

**Bericht des
Bundesministeriums der Justiz
zum Thema unerwünschte Werbeanrufe – „cold calling“ –
vom 26. Juni 2007**

I. Anlass und Gegenstand des Berichtes

In der 27. Sitzung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 18. Oktober 2006 wurde unter TOP 7 auf Antrag der Koalitionsfraktionen über die Belästigung der Bürger durch unerwünschte Telefonwerbung (auch „cold calling“ genannt) beraten (s. Ausschussprotokoll Nr. 16/27, S. 38-40). Das Bundesministerium der Justiz wurde anschließend um einen schriftlichen Bericht zu der Thematik gebeten.

Der nachfolgende Bericht enthält zunächst eine Bestandsaufnahme (II.) und setzt sich sodann mit verschiedenen Vorschlägen zur besseren Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung (III.) auseinander, die in den vergangenen Monaten unter anderem im Rahmen von verschiedenen Expertenanhörungen des Bundesministeriums der Justiz und der Koalitionsfraktionen erörtert wurden. Schließlich wird ein Handlungsvorschlag unterbreitet (IV.).

II. Bestandsaufnahme

1. Ausmaß und Art der Belästigung

Unerwünschte Telefonwerbung hat sich in der letzten Zeit zu einem die Verbraucher erheblich belästigenden Problem entwickelt, bei dem in einigen Fällen sogar die Grenzen zu strafrechtlich relevantem Verhalten (z. B. Betrug, Nötigung) überschritten werden dürften. Gesicherte Erkenntnisse über das genaue Ausmaß der Belästigung bestehen allerdings nicht. Eine von der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) im Januar 2007 vorgelegte Umfrage der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) über die Entwicklung der Werbeanrufe in Deutschland besagt, dass es in den ersten drei Quartalen 2006 generell zu einem Anstieg von Werbeanrufen um 31,3 % gekommen sei. Allerdings wurde bei dieser Umfrage nicht zwischen erlaubten und unerlaubten Werbeanrufen differenziert, so dass die Zahlen nur begrenzt aussagefähig sind. In Unternehmen aus folgenden Branchen wird nach der GfK-Umfrage in besonderem

Maße Telefonmarketing genutzt: Lotterien und Gewinnspiele (23,5 %), Telekommunikation (14,9 %), Bücher und Medien (9,5 %), Nahrungsmittel und Getränke (6,5 %), Textilien (2,9 %), Versicherungen (2,7%) sowie Reisen (2,6 %).

Verbraucherbeschwerden u. a. gegenüber dem vzbv, der Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e. V. (Wettbewerbszentrale), den Mitgliedern des Deutschen Bundestages oder den fachlich beteiligten Bundesministerien zeigen, dass solche Anrufe als besonders belästigend empfunden werden, die am frühen Morgen, in den Abendstunden oder an den Wochenenden erfolgen. In einer gewissen, nicht näher quantifizierbaren Zahl von Fällen geben Anrufer vor, im Auftrag eines anerkannten Meinungsforschungsinstitutes anzurufen, während es sich tatsächlich um einen Werbeanruf handelt.

In vielen Fällen unterlassen es die Angerufenen aus unterschiedlichen Gründen, sich bei einem unerwünschten Werbeanruf Notizen über die anrufende Person, Zeitpunkt und Inhalt des Gesprächs zu machen. Dies kann darauf beruhen, dass die Angerufenen es vorziehen, das Gespräch sofort zu beenden, oder dass gar nicht an eine später verwertbare Dokumentation des Gesprächs gedacht wird. Bisweilen scheidet eine Nachfrage jedoch offenbar auch daran, dass die anrufende Person ihre Identität selbst auf Nachfrage nicht offenbart. Bei einem Teil der unerwünschten Werbeanrufe wird zudem die Rufnummernanzeige unterdrückt. Teilweise werden die Anrufe aus dem Ausland getätigt, teilweise werden Anrufmaschinen eingesetzt.

2. Geltende Rechtslage

a) Verbot unerwünschter Werbeanrufe nach dem UWG

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 (erste Alternative) UWG gilt die Werbung mit unerwünschten Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern als unlauter, wenn sie ohne Einwilligung erfolgt (so genannte opt-in-Regelung). Demgegenüber reicht bei sonstigen Marktteilnehmern gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 (zweite Alternative) UWG die zumindest mutmaßliche Einwilligung.

Im Hinblick auf Telefonumfragen zu Zwecken der Marktforschung ist zunächst festzuhalten, dass mit einem Anruf immer dann gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung verstoßen wird, wenn es sich um einen als Meinungsumfrage getarnten Telefonanruf mit werblichem Inhalt handelt. Im Einzelnen ist allerdings umstritten, wann mit einem Anruf eines Marktforschungsinstituts ein Werbeeffect einhergeht. Teilweise wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass telefonische Umfragen zu Zwecken der Markt- und Meinungsfor-

sung dann der Werbung gleichzustellen seien, wenn sie mittelbar auch der Absatzförderung des Auftraggebers der Studie dienen. Dies soll der Fall sein, wenn Verbrauchergerwohnheiten im Zusammenhang mit Produkten eines Auftraggebers der Studie erfragt werden (LG Hamburg, Urteil vom 30. Juni 2006, Az. 309 S 276/05, abrufbar über juris-Datenbank).

Demgegenüber betont die herrschende Meinung, dass Erstanrufe zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung in der Regel gestattet sein müssen (vgl. Hug/Gaugenrieder, „Cold Calls in der Marktforschung“, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, S. 1420 m.w.N.). Der Anruf dürfe jedoch seinen Charakter von wissenschaftlicher Forschung nicht verlieren und nicht – auch nicht teilweise – werblichen Charakter (Marketing, Pflege individueller Kundenbeziehung, Anbahnung neuer Käufe) besitzen oder annehmen.

Wie oben erwähnt, gilt die Werbung mit unerwünschten Telefonanrufen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern als unlauter, wenn sie ohne deren Einwilligung erfolgt. Die Einwilligung muss zeitlich vor dem Werbeanruf erfolgen (s. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/1487, S. 21). Die Begriffbestimmung stimmt mit der für Rechtsgeschäfte geltenden Legaldefinition des § 183 Satz 1 BGB überein. Die Einwilligung kann formfrei erfolgen; sie kann aber auch formfrei widerrufen werden, selbst wenn sie schriftlich erteilt wurde. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten (konkudent) erklärt werden.

Das werbende Unternehmen ist für das Vorliegen einer Einwilligung beweispflichtig. Die Einwilligung kann durch schlüssiges Handeln erklärt werden, allerdings stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit hohe Anforderungen. Keine schlüssige Einwilligung liegt danach insbesondere in folgenden Fällen vor: Eintrag im Telefonbuch (BGH WRP 1990, 169 – Telefonwerbung II), Bestehen geschäftlicher Verbindungen (BGH a.a.O.), Bitte um Übersendung schriftlichen Informationsmaterials (BGH WRP 1990, 288 – Telefonwerbung III), Einverständnis gegenüber einem anderen in derselben Branche tätigen Unternehmen (BGH WRP 1994, 262 – Lexikothek), Schweigen auf schriftliche Ankündigung eines Werbeanrufs (BGH a.a.O. – Telefonwerbung II und BGH WRP 2000, 722 – Telefonwerbung VI). Eine ausdrückliche Einwilligung in vorformulierten Erklärungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB) ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig unwirksam (BGH a.a.O. – Telefonwerbung VI).

b) Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken

Innerhalb der Europäischen Union besteht darüber Konsens, dass unerbetene Telefonwerbung als unzumutbare Belästigung und damit unlautere Werbung zu betrachten sein kann. Dies ergibt sich auch aus der bis zum 12. Juni 2007 in nationales Recht umzusetzenden Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinie 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)¹.

