

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

A. Problem und Ziel

Unerwünschte Telefonwerbung hat sich in der letzten Zeit zu einem die Verbraucherinnen und Verbraucher erheblich belästigenden Problem entwickelt. Bereits nach geltendem Recht ist Werbung mit unerwünschten Telefonanrufen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern unlauter und damit rechtswidrig, wenn sie ohne deren Einwilligung erfolgt. Die Durchsetzung des geltenden Rechts stößt in der Praxis allerdings auf Schwierigkeiten. Diesem Zustand soll entgegengewirkt werden. Darüber hinaus klagen Verbraucherinnen und Verbraucher über vermeintlich oder tatsächlich „untergeschobene“ Verträge, insbesondere im Zusammenhang mit Telefonwerbung, aber auch im Zusammenhang mit sogenannten Kostenfallen im Internet. Gegen die hieraus resultierenden Folgen sollen sich Verbraucherinnen und Verbraucher besser zur Wehr setzen können.

B. Lösung

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll es Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglicht werden, sich mittels eines Widerrufs von bestimmten, insbesondere am Telefon geschlossenen Verträgen zu lösen. Dies gilt zum einen für telefonisch geschlossene Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über die Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen. Zum anderen soll Verbraucherinnen und Verbrauchern bei allen Fernabsatzverträgen über die Erbringung von Dienstleistungen noch bis zur vollständigen Vertragserfüllung ein Widerrufsrecht zustehen, wenn keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung vorliegt. Bei Ersetzung eines bestehenden Dauerschuldverhältnisses durch ein neues unter Verwendung besonderer Vertriebsformen soll zusätzlich die Kündigung des bestehenden Vertrags oder die Vollmacht dazu der Textform bedürfen. Weiterhin sollen Verstöße gegen das bestehende Verbot der unerlaubten Telefonwerbung künftig mit einer Geldbuße geahndet werden können. Schließlich soll die Rufnummernunterdrückung bei Werbung mit einem Telefonanruf verboten werden, und Verstöße hiergegen sollen ebenfalls mit einer Geldbuße geahndet werden können.

C. Alternativen

Keine

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand

Keine

2. Vollzugaufwand

Durch den Gesetzentwurf werden zwei neue Bußgeldregelungen eingeführt. Als zuständige Behörde für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten ist die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) vorgesehen. Mit der Übertragung der Aufgaben auf die BNetzA entsteht Personalmehrbedarf im höheren, gehobenen und mittleren Dienst. Hierfür fallen Personalausgaben von jährlich etwa 750 000 Euro an. Hinzu kommen Sachausgaben von jährlich rund 150 000 Euro. Der Personalmehrbedarf im mittleren Dienst erfolgt durch Umschichtung innerhalb der BNetzA. Ein Teil des Aufwands, der mit der Durchführung eines Bußgeldverfahrens verbunden ist, könnte gedeckt werden aus Einnahmen durch Geldbußen und aus der Pflicht der Betroffenen, bei Auferlegung einer Geldbuße die Kosten des Verfahrens zu tragen. Eine Quantifizierung dieser Einnahmen ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Über weitere Einzelheiten des personellen und sächlichen Bedarfs wird im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Bundeshaushalts 2009 entschieden.

Im Fall von gerichtlichen Bußgeldverfahren sind Auswirkungen auf die Länder nicht ausgeschlossen.

E. Sonstige Kosten

Kostensteigerungen sind nicht zu erwarten. Auf Grund der klarstellenden Regelung, dass ein Werbeanruf nur bei einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung in den jeweiligen Anruf rechtmäßig ist, entsteht möglicherweise ein erhöhter Dokumentationsaufwand bei den betroffenen Unternehmen. Damit eventuell verbundene, nicht näher bezifferbare Mehrkosten müssen jedoch im Interesse der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung hingenommen werden. Dasselbe gilt in Bezug auf etwaige Mehrkosten durch die Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen in den Fällen, die bisher vom Widerrufsrecht ausgenommen sind, sowie durch das Textformerfordernis für die Kündigung oder die Vollmacht dazu im Fall der Ersetzung eines bestehenden Dauerschuldverhältnisses durch ein neues unter Verwendung besonderer Vertriebsformen. Geringfügige Einzelpreisänderungen können nicht ausgeschlossen werden. Auswirkungen auf das allgemeine Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind aber nicht zu erwarten.

F. Bürokratiekosten

Hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzentwurf neue Informationspflichten im Sinne des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (NKR-Gesetz) schafft, besteht noch Prüfungsbedarf.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 30. Oktober 2008

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung
und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen
Vertriebsformen

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Abs. 1 NKRG ist
als Anlage 2 beigelegt.

Der Bundesrat hat in seiner 847. Sitzung am 19. September 2008 gemäß Artikel 76
Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus
Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates
und die Stellungnahme der Bundesregierung zur Stellungnahme des Nationalen
Normenkontrollrates sind als Anlage 4 beigelegt.

Mit freundlichen Grüßen



Anlage 1

**Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung
und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1**Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 4. Juli 2008 (BGBl. I S. 1188), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 312f durch folgende Angaben ersetzt:

„§ 312f Kündigung und Vollmacht zur Kündigung
§ 312g Abweichende Vereinbarungen“.

2. § 312d wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“

- b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

- aa) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,“.

- bb) Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,“.

- c) In Absatz 6 wird das Wort „Finanzdienstleistungen“ durch das Wort „Dienstleistungen“ ersetzt.

3. Nach § 312e wird folgender § 312f eingefügt:

„§ 312f
Kündigung und Vollmacht zur Kündigung

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.“
4. Der bisherige § 312f wird § 312g.

Artikel 2**Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb**

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3367), wird wie folgt geändert:

1. § 7 Abs. 2 Nr. 2 wird wie folgt gefasst:

„2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung;“.

2. Die Überschrift von Kapitel 4 wird wie folgt gefasst:

„Kapitel 4
Straf- und Bußgeldvorschriften“.

3. Die Überschrift von Kapitel 5 wird gestrichen.

4. Die §§ 20 bis 22 werden durch folgenden § 20 ersetzt:

„§ 20
Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf wirbt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.“

Artikel 3

Änderung des Telekommunikationsgesetzes

Das Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198), wird wie folgt geändert:

1. § 102 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 Satz 3 wird aufgehoben.
 - b) Nach Absatz 1 werden folgende Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 dürfen Anrufer bei Werbung mit einem Telefonanruf ihre Rufnummernanzeige nicht unterdrücken oder bei dem Diensteanbieter veranlassen, dass diese unterdrückt wird. Abweichend von § 66j Abs. 2 Satz 1 dürfen Anrufer bei Werbung mit einem Telefonanruf auch die Rufnummer der Person, in deren Namen oder Auftrag die Werbung mit einem Telefonanruf erfolgt, aufsetzen und in das öffentliche Telefonnetz übermitteln. § 66j Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.“

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Diensteanbieter, die ihre Dienste nur den Teilnehmern geschlossener Benutzergruppen anbieten.“
 - c) Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden die Absätze 4 und 5.
 - d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 6 und in Satz 2 wird die Angabe „Absatz 1 Satz 3“ durch die Angabe „Absatz 3“ ersetzt.
 - e) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 7 und die Wörter „Absätze 1 und 4“ werden durch die Wörter „Absätze 1 bis 3 und 6“ ersetzt.
 - f) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 8.
2. § 149 wird wie folgt geändert:
 - a) In Absatz 1 wird nach Nummer 17 folgende Nummer 17a eingefügt:

„17a. entgegen § 102 Abs. 2 Satz 1 die Rufnummernanzeige unterdrückt oder veranlasst, dass diese unterdrückt wird,“.

- b) In Absatz 2 Satz 1 wird die Angabe „in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 16 bis 18“ durch die Angabe „in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 16, 17, 18“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung

Anlage 2 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2002 (BGBl. I S. 3002), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 4. März 2008 (BGBl. I S. 292) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Im Gestaltungshinweis 6 wird das Wort „Finanzdienstleistungen“ durch das Wort „Dienstleistungen“ ersetzt.
2. Im Gestaltungshinweis 9 werden die beiden Hinweise zu einem Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem jeweils einleitenden Satzteil durch folgenden Wortlaut ersetzt:

„Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das für einen Fernabsatzvertrag über die Erbringung einer Dienstleistung gilt, ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

„Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.““

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Anlass und Ziel des Gesetzentwurfs

Die Belästigung von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch unerwünschte Telefonwerbung hat sich in der letzten Zeit zu einem erheblichen Problem entwickelt. Besonders beklagt wird unerwünschte Telefonwerbung in den Bereichen Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen und Telekommunikationsdienstleistungen.

Bereits nach geltendem Recht (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 erste Alternative des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG) ist Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern unlauter und damit rechtswidrig, wenn sie ohne deren Einwilligung erfolgt. Die Durchsetzung des geltenden Rechts stößt in der Praxis allerdings auf Schwierigkeiten. Oftmals liegen die erforderlichen Angaben gar nicht oder jedenfalls nicht in der für eine gerichtliche Auseinandersetzung notwendigen Form vor. Dies gilt in besonderer Weise, wenn die Anrufenden von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Rufnummer zu unterdrücken.

Diesem Zustand soll gesetzgeberisch entgegengewirkt werden. Der Gesetzentwurf will es Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglichen, sich besser gegen unerwünschte Telefonwerbung zur Wehr zu setzen und sich in bestimmten, von Telefonwerbung besonders betroffenen Bereichen von Vertragserklärungen zu lösen, die sie im Rahmen eines Telefonats abgegeben haben.

Darüber hinaus sollen Verbraucherinnen und Verbraucher bei allen besonderen Vertriebsformen, insbesondere bei Fernabsatzgeschäften, besser vor den Folgen solcher Verträge geschützt werden, die ihnen etwa im Rahmen einer Werbung mit einem Telefonanruf oder über eine sogenannte Kostenfalle im Internet „untergeschoben“ worden sind. Dies betrifft sowohl Fälle, in denen Verbraucherinnen und Verbraucher einen Vertrag geschlossen haben, den sie nicht schließen wollten, als auch Konstellationen, in denen Unternehmerinnen und Unternehmer einen Vertragsschluss lediglich behaupten.

II. Wesentlicher Inhalt

Gegenstand des Gesetzentwurfs sind folgende Regelungen:

1. Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Unseriöse Anbieter (insbesondere von Telekommunikationsdiensten) betreiben unerlaubte Telefonwerbung vor allem mit dem Ziel, Verbraucherinnen und Verbraucher zu einem Vertragsabschluss (insbesondere zu einem Anbieter- oder Tarifwechsel) zu veranlassen. Auch in anderen Lebensbereichen, in denen Verbraucherinnen und Verbraucher mit Unternehmerinnen und Unternehmern Dauerschuldverhältnisse unter Verwendung besonderer Vertriebsformen abschließen, werden solche und ähnliche unlautere Geschäftspraktiken eingesetzt. Verbraucherinnen und Verbraucher berichten in diesem Zusammenhang immer wieder, man habe ihnen den Vertragsschluss (insbesondere den Anbieter- oder Tarifwechsel) einfach durch Übersendung einer „Auf-

tragsbestätigung“ nach dem Werbetelefonat „untergeschoben“. Zudem nutzen einige unseriöse Unternehmerinnen und Unternehmer die Regelung des § 312d Abs. 3 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) aus, um Verbraucherinnen und Verbrauchern im Internet (Abonnement-)Verträge „unterzuschieben“. Zur Bekämpfung dieser Missstände sind folgende Maßnahmen vorgesehen:

Zum einen soll künftig das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen nicht nur bei Finanzdienstleistungen, sondern bei allen Dienstleistungen erst dann erlöschen, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, bevor dieser oder diese den Vertrag widerrufen hat. Nach geltendem Recht steht Verbraucherinnen und Verbrauchern bei sonstigen Dienstleistungen im Falle vorzeitiger Leistungserbringung mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung oder auf ihre Veranlassung überhaupt kein Widerrufsrecht mehr zu. Der Gesetzentwurf hingegen sieht vor, dass sich Verbraucherinnen und Verbraucher von Fernabsatzverträgen über die Erbringung von Dienstleistungen noch bis zur vollständigen Vertragserfüllung durch beide Vertragsparteien lösen können, wenn sie vorher nicht ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht belehrt worden sind. Wertersatz für die bis zur Ausübung des Widerrufsrechtes erbrachte Dienstleistung sollen sie nur schulden, wenn sie vor Abgabe ihrer Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden sind und trotz dieses Hinweises der Ausführung der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt haben. Bei „untergeschobenen“ Verträgen, z. B. aufgrund von unerlaubter Telefonwerbung oder aufgrund von „Kostenfallen“ im Internet, leisten Unternehmerinnen und Unternehmer damit auf eigene Rechnung, solange der Vertrag noch nicht vollständig erfüllt ist. Dies erscheint als Sanktion ausreichend. Die Regelung soll unabhängig davon gelten, ob es sich um eine Zwei- (= Tarifwechsel) oder Dreipersonenkonstellation (= Anbieterwechsel) handelt.

Zum anderen soll allgemein für die besonderen Vertriebsformen festgeschrieben werden, dass die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses (etwa eines Energielieferungsvertrages) oder die Vollmacht dazu in bestimmten Fällen der Textform bedarf. Begründet ein Unternehmer oder eine Unternehmerin mit einem Verbraucher oder einer Verbraucherin unter Verwendung besonderer Vertriebsformen (etwa Fernabsatz) ein Dauerschuldverhältnis, das ein bestehendes gleichartiges Dauerschuldverhältnis ersetzt, ist die von Seiten des Verbrauchers oder der Verbraucherin erfolgende Kündigung grundsätzlich formlos möglich. Gleiches gilt für die Vollmacht zur Kündigung. Dies soll sich im Interesse eines effektiven Verbraucherschutzes ändern. Mit dem beabsichtigten Textformerfordernis wird das „Unterschieben“ von Verträgen erschwert und Verbraucherinnen und Verbrauchern deutlicher als bisher vor Augen geführt, dass sie bei Widerruf des neu abgeschlossenen Vertrages dennoch an die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses gebunden bleiben, sie also weder den alten noch den neuen Vertrag haben. Schließlich werden bestimmte bisher bestehende Ausnahmen vom Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen gemäß § 312b ff. BGB beseitigt. Dieses Widerrufs-

recht beruht auf verbindlichen Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft und berücksichtigt die besondere Schutzbedürftigkeit von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei bestimmten Geschäften. Bisher sind jedoch in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben Verträge zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen vom Widerrufsrecht ausgenommen (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 und 4 BGB). Da offenbar gerade diese Geschäfte in großem Umfang Gegenstand unerlaubter Telefonwerbung sind, sollen diese Ausnahmen für telefonisch von Verbraucherinnen und Verbrauchern abgegebene Vertragserklärungen beseitigt werden.

2. Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Bei Verstößen gegen das bestehende Verbot der unerlaubten Telefonwerbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 erste Alternative UWG droht künftig eine Geldbuße von bis zu fünfzigtausend Euro. Zudem wird der Gesetzestext dahingehend präziser gefasst, dass Werbeanrufe nur dann zulässig sind, wenn der Verbraucher oder die Verbraucherin ausdrücklich vorher eingewilligt hat, und nicht schon, wenn sich eine Einwilligung schlüssig aus seinem oder ihrem Verhalten ergibt.

3. Änderung des Telekommunikationsgesetzes

In das Telekommunikationsgesetz (TKG) wird ein Verbot der Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen aufgenommen. Verstöße gegen dieses Verbot können mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.

4. Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung

Die Anlage 2 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung (Muster für die Widerrufsbelehrung) ist an die Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch anzupassen.

III. Problem der „untergeschobenen“ Betreiber-vorauswahl (Preselection)

Eine Sonderregelung für Fälle der „untergeschobenen“ Betreiber-vorauswahl enthält der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes. Die Regelung, deren Anwendungsbereich auf den Telekommunikationssektor beschränkt ist, steht in engem Zusammenhang mit dem durch diesen Gesetzentwurf verfolgten Zweck, Verbraucherinnen und Verbraucher besser vor „untergeschobenen“ Verträgen zu schützen (siehe unter Abschnitt II Nr. 1). Sie setzt jedoch – anders als die vorgesehene Widerrufsregelung im BGB – nicht bei dem mit dem anderen Anbieter zustande kommenden Vertrag über die Einstellung der Betreiber-vorauswahl (Preselection-Vertrag) an, sondern bei dem Wunsch der Teilnehmerin oder des Teilnehmers nach einer Umstellung der Betreiber-vorauswahl. In der Sache handelt es sich um ein Textformerfordernis für die Erklärung der Teilnehmerin oder des Teilnehmers an ihren bzw. seinen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, eine Umstellung der Betreiber-vorauswahl auf einen anderen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen vorzunehmen. Ein solcher Wunsch der Teilnehmerin oder des Teilnehmers nach tatsächlicher Umstellung wird in der Praxis regelmäßig von dem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen übermittelt, auf den die Betreiber-vorauswahl umgestellt werden soll. Durch das Textformerfordernis soll verhindert werden, dass die Betreiber-vorauswahl

auf eigenmächtigen Zuruf eines Anbieters von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit umgestellt wird, obwohl die Teilnehmerin oder der Teilnehmer dies nicht wünscht. Dazu ist es – wie zahlreiche Verbraucherbeschwerden zeigen – in der Vergangenheit häufiger gekommen.

Gemäß § 312d Abs. 3 BGB (neu) werden Verbraucherinnen und Verbraucher in Zukunft einen „untergeschobenen“ Vertrag über die Erbringung von Verbindungsleistungen mittels Betreiber-vorauswahl widerrufen können. Die Regelung im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes sorgt zusätzlich dafür, dass sich die Teilnehmerin oder der Teilnehmer nicht mehr um eine Rückumstellung der Betreiber-vorauswahl kümmern muss, da die Umstellung von vornherein nur erfolgt, wenn ihr bzw. sein Wunsch nach tatsächlicher Umstellung in Textform vorliegt.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich hinsichtlich der Artikel 1 und 4 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der BGB-Informationspflichten-Verordnung) aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes – GG (bürgerliches Recht) und im Übrigen aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft). Hauptzweck des Gesetzentwurfs ist die Verbesserung der Situation der Verbraucherinnen und Verbraucher. Diese sollen in die Lage versetzt werden, sich in Zukunft gegen unerlaubte Telefonwerbung und ihre Folgen besser wehren zu können. Daneben dient der Gesetzentwurf auch dem Schutz der Mitbewerber und Mitbewerberinnen sowie der sonstigen Marktteilnehmer und -teilnehmerinnen vor unlauterem Wettbewerb durch unerlaubte Telefonwerbung. Bestimmungen über den wirtschaftlichen Wettbewerb und den Verbraucherschutz fallen unter das Recht der Wirtschaft im Sinne des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (BVerfGE 26, 246, 254).

Die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit macht im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung im Sinne des Artikels 72 Abs. 2 GG erforderlich. Die Regelungen eines lauterkeitsrechtlichen Verbots von Telefonwerbung gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung, eines Verbots der Rufnummernunterdrückung bei Werbung mit einem Telefonanruf sowie die bei Verstoß gegen diese Verbote vorgesehenen Bußgeldtatbestände müssen bundesweit einheitlich erfolgen. Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene würde den Rechtsverkehr dazu zwingen, sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen einzustellen. Eine solche Rechtszersplitterung würde zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Dies ist insbesondere im Bereich der Ordnungswidrigkeiten nicht hinnehmbar. Unterschiedliche Regelungen in diesen Bereichen würden zu unzumutbaren Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr führen.

Nach Artikel 87 Abs. 3 Satz 1 GG können für Angelegenheiten, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat, selbständige Bundesoberbehörden und neue unmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz errichtet werden. Die Vorschrift ermöglicht es auch, eine neue Aufgabe auf bereits bestehende Bundesoberbehörden und bundesunmittelbare Rechtsträger zu übertragen, wenn es sich um eine Aufgabe handelt, die nach ihren typischen

Merkmale von einer für das gesamte Bundesgebiet zuständigen zentralen Stelle erledigt werden kann. Dies ist bei der Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung der Fall, da sich Hinweise darauf schriftlich, über telefonische Anzeigen oder mittels Eingaben auf der Internetseite der Behörde entgegennehmen lassen und das Bußgeldverfahren auch im Übrigen schriftlich erfolgen kann. Daher kann der Bund der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) die Aufgabe der Verfolgung des neuen Bußgeldtatbestandes in § 20 UWG zur Herausbildung einer einheitlichen Verfolgungspraxis zuweisen.

V. Gesetzesfolgenabschätzung

Die Neuregelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Telekommunikationsgesetz erhöhen den Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern vor unerlaubter Telefonwerbung und vor sogenannten untergeschobenen Verträgen. Die betroffenen Wirtschaftskreise werden sich auf die neue Rechtslage einstellen müssen; insbesondere müssen laufende Werbekampagnen oder Marketing- und Vertriebskonzepte daraufhin überprüft werden, ob sie mit den Einzelregelungen des neuen Rechts im Einklang stehen. Das kann vorübergehend zu gewissen Kostensteigerungen führen. Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind aber nicht zu erwarten.

VI. Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Durch den Gesetzentwurf werden zwei neue Bußgeldregelungen eingeführt. Als zuständige Behörde für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten ist die BNetzA vorgesehen. Diese wird in der Praxis regelmäßig tätig werden, wenn sie von den betroffenen Verbraucherinnen und Verbrauchern oder den Verbraucherzentralen Kenntnis erlangt über die konkreten Umstände einer solchen Ordnungswidrigkeit. Zurzeit wenden sich Verbraucherinnen und Verbraucher mit Beschwerden über unerlaubte Telefonwerbung in vielen Fällen an die Verbraucherzentralen. Bei diesen gehen jährlich etwa 60 000 Beschwerden über unerwünschte Werbeanrufe ein. Die Zahl der von Telefonwerbung betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher dürfte weitaus höher sein, da sich erfahrungsgemäß nur ein geringer Anteil der Betroffenen an die Verbraucherzentralen wendet. Es ist zu erwarten, dass sich zumindest ein erheblicher Teil dieser aktiv werdenden Verbraucherinnen und Verbraucher in Zukunft an die BNetzA wenden wird. Mit der Übertragung der Aufgaben entsteht Personalmehrbedarf im höheren, gehobenen und mittleren Dienst. Auf der Grundlage eines angenommenen Arbeitsvolumens von 60 000 Beschwerden, die pro Jahr bei der BNetzA erhoben werden, fallen Personalmehrausgaben von jährlich etwa 750 000 Euro an. Hinzu kommen Sachausgaben von jährlich rund 150 000 Euro. Der Personalbedarf im mittleren Dienst wird durch Umschichtung innerhalb der BNetzA gedeckt. Für die Bearbeitung der zusätzlichen Aufgaben ist nach Einschätzung der BNetzA darüber hinaus voraussichtlich Personal in Höhe von vier Stellen/Planstellen des höheren und neun Stellen/Planstellen des gehobenen Dienstes erforderlich. Diese Einschätzung beruht auf den Erfahrungen der BNetzA bei der Bekämpfung von Rufnummernmissbrauch und im Rahmen der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten. Hierbei ist zu bedenken, dass die Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung dann einen weite-

ren erheblichen Aufwand verursacht, wenn die Rufnummer der anrufenden Person unterdrückt worden ist.

Ein Teil des Aufwands, der mit der Durchführung eines Bußgeldverfahrens verbunden ist, könnte gedeckt werden aus Einnahmen durch Geldbußen und aus der Pflicht der Betroffenen, die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn ihnen eine Geldbuße auferlegt wird. Eine Quantifizierung dieser Einnahmen ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

Über weitere Einzelheiten des personellen und sächlichen Bedarfs wird im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Bundeshaushaltes 2009 entschieden.

VII. Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung

Aus gleichstellungspolitischer Sicht sind die Regelungen neutral.

VIII. Bürokratiekosten

Hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzentwurf neue Informationspflichten im Sinne des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (NKR-Gesetz) schafft, besteht noch Prüfungsbedarf.

IX. Vereinbarkeit mit europäischem Recht

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der europäischen Union vereinbar.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Die Inhaltsübersicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist anzupassen, da ein neuer § 312f BGB eingefügt wird.

Zu Nummer 2 (§ 312d BGB)

Zu Buchstabe a (Absatz 3)

Durch die Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB wird erreicht, dass das Widerrufsrecht zukünftig bei allen Dienstleistungen erst dann erlischt, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, bevor dieser oder diese den Vertrag widerrufen hat. Dies entspricht der bisher nur für Finanzdienstleistungen geltenden Regelung in § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB. Bisher kam es bei sonstigen Dienstleistungen bereits dann zum Erlöschen des Widerrufsrechtes, wenn der Unternehmer oder die Unternehmerin mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers oder der Verbraucherin vor Ende der Widerrufsfrist begonnen oder der Verbraucher oder die Verbraucherin die Ausführung selbst veranlasst hat. Das Erlöschen des Widerrufsrechtes zu diesem frühen Zeitpunkt hat sich in der Praxis als zu weitgehend erwiesen und kritikwürdige Geschäftsmodelle gerade auch im Zusammenhang mit unerlaubter Telefonwerbung und sogenannten Kostenfallen im Internet erleichtert.

Gerade bei telefonisch oder über das Internet abgeschlossenen Fernabsatzverträgen über sonstige Dienstleistungen

handelt es sich oftmals um Dauerschuldverhältnisse. Dies gilt etwa für Verträge über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten (z. B. Tarifwechsel oder Anbieterwechsel) sowie für Abonnements von Dienstleistungen, die über das Internet erbracht werden. Einige unseriöse Internetanbieter nutzen offensichtlich gezielt die bisher für sonstige Dienstleistungen geltende Regelung in § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB aus. Sie haben sich darauf spezialisiert, Verbraucherinnen und Verbrauchern Abonnementverträge über sonstige Dienstleistungen unterzuschieben. Dies geschieht etwa anlässlich der Inanspruchnahme eines vermeintlich kostenlosen Angebotes oder anlässlich der angeblich unverbindlichen Teilnahme an einem Gewinnspiel. Das Verhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher, die regelmäßig darüber im Unklaren gelassen werden, dass es sich um eine entgeltpflichtige Leistung handelt, wird im Streitfall als ausdrückliche Zustimmung zur (zunächst teilweisen) Ausführung der Dienstleistung oder als deren Veranlassung dargestellt. Gerade bei den genannten Dauerschuldverhältnissen hat die nach geltendem Recht unterschiedliche Regelung in § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB einerseits und § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB andererseits praktische Auswirkungen.

Bei sonstigen Dienstleistungen erlischt das Widerrufsrecht nach geltendem Recht bereits dann, wenn der Unternehmer oder die Unternehmerin mit Zustimmung des Verbrauchers oder der Verbraucherin mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hat. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, NJW 2006, 1971, 1974) auch dann, wenn der Verbraucher oder die Verbraucherin über diese Rechtsfolge nicht oder unzureichend belehrt wurde. Der Verbraucher oder die Verbraucherin ist dann auf Schadensersatzansprüche oder sonstige Rechte, wie etwa die Anfechtung des Vertrages, angewiesen, die deutlich schwerer durchzusetzen sind als das Widerrufsrecht. Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen erlischt das Widerrufsrecht nach geltendem Recht demgegenüber erst dann, wenn der Vertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, ohne dass das Widerrufsrecht ausgeübt wurde. Bei Dauerschuldverhältnissen ist dies erst nach vollständiger Abwicklung der Fall. Bis dahin hat der Verbraucher oder die Verbraucherin ein Widerrufsrecht von 14 Tagen oder einem Monat. Erkennt er oder sie also erst aufgrund der Widerrufsbelehrung in Textform, dass überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde, kann der Vertrag innerhalb der genannten Fristen widerrufen werden. Diese Regelung soll nunmehr auf alle Fernabsatzverträge über Dienstleistungen erstreckt werden.

