

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes für faire Verbraucher- verträge vom 24. Januar 2020

Berlin, 24. Februar 2020



1. Einleitung

§ 1 Abs. 1 EnWG normiert eine verbraucherfreundliche Energieversorgung als wichtiges Ziel des Energiewirtschaftsrechts. Die Basis dessen ist das Vertrauen der Kunden in die Seriosität und die Leistungsfähigkeit der Energieversorgungsunternehmen. Der BDEW unterstützt deshalb Bestrebungen, die zur Stärkung des Verbraucherschutzes beitragen. Gleichzeitig verweist der BDEW darauf, dass es auch im Interesse des Verbrauchers ist, dass eine Balance mit praktischen Umsetzungserfordernissen in den Unternehmen besteht. Auch ist die Entscheidungsfreiheit des Kunden bei der Energielieferung von hohem Wert. Nur so kann eine nachhaltige, positive Beziehung zwischen Energieversorgern und ihren Kunden beibehalten werden. Deshalb warnt der BDEW vor überzogenen Forderungen, die im Ergebnis auch von Verbrauchern als serviceunfreundlich, bürokratisch und bevormundend empfunden werden.

2. Forderungen des BDEW

- Der BDEW steht einer Verkürzung der Erstvertragslaufzeit auf ein Jahr außerordentlich kritisch gegenüber und plädiert dafür, den bestehenden Rechtsrahmen unverändert zu lassen und es dem Verbraucher zu überlassen, den für ihn passenden Tarif aus ein- und zweijährigen Angeboten auszuwählen.

Soweit im weiteren Gesetzgebungsverfahren an der einjährigen Vertragslaufzeit festgehalten werden sollte, regen wir an, dass die Vertragslaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen an den frühestmöglichen Beginn des Leistungsaustausches anknüpft und nicht an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Außerdem regen wir an, in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB größere Wohnungseigentümergemeinschaften (WEG) ab sechs Wohneinheiten mit Unternehmen gleichzustellen und den Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Vorgaben entsprechend einzuschränken.

- Der BDEW hält eine zusätzliche Genehmigung für telefonisch abgeschlossene Energielieferverträge nicht für erforderlich, da sie keine wirksamen Vorteile für den Verbraucherschutz bewirkt.
- Die neuen Regelungen der Dokumentations- und Aufbewahrungsfrist von Einwilligungserklärungen der Verbraucher zur Unterstützung der Bundesnetzagentur sind ausreichend, um mehr Verbraucherschutz zu erreichen. Es empfiehlt sich deshalb, die Wirksamkeit dieser Maßnahmen in der Praxis zunächst zu monitorieren, bevor weitere Hürden im Telefonmarketing aufgebaut werden. Die gesetzlichen Regelungen sollten einheitliche Begriffe („angemessen“ anstatt „richtig“) verwenden, um die Rechtsunsicherheit für Unternehmen im Hinblick auf die Dokumentationspflichten nicht zu vergrößern.

- Sollte dennoch im weiteren Gesetzgebungsverfahren an der Genehmigung von Fernabsatzverträgen festgehalten werden, hält es der BDEW für erforderlich, zwischen erlaubter und unerlaubter Telefonwerbung zu unterscheiden, sowie danach, wer den Vertragsschluss initiiert hat, um den zulässigen Wechselwettbewerb zu stärken und damit den Verbraucherinteressen gerecht zu werden.

3. Zur Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen (§ 309 Nr. 9 BGB)

Aus Sicht des BDEW unterlässt der Gesetzentwurf mit der vorgeschlagenen AGB-Regelung die erforderliche Betrachtung der einzelnen betroffenen Wirtschaftsbereiche und verkennt daher die Auswirkungen für die Verbraucher und die Energiewirtschaft. Bei Energielieferverträgen werden sich für den Verbraucher aus einer Laufzeitbeschränkung gerade keine Verbesserungen ergeben, sondern eher Nachteile.

Die geplante Verkürzung der Erstvertragslaufzeit von bisher zwei Jahre auf ein Jahr führt zu einer erheblichen Einschränkung der energiewirtschaftlichen Tariflandschaft und wird die aus Verbrauchersicht gewünschten Auswahlmöglichkeiten und damit den Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Produkten massiv verringern. Eine gesetzliche Verkürzung der Vertragslaufzeit ist mit Blick auf die bestehende Angebotsvielfalt im Energiemarkt nicht erforderlich und wird höhere Verbraucherpreise zum Ergebnis haben. Sie würde den Bedürfnissen der Verbraucherinnen und Verbraucher nicht gerecht und geht von einer Marktsituation aus, die so nicht zutrifft. Beispielhaft sind hier auch die Verbraucherbeschwerden im Frühwarnnetzwerk des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv) zu nennen. Wie der vzbv auf seiner Homepage selbst darstellt, ist der Großteil der Kundenbeschwerden mit Insolvenzen und Preiserhöhungen in Verbindung zu bringen und nicht mit Laufzeitmodellen.

Der BDEW steht einer Verkürzung der Erstvertragslaufzeit auf ein Jahr außerordentlich kritisch gegenüber und plädiert dafür, den bestehenden Rechtsrahmen für Energielieferverträge unverändert zu lassen und es dem Verbraucher zu überlassen, den für ihn passenden Tarif auszuwählen.

