



## **Eckpunktepapier: Zivilrechtliche Maßnahmen zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechtes**

### **I. Anlass**

Im Sommer 2008 wurde bekannt, dass im Bereich der Süddeutschen Klassenlotterie und der Deutschen Telekom unrechtmäßig Kundendaten verkauft wurden; allein für den Bereich der Deutschen Telekom wurde die Anzahl jüngst auf 17 Millionen Daten beziffert. Im Dezember 2008 kam ans Licht, dass 21 Millionen Bankverbindungen illegal auf dem Schwarzmarkt im Umlauf sind. Diese Vorfälle, die nur die Spitze eines Eisberges darstellen dürften, stellen die Rechtspolitik vor eine erhebliche Herausforderung: Wie kann das grundrechtliche verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung angesichts der fortschreitenden technischen Entwicklung effektiv vor zunehmender Gleichgültigkeit bis hin zu seiner Ablehnung oder gar vorsätzlichen Missachtung geschützt werden?

Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich zu konsequentem, gesetzgeberischem Handeln aufgerufen. Denn die Schutzpflicht der Grundrechte umfasst den Auftrag an den Staat in seiner Rolle als Gesetzgeber, den Bürger vor Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter zu schützen.

Auch die Bundesregierung ist sich der bestehenden Defizite bewusst und hat am 10. Dezember 2008 den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften verabschiedet. Neben der Schaffung eines freiwilligen, gesetzlich geregelten Datenschutzauditverfahrens verfolgt der Entwurf das weitere Ziel, die Einflussmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger auf die Verwendung ihrer personenbezogenen Daten zu Zwecken der Werbung, Markt- und Meinungsforschung zu stärken. Die dort vorgesehenen Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz reichen jedoch nicht aus. Namentlich fehlt für die – noch immer zu weitreichenden – Fälle, in denen die Datenerhebung und –speicherung für eigene Geschäftszwecke ohne Einwilligung der Betroffenen erlaubt sein soll (§ 28 Abs. 3 BDSG-neu), eine Verpflichtung zur Kennzeichnung der Herkunft dieser Daten. Auch ist das vorgesehene Kopplungsverbot, nach dem marktbeherrschende Unternehmen den Verkauf eines Produktes nicht an die Einwilligung zur Weitergabe personenbezogener Daten knüpfen dürfen, „zahnlos“, da bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift nicht einmal ein Bußgeld verhängt werden kann.

Ersichtlich reichen die bisherigen Schutzmechanismen nicht aus, um eine strukturelle Verbesserung des Schutzes personenbezogener Daten zu erreichen. Es hat sich als nicht ausreichend gezeigt, sich insoweit allein auf die – hervorragende - Arbeit der Datenschutzbeauftragten zu stützen. Eine Behörde allein, und sei sie auch personell

weiter verstärkt, ist nicht in der Lage, den sich häufenden Massenphänomenen des Datenmissbrauchs im zivilen Bereich wirksam entgegenzutreten. Dies gilt desto mehr, als dass das Volumen des Datenaustausches zwischen Privatrechtssubjekten seit Jahren beständig stark wächst, ein Ende dieser Entwicklung nicht abzusehen ist und in Unternehmen vielerorts ein sorgloser Umgang mit personenbezogenen Daten gepflegt wird, wie erst jüngst die Berliner Landesbank gezeigt hat.

Der effektive Schutz des grundrechtlich geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts bedarf daher **zusätzlicher zivilrechtlicher Schutzmechanismen**, um den Bürger effektiv vor der unzulässigen Weitergabe seiner personenbezogenen Daten zu schützen. Es wird neben den Datenschutzbehörden ein starkes zweites Standbein zur Gewährleistung des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung benötigt. Nichts liegt näher, als die Initiative der betroffenen Verbraucher selbst zur Verhinderung des Datenmissbrauches zu nutzen. Nur auf diese Weise kann der selbstbestimmte Umgang mit Daten durch den Bürger in der Informationsgesellschaft gewährleistet werden. Dabei ist es von zentraler Bedeutung für die Wirksamkeit der zivilrechtlichen Datenschutzregelungen, dass sie **klar und effektiv durchsetzbar formuliert sind**. Um ihnen weit mögliche Beachtung zu verschaffen, erscheint es unerlässlich, sie an zentraler Stelle und damit **in dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) selbst** zu regeln.

Nachdem durch das am 1. September 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im sog. „grünen Bereich“ (Markenrecht, Urheberrecht, etc.) die Rechte der Betroffenen maßgeblich gestärkt wurden, sollten entsprechend weitreichende Rechte auch für den Bereich des Schutzes personenbezogener Daten geschaffen werden. Eine Orientierung an diesem Gesetz erscheint deswegen gerechtfertigt, weil die kommerzielle Verwertbarkeit von Elementen der Persönlichkeit, hier der personenbezogenen Daten, sie de facto zu Immaterialgütern macht.

