

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Platz der Republik 1
11011 Berlin

Dr. Sylvia Kaufhold, Maître en droit
Rechtsanwältin
Mitglied des Gesetzgebungsausschusses
Zivilrecht beim Deutschen Anwaltverein e.V.

Schillerstraße 5
01465 Dresden-Langebrück
Deutschland

T +49 170 9264966
sylvia.kaufhold@t-online.de
sylvia.kaufhold@kanzlei.de

Dresden, den 25.09.2019

Stellungnahme

Zum Thema „Unerlaubte Telefonwerbung und unseriöse Geschäftspraktiken wirksam bekämpfen“ (BT-Drucksache 19/3332)

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, den 25.09.2019

1. Definition der unerlaubten Telefonwerbung – Einwilligungs- oder Widerspruchslösung

Gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darf ein Verbraucher für Werbezwecke nur dann angerufen werden, wenn er dies vorab ausdrücklich erlaubt hat (Einwilligungslösung). Anders als bei sonstigen Marktteilnehmern (Unternehmern bzw. juristischen Personen) genügt auch im Rahmen einer laufenden Kundenverbindung keine lediglich konkludente bzw. mutmaßliche Einwilligung.

Der Antrag zu 1. b) zielt nun darauf ab, die **Kriterien** in Gesetzesform zu fassen und zu konkretisieren, welche die Rechtsprechung für die **Wirksamkeit der ausdrücklichen Einwilligung** in Werbeanrufe aufgestellt hat. Im Interesse der Rechtssicherheit ist dies prinzipiell zu begrüßen. Mit Rücksicht auf die zu erwartenden Änderungen auf unionsrechtlicher Ebene („New Deal for Consumers“ und ePrivacy-Verordnung), die sich insbes. auch auf die elektronische Werbung per E-Mail auswirken werden, ist für eine im wesentlichen klarstellende Gesetzesänderung, die wohl auch nur die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern betreffen soll, m.E. nicht der richtige Zeitpunkt. Wenn aber eine Änderung des UWG angestrebt wird, sollte sie noch mehr Punkte und insbesondere auch Zweifelsfragen der E-Mail-Werbung umfassen.

In diesem Sinne scheint der Antrag zu 3. zielführender, wonach sich die Bundesregierung vorrangig im Rahmen der laufenden **Ratsverhandlungen zur ePrivacy-Verordnung** für eine

Stärkung bzw. Sicherung des derzeitigen Verbraucherschutzniveaus bei Telefonwerbung einsetzen sollte. In der Tat wäre ein zwingender Widerspruch gegen Direktwerbeanrufe (**Opt-Out**) wie ihn der [Vorschlag des EU Parlaments](#) zu Art. 16 Abs. 4 der ePrivacy-VO zu fordern scheint, gegenüber der aktuellen und auch noch im Entwurf der EU-Kommission vorgesehenen, optionalen (mitgliedstaatlichen) Einwilligungslösung (Opt-in) ein **deutlicher Rückschritt für den Verbraucherschutz**.

Positiv ist zwar, dass der Vorschlag nicht mehr zwischen natürlichen und juristischen Personen (als Absender und Empfänger der Werbung) unterscheidet und er auch bei Telefonwerbung eine europaweite Vereinheitlichung bringen würde. Nicht einzusehen ist jedoch die **Ungleichbehandlung gegenüber der E-Mail-Werbung**, wo ein Widerspruch gegen die werbliche Nutzung der im Einklang mit der DSGVO erlangten E-Mail-Adresse weiterhin nur im Rahmen der (nicht notwendig fortbestehenden) Kundenbeziehung und unter weiteren engen Voraussetzungen nötig sein soll (Art. 16 Abs. 2 ePrivacy-VO-E; vgl. § 7 Abs. 3 UWG). Allerdings ist nach den verschiedenen Sprachfassungen sowohl bei der E-Mail- als auch bei der Telefonwerbung durchaus nicht klar, ob das Widerspruchsrecht insbes. über eine sogen. „Robinsonliste“ den Grundsatz der Einwilligung nach Art. 16 Abs. 1 ePrivacy-VO tatsächlich ersetzen oder lediglich ergänzen soll. In jedem Fall besteht hier also dringender Klärungsbedarf, auch hinsichtlich des Verhältnisses von Widerspruch gegen die Datennutzung und Widerruf einer erteilten Einwilligung.

