

Stellungnahme der Verbraucherzentrale Berlin

**zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unerlaubter
Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei
besonderen Vertriebsformen vom 31.10.2008 (BT-Drucksache 16/10734)**

Kontakt:
Verbraucherzentrale Berlin e.V.
Hardenbergplatz 2
10623 Berlin
mail@vz-blm.de
www.verbraucherzentrale-berlin.de

I. Zusammenfassung

Bereits vor fast 40 Jahren hat der Bundesgerichtshof erstmals entschieden, dass es unzulässig ist, Verbraucher ohne deren vorheriges Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen (BGH, Urteil vom 19. 6. 1970, Az. I ZR 115/68). An dieser Rechtslage hat sich im Wesentlichen seit dem nichts geändert. Die Unzulässigkeit von ungewollten Werbeanrufen wurde im Jahr 2004 auch ausdrücklich in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aufgenommen.

Trotz dieser augenscheinlich eindeutigen Rechtslage ist die belästigende Telefonwerbung gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern eine der von den Verbraucherzentralen am häufigsten gerichtlich angegriffenen Wettbewerbsverstöße. Noch immer setzen zahlreiche Unternehmen auf diese Werbemethode. Das sind keineswegs nur ein paar wenige Schwarze Schafe: es sind namhafte Unternehmen aus den unterschiedlichsten Branchen, denen an sich nicht der Geruch des Unseriösen anhaftet.

Es gibt also eine erhebliche Diskrepanz zwischen der Rechtslage auf der einen Seite und den praktischen Erfahrungen der Verbraucherinnen und Verbrauchern auf der anderen Seite. Trotz zahlloser Verfahren, die die Verbraucherzentralen gegen entsprechende Unternehmen einleiten mussten, reißen die Beschwerden über Werbeanrufe nicht am. Sie haben im Gegenteil in den letzten Jahren erheblich zugenommen.

Die Verbraucherzentrale Berlin hält daher die Bestrebungen des Gesetzgebers, diesen Missstand zu beseitigen, für äußerst begrüßenswert. Den Beschwerden der Verbraucherinnen und Verbrauchern ist deutlich zu entnehmen, wie sehr sie sich durch die massenhaften Werbeanrufe belästigt fühlen. Es gibt also dringenden Handlungsbedarf.

Die vorgeschlagenen Regelungen werden aus unserer Sicht dazu beitragen dazu beitragen, unzulässige Telefonwerbung einzudämmen. Sie sind jedoch nicht ausreichend, um dem Problem umfassend Herr zu werden.

Wichtig ist vor allem, dass die Unternehmen nicht nur Sanktionen von Dritten fürchten müssen, sondern dass deren unlauteres Werbeverhalten unmittelbar vertragliche Konsequenzen nach sich zieht. Wenn über einem Vertrag, der bei einem unzulässigen Werbeanruf zustande gekommen ist, das Damoklesschwert der Unwirksamkeit schwebt, wird diese Vertriebsform für die Unternehmen unattraktiv.

Es ist begrüßenswert, dass dieser Aspekt auch Niederschlag im Entwurf der Bundesregierung gefunden hat. Aus Sicht der Verbraucherzentrale Berlin ist jedoch zu kritisieren, dass es sich bei der im Gesetzesentwurf gefundenen Lösung lediglich um eine punktuelle handelt. Es wurden jene Vertragstypen, die besonders häufig Gegenstand von Telefonwerbung sind, herausgegriffen und für diese eine Regelung getroffen.

Eine ganzheitliche Lösung wurde damit leider nicht geschaffen. Aus Sicht der Verbraucherzentrale Berlin sind daher weitergehende Regelungen nötig.

I. Zu den einzelnen im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelungen

Die Verbraucherzentrale Berlin begrüßt die im Entwurf der Bundesregierung vorgesehenen Gesetzesänderungen als Schritt in die richtige Richtung zur Bekämpfung belästigender Telefonwerbung. Im Weiteren soll jedoch dargestellt werden, warum die einzelnen Aspekte nicht ausreichend sind, das Problem umfassend zu beseitigen.

1. § 20 UWG – Bußgeldtatbestand

Die Schaffung des Bußgeldtatbestandes und die damit einhergehende Verfolgung von Telefonwerbung durch die Bundesnetzagentur ist sehr begrüßenswert. Diese Maßnahme wird helfen, die bisherige Lücke zwischen geltendem Recht und tatsächlicher Praxis zu schließen. Viele Unternehmen bauen offenbar darauf, dass nur wenige Akteure willens und in der Lage sind gegen belästigende Telefonwerbung vorzugehen. Bislang sind es fast ausschließlich die Verbraucherzentralen und die Wettbewerbszentrale.

