

## **Vorschlag zu einer Gesetzesänderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei unlauterer Telefonwerbung**

Hauptautoren:

21.05.2007

Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer, Universität Konstanz

Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim

---

Die unlautere Telefonwerbung hat sich geradezu zu einer Landplage entwickelt. In den Verbraucherzentralen stapeln sich die Beschwerden der belästigten Verbraucher.

Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) stellt die *Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung* eine unzumutbare Belästigung dar und ist verboten. Folge des Werbeverbots ist es aber insbesondere nur, dass gegen das unlauter werbende Unternehmen ein Unterlassungsanspruch besteht. Ein Vertrag, den der Werbende mit dem Verbraucher bei dem Telefonat abschließt, ist wirksam und bindet den Verbraucher.

Das nach geltendem Recht bestehende, kurzfristige Widerrufsrecht, das einem jeden Verbraucher allgemein auch bei einem mit seiner Einwilligung abgeschlossenen Fernabsatzvertrag zusteht, stellt keine Sanktion gegen die verbotene Telefonwerbung dar.

Eine wirksame Bekämpfung der unerbetenen Telefonwerbung wird effektiv nur dadurch erreicht, dass der Gesetzgeber die aufgrund der verbotenen Telefonwerbung abgeschlossenen Verbraucherverträge für unwirksam erklärt. Unlautere Telefonwerbung lohnt sich für das werbende Unternehmen dann nicht, wenn die Folgeverträge von vornherein unwirksam sind.

Wenn Verbraucherverträge als Folge unlauterer Telefonwerbung unwirksam sind, dann ist der Verbraucherschutz vor allem deshalb effizient, weil das werbende Unternehmen die vorherige Einwilligung des Verbrauchers mit dem Telefonanruf nachweisen muss, wenn sich das Unternehmen auf die Wirksamkeit des Vertrages beruft. Namentlich ältere Menschen, die das Opfer von angeblich oder auch tatsächlich am Telefon abgeschlossenen Verträgen sind, werden durch diese Verteilung der Beweislast effektiv geschützt.

## Begründung des Vorschlags einer Gesetzesänderung

§ 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) regelt die Fälle der unzumutbaren Belästigungen. Nach § 7 Abs. 1 UWG handelt unlauter, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Einen solchen Fall unzumutbarer Belästigung stellt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG die Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung dar. Es muss eine *vorherige* und *ausdrückliche* Einwilligung vorliegen; die Einwilligung ist im Sinne eines konkreten, aktuellen und individuellen Einverständnisses des Verbrauchers zu verstehen.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. stellt eine Werbung mit Telefonanrufen gegenüber *sonstigen Marktteilnehmern*, die nicht Verbraucher sind, nur dann eine unzumutbare Belästigung dar, wenn zumindest eine *mutmaßliche* Einwilligung der sonstigen Marktteilnehmer besteht. Bei anderen Adressaten als Verbrauchern werden an die Lauterkeit der Telefonwerbung somit geringere Anforderungen gestellt. Da es sich bei den sonstigen Marktteilnehmern, die nicht Verbraucher sind, um eine weniger schutzwürdige Personengruppe handelt, kann die Rechtsfolge der Unwirksamkeit von Folgeverträgen einer unlauteren Telefonwerbung auf die Personengruppe der Verbraucher beschränkt werden.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG ist die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne deren (vorherige) Einwilligung unlauter. Bei einem telefonisch abgeschlossenen Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmen besteht nach geltendem Recht ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nach den Regeln über Fernabsatzverträge. Nach § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB steht dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein fristgebundenes (14 Tage) Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Die Tatsache, dass der Vertrag durch ein unlauteres Marktverhalten, das sich unmittelbar und zielgerichtet an den einzelnen Verbraucher richtet, zustande kommt, wirkt sich nach geltendem Recht nicht auf die Rechtswirksamkeit des Vertrages aus.