Besonderes Augenmerk ist insgesamt auf die **Bestimmung des Anwendungsbereiches der zivilrechtlichen Ansprüche** zu legen, da derartige Ansprüche erhebliche Auswirkungen namentlich auf die Presse, die wirtschaftlichen Grundlagen der verletzenden Unternehmen sowie die Arbeitsbelastung der Gerichte haben können. Auf der anderen Seite sind alle Maßnahmen, die das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die vertrauensvolle Verwendung ihrer Daten stärken, im ureigenen Interesse einer Wirtschaftsordnung, die maßgeblich und in weiter zunehmenden Umfang auf einer funktionierenden Informationsgesellschaft beruht. In diesem Spannungsfeld ist es vorrangiges Ziel, die – auch im Urheberrecht tragende - Abschreckungsfunktion effektiver zivilrechtlicher Rechtsschutzmechanismen vor Rechtsmissbrauch und gröblich sorglosen Umgang mit Daten zu nutzen.

## **II. Ziel der Gesetzesinitiative**

Ziel der Gesetzesinitiative ist es, durch zusätzliche zivilrechtliche Schutzmechanismen die Stellung der Bürger beim Vorgehen gegen Rechtsverletzungen durch Private zu stärken und damit gleichzeitig private Initiative zur Unterbindung solcher Verletzungen nutzbar zu machen. Dies soll geschehen durch **neue Regelungen im BGB** betreffend

- Unterlassungsansprüche,
- Schadensersatzansprüche, insbesondere für immaterielle Schäden,
- Löschungsansprüche,
- Auskunftsansprüche,
- Vorlageansprüche,
- Ansprüche zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen,
- Abmahnung und Begrenzung der Abmahnkosten (so UrhG).

Außerdem sollen die Bürger zukünftig besser davor geschützt werden, nicht frei über die Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten bestimmen zu können. Dieses Selbstbestimmungsrecht wird gegenwärtig dadurch beeinträchtigt, dass in vielen Fällen ein Vertragsabschluss insbesondere im Internet nur unter der Bedingung zustande kommt, dass der Rechteinhaber zuvor der Weitergabe/Verwertung seiner personenbezogenen Daten zustimmt. Ein solches Vorgehen soll zukünftig verboten sein. Verboten wird ebenso der Abschluss von Verträgen, die sich auf die widerrechtliche Weitergabe von personenbezogenen Daten beziehen; Rechtsfolge einer solchen Regelung ist insbesondere, dass der Verkäufer aus einem derartigen Vertrag den Kaufpreis nicht mehr einklagen kann.

### **III. Rechtliche Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**

#### **1. Ausgangsthesen**

- Es bedarf der Ausgestaltung zivilrechtlicher Rechte der Betroffenen **im BGB**, um dem Schutz personenbezogener Daten weitergehende Beachtung zu verleihen.
- Zentrale Bedeutung kommt zum einen Auskunfts-, Unterlassungs- und Löschungsansprüchen zu. Diese, teilweise bereits – in schwer verständlicher Form - im Bundesdatenschutzgesetz geregelten Ansprüche, sollten entsprechend dem „Geiste“ des *Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums* ausgebaut und in prägnanter Form in das BGB transferiert werden.
- Im Bereich des Schadensersatzanspruches liegt ein Schwerpunkt im Bereich des Ersatzes immaterieller Schäden, für die bislang nur sehr eingeschränkt Ersatz geleistet wurde.
- Für den Bereich des Ersatzes materieller Schäden kommt, unter Verzicht auf Strafelemente, die Einführung eines pauschalierten Mindestschadensersatzes in Betracht.

#### **2. Gesetzliche Regelungen im BGB**

Im Folgenden werden einzelne gesetzliche **Regelungsentwürfe** vorangestellt, um an ihnen im Rahmen der **Begründung** das jeweilige Gesetzgebungsziel zu verdeutlichen, sowie Vorschläge zu ihrer systematischen **Verortung** gemacht.

a. **Nichtigkeit von Verträgen, die sich auf die widerrechtliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten beziehen**

Regelungsvorschlag

*Rechtsgeschäfte, die sich auf die widerrechtliche Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten beziehen, sind verboten.*

Begründung:

Durch die Vorschrift wird geregelt, dass Verträge, die die widerrechtliche Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung (zu der auch die Weitergabe zählt) von personenbezogenen Daten zum Vertragsgegenstand haben, verboten sind. Die Ausgestaltung als beidseitiges Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB hat zur Folge, dass das verbotswidrige Rechtsgeschäft nichtig ist. Der Verkäufer widerrechtlich erlangter, personenbezogener Daten kann daher den Kaufpreis nicht mehr einklagen. Auf diese Weise wird dem Markt für den Handel mit widerrechtlich erlangten personenbezogenen Daten die wirtschaftliche Grundlage entzogen. Ob sich die Nichtigkeit im Einzelfall auf das Rechtsgeschäft im Ganzen oder nur Teile des Vertrages bezieht, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Zweckes der Verbotsnorm und der Auslegung des Vertragsinhaltes festzustellen.

Systematische Verortung:

Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB finden sich nach herkömmlicher Systematik zwar eher außerhalb des BGB (Verstoß gegen RBerG, ArzneimittelG, u.ä.), der Ansatz der Stärkung des Datenschutzes kann indes nur durch eine Normierung im BGB erreicht werden.

Innerhalb des BGB sieht § 138 BGB bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften und Wucher die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften vor. Hier könnte ein entsprechender Abs. 3 eingefügt werden, wenn der Anwendungsbereich der Norm entsprechend erweitert würde.