Verkürzte Vertragslaufzeiten verhindern preisgünstige Produkte

Die im Wettbewerb stehenden Produkte der Strom- und Gaslieferanten sind im Wesentlichen vom Preis der gelieferten Energiemenge sowie von der Vertragslaufzeit geprägt. In der Regel haben die Strom- und Gaslieferanten unterschiedliche Verträge mit verschiedenen Vertragslaufzeiten im Angebot, zwischen denen der Verbraucher frei wählen kann. Das Internet eröffnet heute dem Verbraucher alle notwendigen Informationen zu den unterschiedlichen Vertragsarten (Grundversorgung und Sondervertrag, Laufzeiten, Art der Vertragsverlängerung und Kündigungsfristen) sowie einen Zugang zu einer breiten Auswahl an Sondervertragstarifen. Hinzu kommen umfangreiche verbraucherschützende Informationspflichten aus dem Energierecht (§ 41 EnWG) sowie dem Verbrauchervertrags- und Fernabsatzrecht (§§ 312a ff. BGB), die sicherstellen, dass dem Verbraucher bei Vertragsabschluss die unterschiedlichen

Vertragslaufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten bewusst sind. Die Verkürzung der Erstlaufzeit würde die Angebotsvielfalt für Verbraucher im Markt deutlich einschränken, ohne dass dem ein erkennbarer Verbrauchervorteil gegenüberstünde.

Kein Energielieferant wird ausschließlich Zweijahresverträge anbieten, da er mit einem solch eingeschränktem Angebotsportfolio im hart umkämpften Energiemarkt kaum wettbewerbsfähig wäre. Die markttypischen Vertragslaufzeiten sind ein oder zwei Jahre sowie jederzeit kündbare Verträge. Der Verbraucher hat also – anders als die Begründung zur Gesetzesänderung vermuten lässt – regelmäßig die Wahl zwischen verschiedenen Vertragslaufzeiten und ist nicht gezwungen, sich für einen längeren Zeitraum an einen Energielieferanten zu binden.

Der Energiepreis verhält sich üblicherweise zur Vertragslaufzeit reziprok, das heißt, das Produkt wird für den Verbraucher bei längerer Vertragsbindung wirtschaftlich attraktiver, weil entweder günstigere Preise oder höhere Boni vom Energielieferanten gewährt werden. In der Energiewirtschaft gelten insoweit die gleichen vertrieblichen Grundsätze wie im Einzelhandel, wo der Preis ebenfalls bei zunehmender Gebindegröße sinkt. Allerdings würde aus Verbraucherschutzpolitischer Sicht wohl niemand auf den Gedanken kommen, den Verkauf von Kartoffeln in preisgünstigen 10-Kilo-Säcken zu verbieten und stattdessen dem Einzelhandel kleinere und teurere Verpackungsgrößen vorzuschreiben.

Die kürzeren Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen können sich auch dann zum Nachteil des Verbrauchers herausstellen, wenn das Marktumfeld von steigenden Energiepreisen gekennzeichnet ist. Denn auch der Energielieferant kann den Vertrag innerhalb der vereinbarten Fristen ordentlich kündigen, um Preisnachteile zu vermeiden.

Längere Vertragslaufzeiten schaffen Preisstabilität zugunsten des Verbrauchers

Längere Vertragslaufzeiten mit Festpreisgarantien bieten für den Kunden den Vorteil, für den vereinbarten Zeitraum mit keinen Preisänderungen rechnen zu müssen, und schaffen damit Planungssicherheit. Gleichzeitig können Energielieferanten langfristig im Voraus und damit kostengünstiger und planbarer Energie einkaufen, um den vereinbarten Preis niedrig und stabil halten zu können. Dementsprechend können die Energielieferanten bei kürzeren Vertragslaufzeiten auch nur für einen kürzeren Zeitraum Preisstabilität zu Gunsten des Verbrauchers anbieten.

Kürzere Vertragslaufzeiten erschweren in einem erheblichen Maße eine mittel- und langfristige Energiebeschaffung. Die mittel- und langfristigen Beschaffungsstrategien der Versorgungsunternehmen sind ein wesentlicher Baustein dafür, die ansonsten volatilen Energiepreise abzufedern. Das heißt, durch den Wegfall längerer Vertragslaufzeiten würden die für einen günstigen Preis wichtigen Einkaufsstrategien eingeschränkt und der Energiepreis würde zwangsläufig mit einem Mengenrisikoaufschlag belastet werden. Weiterhin steigen bei kürzeren Vertragslaufzeiten der administrative Aufwand pro Vertrag sowie die Kosten für die Neukundenakquise. Auch diese Zusatzkosten werden sich in den Preisen für kurzlaufende Produkte wiederfinden. Durch die geplante Regelung könnte es überdies zu dem Effekt kommen, dass Gewerbetreibende in Zukunft im Vergleich zu Verbrauchern geringere Preise für

einen ähnlichen Lieferumfang zahlen müssten. In der Energiewirtschaft gelten Letztverbraucher nach § 3 Nr. 22 EnWG bis zu einem Jahresverbrauch von 10.000 kWh/a als Haushaltskunden. Dieser Grenzwert ist zentrales Abgrenzungskriterium für die Tariflandschaft. Führte man die neue Regelung ein, müssten die Lieferanten für diesen Bereich zwei verschiedene Tarifsysteme vorhalten, mit der Folge steigender Stromkosten. Im Übrigen könnten Gewerbetreibende weiterhin die günstigen Zwei-Jahrestarife wählen.

