



ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW E.V.

Stellungnahme

anlässlich der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen
Bundestages
am Mittwoch, den 28. Januar 2009

zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefon-
werbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei
besonderen Vertriebsformen – BT-Drs. 16/10734

I Zusammenfassung

- Gegen die vom Bundesrat vorgebrachte Bestätigungslösung sprechen gewichtige Gründe. Sie verstößt gegen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, ist mit dem Schutzzweck und der Systematik des UWG nicht vereinbar und führt mit Blick auf die Vertragsaufhebungsrechte des BGB zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen.
- Angesichts der mit dem Gesetzentwurf angestrebten Ausweitung von Widerrufsrechten ist die Bestätigungslösung auch nicht erforderlich. Mit der kürzlich in Kraft getretenen Novelle des UWG ist zudem ein erheblich erweiterter Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unternehmerischen Verhaltens verbunden. Die Einführung problematischer vertragsrechtlicher Sanktionen im UWG (oder BGB) bei Störungen der Privatsphäre ist auch aus diesem Grund unangebracht.

- Mit Blick auf die praktischen Ergebnisse ist die Bestätigungslösung nicht überzeugend. Die Rechtslage im Fernabsatzrecht würde hierdurch für Verbraucher wie Unternehmen weiter verkompliziert. Der Vorschlag des Bundesrats ist insbesondere noch nicht auf die gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Widerrufsrechte und Informationspflichten abgestimmt. Angesichts der grundlegenden Wertungswidersprüche zum BGB erscheint es sehr zweifelhaft, dass die notwendige Kohärenz überhaupt hergestellt werden kann. Die Bestätigungslösung kann zudem sehr leicht in eine handfeste Benachteiligung des Verbrauchers umschlagen.
- Das vom Bundesrat vorgeschlagene Erfordernis der Textform für eine rechtswirksame Einwilligung des Verbrauchers wird keinen spürbaren Beitrag zur verbesserten Durchsetzung des Verbots unlauterer Telefonwerbung mit sich bringen. Mit dem Erfordernis der Textform würden jedoch auch legitime Kommunikationsinteressen der Verbraucher und der Unternehmen verletzt. Das von der Bundesregierung vorgeschlagene Tatbestandsmerkmal der Ausdrücklichkeit vermeidet diese Nachteile. Im Interesse der Rechtssicherheit und um die lautere telefonische Kommunikation zu fördern, sollte der Gesetzentwurf die neuere Rechtsentwicklung aufgreifen und absichern. Ein entsprechender Gesetzesvorschlag zur Ergänzung des Regierungsentwurfs ist beigefügt.

II Vorbemerkung

In Deutschland existiert im Vergleich zur Rechtslage in den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten die strengste Regelung zur telefonischen Ansprache von Verbrauchern zu Werbe- und Absatzzwecken. Der maßgebliche Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stellt die telefonische Kontaktaufnahme zu Werbezwecken unter Einwilligungsvorbehalt und gewährleistet damit ein sehr hohes Schutzniveau für die Privatsphäre der Verbraucher. Das in § 7 Abs. 1 S. 1; Abs. 2 Nr. 2 UWG statuierte per-se-Verbot einer unzumutbaren Belästigung umfasst

jedweden Anruf eines Unternehmers zu einem werblichen Zweck ohne vorherige Einwilligung des Verbrauchers. Der Tatbestand ist im Vergleich zu den sonstigen, in der Regel stark wertungsabhängigen Bestimmungen des UWG klar und eindeutig formuliert. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung des Verbrauchers trägt der anrufende Unternehmer. Das Prozessrisiko für den Fall des Bestreitens der Erteilung einer Einwilligung durch den Verbraucher liegt hiernach beim anrufenden Unternehmer.

Das praktische Problem, das Anlass zu o.g. Gesetzesentwurf gegeben hat, besteht deshalb auch nicht in einem unklaren Verbotstatbestand oder unzureichenden Rechtsfolgen bei Verstoß hiergegen¹. Das Hauptproblem der bestehenden Regelungen liegt darin begründet, dass die Durchsetzung des Verbots aufgrund der Flüchtigkeit des Mediums und Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsklärung durch die betroffenen Verbraucher bzw. die zur Rechtsverfolgung befugten Stellen, also aus rein tatsächlichen Gründen, erschwert ist².

Gemessen an der insofern nachvollziehbaren rechtspolitischen Zielsetzung – Verbesserung der Durchsetzungsmöglichkeiten des geltenden Rechts – enthält der Gesetzentwurf einige einleuchtende Instrumente. Zugleich stehen aber auch Regelungen zur Debatte, die praktisch wenig Erfolg versprechend erscheinen und zu erheblichen Wertungswidersprüchen innerhalb der Gesamtrechtsordnung führen. In der Folge würden nicht nur legitime Kommunikationsinteressen der Unternehmen verletzt, auch aus der Sicht der Verbraucher wären Nachteile zu befürchten.