Schließlich könnte, soweit ein **gesonderter Titel zum Datenschutz** eingefügt wird, dort die Regelung getroffen werden. Diese Lösung erscheint vorzugswürdig.

b. **Unzulässigkeit einer Bestimmung, nach der der Abschluss eines Vertrages von der Zustimmung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird**

Regelungsvorschlag zu § 309 BGB n.F.

*Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam,*

...(Nr. 1-13)

...

14. eine Bestimmung, nach der der Abschluss eines Vertrages von der Einwilligung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird, es sei denn, die Verarbeitung oder Nutzung der personenbezogenen Daten steht in unmittelbarem Zusammenhang zu dem Vertragszweck.

#### Begründung:

Die Bestimmung soll den Bürger davor schützen, der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten unter dem Druck zuzustimmen, dass anderenfalls der avisierte Vertrag nicht zustande kommt. Diese in vielen Internetverträgen „des alltäglichen Lebens“ vorkommende Klausel soll zukünftig dann untersagt werden, wenn sie nicht durch den Vertragszweck geboten ist. Rechtsfolge ist, dass sich die Verarbeitung oder -nutzung von personenbezogenen Daten, die auf Grundlage einer derartigen – unwirksamen – Bedingung erfolgen, dann als widerrechtlicher Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt und entsprechende Schadensersatzansprüche über § 253 Abs. 2 BGB-neu (oder ggfs. einer neuen spezialgesetzlichen Regelung ) in Betracht kommen. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Vertrages als solches ist – entsprechend dem mutmaßlichen Interesse des Bürgers – hingegen nicht angezeigt.

Die vorgeschlagene Regelung geht über das in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschrift vorgesehene Kopplungsverbot hinaus. Da ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot nicht bußgeldbewehrt ist, ist unklar, welche Rechtsfolgen ein Verstoß hat. Zum anderen ist die dort vorgesehene Einschränkung auf die Fälle, in denen ein Betroffener „ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist“, zu weitreichend. Zwar schränkt ein Kopplungsverbot die Privatautonomie ein. Zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist diese Einschränkung aber gerechtfertigt, soweit die Verwendung der *personenbezogenen Daten nicht in unmittelbarem Zusammenhang zu dem Vertragszweck steht*. Dieser Bezug ist in dem vorgelegten Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht hinreichend klar gestellt.

#### Systematische Verortung:

Es bietet sich wegen der unmittelbaren Beziehung zum AGB-Recht eine Normierung im Rahmen von § 309 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten) an. Dies hat zudem den Vorteil, dass die Aushandlung einer solchen Regelung im Einzelnen zulässig bleibt und so die Privatautonomie nicht über Gebühr eingeschränkt wird, während gleichzeitig die den Grund für die Regelung bildenden Fallgestaltungen im Internethandel voll erfasst werden.

### c. **Verlagerung der zivilrechtlichen Ansprüche aus dem Bundesdatenschutzgesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch**

Das Bundesdatenschutzgesetz sieht bislang als zivilrechtliche Ansprüche insbesondere den der **Benachrichtigung** (§ 33 BDSG), der **Auskunft** (§ 34 BDSG), sowie der **Berichtigung, Löschung und Sperrung** von Daten (§ 35 BDSG) vor. Diese Ansprüche sind schwer lesbar und kompliziert ausgestaltet. Sie sollten in prägnanter Form in das BGB verlagert werden.

#### Begründung

Es erscheint systematisch vorzugswürdig, Regelungen über den Umgang Privater mit Daten, die sie von anderen Privatrechtssubjekten im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen erlangt haben, nicht in einem primär öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz, sondern im bürgerlich-rechtlichen Kontext zu treffen; die Aufnahme der betreffenden Regelungen in die zentrale Kodifikation des bürgerlichen Rechtes – eben das BGB – ist dann naheliegend. Außerdem hätte eine solche Verlagerung den Vorteil, dass den Vorschriften zum „Zivildatenschutz“ dadurch größere Bekanntheit und Beachtung verschafft würde. Des Weiteren (s. u.) fügen sich die zu verlagernden Vorschriften schlüssig in die anzustrebende Gesamtregelung zivil-datenschutzrechtlicher Fragen im BGB ein.

Besonderes Augenmerk ist bei der Verlagerung der zivilrechtlichen Datenschutzbestimmungen ins BGB auf die Ausgestaltungen des Anwendungsbereiches dieser zivilrechtlichen Ansprüche zu legen, da derartige Ansprüche erhebliche Auswirkungen namentlich für die Presse, die wirtschaftliche Grundlage der verletzenden Unternehmen sowie die Gerichte haben können.

Der Anwendungsbereich des BDSG ist hinsichtlich nichtöffentlicher Stellen im Sinne von § 2 Abs. 4 BDSG (natürlicher und juristischer Personen, Gesellschaften und anderer Personenvereinigungen des privaten Rechts) insoweit beschränkt, als dass sie personenbezogene Daten automatisieren oder dateigebundene Daten verarbeiten (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). Ob eine derartige Beschränkung auch im BGB geboten wäre, ist zu überprüfen. Dafür spricht, dass es in erster Linie im Bereich automatisierter oder dateigebundener Daten zu erheblichen Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommen kann, die weitreichende Verteidigungsrechte der Betroffenen erfordern. Auf der anderen Seite sollten niedrighschwelligere Verstöße nicht gänzlich ausgenommen werden.