Nach Anhang I, Nr. 26 der Richtlinie gilt es als unlauter, wenn Kunden „durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben (werden), außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen“. Indem (nur) „hartnäckiges und unerwünschtes“ Ansprechen über Telefon genannt ist, wird nicht festgelegt, dass andere Werbeanrufe nunmehr rechtmäßig sein müssen. Vielmehr bedeutet die spezielle Nennung „hartnäckiger“ Anrufe in Anhang I der Richtlinie, dass derartige Geschäftspraktiken „unter allen Umständen als unlauter gelten“ (Überschrift des Anhangs). Dem nationalen Gesetzgeber verbleibt auf der Grundlage der oben zu Ziffer 2 a) erwähnten opt-in-Regelung die Möglichkeit, Werbeanrufe gegenüber Privatpersonen generell als wettbewerbswidrig zu qualifizieren. Dies wird durch Nr. 26 Satz 2 des Anhangs und in Erwägungsgrund 14 (a. E.) der Richtlinie ausdrücklich klargestellt.

Artikel 13 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Sanktionen festzulegen, die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind. Diese Sanktionen sollen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“. Teilweise wurde hieraus in der öffentlichen Diskussion gefolgert, im Hinblick auf Telefonwerbung bestehe in Deutschland zwingend über die bestehende Rechtslage hinausgehend gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass damit die Effektivität des lauterkeitsrechtlichen Sanktionensystems generell angesprochen ist. Diese steht außer Zweifel, im Gegenteil, der Gesetzgeber sah sich wiederholt, zuletzt im Rahmen der UWG-Reform von 2004 gezwungen, das scharfe Sanktionsinstrument lauterkeitsrechtlicher Abmahnungen für

¹ ABI. EG L 149 vom 11.6.2005, S. 22

bestimmte Sachverhaltskonstellationen abzuschwächen. Die Richtlinie selbst schafft daher über das bestehende Verbot hinaus keinen neuen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

c) Sanktionen

Zu unterscheiden ist zwischen Sanktionen, die an unerlaubte Werbeanrufe an sich anknüpfen, und dem (zivilrechtlichen) Schicksal eines Vertrages, der aufgrund eines solchen Anrufs zustande gekommen ist.

aa) Ansprüche nach dem UWG

Unlauteres Verhalten im Wettbewerb begründet nach § 8 UWG Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. Außerdem besteht nach § 10 UWG ein Gewinnabschöpfungsanspruch.

Zur Durchsetzung der Ansprüche nach dem UWG sind neben den Mitbewerbern die in § 8 Abs. 3 UWG genannten Stellen, u. a. die Verbraucherzentralen und die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, berechtigt. Die Ansprüche werden vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht. Zuständig ist unabhängig vom Streitwert das Landgericht.

In der Praxis geht dem gerichtlichen Verfahren regelmäßig eine Abmahnung voraus. Die Abmahnung ist gesetzlich zwar nicht vorgeschrieben; insbesondere ist sie nicht Prozessvoraussetzung für eine Klage oder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Allerdings wird durch sie eine gerichtliche Auseinandersetzung vermieden, wenn der Schuldner daraufhin eine so genannte „strafbewehrte Unterlassungserklärung“ abgibt. Dabei handelt es sich um einen Vertrag, mit dem sich der Schuldner dazu verpflichtet, im Wiederholungsfall eine vereinbarte Vertragsstrafe an den Anspruchsberechtigten zu zahlen. Weil sich die Abmahnung als schnelles und vergleichsweise kostengünstiges Instrument der Streitbeilegung erwiesen hat, soll sie nach § 12 Abs. 1 UWG regelmäßig vor einer Inanspruchnahme der Gerichte erfolgen.

Führt die Abmahnung nicht zum Erfolg, weil der Schuldner die strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgibt, wird der Gläubiger in der Regel beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellen. Dazu bedarf es keiner besonderen Begründung der Eilbedürftigkeit, weil das Gesetz in § 12 Abs. 2 UWG davon ausgeht, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung der Ansprüche auf Unterlassung eines Wettbewerbsverstößes stets erforderlich ist. Im Fall unerbetener Telefonwerbung genügt es

deshalb für den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung, dass ein Rechtsanwalt den Sachverhalt in der Antragsschrift darlegt und durch eine eidesstattliche Versicherung des Angerufenen glaubhaft macht. Eine gerichtliche Entscheidung ergeht in der Regel ohne mündliche Verhandlung am selben Tag. Wenn das Gericht antragsgemäß entscheidet, wird die Gegenseite im Regelfall dazu verpflichtet, unter Androhung eines Ordnungsgeldes, ersatzweise Haft, die beanstandeten Handlungen, also beispielsweise die Werbeanrufe, zu unterlassen. Verstößt der Schuldner gegen dieses Gebot, wird das angedrohte Ordnungsgeld festgesetzt. Die Festsetzung ist bei dem Gericht zu beantragen, das die einstweilige Verfügung erlassen hat. Dieses Gericht entscheidet auch über die Höhe des Ordnungsgeldes. Dabei können für jede einzelne Zuwiderhandlung nach § 890 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO) Ordnungsgelder bis zu 250.000 Euro verhängt werden.

Hat der Antragsteller eine einstweilige Verfügung erstritten, ist sein Anspruch vorläufig abgesichert. Die endgültige Sicherung kann danach immer noch durch eine Unterlassungsverpflichtung erfolgen oder durch eine verbindliche Erklärung der Gegenseite dahingehend, dass die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung akzeptiert wird. Andernfalls schließt sich ein gerichtliches Hauptsacheverfahren an.

Ansprüche auf Schadensersatz und Gewinnabschöpfung können, da sie stets endgültigen Charakter haben, nur im Klagewege geltend gemacht werden.

bb) Sonstige zivilrechtliche Sanktionen

Kommt es im Rahmen des Werbetelefonats zu einem Vertragschluss, versagt das allgemeine Zivilrecht diesem so genannten Folgevertrag trotz des Wettbewerbsverstößes zunächst nicht die Wirksamkeit. Die Tatbestände der §§ 134, 138 Abs. 1 BGB knüpfen die Rechtsfolge der Nichtigkeit an einen gesetzes- bzw. sittenwidrigen Inhalt des Rechtsgeschäfts. Insoweit bedeutungslos ist die Art und Weise seines Zustandekommens.

Der Folgevertrag kann gemäß §§ 119 Abs. 1, Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB angefochten werden, wenn die unlautere Wettbewerbshandlung in Form des Werbeanrufs beim Verbraucher zu einem Inhalts-, Erklärungs- bzw. Eigenschaftsirrtum geführt hat oder den Tatbestand der arglistigen Täuschung bzw. widerrechtlichen Drohung erfüllt.

