



Postanschrift:
Universität Bayreuth
95440 Bayreuth

Gebäude: RW
Universitätsstraße 30
95447 Bayreuth

Telefon: 0921 / 55 - 4340
Telefax: 0921 / 55 - 4344

Internet: www.geistiges-eigentum.info

e-mail: ansgar.ohly@uni-bayreuth.de

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

Überblick

- Gegen die vom Bundesrat geforderte Bestätigungslösung sprechen entscheidende Bedenken. Eine (modifizierte) Widerspruchslösung auf der Grundlage der §§ 312 d, 355 ff. BGB erscheint vorzugswürdig (Rn. 1-5).
- Die vorgesehenen Änderungen des § 312d BGB sind trotz gewisser Zweifel mit dem derzeit geltenden Gemeinschaftsrecht vereinbar. Sollte allerdings die von der Kommission vorgeschlagene Verbraucherrichtlinie in Kraft treten, müssten die Änderungen des § 312d BGB rückgängig gemacht werden (Rn. 6-10).
- Die geplante Neufassung des § 312d BGB ist zu begrüßen. Allerdings sollte erwogen werden, auf die Differenzierung zwischen den verschiedenen Fernkommunikationsmitteln in § 312d IV zu verzichten und die Ausnahmen des § 312d IV Nr. 3, 4 BGB ganz zu streichen (Rn. 11-13).
- Die als § 312 f BGB geplante Neuregelung leuchtet ein (Rn. 14 f.).
- Die vorgesehene Änderung des Einwilligungserfordernisses in § 7 II Nr. 2 UWG bringt keinen Gewinn an Rechtssicherheit, sondern beschränkt die Möglichkeit konkludenter Einwilligungen auch dort, wo sie im Verbraucherinteresse liegen. Im Gegenteil sollte das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Einwilligung auch in § 7 II Nr. 3 UWG wieder gestrichen werden (Rn. 16-24).
- Auf die Bußgeldvorschrift (als § 20 UWG vorgesehen) sollte aus systematischen und praktischen Gründen verzichtet werden (Rn. 25-28).
- Die geplante Änderung des § 102 TKG ist zu begrüßen. Sie ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Allerdings sollte über eine Übergangsfrist nachgedacht werden (Rn. 29-31).

I. Änderungen des BGB (Art. 1)

1. Änderung des § 312 d (Art. 1 II)

a) Widerrufs- oder Bestätigungslösung?

- (1) Gegen die vom Bundesrat vorgeschlagene Bestätigungslösung sprechen gewichtige systematische und praktische Bedenken.
- (2) Systematisch ist das UWG nicht der richtige Ort zur Regelung der Wirksamkeit von Verträgen. Erstens würde ein lauterkeitsrechtliches Wirksamkeitshindernis in das sorgfältig abgestimmte System der BGB-Vorschriften zum Schutz vor unerwünschten Verträgen (Anfechtung, Verbraucherschutzrechtlicher Widerruf, culpa in contrahendo) eingreifen und zu schwierigen Konkurrenzproblemen führen. Zweitens widerspräche eine solche Regelung dem kollektivrechtlichen Charakter des Lauterkeitsrechts, das gerade keine Ansprüche individueller Verbraucher vorsieht.
- (3) Auch innerhalb der Systematik des BGB würde die Bestätigungslösung einen Fremdkörper darstellen. Die Vorschriften des BGB zu Anfechtung und Widerruf beruhen auf dem gemeinsamen Gedanken, dass auch Personen, die einen guten Grund zur Vertragsauflösung haben, selbst die Initiative zur Beseitigung des Vertrags ergreifen müssen und daher nicht mehr und nicht weniger als ein Gestaltungsrecht eingeräumt bekommen. Das ist sinnvoll: Wer immerhin eine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat, soll die Initiative für die Beseitigung des Vertrags übernehmen. Der Gestaltungsberechtigte hat die freie Wahl, den Vertrag bestehen zu lassen oder ihn zu beseitigen, und im Fall des Verbraucherschutzes sorgt das Belehrungserfordernis dafür, dass er davon in der Regel auch erfährt. Würde nun lediglich für telefonisch geschlossene Verträge von dieser Systematik abgewichen, so käme es in zweierlei Hinsicht zu Ungleichbehandlungen. Erstens würden Verträge, die unter Verstoß gegen das Verbot der Telefonwerbung angebahnt wurden, anders behandelt als Folgeverträge anderer UWG-Verstöße (etwa gegen die Verbote irreführender Praktiken, § 5 UWG, oder unangemessener unsachlicher Beeinflussung, § 4 Nr. 1 UWG), da Folgeverträge unlauterer Handlungen nach ganz h.M. regelmäßig nicht als gem. §§ 134, 138 BGB nichtig angesehen werden. Das wäre unstimmtig, da die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher bei Verstößen gegen § 5 UWG oder § 4 Nr. 1 UWG stärker beeinträchtigt wird als bei belästigender Werbung. Zweitens käme es auch aus der Perspektive des BGB zu einer Ungleichbehandlung, da § 123 BGB selbst dem Opfer von Straftaten wie Betrug oder Nötigung regelmäßig nur die Möglichkeit der Anfechtung oder eines (selbst geltend zu machenden) Schadensersatzanspruchs einräumt. Diese in Anbetracht von Art. 3 I GG sogar verfassungsrechtlich bedenklichen Ungeheimheiten ließen sich nur durch einen grundlegenden Systemwechsel hin zu einem Verbraucherschutzgesetz mit UWG- und BGB-Elementen beseitigen. Für einen solchen Bruch mit einer seit über 100 Jahren bewährten Praxis im UWG besteht aber kein Anlass.
- (4) Auch praktische Gründe sprechen für das Widerrufsmodell. Erstens könnte eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge haben, dass der unachtsame Verbraucher auch in Situationen ohne wirksamen Vertrag dasteht, in denen ein solcher Vertrag für den Verbraucher von entscheidender Bedeutung ist. Versicherungsverträge oder Verträge über einen Telefon- oder Internetanschluss sind Beispiele. Beim Kauf