Die Neuregelung stellt sicher, dass die erstmalige Inanspruchnahme einer sonstigen Dienstleistung nicht gleich zum Erlöschen des Widerrufsrechtes und damit zu einer dauerhaften Bindung führt. Zukünftig steht den Verbraucherinnen und Verbrauchern innerhalb der Widerrufsfrist bis zur vollständigen Vertragserfüllung durch beide Vertragsparteien ein Widerrufsrecht zu, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Anbieter- oder Tarifwechsel handelt. Im Fall des Widerrufs müssen Verbraucherinnen und Verbraucher für die bis dahin erbrachte Dienstleistung nur dann Wertersatz leisten, wenn sie vor Abgabe ihrer Vertragserklärung auf die Wertersatzpflicht hingewiesen worden sind und dennoch einer Ausführung der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt haben.

Ergänzt wird die Vorschrift durch eine Neuregelung der Wertersatzpflicht bei Widerruf (unten zu Buchstabe c) und – speziell für die Fälle des Anbieterwechsels – durch ein Textformerfordernis für die Kündigung des Altvertrages (unten zu Nummer 3).

Zu Buchstabe b (Absatz 4)

Durch die Ergänzung der Nummern 3 und 4 des § 312d Abs. 4 BGB in Artikel 1 wird sichergestellt, dass Verbraucherinnen und Verbrauchern, die ihre Vertragserklärung zum Abschluss eines Vertrages über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten (Nummer 3) oder die Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen (Nummer 4) telefonisch abgegeben haben, ein Widerrufsrecht oder gegebenenfalls Rückgaberecht gemäß § 312d Abs. 1 BGB zusteht. Bislang ist für die in § 312d Abs. 4 BGB genannten Verträge ein Widerrufsrecht ausgeschlossen, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

Eine solche anderweitige Bestimmung findet sich lediglich für Zeitschriftenabonnements als Ratenlieferungsverträge in § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach steht Verbraucherinnen und Verbrauchern unter anderem bei Verträgen über die regelmäßige Lieferung von Sachen gleicher Art ein Widerrufsrecht zu. Dieses Widerrufsrecht ist aber nur gegeben, wenn die für Verbrauchercredite geltende Bagatellgrenze von 200 Euro überschritten wird, wobei es hier auf die Summe aller vom Verbraucher oder von der Verbraucherin bis zum frühesten Kündigungszeitpunkt zu entrichtenden Teilzahlungen ankommt, § 505 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Eine Regelungslücke besteht im Bereich der Zeitschriftenabonnements für Verträge, die diesen Betrag nicht erreichen. Diese Regelungslücke lässt sich zielgerichtet nicht durch eine Änderung des § 505 BGB schließen. Die genannte Vorschrift stellt auf das Vorliegen eines Ratenlieferungsvertrages ab und setzt keinen Fernabsatzvertrag voraus. Im Zuge unerlaubter Telefonwerbung geschlossene Verträge sind aber stets Fernabsatzverträge, so dass zielgerichtete Regelungen bei den Ausnahmetatbeständen des § 312d Abs. 4 BGB ansetzen sollten.

Diese Ausnahmetatbestände sind zwar unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen von Verbraucherinnen und Verbrauchern sowie Unternehmerinnen und Unternehmern grundsätzlich gerechtfertigt. Sie beruhen darauf, dass der Verbraucher bzw. die Verbraucherin dem Unternehmer bzw. der Unternehmerin nach Ausübung des Widerrufsrechts nur einen Gegenstand zurückgeben kann, der für den Unternehmer bzw. die Unternehmerin wirtschaftlich weitgehend wertlos ist. Die Ausnahmen entsprechen auch der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19), die entsprechende Ausnahmen vom Widerrufsrecht in Artikel 6 Abs. 3 vorsieht.

Eine generelle Beseitigung dieser Ausnahmen kann daher nicht befürwortet werden. Gleichwohl sprechen gewichtige Gründe für die Annahme, dass gerade hinsichtlich der von den Ausnahmen erfassten Verträge zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen in großem Umfang unerlaubte Telefonwerbung betrieben wird. So lässt sich einer Untersuchung der forsa Gesellschaft für Sozialfor-

schung und statistische Analysen mbH (forsa-Institut) vom August 2007 entnehmen, dass unerwünschte Werbeanrufe von 53 Prozent der Angerufenen der Wirtschaftsbranche „Lotterien oder Tippgemeinschaften“ zugeordnet wurden sowie von 25 Prozent der Angerufenen dem Bereich „Zeitungen oder Zeitschriften“ (Mehrfachnennungen waren möglich).

Daher erscheint es sachgerecht, hier eine Rückausnahme für telefonisch von Verbraucherinnen und Verbrauchern abgegebene Vertragserklärungen vorzusehen. Eine Beschränkung der Rückausnahme auf im Zuge unerlaubter Werbetelefonate abgegebene Vertragserklärungen wäre zu kompliziert und erscheint auch wegen der damit verbundenen Beweisprobleme nicht sinnvoll. Durch die Rückausnahme ist sichergestellt, dass Verbraucherinnen und Verbrauchern bei telefonisch geschlossenen Verträgen über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten und die Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB oder gegebenenfalls ein Rückgaberecht gemäß § 356 BGB zusteht. Die Widerrufsfrist von zwei Wochen (oder einem Monat bei Belehrung in Textform erst nach Vertragsschluss, was bei telefonisch geschlossenen Verträgen regelmäßig der Fall sein dürfte) beginnt nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem Verbraucherinnen und Verbrauchern eine deutlich gestaltete Widerrufsbelehrung, die ihnen ihre Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist. Damit verbleibt ihnen bei diesen Geschäften eine ausreichende Bedenkzeit, und sie erhalten die Möglichkeit, sich nachträglich von ihrer Vertragserklärung zu lösen.

Die vorgeschlagene Regelung ist europarechtlich unbedenklich. Zwar sieht Artikel 6 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG) vor, dass Verbraucherinnen und Verbrauchern unter anderem bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten bzw. die Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen kein Widerrufsrecht zusteht, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Jedoch erlaubt Artikel 14 der Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich, strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für Verbraucherinnen und Verbraucher sicherzustellen.

Zu Buchstabe c (Absatz 6)

Bei der Änderung des § 312d Abs. 6 BGB handelt es sich um eine Folgeänderung zu der Neufassung von § 312d Abs. 3 BGB. Danach erlischt das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über sämtliche Dienstleistungen zukünftig erst dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt worden ist, bevor das Widerrufsrecht ausgeübt wurde. Bisher gilt diese Regelung nur für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen. Bei sonstigen Dienstleistungen erlischt das Widerrufsrecht nach geltendem Recht (§ 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB) bereits dann, wenn der Unternehmer oder die Unternehmerin mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers oder der Verbraucherin vor Ende der Widerrufsfrist begonnen oder der Verbraucher bzw. die Verbraucherin die Ausführung der Dienstleistung selbst veranlasst hat.

In Anbetracht der Neuregelung zum Erlöschen des Widerrufsrechtes (§ 312d Abs. 3 BGB) ist jetzt auch zu regeln, ob

und unter welchen Voraussetzungen Verbraucherinnen und Verbraucher eine Gegenleistung dafür schulden, dass sie bis zum Widerruf die sonstige Dienstleistung genutzt haben oder nutzen konnten. Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen sieht § 312d Abs. 6 BGB als Ausgleich für den späteren Erlöschenszeitpunkt unter bestimmten Voraussetzungen eine Wertersatzpflicht der Verbraucherinnen und Verbraucher vor. Diese haben abweichend von § 357 Abs. 1 BGB Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt zu leisten, wenn sie vor Abgabe der Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden sind und wenn sie (nach diesem Hinweis) ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer bzw. die Unternehmerin vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Finanzdienstleistung beginnt. Diese Regelung ist sachgerecht. Nur Verbraucher oder Verbraucherinnen, die in Kenntnis der Wertersatzpflicht einer Ausführung der Finanzdienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist zustimmen, sind auch zum Wertersatz verpflichtet. Damit ist sichergestellt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher, welche die Finanzdienstleistung sofort (also vor Ende der Widerrufsfrist) in Anspruch nehmen wollen, dies auch können. Denn Unternehmerinnen und Unternehmer müssen im Fall eines ordnungsgemäßen Hinweises auf die Wertersatzpflicht nicht befürchten, ihre noch vor Ablauf der Widerrufsfrist erbrachten Finanzdienstleistungen nicht vergütet zu erhalten.

Da nunmehr das Widerrufsrecht bei sämtlichen Dienstleistungen einheitlich erlischt (nämlich erst dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, bevor dieser oder diese das Widerrufsrecht ausgeübt hat), ist es folgerichtig, auch die Wertersatzregelung auf sämtliche Fernabsatzverträge über Dienstleistungen auszudehnen. Bei allen Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen haben Verbraucherinnen und Verbraucher zukünftig Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt zu leisten, wenn sie vor Abgabe ihrer Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden sind und ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer oder die Unternehmerin vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt.

Verlangen Unternehmer oder Unternehmerinnen Wertersatz, haben sie die Voraussetzungen dafür darzulegen und zu beweisen. Sie müssen sowohl darlegen und beweisen, dass sie rechtzeitig auf die Wertersatzpflicht hingewiesen haben, als auch, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher dann der Ausführung der Dienstleistung ausdrücklich zugestimmt haben. In der Praxis wird dies dazu führen, dass sich Unternehmer jedenfalls dann, wenn die Erbringung der Dienstleistung für sie mit nicht unbeträchtlichen Aufwendungen verbunden ist, das Vorliegen der Voraussetzungen von den Verbraucherinnen und Verbrauchern bestätigen lassen. Sie gehen sonst das Risiko ein, für bis zum Widerruf erbrachte Dienstleistungen keinen Wertersatz zu erhalten. Untergeschobene Verträge aufgrund erlaubter oder unerlaubter Telefonwerbung oder aufgrund unklarer Internetauftritte werden damit wirtschaftlich uninteressant. Verbraucherinnen und Verbraucher sind dadurch geschützt, dass sie die Wertersatzpflicht nur trifft, wenn sie darauf hingewiesen worden sind und ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt. In diesen Fällen ist den Verbraucherinnen

und Verbrauchern der Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages bewusst und sie sind nicht weiter schutzbedürftig.

Zu Nummer 3 (neuer § 312f BGB)

Der neu eingefügte § 312f BGB-E dient dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor bestimmten unseriösen Geschäftspraktiken. Unternehmerinnen und Unternehmer, die mit Verbraucherinnen und Verbrauchern unter Verwendung besonderer Vertriebsformen (etwa Fernabsatz) ein Dauerschuldverhältnis begründen, das ein bestehendes gleichartiges Dauerschuldverhältnis ersetzt, sind bislang nicht verpflichtet, die von Seiten der Verbraucherinnen und Verbraucher erfolgende Kündigung gegenüber ihren bisherigen Vertragspartnern in einer bestimmten Form nachzuweisen. Gleiches gilt für die Vollmacht zur Kündigung. Künftig soll in den genannten Fällen die Kündigung oder die Vollmacht zur Kündigung der Textform bedürfen. Mit dem Textformerfordernis soll das „Unterschieben“ von Verträgen erschwert und den Verbraucherinnen und Verbrauchern deutlicher als bisher vor Augen geführt werden (Warnfunktion), dass sie bei Widerruf des neu abgeschlossenen Vertrages an die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses gebunden bleiben, sie also weder den alten noch den neuen Vertrag haben.

Die neue Vorschrift ist nur einschlägig, wenn ein zwischen dem Verbraucher oder der Verbraucherin und einem anderen Unternehmer oder einer Unternehmerin bestehendes Dauerschuldverhältnis durch ein neues ersetzt werden soll, wenn also ein Anbieterwechsel stattfindet. Sie erfasst sowohl die Fälle, in denen der Verbraucher oder die Verbraucherin die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses selbst erklärt und der Unternehmer oder die Unternehmerin oder eine beauftragte dritte Person als Bote mit der Übermittlung der Kündigungserklärung an den bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers oder der Verbraucherin beauftragt wird (Nummer 1), als auch die Fälle, in denen der Unternehmer oder die Unternehmerin oder eine beauftragte dritte Person zur Erklärung der Kündigung gegenüber dem bisherigen Vertragspartner bevollmächtigt wird (Nummer 2). Die neue Vorschrift soll nur im Verhältnis zwischen Unternehmern bzw. Unternehmerinnen und Verbraucherinnen bzw. Verbrauchern gelten. Für eine Anwendung auf sämtliche Vertragsverhältnisse, die im elektronischen Geschäftsverkehr zustande kommen, besteht kein Bedürfnis.

Anlass für die Einfügung der neuen Vorschrift ist folgender Hintergrund: Insbesondere im Telekommunikationsbereich sehen sich Verbraucherinnen und Verbraucher teilweise aggressiver Werbung etwa am Telefon oder an der Haustür ausgesetzt. Hier kommt es zu Situationen, in denen Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht hinreichend bewusst ist, dass sie tatsächlich einen neuen Vertrag geschlossen und anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses die Kündigung eines bestehenden Vertrags veranlasst haben. Denn der Verbraucher oder die Verbraucherin hat in der Regel nur (überwiegend telefonischen) Kontakt mit dem neuen Anbieter. In Bezug auf den neuen Vertrag ergeben sich keine Probleme, da die entsprechende Vertragserklärung regelmäßig widerrufen werden kann. Letzteres gilt aber nicht für die Kündigung des ursprünglich bestehenden Vertrages. Die Kündigungserklärung kann nach ihrem Zugang nicht mehr widerrufen werden. Das ursprünglich bestehende Dauerschuldverhältnis lebt folglich bei Widerruf des neuen Vertra-

ges nicht wieder auf. Zur Vermeidung eines vertragslosen Zustandes könnten sich Verbraucherinnen und Verbraucher daher veranlasst sehen, von ihrem Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen. Es ist daher sicherzustellen, dass sich Verbraucherinnen und Verbraucher bei Abgabe ihrer Willenserklärungen der Reichweite gerade der Kündigungserklärung bewusst sind. Deshalb soll hierfür Textform im Sinne des § 126b BGB vorgeschrieben werden. Die Regelung des § 174 BGB gewährt keinen ausreichenden Schutz. Sie berechtigt zwar den ursprünglichen Vertragspartner oder die -partnerin des Verbrauchers oder der Verbraucherin im eigenen Interesse zur Zurückweisung der Kündigung, wenn die bevollmächtigte Person keine Vollmachtsurkunde vorlegt, verpflichtet ihn aber nicht dazu. Außerdem kann es dem ursprünglichen Vertragspartner oder der -partnerin nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, NJW-RR 2007, 1705 ff.) aus kartellrechtlichen Gründen versagt sein, sich auf die Vorschrift zu berufen. Daher soll in den genannten Fällen die Wirksamkeit der Kündigung oder der Vollmacht zur Kündigung eines bestehenden Dauerschuldverhältnisses von der Einhaltung der Textform abhängen. Damit bleibt § 312f BGB-E zwar hinter der Schriftform des § 174 BGB zurück. Dies ist aber unproblematisch, da § 174 BGB daneben anwendbar bleibt und die Textform für den Verbraucher oder die Verbraucherin jedenfalls hinsichtlich der Warnfunktion ausreicht. Darüber hinaus kann der bisherige Vertragspartner der Verbraucherin oder des Verbrauchers von dem Unternehmer oder der Unternehmerin oder der beauftragten dritten Person die Vorlage der Kündigung oder die Vollmacht zur Kündigung in der von § 312f BGB-E vorgeschriebenen Form verlangen.

