

DIALOG- MARKETING QUO VADIS?

DIALOGMARKETING IST IN DIE JURISTISCHEN MÜHLEN GERATEN. UNTER DEM MÄNTELCHEN DES VERBRAUCHERSCHUTZES GREIFEN GESETZE MASSIV IN DIE MÖGLICHKEITEN DES DIREKTMARKETINGS EIN.

VON RA FRANZ DÄNEKAMP

„Heute ist ein guter Tag für die Verbraucher“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, als am 26. März 2009 das „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde. Das Gesetz, das derzeit noch dem Bundesrat vorliegt, wird voraussichtlich im Juni 2009 in Kraft treten. Parallel dazu hat der Deutsche Bundestag am 19. März 2009 in erster Lesung über das Gesetz „zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften“ beraten, das die Möglichkeiten der auf das Direktmarketing angewiesenen Unternehmen und deren Dienstleister stark einschränkt

und nach Einschätzung verschiedener Verbände existenzbedrohend ist. Warum sind die werbetreibenden Unternehmen von gesetzgeberischen Maßnahmen derart „umzingelt“, dass ihnen Planungssicherheit fehlt, gigantische Umsatzeinbrüche und Arbeitsplatzverluste prognostiziert werden, und zwar branchenübergreifend?

Unerwünschte Telefonwerbung habe sich zu einem Problem entwickelt, heißt es in einer Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 26. März 2009. Wer sich derzeit für die wirtschaftlichen Interessen von Unternehmen stark macht, hat einen schweren Stand, seitdem die Republik von Affären und Krisen erschüttert wird, seien es Datenskandale, raffgierige Manager oder eine in ihrem Ausmaß schwer

einzuschätzende Bedrohung der Privatsphäre durch Call-Center.

Das Direktmarketing ist derart in Verfall geraten, dass Verbraucher den Eindruck haben müssen, man habe es ausschließlich mit Halbkriminellen zu tun, die auch vor dem Hausfriedensbruch mittels Telekommunikation nicht zurückschrecken. Wie auch immer derartige Berichte in der Presse zu bewerten sein mögen, bei nicht wenigen Unternehmen hat längst das Nachdenken darüber begonnen, ob die Radikalisierung in der Kundengewinnung oder etwa die Renditesteigerung durch Cross Selling noch der richtige Weg sind, weil sie Kundenbeziehungen gefährden können. Verbände – etwa der Deutsche Direktmarketing Verband (DDV) – formulie-

ren Ehrenkodizi, appellieren an Moral und Ethik in der Wirtschaft, ohne offenbar damit die Öffentlichkeit beeindruckten zu können.

Dabei verdienen derartige Bemühungen Respekt, denn die Sensibilisierung für die Perspektive der Verbraucher ist nicht nur Symposien vorbehalten, sie ist Ergebnis ökonomischer Vernunft. „All companies sell just one basic product – trust“, zitierte der Präsident des Deutschen Bundestages in einer Rede ein internationales Management-Consultant-Unternehmen und erinnerte daran, dass beim Sortieren der ständig neuen Angebote dieses „Basic Product“ vernachlässigt worden sein könnte. Wer dieses Vertrauen verliert und unter ständigem Kundenschwund leidet, muss die Dynamik der Kundengewinnung intensivieren, damit die „Performance“ noch stimmt, um es neudeutsch zu formulieren.

In ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung stellt die Verbraucherzentrale Berlin fest, dass die Zahl der Beschwerden über Werbeanrufe, bei denen Zeitungs- oder Zeitschriftenabonnements angeboten würden, in den letzten Monaten zurückgegangen sei. Diese Feststellung ist bemerkenswert, als neben der Telekommunikationsbranche die Verlagsbranche und deren Marketingbemühungen Anlass für den Gesetzgeber waren, drastische Regelungen zu initiieren, die in ihren Auswirkungen weit über die genannten Branchen hinausgehen, etwa den Versandhandel treffen. So rechnet der Präsident des Bundesverbandes des Deutschen Versandhandels dem Innenausschluss vor, dass die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes in der geplanten Form nach vorsichtigen Schätzungen ein Umsatzvolumen zwischen 50 und 100 Milliarden Euro im Versandhandel bedroht. Der Vorsitzende des Innenausschusses, der SPD-Bundestagsabgeordnete Sebastian Edathy, erklärte vor Vertretern von Unternehmen und Verbänden in der Berliner Datenschutzrunde im Januar 2009, die Datenschutznovellierung werde – abgesehen von marginalen Änderungen – verabschiedet, man sei zwar am Dialog mit den Wirtschaftsvertretern interessiert,

aber der Wille des Gesetzgebers sei hinzunehmen. Im Klartext: Jetzt ist Verbraucher und Datenschutz angesagt, – basta. § 44 GGO (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien) zwingt den Gesetzgeber zur Gesetzesfolgenabschätzung und hat den Sinn, staatliches Handeln effektiver zu gestalten, Eingriffe auf das notwendige Mindestmaß zu beschränken und mögliche Alternativen einzubeziehen. Obwohl in Berlin ernstzunehmende Expertisen über fatale wirtschaftliche Auswirkungen der Gesetzesinitiativen vorliegen, scheinen die Bedenken an den verantwortlichen Politikern abzuperlen wie das Wasser an der Flugente.

