

HS Pforzheim, Tiefenbronner Str. 65 , 75175 Pforzheim

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin



Hochschule Pforzheim
Zentrum für Verbraucherforschung
und nachhaltigen Konsum
Tel : 07231 – 28-6208 Fax 07231 – 28-6666
verbraucherforschung@hs-pforzheim.de

Datum, 24.9.2019

Stellungnahme

zum Antrag, unerlaubte Telefonwerbung und unseriöse Geschäftspraktiken wirksam zu bekämpfen (Drucksache 19/3332), von Prof. Dr. Felix Buchmann

I. Einführung

Unerwünschte Telefonanrufe sind für Verbraucher im erheblichen Maße belästigend. Zudem birgt die Überrumpelungssituation und das flüchtig gesprochene Wort ein besonderes Risiko für Verbraucher, Verträge abzuschließen, die sie eigentlich nicht wünschen. Zwar sieht das geltende Recht für Fernabsatzverträge vor, dass ein Verbraucher sich durch die Erklärung des Widerrufs seiner Vertragserklärung wieder vom Vertrag lösen kann, dies setzt allerdings ein Tätigwerden des Verbrauchers voraus. Dieses Tätigwerden innerhalb einer Frist von 14 Tagen kann durchaus eine erhebliche Hemmschwelle für den Verbraucher darstellen. Der Widerruf kann zum Beispiel deswegen unterbleiben, weil der Verbraucher fürchtet, in eine Rechtfertigungssituation zu geraten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Widerruf keine Begründung enthalten muss. Zu Bedenken ist weiter, dass dem Verbraucher ohne seinen Willen und ohne sein Tätigwerden das Angebot telefonisch unterbreitet wurde. Der Widerruf setzt voraus, dass der Verbraucher nunmehr aktiv tätig wird. Dies kann für ihn – zum Beispiel wegen körperlicher oder geistiger Behinderung, mangelnder Infrastruktur etc. – ein ggf. unüberwindbares Problem darstellen.

In der Vergangenheit sind Gesetzesverschärfungen vorgenommen worden, um unverlangter Telefonwerbung vorzubeugen. Es hat sich gezeigt, dass diese Maßnahmen nicht ausgereicht haben, um den Verbraucherschutz bei unzulässiger Telefonwerbung hinreichend durchzusetzen.

Der vorliegende Antrag hat die bereits seit vielen Jahren diskutierte „Bestätigungslösung“ zum Gegenstand. Telefonisch geschlossene Verträge aufgrund von Werbeanrufen solle danach nur wirksam sein, wenn der Verbraucher nach dem Telefonat seine Vertragserklärung zumindest in Textform bestätigt.

II. Europarechtliche Vorgaben

Die Bestätigungslösung ist in der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EG - VRRL) in Art. 8 Abs. 6 VRRL ausdrücklich vorgesehen. Es handelt sich hierbei um eine der wenigen Öffnungsklauseln, die die Verbraucherrechterichtlinie vorsieht.

Noch nicht vollständig verhandelt und in Kraft ist die e-Privacy-Verordnung. Daher ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch nicht klar, ob die Bestrebungen des Europäischen Parlaments, für Telefonwerbung eine sogenannte Opt-out-Regelung einzuführen, verbindlich für alle Mitgliedstaaten eingeführt wird. Die hier diskutierte Bestätigungslösung wäre von einer solchen neuen Regelung allerdings wohl nicht betroffen.

III. Nationale gesetzliche Vorgaben

Nach dem geltenden Recht kommen Verträge durch zwei sich deckende Willenserklärungen, die in Bezug auf einander abgegeben werden, zustande (Angebot und Annahme). Für manche Verträge sieht das deutsche Recht bestimmte Formerfordernisse vor. So kennt das deutsche Recht zum Beispiel die Textform, die Schriftform oder die notarielle Beurkundung. Die typischen Geschäfte des täglichen Lebens unterliegen regelmäßig keinen Formvorschriften.