¹ Zu den Möglichkeiten bei konsequenter Ausnutzung des bestehenden Rechtsrahmens vgl. LG Düsseldorf, Beschl. V. 12.12.2007, Az. 38 O 188/04 sowie die Pressemitteilung der Wettbewerbszentrale vom 20.12.2007, abrufbar unter:

<http://www.wettbewerbszentrale.de/de/branchen/tk/pressemitteilungen/pressemitteilung/?id=145>

² Vgl. die Stellungnahme der Wettbewerbszentrale v. 3.4.2008, S. 2; abrufbar unter: <http://www.wettbewerbszentrale.de/de/publikationen/stellungnahmen/>.

III Werbewirtschaftlich bedeutsame Regelungen des Gesetzentwurfs

1. Zu Art. 2 (Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb): Vorschlag des Bundesrats zu Art. 2 Nr. 1: Einfügung von § 7 Abs. 4 UWG (BT-Drs. 16/10734, Anlage 3)

(a) Mit dem Vorschlag soll anlässlich eines Verstoßes gegen das UWG (Störung der Privatsphäre des Verbrauchers) eine vertragsrechtliche Rechtsfolge (Unwirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung des Verbrauchers mit nachfolgender Bestätigungsmöglichkeit) statuiert werden („Bestätigungslösung“). Der Vorschlag trägt nicht dazu bei, die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der für die Durchsetzung des UWG-Verbotstatbestands erforderlichen Sachverhaltsaufklärung zu beseitigen. Anders etwa als die in dieser Hinsicht Ziel führende Einführung des bußgeldbewährten Verbots der Rufnummernunterdrückung durch den Anrufer (Art. 3: Änderungen des TKG: § 102 TKG) bewirkt der Vorschlag nicht, diejenigen Unternehmer in gerichtlich verwertbarer Weise „dingfest zu machen“, die gegen das UWG-Verbot verstoßen. Im Gegenteil: Die Unwirksamkeit der auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung sowie der innerhalb der vorgesehenen zwei Wochen Bestätigungsfrist bestehende Schwebezustand dürften Folgeanrufe geradezu provozieren und den Belästigungsdruck damit wahrscheinlich sogar erhöhen. Erfolgt indes eine Bestätigung des Vertragsschlusses durch den Verbraucher, erscheint es sehr unwahrscheinlich, dass ein vorausgegangener UWG-Verstoß noch verfolgt wird.

(b) Im Unterschied zu den vom Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Änderungen im Bereich des Fernabsatzrechts des BGB (Änderung von § 312 d Abs. 3; Abs. 4 Nr. 3, 4 BGB; Einfügung von § 312 f BGB) ist die Bestätigungslösung zudem einer Vielzahl schwerwiegender rechtlicher Bedenken ausgesetzt.

(aa) Die Regelung der Wirksamkeit von Verträgen, die telefonisch abgeschlossen werden, ist durch das Gemeinschaftsrecht determiniert. Der Vorschlag des Bundesrats verstößt gegen diese Vorgaben. Die einschlägige Fernabsatzrichtli-

nie 97/7/EG sieht in Art. 10 Abs. 2 vor, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Kontaktaufnahme eines Unternehmens mit Verbrauchern unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln zwischen dem „opt-out“- und dem „opt-in“-Modell wählen können. Mit diesen beiden Möglichkeiten sollen die Beschränkungen für die Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel zur Kontaktaufnahme mit Verbrauchern abschließend geregelt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG im Hinblick auf die telefonische Kontaktaufnahme von der „opt-in“-Befugnis Gebrauch gemacht. Zugleich sieht die Richtlinie bezogen auf einen gegebenenfalls erfolgten Vertragsabschluss am Telefon vor, dass – unabhängig davon, welcher Regulierungsansatz von einem Mitgliedstaat im Hinblick auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen der vorherigen telefonischen Kontaktaufnahme gewählt wurde – den Verbrauchern ein Widerrufsrecht zusteht (Art. 6 Abs. 1). Das Widerrufsrecht steht dem Verbraucher unabhängig davon zu, ob dem Vertragsschluss eine zulässige oder unzulässige telefonische Kontaktaufnahme voraus gegangen ist, mithin, ob gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßen wurde oder nicht. Zwar basiert die derzeit geltende Fernabsatzrichtlinie auf dem Konzept der Mindestharmonisierung (Art. 14 S. 1). Der damit eröffnete Spielraum ist jedoch begrenzt. Die Befugnis der Mitgliedstaaten, unter Berufung auf Art. 14 S.1 der Fernabsatzrichtlinie strengere nationale Bestimmungen zu erlassen, bezieht sich nach Satz 2 auf die im Interesse der Allgemeinheit liegende Möglichkeit, „den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel, in ihrem Hoheitsgebiet unter Beachtung des EG-Vertrags zu verbieten“. Zieht man den maßgeblichen Erwägungsgrund 24 der Fernabsatzrichtlinie hinzu, wird deutlich, dass unter die Regulierungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers ausschließlich produktspezifische Vermarktungsverbote („Vermarktung bestimmter Erzeugnisse und Dienstleistungen“) fallen. Deshalb ist es auch ausgeschlossen, dass der nationale Gesetzgeber die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die beim Fernabsatz abgegeben werden, aus Gründen, die in den Regulierungsbereich der Richtlinie fallen – und hierzu gehören unzweifelhaft auch die Bedingungen und Beschränkungen für Kontaktaufnahme mittels Telefon im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie –, an andere oder weitergehende Bedingungen knüpft wie von

