

MERKBLATT

TELEFONWERBUNG, KALTAKQUISE UND CO.

Ansprechpartner

Michael Mißbach

Telefon: 0351 2802-198

Fax: 0351 2802-7198

E-Mail: missbach.michael@dresden.ihk.de

Stand: 2023

Hinweis: Das Merkblatt wurde sorgfältig erstellt. Dessen ungeachtet können wir keine Gewähr übernehmen und schließen deshalb jede Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung des Merkblattes aus. Eventuelle Verweise und Links stellen keine Empfehlung der Kammer dar.

Herausgeber: Industrie- und Handelskammer Dresden, Langer Weg 4, 01239 Dresden

Telefon: 0351 2802-0, Fax: 0351 2802-280, E-Mail: service@dresden.ihk.de, Internet: www.dresden.ihk.de

VORBEMERKUNG

Die Werbung mittels Fernkommunikationsmitteln, das heißt Telefon, E-Mail, SMS, Fax und Brief erfreut sich aufgrund der vergleichsweise geringen Kosten und schneller bzw. einfacher Umsetzung in der Wirtschaft großer Beliebtheit, ist sie doch durch den direkten Kundenkontakt die effizienteste Form der Absatzförderung. Mit dem Verbot der unzumutbaren Werbung existieren aber einige Stolperfallen bei der Anwendung dieser Werbeformen.

GRUNDSATZ

Werbung gegenüber Verbrauchern und Unternehmen darf gem. § 7 I 1 UWG nicht in unzumutbarer Weise belästigen. Dabei handelt es sich um einen selbstständigen Verbotstatbestand. Demzufolge kann der Werbende auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Belästigend sind geschäftliche Handlungen, die dem Empfänger aufgedrängt und als störend empfunden werden. Insbesondere, wenn sie bereits wegen der Art und Weise des Herantretens an die Adressaten, unabhängig vom Inhalt der Äußerung, von diesen als Beeinträchtigung ihrer privaten oder beruflichen Sphäre empfunden werden. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Zwar ist anerkannt, dass Wettbewerb ohne Werbung nicht möglich ist. Ebenso ist der Umstand anerkannt, dass mit jeder Werbung ein gewisses Maß an Belästigung und Beeinflussung verbunden ist. Es kann daher nicht darum gehen, mittels des Lauterkeitsrechts jede Belästigung auszuschalten, sondern nur die als unerträglich empfundene und damit unzumutbare Belästigung zu verhindern. Letztendlich kommt es daher darauf an, welches Maß an Belästigung und Beeinflussung dem jeweiligen Adressaten noch zumutbar ist. Die Feststellung der Zumutbarkeit ist eine Frage des Einzelfalles und bedarf einer objektiven umfassenden Abwägung sämtlicher Umstände. Über die in § 7 II UWG genannten und als eindeutig unzumutbaren Handlungen eingestufteten Werbeformen hinaus, gibt es eine Vielzahl an Rechtsprechung, anhand der eine Orientierung für zulässige oder unzulässige Werbung erfolgen kann. Grundsätzlich stellt aber bereits das Gesetz unterschiedliche Maßstäbe im Hinblick auf die angesprochenen Verkehrskreise auf. Es kommt daher darauf an, ob die Werbung an Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer, z. B. Unternehmer, gerichtet ist.

WERBUNG PER TELEFON, FAX ODER ELEKTRONISCHER POST GEGENÜBER VERBRAUCHERN

Prinzipiell gilt, dass Telefon-, Fax- und Emailwerbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung gegenüber einem Verbraucher immer verboten ist. Demzufolge kommt es darauf an, ob eine gültige Einwilligung der Verbraucher vorliegt. Es gilt der Grundsatz: Einwilligung einholen!

WIE SOLLTE DIE EINWILLIGUNG BEI TELEFONWERBUNG AUSSEHEN?