Dafür gibt es gute Gründe: Kaum ein Thema eignet sich zur Polarisierung so gut wie das des Verbraucherschutzes. „Belästigende Telefonwerbung ist ein nicht zu tolerierendes Marktverhalten“, schreibt der Justitiar des Bundesverbandes des Deutschen Versandhandels dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages anlässlich der Anhörung von Sachverständigen im Januar 2009. Kein ernstzunehmender Zeitgenosse widerspricht dieser

Feststellung, aber es ist nicht wirklich untersucht, in welchem statistischen Verhältnis sich die Problemfälle zu den Normalfällen bewegen, ob die Flut gesetzgeberischer Maßnahmen vor dem Hintergrund eines ohnehin kaum noch überschaubaren Rechts in einem angemessenen Verhältnis zur Bedrohung steht. Lapidar wird etwa im Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung vom 31. Oktober 2008 festgestellt: „Unerwünschte Telefonwerbung hat sich in letzter Zeit zu einem belästigenden Problem entwickelt.“ Das mag zutreffen, aber nachprüfbar Analysen zur Quantifizierung des Problems wären wichtig, um eine Abwägung von Rechtsgütern mit Verfassungsrang durchführen zu können. Hier der berechnete Anspruch von Bürgern auf den Schutz ihrer Privatsphäre – dort der Anspruch auf wirtschaft-

liche Betätigungsfreiheit. In der Diskussion wird bisweilen übersehen, dass in Deutschland im Vergleich zur Rechtslage in den meisten anderen EU-Mitgliedsstaaten schon jetzt die strengsten Regelungen im Telemarketing existieren. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stellt die telefonische Kontaktaufnahme zu Werbezwecken unter den Einwilligungsvorbehalt (Opt-In-Regelung).

> TELEFONIEREN ZU WERBEZWECKEN

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung trägt der anrufende Unternehmer, belastet mit einem Prozessrisiko, das ihm in der Praxis keine Chance lässt. Ein Beleg dafür ist die Feststellung der Verbraucherzentrale Berlin, die Unternehmen seien in allen von ihr geführten Prozessen unterlegen.

Etwa vier kleingedruckte Seiten – gespickt mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung – benötigt einer der gängigen Kommentare zum UWG, um der Fachwelt zu erklären, wie beanstandungsfrei zu Werbezwecken telefoniert werden

„Quo vadis Direktmarketing? Wer das zurzeit beantworten will, muss die Qualität eines delphischen Orakels haben“, meint RA Dänekamp, denn die rechtliche Zukunft sei derzeit noch unklar.

kann. Um Gesetzestreue bemühte Unternehmen scheitern an der komplizierten Rechtslage im Fernabsatzrecht, etwa auch deswegen, weil es der Gesetzgeber unterlassen hat, im Interesse der rechtstreuen Unternehmen eine vorformulierte „Opt-In-Klausel“ zu textieren. Telefonwerbungsklauseln – so behauptet die Verbraucherzentrale Berlin – seien bewusst pauschal (falsch) formuliert, um Datensätze an möglichst viele Unternehmen zur Werbung weitergeben zu können.

Damit sei für Verbraucher die „Büchse der Pandora“ geöffnet, weil sie die Weitergabe der Datensätze nicht mehr überblicken könnten. Ob derartige Klauseln flächendeckend bewusst falsch formuliert werden, ist zumindest zweifelhaft, denn die Formulierung einer nicht zu beanstandenden Klausel erfordert inzwischen eine juristische Filigrantechnik, die der Laie

nicht beherrscht und nicht wenige Fachleute überfordert. Die Frustration der Adressaten der Gesetze wächst, weil Unternehmer nicht mehr verstehen, was auch die Absender solcher Gesetze bisweilen nicht überblicken.

> **CALL-CENTER IN DER KLEMME**

Welche Blüten diese Detailbesessenheit des Gesetzgebers treibt und welche Konsequenzen sich daraus in der Praxis ergeben, zeigt das Szenario, das sich aus den neuen Regeln ergibt, die unlautere Telefonwerbung einschränken sollen.

Verstöße gegen das Bestehen des Verbots der unerlaubten Telefonwerbung, so stellt das Bundesministerium der Justiz in seiner Presseerklärung vom März 2009 fest, könnten künftig mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden, wobei sich etwa die Fraktion „DIE LINKE“ gemeinsam mit der Verbraucherzentrale Berlin eine Geldbuße in Höhe von 250.000 Euro vorgestellt hatte. Auf den ersten Blick erscheint eine Sanktion im Falle des Verstoßes gegen das Gesetz nachvollziehbar, aber die Tücke liegt im Detail:

Gemäß § 20 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG n. F.) handelt künftig ordnungswidrig, bedroht mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf wirbt.