#### Systematische Verortung:

Diese Regelungen könnten in das Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse aufgenommen werden, und systematisch dort nach dem Titel 27. Unerlaubte Handlungen. Denn Anknüpfungspunkt für die zivilrechtlichen Ansprüche auf Auskunft, Löschung, Schadensersatz, etc. der Betroffenen ist eine unerlaubte Handlung, nämlich die widerrechtliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten.

#### d. **Erweiterung der spezialgesetzlichen datenschutzrechtlichen Schutzrechte der Betroffenen**

Bislang finden sich weder im BGB noch in dem Bundesdatenschutzgesetz spezialgesetzliche zivilrechtliche **Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen** der Betroffenen. Nach bisheriger Rechtsprechung können Betroffene entsprechende Rechte aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB herleiten. Denn es ist anerkannt, dass eine durch das Bundesdatenschutzgesetz nicht gedeckte Übermittlung personenbezogener Daten eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, das als „sonstiges Recht“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist und auch den negatorischen Schutz nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere § 1004 BGB entsprechend, genießt, soweit nicht spezielle datenschutzrechtliche Ansprüche bestehen (BGH NJW 1984, 436 ff.).

Die Betroffenen sind daher bereits heute nicht schutzlos gestellt. Aber die bisher bestehenden Rechte sind nicht ausreichend, wie die letzten bekannt gewordenen Vorfälle zeigen. Nachteilig ist es auch, dass die Rechte der Betroffenen an versteckter Stelle im für den Laien schwer verständlichen Bundesdatenschutzgesetz normiert sind. Rechtspolitisch ist es daher sinnvoll, den „Zivildatenschutz“ in das BGB zu übertragen und dort zusammenhängend in einem eigenständigen Titel zu regeln.

Durch Einführung entsprechender spezialgesetzlicher Regelungen könnten zudem die Rechte der Betroffenen über die bestehenden Schutzrechte hinaus gestärkt werden.

Vorlage könnte das am 1.09.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums sein, durch das im sog. „grünen Bereich“ (Markenrecht, Urheberrecht, etc.) die Rechte der Betroffenen maßgeblich gestärkt wurden. Nach diesem Vorbild sollten entsprechend weitreichende Rechte für den Bereich des Schutzes personenbezogener Daten geschaffen werden.

#### aa. **Einführung eines spezialgesetzlichen Unterlassungsanspruches**

##### Regelungsvorschlag

*Wer personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden; dies gilt nicht, wenn die Handlung (Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung) rechtmäßig war. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.*

##### Begründung:

Es sollte ein eigenständiger Unterlassungsanspruch eingeführt werden. Solche Ansprüche spielen im Marken- und Urheberrecht eine dominierende Rolle gegenüber dem Schadensersatzanspruch. Ein eigenständiger Unterlassungsanspruch wäre (erst recht im Zusammenwirken mit den noch vorzustellenden

Schadensersatzansprüchen) in hohem Maße geeignet, das Ziel der Nutzbarmachung privater Initiative zur Bekämpfung des Datenmissbrauches zu fördern. Wie im Marken- und Urheberrecht zunächst von der Rechtsprechung entwickelt und nunmehr ausdrücklich normiert, sollte klargestellt werden, dass der Anspruch nicht nur bei Wiederholungsgefahr, sondern als vorbeugender Unterlassungsanspruch auch bei Erstbegehungsgefahr besteht.

Wie auch bei anderen Unterlassungsansprüchen (nach § 823 BGB und dem UrhebR), ist der Anspruch verschuldensunabhängig auszugestalten. Dies ist unabdingbare Voraussetzung eines effektiven Rechtsschutzes.

Da es dem Betroffenen regelmäßig nur unter größten Schwierigkeiten möglich sein wird, die Widerrechtlichkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu beweisen, muss klar gestellt werden, dass der Verletzer sich hinsichtlich der Widerrechtlichkeit entlasten muss. Dies entspricht dem prägenden Grundsatz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehaltes des deutschen Datenschutzrechts. Rechtmäßig ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung, wenn keine spezielle Verbotsnorm besteht und sie nach § 4 Abs. 1 BDSG (bzw. entsprechenden neuen Vorschriften im BGB) zulässig ist, d. h. das BDSG oder ein anderes Gesetz dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf § 29 BDSG betreffend die geschäftsmäßige Datenerhebung und –speicherung zum Zweck der Übermittlung.

## **bb. Einführung eines spezialgesetzlichen materiellen Schadensersatzanspruches**

### Regelungsvorschlag

*(Abs. 1) Wer personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; dies gilt nicht, wenn die Handlung nicht widerrechtlich und nicht schuldhaft ist. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden.*

*(Abs. 2) In Fällen von Verletzungen gewerblichen Umfanges kann der Verletzte auch einen pauschalierten Schadenersatz in Höhe von 100,-- Euro geltend machen. Weitergehende Ansprüche bleiben von der Geltendmachung unberührt.*

### Begründung:

Allein eine Ergänzung von § 823 Abs. 1 BGB dahingehend, dass dort als „sonstiges Recht“ ausdrücklich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt wird, ist nicht ausreichend.

