

Telemarketing: Telefon-Werbung, Telefax-Werbung, E-Mail-Werbung

Mit der UWG-Novelle 2008 sowie dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes aus dem Jahr 2009 hat der Gesetzgeber die Kriterien unlauterer Geschäftspraktiken und damit auch die Anforderungen an zulässige Werbepraktiken weiter verschärft.

Werbung ist im geschäftlichen Verkehr unerlässlich. Ohne sie besteht regelmäßig kaum eine Möglichkeit, potentielle Kunden auf das eigene Waren- oder Dienstleistungsangebot aufmerksam zu machen. Allerdings ist Werbung nicht in jeder Form zulässig. Untersagt sind belästigende Werbemethoden im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 7 UWG). Unlauter ist danach die Belästigung potentieller Kunden durch aufdringliche, unverlangte Werbung. Diesen Grundsätzen unterliegt auch die Werbung mittels Telefon und elektronischer Kommunikationsmittel.

Ferner ist bei der Gestaltung jeglicher Werbung der neu eingeführte Katalog unzulässiger Geschäftspraktiken (Schwarze Liste), der sich im Anhang zum UWG findet, zu beachten. Erfüllt die Werbung einen der dort genannten 30 Tatbestände, so ist dies grundsätzlich unzulässig, unabhängig von einer Prüfung der Umstände des Einzelfalls. Stets unzulässig ist beispielsweise die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung (Nr. 2), die unwahre Angabe, bestimmte Waren oder Dienstleistungen seien allgemein oder zu bestimmten Bedingungen nur für einen sehr begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, ohne dass dieser Zeit und Gelegenheit hat, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden (Nr. 7), Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers ähnlich ist, wenn dies in der Absicht geschieht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen (Nr. 13), die Übermittlung von Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung, wenn damit der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, die beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt (Nr. 22).

Unlauter und daher unzulässig sind irreführende Werbeangaben. Dazu zählen neben unwahren Angaben insbesondere die in § 5 Abs. 1, 2 UWG genannten Verhaltensweisen. Vergleichende Werbung ist unlauter, wenn einer der Fälle des § 6 Abs. 2 UWG vorliegt.

I. Telefonwerbung

1. Einwilligung

Von einem Fernsprechteilnehmer nicht erbetene Anrufe zu Werbezwecken sind als aufdringliche und belästigende Werbung anzusehen. Anrufe (Kaltanrufe), um Neukunden zu gewinnen, sind daher wegen Kundenfangs durch Belästigung nach §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unlauter und verboten (ausführlich begründet: OLG Frankfurt, Urteil vom 24.07.2003 - 6 U 36/03).

Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Angesprochene selbst um den Anruf gebeten hat. Verbraucher müssen vor dem Werbeanruf ausdrücklich ihre Einwilligung erklärt haben.

Eine Einwilligung in eine Werbung mit einem Telefonanruf nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG setzt, wie eine Werbung per E-Mail oder SMS, eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Telefonwerbung bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen voraus. Dieser Anforderungsvoraussetzung wird nicht genügt, wenn sich die Einwilligungserklärung noch auf andere Inhalte bezieht, so z.B. wenn sich die Einwilligungserklärung nicht nur auf die Werbung mit einem Telefonanruf, sondern auch auf die telefonische Benachrichtigung über einen Gewinn bezieht (BGH, Beschluss vom 14.04.2011 - I ZR 30/10).

Im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes sind vorformulierte Einwilligungen für Werbeanrufe nur innerhalb des jeweiligen Vertragszwecks zuzulassen. Eine zu weit gehende Klausel sei mit wesentlichen Grundgedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht zu vereinbaren, sie benachteilige die Angerufenen in unangemessener Weise mit der Folge, dass die Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei (BGH, Urteil vom 14.04.2011 – I ZR 50/09).

Für Werbeanrufe gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die mutmaßliche Einwilligung des Adressaten ausreichend. Nach dem Urteil des BGH vom 16.11.2006 - I ZR 191/03 ist bei der Frage, ob bei einer Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, die nicht Verbraucher sind, von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden kann, auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen. Der allgemeine Sachbezug mit den von dem angerufenen Unternehmen angebotenen Dienstleistungen reicht für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht aus. Anderenfalls wäre Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden mit seinen belästigenden und deshalb nicht generell hinnehmbaren Folgen nahezu unbeschränkt zulässig. (nach Zurückverweisung: OLG Frankfurt, Urteil vom 15.5.2008 - 6 U 36/03).

