

Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Telefonwerbung, Position des ZAW

I. Zusammenfassung

Verbraucher sind durch die bestehenden Verbraucherschutzgesetze, insbesondere das Widerrufsrecht, umfassend und angemessen vor einer Bindung an übereilt geschlossene Verträge geschützt. Dem Widerrufsrecht unterliegen vollumfänglich auch mündlich (telefonisch) abgeschlossene Verträge. Es besteht unabhängig davon, ob dem Vertragsschluss ein unlauteres Verhalten des Unternehmers – in diesem Zusammenhang: ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - vorausgegangen ist.

Der Entwurf eines „Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ sieht neben der massiven, in Bezug auf die Erhöhung des Bußgeldrahmens unverhältnismäßigen Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten in Bezug auf Telefonanrufe, die wider § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die Privatsphäre von Verbrauchern beeinträchtigen, weitere Änderungen vor: Verträge über Gewinnspieldienste sollen gemäß § 675 Abs. 3 BGB-E zwingend der Textform unterliegen. Dies lässt sich möglicherweise damit begründen, dass nach einer umfangreichen Untersuchung des Bundesjustizministeriums aus dem Jahr 2009/2010 Anrufe zum Abschluss solcher Verträge den weitaus größten Anteil der ohne Einwilligung getätigten Anrufe bei Verbrauchern ausmachen. Die Untersuchung belegt aber auch, dass das „Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ (BGBl. 2009 I, S. 2413) eine deutliche Verbesserung des Schutzes der Privatsphäre gegenüber belästigenden Telefonanrufen bewirkt hat.

Vor dem Hintergrund der bestehenden Instrumente und der durch den Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Änderungen ist die Einführung der sogenannten „Bestätigungslösung“, wie sie insbesondere der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 03.05.2013 unter Bezugnahme auf seinen Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2011 (BT_Drucks. 17/6482) vorschlägt, daher weder erforderlich noch sachgerecht, sondern, wie nachfolgend aufgezeigt wird, sogar kontraproduktiv.

II. Begründung

- Die bestehenden rechtlichen Instrumente im UWG (generalpräventives Verbot unerwünschter Telefonwerbung zum Schutz der Privatsphäre) auf der einen und die Regelungen des BGB (individuelle Widerrufs- und Anfechtungsrechte zum Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern) auf der anderen Seite bieten einen ausreichenden Schutz vor übereilt am Telefon geschlossenen Verträgen. Der Widerruf ist dem Verbraucher aus dem Fernabsatz vertraut; eine daneben stehende Bestätigung ist es hingegen nicht.
- Soweit noch nicht alle Verbraucher von den bestehenden Schutzinstrumenten umfassend Gebrauch machen, bedarf es einer besseren Information der Verbraucher.

Diese kann umso einfacher erzielt werden, je klarer und berechenbarer die rechtliche Systematik ist. Ein Nebeneinander von Widerrufsrecht und Bestätigungsvorbehalt (bei unlauteren Anrufen von Unternehmen) würde hingegen weithin Verwirrung bei den Verbrauchern verursachen und deren Position tatsächlich schwächen.

- Unseriös oder kriminell agierende Unternehmen werden dem nicht informierten Verbraucher auch bei Bestehen des Bestätigungsvorbehalts Verträge „unterschieben.“ Die Möglichkeiten hierzu würden durch den Vorschlag des Bundesrats spürbar erweitert.
- Die sogenannte „Bestätigungslösung“ würde faktisch allein die Geschäftsmodelle legal agierender Unternehmen beeinträchtigen und insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen wegen der Unsicherheit über das Bestehen eines Vertrages und die damit verbundenen Gewährleistungspflichten und Zahlungsansprüche unmäßig belasten.
- Ein Bestätigungsvorbehalt ist zudem mit der Gesetzessystematik von BGB und UWG nicht kompatibel. Hiernach sind auch auf unlautere Weise angebahnte Verträge zunächst wirksam, können aber frei widerrufen oder bei Vorliegen der hierfür geltenden Voraussetzungen angefochten werden. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass auch von Verbraucherseite vielfach ein Interesse am rechtlich sicheren Bestand eines mündlich (telefonisch) abgeschlossenen Vertrages besteht.
- Auch rechtspolitisch weist der Entwurf des Bundesrats in die falsche Richtung: Es wäre nicht mehr erklärbar, wieso ein Vertrag im Fall vorausgegangener unlauterer Kontaktaufnahme per Telefon schwebend unwirksam sein soll, dies aber nicht bei anderen Unlauterkeitstatbeständen, etwa bei der Irreführung oder der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit, gelten soll.

