle Verträge sehen in einer Vielzahl

¹⁸ OLG Köln, MMR 2002, 806; LG Bonn, CR 2002, 293; *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, NJW 2006, 806.

¹⁹ LG Bonn, CR 2002, 293.

²⁰ Musielak/Huber, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 371a, Rn. 2; BeckOK-ZPO/Bach, Stand: 15. März 2014, § 371a, Rn. 2.

²¹ Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 371a, Rn. 25.

²² MünchKomm-BGB/Eisele, 6. Aufl. 2012, § 127 Rn. 15; vgl. dazu I. 3.

²³ S. 12.

²⁴ Vgl. 310 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB; vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 Rn. 12, § 310 Rn. 12 m. N. zur Rspr.

von Fällen vor, dass im Nachgang zum Vertragsschluss besonders wichtige Erklärungen des Verbrauchers in privatschriftlicher Form abzugeben sind.

1. Schriftformerfordernisse für die Ausübung vertraglicher Rechte

Die Bedeutung der Schriftform im Rahmen der Vertragsgestaltung und –durchführung bei Immobiliengeschäften können folgende Beispiele aus der notariellen Praxis verdeutlichen:

- Wird dem Erwerber einer Immobilie in einem Kauf- oder Bauträgervertrag mit einem Unternehmer ein vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt, wird die Ausübung dieses Rücktrittsrechts regelmäßig an die Schriftform gebunden. Dies erscheint auch sachgerecht, weil der Verkäufer/Bauträger Klarheit darüber erlangen muss, ob er an den Vertrag weiterhin gebunden ist und seine vertraglichen Pflichten erfüllen muss. Geht der Unternehmer davon aus, dass ein wirksamer Rücktritt erfolgt ist, und wird er auf Erfüllung oder Schadensersatz (z. B. Verzugschäden) in Anspruch genommen, trägt er die Beweislast dafür, dass der vertragliche Anspruch nicht mehr besteht. Der Unternehmer hat daher ein veritables Interesse an einem tauglichen Beweismittel.

Das Schriftformerfordernis besteht aber auch im Interesse des Verbrauchers, der dadurch von der übereilten Ausübung seiner Rechte abgehalten wird. Überdies ist es auch im Interesse des Verbrauchers, mit einem privatschriftlichen Dokument ein Dokument mit höherer Beweiskraft zu erzeugen, wenn er vom Unternehmer in Anspruch genommen werden sollte und er die Abgabe seiner Erklärung im gerichtlichen Verfahren beweisen muss.

- Bauträgerverträge sehen in vielen Fällen eine Pflicht des Verbrauchers zur privatschriftlichen Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls vor. Die Abnahme (§ 640 Abs. 1 BGB) ist für die Durchführung des Bauträgervertrages von zentraler Bedeutung. Von der Abnahme hängen insbesondere die Gefahrtragung, die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln²⁵ und auch die Verjährung ab (§§ 644 Abs. 1, 634a Abs. 2 BGB). Den Unternehmer trifft die Beweislast dafür, dass eine Abnahme erfolgt ist.²⁶ Er hat somit ein besonderes Interesse daran, dass er die Abnahmeerklärung des Verbrauchers im Zweifel auch durch ein Dokument mit erhöhter Beweiskraft beweisen kann.

²⁵ Messerschidt/Voit/Messerschmidt, Privates Baurecht, § 640 BGB Rn. 88.

²⁶ Staudinger/Jacoby, BGB, § 640 Rn. 62.