Auch kann eine mutmaßliche Einwilligung nicht daraus hergeleitet werden, dass die beworbene Leistung für den Gewerbebetrieb des Angerufenen nützlich ist. Dabei kommt es auch nicht auf ein späteres Verhalten des Angerufenen an, sondern darauf, ob die mutmaßliche Einwilligung im Vorhinein gegeben ist (OLG Hamm, Urteil vom 25.02.2010 – 4 U 189/09). Erforderlich ist, dass auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an der Telefonwerbung vermutet werden kann. Maßgeblich ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen durfte, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen (BGH, Urteil vom 11.03.2010 – I ZR 27/08).

Für den Nachweis des Einverständnisses ist erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einwilligungserklärung dokumentiert (BGH, Urteil vom 10.02.2011 - I ZR 164/09).

Bei Verstößen gegen das Verbot der unerlaubten Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern droht nunmehr eine Geldbuße bis zu 50.000,- Euro.

2. Widerrufsmöglichkeiten

Auch Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotterie-Dienstleistungen können widerrufen werden, so wie es bislang schon bei allen anderen Verträgen möglich ist, die Verbraucher am Telefon abgeschlossen haben. Es kommt für das Widerrufsrecht nicht darauf an, ob der Werbeanruf unerlaubt war. Die Vorschrift ermöglicht einen Widerruf, aus welchen Gründen auch immer.

Wenn der Verbraucher einen Vertrag fristgerecht widerrufen hat, braucht er ihn nicht zu erfüllen. Die Widerrufsfrist beträgt abhängig von den Umständen des Einzelfalles - zwei Wochen oder einen Monat und beginnt nicht, bevor der Verbraucher eine Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform (etwa als E-Mail oder per Telefax) erhalten hat. Bei unerlaubten Werbeanrufen beträgt die Frist regelmäßig einen Monat.

Bei untergeschobenen Verträgen, einschließlich der so genannten Kostenfallen im Internet, gilt:

Wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht in Textform belehrt wurde, kann er Verträge über Dienstleistungen, die er am Telefon oder im Internet abgeschlossen hat, widerrufen. Bislang gibt es in solchen Fällen kein Widerrufsrecht mehr, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat.

Widerruft der Verbraucher einen solchen Vertrag, muss er die bis dahin vom Unternehmer erbrachte Leistung nur dann bezahlen, wenn er vor Vertragsschluss auf diese Pflicht hingewiesen worden ist und er dennoch zugestimmt hat, dass die Leistung vor Ende der Widerrufsfrist erbracht wird.

3. Rufnummernunterdrückung

Generell darf bei der Telefonwerbung die Rufnummer nicht unterdrückt werden, um die Identität des Anrufers zu verschleiern. Dabei kann entweder die Rufnummer eines beauftragten Call-Centers oder des werbenden Unternehmens selbst angezeigt werden.

Verstöße gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung können mit Geldbußen bis zu 10.000,- Euro geahndet werden.

II. Telefaxwerbung

Telefax-Geräte sind heute im geschäftlichen wie im privaten Bereich so stark verbreitet, dass man als Werbender auf diesem Wege praktisch flächendeckend den potentiellen Kunden erreichen kann. Im Unterschied beispielsweise zu Postwurfsendungen muss aber hier der Empfänger das Gerät einschließlich des Papiers und des Toners ständig betriebsbereit halten, um Telefaxe empfangen zu können. Das Gerät ist beim Eingang von Werbeschreiben vorübergehend blockiert und kann kein anderes Fax empfangen.

Mit der UWG-Novelle wird die bisherige Rechtsprechung, nach der in der unverlangten Zusendung von Werbefaxen in der Regel eine unzumutbare Belästigung des Empfängers zu sehen war, in § 7 Abs. 2 Nr. 3 Fall 2 UWG bestätigt. Diese Werbemethode ist grundsätzlich als unzumutbare Belästigung anzusehen.