Es ist jedoch zu bedenken, dass allein die Verhängung von finanziellen Sanktionen die unzulässige Telefonwerbung nicht verhindern wird.

Als Vorteil des Bußgeldtatbestandes wird angeführt, bereits der erste Verstoß könne zu einer Strafzahlung führen und es müsse nicht erst eine Unterlassungserklärung oder ein Unterlassungsurteil erwirkt werden. Die davon ausgehende Abschreckungswirkung darf jedoch nicht überschätzt werden.

Bereits aktuell liegen gegen zahlreiche – zum Teil namhafte – Unternehmen Unterlassungsurteile vor. Viele Unternehmen haben in der Vergangenheit bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Und obwohl ihnen aufgrund dieser Urteile oder Unterlassungserklärung eine Strafzahlung droht, halten sie an der Vertriebsform fest. Offenbar wird diese mögliche Sanktion schlicht einkalkuliert und sie führt erst dann zu einem Umlenken, wenn sie einen enormen Umfang annimmt.

So hat ein namhaftes Telekommunikationsunternehmen weit über eine Million Euro an mehrere Organisationen – Verbraucherzentralen und Wettbewerbszentrale – zahlen müssen, bevor es die Telefonwerbung nach mehreren Jahren letztlich eingestellt hat.

Dieses Beispiel zeigt sehr eindrücklich, dass ein Bußgeld von bis 50.000 € nicht annähernd ausreichend ist, um den gewünschten Abschreckeffekt zu erzielen. Es sollte zumindest ein Bußgeld von bis zu 250.000 € geregelt werden.

Es ist auch nicht einsichtig, warum ein Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil gemäß § 890 ZPO im Extremfall ein Ordnungsgeld von 250.000 € zulässt, während ein Bußgeld in Höhe von maximal 50.000 € verhängt werden kann. Eine unangemessene Belastung der Unternehmen durch Erstverstöße ist nicht ersichtlich, da die Bundesnetzagentur bei der Bemessung der Bußgelder an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist.

2. § 312d Abs. 3 BGB – Widerrufsrecht bei Dienstleistungen

Ein Grossteil der im Wege der Telefonwerbung angebotenen Produkte sind Dienstleistungen – vor allem Telekommunikationsdienstleistungen. Hier erfolgt in vielen Fällen kurz nach der Beauftragung und noch vor Ablauf der Widerrufsfrist die entsprechende Nutzung, da die Anbieter bereits die Umstellung des Telefonanschlusses veranlassen. Die Anbieter stellen sich auf den Standpunkt, dass damit das Widerrufsrecht vollständig erloschen ist und dies auch eine Vertragsbindung von bis zu zwei Jahren nach sich zieht. Diese erhebliche Beschränkung der Widerspruchsmöglichkeiten ist jedoch nicht zu rechtfertigen.

So wird auch in der Literatur (MünchKomm-BGB/Wendehorst, 5. Aufl., 2007, § 312d Rn. 55) und vereinzelt auch von der Rechtsprechung (AG Montabaur, Urteil vom 15.01.2008, Az. 15 C 195/07) die Auffassung vertreten, der § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB müsse bereits in der geltenden Fassung dergestalt ausgelegt werden, dass bei Dauerschuldverhältnissen das Widerrufsrecht durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung nicht vollständig erlischt. Diese Position konnte sich in der Rechtsprechung jedoch bislang nicht durchsetzen. Die

Stellungnahme der Verbraucherzentrale Berlin zum
Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung u.a.

Verbraucherzentrale Berlin hat diese Frage zum Gegenstand einer Klage gegen einen Mobilfunkanbieter gemacht, ist mit ihrer Klage jedoch sowohl vor dem Landgericht Potsdam als auch vor dem Brandenburgischen Oberlandesgericht unterlegen.

Die vorgesehene Regelung wird von der Verbraucherzentrale Berlin ausdrücklich begrüßt.

3. § 312d Abs. 4 Nr. 3 – Widerrufsrecht für Zeitschriften-Abos etc.

Die Zahl der Beschwerden über Werbeanrufe, bei denen Zeitungs- oder Zeitschriften-Abonnements angeboten werden, ist in den letzten Monaten erheblich zurückgegangen.

