

# Stellungnahme des VATM

## zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



Am 30. Juli 2008 hat das Bundeskabinett den Entwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen beschlossen. Die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen der nun beginnenden Beratungen im Deutschen Bundestag nehmen wir im Folgenden gerne wahr.

### Vorbemerkung

Bevor wir im Detail auf die einzelnen Änderungsvorschläge eingehen, möchten wir Ihnen versichern, dass der VATM die Ziele, die die Bundesregierung mit der geplanten Novellierung verfolgt, unterstützt. Auch aus Sicht unseres Verbandes ist es dringend erforderlich, effizienter als in der Vergangenheit gegen unseriöse Formen des Telemarketings vorzugehen.

Dennoch möchten wir darauf hinweisen, dass Telefonwerbung in vielen Bereichen ein wichtiges und auch bewährtes Marketinginstrument darstellt. Dabei liegt der Vorteil im individuellen Kontakt 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.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



## A. Zu Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches

### I. Zur Änderung von § 312d Abs. 3 und 6 BGB (Verschärfung des Widerrufsrechts)

Im Unterschied zum bislang geltenden Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen soll künftig in § 312d Abs. 3 BGB geregelt werden, dass künftig das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über sämtliche Dienstleistungen erst dann erlischt, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers hin vollständig erfüllt worden ist. Ebenfalls verschärft werden soll § 312d Abs. 6 BGB, nach dem Verbraucher künftig bei allen Dienstleistungen für eine von Seiten des jeweiligen Unternehmens bereits innerhalb der Widerrufsfrist erbrachte Leistung nur dann Wertersatz zu zahlen hat, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung darauf hingewiesen wurde und ausdrücklich zugestimmt hat, dass die Leistungserbringung bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist erfolgt.

Bislang gelten diese Regeln nur für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen. Bei Verträgen über alle anderen Arten von Dienstleistungen erlischt das Widerrufsrecht derzeit gemäß § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB bereits dann, wenn der Unternehmer mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers mit der Ausführung der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher die Ausführung der Dienstleistung zu diesem Zeitpunkt selbst veranlasst hat. Auch eine gesonderte Hinweispflicht, als Voraussetzung für einen vom Verbraucher zu leistenden Geldersatz für bereits innerhalb der Widerrufsfrist in Anspruch genommene Leistungen besteht nur im Bereich von Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen, § 312d Abs. 6 BGB.

Sowohl der Änderungsvorschlag zu § 312d Abs. 3 als auch der Vorschlag zu Abs. 6 BGB lassen sich im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen und Telefonmehrwertdienste aus Gründen, die in der Natur dieser Dienstleistungsart liegen und sich elementar von anderen im Fernabsatz geschlossenen Vertragstypen unterscheiden, nicht oder nur verbraucherfeindlich umsetzen. Im Folgenden werden wir Ihnen dies für die beiden Dienstleistungsbereiche näher erläutern.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



## 1. Auswirkungen auf Telekommunikationsdienste

Seit langer Zeit besteht ein Grundbedürfnis der Verbraucher nach Telekommunikationsdiensten. Dies hat auch der Gesetzgeber anerkannt und entsprechende Angebote zur Deckung der Nachfrage nach Telekommunikationsdienstleistungen als Universaldienstleistungen in § 78ff. TKG vorgeschrieben. Der Verbraucher erwartet heutzutage im Bereich Festnetztelefonie die sofortige Bereitstellung der beauftragten Telekommunikationsdienste. Im Bereich Mobilfunk kann der Verbraucher sogar innerhalb weniger Minuten nach Erhalt seiner SIM-Karte die Dienstleistungen nutzen. Für jedes vertraglich begründete Dauerschuldverhältnis zwischen Telekommunikationsanbieter und Verbraucher gehen die Unternehmen mit hohen Anfangsinvestitionen in Vorleistungen. Notwendig ist es etwa, sich für bestimmte Mindestzeiträume bei Vorleistungslieferanten Telekommunikationsanschlüsse und –leitungen zu mieten. Das wirtschaftliche Risiko dieser Investitionen ist nach derzeitiger Rechtslage deshalb tragbar, weil bereits mit Inanspruchnahme der Dienstleistung durch den Verbraucher das Widerrufsrecht gem. § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB erlischt.

