

Rechtsanwältin Auer, Schumannstraße 18 . 10117 Berlin

DEUTSCHER BUNDESTAG
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

per Fax: 030 – 227 36081
und per Email: rechtsausschuss@bundestag.de

Berlin, 22.01.2009
00014/2005 /AU
Bearbeiter: Dr. Auer-Reinsdorff
Tel. 030 / 28 44 50 714

Dr. Auer-Reinsdorff
BT-Drs. 16/10734, 16/8544 Anhörung 28.01.09

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu den einzelnen Regelungen des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen nehme ich wie folgt Stellung:

Zu Artikel 1 Nr. 2 a):

Ein Ziel des Gesetzesvorhabens ist es, Verbraucher vor dem übereilten Abschluss kostenpflichtiger TK- und Internet-Dienstleistungsverträge zu schützen – sog. Kostenfallen im Internet. Der Bundestag schlägt vor, deshalb die bestehende Regelung für Finanzdienstleistungen auf alle Dienstleistungen auszuweiten, für die das Widerrufsrecht nicht nach § 312 d Absätze 4 und 5 BGB ohnehin nicht gegeben ist.

Der Bundesrat hat vorgeschlagen, einen neuen § 312e Absatz 1 a BGB einzufügen, welcher das Konzept des elektronischen Geschäftsabschlusses für Verbraucher derart umgestalten würde, dass die auf Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers zunächst immer schwebend unwirksam wäre. Die Willenserklärung würde nur dann wirksam, wenn der Verbraucher entsprechend der gesetzlich vorgegebenen Informationspflichten unterrichtet und dies mit gesonderter Erklärung bestätigt wurde.

Die praktischen Erfahrungen zeigen, dass die Verbraucher nach wie vor über den Umfang, die Fristen und die Art und Weise des Widerrufs nicht hinreichend informiert sind bzw. ihnen die Einzelheiten unklar sind. So sind zum Beispiel die Regelungen des § 355 BGB im Detail nicht

DR. ASTRID AUER-REINSDORFF
RECHTSANWÄLTIN
FACHANWÄLTIN für INFORMATIONSTECHNOLOGIERECHT

SCHUMANNSTRASSE 18
10117 BERLIN
FON: 030 – 28 44 50 714
FAX: 030 – 28 44 50 713

MAIL: anfrage@dr-auer.de
WEB : www.dr-auer.de
USTID : DE 212046928

selten unbekannt und aus Unkenntnis wird von dem Widerrufsrecht kein Gebrauch gemacht, da per se von einer 2-Wochen-Frist ausgegangen wird.

Vor diesem Hintergrund halte ich die Einführung eines neuen Systems, nachdem die Willenserklärung des Verbrauchers bis zur Erfüllung weiterer Bedingungen schwebend unwirksam sein soll, eher für geeignet, die Verbraucher weiter „zu verwirren/ zu verunsichern“. Die bestehenden Regelungen sollten verbessert und leichter handhabbar für die Verbraucher ausgestaltet werden und sind an sich geeignet, sowohl den schützwürdigen Interessen der Verbraucher als auch der Unternehmer gerecht zu werden.

Wenn sich die vorgeschlagene Abänderung auf die beiderseitige vollständige Erfüllung weg von dem bloßen Beginn mit der Erfüllung seitens des Unternehmers an sich überhaupt als förderlich erweise, wäre der Vorschlag des Bundestages zu § 312 d Absatz 3 BGB (neu) im Wortlaut angepasst wie folgt zu fassen:

„(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei Dienstleistungen vor Fristablauf, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“

Die Formulierung des Vorschlages des Bundestages „... bei einer Dienstleistung ...“ ist unklar im Hinblick auf die Frage, ob die Regelung auf Dauerschuldverhältnisse mit wiederkehrenden Dienstleistungen anwendbar ist und weicht im Übrigen von der Formulierung des § 312 Absatz 6 BGB (geltend und neu) ab.

Die Worte „... auch dann...“ könnten durch einen Bezug auf die Regelfälle des Erlöschens nach § 312 d Absätze 1 und 2 i.V.m. § 355 BGB ersetzt werden.

Die Einfügung „... ausdrücklich ...“ birgt wie die Rechtsfragen, wann mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen wurde (§ 312 d Absatz 2 Nr. 2 BGB geltende Fassung) oder wann der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt ist, Auslegungsprobleme. Das Unternehmen bleibt auch ohne die Einfügung „... ausdrücklich ...“ mit dem Beweis belastet.

