



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

ZAW Position
zu den Eckpunkten „Schutz vor
Kostenfallen“ Stand 9. April 2019

Position des Zentralverbandes der Deutschen Werbewirtschaft zu
den Eckpunkten des BMJV „Schutz vor Kostenfallen“

1. Einleitung

Das BMJV hat am 15. März 2019 Eckpunkte zur Bekämpfung von Kostenfallen vorgelegt. Zwei der vorgeschlagenen Maßnahmen betreffen die Werbewirtschaft unmittelbar. Das sind Verschärfungen im Bereich der Telefonwerbung unter I und II des Eckpunktepapiers. Beide Maßnahmen sind nicht geeignet, die Vorgaben des Koalitionsvertrages, Verbraucher besser vor untergeschobenen Verträgen zu schützen, zu erfüllen: Der Vorschlag zur Einführung einer Bestätigungslösung im Bereich der Energieversorgungsverträge geht am eigentlichen Problem vorbei und die Einführung zusätzlicher Dokumentationspflichten zu den Einwilligungen in telefonische Ansprache bewirkt keinen Schutz der Verbraucher vor einem untergeschobenen Vertrag. Hierfür ist es völlig unerheblich, ob der Anruf mit oder ohne Einwilligung erfolgt ist. Beide vorgeschlagenen Maßnahmen belasten die lauter agierenden Unternehmen, die Telefonkommunikation mit potentiellen Kunden als sinnvolles Marketinginstrument nutzen.

Auch der Maßnahmenvorschlag unter III. des Eckpunktepapiers, Vertragslaufzeiten auf 1 Jahr zu begrenzen und die automatische Verlängerung des Vertrages nur noch um jeweils drei Monate zu ermöglichen, würde die Mitglieder des ZAW belasten und die Werbemöglichkeiten beschränken, weil nur längere Vertragslaufzeiten Planungssicherheit für die Unternehmen bedeuten und so Werbebeigaben bei Vertragsschluss ermöglicht werden, die einem großen Teil der Verbraucher wichtig sind. Entsprechend halten wir den Vorschlag, Vertragslaufzeiten zu begrenzen und damit Abonnements zu verteuern für verbraucherfeindlich.

2. Einführung einer sektoralen „Bestätigungslösung“

Die Einführung einer „Bestätigungslösung“ für Energielieferungsverträge bringt einem Verbraucher, dem ein solcher Vertrag am Telefon untergeschoben wurde, keine Verbesserung seiner rechtlichen und tatsächlichen Situation. Das Problem im Energieversorgungssektor ist, dass dem Verbraucher ohne dessen Einverständnis ein Anbieter oder Tarifwechsel untergeschoben werden kann. Diese Problematik wird auch im Eckpunktepapier erkannt, aber als Lösung lediglich vorgeschlagen, dass durch die Einführung der „Bestätigungslösung“ für Energieversorgungsverträge „die Hemmschwelle für diese unseriöse Vorgehensweise erheblich“ erhöht werde.

Wir schlagen dagegen vor, das Unterschieben eines Anbieter- und Tarifwechsels direkt zu unterbinden, indem ein solcher Wechsel nur noch möglich ist, wenn dem Altanbieter die Vollmacht des Verbrauchers zur Kündigung in Textform vorgelegt wird.

a. Das Unterschieben eines Anbieter- oder Tarifwechsels

Die Notwendigkeit, einen Anbieter- oder Tarifwechsel in Dauerschuldverhältnissen ohne Vollmacht des Verbrauchers zu unterbinden, hat die Bundesregierung bereits im Jahr 2009 erkannt. Auch da häuften sich die Beschwerden von Verbrauchern über untergeschobene Anbieterwechsel, damals allerdings im Mobilfunkbereich. Auch hier hatten unseriöse Unternehmen Mobilfunkverträge nach

einem Telefonat mit Verbrauchern einfach umstellen lassen, ohne hierfür eine Zustimmung des Verbrauchers zu haben.

Entsprechend ist im Gesetz gegen unerlaubte Telefonwerbung eingeführt worden, dass die Vollmacht zur Kündigung bzw. die Kündigung selbst in Textform erfolgen muss. Hierfür wurde § 312 h BGB geschaffen, der verhindern soll, dass der Anbieter oder Tarif ohne Wissen und Zustimmung eines Verbrauchers gewechselt werden kann.

