



Industrie- und Handelskammer
zu Dortmund

Merkblatt "Wettbewerbsrecht: Telemarketing" - Werbung per Telefon, Telefax, E-Mail und SMS -

Kontakt: Ass. Jost Leuchtenberg, j.leuchtenberg@dortmund.ihk.de (Stand: August 2009)

1 Allgemeines

Werbung ist ein wichtiger Bestandteil unserer marktwirtschaftlichen Ordnung und im geschäftlichen Verkehr unerlässlich. Ohne sie besteht kaum eine Möglichkeit, potenzielle Kunden auf das eigene Waren- oder Dienstleistungsangebot aufmerksam zu machen. Allerdings ist Werbung nicht in jeder Form zulässig. Grenzen für Werbemaßnahmen werden vor allem durch die Regeln des Wettbewerbsrechts gezogen. Weitgehend unproblematisch - weil fast immer zulässig - ist danach nur die Werbung per Brief bzw. Postkarte. Ganz anders sieht es hingegen bei den verschiedenen Formen des Telemarketings - also etwa der Werbung per Telefon, Telefax, E-Mail oder SMS - aus. In diesem Bereich haben auch die Liberalisierungen des Wettbewerbsrechts der letzten Jahre **keine Freigaben** gebracht. Im Gegenteil: Was lange Zeit juristisch allein auf der Grundlage gefestigter Rechtsprechung Geltung beanspruchte, ist seit Mitte 2004 in der Verbotsvorschrift des § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als "unzumutbare Belästigung" in eine konkrete gesetzliche Form gegossen und damit nachhaltig verdeutlicht worden. Zudem ist am 4. August 2009 das „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ in Kraft getreten. Ziel dieses Gesetzes ist es, insbesondere aus Erwägungen des Verbraucherschutzes den juristischen Sanktionsmechanismus gegenüber unerlaubter - weil belästigender - Telefonwerbung zu stärken.

2 Werbung per Telefon

Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass alle ohne Einwilligung des Empfängers getätigten Telefonanrufe zu Werbezwecken - gleich welchen Inhalts - als unzumutbare Belästigung anzusehen und damit **unzulässig** sind. Insbesondere bei **Privatpersonen/Verbrauchern** muss berücksichtigt werden, dass diese sich und ihr Heim nicht via Telefon uneingeschränkt der Öffentlichkeit zugänglich machen wollen. Daher gilt für die Werbung gegenüber diesem Personenkreis zugunsten des Anrufers nur dann eine Ausnahme, wenn der Angerufene vor dem Anruf ausdrücklich seine Einwilligung erklärt hat. Dies kann z.B. durch Ankreuzen einer Aufforderung wie z.B. "Bitte rufen Sie mich an und unterbreiten mir ein Angebot" sowie die Angabe der Telefonnummer auf einer Werbe-Antwortpostkarte erfolgen. Auch Anrufe bei **Gewerbetreibenden** sind grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen von diesem Verbot gelten nur dann, wenn entweder zuvor ausdrücklich die Einwilligung hinsichtlich der Telefonwerbung erklärt wurde oder vom Anrufer eine solche Einwilligung zumindest aufgrund ganz konkreter Umstände des Einzelfalles vermutet werden kann. Von einer solchen "mutmaßlichen Einwilligung" wird der Anrufer berechtigterweise allerdings nur selten ausgehen können, da hier ein sehr strenger Maßstab angelegt wird und der Anrufer im Streitfall das wettbewerbsrechtliche Risiko trägt. Ein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer "mutmaßlichen Einwilligung" kann das Bestehen einer ständigen Geschäftsbeziehung sein. Es ist jedoch zu beachten, dass der bloße Wunsch, eine Geschäftsbeziehung durch den ersten Anruf (sog. "cold calling") anzubahnen, noch nicht unter diese Privilegierung fällt.

