

Am 27. Mai 2011 hat der Bundesrat den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung verabschiedet. Die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu wurde am 06. Juli 2011 beschlossen. Im Zusammenhang mit den weiteren Beratungen über den Gesetzentwurf im Deutschen Bundestag möchten wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wie folgt wahrnehmen:

## Zusammenfassung

- Der VATM unterstützt ausdrücklich die Bemühungen der Politik, missbräuchliche Werbeanrufe so weit wie möglich einzudämmen und sie im Übrigen wirksam zu verfolgen. Allerdings sollten gesetzliche Reglementierungen im Sinne der Verhältnismäßigkeit gezielt auf „Schwarze Schafe“ zugeschnitten werden. Keinesfalls sollte das für die Kundenbeziehung zentrale Instrument der telefonischen Betreuung für alle Bereiche der Wirtschaft pauschal erschwert werden, ohne dass das Auftreten entsprechender Missbrauchsfälle dies erforderlich machen würde.
- Anders als in der Gesetzesbegründung angenommen ist nicht festzustellen, dass die geltenden Gesetze *ins Leere laufen*. Vielmehr ist Ergebnis der auch im Gesetzentwurf genannten Analysen<sup>1</sup> der BNetzA, des VZBV und insbesondere der Evaluierung durch das Bundesministerium der Justiz, dass Verstöße in erster Linie im Lotterien- und Gewinnspielsektor auftreten<sup>2</sup>.
- Das geplante allgemeine Textformerfordernis des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hätte die schlagartige Unwirksamkeit des Großteils der in der Vergangenheit – rechtmäßig – eingeholten Einwilligungen zur Folge. Es entsteht damit eine äußerst problematische faktische Rückwirkung des Gesetzes.
- Der gesamte telefonische Vertrieb würde sektorübergreifend für Unternehmen zum Stillstand kommen und die deutsche Wirtschaft müsste in breitem Stil auch rechtsgültig be-

<sup>1</sup> Siehe im Allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung, S. 8 der BT-Drucksache 17/6482.

<sup>2</sup> Siehe etwa Seite 2 der „Zusammenfassung der Umfrageergebnisse zur Belästigung durch Werbeanrufe“ durch das BMJ, die unter folgendem Link zu finden ist:  
[http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Umfrageergebnisse\\_Belaestigung\\_durch\\_Werbeanrufe.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Umfrageergebnisse_Belaestigung_durch_Werbeanrufe.pdf?__blob=publicationFile)

stehende Einwilligungen bei den Verbrauchern neu einholen. Für die – zeitlich erhebliche – Übergangsphase würde eine telefonische Kundenbetreuung unmöglich gemacht.

- Mit dem Gesetz sollen ausweislich der Begründung in erster Linie „Überrumpelungseinwilligungen“ am Telefon erschwert und eine bewusste Entscheidung des Verbrauchers sichergestellt werden. Hierfür bedarf es nicht der Textform. Auch würde durch ein Textformerfordernis eine aktive und gewollte Einwilligung des Kunden über eine Webseite unmöglich gemacht. Dies widerspricht aus Sicht des VATM einer modernen und verbraucherfreundlichen Wirtschaftspolitik.
- Die Bestätigungslösung des § 312b BGB würde zu Nachteilen für Verbraucher und Unternehmer führen – vor allem in Fällen beiderseitig unerkannter Unwirksamkeit.

## Einleitung

Einleitend möchten wir betonen, dass der VATM die Ziele, die mit der erneuten Novellierung verfolgt werden, unterstützt. Auch aus Sicht unseres Verbandes sollten missbräuchliche Werbeanrufe, etwa durch unseriöse Call Center oder belästigende Anrufe durch Anrufmaschinen unbedingt eingedämmt werden.