Sofern solche Verträge angeboten werden, ist bei diesen von vornherein eine Laufzeit vereinbart, die auch die Widerrufsmöglichkeiten nach § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausschließen. Es werden nur solche Laufzeiten angeboten, bei denen die Bagatellgrenze von 200 € gerade unterschritten wird.

Aus diesen Gründen ist die vorgesehene Regelung aus Sicht der Verbraucherzentrale Berlin begrüßenswert.

4. § 312d Abs. 4 Nr. 4 – Widerrufsrecht bei Wett- und Lotteriedienstleistungen

Auch die im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelung in § 312d Abs. 4 Nr. 4 BGB wird von der Verbraucherzentrale Berlin begrüßt.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die Neuregelung in der Praxis lediglich einen kleinen Anwendungsbereich erfasst.

Bis zum Jahr 2007 betraf ein großer Teil der Verbraucherbeschwerden im Bereich der Telefonwerbung solche Anrufe, in denen entweder unmittelbar Lotterielose oder aber die Mitgliedschaft an einer Lotto-Tippgemeinschaft angeboten wurden.

Im Jahr 2008 sind die Beschwerden in diesem Bereich erheblich eingebrochen. Dies dürfte auf die seit dem 01.01.2008 geltenden Neuregelungen im Glücksspielstaatsvertrag zurückzuführen sein. Dieser verbietet in § 5 Abs. 3 jegliche Werbung über Telekommunikationsanlagen. Also unabhängig davon, ob eine Einwilligung vorliegt oder nicht.

Seit Geltung dieser Regelung werden nach unserer Erfahrung telefonisch keine Lotterielose mehr angeboten. Auch einige Anbieter von Lotto-Tippgemeinschaften sind vom Markt verschwunden, beziehungsweise bieten inzwischen andere „Dienstleistungen“ im Wege der Telefonwerbung an. Einige Lotto-Tippgemeinschaften sind hingegen noch immer tätig und setzen sich über das Verbot des § 5 Abs. 3 Glücksspielstaatsvertrag hinweg.

Für die Mitgliedschaft bei Lotto-Tippgemeinschaften gilt jedoch bereits nach der geltenden Rechtslage ein Widerrufsrecht. Der bisherige Ausnahmetatbestand des § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB findet nach vorherrschender Auffassung auf Tippgemeinschaften keine Anwendung (vgl. OLG Karlsruhe, *Urteil* vom 27. 3. 2002, Az. 6 U 200/01 – GRUR 2002, 730).

5. § 102 Abs. 2 TKG – Verbot der Rufnummernunterdrückung

Auch diese Maßnahme wird von der Verbraucherzentrale Berlin begrüßt, da hierdurch die Verfolgbarkeit der unzulässigen Telefonwerbung erleichtert werden dürfte. Durch die Übertragung der Nummern können die Verantwortlichen leichter ermittelt werden. Bislang ist es gängige Praxis der werbenden Unternehmen bzw. Call-Center, die Anrufe ohne Rufnummernübertragung zu tätigen.

Allerdings ist zu beachten, dass nicht gewährleistet ist, dass das Unternehmen auch die korrekte Rufnummer überträgt.

II. Ergänzende Forderungen

1. Genehmigung des Vertrages durch die Verbraucher

Die Erfahrungen der Verbraucherzentralen zeigen sehr deutlich, dass allein die Androhung von finanziellen Sanktionen viele Unternehmen nicht davon abhält, unzulässige Telefonwerbung zu betreiben. Diese Gefahr wird schlicht einkalkuliert – wohl schon deswegen weil die Gefahr, dass ein Werbeanruf den Verbraucherzentralen oder der Wettbewerbszentrale mitgeteilt wird, verhältnismäßig gering sein dürfte. Nur wenige Verbraucherinnen und Verbraucher dokumentieren solche Anrufe hinreichend und teilen sie den entsprechenden Organisationen mit.

Es ist also notwendig, über das Sanktionssystem des UWG in Form von Unterlassungsklagen, Ordnungsgeldern oder Bußgeldern hinaus, auch eine vertragliche Folge an den unzulässigen Werbeanruf zu knüpfen. Damit die Erfolgsquoten des Telefonmarketing verringert werden und diese Vertriebsmethode damit unattraktiv wird, dürfen die Unternehmen nicht darauf vertrauen, dass die so in rechtswidriger Weise angebahnten Verträge auch Bestand haben.

Die Ausweitung der Widerrufsmöglichkeit ist zwar ein richtiger Schritt in diese Richtung, aber kein hinreichender. Die Unternehmen können so noch immer darauf hoffen, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher den Widerruf versäumen und so letztlich ein nicht unerheblicher Anteil der geschlossenen Verträge bestehen bleibt.