Zur klareren Regelung der Dokumentation des Wunsches des Verbrauchers könnte eingefügt werden „... mittels gesonderter Erklärung ...“. Dies wird in der Praxis durch vorformulierte Erklärungen des Unternehmers geschehen, welche der Verbraucher schriftlich, in Textform oder auf andere Art und Weise bestätigt. Da diese vorformulierten Erklärungen nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig unwirksam sind, es sei denn sie erfüllen besondere Anforderungen, verbliebe dieses Risiko bei den Unternehmen. Hier würde eine Klarstellung abhelfen wie folgt: „... mittels auch vom Unternehmer vorformulierter gesonderter Erklärung, ...“.

Daher könnte die Formulierung des § 312 d Absatz 3 BGB (neu) klarstellend wie folgt lauten:

„(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei Dienstleistungen vor Fristablauf, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Wunsch des Verbrauchers mittels auch vom Unternehmer vorformulierter gesonderter Erklärung vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“

Fraglich ist, ob die Einführung des Erfordernisses der vollständigen beiderseitigen Vertragserfüllung gegenüber der bestehenden Rechtslage eine erhebliche Erleichterung bringt oder ob die aufgeworfenen Abgrenzungsfragen von „... mit der Ausführung der Dienstleistung ... begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.“ verschoben werden.

Alternativ und näher an der bestehenden gesetzlichen Regelung könnte daher die Formulierung des § 312 d Absatz 3 Nr. 2 BGB (neu) lauten:

„(3) ...

2. Das Widerrufsrecht erlischt bei anderen Dienstleistungen vor Fristablauf, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung auf eine auch vom Unternehmer vorformulierte gesonderte Erklärung des Verbrauchers nicht nur unwesentlich begonnen hat, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat und der Verbraucher vor Abgabe der gesonderten Erklärung über das vorzeitige Erlöschen seines Widerrufsrechts in Textform informiert wurde.“.

Bei Verstoß gegen die hier aufgenommene Informationspflicht erlischt das Widerrufsrecht anders als bei der jetzigen Regelung des § 312 c Absatz 1 BGB i.V.m. der BGB-InfoVO nicht.

Eine wesentliche Verschiebung von dem Erfordernis der tatsächlichen Aufnahme der Erfüllungshandlungen oder –maßnahmen seitens des Unternehmers auf Wunsch des Verbrauchers ist meines Erachtens aufgrund des vorliegenden Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission über Rechte der Verbraucher vom 08.10.2008 [KOM(2008) 614 endgültig] eher nicht angezeigt. Dies um so mehr, als dass diese Verschiebung maßgeblich wegen der aufgetretenen besonderen Fälle von Telekommunikationsdienstleistungen erfolgen würde. Die in der Praxis im Telekommunikationsbereich aufgetretenen Fälle würden bei einer Neuregelung wie vorgeschlagen im gesamten Bereich der Dienstleistungen im Fernabsatz neue Abgrenzungsfragen aufwerfen.

Wenn denn überhaupt die Änderung auf die vollständige beiderseitige Erfüllung zur Zielerreichung für den Telekommunikationsbereich erforderlich ist, wäre die Regelung als weitere Ausnahme in § 312d Absatz 3 Nr. 1 BGB mit der Folgeänderung in Absatz 6 und in § 355 Absatz 3 Satz 3 BGB mit Bezugnahme auch auf diese Dienstleistungen hinreichend.

Zu Artikel 1 Nr. 2 b):

Der Bundestag schlägt für die typischerweise telefonisch vertriebenen Waren: Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierte sowie für Wett- und Lotteriedienstleistungen vor, dass das Widerrufsrecht abweichend von der jetzigen Regelung dann doch gegeben ist, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat.

Dies bedeutet, die Neuregelung fände auch auf solche Fälle Anwendung, in denen der Verbraucher auf anderem Weg zum Beispiel mittels Printwerbung, Annoncen etc. Kenntnis von dem Angebot des Unternehmers erlangte und daraufhin seine Vertragserklärung telefonisch abgibt. Die gesetzliche Neuregelung hat im Fokus, den Verbraucher vor übereilten telefonischen Vertragsschlüssen zu schützen, welche auf den seitens des Unternehmers veranlassten Telefonanruf zustande kommen.

Dieser unerwünschte Folge der vorgeschlagenen Neuregelung könnte begegnet werden, in dem angefügt wird: „ ..., es sei denn das auf den Vertragsabschluss gerichtete Telefonat war vom Verbraucher veranlasst.“.