Die Bestätigungslösung führt einen weiteren Schritt in den Prozess des Vertragsschlusses ein. Selbst wenn die Parteien sich telefonisch einig sind, bedarf es zur Wirksamkeit des Vertrags einer weiteren, einseitigen Erklärung des Verbrauchers im Nachgang zur bereits erfolgten Einigung. Diese einseitige Bestätigung soll einem Formerfordernis unterliegen, nämlich der Textform.

Bislang kennt das deutsche Recht Formerfordernisse bei Vertragsschluss. Verträge, die ohne die erforderliche Form geschlossen wurden, können durch das Bewirken der Leistung geheilt werden (z.B. bei der Schenkung). Eine einseitige, einem besonderen Formerfordernis unterliegende Bestätigung eines bereits formlos geschlossenen Vertrags kennt das deutsche Verbraucherschutzrecht nicht. Es sind allerdings auch keine Regelungen ersichtlich, die einer solchen Bestätigungslösung entgegenstehen.

IV. Stellungnahme zu den einzelnen Vorschlägen

1. Zu Ziffer 1. a): Bestätigungslösung

Bei der sogenannten Bestätigungslösung sind verschiedene Dinge zu berücksichtigen:

- Geklärt werden muss, ob alle Vertragsschlüsse zwischen Unternehmern und Verbrauchern einem Bestätigungsvorbehalt in Textform durch den Verbraucher unterliegen sollen, oder nur solche telefonischen Vertragsschlüsse, die auf Veranlassung des Unternehmers durchgeführt worden sind. In einem weiteren Schritt muss bedacht werden, ob eine vorherige ausdrückliche Einwilligung in den Telefonanruf – in welcher Form auch immer – zu einer abweichenden Regelung führen soll, oder nicht.
- Es müsste eine Regelung gefunden werden, wie die Bestätigung auszusehen hat. Die Problematik liegt hier insbesondere darin, dass der unverlangt angerufene Verbraucher,

der den telefonisch geschlossenen Vertrag tatsächlich bestätigen möchte, eine E-Mail-, Fax- oder Postadresse benötigt, an die er seine Bestätigung schicken kann. Hier ist fraglich, wie der Verbraucher diese Information erhalten soll. Unterstellt, er möchte den Vertrag nämlich nicht bestätigen, so würde dennoch das Risiko bestehen, dass er nun auch zum Beispiel per E-Mail unverlangt angeschrieben würde und damit erneut einer unzumutbaren Belästigung ausgesetzt ist. Gelingt es dem Verbraucher allerdings schon nicht, sich bereits gegen einen Vertragsschluss am Telefon zu wehren, so wird er sicherlich auch seine telefonisch erklärte Einwilligung in den Erhalt z.B. von E-Mail-Werbung nicht verhindern können. Dies führt möglicherweise zu einer doppelt misslichen Situation. Vorzuziehen ist daher eine Lösung, wonach der Verbraucher nach einem unverlangten Werbeanruf nur per Post angeschrieben werden darf und eine etwaig am Telefon mündlich erteilte Einwilligung in den Erhalt von Werbung per E-Mail unwirksam ist.

- Geregelt werden sollte die Frist, innerhalb derer der Unternehmer an seiner Vertragserklärung gebunden ist. Hier könnte – ähnlich wie beim Widerrufsrecht – eine Frist von 14 Tagen zur Bestätigung des Vertrags durch den Verbraucher vorgesehen werden.

