

ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN

Zu den Forderungen nach schärferen Sanktionen bei Telefonwerbung

Die Wettbewerbszentrale hat sich stets um der Lauterkeit des Wettbewerbs willen gegen ein ausuferndes, belästigendes Telefonmarketing und damit für ein Werbeverbot bei fehlender Einwilligung des Angerufenen ausgesprochen. Wir halten dieses Verbot auch nach wie vor für gerechtfertigt.

Die derzeit zum Teil in der Öffentlichkeit erhobenen Forderungen nach einer Verschärfung der Rechtslage scheinen aus unserer Erfahrung heraus aber zweifelhaft.

1. Auch wenn sich der betroffene Bürger vielleicht direkt und öfter an die Verbraucherzentralen als an die Wettbewerbszentrale wendet, kann das derzeit in der Öffentlichkeit erzeugte Bild eines dramatischen Ausmaßes unzulässiger Telefonwerbung nicht nachvollzogen werden: Die von Verbraucherschützern genannte Zahl von „millionenfachen“ Gesetzesbrüchen durch Telefonmarketing lässt sich nach dem Eingang von Verbraucherbeschwerden bei der Wettbewerbszentrale nicht bestätigen.

In den vergangenen Jahren lag die Zahl der Beschwerden über Telefonwerbung nur bei einigen Hundert Beschwerden pro Jahr.

Wir gehen aber von einer hohen Dunkelziffer aus, da viele Betroffene vielleicht nicht wissen, dass und wie man sich wehren kann oder aber die Mühe scheuen, Anrufe mit zu notieren, um erforderliche Nachweise zu dokumentieren.

2. Die in der Öffentlichkeit erhobenen Forderungen nach verschärften Sanktionen bei unzulässiger Telefonwerbung gehen nach den praktischen Erfahrungen der Wettbewerbszentrale sämtlich am Kern der Rechtsverfolgungsschwierigkeiten vorbei.

Es handelt sich in der Praxis um nachfolgende Erscheinungsformen:

- „normale“ Werbung, insbesondere durch Finanzdienstleister, Telekommunikationsbranche und Lotteriegesellschaften

- Gewinnspielwerbung, wobei der Erhalt eines in Aussicht gestellten Gewinns vom Erwerb des angebotenen Produktes abhängig gemacht wird (z.B. in Zusammenhang mit Zeitschriftenabonnements)
- Vorgetäuschte Marktforschung mit dem Ziel des Produktabsatzes
- Anruf mittels automatischer Anrufmaschinen, um angeblichen Gewinn mitzuteilen bzw. zur Gewinnspielteilnahme aufzufordern
- Vertragsunterschiebung, d.h. Zusendung einer Vertragsbestätigung anstatt des angekündigten Informationsmaterials, in verschiedenen Branchen

Eine erfolgreiche Durchsetzung des Telefonmarketingverbotes scheitert in all diesen Bereichen äußerst häufig an der Flüchtigkeit dieses Mediums und den damit einhergehenden faktischen (nicht rechtlichen!) Identifikations- und Dokumentationsproblemen:

- der Anruf kann nicht nachweisbar einem bestimmten Anbieter zugeordnet werden (der betroffene Verbraucher erinnert sich nicht genau, keine Rufnummernübermittlung, etc.)
- eine zur Beweisführung gegen den Verletzer erforderliche eidesstattliche Versicherung über den Telefonanruf wird vom angerufenen Verbraucher nicht abgegeben
- zum Teil wird während der Rechtsverfolgungsmaßnahmen die schriftliche Einwilligung des betroffenen Verbrauchers vorgelegt, die bei diesem offensichtlich in Vergessenheit geraten war. Die beanstandeten Anrufe waren insofern nicht rechtswidrig.
- Darlegungsprobleme vor Gericht: Nachweisschwierigkeiten bezüglich des Umstandes, dass werbendes Unternehmen die streitgegenständlichen Gespräche geführt oder zumindest geduldet hat.
- Call Center im Ausland: Zustellungs- und Vollstreckungsprobleme
- Einwilligung in die Zusendung von Informationsmaterial. Daraufhin: Zusendung Vertragsbestätigung – Nachweis der „Nichtbestellung“.