Diese Formulierung belässt es bei den Fällen bei der bestehenden Regelung, in denen der Verbraucher telefonisch mit dem Unternehmer in Kontakt tritt und die Vertragserklärung abgibt und in denen der Unternehmer auf den Kontaktaufnahmeversuch des Verbrauchers hin, diesen zurückruft und in diesem Telefonat die Vertragserklärung abgegeben wird. Allerdings wird die Regelung über die Ausnahme vom Nichtbestehen eines Widerrufsrechts für den Verbraucher kaum noch erfassbar sein.

Hier könnte dem Verbraucher für Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierte das vertragliche Widerrufsrecht durch Streichung der Ausnahme in § 312 Absatz 4 Nr. 3 BGB gewährt werden und in § 355 Absatz 3 Satz 2 BGB eine Ausnahme eingeführt werden wie folgt:

„²Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger, es sei denn es handelt sich um die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten.“

Für Wett- und Lotterie-Dienstleistungen könnte dem Verbraucher ebenfalls das vertragliche Widerrufsrecht wiederum mit der Einschränkung für den Sonderfall dieser Dienstleistung nach § 312d Absatz 3 Nr. 1 BGB gewährt werden. Das Regelungserfordernis entfällt auch nicht vollständig durch das Inkrafttreten des neuen Glücksspielvertrages, da mit dem dortigen § 5 Absatz 3 nicht alle Kommunikationswege des Fernabsatzes erfasst sind.

Zu Artikel 1 Nr. 2 c):

§ 312 d Absatz 6 BGB wäre nach dem Entwurf des Bundestages (vorausgesetzt es erfolgen keine Abänderungen) in Absatz 3 wie folgt zu fassen:

„(6) Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen hat der Verbraucher abweichend von § 357 Abs. 1 Wertersatz nur dann zu leisten, wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und der Vertrag auf Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“

Der Entwurf ersetzt zwar den einschränkenden Begriff der „Finanzdienstleistungen“ durch „Dienstleistungen“, übernimmt aber nicht die weiteren Änderungen aus § 312 d Absatz 3 BGB in der Entwurfsfassung.

Zu Artikel 1 Nr. 3:

Die beabsichtigte Regelung soll die Situationen abfedern, in denen den Verbrauchern wegen der Beauftragung des übernehmenden Dienstleisters mit der Kündigung gegenüber dem bisherigen Dienstleister die Entscheidungsfreiheit über die Ausübung des Widerrufsrechts genommen wird. Der Verbraucher sieht von der Ausübung ab, da der Altvertrag gekündigt ist oder aber wenn er von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht, kommt er in die Situation, die gewünschten Dienstleistungen anderweitig/bei einem Dritten neu beauftragen zu müssen.

Hier soll der Verbraucher durch das Erfordernis der Textform der Kündigung bzw. der Bevollmächtigung zu deren Erklärung besonders gewarnt werden. Die vorgeschlagene Regelung enthält aber weder eine Informationspflicht noch wird die beschriebene Situation für den Verbraucher verbessert. Auch bei Kündigung in Textform bzw. entsprechender Bevollmächtigung hierzu, erfolgt die Kündigung ggf. vor Erlöschen des Widerrufsrechts. Der Verbraucher hat keine Erleichterung in dieser Situation durch die Textform allein. Mit diesem Erfordernis wird lediglich der Misstand behoben, dass „schwarze Schafe der Branche“ ohne entsprechenden Vertragsschluss gegenüber dem leistenden Dienstleister unter Vortäuschung der Beauftragung / Bevollmächtigung dessen Vertrag im Namen des Verbrauchers kündigen.

Die Abwicklung erfolgt in der Praxis derart, dass der Verbraucher seine Kündigung oder aber die Bevollmächtigung an den Dienstleister oder einen beauftragten Dritten übermittelt und diese an den bisherigen Dienstleister weitergeleitet werden. Der übernehmende Dienstleister oder ein von ihm beauftragter Dritter ist entweder Bote oder aber Bevollmächtigter des Verbrauchers.

Wann er die Kündigung erklärt bzw. die entsprechende Erklärung an den bisherigen Dienstleister übermittelt, liegt damit in seinem Einflussbereich.

Hier rege ich an, dass der Unternehmer nur befugt ist, die Kündigung zu dem Zeitpunkt zu erklären bzw. zu übermitteln, wenn das Widerrufsrecht bei ordentlicher Belehrung erloschen ist.