- Verkauft ein Treuhänder eines insolventen Verbrauchers oder ein Testamentsvollstrecker ein Grundstück an einen Unternehmer, ist nach der üblichen Vertragsgestaltung Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises, dass der Treuhänder oder Testamentsvollstrecker dem Notar nach Eintragung der Auflassungsvormerkung eigenhändig unterzeichnet bestätigt, dass er das Amt zum Zeitpunkt der Eintragung noch innehat. Hätte er das Amt bei Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht mehr inne, wäre die Vormerkung nicht wirksam und der Erwerber nicht geschützt. Ähnliches gilt, wenn ein Verbraucher ein mit einem dinglichen Vorkaufsrecht belastetes Grundstück an einen Unternehmer verkauft. Hier besteht das Risiko, dass der Vorkaufsberechtigte nach Vertragsabschluss das Vorkaufsrecht ausgeübt hat und der Erwerber das Eigentum an dem Grundstück nicht gesichert erwerben kann. Üblicherweise wird die Fälligkeit des Kaufpreises im Kaufvertrag davon abhängig gemacht, dass dem Notar eine schriftliche Verzichtserklärung des Vorkaufsberechtigten hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechte vorliegt oder der Verkäufer gegenüber dem Notar und dem Käufer schriftlich erklärt, dass ihm innerhalb der Ausübungsfrist keine Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten zugegangen ist.

Bei sämtlichen der vorgenannten schriftlichen Erklärungen handelt es sich jeweils um materielle Fälligkeitsvoraussetzungen. Erst wenn dem Notar diese Erklärung vorliegt, kann er den Kaufpreis fällig stellen. Die gesamte Immobilientransaktion, nämlich die Kaufpreiszahlung, die Umschreibung des Eigentums und der sonstige Vollzug, hängen somit von den vorgenannten schriftlichen Erklärungen ab.

Nach dem Gesetzesentwurf wären solche Klauseln unzweifelhaft unzulässig, da die Bestätigung²⁷ nur noch in Textform verlangt werden könnte. Das dürfte bei so erheblichen Transaktionen wie Grundstückskaufverträgen kaum sachgerecht sein. Der Käufer hat ein berechtigtes Beweisinteresse an einer privatschriftlichen Erklärung (s. o.), bevor er den – regelmäßig erheblichen – Kaufpreis anweist.

2. Erhebliche Auswirkungen auf die notarielle Vollzugstätigkeit

Erhebliche Auswirkungen hätte die Neuregelung des § 309 Nr. 13 BGB-E auch für die notarielle Vollzugstätigkeit:

²⁷ § 309 Nr. 13 BGB gilt auch für bloße Tatsachenmitteilungen, vgl. Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, § 309 Nr. 13 Rn. 4.

- Die obergerichtliche Rechtsprechung vertritt die Auffassung²⁸, dass auch Vollzugsanweisungen an den Notar der AGB-Kontrolle unterliegen, wenn die Klausel offensichtlich gegen § 309 BGB verstößt. Der BGH hat diese Frage bislang noch nicht entschieden.²⁹ Von zentraler Bedeutung für die Abwicklung eines notariellen Kaufvertrages ist die Vorlagesperre der Auflassung. Hier hat sich folgender Abwicklungsmechanismus etabliert: Die Beteiligten erklären die Auflassung in der notariellen Urkunde. Die Auflassung wird jedoch gesperrt, d. h. der Notar darf die Auflassung nur dann beim Grundbuchamt einreichen, wenn der Verkäufer privatschriftlich bestätigt, dass er den Kaufpreis erhalten hat. So wird sichergestellt, dass der Verkäufer sein Eigentum und damit in vielen Fällen den wesentlichen Gegenstand seines Vermögens erst dann verlieren kann, wenn er den Kaufpreis erhalten hat. Der Notar übersendet dem Verkäufer ein Formular, auf dem dieser mit seiner eigenhändigen Unterschrift bestätigt, dass er den Kaufpreis erhalten hat und den Notar nunmehr anweist, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen. Für den Notar ist es von zentraler Bedeutung, dass er ein eigenhändig unterschriebenes Dokument in seinen Akten hat, um nachweisen zu können (§§ 416, 440 Abs. 2 ZPO), dass die Anweisung tatsächlich durch den Käufer erteilt wurde. Eine Erklärung per E-Mail ist bei einer derart gravierenden Vermögenstransaktion schlichtweg nicht akzeptabel. Sollte sich die vorgenannte Rechtsprechung durchsetzen, könnte die Bestätigung³⁰ nach dem Gesetzesentwurf gegenüber dem Notar als Dritten nur noch in Textform verlangt werden. Da § 309 Nr. 13 BGB keinen Wertungsvorbehalt vorsieht, bestünde auch keine Möglichkeit wertender Korrektur.
- Vergleichbare Probleme stellen sich auch im Hinblick auf die Verwahrung von MaBV-Bürgschaftsurkunden. Diese werden nach den einschlägigen Vertragsmustern erst dann vom Notar herausgegeben, wenn der Erwerber ihn hierzu schriftlich anweist. Eine per E-Mail erfolgende Anweisung zur Herausgabe einer über mehrere hunderttausend Euro lautenden Bürgschaftsurkunde wäre aus den bereits genannten Gründen nicht akzeptabel.