Zudem unterfällt der noch im Rahmen des Werbetelefonats abgeschlossene Folgevertrag regelmäßig den Vorschriften über Fernabsatzverträge im Sinne des § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB, die dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß §§ 312d Abs. 1 Satz 1, 355 BGB ein-

räumen. Ausgenommen sind die in § 312b Abs. 3 BGB genannten Verträge. In den Fällen des § 312d Abs. 4 BGB besteht – vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung (z. B. in §§ 495 Abs. 1, 505 Abs. 1 Satz 1 BGB) – kein Widerrufsrecht.

Schließlich kann dem Verbraucher im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch zustehen, der gemäß § 249 Abs. 1 BGB als Naturalrestitution auch auf Aufhebung des Folgevertrages gerichtet sein könnte. Als Anspruchsgrundlage kommt § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*) in Betracht. Allerdings wird es in den meisten Fällen an einem Vermögensschaden fehlen, denn nach der schadensrechtlichen Differenzhypothese kann nicht einseitig auf die vertragliche Verpflichtung des Verbrauchers abgestellt werden. Vielmehr ist eine saldierende Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der auch die vom Unternehmer zu erbringende Gegenleistung berücksichtigt werden muss. Stehen Leistung und Gegenleistung nicht außer Verhältnis, bleibt mangels Äquivalenzstörung kein Raum für die Annahme eines Vermögensschadens.

d) Ergänzende Regelungen im Telekommunikationsgesetz (TKG)

Die Vorschriften des UWG werden durch Regelungen im TKG unterstützt. § 67 TKG sieht vor, dass die Bundesnetzagentur (BNetzA) im Rahmen der Nummernverwaltung Anordnungen und andere geeignete Maßnahmen treffen kann, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und der von ihr vorgegebenen Bedingungen über die Zuteilung von Nummern sicherzustellen. Unter die gesetzlichen Vorschriften fallen auch die Regelungen des UWG, sofern ein Rufnummernbezug vorliegt (z. B. „Fax-Spamming“). Insbesondere kann die BNetzA bei Nichterfüllung gesetzlicher Verpflichtungen die Nummer entziehen. Die Befugnisse nach § 67 TKG nutzt die BNetzA auch zur Bekämpfung von unerlaubter Telefonwerbung, sofern ein Rufnummernbezug vorliegt. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Angerufenen zur Anwahl einer Rufnummer animiert werden sollen. Die BNetzA hat einen Verbraucherservice, an den sich die Verbraucher mit ihren Beschwerden wenden können.

§ 95 Abs. 2 TKG legt fest, unter welchen Voraussetzungen ein TK-Diensteanbieter die Daten seiner Kunden zur Werbung für eigene Angebote nutzen darf (z. B. Versendung von Text- oder Bildmitteilungen an ein Telefon). Verstößt der TK-Diensteanbieter dagegen, begeht er eine Ordnungswidrigkeit nach § 149 Abs. 1 Nr. 16 TKG.

§ 101 TKG ermöglicht es, bei belästigenden Anrufen die Rufnummer, Namen und Anschrift der Inhaber dieser Rufnummer für die Zukunft zu ermitteln (frühere so genannte „Fangschaltung“): Trägt ein Teilnehmer schlüssig vor, dass bei seinem Anschluss bedrohende oder be-

lästigende Anrufe ankommen, hat der Diensteanbieter auf schriftlichen Antrag Auskunft über die Inhaber der Anschlüsse zu erteilen, von denen die Anrufe ausgehen. Unter den Begriff „belästigende Anrufe“ fallen auch unerlaubte Werbeanrufe per Telefon. Die Auskunft darf sich aber nur auf Anrufe beziehen, die nach der Stellung des Antrags erfolgen.

Nach § 102 Abs. 1 TKG muss der Angerufene die Möglichkeit haben, eingehende Anrufe, bei denen die Rufnummernanzeige durch den Anrufenden unterdrückt wurde, auf einfache Weise und unentgeltlich abzuweisen. Damit soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, sich vor anonymen Anrufen zu schützen. Das Problem dabei ist, dass bei dieser Verfahrensweise auch die Anrufe von Anrufern zurückgewiesen werden, bei denen (wegen entsprechender Altverträge) die Rufnummer von vornherein und nicht erst aufgrund der Unterdrückung gar nicht angezeigt wird.

3. Probleme bei der Durchsetzung des geltenden Rechts

Die Wettbewerbszentrale und der vzbv haben eine Reihe von Verfahren wegen Verstößen gegen das Verbot unerwünschter Werbeanrufe (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) durchgeführt. Soweit den verurteilten Unternehmen weitere Verstöße hätten nachgewiesen werden können, seien – bei Verstößen gegen Unterlassungstitel – auch Ordnungsgeldverfahren eingeleitet worden. Dabei werden allerdings folgende Probleme bei der Rechtsverfolgung gesehen:

- Wegen der Flüchtigkeit des Mediums Telefon sei der Anrufer oft nur schwer zu ermitteln. Dies gelte umso mehr, wenn die Rufnummer unterdrückt werde.
- Verbraucher könnten bei gerichtlichen Auseinandersetzungen oftmals keine sicheren Angaben über die näheren Umstände des betreffenden Telefongesprächs machen.
- Die Behauptung, der Anruf sei eigenmächtig von einem selbständigen Vertriebspartner vorgenommen worden, sei oft nicht zu widerlegen, so dass nur das anrufende Call-Center, nicht aber das dahinter stehende werbende Unternehmen sanktioniert werden könne.
- Der wettbewerbsrechtliche Begriff des „Störers“, gegen den aufgrund von Verletzungen des UWG vorgegangen werden kann, führe dazu, dass der in der Regel von einem Call-Center ausgeführte Anruf dem werbenden Unternehmen nicht zugerechnet werden könne.

- Die Gerichte seien bei der Verhängung von Ordnungsgeldern hinsichtlich deren Höhe bisher eher zurückhaltend.
- Nach Darstellung des vzbv kommt es zu Fällen, in denen es den Verbrauchern nicht gelingt, sich von Verträgen zu lösen, die bei unerwünschten Werbeanrufen zustande gekommen sind. Zum Teil seien bestehende Anfechtungs- und Widerrufsmöglichkeiten und die dabei zu beachtenden Fristen nicht bekannt, teilweise bestünde aufgrund von Ausnahmeregelungen aber auch gar kein Widerrufsrecht.

III. Vorschläge zur besseren Bekämpfung unerlaubter Werbeanrufe

Vor diesem Hintergrund werden in der politischen Diskussion die nachfolgend dargestellten und aus der Sicht der Bundesregierung bewerteten Vorschläge diskutiert:

1. Verbot der Unterdrückung der Rufnummernanzeige

a) Rechtliche Zulässigkeit eines Verbots der Unterdrückung der Rufnummernanzeige

Der Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre wird für die elektronische Kommunikation auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene durch die Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, eDRL) geregelt.

aa) Artikel 8 eDRL

Nach Artikel 8 Abs. 1 eDRL muss der Diensteanbieter dem anrufenden Teilnehmer bzw. Nutzer die Möglichkeit geben, die Rufnummernanzeige anschlussbezogen (Artikel 8 Abs. 1 Satz 2 eDRL) oder im Einzelfall (Artikel 8 Abs. 1 Satz 1 eDRL) zu unterdrücken. Erwägungsgrund 34 spricht insoweit von einem Recht des Anrufers, die Anzeige der Rufnummer des Anschlusses, von dem aus der Anruf erfolgt, zu unterdrücken.

