

## Stellungnahme

### **Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen sowie Empfehlungen des Bundesrates hierzu**

15. Oktober 2008

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.200 Unternehmen, davon 900 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.

Am 19. September 2008 hat der Bundesrat seine Empfehlungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vorgelegt. BITKOM hat im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens bereits zum Referentenentwurf ausführlich Stellung genommen – zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir zunächst auf unsere damaligen Ausführungen.<sup>1</sup>

Im Rahmen des Regierungsentwurfes sowie der Bundesratsempfehlungen sind nunmehr neue Aspekte hinzugekommen, die einer eigenständigen Kommentierung bedürfen.

Konkret handelt es sich zum einen um die geplanten Modifikationen des § 312d BGB sowie des § 312e BGB. BITKOM unterstützt nachdrücklich das Anliegen der Bundesregierung, unerwünschte Telefonwerbung durch klare Regeln und wirksame Sanktionen zu unterbinden. Auch das weitere Anliegen des Gesetzentwurfs, den Verbraucher vor sog. „untergeschobenen Verträgen“ und Kostenfallen im Internet wirksam zu schützen, begrüßen wir. Wir bitten jedoch dringend darum, die nachfolgend dargelegten Überlegungen zur konkreten Umsetzung und deren praktischen Folgen im weiteren Beratungsprozess zu berücksichtigen und den Entwurf entsprechend zu überarbeiten.

Daneben hat BITKOM tiefgreifende Bedenken im Hinblick auf die vom Bundesrat angedachten weiteren Verschärfungen im Rahmen von § 7 UWG.

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. Guido Brinkel  
Bereichsleiter Medienpolitik  
Tel. +49. 30. 27576-221  
Fax: +49. 30. 27576-51-221  
g.brinkel@bitkom.org

#### **Präsident**

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

#### **Hauptgeschäftsführer**

Dr. Bernhard Rohleder

<sup>1</sup> Stellungnahme abrufbar unter [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Stellungnahme\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung\\_22042008.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Stellungnahme_Unerlaubte_Telefonwerbung_22042008.pdf).

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 2

Inhalt ..... Seite

<b>1</b>	<b>Zur Modifikation des § 312d BGB gemäß Regierungsentwurf .....</b>	<b>3</b>
1.1	Regelungsvorschlag schießt über das Ziel hinaus.....	3
1.2	Auswirkungen in der Praxis und Überarbeitungsvorschläge.....	4
1.2.1	Mehraufwand für rechtskonform agierende Unternehmen.....	5
1.2.2	Telekommunikationsmehrwertdienste .....	6
1.3	§ 312d Abs. 6 BGB .....	7
<b>2</b>	<b>Zur Modifikation des § 312e BGB gemäß Empfehlungen des Bundesrates vom 19. September 2008.....</b>	<b>8</b>
2.1	Zwei Normen für den gleichen Zweck? .....	8
2.2	Welche Norm ist verzichtbar?.....	8
2.3	Unbestimmtheit der Regelung.....	10
2.3.1	Gesamtkosten.....	10
2.3.2	Deutliche, gestaltungstechnisch hervorgehobene Form .....	10
2.3.3	Gesonderte Erklärung.....	11
2.4	Ergebnis.....	11
<b>3</b>	<b>Verschärfungen im UWG .....</b>	<b>12</b>
3.1	§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG – Einwilligung in Textform.....	12
3.2	§ 7 Abs. 4 UWG – Bestätigung fernmündlich geschlossener Verträge .....	12

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 3

## 1 Zur Modifikation des § 312d BGB gemäß Regierungsentwurf

### 1.1 Regelungsvorschlag schießt über das Ziel hinaus

Der Regierungsentwurf sieht folgende Modifikation des § 312d Abs. 3 BGB vor:

*„Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.“*

Im Ergebnis bedeutet diese Formulierung eine pauschale Erweiterung der Verbraucherrechte und die Abkehr von einem in der Praxis bewährten und interessengerechten Ausgleich hin zu einer Regelung, bei der alle Arten von Dienstleistungen über einen Kamm geschoren werden. Denn nach der bisher geltenden Fassung erlischt das Widerrufsrecht sachgerecht auch dann, wenn der Unternehmer mit der Leistungshandlung im Interesse des Verbrauchers begonnen hat (Die geltende Fassung lautet: *„Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.“*)

Die neue Fassung, die für das Erlöschen eine vollständige Erfüllung verlangt, ist unsachgemäß und nicht praktikabel. Bei einem Dauerschuldverhältnis tritt vollständige Erfüllung erst ein, wenn der Vertrag beendet und die letzte Rechnung bezahlt ist. Es stellt für den Unternehmer, z.B. in der Telekommunikationsbranche, eine unverhältnismäßige Belastung und ein nicht kalkulierbares Risiko dar, vor dem Hintergrund eines möglichen Widerrufs durch den Verbraucher für mindestens 14 Tage (vor)leisten zu müssen, wobei er zudem Wertersatz durch den Verbraucher nur unter den engen in § 312 d Abs. 6 BGB beschriebenen Voraussetzungen erhält (siehe dazu auch Punkt 1.3). Die bisherige Regelung ist interessengerechter und ausreichend; dies gerade auch mit Blick auf die neue flankierende Änderung des § 312 f BGB.