Im Bereich der Energielieferung wird diese gesetzliche Vorgabe aber von einem Geschäftsprozess der Bundesnetzagentur konterkariert. Diese behördliche Anweisung an alle deutschen Energieversorger besagt, um einen schnellen Anbieterwechsel nicht zu verzögern, dürfe die Vollmacht zur Kündigung an den Neuanbieter vom Altanbieter nur in begründeten Ausnahmefällen angefordert werden. Diese Praxis nutzen betrügerische Anbieter aktuell und sorgen für einen Wechsel des Anbieters ohne hierfür vom Verbraucher beauftragt worden zu sein. Der Verbraucher hat in diesen Fällen keine Wahl, er muss tätig werden oder den ihm untergeschobenen Vertrag zähneknirschend akzeptieren.

b. „Wechsel-Bestätigung“ hilft Verbrauchern

Abhilfe schaffen würde eine „Wechsel-Bestätigung“ nicht aber die vorgeschlagene „Bestätigungslösung“ für Energieversorgungsverträge. Diese ändert nichts an der Möglichkeit, den Vertragswechsel unautorisiert zu bewirken. Entscheidend für das Abstellen der unlauteren Praxis ist, dass der Altanbieter den Vertragswechsel erst einleiten darf, wenn ihm der Wille zum Anbieterwechsel des Verbrauchers in Textform vorliegt. Hierzu würde die Änderung der Anweisung der Bundesnetzagentur an die Energieversorger als Maßnahme ausreichen. Um dies zu verstärken, könnte eine „Wechsel-Bestätigung“, also der Nachweis in Textform an den Altanbieter, dass ein Vertragswechsel vom Verbraucher gewünscht ist, in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen werden. Dies wäre sinnvolle Rechtsetzung, die ein erkanntes Problem an der Wurzel beseitigt ohne die Wirtschaft über Gebühr zu beschränken. Da dies nur für Anbieterwechsel, die am Telefon verabredet werden gilt, müssten dem Altanbieter auch nur hier Vollmachten in Textform vorgelegt werden. Bei Vertragswechseln per Internet besteht die zusätzliche Verpflichtung nicht.

c. „Bestätigungslösung“ schadet der seriösen Wirtschaft und verwirrt Verbraucher

Alle Varianten der sogenannten „Bestätigungslösung“, die in den letzten Jahren regelmäßig vom Bundesrat gefordert wurden, und immer völlig zu Recht von der Bundesregierung zurückgewiesen wurden, wiesen schwerwiegende konstruktive Mängel auf, die zu deutlichen Nachteilen für die deutsche Wirtschaft geführt hätten, ohne dass dem ein rechtlicher oder faktischer Nutzen für Verbraucher gegenüber stünde. Da im Eckpunktepapier keine Angaben gemacht werden, wo die „Bestätigungslösung“ verankert werden soll, kann hier nur allgemein ausgeführt werden.

Die Einführung der Nichtigkeit von Folgeverträgen unlauterer Telefonwerbung kombiniert mit einem einseitigen Bestätigungsrecht der Verbraucher hätte rechtspolitisch und praktisch einen Dambruch

im deutschen Lauterkeitsrecht zur Folge. An eine unlautere Wettbewerbshandlung würde eine dem deutschen Wettbewerbsrecht bislang zu Recht fremde Vertragsanktion geknüpft. Sachgründe sind hierfür nicht ersichtlich: Die Nichtigkeit eines Vertrages würde angeordnet, obwohl auf die vertragliche Willensbildung (selbst bei Störung der Privatsphäre) kein negativer Einfluss genommen worden wäre. Diese Rechtsfolge wäre allein Konsequenz des vorherigen belästigenden Telefonanrufs. Der mit der Einführung der Bestätigungslösung bei belästigenden Telefonanrufen einhergehende Wertungswiderspruch ist auch Verbrauchern nicht zu erklären: Ein Vertrag, der durch eine widerrechtliche Drohung erzwungen wurde, bliebe lediglich anfechtbar, während ein Vertrag im Nachgang an eine Störung der Privatsphäre ohne Einfluss auf die Willensbildung (schwebend) unwirksam ist.

Vor allem – aus praktischer Perspektive bedeutsam – ist die Einführung einer Bestätigungslösung für Verbraucher überhaupt nicht notwendig. Denn diese sind hinsichtlich ihrer Vertragsinteressen durch ein mindestens zweiwöchiges Widerrufsrecht bereits ausreichend geschützt, wobei diese Frist erst beginnt, wenn der Verbraucher schriftlich über dieses Recht informiert wurde. In dieser Zeit kann der Vertrag ohne jeglichen wirtschaftlichen Schaden für den Verbraucher gelöst werden. Eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrages würde sogar mit diesem bestehenden (und europarechtlich vorgegebenen) Widerrufsrecht kollidieren, was die Rechtslage im Fernabsatzrecht für Verbraucher und Unternehmer nahezu undurchschaubar machen würde.

