

Stellungnahme

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung

22. April 2008

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.100 Unternehmen, davon 850 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

1 Allgemein

BITKOM teilt das Interesse der Ministerien, missbräuchliches Telefonmarketing durch einzelne „schwarze Schafe“ einzudämmen. Wir bewerten es allerdings als kritisch, dass durch die den Gesetzentwurf begleitende Diskussion in der öffentlichen Wahrnehmung die Telekommunikationsbranche sowie das Instrument des Telefonmarketing insgesamt unter einen Generalverdacht gestellt werden. Telefonmarketing ist und bleibt ein wichtiges Instrument der Kundenansprache und darf seriösen Marktteilnehmern nicht allein aufgrund missbräuchlicher Anwendung einzelner Unternehmen aus der Hand geschlagen bzw. durch überhöhte, unpraktikable Anforderungen faktisch verhindert werden.

BITKOM betont außerdem nachdrücklich, dass Unternehmen selbstverständlich selbst daran interessiert sind, ihre Kunden nicht zu verärgern. Schwarze Schafe – die übermäßig und belästigend, oftmals auch rechtswidrig Telefonwerbung betreiben – gibt es wie bei anderen Werbeformen auch. Allerdings gibt es auch jetzt bereits wirksame Sanktionen: z.B. den Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbraucherverbände oder das Wettbewerbsrecht als Waffe der Wettbewerber. Hinzu kommen Beschwerdestellen der Wirtschaft für Verbraucher.

2 Artikel 1, Änderungen des BGB

BITKOM begrüßt, dass der Entwurf durch die vorgesehenen Änderungen des BGB den im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Vorschlägen, sämtliche telefonisch geschlossenen Verträge als schwebend unwirksam einzuordnen, eine klare Absage erteilt. Eine derartige Regelung würde erheblichen verfassungsrechtlichen, europarechtlichen, zivilrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegnen.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel. +49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Dr. Kai Kuhlmann
Bereichsleiter Recht
Tel. +49. 30. 27576-131
Fax +49. 30. 27576-139
k.kuhlmann@bitkom.org

Präsident
Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung
Seite 2

3 Artikel 2, Änderungen des UWG

3.1 § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, ausdrückliche Einwilligung

In seiner neuen Fassung sollen dem Wort „Einwilligung“ des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die Worte „vorherige ausdrückliche“ vorangestellt werden, um angeblich präziser klarzustellen, dass Werbeanrufe nur dann zulässig sind, wenn der Verbraucher ausdrücklich vorher eingewilligt hat, und nicht schon, wenn sich eine Einwilligung schlüssig aus seinem Verhalten ergibt (so die Begründung, S. 5). Im Ergebnis geht es damit um eine Verschärfung des bereits heute im europäischen Vergleich äußerst strengen deutschen Rechts im Bereich der Telefonwerbung. Dort wo eigentlich in Teillaspekten unter Aufrechterhaltung eines hohen Verbraucherschutzniveaus eine Korrektur notwendig wäre, wird einseitig einer Verschärfung das Wort geredet.

Bislang reicht bei einer Werbung mittels Telefonanrufen neben der ausdrücklichen Einwilligung auch eine stillschweigende Einwilligung des Verbrauchers aus. Allerdings setzte die BGH-Rechtsprechung zu Telefonwerbung der Annahme einer stillschweigenden Einwilligung aufgrund schlüssigen Verhaltens enge und klar konturierte Grenzen. Zur Verdeutlichung anhand von Beispielen: Als nicht ausreichend angesehen wurde vom BGH das Bestehen einer Geschäftsbeziehung; die Angabe der Telefonnummer auf einem Auftragsformular, soweit nicht durch besondere Umstände ersichtlich ist, dass der Kunde über die Abwicklung des bestehenden Vertragsverhältnisses hinaus weitergehende Informationen wünscht; ebenfalls nicht ausreichend ist die schriftliche Bitte auf einer Antwortkarte um die Zusendung von Informationsmaterial ohne Angabe der Telefonnummer.

Diese restriktive Auslegung der konkludenten Einwilligung durch die Rechtsprechung berücksichtigt in angemessener und differenzierter Art und Weise vollumfänglich das Verbraucherinteresse. Für den BITKOM ist daher nicht nachvollziehbar, dass eine Streichung der Möglichkeit einer konkludenten Einwilligung zu einem höheren oder effektiveren Verbraucherschutz führen soll.

Laut der Begründung (S. 11) ist die Ergänzung notwendig, um den (aus BITKOM Sicht überflüssigen; nachfolgend 3.2) Bußgeldtatbestand so zu formulieren, dass er dem straf- und bußgeldrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt. Dem Bedenken, der Bußgeldtatbestand sei andernfalls zu unbestimmt, könnte jedoch auch auf andere Weise begegnet werden, zum Beispiel dadurch, dass die von der Rechtsprechung herausgebildeten Kriterien für eine wirksame konkludente Einwilligung in gesetzlichen Regelungen abgebildet werden.

Einer Korrektur bzw. einer Klarstellung durch den Gesetzgeber bedarf nach Auffassung des BITKOM das Thema der "Einwilligung durch AGB".