Aufgrund der vorgeschlagenen Neuregelung des § 312d BGB würden die Telekommunikationsanbieter nun aber faktisch dazu gezwungen, die Dienstleistungen entgegen den Wünschen der Verbraucher erst nach Ablauf der regulären Widerrufsfrist zu erbringen und auch die zur Erbringung der Dienstleistung eventuell notwendigen Vorleistungen erst nach Ablauf der regulären Widerrufsfrist zu beauftragen. Denn ansonsten stünde dem Unternehmen im Falle des Widerrufs der Dauerschuldverhältnisse durch die Verbraucher lediglich ein Wertersatzanspruch gemäß § 312d Abs. 6 BGB zu. Dieser Wertersatz umfasst jedoch nur die mit dem Verbraucher vereinbarten Entgelte für die Dienstleistung und stellt keinen Schadensersatzanspruch dar. Tatsächlich wäre jedoch ein Schadensersatzanspruch erforderlich, um die hohen Anfangsinvestitionen der Telekommunikationsunternehmen in ein Dauerschuldverhältnis auszugleichen. Den Unternehmen ist es auch nicht möglich, das Risiko eines Widerrufs auf die Vorleistungslieferanten abzuwälzen. Es kann vor dem Hintergrund der Neuregelungen nicht erwartet werden, dass die Telekommunikationsunternehmen dem Verbraucher vor Ablauf der Widerrufsfrist die Dienstleistung zur Verfügung stellen würden. Hierdurch werden die Bereitstellungszeiten für beauftragte Telekommunikationsdienste zulasten des Verbrauchers spürbar verlängert, was dem Verbraucherinteresse entgegensteht.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



Wir erachten daher den folgenden Ausnahmetatbestand für Telekommunikationsdienste für verbraucherfreundlich, angemessen und zumutbar:

## **Formulierungsvorschlag zu § 312d Abs. 4 Nr. 7 BGB - neu**

*„Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen*

1. ...

2. ...

...

*7. zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.*

Zusätzlich ist die geplante Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB bereits deswegen nicht akzeptabel, weil danach säumige Verbraucher mit einem anhaltenden Widerrufsrecht belohnt werden. Der Gesetzesvorschlag verlangt nämlich für das Erlöschen des Widerrufsrechts die Erfüllung des Vertrages durch beide Parteien. Da der Unternehmer auch im Fernabsatz von Dienstleistungen regelmäßig in Vorleistung tritt und die Dienstleistung bereits erbracht hat, hätte der Verbraucher es mit der Bestimmung des Zeitpunktes seiner Zahlung in der Hand, die Dauer eines Widerrufsrechts willkürlich zu verlängern. Eines derartigen Ungleichgewichtes zum Schutz des Verbrauchers bedarf es nicht. Der Verbraucher würde durch eine derartige Bestimmung in die komfortable Lage versetzt, nach Konsumierung einer Dienstleistung zu entscheiden, ob er sie für vergütungswürdig hält oder nicht. Der § 312d Abs. 3 BGB sollte daher unabhängig von der konkreten Art der Dienstleistung zumindest dahingehend geändert werden, dass das Widerrufsrecht bereits dann erlischt, wenn der Unternehmer seine Dienstleistung erbracht hat und der Verbraucher diese in Anspruch genommen hat.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



**Formulierungsvorschlag zu § 312d Abs. 3 BGB-E (Ergänzungen zum Vorschlag der Bundesregierung im Gesetzentwurf sind durch Unterstreichung kenntlich gemacht):**

*„Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von dem Unternehmer auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers oder durch diesen selbst veranlasst, vollständig oder teilweise erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“*

## **2. Auswirkungen auf Telefonauskunftsdienste und Telefonmehrwertdienste**

Besonders problematisch stellt sich die vorgeschlagene Verschärfung des Widerrufsrechts für den Bereich der Telefonauskunftsdienste und -mehrwertdienste dar, da hier die Leistung des Diensteanbieters immer unmittelbar während des Telefonats erbracht wird. Ein weiterer wichtiger Aspekt betrifft den Umstand, dass der Verbraucher bei der Inanspruchnahme der Dienste die Leistung bewusst durch eine eigene Handlung veranlasst. Insofern besteht kein mit anderen Fernabsatzverträgen vergleichbares Schutzbedürfnis des Verbrauchers.

**Verdeutlichen möchten wir die Besonderheiten bei Telefonmehrwertdiensten insbesondere mit Hilfe der folgenden Beispiele:**

Wenn ein Kunde eine Telefonauskunft anruft, um eine Rufnummer zu erfragen, so handelt es sich hierbei um einen telekommunikationsgestützten Dienst oder auch Mehrwertdienst im Sinne von § 3 Nr. 25 TKG. Dasselbe gilt für Anrufe bei Servicrufnummern, die der Verbraucher anruft, etwa um eine IT-Hotline oder das Bürgeramt zu erreichen, oder um sich an einer Publikumsbefragung zu beteiligen, wie sie beispielsweise bei "Wetten dass" oder "Deutschland sucht den Superstar" üblich sind. Bei all diesen Anrufen wird die Leistung vom Verbraucher „à la minute“ verlangt und die Leistungserbringung durch den Verbraucher selbst initiiert und vom Unternehmen, das den entsprechenden Dienst anbietet, unmittelbar während des Telefonats vollständig erbracht. Die jeweilige Leistung – also die Auskunft, der Rat der IT-Hotline, der Kontakt zu Behörden oder die Beteiligung an der Publikumsbefragung – ist bei Telekommunikationsdiensten zum Zeitpunkt der Leistungserbringung vollständig erbracht und kann vom Verbraucher auch nicht zurück gegeben werden. Darin liegt eine Besonderheit, die bei den meisten anderen Dienstleistungstypen nicht so vorhanden ist.