Sowohl das Strafrecht als auch das Ordnungswidrigkeitenrecht sanktionieren grundsätzlich nur vorsätzliches Verhalten und Fahrlässigkeit – oft nur Fehleinschätzung oder Gedankenlosigkeit – nur im Ausnahmefall. Wer das Rotlicht einer Ampel überfährt, weiß, was er falsch gemacht hat, weil er den Regelverstoß einschätzen kann. Wer fahrlässig ohne Einwilligung telefoniert, ist möglicherweise nur das Opfer einer komplizierten Rechtslage. Die Mitarbeiterin im Versandhandel etwa, die eine Verbraucherin anruft, weil sie ihr alternativ ein gelbes zum bestellten – aber ausverkauften – roten Kleid anbieten möchte,

wird vermutlich ebenso sorglos agieren, wie der Kfz-Meister, der seinen Kunden telefonisch auf die abgefahrenen Reifen hinweist und ihm Ersatz anbietet. Beide verlassen sich auf das mutmaßliche Einverständnis ihrer Kunden, werden aber nach neuem Recht von der genannten Sanktion bedroht, wenn die Kundin oder der Kunde nicht ausdrücklich in das Telefonat eingewilligt haben. Kritiker dieser Beispiele werden einwenden, der beschriebene „Täterkreis“ sei nicht gemeint, aber gerade das zeigt die Absurdität derartiger Regelungen. Tausendfach werden Call-Centern Adressen mit der Zusicherung der Auftraggeber überlassen, man verfüge über ein wirksames „Opt-In“, die Kunden seien mit einem Telefonanruf zu Werbezwecken einverstanden. Kann sich das Call-Center auf eine derartige Zusicherung verlassen? Wer nimmt die Kontrollen vor, wer legt die Einwilligungsklauseln aus, reichen Stichproben oder ist eine Einzelfallkontrolle vorzunehmen? Wer trägt die Kosten, wenn sich der Mitarbeiter eines Call-Centers im Bußgeldverfahren verteidigen muss – der Arbeitgeber vielleicht? Welche haftungsrechtlichen Konsequenzen ergeben sich für den Auftraggeber? Welche Haftungsregeln sind künftig im Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Call-Center aufzunehmen?

> **FAHRLÄSSIGKEIT WIRD NUR SELTEN SANKTIONIERT**

Als für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständige Verwaltungsbehörde sieht § 20 Abs. 3 UWG n. F. die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn vor. Die zusätzlichen Personalausgaben werden von der Bundesregierung auf jährlich etwa 750.000 Euro geschätzt, wobei Sachausgaben von jährlich rund 150.000 Euro hinzukommen sollen. Dabei geht die Bundesregierung von mutmaßlich 60.000 Beschwerden aus, wobei es zur Begründung der Gesetzesinitiative in der Presseerklärung des Bundesjustizministeriums von 2009 unter Hinweis auf eine Umfrage des forsa-Instituts aus dem Jahre 2007 heißt, 86 Prozent der Bevölkerung fühlten sich

durch unlautere Werbeanrufe belästigt, 64 Prozent der Befragten seien in den letzten Monaten ohne Einwilligung angerufen worden. 50 Millionen betroffene Bürger, von denen sich nur 60.000 beschwerten?

Offenbar haben die Verantwortlichen keine Vorstellung davon, was es heißt und kostet, ein Bußgeldverfahren prozessordnungsgemäß zu betreiben. Schon nach geltendem Recht können Verstöße gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung mit Ordnungsgeldern bis zu 250.000 Euro zivilrechtlich verfolgt werden. Warum konzentriert der Gesetzgeber sich nicht auf Regeln und Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts, um nämlich diejenigen „schwarzen Schafe“ konsequent zu verfolgen, die mit „echten Cold Calls“ eine Last des Verbrauchers sind?



Franz Dänekamp, Fachanwalt für Steuerrecht, ist Seniorpartner der auf IT-, Telekommunikations- und Vertriebsrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei Lehner Dänekamp & Mayer mit Sitz in Heidelberg, Düsseldorf und Hamburg.

Zu kritisieren ist nicht, dass der Gesetzgeber Verbraucher vor einem untergeschobenen Tarif oder Anbieterwechsel schützt, Widerrufsrechte stärkt oder die Rufnummerunterdrückung untersagt. Das Problem ist der Einwilligungsvorbehalt an sich, der – einem Teufelskreis gleich – nach neuen, weiteren Gesetzen verlangt und die Rechtslage – auch für rechtstreue Unternehmen – unüberschaubar macht. Seit Juli 2004 ist die Opt-In-Regelung Gesetz. Zuvor war die Opt-Out-Regelung diskutiert worden, weil sie den rechtstreuen Unternehmen eine Orientierung verschafft, welche Verbraucher mit Werbung nicht konfrontiert sein möchten.

Wer das – den ausdrücklich erklärten Wunsch – nicht akzeptiert, die Privatsphäre verletzt, soll konsequent verfolgt werden. Es ist nämlich sinnvoll, über derartige Alternativen nachzudenken, bevor die Betroffenen in der Gesetzesflut erstickten. ■

> **Kennziffer: ecm17410**