Stellungnahme

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung

Seite 3

Nach der Rechtsprechung des 4. Zivilsenates (vgl. BGHZ 141, 137, 149 = NJW 1999, 2279) sowie des 11. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 141, 124, 128 = NJW 1999, 1864) schließt der vorrangige Schutz der Privatsphäre des angerufenen Verbrauchers wegen der mit Werbeanrufen verbundenen Beeinträchtigung eine vorformulierte Einwilligung in die Telefonwerbung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen generell aus.

Dieser Auffassung kann in dieser Absolutheit nicht zugestimmt werden. Vielmehr gebührt der Auffassung der Vorzug, dass nur diejenige vorformulierte Einverständniserklärung zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, die eine über die Belange des bereits bestehenden bzw. des konkret anzubahnenden Vertrages hinausgehende Telefonwerbung umfasst (vgl. BGH a.a.O. – Telefonwerbung VI; ebenso Hefermehl/Bornkamm/Köhler, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. § 7 Rn. 47).

3.2 § 20 UWG, Ordnungswidrigkeit und Bußgeld

Parallel zu den drohenden Konsequenzen wettbewerbsrechtlicher Verfahren oder den Verfahren nach dem UKlaG wird die unerlaubte Telefonwerbung als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro belegt (§ 20 n. F.).

BITKOM ist der Ansicht, dass die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten der Verbraucher und der im Verbraucherschutz tätigen Verbände ausreichen. Bereits jetzt hat auch der einzelne Verbraucher die Möglichkeit, sowohl die Verletzung eigener Rechte (allgemeines Persönlichkeitsrecht, §§ 823, 1004 BGB) als auch über Interessenverbände Verstöße geltend zu machen, über die auf direktem Wege die Erlangung eines Unterlassungstitels erwirkt werden kann. Die bei einem Verstoß gegen einen Unterlassungstitel drohenden Ordnungsmittel in Höhe von bis zu 250.000 Euro stellen bereits eine ausreichende Abschreckung dar, die ein Unternehmen empfindlich treffen können. Einer zusätzlichen Bußgeldandrohung bedarf es daher nicht.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit zu Recht und mit wohlüberlegten Gründen eine zusätzliche behördliche Marktaufsicht im Bereich des UWG abgelehnt und auf eine Marktregulierung durch die Wettbewerber und die im Verbraucherschutz tätigen Verbände (die in erheblichem Umfang mit öffentlichen Mitteln finanziert werden) vertraut, da die behördliche Marktaufsicht letztlich dem wichtigen Ziel des Bürokratieabbaus diametral entgegensteht. Ein Nebeneinander von zivilrechtlichen Durchsetzungsmechanismen und einem staatlichen Sanktionssystem führt aber nicht nur zu zusätzlich entstehendem bürokratischen Aufwand sondern auch zu einer Aufspaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten, mit all seinen negativen Folgen wie etwa Rechtsunsicherheit und divergierender Rechtsprechung.

Für Deutschland war und ist - wie gerade auch das am 19.12.2006 in Kraft getretene Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz belegt - die Durchsetzung von wirtschaftlichem (nicht von vorsorgendem gesundheitlichem) Verbraucherschutz primär durch die Einbindung privatrechtlicher Organisationen prägend. So sieht das Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz ausdrücklich vor, dass die zuständige

Stellungnahme

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung

Seite 4

Behörde, bevor sie selbst aktiv wird, einen geeigneten Dritten mit der Durchsetzung der Verbraucherrechte beauftragen soll. Soll dieser Politikansatz jetzt nicht mehr gelten?

Nicht nachvollziehbar ist zudem, dass neben dem umfangreichen Kanon der bereits jetzt „zuständigen Behörden“ (Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Luftfahrt-Bundesamt sowie die nach Landesrecht zuständigen Behörden) on Top auch noch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen Zuständigkeiten erhält.

4 Artikel 3, Änderungen des TKG

4.1 § 3 Nr. 10 b, kommerzielle Kommunikation

Nach Ansicht des BITKOM ist das Merkmal „mittelbare Förderung des Absatzes“ zu weitgehend. Als „mittelbare Förderung des Absatzes“ könnte jeder Anruf bewertet werden, der – trotz des Fehlens einer kommerziellen Absicht des Anrufenden – zu einer positiven Bindung an das anrufende Unternehmen führt. Bestimmte vertragsnahe Serviceanrufe bei eigenen Kunden müssen jedoch weiterhin sanktionslos möglich sein (bsp. Quality Calls, Kündigungsbestätigungen).

Bei § 3 Nr. 10 b sollten daher die Worte „oder mittelbaren“ gestrichen werden. Hilfsweise oder ergänzend sollte dies in der Gesetzesbegründung klargestellt werden.

4.2 § 102 Abs. 1 TKG, Verbot der Rufnummernunterdrückung

BITKOM weist auf Grund seiner branchenspezifischen Erfahrungen nachdrücklich darauf hin, dass das Verbot der Rufnummerunterdrückung den Aufbau neuer Prozessabläufe sowie erhebliche kostenträchtige Prozess- und Systemumstellungen auf Seiten der Callcenter und Anbieter notwendig macht (Beispiel: technische und organisatorische Verknüpfung der Outbound-Callcenter mit den Inbound-Callcentern wegen der Rückrufmöglichkeit des Kunden). Den Unternehmen sollte daher unbedingt eine Übergangsfrist eingeräumt werden. Angemessen und praxisgerecht erscheinen 12 Monate.