Diese tatsächlichen Durchsetzungsschwierigkeiten werden weder durch Einführung eines Bußgeldtatbestandes noch durch die Normierung von Schadensersatzansprüchen der Verbraucher (welcher konkrete Schaden?), neue Vertragsauflösungsrechte oder gar die Verschärfung von Gewinnabschöpfungsansprüchen behoben. In all diesen Fällen müsste wiederum der betroffene Verbraucher den Nachweis des Anrufs, der Identität des Anrufers und des Zweck des Anrufs erbringen. Hier würde auch eine Behörde im Bußgeldverfahren auf die Aussagen und Nachweise des betroffenen Verbrauchers angewiesen sein, um ein Verfahren erfolgreich durchzuführen.

a. Eine Ausdehnung des Tatbestandes des Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG auf grob fahrlässige Verhaltensweisen anhand der Probleme des Telefonmarketings begründen zu wollen, ist nicht nachvollziehbar: Gerade der Anruf zu Werbezwecken erfolgt stets vorsätzlich! Dies wird vor keinem Gericht mit Erfolg zu bestreiten sein. Eine Verschärfung des § 10 UWG ist vor diesem Hintergrund und in diesem Zusammenhang weder erforderlich noch überhaupt zielführend.

b. Dasselbe gilt für die seit Jahren als Allheilmittel vorgetragene Forderung nach einem Vertragsauflösungsrecht der Betroffenen. Soweit im Wege des – an sich schon unzulässigen – Telefonmarketings Verträge durch Überrumpelung oder Täuschung der Verbraucher überhaupt wirksam zustande kommen sollten, kann sich der Verbraucher bereits heute nach den Vorschriften des BGB durch Anfechtung oder Rücktritt von derartigen Verträgen lösen. Es trifft einfach nicht zu, dass hierzu künftig neue Regelungen erforderlich sein sollen. Das Unterjubeln etwaiger Dienstleistungen, die der Betroffene nicht angefordert hat, ist im Übrigen selbst wiederum wettbewerbswidrig und kann schnell und effizient gerichtlich unterbunden werden.

c. Im Hinblick auf die Schaffung eines eigenständigen Bußgeldtatbestandes ergeben sich große Zweifel, ob dies tatsächlich und nachhaltig zu einer Verbesserung der Situation führt. Da offensichtlich den Befürwortern selbst derartige Zweifel gekommen sind, wird darauf verwiesen, dass es sich bei einer entsprechenden Bußgeldnormierung um ein wichtiges politisches Signal handele. Dies dürfte kaum zu bestreiten sein. Eine derartige Norm liefe aber dennoch Gefahr, in ihrer – mit besonderer Erwartung der Bevölkerung befrachteten – Wirkung völlig zu verpuffen. Es besteht durchaus die Gefahr, dass hier mit vollmundigen Ankündigungen eine neue Norm geschaffen wird, die dem Verbraucher am Ende (wiederum) nicht weiter hilft. Daher soll noch mal ein Blick auf die diesbezüglichen Probleme geworfen werden:

Es wurde bereits dargelegt, dass die erfolgreiche Durchsetzung des Telefonmarketingverbotes häufig an faktischen Identifikations- und Dokumentationsproblemen scheitert, weil der Verbraucher zumeist über Anrufer und Inhalt keine Notizen macht bzw. der Anruf nicht nachweisbar einem bestimmten Anbieter zugeordnet werden kann. Diese **tatsächlichen** Durchsetzungsschwierigkeiten lassen sich auch nicht durch die Einführung eines Bußgeldtatbestandes, der eine Maßnahme auf der Rechtsfolgenseite ist und damit eine umfassende Sachverhaltsaufklärung voraussetzt, beheben.

Zudem sind Bußgeldverfahren langwierig, wie die praktische Erfahrung der Wettbewerbszentrale immer wieder gezeigt hat. Es daher nicht ausgemacht sondern eher zweifelhaft, ob es sich hierbei tatsächlich um ein wirksames Mittel beim Kampf gegen unzulässige Telefonwerbung handelt. Auch kann im Zusammenhang mit der Telefonwerbung nicht auf die geplante Einführung eines Bußgeldtatbestandes bei fehlender Kenntlichmachung des kommerziellen Charakters von E-Mail-Werbung (Entwurf EIGVG) verwiesen werden. Beide Sachverhalte sind nicht vergleichbar. Während letztes Verbot europarechtlich vorgegeben ist, gilt dies nicht für das in Deutschland praktizierte opt-in-Werbeverbot für Telefonwerbung. In diesem Bereich hat der europäische Gesetzgeber auch eine opt-out-Lösung zugelassen (EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58 EG), von der die meisten europäischen Staaten auch Gebrauch gemacht haben.