Es genügt also nicht, wenn die Verträge durch ein Aktivwerden der Verbraucherinnen und Verbraucher zu Fall gebracht werden können – vielmehr muss eine solche Regelung geschaffen werden, wonach sie – wenn sie sich noch einmal für den Vertrag entschließen – diesen aktiv bestätigen müssen.

Dies deckt sich im Übrigen auch mit dem Verständnis der meisten Verbraucherrinnen und Verbrauchern. Bei ihnen löst es in aller Regel Unverständnis aus, wenn man ihnen erklärt, dass der Werbeanruf – den sie erhalten haben – zwar gegen Recht und Gesetz verstößt, der mündlich geschlossene Vertrag jedoch wirksam ist. Die meisten Verbraucherinnen und Verbraucher gehen auch davon aus, dass komplexe Verträge wie Telekommunikationsverträge ohnehin telefonisch nicht geschlossen werden können. Dieser Irrglaube wird von den Call-Center-Mitarbeitern mindestens geschürt, oft sogar erzeugt. Den Verbrauchern wird mit der Aussage „Wir schicken Ihnen erst mal etwas zu und Sie haben dann zwei Wochen Zeit, sich die Sache zu überlegen“ der Eindruck vermittelt, der Vertrag wäre hinfällig, wenn sie anschließend nicht reagieren.

Stellungnahme der Verbraucherzentrale Berlin zum
Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung u.a.

In der Stellungnahme vom 19.09.2008 hat der Bundesrat die mögliche Regelung einer Bestätigungslösung in § 7 Abs. 4 UWG vorgeschlagen. Die Verbraucherzentrale Berlin schließt sich diesem Vorschlag an.

Zum einen würden auf diese Weise die Erfolgsquoten des unzulässigen Telefonmarketings drastisch verringert, was einen Rückgang der Werbeanrufe zur Folge haben dürfte. Wettbewerbswidrige Werbeanrufe würden sich für die Unternehmen nicht mehr lohnen, wenn diese damit rechnen müssten, dass die bei dem Telefonat geschlossenen Verträge null und nichtig sind.

2. Einwilligungserklärungen im Massenverkehr

In fast allen Unterlassungsklagen, die die Verbraucherzentrale Berlin in der Vergangenheit in Bereich der Telefonwerbung geführt hat, stellten sich die Unternehmen auf den Standpunkt, ihnen liege eine Einwilligung der betreffenden Verbraucherinnen und Verbraucher vor.

In aller Regel bezogen sie sich dabei auf die Information von Datenhändlern, von denen die werbenden Unternehmen die Daten erworben haben und die ihnen versicherten, es liege ein „Opt-In“ – also eine Einwilligung der Verbraucher zur Telefonwerbung – vor.

Wurden die „Einwilligungserklärungen“ im Prozess dann vorgelegt, zeigte sich, dass es sich durchweg um Pauschal-Einwilligungen handelte, die oft in Gewinnspiele eingebettet waren. Für die Verbraucherinnen und Verbraucher war bei diesen Gewinnspielen nicht erkennbar, dass sie nach dem Willen der Gewinnspielveranstalter mit der Teilnahme gleichzeitig eine Einwilligung zur Telefonwerbung erteilen – es war auch nicht erkennbar, wer sich auf diese Einwilligung berufen darf: entweder war überhaupt kein werbendes Unternehmen genannt oder aber es wurde 30 Unternehmen als potentielle Werber aufgelistet. Eine zeitliche Beschränkung fehlte ebenso, so dass auch noch Jahre nach der Teilnahme an dem Gewinnspiel Werbeanrufe auf dieser Grundlage möglich sein sollen.

Die Telefonwerbungsklauseln in den Gewinnspielen sind bewusst so pauschal formuliert, um die Datensätze an möglichst viele Unternehmen zur Werbung weitergeben zu können. Für die Verbraucherinnen und Verbraucher ist damit die Büchse der Pandora geöffnet und sie haben praktisch keine Möglichkeit mehr zu überblicken, welches Unternehmen die Datensätze zwecks Telefonwerbung erhält.

Die werbenden Unternehmen telefonieren also nicht wahllos das Telefonbuch ab, sondern glauben sich auf der „sicheren Seite“, wenn sie derartige Datensätze inklusive vermeintlichem Opt-In zur Telefonwerbung verwenden. Tatsächlich sind sie in allen von der Verbraucherzentrale Berlin geführten Prozessen unterlegen, weil die Gerichte durchweg der Auffassung waren, dass derartig vorformulierte Einwilligungserklärungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung der Verbraucher darstellen und Telefonwerbung daher nicht rechtfertigen können.