In den vorgenannten Fällen muss der Vertrag eine eigenhändige Unterzeichnung vorsehen. Das bloße Vertrauen, die E-Mail werde schon von dem Verbraucher herrühren, ist nicht ausreichend.

²⁸ BayObLG MittBayNot 2002, 521, 522; a.A. OLG Köln RNotZ 2002, 239, 239; *Fabis*, ZfIR 2002, 177, 179.

²⁹ Vgl. BGH DNotZ 2002, 41 m. Anm. *Basty*.

³⁰ § 309 Nr. 13 BGB gilt auch für bloße Tatsachenmitteilungen, vgl. Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, § 309 Nr. 13 Rn. 4.

Wir weisen darauf hin, dass vergleichbare Probleme nicht nur für notarielle Verträge, sondern auch für sämtliche durch AGB ausgestaltete Treuhandverhältnisse zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer gelten. Der Unternehmer wäre nunmehr generell verpflichtet, Anweisungen per E-Mail, einen bestimmten Betrag auf ein bestimmtes Konto zu überweisen, zu akzeptieren. Auch dies erscheint kaum sachgerecht.

3. Kein Anspruch auf nachträgliche Bestätigung mehr

Nach der Neufassung von § 309 Nr. 13 BGB wäre dem Vertragspartner die Möglichkeit genommen, gemäß § 127 Abs. 2 S. 2 BGB eine förmliche Nachholung der Erklärung zu verlangen. Vielmehr müsste der Unternehmer die in Textform abgegebene Erklärung hinnehmen. Dies erscheint im Hinblick auf die geringere Beweiskraft der Textform³¹ gerade bei wirtschaftlich bedeutenderen Transaktionen nicht angemessen.

III. Parteiinteressen

Die Bundesnotarkammer stimmt der Einschätzung der Entwurfsbegründung zu, dass der Unternehmer eines Onlinegeschäfts kein berechtigtes Interesse an einer eigenhändig unterzeichneten Erklärung des Verbrauchers hat. Der Unternehmer hat sich dazu entschieden, mit dem Verbraucher über Telekommunikationsmittel den Vertrag abzuschließen. An dieser Entscheidung muss er sich festhalten lassen. Schneidet er dem Verbraucher die Möglichkeit ab, per E-Mail Erklärungen abzugeben, setzt er sich damit nicht nur in einen Selbstwiderspruch, sondern erschwert damit die Durchsetzung von Verbraucherrechten.

Anders liegt der Fall nach unserer Auffassung aber dann, wenn die Beteiligten einen privatschriftlichen oder sogar notariell beurkundeten Vertrag geschlossen haben. Hier haben die Vertragsparteien für das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis einen höheren Grad der Förmlichkeit gewählt bzw. ist ein solcher bereits gesetzlich vorgesehen. Eine Klausel, die in diesen Fällen für rechtserhebliche Erklärungen des Verbrauchers zumindest die Schriftform fordert, stellt vor dem Hintergrund der Form des Vertragsschlusses keine zu hohen Anforderungen an den Verbraucher, sondern erscheint vielmehr konsequent und sachgerecht.