Es muss noch einmal festgehalten werden, dass in der Bundesrepublik bereits ein scharfes materiellrechtliches Verbot existiert. Auch die heute schon vorgesehenen Rechtsfolgen erlauben schnelles und effizientes unterbinden derartiger Anrufe, bei Zuwiderhandlungen gegen gerichtliche Unterlassungsverfügungen können Strafen (Bußgelder) in Höhe bis zu 250.000 € im Einzelfall verhängt werden. Problem ist einzig und allein die Identifikation des Anrufers und der Nachweis des unzulässigen Anrufs beim einzelnen Verbraucher!

Sollte dennoch ein Bußgeldtatbestandes in den umfassenden Maßnahmenkatalog aufgenommen werden, sollte sehr sorgfältig geklärt werden, in welches Gesetz ein solcher Tatbestand systematisch Aufnahme finden könnte. Sachlich richtig angesiedelt wäre ein etwaiger Bußgeldtatbestand im Regelungszusammenhang von Telekommunikationsgesetz und Telekommunikations-Kundenschutzverordnung.

3. Der nachfolgende kleine Ausschnitt über einzelne von der Wettbewerbszentrale erwirkte Entscheidungen zeigt, dass nach Überwindung der o.g. Beweisschwierigkeiten regelmäßig das Werbeverbot auch in jüngster Zeit mit Erfolg vor Gericht durchgesetzt werden kann:

Vgl. nur OLG Düsseldorf, Urteil v. 20. Juni 2006 (I-20 U 233/05), WRP 2006, 1399ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 8. Juni 2006 (4 W 11/06), WRP 2006, 1156; OLG Frankfurt, Beschluss v. 2. November 2004 (6 U 78/04), WRP 2005, 140; LG Stuttgart, Urteil v. 8. April 2005 (31 O 24/05 KfH), WRP 2005, 1041; LG Münster, Urteil v. 4. Februar 2005 (23 O 3/05), WRP 2005, 639).

Ebenso klar und eindeutig wie die materielle Rechtslage sind die Rechtsfolgen für den Verletzer: Er kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden und im Falle der Fortsetzung oder Wiederholung des rechtswidrigen Handelns zur Zahlung von Vertragsstrafen (bei vorheriger Abgabe entsprechender Unterlassungserklärungen) oder zur Zahlung von Ordnungsgeld (bei vorheriger Verurteilung oder einstweiliger Verfügung) verurteilt werden.

4. Der Hinweis auf die noch umzusetzende Richtlinie über unfaire Geschäftspraktiken geht fehl, da diese in ihrem Anwendungsbereich der sog. „aggressiven Geschäftspraktiken“ ausdrücklich keine grundsätzliche Telefonwerbverbot ausspricht, auch und gerade nicht im Anhang der unter allen Umständen als unlauter geltenden Geschäftspraktiken. Hier wird sich künftig erst in der Rechtsprechung zeigen, ob nicht gar das deutsche grundsätzliche Verbot verwässert wird, nachdem die Richtlinie in Nr. 26 des Anhangs tatbestandsmäßig ein „hartnäckiges und unerwünschtes“ (heißt das ggf. erst ein „mehrfaches“ Anrufen erfüllt den Tatbestand???) fordert.

5. Nimmt man die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Telefonmarketing zur Kenntnis und stellt man in Rechnung, dass ebenso wirksame wie drastische Ermittlungslösungen vor dem Hintergrund notwendiger Verhältnismäßigkeitsüberlegungen kaum politisch schnell zu haben sein werden (Stichwort Telefondaten-speicherung, Telefonüberwachung etc.), ist in diesem Bereich der „Belästigung“ des Verbrauchers Hilfe nicht nur des Staates gefordert (der entsprechend ein Telefonmarketingverbot erlassen hat!), sondern wohl auch und in erster Linie eine gewisse Portion Engagement des Verbrauchers selbst.

Es bleibt festzuhalten, dass ohne eine Mitwirkung der Verbraucher, sei es durch ausreichende Sachverhaltsdarlegung oder eine Zeugenaussage in Verfahren, eine effektive Rechtsverfolgung im Bereich der Telefonwerbung kaum möglich ist.