der Richtlinie vorgesehen. Eine Befugnis, so wie vom Bundesrat vorgeschlagen, den per Telefonanruf angebotenen Fernabsatzvertrag unter Bestätigungsvorbehalt zu stellen, sieht die Richtlinie jedoch nicht vor, und zwar auch nicht für den Fall, dass zuvor gegen die Beschränkungen für die Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel – in Deutschland also das „opt-in“-Modell des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - verstoßen wurde. Abgesehen von den für alle Verträge geltenden Unwirksamkeitsgründen sollen Willenserklärungen gerichtet auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrags nach dem Gemeinschaftsrecht wirksam und lediglich widerrufbar sein. Hiervon weicht die Bestätigungslösung ab. An dem festzustellenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht änderte sich nichts, würde die von der Kommission bereits vorgeschlagene Verbraucherrichtlinie (KOM 2008, 614) verabschiedet. Auch diese Richtlinie sieht keine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Einführung anderer Vertragsbeseitigungsrechte im Fernabsatz als das Widerrufsrecht der Verbraucher vor (vgl. Art. 4 des Entwurfs).

(bb) Bestimmungen zur Wirksamkeit von Willenserklärungen, respektive zum Vertragsschluss, sind im UWG systematisch verfehlt. Entsprechend dem kollektiv-rechtlichen Charakter des UWG würde die Anknüpfung individualrechtlicher Rechtsfolgen an einen Wettbewerbsverstoß einen Systembruch bedeuten. Selbst der europäische Gesetzgeber, der naturgemäß der jeweiligen nationalen Gesetzssystematik weniger Beachtung schenkt, sieht für das Recht der unlauteren Geschäftspraktiken in der Richtlinie 2005/29/EG vor, „das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit und das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags unberührt“ zu lassen. Hierfür sprechen gute Gründe: Das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bezweckt den Schutz des Verbrauchers vor dem unautorisierten Eindringen in seine Privatsphäre per Anruf, nicht aber die Gewährleistung der Vertragsfreiheit im Sinne der Abschluss- und Inhaltsfreiheit bei mündlich unter Anwesenden abgegebenen Willenserklärungen³. Die schematisch angeordnete Rechtsfolge der Unwirksamkeit

³ Ein telefonisch unterbreitetes Vertragsangebot wird rechtlich wie ein Angebot unter Anwesenden behandelt und kann demzufolge nur sofort angenommen werden, § 147 Abs. 1 BGB. Jede Unterbrechung des Telefongesprächs hindert bereits das Zustandekommen des Vertrags.

der Willenerklärung des Verbrauchers steht somit – ebenso wie das hieran gekoppelte Bestätigungsrecht – in keinerlei teleologischem Zusammenhang zum Verstoß gegen den Verbotstatbestand des UWG. So wenig wie Fernabsatzverträge durch lautere Telefonanrufe zustande kommen, sondern eben durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien, hat eine Störung der Privatsphäre des Verbrauchers notwendig zur Folge, die Fähigkeit des Verbrauchers zur Willensbildung bei einem freiwillig fortgeführten Telefongespräch als ausgeschlossen zu betrachten.

(cc) Seit der am 30.12.2008 in Kraft getretenen UWG-Novelle ist der Anwendungsbereich lauterkeitsrechtlicher Tatbestände wie das Irreführungsverbot (§ 5 ff UWG), die unsachliche unangemessene Beeinflussung (§ 4 Nr. 1 UWG) sowie das Ausnutzen der geschäftlichen Unerfahrenheit (§ 4 Nr. 2 UWG) erheblich ausgeweitet. Infolge der Umsetzung der zwingenden Vorgaben der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) wird das unternehmerische Verhalten bei und nach Vertragsschluss unabhängig von der Beurteilung der Art und Weise einer vorausgegangenen telefonischen Kontaktaufnahme nunmehr ohne weiteres vollumfänglich der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unterworfen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: Definition der geschäftlichen Handlung). Die bisherigen Schwierigkeiten der Rechtsprechung, unfaires unternehmerische Verhalten in Bezug auf untergeschobene Verträge oder zur Durchsetzung sogenannter Folgeverträge der strengen UWG-Kontrolle zu unterziehen, haben sich damit erledigt. Die Einführung systematisch verfehlter vertragsrechtlicher Rechtsfolgen in das UWG ist damit überflüssig.