Offensichtlich ist aus Sicht des VATM, dass bei solchen Telefonservices die Leistung vom Verbraucher sofort verlangt wird und eine ausdrückliche Erklärung des Anrufers, dass er die

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



vollständige Vertragserfüllung tatsächlich wolle, weder sinnvoll noch notwendig ist, um den Verbraucher angemessen zu schützen. Nicht möglich ist es im Bereich der Telefonauskunfts- und -mehrwertdienste darüber hinaus, dem Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung die in § 312d Abs. 6 BGB neu vorgesehenen Hinweise zu übermitteln. Denn die Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgt genau in dem Moment, in dem er selbst die entsprechende Rufnummer wählt und die Verbindung zum jeweiligen Dienstleister herstellt. Vorherige Hinweise betreffend die Verpflichtung zur Zahlung von Wertersatz für in Anspruch genommene Leistungen oder Widerrufsrechte können nicht erfolgen, da der Anbieter keinerlei Beziehung zu dem Kunden hat, bevor nicht dieser selbst den Vertragsschluss mit seinem Anruf herbei führt.

**Im Ergebnis möchte der VATM daher dringend um eine Sonderregelung für Auskunft- und Telefonmehrwertdienste bitten. Wünschenswert wäre es in diesem Zusammenhang etwa, diese Dienste aus dem Regelungsbereich der Fernabsatzregeln auszunehmen. Hier könnte ein möglicher Formulierungsvorschlag in Form einer Ergänzung des § 312b Abs. 3 BGB um eine Ziffer 8 etwa wie folgt lauten** (Ergänzungen zum geltenden Recht sind durch Unterstreichung kenntlich gemacht):

## **Formulierungsvorschlag zu § 312b Absatz 3 BGB**

*"Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge*

1. ...

2. ...

...

**8. über telekommunikationsgestützte Dienste (§ 3 Nr. 25 TKG)."**

Eine solche Ausnahmeregelung würde auch systematisch in die geltenden Regeln des BGB zu Fernabsatzverträgen passen. So ist etwa in § 312b Abs. 3 Nr. 7 BGB geregelt, dass die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung finden auf Verträge, die

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



a) unter Verwendung von Automaten und

b) mit Telekommunikationsunternehmen im Zusammenhang mit der Benutzung von öffentlichen Telefonzellen abgeschlossen werden.

Telefonauskunfts- und -mehrwertdienste weisen sehr große Parallelen mit diesen beiden Ausnahmetatbeständen auf. Der einzige Unterschied der Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen im Vergleich zur Inanspruchnahme von Telefonzellen oder Automaten besteht darin, dass der Verbraucher die Leistung – außer bei der Verwendung von Mobilfunkprepaidkarten – erst später mit der Telefonrechnung bezahlt. Ansonsten besteht kein Unterschied, der eine erhöhte Schutzwürdigkeit des Verbrauchers begründen würde.

Neben dieser bereits bestehenden parallelen Ausnahmeregelung möchten wir als weiteres Argument auf die geltende Norm des § 312c Abs. 2 Satz 2 BGB hinweisen, durch die Unternehmen von der Information über ihre AGB ausgenommen werden, wenn die Dienstleistungen unmittelbar durch den Einsatz von Fernkommunikationsmittel erbracht werden und über die Telefonrechnung abgerechnet werden. Vergleichbare Ausnahmeregelungen für Dienstleistungen, die unmittelbar durch den Einsatz von Fernkommunikationsmittel erbracht werden, bei denen der Gesetzgeber ebenfalls die Besonderheiten dieser Dienstleistungen in sinnvoller Weise berücksichtigt hat, finden sich auch in § 305a BGB.

**Abschließend möchten wir daher nochmals nachdrücklich darum bitten, dass auch im Rahmen des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens die Besonderheiten von Telefonauskunfts- und Telefonmehrwertdiensten in angemessener Form durch eine entsprechende Sonderregelung berücksichtigt wird.**

## II. Zu § 312f BGB neu (Textformerfordernis bei Anbieterwechsel)

Um das Problem untergeschobener Verträge zu lösen und den Verbraucher stärker vor dem Abschluss telefonischer Verträge zu warnen (Warnfunktion der Textform) ist im Entwurf für einen neuen § 312f BGB vorgesehen, dass künftig die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses oder die Vollmacht hierzu im Falle eines Anbieterwechsels der Textform bedarf, wenn der neue Anbieter gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers auftritt.

Bevor wir im Detail auf die neue Verpflichtung zur Übermittlung der Kündigung in Textform eingehen, möchten wir nochmals betonen, dass der VATM die Ziele, die die Bundesregierung mit der geplanten Novellierung verfolgt, unterstützt. Unseriöse Geschäftspraktiken wie

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



das „Unterschieben“ von Verträgen werden vom VATM scharf kritisiert und ohne jede Einschränkung abgelehnt. Insofern teilen wir die Auffassung der Bundesregierung, dass hier eine gesetzliche Regelung gefunden werden muss, die Slamming künftig wirksam verhindert.