Die Ausnahmeregelung in Artikel 10 Buchstabe a eDRL erfasst nur die vorübergehende Aufhebung der Unterdrückung der Nummernanzeige auf Antrag des Teilnehmers, wenn böswillige oder belästigende Anrufe zurückverfolgt werden sollen. Eine Aufhebung ist damit zeitlich begrenzt und lediglich anschlussbezogen möglich. Die generelle Aufhebung der Unterdrückung in Artikel 10 Buchstabe b eDRL wiederum ist nur in Bezug auf Einrichtungen zulässig, die Notrufe bearbeiten.

bb) Artikel 15 Abs. 1 Satz 1 eDRL i.V.m. Artikel 13 Abs. 1 Buchstabe g der Richtlinie 95/46/EG

Gemäß Artikel 15 Abs. 1 Satz 1 eDRL i.V.m. Artikel 13 Abs. 1 Buchstabe g der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr² haben die Mitgliedstaaten allerdings die Möglichkeit, die Rechte/Pflichten aus Art. 8 eDRL zu beschränken, sofern eine solche Beschränkung zur Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder zur Verfolgung des „unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen“ erforderlich ist. Auf diese Ausnahmegvorschrift kann das Verbot der Rufnummernunterdrückung nach Auffassung der Bundesregierung gestützt werden. Denn das Verbot soll dazu dienen, einen unzulässigen Gebrauch eines elektronischen Kommunikationssystems zu verfolgen.

Unzulässig ist nach Artikel 13 Abs.1 eDRL die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff für die Zwecke der Direktwerbung ohne vorherige Einwilligung (so genannte opt-in-Regelung). Für Werbeanrufer im Allgemeinen ist es den Mitgliedstaaten dagegen freigestellt, ob sie sich für eine opt-in-Regelung oder eine opt-out-Regelung entscheiden (vgl. dazu oben II. 2. a), S. 2 f.). Unerbetene Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung sind nach Auffassung der Bundesregierung als unzulässiger Gebrauch eines elektronischen Kommunikationssystems im Sinne des Artikels 15 eDRL zu verstehen.

b) Tatsächliche Wirksamkeit eines Verbots der Rufnummernunterdrückung

Zu den technischen Möglichkeiten der Identifizierung eines Anrufers hat die BNetzA wie folgt Stellung genommen:

- Technisch besteht die Möglichkeit, eine vom Anrufer (so genannter A-Teilnehmer) aktivierte Rufnummernunterdrückung (CLIR „Calling Line Identification Restriction“) zu überwinden, so dass die Rufnummer gleichwohl gesendet wird. Diese Funktion (so genannte CLIRO-Funktion) steht derzeit Notrufzentralen der Polizei, der Feuerwehr und der Rettungsdienste zur Verfügung. Anknüpfungspunkt ist allerdings stets der Anschluss des Angerufenen (so genannter B-Teilnehmer). Wird die CLIRO-Funktion aktiviert, gilt dies für alle ankommenden Gespräche. Eine Differenzierung zwischen gewerblichen und privaten Anrufen oder ein Ausfiltern von Werbeanrufen ist technisch nicht möglich.

² ABl. EG L 281 vom 23.11.1995, S. 31

- Die übermittelte und angezeigte Rufnummer kann zudem „gefälscht“ werden: Grundsätzlich kann jeder Telefonteilnehmer selbst festlegen, welche Nummer beim B-Teilnehmer angezeigt werden soll (so genannte „user-provided-calling-line-identification“). Eine sinnvolle Anwendung findet diese technische Funktion beispielsweise, wenn Behörden oder Unternehmen nur die Nummer einer Zentrale übermitteln. Ein Anwendungsfall ist das ivbb-System der Bundesbehörden mit Übermittlung der 0 18 88-Nummer (user-provided) statt der so genannten geografischen Nummer (z. B. 0 30; network-provided). Diese technische Möglichkeit würde auch im Falle eines Verbots der Rufnummernunterdrückung fortbestehen.
- Die Rückverfolgung eines einzelnen Telefongesprächs ist grundsätzlich zwar möglich, aber technisch, zeitlich und personell sehr aufwendig, da eine Vielzahl von Netzbetreibern überprüft werden muss. In der Regel wird ein Anruf heute über mehrere Telefonnetze abgewickelt. Das Telefonieren über das Internet eröffnet zudem weitere Verschleierungs- und Fälschungsmöglichkeiten. Würden Ressourcen der BNetzA im erforderlichen Umfang für Rückverfolgungsmaßnahmen eingesetzt, stünden diese zudem für bestehende andere Aufgaben dieser Behörde nicht zur Verfügung.
- Eine Identifizierung von Telefonanschlüssen, die mit Anrufmaschinen arbeiten, ist vor Annahme des Anrufs technisch nicht durchführbar. Es kann nicht danach differenziert werden, ob es sich bei den an die Telefonanbieter übertragenen Daten um Anrufe „natürlicher Personen“ oder um solche von Anrufmaschinen handelt.

Danach ist festzuhalten, dass es technisch möglich ist, die Anzeige der Rufnummer zu manipulieren.

Trotz dieser Manipulationsmöglichkeit hält die Bundesregierung es für sachgerecht, ein bußgeldbewehrtes Verbot der Rufnummernunterdrückung für kommerzielle Kommunikation bzw. Werbeanrufe zu normieren. Das Verbot der Rufnummernunterdrückung für kommerzielle Kommunikation bzw. Werbeanrufe soll die erleichterte Identifizierung der Anrufenden und damit auch eine verbesserte Ahndung von Verstößen gegen das Verbot unerwünschter Werbung ermöglichen.

Bei gleichzeitiger Bußgeldbewehrung des Verbots der unerwünschten Werbung im UWG (s. unten unter 2.) soll durch die abschreckende Wirkung des Bußgeldtatbestands in Kombination mit einer verbesserten Identifikationsmöglichkeit durch eine verpflichtende Rufnummern-

anzeige das Problem unerwünschter Werbeanrufe möglichst wirksam bekämpft werden. Zeigt der Anrufer entgegen der Verpflichtung zur Rufnummernanzeige bei einem Werbeanruf seine Rufnummer nicht an, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die von der Bundesnetzagentur geahndet werden kann. Ermittlungsansätze ergeben sich dabei aus Angaben über den Anrufer, die der Angerufene sammeln müsste, wie Name des Anrufers/des Unternehmens, Uhrzeit des Anrufs etc.

2. Bußgeldbewehrung des geltenden § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Eine weitere Überlegung geht dahin, das Verbot unerlaubter Telefonwerbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als Ordnungswidrigkeit auszugestalten.