Zwar hat der BGH in der *Marlene Dietrich*-Entscheidung (NJW 2000, 2195) anerkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch dem Schutz kommerzieller Interessen der Persönlichkeit dient und dem Träger des Persönlichkeitsrechts – anders als bei Verletzung der immateriellen Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - unabhängig von der Schwere des Eingriffs bei Verletzung materielle Schadensersatzansprüche zustehen können.

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften des §§ 3, 4, 6 b, 24, 28, 29 Abs. 2, 32 Abs. 2 BDSG dienen zudem dem Zweck, den einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird, und sind deshalb Schutzgesetze i.S. des § 823 II BGB (Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, § 29 Rdnr. 12.3; Orde-mann/Schomerus, § 1 Anm. 2.3; OLG Hamm, MDR 1983, 667, betr. § 24 BDSG a.F.).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird jedoch nach geltender Rechtsprechung nicht schrankenlos in dem Sinne gewährleistet, dass der einzelne dieses Recht als absolute, uneinschränkbare Herrschaft über seine Daten hätte. Der einzelne muss vielmehr Einschränkungen seines Rechts auf informa-tionelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen, wenn und soweit solche Beschränkungen bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der diesen rechtfertigenden Gründe gerechtfertigt sind. Es ist daher im Rahmen von § 823 BGB in jedem Einzelfall durch eine Güterabwägung mit den schutzwürdigen Interessen der anderen Sei-te zu bestimmen, ob durch die Preisgabe von Daten eine Verletzung des allge-meinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen gegeben ist, oder ob der Betro-fene eine Einschränkung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen muss, weil und soweit hinreichende Gründe des Gemeinwohls dies gerechtfertigt erscheinen lassen.

Wegen der für den Betroffenen mit einer derartigen Abwägung verbundenen Unsicherheiten ist ein spezialgesetzlicher Schadensersatzanspruch mit dem In-halt zu erwägen, dass der Betroffene – grundsätzlich **ohne Güterabwägung** – bei widerrechtlicher Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten einen Anspruch auf Ersatz seines materiellen Schadens hat.

Die bisherigen Regelungen im hamburgischen Datenschutzrecht sowie im BDSG sind nicht ausreichend bzw. von den Voraussetzungen her unklar. Vor al-lem aber sollte aus den oben unter Nr. 2 lit. c genannten Gründen eine einheitli-che Regelung im BGB erfolgen.

Im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Beweisführung sollte sowohl hinsichtlich der Widerrechtlichkeit als auch des Verschuldens außerdem eine **Beweislast-umkehr** normiert werden. Hiernach müsste sich der Verwender dahin gehend entlasten, dass die Verwendung der personenbezogenen Daten weder wider-rechtlich noch schuldhaft war.

Die weitergehende Option der Ausgestaltung als Gefährdungshaftungstatbes-tand erscheint derzeit noch nicht veranlasst. Zwar eröffnen die ungeheuren Da-tenmengen, die etwa bei Telekommunikationsunternehmen, Stromversorgern, Banken, o. ä. angesammelt werden, prinzipiell Missbrauchsgefahren, was Ank-nüpfungspunkte für eine Gefährdungshaftung böte. Es kann indes zunächst auf die Wirksamkeit der Beweislastumkehr vertraut werden. Sollten die erwarteten Wirkungen nicht eintreten, wäre indes nochmals über eine Gefährdungshaftung nachzudenken.

Für die **Schadensberechnung** gelten grundsätzlich die §§ 249 ff. BGB. Der Geschädigte kann seinen tatsächlichen entstandenen Schaden einschließlich

entgangenen Gewinns geltend machen, muss ihn aber auch nachweisen. Grundsätzlich kommt die Bestimmung mithilfe eines Sachverständigen in Betracht. Weil dieser Nachweis oft schwierig ist, könnte eine neue Regelung, wie aus dem Recht des geistigen Eigentums bekannt, auch alternative Anknüpfungspunkte enthalten. In Betracht kommt insoweit als alternative Form der Schadensberechnung das Abstellen auf den Verletzergewinn. Anders als im Recht des geistigen Eigentums erscheint bei einer Verletzung des persönlichen Selbstbestimmungsrechts hingegen eine Anknüpfung an eine fiktive (ggfs. auch erhöhte) Lizenzgebühr nicht ohne weiteres möglich.

Daher spricht viel dafür, dass es der Gesetzgeber der Rechtsprechung bewusst offen lässt, weitere Anknüpfungskriterien für die Schadensberechnung zu entwickeln, zumal der Schaden weiterhin mit dem Argument des Schadensausgleiches begründet werden muss. Ein Strafschadensersatz wird sowohl von dem europäischen als auch dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt.

Allerdings ist - erstmals im BGB - in einem sehr eng begrenzten Anwendungsbereich ein **pauschalierter (Mindest-)Schadensersatzanspruch** vorzusehen. In den Fällen, in denen personenbezogene Daten in gewerblichem Umfang widerrechtlich erhoben, verarbeitet, genutzt oder weitergegeben werden, ist es rechtspolitisch sinnvoll und sachgerecht, dem Verletzten auch das Recht zur Seite zu stellen, einen pauschalierten Schadensersatz geltend zu machen. Allein eine solche Regelung wird es zudem in den üblichen Fällen gewährleisten, dass der Verletzte einen Schadensersatzanspruch effektiv und vor allem einfach geltend machen kann – das aber ist Voraussetzung dafür, dass das angestrebte Ziel der Nutzbarmachung privater Initiative gegen den Datenmissbrauch erreicht wird.