(dd) Auch mit Blick auf das BGB würde die Bestätigungslösung einen Fremdkörper darstellen und zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen. Ein gesetzliches Gestaltungsrecht gerichtet darauf, einem abgeschlossenen Vertrag zur Wirksamkeit zu verhelfen, kennt das BGB bzw. das hierin enthaltene Verbrauchervertrags- und Fernabsatzrecht nicht. Auch hierfür sprechen gute Gründe: Aus der Perspektive der in besonderer Weise der Rechtssicherheit verpflichteten Vertragslehre erscheint es problematisch, das Vertrauen in wech-

selseitig abgegebene Willenserklärungen, die rechtlich als Vertrag anerkannt werden, weil sie übereinstimmend gewollt sind, von einer einseitig erklärten Bestätigung abhängig zu machen. Die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts ist in § 141 BGB geregelt. Im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich ist hierfür der Abschluss eines zweiseitigen Bestätigungsvertrags, mit dem die Parteien ihr eigenes fehlerhaftes Rechtsgeschäft als gültig anerkennen. Dies ist für beide Seiten berechenbar. Die Anerkennung einseitiger Gestaltungsrechte ist dagegen naturgemäß mit Rechtsunsicherheit verbunden. Sofern einer Vertragspartei gesetzliche Anfechtungs- und Widerspruchsrechte und damit die Möglichkeit, einen immerhin wirksam geschlossenen Vertrag einseitig zu Fall zu bringen, zugestanden werden, muss diese Partei selbst aktiv werden, andernfalls es bei der Bindung an die eigene Willenserklärung bleibt. Zudem müssen rechtlich anerkennenswerte Gründe zur Beseitigung des abgeschlossenen Vertrags vorliegen. Die Bestätigungslösung missachtet beide vorgenannten Voraussetzungen: Erstens soll hier bereits die bloße Untätigkeit die Rechtswirksamkeit des Vertrags verhindern. Zweitens steht, wie zuvor dargelegt, die Störung der Privatsphäre in keinerlei Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem Vertragsschluss. Insofern verwundert es nicht, dass sich die Bestätigungslösung auch nicht in das Gefüge der bestehenden Gestaltungsrechte einfügt: Das System der Nichtigkeitsgründe, der Anfechtungs- und Widerspruchsrechte des BGB ist aufeinander abgestimmt. Die innerhalb der Widerrufsfrist gegebene freie Widerrufsmöglichkeit des Verbrauchers in Bezug auf einen telefonisch abgeschlossenen Fernabsatzvertrag rechtfertigt sich etwa aus der Überlegung, dass der Verbraucher vor Vertragsschluss keine Möglichkeit hat, sich über die Eigenschaften des Produkts zu informieren (vgl. Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie). Mit einer Störung der Privatsphäre/unlauteren Belästigung hat dieses Gestaltungsrecht nichts zu tun. Das Widerspruchsrecht steht dem Verbraucher deshalb auch für den Fall einer durch eine Einwilligung gedeckten telefonischen Kontaktaufnahme zu. Eine Belästigung/Störung der Privatsphäre als solche reicht auch nicht aus, um einen abgeschlossenen Vertrag nach den §§ 119 ff BGB anzufechten. Insofern wäre es nicht systemgerecht, wenn zukünftig die Belästigung infolge eines unautorisierten Telefonanrufs die Wirk-

samkeit eines Vertragsschlusses verhindern, respektive einen einseitigen Vorbehalt in Form des Bestätigungsrechts auslösen könnte. Selbst die Opfer von widerrechtlichen Drohungen, die hierdurch zum Vertragsschluss bestimmt wurden, wie § 123 Abs. 1 BGB voraussetzt, müssen den hierauf beruhenden Vertrag anfechten. Gemäß dem Vorschlag des Bundesrats soll es dagegen ausreichen, dass die Willenserklärung bei einem unzulässig belästigenden Anruf abgegeben wurde, um einen Vertragsschluss zu verhindern. Erklärbar werden diese Ungereimtheiten allein durch die Überlegung, die Vertragsunwirksamkeit als pönale Sanktion für einen vorausgegangenen UWG-Verstoß zu deuten. Eine solche Auffassung widerspricht jedoch dem Grundgedanken des deutschen (Verbraucherschutz-)Zivilrechts ebenso wie die Vorstellung eines Vertragsbeseitigungsrechts als anerkannte straf- oder ordnungsrechtliche Sanktion.

(ee) Auch aus praktischer Sicht erscheint die Bestätigungslösung nicht sachgerecht. Abgesehen davon, dass die Möglichkeiten, einen nach reiflicher Überlegung ungünstig erscheinenden Vertrag durch Widerspruch zu beseitigen, durch die vorgeschlagenen Änderungen von § 312 d Abs. 4 Nr. 3, 4 BGB in Bezug auf den telefonisch zustande gekommenen Fernabsatzvertrag erweitert werden sollen, es also der Bestätigungslösung praktisch nicht bedarf, sind auch handfeste Benachteiligungen des Verbrauchers zu befürchten.

