



Stellungnahme

zu der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

am Mittwoch, den 28. Januar 2009

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung
und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebs-
formen – BT-Drucks. 16/10734**

**(hier: Stellungnahme des Bundesrates zu Art. 2 Nr. 1 lit. b – neu,
§ 7 Abs. 4 – neu – UWG, BT-Drucks. 16/10734, S. 18, 20)**

I.

1. In dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen werden in Art. 2 zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Wesentlichen zwei Vorschläge gemacht.

Zum einen soll in § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG geregelt werden, dass bei der Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher die vorherige Einwilligung *ausdrücklich* erklärt werden muss. Da die Auslegung des geltenden UWG da-

hin umstritten war, ob eine konkludente Einwilligung als ausreichend zu beurteilen ist, stellt diese Gesetzesänderung eine Verbesserung des Verbraucherschutzes gegen unerlaubte Telefonwerbung dar.

Zum anderen sollen in § 20 UWG *Bußgeldvorschriften* normiert werden, die einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen das Verbot der unerlaubten Telefonwerbung sanktionieren. Auch wenn das Ordnungswidrigkeitenrecht innerhalb des Lauterkeitsrechts nicht originär einen effektiven Verbraucherschutz zu leisten vermag, so sind Bußgeldvorschriften gleichwohl als *flankierende Maßnahmen* geeignet, die Durchsetzung des Verbots der unerlaubten Telefonwerbung durchzusetzen.

2. Die in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderungen des UWG sind für sich genommen *unzureichend*, einen effektiven Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht vor unerlaubter Telefonwerbung zu gewährleisten. Die vorgeschlagenen Änderungen des BGB, die das Widerrufsrecht innerhalb der Regelungen des Fernabsatzrechts ausdehnen, verbessern den Verbraucherschutz zwar allgemein gegenüber einem solchen telefonisch abgeschlossenen Vertrag, der auf *zulässige Weise zustande gekommen* ist. Ein telefonisch abgeschlossener Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmen, der unter *Verstoß gegen das Telefonverbot* nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG zustande gekommen ist, bleibt *vertragsrechtlich sanktionslos*, obgleich sich das unlautere Marktverhalten unmittelbar und zielgerichtet an einen einzelnen Verbraucher richtet.

Die Realität der vergangenen Jahre zeigt, dass die bestehenden UWG-Sanktionen ungenügend sind, die massenhaften Verbotsverstöße gegen die unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern auch nur annähernd einzudämmen. Der wesentliche Grund liegt darin, dass die verbotene Telefonwerbung wirtschaftlich deshalb lohnt, weil nach geltendem Recht ein telefonisch abgeschlossener Vertrag einen Verbraucher auch dann rechtswirksam verpflichtet, wenn das Telefonat einen

Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG darstellt. Die bürgerlich-rechtlichen Rechtsbehelfe verfolgen einen anderen Normzweck als die Durchsetzung lauterer Marktverhaltens im UWG.

3. Eine *effiziente Durchsetzung des Telefonwerbeverbots* verlangt eine gesetzliche Regelung, die an die *Rechtswirksamkeit* des unter Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG telefonisch abgeschlossenen Vertrages, der einen Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers und eine Verletzung dessen Persönlichkeitsrechts darstellt, ansetzt.

II.

1. In der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird vorgeschlagen, § 7 UWG dahin zu ändern, der Vorschrift einen Absatz 4 anzufügen, nach dem die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG abgibt, erst dann wirksam wird, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende *Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt* (Satz 1). Der Unternehmer trägt die *Beweislast* für das Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung in den Telefonanruf (Satz 2).

Nach diesem Gesetzesvorschlag wird die Rechtswirksamkeit eines telefonisch abgeschlossenen Vertrages bei Vorliegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG an eine Bestätigung in Textform durch den Verbraucher innerhalb von zwei Wochen gebunden. Die Effizienz der Bestätigungslösung liegt darin, dass der Verbraucher nicht aktiv werden muss, um sich von dem auf unlautere Weise nach geltendem Recht wirksam zustande gekommenen Vertrag zu lösen.

2. a) Auf diese Weise wird eine *effiziente Bekämpfung der verbotenen Telefonwerbung* deshalb erreicht, weil nach der vorgeschlagenen Gesetzesänderung der Un-

ternehmer die Beweislast dafür trägt, dass der Telefonanruf nicht einen Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG darstellt. Wenn der Unternehmer den Beweis durch Vorlage einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung nicht führen kann, dann kann er sich auf die Rechtswirksamkeit des telefonisch abgeschlossenen Vertrages nur dann berufen, wenn eine fristgerechte nachträgliche Bestätigung des Verbrauchers in Textform zu diesem Vertrag vorliegt. Die *Verbindung von Beweislastumkehr und nachträglicher Bestätigung in Textform* nimmt der verbotenen Telefonwerbung ihre wirtschaftliche Attraktivität.