III. Einzelheiten

1. Insgesamt keine Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus

Die Bestätigungslösung ist als Schutzinstrument vor einer „Überrumpfung“ des Verbrauchers weder erforderlich noch hierzu geeignet. Das Gleiche gilt im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre vor unlauteren Telefonanrufen. Der Verbraucher ist in beider Hinsicht bereits umfassend geschützt.

a) Das bestehende Verbot unlauterer Telefonwerbung greift

Telefonwerbung, in die der Angerufene nicht ausdrücklich eingewilligt hat, ist verboten. Die Anforderungen, die Gesetz und Rechtsprechung an eine wirksame Einwilligung stellen, sind sehr hoch (vgl. zuletzt LG Heilbronn, 04.01.2013, 8 O 261/12; KG, 29.10.2012, 5 W 107/12;). Zudem wurde der Schutz vor unerwünschten Telefonanrufen erst im Jahr 2009 umfassend erweitert. Die vom BMJ durchgeführte und gegenüber dem Rechtsausschuss dokumentierte Untersuchung aus dem Jahr 2009/2010 belegt, dass unlautere Werbeanrufe ohne entsprechende Einwilligung des Angerufenen massiv zurückgegangen sind. Dies ist, so der Bericht des BMJ, nicht nur auf die Umstellung der Arbeitsabläufe in den Unternehmen im Hinblick auf telefonische Werbemaßnahmen und eine strengere Überprüfung der beauftragten Call-Center, sondern auch auf einen mit dem neuen Gesetz einhergehenden Sensibilisierungsprozess auf Seiten der Verbraucher zurückzuführen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den vom vzbv im Dezember 2012 veröffentlichten Ergebnissen zu einer kurzfristig angelegten Umfrage. Die Ergebnisse der BMJ-Umfrage werden hierdurch nicht erschüttert, die Erforderlichkeit der sogenannten „Bestätigungslösung“ lässt sich hieraus nicht herleiten. Der vzbv vermengt bei der Erhebung irrelevante, unlautere und strafrechtlich relevante Praktiken.

b) Widerrufsrecht und Anfechtungsrechte gelten bereits umfassend

Im Hinblick auf telefonisch abgeschlossene Verträge ist der Verbraucher wie im gesamten Fernabsatzbereich durch sein Widerrufsrecht ausreichend nach den §§ 312d Absatz 1, 355 BGB vor übereilt getätigten Vertragsschlüssen geschützt. Dieser Schutz wird insbesondere durch die verlängerte Widerrufsfrist im Fall einer nicht erfolgten Information des Verbrauchers über seine Widerrufsrechte gewährleistet. Die kurze Widerrufsfrist von zwei Wochen gilt ausschließlich dann, wenn der Unternehmer seinen Informationspflichten gemäß Art. 246 EGBGB vollständig nachgekommen ist. In diesem Fall ist der Verbraucher umfassend über seine Rechte informiert. Wurde den Informationspflichten nicht entsprochen, gilt gemäß §§ 312 d Abs. 2, 355 Abs. 4 BGB ein unbefristetes Widerrufsrecht. Auch die Ausnahmeregelung für Verträge über die Lieferung von Printmedienprodukten und die Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen gilt gemäß § 312 d Abs. 4 Nr. 3, 4 BGB explizit nicht für telefonisch geschlossene Verträge. Darüber hinaus besteht ein umfassendes Anfechtungsrecht im Fall der Täuschung oder Drohung.

c) Ungeklärtes rechtliches Verhältnis zwischen Widerrufsrecht und Bestätigungslösung beeinträchtigt die Wahrnehmung von Verbraucherrechten