Bei einem Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bestünden mangels eines wirksamen Vertragsschlusses (auch) für den unlauter anrufenden Unternehmer keine Leistungspflichten. Wird nun verbraucherseitig Erfüllung verlangt, ohne dass bereits bezahlt wurde, könnte sich der Unternehmer auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen. Insofern würde durch die während der Zeit der Vertragsunwirksamkeit vermehrt zu erwartenden Folgeanrufe (s.o.) nicht nur das lauterkeitsrechtliche Verbot geschwächt, vor allem würde auch das wirtschaftliche Risiko des Vertragsvollzugs einseitig zu Lasten des Verbrauchers verschoben. Die Rückabwicklung vorab vom Verbraucher gezahlter Entgelte (die Vorauszahlungspflicht des Verbrauchers dürfte die Regel sein) müsste bei Vertragsnichtigkeit über das unter Verbraucherschutzgesichtspunkten weniger geeignete

Bereicherungsrecht erfolgen. Eine verbraucherseitig empfangene Leistung müsste nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB - anders als beim Rücktritt nach Widerruf (§ 357 Abs. 2 BGB) - auf eigenes Risiko und Kosten des Verbrauchers zurückgewährt werden. Zudem ist daran zu erinnern, dass die Vertragsnichtigkeit zwingend auch zum Ausschluss der vertraglichen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers führt. Dass damit die wichtigsten Verbraucherschutzbestimmungen erst dann zum Zuge kommen, wenn der Verbraucher den Vertrag, aufgrund dessen er mangelhafte Waren erhalten hat, bestätigt, belegt einmal mehr, dass die Bestätigungslösung im Vergleich zum Widerspruchsmodell des BGB nachteilig ist.

(ff) Die Bestätigungslösung erscheint auch unnötig bürokratisch und macht das für Unternehmen und Verbraucher ohnehin schon sehr komplexe Fernabsatzrecht nahezu undurchschaubar. Erschwerend kommt hinzu, dass der Vorschlag kaum mit dem Gefüge der §§ 312 ff BGB abgestimmt ist. Hintergrund ist, dass die bestehenden europarechtlich vorgegebenen Widerrufsrechte beim Fernabsatz per Telefon nicht sinnvoll parallel zu dem Bestätigungsrecht ausgeübt werden können. Ein unwirksamer Vertrag kann nicht widerrufen werden. Ein Widerrufsrecht bestünde sicherlich nach der Bestätigung des Verbrauchers. Ob es besteht oder wenigstens hierüber zu informieren ist, bevor die Bestätigung seitens des Verbrauchers erfolgt, ist dem Vorschlag des Bundesrats jedoch nicht zu entnehmen. Die Probleme werden anschaulich, betrachtet man das zeitliche Zusammenspiel von Vertragsnichtigkeit, Bestätigung und Widerrufsrecht vor dem Hintergrund der Informationspflichten in Bezug auf das Widerrufsrecht und die Vertragsnichtigkeit genauer: Bei einer Kontaktaufnahme mittels unlauterem Telefonanruf hätte der Unternehmer aufgrund der Unwirksamkeit des Vertrags unabhängig von der Frage nach einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht hinsichtlich des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts des Verbrauchers sinnvollerweise weitere Belehrungspflichten zu beachten. Diskutabel und wahrscheinlich sogar notwendig, wenngleich im Vorschlag des Bundesrats ebenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen, ist eine Aufklärungspflicht über das Bestätigungsrecht, andernfalls das Bestätigungsrecht verbraucherseitig unbekannt

bliebe. Dass die Folgen einer entsprechenden Unkenntnis des Verbrauchers über seine Rechte faktisch einseitig zu Lasten des Unternehmers gingen, weil die Untätigkeit des Verbrauchers die Wirksamkeit der Verbraucherwillenserklärung bzw. des Vertrags nach der Bestätigungslösung ausschließt, kann kaum beabsichtigt sein. Jedenfalls wäre eine solche Gesetzgebung sicherlich unverhältnismäßig und angreifbar. Überdies müsste in diesem Zusammenhang auch auf die Nichtigkeit des Vertrags hingewiesen werden, weil andernfalls wiederum die Belehrung über das Bestätigungsrecht unverständlich bliebe. Bestätigt der Verbraucher den Vertrag, entstünde ab diesem Zeitpunkt ein Widerrufsrecht, über das der Unternehmer erneut belehren müsste, damit die Widerrufsfrist zu laufen beginnt. Noch komplizierter stellt sich die Lage in den Fällen dar, in denen das Vorliegen der Einwilligung zum Telefonanruf unsicher ist: Soll dann über beide Rechte samt entsprechender Fristen und (unterschiedlicher) Folgen aufgeklärt werden? Und soll tatsächlich ein formell wirksam geschlossener Vertrag, vom Gesetzgeber anlässlich einer Störung der Privatsphäre als rechtliches nullum eingeordnet, vom Verbraucher erst bestätigt werden müssen, um anschließend (per Widerruf) von nämlicher Person ohne Angabe von Gründen freihändig wieder zu Fall gebracht werden zu können?

