

BW	BY	BE	BB	HB	HH	HE	MV	NI	NW	RP	SL	SN	ST	SH	TH

⋮

Antrag des Freistaates Bayern und des Landes Nordrhein-Westfalen

## **Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung**

BR-Drs. 557/10

Zu Artikel 1 (§ 312b1 -neu- BGB)

Artikel 1 ist wie folgt zu fassen:

### **'Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, S. 2909 und BGBl. I 2003, S. 738), das zuletzt durch Artikel 27 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 312b BGB die Angabe "§ 312b1. Vertragsschluss bei Telefonwerbung" eingefügt.
2. Nach § 312b wird folgender § 312b1 eingefügt:

"§ 312b1

Vertragsschluss bei Telefonwerbung

(1) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher fernmündlich gegenüber einem Unternehmer abgibt, wird nur wirksam, wenn der Verbraucher sie binnen zwei Wochen nach dem Telefongespräch gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt. Das gilt nicht, wenn das Telefongespräch nicht von dem Unternehmer zu Werbezwecken veranlasst worden ist oder der Verbraucher in einen Telefonanruf des Unternehmers in Textform eingewilligt hat.

(2) Wird die Willenserklärung des Verbrauchers nach Absatz 1 Satz 1 nicht wirksam, so findet § 241a auf Leistungen des Unternehmers, die aufgrund des Telefongesprächs erbracht wurden, entsprechende Anwendung." '

Folgeänderungen:

- a) Der bisherige Artikel 1 wird Artikel 2.
- b) Der neue Artikel 2 ist wie folgt zu ändern:
  - aa) Nummer 2 ist zu streichen.
  - bb) Die bisherige Nummer 3 wird Nummer 2.
- c) Der bisherige Artikel 2 wird Artikel 3.
- d) Das Vorblatt, Abschnitt "B. Lösung" ist wie folgt zu fassen:

"Zur wirksamen Bekämpfung unerwünschter Telefonwerbung reicht deren Verbot als unlauteres Geschäftsgebaren und dessen ordnungsrechtliche Bewehrung nicht aus. Um die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher vor der typischen Überrumpelungssituation unerwünschter Werbeanrufe zu schützen,

sind auch vertragsrechtliche Sanktionen geboten, die zugleich die wirtschaftliche Attraktivität unerwünschter Telefonwerbung effektiv mindern sollen.

Die vorgesehene "Bestätigungslösung" soll die Wirksamkeit von Verträgen, die bei Gelegenheit ungebetener Werbeanrufe zustande kommen, künftig an eine ausdrückliche und formgerechte Bestätigung des Verbrauchers knüpfen. Diese Bedingungen schützen nicht nur den Verbraucher. Sie eröffnen auch die Möglichkeit, wirksamer als bisher gegen "schwarze Schafe" des Telefonmarketing vorzugehen, und unterstützen dadurch gleichzeitig redliche Mitbewerber."

e) Die allgemeine Begründung ist wie folgt zu fassen:

#### **"A. Allgemeines**

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2413) sollte die massenhafte Belästigung von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch unerlaubte Telefonwerbung eingedämmt werden, indem die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit von Werbeanrufen verschärft wurden. Diese Maßnahmen haben sich jedoch als nicht hinreichend effektiv erwiesen.

Die Verbraucherzentralen haben nach eigenen Angaben zwischen März und November 2010 fast 80.000 Beschwerden wegen unerwünschter Werbeanrufe registriert (vgl. Erhebung "Unerlaubte Telefonwerbung" der Verbraucherzentralen – Bundesweiter Abschlussbericht, Dezember 2010). Bei der Bundesnetzagentur gingen in den ersten zwölf Monaten nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung rund 80.000 Eingaben von Verbraucherinnen und Verbrauchern zur unerlaubten Telefonwerbung ein. Bis 2009 betrug die Zahl der Beschwerden bei den Verbraucherzentralen rund 60.000 pro Jahr (vgl. BT-Drs. 16/10734, S. 9).