Zu Nummer 4 (bisheriger § 312f BGB)

Der bisherige § 312f BGB wird § 312g BGB-E. Dadurch wird sichergestellt, dass abweichende Vereinbarungen auch hinsichtlich des Regelungsgehaltes der neu eingefügten Vorschrift (vgl. die vorstehenden Ausführungen) unzulässig sind, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)

Zu Nummer 1 (§ 7 UWG)

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 erste Alternative UWG in der bisher geltenden Fassung gilt die Werbung mit unerwünschten Telefonanrufen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern als unlauter, wenn sie „ohne deren Einwilligung“ erfolgt. Demgegenüber reicht bei sonstigen Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 zweite Alternative UWG die zumindest mutmaßliche Einwilligung.

Terminologisch handelt es sich bei der Einwilligung nicht um eine Einwilligung im Sinne der Legaldefinition des § 183 Satz 1 BGB (vorherige Zustimmung), da sich diese Vorschrift nur auf Rechtsgeschäfte bezieht, während es bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 erste Alternative UWG darum geht, einen Eingriff in die Privatsphäre zu gestatten. Nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung muss es sich dennoch auch im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine „vorherige“ Einwilligung handeln. Allerdings soll es ausreichen, wenn die erforderliche Einwilligung durch schlüssiges Verhalten (konkudent) erfolgt.

Dies entspricht der durch die Rechtsprechung konkretisierten Rechtslage vor der UWG-Reform von 2004 durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414). Die oben genannte, nach der UWG-Reform herrschende Meinung wird damit begründet, dass der Gesetzgeber der UWG-Reform von 2004 keine Verschärfung der Regelungen zur Telefonwerbung gegenüber der vor der Reform geltenden Rechtslage beabsichtigt habe. Diese Aussage findet sich sowohl in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache 15/1487, S. 21) als auch in der Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates (Bundestagsdrucksache 15/1487, S. 42).

Allerdings ist umstritten, ob aus den Materialien zur UWG-Reform 2004 darauf geschlossen werden kann, der Gesetzgeber erachte eine konkludente Einwilligung für ausreichend.

Zur besseren Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung soll nunmehr ausdrücklich bestimmt werden, dass ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, wenn ein Werbeanruf gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern getätigt wird, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung in diesen Anruf vorliegt. Hiervon unberührt bleibt ein Anruf eines Unternehmers oder einer Unternehmerin bei einem Kunden oder einer Kundin, um im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses eine vertragliche Nebenpflicht zu erfüllen. Ein solcher Anruf – bei dem es sich nicht um Werbung handelt – bleibt auch weiterhin möglich.

Das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung sorgt dafür, dass sich sowohl der einwilligende Verbraucher oder die Verbraucherin als auch das Unternehmen, das aufgrund dieser Einwilligung anrufen will, von vornherein im Klaren darüber sind, dass ein Anruf zu Werbezwecken im konkreten Fall erlaubt ist. Umgekehrt ist sowohl dem Verbraucher oder der Verbraucherin als auch dem Unternehmen bewusst, dass ein Anruf zu Werbezwecken ohne eine ausdrückliche Einwilligungserklärung nicht gestattet ist. Diese Ergänzung ist zudem erforderlich, um den zu regelnden Bußgeldtatbestand so zu formulieren, dass er dem straf- und bußgeldrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt.

Die Ersetzung der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verwendeten Pluralformen durch Singularformen dient der Klarstellung, dass bereits Werbung mit nur einem Telefonanruf eine unzumutbare Belästigung darstellen kann.

Zu Nummer 2 (Änderung der Überschrift von Kapitel 4)

Durch Nummer 4 wird ein Bußgeldtatbestand in das UWG eingeführt. Die Überschrift von Kapitel 4 ist entsprechend anzupassen.

Zu Nummer 3 (Streichung der Überschrift von Kapitel 5)

Die Bestimmungen des Kapitels 5 entfallen (siehe Nummer 4). Aus diesem Grund ist auch die Überschrift zu Kapitel 5 zu streichen.

Zu Nummer 4 (Ersetzung der §§ 20 bis 22 UWG)

Die bisherigen Schlussbestimmungen in Kapitel 5 (§§ 20 bis 22 UWG) haben sich vollständig erledigt und können entfal-

len. So sind die Änderungsanordnungen aus § 20 UWG sowie die Inkrafttretensvorschrift des § 22 UWG bereits vollzogen und die sogenannte Entsteinerungsklausel des § 21 UWG hat keine Bedeutung mehr (vgl. BVerfGE 114, 196 bis 257).

Zu § 20 – neu –

Zu Absatz 1

Unlauteres Verhalten im Wettbewerb begründet nach geltendem Recht insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (§§ 8, 9 UWG). Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern ohne deren Einwilligung unlauter. Anspruchsberechtigt sind die in § 8 Abs. 3 UWG aufgeführten Verbände und Institutionen sowie Mitbewerber und Mitbewerberinnen.

In der Praxis geht dem gerichtlichen Verfahren regelmäßig eine Abmahnung voraus. Führt die Abmahnung nicht zum Erfolg, weil der Schuldner keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt, kann der Gläubiger schnell mit einer einstweiligen Verfügung reagieren. Eine gerichtliche Entscheidung ergeht in der Regel ohne mündliche Verhandlung am gleichen Tag. Entscheidet das Gericht antragsgemäß, wird die Gegenseite unter Androhung eines Ordnungsgeldes (bis zu zweihundertfünzigtausend Euro, ersatzweise Haft) zur Unterlassung verpflichtet. Dieses wird ohne weitere Voraussetzungen fällig, wenn der Schuldner denselben Verstoß erneut begeht.

Zusätzlich zu dieser fortbestehenden zivilrechtlichen Sanktionierung von Lauterkeitsverstößen soll unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern künftig auch mit einer von der BNetzA zu verhängenden Geldbuße sanktioniert werden können. Auf diese Weise kann in geeigneten Fällen ohne Abmahnung unmittelbar gegen den Rechtsverstoß vorgegangen werden. Die Formulierung des § 20 Abs. 1 UWG berücksichtigt bereits die im Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorgesehene Ausgestaltung des § 7 UWG als eigenständige Vorschrift, die sich nicht mehr auf § 3 UWG bezieht.

Der Tatbestand des § 20 Abs.1 UWG kann im Einzelfall sowohl von anrufenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen eines Call-Centers als auch von Betreibern und Betreiberinnen eines Call-Centers, die den Angestellten den Auftrag zu solchen Anrufen gegeben haben, als auch von den Auftraggebern und Auftraggeberinnen des Call-Centers, in deren Namen telefonisch geworben wurde, erfüllt werden. Die genannten Personen werden regelmäßig in Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs handeln mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Erstere handeln dabei zur Förderung fremden Absatzes, letztere zur Förderung eigenen Absatzes. Zwar rufen nur die Angestellten des Call-Centers eigenhändig an, jedoch wirken die anderen Personen beispielsweise durch Beauftragung, Schaffung der organisatorischen Rahmenbedingungen und Bereitstellung der technischen Voraussetzungen wesentlich an dieser Tat mit.

Vorraussetzung für die Beteiligung an der Ordnungswidrigkeit einer anderen Person ist gemäß § 14 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), dass auch die andere Person vorsätzlich handelt. Zusätzlich kommt aber auch im Ordnungswidrigkeitenrecht die mittelbare Täterschaft als eigenständige Täterschaft in Betracht, die nicht unter § 14 OWiG fällt.

Nicht nur für vorsätzliche, sondern auch für fahrlässige Verstöße gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung soll eine Geldbuße angedroht werden. Auch fahrlässige Verstöße stellen für die Betroffenen erhebliche Eingriffe in ihre Privatsphäre dar, die unterbunden werden sollen. Den Anrufenden bzw. den Personen, die den Auftrag zum Anruf erteilt haben, ist es auf der anderen Seite zumutbar, vor einem Anruf zu Werbezwecken mit der verkehrsüblichen Sorgfalt zu überprüfen, ob die erforderliche Einwilligung in diesen Anruf aktuell vorliegt. Würde man nur für vorsätzliches Verhalten eine Geldbuße androhen, bestünde außerdem die Gefahr, dass der Tatbestand im Ergebnis ins Leere läuft. Für die Betroffenen wäre es ohne Weiteres möglich zu behaupten, sie hätten im Einzelfall übersehen, dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung nicht oder nicht mehr vorgelegen habe.

Zu Absatz 2

Das Verbot unlauterer Telefonwerbung gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern ist nicht lediglich eine gesetzliche Nebenpflicht wie z. B. eine Auskunft-, Mitteilungs- oder Meldepflicht. Ein Verstoß gegen eine solche Nebenpflicht rechtfertigt regelmäßig nur eine geringfügige Sanktion. Auf der anderen Seite ist aber der Unrechtsgehalt unerlaubter Telefonwerbung deutlich geringer als derjenige einer strafbaren Werbung im Sinne des § 16 UWG. Während das Verbot unlauterer Telefonwerbung bereits den Anruf an sich und das damit verbundene Eindringen in die Privatsphäre verbietet, betrifft § 16 UWG inhaltliche Verstöße gegen die Verbote irreführender Werbung und progressiver Kundenwerbung. Vor diesem Hintergrund ist die Androhung einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro bei einem Verstoß gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung angemessen.

Zu Absatz 3

Die BNetzA ist bereits für die Verfolgung von rufnummernbezogener unlauterer Telefonwerbung sowie rufnummernbezogener unlauterer E-Mail-Werbung (Rufnummern-Spam) zuständig. Eine E-Mail-Werbung ist rufnummernbezogen, wenn sie versendet wird, um den Empfänger oder die Empfängerin der Werbung zum Anruf einer bestimmten Rufnummer zu veranlassen. Zur Herausbildung einer einheitlichen Verfolgungspraxis soll die BNetzA auch für die Verfolgung der neuen Ordnungswidrigkeit in § 20 UWG zuständig sein.

Um eine effektive Verfolgung von Verstößen gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung zu ermöglichen, ist zusätzlich die Teilnahme der Dienststellen der BNetzA, die Ordnungswidrigkeiten nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verfolgen, am automatisierten Auskunftsverfahren vorgesehen. Eine entsprechende Änderung des § 112 TKG soll mit dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes erfolgen.

Zu Artikel 3 (Änderung des Telekommunikationsgesetzes)

Zu Nummer 1 (§ 102 TKG)

Zu Buchstabe a (Aufhebung des Absatzes 1 Satz 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung. Die bisher im Absatz 1 Satz 3 enthaltene Regelung befindet sich jetzt im neuen Absatz 3.

Zu Buchstabe b (Absatz 2 und 3)

Zu Absatz 2

Werbung mit einem Telefonanruf ohne Einwilligung der angerufenen Person ist zwar nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG eine nach § 7 Abs. 1 UWG unzumutbare Belästigung, die Verfolgung von Verstößen hat sich in der Praxis aber aus unterschiedlichen Gründen als schwierig erwiesen. Ein besonderes Problem bereitet die Durchsetzung des geltenden Rechts, wenn die Anrufenden von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Rufnummer zu unterdrücken. Diese Möglichkeit ist bislang jedem und jeder Anrufenden über § 102 Abs. 1 Satz 1 TKG eröffnet. Die Vorschrift geht auf europäische Vorgaben zurück. Der Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre wird für die elektronische Kommunikation auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene durch die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation – eDRL, ABl. EG Nr. L 201 S. 37) geregelt. Nach Artikel 8 Abs. 1 eDRL muss der Diensteanbieter dem anrufenden Teilnehmer bzw. der Nutzerin die Möglichkeit geben, die Rufnummernanzeige anschlussbezogen (Artikel 8 Abs. 1 Satz 2 eDRL) oder im Einzelfall (Artikel 8 Abs. 1 Satz 1 eDRL) zu unterdrücken. Die Unterdrückung der Rufnummer dient dabei dem Recht auf Privatsphäre. Dem kollidierenden Interesse der angerufenen Person, möglichst frühzeitig über die Identität der anrufenden Person informiert zu werden, wird mit der gesetzlich vorgegebenen Möglichkeit, Anrufe mit unterdrückter Rufnummer abzuweisen, entsprochen (vgl. § 102 Abs. 1 Satz 2 TKG).

