

Stellungnahme

von *Dr. Peter Rheinländer, LL.M.*

zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

am Mittwoch, den 28. Januar 2009,

zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung – BT-
Drucksache 16/10734

I. Überblick

Belästigende Telefonwerbung ist ein nicht zu tolerierendes Marktverhalten. Ein bußgeldbewehrtes Verbot der Rufnummernunterdrückung ist eine sinnvolle Ergänzung, um künftig gegen unerlaubte Telefonwerbung noch wirkungsvoller vorzugehen.

Widerrufsrechte haben auf die Werbung generell eine disziplinierende Wirkung und sind bereits heute in vielen Bereichen von Handel und Dienstleistung gesetzlich fest verankert.

Es erscheint unangemessen, bereits bei fahrlässigem Verhalten unerlaubte Telefonwerbung als Bußgeldtatbestand auszugestalten. Von der Schaffung eines bußgeldbewehrten Fahrlässigkeitstatbestandes für unerlaubte Telefonwerbung wird daher abgeraten.

Es wird davon abgeraten, Telefonanrufe zukünftig nur noch bei ausdrücklicher Einwilligung des Gesprächspartners zuzulassen.

Es wird empfohlen, Vorschläge mit dem Inhalt, Folgeverträge unerlaubter Telefonwerbung als schwebend unwirksam bzw. bestätigungsbedürftig zu sanktionieren (Bestätigungslösung), nicht aufzugreifen.

II. Im Einzelnen:

1. Telefonwerbung als Bußgeldtatbestand

Zur Neufassung des § 20 UWG

Das bisherige Recht gibt die Möglichkeit, im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Instrumentarien unlauter handelnde Unternehmen auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen und im Falle unerlaubter Telefonwerbung Zwangsgelder in Höhe von bis zu 250.000 Euro zu verhängen. Diese Sanktion ist zur Abschreckung ausreichend, zumal Zwangsgelder mehrfach für jeden einzelnen Wiederholungsfall auferlegt werden können. Vor diesem Hintergrund ist die Einführung eines Bußgeldtatbestandes insgesamt nicht erforderlich.

Es ist nicht zu empfehlen, unerlaubte Telefonwerbung bereits bei Fahrlässigkeit mit einem Bußgeld zu bedrohen. Sowohl das Strafrecht als auch das Ordnungswidrigkeitenrecht sanktionieren grundsätzlich nur vorsätzliches Verhalten, § 15 StGB, § 10 OWiG. Da menschliches Fehlverhalten nie vollständig ausgeschlossen werden kann, bedarf die Sanktionierung fahrlässigen Verhaltens stets einer besonderen gesetzlichen Anordnung bzw. Begründung und Interessenabwägung, die ergibt, dass der zivilrechtliche Schutz durch Schadensersatzleistungen nicht ausreichend ist und das geschützte Rechtsgut zusätzlich auch strafrechtlich vor fahrlässigem Verhalten geschützt werden muss. (Vgl. z. B. § 303 StGB, nach dem die vorsätzliche aber nicht die fahrlässige Sachbeschädigung strafbar ist, aufgrund der besonderen Bedeutung des Rechtsgutes „Gesundheit“ stellt § 229 StGB hingegen auch die fahrlässige Körperverletzung unter Strafe.) Dies ist bei Telefonwerbung nicht der Fall. Vor dem Hintergrund der nach menschlichem Vermögen kaum auszuschließenden Möglichkeit einer irrtümlichen Rufnummerneingabe erscheint es unangemessen, menschliches Fehlverhalten bereits bei Fahrlässigkeit mit einem Bußgeld zu bedrohen. Missstände in der Vergangenheit waren meist auf vorsätzliches Verhalten zurückzuführen.

Schließlich konterkariert eine Bedrohung von Telefonwerbung als Ordnungswidrigkeit die Effektivität eines wettbewerbsrechtlichen Vorgehens gegen unerlaubte Telefonwerbung im Wege der Abmahnung. Denn es ist davon auszugehen, dass Unternehmen in Zukunft strafbewehrte Unterlassungserklärungen weit zögerlicher abgeben als bisher, da die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung präjudiziellen Charakter für den Verstoß gegen die Verbotsvorschrift und die Bußgeldvorschrift hat.

Es wird daher angeregt, den Entwurf des § 20 UWG ersatzlos zu streichen, zumindest aber eine fahrlässige Begehungsweise vom Tatbestand auszunehmen.

2. Ausdrückliche Einwilligung als Rechtfertigungsvoraussetzung

Zur Neufassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Ebenso wird angeregt, auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung als Rechtfertigungsvoraussetzung für erlaubte Telefonwerbung zu verzichten.

Neben der rechtlich zu klärenden Frage, ob eine Einwilligung vorliegt, müsste nach dem Gesetzesentwurf zudem geklärt werden, ob die Einwilligung dem Ausdrücklichkeitserfordernis genügt. In Grenzfällen entsteht hierdurch zusätzliche Rechtsunsicherheit, ohne dass der Verbraucherschutz erhöht wird. Der Schutz des Verbrauchers wird dadurch gewährleistet, dass der Anrufer die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung bzw. für den Inhalt der Erklärung trägt. Hat der Angerufene ohne Zweifel seine Einwilligung erteilt, so ist kein Grund ersichtlich, warum diese Einwilligung einem Ausdrücklichkeitserfordernis unterworfen werden soll.