Belieferungszeiträume von einem Jahr bei Jahresverträgen nicht realisierbar

Unabhängig von einer Verkürzung der Vertragslaufzeit ist aus Sicht der Energiewirtschaft in jedem Fall AGB-rechtlich zu gewährleisten, dass die Vertragsbedingungen eine Belieferung des Kunden über einen Zeitraum von 12 Monaten fixieren können müssen. Aufgrund der Besonderheiten der Energieversorgung fallen Vertragsschluss und Aufnahme der Energiebelieferung typischerweise zeitlich auseinander. Die Belieferung mit Strom und Gas kann schon wegen der in den Geschäftsprozessen vorgesehenen Lieferantenwechselfristen (GPKE) nicht unmittelbar zum Vertragsschluss erfolgen. Weiterhin sind in der Regel noch Restlaufzeiten des bisherigen Energieliefervertrages abzuwarten, nach deren Ablauf erst die Belieferung durch den neuen Lieferanten aufgenommen werden kann. Der zeitliche Abstand zwischen Vertragsabschluss und Lieferbeginn kann daher sogar mehrere Monate betragen.

Nach ständiger BGH-Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 14/12) beginnt die AGB-rechtlich zulässige Vertragslaufzeit mit Vertragsschluss zu laufen und nicht erst mit Lieferbeginn. Die Vereinbarung eines einjährigen Lieferzeitraums ist danach zulässig, solange die Höchstdauer der Vertragslaufzeit, gerechnet ab Vertragsschluss, nicht überschritten wird, was bei einer zweijährigen Vertragslaufzeit regelmäßig kein Problem darstellt. Bei einer Höchstlaufzeit von einem Jahr wäre es jedoch rechtlich ausgeschlossen einen einjährigen Lieferzeitraum zu vereinbaren, da die Vertragslaufzeit regelmäßig nach der BGH-Rechtsprechung ein Jahr überschreiten würde. Ein mindestens einjähriger Belieferungszeitraum ist für die Energielieferanten schon deshalb erforderlich, um sowohl die Transaktionskosten des Lieferantenwechsels als auch die Akquisekosten der Neukundengewinnung amortisieren zu können.

Die geplante einjährige Vertragslaufzeit würde insoweit die vom BMJV intendierte Jahresbindung im Ergebnis sogar unterschreiten und nur noch Belieferungszeiträume deutlich unterhalb von einem Jahr ermöglichen.

Sollte dennoch im weiteren Gesetzgebungsverfahren an der einjährigen Vertragslaufzeit festgehalten werden, regen wir an, dass zumindest die Vertragslaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen an den frühestmöglichen Beginn des Leistungsaustausches anknüpft und nicht an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Hilfsweise schlägt der BDEW daher folgende Formulierung von § 309 Nr. 9 lit. a) BGB vor:

„a. eine den anderen Vertragsteil länger als ein Jahr bindende Laufzeit des Vertrages, gerechnet ab dem frühestmöglichen Beginn der Leistungserfüllung“

Kurze Vertragslaufzeiten verhindern wünschenswerte Bündelprodukte

Energielieferanten bieten häufig gemeinsam mit Energielieferungen weitere Dienstleistungen an, die in einem Bündelvertrag zusammengefasst werden. Beispielsweise wird die Errichtung von Ladeeinrichtungen für die Elektromobilität im Bereich der Kundenanlagen als Bündelprodukt angeboten. Weitere typische Bündelprodukte betreffen Energieeffizienzprogramme, in denen das Versorgungsunternehmen beispielsweise die Erneuerung von ineffizienten Heizungsanlagen vorfinanziert oder sonstige Energieeinsparpotentiale im Gebäudebestand nutzt, um den Energieverbrauch des Kunden zu optimieren. Weitere Beispiele gibt es aus den Bereichen „smart-home“ und Digitalisierung, in denen die Energieversorger gemeinsam mit dem Kernprodukt Energielieferungen passende Kundenlösungen anbieten. Diese besonderen Lieferprodukte machen intelligente Messsysteme auch für Verbraucher attraktiv, leisten durch die Bereitstellung von präzisen Verbrauchsdaten einen Beitrag zur Schaffung intelligenter Netzen und stellen mithin einen entscheidenden Baustein zum Gelingen der Energiewende dar. Der Energiemarkt mit seinen vielen Beteiligten (insbesondere Netzbetreiber, Lieferanten, Messstellenbetreiber) ist bereits jetzt für viele Verbraucher kaum überschaubar. Diese komplexen Strukturen sind auch in den Vertragsverhältnissen abgebildet. Je stärker die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die einzelnen Verträge auseinanderfallen, desto weniger werden Lieferanten Gesamtlösungen anbieten können, die alle Leistungen bündeln. Solche Gesamtlösungen sind jedoch für Verbraucher am einfachsten zu handhaben und am besten zu vergleichen.

All diesen kundengerechten Bündelprodukten ist gemeinsam, dass sich die Investitionen über die Vertragslaufzeit amortisieren bzw. refinanzieren lassen müssen. Bei Vertragslaufzeiten von einem Jahr und effektiven Lieferzeiträumen, die noch deutlich unter einem Jahr liegen können, wird die Gestaltung von marktfähigen Bündelprodukten jedoch erheblich eingeschränkt, wenn nicht sogar wirtschaftlich unmöglich gemacht. Den Verbrauchern entgeht damit eine kostengünstige und professionelle Möglichkeit zur Vorfinanzierung von zukunftsfähigen Gebäudemodernisierungen.

