

WERBUNG per E-Mail, Telefon, Telefax oder SMS

Wie findet man neue, wie bindet man alte Kunden? Täglich stellen Unternehmer sich diese Frage und suchen nach Möglichkeiten effektiv zu werben. Schnell geraten dabei E-Mail, Telefon, Telefax und SMS als kostengünstige und damit willkommene Varianten in den Fokus. Ganz anders sehen dies die Adressaten. Sie empfinden diese Werbeformen oft als Belästigung, die sie viel Zeit und Nerven kostet. Der Gesetzgeber hat deshalb im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) enge Regeln für E-Mail-, Telefax-, Telefon- und SMS-Werbung gesteckt.

GRUNDSATZ

Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig (§ 7 Abs. 1 UWG).

WAS IST EINE UNZUMUTBARE BELÄSTIGUNG?

1. Jede Werbung gegenüber einem Marktteilnehmer, obwohl erkennbar ist, dass er diese nicht wünscht.
2. Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher, ohne dass dieser dazu vorher ausdrücklich eingewilligt hat.
3. Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung.
4. Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.
5. Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Ansprechpartner: Astrid Schenk

Durchwahl: 0931 / 4194-315

Fax: 0931 / 4194-111

E-Mail: astrid.schenk@wuerzburg.ihk.de

Juni 2009

Mit freundlicher Genehmigung der

IHK für München und Oberbayern

Anschrift: Mainaustraße 33

97082 Würzburg

Homepage: www.wuerzburg.ihk.de

GIBT ES AUSNAHMEN?

1. **Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern** kann erlaubt sein, **wenn** dafür dessen **vorherige ausdrückliche Einwilligung** vorliegt.

2. **Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern** ist **nur zulässig, wenn** zumindest eine **mutmaßliche Einwilligung** vorliegt. Eine mutmaßliche Einwilligung setzt voraus, dass der Anrufer aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden am Inhalt des konkreten Anrufs und gerade mit der Werbung per Telefon vermuten kann. Ein mutmaßliches Einverständnis scheidet von vornherein aus, wenn zuvor die Ablehnung solcher Anrufe erklärt wurde.

Achtung: Die Rechtsprechung zeigt, dass ein solches vermutetes Einverständnis nur in Ausnahmefällen angenommen wird. Insbesondere reicht nicht ein bloßer allgemeiner Sachbezug der Werbung zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen oder dass seine Daten in einem Verzeichnis zugänglich waren.

3. Werbung mit **automatischen Anrufmaschinen, per Telefax** oder mit **elektronischer Post** ist **gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern nur dann zulässig, wenn** dazu deren **vorherige ausdrückliche Einwilligung** vorliegt (vgl. dazu 1.).

4. **E-Mail-Werbung** kann ausnahmsweise erlaubt sein, **wenn** der Werbende schriftlich nachweisen kann, dass

- a. er die elektronische Postadresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden erhalten hat **und**
- b. er die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet **und**
- c. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat **und**
- d. der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Achtung: Alle Voraussetzungen müssen zugleich vorliegen.

ANFORDERUNGEN AN EINE „EINWILLIGUNGSERKLÄRUNG“?

Seit der sogenannten „Payback“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist klar, dass eine wettbewerbsrechtlich wirksame Einwilligung des Adressaten „**in einer spezifischen Angabe**“ zum Ausdruck kommen muss, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt. Erforderlich dafür ist nach Auffassung des BGH „eine gesonderte nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen“.

Vor diesem Hintergrund empfehlen wir Ihnen für die Werbeformen Fax, E-Mail, Telefon, automatische Anrufmaschine, SMS, sonstige elektronische Post Folgendes zu beachten:

- Die wettbewerbsrechtliche Einwilligung kann nicht wirksam zusammen mit anderen Erklärungen (zum Beispiel zum Datenschutz oder durch die Unterschrift unter AGB) abgegeben werden.
- Formvorschriften bestehen nicht. Aus Gründen des Nachweises empfiehlt sich aber die Schriftform.
- Die Einwilligung in Telefonwerbung, Werbung mit elektronischer Post, Faxgeräten oder Anrufmaschinen sollte jeweils gesondert erklärt werden.
- Die Einwilligung muss völlig freiwillig erteilt werden. Insbesondere darf keinerlei Druck ausgeübt worden sein und der Einwilligung dürfen auch keine Täuschung und kein Irrtum zugrunde liegen.
- Die Einwilligung muss **vor** der konkreten Werbeaktion erteilt worden sein.
- Sie muss konkret und eindeutig im Hinblick auf das werbende Unternehmen sowie Art und Inhalt der Werbung formuliert sein.
- Wurde die Einwilligungserklärung von dem Werbenden vorformuliert, ist **zusätzlich** Folgendes zu beachten:
 - Die Einwilligung muss so klar und verständlich formuliert sein, dass der Kunde eindeutig weiß, von wem er welche Werbung zu erwarten hat.
 - Die Klausel darf nicht an versteckter Stelle in den übrigen AGB untergebracht sein und der Kunde darf auch nicht sonst (beispielsweise im Verkaufsgespräch) überumpelt werden.
 - Die Einwilligung muss für die jeweiligen Formen der Werbung (Telefax, Telefon, usw.) gesondert formuliert und abgegeben werden. Die Einwilligungsmöglichkeit muss als Opt-In-Klausel bestehen, d. h. durch eine zusätzliche Unterschrift oder aktives bejahendes Markieren. Eine bloße Opt-Out-Klausel ist nicht ausreichend.
 - Für Einwilligungserklärungen in Telefonwerbung ist weiterhin zu beachten:

Zum Teil wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertreten, dass jede vorformulierte Einwilligung zur Telefonwerbung eine unangemessene Benachteiligung des Kunden darstellt und deshalb unwirksam ist. Sie ist in jedem Fall allenfalls dann wirksam, wenn sie auf den konkreten Partner des Vertragsverhältnisses beschränkt ist, also nicht Werbung auch durch andere Unternehmen zulässt. Des Weiteren muss sie beschränkt sein auf Telefonwerbung im Rahmen des konkreten Vertragsverhältnisses.

Achtung:

- Da die Erhebung, Speicherung und Verwendung personenbezogener Daten für Werbung neben dem Wettbewerbsrecht auch dem Datenschutzrecht unterliegt, müsste dafür ebenfalls eine eigene, gesonderte Einwilligungserklärung vorliegen.
- Die erforderliche Einwilligung kann nicht dadurch umgangen werden, dass etwa einem Brief telefonisch, mittels Fax oder E-Mail oder Anrufmaschine oder sonst elektronisch nachgefasst wird. Dies gilt auch dann, wenn in dem Brief ein Nachfassen angekündigt wurde für den Fall etwa des Nichtreagierens des Beworbenen.

WAS PASSIERT, WENN ICH DIE ERFORDERLICHEN EINWILLIGUNGEN NICHT NACHWEISEN KANN?

Die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Einwilligungen liegt immer bei dem Werbenden. Im Falle der Nichtnachweisbarkeit kann ein Verstoß gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vom Betroffenen, einem Mitbewerber oder aber bestimmten Verbänden und qualifizierten Einrichtungen abgemahnt werden (vgl. IHK-Merkblatt „Abmahnung“)

Darüber hinaus sieht das UWG seit dem 22.07.2009 für belästigende Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ein Bußgeld in Höhe von bis zu 50.000 Euro vor.

MUSS ICH MICH ALS WERBENDER OUTEN?

Ja. Die Identität des Werbenden darf weder verschleiert noch verheimlicht werden, insbesondere muss die gültige Adresse (Haus-, nicht Postfachanschrift) und der vollständige Name entsprechend der Gewebeanmeldung oder sofern im Handelsregister eingetragen der vollständige Handelsregisternamen des Absenders angegeben sein.

Wer seine Rufnummer bei Werbeanrufen unterdrückt, riskiert darüber hinaus sogar ein Bußgeld der Bundesnetzagentur in Höhe von bis zu 10.000 Euro.

Seit dem 1. 3. 2007 sieht das Telemediengesetz (TMG) vor, dass bei einer absichtlichen Verschleierung oder Verheimlichung des Absenders oder des kommerziellen Charakters in der Kopf- oder Betreffzeile einer Email eine Geldbuße bis zu € 50.000 verhängt werden kann (§ 16 Abs. 1 TMG).

WAS MUSS ICH SONST NOCH BEACHTEN?