3 Werbung per Telefax

Telefaxgeräte sind im geschäftlichen und zunehmend auch im privaten Bereich so verbreitet, dass Werbung auf diesem Weg ebenfalls viele potenzielle Kunden erreichen kann. Im Unterschied zur Werbung per Post muss bei der Werbung per Telefax der Empfänger sowohl das Gerät als auch das Papier und den Toner bereithalten, um Sendungen empfangen zu können. Gehen Werbe-Telefaxe ein, steht das Gerät des Empfängers vorübergehend für den Erhalt anderweitiger Zusendungen, an denen dieser möglicherweise dringend interessiert ist, nicht zur Verfügung. Zudem werden auf Kosten des Empfängers Papier und Toner verbraucht, was insbesondere bei umfangreichen, häufigen und/oder farb- bzw. kontrastintensiven Zusendungen stark "ins Geld gehen" kann. Aus diesen Gründen stellt die unverlangt erfolgende Telefaxwerbung ebenfalls grundsätzlich eine unzumutbare Belästigung des Empfängers dar, die wettbewerbsrechtlich unzulässig ist. Nur ausnahmsweise ist diese Form der Werbung zulässig, dann nämlich, wenn der Empfänger ausdrücklich hinsichtlich der Übersendung von Werbe-Telefaxen eingewilligt hat. Man nennt dies die sog. "opt-in-Lösung": Der Empfänger muss bezüglich des Telefaxerhalts "hineinoptieren", d.h. er muss sich im Vorfeld mit dieser Form der Werbung einverstanden erklären, um entsprechend beworben werden zu dürfen. Im Gegensatz zur Werbung per Telefon sieht § 7 Abs. 2 UWG bei der Telefaxwerbung auch gegenüber Gewerbetreibenden keine Ausnahme für den Fall vor, dass die Einwilligung des Empfängers auf Grund konkreter Anhaltspunkte vermutet werden kann ("mutmaßliche Einwilligung"). Es muss hier also zwingend eine ausdrückliche Einwilligung vorliegen.

4 Werbung mittels elektronischer Post (= per E-Mail bzw. SMS)

Ganz ähnlich ist die Rechtslage bei der Versendung von Werbung über das Internet via E-Mail. Da eine E-Mail nicht unmittelbar an den PC des Empfängers zugestellt wird, sondern dieser sie aus seinem Postfach beim Provider herunterladen muss, entstehen auch hier - abgesehen vom zeitlichen Aufwand - oftmals Kosten. Ferner besteht die Gefahr, dass eine große Anzahl eingehender Werbemails den elektronischen Briefkasten des Empfängers „überschwemmt“, was dazu führen kann, dass dieser zeitweise für wichtige Mitteilungen nicht mehr aufnahmebereit ist. Ist die E-Mail nicht bereits im Betreff bzw. im E-Mail-Header als Werbung gekennzeichnet, bleibt dem Empfänger nichts anderes übrig, als alle erhaltenen E-Mails aufzurufen und zu lesen, um Kenntnis von ihrem Inhalt zu erlangen. Daher ist die Versendung von Werbung per E-Mail grundsätzlich ebenfalls als unzumutbare Belästigung des Empfängers anzusehen und als solche wettbewerbswidrig. Ausnahmsweise zulässig ist diese Form der Werbung nur, wenn der Empfänger im Vorfeld eingewilligt hat. Aber Vorsicht: Die bloße Angabe der E-Mail-Adresse in einem öffentlichen Verzeichnis, auf einem Briefbogen oder einer Visitenkarte stellt grundsätzlich keine solche Einwilligung dar. Eine Besonderheit ist im Falle der Werbung via E-Mail weiter zu beachten: Ein Unternehmer kann elektronische Adressen von Kunden, die er im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder der Erbringung einer Dienstleistung erhalten hat, zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen nutzen. Dies bedeutet, dass die Angabe der E-Mail-Adresse z.B. beim Ausfüllen eines Bestellformulars im Internet es grundsätzlich ermöglicht, diese Adresse nachfolgend für die Übermittlung von Werbung im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung zu nutzen. Ist das nicht gewollt, muss der Kunde diese Art der Nutzung ausdrücklich untersagen. Auf die Möglichkeit einer solchen Untersagung muss der Kunde bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Nutzung deutlich hingewiesen werden. Zudem dürfen für die Untersagung lediglich Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. Ausreichend wäre dementsprechend eine Untersagungsmöglichkeit per E-Mail. Wird eine Telefon- oder Telefaxnummer angegeben, darf es sich hierbei nicht um eine Mehrwertdiensternummer (z.B. 0900-Nummer) handeln.