Der Empfänger der Werbung muss sich bewusst und freiwillig für die Werbung entscheiden und seine Einwilligung erteilen, die sogenannte Opt-In-Erklärung. Das bedeutet, der Verbraucher muss eine bewusste eigenständige Erklärung abgeben, dass er in die Werbung per Telefon einwilligt und über den Umstand der Nutzung der Daten zur Werbung ausführlich und konkret über den Werbezweck informiert werden. Der Verbraucher muss auf die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs seiner Einwilligung hingewiesen werden. Eine Koppelung zwischen Leistung und Datenerhebung, -verwendung ist nicht erlaubt. Daher sollte z. B. ein vom Vertrag getrenntes Formular zur Einwilligung in künftige Telefonwerbung zur Unterschrift verwandt werden. Nicht zulässig ist eine sogenannte Opt-Out-Erklärung oder eine Erklärung, bei der das Kästchen für die Einwilligung bereits vorgekreuzt ist. Die Einwilligung muss zeitlich vor dem Werbeanruf vorliegen und der Werbende muss im Zweifel später nachweisen können, dass die Einwilligung tatsächlich vorher vorlag.

Nicht ausreichend ist, wenn die erste Frage des Anrufers lautet: "Sind Sie mit dieser Telefonwerbung einverstanden?" und erst dann oder am Ende des Telefongesprächs die Einwilligung erfolgt.

DARF ICH EINE EINWILLIGUNG ZU TELEFONWERBUNG IN DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN AUFNEHMEN?

Seit der Geltung des DSGVO ist die Einholung von Einwilligungserklärungen durch AGB umstritten. Dies liegt an den gem. Artikel 7 DSGVO notwendigen Voraussetzungen, hinsichtlich einer geforderten ausdrücklichen, erkennbaren und informierten Einwilligung. Keinesfalls dürfen sie daher in den AGB „versteckt“ werden. Sie sind daher mindestens durch optische Merkmale ausdrücklich hervorzuheben und gesondert zu bestätigen. Zusätzlich unterliegen solche Klauseln der sogenannten AGB-Kontrolle, weil der Unternehmer hier einseitig seine rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt und der Kunde auf ihren Inhalt keinen Einfluss hat. Die Klausel darf daher keine unangemessene Benachteiligung für den Verbraucher darstellen. Unklarheiten gehen zu Lasten des Unternehmers, der die AGBs verwendet. Darüber hinaus muss die Klausel zur Einwilligung auf Werbung des Unternehmers im Rahmen des angebahnten konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt sein. Sie darf also nicht die Werbung durch andere Unternehmen oder für sonstige Vertragsschlüsse mit einbeziehen. Die ausdrückliche gesonderte schriftliche Einwilligung (siehe oben Opt-In-Verfahren) ist aufgrund der notwendigen Einzelfallbetrachtung anzuraten.

WIE LANGE GILT EINE EINMAL ERTEILTE EINWILLIGUNG?

Grundsätzlich ist eine einmal erklärte Einwilligung an sich unbefristet, es sei denn der Verbraucher hat sie mittels zusätzlicher Erklärung beschränkt. Sie ist kann aber durch Zeitablauf erlöschen, dies hängt von den Umständen des Einzelfalles und dem mutmaßlichen Willen des Verbrauchers ab. Wirbt ein Unternehmer z. B. erst 1,5 Jahre nach Einholung der Einwilligung, kann er nicht davon ausgehen, dass die Einwilligung noch besteht. Eine Einwilligung ist immer frei widerruflich. Ebenso wie die Erteilung ist auch der Widerruf der Einwilligung formlos möglich, und zwar auch dann, wenn sie schriftlich erteilt wurde. Der Verbraucher kann den Widerruf der Einwilligung auch konkludent gegenüber dem Unternehmen ausdrücken. Etwaige Fehler in der Einschätzung über das (Fort-)Bestehen einer Einwilligung gehen zu Lasten des Werbenden.

WAS PASSIERT BEI WETTBEWERBSVERSTÖßEN?