b) Die Kombination von Beweislastumkehr und Wirksamkeitserfordernis einer Verbraucherbestätigung gewährleistet *Rechtssicherheit* für die an dem Vertragschluss Beteiligten. An der geltenden Rechtslage, dass ein aufgrund eines Telefonanrufs, der von einem konkreten Verbraucher ausgeht, telefonisch abgeschlossene Vertrag rechtswirksam ist, ändert sich nichts. Der Einwand, ein Verbraucher könne den auf seine Initiative geschlossenen Telefonvertrag bestreiten, ist im Hinblick auf die Lebenswirklichkeit und die bewährte Praxis lebensfremd („Pizza“-Argument). Die unternehmensinterne Organisation gewährleistet die reibungslose Abwicklung massenhafter Vertragsabschlüsse am Telefon durch den Verbraucher; daran ändert sich nichts. Dem Verbraucher nach einer Gesetzesänderung Unredlichkeit zu unterstellen, ist kein ernstzunehmendes Argument.

c) Die Bestätigungslösung in Verbindung mit der Beweislastumkehr stellt auch *keine Systemwidrigkeit* gegenüber den Rechtsbehelfen des BGB dar und begründet *keine Wertungswidersprüche* zwischen Lauterkeitsrecht und Bürgerlichem Recht. Die Funktion der Generalprävention der UWG-Sanktionen steht der Bestätigungslösung schon deshalb nicht entgegen, weil es sich bei einem verbotenen Telefonanruf und dem auf diesem beruhenden Vertragsschluss um einen zielgerichteten und unmittelbaren Eingriff in die Privatsphäre eines konkreten einzelnen Verbrauchers handelt; diesen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers generalpräventiv und effizient abzuwehren, ist gerade Aufgabe des UWG. Ein solcher

Unlauterkeitstatbestand, der einen zielgerichteten Eingriff in die Verbrauchersphäre darstellt, verlangt eine lauterkeitsrechtliche Sanktion, die das Verbraucherrecht des einzelnen und konkreten Verbrauchers schützt.

Der in der Gegenäußerung der Bundesregierung zu dem Gesetzesvorschlag in der Stellungnahme des Bundesrates vorgenommene Hinweis auf die Anfechtbarkeit eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB vermag einen Wertungswiderspruch nicht zu begründen. Der Schutz der Entschließungsfreiheit des Verbrauchers in dem Sinne, bei der Telefonwerbung gleichsam aus Gründen einer Abwehr der unzumutbaren Belästigung nicht zu einem ungewollten oder auch nachteiligen Vertragsschluss überrumpelt oder auch nur veranlasst zu werden, stellt nur eine mittelbare Folge und gleichsam einen Reflex des Schutzes der Privatsphäre des Verbrauchers dar. Schutzgut des Verbots der Telefonwerbung ist die Privatsphäre des Verbrauchers und damit das Persönlichkeitsrecht des konkreten Verbrauchers. Bei dem Verbot der Telefonwerbung geht es nicht um den *Schutz der Vertragsfreiheit im Sinne der Abschluss- und Inhaltsfreiheit*, dessen Schutz das Anfechtungsrecht des BGB bezweckt, sondern um die Abwehr eines *deliktsrechtlichen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers* als solchen. Der Persönlichkeitsrechtsschutz verlangt, dass die Einwilligung, die Grundlage einer Disposition des Rechtsgutsträgers über sein Rechtsgut darstellt, als Tatbestandsausschlussgrund klar und eindeutig und zweifelsfrei vorliegen muss und dass ohne Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers keine Rechtsbindung zu begründen vermag.

d) Das Erfordernis einer befristeten Bestätigungserklärung des Verbrauchers in Textform als Rechtswirksamkeitsvoraussetzung eines telefonisch abgeschlossenen Vertrages bei unerlaubter Telefonwerbung lässt auch das im Lauterkeitsrecht umstrittene Problem der *Folgeverträge* unlauteren Marktverhaltens unberührt. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland und der überwiegenden Rechtsansicht im Schrifttum sind Folgeverträge unlauteren Marktverhaltens grund-

sätzlich rechtswirksam und nur in Ausnahmekonstellationen nichtig. Die allgemeine Problematik besteht darin, dass Werbemaßnahmen grundsätzlich an eine unüberschaubare Vielzahl von Verbrauchern gerichtet sind (Anzeigenwerbung, Rundfunk- und Fernsehwerbung), die vertragsrechtlichen Rechtsfolgen aber zwischen konkreten individuellen Vertragsparteien bestehen. Diese Problematik besteht bei einem telefonisch abgeschlossenen Vertrag bei der Fallkonstellation einer verbotenen Telefonwerbung gerade nicht, da sich diese zielgerichtet und unmittelbar gegen einen einzelnen Verbraucher richtet und allein die Rechtswirksamkeit des konkreten Vertrages zwischen diesem Verbraucher und dem verbotenerweise das Telefonat tätigen Unternehmen betrifft.

3. Der in der Stellungnahme des Bundesrates vorgeschlagene § 7 Abs. 4 UWG (neu) stellt eine *effektive, rechtssichere* und *kostenneutrale* Verbesserung des Verbraucherschutzes und eine wirksame Bekämpfung der unerlaubten Telefonwerbung dar. Die Bestätigungslösung vermag die tausendfachen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch unerlaubte Telefonwerbung wirkungsvoll einzudämmen.