Es ist aus unserer Sicht zwingend eine klarstellende Regelung im Gesetz erforderlich, wonach solche pauschal vorformulierten Einwilligungserklärungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind. Damit wäre den werbenden Unternehmen von vornherein das beschriebene Argumentationsmuster abgeschnitten und sie könnten nicht auf den unwahrscheinlichen Fall hoffen, an ein Gericht zu gelangen, dass solche Einwilligungserklärungen doch für wirksam hält.

Welche Wirkung eine eindeutige Regelung hat, zeigt im Übrigen der Glücksspielsstaatsvertrag. Hier wurde die Klarheit dadurch erreicht, dass Telefonwerbung für öffentliches Glücksspiel generell – unabhängig von einer Einwilligung – unzulässig ist.

Stellungnahme der Verbraucherzentrale Berlin zum
Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung u.a.

Soweit soll die Forderung außerhalb des öffentlichen Glücksspiels nicht gehen. Aber das Beispiel zeigt: je eindeutiger die Zulässigkeitsvoraussetzungen geregelt sind, desto weniger Verstöße gibt es.

3. Internetvertragsfallen

Es ist begrüßenswert, dass die Bundesregierung sich im vorliegenden Gesetzesentwurf auch dem Problem der Internetvertragsfallen angenommen hat.

Hierbei handelt es sich um Internetseiten, auf denen über die Kostenpflicht der Inanspruchnahme nur unzureichend hingewiesen wird. Die Angaben über den Preis befinden sich lediglich im Kleingedruckten am Seitenrand oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Inhalte dieser Seiten sind vielgestaltig: Kochrezepte, Malvorlagen, Hausaufgaben-Tipps, Test zur Errechnung der Lebenserwartung, Routenplaner etc.. Die Zahl der Betroffenen geht in die Hunderttausende, seit fast 3 Jahren ist dies ein Dauerbrenner in den Beratungsstellen der Verbraucherzentralen. Bereits mehrfach wurden die Seitenbetreiber wegen unzureichender Preisinformation verklagt und auch zur Unterlassung verurteilt. Immer wieder werden neue Limiteds gegründet, die die Seiten anschließend fortführen.

Das Geschäftsmodell basiert darauf, die Verbraucherinnen und Verbraucher zunächst in die Kostenfalle zu locken und sie anschließend massiv unter Druck zu setzen und sie so zur Zahlung zu veranlassen. Es wird die Unerfahrenheit juristischer Laien ausgenutzt, die sich nicht sicher sind, ob sie nicht doch einen wirksamen Vertrag geschlossen haben („Der Preis mag zwar versteckt sein, aber er steht ja doch da“).

Hier ist es wichtig, eine klare Regelung zu treffen und den Verbrauchern so die entsprechende Sicherheit zu verschaffen. Die sehr unbestimmt gefasste Vorschrift in der Preisangabenverordnung, wonach der Preis „leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar“ (§ 1 Abs. 5) sein müsse, ist hierzu nicht geeignet.

Aus diesen Gründen unterstützt die Verbraucherzentrale Berlin die Forderung des Bundesrates aus dessen Stellungnahme vom 19.09.2008, wonach § 312e BGB durch eine Regelung zur Preisangabepflicht und einem entsprechenden Bestätigungserfordernis der Verbraucher ergänzt werden sollte. Den Verbraucherinnen und Verbrauchern ist leicht zu vermitteln, dass sie nur zahlen müssen, wenn der Preis hervorgehoben wurde und ausdrücklich bestätigt werden musste. Die Seitenbetreiber könnten die Ungewissheit der Betroffenen also nicht mehr ausnutzen

Allein die im Regierungsentwurf vorgesehene Neuregelung des § 312d Abs. 3 BGB ist nicht geeignet, um die Unsicherheit der Verbraucherinnen und Verbraucher zu beseitigen.

Denn diese Neuregelung bürgt die Gefahr, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher nicht rechtzeitig widerrufen. Für die Seitenbetreiber ist es ein Leichtes sein, den Betroffenen per E-Mail die notwendige Widerrufsbelehrung zuzusenden. Die Verbraucherinnen und Verbraucher werden jedoch in aller Regel keine Notwendigkeit zu einem Widerruf erkennen, da sie von einem kostenlosen Angebot ausgehen.