Hinsichtlich der Höhe der Pauschale ist zu beachten, dass die Pauschale nicht den Schaden übersteigen darf, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten ist. Als Anknüpfungskriterien kommen hier insbesondere der materielle Wert der unrechtmäßig weitergegebenen Daten und der Verletzergewinn in Betracht. Um das rechtspolitisch erstrebte Ziel, nämlich das einer verstärkten Durchsetzung der Rechte der Betroffenen zu erreichen, sollte im Ergebnis ein Betrag von ca. 100,- Euro festgeschrieben werden. Auch an anderer Stelle sind im BGB feste Euro-Beträge genannt (vgl. § 702 f. und § 676 c BGB).

Rechtspolitisch nicht sinnvoll erscheint es hingegen, dem Verletzer - entsprechend § 309 Nr. 9 lit. b) BGB - den Nachweis zu gestatten, dass kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist (so die Rechtsprechung zum pauschalierten Schaden im Mietrecht). Da vorliegend gesetzlich ein pauschalierter Schaden zum Schutz der Verbraucher fixiert wird, sind die Grundzüge des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im Wesentlichen den Verbraucher vor nachteiligen Vertragsgestaltungen in Abweichung von gesetzlichen Regelungen schützen sollen, schon vom Sinn und Zweck her nicht anzuwenden.

## cc) Einführung eines spezialgesetzlichen immateriellen Schadensersatzanspruches

### Regelungsvorschlag

*Der Verletzte kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht.*

Alternativ könnte auch **§ 253 Abs. 2 BGB** wie folgt neu gefasst werden:

*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.*

### Begründung

Durch die Aufnahme des Schutzgutes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in § 253 Abs. 2 BGB wird dieses erstmals als eigenständiges Recht ausdrücklich im BGB genannt und damit dessen zentrale Bedeutung neben den dort weiter genannten Schutzgütern (Körper, Gesundheit, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung) herausgestellt.

Nach bisheriger Rechtslage waren Schmerzensgeldansprüche wegen Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Der Datenbestand einer Person (auf Platte oder im Speicher des Computers) wird unter Hinweis auf die informationelle Selbstbestimmung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt (vgl. Palandt-Sprau, 66. Aufl., § 823 Rn. 22 m.w.Nw). Seit der sog. Herrenreiter-Entscheidung sind Geldentschädigungen für Nichtvermögensschäden bei schwerwiegenden Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. Der BGH hat diesen Anspruch anfänglich auf eine Analogie zu § 847 a.F. gestützt, leitet ihn jetzt aber unmittelbar aus § 823 i.V.m Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ab (vgl. BGH NJW 1995, 861; NJW 2000, 2195; NJW 2005, 215). Tatsächlich wurde jedoch Schmerzensgeld wegen Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bislang nicht zugesprochen, so dass die bisherige Rechtslage insoweit unbefriedigend ist. Denn weitere Voraussetzung ist nach bisheriger Rechtsprechung, dass die Beeinträchtigung nach Art der Verletzung nicht in anderer Weise (Genugtuung durch Unterlassen, Gegendarstellung oder Widerruf) befriedigend ausgeglichen werden kann.

Durch die Einfügung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in § 253 Abs. 2 BGB oder, wie vorgeschlagen, eine eigenständige Entschädigungsregelung würde eine eigenständige Anspruchsgrundlage geschaffen, die auch bei niedrighwelligen Verletzungen und ohne Blick auf andere Kompensationsmöglichkeiten eine Billigkeitsentschädigung ermöglicht.

Es sollte sodann der Rechtsprechung überlassen bleiben, tragbare Anknüpfungskriterien für die Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes zu entwi-

ckeln. Bei Verletzungen der durch § 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter ist nach bisheriger Rechtsprechung eine präventive Wirkung des Schmerzensgeldes nur eine – wenn auch erwünschte – Nebenfolge des Schmerzensgeldes. Ob der vom BGH für vorsätzliche Verletzungen entwickelte Grundsatz, dass bei der Bemessung der Entschädigung aus Grundsätzen der Prävention auch der vom Schädiger erzielte oder angestrebte Gewinn zu berücksichtigen ist (BGH NJW 1995, 861), der bislang nur bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten im Rahmen des § 823 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG gewährt wurde, übertragen werden wird, bleibt abzuwarten – konsequent wäre dies.

## **cc. Ergänzende Regelungen nach Vorbild des neuen UrhebG**

- **Einführung des Instituts der Abmahnung (§ 97 a UrhebG)**

*(I.) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Nennung der Bezugsquelle und Löschung der personenbezogenen Daten sowie gffs. Auskunft, an wen die Daten weitergeben wurden, abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden.*

*(II.) Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 100 Euro.*

### Begründung:

Das Instrument der Abmahnung hat sich in anderen Bereichen des Rechts als hochgradig wirksam zur Eindämmung von Missbräuchen erwiesen.

Abmahnungen sind bereits jetzt im BGB vorgesehen bei Kündigungen aus wichtigem Grund von Dauerschuldverhältnissen (vgl. § 314 Abs. 2 BGB und § 543 Abs. 3 BGB).