Nach dem UWG können Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche sowie der Gewinnabschöpfungsanspruch von Mitbewerbern und ausgewählten Verbänden und Institutionen geltend gemacht werden. Diese zivilrechtlich konzipierte Struktur der Rechtsdurchsetzung wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der UWG-Reform beibehalten, da sich das auf staatliche Interventionen und den damit einhergehenden Bürokratieaufbau verzichtende System des UWG nach Überzeugung des Gesetzgebers und der Bundesregierung grundsätzlich als sehr effizient erwiesen hat.

Allerdings ist in der vorerwähnten UWG-Reform ebenso deutlich zum Ausdruck gekommen, dass der Gesetzgeber dem Verbot von unerwünschten Werbeanrufen bei Verbraucherinnen und Verbrauchern eine besondere Bedeutung zumisst.

Der Gesetzgeber hat sich durch die Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nach kontroverser Diskussion bewusst gegen die nach Artikel 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, eDRL)³ ebenfalls mögliche so genannte opt-out-Regelung entschieden (wer nicht angerufen werden möchte, kann dies im Verlauf des Telefonats kundtun und darf in der Folge nicht mehr angerufen werden).

Für eine solche Lösung hatte sich während des Gesetzgebungsverfahrens der Bundesrat in seinem Beschluss vom 14. Mai 2004 ausgesprochen (Plenarprotokoll BR-Drs. 799, S. 189), mit dem der Vermittlungsausschuss angerufen wurde. Als Argument hatte der Bundesrat den Gesichtspunkt der Standortkonkurrenz angeführt: Da die so genannte opt-out-Regelung in

³ ABI. EG L 201 vom 31.7.2002, S. 37

den meisten anderen EU-Staaten gelte, werde die deutsche Direktmarketing-Branche benachteiligt, wenn sie sich an strengere Regelungen halten müsse.

Diese Argumentation ist jedoch mit Beschluss des Bundestages vom 16. Juni 2004 zurückgewiesen worden (Plenarprotokoll BT-Drs. 15/113, S. 10307 A). Nach der Wertung des Gesetzgebers muss das Interesse der Wirtschaft an der Nutzung des (vergleichsweise kostengünstigen) Werbeinstruments Telefon zur Vermarktung ihrer Produkte gegenüber dem Schutz der Privatsphäre von Verbraucherinnen und Verbrauchern zurücktreten. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof seine oben dargestellte restriktive Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle formularmäßiger Einwilligungserklärungen im Wesentlichen damit begründet, dass eine standardmäßig vorgegebene Einwilligungserklärung von der gesetzlichen Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG abweicht und dies wegen der mit Telefonanrufen verbundenen Störung der Privatsphäre unangemessen ist.

Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidung wiegt das oben unter II. 3 dargestellte faktische Durchsetzungsdefizit bei dem Verbot der unerwünschten Telefonwerbung besonders schwer. Aus diesem Grund erscheint es grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention angemessen, Verstöße gegen das Verbot künftig auch mit einem Bußgeld ahnden zu können. In Anbetracht der oben erwähnten zivilrechtlichen Struktur des UWG sollte diese Regelung allerdings zunächst befristet eingeführt und nach angemessener Zeit auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden.

3. Vertragsrechtliche Ansätze

Zur Eindämmung unerlaubter Telefonwerbung wird auch erwogen, entsprechend angebahnte Verträge als nichtig, schwebend unwirksam bzw. anfechtbar auszugestalten oder hierfür ein uneingeschränktes Widerrufsrecht vorzusehen. Damit wären entsprechende Werbemaßnahmen jedenfalls für solche verbotswidrig werbenden Unternehmen nicht mehr lukrativ, denen es mit dem Anruf um den Abschluss eines Vertrages geht. Solche Anrufe würden dann wohl eher unterbleiben. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass längst nicht alle unerlaubten Werbeanrufe auf einen Vertragsschluss zielen. Oft geht es zum Beispiel auch darum, den Verbraucher zur Anwahl einer teuren Rufnummer oder zur Preisgabe persönlicher Daten zu veranlassen.

a) Veränderungsmöglichkeiten

aa) Nichtigkeitsansatz

Die Rechtslage ließe sich so gestalten, dass unerlaubte Werbung mit Telefonanrufen zur Nichtigkeit der darauf beruhenden Verträge führt. Um einen effektiven Schutz der betroffenen Verbraucher zu erreichen, müsste hinsichtlich des Kausalitätsnachweises eine Beweislastumkehr statuiert werden.

bb) Bestätigungsansatz

Eine Alternative zur Nichtigkeit wäre die Bestimmung der schwebenden Unwirksamkeit als Rechtsfolge unerlaubter Werbeanrufe. Schwebende Unwirksamkeit bedeutet, dass ein Rechtsgeschäft zunächst unwirksam ist, aber noch wirksam werden kann, wenn das Wirksamkeitserfordernis nachgeholt wird. Die Wirksamkeit telefonischer Vertragsschlüsse zwischen Unternehmen und Verbrauchern im Zuge unerlaubter Werbeanrufe könnte von einer Bestätigung des Verbrauchers abhängig gemacht werden. Zum Schutze der Verbraucher müsste der Unternehmer beweispflichtig dafür sein, dass ein Vertrag der Bestätigung nicht bedarf, das Telefongespräch also nicht unerlaubt war.

cc) Anfechtungsansatz

In Betracht käme auch die Einräumung eines besonderen Anfechtungsrechtes für den Fall, dass der Verbraucher zur Abgabe seiner auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung durch unerlaubte Werbung mit Telefonanrufen bestimmt worden ist. Für den Nachweis der Kausalität gilt das vorstehend unter aa) Gesagte.

dd) Rücktritts- bzw. Widerrufsansatz

Außerdem könnte den Verbrauchern bei Verträgen, die auf unerlaubte Werbung mit Telefonanrufen zurückzuführen sind, ein daran anknüpfendes Rücktritts- bzw. Widerrufsrecht eingeräumt werden. Die Umsetzung wäre in Form eines eigenständigen Tatbestandes oder durch Streichung bzw. Modifizierung bestimmter bzw. sämtlicher Ausnahmen im Fernabsatzrecht (§§ 312b Abs. 3, 312d Abs. 4 BGB) möglich.

b) Bewertung

aa) Nichtigkeitsansatz

Der Nichtigkeitsansatz führt zunächst zu unangemessenen Ergebnissen, wenn der betroffene Verbraucher am Vertrag festhalten will, insbesondere, wenn er auf den Vertrag angewiesen ist. Dies ist z. B. denkbar bei Versicherungsverträgen, die nach der GfK-Studie (s. o. unter II. 1) ca. 2,7 % der über das Telefonmarketing vermittelten Verträge ausmachen. Würde der Nichtigkeitsansatz Gesetz, könnte sich das Versicherungsunternehmen nach eingetretenem Versicherungsfall auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen und die Auszahlung verweigern. Gleiches könnte bei Lotterieverträgen geschehen, sobald ein Gewinn anfällt.