Die im Fernabsatzhandel naturgemäß bestehenden Missbrauchsmöglichkeiten würden also, dies zeigen die vorstehend geschilderten Abläufe, empfindlich erweitert. Schließlich könnte die Behauptung, ohne Einwilligung angerufen worden zu sein (in Verbindung mit der vorgebrachten Beweislastumkehr) nahezu risikolos aufgestellt werden. Dass die im telefonischen Fernabsatz tätigen Unternehmen zukünftig einen erheblich erhöhten Dokumentationsaufwand zu führen hätten, ist damit eine weitere negative Konsequenz des Vorschlags.

Die mit der Vertragsnichtigkeit bestehende Unsicherheit schlägt zudem in handfeste Benachteiligung - diesmal des Verbrauchers - um, wenn der Verbraucher seine Gestaltungsrechte künftig zu seinen Lasten falsch einsetzt, etwa weil er beispielsweise der Ansicht ist, im Fernabsatz generell ein Bestätigungsrecht zu

haben und daher auf einen fristgerechten Widerruf bei anderen Fernabsatzverträgen verzichtet.

2. Zu Art. 2 (Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb): Änderung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, (BT-Drs. 16/10734, Anlage 1) sowie Vorschlag des Bundesrats zu Art. 2 Nr. 1: Änderung von § 7 Abs.2 Nr.2 UWG (BT-Drs. 16/10734, Anlage 3)⁴

(a) Die vorgeschlagenen Änderungen in Bezug auf die Voraussetzungen einer rechtswirksamen Einwilligung überzeugen nicht.

Mit dem Erfordernis, dass eine Einwilligung vor der telefonischen Kontaktaufnahme erfolgen muss, textiert der Gesetzesentwurf die gefestigte Rechtsauffassung der Rechtsprechung. Insofern handelt es sich um eine bloße Verdeutlichung, die für eine bessere Durchsetzung des Verbotstatbestands zwar nicht erforderlich, als bloße Bestätigung des bereits geltenden Rechts aber auch unschädlich ist.

Anders verhält es sich mit Blick auf das Merkmal der Ausdrücklichkeit, welches jedenfalls ohne weitere Ergänzung von § 7 UWG sehr problematisch wäre. Der Vorschlag des Bundesrats zur verpflichtenden Einführung der Textform im Sinne von § 126 b BGB ist dagegen aus praktischen Erwägungen abzulehnen.

(b) Würden die Änderungen verabschiedet, und zwar unabhängig davon, ob dem Regierungsentwurf oder dem Vorschlag des Bundesrats gefolgt würde, wäre die Möglichkeit zur konkludenten Einwilligungserteilung für Verbraucher zukünftig ausgeschlossen. Nach dem Vorschlag des Bundesrats wären weitergehend sogar ausdrückliche mündliche Einwilligungserklärungen nicht mehr rechtserheblich. Beides bedeute eine Verschärfung der geltenden Rechtslage, denn bislang sind mündliche oder konkludente Einwilligungen der Verbraucher

zur telefonischen Kontaktaufnahme zu werblichen Zwecken unstreitig möglich. Mit der Versagung der Rechtserheblichkeit konkludenter oder mündlicher Einwilligungen würden die tatsächlichen Probleme bei der Durchsetzung des UWG-Verbotstatbestands kaum beseitigt. Wenn der Verbraucher keine verwertbaren Angaben zum Zeitpunkt und Inhalt des Anrufs machen kann, etwa weil er, wie häufig, keinen Vermerk über das Telefongespräch anfertigt, hilft selbst die Anordnung der Textform nicht weiter.

(aa) Zu beachten ist weiterhin: Auch eine ausdrückliche Einwilligung kann mündlich erteilt werden; ein Gewinn an Rechtssicherheit wäre mit einer Gesetzesänderung auf Basis des Regierungsentwurfs also nicht verbunden. Die Möglichkeit, ausdrücklich mündlich einzuwilligen, wäre nach dem Vorschlag des Bundesrats zwar ausgeschlossen, spürbare Auswirkungen wären deshalb gleichfalls nicht zu erwarten: Die Schutzbehauptung, es liege eine ausdrückliche mündliche Einwilligung des Verbrauchers vor, wird bei verständiger gerichtlicher Würdigung eines (zumutbaren) Bestreitens durch den Verbraucher und der geltenden Beweislast, die für den Nachweis einer Einwilligung nach dem geltenden Recht beim anrufenden Unternehmen liegt⁵, bereits derzeit im Ergebnis nahezu aussichtslos sein.

(bb) Mit Blick auf den Ausschluss konkludent erklärter Einwilligungen verfährt die Rechtsprechung zudem ebenfalls bereits sehr restriktiv: Für eine konkludente Erklärung der Einwilligung wurden als nicht ausreichend betrachtet etwa ein Eintrag der Telefonnummer im Telefonbuch⁶, das Schweigen auf die Ankündigung anzurufen⁷, die Bitte um Übersendung von schriftlichem Informationsmaterial⁸, eine Einwilligung, die gegenüber einem anderen Unternehmen derselben Branche erteilt wurde⁹ oder das Bestehen einer Geschäftsverbindung¹⁰.