Dabei ist es allerdings sehr wichtig, nicht zu vergessen, dass der telefonische Kontakt zum Kunden in vielen Bereichen ein wichtiges und auch bewährtes Marketinginstrument darstellt. Dabei liegt der Vorteil im individuellen Gespräch zwischen dem Anbieter und dem Verbraucher. Etwaige Fragen zu dem angebotenen Produkt – wie Vertragslaufzeit, Tarife oder Kündigungsfristen – können direkt und unmittelbar im persönlichen Gespräch mit dem Verbraucher abgestimmt werden. Insofern haben die über seriöses Telemarketing unterbreiteten Angebote in der Regel einen positiven Nutzen für den Kunden. Er kann so schnell und im direkten Gespräch überprüfen, ob er günstigere oder umfassendere Leistungen beziehen kann. Gerade im Bereich der Telekommunikation erwarten die Kunden auch, dass die beworbenen Produkte (Internetzugang, Handy, Telefonanschluss etc.) über diese Vertriebswege zu beziehen sind.

Für viele Mitgliedsunternehmen des VATM ist das Telemarketing ein wichtiger Vertriebs- und Absatzkanal geworden, da Direktmarketingmaßnahmen zielgruppenfokussierter und damit

wegen geringerer Streuverluste kostengünstiger als herkömmliches Marketing mittels Fernseh-, Radio- oder Zeitschriftenwerbung sind.

Wenn im Bereich des Direktmarketings immer wieder Anbieter auftreten, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten und Kunden durch unerwünschte Anrufe massiv belästigen, so wird dies vom VATM scharf kritisiert und ohne jede Einschränkung abgelehnt. Ein solches Verhalten unseriöser Anbieter darf jedoch nicht dazu führen, den Vertriebskanal Telemarketing insgesamt als rechtswidrig und belästigend einzustufen.

## **Aus den Ergebnissen der Analyse der Ist-Situation müssen die richtigen Konsequenzen gezogen werden**

Der vorliegende Gesetzentwurf basiert auf der Annahme, dass das im Jahr 2009 neu geschaffene Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung seine Ziele – etwa die Eindämmung unerlaubter Telefonwerbung – nicht erreicht hat. Diese Einschätzung wird seitens des Bundesrates auf Analysen der Bundesnetzagentur und des VZBV gestützt.

Aus unserer Sicht ist eine dezidiere Auswertung der Analysen der BNetzA und des VZBV erforderlich. Keinesfalls lässt sich aus den vorliegenden Ergebnissen der Schluss ziehen, dass es sich um ein umfassendes branchenübergreifendes Problem handelt. Vielmehr belegt gerade die Untersuchung des VZBV, dass der weit überwiegende Teil aller Verbraucherbeschwerden (65,4 %) den Sektor Gewinnspiele / Lotterie betrifft. Die Sammelkategorie „Sonstiges“ folgt erst mit weitem Abstand und liegt bei 8,7 % der Verstöße gegen geltende Vorgaben. Da somit offenbar nahezu zwei Drittel aller Verstöße einem einzelnen Branchensektor zuzuordnen sind, erscheint die Grundannahme zur Begründung erneuten gesetzgeberischen Handlungsbedarf über alle Sektoren hinweg nicht haltbar.

An anderer Stelle geht sogar die Gesetzesbegründung selbst von einem Erfolg des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung aus, wenn festgehalten wird, dass so genannte „Cold Calls“ im Sinne wettbewerbsrechtlich unzulässiger Anrufe in bestimmten Sektoren deutlich abgenommen haben. Vor dem Hintergrund dieses differenzierten Bildes der Erhebung bedarf es in jedem Fall auch einer entsprechend differenzierten Regelung, die wir bisher vermissen. Wir möchten anregen, die vorgeschlagenen Instrumente vor diesem Hintergrund noch einmal zu überdenken.

## A. Zu Artikel 1 – § 312b BGB neu (Bestätigung von Vertragsabschlüssen in Textform)

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Einführung eines neuen § 312b BGB soll die Wirksamkeit telefonisch geschlossener Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern von einer Bestätigung in Textform durch den Verbraucher innerhalb von 14 Tagen nach dem Telefonat abhängig sein. Dies soll ausnahmsweise nicht gelten, wenn das Telefonat vom Verbraucher selbst veranlasst wurde oder wenn der Verbraucher vorher in einen Werbeanruf in Textform eingewilligt hat.