Als Vertretung der ITK-Branche ist es BITKOM wichtig, besonders darauf hinzuweisen, dass der Regelungsvorschlag im Hinblick auf die avisierte Konstellation sogenannter „Kostenfallen im Internet“ auch in diesem Punkt weit über das intendierte Ziel hinausschießt, da er undifferenziert bei allen im Internet angebotenen Dienstleistungen Anwendung findet. Dadurch werden auch sämtliche seriösen Angebote erfasst, bei denen der Abschluss eines Vertrags und die Entgeltlichkeit der Leistung klar aufgezeigt werden.

Auch in diesen Fällen könnte der Verbraucher ungeachtet der erfolgten Inanspruchnahme der Leistung – und anders als nach geltendem Recht – den Vertragsschluss widerrufen. Der Anbieter, dem keinerlei Abweichung von den Anforderungen des Fernabsatzrechts anzulasten ist, hätte allenfalls einen Anspruch

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 4

auf Wertersatz (allerdings nur unter den engen in § 312 d Abs. 6 BGB beschriebenen Voraussetzungen) oder aber er müsste mit seiner Leistungserbringung warten, bis die Widerrufsfrist des Verbrauchers (14 Tage oder ein Monat) verstrichen ist. Dies ist eine Lösung, die in aller Regel dem Interesse des Kunden unmittelbar zuwiderläuft und an der Wirklichkeit des Internets vorbeigeht.

Der Schutz vor unseriösen Anbietern geht bei der intendierten Neufassung auf Kosten der rechtskonform agierenden Unternehmen, denen dadurch erhebliche Beschränkungen und Mehraufwand auferlegt werden.

Der durch die Neufassung erreichte Schutz des Verbrauchers würde zudem weit über den Schutz hinausgehen, der nach den Grundgedanken des Fernabsatzrechts durch das Widerrufsrecht gewährleistet werden soll. Faktische Folge wäre die Schlechterstellung von Verträgen im Fernabsatz und insbesondere auch eine Benachteiligung deutscher Anbieter, da die hier vorgelegten Vorschläge über das europäisch harmonisierte Niveau weit hinausgehen.

BITKOM appelliert daher eindringlich, sich im Abstimmungsprozess für eine sinnvolle und ausgewogene Regelung einzusetzen. Nachfolgend erlaubt sich BITKOM, zur besseren Nachvollziehbarkeit der praktischen Folgen für seriöse Anbieter konkrete Fallkonstellationen darzulegen und entsprechende Modifikationsvorschläge zu unterbreiten.

#### 1.2 Auswirkungen in der Praxis und Überarbeitungsvorschläge

Unseriöse Angebote, die dem Verbraucher eine kostenlose Dienstleistung vorspiegeln, sind für Verbraucher und für die seriösen Unternehmen ein Ärgernis.

**Ein Beispiel für den typischen Ablauf einer „Kostenfalle“:** Ein Nutzer sucht im Internet nach einem bestimmten Kochrezept und wird auf einer Website fündig. Damit ihm das vermeintlich kostenlose Rezept zugeschickt werden kann, hinterlässt er seine Kontaktdaten, u.U. auch über den Umweg der Registrierung auf der Website. Dass es sich um einen kostenpflichtigen Vertrag mit zudem überhöhten Preisen handelt, ist nur aus dem unauffällig platzierten Kleingedruckten auf der Website ersichtlich. Der User bekommt das Rezept sofort zugeschickt, zudem für ihn überraschend eine Rechnung. Bei Nichtzahlung folgt häufig unmittelbar eine anwaltliche Abmahnung.

Um den Verbraucher vor derartigen untergeschobenen Verträgen und Kostenfallen zu schützen, sieht der Regierungsentwurf die oben abgebildete Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB vor. In der Praxis würde diese dazu führen, dass sich der Verbraucher im Beispielsfall von dem im Internet geschlossenen Vertrag über die Dienstleistung lösen könnte, und zwar – anders als bisher – auch dann, wenn der Anbieter vor Ablauf der Widerrufsfrist schon mit der Leistungserbringung begonnen hat, sofern der Verbraucher selber noch nicht gezahlt hat.