Die Bestätigungslösung scheint insgesamt ein sinnvolles Instrument zu sein, um Verbraucher vor dem ungewollten Abschluss von Verträgen zu bewahren. In Kauf genommen werden würde damit allerdings, dass solche Verbraucher, die auf einen telefonischen Abschluss von Verträgen angewiesen sind, weil ihnen die Möglichkeit zur Bestätigung in anderer Form fehlt, künftig von dieser Möglichkeit des Vertragsschlusses ausgeschlossen wären. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine Einschränkung dahingehend, dass nur solche Telefonate erfasst sind, die nicht vom Unternehmer selbst zu Zwecken der Werbung veranlasst wurden. Aus dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes würde ich allerdings auch anregen, Telefonate unter die Neuregelung zu fassen, die aufgrund einer entsprechenden Werbeeinwilligung des Verbrauchers durch den Unternehmer geführt werden. Eine Werbeeinwilligung ist nämlich schnell erteilt. Der Durchschnittsverbraucher ist einem geschulten Betriebsmitarbeiter am Telefon strukturell derart unterlegen, dass er sich gegen ein gutes Verkaufsgespräch faktisch nicht wehren können. Auch ihm soll daher die Möglichkeit gegeben werden, noch einmal über seine Vertragserklärung nachdenken zu können.

2. Zu Ziffer 1. b): Voraussetzungen für die Einwilligung

Soweit ein Verbraucher seine vorherige ausdrückliche Einwilligung in den Erhalt eines werblichen Anrufs durch einen Unternehmer erteilt, liegt seitens des Unternehmers keine unzumutbare Belästigung vor. Zutreffend geht der Antrag davon aus, dass in der Rechtsprechung die Dauer der Einwilligung unterschiedlich behandelt wird. Dies gilt im Übrigen nicht nur für den Erhalt von Telefonanrufen, sondern auch für den Erhalt von Werbung per E-Mail. Bei der E-Mail-Werbung geht die Rechtsprechung dabei davon aus, dass die Einwilligung erteilt bleibt, wenn der Verbraucher regelmäßig Werbung per E-Mail durch den Unternehmer erhält und dem nicht widerspricht. Da ein Telefonanruf allerdings deutlich stärker in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Verbrauchers eingreift, als eine einfache E-Mail, macht eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Werbemittel aus Sicht des Verbraucherschutzes durchaus Sinn.

Eine Befristung der Einwilligung in zeitlicher Hinsicht kann auch aus Sicht des Unternehmers hilfreich sein. Nach den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung dürfen personenbezogene

Daten nur so lange gespeichert werden, wie der Zweck dies erfordert. Wie lange dies bei Werbeeinwilligungen ist, ist aufgrund der bereits vorgenannten unterschiedlichen Rechtsprechung unklar. Eine eindeutige Befristung hätte den Vorteil, dass auch ein Unternehmer klare Löschfristen vorsehen kann.

Andererseits ist zu befürchten, dass kurz vor Ablauf der befristeten Einwilligung der Verbraucher noch einmal kontaktiert wird. Zu diesem Zeitpunkt kann die von ihm erteilte Einwilligung schlimmstenfalls zwei Jahre zurückliegen. Möglicherweise hat er zu diesem Zeitpunkt an einem Werbeanrufer kein Interesse mehr, aufgrund der gesetzlichen Vorgaben ist ohne den Widerruf seiner Einwilligung der Werbeanrufer aber nicht als unzumutbare Belästigung einzustufen.

Eine Einschränkung der Einwilligung des Verbrauchers auf bestimmte Unternehmen und bestimmte Dienstleistungen oder Waren scheint in der Praxis jedenfalls hinsichtlich des Unternehmens unproblematisch, stellt sich aber bezüglich der Dienstleistungs- oder Warengruppen als recht schwierig dar.

Zu begrüßen wäre allerdings, dass – ähnlich wie bei der Button-Lösung im E-Commerce – die Einwilligung in den Erhalt von werblichen Anrufen von anderen Erklärungen klar getrennt wird. Zudem wäre zu überlegen, ob – erneut ähnlich wie bei der Button-Lösung – die Einwilligungserklärung künftig zu ihrer Wirksamkeit einen bestimmten Einwilligungstext enthalten muss.