**Den konkret von der Bundesregierung vorgelegten Vorschlag zu § 312f BGB betrachten wir jedoch aus folgenden Gründen als unverhältnismäßig:**

Die Wirksamkeit der Kündigung des Verbrauchers bzw. die Vollmacht hierzu von einer Übermittlung der entsprechenden Willenserklärung in Textform an den bisherigen Anbieter abhängig zu machen, würde zu einer unangemessenen Zusatzbelastung des neuen Anbieters führen. Wie oben bereits ausgeführt lehnen wir die Praxis einiger unseriöser Unternehmen oder Call-Center-Mitarbeiter, Kunden ohne entsprechenden Auftrag Verträge unterzuschieben, ganz klar ab. Dennoch muss eine Gesetzesänderung, die zu einer Lösung des Problems beitragen soll, dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung entsprechen. Dies sehen wir hier aus verschiedenen Gründen als nicht gegeben an.

## 1. Unverhältnismäßige Belastung seriöser Anbieter zu Lasten des Wettbewerbs

So ist zunächst kritisch anzumerken, dass die Verpflichtung zur Übermittlung einer Kündigung in Textform nicht nur die unseriösen Anbieter trifft, sondern die gesamte Telekommunikationsbranche und so die Vielzahl seriöser Anbieter deutlich überproportional von den neuen bürokratischen Vorgaben belastet würden. Hierbei ist insbesondere zu bedenken, dass es sich bei der Umstellung zwischen den Providern um ein Massengeschäft handelt und die Anzahl der Missbrauchsfälle in Relation zu den hohen Zahlen der täglichen Umschaltungen gewertet werden müssen.

Mit der geplanten Gesetzesänderung wird ganz grundlegend in bestehende Umstellungsprozesse, die die Unternehmen der Telekommunikationsbranche über Jahre gemeinsam entwickelt und fortlaufend optimiert haben, eingegriffen. Die ausgehandelten Mechanismen werden ausgeschaltet und damit die mit den erarbeiteten Prozessen erreichten Vorteile konterkariert. Im Ergebnis würde die Telekommunikationsbranche an ihre Anfänge zurück geführt. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Erfolg des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt grundlegend von der Möglichkeit abhängt, seinen Anbieter unkompliziert und schnell wechseln zu können.

# Stellungnahme des VATM

## zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



Darüber hinaus wäre die durchgehende Übermittlung von Willenserklärungen in Textform per Fax im Massenkundengeschäft praktisch nicht zu realisieren, da sich eine monatlich sechsstellige Auftragszahl nicht in Papierform bearbeiten ließe. Vielmehr wären die Arbeitsschritte Auftragsversand, -annahme, -bestätigung, -bearbeitung und -archivierung nur elektronisch, nicht jedoch mit Auftragsformularen in Textform zu bewältigen. Gerade aus diesem Grund einigte sich der Markt auf die zwischen seriösen Anbietern bewährte elektronische Schnittstelle und eine Haftungsfreistellungsvereinbarung. Die Übermittlung aller Willenserklärungen in Textform per elektronischer Schnittstelle würde immense IT-Anpassungen erforderlich machen. Diese wären nicht kurzfristig sondern allenfalls langfristig zu realisieren und außerdem äußerst kostenintensiv. Der erhöhte Aufwand bei der Auftragsbearbeitung würde darüber hinaus zu dauerhaft höheren Personalkosten führen. Sämtliche Kosten müssten sowohl von den alternativen Anbietern wie auch von der DTAG auf die Kunden umgelegt werden.

Weiterhin wird als besonders kritisch angesehen, dass der Änderungsvorschlag die alternativen Anbieter im Vergleich zum Ex-Monopolisten Deutsche Telekom AG (DTAG) faktisch in weit aus größerem Maße treffen würde – auch wenn vom Wortlaut her keine Differenzierung vorgesehen ist. Denn da ein Anschlusswechsel immer noch überwiegend von DTAG-Kunden hin zu Wettbewerbsunternehmen erfolgt, wäre die DTAG selbst von der Übermittlungspflicht kaum betroffen. Die alternativen Anbieter hingegen, die mit lauterem Mitteln neue Kunden werben, würden zu Unrecht durch neue bürokratische und kostentreibende Anforderungen benachteiligt.