Diese Regelung mag daher zwar geeignet sein, den Verbraucher vor Kostenfallen und untergeschobenen Verträgen zu schützen. Sie findet jedoch nach den

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 5

vorgelegten Plänen undifferenziert bei allen Dienstleistungen Anwendungen, erfasst also auch sämtliche seriösen Angebote, bei denen der Abschluss eines Vertrags und die Entgeltlichkeit der Leistung klar aufgezeigt werden.

**Beispiel - Onlineausgabe Tageszeitung:** Eine große Tageszeitung schaltet ihre Onlineausgabe für einen bestimmten monatlichen Beitrag den interessierten Lesern frei. Die Entgeltlichkeit dieses Vertragsangebots ist klar ersichtlich und wird vom Nutzer beim Vertragsschluss auch erkannt. Schaltet die Tageszeitung ihre Onlineausgabe sofort nach dem Vertragsschluss für den User frei, was regelmäßig in dessen Interesse sein wird, kann der User ungeachtet der erfolgten Inanspruchnahme der Leistung – und anders als nach geltendem Recht – den Vertragsschluss widerrufen. Der Anbieter, dem keinerlei Abweichung von den Anforderungen des Fernabsatzrechts anzulasten ist, kann allenfalls einen Anspruch auf Wertersatz geltend machen, der allerdings aufgrund der zusätzlich vorgesehenen Änderungen des § 312d Abs. 6 BGB künftig noch strengeren Voraussetzungen unterliegen würde und in der Praxis häufig aufgrund von Schutzbehauptungen nicht durchsetzbar wäre (siehe dazu unten Punkt 1.3).

#### 1.2.1 Mehraufwand für rechtskonform agierende Unternehmen

Praktisch die einzige Alternative für den Anbieter wäre, mit seiner Leistungserbringung zu warten, bis die Widerrufsfrist des Verbrauchers (14 Tage oder ein Monat) verstrichen ist; eine Lösung, die in aller Regel dem Interesse des Kunden unmittelbar zuwiderläuft und unter anderem an der Wirklichkeit des Internets vorbeigeht.

Der Schutz vor unseriösen Anbietern geht also bei der intendierten Neufassung auf Kosten der rechtskonform agierenden Unternehmen, denen dadurch erhebliche Beschränkungen und Mehraufwand auferlegt werden. Der durch die Neufassung erreichte Schutz des Verbrauchers würde zudem weit über den Schutz hinausgehen, der nach den Grundgedanken des Fernabsatzrechts durch das Widerrufsrecht gewährleistet werden soll. Faktisch ist die Folge auch eine Schlechterstellung von Verträgen im Fernabsatz.

Unklar ist schließlich die Anwendung der neuen Fassung im Falle der vielen Dienstleistungen, die sich nicht in einer einmaligen Leistungserbringung erschöpfen, sondern ein Dauerschuldverhältnis sind. Denn ein Dauerschuldverhältnis ist im juristischen Sinne keiner „vollständigen Erfüllung“ zugänglich, wie sie der jetzt modifizierte § 312 d Abs. 3 BGB voraussetzt.

**Beispiel – Abschluss eines Mobilfunkvertrages oder Teilnahme an einem Business-Netzwerk:**

Der Kunde schließt online oder über ein Call-Center einen Mobilfunkvertrag oder etwa einen Vertrag über die Teilnahme an einem kostenpflichtigen Business-Netzwerk. In diesen Fällen hätte § 312d Abs. 3 BGB überhaupt keinen Anwendungsbereich mehr, da dessen Voraussetzung der „vollständigen Erfüllung“ im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen naturgemäß nicht eintreten kann. Auch

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 6

dies belegt, dass die Regelung eine unüberschaubare Bandbreite von Geschäftsmodellen betrifft, die nicht im Verdacht unseriöser Praktiken stehen und nicht im Ansatz mit den anlassgebenden Fallkonstellationen vergleichbar sind. Juristisch auf den Punkt gebracht bedeutet dies, dass die vorgesehene Regelung unverhältnismäßig ist.

Um einerseits den Schutz der Verbraucher sicherzustellen, andererseits aber auch die notwendige Differenzierung zwischen seriös agierenden Unternehmen und „schwarzen Schafen“ zu ermöglichen, würde bereits eine Ergänzung des geltenden § 312 d Abs. 3 Nr. 2 BGB reichen. Diese Ergänzung sollte klarstellen, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers nur dann erlischt, wenn er vom Anbieter zuvor unmissverständlich auf die Zahlungsverpflichtung hingewiesen worden ist. Insoweit möchte BITKOM auch noch einmal darauf hinweisen, dass bei den Informations- und Belehrungspflichten den beim Vertragsabschluß genutzten Medien Rechnung getragen werden und diese über die verwendeten Medien darstellbar sein sollten. BITKOM bittet daher dringend um die Berücksichtigung der technischen Beschränkungen der verwendeten Kommunikationsmittel im Hinblick auf diese Informations- und Belehrungspflichten (vgl. insoweit den richtigen Ansatz des § 5 a des Entwurfs eines ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb).