Vorzugswürdig ist eine prinzipiell einheitliche Regelung für alle Formen und Varianten der Direktwerbung (nicht nur gegenüber Verbrauchern), die nur **noch aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung und unter Hinweis auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit** zulässig sein sollte. Im Zusammenhang mit einem konkreten Vertragsschluss (z.B. Link in einer Transaktions-E-Mail) oder einer sonstigen vom Nutzer ausgehenden Anfrage kann diese Einwilligung unschwer eingeholt und an das jeweilige Geschäftsmodell angepasst werden. Im Übrigen sollte es Werbetreibenden entsprechend dem Gedanken der mutmaßlichen Einwilligung auch erlaubt sein, sich in größeren Abständen (z.B. alle zwei Jahre) mit einer eigenen Anfrage bei ihren Kunden in Erinnerung zu bringen und ggf. auch telefonisch (insbes. bei Dauerschuldverhältnissen) nachzufragen, ob die einmal erteilte bzw. verweigerte Einwilligung noch aktuell ist.

Das Problem der unerbetenen (nicht nur postalischen) Direktwerbung seitens *dritter* Unternehmen, mit denen der Bürger nie etwas zu tun hatte und in den allermeisten Fällen auch nichts zu tun haben will, wird sich nur durch ein **konsequentes Verbot des kommerziellen Adresshandels** in den Griff bekommen lassen. Die komplizierte und in der Praxis ineffiziente Widerspruchslösung könnte dann vollständig durch ein austariertes Einwilligungs- und Widerrufssystem ersetzt werden.

Fazit: Unerwünschte Direktwerbung wird man nur mit einer austarierten Einwilligungslösung (Opt-in) und einem Verbot des Adresshandels in den Griff bekommen. Eine auf europäischer Ebene diskutierte Widerspruchslösung (Opt-out) nur für Werbeanrufe ist abzulehnen.

2. Sanktion unerlaubter Telefonwerbung – „Bestätigungslösung“ für alle telefonisch abgeschlossene Verträge?

Telefonwerbung ohne die erforderliche Einwilligung des Verbrauchers ist nach deutschem Recht eine **Ordnungswidrigkeit**, die unmittelbar durch die Bundesnetzagentur geahndet und inzwischen auch mit relativ hohen Geldbußen belegt werden kann (§§ 20, 7 UWG; vgl. zuletzt das [Verfahren gegen Vodafone Kabel Deutschland](#)). Daneben bleiben Abmahnungen – auch durch Konkurrenten – möglich. Es gibt daher bei unerlaubter Telefonwerbung bereits mehr Sanktionen als dies sonst bei Verstößen gegen das Marktverhaltensrecht der Fall ist.

Für die **Wirksamkeit** eines infolge des Werbeanrufs unmittelbar abgeschlossenen Vertrags ist es jedoch ohne Belang, ob der Anruf als solcher erlaubt war oder nicht. Unerlaubte Geschäftspraktiken können sich daher wirtschaftlich weiterhin lohnen, zumal der Verbraucher in derartigen Fällen vielfach auch unzureichend über sein fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht informiert wird. Hier setzt **Ziffer 1. a) des Antrags** an, wonach „die Wirksamkeit von Vertragsschlüssen, die aufgrund von Werbeanrufen zustande kommen“ von einer ausdrücklichen Bestätigung des Verbrauchers in Textform abhängig gemacht werden sollen (sogen. Bestätigungslösung). Das Ziel, mit unseriösen Werbeanrufen **überrumpelte Verbraucher vor mehr oder weniger aufgedrängten Vertragsschlüssen auch zivilrechtlich wirkungsvoll** zu schützen, ist daher ausdrücklich zu begrüßen. Eine Bestätigungslösung für diese Konstellationen könnte je nach konkreter Ausgestaltung grundsätzlich ein geeignetes Mittel sein.

Im Hinblick darauf, dass die Gesetzesinitiative „eigentlich“ nur auf unerlaubte Geschäftspraktiken abzielt, ist allerdings unverständlich, warum die **Bestätigungslösung** auch bei einer erlaubten Telefonwerbung bzw. darüber hinaus sogar unabhängig von einem Werbeanruf für „**alle telefonisch angebahnten Verträge**“ eingreifen sollte. Praktische Erwägungen können hierfür nicht ausschlaggebend sein, zumal die hier infrage stehenden Fälle sämtlich durch ein hohes Maß an Unsicherheiten auf der Tatbestandsseite gekennzeichnet sind. Die Frage, ob eine Werbeeinwilligung des Verbrauchers vorlag oder nicht, dürfte dabei regelmäßig noch einfacher zu klären sein, als die Frage, ob und wie sich der Verbraucher am Telefon bereits rechtsgeschäftlich binden wollte oder nicht. Das **Hauptproblem** an der Bestätigungslösung ist aber, dass sie auch dann eingreift, wenn der Verbraucher den Vertrag tatsächlich sofort und unbürokratisch abschließen will. Dieser Einwand greift zwar bei „cold calls“ weniger schwer. Eine auf unerlaubte Anrufe beschränkte Bestätigungslösung müsste sich jedoch ebenfalls den Vorwurf gefallen lassen, ein „eigentlich“ verbotenes Verhalten zivilrechtlich zu legalisieren.