Genau hier aber findet sich eine wesentliche Stellschraube zur möglichen Verbesserung der Situation. Da den mit der Materie befassten Experten deutlich sein dürfte, dass eine neue

Bußgeldvorschrift allein praktisch kaum weiterhelfen dürfte, sollte zur Verbesserung der Situation ein ganzes **Maßnahmenbündel** ins Auge gefasst werden:

- Besonders wichtig erscheint, dass betroffene Verbraucher selbst zur erfolgreichen Rechtsverfolgung beitragen. Sie sind es letztlich, die als Angerufene allein über den jeweiligen Sachverhalt Auskunft geben können und insoweit die erforderlichen Nachweise liefern können. Dabei ist allerdings festzustellen und nachvollziehbar, dass dies für Betroffene aus den verschiedensten Gründen äußerst schwierig ist. Gut geschulten Callcenter-Mitarbeitern begegnet nicht jeder Verbraucher mit der nötigen Souveränität.

Gerade aus diesem Grunde erscheint nach den heutigen Erfahrungen die Aufklärung der Verbraucher die allerwichtigste Maßnahme zu sein, unzulässigen Telefonmarketingmaßnahmen zu begegnen. Die Verbraucher müssen erstens wissen, dass und wie man sich wehren kann und sie müssen wissen, welche Informationen erforderlich sind, um eine erfolgreiche Rechtsverfolgung zu gewährleisten. Die Wettbewerbszentrale hält dementsprechend auf ihrer Homepage diese notwendigen Informationen bereit und unterstützt die Beschwerdeführer bei der Abfassung der eidesstattlichen Versicherung mit Formulierungshilfen.

Verbraucher sollten heute ebenfalls darüber aufgeklärt sein, dass man sich im Zweifel am Telefon nicht auf Vertragsverhandlungen einlässt und dass ein Gespräch auch mal abgebrochen werden kann. Es geht hier zu einem gewissen Prozentsatz auch um ganz normale Selbsthilfe im Alltag im Bereich der „Belästigung“ und nicht in einem Bereich schwerster organisierter Kriminalität.

- Es sollte ggf. ein gesetzlich normiertes, gegebenenfalls bußgeldbewehrtes, Verbot der Rufnummernunterdrückung bei Anrufen zu gewerblichen Absatzzwecken geschaffen werden. Hiermit würde das tatsächliche Kernproblem der Identifikations- und Nachweisschwierigkeiten angegangen.
- In besonders krassen Belästigungsfällen könnte der Verbraucher eine Fangschaltung (gesetzliche Grundlage: § 101 TKG v. 2004) beantragen. Beschwerdeführer der Wettbewerbszentrale haben damit bereits mehrfach die Täter überführen können.

- ▶ Voraussetzungen: - Schriftlicher Antrag beim Diensteanbieter
 - Schlüssiger Vortrag, dass Belästigung durch Anrufe

- Eingrenzung der Verbindungen nach Datum,
Uhrzeit oder anderen geeigneten Kriterien

- Es sollte verschärft von der Möglichkeit der Rufnummer-Sperrung durch Bundesnetzagentur (gestützt auf § 67 TKG) Gebrauch gemacht werden: Ein Eingreifen ist hier allerdings wohl erst bei Mehrfachverstößen möglich, die nur schwer nachzuweisen sind. Um einen solchen Nachweis zu gewährleisten, bedarf es der genannten Instrumentarien zur Sachverhaltsaufklärung.

- Bei betrügerischen Vorgehensweisen sollten und können darüber hinaus die Strafverfolgungsbehörden wesentlich stärker mobilisiert und sensibilisiert werden.

Insgesamt muss der „Missstand“ der regelmäßigen, zahlreichen unzulässigen Werbeanrufe deutlich ernster genommen werden. Die Wirtschaft trägt hier genauso ihre Verantwortung, gegen schwarze Schafe in ihren Branchen vorzugehen wie der Verbraucher bei der Sachaufklärung. Gesetzesinitiativen sollten aber sowohl verhältnismäßig sein als auch tatsächlich Rechtsdurchsetzungsverbesserungen erzeugen. Insoweit sollte die Debatte versachlicht und nach wirklich weitergehenden Lösungen gesucht werden.

Wettbewerbszentrale

Bad Homburg, den 07.12.2006