Insofern muss der Vorschlag, die die Kündigung betreffende Willenserklärung der einzelnen Verbraucher für jeden Auftrag an den bisherigen Anbieter zu übermitteln, bzw. bei Vorliegen einer Vollmacht die Kündigung gegenüber dem bisherigen Anbieter in Textform zu erklären, strikt abgelehnt werden. Dies würde eine gravierende Verschlechterung gegenüber der jetzigen Situation darstellen, bei der eine Willenserklärung vorliegen muss, jedoch nur im Falle eines begründeten Verdachts auf Slamming übermittelt werden muss. Im Ergebnis würde die Gesetzesänderung auch zu einer spürbaren Verschlechterung der Wettbewerbsentwicklung führen.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



## 2. Unverhältnismäßigkeit aufgrund milderer Mittels zur Unterbindung „untergescho-bener“ Verträge

Darüber hinaus ist der Vorschlag im Referentenentwurf nach Auffassung des VATM insbesondere deshalb unverhältnismäßig, da es alternative Lösungsinstrumente gibt, die dem Ziel der Gesetzesnovelle ebenso wirksam dienen, ohne aufgrund einer einzelnen Missbrauchsproblematik massiv in grundsätzlich bewährte Geschäftsprozesse der Telekommunikationsbranche einzugreifen und die für Unternehmen und Verbraucher deutlich unbürokratischer, kostengünstiger und effizienter sind.

Wir möchten Ihnen im Folgenden eine Lösung darlegen, die sowohl technisch als auch wirtschaftlich durchführbar ist und von allen Unternehmen kurzfristig implementiert werden könnte. Konkret schlagen wir vor, dass im Gesetz eindeutig geregelt wird, dass den Telekommunikationsanbieter in jedem Streitfall die Beweislast dafür trifft, ob und was für ein Vertrag mit welchem konkreten Inhalt mit dem einzelnen Verbraucher geschlossen wurde. Sobald Unstimmigkeiten auftauchen, muss es in der Verantwortungssphäre des Unternehmens liegen, umgehend zu belegen, dass ein wirksames Vertragsverhältnis besteht.

Dabei soll eine Beweisführung den Telekommunikationsunternehmen auf zweierlei Weise möglich sein:

Zum Einen sollen sie die Möglichkeit haben, die entsprechende Willenserklärung des Verbrauchers in Textform nachzuweisen. Hierüber hinaus schlagen wir vor, dass eine Beweisführung im Streitfall auch durch die Übermittlung von Sprachaufzeichnungen – so genannten Voice Files – möglich sein muss. Durch die Einwilligung des Kunden zu Beginn des Telefonates kann auch eine datenschutzrechtlich unbedenkliche Aufzeichnung des Gespräches garantiert werden. Diese Bewertung wird auch von den Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundesbeauftragten für Datenschutz geteilt (siehe hierzu etwa das BfD-Info 5: - Datenschutz in der Telekommunikation, S. 86)

Insgesamt könnten mit Hilfe dieses technisch bewährten und bereits in vielen Wirtschaftsbereichen erfolgreich und mit größter Kundenakzeptanz eingesetzten Instruments des „Voice Recording“ alle Beweislastprobleme im Hinblick auf die Frage, ob ein Vertragsabschluss vom Kunden gewollt war, sicher geklärt werden. Gleichzeitig bestünde eine umfassende Kontrolle der Call-Center-Mitarbeiter, die sehr kurzfristig zu einer deutlichen Steigerung der Qualität im Telefonmarketing führen würde. So könnten beispielsweise bedrängen-

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



de Marketingmethoden ebenso eingedämmt werden wie falsche Angaben etwa über Preis oder das Produkt.

Durch „Voice Recording“ würde nicht nur die Rechtssicherheit auf Seiten der Verbraucher sondern auch auf Unternehmensseite deutlich gesteigert und die Möglichkeiten unzulässiger Werbemethoden ebenso wie das „Unterschieben“ von Verträgen praktisch ausgeschlossen. Die Unternehmen sind bereit, hierfür erhebliche Aufwendungen zu tätigen und hierdurch sehr kurzfristig zu einer deutlichen Verbesserung des Verbraucherschutzes beizutragen.

## Zusammenfassender Änderungsvorschlag

Im Ergebnis fordern wir eine Streichung des vorgeschlagenen § 312f BGB. Alternativ sollte gesetzlich vorgeschrieben werden, dass den neuen Telekommunikationsanbieter für alle Fragen des Vertragsabschlusses die Beweislast trifft und er den Beweis im Streitfall entweder durch Vorlage entsprechender Willenserklärungen des Kunden in Textform oder mit Hilfe eines entsprechenden Voice Files führen kann. Keinesfalls darf eine technisch aufwendige und die Unternehmen und den Wettbewerb extrem belastende Übermittlung von Willenserklärungen im Massengeschäft verpflichtend vorgeschrieben werden.

## Hilfsweiser Änderungsvorschlag

Lediglich hilfsweise möchte der VATM noch den Vorschlag unterbreiten, der Bundesnetzagentur die Befugnis zu übertragen, gezielt den Unternehmen eine Verpflichtung zur Übermittlung der Willenserklärung des Verbrauchers in Textform aufzugeben, die aufgrund von Beschwerden oder eigener Erkenntnisse der BNetzA als unseriös aufgefallen sind.