**Als VATM lehnen wir die Einführung einer solchen Bestätigungslösung nachdrücklich ab und teilen damit auch die Auffassung der Bundesregierung in Ihrer Stellungnahme zu dieser Frage. Unsere Kritik beruht darauf, dass die Verpflichtung, mündlich geschlossene Verträge in Textform zu bestätigen bis zu diesem Zeitpunkt zur schwebenden Unwirksamkeit dieser Verträge führen würde. Dies hätte eine enorme Rechtsunsicherheit zur Folge.**

So müssten sich die Verbraucher mit komplexen und schwierig zu bewertenden Rechtsfragen auseinandersetzen, um für sich abschließend zu klären, ob sie einen wirksamen Vertrag geschlossen haben oder ob es noch einer Bestätigung bedarf. Vor allem aber besteht die Gefahr, dass selbst in Fällen, in denen beide Seiten eine Vertragserfüllung anstreben und Verträge auch abgewickelt werden, Leistungen unbemerkt ohne Rechtsgrund erfolgen, womit letztlich eine für beide Seiten nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit eintritt.

Sollte eine „Bestätigungslösung“ in der oben geschilderten Form beschlossen werden, würde dies dazu führen, dass der Verbraucher in vielen Fällen nicht mehr selbständig beurteilen kann, ob ein wirksamer Vertrag vorliegt oder nicht. Denn über den eigentlichen Vertragsabschluss hinaus müsste der Verbraucher auch eine Beurteilung hinsichtlich der Frage der Einwilligung in den vorangegangenen Anruf vornehmen. Dies dürfte regelmäßig nicht ohne weiteres möglich sein. Denn selbst an ihren Verbraucherschutzrechten interessierte und informierte Kunden werden in den wenigsten Fällen juristisch einschätzen können, ob ihre Einwilligungserklärung den gesetzlichen und richterrechtlichen Vorgaben entspricht. Insofern kann der Verbraucher, der einen Werbeanruf erhält, im Regelfall nicht wissen, ob es sich um einen rechtlich noch erlaubten oder um einen gesetzlich bereits unerlaubten Anruf handelt.

Besonders problematisch wird dies, wenn der Verbraucher von dem anrufenden Unternehmen ein Angebot erhält, das er gerne annehmen möchte. Realistisch ist ein Szenario, in dem

beide Vertragspartner irrtümlicherweise davon ausgehen, sie hätten am Telefon wirksam einen Vertrag geschlossen – sei es aus Unwissenheit über die gesetzliche Regelung oder sei es, weil die Einwilligungserklärung nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht. In diesen Fällen kann eine – rechtlich eigentlich gar nicht vorhandene – Vertragsbeziehung über Jahre hinweg zur Zufriedenheit aller Beteiligten gelebt werden. Erst wenn es aus irgendeinem Grund, der in keiner Weise mit Fragen des Vertragsschlusses im Zusammenhang stehen muss, zu einer Rechtsstreitigkeit kommt, müsste dann gerichtlich geklärt werden, dass seiner Zeit kein wirksamer Vertrag geschlossen wurde und auf welche Weise die gegenseitigen Leistungen rückabzuwickeln sind.

Das Beispiel zeigt, dass ein solches Abweichen von der bewährten Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches zu für beide Seiten unüberschaubaren Folgen, zu einer ganz erheblichen Erhöhung der Rechtsunsicherheit und nicht zuletzt auch zu einer deutlichen Mehrbelastung der Zivilgerichte führen würde. Dies ist nicht im Interesse der Wirtschaft und kann aus unserer Sicht auch nicht im Interesse der Politik und der Verbraucher sein. Insofern begrüßen wir auch ausdrücklich die ablehnende Stellungnahme der Bundesregierung zum Vorschlag des Bundesrates, eine solche „Bestätigungslösung“ zu schaffen.

Aus Sicht des VATM darf es keinesfalls dazu kommen, dass die Frage der Gültigkeit von vertraglichen Vereinbarungen – und damit die Grundlage unseres gesamten Rechtswesens –, davon abhängig ist, ob eine gegebenenfalls längere Zeit zurückliegende Werbemaßnahme im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss nach aktuellen Vorschriften noch ordnungsgemäß durchgeführt wurde oder nicht. Hierdurch würden enorme Rechtsunsicherheiten geschaffen, die sowohl im Interesse der Verbraucher, wie auch im branchenübergreifenden Interesse der Wirtschaft, unbedingt vermieden werden sollten.