Dies ließe sich in der nachfolgenden ergänzten Formulierung des vorgeschlagenen § 312f BGB abbilden:

„...und stehen diese unter der aufschiebenden Bedingung des Erlöschen des Widerrufsrechts.“

In diesem Zusammenhang tritt aber die Auslegungsproblematik zu Tage, welche mit der Voraussetzung *„...vollständig erfüllt ist, ...“* im vorgeschlagenen § 312 d Absatz 3 BGB verbunden ist. Fraglich bleibt, ob diese Formulierung gegenüber der bestehenden Rechtslage eine erhebliche Erleichterung bringt oder ob die Abgrenzungsfragen von *„... mit der Ausführung der Dienstleistung ... begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.“* verschoben werden.

Hier würde die Neuregelung abgerundet durch die zuletzt zu Artikel 1 Nr. 2 a) vorgeschlagene Formulierung des § 312 d Absatz 3 Nr. 2 BGB:

*„(3) ...
2. Das Widerrufsrecht erlischt bei anderen Dienstleistungen vor Fristablauf, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung auf eine auch vom Unternehmer vorformulierte gesonderte Erklärung des Verbrauchers nicht nur unwesentlich begonnen hat, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat und der Verbraucher vor Abgabe der gesonderten Erklärung über das vorzeitige Erlöschen seines Widerrufsrechts in Textform informiert wurde.“*

sofern es nicht bei der bestehenden Regelung des § 312 d Absatz 3 Nr. 2 BGB verbleiben soll und fakultativ weitere Ausnahmen in § 312 d Absatz 3 Nr. 1 BGB aufgenommen werden sollen.

Mit der Neuregelung hat der Bundestag insbesondere die Übernahme von Telekommunikationsdienstleistungen im Blick. Hier ist es so, dass die Bereitstellung zur Erfüllung der vertragswesentlichen Pflichten des Anbieters technisch möglich ist, bevor die Kündigung ausgesprochen ist, damit aber keine beiderseitige vollständige Erfüllung eintritt. Von der Aufnahme einer Ausnahmeregelung in § 312d Absatz 3 Nr. 1 BGB ist daher für Telekommunikationsdienstleistungen Abstand zu nehmen. Über die Aufnahme des ergänzten § 312f BGB wird der gewünschte Effekt hinreichend erzielt. Eine entsprechende Regelung könnte auch in das TKG anstelle dem BGB aufgenommen werden.

Zu Artikel 2 Nr. 1:

Hier schlage ich folgende Formulierung für § 7 Abs. 2 Nr. 2 vor:

„2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige Einwilligung auch mittels einer vom Unternehmer vorformulierten gesonderten Erklärung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßlichen Einwilligung;“

Hier ist es ähnlich wie bei dem neu abzufassenden § 312 d Absatz 3 BGB, dass der Unternehmer andernfalls das Risiko der Unwirksamkeit einer von ihm für diesen Zweck vorformulierten

Erklärung im Lichte der BGH Rechtsprechung trüge, nur aufgrund der Tatsache, dass diese von ihm vorformuliert ist.

Zu Artikel 2 Nr. 4:

Ich bezweifle, dass die Einführung von Bußgeldvorschriften den gewünschten Effekt (alleine) bringt. Zwar könnte hier eine Entlastung der Zivilgerichte im Bereich der Einstweiligen Verfügungsverfahren erreicht werden, aber gegen die Belastung der Ordnungsbehörde. Jedenfalls flankierend sind Maßnahmen zur Selbstregulierung der Branche sowie die Verbraucheraufklärung zu fördern.

Unter anderem die FDP-Fraktion hat die Einführung einer gesonderten Identifizierung mittels einer Vorwahlnummer angeregt. Dieser Vorschlag wählt einen anderen Ansatz, dem keine grundsätzlichen Bedenken entgegen stehen. Hier wären weitere Einzelheiten der Voraussetzungen und der Umsetzung zu überdenken. Entsprechend der Regeln [Vfg. Nr. 38/2009, Amtsblatt der Regulierungsbehörde Nr. 16 vom 13.08.2003, http://www.bundesnetzagentur.de/enid/48a5166506371a4c071418b1ad8de655,0/Rufnummernmissbrauch_-_Spam_-_Dialer/Anbieter-/Unternehmensinformationen_1du.html] für die Zuteilung von (0)900er-Rufnummern für über Anwahlprogramme erreichbare „Premium-Rate“-Dienste wären Regeln und Mindestvoraussetzungen aufzustellen.