Zur besseren Bekämpfung der unerlaubten Telefonwerbung ist es notwendig, erforderlich und verhältnismäßig, die Möglichkeit der Rufnummernunterdrückung bei Werbung mit einem Telefonanruf auszuschließen. Der Begriff der „Werbung mit einem Telefonanruf“ entstammt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Der Ausschluss der Rufnummernunterdrückung erfolgt im Interesse des Gemeinwohls. Andernfalls könnte das bestehende Verbot unerlaubter Telefonwerbung auch in Zukunft in vielen Fällen nicht durchgesetzt werden bzw. wäre die Verfolgung von unerlaubter Telefonwerbung auch weiterhin nur schwer oder überhaupt nicht möglich. Das Verbot der Rufnummernunterdrückung belastet die in redlicher Absicht anrufende Person auch nicht in unzumutbarer Weise, zumal bei Gesprächen mit werbendem Charakter kein anerkanntes Interesse daran festzustellen ist, sich nicht zu erkennen geben zu müssen. Bei Gesprächen ohne werbenden Charakter, bei Privatgesprächen, darf die Rufnummer auch weiterhin unterdrückt werden. Auch über reine Privatgespräche hinausgehend sind Fallgestaltungen denkbar, in denen es sich nicht um Telefonwerbung handelt und demnach auch weiterhin die Möglichkeit zur Unterdrückung der Rufnum-

mernanzeige besteht. Dies kann für knappe, beschreibende Informationen, die insbesondere keinen Bezug zum Absatz von Waren oder Dienstleistungen haben, gelten (zum Beispiel der erste Kontakt einer Personalberaterin mit einem Kandidaten, bei dem eine in Rede stehende Stelle knapp umschrieben wird und gegebenenfalls eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabredet wird).

Die Regelung ist auch mit den europäischen Vorgaben vereinbar. Gemäß Artikel 15 Abs. 1 Satz 1 eDRL in Verbindung mit Artikel 13 Abs. 1 Buchstabe g der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Rechte und Pflichten aus Artikel 8 eDRL zu beschränken, sofern eine solche Beschränkung unter anderem für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen notwendig ist (siehe auch EuGH, Urteil vom 29. Januar 2008, Rs. C-275/06 (Promusicae), GRUR 2008, 241, 243). Wenngleich die Bestimmung des Artikels 15 Abs. 1 eDRL die betreffenden Rechte und Freiheiten nicht benennt, ist sie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dahingehend auszulegen, dass sie keine Situation von ihrem Anwendungsbereich ausschließt, die den Schutz der Rechte anderer Personen betrifft. Der Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor unerlaubter Telefonwerbung und ihr Bedürfnis, sich gegen diese zur Wehr zu setzen und damit ihr Recht auf Privatsphäre zu schützen, macht es notwendig, bei Werbung mit einem Telefonanruf die Möglichkeit zur Unterdrückung der Rufnummer einzuschränken. Denn eine Verfolgung des Verstoßes gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung setzt voraus, dass die angerufene Person die Identität der anrufenden Person erfährt.

Das Verbot, die Rufnummer bei Werbung mit einem Telefonanruf zu unterdrücken, soll dazu beitragen, anrufende Personen identifizieren zu können. Indem gleichzeitig für den Fall des Verstoßes gegen das bestehende Verbot unerwünschter Telefonwerbung eine Geldbuße angedroht und die Möglichkeit der Rufnummernunterdrückung eingeschränkt werden, soll deutlicher als bisher zum Ausdruck kommen, dass Werbeanrufe ohne vorherige Einwilligung unzulässig sind.

Wird die Rufnummer unterdrückt, stellt bereits dies eine Ordnungswidrigkeit dar. Dass die zuständige Behörde zur Verfolgung einer solchen Ordnungswidrigkeit auf Angaben des betroffenen Verbrauchers oder der Verbraucherin (etwa Name des Anrufers/des werbenden Unternehmens, Uhrzeit des Anrufs etc.) angewiesen ist, liegt in der Natur der Sache. Die Verfolgungsbehörde hat jedoch im Bußgeldverfahren grundsätzlich dieselben Rechte wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten (vgl. § 46 Abs. 2 OWiG). Deshalb ist davon auszugehen, dass die Androhung einer Geldbuße eine abschreckende Wirkung entfaltet.

Wird die Rufnummer angezeigt, kann sich die angerufene Person sowohl an die Behörde wenden, die den Verstoß gegen das mit einer Geldbuße bedrohte Verbot der unerwünschten Telefonwerbung verfolgt, als auch an die in § 8 Abs. 3 UWG genannten Stellen, die unter anderem einen Unterlassungsanspruch geltend machen können. Um eine effek-

tive Verfolgung von Verstößen gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung zu ermöglichen, ist zusätzlich die Teilnahme der Dienststellen der BNetzA, die Ordnungswidrigkeiten nach dem Telekommunikationsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verfolgen, am automatisierten Auskunftsverfahren vorgesehen. Eine entsprechende Änderung des § 112 TKG soll mit dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes erfolgen. Den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Stellen steht ein solcher Auskunftsanspruch nach § 13 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) in Verbindung mit § 8 Abs. 5 UWG zu.

Grundsätzlich können Telefonteilnehmer und -teilnehmerinnen selbst festlegen, welche Nummer bei der angerufenen Person angezeigt werden soll („user-provided-calling-line-identification“). Vor diesem Hintergrund wird der anrufenden Person mit dem neuen Absatz 2 Satz 2 die Möglichkeit eingeräumt, bei einer Werbung mit einem Telefonanruf die Rufnummer derjenigen Person anzeigen zu lassen, die ihr den Auftrag zum Anruf erteilt hat. Ein Call-Center, das für verschiedene Unternehmen tätig wird, hat also die Möglichkeit, entweder seine eigene Rufnummer oder die seines Vertragspartners oder seiner Vertragspartnerin, dessen oder deren Produkte beworben werden, anzeigen zu lassen. Die übermittelte Rufnummer muss dem Unternehmen, in dessen Namen oder Auftrag die Telefonwerbung erfolgt, zugewiesen sein. Sie kann in der Servicenummer bestehen, die den Kundinnen und Kunden für Anrufe bei dem Unternehmen zur Verfügung gestellt wird. Mit dieser Wahlmöglichkeit soll den Unternehmen ermöglicht werden, gegenüber den Verbraucherinnen und Verbrauchern auch in Zukunft mit einer einheitlichen Service-Rufnummer aufzutreten. Die Vorschrift des § 66j Abs. 2 Satz 2 TKG bleibt von dieser Möglichkeit unberührt. Rufnummern für Auskunftsdienste, Massenverkehrsdienste, neuartige Dienste oder Premiumdienste sowie Nummern für Kurzwahlsprachdienste dürfen nicht übermittelt werden.

Auch Bereiche, die grundsätzlich einem besonderen Vertraulichkeitsschutz unterliegen, wie beispielsweise Banken oder Rechtsberatung, fallen unter das Verbot der Rufnummernunterdrückung in den Fällen, in denen der Anruf zu Werbezwecken erfolgt. Ein Werbeanruf unterliegt in keinem Fall einem besonderen Vertraulichkeitsschutz, so dass eine Ausnahmeregelung für bestimmte Anrufe nicht erforderlich ist.

Die Vorschrift dient im Sinne des § 44 Abs. 2 TKG dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher, so dass die in § 3 des UKlaG genannten Stellen einen Unterlassungsanspruch geltend machen können.

Zu Absatz 3

Es handelt sich zum einen um eine redaktionelle Anpassung. Zum anderen werden bestimmte Diensteanbieter auch von der Regelung des neuen Absatzes 2 aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ausgenommen.

Zu den Buchstaben c bis f

Es handelt sich um Folgeänderungen aufgrund der Einfügung der neuen Absätze 2 und 3.

Zu Nummer 2 (§ 149 TKG)**Zu Buchstabe a**

Verstöße gegen das Verbot der Unterdrückung der Rufnummernanzeige bei Werbung mit einem Telefonanruf werden mit einer Geldbuße bedroht.

Zu Buchstabe b

Zuwiderhandlungen gegen das Verbot der Unterdrückung der Rufnummernanzeige in Nummer 17a können in Zukunft mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden (§ 149 Abs. 2 Satz 1 TKG). Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Nebenpflicht, vergleichbar mit einer Auskunft-, Mitteilungs- oder Meldepflicht. In vergleichbaren Fällen der Verletzung solcher Auskunft-, Mitteilungs- oder Meldepflichten im Telekommunikationsgesetz ist ebenfalls eine Geldbuße bis zu zehntausend Euro angedroht. Infolge des vergleichbaren Unrechtsgehalts bei einem Verstoß gegen das Verbot der Unterdrückung der Rufnummernanzeige ist dieser Bußgeldrahmen angemessen.

Zu Artikel 4 (Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung)

Das Muster für die Widerrufsbelehrung in Anlage 2 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung bedarf in zwei Punkten der Anpassung an die Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zu Nummer 1 (Gestaltungshinweis 6)

In Gestaltungshinweis 6 lautet der Einleitungssatz zukünftig „Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen ist folgender Satz einzufügen:“. Bisher gilt Gestaltungshinweis 6 nur für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen. Die Änderung im Gestaltungshinweis 6 berücksichtigt die Änderung in § 312d Abs. 6 BGB. Dort ist zukünftig geregelt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher bei Fernabsatzverträgen über sämtliche Dienstleistungen abweichend von § 357 Abs. 1 BGB Wertersatz für die erbrachten Dienstleistungen nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt zu leisten haben, wenn sie vor Abgabe ihrer Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden sind und ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer oder die Unternehmerin vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausfüh-

rung der Dienstleistung beginnt. Nach bisher geltendem Recht kommt bei sonstigen Dienstleistungen eine Wertersatzpflicht nicht in Betracht, weil § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB in der geltenden Fassung bestimmt, dass bei einer sonstigen Dienstleistung das Widerrufsrecht erlischt, wenn der Unternehmer oder die Unternehmerin mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers oder der Verbraucherin vor Ende der Widerrufsfrist begonnen oder der Verbraucher oder die Verbraucherin die Ausführung selbst veranlasst hat. Durch die Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB erlischt das Widerrufsrecht zukünftig bei allen Dienstleistungen erst dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, bevor das Widerrufsrecht ausgeübt wurde. Demzufolge kommt zukünftig auch bei sonstigen Dienstleistungen ein Wertersatzanspruch des Unternehmers oder der Unternehmerin in Betracht, wenn dieser oder diese den Verbraucher oder die Verbraucherin vor Abgabe der Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen hat und wenn der Verbraucher oder die Verbraucherin ausdrücklich zugestimmt hat, dass vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen wird. Gestaltungshinweis 6 gibt dem Unternehmer oder der Unternehmerin deshalb zukünftig auf, bei sämtlichen Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen den dort genannten Satz („Dies kann dazu führen, dass Sie die vertraglichen Zahlungsverpflichtungen für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müssen.“) einzufügen.

Zu Nummer 2 (Gestaltungshinweis 9)

Gestaltungshinweis 9 ist an die Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB anzupassen. Nach der genannten Vorschrift erlischt das Widerrufsrecht zukünftig bei allen Dienstleistungen erst dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder der Verbraucherin vollständig erfüllt ist, ohne dass der Verbraucher oder die Verbraucherin den Vertrag widerrufen hat. Zur Begründung dieser Änderung wird auf die Ausführungen zu Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a verwiesen. Die geänderte Formulierung im Gestaltungshinweis 9 entspricht der neuen Rechtslage.

Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Gesetzentwurf auf Bürokratiekosten, die durch Informationspflichten begründet werden, erneut geprüft.

Mit dem Gesetz werden für die Wirtschaft eine Informationspflicht eingeführt und eine bereits bestehende Informationspflicht konkretisiert. Eine weitere Informationspflicht wird für Bürgerinnen und Bürger eingeführt. Für die Verwaltung werden keine Informationspflichten eingeführt, geändert oder aufgehoben.

Das Bundesministerium der Justiz ist der Ansicht, dass es sich bei den genannten Informationspflichten nicht um Informationspflichten im Sinne von § 2 Abs. 1 NKR-Gesetz handelt, da diese nicht gegenüber Dritten bestünden. Es hat die Informationspflichten daher nicht in der Begründung des Gesetzentwurfs dargestellt und nicht quantifiziert. Dies ist umso bedauerlicher, als insbesondere die in dem Gesetzentwurf enthaltene Informationsverpflichtung aus § 312f BGB (neu) nach Schätzungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie allein für den Telekommunikationsbereich zu Bürokratiekosten in Höhe von 4,65 Mio. Euro jährlich führt. Da § 312f BGB (neu) nach dem vorgelegten Entwurf aber auf alle Dauerschuldverhältnisse – also auch andere als im Telekommunikationsbereich – anwendbar ist, dürften die mit dieser Regelung verbundenen Bürokratiekosten insgesamt deutlich höher liegen.

Da das Bundesministerium der Justiz die in § 312f BGB enthaltene Informationspflicht nicht als Informationspflicht im Sinne des § 2 Abs. 1 des NKR-Gesetzes ansieht, fehlen Aussagen zu den damit verbundenen Bürokratiekosten im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung. Die erwünschte Kostentransparenz über die Regelung ist nicht vorhanden.

Der Rat hat in seinem Jahresbericht 2008 deutlich gemacht, dass er die Einschätzung des Bundesministeriums der Justiz zur Frage der Informationspflichten bei der Anbahnung und im Rahmen von Vertragsverhältnissen nicht teilt.

Anlage 3

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 847. Sitzung am 19. September 2008 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1 Nr. 2a – neu** – (§ 312e Abs. 1a – neu – BGB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 2 folgende Nummer 2a einzufügen:

„2a. In § 312e wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Der auf eine entgeltliche Gegenleistung gerichtete Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr wird nur wirksam, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Bestellung vom Unternehmer einen Hinweis auf die Entgeltlichkeit und die mit dem Vertrag verbundenen Gesamtkosten in deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Form erhalten und die Kenntnisnahme dieses Hinweises in einer von der Bestellung gesonderten Erklärung bestätigt hat.“

Begründung

Die vorgeschlagene Regelung eröffnet eine Möglichkeit, der bislang in hohem Maße ausgenutzten „Grauzone“ der „Kostenfallen“ im Internet zu begegnen und gleichzeitig redliche Onlineanbieter zu unterstützen. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben deutlich aufgezeigt, dass großer Bedarf besteht, der unseriösen Geschäftspraxis im Internet Einhalt zu gebieten. Verbraucherinnen und Verbraucher werden vielfach mit gezielten „Eye-Catchern“ und unklaren, irreführenden Gestaltungsweisen auf Internetseiten neugierig gemacht und merken nicht, dass sie mit einem Klick auf ein „einmaliges Gratisangebot“ unbewusst beispielsweise kostenpflichtige Leistungen bestellen. Diese Überraschung wird möglich, weil sich nur im Kleingedruckten oder in separaten allgemeinen Geschäftsbedingungen die Hinweise auf den gleichzeitigen Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages befinden.

