

Richter am Oberlandesgericht Joachim Lüblinghoff Hamm, den 20. Januar 2009  
Oberlandesgericht Hamm  
Heßlerstraße 53  
59065 Hamm

An den  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Platz der Republik 1  
  
11011 Berlin

**Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am Mittwoch, 28. Januar 2009**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

anliegend übersende ich Ihnen meine Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Joachim Lüblinghoff

## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/10734**

Der vorgeschlagene Gesetzentwurf wird grundsätzlich begrüßt. Dabei soll aus Sicht der Praxis unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung auf die nachfolgenden Punkte hingewiesen werden.

### **1. Artikel 1 Nr. 2 a – neu - § 312 e Abs. 1 a – neu – BGB**

Falls die Wirksamkeit eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr von einer Hinweispflicht abhängt, so wird dies mit einem unsicheren Schwebezustand einhergehen. Die Überprüfung dieses Schwebezustandes würde in der gerichtlichen Praxis wohl eher zu Schwierigkeiten führen. Sollte eine vorvertragliche Informationspflicht durch den Unternehmer verletzt werden, so stünde der Verbraucher nicht rechtlos da. Die Verletzung von Informationspflichten kann zu Schadensersatzansprüchen mit den bekannten Rechtsfolgen führen.

### **2. Artikel 1 Nr. 3 - § 312 f Nr. 1, 2 BGB**

Eine Streichung der Wörter „von ihm beauftragter“ in § 312 f Nr. 1 und 2 BGB dürfte nicht erforderlich sein. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „von ihm beauftragter“ dürfte in der gerichtlichen Praxis beherrschbar und voraussichtlich nicht auf nennenswerte Schwierigkeiten stoßen.

### **3. Artikel 1 a – neu - § 43 Abs. 2 a – neu -, 3 BDSG**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Einfügung eines § 43 Abs. 2 a BDSG mit der Androhung einer Geldbuße erscheint zum Schutz der Verbraucher folgerichtig und passt gut zur Gesamtheit des Maßnahmenpaketes. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung dürfte auch nicht über die Zielrichtung des Gesetzentwurfs hinausgehen. Zu Recht wird unter A. im Gesetzentwurf der Bundesregierung darauf hingewiesen, dass die Durchsetzung des geltenden Rechts in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt. Die vorgeschlagene Bußgeldbewehrung deckt den Schutz der Privatsphäre der Betroffenen als flankierende Maßnahme gut ab.

Die Anpassung und Einfügung der Bußgeldvorschrift des § 43 Abs. 2 a BDSG – E sollte nach Maßgabe der Gegenäußerung der Bundesregierung erfolgen, damit das

Bestimmtheitsgebot gewahrt wird. Das Konkurrenzverhältnis von § 43 Abs. 2 a BDSG – E zu § 20 UWG – E ist aus praktischer Sicht lös- und beherrschbar.

#### **4. Artikel 2 Nr. 1 - § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - § 20 Abs. 1 UWG**

Eine für die gerichtliche Praxis wesentliche Frage wird sein, ob jeweils nach den Wörtern „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ die Wörter „in Textform“ einzufügen sind.

In der bisherigen gerichtlichen Praxis liegen hierzu häufig folgende Fallkonstellationen vor:

Es wird behauptet oder die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Verbraucher die Einwilligung in Textform abgegeben habe. Für den Fall, dass eine solche Einwilligung in Textform vom Gericht nicht als wirksam bewertet wird, wird behauptet, dass eine Einwilligung mündlich erklärt worden sei. Die in Textform abgegebene Einwilligung lässt sich durch das Gericht recht einfach überprüfen. Hier stellen sich insbesondere Fragen rechtlicher Art, ob die Einwilligung in die Telefonwerbung einer AGB-Kontrolle stand hält. Dagegen stößt die Überprüfung der mündlich erteilten Einwilligung in der Praxis auf größere Schwierigkeiten tatsächlicher Art. Hier sind häufig Zeugenvernehmungen erforderlich, mit denen der Beweis geführt oder widerlegt werden soll, ob die mündliche Einwilligung abgegeben worden ist. Dabei ist festzustellen, dass sich der Anrufer eine beweisrechtlich bessere Ausgangsposition verschaffen kann und diese im Prozess auch tatsächlich nutzt. So werden oft Handvermerke darüber gefertigt, dass eine mündliche Einwilligung des Verbrauchers abgegeben worden ist. Der Verbraucher, der mit einem solchen Anruf nicht rechnet und eher überrascht ist, wird in aller Regel keinen Vermerk über das Telefongespräch anfertigen. Häufig ist auch die Fallkonstellation, dass sich der Verbraucher nicht genau an den Inhalt des Telefonats und an die behauptete Einwilligung erinnern kann. Dann besteht für den Verbraucher die Gefahr, dass die behauptete Einwilligung gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen sein wird.