Darüber hinaus würde er sich aber auch als systemwidriger Eingriff in die Privatautonomie darstellen. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit als stärkste Beschränkung der Vertragsfreiheit tritt grundsätzlich nur ein, wenn die Rechtsordnung im Interesse der Allgemeinheit den Inhalt eines Rechtsgeschäftes missbilligt und deshalb die Wirksamkeit nicht zur Disposition der Beteiligten stellt. Unzulässige Beeinträchtigungen der Willensfreiheit – als solche sind unerwünschte Werbeanrufe einzustufen – berechtigen nach der Konzeption des BGB allenfalls zur Anfechtung (vgl. § 123 Abs. 1 BGB), haben aber keine Unwirksamkeit zur Folge. Es wäre ein erheblicher Wertungswiderspruch, wenn ein Vertragsschluss, dem ein ohne Einwilligung des Verbrauchers geführtes Werbetelefonat zugrunde liegt, nichtig wäre, eine unter Zwang (beispielsweise unter dem Eindruck einer vorgehaltenen Schusswaffe) abgegebene Willenserklärung aber lediglich anfechtbar.

bb) Bestätigungsansatz

Obgleich dem Problem der unzulässigen belästigenden Telefonwerbung aufgrund ihres ausufernden Umfangs ein erhebliches Gewicht beizumessen ist, sprechen nach Einschätzung der Bundesregierung zahlreiche systematische Argumente dagegen, hier die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, ähnlich wie im Minderjährigenrecht oder beim Vertreter ohne Vertretungsmacht, von einer Genehmigung abhängig zu machen.

Unter anderem ist zu berücksichtigen, dass der Werbeanruf ohne Einwilligung des Verbrauchers zwar wettbewerbswidrig ist, aber hinsichtlich der Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess des Verbrauchers weder einer arglistigen Täuschung noch einer widerrechtlichen Drohung gleichsteht. Dennoch wäre die daran anknüpfende Rechtsfolge (– vorläufige –

Unwirksamkeit unter dem Vorbehalt der Bestätigung) gravierender als die des § 123 Abs. 1 BGB (Anfechtbarkeit).

Ein Wertungswiderspruch ergibt sich auch zu den in § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Haustürsituationen, in denen dem Verbraucher lediglich ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zusteht. Es erscheint wenig überzeugend, dass die Überredung des Verbrauchers an der Haustüre nur zu einem Widerrufsrecht führt, während dasselbe Verhalten im Rahmen eines ohne Einwilligung geführten Werbetelefonates die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen soll (wenngleich Haustürgeschäfte natürlich nicht wettbewerbswidrig sind).

Schließlich ergeben sich auch in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht erhebliche Wertungswidersprüche. Nach der geltenden Systematik des UWG, die zuletzt durch die UWG-Reform im Jahre 2004 vom Gesetzgeber bestätigt wurde, besteht kein allgemeines Lösungsrecht des Verbrauchers bei wettbewerbswidrig angebahnten Geschäften. So sind z. B. infolge irreführender Werbung im Sinne von § 5 UWG geschlossene Verträge zunächst wirksam, aber gegebenenfalls nach den Regelungen des BGB anfechtbar. Selbst unlautere Handlungen, durch die Mitbewerber herabgesetzt oder verunglimpft werden (§ 4 Nr. 7 UWG), führen nicht per se zur (schwebenden) Vertragsunwirksamkeit. Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht sind vielmehr mit den spezifischen Ansprüchen der §§ 8 ff. UWG zu ahnden. Es verstieße gegen diese Systematik, für einen einzelnen Fall lauterkeitswidrigen Handelns, nämlich unerlaubte Werbeanrufe, die schwebende Unwirksamkeit der betroffenen Verträge zu bestimmen.

cc) Anfechtungsansatz

Auch gegen den Anfechtungsansatz sprechen systematische Gesichtspunkte. § 123 Abs. 1 BGB räumt ein Anfechtungsrecht nur bei besonders gravierenden Beeinträchtigungen der Willensfreiheit ein. Nach der bestehenden Rechtsordnung ist unerlaubte Werbung mit Telefonanrufen zwar wettbewerbsrechtlich unzulässig. Allein die fehlende Einwilligung des Verbrauchers rechtfertigt jedoch nicht die Annahme einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Willensfreiheit. Dieser kann sich der unerlaubten Werbemaßnahme vielmehr problemlos durch Beendigung des Telefonats entziehen. Ein Gleichstellen des unerlaubten Anrufs mit einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung – die im Einzelfall den Straftatbestand des Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) oder unter Umständen der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) erfüllen könnten – erscheint daher systemwidrig und unangemessen.

dd) Rücktritts- bzw. Widerrufsansatz

Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften (§§ 312b ff. BGB) beruht auf europäischen Vorgaben und trägt der besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei bestimmten Geschäften Rechnung. Es ist nicht Sanktion für ein zu missbilligendes Verhalten des Unternehmers und setzt auf dessen Seite auch kein schuldhaftes Verhalten voraus. Es greift grundsätzlich auch bei Fernabsatzgeschäften ein, die durch unerlaubte Telefonwerbung angebahnt werden.

Als unbefriedigend wird insoweit bewertet, dass das Fernabsatzrecht nicht sämtliche Fernabsatzverträge erfasst (ausgenommen sind die in § 312b Abs. 3 BGB genannten Verträge) und nicht für sämtliche Fälle ein Widerrufsrecht vorsieht (Ausnahmen gemäß § 312d Abs. 4 BGB). Zur Eindämmung unerlaubter Werbeanrufe ließe sich daran denken, einzelne bzw. alle Ausnahmen ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen, wenn dem Vertragsschluss ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG vorausgegangen ist. Gegen eine generelle Rückausnahme für unzulässigerweise durch Telefonwerbung angebahnte Verträge bestehen aber erhebliche Bedenken.

Zunächst ist hervorzuheben, dass sich das verschuldensunabhängige Widerrufsrecht, welches der besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei Fernabsatzgeschäften Rechnung trägt, aus systematischen Gründen grundsätzlich nicht als Sanktion für wettbewerbswidrige Werbeanrufe eignet. Durch eine generelle Rückausnahme von den Ausnahmen (§§ 312b Abs. 3, 312d Abs. 4 BGB) für im Rahmen eines unerlaubten Werbetelefonats geschlossene Verträge würde das sehr differenzierte und die widerstreitenden Interessen der Verbraucher und Unternehmer ausgleichende System im Fernabsatzrecht in eine Schiefelage gebracht. Die Ausnahmen beruhen auf sachlichen Gründen und sind grundsätzlich gerechtfertigt. Ihre generelle Beseitigung würde jedenfalls die sich redlich verhaltenden Unternehmen unangemessen benachteiligen; seitens der Fernabsatzbranche dürfte deshalb mit nicht unerheblichem Widerstand zu rechnen sein. Der Gesetzgeber könnte sich dem Vorwurf aussetzen, sachgerechte Ausnahmen zu Lasten aller Anbieter einzuschränken, weil er nicht in der Lage ist, zielgerichtet gegen die „schwarzen Schafe“ vorzugehen, die unzulässige Telefonwerbung betreiben.