**Wir bitten Sie daher im Interesse der Erhaltung der Rechtssicherheit nachdrücklich darum, sich gegen eine solche extreme Verkomplizierung des deutschen Vertragsrechts und gegen die Einführung des im Gesetzentwurf enthaltenen § 312b BGB neu einzusetzen.**

**B. Zu Artikel 2 – Änderung § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (ausdrückliche Einwilligung in Textform)**

Im Rahmen des im Jahr 2009 von Bundestag und Bundesrat beschlossenen „Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ wurde der Begriff der Einwilligung in einen Werbeanruf in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG präzisiert. Seitdem sind Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern nur nach deren **vorheriger ausdrücklichen Einwilligung** zulässig.

Zusätzlich sollen nun noch die Worte „**in Textform**“ ergänzt werden.

**I. Notwendigkeit der Konkretisierung des Begriffs der „wirksamen Einwilligung“**

Bereits im Verlauf der Beratungen zu dem eingangs erwähnten Gesetzgebungsverfahren zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung hatten wir uns ausdrücklich für eine Präzisierung des Einwilligungsbegriffes und damit für mehr Rechtssicherheit sowohl zu Gunsten der werbenden Unternehmen als auch der Verbraucher ausgesprochen. Allein durch die letztlich beschlossene Formulierung „*vorherige ausdrückliche Einwilligung*“ wurde jedoch bedauerlicher Weise nicht eindeutig festgelegt, welche Anforderungen der Gesetzgeber an eine wirksame Einwilligung in Werbeanrufe gestellt sehen möchte. Auch die nun vorgeschlagene ergänzende Einführung eines Textformerfordernisses schafft nicht die von Seiten unseres Verbandes als wünschenswert anzusehende Rechtssicherheit.

Insbesondere bitten wir darum, dass entweder im Gesetz selber, oder zumindest in der Gesetzesbegründung Antworten auf die Frage gegeben werden, welchen Inhalt eine vorherige ausdrückliche Einwilligung in Textform haben sollte, um wirksam zu sein. Dies wäre dringend erforderlich, um die auch heute noch bestehenden Unsicherheiten für seriöse Anbieter auszuräumen. Dabei sollten jedoch keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, die im Ergebnis dazu führen würden, dass der Vertriebsweg des Telefonabsatzes oder das Marketinginstrument der Telefonwerbung weitestgehend unmöglich gemacht wird.

Einen Formulierungsvorschlag finden Sie am Schluss unserer Kommentare zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf der nächsten Seite.

## II. Eine bewusste Entscheidung des Kunden erfordert keine Textform

Das Kernziel des vorgeschlagenen Textformerfordernisses ist nach der Begründung des Gesetzentwurfes die Sicherstellung einer bewussten und informierten Einwilligung sowie die Verbesserung der Beweissituation der Kunden. Im Mittelpunkt der Besorgnis des Gesetzgebers stehen dabei offenbar Konstellationen eines Streits um mündlich am Telefon eingeräumte Einwilligungen im Sinne einer „Überrumpelungssituation“ (BT-Drs. 271/11, S. 6), in denen der Kunde sich nicht bewusst ist, eine entsprechende Einwilligung erklärt zu haben. Die Zielsetzung des Gesetzgebers lässt sich jedoch auch ohne die Einführung des strengen Textformerfordernis erreichen, welches zum einen bedeutet, dass millionenfach in der Vergangenheit völlig rechtmäßig eingeholte Einwilligungen schlagartig nachträglich als rechtswidrig gebrandmarkt würden und zum anderen zur Folge hätte, dass auch andere, übliche Einwilligungsmechanismen unmöglich gemacht würden.