Ebenso wenig greift eine Argumentation durch, dass eine ausdrückliche Einwilligung aufgrund des bußgeldrechtlichen Bestimmtheitsgebotes erforderlich ist. Bereits oben unter 1. wurde dargelegt, dass die Schaffung eines Bußgeldtatbestandes bei wettbewerbswidrigen Telefonanrufen nicht zu befürworten ist.

Unabhängig davon erfordert auch das bußgeldrechtliche Bestimmtheitsgebot keine ausdrückliche Einwilligung. Vielmehr führt das Ausdrücklichkeitserfordernis zu einem Auseinanderfallen der Anforderungen an eine wettbewerbsrechtliche und an eine straf-/ bußgeldrechtliche Einwilligung. Denn die einen Straftatbestand ausschließende oder rechtfertigende Einwilligung kann nach allgemeiner Meinung auch konkludent erteilt werden. Zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung ist es daher erforderlich, das vorgesehene Ausdrücklichkeitserfordernis fallen zu lassen.

Vorstehendes ergibt sich auch aus einem weiteren Aspekt: Es ist nicht plausibel, warum eine bloß geschäftsähnliche Handlung wie die Einwilligung ausdrücklich erfolgen muss, während rechtsgeschäftliche Handlungen, insbesondere Willenserklärungen konkludent abgegeben werden können. Selbst der Minderjährigenschutz stellt dieses Erfordernis nicht auf: Die Willenserklärung des Minderjährigen kann ebenso konkludent abgegeben werden wie die erforderliche Genehmigung des Vertreters. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Verbraucherschutz einen höheren Rang als der Minderjährigenschutz haben sollte.

Das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung würde zudem die Kluft zwischen der Rechtslage in Deutschland und anderen europäischen Mitgliedsstaaten mit Opt-out Verfahren weiter vergrößern. Art. 10 der europäischen Fernabsatzrichtlinie 97/7 sieht vor, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, „dass Fernkommunikationstechniken nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.“ Auf europäischer Ebene ist nach dieser Vorschrift im Bereich der Telefonwerbung lediglich ein Opt-out vorgesehen. Die Einführung eines Ausdrücklichkeitserfordernisses für das zur Zeit in

Deutschland geltende Opt-in würde ein zusätzliches Abweichen von der europäischen Regelung bedeuten.

Hinzu kommen branchenspezifische Besonderheiten, wie im Bereich Versandhandel folgende:

Mehr als 42% des gesamten in Deutschland erzielten Versandhandelsumsatzes (dies entspricht einem Umsatz von 11.6 Mrd. Euro) liegt eine telefonische Bestellung zugrunde. Nach der im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelung würde sich der Unternehmer ohne ausdrückliche Einwilligung in Grenzfällen der Gefahr einer Ordnungswidrigkeit aussetzen. Ein solcher Grenzfall wäre z.B. denkbar, wenn er den Kunden per Rückruf darüber informiert, dass der bestellte Gegenstand nicht oder vorübergehend nicht lieferbar ist, jedoch ein anderer Gegenstand, der unter Umständen geeignet ist, den Bedarf in selbiger Weise zu decken, sofort lieferbar ist (z.B. T-Shirt in hell-lila statt in dunkel-lila). Auch in solchen Fällen würde das Ausdrücklichkeitserfordernis in unnötiger Weise Rechtsunsicherheit schaffen.

3. Bestätigungslösung

Es wird empfohlen, die Bestätigungslösung für Folgeverträge unlauterer Werbeanrufe nicht umzusetzen. Sie würde zu erheblichen Wertungswidersprüchen gegenüber der gesetzlichen Regelung anderer Situationen führen, in denen ebenfalls eine unredliche Willensbeeinflussung vorliegt. Denn ein Vertrag, der durch arglistige Täuschung erschlichen oder durch Drohung erzwungen wurde, ist nach der bisherigen Regelung des BGB wirksam. Er kann lediglich angefochten werden (§ 123 BGB). Obwohl ein unlauterer Werbeanruf eine viel geringere Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess darstellt als eine arglistige Täuschung oder Drohung, wäre die schwebende Unwirksamkeit im Rahmen der Bestätigungslösung eine viel schärfere Sanktion als die Möglichkeit der Anfechtung eines Vertrages nach § 123 BGB.

Im Bereich des Versandhandels stellt sich zudem nicht die Problematik untergeschobener Verträge, welche mit der Bestätigungslösung gelöst werden soll. § 241 a Abs. 1 BGB bestimmt, dass durch die Lieferung unbestellter Sachen (d.h. im Rahmen untergeschobener Verträge) kein Anspruch des Unternehmers gegen den Verbraucher begründet wird.

III. Zusammenfassung

Belästigungen durch Telefonwerbung haben ihre Ursache weder in einem zu lockeren Zulässigkeitsmaßstab noch in unzureichenden Sanktionen, sondern in der unzureichenden Möglichkeit, den Störer zu ermitteln. Die Einführung von

Bußgeldtatbeständen macht daher nur dort Sinn, wo sie die Ermittelbarkeit von Störern flankieren. Das Erfordernis einer ausdrücklichen vorherigen Einwilligung ist mit erheblichen rechtsdogmatischen Systembrüchen verbunden. Es trägt zur Verbesserung der Problemlage ebenso wenig bei wie die Bestätigungslösung.

Frankfurt am Main, den 24. Januar 2009

Dr. Peter Rheinländer, LL.M.
Rechtsanwalt und Justiziar des Bundesverbandes des deutschen
Versandhandels

Johann Klotz Str. 12, 60528 Frankfurt am Main

Tel.: 069-6786 56 10