Das Bundesministerium der Justiz hat das Gesetz vom 29. Juli 2009 evaluiert und am 31. Januar 2011 hierzu einen Bericht vorgelegt. Dessen Ergebnisse lassen sich dahin zusammenfassen, dass die Zahl der nach § 7 Absatz 2 UWG unzulässigen Anrufe bei Verbrauchern (*cold calls*) im Laufe des Jahres 2010 eher abgenommen hat. Dies gilt namentlich für den Bereich Telekommunikationsdienstleistungen und die Zeitungs- und Zeitschriftenbranche. Dagegen sind betrügerische Anrufe vor allem bei Gewinnmitteilungen, aber auch im Bereich der Vermittlung von Gewinnspielen, Lotterien und Wetten tendenziell häufiger geworden. Zudem wurde im Untersuchungszeitraum in über 40.000 Beschwerden die Verwendung automatischer Ansagemaschinen bei Werbeanrufen (§ 7 Absatz 2 Nummer 3 UWG) beanstandet.

Ein signifikanter Rückgang von unerlaubter Telefonwerbung durch die Neuregelung kann nach alledem bisher nicht festgestellt werden.

Ziel des vorliegenden Gesetzentwurfs ist es, unerlaubte Telefonwerbung nicht nur mit Hilfe des Wettbewerbsrechts, sondern auch mit vertragsrechtlichen Instrumenten zu bekämpfen. Unseriöse Unternehmen sollen daran gehindert werden, im Rahmen eines Werbeanrufs dem Verbraucher Verträge unterzuschieben. Daher soll die Wirksamkeit telefonischer Vertragsabschlüsse eines Verbrauchers mit einem ihn anrufenden Unternehmer grundsätzlich an eine formbedürftige Bestätigung des Verbrauchers gebunden werden (so genannte Bestätigungslösung).

#### I. Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Unseriöse Unternehmen rufen massenhaft Verbraucher an, ohne dass diese zuvor in solche Anrufe eingewilligt haben und ohne dass eine geschäftliche Beziehung zwischen dem Unternehmen und den Kunden besteht. Ein Großteil derartiger Anrufe zielt darauf ab, Verbraucherinnen und Verbraucher dazu zu bewegen, sich gegen ein erhebliches monatliches Entgelt in Listen zur Teilnahme an diversen Gewinnspielen eintragen zu lassen (vgl. Erhebung "Unerlaubte Telefonwerbung" der Verbraucherzentralen – Bundesweiter Abschlussbericht, S. 4).

Das bei Fernabsatzgeschäften regelmäßig bestehende Widerrufsrecht des Verbrauchers bietet hier keinen zuverlässigen Schutz. Denn vielfach wird von unseriös handelnden Unternehmern später behauptet, der Widerruf sei gar nicht oder nicht fristgerecht erfolgt, obwohl der Verbraucher versucht hat, sich von dem (vermeintlichen) Vertrag zu lösen. Die Erfahrung zeigt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher durch Täuschung, Druck und Einschüchterung in einem Ausmaß zu Zahlungen veranlasst werden können, das solches Geschäftsgebaren durchaus lukrativ erscheinen läßt.

Solchen Anrufen kann dadurch entgegengewirkt werden, dass der Verbraucher durch eine telefonisch abgegebene Willenserklärung zum Vertragsschluss nicht gebunden wird, solange er diese nicht in Textform bestätigt hat. Dem Verbraucher kann dadurch auch die Unsicherheit genommen werden, ob er einen Vertrag abgeschlossen hat, etwa weil er auf eine Frage am Telefon mit "Ja" geantwortet hat, die er selbst für unverfänglich hielt, die nun aber die Annahme eines Angebots bedeuten soll. Auch Fällen, in denen der Unternehmer in einer "Auftragsbestätigung" einen Vertragsschluss schlicht behauptet, kann so entgegengewirkt werden.

Dem engen sachlichen Zusammenhang mit der Vorschrift des § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG, wonach bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung eine unzulässige unzumutbare Belästigung von Marktteilnehmern anzunehmen ist, wird durch einen weitgehenden Gleichlauf der Tatbestandsmerkmale Rechnung getragen. Die so genannte Bestätigungslösung betrifft die Frage des Vertragsschlusses bei solchen Fernabsatzgeschäften und soll deshalb unmittelbar im Anschluss an die Grundnorm des § 312b BGB geregelt werden.

Die Regelung des § 312b1 Absatz 1 BGB-E wird in ihrer Wirkung verstärkt durch die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 241a BGB über die Lieferung unbestellter Waren und Leistungen. Kommt ein wirksamer Vertrag nicht zu-

stande, dann werden die Parteien so gestellt, als habe der Verbraucher überhaupt keine Bestellung abgegeben.