Eine regelrecht formulierte Textform hält dabei auch der AGB-Kontrolle unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 141, 124, 128; BGHZ 141, 137, 149) stand. Seriöse Unternehmer können auch in Zukunft durchaus

mit Telefonanrufen werben. Dabei muss der Unternehmer dem Verbraucher eine Wahlmöglichkeit einräumen (z.B. durch Ankreuzen einer bestimmten Textstelle) und die Möglichkeit der Telefonwerbung klar und eindeutig benennen. Seriöse Unternehmer machen von einer solchen Möglichkeit inzwischen Gebrauch.

#### **5. Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe b – neu – § 7 Abs. 4 – neu – UWG**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene sogenannte Bestätigungslösung passt gut in den Kanon der Regelungen, damit die Zielsetzung des Gesetzes in der Praxis wirksam umgesetzt werden kann. Gerade die Beweisregelung in § 7 Abs. 4 Satz 2 der vom Bundesrat vorgeschlagenen Neuregelung wird dazu beitragen, dass unlautere Geschäftspraktiken wirksam bekämpft werden können. Infolge der Bestätigungslösung dürfte es auch nicht zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit kommen. Dass bei der Prüfung der Wirksamkeit eines solchen Vertrages die Frage zu klären ist, ob der Verbraucher oder der Unternehmer angerufen hat, scheint aus Sicht der gerichtlichen Praxis beherrschbar zu sein. Auch seriöse Unternehmen dürften, da sie einen Anruf des Verbrauchers einfach nachweisen können, weiterhin telefonische Bestellungen abwickeln, ohne eine schriftliche Bestätigung zu verlangen.

#### **6. Artikel 2 Nr. 4 - § 20 Abs. 2 UWG**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Erhöhung der Geldbuße von bis zu 50.000,00 Euro auf bis zu 250.000,00 Euro dürfte der wirksamen Umsetzung des gesetzlichen Vorhabens dienen. Die gerichtliche Praxis zeigt, dass in einer Vielzahl von Fällen der Bußgeldrahmen nur maßvoll angewendet wird. Es dürfte aber einige Fälle geben, in denen ein Bußgeld von maximal 50.000,00 Euro nicht ausreichen wird, um unerlaubte Telefonwerber zukünftig von ihren Vorhaben abzuhalten. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Bußgeldrahmen fügt sich auch in die Bußgeldandrohungen vergleichbarer Regelungen des Nebenstrafrechts ein. Hierbei ist insbesondere auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten hinzuweisen. So sieht z.B. § 33 des Kunsturhebergesetzes für die Verbreitung von Bildnissen ohne Einwilligung eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe vor.

#### **7. Artikel 2 Nr. 4 - § 20 Abs. 3 Satz 2 – neu -, 3 – neu – UWG**

Gegen eine bundesweite Konzentration der Einsprüche gegen Bußgeldverfahren wegen unerlaubter Telefonwerbung bei dem Amtsgericht Bonn bestehen keine Ein-

wände. Der mit der Konzentration einhergehende hohe Grad an Spezialisierung und das dadurch erworbene Erfahrungswissen führen – aus Sicht der gerichtlichen Praxis – zu einer Steigerung der Qualität und dienen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Dabei wird vorausgesetzt, dass das Amtsgericht Bonn für die damit verbundene Mehrbelastung hinreichend ausgestattet wird.

**8. Artikel 3 Nr. 1 Buchstabe b - § 102 Abs. 2 Satz 1 TKG**

Die Ausführungen der Bundesregierung in der Gegenäußerung überzeugen. Zur Vermeidung von Wiederholungen schließe ich mich diesen Ausführungen an.

**9. Artikel 5 – Inkrafttreten –**

Die vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs Monaten für das Inkrafttreten des Artikels 3 (Änderung des Telekommunikationsgesetzes) dürfte angemessen und ausreichend sein.

Hamm, den 20. Januar 2009

Joachim Lüblinghoff

Richter am Oberlandesgericht