Entscheidend aus Sicht des Verbrauchers ist, dass ihm der Inhalt seiner Erklärung bewusst ist und er diese Erklärung bewusst und informiert abgibt. Dies kann jedoch etwa auch dadurch geschehen, dass Kunden ihre entsprechende Einwilligung durch die Aktivierung entsprechender Checkboxen auf Webseiten abgeben. Auch ein solches Instrument würde durch den jetzt vorgelegten Vorschlag unmöglich gemacht, obwohl in dieser Konstellation, die in der Entwurfsbegründung dargelegten Bedenken gar nicht zum Zuge kommen. Maßgeblich ist letztendlich somit, dass der Kunde eine bewusste und aktive Willensbekundung vornimmt, was sich gesetzlich auch in dieser Form verankern lässt.

## III. Einführung eines Textformerfordernisses wäre kontraproduktiv für die deutsche Wirtschaft

Aus Sicht unseres Verbandes ist ein Textformerfordernis weder notwendig, noch sinnvoll, um die Verbraucher besser vor belästigenden Anrufen zu schützen. Unseriöse Unternehmen, die belästigende und unerlaubte Werbeanrufe vornehmen, dürften auch durch die Neuregelung nicht dazu gebracht werden, ihre heute bereits verbotene Praxis aufzugeben. Das Textformerfordernis führt auch nicht zu einer Erleichterung in der Beweisführung, da schon heute die Unternehmen die Beweislast für eine wirksame Einwilligungserklärung trifft. Aus diesem Grunde stellt sich das in der Entwurfsbegründung dargelegte Problem, die gegenteilige Behauptung sei dem Verbraucher erheblich erschwert, gerade nicht: Denn wenn der Verbrau-

cher die Einwilligung bestreitet, ist es ohnehin an dem Werbenden, das Bestehen einer Einwilligung nachzuweisen.

Darüber hinaus sehen wir den durch den Bundesrat in den Deutschen Bundestag eingebrachten Vorschlag deshalb als kontraproduktiv an, da durch die Zusatzbelastung tausende von Arbeitsplätzen gefährdet würden. Neben dem Vertrieb wären die Unternehmen insbesondere auch im Bereich des Bestandskundenmanagements von der Maßnahme schwerwiegend betroffen: Eine entsprechende Regelung würde sich auch auf die seriöse Pflege von bereits bestehenden Kundenbeziehungen auswirken, in denen die Verbraucher ihre Einwilligung bei Vertragsschluss bisher nicht in Textform, sondern z. B. telefonisch oder in anderer Weise rechtmäßig erteilt haben. Die Verbraucher könnten somit ab Inkrafttreten einer entsprechenden Regelung nicht mehr – wie es der Regelprozess aller Anbieter im Markt vorsieht – etwa vor Ablauf der Mindestvertragslaufzeit kontaktiert werden, um ihnen einen auf ihr Verhalten abgestimmten oder günstigeren Tarif oder ein neues Telefon anzubieten und als Bestandskunden zu binden. In nahezu gesättigten Märkten wie dem Telekommunikationsmarkt hat ein funktionierendes Bestandskundenmanagement eine absolut erfolgskritische Bedeutung, denn ohne die langfristige Bindung von Stammkunden können die Unternehmen nicht überleben. Die Kundenbindung wird heute branchenübergreifend überwiegend durch den persönlichen telefonischen Kontakt des Unternehmens mit dem Kunden hergestellt und aufrechterhalten. Der Gesetzentwurf würde die Unternehmen aber zur Beendigung von solchen Maßnahmen der Kundenbindung gegenüber ihren Bestandskunden zwingen, soweit lediglich eine wirksame und rechtmäßig telefonisch erteilte Einwilligungserklärung vorliegt.

Bitte berücksichtigen Sie bei Ihren Beratungen, dass heute millionenfach wirksame Einwilligungserklärungen von Kunden telefonisch erteilt werden. An die bestehenden Einverständniserklärungen werden heute bereits hohe Anforderungen gestellt. Telefonische Kundenberatung, Information und Service gehören zum Alltag und werden von den Kunden sehr positiv aufgenommen. Wir teilen das Ziel des Gesetzentwurfes, belästigende Anrufe künftig erfolgreich einzudämmen. Hierbei darf jedoch die vom Kunden erwünschte Kommunikation nicht rechtlich unmöglich gemacht werden.

Berlin, 29.08.2011