von Sachen per Telefon kann die schwebende Unwirksamkeit dazu führen, dass dem Käufer auch dann keine Gewährleistungsrechte zustehen, wenn er die Sache behält und den Kaufpreis bezahlt. Zweitens haben sich die Verbraucher angesichts der Zunahme des Internethandels mittlerweile an die Widerrufsmöglichkeit bei Fernabsatzgeschäften gewöhnt. Ein neuartiges Bestätigungserfordernis würde hingegen die Komplexität des Verbraucherschutzes erhöhen und möglicherweise Verbraucher verwirren. Es kann entgegen der Stellungnahme des Bundesrats (unter Ziff. 5) eben gerade nicht „unterstellt werden, dass sich der Verbraucher selbst um einen Vertragsschluss kümmert“. Nach der bewährten Konzeption des BGB ist das Gegenteil der Fall. Drittens lädt eine schwebende Unwirksamkeit Folgeanrufe des Werbenden beim Verbraucher geradezu ein und kann so den Belästigungseffekt sogar noch verstärken.

- (5) Ergebnis: Gegen die vom Bundesrat geforderte Bestätigungslösung sprechen entscheidende Bedenken. Eine (modifizierte) Widerspruchslösung auf der Grundlage der §§ 312 d, 355 ff. BGB erscheint vorzugswürdig.

b) Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

- (6) Bei der Regelung der Wirksamkeit telefonisch abgeschlossener Verträge ist der deutsche Gesetzgeber nicht frei, sondern durch die Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG) gebunden. Die Vereinbarkeit der im Entwurf vorgesehenen Einfügung einer Gegen Ausnahme in § 312d IV Nr. 3 und 4 BGB mit der FernabsatzRL ist nicht frei von Zweifeln, denn die Ausnahmebestimmungen in ihrer bisherigen Fassung wurden wörtlich aus Art. 6 III der Richtlinie übernommen. Zwar setzt die Fernabsatzrichtlinie nur einen Mindeststandard, erlaubt also ausdrücklich strengere Bestimmungen zum Verbraucherschutz (Art. 14 I FernabsatzRL). Art. 14 ist aber nicht anwendbar, sofern einzelne Bestimmungen der Richtlinie ausnahmsweise eine Vollharmonisierung anstreben (Rn. 7). Außerdem müssen strengere nationale Regelungen im Einklang mit den Bestimmungen des EG-Vertrags stehen (Rn. 8).
- (7) Da die Ausnahmen vom Widerrufsrecht in Art. 6 III FernabsatzRL detailliert ausformuliert sind und Art. 6 III zudem Abweichungen nicht ausdrücklich ins Ermessen der Mitgliedstaaten stellt, ließe sich argumentieren, dass die Ausnahmebestimmungen des Art. 6 III in Abweichung von der Grundregel des Art. 14 I abschließend sind. Dafür spricht systematisch ein Vergleich mit anderen Richtlinien, in denen optionale Ausnahmen ausdrücklich als solche kenntlich gemacht werden (vgl. etwa Art. 5 II, III der Richtlinie 2001/29/EG über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: „Die Mitgliedstaaten können ... Ausnahmen ... vorsehen“). Andererseits lässt Art. 14 FernabsatzRL nicht erkennen, dass die Ausnahmen des Art. 6 vom Konzept der Mindestharmonisierung ausgeschlossen sein sollten. Im Gegenteil handelt es sich bei den beabsichtigten Regelungen um produktspezifisch strengere Regelungen, die Art. 14 II und Erwägungsgrund 24 der Richtlinie ausdrücklich erlauben.
- (8) Auch nationale Vorschriften über die Abwicklung von Fernabsatzverträgen können der Kontrolle am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) unterliegen (vgl., allerdings zu Art. 29 EG, EuGH Rs. C-205/07, *Gysbrechts/Santurel*). Es handelt sich zwar bei den Modalitäten der Vertragsabwicklung um vertriebsbezogene Regelungen, die nach dem Grundsatzurteil

Keck/Mithouard (Rs. C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097) grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EG fallen. Ausnahmsweise ist aber Art. 28 EG anwendbar, wenn sich die fragliche Bestimmung unterschiedlich auf ausländische und inländische Anbieter auswirkt. Da ausländische Anbieter regelmäßig weniger gut auf stationäre Vertriebsformen ausweichen können als inländische, spricht einiges dafür, dass auch eine Ausweitung des Widerrufsrechts in § 312d BGB angesichts der damit für Internet-Anbieter von Printerzeugnissen und Lotterien verbundenen Erschwernisse in den Anwendungsbereich des Art. 28 EG fällt. Der Verbraucherschutz kann ein berechtigtes Allgemeininteresse darstellen, das eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigt (EuGH, Rs. 120/78, Rn. 8 – *Cassis de Dijon*). Allerdings muss die Beschränkung dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Die Erweiterung des Widerrufsrechts in § 312d BGB dient dem Verbraucherschutz, also einem legitimen Zweck (vgl. Art. 153 EG). Da die gegenwärtige Rechtslage, wie die Begründung zu Art. 1 des Gesetzentwurfs überzeugend darlegt, zum Schutz der Verbraucher nicht ausreicht und mildere, ebenso wirksame Mittel nicht ersichtlich sind, spricht vieles für die Vereinbarkeit der geplanten Änderungen des § 312d BGB mit Art. 28 EG.

- (9) Allerdings ist die Kommission derzeit bestrebt, im Bereich des Verbraucherschutzes von einer Mindestharmonisierung zu einer vollständigen Harmonisierung überzugehen. Nach dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM (2008) 614 endgültig, 2008/0196 (COD) sollen vier Verbraucherschutzrichtlinien, darunter die Fernabsatzrichtlinie, zu einem einzigen horizontalen Rechtsinstrument zusammengefasst werden. Dabei soll die Befugnis der Mitgliedstaaten zum Erlass strengerer Regelungen entfallen (Art. 4 des Entwurfs). Sollten Rat und Parlament diesem Vorschlag zustimmen, so müsste die nunmehr geplante Änderung des § 312d IV rückgängig gemacht werden.
- (10) Ergebnis: Die geplante Neufassung des § 312d BGB ist trotz gewisser Zweifel mit dem derzeit geltenden Gemeinschaftsrecht vereinbar. Sollte allerdings die von der Kommission vorgeschlagene Verbraucherrichtlinie in Kraft treten, müssten die Änderungen des § 312d BGB rückgängig gemacht werden.