Kein Widerrufsrecht besteht allerdings unter anderem bei Fernabsatzverträgen zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB) und zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen (§ 312d Abs. 4 Nr. 4 BGB). Diese Ausnahmen sind zwar grundsätzlich gerechtfertigt, weil der Verbraucher dem Unternehmer hier nach Aus-

übung des Widerrufsrechts nur einen Gegenstand zurückgeben kann, der für den Unternehmer wertlos ist (alte Zeitung; Los, das sich als Niete erwiesen hat). Es sprechen aber deutliche Anzeichen dafür, dass gerade Geschäfte, die von diesen Ausnahmetatbeständen erfasst werden, in großem Umfang Gegenstand unerlaubter Telefonwerbung sind. Wenngleich eine vollständige Abschaffung dieser Ausnahmen aus den genannten Gründen nicht in Betracht kommt, sollte geprüft werden, ob eine Rückausnahme für den Bereich telefonisch geschlossener oder aber zumindest im Zuge unerlaubter Werbetelefonate geschlossener Verträge unter Berücksichtigung der Interessen redlicher Unternehmer geeignet erscheint, dem Missstand unerlaubter Telefonwerbung in signifikantem Umfang entgegenzuwirken.

c) Ergebnis

Die Bundesregierung wird daher unter Beteiligung der betroffenen Kreise kurzfristig untersuchen, in welchem Ausmaß unerlaubte Werbeanrufe Geschäfte im Sinne der Nummern 3 und 4 des § 312d Abs. 4 BGB zum Gegenstand haben. Sollte sich bestätigen, dass gerade solche Geschäfte in erheblichem Umfang Gegenstand unerlaubter Telefonwerbung sind, wird sie weiter prüfen, ob und wie unter Berücksichtigung der Interessenlage redlicher Unternehmen erfolgversprechend durch angemessene Änderungen bei den Widerrufsregelungen im Fernabsatzrecht Abhilfe geschaffen werden kann.

4. Stärkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG

Aus verbraucherpolitischer Sicht wird teilweise gefordert, der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG müsse effizienter ausgestaltet und hierzu so ausgeweitet werden, dass er in Fällen grober Fahrlässigkeit greife.

Es trifft zu, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG eine vorsätzliche Begehung der Verletzungshandlung voraussetzt. Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis des Vorsatzes nur für den Wettbewerbsverstoß gilt, im vorliegenden Zusammenhang also für den unerlaubten Werbeanruf. Werbeanrufe erfolgen regelmäßig vorsätzlich und werden deshalb im Regelfall bereits von der geltenden Regelung erfasst. Zudem war der Verschuldensmaßstab des § 10 UWG Gegenstand gegensätzlicher Auffassungen bei der UWG-Reform von 2004, was eine gesetzgeberische Initiative in diesem Bereich wenig aussichtsreich erscheinen lässt.

Demgegenüber hält es die Bundesregierung für zielführender, das Kostenrisiko derjenigen Verbände zu reduzieren, die den Gewinnabschöpfungsanspruch geltend machen können.

Hierzu hat das Bundesministerium der Justiz durch einen – an das Bundesverwaltungsamt gerichteten und jetzt für das Bundesamt für Justiz geltenden – Erlass vom 1. Dezember 2006 bestimmt, dass die Kosten für die Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern als notwendige Aufwendungen im Sinne von § 10 Abs. 4 UWG geltend gemacht werden können. Mit dieser Maßnahme entfällt das Kostenrisiko der Verbände, die die abgeschöpften Gewinne an die Bundeskasse abführen müssen.

5. Gewerberechtliche Aspekte

Teilweise wurde in der Diskussion die Frage gestellt, inwieweit gewerberechtlich gegen Call-Center-Betreiber vorgegangen werden könne, in deren Unternehmen gegen das Verbot unerlaubter Werbeanrufe verstoßen wird.

Der Betrieb eines Call-Centers ist an sich grundsätzlich erlaubnisfrei. Die Aufnahme des Gewerbebetriebs ist lediglich der zuständigen Behörde anzuzeigen (§ 14 Abs. 1 GewO). Die gewerberechtlichen Eingriffsmöglichkeiten beschränken sich daher auf die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 Abs. 1 GewO. Voraussetzung dafür ist, dass Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, und dass die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Artikel 12 GG) muss allerdings der Ultima-ratio-Charakter der Gewerbeuntersagung beachtet werden. Bislang wurde nur eine gerichtliche Entscheidung veröffentlicht, in der auf gewerberechtlicher Grundlage der Betrieb eines Call-Centers untersagt wurde (VG Oldenburg, Beschluss v. 22. Mai 2000 – 12 B 1413/00).

Nach allgemeinen Grundsätzen ist unzuverlässig, wer nach dem Gesamtbild ihres oder seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass sie bzw. er das ausgeübte Gewerbe ordnungsgemäß betreiben wird. Wettbewerbsverstöße des Gewerbetreibenden wie etwa Verstöße gegen das UWG kommen als Untersagungsgrund nur ausnahmsweise in Betracht. Das Wettbewerbsrecht weist die Wahrung der geschützten Interessen grundsätzlich der Eigeninitiative und Dispositionsfreiheit der betroffenen Mitbewerber und Verbände zu. Aus diesem Grund und um zu verhindern, dass sich die Verwaltungsgerichte mit der sehr spezifischen Beurteilung von Wettbewerbsverstößen zu befassen hätten, wird im Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten, Wettbewerbsverstöße seien überhaupt nur dann als Untersagungsgrund anzuerkennen, wenn sie gleichzeitig Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten darstellten.

Nach der Rechtsprechung können Wettbewerbsverstöße allerdings auch dann als Grund für eine Untersagung in Betracht kommen, wenn das unlautere Verhalten einen großen Umfang angenommen hat und der Kern der gewerblichen Tätigkeit gerade darin besteht, sich in einer gegen das UWG verstoßenden Weise wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen (VG Arnsberg, Urteil vom 6. November 2002 – 1 K 5028/1 –, GewArch 2003, 298, zur Gewerbeuntersagung wegen der Versendung rechnungsähnlich aufgemachter Angebotsschreiben für die Eintragung in ein wertloses Register). Ob diese Voraussetzungen bei Call-Centern vorliegen, die unerwünschte Telefonwerbung betreiben, wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Pflicht von Call-Center-Betreibern, die für die Überwachung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie eine Betretungsbefugnis der Behörden nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 GewO regelmäßig erst dann bestehen wird, wenn ein Untersagungsverfahren nach § 35 GewO bereits eingeleitet worden ist. Dies setzt voraus, dass für die Behörde aus anderer Quelle – etwa aufgrund von Beschwerden oder Pressenotizen – Anzeichen erkennbar sind, dass die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GewO vorliegen. An derartigen Informationen wird es jedoch in den meisten Fällen fehlen, da die Verbraucher aus den bereits dargestellten Gründen nicht in der Lage sein werden, belästigende Anrufe einem bestimmten Call-Center zuzuordnen.