Durch die Einfügung des neuen Absatzes 1a werden Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abgabe seiner Bestellung auf die Entgeltlichkeit und die mit dem Vertrag verbundenen Gesamtkosten in besonderer Form hinzuweisen. Die gewählte Formulierung, wonach nur ein deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Hinweis ausreichen soll, nimmt Unternehmern die Möglichkeit, den Hinweis in unübersichtlichen Klauselwerken zu „verstecken“. Andererseits wird es der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit überlassen, über die konkrete Umsetzung dieses deutlichen Hinweises, wie z. B. durch Verwendung von besonders auffälligen Schrifttypen und -größen, selbst zu entscheiden. Damit wird dem unternehmerischen Interesse an einer individuellen Gestaltung von Internetangeboten Rechnung getragen und gleichzeitig verhindert, dass für eine ggf. notwendige Anpassung bestehender Internetangebote unverhältnismäßig hohe Kosten entstehen.

Um die Verbraucher vor einem voreiligen Vertragsschluss wirksam zu schützen, hat sich der deutliche Hinweis auch auf die Gesamtkosten des Vertragsschlusses zu erstrecken. Bei den Gesamtkosten handelt es sich in der Regel um die aus Verbrauchersicht wichtigste Information, die vor einer vertraglichen Bindung dem Verbraucher bewusst gemacht werden sollte. Sicherlich können im Einzelfall auch noch weitergehende Vertragsinformationen für den Verbraucher von Interesse sein. Um nicht die besondere Warnfunktion durch Überfrachtung mit weiteren Zusatzinformationen zu gefährden, ist es gerechtfertigt, sich bei dem hier geforderten, gestaltungstechnisch besonders hervorgehobenen Hinweis auf diese Kerninformationen zu konzentrieren. Inhaltlich neue Informationspflichten werden dadurch nicht begründet, da der Unternehmer heute schon zur Abgabe dieser Informationen verpflichtet ist. Die allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten gemäß § 312e Abs. 3 i. V. m. § 312c BGB, denen ein Unternehmer nachkommen muss, bleiben von dieser Regelung also unberührt.

Der Internetauftritt im elektronischen Geschäftsverkehr ist durch den Unternehmer in der Weise zu gestalten, dass der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung die Kenntnisnahme des Hinweises auf die Entgeltlichkeit und die Gesamtkosten gesondert zu bestätigen hat. Die gesonderte Bestätigung muss sich damit sowohl inhaltlich als auch zeitlich von der späteren Bestellung unterscheiden. Zum Schutz von Verbrauchern vor übereilten Entschlüssen ist es notwendig, dass Bestätigungs- und Vertragserklärung nicht durch einen gemeinsamen „Klick“ an den Unternehmer übermittelt werden. Denn nur bei Einhaltung dieses gestuften Verfahrens erhalten Verbraucher ausreichend Gelegenheit, sich in bewusster Kenntnis der Kostenpflichtigkeit einer angebotenen Leistung für oder gegen einen Vertragsschluss zu entscheiden.

Auch ist es im Interesse eines effektiven Verbraucherschutzes, wenn Rechtssicherheit über die Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr geschaffen wird. Die Neuregelung stellt klar, dass ein wirksamer Vertragsschluss bei einem Verstoß gegen die gesetzlich neu eingeführten Hinweis- und Bestätigungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr in jedem Fall ausgeschlossen ist. Durch diese Regelung wird gleichzeitig ein Anreiz für Unternehmen geschaffen, ihre Angebote den gesetzlichen Anforderungen entsprechend aufzubauen. Die mit der Neuregelung geschaffene Rechtssicherheit kommt damit nicht nur den Verbrauchern, sondern auch den lauter handelnden Unternehmern zu Gute. Diese können sich in Zukunft auf die gesetzeskonforme Ausgestaltung ihres Angebotes berufen. Dies fördert letztendlich die Transparenz des elektronischen Geschäftsverkehrs insgesamt und das Vertrauen der Verbraucher in diese Vermarktungsform.

Die vorgeschlagene Regelung stellt eine notwendige Ergänzung zu den Ansätzen der Bundesregierung zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen dar, wonach ein stärkerer Schutz der Verbraucher vor „untergeschobenen“ Verträgen vor allem über Neuregelungen zum Widerrufsrecht und den Folgen nach dessen Ausübung erreicht werden soll. Allerdings sind diese Ansätze mit Blick auf die massiven Beschwerden über „untergeschobene“ Verträge nicht weitreichend genug. Verbrauchern kann in diesen Fällen nicht zugemutet werden, sich gegen untergeschobene Verträge nur durch die Ausübung eines Widerrufsrechts selbst zur Wehr zu setzen und im Falle des nicht fristgemäß erfolgten Widerspruchs auf den wirtschaftlichen Folgen des Vertragsschlusses hängen zu bleiben.

2. Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 312f Nr. 1, 2 BGB)

In Artikel 1 Nr. 3 § 312f Nr. 1 und 2 sind jeweils die Wörter „von ihm beauftragter“ zu streichen.

Begründung

In den Regelungsbereich des § 312f BGB-E sind alle Fälle einzubeziehen, in denen ein Dritter mit der Übermittlung der Kündigung an den bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers beauftragt worden ist. Dabei darf es keine Rolle spielen, ob der Dritte vom Unternehmer förmlich beauftragt wurde, eine Beauftragung durch einen Kunden vorgibt oder beispielsweise als unabhängiger Vermittler auftritt. Zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten und Auslegungsschwierigkeiten sollte daher der Zusatz „von ihm beauftragter“ gestrichen werden.

3. Zu Artikel 1a – neu – (§ 43 Abs. 2a – neu –, 3 BDSG)

Nach Artikel 1 ist folgender Artikel 1a einzufügen:

„Artikel 1a Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes

§ 43 des Bundesdatenschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

„(2a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten des Betroffenen für Zwecke der Werbung mittels Telefonanrufen oder unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post nutzt.“

2. In Absatz 3 werden nach den Wörtern „zweihundertfünfzigtausend Euro“ die Wörter „und im Falle des Absatzes 2a mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro“ eingefügt.“

Begründung

Wer die Daten eines Betroffenen ohne dessen Einwilligung nach § 4a BDSG zu Werbezwecken mittels Telefonanrufen oder unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post nutzt, verstößt (auch) gegen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes. Die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, an die sich die Be-

troffenen zunehmend mit Beschwerden wenden, sind in solchen Fällen darauf beschränkt festzustellen, dass die nichtöffentliche Stelle gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen hat. Ein Bußgeld können sie nicht festsetzen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG nicht vorliegen. Die unerlaubte „Nutzung“ von Daten ist bislang nicht bußgeldbewehrt. Auch handelt es sich bei den Daten, die genutzt werden, zumindest teilweise um allgemein zugängliche Daten, die in öffentlichen Verzeichnissen (z. B. Telefonbüchern) enthalten sind. Die bloße Feststellung eines Datenschutzverstößes genügt jedoch – wie die Erfahrungen der Datenschutzaufsichtsbehörden zeigen – häufig nicht, um auf die die Daten nutzenden nichtöffentlichen Stellen nachhaltig einzuwirken und sie zu einer künftigen datenschutzkonformen Verhaltensweise zu bewegen. Die fehlenden Sanktionsmöglichkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden stoßen auch bei den Betroffenen auf Unverständnis.

Mit § 43 Abs. 2a BDSG-E soll den Datenschutzaufsichtsbehörden die Möglichkeit eröffnet werden, derartige Datenschutzverstöße künftig mit einem Bußgeld zu ahnden. Die Bestimmung soll nicht nur für unerlaubte Telefonanrufe, sondern auch für die unerlaubte Zusendung von Telefaxen oder elektronischer Post gelten, die von den Betroffenen gleichermaßen als erhebliche Belästigung angesehen werden.

§ 43 Abs. 3 BDSG-E sieht in teilweiser Anlehnung an § 20 Abs. 2 UWG-E vor, dass unerlaubte Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden kann.

4. Zu Artikel 2 Nr. 1 (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) Nr. 4 (§ 20 Abs. 1 UWG)

In Artikel 2 Nr. 1 § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Artikel 2 Nr. 4 § 20 Abs. 1 sind jeweils nach den Wörtern „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ die Wörter „in Textform“ einzufügen.

Begründung

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb soll dahingehend präziser gefasst werden, dass Werbeanrufe nur dann zulässig sind, wenn der Verbraucher ausdrücklich vorher eingewilligt hat, und nicht schon dann, wenn sich seine Einwilligung lediglich schlüssig aus seinem Verhalten ergibt. Dass nunmehr auf eine ausdrückliche Einwilligung abgestellt werden soll, erscheint zwar grundsätzlich begrüßenswert, reicht allerdings nicht aus, um den im Zusammenhang mit der Einwilligung des Verbrauchers gegebenen Missbrauchsmöglichkeiten und Nachweisschwierigkeiten zu begegnen und zu einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zu gelangen. Um Klarheit hinsichtlich der Frage zu schaffen, ob tatsächlich eine Einwilligung des Verbrauchers zu Werbeanrufen vorgelegen hat, wäre es erforderlich, ein Textformerfordernis bezüglich der entsprechenden Erklärung des Verbrauchers einzuführen. Dies wäre auch im Hinblick darauf sinnvoll, dass unerlaubte Telefonanrufe nach dem vorliegenden Entwurf künftig einen Ordnungswidrigkeitstatbestand erfüllen sollen, dessen Verfolgung für die Bundesnetzagentur mit einem nicht unerheblichen Ermittlungsaufwand verbunden sein wird. Durch ein entsprechendes

Textformerfordernis würde eine Beweiserleichterung geschaffen, die den Ermittlungsaufwand jedenfalls bezüglich der Frage der Einwilligung des Verbrauchers deutlich einschränken würde.

Die vorgeschlagene Ergänzung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG übernimmt den Beschluss des Bundesrates zum Gesetzentwurf zur Änderung des UWG – Bundesratsdrucksache 345/08 (Beschluss). Der Bundesrat hatte sich in Nummer 5 des Beschlusses dafür ausgesprochen, dass die vorherige Einwilligung in Werbeanrufe nicht nur ausdrücklich, sondern darüber hinaus in Textform gemäß § 126b BGB erfolgen muss.

Für diese Regelung sprechen zwei Gründe. Zum einen wird der Verbraucher durch die Erhöhung der gesetzlichen Anforderungen vor erschlichenen Einwilligungen besser geschützt. Zum anderen müssen wegen des straf- und bußgeldrechtlichen Bestimmtheitsgebots die Anforderungen an die künftig bußgeldbewehrte unerlaubte Telefonwerbung gesetzlich klar umrissen sein.

Aus den genannten Gründen ist es sinnvoll, für die Einwilligung eines Verbrauchers zur Telefonwerbung zusätzlich zu fordern, dass diese in Textform gemäß § 126b BGB vorliegt. Die Einwilligung des Verbrauchers in Textform sorgt für mehr Rechtsklarheit und -sicherheit, da Gegenstand und Reichweite der vom Verbraucher erteilten Einwilligung auf einem Dokument nachzuweisen sind. Auch dient es dem verbesserten Schutz des Verbrauchers, wenn sich ein Unternehmer nicht mehr auf eine mündlich erteilte Einwilligung zum Werbeanruf berufen kann. Bisher ist eine Umgehung des Verbots unerlaubter Telefonwerbung denkbar, indem der Verbraucher – ohne seine Einwilligung – per Telefon angesprochen und überredet wird, mündlich sein Einverständnis zu weiteren Werbeanrufen zu erklären. Damit belästigende Telefonwerbung nicht zur Legalisierung derselben ausgenutzt werden kann, ist daher die Textform für eine wirksame Einwilligung des Verbrauchers zu fordern.

Auch nach Einführung der Textform für die Einwilligungserklärung kann eine der Formvorschrift genügende Erklärung aus sonstigen Gründen unwirksam sein. Dies gilt insbesondere für Einwilligungen in vorformulierten Erklärungen (wie z. B. in allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB) ohne deutliche Gestaltung und Hervorhebung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig unwirksam sind.

5. Zu Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe b – neu – (§ 7 Abs. 4 – neu – UWG)

Artikel 2 Nr. 1 ist wie folgt zu fassen:

„1. § 7 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 2 Nr. 2 wird wie folgt gefasst:

„<... wie Gesetzentwurf ...>“.*

- b) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird

erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat.““

Begründung

Bei einem telefonisch abgeschlossenen Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmen, der gemäß § 312b BGB den Regelungen des Fernabsatzrechts unterfällt, besteht nach geltendem Recht ein 14-tägiges Widerrufsrecht des Verbrauchers, §§ 312d, 355 BGB. Dabei wirkt sich der Umstand, dass der Vertragsschluss durch ein unlauteres Marktverhalten zustande kommt, das sich unmittelbar und zielgerichtet an den einzelnen Verbraucher richtet, de lege lata nicht auf die Rechtswirksamkeit des Vertrages aus. Die Unlauterkeit bleibt vertragsrechtlich sanktionslos.

Erst mit der Einfügung eines neuen Absatzes 4 in § 7 UWG wird dem berechtigten Interesse des Verbrauchers an einem Schutz vor übereilten Vertragsschlüssen in geeigneter Weise Rechnung getragen. Einerseits wird der Verbraucher vor einer Übervorteilung durch den Überraschungseffekt eines unaufgeforderten Werbeanrufs geschützt; er wird durch die Notwendigkeit einer nachträglichen Zustimmung nochmals gewarnt, bevor die vertragliche Bindung eintritt. Andererseits wird durch den sehr niedrigen Dokumentationsaufwand für die Bestätigung sichergestellt, dass ein gewünschter Vertrag durch eine einfache, aber aktiv durch den Verbraucher abgegebene Willenserklärung auch problemlos zustande kommen kann.