In der Rechtspraxis nach der UWG-Reform des Jahres 2004 zeigt sich seit Inkrafttreten des neuen UWG, dass einerseits das (begrüßenswerte) opt-in-Prinzip die belästigende Telefonwerbung nicht einzudämmen vermochte, und dass andererseits das Widerrufsrecht des BGB bei Fernabsatzverträgen, das ein *allgemeines* Verbraucherrecht darstellt, dem Verbraucher einen nur unzureichenden Schutz vor einem durch *unlauteres* Marktverhalten zustande gekommenen Vertragsverhältnis gibt. Die Unlauterkeit der Vertragsanbahnung und Vertragsbindung bleibt nach geltendem Recht vertragsrechtlich sanktionslos.

Im Interesse eines effektiven Verbraucherschutzes ist es deshalb dringend geboten, einen *Verbrauchervertrag, der als Folge einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung geschlossen wird*, für *unwirksam* zu erklären. Die Unwirksamkeit des Verbrauchervertrags als Folge der unlauteren Telefonwerbung verlangt von dem werbenden Unternehmen, dass er die vorherige Einwilligung des Verbrauchers mit dem Telefonanruf nachweist, wenn das Unternehmen den Abschluss eines Vertrages mit dem Verbraucher behauptet. Der Verbraucher wird so wirksam vor unlauteren Folgeverträgen geschützt.

Der Gesetzesvorschlag, Verbraucherverträge als Folge einer unlauteren Telefonwerbung für unwirksam zu erklären, ist auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Lauterkeitsrechts vereinbar. Im geltenden Lauterkeitsrecht ist zwar von dem Grundsatz auszugehen, dass Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich wirksam sind, weil das unlautere Marktverhalten des werbenden Unternehmens nicht die Wirksamkeit der abgeschlossenen Verträge erfasst. Die Begründung für die grundsätzliche Wirksamkeit der Folgeverträge besteht darin, dass bei der unlauteren Werbung – wie etwa einer Anzeigenwerbung oder der Fernsehwerbung – die Ursächlichkeit der unlauteren Werbung für den Vertragsabschluss mit dem Verbraucher nur schwer nachweisbar ist. Es soll vermieden werden, dass ein Verbraucher, der die unlautere Werbung nicht kannte, sich im Nachhinein von dem abgeschlossenen Vertrag lösen kann, wenn er von der Unlauterkeit der Werbung erfährt.

Eine solche Fallkonstellation einer Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit von Verbraucherverträgen besteht bei der Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung für das werbende Unternehmen gerade nicht. Diese Art der Telefonwerbung richtet sich in einem einzelnen Telefonat jeweils *zielgerichtet und unmittelbar an einen konkreten Verbraucher* und nicht an eine unbestimmte Vielzahl von Verbrauchern. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit betrifft ausschließlich einen bestimmten Verbrauchervertrag. Für das werbende Unternehmen besteht keine Rechtsunsicherheit, da dem werbenden Unternehmen bekannt ist, ob eine vorherige und ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers vorliegt.

Eine solche *zivilrechtliche Sanktion* der Unwirksamkeit eines durch unlautere Telefonwerbung zustande gekommenen Verbrauchervertrages besteht unabhängig von einer Normierung einer *Ordnungswidrigkeit* oder gar einer *Strafnorm*. Diese Regelungen gelten kumulativ.

## **Gesetzestechische Umsetzung des Vorschlags einer Gesetzesänderung des UWG**

Es wird empfohlen, in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eine Vorschrift einzufügen, nach der Verbraucherverträge als Folge einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung für unwirksam erklärt werden.

Gesetzestechisch könnte die Gesetzesänderung durch eine Ergänzung des § 7 UWG durch einen neuen Absatz 4 vorgenommen werden.

### **§ 7 Abs. 4 UWG (neu)**

**Ein Folgevertrag einer Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung ist unwirksam.**

**Der Unternehmer trägt die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung.**