Nur ausnahmsweise ist diese Form der Werbung zulässig, nämlich wenn der Empfänger ausdrücklich mit der Übersendung einverstanden ist. Die bisherige Praxis, nach der auch bei einem mutmaßlichen Einverständnis auf Grund konkreter Anhaltspunkte die Telefaxwerbung zulässig war - etwa wenn Absender und Empfänger in einer laufenden Geschäftsbeziehung stehen und deshalb ein Interesse des Empfängers an neuen Angeboten seines Vertragspartners besteht - kann nach der UWG-Novelle wohl keinen Bestand haben. Das Gesetz nennt nur die ausdrückliche Einwilligung als Ausnahmetatbestand, die Sonderregelung in § 7 Abs. 3 UWG erfasst Telefaxwerbung nicht.

Fehlt ein ausdrückliches Einverständnis des Empfängers, so ist die Fax-Werbung grundsätzlich wettbewerbswidrig und daher unzulässig.

III. E-Mail-Werbung

Nicht wesentlich anders sieht es bei der Werbung durch E-Mail (die sog. "Junk Mail" oder "SPAM") via Internet aus. Zwar muss der Empfänger das Gerät hier nicht ständig betriebsbereit halten und es ist beim Eingang einer E-Mail auch nicht vorübergehend blockiert. Allerdings wird eine E-Mail nicht unmittelbar an den PC des Empfängers zugestellt, sondern dieser muss sie sich aus seinem Postfach beim Provider herunterladen. Ist die E-Mail nicht bereits im Betreff bzw. im E-Mail-Header als Werbung gekennzeichnet, so bleibt dem Empfänger nichts anderes übrig, als sämtliche eingegangenen Mails aufzurufen und zu

lesen, da er erst dann feststellen kann, dass es sich um Werbung handelt. Dabei entstehen die üblichen Telefonkosten für die Verbindung zum Provider.

Dieses vor allem zeit- und bisweilen kostenaufwändige Aussortieren ist grundsätzlich als unzumutbare Belästigung des Empfängers anzusehen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG) und daher wettbewerbswidrig. Ähnlich wie Telefax-Werbung ist E-Mail-Werbung nur in Ausnahmefällen erlaubt:

Die Werbung ist zulässig, wenn der Empfänger sein Einverständnis vorher ausdrücklich erklärt hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Ferner ist die E-Mail-Werbung zulässig, wenn alle 4 Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG vorliegen.

Der Unternehmer muss die elektronische Postadresse des Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden erhalten haben (1), der Unternehmer verwendet die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen (2), der Kunde hat der Verwendung nicht widersprochen (3) und der Kunde wird bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen (4). Sofern diese Voraussetzungen vorliegen ist die E-Mail-Werbung auch zulässig, wenn der Empfänger sich auf eine Verteilerliste (Mailing-list) des Absenders hat setzen lassen und ein direkter thematischer Bezug der konkreten E-Mail-Werbung zum Gegenstand dieser Liste besteht. Unzulässig ist daher eine Werbung via E-Mail, wenn der Empfänger sich in eine Verteilerliste für Computerspiele hat eintragen lassen und ihm daraufhin Werbung für eine Kapitalanlageberatung übermittelt wird.

Nicht ausreichend für die Annahme eines Einverständnisses ist nur die Angabe der E-Mail-Adresse in Briefköpfen oder auf der Visitenkarte, da der Empfänger hiermit nicht ausdrücklich sein Einverständnis kundtut, mit Werbung überhäuft zu werden. Dies gilt unter Privatpersonen ebenso wie im Geschäftsverkehr.

Insbesondere kann die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellen, da eine unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung regelmäßig den Betriebsablauf eines Unternehmens beeinträchtigt (BGH, Beschluss vom 20.05.2009 – I ZR 218/07).