#### **Formulierungsvorschlag § 312 d Abs. 3 BGB (Ergänzung zum geltenden Gesetzestext in Fettdruck):**

*(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat, **sofern der Verbraucher auf eine Zahlungsverpflichtung in einer dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Weise klar und verständlich hingewiesen wurde.***

#### **1.2.2 Telekommunikationsmehrwertdienste**

Die Neufassung ist besonders im Hinblick auf Telefonmehrwertdienste völlig unsachgemäß und geht hier augenfällig weit über die beabsichtigte Zielsetzung hinaus. Der Regierungsentwurf stellt die Branche vor unlösbare Probleme, wahrscheinlich ohne eine solche Regelung für Telefonmehrwertdienste überhaupt beabsichtigt zu haben. Telefonmehrwertdienste oder „telekommunikationsgestützte Dienste“ lösen keinen zeitlich und räumlich trennbaren Leistungsfluss aus. Bei ihnen erfolgt die inhaltliche Leistung gerade während der Telefonverbindung (vgl. § 3 Nr. 25 TKG). Aus diesem Grund wird sie gemeinsam mit der Telekommunikationsdienstleistung über die Telefonrechnung abgerechnet. Das Telefon dient hier im Gegensatz zu den sonstigen am Telefon geschlossenen Verträgen, die der Gesetzesentwurf vorrangig behandeln will, nicht nur als bloßes Kommunikationsmittel. Bei Telefonmehrwertdiensten geht der Verbraucher regelmäßig zwei Verträge ein: einen mit seinem Telefonnetzbetreiber und einen weiteren mit einem anderen Anbieter. Für gerade dieses Rechtsverhältnis

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 7

hat der Gesetzgeber aber schon die besonderen Verbraucherschützenden Vorschriften im TKG geschaffen.

Wir bitten deshalb zusätzlich zu dem oben gemachten Vorschlag zumindest um eine Klarstellung, dass solche Fälle von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst sein können und schlagen folgende Formulierung vor:

#### „§ 312b Fernabsatzverträge

(3) Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge

....

7. über telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG“

### 1.3 § 312d Abs. 6 BGB

Der Regierungsentwurf sieht für § 312d Abs. 6 BGB folgende Änderung vor:

*"c) In Absatz 6 wird das Wort "Finanzdienstleistungen" durch das Wort "Dienstleistungen" ersetzt."*

Die Änderung in § 312d Abs. 6 BGB hat zur Folge, dass im Falle des Widerrufs die grundsätzliche Wertersatzpflicht des Verbrauchers bei Inanspruchnahme der Dienstleistung entfällt, wenn er nicht vor Abgabe der Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurde und ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hat.

Die jetzt erfolgte Erstreckung auf jede Art von Dienstleistungen setzt Unternehmen, deren Leistung üblicherweise ad hoc erbracht wird (etwa Telekommunikationsdienstleistungen) einem inakzeptablen Nachteil und einer unverhältnismäßigen finanziellen Belastung aus. So provoziert etwa die Ausweitung des Wegfalls des Wertersatzes auch auf in Anspruch genommene Telefon-Verbindungen geradezu Missbrauchsfälle. Schon mit der Behauptung, die Widerrufsbelehrung nicht erhalten zu haben, könnten Kunden die innerhalb von zwei oder mehreren Wochen in Anspruch genommenen Leistungen kostenfrei erhalten.

Hier muss weiter die Verpflichtung zur Zahlung von Wertersatz unter den Voraussetzungen des § 357 BGB zur Anwendung kommen. Die Einschränkung der Leistung von Wertersatz mag für den Bereich der Finanzdienstleistungen sachgerecht sein, eine Erweiterung auf Dienstleistungen jeglicher Art ist jedoch zu weitgehend und höhlt den zivilrechtlichen Grundgedanken der Rückabwicklung aus, wonach jeweils die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben sind bzw. Wertersatz zu leisten ist. Jeglicher Vermögenserwerb muss mit den Anforderungen materieller Gerechtigkeit übereinstimmen.

BITKOM bittet daher um Beibehaltung des bisherigen § 312d Abs. 6 BGB.