Die datenschutzrechtlichen Bedenken werden durch die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung bzw. des Bundesdatenschutzgesetzes aufgefangen. Nach meiner Überzeugung bedarf es hier keiner weiteren Regelungen.

3. Zu Ziffer 1. c): Sanktionsmöglichkeiten

Ähnlich wie die Bemühungen in der Vergangenheit werden auch die oben vorgeschlagenen Änderungen in der Praxis nicht zu einer Reduzierung der unverlangten Telefonanrufe führen. Auch die heutigen Regelungen sind grundsätzlich bereits geeignet, die Masse an unverlangter Telefonwerbung zu unterbinden. Allerdings halten sich die einschlägigen Marktteilnehmer eben nicht an das geltende Recht. Das werden sie auch weiterhin nicht tun, wenn nicht neben den neuen Regelungen künftig weitere Regelungen eingeführt werden, die die Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts sichern.

In der Datenschutzgrundverordnung wurden massive Geldbußen bis zu 4 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens für Verstöße gegen das geltende Datenschutzrecht vorgesehen. Gleiches gilt für Verstöße gegen das Verbraucherschutzrecht in der Überarbeitung der Verbraucherrechterichtlinie in ihren gegenwärtigen Stand. Vor diesem Hintergrund wäre es zu begrüßen, diese – wenn auch drakonischen – Bußgeldvorschriften auch für die unverlangte Telefonwerbung zu übernehmen.

Da in der Praxis häufig genug zu beobachten ist, dass unlauter werbende Unternehmen genauso schnell auf der Bildfläche erscheinen, wie sie wieder verschwinden, während die dahinterstehenden Gesellschafter und Geschäftsführer in der nächsten Unternehmung identisch sind, wäre es weiter zu begrüßen, wenn nicht lediglich das Unternehmen, sondern alle an dem Unternehmen beteiligten Personen zu Bußgeldern und zur Unterlassung verpflichtet würden, wenn sie belästigend per Telefonanruf Werbung betreiben. Dafür bedarf es – wie im Antrag formuliert – weiteren Personals in der Bundesnetzagentur oder auch im Bundeskartellamt, wo das Verbraucherschutzrecht künftig zumindest auch angesiedelt werden soll.

4. Zu Ziffer 3: e-Privacy-Verordnung

Dem Antrag ist insoweit beizupflichten, dass unbedingt verhindert werden muss, dass durch die e-Privacy-Verordnung künftig nur noch ein Opt-out-Verfahren für werbliche Anrufe verpflichtend sein soll. Dies würde einen massiven Rückschritt im Verbraucherschutz bedeuten, der die Errungenschaften der letzten Jahre zunichtemachen würde. Zu rechnen wäre mit einem massiven Mehraufkommen von werblichen Anrufen.

V. Vorschlag für eine Neuregelung

Ähnlich des Vorschlags im Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Drucksache 17/12637 vom 06.03.2013) könnte eine Regelung in § 312a Abs. 6 BGB neu wie folgt lauten:

(6) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen 14 Tagen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Text- oder Schriftform bestätigt. Dies gilt nicht, wenn das Telefongespräch vom Verbraucher veranlasst wurde. § 241a bleibt unberührt.

Der Vorschlag enthält noch keine Regelung zu der Frage, wie ein Verbraucher vom Unternehmer zur Bestätigung aufgefordert werden darf. Dazu bedarf es noch einiger weiterer Überlegungen, insbesondere auch der Frage der Verortung (BGB oder UWG).

Ergänzend könnte überlegt werden, ob das Verbot belästigender Telefonanrufe nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht generell zur Unwirksamkeit eines etwaig am Telefon geschlossenen Vertrags führen soll. Dies beträfe nur die Fälle des „cold calling“. Allerdings muss beachtet werden, dass ein Verbraucher möglicherweise auf den Vertragsschluss vertraut. Die Regelung über die Bestätigungslösung sollte daher den Verbraucherschutzinteressen hinreichend Genüge tun.

Prof. Dr. Felix Buchmann