Die vorstehend erwähnten Wertungswidersprüche, die praktische Redundanz und die Vielzahl unbeantworteter Fragen für Unternehmen und Verbraucher betreffend ihre jeweiligen Rechte und Pflichten im Wirtschaftsverkehr zwischen einer Bestätigungsmöglichkeit auf der einen und dem weiter bestehenden Widerspruchsrecht auf der anderen Seite, haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass die absolut überwiegende Anzahl von Praktikern und Vertretern aus der Rechtswissenschaft dieses Instrument abgelehnt haben.

Sämtliche Argumente für und gegen eine Bestätigungslösung wurden zudem bei der Expertenanhörung zu der Gesetzesnovelle im Jahre 2009 ausgetauscht und von den Rechtspolitikern des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags und des Bundesministeriums für Justiz ausgewertet und gewichtet. Die Erkenntnis damals: Die Bestätigungslösung ist keine Lösung, sondern schafft mehr Probleme als sie beseitigen kann – insbesondere im Hinblick auf unseriöse Unternehmen wurde sie als absolut ungeeignet, ja kontraproduktiv, eingestuft und zugleich klar gesehen, dass hiermit für die große Anzahl von Unternehmen, die den Kommunikationskanal Telefon seriös nutzen wollen, völlig unangemessene Benachteiligungen verbunden sind.

An dieser Bewertung hat sich bis heute nichts geändert.

Der ZAW fordert deshalb, keine „Bestätigungslösung“ einzuführen sondern Maßnahmen zu ergreifen, das Unterschieben von Anbieter- oder Tarifwechseln bei Energieversorgungsverträgen zu unterbinden.

3. Einführung einer Dokumentationspflicht für die Einwilligung in Telefonwerbung

Das Eckpunktepapier kündigt als weitere Maßnahme die Einführung einer Dokumentationspflicht für die Einwilligung in die Telefonwerbung an. Diese Maßnahme richtet sich nicht auf untergeschobene Verträge oder Kostenfallen für Verbraucher sondern soll vielmehr der Bundesnetzagentur die Durchsetzung von Bußgeldern bei Telefonanrufen ohne Einwilligung erleichtern. Dem Verbraucher bringt eine solche Dokumentationspflicht nichts: In einem Zivilprozess muss das Unternehmen beweisen, dass eine Einwilligung vorlag. Lediglich in den Ordnungswidrigkeitsverfahren der Bundesnetzagentur, muss diese beweisen, dass keine wirksame Einwilligung vorlag. Die Einführung einer Dokumentationspflicht geht dem Eckpunktepapier zur Folge entsprechend auf eine Forderung der Bundesnetzagentur zurück.

Wir halten die Maßnahme weder für notwendig noch für rechtlich möglich: Es muss in jedem Sachverhalt, der zu einem Bußgeldbescheid führt, einen Verbraucher geben, der Opfer der unerlaubten Praxis des Telefonanrufs ohne Einwilligung geworden ist. Dieser muss der Bundesnetzagentur bekannt sein, ansonsten hätte die Bußgeldbehörde nicht von dem Fall erfahren und wäre nicht tätig geworden. Wenn dieser Angerufene nicht in der Lage ist, zu bezeugen, er habe keine Einwilligung zur Telefonwerbung erteilt, weil er sich nicht genau erinnert, dann sollte auch kein Bußgeld wegen eines Telefonwerbbeanruf aufrecht erhalten werden. Es ist das Grundverständnis unseres Rechtsstaats, dass in einem Straf- und Ordnungswidrigkeitsprozess die Anklagebehörde beweisen muss, dass ein Tatbestand erfüllt ist. Der Angeklagte muss nicht seine Unschuld beweisen sondern die Anklagebehörde muss das Gericht von der Schuld überzeugen. Dies ist in den Fällen der unerlaubten Telefonwerbung grundsätzlich mittels eidesstattlicher Versicherung des ohne Einwilligung angerufenen Verbrauchers möglich. Eine Erleichterung auf diese Aussage des Verbrauchers zu verzichten, um der Bundesnetzagentur das Verteidigen der Bußgeldbescheide vor Gericht zu erleichtern, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Eine Beweislastumkehr im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht ist nicht mit der verfassungsrechtlich geschützten Unschuldsvermutung vereinbar.

a. Vorverlegung der Ordnungswidrigkeit nach § 20 UWG vom belästigenden Anruf zur fehlenden Dokumentation des Anrufes

Eine Dokumentationspflicht für die Einwilligung in die Telefonwerbung, mit der es der Bundesnetzagentur erleichtert werden soll, Bußgelder wegen unerlaubter Telefonwerbung zu verhängen, bedeutet faktisch eine Vorverlagerung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes. Bußgeldbewehrt ist dann nicht mehr ausschließlich der belästigende Werbeanruf ohne Einwilligung sondern allein die fehlende Dokumentation der Einwilligung. Es wird damit ein neuer Ordnungswidrigkeitstatbestand mit einem neuen Schutzgut, der lückenlosen Dokumentation, geschaffen. Damit wird aber nicht mehr der eigentliche Grund für die Verhängung des Bußgeldes, die Störung der Privatsphäre, bestraft sondern der Verstoß gegen eine Dokumentationspflicht, die keinen Nutzen für den Verbraucher hat. Dies lehnen wir ab.

b. Praktische und rechtliche Bedenken

Eine zusätzliche Dokumentationspflicht belastet außerdem nicht nur die lauter agierenden Unternehmer, die unzählige zusätzliche Arbeitsschritte abarbeiten müssten, sie wirft auch erhebliche datenschutz- und fernmelderechtlichen Bedenken auf.