c) Die geplanten Änderungen des § 312d im Einzelnen

- (11) Die Erweiterung des Widerrufsrechts bei Dienstleistungen in § 312d III BGB nach dem Vorbild der bisher schon für Finanzdienstleistungen bestehenden Regelung ist zu begrüßen und wird im Entwurf überzeugend begründet. Gerade angesichts der in der Begründung zitierten Rechtsprechung des BGH, die selbst bei fehlender Belehrung von einem Erlöschen des Widerrufsrechts nach Beginn der Erbringung einer Dienstleistung ausgeht, besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die beabsichtigte Regelung kann dazu beitragen, missbräuchliche Geschäftsmodelle wie etwa „Abo-Fallen“ wirksam zu bekämpfen.
- (12) Auch die Beschränkung der Ausnahmen in § 312d IV Nr. 3 und 4 BGB erscheint sinnvoll. Das bisherige Fehlen eines Widerrufsrechts im Bereich von Printmedien und Lotterien hat vermutlich den Einsatz von Telefonwerbung für diese Produktkategorien begünstigt. Allerdings ist nicht recht ersichtlich, warum im Entwurf zwischen ver-

schiedenen Fernkommunikationsmitteln differenziert und damit das Widerrufsrecht aus Verbrauchersicht komplizierter ausgestaltet wird. Im Fall von Zeitschriften greift ohnehin, vorbehaltlich der Bagatellgrenze, parallel das Widerrufsrecht aus § 505 BGB ein. Im Fall von Glücksspielen ist der Verbraucher jedenfalls im Fall von Abonnements schutzwürdig, zudem wird die Internet-Werbung für Glücksspiele durch Art. 5 III des Glücksspielstaatsvertrags untersagt, so dass insoweit keine Privilegierung des Vertragsschlusses im Internet angezeigt ist. Die Begründung im Entwurf verweist recht pauschal darauf, dass der Verbraucher nur einen für den Unternehmer wertlosen Gegenstand zurückgeben könne. Da es sich aber in den Fällen des § 312d IV Nr. 3 und 4 BGB typischerweise um Dauerschuldverhältnisse handelt und der Widerruf bei ordnungsgemäßer Belehrung zu Beginn der vereinbarten Vertragsdauer erfolgt, hält sich der Verlust des Anbieters bei Ausübung des Widerrufs in engen Grenzen. Der Gefahr, dass der Kunde bei einer Lotterie nach der Ziehung seinen Einsatz zurückfordert, lässt sich nach der Neufassung des § 312d VI BGB durch einen Wertersatzanspruch des Anbieters begegnen.

- (13) Ergebnis: Die geplanten Änderungen des § 312 d BGB sind zu begrüßen. Allerdings sollte erwogen werden, auf die Differenzierung zwischen dem Telefon und anderen Fernkommunikationsmitteln in § 312d IV zu verzichten und die Ausnahmen gem. § 312d IV Nr. 3, 4 BGB ganz zu streichen.

2. Weitere Änderungen im Bereich der §§ 312 ff. BGB

- (14) Die als § 312 f BGB geplante Neuregelung ist einleuchtend begründet. Sie erscheint insbesondere zum Schutz der Verbraucher vor Missbräuchen bei der Umstellung der Verbindungsbetreiberkennzahl („Slamming“) sinnvoll.
- (15) Die vom Bundesrat als § 312e I lit. a vorgeschlagene Neuregelung stößt aus zwei Gründen auf Bedenken. Erstens ist die Freiheit der Mitgliedstaaten zur Statuierung neuer Informationspflichten durch Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) (umgesetzt in § 5a UWG) eine Grenze gesetzt. Die Richtlinie sieht bestimmte Informationspflichten vor Vertragsschluss vor, schließt aber weitergehende Informationspflichten aus, sofern sie sich nicht aus Gemeinschaftsrecht ergeben. Soweit also die vom Bundesrat vorgeschlagene Informationspflicht über die in § 312c, e BGB und § 5a UWG derzeit vorgesehenen Pflichten hinausgeht, ist sie gemeinschaftsrechtlich problematisch. Zweitens greift das vom Bundesrat vorgesehene Wirksamkeitshindernis ebenso in die Systematik des BGB ein wie die oben verworfene Bestätigungslösung. Daher ist sie den oben genannten Bedenken (Rn. 2-4) ausgesetzt.

