

WERBUNG per E-Mail, Telefon, Telefax, SMS oder Brief

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 Grenzen für E-Mail-, Telefax-, Telefon- und SMS-Werbung gesteckt. Aber auch bei anderen Werbeformen wie Briefwerbung per Post oder Werbung auf der Straße sind ein paar „Spielregeln“ zu beachten.

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

Ansprechpartner: Dr. Amelie Winkhaus; Dr. Tatjana Neuwald	Stand: Juni 2020
Durchwahl: 089 5116-1689 / -1312	IHK-Service: Tel. 089 5116-0
Fax: 089 5116-81689 / -81312	Anschrift: Max-Joseph-Straße 2, 80333 München

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.

GIBT ES AUSNAHMEN?

Allgemein gilt, dass die Werbung per Telefon, Telefax, E-Mail oder elektronischen Anrufern nur dann zulässig sein kann, wenn der Empfänger einer Werbung in der jeweiligen Form **vorher ausdrücklich zugestimmt** hat. Die Anforderungen an eine solche Zustimmung bzw. „Einwilligung“ erläutert das nächste Kapitel. Im übrigen gibt es noch einige Besonderheiten zu den einzelnen Werbeformen:

1. Telefonwerbung

Telefonwerbung ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn der Angerufene der Telefonwerbung **vorher ausdrücklich zugestimmt** hat. Dies gilt unabhängig davon, ob der Angerufene Verbraucher oder Gewerbetreibender ist.

➔ **Besonderheit: „Mutmaßliche Einwilligung“:**

Gegenüber **Gewerbetreibenden** und sonstigen „Nicht-Verbrauchern“ kann Telefonwerbung darüber hinaus auch dann zulässig sein, wenn deren **mutmaßliche Einwilligung** vorliegt. Eine mutmaßliche Einwilligung setzt aber voraus, dass der Anrufer aufgrund konkreter Umstände ein **sachliches Interesse** des Anzurufenden sowohl am **Inhalt** des konkreten Anrufs als auch gerade an einer **Werbung per Telefon** vermuten kann.

Die **Rechtsprechung** zeigt jedoch, dass eine vermutete Einwilligung nur in extrem seltenen Ausnahmefällen angenommen wird, in denen meistens schon ein geschäftlicher Kontakt bestanden hat.

- **Denkbar** ist danach die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung (theoretisch) nur in folgenden Fällen:
 - **Bereits bestehende oder angebaute Geschäftsbeziehung:** Dies können z.B. frühere Gespräche über konkrete Produkte, erste Kontakte auf einer Messe, frühere Kundenbeziehung aus anderem Zusammenhang o.ä. sein.
 - **Bekannt gewordenes Interesse:** Der Angerufene hat gegenüber anderen oder sonst öffentlich sein Interesse an den konkreten telefonischen Angeboten ge-

äußert und der Werbende hat hiervon Kenntnis erhalten. (Dies sollte man aber nachweisen können!)

- **Nicht ausreichend** für eine mutmaßliche Einwilligung sind insbesondere folgende Gründe:
 - „Kaufmännisches Hilfsgeschäft“: Wenn die angebotenen Waren grundsätzlich nützlich für das angerufene Unternehmen sind. (Beispiele: Büromaterial; günstiger schneller Internetanschluss; Schaltung einer Werbeanzeige; kostenlose Probefahrt mit Neuwagen; etc.)
 - Branchenüblichkeit: Wenn viele Unternehmen einer bestimmten Branche Telefonwerbung (häufig unzulässigerweise) betreiben, begründet dies kein mutmaßliches Einverständnis der Angerufenen.

ACHTUNG:

- Bei der Neukunden-Akquise ist die Annahme einer „mutmaßlichen Einwilligung“ nahezu ausgeschlossen!
- Die Beurteilung hängt außerdem immer von den konkreten Umständen im Einzelfall ab.
- **Zweifelsfälle gehen immer zu Lasten des Anrufers!!**

2. Telefaxwerbung:

Auch Werbung per **Telefax** ist generell nur dann zulässig, wenn eine **vorherige ausdrückliche Einwilligung** des Empfängers hierzu vorliegt (zu den Anforderungen an eine Einwilligungserklärung siehe unten).