Antragsberechtigt sind dort insbesondere nach Nr. 4 nur Anbieter, deren Anwahlprogramm die von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Mindestvoraussetzungen erfüllt und die ihr gegenüber schriftlich versichern, dass eine rechtswidrige Nutzung ausgeschlossen ist. Dies könnte für eine etwaig neu einzuführende Werberufnummer umgesetzt werden, in dem der Antragsteller versichert, bestimmte Anforderungen im Hinblick auf Datenschutzregelungen und Informationspflichten einzuhalten. Dies könnte aus dem Ehrenkodex der Branche zum Teil abgeleitet werden.

Ferner wären Auflagen zur Verwendung der Rufnummern sowie ggf. Weitergabeverbote oder Weitergaberegeln unter Auflagen aufzunehmen. Dies deshalb, da die Call-Center-Diensteanbieter den Service der Bereitstellung einer individuellen Werberufnummer für das Unternehmen anbieten werden wollen. Die beauftragenden Unternehmen wären dann in jedem Fall zur Abgabe entsprechender Versicherungen angehalten.

Die Anregung, der Verbraucher könne mit der Einführung einer identifizierenden Rufnummer den gesamten Vorwahlnummernbereich für Werbeanrufe über seinen Telefonanbieter ausklammern, erscheint nicht unbedingt erforderlich. Telefonanschlüsse werden erstens von mehreren Personen genutzt, welche Werbeanrufen unterschiedlich begegnen wollen. Zweitens kann sich der Verbraucher auch gegenüber verschiedenen Unternehmen, welche den Weg des Telefonmarketings wählen, unterschiedlich verhalten wollen.

Zu Artikel 3 Nr. 1 b):

Diese Regelung halte ich für sinnvoll unabhängig von der Frage, ob eine gesonderte Telefonnummer zur Vorab-Identifizierung von Werbeanrufen eingeführt werden sollte.

Insgesamt wird diese Änderung durch den Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission über Rechte der Verbraucher flankiert, da dort Artikel 11 Nr. 2 vorsieht: *„Ruft der Gewerbetreibende den Verbraucher im Hinblick auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrages an, so hat er zu Beginn jedes Gespräches mit dem Verbraucher seine Identität und den kommerziellen Zweck des Gesprächs offenzulegen.“*

Zusammenfassung:

Handlungsbedarf besteht hinsichtlich der festgestellten Probleme. Zugleich mit der Verbesserung des Schutzes des Verbrauchers im Zusammenhang mit Telefonwerbung und Kostenfallen im Internet sollten die bestehenden Regelungen möglichst vereinfacht und die Schaffung von weiteren Ausnahmefällen oder Ausnahmen von Ausnahmen vermieden werden. Als die am wenigsten verändernden Regelungen könnten daher folgende Formulierungen gewählt werden:

§ 312d Absatz 3 Nr. 1:

Nach Finanzdienstleistungen wird eingefügt: *„und Wett- und Lotterie-Dienstleistungen“*.

§ 312d Absatz 3 Nr. 2:

„(3) ...

2. Das Widerrufsrecht erlischt bei anderen Dienstleistungen vor Fristablauf, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung auf eine auch vom Unternehmer vorformulierte gesonderte Erklärung des Verbrauchers nicht nur unwesentlich begonnen hat, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat und der Verbraucher vor Abgabe der gesonderten Erklärung über das vorzeitige Erlöschen seines Widerrufsrechts in Textform informiert wurde.“

§ 312d Absatz 4 BGB:

Die Ausnahmen nach den Nr. 3 und 4 entfallen.

§ 312 d Absatz 6 und § 355 Absatz 3 Satz 3 BGB:

Nach Finanzdienstleistungen wird jeweils eingefügt: *„und Wett- und Lotterie-Dienstleistungen“*.

§ 312f BGB:

„ ...und stehen diese unter der aufschiebenden Bedingung des Erlöschen des Widerrufsrechts.“

§ 355 Absatz 3 Satz 2 BGB:

„²Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger, es sei denn es handelt sich um die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten.“

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 TKG:

„2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige Einwilligung auch mittels einer vom Unternehmer vorformulierten gesonderten Erklärung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßlichen Einwilligung;“

Für Rückfragen stehe ich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Auer-Reinsdorff
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Informationstechnologierecht