Wohnungseigentümergeinschaften mit Unternehmen gleichstellen

Hinzu kommt die Besonderheit, dass in der Wohnungswirtschaft ein großer Teil des Gebäudebestandes durch Wohnungseigentümergeinschaften (WEG) verwaltet werden. Nach aktueller BGH-Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25. März 2015, VIII ZR 243/13) werden WEG im Regelfall als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB beurteilt, agieren aber in den Volumina gebündelt über den Hausverwalter als Geschäftskunden. Der BGH geht davon aus, dass einer WEG immer dann eine Verbrauchereigenschaft zukommt, wenn mindestens ein WEG-Mitglied eine natürliche Person ist, die die Energielieferung zu privaten Zwecken nutzt. In der Praxis dürfte das der Regelfall sein, mit der Folge, dass die kurzen Vertragslaufzeiten auch gegenüber WEG zur Anwendung kommen werden. Weder die Größe der WEG noch die Professionalität der Verwaltung durch eine spezialisierte Wohnungsverwaltungsgesellschaft soll für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft nach Ansicht des BGH eine Rolle spielen. Im Ergebnis führt das dazu, dass bei Verträgen mit der Wohnungswirtschaft ganz überwiegend

nur noch kurze Vertragslaufzeiten vereinbart werden könnten und lediglich bei Wohnungsbaugesellschaften eine längere Vertragslaufzeit von mehr als einem Jahr in Betracht käme.

Offensichtlich ist, dass eine Wohnungseigentümergeinschaft keine natürliche Person im Sinne von § 13 BGB ist, was angesichts des Verbandcharakters bereits begrifflich ausscheidet. Sie ist aber unstreitig auch kein Unternehmer gem. § 14 BGB, weil sie weder gewerblich noch selbstständig im Rechtsverkehr auftritt. Ob dies rechtfertigt, wie vom BGH angenommen, die Wohnungseigentümergeinschaft als Verbraucher zu betrachten, erscheint nicht überzeugend. Entscheidend dürfte vielmehr sein, ob die Wohnungseigentümer auch im Rahmen ihrer WEG-Mitgliedschaft wie Verbraucher schutzwürdig sind. Dies dürfte jedenfalls ab einer bestimmten Größenordnung der WEG und bei einer professionellen Verwaltung durch eine gewerbliche Hausverwaltung zu verneinen sein.

Vor diesem Hintergrund regt der BDEW an, in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB größere WEG ab sechs Wohneinheiten mit Unternehmen gleichzustellen und den Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Vorgaben entsprechend einzuschränken.

Textvorschlag:

*„§ 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, **einer Wohnungseigentümergeinschaft mit mehr als sechs Wohneinheiten**, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.“*

Stillschweigende Vertragsverlängerung kein grundsätzlicher Verbrauchernachteil

Die bislang gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der stillschweigenden Verlängerung des Strom- oder Gaslieferungsvertrages um ein weiteres Jahr, wenn der Vertrag nicht zum Vertragsablauf gekündigt wird, bewahrt den Verbraucher vor einem vertragslosen Zustand bzw. vor dem Rückfall in die teurere Grund- bzw. Ersatzversorgung und ist daher aus Verbrauchersicht grundsätzlich positiv zu bewerten. Eine Verkürzung der bisherigen Jahresfrist auf drei Monate bietet zwar für den Verbraucher den Vorteil einer früheren Lösungsmöglichkeit, soweit denn ein Lieferantenwechsel im Einzelfall erwünscht ist, aber wegen der Kündigungsfristen verpasst wurde. Auf der anderen Seite sind mit den kurzfristigen Vertragsverlängerungen wiederum die bereits erwähnten langfristigen Mengenplanungen des Lieferanten eingeschränkt, mit der Folge, dass der vermeintliche Vorteil kurzfristiger Kündigungsmöglichkeiten durch Preisaufläge wegen des Planungs- und Mengenrisikos erkaufte wird.

Das in der Gesetzesbegründung aufgeführte Argument, die Klauseln zur Vertragsverlängerung würden von Verbrauchern übersehen oder vergessen, gilt unabhängig von der Länge der Vertragsverlängerung. Im Vergleich hätte der Verbraucher dann natürlich vier Mal im Jahr die Chance den Vertrag zu kündigen, nicht mehr nur einmal. Ob dies in der Praxis tatsächlich zu einem Anstieg der Kündigungen führt, erscheint fraglich. Eine kürzere Kündigungsfrist für den Verbraucher von nur einem Monat führt allerdings dazu, dass gerade bei Energieverträgen der Verbraucher sehr schnell handeln muss, da der Wechsel des Energielieferanten

nach § 20a Abs. 2 S.1 EnWG bis zu drei Wochen dauern kann. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass künftig mehr Kunden bei einem sehr kurzfristigen Lieferantenwechsel für eine gewisse Übergangszeit in die Grund- bzw. Ersatzversorgung fallen könnten. Dies würde für die betreffenden Verbraucher höhere Kosten bedeuten und möglicherweise Frustrationen, da die zwischenzeitliche Belieferung in der Grund- bzw. Ersatzversorgung nicht ohne Weiteres von den Verbrauchern nachvollzogen werden kann. Im Übrigen könnte sich beim Grundversorger durch die Zunahme solch kurzzeitiger Grundversorgungsverhältnisse ein strukturell höherer Aufwand (z. B. Begrüßungsschreiben, Kundenkontakte, Bagatellrechnungen) ergeben, der zu einer Erhöhung der Grundversorgungspreise zum Nachteil der grundversorgten Verbraucher führt.