Bei einem Verstoß gegen das Verbot unlauterer Telefonwerbung besteht die Gefahr, z. B. von Mitbewerbern oder Organisationen wie zum Beispiel den Verbraucherschutzverbänden abgemahnt und zur Unterlassung aufgefordert zu werden. Dabei existiert ein erhebliches Kostenrisiko, denn üblicherweise muss der Verletzer für die Abmahnkosten aufkommen. Außerdem besteht bei Verschulden ein Anspruch auf Schadensersatz, ggf. sogar ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung. Darüber hinaus besteht die Gefahr einer Geldbuße! Denn Verstöße gegen das Verbot der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern können, unabhängig von Ihrer Verfolgung durch Abmahnung, mit einer Geldbuße bis zu 300.000 Euro geahndet werden. Eine vorherige Abmahnung ist hierfür nicht notwendig, die Behörde kann vielmehr nach eigenem Ermessen sofort ein Bußgeld festsetzen. Dies gilt auch bei bloßem fahrlässigem Handeln! Zuständig ist die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Zum Adressatenkreis des Verbotes gehören der Unternehmer, der die Telefonwerbung in Auftrag gibt, der Betreiber des Call-Centers, der die Telefonwerbungsaktion durchführt, sowie der Mitarbeiter, der den konkreten Anruf vornimmt. Insbesondere muss der Werbende immer selbst dafür Sorge tragen, dass die anzurufenden Verbraucher eine vorherige ausdrückliche Einwilligung erteilt haben. Ein Listenkauf von einem Adresshändler oder anderem Unternehmen entbindet nicht von dieser eigenen Kontrollpflicht, insbesondere muss in solchen Fällen eine Überprüfung der Erklärung im Hinblick auf aktuelle Rechtsprechung erfolgen und auf den Umstand, dass kein Widerruf in der Zwischenzeit erfolgte. Call-Center-Betreiber sollten sich im Rahmen ihrer vertraglichen Möglichkeiten gegenüber dem Auftraggeber absichern, indem dieser eine mit einer Vertragsstrafe gesicherte Verpflichtung abgeben muss, dass die dem Call-Center zur Verfügung gestellten Telefonnummern

Verbrauchern gehören, die eine ausreichende Einwilligung erteilt haben und darüber hinaus, dass ihm jeder Widerruf einer Einwilligung unverzüglich mitgeteilt wird.

DARF ICH MEINE RUFNUMMERN UNTERDRÜCKEN?

Bei Werbeanrufen bei Verbrauchern darf der Anrufer seine Rufnummer nicht unterdrücken. Darin liegt eine Verschleierung seiner Identität. Verstöße gegen dieses Verbot können mit einer Geldbuße bis zu 10.000 Euro geahndet werden (§ 102 II TKG).

BESONDERHEITEN BEI DER EINWILLIGUNG IN E-MAIL-, SMS- UND FAXWERBUNG SOWIE ANRUFMASCHINEN

Grundsätzlich muss auch für Werbung per Fax, Anrufmaschinen sowie mittels E-Mail und SMS eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegen. Es gelten die zur Telefonwerbung gemachten Ausführungen. Die Einwilligung muss auch hier mittels einer gesonderten Erklärung erteilt werden (Opt-In-Erklärung). Vor allem bei Erklärungen über das Internet sollte mindestens das sogenannte Double-Opt-In-Verfahren angewandt werden, da die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung beim Werbenden liegt (so z. B. das LG Dresden mit Urteil v. 30.10.2009, 42 HKO 36/09). Das bedeutet, dass der Eintrag in die Abonnentenliste in einem zweiten Schritt, z. B. durch eine Bestätigungsmail mit Link, bestätigt werden muss und so sichergestellt werden kann, dass jedenfalls der Empfänger der E-Mail tatsächlich die Einwilligung in die Nutzung der Adresse für Werbung erteilt. Auch wenn das Double-Opt-In-Verfahren rechtlich umstritten ist und jedenfalls hinsichtlich Telefonwerbung (BGH-Urteil vom 10.02.2011/ I ZR 164/09, VG Saarlouis, Urteil vom 29.10.2019 1 K 732/19) als untauglich beurteilt wurde, ist es derzeit die „sicherste“ Methode zum Nachweis des Vorliegens einer Einwilligung im E-Mail-Verkehr. Zwar kann der Verbraucher immer noch behaupten, es sei nicht seine Einwilligung gewesen, da mehrere Zugriff auf das E-Mail-Konto hatten, aber die Beweislast liegt dann bei ihm (BGH GRUR 2011, 936). Wichtig ist, dass die Anfrage zur Bestätigung selbst keinesfalls schon Werbung enthalten bzw. vor der Bestätigung der Einwilligung via Link keinerlei Werbung via E-Mail erfolgen darf.