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 8

## 2 Zur Modifikation des § 312e BGB gemäß Empfehlungen des Bundesrates vom 19. September 2008

Nach den Empfehlungen des Bundesrates soll zusätzlich zur Modifikation des § 312d BGB in § 312e BGB nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt werden:

*"Der auf eine entgeltliche Gegenleistung gerichtete Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr wird nur wirksam, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Bestellung vom Unternehmer einen Hinweis auf die Entgeltlichkeit und die mit dem Vertrag verbundenen Gesamtkosten in deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Form erhalten und die Kenntnisnahme dieses Hinweises in einer von der Bestellung gesonderten Erklärung bestätigt hat."*

Begründet wird die Einfügung dieses Absatzes mit der Bekämpfung von Kostenfallen im Internet. Damit sind Dienste gemeint, die über sog. Eye-Catcher Kunden zum Abschluss eines Vertrages animieren, ohne diese deutlich über die finanziellen Folgen oder auch nur über die Tatsache eines Vertragsschlusses als solche zu informieren.

### 2.1 Zwei Normen für den gleichen Zweck?

Es ist für uns bereits unklar, weshalb der Bundesrat diese Norm fordert, obwohl der Regierungsentwurf bereits zum gleichen Zweck die oben kommentierte Modifikation des § 312d Abs. 3 BGB vorsieht. Die im neuen § 312d Abs. 3 BGB vorgeschlagene Regelung des vorzeitigen Erlöschens des Widerrufsrechts entspricht im Ergebnis der „Button“- oder „Handshake“-Lösung. Sie soll, so die Begründung des Regierungsentwurfs dazu, Verträge mit „Kosten-Fallen“ sanktionieren (Seiten 6/10 des Regierungsentwurfs). Mit dem nun hinzugefügten § 312e Abs. 1a BGB wird nun eine echte „Button“- und „Handshakelösung“ eingeführt, obwohl das Ergebnis des neuen § 312e Abs.1a BGB auch schon durch den geänderten § 312d Abs. 3 BGB erreicht wird.

Die Regelung ist somit jedenfalls redundant. Hierauf nimmt die Stellungnahme der Bundesratsausschüsse jedoch keinen Bezug.

### 2.2 Welche Norm ist verzichtbar?

Da offenbar beide Normen demselben Ziel dienen, bleibt zu entscheiden, welche der beiden beibehalten werden sollte. Aus Sicht des BITKOM ist der neue § 312e Abs. 1a BGB entbehrlich. Dies ergibt sich aus einer Abwägung der Eingriffsintensitäten.

Der geänderte § 312d Abs. 3 BGB hat für den Anbieter von elektronisch abgeschlossenen Diensten lediglich den Nachteil, dass das vorzeitige Erlöschen des gem. § 355 BGB zeitlich begrenzten Widerrufsrechts erschwert wird. Für seriöse

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 9

Anbieter ist diese Rechtsfolge hinnehmbar. Zwar ist zur Erreichung dieses Ziels, wie bereits oben ausführlich dargelegt wurde, der aktuell vorgesehene Wortlaut überarbeitungsbedürftig, weil im Zweifel ein Dauerschuldverhältnis nie von beiden Seiten vor seinem Ende vollständig erfüllt sein kann. Wir verweisen insoweit auf die oben vorgeschlagenen Modifikationen, die im Übrigen dem Rechtsgedanken des modifizierten § 312e Abs. 1a BGB in Bezug auf transparente Belehrungen nahe kommt. Das Erlöschen des Widerrufsrechts sollte demnach nicht an die vollständige Erfüllung, sondern an das Vorhandensein einer transparenten Belehrung über Entgeltlichkeit, Preis und Vertragsbedingungen geknüpft werden. Dessen Bestätigung jedoch ist nicht erforderlich, um den Schutzzweck, nämlich die Verhinderung von Internet-Kostenfallen, zu erreichen.

Der modifizierte § 312e Abs. 1a BGB hat jedoch noch weitaus gravierendere Nachteile für den Anbieter als der geänderte § 312 d BGB in der von uns vorgeschlagenen Fassung. Ein Vertrag würde im Falle des modifizierten § 312e Abs. 1 a BGB zufolge nur wirksam, wenn der Verbraucher vor Bestellabgabe die Preise und Bestellbedingungen ausdrücklich mit einer gesonderten Erklärung bestätigt.