4. Zu § 312c BGB – Fernabsatzverträge, genehmigungsbedürftige Fernabsatzverträge

4.1 Alternative zur Bestätigung

Der BDEW geht nicht davon aus, dass das Erfordernis einer zusätzlichen Genehmigung für telefonisch abgeschlossene Energielieferverträge, zu mehr Verbraucherschutz führt. Eine stets erforderliche Bestätigung schafft eine zusätzliche Hürde für Verbraucher, in einen günstigeren Tarif zu wechseln, und erhöht die Transaktionskosten für die Unternehmen, mit der Folge höherer Energiepreise. „Untergeschobene Verträge“ bei Energielieferung sind nicht nur für betroffene Verbraucher, sondern auch für Unternehmen der Energiewirtschaft ein Ärgernis, da in den meisten Fällen ein Kunde von seinem bisherigen Lieferanten „abgeworben“ wird. Stellt sich später heraus, dass das nicht der Fall war, müssen diese Kunden einzeln händisch in das System eingepflegt werden und können nicht im bundesweit automatisierten Verfahrensprozess erfasst werden. Die Unternehmen gehen deshalb bereits im eigenen Interesse mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln gegen sogenannte „schwarze Schafe“ vor. Die Beibehaltung des „fliegenden Gerichtsstandes“ im UWG – aktuell in der Novellierung durch den Gesetzentwurf zur Stärkung des fairen Wettbewerbs - ist deshalb eine Grundvoraussetzung und unverzichtbar für die Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen.

Ein effizienterer und gleichsam wirksamer Weg wäre, auf die ohnehin nach § 312h BGB erforderliche Bevollmächtigung im Rahmen der Kündigung des Altvertrages abzustellen. Eine Aufbewahrung dieser Bevollmächtigung würde Rechtssicherheit schaffen, den Vertragsabschluss überprüfbar machen und die Verpflichtung auf „outbound“-Geschäfte beschränken. Auf diese Weise entsteht kein weiterer bürokratischer Aufwand in der Beziehung zwischen dem Verbraucher und seinem Versorger. Diese Maßnahme könnte durch eine Vorlagepflicht der erforderlichen Vollmacht zwischen den Lieferanten flankiert werden. Aus Gründen eines effizienten Lieferantenwechsels und den damit verbundenen geringeren Kosten für die Verbraucher wäre dies in begründeten Ausnahmefällen denkbar. Das Eigeninteresse der Lieferanten ist insoweit kongruent zu dem Interesse der Verbraucher. Auf diese Weise wäre der Verbraucher *zusätzlich* durch seinen Lieferanten geschützt, der einerseits die nötige Markter-

fahrung besitzt und andererseits die nötigen Mittel zur Durchsetzung erhalten würde. Der Verbraucherschutz würde auf diese Weise gestärkt, ohne den Verbrauchern selbst lästige Pflichten aufzubürden.

Auch die Aktivitäten der Bundesnetzagentur können zur Ahndung unerlaubter Telefonwerbung beitragen. Die Bundesnetzagentur könnte zur effektiven Durchsetzung eine Überprüfungscompetenz für die Aufbewahrung der Bevollmächtigung durch den Verbraucher erhalten, die sie nach eigenem Ermessen oder nach Beschwerden von Marktteilnehmern anwenden könnte. Es besteht die Möglichkeit, in diesem Rahmen bereits bestehende und bewährte Regelungen aus der Verwaltungspraxis (in Gestalt der Lieferantenwechselprozesse für die Sparte Strom bzw. Gas - GPKE bzw. GeLi Gas) im EnWG zu kodifizieren.

4.2 Bestätigungslösung schafft nicht mehr Verbraucherschutz

Telefonmarketing ist ein positives Marketinginstrument, welches gerade passive Kunden aktiviert und somit zu mehr Wettbewerb führt, Erschwerungen sind daher unangebracht. Zudem muss im Hinblick auf die Vielzahl der Lieferantenwechsel pro Jahr (4,7 Mio. bei Strom und 1,5 Mio. bei Gas allein 2017) darauf hingewiesen werden, dass der Anteil tatsächlich unzulässiger Telefonwerbung eher gering (deutlich weniger als ein Prozent aller Lieferantenwechsellvorgänge) ist. Noch viel geringer ist der Anteil, in denen Kunden nachweislich ein Vertrag „untergeschoben“ wurde.