Für den mittlerweile an das Widerrufsrecht im Fernabsatz gewöhnten Verbraucher würde ein Bestätigungsvorbehalt, zumal wenn er lediglich für telefonisch geschlossene Verträge und damit nur einen Einzelbereich des Fernabsatzes gilt, hauptsächlich Verunsicherung stiften. Dies betrifft insbesondere das für den Verbraucher verwirrende Verhältnis zwischen Widerrufsrecht und einer möglicherweise bereits abgegebenen Bestätigung. Dieses Verhältnis vermag auch der Gesetzentwurf des Bundesrates nicht zu klären. Unseriös agierende Unternehmen können diese Ungereimtheiten sehr leicht ausnutzen, indem sie im Rahmen einer vermeintlichen Widerrufsbelehrung Verbraucher dazu auffordern, den Gesprächsinhalt (möglicherweise einschließlich nicht besprochener Vertragsbedingungen)

zu bestätigen, damit das Widerrufsrecht, das nach seiner ursprünglichen Intention einen wirksamen Vertrag betrifft, überhaupt erst geltend gemacht werden könne. Nach erfolgter Bestätigung würde versucht, die vermeintliche Forderung beizutreiben und den Widerspruch als eine der Bestätigung entgegen laufende Aussage abzuwehren. Von voreiligen Vertragsabschlüssen sind insbesondere unsichere und schlecht informierte Verbraucher betroffen; die verwirrende Systematik infolge des Bestätigungsvorbehalts würde damit gerade diesen Personenkreis in besonderer Weise benachteiligen. Im Zuge „untergeschobener Verträge“ auftretende Praktiken können durch die Beschränkung der Möglichkeiten unseriös arbeitender Inkassounternehmen und durch effektivere staatliche Rechtsdurchsetzung besser bekämpft werden. Die Einführung eines Bestätigungsvorbehalts kann hiergegen nichts ausrichten.

d) Hohe Wahrscheinlichkeit eines erhöhten Anrufaufkommens

Der vzbv gibt in dem erwähnten Untersuchungsbericht an, dass die Verfolgung unerlaubter Anrufe bislang vorrangig an einer effizienten Rechtsdurchsetzung, beispielsweise weil der Anrufer nicht ermittelbar ist (S. 4 des Berichts), scheitert. Die Einführung des Bestätigungsvorbehalts ändert auch hieran nichts. Im Gegenteil: Unseriöse Unternehmen würden hiernach vermehrt anrufen, um Verbraucher zur Abgabe der Bestätigung zu bewegen. Die Bestätigungslösung läuft damit den Zielen des UWG und des Verbraucherschutzes zuwider.

2. Massive Belastung legal agierender Unternehmen

a) Umfängliche Speicher- und Aufzeichnungsmaßnahmen notwendig

In Deutschland sind derzeit ca. 520.000 Arbeitnehmer in Call-Centern beschäftigt (*Schätzung des Call-Center-Verbandes, März 2013*). Viele Branchen, insbesondere in Bereichen, die eine individuelle persönliche Kundenberatung erfordern, sind auf Telefonmarketing angewiesen. Sie betreiben dies ausschließlich mit ausdrücklicher Einwilligung oder nach einem Anruf durch den Verbraucher („Bestellhotline“). Ein Bestätigungsvorbehalt träfe diese Unternehmen besonders hart. Die Beweislastverteilung sieht vor, dass das Unternehmen die Einwilligung bzw. den Anruf des Kunden belegen muss. Dies ist aber praktisch kaum umsetzbar. Zwar könnte ein Anruf des Kunden durch Speicherung der bei einem Unternehmen eingehenden Rufnummern, soweit diese überhaupt übertragen werden, nachgewiesen werden. Hieraus wäre aber noch nicht belegt, dass im Rahmen dieses Anrufs auch der in Frage stehende Vertrag geschlossen wurde. Dies könnte nur durch eine vollständige Gesprächsaufzeichnung geschehen. Eine Speicherung in diesem Umfang ist neben entgegenstehenden datenschutzrechtlichen Aspekten technisch äußerst aufwändig und kostspielig. Für kleinere und mittlere Unternehmen wäre sie nicht darstellbar.