Von dieser stark einschränkenden Regelung gibt es Ausnahmen (§ 7 III UWG). Die Werbung mittels elektronischer Post ist dann keine unzumutbare Belästigung, wenn der Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat und die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet. Wichtig ist dann aber, dass der Kunde sowohl bei der Erhebung der Daten und auch bei jeder Verwendung der Adresse klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, die Einwilligung protokolliert ist und der Nutzer den Inhalt jederzeit abrufen kann (§ 13 II TMG). Hat der Kunde aber der Verwendung (ggf. nachträglich) widersprochen, gilt die Ausnahmeregelung nicht mehr.

BRIEFKASTENWERBUNG GEGENÜBER VERBRAUCHERN

Briefkastenwerbung, also die Werbung mit nicht adressierten Wurfsendungen in den Briefkasten, ist grundsätzlich als zulässig einzuordnen. Dazu gehören u.a. Prospekte, Kataloge, Handzettel, Postwurfsendungen, Offerten- und Anzeigenblätter. Hier ist anerkannt, dass die werbende Wirtschaft ein berechtigtes Interesse hat, auf ihre Angebote aufmerksam zu machen, und viele Verbraucher an dieser Art Werbung interessiert sind, um attraktive Angebote wahrzunehmen. Dennoch bestehen auch für diese Art der Werbung zwingende Vorschriften.

Die Briefkastenwerbung gegenüber einem Verbraucher ist dann nicht mehr zulässig, wenn sie hartnäckig, das heißt wiederholt erfolgt obwohl erkennbar ist, dass der Verbraucher dies nicht wünscht. Dazu gehört,

wenn der Verbraucher seinem entgegenstehenden Willen mit „Keine Werbung“, „Bitte keine Werbung“, „Bitte keine Werbung und/oder kostenlose Zeitschriften“ äußert.

BRIEFWERBUNG GEGENÜBER VERBRAUCHERN

Die Briefwerbung unterscheidet sich von anderen Werbemitteln (s. o. Briefkastenwerbung) dadurch, dass sie an den Empfänger persönlich adressiert ist. Grundsätzlich ist diese Art der Werbung als zulässig anzusehen. Wichtig ist, dass eine Kennzeichnung als Werbung in der Weise erfolgt, dass spätestens nach dem Öffnen des Umschlages dem Adressaten sofort und unmissverständlich klar ist, dass es sich um Werbung handelt. Keinesfalls darf ein solches Schreiben als Privatbrief „getarnt“ werden. Unzulässig ist die Briefwerbung aber, wenn dieser widersprochen wurde, oder der Adressat sich in eine sogenannte Robinsonliste (z. B. des Deutschen Direktmarketing-Verbandes e.V.) aufnehmen lassen hat, dann kann sich eine Unzulässigkeit schon aus einem einmaligen Vorfall ergeben. Auch hier darf darüber hinaus keine hartnäckige, d. h. wiederholte Ansprache gegen den Willen des Verbrauchers erfolgen, dann ist die Werbung unzulässig. Widerspricht also der Verbraucher nach der ersten Briefwerbung, dann darf keinesfalls ein weiteres Schreiben erfolgen.

PERSÖNLICHES GESPRÄCH

Das persönliche Gespräch mit dem Kunden ist zulässig, solange es keine unzumutbare Belästigung ist. Signalisiert der Kunde, dass er ein Gespräch nicht wünscht, darf ihm dieses nicht aufgedrängt werden. Ein hartnäckiges Nachfragen ist daher unzulässig. Des Weiteren gelten die Regelungen für sog. Haustürgeschäfte (§ 312 Absatz 1 BGB), insbesondere das entsprechende Widerrufsrecht.