⁴ Die nachfolgenden Ausführungen gelten entsprechend für den Gesetzesvorschlag von BReg und BR in Bezug auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 20 UWG.

⁵ BGH WRP 2004, 734.

⁶ BGH WRP 1990, 169.

⁷ BGH WRP 2000, 722.

⁸ BGH WRP 1990, 288.

⁹ BGH WRP 1994, 262.

Für die Praxis bedeutet dies im Ergebnis, dass Unternehmen, die im Rahmen ihrer Werbe- und Absatzorganisation auf eine aktive telefonische Kontaktaufnahme setzen wollen, dies praktisch nicht auf Basis konkludent erteilter Einwilligungen erreichen können, ohne gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu verstoßen¹¹.

(cc) Bedeutung erlangen die Änderungsvorschläge daher in erster Linie dadurch, dass das Erfordernis der Ausdrücklichkeit die Tendenz hin zu schriftlich oder anderweitig dauerhaft verkörperten Einwilligungserklärungen faktisch bewirken würde, während mit dem Vorschlag des Bundesrats darüber hinausgehend sogar ein echter rechtlicher Zwang zur Textform verbunden wäre. Während ersteres aus der Sicht des ZAW hinnehmbar wäre, wenn der Gesetzgeber für die dann oftmals virulente AGB-Kontrolle von Einwilligungserklärungen für Rechtssicherheit sorgen würde (dazu unter (ee)), erscheint der durch den Vorschlag des Bundesrats ausgelöste Typenzwang zu weitgehend.

(dd) So könnte zum Beispiel ein Verbraucher, der bei einem Handwerker anruft, um sich über eine neue Heizungsanlage zu informieren, auf Basis des Vorschlags des Bundesrats selbst dann nicht mehr telefonisch vom zuständigen Handwerksmeister zurückgerufen werden, wenn er dies gegenüber seinem ersten Gesprächspartner (z.B. der Frau des Inhaber oder dem Sekretariat) ausdrücklich erklärt hat. Der Rückruf unterfällt als geschäftliche Handlung zu einem werblichen Zweck dem Regime des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG; die Voraussetzung der Textform würde es hier erforderlich machen, dem interessierten Verbraucher zuvor eine Urkunde oder ein anders zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignetes Trägermedium zur Erklärung samt Unterschrift vorzulegen und diesen sodann aufzufordern, es an den Unternehmer zurückzuleiten. Eine solche Prozedur erscheint überaus bürokratisch und nachgerade lebensfremd. Dass mit dem rechtlichen Erfordernis der Textform legitime Kommunika-

¹⁰ BGH WRP 1990, 169: Zulässig sind hiernach lediglich Anrufe bei Verbrauchern, deren Inhalt und Zweck sich auf die Abwicklung des bestehenden konkreten Vertragsverhältnisses bezieht (BGH, a.a.O. 170). Sobald der Anruf auf den Abschluss eines neuen Vertrags abzielt, handelt es sich um einen unzulässigen Anruf, vgl. BGH. GRUR 1995, 220. Nach der Rsp. soll dies sogar so weit gehen, dass die für den Verbraucher günstige Ergänzung oder Abänderung eines konkreten Vertrags im Wege der telefonischen Ansprache unzulässig ist, vgl. OLG Frankfurt GRUR 2005 964.

tionsinteressen von Unternehmen und Verbrauchern missachtet werden, belegt auch die folgende Beobachtung: Verbraucher wickeln ganz bewusst einen erheblichen Teil ihrer wirtschaftsbezogenen Alltagskommunikation mündlich ab. Wenn ein Abonnent einer Zeitung oder Zeitschrift etwa einen Verlag anruft, um seine Urlaubsadresse anzugeben, und ungefragt oder auf Nachfrage seine Zufriedenheit mit der Zeitschrift äußert, sollte es möglich sein, ihn zu fragen, ob er an Informationen zu einschlägigen anderen Verlagsprodukten des Unternehmens interessiert sei. Wird dies, wie häufig, bejaht, wäre weder dem Verlag noch dem Abonnenten zuzumuten, dass entsprechende Informationen nicht zu einem späteren Zeitpunkt per Telefon mitgeteilt werden können. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich keinesfalls um einen vernachlässigbaren Exoten, sondern um einen äußerst wichtigen Kommunikationsweg. So gehen bei der Servicegesellschaft der SPIEGEL-Gruppe jährlich ca. 300.000 Anrufe ein. Bei dem Axel Springer Verlag rufen jährlich ca. 1 Million Kunden an, die im Zusammenhang mit ihrem aktiven Telefonanruf erklären, dass der Verlag zukünftig auch fernmündlich – und gerade nicht schriftlich – über andere Angebote informieren darf. In der soeben beschriebenen Situation des anrufenden Abonnenten, der erklärt, er sei mit der telefonischen Kontaktaufnahme seitens des Verlags einverstanden, ist es weder dem Verlag noch dem Verbraucher zuzumuten, dass sein „Ja“ unwirksam und ein daraufhin stattfindender Anruf rechtswidrig und eine Ordnungswidrigkeit sein soll.