Das im Auftrag des BMJV erstellte Evaluierungsgutachten des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken hatte die Forderungen der Bundesnetzagentur auf Seite 121 des Gutachtens bereits aufgegriffen und eine mögliche Regelung im UWG entworfen:

„Werbende Unternehmen müssen die Aufträge protokollieren und der Behörde auf Verlangen vorzeigen, die sie für die Durchführung von Werbeanrufen intern und an Dritte vergeben haben. Die Aufzeichnungen müssen Inhalt und Laufzeit der Kampagne umreißen. Dienstleister, die die Anrufe durchführen, müssen dokumentieren und der Behörde auf Verlangen vorzeigen, welche konkreten Anrufe sie für welche Kampagne zu welchem Zeitpunkt erledigt haben.“

Danach müsste für jeden Anruf(versuch) dokumentiert werden, wann er genau stattgefunden hat und zudem die Einwilligung des Verbrauchers jeweils zugeordnet werden. Dies bedeutet zum einen erheblichen Aufwand für die Unternehmen und die beauftragten Callcenter, zum anderen dürfte die Speicherung von konkreten Anrufzeiten und -inhalten gegen das Fernmeldegeheimnis verstoßen. Um aber dokumentieren zu können, ob für den konkreten Anruf die Einwilligung in den werblichen Anruf vorlag, müsste auch der Inhalt des Gespräches zumindest in Grundzügen gespeichert werden. Dies ist mit dem verfassungsrechtlich geschützten Fernmeldegeheimnis vereinbar.

Zudem verstößt es gegen das Gebot der Datensparsamkeit Unmengen an persönlichen Daten zu erheben. Muss jeder Anruf dokumentiert werden, müssten beispielsweise auch Anrufe mit Uhrzeit erfasst werden, bei denen nur ein Mitbewohner des Verbrauchers, der eine Einwilligung erteilt hat, erreicht wurde. Das bedeutet, Daten von Unbeteiligten würden erhoben und gespeichert.

Zu dieser Erkenntnis kommt im Übrigen auch das Evaluierungsgutachten, das zudem auch nur einen geringen Entlastungseffekt bei der Bundesnetzagentur erkennt, sollte diese Dokumentations- und Vorlagepflicht eingeführt werden (Seite 121 des Gutachtens).

Der ZAW fordert deshalb, keine zusätzlichen Dokumentationspflichten für die Einwilligung in Telefonwerbung zu schaffen.

4. Kürzere Laufzeiten für Verträge

Das Eckpunktepapier sieht vor, die Laufzeitvereinbarungen von Abonnements per AGB auf ein Jahr zu begrenzen und nur noch eine automatische dreimonatige Verlängerung zuzulassen. Damit könnten Verbraucher sich schneller von Verträgen lösen und seien nicht so belastet, wenn sie eine Kündigungsfrist übersehen. Dieser Vorschlag greift massiv in die Vertragsfreiheit der Unternehmen

ein. Er verhindert Planungssicherheit und wird zu einer Verteuerung der Angebote oder dem Wegfall von Werbebeigaben bei Vertragsabschluss führen. Ein Nachteil für die Verbraucher.

Mindestlaufzeiten über 2 Jahre sowie Verlängerungsmöglichkeiten um 1 Jahr sind zudem notwendig um vielfältige Angebote zu erhalten und die Kosten, die den Unternehmen für Neuabschlüsse entstehen, zu finanzieren. Dürfen Verträge nur noch für ein Jahr abgeschlossen werden und maximal 3 Monate automatisch verlängert werden, erhöhen sich die Kosten für die Unternehmen. Uns ist nicht bekannt, dass die typische Laufzeit eines Abonnements über zwei Jahre ein Ärgernis für Verbraucher sei. Wir halten diese jahrzehntelange Praxis hingegen für interessengerecht und nach wie vor zeitgemäß.

Der ZAW lehnt eine Verkürzung der Vertragslaufzeiten auf 1 Jahr als nicht sachgerecht ab.

Kontakt

Katja Heintschel von Heinegg

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -713 Telefon

+49 30 59 00 99 -722 Telefax

heinegg@zaw.de