## **B. Zu Artikel 2 – Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb**

### **I. Zur Änderung von § 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG (Präzisierung des Einwilligungsbegriffes)**

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG in der bisher geltenden Fassung gilt die Werbung mit unerwünschten Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern als unlauter, wenn sie „ohne deren Einwilligung“ erfolgt. Künftig soll telefonische Werbung gegenüber Verbrauchern nur noch dann erlaubt sein, wenn eine „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ vorliegt.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



Kritisch bewerten wir hierbei folgende Punkte:

Eine verschärfte Anforderung an die Voraussetzungen der Einwilligung des Verbrauchers im Rahmen von § 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG lehnen wir ab. Bereits im Rahmen der im vergangenen Jahr stattgefundenen politischen Diskussionen über mögliche Instrumente zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung hatte sich der VATM zwar für mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf die Frage ausgesprochen, welche Anforderungen an gültige Einwilligungserklärungen seitens der Verbraucher gestellt werden müssen. Insofern bewerten wir den im Gesetzentwurf enthaltenen Ansatz, den Begriff der „Einwilligung“ zu präzisieren, als grundsätzlich positiv. Zu bedenken geben möchten wir jedoch, dass die Formulierung „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ keine Präzisierung darstellt, sondern es sich hierbei um eine deutliche Steigerung der Voraussetzungen für zulässige Telefonwerbung handelt. Für eine derartige Anforderung besteht jedoch kein Anlass und sie steht darüber hinaus im Widerspruch zur Einleitung und Begründung des Referentenentwurfes, wo betont wird, dass Telefonwerbung bereits nach geltender Rechtslage bei fehlender Einwilligung des Verbrauchers unlauter sei. Zwar erwähnt der Referentenentwurf unter der Überschrift „A Problem und Ziel“, dass das geltende Recht in der Praxis auf Schwierigkeiten stoße. In dem darauf folgenden Absatz „B Lösung“ zielt der Entwurf aber allein durch Aufzählung von Widerruf, Textformanfordernis, Bußgeld und Rufnummernunterdrückung auf die Problembeseitigung ab. Verschärfte Anforderungen an die Einwilligung des Verbrauchers werden hier nicht als notwendig erwähnt. Die gleiche Schlussfolgerung ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung. Dort steht unter „A. I. Anlass und Ziel“ des Gesetzentwurfes, dass oftmals die erforderlichen Angaben zur Durchsetzung des Rechts gar nicht oder nicht in der für eine gerichtliche Auseinandersetzung notwendigen Form vorlägen. Dies gelte insbesondere, wenn die Anrufenden von der Möglichkeit Gebrauch machten, ihre Rufnummer zu unterdrücken. Hiermit zeigt der Gesetzgeber wiederum, dass er nicht an die Verschärfung von Einwilligungsvoraussetzungen gedacht oder sie für nötig befunden hat. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, so würde auch eine ausdrückliche Einwilligung keinen gerichtsfesten Nachweis bieten.

Der Besondere Teil der Begründung des Referentenentwurfes hebt zu § 7 UWG die einheitliche Position der Rechtsprechung und herrschenden Literatur nach der geltenden Rechtslage hervor. Ebenso stellt der Referentenentwurf an gleicher Stelle klar, dass der Gesetzgeber mit der UWG-Reform 2004 keine Verschärfung des Wettbewerbsrechts bezweckt hatte. Es kann daher nicht hingenommen werden, dass eine derartige Verschärfung mit dem vorliegenden

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



Entwurf erfolgt, wenn doch tatsächlich nur eine Präzisierung im Sinne von Klarstellung der bestehenden Rechtslage gewollt ist. Zudem nennt die Begründung des Referentenentwurfes keine Gründe für eine Verschärfung der Voraussetzungen an eine Einwilligung. Die tatsächlichen und vom VATM ebenfalls erkannten Probleme der Rechtsdurchsetzung liegen jedenfalls nicht in der derzeitigen Formulierung des § 7 UWG. Für diese Vorschrift haben sich in der Rechtspraxis mittlerweile eindeutige Fallgruppen, auch für eine wirksame konkludente Einwilligung des Verbrauchers zu Telefonwerbung herausgebildet.

Darüber hinaus finden sich im Besonderen Teil der Begründung zum Gesetzentwurf keine näheren Erläuterungen zu der Frage, welchen Inhalt eine ausdrückliche Einwilligung haben muss. Dies wäre jedoch erforderlich, um die bereits heute bestehenden Rechtsunsicherheiten für seriöse Anbieter auszuräumen. Dabei sollten an die Einwilligungserklärungen allerdings keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, die im Ergebnis dazu führen, das Marketinginstrument der Telefonwerbung im Wesentlichen unmöglich zu machen. Erwägen ließe sich jedoch, die derzeit bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Anforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung dadurch zu beheben, dass näher konkretisiert wird, wie diese eingeholt werden dürfen, welche Form und welchen Inhalt sie haben müssen. So sollte klargestellt werden, dass eine wirksame Einwilligungserklärung z.B. bereits dann vorliegt, wenn sich ein Kunde dazu entscheidet, eine vorformulierte Textpassage anzukreuzen, die besagt, dass er an Informationen aus einer bestimmten Branche – beispielsweise Telekommunikation – interessiert ist. Auf diese Weise wäre auch der Kreis der werbenden Unternehmen ausreichend bestimmbar, der Werbung per Telefon, E-Mail oder Fax an den Verbraucher richten darf.