Bisher konnte in letzterem Fall allerdings das Einverständnis vermutet werden, wenn die E-Mail an einen ständigen Geschäftspartner versandt wird und die geschäftliche Korrespondenz üblicherweise wenigstens zum Teil via E-Mail abgewickelt wird, weil ein Interesse des Empfängers an dem umgehenden Erhalt von Informationen über neue Angebote seines Geschäftspartners besteht. Voraussetzung ist aber auch hier ein thematischer Bezug des Werbeinhaltes zum Geschäftszweig des Empfängerbetriebes. Ob diese Praxis trotz des eindeutigen Wortlauts von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bestehen bleiben kann, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt.

Diese wettbewerbsrechtliche Problematik lässt sich nicht dadurch umgehen, dass der Empfänger in der E-Mail aufgefordert wird, dem Absender die Übermittlung weiterer Mails zu untersagen, sofern er diese nicht wünscht. Durch derartige Ankündigungen lässt sich der schon begangene Wettbewerbsverstoß nicht rückwirkend beseitigen, da bereits die Übersendung der ersten E-Mail wettbewerbswidrig ist.

Das Einverständnis des Empfängers der E-Mail hat der Werbende darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

Der Werbende hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es nicht zu einer fehlerhaften Zusendung einer E-Mail zu Werbezwecken aufgrund des Schreibversehens eines Dritten kommt. (BGH, Urteil vom 11.03.2004 - I ZR 81/01)

IV. Werbung per Brief

Dagegen ist die Werbung per Brief grundsätzlich möglich, wenn keine der in der „Schwarzen Liste“ aufgeführten Tatbestände erfüllt ist und keine unzumutbare Belästigung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG) vorliegt.

Briefkastenwerbung mit Werbewurfsendungen (Werbebriefe, Handzettel, Prospekte u. a.) ist grundsätzlich zulässig. Hat allerdings der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung den Werbenden aufgefordert, von weiteren Werbesendungen abzusehen, ist dieser Wunsch zu respektieren, § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG (LG Lüneburg, Urteil vom 04.11.2011 - 4 S 44/11). Auch der Aufkleber am Briefkasten muss beachtet werden, mit dem sich eine Person gegen den Einwurf von Werbematerial und Anzeigenblättern wehrt.

Eine Werbung per Brief ist irreführend, wenn dem Empfänger suggeriert wird, es handle sich nicht um eine werbliche Maßnahme, sondern die persönliche Empfehlung eines Bekannten oder Freundes, z.B. durch eine handschriftliche Haftnotiz.

V. Konsequenzen wettbewerbswidriger Werbung

Ebenso wie alle anderen unlauteren Werbemethoden begründet auch der Verstoß gegen die oben genannten Grundsätze der Werbung per Telefon, Telefax und E-Mail einen Unterlassungsanspruch gegen den Werbenden. Dieser Anspruch kann zunächst im Wege der Abmahnung, in letzter Konsequenz aber auch gerichtlich geltend gemacht werden. Bei schuldhafter Verletzung der §§ 3, 7 UWG kann nach § 9 UWG eine Schadensersatzpflicht gegenüber Mitbewerbern bestehen, nach § 10 UWG kann der Gewinn aus der unzulässigen geschäftlichen Handlung abgeschöpft werden.

Anspruchsberechtigt sind neben dem belästigten Empfänger der unzulässigen Werbung nach § 8 Abs. 3 UWG auch Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammer sowie verschiedene rechtsfähige Vereine und Verbände von Gewerbetreibenden und Verbrauchern, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrnehmung der Interessen ihrer angehörigen Personenkreise gehört.

Stand: Juli 2012

Hinweis: Dieses Merkblatt soll nur erste Hinweise geben und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.

Mitgliedsunternehmen der IHK Bonn/Rhein-Sieg erteilt weitere Information:

Detlev Langer, Tel: 0228/2284 134, Fax: 0228/2284-222, Mail: langner@bonn.ihk.de
Tamara Engel, Tel: 0228/2284 208, Fax: 0228/2284-222, Mail: engel@bonn.ihk.de
Vanessa Schmeier, Tel: 0228/2284 237, Fax: 0228/2284-222, Mail: schmeier@bonn.ihk.de
Bonner Talweg 17, 53113 Bonn, www.ihk-bonn.de

Verantwortlich: Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, Börsenplatz 4, 60313 Frankfurt am Main, www.frankfurt-main.ihk.de