Aus Sicht des BDEW sind ausreichende rechtliche Sanktionen bzw. Sanktionsmöglichkeiten für missbräuchliches Telefonmarketing vorhanden. Rechtsbrüche sind durch Regelungen des Wettbewerbs- sowie des Strafrechts sanktioniert. Betrügerisches Vorgehen ist strafbewehrt und die daraus resultierenden Verträge sind nicht wirksam zustande gekommen. Soweit es im Einzelfall zwischen dem Verbraucher und dem neuen Lieferanten streitig sein sollte, ob ein wirksamer Vertragsschluss vorliegt, kommt regelmäßig das Fernabsatzrecht (312c ff. BGB) zur Anwendung. Danach gilt für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz ein 14-tägiges Widerrufsrecht. Bei leitungsgebundenen Energielieferungen beginnt die Widerrufsfrist mit dem Vertragsschluss. Bei fehlender oder falscher Widerrufsbelehrung verlängert sich die Widerrufsfrist um ein Jahr. Bei „untergeschobenen Verträgen“ wird typischerweise eine Widerrufsbelehrung nicht vorliegen, so dass der Verbraucher in diesen Fällen den Vertrag noch ein Jahr ab Vertragsschluss ohne Angabe von Gründen widerrufen kann. Wenn in der Gesetzesbegründung darauf verwiesen wird, dass es für den Widerruf des Vertrages der Überwindung einer gewissen Hemmschwelle bedarf, erschließt sich nicht, worin diese Hemmschwelle liegen soll und wenn sie denn da wäre, warum sie bei der Abgabe der Genehmigungserklärung nicht da sein soll. Denn bei beiden Fällen ist eine Reaktion des Verbrauchers erforderlich.

Darüber hinaus bleibt unklar, in welchem Verhältnis die Bestätigungserklärung des Kunden und das 14-tägige Widerrufsrecht des Verbrauchers stehen. Dem Verbraucher bei einem telefonischen Vertragsschluss die Bestätigung eines Rechtsgeschäftes innerhalb von zwei Wochen aufzubürden und ihm darüber hinaus ein Recht zum Widerruf innerhalb von zwei (weiteren) Wochen einzuräumen, steht nicht im Einklang mit dem gesetzlich festgelegten Erfordernis des § 20a Abs. 2 S. 1 EnWG, einen schnellen und effizienten Lieferantenwechsel für den

Verbraucher innerhalb von drei Wochen zu ermöglichen. Die Rechtsunsicherheit und die Gefahr einer Rückabwicklung mit allen bürokratischen und energierechtlichen Schwierigkeiten, wird dazu führen, dass ein telefonischer Lieferantenwechsel in der Praxis eher die Ausnahme sein wird, selbst wenn der Kunde sich ein solches Angebot wünscht. Da ein Abschneiden des Widerrufsrechts aufgrund des europarechtlichen Ursprungs der §§ 355 ff. BGB nicht in Betracht kommt, verweist der BDEW darauf, es bei dem für alle Fernabsatzverträge bekannten und bewährten Widerrufsrecht zu belassen und zusätzlich über die Vorlage der Vollmacht in begründeten Ausnahmefällen ein wirksames Instrument für konkrete Einzelfälle zu schaffen.

Die bestehenden Festlegungen der Bundesnetzagentur zu den Geschäftsprozessen beim Lieferantenwechsel (Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität [GPKE] sowie Geschäftsprozesse Lieferantenwechsel Gas [GeLi Gas]) unterstützen einen aktiven Wettbewerb im Energiemarkt. Diese Regularien sind von allen Marktteilnehmern verbindlich anzuwenden. Aus Sicht des BDEW würde die Einführung einer Bestätigungslösung zusätzlich zur Zusicherung einer Vollmacht insbesondere die Marktteilnehmer belasten, die sich an die bestehenden Regularien halten – mit der Folge von höheren IT-Implementierungskosten für den Gesamtmarkt sowie letztlich Mehrkosten für den Endverbraucher.

Zur Ermöglichung schneller und friktionsloser Lieferantenwechsel wird heute in der operativen Abwicklung in der Regel auf die Vorlage der Vollmacht durch den Neuanbieter gegenüber dem Altanbieter verzichtet. Das Bestehen der Vollmachten wird vertraglich zugesichert. Dies ermöglicht die Durchführung bundesweit einheitlich automatisierter Prozesse sowie eine Begrenzung der IT- und Sachbearbeitungskosten. Bei der Zusicherung einer Vollmacht und einer zusätzlichen Zusicherung einer Genehmigung kann im Ergebnis auch weiterhin der Lieferantenwechsel durch ein Vortäuschen einer bestehenden Vollmacht und zusätzlich der Genehmigung durch den Neuanbieter in Gang gesetzt werden.

Da die Dauer des Lieferantenwechselprozesses zukünftig in Umsetzung des EU Clean Energy Package noch weiter verringert werden soll, ist im Hinblick auf ein automatisiertes Massenverfahren die konkrete Vorlage der Genehmigung bzw. der Vollmacht grundsätzlich nicht realisierbar. Spätestens ab 2026 darf der technische Vorgang des Versorgerwechsels nicht mehr länger als 24 Stunden dauern und muss an jedem Werktag möglich sein. Obwohl der Altlieferant keinen Einfluss auf diesen Wechselprozess hat, wird er in die Rolle gedrängt, nachträglich eine Rückabwicklung gegenüber dem Verbraucher vorzunehmen. In vielen Fällen kann dieser Prozess nicht automatisiert ablaufen, da der Kunde händisch im System neu angelegt werden muss. Aufgrund der immer schnelleren Produktlebenszyklen kann außerdem nicht sichergestellt werden, dass der Kunde in seinen alten Tarif zurückkehren kann. Zusätzlich sieht sich der Altlieferant ggf. Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem Neulieferanten ausgesetzt. Gerade für kleine und mittlere Energieversorgungsunternehmen ist dieser Mehraufwand mit den damit verbundenen Risiken kaum leistbar.