## II Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Ein Werbeanruf ist nach bisheriger Rechtslage gemäß § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG dann unzulässig, wenn der Verbraucher "ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung" angerufen wird. Eine Form der Einwilligung ist nicht vorgeschrieben. Dies hat dazu geführt, dass Unternehmen behaupten, die Verbraucher hätten bereits zu einem früheren Zeitpunkt am Telefon ihr Einverständnis mündlich erklärt. Die gegenteilige Behauptung ist dem Verbraucher erheblich erschwert, weil die seinerzeitigen Erklärungen regelmäßig nicht dokumentiert sind. Zudem erschleichen sich Unternehmen die Einwilligung in einem ersten unerwünschten Anruf mit der Nachfrage, ob man sich noch einmal melden dürfe, worauf die Verbraucher in der Hoffnung, das Telefonat rasch beenden zu können, eingehen. In einem zweiten Anruf können die Unternehmen sich dann auf die abgenötigte Einwilligung berufen. Der Gesetzentwurf sieht deshalb vor, dass die Einwilligung in Werbeanrufe in Textform erfolgen muss.

Dadurch wird auch die Beweislage in Bußgeldverfahren bei Verstößen gegen § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG erheblich verbessert. Die nach § 20 Absatz 3 UWG zuständige Bundesnetzagentur (BNetzA) muss nun nicht mehr aufwendig die Behauptung des Unternehmers widerlegen, die Verbraucher hätten in die Werbeanrufe mündlich eingewilligt. Zur Verstärkung der Abschreckungswirkung soll außerdem der Bußgeldrahmen erhöht werden."

f) Die Einzelbegründung zu Artikel 1 ist wie folgt zu fassen:

### **"Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches)**

#### **Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)**

Die Inhaltsübersicht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist an die Einfügung des § 312b1 BGB anzupassen.

### **Zu Nummer 2 (§ 312b1 BGB-E)**

Nach § 312b1 BGB-E soll ein wirksamer Vertragsschluss in Fällen der Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher nur dann zustande kommen, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung binnen zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer in Textform bestätigt. Die Vorschrift stimmt tatbestandlich teilweise mit § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG überein, knüpft aber ihre vertragsrechtlichen Folgen nicht an eine lauterkeitsrechtliche Missbilligung, sondern an die Überrumpelungssituation, in die der Verbraucher durch einen unerwarteten Werbeanruf in der Regel gebracht wird. Eine in dieser Situation abgegebene Vertragszusage des Verbrauchers soll erst unter weiteren Bedingungen wirksam werden, die dem Verbraucher eine angemessene Überlegungsfrist garantieren.

#### Zu Absatz 1

Der Tatbestand des Absatz 1 verlangt einen vom Unternehmer zu Werbezwecken veranlassten Telefonanruf, in den der Verbraucher nicht eingewilligt hat (vgl. die Parallele zu § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG).

#### Zu Satz 1

Mit der Anknüpfung an das Merkmal der Veranlassung werden auch andere Fallgestaltungen erfasst, in denen die Gefahr einer Überrumpelung besteht. Das betrifft etwa Fälle, in denen die Kunden durch die auf dem Anrufbeantworter hinterlassene Nachricht eines angeblichen Gewinns zu einem Rückruf veranlasst werden. Auch hier kann der Verbraucher aufgrund der vorangegangenen Täuschung von der ihm bei dem Rückruf unerwartet überbrachten Offerte von Waren oder Dienstleistungen ähnlich überrascht sein, wie wenn der Unternehmer selbst den Anruf getätigt hat.

Die Regelung gilt damit grundsätzlich auch dann, wenn zwischen den Parteien bereits eine laufende Geschäftsbeziehung besteht. Denn auch bei Langzeitverträgen, etwa im Telekommunikations- oder Energielieferungsbereich, kann ein unangekündigtes telefonisches Vertragsänderungsangebot des Unternehmers

für den Verbraucher überraschend kommen und die Überrumpelungssituation erzeugen, in der er geschützt werden soll.

Rechtsfolge der in Satz 1 beschriebenen Vertragssituation ist die schwebende Unwirksamkeit der vom Verbraucher abgegebenen Vertragserklärungen bis zu ihrer nachträglichen Bestätigung. Die Bestätigung muss in Textform erfolgen, wodurch das Erschleichen einer Bestätigung in einem weiteren Telefonanruf ausgeschlossen wird. Zudem kann der unseriöse Unternehmer den Verbraucher nicht dadurch unter Druck setzen, dass er eine mündliche Bestätigung behauptet.