Bislang fehlt es im Datenschutzrecht an einer entsprechenden Regelung zur Abmahnung und zur Begrenzung der entstandenen Kosten, wie sie nunmehr in § 97 UrhebG vorgesehen ist. Sie erscheint jedoch auch im Bereich des Datenschutzes sinnvoll, um einen angemessenen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu gewährleisten. Einerseits bestehen das Recht des Betroffenen, sich gegen Rechtsverletzungen zu wehren sowie die gesetzgeberische Intention, sich diese privaten Interessen zunutze zu machen, um Datenmissbräuche zu unterbinden. Andererseits besteht in Bagatellfällen auch ein berechtigtes Interesse des Verletzers, bei Abmahnungen für erste Rechtsverletzungen keine überzogenen Anwaltshonorare zu bezahlen; auch werden durch eine Deckelung die in anderen Bereichen beobachteten Abmahnungsmisbräuche verhindert.

## Systematische Verortung

Auch insoweit bietet sich eine Regelung im Bereich des Rechtes der unerlaubten Handlungen an. Die dort genannten Argumente tragen auch insoweit. Entsprechendes gilt für die nachfolgend aufgeführten Möglichkeiten der Übernahme von Rechten aus dem UrhebG.

- **Haftung des Inhabers eines Unternehmens (§ 99 UrhebG entsprechend)**

*Sind in einem Unternehmen von einem Arbeitgeber oder Beauftragten widerrechtlich personenbezogene Daten weitergegeben worden, hat der Verletzte die Ansprüche aus ... auch gegen den Inhaber des Unternehmens.*

- **Anspruch auf Vorlage (§ 101 a UrhebG entsprechend)**

*(1) Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit widerrechtlich personenbezogenen Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt hat, kann von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde in Anspruch genommen werden, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist. Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung, erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Soweit der vermeintliche Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.*

*(2) Der Anspruch nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.*

*(3) Die Verpflichtung zur Vorlage einer Urkunde oder zur Duldung der Besichtigung einer Sache kann im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 bis 945 der Zivilprozessordnung angeordnet werden. Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners erlassen wird.*

*(4) § 811 (des Bürgerlichen Gesetzbuchs) gilt entsprechend.*

*(5) Wenn keine Verletzung vorlag oder drohte, kann der vermeintliche Verletzer von demjenigen, der die Vorlage oder Besichtigung nach Absatz 1 begehrt hat, den Ersatz des ihm durch das Begehren entstandenen Schadens verlangen.*

- **Sicherung von Schadensersatzansprüchen (§ 101 b UrhebG entsprechend)**

*(1) <sup>1</sup>Der Verletzte kann den Verletzer bei einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung (in den Fällen des § 97 Abs. 2) auch auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen oder einen geeigneten Zugang zu den entsprechenden Unterlagen in Anspruch nehmen, die sich in der Verfü-*

gungsgewalt des Verletzers befinden und die für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich sind, wenn ohne die Vorlage die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs fraglich ist. <sup>2</sup>Soweit der Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.

(2) Der Anspruch nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.

(3) Die Verpflichtung zur Vorlage der in Absatz 1 bezeichneten Urkunden kann im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 bis 945 der Zivilprozessordnung angeordnet werden, wenn der Schadensersatzanspruch offensichtlich besteht. Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners erlassen wird.

(4) § 811 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie § 101 Abs. 8 gelten entsprechend.

### **3. Erweiterung des Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKIG)**

#### Regelungsvorschlag:

*UKlaG 2 b: Unterlassungsanspruch bei datenschutzwidrigen Praktiken*

*„Wer den Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten zuwiderhandelt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden“.*

#### Begründung:

In dem UKIG sind Verbandsklagen insbesondere zur Durchsetzung der materiell—rechtlichen Regelungen über die Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt. Der Anwendungsbereich könnte auf Unterlassungsansprüche aus dem Bereich des Schutzes personenbezogener Daten ergänzt werden, z.B. in § 2 b UKlaG n.F.. Auf diese Weise würde auch für den Bereich der informationellen Selbstbestimmung ein Instrument zur Verfügung gestellt, das sich, ebenso wie die Abmahnung, in anderen Rechtsgebieten als hochwirksam herausgestellt hat.

Als zusätzliche anspruchsberechtigte Stelle (§ 3 UKlaG) sollte der Datenschutzbeauftragte vorgesehen werden. Auf diese Weise werden auch dessen Rechte gestärkt, zudem kann er so auch – anders als der einzelne Verbraucher – schnell und wirksam gegen Massenphänomene im Bereiche des Datenmissbrauches vorgehen.

#### 4. Einführung eines Erfordernisses der schriftlichen Bestätigung von Verträgen, die aufgrund eines Telefonanrufes gegenüber einem Verbraucher zustande kommen

Nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Datenschutz stehend, gleichwohl aber zur Sicherung der Verbraucherrechte von Nöten ist ein weitergehender Schutz gegen durch Telefonwerber aufgedrängte Verträge. Nicht zu verkennen ist nämlich der de facto durchaus bestehende Zusammenhang: Mit rechtswidrig erworbenen Daten werden geschäftlich unerfahrene Verbraucher am Telefon überrumpelt. Die hier zur Eindämmung solcher Praktiken vorgeschlagene Maßnahme hätte gleichzeitig zur Folge, dass solcherlei Telefonmarketing-Aktionen unattraktiver würden; auf diese Weise würde auch das Interesse einschlägig tätiger Firmen an der Erlangung von Verbraucherdaten reduziert, so dass mittelbar durchaus eine datenschützende Wirkung zu erwarten wäre.