Diese Regelung fordert also ausdrücklich einen Handshake bzw. wenigstens einen Bestätigungs-Button und lässt damit völlig die beschränkten Erklärungsmöglichkeiten des mobilen Bestellkanals außer Acht. Auf diese Problemlage hat BITKOM bereits in Vorgesprächen zum Gesetzentwurf mehrfach hingewiesen,

Für den mobilen Bestellkanal hat der Gesetzgeber bereits ausführliche Regelungen in den §§ 45 I und 66a ff. TKG getroffen und dabei beispielsweise Verträge, die keine Dauerschuldverhältnisse darstellen, in den dort beschriebenen Fällen ausdrücklich von einer Handshakepflicht ausgenommen. Auch die Vorschriften zur Preisdarstellung sind im TKG erschöpfend geregelt und bedürfen keiner weiteren Präzisierung im BGB. Ein solcher Fall einer Doppelregulierung durch Spezialgesetz und allgemeines bürgerliches Recht führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

In der Praxis würde diese Norm gerade neue Bezahlformen über mobile Endgeräte, wie die Bestellung eines elektronischen Bustickets oder einer Eintrittskarte erschweren, die nur dann praktikabel sind und vom Kunden angenommen werden, wenn sie in der Bedienung einfach sind und keiner weiteren Bestätigungsschritte bedürfen. Zwar wäre eine Buttonlösung über eine Weiterleitung auf eine mobil erreichbare WAP-Seite mit einem integrierten Button denkbar. Hierdurch entstünden dem Kunden jedoch weitere Kosten (konkret: Verbindungsentgelte) und Umstände durch Aufruf dieser mobilen Internetseite. Auch auf diese Kosten müsste der Kunde gerade vor Vertragsschluss hingewiesen werden, was kaum realisierbar ist, da Verbindungsentgelte nicht vom Diensteanbieter erhoben werden.

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 10

#### 2.3 Unbestimmtheit der Regelung

Vorbehaltlich unserer generellen Ablehnung des neuen § 312e Abs. 1a BGB möchten wir hilfsweise außerdem darauf hinweisen, dass auch die Formulierung des § 312e Abs. 1a BGB eigenständige Probleme aufwirft, da die Norm mit verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet, deren Auslegung und Anwendung in der Praxis zu tiefgreifenden Problemen führen kann. Im Einzelnen:

##### 2.3.1 Gesamtkosten

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung ist in der Formulierung zur Angabe von „Gesamtkosten“ begrifflich inkonsistent mit bestehenden Regelungen und zudem überflüssig angesichts dessen, dass schon heute Hinweispflichten zum Gesamtpreis sowie eventuellen Versand- bzw. Lieferkosten und eventuellen weiteren spezifischen Zusatzkosten gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 11 BGB-InfoV bestehen. Die Erfüllung dieser umfangreichen Hinweispflichten zu den Preisen mit der Rechtsfolge, dass die Widerrufsfrist nicht vor Erfüllung der Hinweispflichten beginnt (§§ 312d Abs. 2, 312e Abs. 2 und 3 BGB), ist ausreichend.

Eine Pflicht zur nicht weiter differenzierten Angabe von „Gesamtkosten“ wird hingegen bei einer Vielzahl völlig legitimer und für den Verbraucher transparenter Angebotsformen zu erheblichen Problemen führen. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen, z.B. über Telekommunikationsdienstleistungen, bei denen neben evtl. Fixkosten noch gesonderte Verbindungsentgelte anfallen, ist dies unmöglich. Dementsprechend sieht § 1 Abs. 1 Nr. 7 BGB-InfoV vor, dass die Angabe der Berechnungsgrundlage, die dem Verbraucher die Überprüfung der Preise ermöglicht, ausreichend ist. Unklar bleibt auch, inwieweit beim Einkauf von Waren im Fernabsatz die „Gesamtkosten“ auch Versand- und Lieferkosten enthalten müssten. Eine Pflicht zur getrennten Angabe dieser Kosten besteht schon heute sowohl aus der BGB-InfoV als auch aus der Preisangabenverordnung. Dies ermöglicht aber auch heute wenigstens noch eine Darstellung in Listenform, die mehrere Auswahlmöglichkeiten des Kunden je nach Versandart (Brief, Paket, Expresszustellung, Einschreiben etc.) und Zielort (Inland, Ausland, möglicherweise zuschlagspflichtige Orte wie Nordseeinseln) berücksichtigen können. Eine Angabe in addierter Form mit dem Warenpreis, wie es der Begriff „Gesamtkosten“ nahelegt, ist hier hingegen nicht möglich, da etwa im Bereich von Internetauktionen zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe dem Verbraucher eine verbindliche Auswahl der Versandart noch nicht abverlangt werden kann.

Deshalb können diese zusätzlichen ausführlichen Hinweise nur in der gesonderten Information und unter den Beschränkungen erbracht werden, wie sie die BGB-InfoV (und für Versandkosten auch die Preisangabenverordnung) heute bereits vorsehen.