Im Interesse der Rechtsklarheit ist die Bestätigung des Verbrauchers nur binnen eines Zeitraums von zwei Wochen seit dem Telefonat möglich. Bis dahin bleibt der Unternehmer – abweichend von § 147 Absatz 1 BGB – an seine telefonisch abgegebene Willenserklärung gebunden. Maßgeblich für die Fristwahrung ist der Zugang der Bestätigungserklärung beim Unternehmer (§ 130 Absatz 1 Satz 1 BGB). Geht die Bestätigung nicht fristgerecht ein, ist die Vertragserklärung des Verbrauchers endgültig unwirksam und der Vertrag hinfällig.

Zu Satz 2

Die besonderen Anforderungen des Satzes 1 an einen wirksamen Vertragsschluss gelten nicht, wenn der Anruf nicht Werbezwecken dient. Das ist dann der Fall, wenn er nicht das Ziel verfolgt, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern (vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, 29. Aufl., § 7 Rn. 129). Das Bestätigungserfordernis entfällt auch, wenn das Telefongespräch nicht vom Unternehmer, sondern vom Verbraucher veranlasst wurde, wobei in diesem Fall dem Anruf regelmäßig zugleich der Werbezweck fehlen dürfte. Für die in Satz 2 genannten Ausschlussstatbestände trifft den Unternehmer im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast.

Hat der Verbraucher in einen Werbeanruf des Unternehmers in Textform eingewilligt, so bedarf er des Schutzes nach § 312b1 Absatz 1 Satz 1 BGB-E nicht. Einwilligung bedeutet vorherige Zustimmung (§ 183 BGB). Dies wird durch den



Wortlaut des Gesetzesentwurfs noch einmal klargestellt. Ein nachträgliches Einverständnis mit dem Anruf genügt nicht, auch nicht, wenn es in Textform erklärt wurde. Die Einwilligung muss sich ausdrücklich auf Werbeanrufe beziehen. Satz 2 übernimmt damit die Anforderungen, die das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen für das Wettbewerbsrecht festgelegt hat, um un gerechtfertigte Eingriffe in die Privatsphäre der Angerufenen zu verhindern (BT-Drs. 16/10734, S. 12 f.), und verlangt zusätzlich die Textform (§ 126b BGB) der Einwilligung, die mit diesem Gesetzesentwurf auch in § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG eingeführt werden soll. Die Darlegungs- und Beweislast für eine formgerechte Einwilligung des Verbrauchers liegt auch hier beim Unternehmer.

Zu Absatz 2

Fehlt es an der erforderlichen und fristgerechten Bestätigung nach Absatz 1 Satz 1, kommt eine Vertragsbeziehung aufgrund des Telefonats endgültig nicht zustande. Für diesen Fall gilt nach Absatz 2 die Vorschrift des § 241a BGB entsprechend. Hat der Unternehmer daher vor Ablauf der Bestätigungsfrist schon geleistet, kann er daraus grundsätzlich keine Ansprüche gegen den Verbraucher ableiten. Diese Regelung ist vor allem auch notwendig, um den Verbraucher vor den möglicherweise nachteiligen Folgen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu bewahren, durch die er gegenüber den Rechtsfolgen eines Widerrufs schlechter gestellt würde."

- g) Die bisherige Einzelbegründung zu Artikel 1 wird Einzelbegründung zu Artikel 2 und ist wie folgt zu ändern:
  - aa) Die Einzelbegründung zu Nummer 2 ist zu streichen.
  - bb) Die Einzelbegründung zu Nummer 3 wird Einzelbegründung zu Nummer 2.

h) Die Einzelbegründung zum bisherigen Artikel 2 ist wie folgt zu fassen:

**"Zu Artikel 3**

Artikel 3 regelt das Inkrafttreten."

Begründung (nur für das Plenum):

Anforderungen an die Wirksamkeit von telefonisch geschlossenen Verträgen bedürfen aus rechtssystematischen Gründen einer Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb beschränken sich auf die Beschreibung und Präzisierung von wettbewerbswidrigen Handlungen.

Außerdem soll für den Fall, dass der Unternehmer trotz fehlender Vertragsbestätigung leistet und damit Druck auf den Verbraucher ausüben will, die Vorschrift des § 241a BGB über unbestellte Leistungen entsprechende Anwendung finden. Damit wird der Verbraucher zugleich vor den nachteiligen Folgen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung geschützt.