**Formulierungsvorschlag für § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E** (Ergänzungen im Vergleich zum Text des Gesetzentwurfes sind durch Unterstreichung kenntlich gemacht):

*„...bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung. Die Einwilligung kann durch eine vorformulierte Erklärung erteilt werden, wenn sie durch eine aktive Willensbekundung erfolgt.“*

# Stellungnahme des VATM

**zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**



Darüber hinaus möchten wir uns dafür aussprechen, dass die Möglichkeit für Kunden, konkludent eine wirksame Einwilligung in einen Anruf durch ein Unternehmen zu erteilen, nicht vollständig ausgeschlossen wird. Oftmals sind Anrufe eindeutig im Interesse des Kunden, auch wenn keine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorliegt. Verdeutlichen mag dies das Beispiel, in dem ein Unternehmen einen Kunden, der zuvor telefonisch oder schriftlich ein Produkt bestellt hat, anruft, um ihm mitzuteilen, dass ein zunächst nicht lieferbares Produkt jetzt verfügbar ist oder ihm bei Vertragsende ein Alternativprodukt zum günstigeren Preis anbieten will. Diese Fälle werden von der Rechtsprechung nicht einheitlich bewertet, so dass eine Klärung über das Gesetz Rechtssicherheit böte.

## **II. Zu § 20 UWG – neu (Einführung einer Bußgeldbewehrung für unlautere Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern)**

Den Vorschlag, Verstöße gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung aus § 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG künftig als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldern zu ahnden, lehnen wir ab, da dies zu einer Überregulierung führen würde. Vielmehr sind die bestehenden wettbewerbsrechtlichen und zivilrechtlichen Mittel, die dem Verbraucher direkt oder aber durch Inanspruchnahme der Hilfe von Verbraucherschutzverbänden zur Verfügung stehen, ausreichend, wenn sie effektiv genutzt werden.

Als Instrumentarien zur Bekämpfung unseriöser Telemarketing-Anbieter stehen Ansprüche auf Unterlassung, Ansprüche auf Schadensersatz sowie Gewinnabschöpfungsansprüche zur Verfügung. Schon heute können bei einem Verstoß gegen einen Unterlassungstitel Ordnungsgelder in Höhe von bis zu 250.000 € verhängt werden. Hinzu kommt, dass den Telemarketing-Anbieter vor Gericht die Darlegungs- und Beweislast für eine Einwilligung des Angerufenen trifft. Weiter geben die Regeln über Fernabsatzgesetze dem Verbraucher ein einfaches Mittel an die Hand, einen telefonisch geschlossenen Vertrag einfach zu widerrufen.

Hinzu kommt, dass Bußgelder zur Eindämmung der Telefonwerbung wenig geeignet erscheinen, da sie erst auf der Rechtsfolgenseite ansetzen. Anstelle der Einführung neuer Instrumente sollten sich die Überlegungen darauf konzentrieren, wie die Praktikabilität der bestehenden Regelungen zu optimieren ist und „Vollzugsdefizite“ minimiert werden können. Auch insofern sieht der VATM für die zusätzliche Einführung eines Bußgeldtatbestandes keine Notwendigkeit.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



## C. Zu Artikel 3 – Änderung des Telekommunikationsgesetzes

### I. Zur Änderung von § 102 Abs. 1 TKG-E (Einführung eines Verbotes der Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen)

Mit der vorgeschlagenen Änderung von § 102 TKG-E soll für Werbeanrufe ein Verbot der Rufnummernunterdrückung eingeführt werden. Als begrüßenswert erachten wir das hiermit verfolgte Ziel, es den Verbrauchern zu erleichtern, herauszufinden, wer hinter einem unlauteren Werbeanruf steht und gegen Belästigungen dieser Art vorzugehen.

Wir möchten jedoch auf einige absehbare Schwierigkeiten hinweisen:

Als kritisch bewerten wir den Umstand, dass durch ein Verbot der Rufnummernunterdrückung eine Identifizierung von Teilnehmern nicht sichergestellt werden kann. Zum Einen ist zu erwarten, dass unseriöse Anrufer dem Verbot zuwiderhandeln und ihre Rufnummer nicht anzeigen. Zum Zweiten besteht die mit nur äußerst geringem Aufwand verbundene technische Möglichkeit, eine falsche Rufnummer anzeigen zu lassen. Insofern würde ein Verbot der Rufnummerunterdrückung gegenüber unseriösen Anbietern wenig bewirken können.

Grundsätzlich positiv bewerten wir, dass die Anrufer selbst entscheiden können sollen, ob etwa die Rufnummer des anrufenden Call-Centers oder eine Nummer des hinter dem entsprechenden Auftrag stehenden Unternehmens angezeigt wird. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass das Verbot der Rufnummernunterdrückung für kommerzielle Anrufe notwendiger Weise zu einer Veränderung bei den Arbeits- und Aufgabenstrukturen führen muss – unabhängig davon, ob nun die Rufnummer des Unternehmens oder die Rufnummer des Call-Centers angezeigt wird.