1. Der Adressat muss jederzeit die Möglichkeit haben, die Einstellung etwaiger Werbenachrichten zu verlangen und eine einmal erklärte Einwilligung zurückzunehmen. Dies ist dem Adressaten bei jeder Werbung einschließlich der gegebenenfalls hierzu erforderlichen Kontaktdaten eindeutig und unmissverständlich mitzuteilen. Der Werbeadressat darf nicht gezwungen sein, über dem Basistarif liegende Übermittlungskosten in Kauf zu nehmen, um mit dem Absender in Kontakt zu treten.
2. Der werbende Charakter muss eindeutig und sofort ersichtlich sein.
3. Die Unzulässigkeit der Werbung kann sich auch aus ihrem Inhalt und sonstigen Umständen ergeben. Maßstab dafür ist insbesondere, ob die Werbung wahr, transparent ist und jegliche Irreführung vermieden wurde.

WIE KANN MAN SICH SELBST GEGEN BELÄSTIGENDE GESCHÄFTSPRAKTIKEN WEHREN?

Eine Werbemaßnahme, die nach den oben genannten Voraussetzungen unzulässig ist, kann der Betroffene abmahnen oder abmahnen lassen

Notwendig hierfür ist:

- Eine zustellfähige Anschrift des Werbenden (**inländisch und vollständige Straßenschrift, nicht nur Postfach**) ist ermittelbar bzw. bekannt.
- Die Werbung kann eindeutig dem Absender zugeordnet werden (z. B. eindeutige Absenderkennung mit Absenderfaxnummer, Datum und Uhrzeit bei Faxwerbung).

Werden Telefaxe versendet, auf denen keine Adresse, sondern nur eine „0190er“ oder „0900er“-Telefonnummer angegeben ist, kann über die Bundesnetzagentur (www.bundesnetzagentur.de) recherchiert werden, welcher Ansprechpartner sich hinter einer (0)190er oder (0)900er Rufnummer verbirgt.

Darüber hinaus sollte einer Abmahnung wegen belästigender Werbung eine **eidesstattliche Erklärung** des Betroffenen beigefügt werden, in der er versichert, die konkrete Werbung nicht angefordert zu haben und nicht in geschäftlichen Beziehungen mit dem werbenden Unternehmen zu stehen.

TIPP: Im Hinblick auf die Telefaxwerbung sollte, sofern möglich, der Empfang über den Computer geleitet werden. So kann zumindest der Papier- und Tonerverbrauch eingedämmt werden, da unerwünschte Faxe einfach gelöscht werden können. Weiter kann auch die Netzverbindung des Faxgerätes zu besonders empfindlichen Zeiten, beispielsweise nachts, einfach unterbrochen werden.

ZUM GUTEN SCHLUSS: WAS IST „WERBUNG“?

Seit 2009 konzentriert sich das UWG nicht mehr auf die Begriffe „Werbung“ oder „Wettbewerbshandlung“. Maßgeblich ist jetzt immer das Vorliegen einer **„geschäftlichen Handlung“**. Darunter versteht der Gesetzgeber jedes Verhalten einer (natürlichen oder juristischen) Person zugunsten des Eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen (§ 2 Ziff. 1 UWG)

Achtung: Auch der Anruf, die E-Mail, etc., ob man an weiteren Informationen interessiert sei, ist schon solch eine geschäftliche Handlung und damit abmahnfähig!

ZULÄSSIGKEIT ANDERER WERBEFORMEN

1. Adressierte und nicht adressierte Briefkastenwerbung

Briefkastenwerbung ist als Werbeform wettbewerbsrechtlich grundsätzlich **zulässig**. **Ausnahme** es treten andere unlautere Umstände hinzu.

Beispiele unlauterer Umstände:

- Die Werbung erfolgt hartnäckig und/oder es ist erkennbar, dass sie nicht gewünscht ist.
- Aufmachung und Gestaltung sind irreführend. So muss der Werbecharakter einer etwaigen Briefkastensendung spätestens mit dem Öffnen ohne weiteres auf den ersten Blick erkennbar sein. Keinesfalls darf eine nähere Befassung mit den Unterlagen erforderlich sein, um den Werbecharakter zu erkennen.
- Der Empfänger darf Werbemaßnahmen nicht erkennbar widersprochen haben. Zu berücksichtigen ist eine entsprechende mündliche oder schriftliche Mitteilung durch den Empfänger (auch ein Sperrvermerk am Briefkasten des Empfängers). Wir empfehlen zudem einen Abgleich mit der sog. Robinsonliste. Zulässig ist trotz eines Hinweises am Briefkasten nach der Rechtsprechung der Einwurf von Prospekten, die als Zeitungsbeilage verteilt werden. Denn Gegenstand eines Abonnementvertrages ist die einzelne Zeitung, wie sie vom Zeitungsverleger hergestellt wird, also einschließlich der beiliegenden Werbeprospekte.
- Eine Unzulässigkeit kann sich auch aus anderen Gründen wie etwa des Inhalts der Werbung ergeben (vgl. oben unter „Was muss ich sonst noch beachten?“)