##### Regelungsvorschlag

###### *Vertragsschluss bei Telefongeschäften*

*(1) Ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch Telefonanruf bestimmt worden ist (Telefongeschäft), bedarf für seine Wirksamkeit der Genehmigung durch den Verbraucher in Textform.*

*(2) Der Unternehmer ist bis zur Erteilung der schriftlichen Zustimmung zum Widerruf berechtigt, jedoch nicht vor Ablauf von drei Tagen nach Abschluss des Vertrages.*

*(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf Verträge im Sinne des § 312b Abs. 3 Nr. 5 (BGB) sowie auf solche Telefongeschäfte, die sich auf eine nicht wiederkehrende Leistung beziehen, für die das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt.*

##### Begründung

Zwar sieht auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen eine Stärkung der Verbraucherrechte gegen unerlaubte Telefonanrufe vor. Der dort vorgesehene zivilrechtliche Schutz gegen im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unerlaubte Telefonanrufe ist jedoch insbesondere deswegen unzureichend, weil es dem Verbraucher die Last aufbürdet, sich durch Widerruf – soweit er denn zulässig ist – von dem Vertrag zu lösen. Jedoch wird gerade der Personenkreis, der sich bei unerlaubten Telefonanrufen zum Vertragsschluss verleiten lässt, häufig mit der Distanzierung von unerwünschten, möglicherweise nicht einmal tatsächlich erfolgten Vertragsschlüssen überfordert sein. Die Abschreckungswirkung der Widerspruchslösung erscheint daher nicht ausreichend.

Ein wirksamer individueller und zugleich präventiver Schutz vor belästigenden Anrufen wird sich nur erreichen lassen, wenn die Rechtsordnung Verträgen, die in Folge eines Werbeanrufes mit Verbrauchern zustande gekommen sind, nur bei einer ausdrücklichen Bestätigung in Textform (§ 126 b BGB) durch den Verbraucher erlaubt und Vertragsverhältnissen, die aufgrund unerlaubter Anrufe

tatsächlich oder vermeintlich begründet werden sollen, die Anerkennung versagt. Deswegen ist es geboten, die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses aufgrund eines unerwünschten Anrufs von einer Genehmigung in Textform durch den Verbraucher abhängig zu machen. Das erspart diesem die unzumutbare Last der Distanzierung von dem aufgedrängten Vertrag und wird – weil sich wirksame Vertragsverhältnisse mit dieser „Masche“ nicht mehr begründen lassen – unseriösen Unternehmen, die sich auf die unerlaubte telefonische Überumpelung spezialisiert haben, den rechtlichen Boden entziehen.

Nach der in Abs. 1 Satz 1 vorgesehenen Regelung ist der Vertragsschluss bei Telefongeschäften zunächst schwebend unwirksam. Die Parteien können aus ihm keine Rechte und Pflichten herleiten, sind aber an ihn gebunden. Genehmigt der Verbraucher den Vertrag in Textform, wird dieser von Anfang an wirksam (§ 184 BGB).

Das in Abs. 2 vorgesehene Widerrufsrecht trägt den berechtigten Interessen des Unternehmers Rechnung. Er kann sich von der Bindung an den Vertrag befreien, solange auch der Verbraucher noch nicht endgültig gebunden ist. Jedoch wird zum Schutz des Verbrauchers vorgesehen, dass der Unternehmer für die Dauer von drei Tagen an den bis dahin schwebend unwirksamen Vertrag gebunden ist. Binnen dieser Frist ist es auch auf dem Postwege bei normalem Postlauf für den Verbraucher möglich, seine Genehmigung zu erteilen.

Absatz 3 schränkt den sachlichen Anwendungsbereich der Norm durch zwei Ausnahmetatbestände ein. Ausgenommen werden Telefongeschäfte, die sich auf eine nicht widerkehrende Leistung beziehen, für die das Entgelt 40,- Euro nicht übersteigt. Diese Regelung orientiert sich an § 312 Abs. 3 Nr. 2 BGB, wonach das Widerrufs- oder Rückgaberecht bei Haustürgeschäften nicht besteht, wenn die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt 40,- Euro nicht übersteigt. In diesen Fällen ist, da sich der Verbraucher nicht längerfristig bindet und der Wert der Leistung gering ist, der Verzicht des Erfordernisses einer Genehmigung in Textform sachgerecht. Gleichzeitig erscheint es sachgerecht, die Vorschrift nicht auf Pizzabestellungen u.ä., die bei größeren Gesellschaften schnell Bestellwerte über 40,- Euro erreichen können, auszudehnen. Daher werden durch den Verweis auf § 312 b Abs. 3 Nr. 5 BGB auch Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von Unternehmern im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden, ausgenommen.

### Systematische Verortung

Die Regelung sollte im Buch 2, Abschnitt 3, Titel 1, Untertitel 2. Besondere Vertriebsformen verortet werden. Aus sachsystematischen Gründen erscheint eine Regelung in § 312 e BGB-neu vorzugswürdig; die bisherigen § 312 e) und f) BGB würden dann zu § 312 f) und g).