WERBUNG GEGENÜBER UNTERNEHMERN

TELEFONWERBUNG

Die „Kaltakquise“ oder „Cold Calling“ ist unzulässig. Im Rahmen der Telefonwerbung Gewerbetreibenden gegenüber reicht es zwar gem. § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG aus, wenn eine mutmaßliche Einwilligung besteht. Dafür reicht aber ein bloßes „potentielles“ Interesse nicht aus. Die Rechtsprechung fordert für eine mutmaßliche Einwilligung konkrete Umstände, wonach die Werbung im sachlichen Interesse des Angerufenen liegt. Dies wurde z. B. bei bestehenden Geschäftsbeziehungen und einem Sachzusammenhang zur Werbemaßnahme z. B. bei Fortentwicklung des ursprünglichen Produktes angenommen. (BGH GRUR 2008, 189). Das Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Anrufer. Insbesondere, da allein aus der Übersendung einer Visitenkarte, der Angabe der E-Mail- oder Telefaxadresse oder einer Eintragung in den Gelben Seiten auch eine mutmaßliche Einwilligung nicht vermutet werden. Bitte beachten Sie bei Telefonwerbung gegenüber Unternehmern auch die Ausführungen zum Datenschutz unter 0.

E-MAIL-, SMS- UND FAXWERBUNG SOWIE ANRUFMASCHINEN

Grundsätzlich gelten bei dieser Art von Werbung gegenüber Unternehmern die gleichen Voraussetzungen wie bei der Werbung gegenüber Verbrauchern (s. o.). Eine „mildere“ Regelung wie bei der Telefonwerbung besteht gerade nicht. Daher gilt auch hier, dass stets eine ausdrückliche Einwilligung bestehen muss. Es gilt aber auch hier die geschilderte Ausnahme, des § 7 III UWG. Nutzt der Unternehmer also aus dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erlangte Daten zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren, ohne, dass der Adressat der Verwendung widersprochen hat und erteilt einen deutlichen Hinweis auf die jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit, so ist die Werbung zulässig.

BRIEFKASTENWERBUNG UND BRIEFWERBUNG

Briefkastenwerbung und Briefwerbung ist grundsätzlich als zulässig zu betrachten, allerdings gelten die gleichen Grundsätze wie bei der entsprechenden Werbung gegenüber Verbrauchern, auch hier kommt es auf den Einzelfall an. Grundsätzlich muss die Werbung als solche erkennbar sein (siehe oben) und darf nicht gegen den entgegenstehenden Willen des Adressaten erfolgen.

PERSÖNLICHES GESPRÄCH

Das persönliche Gespräch mit dem gewerbetreibenden Kunden ist zulässig, solange es keine unzumutbare Belästigung ist. Signalisiert der Unternehmer, dass er ein Gespräch nicht wünscht, darf ihm dieses nicht aufgedrängt werden. Ein hartnäckiges Nachfragen ist daher unzulässig.

Darüber hinaus ist jedoch anzumerken, dass in diesem Fall das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nicht anwendbar ist. Dieses gilt nur im Verhältnis Unternehmer–Verbraucher.

DATENSCHUTZGRUNDVERORDNUNG

Hinzu kommt, dass mit der Einführung der DSGVO weitere Regeln schon bei der Erhebung, aber auch bei der Nutzung der Daten zu beachten sind.

Notwendig ist danach für die Datenverarbeitung zu Zwecken der Werbung eine rechtlich eigenständige Einwilligung einzuholen, die den Anforderungen gem. Artikel 7 DSGVO entspricht.

Seit 2019 ist wichtig zu unterscheiden, ob hinter der Telefonnummer bei Telefonwerbung gegenüber Unternehmern eine natürliche Person als Unternehmer steht oder eine juristische Person. Nach § 7 Absatz 2 Nummer 2 UWG macht das zwar keinen Unterschied, aber wegen der DSGVO wird die Auffassung vertreten, dass unabhängig von der Eigenschaft als Unternehmer bei der Verarbeitung von Daten natürlicher Personen grundsätzlich eine ausdrückliche Einwilligung nötig ist (VG Saarlouis, Urteil vom 29.10.2019 1 K 732/19). Daher ist mittlerweile auch die Telefonwerbung gegenüber Unternehmern basierend auf dem mutmaßlichen Interesse nur noch bedingt zu empfehlen, außer bei juristischen Personen.