##### 2.3.2 Deutliche, gestaltungstechnisch hervorgehobene Form

## **Stellungnahme**

### **Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**

Seite 11

Ebenfalls viel zu unbestimmt ist die eigenständige Anforderung, wonach die Gesamtkosten „in deutlicher, gestaltungstechnisch hervorgehobener Form“ anzugeben sind. Die Formulierung bildet eine Kombination unbestimmter Rechtsbegriffe, die für den jeweiligen Anbieter faktisch in einem Rätselraten über die hieraus konkret folgenden objektiven Anforderungen enden muss. Vor allem aber unterliegen die in diesem Zusammenhang notwendigen Bewertungen subjektiven Erwägungen (des Kunden bzw. des ggf. urteilenden Richters), was die Norm zu einem Einfallstor für Abmahnanwälte werden lässt. Dem auch aus Verbrauchersicht bedenklichen Trend zum Abmahngeschäft wird damit weiter Vorschub geleistet.

Will der Gesetzgeber entgegen unserer Forderung an der geplanten Modifikation des § 312e Abs. 1a BGB festhalten, muss es daher jedenfalls ausreichen, dass die Bestätigungsinformation für den Verbraucher klar erkennbar ist, womit missbräuchlich versteckte Informationen ausgeschlossen sind. Für seriöse Anbieter aber, die diese Informationen nicht verstecken, bestünde hingegen keine Gefahr plötzlich behaupteter Rechtsverstöße mehr.

#### **2.3.3 Gesonderte Erklärung**

Schließlich ist aus unserer Sicht die Formulierung der „gesonderten Erklärung“, mit der ein Vertragsschluss zu bestätigen wäre unglücklich. Ganz generell stellt sich die Frage, ob die hiermit geforderte Button-Lösung mit Vorwarnfunktion vor einem Vertragsschluss angesichts des ja zusätzlich bestehenden Widerrufsrechts notwendig ist, das ja gerade für die von Missbräuchen betroffenen Dienstleistungs-Abos noch einmal wesentlich verschärft wird. Insbesondere im Mobile Commerce ist zweifelhaft, ob ein solch weiterer Bestellschritt immer erforderlich, sinnvoll und vor allem angesichts der Verkomplizierung des Bestellablaufs auch verbraucherfreundlich ist. Wir geben hier nochmals zu bedenken, dass im Mobile Commerce jede zusätzliche Erklärung auch zusätzliche Übertragungskosten nach sich zieht.

In jedem Fall muss die Formulierung „gesonderte Erklärung“ in „nochmalige Erklärung“ geändert werden, da sonst der fälschliche Eindruck entstehen könnte, dass diese Bestätigung erhöhten Anforderungen gegenüber der ersten Bestellerklärung unterliegen könnte. Zusammenfassend bestehen in hohem Maße Zweifel, ob eine solche zusätzliche Bestätigungserklärung wirklich erforderlich ist, um Missbräuchen vorzubeugen, oder ob sie nicht erhebliche neue Rechtsunsicherheiten und Belastungen für seriöse Anbieter schafft.

#### **2.4 Ergebnis**

BITKOM bittet den Bundestag dringend darum, die vorgeschlagene Regelung des § 312e Abs. 1a BGB bei dem Gesetzgebungsprozess nicht zu berücksichtigen und den geänderten § 312d BGB mit den von uns vorgeschlagenen Modifikationen zu verabschieden.

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 12

#### 3 Verschärfungen im UWG

Mit Nachdruck wendet sich BITKOM überdies gegen die in den Bundesratsempfehlungen vorgesehenen weiteren Verschärfungen im Hinblick auf die Einwilligung sowie die vorgesehene Bestätigung fernmündlich geschlossener Verträge. Der BITKOM warnt davor, vor dem Hintergrund öffentlicher Diskussionen um Einzelereignisse ganze Geschäftsmodelle mit unpraktikablen Anforderungen zu überziehen, die im Ergebnis nicht nur die Unternehmen belasten, sondern vor allem die Nutzung des Internet auch für Verbraucher mit kaum nachvollziehbaren Hemmschwellen versieht.

##### 3.1 § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG – Einwilligung in Textform

Nach den Empfehlungen des Bundesrates soll zur vorgesehenen vorherigen ausdrücklichen Einwilligung nun noch die Ergänzung aufgenommen werden, dass diese Einwilligung "in Textform" erklärt werden soll.

Über die von uns bereits geäußerten Bedenken<sup>2</sup> zur Verschärfung des Einwilligungserfordernisses durch den Referentenentwurf hinaus ist die jetzt vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung aus eigenständigen Gründen strikt abzulehnen. Durch die Regelung wird faktisch ein Medienbruch eingeführt, der das Instrument der Telefonwerbung insgesamt in Frage stellt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine ausdrücklich fernmündlich erklärte Einwilligung zukünftig nicht mehr gelten soll, wenn der Kunde vollumfänglich über seine Rechte informiert wurde.