II. Änderung des UWG (Art. 2)

1. Neufassung des § 7 II Nr. 2 UWG

- (16) Nach derzeitiger Rechtslage ist die Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher nur mit dessen Einwilligung erlaubt, während gegenüber einem Unternehmer dessen mutmaßliche Einwilligung genügt. Im Gesetzentwurf ist beabsichtigt, zukünftig die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nur noch bei „vorheriger ausdrücklicher“ Einwilligung zuzulassen. Die im Gesetzentwurf außerdem vorgeschlagene

- ne Ersetzung des Plural („Telefonanrufen“) durch den Singular wurde schon im Zuge der UWG-Novelle 2008 vorgenommen; dieser Vorschlag hat sich daher erledigt.
- (17) Angesichts einer missverständlichen Passage in der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 4 (S. 24) sei darauf hingewiesen, dass eine Einwilligungsklausel nach neuester Rechtsprechung durchaus auch in AGB vorgesehen werden kann, sofern der Verbraucher die Möglichkeit erhält, diese Klausel gesondert anzukreuzen. Die ablehnende Rechtsprechung des BGH bezog sich nur auf vorformulierte Erklärungen ohne gesonderte Annahmemöglichkeit. Das Urteil des BGH vom 16.7.2008, GRUR 2008, 1010, Rn. 27 – *Payback* stellt klar, dass solche Einwilligungserklärungen mit Opt-in-Möglichkeit die Aktionslast nicht auf den Kunden verschieben und daher zulässig sind.
- (18) Auch wenn es der bisherige Gesetzestext nicht zum Ausdruck bringt, entspricht es doch allgemeiner Ansicht, dass die Einwilligung vor dem Anruf erteilt werden muss. Das ergibt sich zwar nicht aus § 183 BGB, der nur die vorherige Zustimmung zu Rechtsgeschäften betrifft, stellt aber einen allgemeinen Grundsatz für Einwilligungen jeder Art dar. Die Einfügung des Wortes „vorherige“ in § 7 II Nr. 2 UWG würde also nichts am bisherigen Recht ändern. Sie wäre unschädlich, andererseits aber auch nicht erforderlich.
- (19) Hingegen würde das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Einwilligung die bisherige Rechtslage ändern, da der Verbraucher auch durch konkludente Erklärung einwilligen kann. Die Rechtsprechung verfährt hier aber sehr restriktiv. Weder der Eintrag ins Telefonbuch noch die Bitte um Übersendung schriftlichen Informationsmaterials, eine Einwilligung gegenüber einem anderen in der Branche tätigen Unternehmen oder das Schweigen auf eine schriftliche Ankündigung eines Werbeanrufs wurden als ausreichend angesehen. Die Angabe der Telefonnummer beim Abschluss eines Vertrags wird nur als konkludente Einwilligung in Anrufe angesehen, die sich auf die Abwicklung des konkreten Vertragsverhältnisses beziehen. Teilt etwa der Kunde bei einem Besuch in einer Kfz-Werkstatt seine Rufnummer mit, so willigt er konkludent in Anrufe ein, mit denen das Werkstattpersonal weitere Mängel mitteilt und deren Reparatur anregt, nicht hingegen in Werbeanrufe zum Verkauf eines Neuwagens. Diese Praxis ist sachgerecht. Auch wenn Abgrenzungsschwierigkeiten unvermeidlich sind, ist hinreichend klar, dass Anrufe außerhalb bestehender Vertragsbeziehungen in aller Regel nicht von einer konkludenten Einwilligung gedeckt sind. Das praktische Problem, um dessen Bekämpfung es geht, besteht nicht in einer Unklarheit des Verbotstatbestands, sondern in seiner mangelnden Durchsetzung. Daher steht nicht zu erwarten, dass sich die vorgeschlagene Verschärfung des Einwilligungserfordernisses in nennenswerter Weise zu einem Rückgang der unerlaubten Telefonwerbung führen wird. Im Gegenteil stößt die Verschärfung auf Bedenken.
- (20) Erstens führt sie dazu, dass auch Anrufe im Rahmen bestehender Vertragsverhältnisse, die sinnvoll sind und im Interesse des Kunden liegen, künftig nicht mehr formlos möglich sind. So liegt es im Interesse des Werkstattkunden, über unerwartete Mängel informiert zu werden. Nach der Definition in Art. 2 lit. a der Werberichtlinie (2006/114/EG), die nach h.M. mangels einer spezielleren Definition auch für § 7 II UWG gilt (BGH GRUR 2008, 925, Rn. 14 – *FC Troschenreuth*), handelt es sich um