Für die Abgabe der Bestätigung wird dem Verbraucher eine Frist von zwei Wochen eingeräumt. Er hat damit ausreichend Zeit, sich für oder gegen einen Vertragsschluss zu entscheiden. Und ein Unternehmer bleibt damit – abweichend von § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB – spätestens bis zum Ablauf der Bestätigungsfrist an seine telefonisch abgegebenen Vertragserklärungen gebunden.

Entscheidet sich der Verbraucher innerhalb der Frist für den Vertragsschluss, kommt der Vertrag erst ab Bestätigung in Textform gemäß § 126b BGB wirksam zustande. Eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Verbrauchers ist damit nicht verbunden. Ist der konkrete Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Verbraucher ausnahmsweise – wie bei Abschluss eines Versicherungsvertrages – von besonderer Bedeutung, kann unterstellt werden, dass sich der Verbraucher selbst aktiv um einen Vertragsschluss kümmert. Ein verständiger Verbraucher wird nicht darauf vertrauen, dass ihm ein dringend notwendiger Vertragsschluss zufällig mittels unerbetener Telefonwerbung angetragen wird.

Die Regelung ist auch geeignet, unlautere Geschäftspraktiken wirksam zu bekämpfen. Ein Unternehmer kann die Unsicherheit eines überraschend angerufenen Verbrauchers nicht mehr ausnutzen, indem er im Nachgang zu dem unerlaubt geführten Telefonat, z. B. in Form eines per Post übersandten Bestätigungsschreibens, eine telefonische Vertragszusage des Verbrauchers behauptet. Die nach derzeit geltendem Recht bestehende Unsicherheit,

* Vgl. hierzu Nummer 4.

ob sich die Teilnehmer eines unerlaubt geführten Telefongesprächs tatsächlich über einen Vertragsschluss geeinigt haben, wird häufig durch unlauter handelnde Unternehmer ausgenutzt. Die Regelung der Beweislast in Satz 2 führt zu einer Beweisspflicht des Unternehmers dafür, dass der Werbeanruf nicht unlauter war, sondern eine Einwilligung des Verbrauchers gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E vorgelegen hat. Kann der Unternehmer diesen Beweis nicht durch Vorlage einer Einwilligung in Textform führen, kann er sich auf einen wirksamen Vertragsschluss nur berufen, wenn er eine nachträgliche Bestätigung des Verbrauchers in Textform vorlegen kann.

Dies führt zu der erwünschten Folge, dass aus Sicht der Unternehmer unerlaubte Telefonwerbung wirtschaftlich unattraktiv wird. Denn wenn ein Vertragsschluss nur dann nachgewiesen werden kann, wenn der unverlangt angerufene Verbraucher in Textform am Vertragsschluss nachträglich mitwirkt, wird der Aufwand für die Werbetreibenden so groß, dass sich unerlaubte Telefonwerbung nicht mehr lohnt.

Mit der Regelung im neuen Absatz 4 des § 7 UWG werden die vertragsrechtlichen Folgen der unlauteren Telefonwerbung klar umrissen und auf das unbedingt erforderliche Maß begrenzt. Der zivilrechtliche Grundsatz, dass Vertragserklärungen grundsätzlich formfrei und damit auch mündlich abgegeben werden können, wird nur für den Zeitraum des unerlaubt geführten Telefongesprächs eingeschränkt. Eine über das unerlaubt geführte Telefonat hinausgehende vertragsrechtliche „Folgewirkung“ ist nicht vorgesehen.

Allerdings ist es erforderlich, den Verbraucher mit Einführung des Bestätigungserfordernisses in allen Fällen unerlaubter Telefonwerbung vor übereilten oder untergeschobenen Vertragsabschlüssen zu schützen – unabhängig von dem konkreten Inhalt des telefonisch angebotenen Vertrages. Nur mit einer gesetzlichen Regelung, die ein Bestätigungserfordernis für alle unlauter angebotenen Verträge vorsieht, kann flexibel auf sich ändernde Geschäftspraktiken unredlich handelnder Unternehmen reagiert werden.

Außerdem soll die Regelung über das Bestätigungserfordernis unabhängig davon gelten, ob es sich um eine Zwei- (= Tarifwechsel) oder Dreiparteienkonstellation (= Anbieterwechsel) handelt.

Die Regelung, Verbraucherverträge als Folge einer unlauteren Telefonwerbung von einer nachträglichen Bestätigung in Textform abhängig zu machen, ist auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Lauterkeitsrechts vereinbar. Danach gilt zwar, dass Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs im Grundsatz wirksam sind, weil häufig die Ursächlichkeit der unlauteren Werbung für den Vertragsschluss mit dem Verbraucher nur schwer nachweisbar ist. Dies gilt etwa bei der unlauteren Anzeigen- oder Fernwerbung.

Eine derartige Fallkonstellation besteht bei Werbung durch Telefonanrufe ohne Einwilligung des Verbrauchers aber gerade nicht. Denn sie ist jeweils zielgerichtet und unmittelbar auf einen konkreten Verbraucher bezogen und nicht für eine Vielzahl von Verbrauchern bestimmt. Für das werbende Unternehmen besteht so keine Rechts-

unsicherheit, da ihm bekannt ist, ob eine vorherige und ausdrückliche Einwilligung (in Textform) vorliegt.

Die vorgeschlagene Regelung ist auch verhältnismäßig. Denn sie wird dem berechtigten Interesse des seriösen Fernabsatzhandels, auch weiterhin auf rein telefonischem Weg Verträge anbahnen zu können, gerecht. Sobald eine Einwilligung des Verbrauchers nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E vorliegt, ist ein rein telefonischer Vertragsschluss für alle von der Einwilligung umfassten Bereiche auch in Zukunft möglich. Auf Grund der engen Voraussetzungen steht auch nicht zu befürchten, dass Verbraucher ihrerseits unter Berufung auf das Bestätigungserfordernis in rechtsmissbräuchlicher Weise einen wirksamen telefonischen Vertragsschluss abstreiten. Die Beweislage für Unternehmen, deren Umsatz in großem Umfang auf wettbewerbskonformen telefonischen Vertragsschlüssen beruht, wird außerdem durch die Neuregelung nicht verschlechtert, da auch nach geltendem Recht ein mündlicher oder fernmündlicher Vertragsschluss schwerer zu belegen ist als ein schriftlicher oder in Textform geschlossener Vertrag.

6. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 20 Abs. 2 UWG)

In Artikel 2 Nr. 4 § 20 Abs. 2 ist die Zahl „fünfzigtausend“ durch die Zahl „zweihundertfünfzigtausend“ zu ersetzen.

Begründung

Die Bußgeldbewehrung der unlauteren Telefonwerbung verdient Zustimmung. Es ist allerdings fraglich, ob Unternehmer mit einer Bußgeldhöhe von bis zu fünfzigtausend Euro, die bei einem Verstoß gegen das bestehende Verbot der unerlaubten Telefonwerbung droht, wirksam abgeschreckt werden können. Inzwischen gehen die Gerichte dazu über, wesentlich höhere Ordnungsgelder zu verhängen. Es erscheint daher erforderlich, den Bußgeldrahmen entsprechend der Regelung in § 890 der Zivilprozessordnung (ZPO) auf einen Betrag von bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro zu erhöhen.

7. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 20 Abs. 3 Satz 2 – neu –, 3 – neu – UWG)

Dem Artikel 2 Nr. 4 § 20 Abs. 3 sind folgende Sätze anzufügen:

„Die Landesregierung des Landes, in der die Bundesnetzagentur ihren Sitz unterhält, wird ermächtigt, zur schnelleren Erledigung der Verfahren und zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Belastung durch Rechtsverordnung die Entscheidung über Einsprüche gegen die Bußgeldbescheide der Verwaltungsbehörde einem anderen Amtsgericht oder zusätzlichen Amtsgerichten zu übertragen. Die Landesregierung kann diese Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen.“

Begründung

Nach § 20 Abs. 3 UWG-E soll die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) mit Sitz in Bonn für die Verfolgung von Verstößen gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung einschließlich der neu eingeführten Ordnungswidrigkeit nach § 20 Abs. 1 und 2 UWG-E zuständig sein. Hierdurch

tritt gemäß § 68 Abs. 1 OWiG eine bundesweite Konzentration der Einsprüche gegen Bußgeldverfahren wegen unerlaubter Telefonwerbung bei dem Amtsgericht Bonn ein, was im Hinblick auf Anzahl und Umfang der zu erwartenden Gerichtsverfahren zu einer unverhältnismäßig starken Belastung dieses Amtsgerichts führen dürfte. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, der Landesregierung – mit Delegationsmöglichkeit auf die Landesjustizverwaltung – eine Dekonzentrationsermächtigung zu eröffnen.

8. **Zu Artikel 3 Nr. 1 Buchstabe b** (§ 102 Abs. 2 Satz 1 TKG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in die Bestimmung neben die an den Anrufenden gerichteten Verbote der Rufnummernunterdrückung und der Veranlassung der Rufnummernunterdrückung beim Diensteanbieter auch ein Unterlassungstatbestand einbezogen werden kann, der dem Sinne nach das Dulden und ungeprüfte Hinnehmen der Rufnummernunterdrückung beim Diensteanbieter oder dem mit der Durchführung der Anrufe Beauftragten erfasst.

Begründung

Bleibe es zum Zwecke eines Verbots der Rufnummernunterdrückung bei den beiden tatbestandlich im Gesetzentwurf angeführten Verboten, könnte der Auftraggeber folgenlos Anrufende und Diensteanbieter ohne genaue vertragliche Regelung mit der Durchführung von Anrufen beauftragen und stillschweigend erwarten, dass keine

Rufnummernangabe erfolgt. Solchen Umgehungsversuchen könnte ein geeigneter Unterlassungstatbestand entgegenwirken, der sowohl das bloße Dulden der Rufnummernunterdrückung durch den beauftragenden Unternehmer als auch die Unterlassung der Kontrolle des Beauftragten durch den Auftraggeber mit erfassen sollte.

9. **Zu Artikel 5** (Inkrafttreten)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob eine Übergangsfrist von sechs Monaten für das Inkrafttreten des Artikels 3 (Änderung des Telekommunikationsgesetzes) eingeräumt werden sollte.

Begründung

Das Verbot der Rufnummernunterdrückung wird begrüßt. Für Call-Center könnte hierdurch aber ein nicht unerheblicher organisatorischer Mehraufwand entstehen. Nach dem Gesetzentwurf kann sowohl die Rufnummer des Call-Centers als auch die Rufnummer des hinter dem entsprechenden Auftrag stehenden Unternehmens angezeigt werden. In Fällen, in denen die Rufnummer des Call-Centers erscheint, müssen Call-Center eine Art Servicecenter einrichten, das die Rufnummern der hinter den Anrufen stehenden Unternehmen verwaltet und an die Verbraucher weitergibt. Der zeitlich für die Einrichtung solcher Servicestellen notwendige Aufwand sollte in Form einer Übergangsfrist im Gesetzentwurf berücksichtigt werden. Ein Zeitraum von sechs Monaten erscheint hier ausreichend und angemessen.

Anlage 4

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

Zu Nummer 1 (Artikel 1 Nr. 2a – neu – § 312e Abs. 1a – neu – BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates, in § 312e BGB nach Absatz 1 einen neuen Absatz 1a einzufügen, nicht anzuschließen.

Nach der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelung soll die Wirksamkeit eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr von der Erfüllung einer vorvertraglichen Informationspflicht („Hinweis auf die Entgeltlichkeit und die mit dem Vertrag verbundenen Gesamtkosten in deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Form“) und der Abgabe einer von der Bestellung gesonderten Erklärung des Verbrauchers (Bestätigung der Kenntnisnahme des Hinweises) abhängen. Beabsichtigt ist also die Einführung einer neuen Rechtsfolge für die Verletzung einer bestimmten vorvertraglichen Informationspflicht.

Vorschläge zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Kostenfallen im Internet sollten aufgrund ihres besonderen Binnenmarktbezuges sinnvollerweise im europäischen Kontext diskutiert werden. Die Bundesregierung wird deshalb die Frage, ob und welche Maßnahmen zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im Internet erforderlich sind, im Zusammenhang mit der Positionierung zu dem von der Europäischen Kommission am 8. Oktober 2008 veröffentlichten Entwurf für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher intensiv erörtern. Dieses Vorgehen ermöglicht, die parlamentarischen Beratungen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf zügig abzuschließen. Da es sich bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelung um eine technische Vorschrift handelt, bestünde im Fall ihrer Aufnahme in den Gesetzentwurf gemäß Artikel 8 der Richtlinie 98/34/EG (ABl. EG Nr. L 204 S. 37) in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG (ABl. EG Nr. L 217 S. 18) eine Notifizierungspflicht. Die Notifizierungspflicht gegenüber der Europäischen Kommission führt zu einer mindestens dreimonatigen Wartezeit, während derer das Gesetzgebungsverfahren nicht abgeschlossen werden könnte.

Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nr. 3 – § 312f Nr. 1, 2 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates, in § 312f Nr. 1 und 2 BGB jeweils die Wörter „von ihm beauftragter“ zu streichen, nicht anzuschließen.

Die Streichung würde dazu führen, dass die Vorschrift auch dann anzuwenden ist, wenn gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers eine „im Lager des Verbrauchers stehende Person“ – etwa ein Familienangehöriger – auftritt. Eine Einbeziehung solcher Fälle in den Anwendungsbereich der Norm erscheint nicht sachgerecht, denn der Verbraucher ist nicht schutzbedürftig, wenn er sich zur Kündigung einer ihm nahestehenden Person bedient. Das Textformerfordernis würde in diesen Fällen den Anbieter-

wechsel unnötig erschweren. Die Formulierung „oder ein von ihm beauftragter Dritter“ muss auch nicht zwingend dahin ausgelegt werden, dass der Beziehung ein Auftragsverhältnis im Rechtssinne zugrunde liegen muss, auch wenn dies regelmäßig der Fall sein dürfte.

