

## **Merkblatt "Neues Wettbewerbsrecht: Telemarketing"**

**- Werbung per Telefon, Telefax, E-Mail und SMS -**

**Ansprechpartner:** Ass. Jost Leuchtenberg, [j.leuchtenberg@dortmund.ihk.de](mailto:j.leuchtenberg@dortmund.ihk.de) (Stand: Juli 2004)

---

### **1 Allgemeines**

Werbung ist ein wesentlicher Bestandteil unserer marktwirtschaftlichen Ordnung und im geschäftlichen Verkehr unerlässlich. Ohne sie besteht regelmäßig 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 hat auch das Inkrafttreten der Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) am 08.07.2004 **keine Liberalisierung** gebracht. Im Wesentlichen wurden die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze, die auf der Grundlage einer langjährig entwickelten und gefestigten Entscheidungspraxis der Gerichte bislang schon Geltung beanspruchten, in der Verbotsvorschrift des § 7 UWG ("unzumutbare Belästigung") in eine konkrete gesetzliche Form gegossen und damit nachhaltig verdeutlicht.

### **2 Werbung per Telefon**

Es ist von dem Grundsatz auszugehen, dass alle von einem Fernsprechteilnehmer nicht erbetenen Anrufe zu Werbezwecken - gleich welchen konkreten Inhalts - als aufdringliche und belästigende Werbung 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 seit etlichen Jahren im geschäftlichen wie zunehmend auch im privaten Bereich so stark verbreitet, dass Werbung auf diesem Wege praktisch flächendeckend potenzielle Kunden erreichen kann. Im Unterschied jedoch zur Werbung etwa per Post muss bei der

Werbung per Telefax der Empfänger sowohl das Gerät als auch das Papier und den Toner ständig bereithalten, um Zusendungen 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 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 die neue gesetzliche Regelung in § 7 Abs. 2 UWG bei der Telefaxwerbung gegenüber Gewerbetreibenden keine Ausnahme für den Fall vor, dass die Einwilligung des Empfängers auf Grund konkreter Anhaltspunkte vermutet werden kann ("mutmaßliche Einwilligung"). Dies stellt sogar eine Verschärfung der Rechtslage gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu dieser Frage vor der UWG-Reform dar. Es bleibt abzuwarten, ob dieser restriktive Kurs dauerhaft weiterverfolgt oder eine Rückkehr zu den bisherigen Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur Telefaxwerbung gegenüber Gewerbetreibenden erfolgen wird. Nur dann wäre zumindest für den Fall einer ständigen Geschäftsbeziehung zwischen Absender und Empfänger die Zusendung von Werbe-Telefaxen möglich, wenn von einem Interesse des Empfängers an neuen Angeboten seines Geschäftspartners berechtigt ausgegangen werden kann. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn die angebotene Ware oder Dienstleistung einen unmittelbaren Bezug zum Geschäftsbetrieb des Empfängers aufweist.

#### **4 Werbung per E-Mail bzw. SMS**

Nicht wesentlich anders ist die Rechtslage bei der Versendung von Werbung über das Internet via E-Mail (sog. "Junk Mail" oder "SPAM"). Da eine E-Mail nicht unmittelbar an den PC des Empfängers zugestellt wird, sondern dieser sie sich aus seinem Postfach beim Provider herunterladen muss, entstehen auch hier - abgesehen vom zeitlichen Aufwand - Kosten. Ferner besteht die Gefahr, dass eine große Anzahl eingegangener 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, so bleibt dem Empfänger nichts anderes übrig, als alle erhaltenen E-Mails - kostenpflichtig - aufzurufen und zu lesen, um genaue Kenntnis von ihrem Inhalt zu erlangen. Daher ist die Versendung von Werbung per E-Mail grundsätzlich ebenfalls als unzumutbare Belästigung des Empfängers anzusehen und folglich wettbewerbswidrig. Ausnahmsweise zulässig ist diese Form der Werbung nur, wenn der Empfänger im Vorfeld sein Einverständnis erklärt hat. Eine Besonderheit ist im Falle der Werbung via E-Mail jedoch noch 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. Konkret bedeutet dies, dass die Angabe der E-Mail-Adresse z.B. beim Ausfüllen eines Bestellformulars im Internet es grundsätzlich ermöglicht, dass diese Adresse nachfolgend für die Übermittlung von Werbung genutzt wird. Ist das nicht gewollt, muss der Kunde diese Art der Nutzung ausdrücklich untersagen. E-Mail-Werbung ist ferner dann unzulässig, wenn der Kunde bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Nutzung nicht deutlich darauf hingewiesen wird, dass er jederzeit die Möglichkeit der Untersagung der werblichen Nutzung seiner E-Mail-Adresse hat. Für eine solche Untersagung dürfen 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. 0190er- oder 0137er-Nummer) handeln.

Das für die Werbung via E-Mail Gesagte gilt gleichermaßen für die Übermittlung von Werbung via SMS, da es sich hierbei ebenfalls um „elektronische Post“ handelt.

## **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 Werbewurfsendungen (z.B. Werbebriefe, Handzettel, Prospekte) oder Post „An alle Haushalte“ handelt. Hat allerdings der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung den Werbenden aufgefordert, von weiteren Werbesendungen abzusehen, ist dieser Wunsch unbedingt zu respektieren. Auch ein Aufkleber am Briefkasten etwa 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 vor der Unsitte, Werbezetteln hinter den Scheibenwischern von Kraftfahrzeugen zu befestigen. Abgesehen davon, dass hierdurch der Wischer beschädigt werden kann - was einen Schadensersatzanspruch des Fahrzeugeigentümers auslöst - dienen Scheibenwischer auch gänzlich anderen Zwecken und werden durch die Anbringung von Werbematerial quasi „missbraucht“.

## **6 Konsequenzen wettbewerbswidriger Werbung**

Ebenso wie alle anderen unlauteren Werbemethoden begründet auch der Verstoß gegen die vorstehend geschilderten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze einen Unterlassungsanspruch des Betroffenen gegenüber dem Werbenden. Dieser Anspruch kann zunächst im Wege der Abmahnung - in letzter Konsequenz aber auch gerichtlich - geltend gemacht 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 der ihnen angehörenden Personenkreise gehört (Wettbewerbsschutzvereine).

---

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

---