Achtung:

Der Adresshandel wird zum 01.09.2009 im Bundesdatenschutzgesetz neu geregelt: Per persönlich adressiertem Werbebrief darf dann nur noch angeschrieben werden, wer zuvor eingewilligt hat. Aber es wird zahlreiche Ausnahmen geben:

So wird ab 01.09.2009 weiterhin die listenmäßige Zusammenfassung bestimmter gesetzlich festgelegter Daten für Werbezwecke zulässig sein, wenn es sich

1. um eigene Werbung (d. h. Werbung mit eigenen Daten eines Unternehmens aus einer Geschäftsbeziehung),
2. um Werbung im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Betroffenen oder an deren Mitarbeiter wie z. B. den Exportleiter oder den Personalchef unter der beruflichen Anschrift und die Verarbeitung/Nutzung der Daten für die berufliche Tätigkeit erforderlich ist.
3. um Werbung für Spenden handelt.

Auch fremde Werbung darf weiterhin auf das Listenprivileg zugreifen. Sie muss dann jedoch die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, eindeutig angeben.

Zusendung unbestellter Waren, nicht bestellte Dienstleistungen

Die Zusendung unbestellter Waren oder die Erbringung nicht bestellter Dienstleistungen ist wettbewerbsrechtlich in der Regel **unzulässig**. Eine Ausnahme besteht, wenn sich der Empfänger mit der Zusendung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt hat. Eine mutmaßliche Einwilligung kann beispielsweise bei laufenden Geschäftsbeziehungen vorliegen.

Vertreterbesuche

Vertreterbesuche sind wettbewerbsrechtlich grundsätzlich **zulässig**, wenn nicht unlautere Umstände hinzutreten. Deshalb ist ein Vertreterbesuch beispielsweise unzulässig, wenn dem Vertreter erkennbar ist, dass ein Besuch nicht erwünscht ist (z. B. an der Haustür befindet sich ein entsprechendes Schild) oder wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (wenn sich der Vertreter den Zutritt unter einem Vorwand erschleicht oder sogar erzwingt).

Ansprechen von Passanten, Verteilen von Werbezetteln

Die Zulässigkeit des Ansprechens von Passanten und Verteilens von Werbematerial bestimmt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls.

Unlauter ist es beispielsweise, wenn:

- sich der Werbende nicht zu erkennen gibt,
- der Angesprochene mitgezerrt wird,
- der Angesprochene am Weitergehen gehindert wird,
- dem Angesprochenen gefolgt wird,
- das Ansprechen an einem Ort erfolgt, an dem ein Ausweichen nur schwer möglich ist,
- der Werbende trotz Erkennbarkeit der Unerwünschtheit den Kunden anspricht,
- Werbematerial aufgenötigt wird,
- der Angesprochene in ein Verkaufsgespräch verwickelt wird,
- Kunden gezielt in unmittelbarer Nähe des Geschäftslokals des Mitbewerbers angesprochen werden,
- Werbezetteln in unmittelbarer Nähe des Geschäftslokals des Mitbewerbers verteilt werden,
- das Ansprechen am Unfallort erfolgt,
- regelmäßig bei dem Ansprechen von Kindern.

Aber Achtung:

Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich aus dem Inhalt der Werbung, dem Ort des Ansprechens und sonstiger Umstände eine Unzulässigkeit ergeben kann (z. B. wegen unzulässiger Mitbewerberbehinderung, Irreführung, Verstoßes gegen straßen-, wege- sowie polizeirechtliche Vorschriften).

Hinweis:

Die Veröffentlichung von Merkblättern ist ein Service der IHK Würzburg-Schweinfurt für ihre Mitgliedsunternehmen. Dabei handelt es sich um eine zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Grundlagen, die nur erste Hinweise enthält und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Es kann eine anwaltliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Obwohl sie mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.