Zu Nummer 3 (Artikel 1a – neu – § 43 Abs. 2a – neu –, 3 BDSG)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates, eine Regelung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) in den Gesetzentwurf aufzunehmen, nicht anzuschließen.

Die Bundesregierung teilt grundsätzlich die Auffassung des Bundesrates, dass die Androhung einer Geldbuße unter Umständen ein geeignetes Mittel sein kann, um der unerlaubten Nutzung personenbezogener Daten zu Werbezwecken durch nichtöffentliche Stellen besser zu begegnen. Insbesondere Formulierung, Standort und Verhältnismäßigkeit einer solchen Vorschrift bedürfen allerdings vertiefter Prüfung.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen dient dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Störungen ihrer Privatsphäre sowie vor unerwünschten vertraglichen Bindungen infolge von Telefonwerbung. Das vom Bundesrat verfolgte Anliegen, die Verbesserung des Schutzes der personenbezogenen Daten des Anschlussinhabers, geht über die Zielrichtung des Gesetzentwurfs deutlich hinaus.

Der Vorschlag des Bundesrates ist auch aus nebenstrafrechtlicher Sicht nicht gelungen. Die Bußgeldvorschrift des § 43 Abs. 2a BDSG-E ist eigenständig gefasst, da sie an keine verwaltungsrechtliche Grundnorm anknüpft. Eine derartige Ausgestaltung von Bußgeldvorschriften ist im heutigen Nebenstrafrecht aus materiell-rechtlichen Erwägungen nicht mehr gebräuchlich. Vielmehr sind Bußgeldnormen, die nationales Recht bewahren sollen, schon aus Bestimmtheitsgründen auf eine entsprechende verwaltungsrechtliche Grundnorm zu beziehen.

Schließlich bedürfte auch die Frage des Verhältnisses einer § 43 Abs. 2a BDSG-E inhaltlich entsprechenden Norm zu § 20 UWG-E vertiefter Prüfung. Insbesondere wäre zu prüfen, wie etwaige Konkurrenzen aufzulösen sind und ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.

Zu Nummer 4 (Artikel 2 Nr. 1 – § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG – § 20 Abs. 1 UWG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates, in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E und § 20 Abs. 1 UWG-E jeweils nach den Wörtern „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ die Wörter „in Textform“ einzufügen, nicht zu.

Die Bundesregierung steht dem Vorschlag aus den vom Bundesrat aufgeführten Gründen durchaus aufgeschlossen gegenüber. Sie ist jedoch der Auffassung, dass ein Textform-

erfordernis für die Einwilligung in Telefonwerbung jedenfalls dann zu hohe Hürden für die Wirtschaft aufstellen würde, wenn der Gesetzgeber den Unternehmen nicht gleichzeitig eine praktikable und rechtsbeständige Möglichkeit eröffnet, die erforderlichen Einwilligungen im Massenverkehr mit vertretbarem Aufwand einzuholen.

Eine Einwilligung in Telefonwerbung kann nach derzeitiger Rechtslage nicht wirksam durch eine vom Unternehmer vorformulierte und vom Verbraucher unterschriebene Erklärung abgegeben werden. Vorformulierte Einwilligungserklärungen sind zwar keine Vertragsbedingungen im eigentlichen Sinn. Die Rechtsprechung führt jedoch auch bei einer vom Verwender vorformulierten einseitigen geschäftlichen Erklärung des Kunden dar und ist deshalb stets unwirksam (BGHZ 141, 124, 128; BGHZ 141, 137, 149). Insbesondere auch auf Grund der Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen regelmäßig als vom Unternehmer gestellt gelten, ist es daher faktisch nicht möglich, dass Verbraucher in Telefonwerbung durch eine vorformulierte Erklärung einwilligen.

Ein Textformerfordernis würde daher im Ergebnis dazu führen, dass die Einwilligung weder mündlich noch durch eine vorformulierte Erklärung erteilt werden könnte. Dies würde nach der zitierten Rechtsprechung selbst dann gelten, wenn die vorformulierte Einwilligung deutlich abgesetzt und besonders hervorgehoben ist und der Kunde die Wahl zwischen mehreren vom Verwender vorgegebenen Erklärungsoptionen hat. Aus Sicht der Bundesregierung würde dies im Ergebnis zu einem unverhältnismäßigen Aufwand für Unternehmen führen, die in seriöser Weise mit Telefonanrufen werben möchten.

Zu Nummer 5 (Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe b – neu – § 7 Abs. 4 – neu – UWG)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates, § 7 UWG um einen neuen Absatz 4 zu ergänzen, nicht anzuschließen.

Mit seinem Vorschlag spricht sich der Bundesrat für die sogenannte Bestätigungslösung aus. Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG abgibt, soll erst wirksam werden, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt.

Die Bestätigungslösung ist von der Bundesregierung im Vorfeld des Kabinettsbeschlusses intensiv erörtert worden. Sie mag auf den ersten Blick geeignet erscheinen, Verbraucher vor ungewollten Vertragsschlüssen am Telefon zu schützen; bei näherer Betrachtung überwiegen jedoch die damit verbundenen Probleme.

Zunächst würde eine Vorschrift, die vertragsrechtliche Folgen eines Wettbewerbsverstoßes anordnet, dem bewährten System des Lauterkeitsrechts in Deutschland zuwiderlaufen. Der Schutz der Mitbewerber, Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der Allgemeinheit vor unlauterem Wettbewerb wird im UWG allein durch den generalpräventiven Unterlassungsanspruch gewährleistet.

Der Vorschlag des Bundesrates würde darüber hinaus im Ergebnis zu nicht unerheblichen Wertungswidersprüchen führen: Zwar ist der Werbeanruf ohne Einwilligung des Verbrauchers wettbewerbswidrig. Hinsichtlich der Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess des Verbrauchers steht er aber weder einer arglistigen Täuschung noch einer widerrechtlichen Drohung gleich. Dennoch wäre die daran anknüpfende Rechtsfolge (Nichtigkeit unter dem Vorbehalt der Bestätigung) gravierender als die des § 123 Abs. 1 BGB (Anfechtbarkeit).

Zusätzlich würde die Bestätigungslösung zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Ob ein Vertrag wirksam ist oder nicht, würde auch davon abhängen, ob der Verbraucher in den Anruf wirksam eingewilligt hat, oder davon, ob es der Unternehmer oder der Kunde war, der angerufen hat. Aus diesem Grund besteht auch die Gefahr, dass seriöse Unternehmer generell dazu übergehen könnten, bei telefonisch geschlossenen Verträgen eine schriftliche Bestätigung zu verlangen. Im Ergebnis wären dann unkomplizierte telefonische Bestellungen nicht mehr möglich, was nicht im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher liegt.

Letztlich muss auch befürchtet werden, dass die Belästigung durch unerwünschte Telefonanrufe sogar noch zunähme, denn gerade unseriöse Unternehmer könnten versuchen, den Verbraucher telefonisch zur Bestätigung zu drängen. Bei unseriösen Unternehmern wäre wohl auch damit zu rechnen, dass dem Verbraucher in einer nach dem Telefonat übersandten und nur noch zu unterzeichnenden Bestätigung Vertragsbedingungen „untergejubelt“ werden, die weder telefonisch vereinbart waren noch vom Verbraucher gewollt sind.

Zu Nummer 6 (Artikel 2 Nr. 4 – § 20 Abs. 2 UWG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates, unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern mit einer Geldbuße bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro zu bedrohen, nicht zu.

Gemäß § 20 Abs. 1 und 2 UWG-E soll vorsätzliche oder fahrlässige Werbung mit einem Telefonanruf ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden können. In Anbetracht der mittleren Schwere des Unrechtsgehalts dieses Verhaltens im Vergleich zu anderen Tatbeständen des Nebenstrafrechts ist ein solcher mittlerer Bußgeldrahmen angemessen und verhältnismäßig.

Der vom Bundesrat vorgeschlagene Bußgeldrahmen bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro wäre systemfremd. Aber auch eine Bußgelddrohung bis zu zweihunderttausend Euro oder bis zu dreihunderttausend Euro wäre unverhältnismäßig und würde sich nicht harmonisch in das Gesamtgefüge der Bußgelddrohungen des Nebenstrafrechts einfügen. Dieses Gefüge sieht in dem angesprochenen Bereich nur wenige Bußgeldnormen vor, die zudem besonders zentrale und übergreifende Rechtsgüter schützen wie zum Beispiel das Funk-

tionieren des Finanzplatzes Deutschland oder auch die Sicherung des Beitragsaufkommens der Steuer- und Sozialversicherung durch Bekämpfung der Schwarzarbeit. Unlautere Telefonwerbung ist hiermit nicht vergleichbar.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der in § 20 Abs. 3 UWG-E genannte Betrag von fünfzigtausend Euro nur den Sanktionsbestandteil der Geldbuße umfasst. Die tatsächlich verhängte Geldbuße kann im Einzelfall deutlich höher liegen. Dies gilt dann, wenn der Täter aus der Ordnungswidrigkeit einen wirtschaftlichen Vorteil gezogen hat. In diesem Fall soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil aus der Ordnungswidrigkeit übersteigen (§ 17 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten – OWiG). Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, kann es überschritten werden (§ 17 Abs. 4 Satz 2 OWiG).

Schließlich soll es auch weiterhin möglich bleiben, neben einer Geldbuße ein Ordnungsgeld wegen Verstoßes gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung von bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro zu verhängen. Auf Grund der unterschiedlichen Zielrichtungen von zivilrechtlichen Ordnungsgeldern und Geldbußen ist es auch im Sinne eines effektiven Rechtsgüterschutzes nicht erforderlich, die hierfür gesetzlich vorgesehenen Höchstbeträge anzugleichen.

Zu Nummer 7 (Artikel 2 Nr. 4 – § 20 Abs. 3 Satz 2 – neu –, 3 – neu – UWG)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates, eine Dekonzentrationsermächtigung zugunsten der Regierung des Landes, in dem die Bundesnetzagentur ihren Sitz hat, zu schaffen, nicht anzuschließen.

Eine dem Vorschlag des Bundesrates vergleichbare Regelung besteht im geltenden Nebenstrafrecht nicht, obwohl durchaus ähnliche Sachverhalte auf anderen Gebieten des Nebenstrafrechts existieren. So ist zum Beispiel das Bundesamt für Güterverkehr mit Sitz in Köln die zuständige Bußgeldbehörde für zahlreiche nebenstrafrechtliche Bestimmungen. Über Einsprüche gegen Bußgeldbescheide des Bundesamtes für Güterverkehr entscheidet gemäß § 68 Abs. 1 OWiG das Amtsgericht Köln. Zwingende Gründe für eine Sonderregelung im Hinblick auf Bußgeldbescheide der Bundesnetzagentur auf Grund unerlaubter Telefonwerbung sind nicht ersichtlich.

Zu Nummer 8 (Artikel 3 Nr. 1 Buchstabe b – § 102 Abs. 2 Satz 1 TKG)

Die Bundesregierung hält eine Vorschrift, nach der zusätzlich zu dem an den Anrufenden gerichteten Verbot der Rufnummernunterdrückung auch eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Kontrolle des Beauftragten eingeführt werden soll, nicht für erforderlich. Dasselbe gilt für eine Verpflichtung des Auftraggebers, einen Verstoß des Beauftragten ge-

gen das Verbot der Rufnummernunterdrückung nicht zu dulden.

Der Anrufer selbst wird durch die Regelung des § 102 Abs. 2 Satz 1 TKG-E umfassend dazu verpflichtet, die Rufnummernanzeige bei einer Werbung nicht zu unterdrücken oder die Unterdrückung zu veranlassen. Der Auftraggeber einer Werbekampagne dürfte daher nicht stillschweigend erwarten, dass das von ihm beauftragte Unternehmen die Rufnummer unterdrückt bzw. unterdrücken lässt.

Sollte der Auftraggeber den Auftragnehmer jedoch veranlassen, entgegen § 102 Abs. 2 Satz 1 TKG-E die Rufnummer zu unterdrücken, kommt eine Beteiligung an der Ordnungswidrigkeit des Anrufenden gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 17a TKG-E in Verbindung mit § 14 OWiG in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer vorsätzlich handeln.

In allen übrigen Fällen würde dem Auftraggeber jedoch eine Pflicht auferlegt, die dieser nicht erfüllen kann. Denn von einer Rufnummernunterdrückung durch den Beauftragten hat er regelmäßig keine Kenntnis und kann diese auch nicht haben. Eine Duldung liegt daher nicht vor.

Zu Nummer 9 (Artikel 5 – Inkrafttreten)

Aus Sicht der Bundesregierung ist eine Übergangsfrist für das Inkrafttreten des Artikels 3 (Änderung des Telekommunikationsgesetzes) dann nicht erforderlich, wenn der Anrufer die eigene Rufnummer übermittelt. Soweit jedoch die Rufnummer der Person, in deren Namen oder Auftrag die Werbung mit einem Telefonanruf erfolgt, aufgesetzt und übermittelt werden soll, dürften die hierfür erforderlichen technischen Änderungen einen gewissen Umstellungszeitraum erfordern. Dasselbe gilt für die organisatorischen und personellen Vorkehrungen, die durch die auf Grund der angezeigten Rufnummer zu erwartenden Rückrufe erforderlich werden. Die Bundesregierung hält daher eine maßvolle Übergangsfrist, die nicht länger als sechs Monate sein sollte, für angezeigt, aber auch für ausreichend.

Ferner nimmt die Bundesregierung zu der Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates wie folgt Stellung:

In seiner Stellungnahme vom 17. Juli 2008 hatte der Nationale Normenkontrollrat eine Informationsverpflichtung aus § 312f BGB (neu) in Höhe von 4,6 Mio. Euro jährlich angeführt. Die Vorschrift schreibt ein Texterfordernis für die Kündigung des Verbrauchers oder die Vollmacht zur Kündigung gegenüber dem alten Vertragspartner durch den neuen Anbieter vor. Nach Auffassung der Bundesregierung ist dies – auch wenn es, wie die Begründung sagt, dem Nachweis der Kündigung oder Vollmachterteilung dient – ein Formerfordernis für eine Willenserklärung/die Ausübung eines vertraglichen Gestaltungsrechts.