Für die Übermittlung von Werbung via SMS gelten die vorstehenden Grundsätze entsprechend.

5 Werbung per Brief

Werbung per Brief ist - als einzige der hier besprochenen Werbeformen - grundsätzlich zulässig. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um persönlich adressierte und per Post versendete Werbebriefe, Briefkastenwerbung mittels Werbewerksendungen (z.B. Werbebriefe,

Handzettel, Prospekte) oder Post „An alle Haushalte“ handelt. Fordert allerdings der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung den Werbenden auf, von weiteren Werbesendungen abzusehen, ist dieser Wunsch unbedingt zu respektieren. Auch ein Aufkleber am Briefkasten mit dem Text „Bitte keine Werbung einwerfen!“ oder ähnlich, mit dem sich der Briefkasteninhaber gegen den Einwurf von Werbematerial und Anzeigenblättern wendet, muss beachtet werden. Irreführend - und damit auch unzulässig - ist eine Werbung per Brief ferner, wenn dem Empfänger suggeriert wird, es handele sich gar nicht um Werbung, sondern etwa um die persönliche Empfehlung eines Bekannten oder Freundes, z.B. durch eine handschriftliche Haftnotiz. Zu warnen ist auch davor, Werbezettel hinter den Scheibenwischern von Kraftfahrzeugen zu befestigen. Abgesehen davon, dass hierdurch der Wischer beschädigt werden kann - was einen Schadensersatzanspruch des Fahrzeugeigentümers auslöst - dienen Scheibenwischer gänzlich anderen Zwecken und werden durch diese „Unart“ zweckentfremdet.

6 Konsequenzen wettbewerbswidriger Werbung

Ebenso wie alle anderen unlauteren Werbemethoden begründet auch der Verstoß gegen die vorstehend geschilderten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Werbenden. Dieser Anspruch kann zunächst im Wege der Abmahnung - aber auch gerichtlich - geltend gemacht werden. Anspruchsberechtigt sind neben Mitbewerbern des Verletzers nach § 8 Abs. 3 UWG auch rechtsfähige Vereine und Verbände von Gewerbetreibenden und Verbrauchern, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrnehmung der Interessen der ihnen angehörenden Personenkreise gehört (Wettbewerbsschutzvereine) sowie Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammer.

Hinzu kommt durch die im 1. Kapitel dieses Merkblatts erwähnte gesetzliche Neuregelung, dass für Verbraucher seit dem 4. August 2009 ein besonders wirksamer Rechtsschutz gegen unzumutbar belästigende Werbung gegeben ist. Denn Werbeanrufer dürfen seit diesem Stichtag ihre eigene Telefonnummer beim Anruf nicht mehr „unterdrücken“. Eine solche Rufnummerunterdrückung hatte bislang gerade bewusst unlauter agierenden Werbern die Möglichkeit gegeben, sich einer ihnen drohenden wettbewerbsrechtlichen Rechtsverfolgung zu entziehen. Verstöße gegen das Verbot der Rufnummerunterdrückung können jetzt aber mit einer Geldbuße bis zu 10.000 Euro geahndet werden. Verstöße gegen das Verbot der unerlaubten Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern können sogar mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro geahndet werden. Verfolgt werden diese Verstöße von der

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Tulpenfeld 4, 53113 Bonn.

Unter der Internetadresse www.bundesnetzagentur.de stehen weiterführende Informationen zur Verfügung. Die Bundesnetzagentur stellt auf dieser Internetseite auch ein Formblatt "Anzeige über den Erhalt unerlaubter Telefonwerbung" bereit, mit dem ihr die erforderlichen Daten für eine entsprechende Beschwerde übermittelt werden können. Alternativ kann dieses Formblatt auch schriftlich bei der Bundesnetzagentur, Druckschriftenversand, Zeppelinstraße 16, 99096 Erfurt oder telefonisch unter (0361) 7398-272 bestellt werden.

Dieses Merkblatt soll, als Service der IHK zu Dortmund für ihre Mitgliedsunternehmen und solche Personen, die im Bezirk der IHK zu Dortmund die Gründung eines Unternehmens planen, nur erste Hinweise geben. Es erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, wird eine Haftung nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit übernommen.