b) Ungerechte Ergebnisse vorprogrammiert

Der Bestätigungsvorbehalt führt zu ungerechten Ergebnissen. Sofern beide Parteien – etwa im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung – übereinstimmend mündlich einen wirksamen Vertrag abschließen wollten und dabei fälschlicherweise von seinem Bestand ausgehen oder Unklarheiten bezüglich des Bestehens einer ausreichenden Einwilligung zum Anruf erst später zu Tage treten, würde der Vorschlag des Bundesrats dazu führen, dass der Verbraucher (wegen der Vertragsunwirksamkeit) hinsichtlich des möglicherweise bereits beidseitig erfüllten Vertrages keine Gewährleistungsrechte hätte. Im Falle eines nur durch den Unternehmer erfüllten Vertrages würde dieser durch die vorgesehene entsprechende Anwendung des § 241a BGB gemäß § 312b₁ Abs.2 –neu- BGB unmäßig belastet. Dies trifft beim weit verbreiteten Kauf auf Rechnung kleine und mittlere Unternehmen ebenso wie große Versandhäuser.

3. Dogmatische Unstimmigkeiten und rechtspolitischer Dambruch

Der vom Bundesrat vorgelegte Vorschlag knüpft inhaltlich an die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG an, nach der Telefonanrufe zu Werbezwecken bei Verbrauchern nur mit deren ausdrücklicher Einwilligung zulässig sind. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hat jedoch gerade nicht die Freiheit des Vertragsschlusses, sondern allein den Schutz der Privatsphäre zum Schutzgegenstand (*Ohly in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG-Kommentar § 7, Rn.1*). Die vertragsrechtliche Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit ist auch den übrigen Unlauterkeitstatbeständen fremd. Im Anwendungsbereich des UWG gilt vielmehr der Grundsatz, dass von der Wirksamkeit von Folgeverträgen unlauterer wettbewerblicher Handlungen auszugehen ist (*so auch Fezer, in Fezer, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Einleitung E, Rn 396ff.*). Denn auch wenn die Anbahnung eines Vertrages über eine unlautere Handlung erfolgt, ist deswegen noch nicht der hiernach abgeschlossene Vertrag per se inhaltlich zu beanstanden. Insofern ist es auch nicht nachvollziehbar, wenn von der Anzahl der Beschwerden über unerlaubte Telefonanrufe mit einer Überrumpelung von Verbrauchern im Hinblick auf vertragliche Abreden geschlussfolgert wird. Zu Ende gedacht, müssten dann sämtliche Unlauterkeitstatbestände, sofern diese die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers betreffen, zur Unwirksamkeit des Vertrags führen – eine Konsequenz, die einem Dambruch gleichkäme.

IV. Ergebnis

Der Gesetzentwurf des Bundesrats ist abzulehnen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vermeidet hingegen sämtliche der zuvor ausgeführten Unstimmigkeiten und praktischen Probleme. Zwar ist die in Art. 7 enthaltene Verschärfung der Sanktionen gegenüber unerlaubter Telefonwerbung unverhältnismäßig. Die Erhöhung des Bußgeldrahmens des § 20 UWG auf 300.000 € ist im Vergleich zu anderen Ordnungswidrigkeiten nicht nachvollziehbar. Die ansonsten vorgenommene Aufteilung entspricht aber der Gesetzessystematik, ist rechtspolitisch nachvollziehbar und für den Verbraucher handhabbar.

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation aller am Werbegeschäft Beteiligten. Ihm gehören derzeit 41 Organisationen der werbenden Unternehmen, der Medien, der Werbeagenturen, der Werbeberufe und der Forschung an. Der Verband versteht sich als gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft für die Formulierung der gemeinsamen Politik. Er vertritt die Werbewirtschaft in allen grundsätzlichen Positionen nach außen.

Kontakt:

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V.
Dr. Bernd Nauen
Am Weidendam 1a
10117 Berlin
Telefon: 030 – 590099 -700
Telefax: 030 – 590099 -722
E-Mail: nauen@zaw.de