Der vom Bundesrat zur Begründung angeführte Ermittlungsaufwand ist aus Sicht des BITKOM kein Argument dafür, dass eine Einwilligung, die bislang durchaus auch fernmündlich eingeholt werden konnte, zukünftig nur noch in Textform eingeholt werden kann. Dies folgt schon daraus, dass der Unternehmer für die Einholung der Einwilligung darlegungs- und beweispflichtig ist.

Insgesamt greift die Regelung massiv in das zivilrechtlich austarierte Gefüge des Verbraucherschutzes im Fernabsatz ein. Deutschland entfernt sich damit auch aus dem allgemeinen Harmonisierungslevel dieses Komplexes auf EU-Ebene und schafft faktisch spezifische Hürden für inländische Anbieter, so dass gerade ausländischen Anbietern ein allgemeiner Wettbewerbsvorteil verschafft wird.

Der entsprechende Bundesratsvorschlag sollte aus diesen Gründen nicht in den Gesetzentwurf übernommen werden.

##### 3.2 § 7 Abs. 4 UWG – Bestätigung fernmündlich geschlossener Verträge

Die Empfehlungen des Bundesrates sehen als weitere Verschärfung außerdem die Einfügung eines § 7 Abs. 4 UWG vor, der wie folgt lautet:

---

<sup>2</sup> S. dazu die Stellungnahme des BITKOM zum Referentenentwurf vom 22. April 2008, abrufbar unter [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Stellungnahme\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung\\_22042008.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Stellungnahme_Unerlaubte_Telefonwerbung_22042008.pdf).

## Stellungnahme

### Regierungsentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

Seite 13

*"die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat."*

Eine solche Bestätigung führt zu erheblichen Beschränkungen und provoziert ein allgemeines Bewusstsein, dass mündlich oder fernmündlich abgegebene Erklärungen für den Verbraucher nicht bindend sind. Eine solche Regelung ist daher aus unserer Sicht für den gesamten Fernabsatzhandel bedenklich und untergräbt letztendlich die Grundlage dieses Geschäftsmodells.

Auch für den Verbraucher bedeutet eine solche Regelung im Übrigen mehr Aufwand. Bislang konnte er davon ausgehen, dass ein fernmündlich erteilter Auftrag oder Vertrag durch den Unternehmer ohne weiteres erfüllt wird. Der Verbraucher erhält eine Bestätigung des Unternehmers, i.d.R. einen Brief oder eine E-Mail, denn über das bereits jetzt umfassende Widerrufsrecht nach den Fernabsatzvorschriften muss in Textform belehrt werden.

Wenn der Kunde nun nichts weiter unternimmt, kann er davon ausgehen, dass der Vertrag wunschgemäß durch den Unternehmer erfüllt wird. Im Falle der geforderten Gesetzesänderung muss der Verbraucher selbst noch tätig werden. Das ist vor dem Hintergrund des Dienstleistungsgedankens und angesichts des Bedürfnisses der Verbraucher - alles so einfach und so schnell wie möglich abzuwickeln und die bestellte Leistung zu erhalten - kontraproduktiv. Sie ist zudem mit Kosten (Porto u.a.) und Aufwand verbunden.

Hinzu kommt, dass durch die nochmalige Bestätigung des Verbrauchers und des dadurch bedingten späteren Zeitpunktes der Wirksamkeit des Vertrages das Widerrufsrecht zeitlich noch weiter ausgedehnt wird. Gemäß § 312d Abs. 2 BGB beginnt die Widerrufsfrist bei Dienstleistungen abweichend von § 355 Abs. 2 S.1 BGB nicht vor dem Tage des Vertragsschlusses. Wird bislang ein Fernabsatzvertrag über Dienstleistungen z.B. mit Zugang der Auftragsbestätigung wirksam und die Widerrufsfrist beginnt zu laufen, würden nach der geforderten Gesetzesergänzung weitere zwei Wochen hinzu kommen, in denen der Unternehmer unsicher ist, ob sein Vertrag überhaupt zur Durchführung gelangt oder doch noch widerrufen wird. Auch der Verbraucher, der die Leistung beauftragt hat, wird wenig Verständnis haben, wenn sich die Leistungserbringung durch weitere Voraussetzungen verzögert.

Das bereits bestehende Widerrufsrecht des Verbrauchers genügt dem verfolgten Schutzzweck hier vollständig.

BITKOM fordert aus diesem Grund auch hierzu, die vom Bundesrat vorgeschlagene Modifikation nicht in den Gesetzentwurf zu übernehmen.