eine Äußerung mit dem Ziel, eine weitere Dienstleistung zu erbringen, und mithin um Werbung. Von der ausdrücklichen Einwilligung des Kunden ist der Anruf unabhängig davon nicht gedeckt, ob den Werkstattunternehmer vielleicht sogar eine vertragliche Nebenpflicht trifft, auf Mängel des Fahrzeugs hinzuweisen. Dieses Ergebnis lässt sich nach dem vorgeschlagenen Gesetzestext nur durch eine weite Auslegung der ausdrücklichen Einwilligungserklärung oder durch das Erfordernis zusätzlicher Formalitäten beim Vertragsschluss (schriftliches Formular, ausdrücklicher Hinweis des Werkstattmeisters) erzielen. Der erste Weg ist methodenunehrlich, der zweite unnötig bürokratisch.

- (21) Zweitens behandelt die Rechtsgeschäftslehre, die auf Einwilligungserklärungen zumindest analog anwendbar ist, ausdrückliche und konkludente Erklärungen üblicherweise gleich. Wenn der zivilrechtliche Gesetzgeber zur Erleichterung von Dokumentation und Beweisführung eine Form für nötig hält, ordnet er die Textform (§ 126b BGB) an. Da eine „ausdrückliche“ Einwilligung indes nach wie vor mündlich erteilt werden kann, ist ein Gewinn an Rechtsklarheit nicht ersichtlich.
- (22) Das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Einwilligung kombiniert also geradezu die Nachteile der bisherigen und der vom Bundesrat vorgeschlagenen Lösung. Die Rechtsklarheit wird (anders als bei einem Textformerfordernis) nicht befördert, doch geht die Flexibilität, die mit der Möglichkeit konkludenter Einwilligung im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen einhergeht, verloren. Da die Möglichkeit einer konkludenten Einwilligung auch im Verbraucherinteresse liegen kann und da die gegenwärtige restriktive Praxis der Rechtsprechung bei der Annahme konkludenter Einwilligungserklärungen Telefonwerbung alles andere als ermutigt, überwiegen die Nachteile der geplanten Änderung.
- (23) Auch wenn eine Änderung des § 7 II Nr. 3 UWG nicht zur Debatte steht, sei doch abschließend nachdrücklich darauf hingewiesen, dass das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung vor allem für Werbe-E-Mails zu kontraproduktiven Ergebnissen führt, da es dort auch für Werbung gegenüber Unternehmern gilt. Bisher wurde die Angabe einer E-Mail-Adresse auf der Website eines Unternehmens als konkludente Einwilligung in die Kontaktaufnahme per Mail angesehen. Das galt vor allem bei der Nachfragewerbung, die nach der neuesten Rechtsprechung des BGH von § 7 II Nr. 3 UWG erfasst wird (BGH GRUR 2008, 923 – *Faxanfrage im Autohandel*). So durfte ein Unternehmer, der einen neuen Firmenwagen benötigt, bisher einen Autohändler per Mail kontaktieren, weil die Angabe der E-Mail-Adresse im Internet als konkludente Einwilligung galt (BGH aaO.). In Zukunft dürfen gewerbliche Kunden die Möglichkeiten des Internet aber gem. § 7 II Nr. 3 UWG nicht mehr nutzen, wenn Händler im Internet nicht ausdrücklich auf ihre Bereitschaft hinweisen, Angebotsanfragen per Mail entgegenzunehmen. Dieses Ergebnis grenzt ans Absurde.
- (24) Ergebnis: Die vorgesehene Änderung des Einwilligungserfordernisses in § 7 II Nr. 2 UWG bringt keinen Gewinn an Rechtssicherheit, sondern beschränkt die Möglichkeit konkludenter Einwilligungen auch dort, wo sie im Verbraucherinteresse liegen. Im Gegenteil sollte das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Einwilligung auch in § 7 II Nr. 3 UWG wieder gestrichen werden.