Im Ergebnis hält der BDEW deshalb das Erfordernis einer zusätzlichen Genehmigung für telefonisch abgeschlossene Energielieferverträge nicht für erforderlich, da sie keine Änderung der bisherigen Situation für den Verbraucherschutz bewirkt.

Unterscheidung zwischen Fernabsatzverträgen, die Unternehmen im Rahmen zulässiger Telefonakquise bzw. die Verbraucher initiiert haben

- **Erlaubte Telefonanrufe vom Bestätigungserfordernis freistellen**

Soweit im weiteren Gesetzgebungsverfahren an der Genehmigung von Fernabsatzverträgen festgehalten werden sollte, hält es der BDEW für erforderlich, zwischen erlaubter und unerlaubter Telefonwerbung zu unterscheiden. Der Gesetzgeber stellt an zulässige Telefonwerbung hohe Anforderungen. Diese werden nun zusätzlich noch durch Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten verschärft. Eine Differenzierung führt somit auch dazu, die Vielzahl der Unternehmen zu stärken, die die Voraussetzungen für einen zulässigen Werbeanruf schaffen, und somit die selbstregulierenden Marktkräfte zu unterstützen. Je unattraktiver die Kundenansprache per Telefon ausgestaltet wird, umso mehr verstärkt sich die Marktmacht der beiden vermeintlich unabhängigen Vergleichsportale Check24 und Verivox. Nach Angaben des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung bei Vergleichsportalen, erreichen sie jetzt schon einen Anteil von über 95 % der Vermittlungen bzw. von über 85 % der Visits in diesem Bereich. Das Ziel, den zulässigen Wechselwettbewerb zu stärken und damit auch den Verbraucherinteressen gerecht zu werden, kann deshalb durch eine Ausnahme zulässiger Telefonwerbung von einer Bestätigungslösung weitaus besser erreicht werden, als durch zusätzliche Hürden. Durch die Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten ergeben sich auch keine Abgrenzungsfragen, da die Anforderungen an zulässige Telefonwerbung durch das UWG und die Rechtsprechung klar definiert sind.

Der BDEW fordert deshalb, wenn es zu einer Bestätigungslösung telefonisch geschlossener Energielieferverträge kommt, danach zu unterscheiden, ob es sich um unerbetene oder zulässige Werbeanrufe handelt und für zulässige Telefonwerbung keine zusätzlichen Hürden zu schaffen.

- **Vom Kunden ausgehende Anrufe vom Bestätigungserfordernis freistellen**

Eine große Rolle spielt bei den Unternehmen das passive Telefonmarketing (Inbound Telemarketing), wenn der Anruf vom Kunden oder Interessenten ausgeht. Die Möglichkeit, Verträge telefonisch abzuschließen, wird insbesondere immer mehr von älteren Kunden genutzt. So kann der Zugang zu einem Anbieterwechsel auch ohne den Zugang zu elektronischen Medien gewährleistet werden. Außerdem wird der Bürokratieaufwand für den Anbieterwechsel auf ein Minimum reduziert. Das trägt damit insgesamt wieder zu mehr Wechselbereitschaft der Kunden und damit zu mehr Wettbewerb bei.

Soweit im weiteren Gesetzgebungsverfahren an der Genehmigung von Fernabsatzverträgen festgehalten werden sollte, regt der BDEW deshalb auch an, danach zu unterscheiden, wer angerufen hat (der Kunde oder das Unternehmen), und zu differenzieren, wer einen telefonischen Vertragsschluss initiiert hat. Hat nämlich der Kunde angerufen, so ist es nicht in seinem Interesse, den Vertragsschluss durch weitere Hürden zu blockieren. Ihm wird unter Umständen auch nicht klar sein, dass der Vertrag, den er initiiert hat und den er abschließen will, für seine Wirksamkeit zusätzlich noch seiner Genehmigung in Textform bedarf. Vergisst er es, den Vertrag zu genehmigen, wird es unweigerlich zu Verzögerungen im Wechselprozess oder zu einem vollständigen Scheitern des eigentlich beabsichtigten Wechsels kommen. Der

Monitoringbericht der BNetzA geht davon aus, dass die Anzahl der Haushaltskunden die 2017 den bestehenden Stromliefervertrag innerhalb eines Unternehmens auf eigenes Betreiben gewechselt haben, insgesamt rund 2,6 Mio. betrug. Im Gasbereich waren es knapp 900.000. Gerade in diesen Fällen erledigt eine Vielzahl von Kunden den Wechsel telefonisch.

Wie bereits ausgeführt ändert sich an den Festlegungen der Bundesnetzagentur zu den Geschäftsprozessen beim Lieferantenwechsel (Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität [GPKE] sowie Geschäftsprozesse Lieferantenwechsel Gas [GeLi Gas]) nichts. Der Gesetzgeber verweist darauf, dass bei einem Widerruf des Vertrags das Risiko besteht, dass die Verbraucher zeitweilig auf die in der Regel teurere Belieferung durch den Grundversorger angewiesen sind, da die (erfolgte beziehungsweise vorgetäuschte) Kündigung des Altvertrags und die damit einhergehende Abmeldung der Belieferung des Verbrauchers durch den Altlieferanten, von dem Widerruf des Vertrags mit dem Neuanbieter nicht berührt wird. Das gilt aber auch für Kunden die versehentlich versäumen (z. B. urlaubsbedingt), den Vertrag noch schriftlich zu bestätigen. Da in allen anderen Branchen unkompliziert Verträge telefonisch geschlossen werden können, kann sich keine geübte Genehmigungspraxis bei den Verbrauchern herausbilden. Diese Verbraucher bleiben oder fallen in die Grundversorgung, wenn der Vertrag mit dem Alt-Lieferanten schon gekündigt wurde. Sie nehmen den Vertragswechsel bei Strom und Gas vielmehr als besonders kompliziert, bürokratisch und verbraucherunfreundlich wahr. Gerade in diesem Bereich der Vertragswechsel besteht aktuell eine extrem hohe Kundenzufriedenheit. Die Zahl der Widersprüche nach dem Fernabsatzrecht tendiert gegen Null.