Die Entwurfsbegründung geht davon aus, dass immer dem Verbraucher obliegt, die Abgabe und den Zugang der Erklärung zu beweisen.³² Das ist sicherlich richtig, wenn der Unternehmer den Verbraucher auf Leistung in Anspruch nimmt. Wie die oben

³¹ Vgl. dazu I. 3.

³² S. 13.

aufgeführten Beispielsfälle belegen, kann aber auch den Unternehmer eine Beweislast treffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er auf Erfüllung bzw. Schadensersatz in Anspruch genommen wird und darlegen und beweisen muss, dass die entsprechenden Pflichten nicht mehr bestanden haben. Auch bei der Abwicklung notarieller Verträge stellt sich die Frage weitaus differenzierter dar. Hier trifft im Zweifel den Unternehmer bzw. den Notar die Beweislast dafür, dass die per E-Mail erklärte Anweisung vom Verbraucher herrührt. Die erhöhte Beweiskraft der §§ 416, 440 Abs. 2 BGB besteht insofern nicht.³³

Es muss einem Vertragspartner jedoch möglich sein, sich zumindest bei privatschriftlich geschlossenen Verträgen darauf zu verlassen, dass die Erklärung tatsächlich vom Vertragspartner stammt. Ein Unternehmer muss auch in einem etwaigen Gerichtsprozess ein taugliches Beweismittel zur Hand haben. Bei wirtschaftlich bedeutenden Verträgen, zu denen vor allem auch Grundstücksgeschäfte zählen, wäre es daher nicht interessengerecht, für rechtserhebliche Erklärungen allenfalls Textform verlangen zu dürfen. Andernfalls bliebe beispielsweise dem Unternehmer nichts anderes übrig, als einen Rücktritt zu akzeptieren, der unter Verwendung einer Pseudonym-E-Mail-Adresse verschickt wurde. Aber auch der Verbraucher liefe Gefahr, sich auf eine durch E-Mail erfolgte Erklärung eines Dritten (z. B. eine Vorkaufsrechtsverzichtserklärung) verlassen zu müssen, deren Vorliegen Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises ist.

Vor allem gilt es zu berücksichtigen, dass das gewillkürte Schriftformerfordernis auch dem (Selbst-)Schutz der Beteiligten vor Übereilung dient.³⁴ Gerade bei gewichtigen Verträgen wie Immobilienkaufverträgen oder Bauträgerverträgen dient eine Schriftformklausel damit auch gerade dem Schutz des Verbrauchers.

Nach Abwägung der Parteiinteressen erscheint uns daher eine Lösung naheliegend, die die Zulässigkeit von Schriftformklauseln von der Art des Vertragsschlusses abhängig macht. Nur dann, wenn ein Vertrag in Textform bzw. unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln oder formlos geschlossen worden ist, erscheint es unangemessen, dass der Verbraucher eine Erklärung in Schriftform abgeben muss. Ist der Vertrag im Wege der Schriftform oder gar der notariellen Beurkundung zustande gekommen, erscheint es unter Berücksichtigung der Parteiinteressen an einem Dokument mit erhöhter Beweiskraft interessengerecht, dass eine Schriftformklausel zulässig ist.

³³ Vgl. dazu I. 3.

³⁴ MüKoBGB/*Einsele*, § 127 Rn. 2.

IV. Alternativvorschlag

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen schlägt die Bundesnotarkammer daher vor, § 309 Nr. 13 wie folgt neu zu fassen:

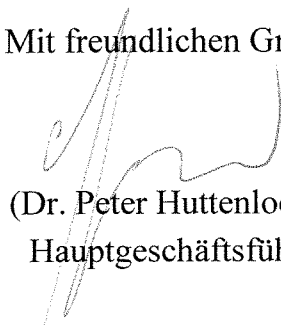
Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (...)

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)

eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform, bzw., sofern der zugrundeliegende Vertrag im Wege der Textform unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln oder formlos geschlossen wurde, an eine strengere Form als die Textform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit – gerne auch im Rahmen eines persönlichen Gesprächs – zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Peter Huttenlocher)
Hauptgeschäftsführer