2. Bußgeldvorschrift (Art. 2 IV)

- (25) Viele ausländische Rechtsordnungen folgen dem Behördenmodell, räumen also einer Verbraucherschutz- oder Wettbewerbsbehörde die Kompetenz ein, unlautere geschäftliche Handlungen zu verfolgen. Das deutsche Lauterkeitsrecht setzt dagegen (abgesehen von den Sonderfällen der §§ 16-19 UWG) auf eine rein zivilrechtliche Rechtsverfolgung, die sich in Deutschland seit langem bewährt hat. Die Verfolgung von Telefonwerbung durch eine Behörde bricht mit diesem Modell, allerdings nur für einen Unterfall des § 7 UWG. Das erscheint aus zwei Gründen nicht sinnvoll.
- (26) Erstens sähe sich eine Behörde bei der Durchsetzung des in § 7 II Nr. 2 UWG geregelten Verbots ähnlichen Schwierigkeiten ausgesetzt, mit denen die Verbraucherverbände jetzt bereits kämpfen. Die Abschreckungswirkung des § 7 II UWG versagt derzeit nicht, weil hinreichende Sanktionen fehlen, sondern weil die Verantwortlichen nicht in „gerichtsfester“ Weise dingfest gemacht werden können. Das ändert sich durch die Bußgeldandrohung nicht. Zudem erscheint fraglich, ob die Bundesnetzagentur über das Personal verfügt, um die Telefonwerbung effektiv zu bekämpfen.
- (27) Zweitens erscheint es aus systematischen Gründen verfehlt, nur eine von vielen unlauteren Geschäftspraktiken mit einem Bußgeld zu bedrohen. Der Gesetzentwurf differenziert sogar zwischen den Einzelfällen des § 7 II UWG. Zwischen unerlaubter Telefonwerbung und unerlaubter E-Mail- oder Faxwerbung lässt sich in dieser Hinsicht aber nicht sinnvoll unterscheiden. Systematisch stimmig wäre entweder die Umstellung des UWG auf das in der EU vorherrschende Behördenmodell („große Lösung“) oder eine Ausgliederung des § 7 aus dem UWG, verbunden mit einer generellen Androhung von Bußgeldern für belästigende Werbung („kleine Lösung“). Über beide Lösungen wird der Gesetzgeber möglicherweise im Zuge einer weiteren Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der Gemeinschaft nachzudenken haben. Zum jetzigen Zeitpunkt sollte dieser Frage nicht vorgegriffen werden. Der derzeitige Vorschlag ist systematisch höchst unbefriedigend, möglicherweise sogar verfassungsrechtlich bedenklich (Art. 3 I GG), weil er gleiche Fälle ungleich behandelt.
- (28) Ergebnis: Auf die Bußgeldvorschrift (als § 20 UWG vorgesehen) sollte aus systematischen und praktischen Gründen verzichtet werden.

III. Änderung des TKG (Art. 3)

- (29) Ein Grund für das derzeit zu verzeichnende Vollzugsdefizit beim Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung besteht darin, dass die Identität des Anrufers oft nicht festgestellt werden kann. Die Möglichkeit der Rufnummernunterdrückung nach der bisherigen Fassung des § 102 I TKG ermöglicht es dem erlaubten Werbenden, seine Identität zu verschleiern. Daher setzt das Verbot der Rufnummernunterdrückung an der richtigen Stelle an. Der Umstand, dass „schwarze Schafe“ weiterhin Mittel und Wege finden mögen, um ihre Identität zu verschleiern, spricht nicht gegen die Maßnahme.
- (30) Zwar dient § 102 TKG der Umsetzung des Art. 8 der E-Datenschutzrichtlinie (2002/58/EG), doch erlaubt Art. 13 I lit. g der allgemeinen Datenschutzrichtlinie (95/46/EG), auf den Art. 15 I der E-Datenschutzrichtlinie verweist, Einschränkungen zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen. Es obliegt den Mitgliedstaaten, zwischen den betroffenen Grundrechten einen angemessenen Ausgleich herbeizuführen (EuGH, Rs. C-275/06, Tz. 68 – *Promusicae*). Hier stehen sich die geschäftlichen Interessen des Anbieters einerseits und die Privatsphäre des Angerufenen ander-

rerseits gegenüber. Es liegt im Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers, letzterer den Vorrang einzuräumen, sofern in die wirtschaftlichen Interessen der Anbieter nicht unverhältnismäßig eingegriffen wird. Um die Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten, kann es erforderlich sein, in Art. 3 des Entwurfs eine Übergangsfrist vorzusehen

- (31) Ergebnis: Die geplante Änderung des § 102 TKG ist zu begrüßen. Sie ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Allerdings sollte über eine Übergangsfrist nachgedacht werden.

Bayreuth, 22.1.2009

Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M.