(ee) Vorstehende Probleme vermeidet der Entwurf der Bundesregierung. Ohne ergänzende Klarstellung des Gesetzgebers gerichtet auf die Möglichkeit, in transparenter und nachvollziehbarer Weise eine Einwilligungserklärung mittels AGB einzuholen, wäre aber auch dieser Vorschlag bedenklich. Die Möglichkeiten für Unternehmen, mittels AGB in rechtswirksamer Weise Einwilligungen von Verbrauchern für die telefonische Kontaktaufnahme einzuholen, werden von der Rechtsprechung äußerst restriktiv beurteilt. Aus der Sicht des BGH halten formularmäßig erklärte Einwilligungserklärungen der AGB-Kontrolle nicht stand, und zwar auch, wenn der Kunde aktiv ankreuzen kann, ob er mit der

¹¹ Seichter/Witzmann WRP 2007, 702.

Kontaktaufnahme mittels Telefon einverstanden ist. So hat der BGH selbst die Klausel

„Der Kontoinhaber ist mit der persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank

- einverstanden*
- nicht einverstanden*“

als unzulässig gewertet¹². Obwohl die Kundin in diesem Fall autonom das Feld „einverstanden“ angekreuzt hatte, hielt der BGH den Anruf der beklagten Bank wegen fehlender rechtswirksamer Einwilligung für unzulässig. Nach dieser Rechtsprechung ist es den Unternehmen praktisch unmöglich, in praktikabler und zugleich rechtstreuer Weise zu agieren.

Hieran hat auch eine jüngst ergangene Entscheidung des BGH nichts geändert¹³. Das Urteil bezieht sich auf den Fall einer Klausel, die die *Ansprache per SMS- und E-mail* rechtfertigen sollte und dabei lediglich die drucktechnisch hervorgehobene Möglichkeit des *Widerspruchs* gegen eine vorformulierte Einwilligung durch Ankreuzen des hierfür vorgesehenen Feldes vorsah. Eine solche Klausel bewirkt eine Umkehr des gesetzlich vorgesehenen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) und vom Gemeinschaftsrecht in der einschlägigen Richtlinie zum Datenschutz bei der elektronischen Kommunikation (2002/56/EG) für die Einwilligung betonten Regel-Ausnahme-Verhältnisses beim „opt-in“. Sie verstößt gegen die Grundgedanken zwingenden Rechts. Lediglich in einer obiter dictum geäußerten Bemerkung hat das Gericht denn auch zu verstehen gegeben, dass vorformulierte Einwilligungserklärungen, die als *gesonderte spezifische Einwilligungserklärung zu werten* sind – etwa durch aktives Ankreuzen eines hierfür vorgesehenen Kästchens bei einer ansonsten dem Transparenzgebot genügenden „opt-in“-Klausel –, der AGB-Kontrolle standhalten könnten¹⁴. Die zuvor

¹² BGH WRP 2000, 733; BGH VersR 2001, 315.

¹³ BGH WRP 2009, 56.(„Payback“).

¹⁴ BGH, a.a.O. Rdnr. 27, 29

genannten höchstrichterlichen Entscheidungen sind wegen des andersartigen Sachverhalts (Medium und Klauselgestaltung) jedoch nicht überholt. Bis heute existiert keine verlässliche obergerichtliche Rechtsprechung, wie eine zur *telefonischen Ansprache* brauchbare und zugleich rechtskonforme Einwilligung mittels AGB zu konstruieren ist.

Was es braucht, ist daher eine Klarstellung durch den Gesetzgeber selbst, die unter dem Regime des Erfordernisses der Ausdrücklichkeit

- (i) eine im Interesse des Verbraucherschutzes transparente Klauselgestaltung absichert;
- (ii) im Interesse der rechtstreuen Unternehmen eine dem Grundgedanken des UWG verpflichtete Klauselgestaltung mittels Textierung vorformulierter „opt-in“-Klauseln rechtssicher ermöglicht,
- (iii) und dabei nicht in den unpraktikablen Typenzwang im Sinne des Vorschlags des Bundesrats mündet.

Ein entsprechender Vorschlag könnte wie folgt lauten:

Nach § 7 Abs. 2 UWG-RegE wird der folgende Absatz 3 eingefügt:

(3) Eine Einwilligung nach § 7 Absatz 2 Nr. 2 und 3 kann auch mittels einer vorformulierten Erklärung erteilt werden.

Eine entsprechende Gesetzesänderung würde zur Rechtssicherheit beitragen und die lautere telefonische Kontaktaufnahme fördern. Beides liegt auf der Linie des Gesetzentwurfs. Sie würde damit sehr gut in das Gesamtgefüge des Gesetzentwurfs passen.

RA Dr. Bernd Nauen
Berlin, 25.1.2009