Denkbar wäre auch, dass ein Einschreiten gegen unerwünschte Telefonwerbung auf landesrechtliche polizeiliche Generalklauseln gestützt werden könnte. Soweit abschließende Regelungen des Bundesrechts über die Gewerbezulassung nicht betroffen sind und nur Anordnungen zur Art und Weise der Gewerbeausübung getroffen werden sollen, kommt grundsätzlich ein Rückgriff auf landesrechtliches Polizei- und Ordnungsrecht in Betracht; § 1 Abs. 1 GewO steht dem nicht entgegen. Allerdings reicht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die polizeiliche Generalermächtigung als Grundlage für einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nicht aus, wenn es der Sache nach darum geht, eine verbreitete neue Erscheinungsform der Berufsausübung unter Berücksichtigung einer Mehrzahl verschiedener Interessen abwägend zu beurteilen, da eine solche Bewertung grundsätzlich dem Gesetzgeber obliegt (BVerwGE 10, 164; 115, 189).

Den Bestimmungen der §§ 3, § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 2 UWG lässt sich zwar eine solche abwägende Beurteilung des Gesetzgebers dahingehend entnehmen, dass die Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung unzulässig sein soll; zugleich hat der Gesetzgeber jedoch in den §§ 8 ff. UWG bereits ein differenziertes Sanktionen-

system für Verstöße vorgesehen. Ob neben diesem Sanktionensystem der Rückgriff auf polizeiliche Generalklauseln möglich bleibt, erscheint zumindest fraglich.

6. Bessere Verbraucheraufklärung und Bündelung vorhandener Ressourcen

Ein Problem bei der Durchsetzung des bestehenden Verbots unerwünschter Telefonwerbung liegt in der Notwendigkeit, dass Verbraucherinnen und Verbraucher selbst tätig werden müssen, um die bestehenden Ansprüche gegen die Anrufer durchzusetzen. Dies kann mit einer nicht unerheblichen Belastung verbunden sein, ebenso wie die sich anschließende Belastung der nach dem UWG anspruchsberechtigten Stellen, sowohl im Hinblick auf das Prozesskostenrisiko als auch hinsichtlich der einzusetzenden personellen Ressourcen.

Vor diesem Hintergrund hat die bisherige Diskussion zu einem mittlerweile breiten Konsens über die Notwendigkeit geführt, die vorhandenen Ressourcen z. B. in den Verbraucherzentralen, in der Wettbewerbszentrale und in der BNetzA sowie in der werbenden Wirtschaft selbst zu bündeln und auf diese Weise zu einer besseren Durchsetzung des geltenden Rechts und zu einer besseren Bekämpfung unerlaubter Werbeanrufe beizutragen. Im Hinblick auf die Reduzierung des Prozesskostenrisikos hat die Bundesregierung durch den bereits erwähnten Erlass vom 1. Dezember 2006 dazu beigetragen, das Kostenrisiko der Verbände bei der Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs erheblich zu reduzieren.

Ziel einer Kooperation von Verbraucherzentralen, Wettbewerbszentrale, BNetzA und werbender Wirtschaft sollte zunächst sein, die Verbraucher über das geltende Recht aufzuklären und für die Notwendigkeit zu sensibilisieren, selbst zu einer erfolgreichen Rechtsverfolgung beizutragen. Letztlich sind es die Angerufenen allein, die über den jeweiligen Sachverhalt Auskunft geben können und insoweit die erforderlichen Nachweise liefern können. Verbraucher sollten zudem die Möglichkeit der Rufnummer-Sperrung durch die BNetzA (gestützt auf § 67 TKG) kennen und ebenso die bei besonders intensiven Belästigungsfällen in Betracht zu ziehende Möglichkeit, für die Zukunft eine Fangschaltung zu beantragen. Hierzu bedarf es intensiver Aufklärungsarbeit in der Öffentlichkeit.

Zudem dürfte eine ernsthafte Kooperation dazu führen, die Selbstregulierung der Wirtschaft zu aktivieren. Beispielhaft erwähnt sei hier, dass der Deutsche Direktmarketing Verband e. V. (DDV) seine Bereitschaft erklärt hat, mit den Verbraucherzentralen unmittelbar zusammenzuarbeiten, um effektive Maßnahmen gegen „schwarze Schafe“ unter den Mitgliedsunternehmen durchführen zu können. Eine „Telefonmarketing-Beschwerdestelle“ der Werbewirtschaft kann

als Instrument dienen, Beweise über wettbewerbswidriges Verhalten bestimmter Unternehmen zu sammeln. Die im Mai 2007 auf dem Call Center-Forum Deutschland e. V. von der Branche beschlossene Einrichtung einer zentralen Anlaufstelle für Verbraucherbeschwerden über unerlaubte Telefonwerbung sowie der dort ebenfalls beschlossene so genannter „Ehrenkodex“ für Mitgliedsunternehmen sind insoweit erste Schritte in die richtige Richtung.

Durch engmaschigen Informationsaustausch lässt sich erkennen und dokumentieren, wenn bestimmte Unternehmen wiederholt oder sogar systematisch gegen das Verbot unerwünschter Werbeanrufe verstoßen. Auf diese Weise kann bei gerichtlicher Geltendmachung der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche gegen ein derartiges Unternehmen im Sachvortrag dargelegt werden, dass Ordnungsgelder nicht nur im Hinblick auf einen ersten einzelnen Anruf eines Unternehmens geboten sind, sondern eine spürbarere Sanktion erforderlich ist. Unter Berücksichtigung des nach geltendem Recht bestehenden Rahmens für Ordnungsgelder – nach § 890 ZPO liegt die Obergrenze bei 250.000 Euro – ist in derartigen Fällen ein der Höhe nach empfindliches Ordnungsgeld möglich.

Ein weiterer Ansatz der Kooperation könnte sein, ein Zertifizierungssystem zu entwickeln, mit dem sich seriös arbeitende Call-Center als solche kennzeichnen können und welches Wirtschaftsunternehmen bei der Auswahl der von ihnen beauftragten Call-Center eine Orientierungshilfe gibt. Von Seiten der Direktmarketing-Branche ist die Bereitschaft erklärt worden, sich entsprechend zu engagieren. Werbende Unternehmen können selbst kein Interesse daran haben, mit unerlaubter Telefonwerbung in Verbindung gebracht zu werden. Daher erscheint es notwendig, dass sich die werbende Wirtschaft mit dem bereits bestehenden Zertifizierungsmodell des DDV sowie mit der Initiative des CCF auseinandersetzt und diese – idealerweise in Zusammenarbeit mit den Verbraucherverbänden – weiterentwickelt.

Die Bundesregierung hält eine Bündelung der vorhandenen Ressourcen im vorstehend skizzierten Sinn für sehr wichtig und erhofft sich von derartigen Initiativen eine effektive Verbesserung bei der Durchsetzung des bestehenden Rechts.

IV. Handlungsvorschlag

Die Bundesregierung hält es unter Berücksichtigung der dargestellten Sach- und Rechtslage für geboten, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der ein bußgeldbewehrtes Verbot der Rufnummernunterdrückung sowie eine Bußgeldbewehrung des bestehenden Verbots in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG enthält. Die Regelungen sollen zunächst befristet eingeführt und innerhalb von zwei Jahren nach ihrem In-Kraft-Treten auf ihre generalpräventive Wirkung und tatsäch-

liche Durchsetzbarkeit sowie etwaigen weitergehenden gewerbe- oder zivilrechtlichen Handlungsbedarf hin evaluiert werden. Weiterhin wird sich die Bundesregierung an der notwendigen Verbraucherinformation beteiligen.