3. E-Mail-Werbung:

Gleiches gilt bei Werbung per **E-Mail** („**elektronische Post**“). Sie ist generell nur dann zulässig, wenn eine **vorherige ausdrückliche Einwilligung** des Empfängers hierzu vorliegt (zu den Anforderungen an eine Einwilligungserklärung siehe unten).

→ Besonderheit:

E-Mail-Werbung kann darüber hinaus 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!

Die **neue Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)**: Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 UWG gilt neben der DSGVO unverändert weiter. ABER: Sie sollten unbedingt den Hinweis an den Kunden bei Erhebung der Emailadresse (vgl. oben Punkt d) an die neue DSGVO anpassen und die danach erforderlichen Informationen zur Speicherung und Verwendung der Daten ergänzen.

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 AGBs) 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 AGBs untergebracht sein und der Kunde darf auch nicht sonst (beispielsweise im Verkaufsgespräch) überrumpelt 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 (Achtung: Neue **EU-Datenschutzgrundverordnung!**) unterliegt, muss dafür ebenfalls eine eigene Einwilligungserklärung vorliegen. Diese muss den Vorschriften der neuen DSGVO entsprechen. (siehe hierzu unser **IHK-Merkblatt „Kundendaten in der Werbung“**)
- Die erforderliche Einwilligung kann nicht dadurch umgangen werden, dass etwa einem Brief telefonisch, mittels Fax oder E-Mail oder Anrufmaschine oder sonst elekt-

ronisch 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 (siehe dazu **IHK-Merkblatt „Abmahnung“**).

Darüber hinaus sieht das UWG seit dem 09.10.2013 für belästigende **Telefonwerbung** gegenüber Verbrauchern ein **Bußgeld** in Höhe von bis zu 300.000 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 Handelsregistername 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.

Das Telemediengesetz (TMG) sieht außerdem 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.

Hinweise dazu können Sie unserem **IHK-Merkblatt „ABC des Werberechts“** entnehmen.

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 (vgl. hierzu im Einzelnen das Merkblatt der IHK München „Abmahnung“, <http://www.muenchen.ihk.de>, Rubrik Recht & Fairplay, Wettbewerbsrecht).

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.

Daneben kann man auch eine Beschwerde bei der zuständigen **Datenschutzaufsichtsbehörde** einreichen, da unerwünschte Werbung auch einen Datenschutzverstoß darstellt.

PRAXISTIPP: 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“?

Das UWG konzentriert sich nicht nur auf Begriffe „Werbung“ oder „Wettbewerbshandlung“. Maßgeblich ist hier 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: Unzulässig ist Briefkastenwerbung nur dann, wenn andere unlautere Umstände hinzutreten. **Beispiele** unlauterer Umstände sind:

- 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).

HINWEIS: Als Widerspruch gegen jede Briefwerbung gilt auch ein Eintrag in die sog. „**Robinsonliste**“ (Informationen unter www.robinsonliste.de). Unternehmen, die eine Werbeaktion per Briefpost planen, sollten deshalb vorher immer einen Abgleich mit der Robinsonliste durchführen – Informationen, Preise und Kontakt finden Sie unter www.robinsonabgleich.de.

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** wurde zum 01.09.2009 im Bundesdatenschutzgesetz neu geregelt: Per persönlich adressiertem Werbebrief darf danach bei gekauften Adressen nur angeschrieben werden, wer zuvor eingewilligt hat. Aber es wird zahlreiche **Ausnahmen** geben:

- So ist die **listenmäßige** Zusammenfassung bestimmter gesetzlich festgelegter Daten für Werbezwecke immer noch 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.

Nähere Informationen hierzu finden Sie auch in unserem **IHK-Merkblatt „Kundendaten in der Werbung“**.

2. Zusendung unbestellter Waren, nicht bestellter 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.

3. 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).

4. 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.

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 unzu-

lässiger Mitbewerberbehinderung, Irreführung, Verstoßes gegen straßen-, wege- sowie polizeirechtliche Vorschriften). Vgl. hierzu auch unser **IHK-Merkblatt „ABC des Werberrechts“**.

Hinweis:

Die Veröffentlichung von Merkblättern ist ein Service der IHK München 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.