Eine „globale“ Bestätigungslösung, wie sie der vorliegende Antrag offenbar anstrebt, wirft außerdem zahlreiche dogmatische und praktische Zweifelsfragen auf, die sich mit der allgemeinen Vertragsschlusslehre des BGB kaum lösen lassen dürften (insbes. §§ 147 Abs. 1 und 151 BGB, siehe auch *Alexander*, ZRP 2018, 166, 169). Durch die für die Bestätigung des Verbrauchers geforderte Textform käme es zu der seltsamen Figur eines allgemeinen **Formvorbehalts für eigentlich formfreie Verträge**, wobei nicht zu erklären wäre, warum nur fernmündliche und nicht auch mündliche Verträge erfasst werden sollten, die ansonsten weitgehend gleichbehandelt werden (vgl. § 147 Abs. 1 BGB).

Art. 8 Abs. 6 der Verbraucherrechterichtlinie schließlich erlaubt für telefonische Verträge lediglich eine Regelung der Mitgliedstaaten, wonach „der *Unternehmer* dem Verbraucher *das Angebot bestätigen* muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat.“ Die Umsetzung dieser Öffnungsklausel würde wohl das **Ende des – sofortigen – telefonischen Vertragsschlusses** bedeuten; beschrieben ist hier ein zwingend sukzessiver Vertragsschluss durch Angebot und Annahme. Dabei wäre auch noch unklar, ob wenigstens noch auf den Zugang der Annahmeerklärung des Verbrauchers gem. § 151 BGB verzichtet werden kann, wofür ein großes praktisches Bedürfnis besteht.

Um den Verbraucherschutz und die Rechtssicherheit bei allen telefonischen Vertragsschlüssen gleichwohl zu stärken, ohne den Parteien die Möglichkeit eines schnellen und unbürokratischen Vertragsschlusses zu nehmen, könnte in Anlehnung an das kaufmännische Bestätigungsschreiben auch lediglich eine **materielle Beweisregel** eingeführt werden. Man könnte etwa im Rahmen von § 312a Abs. 1 BGB, der ja Werbeanrufer mit dem Ziel eines Vertragsschlusses zum Gegenstand hat, ergänzen, dass der Vertrag nur dann mit dem vom Unternehmer auf dauerhaftem Datenträger bestätigten Inhalt wirksam wird (vgl. § 312f Abs. 2 BGB), wenn der Verbraucher dem nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Bestätigung (bzw. innerhalb einer parallel laufenden Widerrufsfrist) widerspricht und er auf diese Rechtsfolge spätestens bei Übersendung der Vertragsbestätigung ausdrücklich hingewiesen wird (vgl. § 308 Nr. 5 BGB). Damit würde man gleichzeitig das ungelöste Problem der umfassenden Informationserteilung und der Einbeziehung von AGB bei telefonischen Vertragsschlüssen (vgl. MüKoBGB/*Basedow* BGB § 305 Rn. 68) interessengerecht und praktikabel lösen.

Um den zivilrechtlichen Verbraucherschutz **speziell bei unerlaubter Telefonwerbung** und anderen verbotenen Geschäftspraktiken zu erhöhen, wofür es im vorliegenden Antrag ja eigentlich geht, könnten diese Fälle ausdrücklich als **Anfechtungsgrund** im Sinne von §§ 119 oder 123 BGB anerkannt werden. Auch in diesem Fall wäre allerdings zum Schutz des Rechtsverkehrs § 144 BGB zu beachten, wonach die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn das infolge der unerlaubten Geschäftspraktik zustande gekommene Rechtsgeschäft vom Anfechtungsberechtigten (auch konkludent) bestätigt wird.

Fazit: Eine (ggf. materielle) Bestätigungslösung für Verträge, die aufgrund unerwünschter Telefonwerbung zustande gekommen sind, ist neben einer Ausweitung des Anfechtungsrechts und als Ergänzung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts durchaus zu erwägen. Eine formgebundene Bestätigungslösung für alle telefonisch abgeschlossenen Verträge würde jedoch das Ende des fernmündlichen Vertrags bedeuten und ist abzulehnen.