Der BDEW hält es deshalb bei der Bestätigungslösung für erforderlich, danach zu unterscheiden, wer den Vertragsschluss initiiert hat. Wählt der Verbraucher den telefonischen Weg für einen Vertragsabschluss, dürfen keine zusätzlichen Hürden den Wechselprozess gefährden.

Sofern die Genehmigungslösung beibehalten und diese über eine Zusicherung hinaus im Rahmen der Prozessabwicklung abgebildet werden soll, ist zu beachten, dass die Regelungen Anpassungen an den bestehenden Abwicklungsregularien zum Lieferantenwechsel nach sich ziehen. Dies beträfe eine Anpassung der einschlägigen Festlegungen der Bundesnetzagentur zur GPKE bzw. GeLi Gas sowie deren technische Umsetzung in elektronische Datenformate sowie in den IT-Systemen der Unternehmen. In der Energiewirtschaft besteht hierzu ein Änderungsmanagement, welches ab Festlegung der entsprechenden Prozesse einen Anpassungszeitraum der Datenformate von sechs Monaten sowie eine darauf aufbauende Umsetzungsphase in den Unternehmen von sechs Monaten vorsieht.

Darüber hinaus wirft die geplante Regelung des § 312c Abs. 4 BGB verschiedene Fragen im Hinblick auf elementare Marktprinzipien der Energiewirtschaft auf. Der Lieferantenwechsel bedarf einer Kommunikation zwischen mehreren Akteuren im Energiemarkt, dabei sind jedenfalls die betroffenen Lieferanten und der jeweilige Verteilnetzbetreiber beteiligt. Für diese Akteure bedeutet die schwebende Unwirksamkeit in einem Massenkundengeschäft einen deutlich erhöhten Arbeitsaufwand und vielfältige Probleme bei dem Lieferantenwechselprozess. Der Verbraucher hat die Erwartungshaltung, dass der Lieferantenwechsel zügig, effektiv und mit möglichst geringem Zutun seinerseits abläuft. Diese Erwartungshaltung speist sich auch aus einer Gesamtschau der gesetzlichen Vorschriften aus § 20a Abs. 2, 4 EnWG und dem

zwingend vorgeschriebenen § 41 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG. Bereits jetzt ist die Bereitschaft der Kunden, erforderliche Dokumente an den Lieferanten zurück zu senden sehr gering. Verbraucher gehen häufig davon aus, dass mit dem Erhalt der Vertragsunterlagen alles Notwendige für den Vertragsschluss erledigt ist. Hinzu kommt, dass Verbrauchern das Instrument der Bestätigung aus keinem anderen Vertragsverhältnis bekannt sein würde. Kommt es in der Praxis zur Lieferung von Energie an den Kunden, bedeutet das auch, dass der Lieferant für diesen Zeitraum die staatlichen und staatlich induzierten Abgaben einzieht. Gerade im Massenkundengeschäft sind in der Praxis verschiedene Gründe denkbar, warum in Einzelfällen eine Genehmigung nicht vorliegt, es aber bereits zu einer Belieferung gekommen ist. Mit der Regelung des § 312 c Abs. 4 BGB trägt jedoch der Lieferant das Risiko wirtschaftlich in Vorleistung zu gehen, insbesondere für Abgaben, auf die er selbst keinen Einfluss hat. Darüber hinaus kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auch Verbraucher gibt, die probieren, sich über eine solche Regelung zu optimieren.

5. Zu § 20 UWG – Bußgeldvorschriften

§ 7a UWG sieht vor, dass die Unternehmen die Einwilligung von Verbrauchern in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung in angemessener Form zu dokumentieren und aufzubewahren haben. Dabei wird auf eine „angemessene“ Dokumentation abgestellt, ohne dass es dafür Vorgaben oder einheitliche, rechtsichere Maßstäbe gibt. Insbesondere verzichtet der Gesetzgeber darauf, verbindliche Anforderungen festzulegen, die eine „richtige“ Dokumentation definieren. Insofern kann die Anknüpfung der Bußgeldregelung in § 20 UWG nur an die Angemessenheit der Dokumentation erfolgen, nicht jedoch an die „Richtigkeit“, wie es der Gesetzentwurf bisher vorsieht.

Vor diesem Hintergrund regt der BDEW an, in den §§ 7a, 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG einheitliche Begriffe zu verwenden und die Rechtsunsicherheit für Unternehmen im Hinblick auf die Dokumentationspflichten nicht zu vergrößern.

Textvorschlag:

„entgegen § 7a Absatz 1 eine dort genannte Einwilligung nicht, nicht angemessen, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert oder nicht oder nicht mindestens fünf Jahre aufbewahrt“