Vorstellbar ist, dass der Verbraucher, der eine angezeigte Rufnummer zurückruft, eine Bandansage erreicht, die ihn über Namen und Kontaktadresse des anrufenden Unternehmens informiert.

Möchte das Call-Center oder das beauftragende Unternehmen dem Kunden jedoch mehr Service anbieten, so gilt es sicher zu stellen, dass der Verbraucher, der eine angezeigte Rufnummer zurückruft, eine Servicestelle erreicht, die sofort nachvollziehen kann, in welchem Auftrag und weshalb der Verbraucher ursprünglich angerufen wurde und die ihn umgehend mit den entsprechenden Informationen versorgen kann. Die Sicherstellung eines solchen kompetenten Service bedarf entsprechender Umstrukturierungen innerhalb der Unternehmen und auch Schulungen der für diese Aufgaben vorgesehenen Mitarbeiter. Unab-

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



hängig von dem finanziellen Mehraufwand, der hierdurch bei den Unternehmen entsteht, bitten wir darum, die für die Umstrukturierungen erforderliche zeitliche Komponente bei den Regeln zum Inkrafttreten in Artikel 5 des Gesetzentwurfes zu berücksichtigen. Ausreichend und angemessen ist aus Sicht des VATM eine Umsetzungsfrist von zwölf Monaten.

Als problematisch sehen wir es darüber hinaus an, dass keine bestimmte, für den Verbraucher leicht zu identifizierende Rufnummer angezeigt werden soll. Dies könnte in Zukunft dazu führen, dass unseriöse Anbieter nur kurz einen Verbindungsaufbau herstellen und dann auf einen Rückruf des Verbrauchers hoffen. Dieses auf einen Rückruf folgende Gespräch dürfte wohl auch nicht als „Telefonwerbung“ zu klassifizieren sein, da die Initiative für den Anruf ja vom Verbraucher ausgeht. Wir möchten darum bitten, solche vorhersehbaren Missbrauchsmöglichkeiten im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu beseitigen. Denn nicht zuletzt sehen wir als VATM die konkrete Gefahr, dass durch einzelne „schwarze Schafe“, die solche ungewollten Missbrauchsmöglichkeiten für neue Geschäftsmodelle nutzen, eine ganze Branche in Verruf gerät.

Hinzu kommt, dass die pflichtgemäße Anzeige einer korrekten Rufnummer auch die seriösen Anbieter unseriös erscheinen lassen könnte, wenn ein „Anruf in Abwesenheit“ angezeigt wird, da der Endkunde nicht erkennen kann, ob es sich hier um einen missbräuchlichen PING-Anruf gehandelt hat oder um einen seriösen Anruf eines Unternehmens.

## **II. Zu § 149 Abs. 1 Nr. 17a TKG – neu (Einführung einer Bußgeldbewehrung für Verstöße gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung)**

Den Vorschlag, in § 149 Abs. 1 Nr. 17a TKG – neu eine Bußgeldbewehrung für Verstöße gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung aufzunehmen, wird ebenfalls abgelehnt, da es zu einer deutlichen Überregulierung im Markt führen würde.

Für den Fall, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren von der Einführung dieses neuen Ordnungswidrigkeitstatbestandes nicht abgesehen wird, sollten zumindest angemessene Fristen bis zum Inkrafttreten der Bußgeldvorschriften bzw. der Vorschriften zur Einführung des Verbotes der Rufnummernunterdrückung insgesamt vorgesehen werden. Keinesfalls dürfen Unternehmen vom Gesetzgeber dem Risiko einer Bußgeldverhängung ausgesetzt werden, weil die Möglichkeit gesetzeskonformen Verhaltens aufgrund fehlender Umsetzungsfristen nicht gegeben ist.

# Stellungnahme des VATM

zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen



## D. Zu Artikel 5 – (Inkrafttreten)

Wie oben bereits erwähnt sehen wir kritisch, dass im Entwurf keine angemessene Umsetzungsfrist enthalten ist, die den Unternehmen ausreichend Gelegenheit gibt, die neuen gesetzlichen Vorgaben zu implementieren. So soll insbesondere mit dem Verbot der Rufnummernunterdrückung eine neue Verpflichtung eingeführt werden, die notwendiger Weise zu technischen aber auch personellen Veränderungen innerhalb der Unternehmen und Call-Center führen muss. Wie bereits oben unter Punkt C. I näher ausgeführt, bedarf die Sicherstellung eines kompetenten Service bei Rückrufen seitens der Verbraucher entsprechender Umstrukturierungen innerhalb der Unternehmen und auch Schulungen der für diese Aufgaben vorgesehenen Mitarbeiter. Insofern sprechen wir uns nachdrücklich für die Aufnahme einer angemessenen Umsetzungsfrist von mindestens zwölf Monaten aus.

Berlin, den 18.11.2008